

**الدور القانوني للمحكمة الدستورية العراقية لحماية الحقوق الأساسية
للمواطنين**

**The legal role of the Iraqi Constitutional Court in
protecting the constitutional rights of citizens**

عليرضا دبيرنيا - أستاذ مشارك - قسم القانون العام - جامعة قم - إيران

**Alireza Dabirnia, Associate Professor of Public Law,
University of Qom, Qom, Iran**

Email: dr.dabirnia.alireza@gmail.com

**شهد عبد الستار حمد علي - طالبة دكتوراه في القانون العام/ جامعة
قم/ إيران**

**Shahad abd alsattar hamad ali – PhD Student in Public
Law/University of Qom/Iran**

@gmail.com^{٧٩٧} Email: Shahadalmosawy

١٤٤٧هـ ٢٠٢٥م

المخلص

تلعب المحكمة الدستورية في العراق دوراً هاماً في حماية الحقوق والحريات، وذلك من واقع الاختصاصات التي منحتها لها الدساتير المختلفة وذلك بالنظر في الطعون الدستورية في القوانين التي تنتهك الحقوق والحريات المنصوص عليها، وتقضي أي قانون أو أمر مخالف للدستور ورد الحق للمتظلم أو تعويضه عن الضرر، كما أنها حامية للدستور والحقوق والحريات من أي انتهاك أو عبث، وامتد اختصاصها ليصل إلى الطعن في أعمال رئيس الجمهورية والولاة والوزراء لأي قرارات أو أوامر تنتهك لأي حقوق أو حريات كفلها الدستور سواء كان ذلك شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ويجوز لها أن تتقدم بنقض تلك القرارات من تلقاء نفسها أو بواسطة شخص وإن وجود المحكمة الاتحادية العليا في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً، وإنطة مهمة الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين بها - أي إنشاء قضاء دستوري متخصص في العراق . ومن هنا يبرز السؤال الرئيسي للبحث وهو كيف وبأي جودة يمكن للمحكمة الدستورية في العراق ومصر حماية الحقوق الأساسية للمواطنين التي تم التأكيد عليها في النظام الدولي لحقوق الإنسان وقد تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي في كتابة هذا البحث، وقد استنتج البحث أثر أحكام القضاء تمثل الحماية الدستورية الصادرة بسبب عدم دستورية نص تشريعي المحور الرئيسي لحماية الحقوق والحريات العامة. هذه الحقوق والحريات، وهي الهدف الأساسي الذي يسعى نظام الحكم إلى تحقيقه في إطار سيادة القانون. إن الدور الأساسي للقضاء الدستوري، من خلال أحكامه بعدم الدستورية، هو ضمان مهمة وفعالة لمراعاة المشرع للقواعد الدستورية التي تضمن الحقوق والحريات العامة، وبالتالي فإن الهدف الرئيسي من إنشاء الحكومة هو ضمان حقوق المواطنين وحرياتهم، وهو ما تم التأكيد عليه أيضاً في النظام الدولي لحقوق الإنسان ، وقد وفر النظام القانوني والمحكمة الدستورية آليات لضمان الحقوق الأساسية للمواطنين بما يتوافق مع الظروف الاجتماعية والثقافية التي تحكم المجتمع إلا أنه يواجه أيضاً عقبات كبيرة.

الكلمات المفتاحية: اختصاصات المحكمة الدستورية، صلاحيات المحكمة الدستورية، حقوق الانسان، حماية الحقوق الاساسية، وثائق حقوق الانسان الدولية.

Abstract

The Constitutional Court in Iraq, based on the powers granted to it by various constitutional laws, plays an important role in protecting rights and freedoms, by examining complaints about laws that violate the rights and freedoms guaranteed, and by issuing a ruling on any law or order that is contrary to the constitution, restoring the right to the plaintiff or compensating for the damage caused. The Court also protects the constitution and rights and freedoms from any violation or manipulation. Its jurisdiction has been extended to include challenging the actions of the President, governors and ministers for any decision or order that violates the rights or freedoms guaranteed by the constitution, whether it concerns a natural or legal person. The court can appeal these decisions on its own initiative or through a person. The existence of the Federal Supreme Court in the 2005 Constitution of the Republic of Iraq, which is

currently in force, and the assignment to it of the task of subsequent judicial review of the conformity of laws with the constitution - that is, the creation of a specialized constitutional judiciary in Iraq - demonstrates the importance of this court. This leads to the main research question: How and to what extent can the constitutional courts in Iraq and Egypt protect the fundamental rights of citizens that are included in the international human rights system? This research, with a descriptive-analytical approach, concludes that judicial rulings, especially rulings declaring unconstitutionality, are the cornerstone of the protection of public rights and freedoms. These rights and freedoms are the main goal that the ruling system seeks to achieve within the framework of the rule of law. The fundamental role of the Constitutional Court, through unconstitutionality rulings, is to ensure that legislators adhere to the principles of the constitution that protect public rights and freedoms. Therefore, the main purpose of establishing a state is to guarantee the rights and freedoms of citizens, a principle that has also been emphasized in the international human rights system. While the legal system and the constitutional court have provided mechanisms to guarantee the fundamental rights of citizens in accordance with the prevailing social and cultural conditions, they also face significant obstacles.

Keywords: Jurisdiction of the constitutional court, powers of the constitutional court, human rights, protection of fundamental rights, international human rights instruments.

المقدمة

يمكن تحديد دور المحكمة الاتحادية (المحكمة الدستورية) في حماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين من خلال المحاور التالية: الرقابة على دستورية القوانين والتي تمارس المحكمة الاتحادية دورها في منع إصدار أو تطبيق قوانين تتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الباب الثاني من الدستور (الحقوق والحريات) و إذا صدر قانون أو قرار إداري ينتهك حقوقاً مثل حرية التعبير، أو الحق في المساواة، أو الحق في المحاكمة العادلة، يمكن الطعن فيه أمام المحكمة الاتحادية لإلغائه. مثال: إذا أقرّ مجلس النواب قانوناً يقيد حرية الصحافة خلافاً من الدستور، يمكن للمحكمة الاتحادية أن تقضي بعدم دستوريته، والمحور التالي هو تفسير النصوص الدستورية بما يحمي الحقوق وتلعب المحكمة الاتحادية دوراً تأويلياً مهماً، إذ تفسّر النصوص الدستورية الغامضة بطريقة تضمن حماية جوهر الحقوق الدستورية فعند التعارض بين سلطة الدولة وحريات الأفراد، تميل المحكمة إلى تأكيد الطبيعة السامية للحقوق الأساسية واعتبارها قيوداً على سلطة التشريع والتنفيذ. والمحور التالي هو ضمان مبدأ سيادة الدستور والمحكمة تمثل الضامن النهائي لعلوية الدستور، مما يعني أن جميع السلطات (التشريعية، التنفيذية، القضائية) تخضع لأحكامه وهذا الدور يحقق حماية غير مباشرة للحقوق الأساسية من أي

تجاوز أو تعسف من قبل السلطات العامة. والمحور التالي هو الفصل في النزاعات الدستورية المتعلقة بالحقوق وعندما تنشأ نزاعات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم حول مسائل تمس الحقوق الأساسية (كحرية التجمع أو إدارة الموارد العامة)، تتدخل المحكمة لحسم النزاع بما يحقق التوازن بين السلطات ويحمي مصالح المواطنين. والمحور الأخير هو ترسيخ مبدأ الفصل بين السلطات بقصد حماية استقلال القضاء وتوازن السلطات، تضمن المحكمة الاتحادية بيئة قانونية تمنع تغول سلطة على أخرى، مما يعزز حماية الحقوق والحريات العامة.

المبحث الأول

نقاط القوة والضعف لدى المحكمة الدستورية العراقية في حماية الحقوق الأساسية للمواطنين وإنشاء النظام الدولي لحقوق الإنسان

تعد مسألة تحديد الإطار الزمني لتنفيذ حكم بعدم دستورية نص تشريعي أو تحديد نطاق هذا الحكم من حيث الوقت من أهم الموضوعات التي أثارها الرقابة القضائية بعد صدور القانون.^(١)

إن تحديد الإطار الزمني لتنفيذ حكم بعدم الدستورية يعني تحديد الوقت أو التاريخ الذي يمتد خلاله تأثير الحكم بعدم الدستورية، بمعنى تحديد ما إذا كان الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يسري بأثر رجعي على العلاقات والأوضاع السابقة على صدور هذا الحكم، أي يمتد أثره إلى الماضي على العلاقات والأوضاع التي تمت وفقاً للنص الذي قضى بعدم دستوريته، وبالتالي تعد هذه العلاقات والأوضاع باطلة لتأسيسها على نص ثبت عدم دستوريته، أم أن الحكم بعدم دستورية القانون يسري بأثر مباشر يقتصر نطاقه على العلاقات والأوضاع التي تنشأ من تأريخ صدور هذا الحكم، وبالتالي تبقى العلاقات والأوضاع التي تمت في الماضي وفقاً للنص المقضي بعدم دستوريته صحيحة.^(٢)

ولقد اختلفت سياسة المشرع في دول العالم التي أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح في هذا الشأن ما بين مقرر لقاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ومقرر لقاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم، في حين اعتنقت بعض الدول أسلوب يجمع بين هاتين القاعدتين معاً، على اعتبار إحداهما القاعدة والأخرى الاستثناء.

(١) ان مسألة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية قانون لا تثار في الدول التي اعتنقت أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين، كما لا تثار في الدول التي اعتنقت أسلوب الرقابة القضائية السابقة على صدور القانون. ويرجع ذلك إلى أنه في الحالة الأولى، فإن الرقابة السياسية عادة ما تكون رقابة سابقة على صدور القانون، وبالتالي تحول دون صدور القانون المخالف للدستور قبل تطبيقه على الأفراد، فإذا صدر القانون من دون المنازعة في مدى دستوريته أو بعد ثبوت دستوريته، فإن ذلك يحول دون إثارة مسألة مدى دستوريته بعد ذلك، حتى ولو كان مخالفاً للدستور. أما في الحالة الثانية، فإن الرقابة القضائية السابقة على صدور القانون تحول كذلك من دون صدور أي قانون مخالف للدستور قبل تطبيقه على الأفراد، حيث تنتهي هذه الرقابة إما إلى دستورية القانون وبالتالي عدم جواز إثارة النزاع مرة أخرى حول مدى دستورية هذا القانون بعد إصداره وتطبيقه على الأفراد، وإما إلى عدم دستورية هذا القانون لثبوت مخالفته للدستور، وبالتالي عدم إصداره، محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، ص ١٥.

