

نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق
ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العامة

الدكتور سعد عبد الجبار

العلوش

أستاذ ورئيس قسم القانون

العام

في كلية الحقوق/ جامعة

النهرين

المخلص:

يجمع الفقه الدستوري على إن مجرد النص على سمو الدستور في تضاعيف الوثيقة الدستورية لا قيمة له على صعيد الواقع، ما لم تحط به ضمانات تقوية وتدرأ عنه كل انتهاك محتمل لأحكامه أو تبطله وتزيل آثاره ويسعى هذا البحث إلى تحديد النظام الأفضل للرقابة القضائية على الدستورية في العراق من خلال بيان مجالات النظام القانوني للرقابة على دستورية القوانين في العراق، وبحث الاعتبارات السياسية والقانونية والتاريخية التي تهيمن على هذا النظام، وأخيراً بيان مستقبل الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق.

Abstract:

The constitutional jurists have agreed that the superiority of constitution will be worthless unless to be compassed of guarantees that strengthen it.

In this research we tired to show the best system for judicial observance on the constitutionality of laws in Iraq, through explaining the scope of the legal system of the observance on the constitutionality of laws in Iraq and the political legal and historical aspects that affect this system and the future of such observance in Iraq.

قبل القصد

يجمع الفقه الدستوري على إن مجرد النص على سمو الدستور في تضاعيف الوثيقة الدستورية لا قيمة له على صعيد الواقع ما لم تحط به ضمانات تقوية وتدرأ عنه كل انتهاك محتمل لأحكامه أو تبطله وتزيل آثاره. فالسمو

الدستوري بدون هذه الضمانات يغدو مجرد كلمة جوفاء^(١) un vain mot. مادام إن انتهاك هيئات الدولة لأحكام الدستور وافتئاتها على الحقوق والحريات العامة فيه يكون بمنجاة من الجزاء.

لقد برزت مشكلة الضمانات في جانب منها على صعيد أعمال السلطة التنفيذية، أي موافقة أعمالها للدستور وذلك إن (كل ديمقراطية ناشئة لم تتضج فيها الديمقراطية ولم تستقر هذه المبادئ عندها في ضمير الأمة تكون السلطة التنفيذية فيها أقوى السلطات جميعاً تتغول السلطة التشريعية وتسيطر عليها وتتحيف السلطة القضائية وتتقص من استقلالها. والدواء الناجع لهذه الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية فهي أدنى السلطات إلى الإصلاح)^(٢).

وإذا كان هذا الضرب من الرقابة على دستورية أعمال السلطة التنفيذية قد أسفر عن إرساء حلول إيجابية على صعيد القانون المقارن، غير إن دورها في حماية مبدأ المشروعية وحماية الحقوق والحريات العامة في العراق لم يبلغ الشأو المرتجى، فلقد ولدت رقابة مهیضة الجناح وبصرف النظر عن هذا الأمر فإن المشكلة تبقى قائمة بالنسبة للرقابة على دستورية القوانين عندما تتحرف سلطة التشريع البرلماني فتخرج على أحكام بإصدارها تشريعات مخالفة لتضاعيفه ولل فكرة القانونية السائدة فيه أو المهيمنة عليه.

إن الحركة الدستورية الحديثة قد اعتمدت نظرية الرقابة على الدستورية وجعلتها ركناً من أركان النظام الدستوري الذي تستند إليه الدولة القانونية^(٣). ولم تعبأ بدعاوى المناهضين لرقابة القضاء من حيث كونها تمثل اعتداء على

(١) الأستاذ جورج بيردو. القانون الدستوري والمؤسسات السياسية الطبعة العشرون، صفحة ١٠٢

وما بعدها. George Burdeau Manual de droit constitutional et institutions politiques. Paris.L.G.D.J. 1984.

(٢) مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري. السلطة التشريعية مجلة مجلس الدولة. السنة الثالثة/ ١٩٥٢. القاهرة صفحة ٢.

(٣) الدكتور آدمون رباط. الوسيط في القانون الدستوري. الجزء الثاني. بيروت، صفحة ٥٣٥.

مبدأ الفصل بين السلطات وذلك بإخراج القضاء من مهمته في حكم القانون على ما يعرض عليها أفضية إلى مهمة أخرى هي الحكم على القانون وهو الأمر الذي يمثل تجاوزاً على وظيفة المشرع الممثل الحقيقي للشعب، الموكول به وحدة سلطة الإفصاح عن الإرادة العامة، والمنوط به اختصاص تحديد الاتجاه السياسي للحكم عن طريق ما يضعه من تشريعات.

وإذا كان لهذا النظر شيء من الصحة، فقد بات لازماً علينا التذكر دائماً بأن الأصل الثابت والأمر المستقر عليه في القانون المقارن هو (إن القانون لا يفصح عن الإرادة العامة إلا بمقدار التزامه بأحكام الدستور واحترامه لها)^(٤).

لقد كان العراق في المقدمة من الدول الذي عرف نظاماً مختلفة للرقابة القضائية على الدستورية شيدتها المشرع التأسيسي في قوانينه الدستورية المتعددة سواء أكانت في حقبة النظام الملكي أم في حقبة النظام الجمهوري. وبعض هذه النظام طبق في حدود ضيقة وأخفق في أوسعها، وبعضها لم يعمل به إطلاقاً، أما البعض الآخر فيؤمل له ما لم يتحقق لغيره.

إن مقصدنا من هذه الدراسة هو الوصول إلى تحديد النظام الأفضل للرقابة القضائية على الدستورية في العراق. النظام الذي يضمن للدستور سموه ويشكل لحقوق الإنسان والحريات العامة دريعة تدرأ عنها كل اعتداء محتمل يمكن أن تقتطفه سلطة وضع القوانين ولا ؟؟ لنا بلوغ هذا القصد إلا إذا وقفنا على ماضي الرقابة على الدستورية في العراق وقرأنا تاريخها السياسي والقانوني. وفي ضوء ذلك يمكن أن نستخلص عناصر النظام المنشود للرقابة. فلقد بات راسخاً في علم القانون بوجه عام وعلم القانون الدستوري بوجه خاص إن أهمية الدراسات التاريخية على هذا الصعيد تعتبر ماسة وخطيرة وهذا ما تأكد في كتابات الفقيه الأمريكي الكبير روسكو باوند عام ١٩١٢ ومهدت له من قبل المدرسة التاريخية في كتابات الأستاذ سافيني

(٤) انظر القرارات الكبرى للمجلس الدستوري الفرنسي Les grands decisions du Conceil constitutional. 4ed. Sirey 1986. Evolution de la nouvelle-Caledonie p.676,690

Savigny في ألمانيا ومين Maine في انكلترا. ويرجع هذا إلى إن الدساتير ليست مجرد وثائق قانونية وإنما هي خلاصة امتزاج وتفاعل الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية إلى تتوج نظامها القانوني وكل محاولة لعزلها عن هذه الظروف والاقتصار في دراستها على الجانب القانوني وحده لابد أن تقضي إلى كثير من الأغلاط النظرية والمخاطر العملية^(٥).

وفي ضوء هذا البيان يمكن تقسيم الدراسة على المباحث الآتية:
المبحث الأول: مجالات النظام القانوني للرقابة على دستورية القوانين في العراق.

المبحث الثاني: في الفكرة السائدة على جوانب النظام القانوني للرقابة القضائية على الدستورية في العراق (أو الاعتبارات السياسية والقانونية والتاريخية التي تهيمن على جوانب النظام).

