الدور الاجتهادي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق
واثره في بناء دولة القانون

أ.م.د. ايمان قاسم الصافي(*)

الملخص

يعد الاجتهاد القضائي احد الحلول القانونية المهمة لمعالجة قصور التشريع، فلقد عرفت المجتمعات الانسانية عبر تاريخها الطويل العديد من الحالات التي يجد فيها القاضي نفسه امام فراغ تشريعي فضلا عن النصوص القانونية المدنية التي يصعب على القاضي تطبيقها لما يشوبها من غموض او تناقض، الامر الذي يتطلب منه الاجتهاد للحكم بحل النزاعات المعروضة عليه لكي لا يكون منكرا للعدالة، بيد ان القاضي في اجتهاده لم يكن مطلقا وانما مقيد بضوابط معينة تتمثل بمراعاة حكمة التشريع من جانب ومراعاة طبيعة النصوص من جانب اخر .

هذا ولقد لعب الاجتهاد القضائي الدستوري دورا كبيرا في ترسيخ تطبيق النصوص الدستورية وايجاد الحلول لما يعتريها من نقص او غموض، لاسيما ازاء صعوبة اجراء التعديل الدستوري لتعقيد اجراءاته المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية، وهذا ما كان الحال عليه في العراق لذا لعبت المحكمة الاتحادية العليا دورا كبيرا عند تطبيق نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على القضايا المعروضة امامها، فعدلت الكثير من النصوص الدستورية من خلال ما يسمى بالاجتهاد القضائي ، ومن هنا تأتي أهمية البحث الذي نحن بصدده .

المقدمة

أن الحديث عن السلطة القضائية هو الحديث عن سلطة فاعلة في حياة الأفراد العادية، فالسلطة التشريعية ينتهي دورها عادة بوضع القاعدة القانونية، والسلطة التنفيذية ورغم اتصالها الدائم مع الأفراد ألا أن دورها الحقيقي يتحدد بتطبيق القانون كما هو دون زيادة أو نقصان وبالشكل الذي لا يجد فيه الفرد مجال لمناقشة وتحديد القواعد القانونية المطبقة عليه، ألا من خلال اتصاله بالسلطة القضائية وهذا يكون في الحالات التي ينشئ عن تطبيق القانون فيها نزاع أو ادعاء بحق من قبل الأفراد، وإتمام هذه المهمة التي تتميز بها السلطة القضائية كان من الواجب أن تتمتع بها هذه الأخيرة بالأدوات اللازمة للقيام بنشاطها على أتم وجه وبما تسمح بها الظروف المختلفة داخل المجتمع، ولعل القاعدة الأساسية التي تجعل من القضاء وسيلة لإرجاع الحقوق إلى

(*) الجامعة المستنصرية /كلية القانون emanqasim558@yahoo.com

أصحابها والفصل في المنازعات المختلفة : القاعدة التي تقضي بعدم إمكانية ادعاء القاضي عدم وجود النص، أو القاعدة التي تعينه في هذا الفصل وهو ما يجعل القاضي يذهب إلى ابعد مدى وهو: الاجتهاد الشخصي للوصول إلى ما يفيد هذا الفصل في النزاع .

وفي الحقيقة لعبت فكرة الاجتهاد دورا كبيرا في عملية استقرار المراكز القانونية وتأكيد مهمة القضاء الأصلية في الفصل في المنازعات، وان كانت المنازعة غير منظمة في النصوص القانونية التي وضعتها السلطة التشريعية، وهذا الأمر كثيرا ما يحصل مع الايمان بوجود تطور مستمر للحياة الاجتماعية، بالشكل الذي يجعل القاعدة المكتوبة عاجزة أحيانا عن مواكبة هذه التطورات، ألا أن حاجات الأفراد لا يمكن إغفالها بحجة عدم وجود النص القانوني المنظم لها لذلك نقول أن فكرة الاجتهاد لعبت دور مهم في استقرار المراكز القانونية وتثبيت الحقوق لأصحابها وإشاعة الطمأنينة في نفوس الأفراد.

ان ممارسة القضاء الدستوري للدور الاجتهادي عند وجود خلل يعتري النصوص الدستورية من نقص او غموض او تناقض للفصل في الدعاوى المنظورة امامه، يحتل في حقيقة الامر اهمية كبيرة في ترسيخ تطبيق النصوص الدستورية وايجاد الحلول لما يعتريها من نقص او غموض، لاسيما ازاء صعوبة اجراء التعديل الدستوري لتعقيد اجراءاته المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية، مما يسهم في ترسيخ دولة القانون، وهذا ما كان الحال عليه في العراق لذا لعبت المحكمة الاتحادية العليا دورا كبيرا عند تطبيق نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على القضايا المعروضة امامها، فعدلت الكثير من النصوص الدستورية من خلال ما يسمى بالاجتهاد القضائي .

وعلى الرغم من اهمية الاجتهاد للقاضي الدستوري، الا أن الخطورة في موضوع الاجتهاد عند القضاء الدستوري تكمن من حيث أن القاضي هنا، سيعمل باجتهاده في بعض الاحيان على خلق قاعدة دستورية كان الأصل فيها أن توضع من قبل السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور، ومن هنا كان لابد من تسليط الضوء على جميع تلك المسائل وبيان تأثير فكرة الاجتهاد على المحكمة الاتحادية العليا في العراق باعتبارها المحكمة المختصة بالشأن الدستوري.

اولاً:اهمية البحث

تكمن أهمية الدراسة في بيان فكرة الاجتهاد والوقوف على مدى توافقها ومبدأ المشروعية في النظام القانوني مع بيان إثر هذه الفكرة في النظام الدستوري للدولة إذا كان الاجتهاد في مجال القواعد والنصوص الدستورية وهوما يثير المخاوف من تجاوز هذه المسألة حدود الفكرة القانونية السائدة التي سارت على هداها السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور.

ثانياًأشكالية البحث

تسعى الدراسة الى بيان اشكالية مهمة تتمثل في بيان مدى اهمية الاجتهاد القضائي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق وفاعليته في ضمان تطبيق وحماية نصوص الدستور، مع التأكيد على خطورة الدور الاجتهادي ان أدى الى خلق قاعدة دستورية كان الأصل فيها أن توضع من

قبل السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور، والسؤال الرئيسي الذي يطرح هنا : ما لمقصود بالدور الاجتهادي للمحكمة الاتحادية العليا ؟ وماهو اثره في بناء دولة القانون ؟ ويندرج تحت هذا السؤال عدة اسئلة فرعية :

١.ما المقصود بالاجتهاد القضائي ؟ وماهي طبيعته القانونية ؟

٢.ما مدى اختلاف الاجتهاد القضائي عما يشتبه به من مفاهيم (كالتأويل، والتفسير، والسلطة التقديرية) ؟

٣.ماهي مبررات الاجتهاد القضائي للقضاء الدستوري ؟

٤.ما طبيعة الدور الاجتهادي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق ؟ وهل ساهم في ازالة النقص الذي يعتري بعض النصوص الدستورية او رفع الغموض والتناقض ؟

٥.هل ساهمت المحكمة الاتحادية العليا في العراق باحكامها عند ممارسة دورها الاجتهادي في حماية النصوص الدستورية وتعزيز دولة القانون ؟ ام هل ساهم دورها الاجتهادي في بعض الاحيان الى خلق قواعد دستورية كان الأصل فيها أن توضع من قبل السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور؟

ثالثاً:منهجية البحث

اتبعت الدراسة منهجاً تحليلياً استنباطي ومنهجا استقرائي، يقوم على استعراض اراء الفقه حول الاجتهاد القضائي ومدى اهميته وماهي مبررات الاخذ به من قبل القضاء الدستوري، ومحاولة تحليلها واستقراء احكام المحكمة الاتحادية العليا عند ممارستها للاجتهاد، للوقوف على الدور الاجتهادي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق عند تطبيق نصوص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ) في الدعاوى المعروضة امامها، سعياً للإجابة على الإشكاليات القانونية التي يثيرها موضوع البحث.