(٢) محمد عبد الواحد الجميلي، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، ص ٥٣.

تعدّ النصوص الدستورية الواردة في صلب الوثيقة الدستورية المصدر الأساس للحقوق والحريات العامة، إلّا أنّ مجرد وجود هذه النصوص في صلب الدستور لا يمثل ضماناً كافية للأفراد في حفظ حقوقهم وحرياتهم ومنع إنتهاكها من قبل السلطات في الدولة، إذ يعدّ دستور جمهورية العراق السابق الصادر في ١٦ تمّوز لعام ١٩٧٠ م^(١) خير شاهد على ذلك، فقد تضمّن هذا الدستور (١٨) مادة تحت عنوان (الحقوق والواجبات الأساسية) في مختلف المجالات، كحرية الرأي والنشر والإجتماع والتظاهر وتأسيس الأحزاب السياسية وحرية الأديان والمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية وغيرها، إلّا أنّ الواقع العملي أثبت عكس ذلك، وجعل من هذه النصوص الدستورية مجرد حبر على ورق . لذا فإنّه يجب أن ترافق النصوص الدستورية ضمانات لتطبيقها أو لتدعيمها وصيانتها()، وهذا ما حدى بالمشرع العراقي في الدستور الحالي لعام ٢٠٠٥ م أن يضع ضمانات لتطبيق النصوص الدستورية الواردة في صلبه^(٢) .

ويترتب على السمو الموضوعي للدستور عدّة نتائج، منها :

١- ترصين مبدأ المشروعية في الدولة

يُصل مبدأ سمو الدستور - الموضوعي - بمبدأ المشروعية بصلة وثيقة وحتمية؛ لأنّ مبدأ سمو الدستور يتضمّن مبدأ المشروعية، وذلك لأنّه إذا كان مبدأ المشروعية يعني خضوع الحكام والمحكومين لسيطرة أحكام القانون، بحيث لا يصدر أيّ قرار فردي إلّا في حدود القانون، وإنّه يجب على كلّ سلطة أن تحترم القانون، فإنّ مبدأ سمو الدستور يدعم ويقوّي مبدأ المشروعية ويوسّع من نطاقه، لأنّه يتطلب خضوع الحكام والمحكومين لقواعده من ناحية، وخضوع التشريعات واللوائح والقرارات النافذة في الدولة لأحكامه من ناحية أخرى، وبذلك يمثل الدستور بسموه وعلوه قمة المشروعية في الدولة، وعلى منواله، وبالإتفاق مع أحكامه يجب أن تصدر جميع القوانين فيها، وعلى جميع الحكام الإلتزام بأحكامه، وإلّا كانت تصرفاتهم باطلة وفاقة لكلّ قيمة^(٣) .

٢- عدم جواز تفويض الاختصاصات بدون نصّ صريح

إنّ الدستور قد أنشأ السلطات العامة وحدّد إختصاص كلّا منها وفقاً للدور الذي وضعه لها، هذا الإختصاص المحدّد لكلّ سلطة بناء على الفلسفة التي قام عليها الدستور تمّ إعطاؤه لكلّ سلطة على سبيل الحصر، ومن ثمّ ليس لأيّ سلطة تفويض إختصاصاتها إلى غيرها من السلطات، والسبب في ذلك هو أنّ الدستور عندما أنشأ هذه السلطات فوّض لها إختصاصاتها، والإختصاصات

(١) وجدير بالذكر ان الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية، وهو ما يعني اقرار دستورية النص المطعون فيه، لا يثير أية مشكلة بصدد تحديد النطاق الزمني لتنفيذه، ذلك لانه في هذه الحالة تبقى الاوضاع مستقرة كما هي، ويستمر تطبيق النص على العلاقات الجديدة في المستقبل، وتطبقه المحاكم فيما يعرض عليها من منازعات، ويظل النص موجوداً وناظراً إلى أن يلغى بالطرق المقررة قانوناً، عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، ص٣٥٥ .

(٢) نشر في الوقائع العراقية في العدد ١٩٠٠، بتاريخ ١٦/٧/١٩٧٠ م .

(٣) إحسان حميد المفرجي و كطران زغير نعمة و رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، ط ٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١ م، ص ٣٢٢ .

المفوضة لا تقبل التفويض، فهذه الإختصاصات ليست حقوقاً لهم، ولكنها واجبات عليهم ليس لهم التنازل عنها أو تفويض غيرهم بها، إلا إذا سمح لهم الدستور بذلك^(١).

ولدى الرجوع إلى الدستور العراقي نجد بأنه وعلى سبيل المثال نصّ في المادة (٦١) منه على: ((يختصّ مجلس النواب بما يأتي : ...))

فإنّه لا يجوز لمجلس النواب أن يفوض مجلس الوزراء مثلاً بعض هذه الاختصاصات التي أوكّلها الدستور إليه؛ لأنّها اختصاصات دستورية حصرية لمجلس النواب ولا تستطيع أن تفوض غيرها إلا إذا وجد نصّ دستوري آخر يجيز لها ذلك .

بيد أنّه تجدر الإشارة هنا، وبالرغم من التّيجتين السّابقتين، إلى أنّ السّموم الموضوعي للدستور الذي يتحقّق لجميع أنواع الدساتير، تبقى أهمّيته محصورة أكثر ممّا هي في المجال السياسي في المجال القانوني، أي أنّ خرق أو مخالفة هذا المبدأ لا يربّث سوى آثار سياسية دون الآثار القانونية كالإلغاء العمل القانوني المخالف لأحكام الدستور^(٢)، إذ أنّ مبدأ سموّ الدساتير لا ينتج أثره القانوني ما لم تنظّم طرق أو وسائل تكفل احترامه، أي وجود رقابة على دستورية القوانين، ولا يمكن تنظيم هذه الرقابة ما لم يتحقّق للدساتير السّموم الشكلي بجانب سموّها الموضوعي، فتعمل السلطات التأسيسية الأصلية حين تضع الدساتير، على أن تحيط تعديلها أو إلغائها بضمانات تجعلها بمنأى عن السلطات العامة، وبصفة خاصّة السلطة التشريعية^(٣).

أولاً : السّموم الشكلي

يستند السّموم الشكلي للدستور إلى الإجراءات والشكليات التي يتمّ بها تعديل الدستور، فالسّموم الشكلي للدستور يتحقّق إذا كان تعديله يتطلب إجراءات وشكليات خاصّة أشدّ تختلف عن الإجراءات والشكليات اللازمة لتعديل القوانين العادية^(٤)، لذا فلا يتصور السّموم الشكلي إلا في الدساتير الجامدة^(٥).

ويقصد في هذا المجال بالدستور الجامد، الدستور الذي يتطلب تعديله أو إلغاؤه إجراءات أشدّ تعقيداً من إجراءات تعديل أو إلغاء القانون العادي، من حيث اقتراح التعديل أو من حيث التصويت عليه أو من حيث عرضه على الإستفتاء بخلاف الدستور المرن الذي يمكن سنّه وتبنيّه ومراجعته حسب نفس الإجراءات التي تسنّ بها وتبني القوانين العادية وتراجع، لذا فإنّه لا يقتصر الدستور

(١) إنّ هذه الضمانات الدستورية أيضاً لا تجد لها مجالاً للتطبيق في الأنظمة الديكتاتورية؛ لأنّها تكون واردة في الدستور أو القانون وهما لا يطبقان على تلك الأنظمة حسب وجهة نظرهم، بل هما وضعا لكي يطبقا على الشعب فقط، لذا فإنّ ما نعينه هنا من ضمانات دستورية هي تلك الضمانات التي تمنع إنتهاك أي سلطة من السلطات الثلاث في الدولة ذات الحكم الديمقراطي - والذي يعتبر الدستور هو أسمى قانون في الدولة وأنّ الشعب يعدّ مصدر السلطات في الواقع - لأيّ من الحقوق والحريات العامة .

(٢) عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص ٥٤١ .

(٣) عمر حوري، القانون الدستوري، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩ م، ص ٧٣ .

(٤) عصام علي الدّبس، الوسيط في النّظام الدستوري، ط ١، دار الثقافة، عمّان، ٢٠١٤ م، ص ٣٨١ .

(٥) نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط ١، دار الثقافة، عمّان، ٢٠٠٦ م، ص ٥٣٧ .

الجامد على الدساتير المكتوبة أو المدونة، بل يشمل الدساتير غير المكتوبة والتي يطلق عليها جانب من الفقه بـ (الدساتير العرفية) .

ويرجع الاختلاف في سياسة المشرع بين دول العالم التي أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين إزاء تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى اختلاف منهج هذه الدول في تحديد طبيعة هذا الحكم، وما إذا كان يعد حكماً كاشفاً عن مخالفة النص المقضي بعدم دستوريته منذ صدوره لأحكام الدستور، حيث يكون لهذا الحكم أثر رجعي يترد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته، وليس تأريخ صدور الحكم بعدم دستوريته، أم أن الحكم بعدم الدستورية يعد حكماً منشأ لعدم الدستورية، وبالتالي يكون لهذا الحكم أثر مباشر يطبق بأثر فوري من تأريخ صدور الحكم بعدم الدستورية على العلاقات والأوضاع المستقبلية^(١).

المطلب الأول

الأثر الزمني للكاشف للحكم بعدم الدستورية

ان تقرير قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية هو الحل الذي يتفق مع طبيعة الأحكام القضائية وكونها كاشفة وليست منشئة، إلا أنه لا يمكن مع ذلك التسليم بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على إطلاقه، لأن من شأن ذلك التأثير بطبيعة الحال على الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي استقرت في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته، وقد اختلف الفقه في تحديد الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية إلى اتجاهين :

الفرع الأول: الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه.