الخاتمة: مستقبل الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق.

^(٥) بول كويبر Paul Kauper أشار إليه الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد في دراسته عن (التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية. مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، مارس ١٩٦١ السنة الحادية والثلاثون، القاهرة، صفحة ٢٨٢-٢٨٤).

المبحث الأول

مجالات النظام القانوني للرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق

تمهيد وتقسيم

قلنا إن العراق كان في المقدمة من الدول الذي عرف نظاماً مختلفة للرقابة القضائية على دستورية القوانين في عهده، الملكي والجمهوري. فلقد أسس المشرع التأسيسي في القانون الأساسي الملكي الصادر في ٢١ آذار ١٩٢٥ نظاماً للرقابة القضائية على الدستورية ثم قفى عليه بنظام آخر في ظل القانون الدستوري للاتحاد الهاشمي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ ولقد هوى معاً بهوي النظام السياسي في العراق في ١٤ تموز ١٩٥٨.

ثم كانت حقبة النظام الجمهوري ولم تشهد البلاد في ظل قوانينها السياسية الخمسة ذوات الطابع الدستوري نظاماً للرقابة القضائية على الدستورية إلا في ظل القانون الدستوري الصادر في ٢١ أيلول ١٩٦٨، إلا إن هذا النظام لم يحالفه التطبيق إطلاقاً، حتى إذا ما صدر قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية شيد هو الآخر نظاماً للرقابة القضائية على الدستورية يتفق ومقاصد المرحلة الانتقالية التي تحدث آفاقها في تضاعيف وثيقته.

وفي ضوء هذا البيان فإننا سنتناول تحديد معالم النظام القانوني للرقابة القضائية على الدستورية في العراق في تلكم الحقب علة وفق الآتي:

الفرع الأول: النظام الدستوري للرقابة القضائية على الدستورية في حقبة النظام الملكي وتنفرع إلى الآتي:

أولاً: الرقابة القضائية على الدستورية في ظل القانون الأساسي الصادر في ٢١ آذار ١٩٢٥.

ثانياً: الرقابة القضائية على الدستورية في ظل القانون الدستوري للاتحاد الهاشمي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨.

الفرع الثاني: النظام الدستور للرقابة القضائية على الدستور في العهد الجمهوري.

أولاً: الرقابة القضائية على الدستورية في ظل القانون الدستوري الصادر في أيلول ١٩٦٨.

ثانياً: الرقابة القضائية على الدستورية في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

الفرع الأول

النظام القانوني للرقابة القضائية على الدستورية في العهد الملكي

أولاً: الرقابة في ظل القانون الأساسي الصادر في ٢١ آذار عام ١٩٢٥: شيد المشرع التأسيسي وقتذاك نظاماً خاصاً للرقابة القضائية على الدستورية عهد بها إلى محكمة خاصة سماها المحكمة العليا، وقد خصها ببعض الاختصاصات^(٦) المستثناة من الولاية العامة للمحاكم المدنية.

وقد تضمن القانون بيان تكوينها فنص على تأليفها من ثمانية أعضاء عدا الرئيس، أربعة ينتخبهم مجلس الأعيان من بين أعضائه وأربعة من بين حكام محكمة التمييز أو غيرهم من كبار الحكام. وتتعدّد المحكمة برئاسة رئيس مجلس الأعيان وإذا تعذر ذلك فبرئاسة نائبه^(٧).

أما بصدد اختصاصات المحكمة فجاءت محددة في المادة الحادية والثمانين من القانون، والمهم منها الذي يتعلق بموضوع دراستنا فهو:

١. تفسير أحكام القانون الأساسي.

٢. الفصل في دستورية القوانين.

فإذا ما أثّرت أمام المحكمة العليا مسألة تخص تفسير هذا القانون أو رفعت أمامها دعوى الدستورية فتجتمع لمحكمة بإرادة ملكية بموافقة مجلس الوزراء،

(٦) المادة الحادية والثمانون (تؤلف محكمة عليا لمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة المتهمين بجرائم سياسية أو بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة ولمحاكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة من وظائفهم ولأمر المتعلّقة بتفسير هذا القانون وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه).

(٧) الفقرة الثالثة من المادة الثانية والثمانين.

فإذا لم يكن مجلس الأمة مجتمعاً نصب أعضاؤها بمقتضى الإرادة الملكية التي تصدر بانعقادها^(٨).

إن رقابة المحكمة العليا على الدستورية هي رقابة إلغاء لاحقة، فهي أقوى صور الرقابة على الدستورية ولذا اقتضى النص عليها في القانون الأساسي، وبهذا الوصف فهي تفارق رقابة الامتناع التي تكون حجية الحكم الصادر فيها مقصورة على طرفي النزاع بخلاف حكم الإلغاء الذي تكون فيه الحجية شاملة، وكأن المشرع التأسيسي أراد أن يبرز هذه الخصيصة في قرارات الإلغاء فجعل الأغلبية المطلوبة لصدورها مقواة بأغلبية ثلثي أراء المحكمة^(٩) بخلاف الأغلبية المطلوبة في قرارات التفسير التي اشترط لها أكثرية أراء المحكمة ولكنها مع ذلك ملزمة للمحاكم ودوائر الحكومة كافة^(١٠). غير إن بعض الفقه^(١١) انتقد موقف المشرع التأسيسي من هذه المفارقة بين

(٨) المادة الثالثة والثمانون. لاحظ بعض الشراح إنه هناك لبساً بين إحالة القضايا إلى المحكمة وبين اجتماعها. فالفقرة ٢ من المادة ٨٢ من القانون الأساسي تنص على إن الأمور الأخرى تحال إلى المحكمة العليا بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار من أحد مجلسي الأمة، وبما إن الأمور الأخرى تشمل فيما تشمله الرقابة على دستورية القوانين فهذا يعني إن إحالة أو تحريك الرقابة من قبل أحد مجلسي الأمة لا يكون له أثر في الحقيقة إلا إذا صدرت إرادة ملكية بموافقة مجلس الوزراء بتشكيل المحكمة (انظر الدكتور طلعت الشيباني: القوى المؤثرة في الدساتير وتفسير الدستور العراقي دار القارئ ١٩٥٤، صفحة ٢٤، والدكتور منذر الشاوي، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية، الطبعة الثالثة، صفحة ١٢٩ هامش ١، بغداد ١٩٦٦). ولكننا نرى إنه لا لبس في النصوص سواء في لفظها أم في محتواها. فإحالة أحد مجلسي الأمة القضايا على المحكمة العليا لا يعني انعقادها مادام ذلك منوطاً بصدور إرادة ملكية وموافقة مجلس الوزراء. (انظر في هذا المعنى أيضاً الدكتور إسماعيل مرز، مبادئ القانون الدستوري والعام السياسي - النظرية العامة للدساتير. الطبعة الثالثة ٢٠٠٤ دار الملاك، بغداد، صفحة ٢٢٧.

(٩) المادة السادسة والثمانون/ فقرة ١.

(١٠) المادة الرابعة والثمانون.

(١١) الدكتور إسماعيل مرز، المرجع السابق، صفحة.

الأغليبتين لما تفصح عنه نظرتة إلى القرار التفسيري وكأنها أدنى في الخطورة من أهمية قرار الرقابة على الدستورية.