رابعاً:خطة البحث

قسمت هذه الدراسة الى مبحثين رئيسيين وذيلت بخاتمة تتضمن اهم النتائج والتوصيات، شمل المبحث الاول التعريف بالاجتهاد القضائي في مطلبين أساسيين، فخصص المطلب الاول لتحديد مفهوم الاجتهاد القضائي، وتناول المطلب الثاني تمييز الاجتهاد القضائي عما يشتبه به من أوصاف ومفاهيم، اما المطلب الثالث فقد خصص لبيان مبررات الاجتهاد القضائي، كما ذهب المبحث الثاني لبيان تأثير فكرة الاجتهاد على قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق ودوره في بناء دولة القانون وذلك ضمن مطلبين، خصص المطلب الاول لبيان الاجتهاد واثره في مجال اجراءات الدعوى الدستورية، وخصص المطلب الثاني لبيان الاجتهاد واثر في مجال السلطة، اما المطلب الثالث فقد خصص لبيان الاجتهاد واثره في مجال المبادئ العامة للقانون .

المبحث الأول:

التعريف بالاجتهاد القضائي

يعد موضوع الاجتهاد القضائي للمحكمة الاتحادية العليا من المواضيع الدستورية والقانونية المهمة التي اثارت اللغط والخلافات الواسعة بين مؤيد ومعارض لوجود هذا الدور

الاجتهادي، لذا حري بنا ان نحدد ماهية الاجتهاد القضائي من خلال بيان مفهوم الاجتهاد القضائي وفقاً للمعنى اللغوي والاصطلاحي، ثم نعرج لتمييز الاجتهاد القضائي عما يشتبه به من اوصاف ومفاهيم تختلط به، ومن بعد ذلك يتوجب بيان مبررات الاجتهاد القضائي، والتي سوف نتولى بيانها ضمن ثلاثة مطالب بالتفصيل، وعلى النحو الأتي:

المطلب الأول:

مفهوم الاجتهاد القضائي

ان تسليط الضوء على مفهوم الاجتهاد القضائي، يقتضي بيان المعنى اللغوي والاصطلاحي في آن واحد، لذلك الدور الذي حظي به القضاء كجزء من عمله في الحفاظ على النصوص الدستورية والقانونية وارساء وترسيخ دولة القانون، على ان لا يشكل ذلك خروجا على ارادة المشرع الحقيقية والضمنية وخلق او ابتكار نصوصا جديدة، لذا سنتولى في هذا المطلب تحديد المعنى اللغوي والاصطلاحي وايجاد تعريف يتناسب مع حجم وثقل ذلك الدور اي الدور الاجتهادي للقضاء الدستوري، والذي سنتولى بيانه في فرعين وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول

معنى الاجتهاد القضائي لغةً

يراد بالاجتهاد لغةً: جهد يجهد جهداً، فهو جاهد والمفعول مجهود، من جهد، بفتح الجيم وضمها، وهو تحمل المشقة وبذل الجُهد أو الجَهد واستفراغ الوسع، والاجتهاد والتجاهد بذل الوسع والمجهود، فالاجتهاد بذل الوسع وبُلوغُ الغايةِ في طلب الامر وهو افتعال من الجهد وهو الطاقة [١]، ومنه قَولُ اللهِ تعالى: (وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ) [٢] أي: طاقَتَهم، ويُقالُ: جَهَدتُ رَأيي وأجهَدتُه: اي أتعَبتُه بالفِكرِ، والجِهادُ والمُجاهَدةُ: استِفراغُ الوُسعِ في مُدافَعةِ العَدوّ، وقوله تعالى : (وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لَئِنْ أَمَرْتَهُمْ لَيَخْرُجُنَّ قُل لَّا تُقْسِمُوا طَاعَةٌ مَّعْرُوفَةٌ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ) [٣]، ويقال جَهَدَ فِي السَّيْرِ: بَالَغَ جَهَدَ دَابَّتَهُ : اي حَمَّلَهَا مَا لا تُطِيقُ اَنْهَكَهَا، يَجْهَدُهُ الْمَرَضُ: يُنْهِكُهُ، يُضْنِيهِ، يُهْزِلُهُ جَهَدَ الْمُعَلِّمُ بِالتِّلْمِيذِ : اِمْتَحَنَهُ، جَهَدَ الطَّالِبَ : أَلَحَّ عَلَيْهِ بِالسُّؤَالِ، جَهَدَ اللَّبَنَ : اي أَخْرَجَ زَبَدَهُ كُلَّهُ [٤] .

اما القضائي لغة فانه : مأخوذ من قضى يقضي وقضيًا، وقضاء، وقضية، جمعها أَقْضيّة، وهي الحكم، والأداء، والفصل، والقضاء هو عمل مختص بالقاضي، ورجال القضاء هم الأشخاص أو الهيئة التي يوكل إليها البحث في النزاعات والخصومات، والفصل فيها بناء على أحكام وقواعد القانون المعمول به، وقد حذّر الإسلام القضاة من الابتعاد عن الحق، او الصواب حيث

قال الرسول الاكرم محمد (صلّى الله عليه واله وسلّم) : ((القُضاةُ ثلاثةٌ : قاضيانِ في النَّارِ، وقاضٍ في الجنَّةِ : رجلٌ قضى بغيرِ الحقِّ فعلِمَ ذاكَ فذاكَ في النَّارِ، وقاضٍ لا يعلَمُ، فأَهلَكَ حقوقَ النَّاسِ فَهُوَ في النَّارِ، وقاضٍ قضى بالحقِّ فذلِك في الجنَّةِ)) [٥]، عينت قاضية هذه السنة، وفاز بالضربة القاضية : اي انتصر على خصمه في الملاكمة بعد توجيه ضربة قوية إليه شلت حركته، ويُقال ايضا وقع هذا

الحـدث قضـاء وقدراً وهو بذلك لا يُنسـب إلى فاعـل أحدثه، وعقيدة القضاء والقدر هي عقيدة تؤمن بـأنَّ كلّ ما يحدث في الكون يسـير وفق نظام أزليّ ثابت[٦] .

الفرع الثاني

معنى الاجتهاد القضائي اصطلاحا

الاجتهـاد القضائـي اصطلاحـاً : يـراد بالاجتهاد فقها بانه: (اسـتفراغ الوسـع ليحصل له ظن بحكم شـرعي وبـذل المجهود في طلب المقصود من هذا الاسـتدلال) [٧]، ويعرف بأنه : (بذل الوسـع وبذل المجهود فـي طلب الحكم الشـرعي ممن هو من أهله) [٨] ، كما يراد به : (بذل الجهد واسـتنفاذ الوسع في طلب الصواب او الحكم بحسـب الظـن ومثل ذلك ما صرح به ابن رشـد، حيث عرّفه بأنه بذل المجتهد وسعه في الطلب بالآلات التي تشـترط فيه، بحسـب الظن)[٩]، امّاالاجتهاد القضائي الشـرعي فهو: (اسـتفراغ القاضـي وسـعه فـي درك الأحكام الشـرعية وترتيلهـا على الواقـع ترتيلا محكما يفضي إلـى الفصل بين المتنازعيـن، وصيانة الحقوق العامة)[١٠].

ومـن خـلال ما تقـدم يمكـن تعريف الاجتهـاد القضائـي في مجـال القانون قياسـا علـى تعريف الفقهـاء للاجتهـاد، بأنـه :(بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القضائية من مصادرها القانونية)، اما الاجتهاد القضائي في قضاء المحكمـة الاتحادية العليـا يمكن تعريفه بانه : (مسـلك أو توجه تنشأه المحكمة وتعكسه فـي أحكامها عند عـدم وجود النـص الواجب تطبيقه في الدسـتور والقانـون، ويعد اجتهادها بحكـم الإلـزام والبتـات المنصـوص عليه في المدة (٩٤) من دسـتور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ مصـدرا يغـذي النظـام القانوني، وهو بمثابة نصا دسـتوريا حيا وحقيقيا ومفتاحا لحل القضايـا المعروضة أمامهـا حين غياب النص الذي يستلزم تطبيقه او عند عدم كفايته) .