القاعدة العامة فيما يتعلق بالأحكام القضائية بشكل عام هي أنها تكشف ولا تخلق، لأنها لا تثبت الحق، بل تكشف عن وجوده، وبناءً عليه، عندما تقرر المحكمة عدم دستورية تشريع معين مع ما يترتب على ذلك من الإلغاء. وبطلان ذلك، فإنه لا يخلق هذا البطلان، ولكنه يقرر شيئاً موجوداً بالفعل بحكم الدستور القائم، التشريع الباطل لمخالفته الدستور باطل منذ وجوده لأنه ولد مخالفة للدستور ولا يظهر النص التشريعي ساري المفعول إلا باتفاقه مع الدستور. وهذا يعني أن النص المتنازع عليه ولد بعيوب دستورية، والحكم بعدم الدستورية يكشف عن هذا الخلل الذي لا أصل له، مما يؤثر على صحة هذا النص منذ تاريخ تنفيذه. يحدد هذا الحكم الواقع الذي سبقه وهو ظهور النص الشرعي فيه خلل دستوري..^(٢)

ومن هنا يقتضي المنطق القانوني المجرد أن يكون للحكم الذي يصدر قراراً بعدم الدستورية أثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النص التشريعي غير الدستوري، وليس تاريخ صدور الحكم غير دستوري، أي أن هذا لا يجوز تطبيق النص ليس فقط في المستقبل، ولكن أيضاً فيما يتعلق بالعلاقات والأوضاع التي سبقت صدوره، بما في ذلك بطلان هذه العلاقات والأوضاع التي حدثت في الماضي بناءً على هذا النص، والذي يعتبر غير دستوري..^(٣)

(١) حسين عثمان محمد عثمان وعمر حوري، القانون الدستوري، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠م، ص ٧٤ .

(٢) محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، ص ٩٧.

(٣) عبد العزيز محمد سالمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، ص ٩٥ .

إن التأثير الكاشف لحكم عدم الدستورية يستند إلى حقيقة أن خلل انتهاك القاعدة القانونية للشرعية الدستورية يولد مع القاعدة نفسها. وسيؤيد تقرير هذا التأثير المنفعة العملية التي يأملها الخصم في مطالبته الدستورية.. إذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، فقد أصبح إلزامياً للقاضي الموضوع - الذي أرجأ تطبيق القانون عندما كان يشتهبه في عدم دستوريته - أن يطبق هذا القانون بعد الحكم بعدم دستوريته، والذي تم رفضه من قبل منطق قانوني سليم ويتعارض مع الغرض المنشود من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق منشئ الدفاع أي فائدة عملية تجعل الحق في التقاضي، وهو أحد الحقوق العامة التي تضمنها معظم الدساتير - فيما يتعلق قضية دستورية عديمة الفائدة وخالية من محتواها. وهذا يؤكد أن الطبيعة القانونية للأحكام هي أنها تعتبر كاشفة للحقوق وليس لتأسيسها، فهي لا تخلق شيئاً جديداً ولا تؤسس لمراكز قانونية لم تكن موجودة من قبل، بل إنها تكشف عن حكم الدستور، والذي تم تحديده مسبقاً منذ تنفيذه.^(١)

ومن الدول التي اعتنقت قاعدة الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية الولايات المتحدة الأمريكية، وإيطاليا، وألمانيا، والبرتغال، والكويت.^(٢)

الفرع الثاني: الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه.

وكانت نتيجة هذا الاتجاه أن الحكم بعدم الدستورية يعني إلغاء النص التشريعي المطعون فيه اعتباراً من تاريخ نشر الحكم بعدم دستوريته. ويترتب على ذلك أن جميع التأثيرات التي رتبها النص التشريعي قبل الحكم بعدم دستوريته تظل سارية وقائمة، وكل ما هو أن هذا النص لا ينتج آثاره القانونية للمستقبل، لأنه خرج من النظام القانوني للدولة. حالة. من بين البلدان التي تبنت حكم التأثير التأسيسي لحكم عدم الدستورية إسبانيا واليونان وتركيا ورومانيا وسلوفاكيا وجمهورية التشيك.^(٣)

كما أخذت بهذا الاتجاه النمسا في دستورها الصادر عام ١٩٢٠ إذ نصت المادة (٥/١٤٠) منه على أن " القرار الذي تبطل به المحكمة الدستورية قانوناً أو جزء من قانون لعدم دستوريته يلزم المستشار الاتحادي أو حاكم الإقليم المعني بنشر هذا البطلان فوراً، ويسري هذا البطلان من يوم نشره، إلا إذا حددت المحكمة مهلة لسريان هذا القانون أو الجزء من القانون الملغي لا يجوز أن تزيد هذه المهلة عن ١٨ شهراً " . ووفقاً لهذا النص، فإن القاعدة في سريان حكم المحكمة الدستورية النمساوية بعدم الدستورية بأثر فوري، وليس بأثر رجعي، فالقانون وإن كان غير دستوري، إلا أنه يظل سارياً حتى تاريخ نشر الحكم بعدم دستوريته.

هذا المنطق في تحديد آثار حكم عدم الدستورية يعتمد على أفكار الفقيه كيلسن، فالنظام القانوني، من وجهة نظره، هو نظام من الكفاءات التي تتبثق جميعها من مصدر واحد، والتي على أساسها الصحة والنزاهة و الوحدة المنطقية لجميع القواعد مبنية، والقواعد التي هي جزء من هذا النظام لا يمكن أن تكون باطلة منذ إنشائها ووجودها، لكنها قابلة للإلغاء فقط، وحتى الحكم بالإلغاء، وكان القانون ساري المفعول، و لم يكن باطلاً منذ البداية، وبالتالي ليس من الصحيح أن

(١) محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، ص ٩-١٠.

(٢) رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ص ٤٢٦ .

(٣) محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، ص ١٧ .

الحكم الذي يقرر عدم الدستورية هو حكم حاسم، بل على العكس هو حكم هيكلي يخلق تأثيراً هيكلياً عند إلغاء قانون قائم.^(١)

إن المشرع الدستوري في قانون إدارة الدولة العراقية عند حديثه عن إنشاء المحكمة الاتحادية العليا لم يذكر أولاً الرقابة على دستورية القوانين عند تحديده لاختصاصات المحكمة بل حدد أولاً صلاحية المحكمة في الفصل في النزاعات والدعاوي المقامة بين المحكمة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات وبعد ذلك ذكر أن من صلاحية المحكمة النظر في دستورية القوانين والأنظمة الصادرة من المحكمة الاتحادية وحكومات الأقاليم^(٢)، وعند الحديث عن هذا الموضوع يثار تساؤل هو: ما مدى نطاق الرقابة الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا؟ هل هو مطلق على كل القوانين أم محدد؟.

يتحتم على السلطة التشريعية احترام أحكام ونصوص الدستور، فلا تستطيع هذه السلطة أن تصدر من التشريعات ما تخالف به أحكامه، وإلا غدت السلطة التشريعية مجاوزة لحدود اختصاصها، وعدت التشريعات الصادرة عنها غير دستورية، ووجوب الحكم بعدم دستورتها^(٣)، وإذا كانت دستورية القوانين تبدو نظرية أكثر منها واقعية، على أساس أن السلطة التشريعية ستحاذر بصورة عامة إقرار قوانين تتعارض تعارضاً صريحاً مع النصوص الدستورية نصاً أو روحاً، إلا أنها مشكلة قائمة وينبغي بل ويتوجب ضرورة التحسب لها ووضع الحلول المناسبة لدفع أية إمكانية لخرق الدستور من جهة، ولإستبعاد التداخل بين السلطات من جهة ثانية^(٤).

لذا فإن غالبية الدساتير في عالمنا المعاصر، تنص صراحة على كيفية صيانة وضمان احترام هذه الدساتير، ومنع السلطات العامة من خرقها، أو تجاوزها أثناء ممارستها للسلطات الموكلة لها. ولكن على الرغم من الاتجاه الموحد للدول المعاصرة للمحافظة على دساتيرها، إلا أن هذه الدول لم تنهج نهجاً موحداً في هذا المجال، فمن جهة نجد أن بعض الدول تمنح هذه الصلاحية وبمقتضى نص دستوري لهيئة سياسية^(٥)، ومن جهة أخرى أثرت بعض الدول منح هذه الصلاحية لهيئة قضائية^(٦)، ومنها العراق، إذ أوكل مهمة الرقابة على دستورية القوانين للمحكمة

الإتحادية العليا، وذلك بموجب المادة (٩٣/أولاً)، إذ نصت: ((تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي :

(١) احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٣٣٦ .

(٢) J-C. Beguin, Le Controle de la constitutionnalite de lois en Republique Federale d' Allemagne , Economica , Paris , ١٩٨٢, P. ٢١٩, et.suiv. نقلاً عن رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ص ٤٣٠ .

(٣) خاموش عمر عبد الله، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، كلية القانون والسياسة، العدد (١١)، ٢٠١٢ م، ص ١٣٤ .

(٤) خالد عبد الله عبد الرزاق النقيب، الرقابة على دستورية القوانين - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير تقدم بها إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠٠٦ م، ص ٦٨.

(٥) نعمان أحمد الخطيب، الوجيز في النظم السياسية، ص ١٨٧ .

(٦) عيد أحمد الحسبان، الضمانات القضائية لحماية المقترضات الدستورية في النظمين الأردني والاسباني - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، العدد الأول، المجلد الأول، ٢٠٠٤ م، ص ٣٤٩ .

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ((.

المطلب الثاني

الأثر الزمني المنشئ للحكم بعدم الدستورية

أن القول بأن الحكم له أثر منشئ سيضعنا امام وضع تناقضي إذ سنواجه تمييزاً بين مراكز قانونية تكونت قبل الحكم بعدم الدستورية واخرى تكونت بعده . فالمراكز الأولى لا يمسها الحكم الصادر بعدم الدستورية، بينما المراكز القانونية الثانية – التي تكونت بعد صدور الحكم بعدم الدستورية – عليها أن تعمل أثر هذا الحكم . فضلاً عن ذلك فإن الأثر المنشأ للحكم الصادر بعدم الدستورية من شأنه أن يضعف فعالية الرقابة على دستورية القوانين، فهذه الرقابة تهدف إلى حماية الدستور من خروج القانون عليه، وهذا الهدف يقلل من إمكانية إصدار قوانين غير دستورية. وحتى تثبت الطبيعة المنشئة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، فإن ذلك معناه بقاء تطبيقات تلك القوانين غير الدستورية سارية في الماضي، بل ومحصنة من المساس بها، وفي ذلك إهدار واضح لمبدأ الشرعية الدستورية ^(١).