أما الأثر المترتب على قرار المحكمة العليا الإلغاء سواء أكان هذا كلياً أم جزئياً فهو إلغاء القانون غير الدستوري كلاً أو جزءاً من تاريخ صدور القرار على أن تقوم الحكومة بوضع تشريع يكفل إزالة الأضرار الناشئة عن تطبيق الأحكام الملغاة.

إن ما يمكن بلوغه من هذا البيان يتحصل في إن هذا الذي بناه المشرع التأسيسي في تضاعيف قانونه الأساسي له على صعيد التطبيق وجه مختلف. إذ تفصح وقائع التاريخ الدستوري عندنا عن إن المحكمة العليا لم تقم بدورها على وفق ما يقتضي عليها أن تفعله. فدورها على صعيد الرقابة على الدستورية بوجه خاص- لأسباب شتى سنأتي إلى بيانها- لم يكن فعالاً، وكل ما تمخض عنه قضاؤها في حقبة النظام الملكي كلها هو صدور حكم واحد بالإلغاء، ذلك الحكم الشهير الصادر في أيلول من عام ١٩٣٩ بإلغاء بعض مواد قانون منع الدعايات المضرة رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨^(١٢). ومع إنه حكم وتر لم يشفع إلا إنه كان ذا تأثير كبير في تعزيز حماية حقوق الإنسان والحريات الفردية وقتذاك فقد ورد فيه (وحيث إن تكليف الشخص بأن يكون تحت مراقبة الشرطة أو تكليفه بالإقامة في أماكن دون غيرها يدخل ضمن سلطة القضاء فهذا الاعتبار وجدت أكثرية المحكمة إن المادة الرابعة من قانون منع الدعايات المضرة رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ قد خولت مجلس الوزراء صلاحيات هي منوطة- بحكم القانون الأساسي- بالسلطة القضائية. ولما كانت المادة الخامسة من القانون موضوع البحث مرتبطة بالمادة الرابعة منه والمشار إليها آنفاً، ترى أكثرية المحكمة إن المادتين المذكورتين مخالفتين للدستور وبالنظر إلى ٨٦ فقد أصبحتا ملغيتين).

(١٢) تراجع أحكام المحكمة في مجموعة (القانون الأساسي العراقي وتعديلاته) الصادرة عن ديوان التدوين القانوني. مطبعة الحكومة، بغداد. صفحة ١٠٥ وما بعدها.

في ضوء ما تقدم بيانه، قيل إن المشرع التأسيسي في بنائه لنظام الرقابة القضائية على الدستورية في القانون الأساسي الصادر في ٢١ آذار ١٩٢٥ لم يكن يبتغى من ورائها حماية الدستور العراقي الجامد من الانحراف التشريعي بقدر ما كان يهدف إلى تقرير رقابة فعالة للسلطة التنفيذية على السلطة التشريعية^(١٣). مع تسليمنا بصحة هذا الرأي وسلامته، إلا إننا نرى- مع ذلك- إن هذا النظام كان ناشئاً وكان يمكن أن يستقيم ويستوي على سوقه عندما يتقدم به الوقت وتتعاطف في ظله الأفكار السياسية والقانونية ويتطور النافع منها فيمكث في أرض القانون يحمي الحقوق والحريات العامة للناس ويقف صاداً يصد عنها أخطار الانحراف التشريعي.

ولكن هذا النظام- كما قلنا- هو يهوي النظام السياسي السائد وقتذاك فتوقفت عجلة التطور إلى الأمام. ولعل ما يعزز هذا الذي نراه هو أن تجارب النظام السياسية المقارنة في مجال الرقابة على الدستورية كانت في أوضاع مشابهة، فقد نشأت متواضعة لا تقوى على فعل ما ينبغي لها أن تفعله لكنها بمرور الوقت تخطت الصعاب إلى حيث بلغت الشأو الذي كان يجب أن ترتقي في مرتقاه. ولنا أن نذكر أن الرقابة على الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي في ظل دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨ هي على ما نقول شهيد. فلقد شيد نظام الرقابة على الدستورية ليكون المجلس الدستوري أداة لإعادة توزيع الاختصاص Regulateur بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو بتعبير أدق أداة لتنفيذ اختصاص السلطة التشريعية في مواجهة الحكومة. ولكن التطورات الدستورية والسياسية اللاحقة

(١٣) انظر الدكتور منذر الشاوي، المرجع السابق، صفحة ١٣٠. الدكتور إسماعيل مرزوه، المرجع

السابق، صفحة ٢٤٢ وما بعدها.

بوصفه الحارس الأمين للحريات العامة والحامي لحقوق الأقليات وهو ما دفع الفقه^(١٤) إلى التقرير بوجود قانون دستوري قضائي في فرنسا.

ثانياً: الرقابة على الدستورية في ظل دستور الاتحاد العربي الهاشمي

أبرم اتفاق بين المملكتين العراقية والأردنية الهاشمية على إنشاء اتحاد بينهما باسم الاتحاد العربي اعتباراً من يوم الجمعة ٢٤ رجب ١٣٧٧ الموافق ١٤ شباط ١٩٥٨ يكون مفتوحاً للدول العربية الأخرى التي ترغب في الانضمام إليه.

وقد تضمن نص البند الحادي عشر من الاتفاق على أن يعدل دستور كل دولة من الدولتين المنضمتين إليه إلى المدى والحدود التي تقتضيها أحكام الدستور الاتحادي^(١٥). وبالتطبيق لحكم البند الحادي عشر المذكور صدر القانون الدستوري رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ ليكون دستوراً للاتحاد العربي. لقد شيد هذا الدستور فضاءً دستورياً ناطقاً به اختصاصات كثيرة مما تقتضيه شؤون الدولة الاتحادية، أما الذي يتعلق بموضوع دراستنا فاختصاصان^(١٦) هما:

١. تفسير الدستور

٢. ممارسة الرقابة على دستورية القوانين والمراسيم الاتحادية.

وقد جعل المشرع الدستوري تأليف المحكمة من رئيس وستة قضاة ثلاثة منهم من محكمة التمييز في كل من دولتي الاتحاد أو من كان في مستواهم من كبار رجال القانون. ويختص رئيس الاتحاد بموافقة مجلس الوزراء بتعيين رئيس المحكمة العليا وأعضائها وهم لا يعزلون^(١٧). وقد اشترط القانون

^(١٤) انظر في تفصيل ذلك الأستاذ برنارد شانتبوت. Bernard Chantbout Droit. Constitutionnel et science politique. 7 ed, 1986, Paris. Armand Colin, page 55,633-634.

^(١٥) تمت المصادقة على هذا الاتفاق بين المملكتين وأصبح نافذاً من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية العدد ٤١٠٦ في ٢٦/٢/١٩٥٨.

^(١٦) المادة ٥٩ من الدستور الاتحادي.

^(١٧) المادة ٥٨ من الدستور الاتحادي.

الدستوري أن يكون انعقاد المحكمة في مقر حكومة الاتحاد وان يتحقق النصاب القانوني للمحكمة من خمسة قضاة بما فيهم الرئيس. أما بخصوص تحريك دعوى الدستورية فقد جعل القانون الاختصاص بذلك مقصوراً على كل من رئيس الاتحاد ورئيس مجلس الوزراء إحدى الدول المنضمة للاتحاد. فإذا ما قررت المحكمة عدم دستورية قانون ما أصدرت قرارها بإلغاء ذلك القانون فهي إذن رقابة إلغاء لاحقة، ويصدر القرار بالأغلبية المطلقة. وقرارات المحكمة بوجه عام قطعية ملزمة وأثرها الملزم يعتبر سارياً من تاريخ صدورها، وهي في الوقت ذاته تعتبر جهة استئناف بالنسبة للقرارات الصادرة من المحكمة العليا العراقية إذا ما أصدرت هنا الأخيرة قراراً يمس أحكام الدستور الاتحادي^(١٨).