المطلب الثاني

تمييز الاجتهاد القضائي عما يشتبه به من أوصاف

يقتـرب مصطلـح الاجتهـاد القضائـي ويبتعـد عـن العديد مـن المصطلحات والمفاهيم الدسـتورية الاخـرى، لـذا لزامـاً علينا طرح مفهوم تلك المصطلحات وتمييزها عن الاجتهاد القضائي منعاً من الالتبـاس والغموض، والتي سوف نتناولها وفق الأتي:

الفرع الأول

تمييز الاجتهاد القضائي عن التأويل

يأتي التأويل بمعان عدة : فالمعنى الاول ان يـراد به حقيقـة ما يؤول إليه الـكلام وإن وافق ظاهره، وهذا هو المعنى الذي يراد بلفظ التأويل في الكتـاب الكريم كقوله تعالى(هَـلْ يَنظُرُونَ إِلاَّ تَأْوِيلَهُ يَوْمَ يَأْتِي تَأْوِيلُهُ يَقُولُ الَّذِينَ نَسُـوهُ مِن قَبْلُ قَدْ جَاءتْ رُسُلُ رَبِّنَا بِالْحَقِّ [١١]، كما قيل ان التأويل هو :تفسير الالفاظ خلاف الظاهر ببيان المراد بطريق الاستعارة، في حين يقتصر دور التفسـير على التوضيح وكشـف المقصود[١٢]، والمعنى الثاني ان يأتي التأويل بمعنى التفسير، وهو اصطلاح كثير من المفسـرين، ولهذا قال مجاهـد – إمـام أهل التفسـير(إن الراسـخين فـي العلـم يعلمون تأويـل المتشـابه، فإنه أراد

بذلك تفسيره وبيان معانيه، وهذا مما يعلمه الراسخون)[١٣]، اما المعنى الثالث ان يراد بالتأويل صرف اللفظ عن ظاهره الذي يدل عليه ظاهره إلى ما يخالف ذلك، لدليل منفصل يوجب ذلك، وهذا التأويل لا يكون إلا مخالفاً لما يدل عليه اللفظ ويبينه، وتسمية هذا تأويلاً لم يكن معروف سلفا، وإنما سمي هذا وحده تأويلاً طائفة من المتأخرين الخائضين في الفقه وأصوله والكلام، وهذا هو التأويل الذي اتفق فقهاءالأمة وأئمتها على ذمه، وصاحوا بأهله من أقطار الأرض، ورموا في آثارهم بالشهب، وهذا التأويل الذي عناه أكثر من تكلم من المتأخرين في مسألة الصفات والقدر ونحوها[١٤] .

من خلال ما تقدم من تعريفات للتأويل، يتضح انها تدور جميعها حول محور واحد وهو العدول عن تطبيق ظاهر نص ظني الدلالة إلى ما يحتمله من حكم أخر، لدليل يقتضي ذلك العدول، اي ان التأويل هو استثناء من الأصل، لان الأصل هو العمل بظاهر النص، ولا يتم العدول عن هذا الظاهر إلا بدليل معتبر، فالأصل في الكلام الحقيقة ولا يصار إلى المجاز إلا بدليل، والأصل في الأمر أنه للوجوب مالم يصرفه دليل غير ذلك، والأصل في المطلق هو تركه على أطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده إلى غير ذلك[١٥] .

اما الاجتهاد فيراد به : (بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القضائية من مصادرها القانونية)، والاجتهاد القضائي في قضاء المحكمة الاتحادية العليا يمكن تعريفه بانه : (مسلك أو توجه تنشأه المحكمة وتعكسه في أحكامها عند عدم وجود النص الواجب تطبيقه في الدستور والقانون، ويعد اجتهادها بحكم الإلزام والبتات المنصوص عليه في المدة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ مصدرا يغذي النظام القانوني، وهو بمثابة نصا دستوريا حيا وحقيقيا ومفتاحا لحل القضايا المعروضة أمامها حين غياب النص الذي يستلزم تطبيقه او عند عدم كفايته).

يتضح مما تقدم، أن الاجتهاد القضائي يقترب من التأويل، في ان كلاهما يراد به بذل الجهد لاستنباط الاحكام من مصادرها، هدفهما واحد يتمثل في البحث عن ارادة المشرع عند غياب النص او غموض معناه للتوصل لحكم لحل مسائلة معينة .

ويختلف الاجتهاد القضائي ويبتعد عن دائرة او مصطلح التأويل من نواحي عديدة، منها[١٦]:

١.الاجتهاد هوخلق مبدا اوقاعدة قانونية اما التأويل إعطاء معنى جديد غير المعنى الأصلي للقاعدة القانونية .

٢.الاجتهاد عملية انية يمارسها القاضي بخصوص واقعة انية معروضة امامه اما التأويل فهو عمل اني ينصرف الى بيان النية المفترضة لواضعي النص القانوني وقت وضعه .

٣.الاجتهاد يتعلق بالنص القانوني دون النظر الى واضعيه في حين ان التأويل يتعلق بالنظر الى من قام بوضع النص القانوني لانه يبحث عن النية الاصلية لواضع هذا النص والغاية منه .

٤.الاجتهاد يرد عادة على النص او مجموعة نصوص قانونية في حين ان التأويل ينصرف الى بيان المعنى العام او الفكرة للنص القانوني .

٥.الاجتهـاد يمكن ان يأتـي بوجود او عدم وجود نص في حين ان التأويل لا يمكن الحديث عنه دون النظر الى النص المراد تأويله .

الفرع الثاني

تمييز الاجتهاد القضائي عن التفسير

اختلف الفقـه في تعريف التفسير من خلال بيان ماهيته ووظيفته، فذهـب البعـض الـى تعريـف التفسير بانـه : (تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها) [١٧]، كمـا عـرف بانه : (التعرف من ألفاظ النص أو فحواه على حقيقة الحكم الذي تضمنه القاعدة القانونية، بحيث تنضج من حدوده الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة مـن أجلهـا) [١٨]،ويعرف التفسيـر ايضا بأنه: (تحديد نطاق معنى القاعدة القانونيـة لرسـم حدود تطبيقها عمليا، واستخلاص الحلول التي تضمنتها للعلاقات القانونية المختلفة، ذلـك بإيضاح غامضها وتفصيل مجملها) [١٩].

هـذا ويمثـل تفسيـر نصـوص الدسـتور احـدى الموضوعـات المهمة في نفـاذ القانون الدسـتوري، ولذلك يعد تحديـد الجهة التي يلجأ اليهـا في حالة الخلاف حـول تفسير نص وارد في الوثيقة الدسـتورية من المسائل المهمة التي يجـب ان توليهـا السلطـة المؤسـسة الأصلية عنايتهـا عنـد وضع الدسـتور[٢٠]، فـلا بد من وجود جهة تقـوم بوضع الدسـتور وصياغته، فالدسـتور لا يأتـي من فراغ اذ لابـد من خالق للدستور وهذه الجهة التي تخلق الدستور تسمى السلطة المؤسسة ,أي السلطة التي تؤسس هيئات الدولـة وتحدد اختصاصاتها التـي ينص عليها الدسـتور ,فالسلطة المؤسـسة تعـود الى الامة او الشـعب وهـي في ذلك لاتخضـع في عملها الانشائي هذا الى أي سلطة أخرى،(أي السلطة المؤسـسة)تستمد مـن إرادة الامـة او الشـعب وهـذا هو صاحب السيـادة المطلقة فـي الدولة ولا يحدده قيد [٢١]، وعليه فالتفسير الدسـتوري يمكـن تحديد معناه بانه : (اختصاص المحكمة الدسـتورية (المحكمة الاتحاديـة العليا) بتفسير احكـام الدسـتور، ينحصر في تجليـة ما يكون قد ران علـى النص المطلوب اسـتيضاحه من غمـوض، أو لبس بغية رفع هذا اللبس وايضاح ذلك الغموض توصلاً الى تحديد مراد الدستور ضماناً لوحدة التطبيق الدستوري واستقراره) .