إن الرقابة على الدستورية هي رقابة لاحقة على صدور القوانين ونفاذها، إذ يقوم اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على الدستورية عن طريق رقابة النشاط التشريعي وذلك بإلغاء القوانين والأنظمة المخالفة للدستور بعد صدورها، وتأسيساً على ذلك لا يتوقف إصدار أو نفاذ القانون أو النظام على التدخل المسبق من المحكمة الاتحادية لتقرير سلامته من العيوب الدستورية، كما أن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى مشاريع القوانين والأنظمة قبل إصدارها أو نفاذها، وإنما تتولى المحكمة الاتحادية مراقبة تطابق القوانين والأنظمة مع أحكام الدستور بعد نفاذها ^(٢)، وهذا ما بينته المحكمة الاتحادية العليا في إحدى قراراتها .

أما بالنسبة لأساليب تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، فلقد بين (الفصل الثاني) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ م، نجد بأنها حددت جهات ثلاث يحق لها تحريك الدعوى الدستورية (الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة)، هي: المحاكم، والجهات الرسمية، والأشخاص الطبيعية والمعنوية .

أما بالنسبة للمحاكم فقد خول النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ م المحاكم باختلاف درجاتها تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، وذلك إما من تلقاء نفسها، أو بناء على دفع من أحد الخصوم بعدم الشرعية .

فبالنسبة للحالة الأولى فقد نصت المادة (٣) من النظام الداخلي على أنه : ((إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها، أثناء نظرها دعوى، البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى، فترسل الطلب معلاً إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، ولا يخضع هذا الطلب إلى الرسم))، فالنظام الداخلي أعطى للمحكمة السلطة في تحريك الدعوى الدستورية، فيما إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات

(١) رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ص ٤٢٥ – ٤٢٦ .

(٢) رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩ م، ص ٢٠٠ .

يتعلق بتلك الدعوى . وهذا ما أوضحته المحكمة الاتحادية العليا في إحدى قراراتها الصادرة في هذا الجانب^(١) .

أما فيما يتعلق بالحالة الثانية فقد نصت المادة (٤) من النظام الداخلي على أنه : ((إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر بناء على دفع من أحد الخصوم بعدم الشرعية، فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد إستيفاء الرسم عنها ثبت في قبول الدعوى، فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية وتتخذ قرارا بإستئثار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلا للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا)).

في هذه الحالة فإن المحكمة تنظر في عدم دستورية نص بناء على دفع مقدم من أحد الخصوم، وفي هذه الحالة فإنها تكلف الطاعن بعدم الدستورية بتقديم دعوى جديدة أمامها، والتي ثبت فيها بعد إستيفاء الرسم القانوني، فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيها وتتخذ بدورها قرارا بإستئثار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع المقدم من قبل الطاعن فيكون قرارها قابلا للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا .

وعلى ذلك تختلف حالة الإحالة - الواردة في المادة (٣) - عن حالة الدفع - الواردة في المادة (٤)-، فيما يتعلق بسلطة المحكمة في تقدير جدية الدفع، إذ أنه في الحالة الأولى إذا صادف المحكمة شك في عدم دستورية النص فما عليها إلا أن ترفع أمر مسألة الدستورية إلى المحكمة الاتحادية العليا دون أدنى سلطة في تقدير مسألة الدستورية، أما في الحالة الثانية فيكون للمحكمة إذا خالطها شك في مسألة الدستورية إثر دفع الخصوم بها في الدعوى المطروحة عليها، فإذا اطمأنت إلى صواب هذا الدفع أجلت نظر الدعوى وكلفت من أثاره إقامة دعوى جديدة لرفعها أمام المحكمة الاتحادية العليا بعد أن يستوفي عنها الرسم القانوني^(٢) .

إلا أنه ما يؤخذ على المشرع بخصوص هذه المادة، هو أنه لم يلزم محكمة الموضوع بمدة تستطيع عن طريقه أن تثبت في قبول الدعوى أو رفضها، وفي الوقت ذاته فإنها لم تحدد المدة التي يستطيع الطاعن بعدم الدستورية أن يطعن بقرار محكمة الموضوع برفض الدفع، لذا نقترح على المشرع أن يقوم بتحديد هذه المدد بشكل لا يقبل التأويل حفاظا على حقوق المتنازعين، ولما يؤدي إلى إستقرار المراكز القانونية . وهذا ما أشارت إليه المحكمة الاتحادية العليا في إحدى قراراتها.

المبحث الثاني

الاستراتيجيات الموجودة لتحسين أداء المحكمة الدستورية العراقية

على الرغم من أهمية الطبيعة الكاشفة للحكم بعدم الدستورية، إلا أن هذه الطبيعة قد تتعارض مع اعتبارات النظام العام وضرورة حماية الأمن القانوني في الدولة. إن القول بأن للحكم أثر رجعي، بحيث يمتد أثره إلى تاريخ ميلاد القانون الذي أعلن عدم دستوريته، قد يتسبب في وجود ثغرات سوداء في النظام القانوني لهذه الدولة أو تلك. قضايا عدم الدستورية ستوسع دائرتها وتضاعف مجالاتها حتى نجد أنفسنا - في النهاية - أمام نظام قانوني يحتوي على ثغرات من كل اتجاه..

(١) فرمان درویش حمد، مصدر سابق، ص ٣٦٢ .

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١/ا.ث.د.٢٠٠٦، الصادر في ٢٩/٥/٢٠٠٦.

يجب على المحكمة الدستورية، عند الفصل في عدم دستورية القانون - في البلدان التي تنص دساتيرها على الكشف عن أثر حكم بعدم الدستورية - أن توازن بين القيم الدستورية المختلفة. ومن هذه القيم المصلحة العامة المتمثلة في الاستقرار القانوني وقدرة الدولة على الاستمرار في أداء واجباتها الدستورية. يجب أن تخضع ممارسة الحقوق والحريات لاعتبارات المصلحة العامة.^(١)

المطلب الأول

المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم

معظم الدساتير المقارنة التي تأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، تستبعد الحقوق والأوضاع القانونية التي كانت قائمة عند صدور هذه الأحكام. لقانون لم يُحكم بعدم دستوريته، ويتمتع أصحابه بمناصب قانونية لا تنتقص من حكم عدم الدستورية، مثل التقادم وقوة الأمر المقضي به. لم يقتصر مصدر المواقف القانونية المستقرة قبل الحكم بعدم الدستورية على هذين المثالين. يكتسب الموظف الفعلي الذي يمارس عمله بناءً على قرار إداري يبدو أنه صحيح، مركزاً قانونياً لا يجوز تقليص مركزه أو المساس بالقرارات الصادرة عنه.^(٢)

أما في مصر فقد قررت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا "يستثنى من هذا الأثر الرجعي للحكم الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم".

ولاشك أن المشرع في تقريره هذه الاستثناءات على أساس الأثر الرجعي لأحكام عدم الدستورية قد اتخذ موقفاً متوازناً بين تقرير الأثر الرجعي الذي يفترضه الطبيعة الكاشفة للأحكام ورغبته. حفاظاً على استقرار الأوضاع والمراكز التي تم إنشاؤها واستقرارها، فقرر عدم المساس بها خوفاً من الفراغ التشريعي أيضاً. حول اللبس الناجم عن انتهاك مبدأ سلطة الأمر المقضي في الأحكام^(٣).

الفرع الأول: المحكمة العليا في العراق ومدى جواز العدول عن حجية أحكامها

إن مطلب الأصالة المطلقة الذي يكتسبه حكم بعدم الدستورية هو أن المسألة الدستورية الواردة في هذا الحكم لا ينبغي أن تثار مرة أخرى أمام المحكمة الدستورية. ومع ذلك، تحولت بعض المحاكم الدستورية في أوروبا^(٤). التخلي عن مبادئها القانونية السابقة التي تبنتها عند الفصل في موضوع القضايا الدستورية - سواء بعدم الدستورية أو برفض الدعوى - وهو ما يعني إلغاء

(١) رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ص ٤٢٦-٤٢٧.

(٢) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٣٤٢.

(٣) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٣٤٢.

(٤) ذهبت إلى ذلك المحكمة الدستورية الألمانية - بحذر شديد - إذا ما طرأت ظروف تتطلب تقديراً جديداً من المحكمة الدستورية. وفي ذات الاتجاه سارت المحكمة الدستورية النمساوية معللة اتجاهها في أن إعطاء إجابة مختلفة عن المسألة الدستورية تخالف ما ارتأته من قبل يأتي استناداً إلى أن من سلطتها اعتناق أفكار جديدة وقيم جديدة للمجتمع عبر عنها الدستور ضمناً، ومن قبيل ذلك شرط المساواة وما يمكن أن يعكس تفسيره من تأويلات مختلفة في ضوء تطور الظروف. كما قضت المحكمة الدستورية الإيطالية أنه يمكن لها أن تغير اتجاهها في المسألة الدستورية في ضوء التطورات اللاحقة في المبادئ الأساسية للنظام القانوني لما يمكن أن تؤدي إليه هذه التطورات من حلول مختلفة.