غير إننا لم نقف فيما رجعنا إليه من مراجع ما يشير إلى إن هذه المحكمة كانت قد مارست اختصاصاتها المنوطة بها في قضاء الرقابة أو التفسير ولهذا جاء حديثنا مقصوراً على الجانب القانوني وحده ومما لا شك فيه إن له قيمة مهمة في التاريخ الدستوري والسياسي في العراق لا يمكن نكرانها. ونرى للأسف الشديد إن أغلب شراح القانون الدستوري عندنا لم يولوا موضوع الدستور الاتحادي الأهمية الجدير بها، بما في ذلك موضوع الرقابة على الدستورية التي تضمنتها نصوصه، حتى إنهم أغفلوا مجرد الإشارة إليه. كما إن جامعي الوثائق الدستورية اسقطوا منها صك هذا الاتحاد في حين إنهم ضمو إليها كامل نصوص القانون الأساسي العثماني الصادر عام ١٨٧٦.

(١٨) الدكتور إسماعيل مرزّه، المرجع السابق صفحة ٢٢٨.

الفرع الثاني

التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على الدستورية في العهد الجمهوري
هو النظام الملكي في ١٤ تموز ١٩٥٨ وأعلن النظام الجمهوري في ذلك التاريخ وتعاقبت على البلاد قوانين سياسية متعددة بتنظيم السلطات وبيان اختصاصاتها وتحديد العلاقة بينها أطلق عليها (الدساتير) وكان أغلب هذه القوانين لا يتضمن طريقة تعديله ولذا فهي في واقع أمرها مرنة لا تتضمن من قواعد الجمود القانوني إلا لماما. وبما إن الرقابة على الدستورية تؤسس لحماية الدساتير الجامدة فقد خلت تلك القوانين من نصوص تنظم هذا الضرب من الرقابة.

أولاً: الرقابة القضائية على الدستورية في ظل القانون الدستوري الصادر في ٢١ أيلول ١٩٦٨.

وقد شذ عن ذلك القانون السياسي الصادر في أيلول ١٩٦٨ الذي شيد نظاماً خاصاً للرقابة القضائية على الدستورية عهد بها إلى محكمة عليا يجري تشكيلها بقانون. وقد حدد القانون الدستوري (الدستور) اختصاصها بتفسير أحكامه والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والبت بمخالفة الأنظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزماً^(١٩).

وتطبيقاً لذلك صدر القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨ بتشكيل المحكمة العليا^(٢٠) الذي جعل تكوينها من ثمانية أعضاء أصليين وأربعة احتياط عدا الرئيس^(٢١) الذي هو رئيس محكمة تمييز العراق أو من ناب منابه عند غيابه أما الأعضاء الأصليون فهم:

١. رئيس مجلس الرقابة المالية.
٢. رئيس ديوان التدوين القانوني.
٣. ثلاثة من أعضاء محكمة التمييز الدائمين.

^(١٩) المادة السابعة والثمانون من (الدستور).

^(٢٠) نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد ١٦٥٩ في ١٢/٢/١٩٦٨.

^(٢١) المادة الأولى / ١ من القانون.

٤. ثلاثة من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن مدير عام.
أما الأعضاء الاحتياط فأربعة، اثنان منهم من بين قضاة محكمة التمييز
واثنان من كبار موظفي الدولة. ويتم تعيين الأعضاء عدا من عينهم القانون
بموجب وظائفهم بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل
ويصدر بتعيينهم مرسوم جمهوري^(٢٢).

وإذا كانت المادة ٨٧ من الدستور قد حددت اختصاصات المحكمة على
سبيل الحصر فإن قانون تنظيمها قد أضاف إليها في الفترة ٥ من المادة
الرابعة اختصاصاً جديداً هو (البت بمخالفة المراسيم لسندها القانوني).
أما تحريك دعوى الرقابة على الدستورية فقد جعله القانون مقصوراً على كل
من

١. رئيس الجمهورية

٢. رئيس الوزراء

٣. وزير العدل

٤. الوزير المختص

٥. محكمة التمييز عند النظر في القضية المعروضة أمامها إذ لها أن تطلب
تفسير الدستور أو الطعن بعدم الدستورية بطلب ترفعه إلى رئيس المحكمة
العليا الذي يقوم بدعوة المحكمة للانعقاد^(٢٣). وهذا معناه أن الرقابة على
الدستورية لا يثيرها إلا أعضاء السلطة التنفيذية ومحكمة التمييز فقط، فلا
يحق للأفراد أن يتقدموا بالطعن أمامها. إلا أن بعض الفقه^(٢٤) يرى إن
بمقدور الأفراد الطعن بدستورية قانون معين أمام المحكمة العادية بطريق
الدفع بعدم الدستورية. و؟؟ يتعين على القاضي إذا كان الدفع جدياً أن يرفع
الأمر إلى وزير العدل ليطلب هذا بدوره من المحكمة العليا النظر في

(٢٢) المادة الأولى / ١ من القانون.

(٢٣) المادة الخامسة من القانون.

(٢٤) الدكتور مالك دوهان الحسن. المدخل لدراسة القانون. الجزء الأول ١٩٧٢٣ بغداد، صفحة

الموضوع أما إذا رفض القاضي الدفع المقدم إليه فله أن يطعن في قرار المحكمة أمام محكمة التمييز التي تستطيع بدورها أن تطلب إلى المحكمة العليا البت في الموضوع.

إن قرار المحكمة الدستورية العليا في حالة ثبوت عدم الدستورية يعتبر قرار إلغاء يصدر بأغلبية آراء المحكمة وعند تساوي الآراء يكون صوت الرئيسين مرجح. ويسري أثر الإلغاء من تاريخ صدور القرار^(٢٥). إن المحكمة الدستورية العليا لم تمارس أعمالها فقد عطل العمل بجميع الأحكام الدستورية المتعلقة بها وبالمثل أيضاً بقانون تنظيمها.

ثانياً: الرقابة القضائية على الدستورية في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

سقط نظام الحكم الذي كان يقوده حزب البعث العربي الاشتراكي أثر احتلال قوات التحالف. وقد أقيمت سلطة عراقية لتولي مقاليد الحكم فيه ممثلة بمجلس الحكم.

وقد شكل هذا المجلس لجنة لوضع مسودة قانون الدولة للمرحلة الانتقالية. وبعد جهود كثيفة ومشاورات معمقة تم وضع مسودة القانون المنشود وأصدر واعتبر نفاذه قائماً إلى حين صدور الدستور الدائم وتشكيل الحكومة العراقية بمقتضاه. وقد نصت المادة الرابعة من هذا الدستور على إن نظام الحكم في العراق جمهوري اتحادي (فيدرالي) ديمقراطي تعددي يجري تقاسم السلطات فيه بين الحكومة الاتحادية والحكومات الإقليمية والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية. أما فيما يتعلق بالسلطة القضائية فقد ورد تنظيمها في الباب السادس منه المعنون (السلطة القضائية الاتحادية) وتولت المادة الرابعة والأربعون منه موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين. فجاء النص فيها على إنشاء المحكمة الاتحادية العليا التي تختص بممارسة هذا الضرب من الرقابة.