اما الاجتهاد القضائي فهو بذل القاضي جهده في اسـتنباط الأحكـام القانونية مـن مصادرها القانونية.

ويتضـح مما تقـدم، ان الاجتهـاد القضائي يقتـرب من التفسيـر في مواضـع ويختلف في مواضع اخرى، يمكن اجمالها بالاتي[٢٢] :

ان التشـابه بين الاجتهاد القضائي والتفسير يكون من حيث مايلي :-

١.كلاهمـا يمكـن ان يـرد مـع وجود نص قانوني فالاجتهاد قد يرد في نص قانوني يشوبه الغمـوض او بعض النقص، امـا التفسير فيرد على كل النصوص القانونية .

٢.كلاهما ينصرف الى التوسـعة في نطاق النـص المفسـر او المجتهد فـي حكمه ,فالنص المفسـر قد يتوسـع القاضي في تفسيـره اذا ما كان غامضا ولكن في حدود التفسير، اما النص لذي يحتاج الى اجتهاد اذا ما كان غامضا أيضا يتوسع القاضي في لتحصيل الحكم الذي ينطبق على الواقعة موضوع النزاع المعروض امامه.

٣.كلاهما يشكل قرار ملزم للمحكمة اذا ما كان التفسير او الاجتهاد صادر من جهة طعن او محكمة عليا، وكذلك ملزم للخصوم في القضية المعروضة امامه.

أما الاختلاف بين الاجتهاد القضائي والتفسير فيكون من خلال ما يلي :-

١.الاجتهاد القضائي يكون للقاضي حصرا اما التفسير القانوني فيمكن ان يطبق من قبل القاضي او من قبل سلطة يحددها دستور الدولة غير القضاء .

٢.الاجتهاد القضائي يمكن ان نتصوره في التفسير للنصوص القانونية أيضا اذ ان بذل الوسع للحصول على الحكم الصحيح لواقعة معروضة امام القضاء, يكون في البحث عن النص القانوني الذي يلائم الواقعة المعروضة على القضاء وبما يتناسب معها اذا ما كان هنالك نصين يمكن تطبيقهما على الواقعة فالاجتهاد هنا يكون في تفسير النص الأقرب اليها .

٣.الاجتهاد القضائي في أساسه يمكن تطبيقه في حالة عدم وجود نص قانوني يطبق على واقعة معينة اما التفسير فيكون في حال وجود نص قانوني قد يكون واضح او يشوبه بعض الغموض فلا يمكن تفسير نص غير موجود .

٤.الاجتهاد القضائي لا يمكن تصوره بدون وجود خصومة معروضة امام القضاء وان ما يصدر فيها من حكم يكون ملزم لأطرافها ويكون راجع لرأي القاضي الشخصي او المحكمة في حين التفسير القانوني يزيل الغموض عن النص القانوني المعروض و لا يمكن فيه تجاوز المراد من النص القانوني المعروض وقد يكون بدون خصومة امام القضاء.

٥.الاجتهاد يكون ذو نطاق أوسع أي للقاضي المجال الواسع في الاجتهاد اما التفسير فالأصل فيه ان المفسر يلتزم في تفسير النص بما يقدم روح النص او النظام العام .

٦.الاجتهاد وخاصة في المجال الشرعي لا يقع على الأسس الثابتة أو الأحكام الأساسية في الشريعة كالعبادات اما التفسير ففي هذا المجال يكون أوسع فالكثير من أحكام المعاملات والعبادات على حد سواء تخضع للتفسير بما لا يؤدي إلى فوات الغرض من العبادة أو المعاملة.

٧.الاجتهاد يأتي عادة من سياق عمل القاضي أي لا يحتاج الى أي نص ليجيز له الاجتهاد في حالة عدم وجود نص لان الأصل هو لم يكن هناك نص . حين ان الأصل في التفسير القاضي يطبق القانون كما هو لا أن يفسره بما يتجاوز المعنى المراد منه الذي من اجله وضعته السلطة التشريعية .

٨.ومن خلال ما تقدم تبين لنا ان الاجتهاد يمكن ان يكون تفسير اما التفسير لا يمكن ان يكون اجتهاد فالاجتهاد اعم من التفسير ويمكن ان نقول ان التفسير هو البداية الى الاجتهاد فكثيرا ما يتحول المفسر الى مجتهد ولكن لا يقبل منطقا او عقلا ان يؤدي الاجتهاد الى التفسير لان الاجتهاد يتعلق في الغالب الاعم بنص اوحكم غير موجود أصلا حتى نقول يمكن تفسيره .

الفرع الثالث

تمييز الاجتهاد القضائي عن السلطة التقديرية

يراد بالسلطة التقديرية انها : (مجموعة النصوص التي تخول القاضي حرية التقدير أو الاختيار)[٢٣]، وفي المجال الجنائي عرفت بأنها : (رخصة منحها المشرع للقاضي أثناء توقيع العقاب على الجاني وفق مالا يزيد عن حد العقوبة الأقصى ولا يقل عن حد العقوبة الأدنى وتتمثل هذه السلطة بما يتركه المشرع للقاضي من حرية بمقتضى بعض التعابير التي يتضمنها النص القانوني مثل (يمكن) أو (يحق) أو (للقاضي أن ....) [٢٤]، كما يمكن ان تعرف السلطة القضائية التقديرية بانها : (سلطة القضاء في اتخاذ بعض القرارات القانونية وفقا لتقديرها. وبموجب مبدأ الفصل بين السلطات، فإن قدرة القضاة على ممارسة السلطة التقديرية هي جانب من جوانب الاستقلال القضائي، حيثما كان ذلك مناسبًا، تسمح السلطة التقديرية القضائية للقاضي بالبت في قضية قانونية أو مسألة قانونية ضمن مجموعة من القرارات المحتملة) [٢٥].

اما الاجتهاد القضائي فهو عبارة عن بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها القانونية.

ويتضح مما تقدم، ان الاجتهاد القضائي يقترب من السلطة التقديرية في مواضع ويختلف في مواضع اخرى، يمكن اجمالها بالاتي[٢٦] :

ان الاجتهاد يرتبط مع السلطة التقديرية ارتباطاً عضوياً، من حيث ان القائم بهما في مجال العمل القضائي هو شخص واحد وهو قاضي الموضوع المطروح عليه النزاع .

١. ان ادوات السلطة التقديرية هي النشاط الذهني للقاضي ووقائع النزاع والقاعدة القانونية المفترض تطبيقها على هذه الوقائع وهي أدوات الاجتهاد القضائي نفسه.

٢.ان الاجتهاد القضائي والسلطة التقديرية كلاهما ينبع من قاعدة قانونية تبيح الاجتهاد كالقواعد التي تعد القاضي ممتنع عن احقاق الحق في حال عدم وجود نص وامتنع عن الحكم في الدعوى المعروضة امامه كالمادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ (النافذ) والتي نصت على ان ((لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعا عن احقاق الحق، ويعد أيضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق)) ففي حال عدم وجود هذه القاعدة فيكون الاجتهاد القضائي غير وارد ولا يمكن للقاضي ان يجتهد في حال عدم وجود او غموض النص كما بينا سابقا هذه فيما يخص الاجتهاد او قاعدة قانونية تعطي سلطة تقديرية للقاضي في تكييف اوحل النزاع ضمن الحدود التي يرسمها القانون كالمادة (١/٤١١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل (النافذ) والتي نصت على ان ((من قتل شخصا خطا او تسبب في قتله من غير عمد بان كان ذلك ناشئا عن اهمال او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر يعاقب بالحبس والغرامة او باحدى هاتين العقوبتين))، فالمشرع في هذه الحالة اعطى سلطة تقديرية

للمحكمــة او للقاضــي فــي الحكــم بالحبس او بالغرامــة او بإحدى العقوبتيــن تقديرا لظروف ووقائــع الدعوى المعروضة امــام القضاء فلو لا ان النــص يبيح للقاضي سـلطة تقدير وكانت المادة القانونية تحكم بالحبس دون الغرامة فهنا وحــددت العقوبة بالحبس لمدة ٣ ســنوات على سبيل المثال ومنعت ان يشمل المتهم بالظروف المخففة أوان تكون العقوبة اقل او اعلى من هذا الحد فلا تكون ســلطة تقديرية للمحكمة بفرض مــدة العقوبة ومن هنا يمكننا القول بان الاجتهاد القضائــي والسلطة التقديريــة ينبعان من قاعدة قانونية تبيحهما .