الصلاحيات المطلقة لأحكامها، في حالة واحدة، وهي إذا كانت الظروف. وتتغير أوضاع المجتمع بتبني أفكار وقيم جديدة تؤدي إلى إمكانية تغيير الاتجاه في الحكم في المسألة الدستورية.^(١)

عرف العراق نظام الرقابة على دستورية القوانين في ظل نفاذ القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ إذ نص على تشكيل محكمة عليا تتولى ممارسة عدد من الاختصاصات من بينها الرقابة على دستورية القوانين وتفسير أحكام القانون الأساسي العراقي. إلا أن المحكمة الاتحادية العليا لم تكن جهازاً دائماً من أجهزة الدولة، لأن إنشاءها موكول بالمهمة التي تحال إليها. وهذه نقطة ضعف سهلة للسلطة التنفيذية لتدخل في عمالها وأصبحت في مهب ريح التيارات السياسية. ولهذا فإنها تبشر رقابة الدستورية على القوانين إلا في حالات محددة جداً، ولم يكن لها دور لامع في ضمان مبدأ المشروعية وإنزال حكم القانون على الجميع حكماً ومحكومين وإن الدساتير التي تلت القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ لم تعر اهتماماً لموضوع الرقابة على دستورية القوانين عدا الدستور ١٩٦٨ الذي قضى بتشكيل محكمة دستورية عليا. لكنها لم تشكل في حينها، والبعض يرى أن العراق لم يكن يعرف وجود محكمة عليا تختص بالفصل في دستورية القوانين والقرارات والأوامر والأنظمة والتعليمات التي تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية مما ولد في السابق فراغاً قضائياً انعكس على حقوق الإنسان وعلى سيادة القانون ولم يكن من حق القضاء الإداري الفصل في دستورية القوانين وشرعيتها بحجة أن مهمته الأساسية هي تطبيق القانون، وليس البحث في شرعيته. ولهذا فإن إنشاء المحكمة العليا مسألة مهمة وضرورية لضمان سير العدالة وحكم القانون وحماية الحقوق، وبعد صدور قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية^(٢).

وفي ٢٤/شباط/٢٠٠٥، أصدر مجلس الوزراء الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا. وقد جاء في المادة منه ((تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد وتمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون))^(٣).

ثم صدر النظام الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ الذي حدد إجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا^(٤) وبعد إقرار الدستور العراقي الدائم^(٥)، بعد الاستفتاء عليه بتاريخ ١٥/تشرين الأول/٢٠٠٥، والذي نص في المادة الأولى منه (جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة. نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق).

وقد أكد الدستور في المادة (٩٢) الفقرة الأولى على أنه (المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً).

(١) انظر احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٢) انظر صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، مرجع سابق، ص ص ٣٢-٣٣.

(٣) غازي فيصل مهدي: المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٣.

(٤) عبد الحسين شعبان: النظام القضائي في العراق، ورقة عمل حول مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الاتحادية العليا، مقدمة إلى المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٩.

(٥) نشر في الوقائع العراقية، العدد ٣٩٩٦ في ٢٠٠٥، ٣، ١٧.

لقد نصت المادة (٨٢/٣) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ على أن تؤلف محكمة من ثمانية أعضاء عدا الرئيس ينتخبهم مجلس الأعيان أربعة من بين أعضائه وأربعة من حكام محكمة التمييز أو غيرهم من كبار الحكام وتنعقد برئاسة رئيس مجلس الأعيان وإذ لم يتمكن الرئيس من الحضور يترأس الجلسة نائبه، وهذا النص أقترن مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه أشرك أعضاء من مجلس الأعيان في تشكيل المحكمة ثم أناط رئاستها برئيس مجلس الأعيان، وهذا من شأنه أن يضع حيادية المحكمة في مهب الريح إذ كيف لها أن تنظر في دستورية القوانين ونصف أعضائها والرئيس منتسبون للسلطة التشريعية وهذه الشكلية تجافي المنطق القانوني السليم^(١).

أما في ظل دستور ١٩٦٨ فقد نصت المادة (٨٧) على أن تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والبت بمخالفة الأنظمة والقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزماً وبالفعل صدر القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ بتشكيل المحكمة إلا أنها لم تشكل في حينه^(٢).

أما المحكمة الاتحادية العراقية الحالية المشكلة بموجب الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ فإنها تتكون من رئيس وثمانية أعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس الثقافية للأقاليم وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة (هـ) من المادة (الرابعة والأربعون) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية^(٣).

هذا ما نصت عليه المادة (٣) من الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا ويقوم مجلس القضاء الأعلى وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح مالا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً لفرض ملئ الشواغر في المحكمة الاتحادية وفي ضوء ذلك فقد رشح مجلس القضاء الأعلى (٢٧) مرشحاً لرئاسة وعضوية المحكمة أي ثلاثة أضعاف عدد المحكمة وتم اختيار أعضاء المحكمة التسعة خلال عملية اقتراع سري مر بموجب محاضر رسمية رفعت إلى مجلس الرئاسة وبعد تدقيق طال سبعة أشهر اختير بعدها رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية بموجب المرسوم الجمهوري المرقم ٣٩٨ في ٣٠/٣/٢٠٠٥ وبعد إجراء الانتخابات للجمعية الوطنية وتشكيل الحكومة وانتقال السيادة إلى الحكومة العراقية أصدرت رئاسة الجمهورية قراراً جمهورياً بالرقم (٢) في ١/٦/٢٠٠٥ بتصديق قرار تعيين رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق. ولم يبين قانون المحكمة وكذلك النظام الداخلي لها الإجراءات المتعلقة في ترشيح القضاة واختيار الفائزين من بينهم. وهذا نقص يجب تلافيه مستقبلاً ويتبع الطريقة نفسها فيما بعد ترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر يحصل بسبب الوفاة أو العزل أو الاستقالة^(٤).

(١) نشر في الوقائع العراقية، العدد ٤٠١٢، في ٢٠٠٥، ١٢، ٢٨.

(٢) غازي فيصل مهدي: المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٩.

(٣) فائز عزيز اسعد، نظرة في النظم الدستورية والسياسية العراقية، الماضي والحاضر والمستقبل، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد، ٢٠٠٩ ص ٦١.

(٤) عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق وفق دساتيره الحديثة، المكتبة القانونية، بغداد، ط ١، ٢٠١٣ ص ١٠٨.

الفرع الثاني: أسباب التفسير

لقد تمكن التفسير الموضوعي في العديد من الدول من الحلول محل المشرع في معالجة عمومية النص أو قصور صياغته، حتى أضحي ظل المشرع الذي لا يغيب، بل أصبح مرجع المشرع وهو يُعد العدة لتشريع قانون جديد أو تعديل القائم

أولاً: غموض النص

الغموض صفة ملازمة للنص التشريعي إن علا أو نزل بفعل عدة عوامل يأتي في قدمتها أصل النص الذي قد يكون غامضاً بالنسبة للجميع، فقد يستخدم المشرع عبارات ومصطلحات غير واضحة أو أن الغموض يلف نية المشرع وغاياته، كان تكون مقدمة النص غير متوافقة وفحواه أو نهاياته، أو أن المشرع يبدأ النص بفكرة واضحة ويختمه بنهايات سائبة مستهدفاً ترك الأمر موضع نقاش أو قابلاً للتفسير والتأويل، منطلقاً في ذلك من أهداف حزبية أو منطلقات قومية أو غايات سياسية، وقد يكون الظرف السائد حاكم لترك النهايات مفتوحة^(١).

وقد يكون الغموض نسبي، فالنص حين تشريعه كان واضحاً سهلاً مُيسراً في التطبيق، لكن الغموض يكتنفه لاحقاً بفعل تغير الظروف التشريعية أو السياسية أو عموم الحاكمة في البلد، كتغير القابض على السلطة أو اختلاف ميزان القوى أو طبيعة العلاقة بين السلطات نتيجة صدور تعديل لاحق للدستور أو القانون الخاص وربما يكون النص واضحاً للبعض لا غموض يُعيقه أو يكتنف نصوصه، غامضٌ للآخرين، فالخلفية القانونية والتاريخ الوظيفي والثقافة اللغوية وسعة الاطلاع والانفتاح على باقي فروع القانون والمراجعة القضائية..... كلها عوامل تسهم في إزالة الغموض وتحقيق الوضوح أو تعميق الفجوة والخلاف^(٢).

ثانياً: تعارض النص

التعارض أمرٌ غير مستبعد في مجمل مناحي الحياة، بحكم اختلاف المصالح وتباين المراكز القانونية وتنوع الفهم الناشئ عن تعدد الخلفيات الدينية والقومية والأثنية.

والتعارض البيني بين تشريعات الدرجة الواحدة غير بعيد بل هو مألوف ومعتاد في مختلف النظم القانونية، من هنا تنص بعض التشريعات على عدم العمل بأي نص يتعارض وأحكام التشريع، بل أن التعارض قد يُعد ناسخاً لأحكام التشريعات الأخرى وقد يُعد تقييداً للعام إذا كان النص خاصاً ولا إشكال في تعارض التشريعات إذا كانت في مراتب مختلفة بلحاظ أن مخالفة الأدنى للأعلى يُعد مبطلاً له ويضع التشريع في خانة القوانين غير الدستورية^(٣).

لكن الإشكال يكمن في تعارض النصوص الدستورية ذاتها، وهو أمرٌ غير مستبعد بل ومشاهد في الواقع، فالدستور يُنتج بآلية واحدة " المنحة - العقد - الجمعية التأسيسية - الاستفتاء"، لكنه لا يُصنع بالضرورة كُله من قبل الشخص ذاته أو المجموعة ذاتها. فقد جرى العمل على تقسيم أبواب وفصول الدستور بين لجان متخصصة، كل يعمل على مجموعة نصوص، يتم جمعها في

(١) حسين عذاب السكيني، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي، دراسة قانونية ورؤية سياسية، الغدير للطباعة، البصرة، ط١، ٢٠١٥ ص ١٤٦.

(٢) د. جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٩٠.

(٣) د. محمد عبد الظاهر حسين، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١٠٨.

نهاية المطاف لتخرج بهيئة دستور متكامل . وتقسيم العمل بين اللجان المتخصصة يُزيد من احتمالية التعارض والتناقض وأن فُرات نصوص الدستور بصورة متكاملة أو تم مراجعتها وتدقيقها قبل إقرارها بصورة نهائية، وقد تستوقف بعض التعارضات أعضاء اللجنة وتجري مناقشتها، لكن الرأي الجمعي أو الغالب لا يرى تعارضاً فيها بخلاف الفقه المراقب الذي يرى خلاف ذلك^(١).

ثالثاً: قصور النص

والواقع أن قطعنا بقصور النص الوضعي إنما ناشئ عن قناعة ذاتية خاصة . إذ شغل قصور النص الوضعي وكماله الفقه القانوني، ودار بشأنه جدل فقهي توزع بين من قال بكمال النص الوضعي وقاد هذا الاتجاه " بكاريا"^(٢)، فأنصار المدرسة التقليدية يقولون أن من صفات النص الوضعي الكمال، فصدور التشريع عن الجهة المختصة كفيلاً بكماله، وعلى حسب رأيهم لا يمكن وصف القانون بالقصور سواء بتشريع أو بمرور الزمن وتعاقب الحوادث.