(٢٥) المادة السادسة/١ من القانون.

وقد حددت الفقرة (٥) من المادة المذكورة طريقة تكوينها فذكرت إنها تتألف من تسعة أعضاء يعينهم مجلس الرئاسة ويختار من بينهم رئيساً لها بناء على ترشيح مجلس القضاء الأعلى بعد التشاور مع المجالس القضائية للأقاليم.

لقد جاءت اختصاصات المحكمة في القانون متعددة ومن بينها البت في دستورية القوانين والأنظمة والتعليمات (الإجراءات) التي تصدرها الحكومة الاتحادية والحكومات الإقليمية وإدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية وذلك بناء طعن يوجهه مدع ضدها أو إذا تراءى لإحدى المحاكم شبهة عدم الدستورية فتحيل الأمر إلى المحكمة العليا.

إن رقابة المحكمة الاتحادية العليا على الدستورية هي رقابة إلغاء لاحقة والاختصاص في الدعاوى المرفوعة أمامها مقصور عليها وحدها. غير إن ما يلاحظ على الاختصاصات المنوطة بها إنها على قدر من السعة يخالف المألوف الذي جرت عليه نظم الرقابة على الدستورية في القانون المقارن. وكان يمكن أن يقلص ويقصر على النظر في دستورية القوانين وحدها، أما الأنظمة والتعليمات والإجراءات فيمكن إناطتها بالمحاكم الأخرى.

ويلاحظ إن هناك عدم دقة في الصياغة التشريعية، فالبند ٢ من الفقرة ب من المادة الرابعة والأربعين من القانون حدد على سبيل الحصر الأعمال القانونية موضوع الرقابة على الدستورية وجعلها شاملة القوانين والأنظمة والتعليمات، غير إن الفقرة ج من البند ٣ من المادة المذكورة أضافت تعبير "الإجراء" إلى تلكم الأعمال عندما تصدر المحكمة قرارها بالإلغاء في حالة ثبوت عدم الدستورية. ونرى إن تعبير "الإجراء" يتسم بالغموض عندما يتعلق الأمر بالرقابة على الدستورية.

كذلك لا يبدو لنا مألوفاً على مصراعية للأفراد دونما ضابط لتحريك دعوى الدستورية بطريق الألغاء، ربما يستقيم هذا الأمر في حالة رقابة الامتناع المقرونة بنظام السوابق القضائية، لكن من المشكوك التعويل عليه عندنا وإلا صار الأمر ضرباً من دعوى الحسبة في الشريعة الإسلامية. وعلى العموم فحن هنا في مواجهة نصوص قانونية انتقالية لم يجر تطبيقها بعد، فإذا ما انتقلت النصوص

إلى صعيد التطبيق العملي أمكن البحث أن يكون له رأي فيما يتمخض عنها من حلول وتطبيقات، ولكن الإشارة إلى تلك النصوص تبدو - مع ذلك - مطلوبة في هذا المقام.

المبحث الثاني

الفكرة القانونية السائدة على نظم الرقابة القضائية على الدستورية في العراق
تتضمن الدساتير قواعد تحدد الفكرة القانونية السائدة Lidee de droit dominante أي فكرة القانون الرسمية في الدولة التي تتضمن أحكاماً تبين المذهب السياسي والاجتماعي والاقتصادي فيها. وهذه الفكرة قد تكون جلية الوضوح لا لبس فيها، وقد تكون غامضة فتستخلص عندئذ من مجمل تضاعيف الوثيقة الدستورية. فالفصل الخاص مثلاً من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ جاء عنوانه (القضاء) دون أن يردف بتعبير "السلطة القضائية" ما يحمل على الاعتقاد بأن القضاء يعد نوعاً من المرافق العامة التي تخضع لسلطان السلطة التنفيذية ونفوذها. ولكن لما كان القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون^(٢٦) أمكن أذاك أن تستخلص الفكرة السائدة من ثنايا النصوص الدستورية بحيث يتبين منها أن القضاء هو في واقعه وحقيقته سلطة أو هو جهاز سلطة الشعب وإلا سلطان عليه لغير القانون وإلا كيف تكون لأحكامه الحجية على الكافة وإن لها قوة الشيء المقضي به وعنوان الحقيقة القانونية. هذا الأمر يقودنا إلى التساؤل عن الفكرة المهيمنة أو السائدة على نظم الرقابة القضائية على الدستورية في العراق في حقبة النظامين الملكي والجمهوري. ولاشك في إن تحديد الفكرة تلك يتجلى من خلال الإجابة على الأسئلة الآتية:

أولاً: لم نيطت الرقابة القضائية على الدستورية في حقبة النظام الملكي بالمحكمة العليا على وفق التنظيم القانوني السابق بيانه؟
ثانياً: لم نيطت الرقابة القضائية على الدستورية في ظل الاتحاد الهاشمي بالمحكمة الاتحادية العليا وبمثلاها في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية؟
ثالثاً: لم خلت القوانين السياسية ذات الطابع الدستوري في العهد الجمهوري من أحكام قانونية تقيم نظاماً للرقابة على الدستورية. ولم عطل نظام الرقابة على

(٢٦) المادة ١/٦٣ من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠.

الدستورية في ظل دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ وقانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨؟

إن التصدي لهذه المسائل الثلاث يتطلب أن نورد بشأن كل واحدة منها البيان المتعلق بها:

أولاً: لا يمكن تحليل النظام القانوني للرقابة القضائية على الدستورية في العهد الملكي بمعزل عن الوقائع السياسية في العراق التي رافقت وضع قانونه الأساسي.

وهذا يقتضي التذكير بالمعاهدة العراقية- البريطانية التي أبرمت في ١٠-١٠-١٩٢٢ فقد ورد بالمادة الثالثة منها (يوافق جلالة الملك على وضع مشروع قانون أساسي يعرض على المجلس التأسيسي العراقي، وعلى تنفيذ هذا القانون الذي لن يتضمن شيئاً مناقضاً لأحكام المعاهدة المذكورة... الخ). ولاشك في إن هذا الأمر يتطلب قيام سلطة تنفيذية تكون لها الكفة الراجعة على بقية السلطات.