امــا اوجه الاختلاف بينهمــا فيمكن تحديده في التالي :

١.ان الحريــة الواســعة التــي يتمتــع بهــا القاضــي بموجب ســلطته التقديرية مستندة الى قاعــدة قانونية موجودة وواضحة اي انها حرية مستندة الــى تخويل صريح من المشــرع، اذن فالفراغ الموجود في النــص القانوني هو فراغ مقصود، في حين ان الاجتهاد القضائي لا يستند الى تخويل من قاعدة قانونية صريحة، بل على العكــس ان الاجتهــاد القضائــي لا ينهــض الا بوجود غمــوض في القاعدة القانونية او نقصها او عدم وجودها اصلاً.

٢. تختلف السلطة التقديرية عن الاجتهاد القضائــي بحكم كونها تتعلق بوقائع الدعوى في انها لا تخضع لرقابة المحاكم العليا – من حيث المبــدأ في الاقل – وذلك اذا ما تصرف القاضي في حــدود هذه السلطــة وعند اجتماع شــروط التصــرف بها فــي حين ان الاجتهــاد القضائي وبحكــم كونه يتعلق بإيجاد حكم معين او اكمال قواعــد قانونيــة ناقصة فانه يخضــع في مجمله لرقابة المحاكم العليا، حيث ان الاجتهاد القضائي يخضع في نهاية الأمر الى تدقيق وتمحيص هذه المحاكم وذلك لكي تتأكد من أن الأحكام الصادرة بناءً على اجتهاد هي مطابقة للأصول والقانون، فعندمــا تجد المحاكم العليا ان حكماً من الاحكام يخالف اجتهادها ولــم يأخذ برأيها في موضوع معيــن فانها تنقضه، على اعتبــار هذا الحكم قد صدر مخالفاً للقانون، وعــادة ما تلتزم المحاكم الدنيــا باتباع اجتهاد المحاكــم العليا بالرغم من عدم وجود الزام قانوني بذلك خشية ان تتعرض احكامهــا للنقض وهذا يؤدي في النتيجة النهائية الــى وحدة الحلــول القانونيــة. وبتعبير اخر ان الاجتهــاد القضائي تكــون الرقابة عليه أوســع مــن الرقابة على السلطة التقديرية اذا ما اصدر القاضــي عقوبة جزائية مثلا ضمن الحد الأدنى لها او الأعلى حسب السلطة التقديرية الممنوحة اليــه او اصــدر حكما بالتعويــض ضمن تقدير الخبــراء وضمــن السلطة التقديريــة الممنوحة لــه الرقابــة القضائية هنــا تكون علــى الواقعة موضوع النزاع المعروض امامه اما اذا اجتهد القاضــي في حال عدم وجــود او غموض نص معين ســتكون الرقابة أوسع واكثر تمحيصا من الرقابة على السلطة التقديرية له .

المطلب الثالث

مبررات الاجتهاد القضائي

ان الأصــل فــي عمــل القاضــي ان يحكــم وفــق القواعــد القانونية الصادرة عــن السلطة التشــريعية، ألا أن قصور النص يجبر القاضي أن يحكــم فلا يمكن تصور وجــود مسألة معينة لا يمكــن الحكم بها الا بالنسبة للقوانين الجزائية لكونهــا مقيــدة بمبــدأ لا جريمــة ولا عقوبة ألا

بنص، فاذا ما طرحت مسألة معينة على القاضي فيجب عليه ان يحكم بها وان قيامه بالحكم اذا لم يجد قاعدة قانونية تعالج ما معروض أمامه لا يعد مساس بمبدأ الفصل بين السلطات لانه لا يحل محل المشرع وإنما يعالج قصور ونقص في التشريع يستوجب معالجة معينة، ولضمان عدم خروج القاضي عن استقلاليته وحياده في الحكم فقد وضع المشرع ضمانات للتقاضي تسري على القاضي والمتقاضين، فأن الاجتهاد القضائي والفصل بين السلطات وضمانات التقاضي تكمل أحداهما الأخرى .

هذا وتعد الممارسة القضائية مظهر من مظاهر سيادة الدولة، لذلك يحتل الاجتهاد القضائي أهمية بالغة في إعطاء صورة واضحة عن النظام القانوني للدولة، فهو ليس مجرد أحكام تصدر عن المحاكم وتلزم أطراف الدعوى فقط، وانما يشكل أيضا مادة خصبة للدراسات التاريخية والقانونية والاجتماعية، فالاجتهاد القضائي يمثل بالنسبة للمؤرخ مادة توثيقية تسمح بدراسة التاريخ الاقتصادي والاجتماعي لمجموعة بشرية في فترة زمنية محددة، كما يمثل لعالم الاجتماع وثيقة قانونية مفيدة تساعد على كشف تجليات الظاهرة القانونية وما تعبر عنه من واقع اجتماعي قائم، على نحو يتطلب ربطها بمحيطها الاجتماعي وبغيرها من الاجتهادات السابق عنها واللاحق لها، لكون الاجتهاد في المحاكم الدستورية ما هو الا محاولة تطبيق قواعد الدستور بالشكل السليم و قواعد الدستور تتسم بالعمومية والشمول وتتعلق بكافة جوانب الحياة وشكل النظام في الدولة فمبرر الاجتهاد بالنسبة لرجل القانون ودراسة الاجتهاد القضائي تمكنه من الوقوف على الشق التطبيقي للقاعدة، فالاجتهاد القضائي يمثل حيزا مهما لاختبار نظرية القانون ككل، ذلك أن الاقتصار على تحليل الأفكار والقواعد القانونية المجردة، يفضي حتما إلى نتائج غير كاملة وغير صحيحة علمياً، وستنحصر في الشق النظري أو الافتراضي للقاعدة القانونية، ولن تلم بالجانب المتعلق باختبار القاعدة وحقيقتها الواقعية التي تظهر بشكل واضح عند تخصيصها ونقلها من حالتها العامة النظرية إلى حالتها الخاصة التطبيقية[٢٧]، إن هذه الأهمية التي يحتلها الاجتهاد القضائي داخل النظام القانوني للدولة ترتبط بطبيعة دور القضاء، فالنظام الاجتماعي يتحقق تلقائيا بمجرد توفر مجموعة من الشروط أهمها وجود قانون ملزم، غير أن القضاء هو الذي يتولى إعادة النظام الاجتماعي إلى انتظامه متى فقده بسبب ظاهرة شاذة أو عارضة تطرأ عليه، على نحو يمكن القول معه أن القواعد القضائية ذات وظيفة علاجية تهتم بإزالة الظاهرة المرضية التي تطرأ على النظام الاجتماعي وتهدد استقراره .وتزداد أهمية الاجتهاد القضائي كلما كانت هناك أزمة قانون[٢٨]، سواء كانت الأزمة ناتجة عن محدودية نطاق القاعدة العامة، أو كانت ناتجة عن قدمها، ذلك أن الاجتهاد القضائي يضمن للقاعدة القانونية أمرين اثنين، يتعلق أولهما بالملاءمة، أي ملاءمة الصياغة العامة للقاعدة القانونية مع جزئيات الواقع، بينما يتعلق الأمر الثاني بتطوير القاعدة القانونية[٢٩]، فهذه الأخيرة تصدر في زمن ماض لتطبق على وقائع مستقبلية، بينما يمثل الاجتهاد القضائي الحاضر الذي يربط ماضي القاعدة القانونية بمستقبلها، فمدونات نابليون التي شكلت المرجع التاريخي لمجموعة من التشريعات، ما كانت لتصمد قرنين من الزمن لولا دور الاجتهاد

القضائي في تطويرها وملاءمتها مع مستجدات العصر[٣٠]، ويباشر الاجتهاد القضائي إلى جانب الملاءمة و التطوير، وظيفة أخرى ترتبط أساسا بتنسيق وانسجام النظام القانوني، وذلك بكشف المبادئ العامة للقانون، خاصة في حالة انعدام النص، وهذه المبادئ العامة تكاد تكون موحدة ومشتركة بين جميع الأنظمة القانونية، وهي بذلك تشكل أرضية لمطابقة وملاءمة القوانين، وتسهيل إبرام الاتفاقيات الدولية[٣١] .