ويترتب على كمال التشريع أن لا مجال للحديث عن التفسير بوصفه وسيلة لإزالة الغموض أو إكمال القصور أو رفع التعارض، فوضوح النص وكماله كفيلاً بتقديم الحلول الجاهزة دون عناء، ووفقاً لهذه المدرسة يتحدد دور القاضي بفض المنازعات ونقل النص من متن القانون إلى حيث النزاع^(٣).

وطرح الفقه الحديث نظرية تُناقض تماماً ما قال به أنصار المدرسة الكلاسيكية، فالفقه الحديث يقول بنظرية قصور التشريع، فالتشريع على وفق النظرية الحديثة قاصرٌ بطبعه، وقصوره هذا مستمد من قصور مشرعه، فالمشرع مهما كان ثاقب البصر، واسع الخيال، محيط بالحوادث، يبقى قاصراً عن استيعاب الحوادث كلها، فضلاً عن تلك التي تستجد في أعقاب التشريع، فواحدة من أبرز أسباب استبدال التشريع بغيره، كثرة الحوادث التي تعجز التعديلات عن ملاحقتها، هذا إضافة إلى أن التشريع في معالجته متناهي تحيطه الحدود، في حين أن الحوادث والمستجدات غير متناهية، وليس لمتناهي أن يحيط باللامتناهي أو يحكمه . من هنا يُعد التفسير أمراً لازماً للتشريع كما التعديل، والقول بغير ذلك يعني مخالفة الطابع البشري وسمات القانون الوضعي . بل أن التفسير في نطاقه ينسجم عكسياً مع قصور التشريع، فكلما كان التشريع أكثر قصوراً، كلما نشطت حركة التفسير واتسع نطاق عمل المُفسر، وكلما كان التشريع أكثر دقة وأوسع معالجة كلما تراجع نشاط المفسر، لكن نطاقه يبقى قائم محجوز لا يمكن تجاوزه^(٤).

رابعاً: عمومية النص

من خصائص القاعدة القانونية العمومية والتجرد، فليس قانون من يعالج الحالات الفردية، فالقانون يُشرع إجمالاً لمعالجة موضوع أو موضوعات معينة في حقل الاختصاص، والعمومية بطبيعتها تستلزم التفسير إذ يُصاغ النص إجمالاً بشروط ومحددات عامة دون الخوض في دقائيق الموضوع، إذ من المستحيل على المشرع الإحاطة بالتفاصيل، واقتحام هذا الميدان يعني الحكم

(١) محمد اشقار، مفهوم التفسير وأنواعه، دار المسيرة، بيروت، ٢٠١٣، ص ٦٧.

(٢) نور الدين أشحاشاح، محاضرات في تفسير القانون، دار النهضة، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٨٥.

(٣) د. محمد شريف احمد، تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ص ١٤٩.

(٤) د. أحمد محمد الرفاعي، مصدر سابق، ص ١١٩.

على النص أو عموم القانون بالقصور، ويقيناً أن العمومية خيرٌ من القصور المحقق ابتداءً، فضلاً عن أن أي مدونة لا يمكن أن تحوي بين جنباتها كل الجزئيات^(١).

وعومية النص المتفق على منطقيته ابتداءً تستلزم بالضرورة معالجة الحالات الفردية، أو تفكيك النص إلى جزئيات وعبارات وفقرات، وهذه المعالجة قد تكون في النظام واللائحة والتعليمات، وقد تكمن في التفسير . فقد عملَ التفسير ولما يزل على نقل النصوص من حيث هي كائنة إلى ما يجب أن تكون، فحولتها من نصوص نظرية إلى تطبيقات عملية . فالتفسير ليس كما يعتقد البعض انه ينهض مع غموض النص أو قصوره، لكنه ينهض أيضاً مع عموميته، فهو أداة للتنفيذ ووسيلة لبث الروح في النصوص المجردة^(٢).

كما ان القانون وإن علا أو نزل هو انعكاس لحاجات المجتمع، وكذا الوثيقة السامية، فالوثيقة الأكثر منطقية تلك التي تُعبر عن فكرة القابض على السلطة وتعكس تطلعات الأمة وتوجهاتها .

المطلب الثاني

احترام شرعية الجرائم والعقوبات

لقد ثار البحث بصدد هذه الحالة (حالة إذا كان الحكم بعدم الدستورية قد أصاب نصاً جنائياً لصالح متهم كان قد طبق عليه وصدر تطبيقاً له حكم جنائي حاز قوة الأمر المقضي) في إيطاليا، وقد تردد القضاء الدستوري الإيطالي في هذا الشأن مدة طويلة، فقضى في بعضها بقبول الدعوى الدستورية وبعدم دستورية النص الجنائي الصادر لمصلحة المتهم تاركاً للقضاء العادي مسؤولية تطبيق آثاره^(٣). وقضى في أحكام حديثة له على العكس من ذلك بعدم قبول الدعوى الدستورية لإنعدام المصلحة، وذلك على أساس أن القاضي العادي يلتزم بتطبيق القانون الأصلح للمتهم، فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون رجعنا إلى القانون الأسوأ، وهو ما لا يجوز تطبيقه على أساس أن النص الجنائي الأصلح للمتهم يجب الاستمرار في تطبيقه إعمالاً لمبدأ عدم رجعية نصوص التجريم . وبناء على ذلك، يطبق بأثر مباشر الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائي أصلح للمتهم^(٤).

وقد نصت المادة (٤٤/ج) من قانون إدارة الدولة على أن " إذا قررت المحكمة العليا الاتحادية ان قانوناً أو نظاماً أو تعليمات أو اجراء جرى الطعن به أنه غير متفق مع هذا القانون يعد ملغياً " .

ويتضح من النص اعلاه ان المشرع الدستوري وان رتب حكم الإلغاء على التشريع (قانون أو نظام أو تعليمات) المخالف للدستور الا انه لم يحدد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية وهل يكون الإلغاء بأثر رجعي ام فوري ومباشر.

كما ان قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ جاء خالياً ايضاً من تحديد الأثر المترتب على حكم المحكمة بعدم دستورية نص تشريعي ونعتقد انه في مثل هذه الحالة يتم الرجوع

(١) د حمود غزال، مدخل إلى القانون، منشورات جامعة تشرين، ٢٠١٤، ص ٢٠٠.

(٢) محمد اشقار، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٣) د مجدي شعيب، تنمية المهارات القانونية والإدارية، مركز الأعمال الأوروبي للدراسات والتدريب، دمشق، ٢٠٠٥، ص ٢١٩.

(٤) أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٥٥ لسنة ١٩٧٣، و رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٥ مشار إليهما .

إلى القواعد العامة التي تقضي بان حكم المحكمة بعدم الدستورية هو حكم كاشف للمخالفة الدستورية وليس منشئاً لها، وعليه لا بد ان يسري حكم الإلغاء بأثر رجعي يترد إلى تاريخ صدور القانون المحكوم بعدم دستوريته. وفي الوقت نفسه يجب مراعاة الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة وذلك من خلال استثنائها من هذا الأثر الرجعي على وفق ضوابط معينة وهي ان تكون تلك الحقوق والمراكز قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم عليها، على ان يتم النص على هذه الحدود والضوابط للأثر الرجعي بنص قانوني ولا يتركها لتقدير المحكمة.

بعد ان بينت المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا والتي من بينها اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، جاءت المادة (٩٤) من الدستور نفسه لتبين ان قرارات هذه المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة، الا انها لم ترتب حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة المخالفة للدستور كما فعلت المادة (٤٤/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

ومع ذلك فان حكم الإلغاء للقوانين والأنظمة المخالفة للدستور، ثابت بحكم المادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ - الذي بقي ساري المفعول في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ -^(١). إذ تنص هذه المادة: " تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالي:- ... ثانياً: الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية،...".

الفرع الاول : أساس اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور

سنتناول في هذا المطلب أساس اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور وذلك من خلال الفروع التالية:

اولاً: الأساس الدستوري لاختصاص المحكمة في تفسير الدستور

لم يكن من بين اختصاصات المحكمة الاتحادية بموجب قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، ولا في قانون المحكمة رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ تفسير النصوص الدستورية ، إلا أن الدستور الدائم في المادة ٩٣ / ثانياً" منه أضاف هذا الاختصاص إلى اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا ، وحسناً" فعل المشرع الدستوري عندما أضاف هذا الاختصاص إلى المحكمة وذلك تلافياً" لما قد يحدث من جدل حول تفسير نصوص الدستور^(٢) .

كما وان المادة ٢ من الدستور المتعلقة بالديمقراطية تحتاج إلى أن يناط بالمحكمة هذا الاختصاص ، إضافة إلى ما يحدث مستقبلاً" بشأن تنازع القوانين بين الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم وتوزيع إيرادات مصادر الثروات الطبيعية ، كذلك فيما يتعلق

(١) Annuaire, ١٩٨٧, P. ١٩٠, نقلاً عن احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٣٤٤ هامش(٢) .

(٢) أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥، و ٨٥ لسنة ١٩٧٦، و ١٢٢ لسنة ١٩٧٧، و ٩١ لسنة ١٩٧٩، و ١٤٨ لسنة ١٩٧٣ مشار إليها في Genvevois, Op. Cit., ١٩١ نقلاً عن احمد فتحي سرور، المرجع السابق نفسه، ص ٣٤٤ هامش (٣).

بالحقوق والحريات ، وخير من يقوم بهذه المهمة المحكمة الاتحادية العليا خصوصاً" إذا كان الدستور اتحادي يمنح الحق إلى الأقاليم بتشكيل سلطة تشريعية وتنفيذية وقضائية ، كما أن الدستور منح الأقاليم اختصاصات واسعة منها كما جاء في المادة (١٢١ / ثانياً) حيث ورد ((يحق لسلطة الأقاليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الإقليم ، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الإقليم بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية)) وهذا البند يكاد أن يكون فريداً من نوعه في الدول الفدرالية حيث يغلب قانون الإقليم على القانون الاتحادي^(١).