من أجل هذا صيغت الأحكام الدستورية المنظمة للمحكمة العليا لضمان أن تكون هذه- رغم صفتها القضائية الغالبة- قابلة للتأثر بالاتجاهات السياسية للسلطة التنفيذية سواء من حيث انعقاد المحكمة التي لا تتعقد إلا بإرادة ملكية تصدر بناء على موافقة مجلس الوزراء أو من حيث تشكيل المحكمة الذي يجري اختيار أعضائها من بين أعضاء مجلس الأعيان الذين يدينون بتعيينهم في مجلسهم للسلطة التنفيذية ذاتها، ولهذا فإن تأثيرهم باتجاهاتها ورغباتها أمر لا ريب فيه. هذا فضلاً عن إن المحكمة ليست هيئة دائمة وإنما هي تشكل وتتعدد متى ما قامت الحاجة إلى ذلك، فأعضاؤها متغيرون وليسوا دائمين، ولذا فإن اختيارهم منوط برغبة من تطمئن إليه منهم السلطة التنفيذية. أما تحريك دعوى الدستورية فالسلطة التنفيذية الأولية في ذلك فإن شاءت أعمال قانون معين يكون من مصالحها العمل به رغم عدم دستورية أحجمت عن تحريك دعوى الدستورية ولا عبرة بعد ذلك أن أحال أحد مجلسي الأمة القضية أمام المحكمة العليا، لأن الإحالة- كما رأينا- لا تؤدي إلى انعقادها، هذا فضلاً عن إن جانب البرلمان بمجلسيه مؤتمن على هذا الصعيد، فالأعيان معينون، والنواب المنتخبون- كما

تفوه رئيس مجلس الوزراء في إحدى جلسات مجلس النواب المعقودة عام (٢٧) ١٩٤٤ - ليس بمقدورهم الفوز بالانتخابات ما لم تضمهم الحكومة إلى قائمة مرشحينها. ولهذا كله قيل إن الرقابة القضائية على الدستورية في العهد الملكي إنما كان الهدف منها تقرير رقابة فعالة للسلطة التنفيذية على السلطة التشريعية^(٢٨).

ثانياً: أما الاعتبارات التي تهيم على إنشاء المحكمة الاتحادية العليا في دستور الاتحاد الهاشمي فتستقي عناصرها من عامل موضوعي نابع من طبيعة الأوضاع الدستورية والسياسية التي نشأ في ظلها الاتحاد. فشكل الدولة الاتحادية الجديدة الذي يضم دولتي الاتحاد وما كان يمكن أن ينضم إليهما من دول أخرى إنما يفصح عن نشوء وضع دستوري جديد تتعدد فيه السلطات وتتعدد فيه القوانين، ولا بد في مثل هكذا وضع من حصول تعارض بين القوانين المحلية في كل بلد وبين الدستور الاتحادي. وعندئذ يغدو التعارض بين مصالح الدول المتحدة أمراً لا محيص عنه.

وهو الأمر الذي استتبع بالضرورة إيجاد هيئة قضائية عليا تتولى رفع الخلاف بين الدول المتحدة وإزالة التعارض بين التشريعات المحلية والدستور الاتحادي. وقد ترتب على ذلك إن رقابة مضاعفة. فهي من جهة تراقب مطابقة أحكام التشريع الذي يضعه البرلمان العراقي لأحكام القانون الأساسي وتراقب من جهة أخرى مدى مطابقة هذا التشريع للدستور الاتحادي. إن هذه الاعتبارات تبدو لنا واحدة في جميع الدول الاتحادية مع إمكان تباين جوانب تنظيمها بتباين أشكال الاتحادات الدولية.

(٢٧) الأستاذ حسين جميل. الحياة النيابية في العراق. منشورات مكتبة المثني، بغداد. الطبعة الأولى ١٩٨٣ صفحة ٧٤-٨٥.

(٢٨) قارن في هذا المعنى: الدكتور إسماعيل مرزة. المرجع السابق صفحة ٢٤٢ وما بعدها
الدكتور منذر الشاوي. المرجع السابق. صفحة ١٣٠.

ولهذا قيل إن حق القضاء الاتحادي في الولايات المتحدة الأمريكية في ممارسة الرقابة على الدستورية ليس إلا ثمرة من ثمار النظام الاتحادي نفسه^(٢٩). ولاشك عندنا في أن تلكم الاعتبارات هي التي أملت على واضعي قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية أن يضمنوا هذا القانون نظاماً خاصاً للرقابة القضائية على الدستور على وفق الصورة السابق بيانها. ثالثاً: يقتضي البيان إن كلامنا بخصوص التساؤل المثار في هذه الفقرة إنما ينصب على حقبة القوانين السياسية الجمهورية ابتداءً من القانون الدستوري الصادر في ٢٧ تموز ١٩٥٨ وحتى القانون الدستوري الصادر في ١٦ تموز ١٩٧٠.

لقد هوى النظام الملكي في ١٤ تموز ١٩٥٨ وأعلن النظام الجمهوري وتعاقبت على البلاد قوانين سياسية متعددة لتنظيم السلطة لم يكن أي واحد منها نتاج إرادة الشعب التأسيسية. ولهذا فإن وقائع التاريخ الدستوري عندنا تفصح بجلاء عن إن جملة تلكم القوانين ذوات الطابع الدستوري كانت تمثل أعراف الحاكم وتقاليده وفكره مقننة في وثائق مكتوبة يطلق عليها تعبير (الدستور). وتؤكد بالمثل أيضاً على إن الحكام الذين تعاقبوا على السلطة بفرض أنفسهم بالقوة لم يدركوا فكرة الدستور بوصفه إفصاح الشعب عن إرادته التأسيسية بإقامة قواعد قانونية تتأسس بمقتضاها السلطة وتنتقل وتمارس على أساس من الحرية والشرعية الدستورية التي وقوامها الرضا العام والفصل بين أساس السلطة وبين من يمارسها^(٣٠). ولما

(٢٩) الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد. الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري. صفحة ١٠٢، القاهرة ١٩٥٨.

(٣٠) لقد تحددت فكرة الدستورية في أوائل الدعوة إليها في القرن الثامن عشر في إقامة "قواعد مكتوبة تكون جليلة الوضوح لا يعتريها شك أو يشوبها إبهام- قواعد مستمرة لا يمكن المساس بها أو النيل منها مادام إنها- بالأقل- لم قد تضمنت إجراءات محددة باهظة لإعادة النظر بها- قواعد مكتوبها لا يضعها الحكام ولن يكون لإرادتهم عليها من تأثير. (ينظر في تفصيل ذلك الأستاذ مارسيل بريلو Marcel Prelot المؤسسات السياسية والقانون الدستوري Institutions Politiques et droit constitutuonel الطبعة العاشرة، صفحة ٢٥٥-٢٧٧ باريس ١٩٨٧)

كانت تلكم القوانين تمثل فكر القابضين، أو القابض على السلطة، فإن من سماتها تركيز الاختصاصات السلطوية بيد هذا الشخص واندماجها فيه. ولم تكن النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات العامة التي استعيرت لها من مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء وإعلانات حقوق الإنسان إلا ضرباً من الوهم وإسقاطاً للذريعة. فلقد كانت الهوة واسعة بين هذه النصوص المثالية وبين تطبيقاتها المغرقة في حضيض الانحراف بالسلطة.

وهكذا غدت حقوق الأفراد وحررياتهم المرتع الخصيب لعبث الحكام بما شرعوا لذلك من تشريعات جائرة أو بما اقترفوه باسمها من أعمال مادية. ومما زاد في بشاعة ذلك غياب نظام للرقابة على الدستورية ووجود قضاء لا حول له ولا قوة بعد أن تغولته السلطة التنفيذية وأجهزت على استقلاله وأفسدت الكثير من رجاله وأطاحت بالأخيار منهم وقيدت الآخرين. كل هذا وغيره الكثير الكثير أفقد ما يمكن تسميته تجاوزاً الدساتير المشرعة من كل قيمة قانونية وأحالها- على وفق تعبير الأستاذ موريس ديفرجيه^(٣١)- إلى مجرد برنامج عمل للقابضين على السلطة. يعزز ما تقدم كله إن هؤلاء لم يكونوا يخشون افتئاتاً يمس دساتيرهم المشرعة التي تجسد تركيز السلطة بين أيديهم وغياب سلطة تشريعية تمثل الإرادة العامة تمثيلاً حقيقياً لهذا طغت على هذه الدساتير ما كان يعرف بفكرة الشرعية الثورية بدلاً من فكرة الشرعية الدستورية، وأصبحت القرارات التي لها قوة القانون هي الأداة التشريعية التي تمثل القاعدة والأصل الثابت في ممارسة اختصاصات السلطة ولهذه الأسباب كان البناء الدستوري لنظام الرقابة القضائية على الدستورية في دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ يمثل ضرباً من اللغو الدستوري وجمعاً بين النقيضين حيث لا يأتلف النقيضان. فكان أن تعطل العمل بأحكامها. وعندما صدر (دستور) ١٦ تموز ١٩٧٠ لم يتضمن نصاً بإلغاء دستور ٢١ أيلول

والدكتور سعد عبد الجبار العلوش: دراسات في العرف الدستوري مطبعة الأنعام، بغداد ١٩٩٩، صفحة ٨١ وما بعدها.