والملاحظ أنه رغم أن هناك من الفقه من يجرد المبادئ العامة للقانون من أية قيمة قانونية ذاتية وينفي وجودها أصلا، باعتبارها ليست إلا نتاجا لمجموع القواعد التشريعية الموجودة والسابقة عليها[٣٢]، فإن المبادئ العامة تتميز عن القواعد التشريعية وتستقل عنها، لأنها قواعد قابلة للتطبيق على عدد لا متناهي من الحالات المستجدة، في حين تطبق القواعد التشريعية على حالات متعددة ولكنها مقيدة بحدود ونطاق مفترضها الذي توقعه المشرع عند صياغة النص، وهي مسألة أدركها الفقه الإسلامي، وعبر عنها بما أسماه"القواعد الكلية تظهر أهمية الاجتهاد القضائي في كشف المبادئ العامة وخلق الانسجام داخل النظام القانوني بشكل واضح في ظل القانون [٣٣] .

فالاجتهاد القضائي يمكن وصفه بانه الإطار الملائم لمعالجة أعطاب ومعوقات ومشاكل النظام القانوني، خاصة في زمن أصبحت فيه فعالية النظام القانوني وتنافسيته من المحددات التي تتحكم في تصنيف اقتصاد الدولة، وظروف الاستثمار فوق ترابها.

المبحث الثاني

تأثير الاجتهاد على قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق

بعد الانتهاء من الخوض في غمار ماهية الاجتهاد القضائي من حيث المفهوم اللغوي والاصطلاحي وبيان ما يميزه عن المصطلحات والمفاهيم المشابهة له وبيان مبررات وجوده، صار لزاماً علينا ان نعالج ونبين تأثير فكرة الاجتهاد القضائي على قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق ومدى مشروعية وجودها في عمل القضاء الدستوري لا سيما عند عدم وجود نص دستوري او قانوني يجيز ممارسته، فالاجتهاد القضائي في المجال الدستوري – كما هو معروف- ينبغي فيه البقاء في نطاق الغايات والمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني عند تقديره للحلول المعروضة عليه، فلا يأتي بحلول شاذة أو غريبة عن المجتمع ومعياره في هذه الحالة سيكون ضمن اطار النظام العام السائد مستلهما روح النظام القانوني وغاياته النبيلة دون الاتكاء على أفكاره ومعتقداته ومعلوماته الشخصية .

لذا ومن خلال ما تقدم، ومن اجل الوقوف على مشروعية الوجود القانوني لفكرة الاجتهاد القضائي وبيان مدى تأثيرها على عمل وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق لابد من بيان تأثير الاجتهاد القضائي في مجال اجراءات الدعوى الدستورية، وتأثير الاجتهاد القضائي في مجال السلطة، ومن ثم استعراض تأثير الاجتهاد القضائي في مجال المبادئ العامة للقانون، والذي سنتناوله ضمن ثلاثة مطالب، وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول

تأثير الاجتهاد القضائي في مجال اجراءات الدعوى الدستورية

تعد الدعوى الدستورية دعوى موضوعية مهمة جدا في البناء الدستوري لأي دولة، وهذه الدعوى هدفها الأساس هو تحقيق مبدأ المشروعية وضمان اتساق جميع تصرفات السلطة مع الأحكام الدستورية والقانونية النافذة في الدولة، وانها ولما تتميز به من أهمية بالغة تعمل الدساتير والقوانين عادة على إحاطتها بإجراءات وشكليات محددة الهدف منها: ضمان عدم استخدام هذه الدعوى الا في الحالات التي يكون فيها حاجة ماسة حقيقية لإقامتها إمام الجهات المختصة كاشتراط وجود المصلحة لدى الطاعن لقبول دعواه الدستورية، ومن اجل الوقوف على تأثير الاجتهاد في مجال اجراءات الدعوى الدستورية، لابد من بيانها في ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي :

الفرع الاول

الاجتهاد في مجال المصلحة في الدعوى الدستورية

أن إقامة الدعوى أيا كانت طبيعتها يستوجب وجود إجراءات محددة بموجب النصوص الدستورية أو القانونية، ويتحقق ذلك بشكل اكبر وادق في مجال الدعاوى الدستورية، اذ ان هذه الدعاوى مهمة جدا والأثار التي تترتب عليها مهمة أيضا، وبالتالي يجب الركون الى إجراءات محددة ودقيقة لإقامة هذه الدعوى، وقد ذهب النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ إلى هذا الاتجاه، إذ أن الدعوى الدستورية تتطلب إجراءات محددة وثابتة لأقامتها، إذ بينت المادة (٢٠) منه إجراءات إقامة هذه الدعوى واشترطت وجود المصلحة لاقامتها فجاء فيها : ((لاي من الاشخاص الطبيعية او المعنوية الخاصة او منظمات المجتمع المدني المعترف بها قانونا، الحق في اقامة الدعوى المباشرة امام المحكمة الاتحادية العليا، للبت بدستورية نص في قانون او نظام، على ان تكون الدعوى مستوفية لكافة الشروط المنصوص عليها في المواد (٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩المعدل، وان تقدم الدعوى من المدعي بالذات او وكيله على ان يكون محاميا ذا صلاحية مطلقة، فضلا عن توافر الشروط الاتية : أولا ان يكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة مباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني او المالي او الاجتماعي، على ان تتوافر ابتداءً من اقامة الدعوى وحتى صدور الحكم فيها . ثانيا: ان يكون النص المطعون فيه قد طبق على المدعي فعلا . ثالثا : ان لا يكون المدعي قد استفاد من النص المطعون فيه كلاً او جزءاً . رابعا: ان تتضمن عريضة الدعوى البريد الالكتروني، وبيان واضح للنص المطعون فيه والنص الدستوري المدعى مخالفته واسباب المخالفة الدستورية، ويرفق معه نسخة من النص التشريعي المطعون فيه))، ويلاحظ مما تقدم ان المشرع العراقي قد اشتراط شرط المصلحة لقبول الدعوى الدستورية، ويراد بالمصلحة: (الفائدة العملية التي تعود على المدعي اذا حكم له بطلباته الواردة في الدعوى، فاذا لم تكن هناك فائدة يقرها القانون للمدعي في دعواه فلا تقبل، فالغرض من الدعوى هو حماية

الحق أو اقتضاؤه أو الاستيثاق له أو الحصول على ترضية مادية أو أدبية) [٣٤]، وبالتالي فان شرط المصلحة يتناول وجود الحق في مباشرة الدعوى أو عدم وجوده بصرف النظر عن وجود الحق الذي تقام الدعوى لتقريره أو حمايته .