وعلى ضوء هذا البند الخاص بتفسير نصوص الدستور وبعد أن انتهى العمل بقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ يجب أن يعدل قانون المحكمة وكذلك النظام الداخلي للمحكمة تماشياً مع ما قرره الدستور الدائم لعام ٢٠٠٥ ، وهنا تقع مهمة تعديل القانون أو سن قانون جديد على عاتق مجلس النواب استناداً إلى أحكام المادة ٩٢ / ثانياً من الدستور ، وبما أن الدستور لم يكشف من له الحق طلب التفسير فقد أخذت طلبات التفسير تصل إلى المحكمة الاتحادية العليا من السلطات الدستورية ، التشريعية والتنفيذية والقضائية ، والمحكمة تستند في تفسيرها لنصوص الدستور إلى أحكام المادة ٩٣ / ثانياً منه^(٢).

ثانياً : الأساس القانوني لاختصاص المحكمة في تفسير الدستور

لقد نصت المادة (٨٢/٣) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ على أن تؤلف محكمة من ثمانية أعضاء عدا الرئيس ينتخبهم مجلس الأعيان أربعة من بين أعضائه وأربعة من حكام محكمة التمييز أو غيرهم من كبار الحكام وتنعقد برئاسة رئيس مجلس الأعيان وإذ لم يتمكن الرئيس من الحضور يتراأس الجلسة نائبه، وهذا النص أقترن مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه أشرك أعضاء من مجلس الأعيان في تشكيل المحكمة ثم أناط رئاستها برئيس مجلس الأعيان، وهذا من شأنه أن يضع حيادية المحكمة في مهب الريح إذ كيف لها أن تنظر في دستورية القوانين ونصف أعضائها والرئيس منتسبون للسلطة التشريعية وهذه الشكلية تجافي المنطق القانوني السليم^(٣).

أما في ظل دستور ١٩٦٨ فقد نصت المادة (٨٧) على أن تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والبت بمخالفة الأنظمة والقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزماً وبالفعل صدر القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ بتشكيل المحكمة إلا أنها لم تشكل في حينه^(٤).

أما المحكمة الاتحادية العراقية الحالية المشكلة بموجب الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ فإنها تتكون من رئيس وثمانية أعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس

(١) هذا القانون يبقى - بشكل مؤقت - ساري المفعول لحين صدور قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا تنفيذاً لنص الفقرة ثانياً من المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

(٢) د. محمد طي: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، بيروت، ط٥، ص٢٠٠٨، ص٣٢٣.

(٣) د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص١٢٧.

(٤) المصدر نفسه، ص ١٢٨.

القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس الثقافية للأقاليم وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة (هـ) من المادة (الرابعة والأربعون) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية^(١).

هذا ما نصت عليه المادة (٣) من الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا ويقوم مجلس القضاء الأعلى وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح مالا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً لفرض ملئ الشواغر في المحكمة الاتحادية وفي ضوء ذلك فقد رشح مجلس القضاء الأعلى (٢٧) مرشحاً لرئاسة وعضوية المحكمة^(٢) أي ثلاثة أضعاف عدد المحكمة وتم اختيار أعضاء المحكمة التسعة خلال عملية اقتراح سري مر بموجب محاضر رسمية رفعت إلى مجلس الرئاسة وبعد تدقيق طال سبعة أشهر اختير بعدها رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية بموجب المرسوم الجمهوري المرقم ٣٩٨ في ٣٠/٣/٢٠٠٥ وبعد إجراء الانتخابات للجمعية الوطنية وتشكيل الحكومة وانتقال السيادة إلى الحكومة العراقية أصدرت رئاسة الجمهورية قراراً جمهورياً بالرقم (٢) في ١/٦/٢٠٠٥ بتصديق قرار تعيين رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق. ولم يبين قانون المحكمة وكذلك النظام الداخلي لها الإجراءات المتعلقة في ترشيح القضاة واختيار الفائزين من بينهم. وهذا نقص يجب تلافيه مستقبلاً ويتبع الطريقة نفسها فيما بعد ترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر يحصل بسبب الوفاة أو العزل أو الاستقالة^(٣).

إن القانون العراقي لم يبين مدة شغل المنصب في المحكمة الاتحادية العليا، فقد درجت المحاكم الاتحادية في أغلب الأنظمة على استمرار القضاة دون تحديد أعلى للعمر لأن اختيار القضاة يتم وفق ضوابط تعتمد على الكفاءة والخبرة المهنيين مما يستدعي عدم تحديد حد أعلى للعمر تأمينا للاستقرار ولإكساب المحكمة القوة، اتخاذ القرار. وهذا المنهج أتبعه قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق في المادة (٦/ثالثاً) حيث تستمر الخدمة دون حد أعلى للعمر (يستمر رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا بالخدمة دون تحديد حد أعلى للعمر إلا إذا رغب بترك الخدمة)، وذلك فإن خدمة القاضي تنتهي إذا رغب بترك الخدمة وبموافقة هيئة الرئاسة أو تم عزله بسبب الإدانة عن جريمة مخلة بالشرف أو الفساد وهو على خلاف ما قضت به دساتير بعض الدول التي حددت مدة لتولي عضوية المحكمة الاتحادية^(٤).

وبعد أن صدر الدستور العراقي الدائم فقد كد من المادة (٩٢) منه على ما جاء بقانون المحكمة الاتحادية النافذ بأن المحكمة هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٩٢) على تكوين جديد للمحكمة الاتحادية العليا يختلف عن تكوينها الحالي الذي نص عليه قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية وقانون المحكمة النافذ) تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وطريقة اختيارهم وعمل المحكمة

(١) د. غازي فيصل مهدي: المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٩.

(٢) المصدر نفسه، ص ١٠.

(٣) د. فائز عزيز اسعد، نظرة في النظم الدستورية والسياسية العراقية، الماضي والحاضر والمستقبل، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد، ٢٠٠٩ ص ٦١.

(٤) د. عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق وفق دساتيره الحديثة، المكتبة القانونية، بغداد، ط ١، ٢٠١٣ ص ١٠٨.

بقانون يسن أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب وقد أضيف إلى تكوين المحكمة الاتحادية خبراء الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون^(١).

إنّ تكوين المحكمة الاتحادية العليا بموجب الدستور قد أثار جدلاً ونقاشاً كبيراً فيما يخص دور الفقهاء فقه الإسلامي وفقهاء القانون هل هو دور استشاري أم مشاركة المحكمة في قراراتها وما هي طريقة اختيار قضاة المحكمة الاتحادية العليا وعددهم^(٢).

إنّ قانون تشكيل المحكمة الاتحادية العليا وفق ما جاء بنص المادة ٩٢/ ثانياً لم يصدر بعد وان المحكمة الاتحادية العليا لا زالت تعمل وفق القوانين النافذة الحالية أن بعض الفقهاء^(٣).

يرى أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق موجودة ومشكلة وفق الأسس التشريعية والنص على إنشاء محكمة اتحادية عليا وفق ما ورد بالمادة (٩٢/ ثانياً) أمر يتنافى والمنطق القانون إذ الواجب يقتضيان تعديل الأحكام الواردة في القانون النافذ بما ينسجم مع التكوين الجديد بإضافة خبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون إلى تكوين المحكمة مع بيان عددهم وطريقة اختيارهم دون القضاة^(٤).

الفرع الثاني : الجهات التي لها الحق في طلب التفسير الدستوري

تتميز إجراءات رفع دعوى إلغاء القوانين غير الدستورية بأنها مستقلة عن إجراءات رفع الدعاوى الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات وهي بهذا لا تشكل استثناء" عن هذه الإجراءات بقدر ما تمثل نظاماً "مستقلاً" وأساسياً" لا يعتد فيه القاضي بضرورة الرجوع إلى قانون المرافعات إلا في حالة عدم وجود النص ويستمد القاضي سلطته هذه من طبيعة المنازعات الدستورية^(٥).

اذ بعد اكتمال التبليغات تعين المحكمة موعداً للمرافعة وتهيئة الدعاوى إلى ترسل إليها ((...)) من محكمة القضاء الإداري إلى المحكمة الاتحادية العليا بواسطة رئيس محكمة القضاء الإداري الذي يقوم بالتأشير عليه واستيفاء الرسم القانوني عنه ويرفعه مع اضبارة الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا^(٦).

(١) حسين عذاب السكيني، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي، دراسة قانونية ورؤية سياسية، الغدير للطباعة، البصرة، ط١، ٢٠١٥ ص ١٤٦.

(٢) جمال ناصر جبار، دراسات دستورية، مطبعة البينة، النجف، ط١، ٢٠١٦، ص ٥٩.

(٣) الأستاذ قصي مجبل شنون شبيب الساعدي: المحكمة الاتحادية العليا ومجلس القضاء الأعلى في ظل الفيدرالية - تقرير مقدم إلى ورشة المركز العربي لتطوير القانون والنزاهة، النجف الأشرف، ١٢، ١١، كانون الأول ٢٠٠٦، ص ١٦.

(٤) فتحي رضوان، الدول والدساتير، دروس في المبادئ الدستورية العامة، القسم العام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٤ ص ١٣١.

(٥) د. سعدي محمد الخطيب، الانظمة الدستورية العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٤، ص ١٢٥.

(٦) د. غازي فيصل مهدي: المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، المرجع السابق، ص ٣٧.

أما بالنسبة للدعوى التي ترفع أمام المحكمة بدعوى مباشرة فإنها ((تسجل حسب أسبقية ورودها ...))^(١)

يدعو رئيس المحكمة أعضائها للانعقاد قبل الموعد المحدد بمدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً" إلا في الحالات المستعجلة وحسب تقدير رئيسها. ويرفق بكتاب الدعوى جدول الأعمال وما يتعلق به من وثائق.^(٢)

هذا و تنظر المحكمة في المنازعة ولو لم يحضر الخصوم بعد أن تتحقق من صحة تبليغهم بموعد المرافعة وتنظر المحكمة المنازعات في جلسة علنية إلا إذا قررت أن تكون الجلسة سرية إذا كان ذلك ضرورياً" مراعاة المصلحة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة وبقرار من رئيسها ، أما إذا كانت المحكمة تنظر الطعن بأحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري بإجراء التدقيقات لأوراق الدعوى دون أن تجمع الطرفين ولها عند الاقتضاء دعوة الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي تروم الاستيضاح عنها.^(٣)

وللمحكمة أن تجري ما تراه من تحقيقات في المنازعات المعروضة عليها أو تندب لذلك أحد أعضائها ولها طلب أوراق أو بيانات من الحكومة أو أية جهة أخرى للاطلاع عليها ولها عند الضرورة أن تأمر بموافاتها بهذه الأوراق أو صورها الرسمية حتى لو كانت القوانين والأنظمة لا تسمح بالاطلاع عليها أو تسليمها^(٤)

وعند النطق بالحكم أو القرار يجب أن تودع مسودته في اضبارة الدعوى بعد التوقيع عليها ، ويلزم أن يكون الحكم والقرار مشتملاً" على أسبابه ، فإن لم يكن بالإجماع أرفق الرأي المخالف مع أسبابه . والأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن.