^(٣١) Maurice Duverger المؤسسات الدستورية والقانون الدستوري صفحة ٤٣. Institutions Politiques et droit constitutionnel. PUF ed. 1970.

١٩٦٨ بل إنه تضمن حكماً ورد في نص المادة التاسعة والستين منه يقضي ببقاء (جميع) القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المعمول بها قبل صدوره لتكون سارية المفعول في ظلّه بحيث لا يجوز إلغاؤها أو تعديلها إلا بالطريقة المبنية فيه. وفي ظل هذا النص الدستوري ثار التساؤل عن مصير قانون المحكمة الدستورية العليا الذي صدر تطبيقاً لحكم المادة ٨٧ من دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨^(٣٢). فكان أن تصدى الفقه لهذه المسألة من خلال تفسيره للنصوص الدستورية بغية استجلاء الفكرة القانونية السائدة ومن ثم تحديد الإجابة المتعلقة بمصير المحكمة. وهكذا تفادحت الآراء على هذا الصعيد وتفاوتت على الوجه الآتي^(٣٣):

١. ارتفع رأي يقول فيه أصحابه أن قانون الرقابة على الدستورية سقط بسقوط سنده القانوني في دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨، نظراً لأن نص المادة ٦٩ من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ إنما جاء مقصوداً على القوانين العادية دون تلك التي لها طبيعة دستورية. ويعلل أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم بالقول إن المقصود بالقوانين الدستورية- ومنها قانون المحكمة الدستورية رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٩- هي القوانين التي ينص الدستور على ضرورة صدورها ويحدد الموضوع الذي يجب أن نعالجه ولذلك فهي تسقط بسقوط النص الذي شرعت بمقتضاه والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى وجود قوانين غير دستورية وهو أمر خطير لا يمكن أن يكون واضع الدستور قد قصده^(٣٤). ولكننا نرى إن هذا الرأي ينطوي على تبرير لعدم العمل بقانون الرقابة على الدستورية لا تفسير له. فالملاحظ على حجته هو أن نص المادة

^(٣٢) كان قد ارتفع رأي في مناقشات مشروع دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ يدعو إلى تقرير نظام للرقابة القضائية على الدستورية إلا إن رئيس لجنة وضع الدستور آنذاك رد قائلاً (لنسكت عن هذا الأمر ولنندعه لآراء أساتذة القانون بعد صدور الدستور).

^(٣٣) انظر الدكتور سعد عبد الجبار العلوش: سقوط القاعدة الدستورية بعدم الاستعمال. مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين صفحة ١٦١ وما بعدها، المجلد ٥ العدد ٨، السنة رجب ١٤٢٢هـ- تشرين الأول ٢٠٠١م.

^(٣٤) الدكتور مالك دوهان الحسن. المرجع السابق صفحة ٣٢٧.

٦٩ من دستور ١٩٧٠ جاء مطلق الحكم إذ استعمل المشرع فيه صيغة (جميع القوانين والقرارات التي لها قوة القانون) ولا نرى وجهاً لتقييد هذا الإطلاق بجعل الصيغة مقصورة على القوانين العادية دون الدستورية فعبارة (جميع) إذن تستلزم إعمالها لا إهمالها. كذلك إذا كان قانون المحكمة قد فقد سنده الدستوري بإلغاء دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨، فالثابت إنه وجد له سنداً دستورياً جديداً قائماً في نص المادة ٦٩ من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ التي نصت على البقاء المطلق لجميع القوانين والقرارات التي لها قوة القانون المعمول بها قبل صدوره.

٢. أما الرأي الآخر فيرى القائلون به إن قانون المحكمة ظل قائماً لم يسقط بإلغاء دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨، وإن المحكمة تستطيع ممارسة اختصاصاتها طبقاً لأحكام قانونها. وإذا كان لهذا الرأي وجه من الصحة كبير، إلا إن الوقائع الدستورية تفصح عن إن المحكمة لم تتخذ ما يلزم من الإجراءات التنفيذية لكفالة العمل بقانون المحكمة الدستورية وتمكين أعضائها من مباشرة اختصاصاتهم القضائية في الرقابة.

٣. وهناك رأي ثالث يميل أهله إلى القول بأن سقوط قانون المحكمة لم يكن نتيجة سقوط سنده الدستوري وإنما بعرف مسقط ناتج عن عدم العمل به في ظل دستور ١٩٧٠. ولكننا نرى إن حجة هذا الرأي داحضة نظراً لأن شرائط العرف غير متوفرة. فعدم العمل بقانون المحكمة لا يعدو إلا مجرد تطبيق صرف لم يعززه الاعتقاد بلزومه (أي الركن المعنوي للعرف)، خصوصاً وإن شروط تطبيق القانون كانت قائمة وإن الضمير القانوني في العراق قد استقرت فيه بواعث تشريع هذا القانون الذي تضمنتها مذكرة أسبابه الموجبة^(٣٥).

إن الرأي إلا رأى في هذا الأمر يتحدد في إن قانون المحكمة الدستورية ظل قائماً بمقتضى المنطوق للمادة ٦٩ من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ إلا إن عدم

^(٣٥) ورد في الأسباب الموجبة (ولا ريب إن إنشاء المحكمة الدستورية العليا دعامة أساسية لمبدأ سيادة الدستور والتقييد بنصوصه وأحكامه درءاً لكل شطط أو تفريط في تأويل النصوص) (كما تنظر المحكمة العليا في دستورية القوانين ليبقى الدستور في مأمن من التجاوز عليه عن طريق التشريع العادي).

العمل به إحالة موقوفاً غير ساقط، وهو ما يتفق وفر القابضين على السلطة وقتذاك من حيث أن وجوده يمثل إسقاطاً للذريعة وعدم العمل بع يفصح عن مقصدهم.

الخاتمة

ما إن سادت المبادئ الديمقراطية في القرن التاسع عشر وما تمخض عنها من ذبوع فكرة السيادة التمثيلية حتى انغرست في الضمير القانوني الوضعي نزعة تقديس الإرادة العامة والتشريع المعبر عنها بعد أن ترسخ الاعتقاد بكماله وكفايته.

حتى جاء الغلو في القول بأنه ما من قانون إلا وكان التشريع مصدره. فهو من عمل سلطة لا يمكن أن تفعل الخطأ ومن ثم فهو يتسم بالسمو بحكم مصدره وإلا رقيب على أعمالها إلا ما ينزع إليه ضمير أعضائها.