هذا وان المصلحة التي يجب توافرها في الدعوى حسب ما نصت عليه المادة (٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ التي سبق الاشارة اليها، والمادة (٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل التي جاء فيها : ((يشترط في الدعوى أن يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على أن يراعى الأجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعى مصاريف الدعوى))، هو ان تكون: مصلحة قانونية أي تستند إلى حق أو مركز قانوني، بمعنى ان الدعوى تأتي لحماية هذا الحق أو المركز القانوني، والا مصيرها الرد لان المصلحة بذاتها لا تحمى ألا اذا كانت في نطاق القانون وغير مخالفة للنظام العام، وان تكون مصلحة حالة أو قائمة أي أن حق رافع الدعوى قد اعتدى عليه بالفعل أو حصل النزاع بصدده ومثل ذلك حلول اجل الدين وامتناع المدعى عليه من دفعه، وقد أجازت المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية استثناء أن يكون الحق المدعى به مصلحة محتملة إذ كان الغرض من رفع الدعوى دفع الضرر، كما أجازت رفع الدعوى بحق مؤجل على أن ينص الحكم على تنفيذه عند حلول الأجل وعلى أن تكون مصاريف الدعوى على المدعي لأنه أقامها قبل حلول اجل استحقاقها، كذلك ان تكون المصلحة ممكنة أي أن تكون غير مستحيلة كطلب المدعي بالحكم له بكونه أبا لشخص اكبر منه سنا[٣٥] .

وعند الرجوع إلى قرارات المحكمة الاتحادية العليا، نرى أن المحكمة اجتهدت في تحديد طبيعة المصلحة التي تقتضيها الدعوى الدستورية وتطلبت ان تكون المصلحة حقيقية ممكنة لقبول الدعوى، ففي قرارها الصادر في ٢٠١٩/٥/٢١ للدعوى المرقمة ٣٨/ اتحادية /٢٠١٩ والتي تتلخص وقائعها في قيام أحد الأشخاص بإقامة الدعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا بصفته مدعياً على المدعى عليهما رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب إضافة إلى وظيفتيهما، يطعن فيها بعدم دستورية المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الذي أصدرته السلطة الوطنية بالأمر التشريعي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ لأنها أصبحت مخالفة لأحكام الدستور، حيث أعطت صلاحية لمجلس القضاء الأعلى بترشيح رئيس وأعضاء المحكمة، والتي عطلت بشكل ضمني بموجب قرار المحكمة الاتحادية رقم١٩ / اتحادية / ٢٠١٧ في ١١ /٤ /٢٠١٩ والقاضي بعدم دستورية المادة (٣) من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٧، طلب وكيل المدعى عليه الأول رئيس الجمهورية إضافة إلى وظيفته رد الدعوى عن موكله لعدم توجه الخصومة استنادا إلى أحكام المادتين (٤و٨٠) من قانون المرافعات المدنية، فيما طلب وكيل المدعى عليه الثاني رئيس مجلس النواب إضافة إلى وظيفته رد الدعوى كون وكيلا المدعي لم يبينا ولم يثبتا مصلحة موكلهما

من إقامــة الدعوى، فقضت المحكمة بعدم توفر المصلحــة لدى المدعي في إقامة الدعوى وعدم وجـود أثر أو ضرر يلحق به مــن جراء المادة المذكورة[٣٦].

الفرع الثاني

الاجتهاد في مجال تحديد طبيعة الاوامر الولائية

ان الأمــر الولائــي كما ورد فــي فقه قانون المرافعــات ليــس بحكــم قضائــي فاصــل في الدعــوى، وإنمــا هــو مــن الأعمــال القضائية التي تباشــرها المحكمة عرضــا عند النظر في اصــل الدعوى من جهــة الموضــوع، وتكون هذه الأوامر القضائية اقرب إلى أعمال الإدارة القضائية للدعوى، و أطلق عليها اســم الأعمال الولائيــة[٣٧]، وتعــد القــرارات المتخــذة فــي الأوامــر الولائية مؤقتة تصــدر بدون خصومة في الحالات التي يصح فيها إصدار الأمر بدون دعــوة الخصم وســماعه، وبذلك يكــون الأمر الولائــي غير ذي حجة تجاه الخصوم ولا يمكن ان يعد من الأحكام، لان الحكم يكون فاصل في الدعــوى من جهة الموضوع ويصدر بناء على طلب وخصومــة متحققة ومرافعــة تجري بين الأطراف على وفق تشــكيل صحيح من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحاً[٣٨]، بينما الأمر الولائي لا يكــون بمواجهة الخصــوم ويكون اقل حجية حتى من القضــاء المستعجل الذي لا يصدر إلا بمواجهــة الخصوم، وبذلك فــان الأمر الولائي حجيتــه مؤقتة قابلة للنقض علــى خلاف الحكم القضائي أو قرار القضاء المستعجل، حيث أتاح القانــون للقاضي أن يرجع عــن الأمر الولائي الــذي أصدره بعــد التظلم منه علــى وفق حكم المادة (١٥٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، بينما في الحكم أو في قرار القضــاء المستعجــل فان يد المحكمــة ترفع ولا يجوز الرجــوع عن القرار وإنما يتم الطعن فيه أمام محكمة ذات درجة أعلى، وهذا يؤشــر أن الأمــر الولائي حجته مؤقتــة في حدود الدعوى التي صدر بموجبها ذلك القرار، وصفة الوقتية التــي يتصف بهــا الأمر القضائــي تنتهي حين التعــرض لأصل الحق مــن محكمة الموضوع وعلى وفــق ما ذكره فقهاء قانــون المرافعات، كمــا ويعدها البعــض الآخر من شــراح قانون المرافعــات بأنها إجراءات تحفظية يزول أثرها بقرار من ذات القاضي الذي أصدرها[٣٩]، واكد قانــون المرافعات المدنية على ان الاوامر على العرائــض (القرارات الولائيــة) هي إجراءات إداريــة محضة وليس إجراءات تصدر بموجب الوظيفــة القضائيــة وعلــى وفــق مــا ورد في الأســباب الموجب لقانون المرافعات التي جاء فيها الاتــي: (وظيفة القاضــي القضائية توجب عليــه ان يفصل بين الخصوم بعد تقدير حقوقهم وواجباتهم ولو تقديرا ظاهريا يتحسس به أصل الحــق أما وظيفته الولائيــة فتقتصر على اتخاذ إجراءات تحفظية وقتية هي في الواقع إجراءات إدارية محضة) .

وقــد نظرت المحكمــة الاتحاديــة العليا في العديــد مــن الطلبــات المقدمة من قبــل طالبي إصدار الأوامر الولائية، فالأمر الولائي بشــكل عام عدته عامل أساس في حسم الدعوى وربطت نتيجة الدعــوى بالأمر المطلوب منها إصداره، ففــي الدعــوى المرقمــة (٢/اتحاديــة/٢٠٢٠) والصادر قرارها في ٢٠٢١/٥/٤ والتي تتعلق بقيام وكيــل المدعية بتقديم طلــب إلى المحكمة الاتحاديــة العليــا يروم فيه إصــدار امر ولائي