إن توجه المحكمة الاتحادية بقبول تفسيرات القانون بالطلب المباشر قد يؤدي، أحياناً، إلى تقديم تفسيرات للقوانين من دون تدقيق مدى دستورية تلك القوانين أو قد تقف تفسيراتها للقوانين حائلاً من دون الغائها مستقبلاً إذا ما طعن بعدم دستوريته، وبخاصة أن المحكمة لم تشترط في تقديم طلب التفسير بيان المشكلات التي أثارها القانون محل التفسير سواء أكانت تلك المشكلات مع القوانين الأخرى أو مع الدستور، وبالنتيجة فإن ما يعاب على الرقابة القضائية السابقة على دستورية القوانين يمكن توجيهه الى تفسير القانون بالطلب المباشر وبخاصة إذا لم يكن الطلب مبيناً أوجه التفسير وأسبابه وعلاقة النص القانوني المستوضح عنه مع غيره من النصوص القانونية والدستورية^(٥).

لا خلاف من كون قرارات المحكمة الاتحادية العليا جميعها باتة وملزمة للسلطات كافة، ولكن ضم اختصاص تفسير القانون الى باقي اختصاصات المحكمة الاتحادية لا يعد مانعاً لباقي الجهات التشريعية والتنفيذية من تقديم تفسيراتها للقانون كلما ترددت الجهات التي حددتها المحكمة من

(١) المادة ٧ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥.

(٢) المادة ٨ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥.

(٣) المادة ٩ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .

(٤) المواد ١٠ - ١٣ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .

(٥) د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، طبعة مزيعة ومنقحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٨٥.

تقديم طلب التفسير، بحسبان أن تسيير المرافق العامة من اخص واجبات السلطة التنفيذية وبالظروف العادية والاستثنائية^(١).

ومن النصوص الاتحادية المفسرة هو القرار رقم ٦/ اتحادية/ ٢٠٠٩ وفيه قررت أنها من استقراء المادة ١١٥ من الدستور تجد أن "الأولوية في التطبيق تكون لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في حالة التعارض بينهما، ما لم يكن قانون الإقليم والمحافظة غير المنتظمة في إقليم، مخالفا للدستور وذلك فيما يتعلق بالصلاحيات المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم، ولا يعتبر القانون الذي سيشرعه مجلس المحافظة معدلا أو لاغيا للقانون الاتحادي"^(٢).

الاستنتاجات

١. عرف العراق نظام الرقابة على دستورية القوانين في ضل نفاذ القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ إذ نص على تشكيل محكمة عليا تتولى ممارسة عدد من الاختصاصات من بينها الرقابة على دستورية القوانين وتفسير أحكام القانون الأساسي العراقي. إلا أن المحكمة الاتحادية العليا لم تكن جهازاً دائماً من أجهزة الدولة، لأن إنشاءها موكول بالمهمة التي تحال إليها. وهذه نقطة ضعف سهلة للسلطة التنفيذية لتدخل في عمالها وأصبحت في مهب ريح التيارات السياسية. ولهذا فإنها تباشر رقابة الدستورية على القوانين إلا في حالات محددة جداً
٢. تتميز إجراءات رفع دعوى إلغاء القوانين غير الدستورية بأنها مستقلة عن إجراءات رفع الدعاوى الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات وهي بهذا لا تشكل استثناء" عن هذه الإجراءات بقدر ما تمثل نظاماً "مستقلاً" وأساسياً" لا يعتد فيه القاضي بضرورة الرجوع إلى قانون المرافعات إلا في حالة عدم وجود النص ويستمد القاضي سلطته هذه من طبيعة المنازعات الدستورية.
٣. يستند مبدأ التأثير الكاشف للحكم بعدم الدستورية على مبدأ المساواة أمام القانون. لا يجوز التمييز بين المراكز القانونية التي تشكلت قبل هذا الحكم وأخرى تشكلت بعده. أعطها كما هو منصوص عليه في فترة زمنية مؤقتة، لا تنتظر من العدل اعتباره منصباً لأعماله في الدستور. هذا هو منطق سيادة القانون، الذي لا يترك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور عرضة للضرر، بل يضمن حمايتها من خلال هيئة قضائية هي جزء من نظام الدولة، وهي المحكمة الدستورية.
٤. إن تنفيذ حكم عدم الدستورية ضد السلطات العامة بالدولة وجميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين تأكيد على مبدأ عدم الدستورية. سيادة القانون (خضوع الدولة للقانون). (يضع صدور حكم بعدم الدستورية على السلطة التشريعية مهمة التدخل لإلغاء القانون المعلن عدم دستوريته.
٥. أثر أحكام القضاء تمثل الحماية الدستورية الصادرة بسبب عدم دستورية نص تشريعي المحور الرئيسي لحماية الحقوق والحريات العامة. هذه الحقوق والحريات، وهي الهدف الأساسي الذي يسعى نظام الحكم إلى تحقيقه في إطار سيادة القانون. إن الدور الأساسي للقضاء الدستوري، من خلال أحكامه بعدم الدستورية، هو ضمان مهمة وفعالة لمراعاة المشرع للقواعد الدستورية التي تضمن الحقوق والحريات العامة.

(١) صلاح خلف عبد، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها واختصاصاتها دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، حقوق النهرين، العراق، ٢٠١١، ص ٦٠.

(٢) علي هادي الهلالي . النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ط ١، ٢٠١١، ص ٢٠٩.

٦. لعبت المحكمة الفيدرالية العليا الفرنسية، من خلال أحكامها غير الدستورية، دوراً حيوياً في حماية الحقوق والحريات العامة، وتحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين، وحماية حقوق الملونين. صدر وحيد بموجب القانون الأساسي العراقي لسنة 1925 عن المحكمة العليا، وإذا دل ذلك على شيء فهو يدل على غياب سيادة القانون في العراق، حتى في ظل الدساتير التي نصت على إنشاء القضاء الدستوري ولكن هذا القضاء لم يلعب الدور المنشود في حماية الحقوق والحريات العامة.

المصادر

١. إحسان حميد المفرجي و كطران زغير نعمة و رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، ط ٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١ م.
٢. أحكام المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥، و ٨٥ لسنة ١٩٧٦، و ١٢٢ لسنة ١٩٧٧، و ٩١ لسنة ١٩٧٩، و ١٤٨ لسنة ١٩٧٣ مشار إليها في Genvevois , Op. Cit., ١٩١ نقلاً عن احمد فتحي سرور، المرجع السابق نفسه.
٣. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات.
٤. حسين عثمان محمد عثمان وعمر حوري، القانون الدستوري، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠ م.
٥. حسين عذاب السكيني، الموضوعات الخلفية في الدستور العراقي، دراسة قانونية ورؤية سياسية، الغدير للطباعة، البصرة، ط ١، ٢٠١٥.
٦. خالد عبد الله عبد الرزاق النقيب، الرقابة على دستورية القوانين - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير تقدّم بها إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠٠٦ م.
٧. خاموش عمر عبد الله، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، كلية القانون والسياسة، العدد (١١).
٨. د حمود غزال، مدخل إلى القانون، منشورات جامعة تشرين، ٢٠١٤.
٩. د مجدي شعيب، تنمية المهارات القانونية والإدارية، مركز الأعمال الأوروبي للدراسات والتدريب، دمشق، ٢٠٠٥.
١٠. د. سعدي محمد الخطيب، الانظمة الدستورية العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠١٤.
١١. د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى، ٢٠١١.
١٢. د. محمد شريف احمد، تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.
١٣. د. محمد طي: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، بيروت، ط ٥، ص ٢٠٠٨.
١٤. د. محمد عبد الظاهر حسين، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
١٥. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية.
١٦. عبد الحسين شعبان: النظام القضائي في العراق، ورقة عمل حول مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الاتحادية العليا، مقدمة إلى المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، ٢٠٠٦.

١٧. عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق وفق دساتيره الحديثة، المكتبة القانونية، بغداد، ط١، ٢٠١٣.
١٨. عبد الحسين شندل عيسى، نظام الحكم في العراق وفق دساتيره الحديثة، المكتبة القانونية، بغداد، ط١، ٢٠١٣.
١٩. عبد العزيز محمد سالمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين.
٢٠. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري.
٢١. عصام علي الدبس، الوسيط في النظام الدستوري، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٤ م.
٢٢. عمر حوري، القانون الدستوري، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩ م.
٢٣. عيد أحمد الحسبان، الضمانات القضائية لحماية المقترضات الدستورية في النظامين الأردني والاسباني - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، العدد الأول، المجلد الأول، ٢٠٠٤ م.
٢٤. غازي فيصل مهدي: المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، ٢٠٠٨.
٢٥. فائز عزيز اسعد، نظرة في النظم الدستورية والسياسية العراقية، الماضي والحاضر والمستقبل، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد، ٢٠٠٩.
٢٦. فتحي رضوان، الدول والدساتير، دروس في المبادئ الدستورية العامة، القسم العام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٤.
٢٧. فرمان درويش حمد، مصدر سابق.
٢٨. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر.
٢٩. محمد عبد الواحد الجميلي، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا.
٣٠. نعمان أحمد الخطيب، الوجيز في النظم السياسية.
٣١. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦ م.
٣٢. نور الدين أشحشاح، محاضرات في تفسير القانون، دار النهضة، القاهرة، ٢٠١١.
٣٣. الوقائع العراقية، العدد ١٩٠٠، بتاريخ ١٦/٧/١٩٧٠ م.