لكن جانباً آخر من الفقه طرح استفهاماً إنكارياً تساعل فيه عما إذا كان التشريع هو القانون الموضوعي الذي يعبر فعلاً عن الإرادة العامة، أم إنه وهو يلتحف بأسطورة ووهم الإرادة العامة عاد قانون أغلب الأشخاص الراغبين فيه القادرين على فرضه؟

وهكذا بعد أكثر من قرنين على دكتاتورية الجمعيات التشريعية ورسوخ فكرة سمو القانون تأكد بأن الدولة لا يجب أن تكون محمية بالقانون وحسب وإنما عند الاقتضاء من القانون نفسه. وهكذا اتجهت حقوق الأفراد وحررياتهم لتفرض نفسها على التشريع ذاته وتسمو عليه. وبرز على هذا الصعيد التفسير القويم لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يرى أن الفصل لا يمكن أن ينهض مطلقاً بينها وإنما هو بالأحرى نسبي قائم على التعاون والتضافر بينها وهي تتجه جميعاً لتحقيق مصلحة الدولة. وقد استتبع هذا إن القول بأن القانون من عمل البرلمان وحده قول تجاوزه الواقع الراهن لأنه حاصل عمل مؤسسات الدولة كلها، فالحكومة تقترح والبرلمان يناقش وهناك قضاء يطبق - بحسب الأحوال - القانون ويراقبه وقد يمتنع عن تطبيقه إذا كان مخالفاً للدستور أو يلغيه أو يوجه النصح لسلطة تشريعية لكي لا تنزل^(٣٦). وهكذا برزت فكرة

(٣٦) لمزيد من التفصيل ينظر محاضرة الأستاذة أديث جياردون الأستاذة في جامعة لومبير الفرنسية/ ليون Edith jaillardon عن النظام الدستوري الفرنسي LeSysteme Constitutionel Francais التي ألقنتها في كلية الحقوق بجامعة النهرين في يوم الثلاثاء

الرقابة القضائية على الدستورية بوصفها ركناً ركيناً في بناء الدولة القانونية، وواحدة من الضمانات الأساسية للحفاظ على سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات الفردية.

إن نظرتنا لمستقبل الرقابة على الدستورية تتحدد في الآتي:
لقد تقاسم التطبيق المقارن للرقابة على الدستورية نظامان. الأول يأخذ بالرقابة السياسية، والآخر يميل إلى الرقابة القضائية. ونحن نميل إلى الرأي إلا رأى الذي يمم شطره صوب الرقابة القضائية، ولنا في العراق أسباب تدعو إلى ذلك:

١. لقد عرف العراق نظام الرقابة القضائية على الدستورية منذ كان غرسها الأول في القانون الأساسي لعام ١٩٢٥ وما تلاه في القانون الدستوري الصادر في أيلول ١٩٦٨. وإذا كانت قطوف هذا الغرس لم تكن دانية إلا نسبياً في القانون الأساس بسبب أن الفكرة السائدة قد انحرفت في بناء الرقابة لتحيلها ضامنة لهيمنة السلطة التنفيذية على البرلمان لا حامية لسمو الدستور، فإن على المشرع التأسيسي في الدستور المنشود أن يحرص بحزم لكي يجعل الفكرة القانونية السائدة فيه على قدر عال من الإتقان في فن الصياغة لكي يجعلها تستقيم في صف سمو الدستور لا لتحقيق سمو إحدى السلطات على غيرها. ولذا يكون لازماً على المشرع التأسيسي إلا يتكبد منهج الرقابة القضائية على الدستورية على وفق هذا البيان بعد أن تواضع عليه الفكر القانوني واستقر الاعتقاد بلزومه.

٢. إن القضاة عندنا "نخبة من رجال الأمة اشربت نفوسهم احترام القانون وانغرس في قلوبهم حب العدل وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية ولا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ويدفع عنه الطغيان"^(٣٧) ويصد عن الحقوق والحريات العامة غوائل الانحراف في التشريع البرلماني.

١٩٩٩/٢/٢٣ ونشرت في مجلة الكلية، المجلد ٣ العدد ٣، ربيع الثاني ١٤٢٠هـ- تموز ١٩٩٩م.

(٣٧) الأستاذ عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق صفحة ٢.

٣. إن الفكرة القانونية السائدة في الدستور المنشود يجب أن تكون مبصرة للحكام بدور القاضي الدستوري في بناء دولة القانون في العراق وضمان سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات العامة. فلا يجب الخشية من دور القاضي في هذا المضمار وهو يفسر تضاعيف الوثيقة الدستورية ليستخلص منها قاعدة القانون الأعلى ويستبعد القاعدة المخالفة لها. لقد قال القاضي هيوز Hughes رئيس المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية (إننا نخضع للدستور، ولكن الدستور هو ما نحن نقوله)^(٣٨)، قال ذلك فكانت المحكمة بحق الحصن الحصين لحماية الدستور وملاذ اللائذين بها المتضررين من هوى المشرعين وزيف نزعاتهم.

٤. إن الدستور المنشود أياً كان اتجاه الفكرة المهيمنة عليه، أوجهت نحو الدولة البسيطة الموحدة أم صوب الدولة المركبة الفيدرالية، فإن الدور الأساس للرقابة القضائية على الدستور لابد ساع في الحالتين إلى ضمان سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات الفردية. مع ذلك الفارق الذي يتجه في قاضي الرقابة في ظل الدولة الفيدرالية إلى التوفيق بين نزعة الوحدة ونزعة الحكم الذاتي في الأقاليم التي تتمتع بالاستقلال الفيدرالي. وتلك مهمة نراها من أخطر المهام التي يناط أمرها بالقضاء الدستوري.

٥. وأخيراً، وسواء أخذ المشرع بنظام الرقابة على الدستورية أم لم يأخذ، فإننا نرى إن حق القضاء - العادي - في كل الأحوال - ثابت في تفسير الدستور فيما يعرض عليه من أفضية، إذ من المتعين عليه دائماً أن يبحث عن قاعدة القانون الواجب التطبيق، وإن يمتنع عن تطبيق القاعدة الدنيا المخالفة للدستور. وذلك إن

(٣٨) We are under a constitution, but the constitution is what we say it is
أشار إليه الأستاذ أحمد كمال أبو المجد في دراسته عن (الدور الإنشائي للقضاء الإداري بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية في القانون) صفحة ٢٥، العدد الثالث، أيلول ١٩٦٢ السنة الثانية الثلاثون.

من لوازم مهمة القاضي أن يبحث عن القاعدة الأعلى ويعليها على القاعدة الأدنى وإلا ينساق بأي حال من الأحوال للانحراف التشريعي^(٣٩).

^(٣٩) وهذا ما تأكد عندنا في قرار محكمة بداءة الكرخ في الدعوى رقم ٨٠/ب/٩٩٠ الصادر بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٣١ الذي أصدره القاضي دارا نور الدين بهاء الدين عندما امتنع عن تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة ٥٨١ المؤرخ في ١٩٨١/٥/٥ لمخالفته لحكم الفقرة (ب) من المادة السادسة عشرة من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠، وقد اكتسب هذا القرار الدرجة القطعية بعد المصادقة عليه بقرار محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية المرقم ٥٠٧/حقوقية/٩٩١ إعلام ٦٦٦ وقد تعرض بسببه القاضي دارا نور الدين لغضب السلطة وقتذاك وعوقب بعقوبة سالبة للحرية.