يتضمن إيقاف العمل بالقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٩ والمسمى قانون التعديل الأول لقانون التقاعد الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤ وبكافة مواده لحين حسم موضوع الدعوى، وقد استند في طلبه هذا إلى وجود خلل وحرج وقعت فيه السلطتين التشريعية والتنفيذية عند إصدار هذا القانون من خلال كثرة التعديلات الواردة على مشروعه وقيام مجلس الوزراء بإصدار قرار رقم (٤٥٦) في ٢٠١٥/١٢/٣١ والذي يقضي بتمديد انفكاك الموظفين المحالين إلى التقاعد لغاية ثلاثة أشهر، وعند مناقشة المحكمة لحيثيات ووقائع وأسانيد هذا الطلب تبين للمحكمة أن هذا الأمر اقترن بأن ذات المدعية كانت قد أقامت الدعوى (١/اتحادية /٢٠٢٠) أمام هذه المحكمة وطلبت في اللائحة المقدمة بتاريخ ٢٠٢٠/١/٢ إيقاف العمل بقانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٩ سابق الذكر، ولم تجد المحكمة في قانونها ما يعالج تنظيم الأوامر الولائية لذلك استندت في معالجة هذا الأمر إلى المادتين (١٥١و١٥٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل وبما يتناسب وطبيعة الدعوى الدستورية، وتماشيا مع ذلك وجدت المحكمة أن هذه الأوامر تستند عادة إلى صفة الاستعجال وحيث أن المدعية أقامت دعواها في الأصل للطعن بدستورية القانون الذي طالبت بإيقاف تنفيذه من خلال إصدار الأمر الولائي إذ أن المحكمة وجدت أن صفة الاستعجال غير متحققة في هذا الأمر، ولكنها ربطت قرارها بعدم إصدار الأمر الولائي (رفض طلب المدعية) بان إيقاف تنفيذ القانون الذي هو في ذات الوقت محل الطعن بدستوريته في دعوى مقامة أمام المحكمة يعد بمثابة إعطاء رأي من قبل المحكمة قبل أوانه، على اعتبار أن إيقاف العمل بالقانون فيه إيحاء على توجه المحكمة على نحو إصدار القرار بعدم دستورية القانون، وربطت المحكمة ذلك باستقرار القضاء الدستوري والعادي والأعراف القضائية المستقرة في الدول والنظم الأخرى بالابتعاد في الأحكام عن الميول والأهواء والتعسف والإطراء، وهنا فان المبدأ العام المتبع في النظم القضائية المختلفة يذهب إلى عدم ربط الأوامر الولائية بحسم الدعوى، فالأصل في الأمر الولائي وسيلة للوقاية من الأثار التي يمكن أن تترتب على دعوى أو موضوع ما ولا يمكن إزالة إثارها ألا بطرق ووسائل معقدة ولا يعني ذلك أن توجه المحكمة نحو الإيقاف مثلا أو الموافقة على الأمر الولائي في أي قضية أخرى على أن المحكمة متجهة مع جانب من يطلب الأمر الولائي[٤٠]، وهناك في القضاء العادي امثله كثيرة تصدر فيها المحكمة أوامر ولائية ولكن قرارات الحكم النهائية فيها تكون لمصلحة من وجه الأمر الولائي ومنها : الأمر الولائي الذي صدر في الدعوى بالعدد ١٩١٨/ب/٢٠٢٠ من محكمة بداءة الكرخ في ٢٠٢٠/٨/٢٥ والمتضمن إيقاف تجديد التراخيص وتمديد رخصة عمل شركات الهاتف النقال في العراق لحين حسم الدعوى، والذي تظلم منه المطلوب إصدار الأمر الولائي ضده والذي أصدرت المحكمة ذاتها فيه قرارا برفض التظلم وكان تسبيبها ان المحكمة تصدر الأمر بصورة مؤقتة دون أن تبت في اصل الحق [٤١].

الفرع الثالث

الاجتهاد في مجال الطعن الدستوري

من المعروف ان الطعن أمام القضاء أي كانت صفته يستلزم وجود طاعن يحرك طعنه أو دعواه أمام القضاء، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا بادرت إلى القيام في الطعن التلقائي من قبلها في مشروعية النصوص الدستورية والقانونية دون الرجوع إلى الإجراءات الشكلية التي يجب أن تتبعها استنادا لأحكام المادة، بمعنى ان المحكمة مارست الطعن التلقائي دون ان يكون هناك نص دستوري او قانوني صريح أو ضمني يجيز للمحكمة ذلك، فاتجاه المحكمة في هذه الحالة يشكل اجتهاد حقيقي في إمكانية التعرض لدستورية نص ما من ذات المحكمة اي من تلقاء نفسها دون انتظار طعن يقدم اليها.

وقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في هذا الصدد في قرارها في الدعوى المرقمة (٤٣/اتحادية /٢٠٢١) والصادر بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٢٢ [٤٢]، والذي كان متعلقا بالطعن بعدم دستورية المادة (١٣/ثانيا)، حيث استجابت المحكمة واقتنعت بالدفوع المقدمة من قبل الطاعن وهو ما أدى الى إجابة دعوى المدعي و إصدارها الحكم بعدم دستورية المادة ١٣/ثانيا الفقرات (ب ،د،ه) من قانون انتخابات مجلس النواب رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠ ومن تاريخ صدور هذا القرار في ٢٠٢٢/٢/٢٢، إلا أنها وفي ذات القرار عدلت عن حكم سبق وان أصدرته في ٢٠٢١/٦/٢٢ عندما كان هناك طعن مقدم من المدعي (ع ،د ،أ) والذي يطلب فيه الطعن بعدم دستورية الفقرة (ثالثا من المادة ١٣)من قانون انتخابات مجلس النواب رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠، وكانت حيثيات هذه الدعوى ذات طبيعة مماثلة للدعوى المرقمة(٤٣/اتحادية /٢٠٢١) سابقة الذكر من حيث عدم المساواة بين مكون الكرد الفيليين مع المكون الصابئي والمسيحي[٤٣] .

المطلب الثاني

تأثير الاجتهاد القضائي في مجال السلطة

ان البحث في تأثير الاجتهاد القضائي للمحكمة الاتحادية العليا في مجال السلطة، يقتضي تسليط الضوء على مسألتين مهمة: الاولى تتعلق بمسألة الاجتهاد القضائي في مجال تحديد الاختصاصات الدستورية ، والثانية تتعلق بمسألة الاجتهاد القضائي في مجال تأويل النصوص، وهذا ما سنتناوله ضمن فرعين وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول

الاجتهاد في مجال تحديد الاختصاصات الدستورية

تذهب الدساتير عادة إلى تحديد دقيق ومفصل لاختصاص كل من السلطات العامة داخل الدولة بما فيها المحاكم الدستورية، ولضمان عدم تجاوز الاختصاصات والأخذ بنظر الاعتبار الظروف المختلفة التي تحيط بالدولة، فالدساتير أحيانا ما تجيز وفق فكرة التفويض انتقال بعض الاختصاصات من سلطة إلى أخرى، وفي هذا الفرع سنحاول أن نبين التفويض بالاختصاص ومن ثم بيان اجتهاد المحكمة الاتحادية العليا في ما يتعلق في التفويض، وذلك على النحو الاتي :

أولا : التفويض بالاختصاص القضائي :

الاختصاص القضائي بمعناه العام : يراد به تعيين الجهة القضائية التي خولها القانون الفصل في المنازعات، وان تحديد اختصاص محكمة ما يقصد به تحديد القضايا التي تباشرها تلك المحكمة بصفتها سلطة قضائية، والقواعد التي تنظم وسائل الاختصاص تدور حول بيان الحدود والصلاحيات ونصيب كل محكمة من القضايا، هذه الصلاحيات تتحدد وفقاً لمعايير وأسس دقيقة ومحددة، وعلى درجة عالية من الانضباط، لتحديد اختصاص كل محكمة على أساس المكان،و الزمان، والقيمة، والنوع، وقد أعطى المشرّع الدستوري العراقي للمحكمة الاتحادية العليا اختصاصات كبيرة وشاملة بما يتماشى والمكانة الدستوريَّة للمحكمة الاتّحادية، فقد وردت هذه الاختصاصات في الدستور بشكل أوسع مما كانت عليه في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية؛ إذ حدَّد قانون إدارة الدولة اختصاص المحكمة الاتِّحادية العليا بالفصل في الدعاوى المُقامة بين الحكومة الاتِّحادية وحكومات الأقاليم أو إدارات المحافظات والإدارات المحلية، وكذلك اختصاصها بالنظر في دستوريَّة القوانين والأنظمة الصادرة عن الحكومة الاتِّحادية أو حكومات الأقاليم أو إدارات المحافظات والإدارات المحلية[٤٤]، اما اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ)، فحددها الدستور بقسمين: الاول : اختصاصات قضائية وتشمل : الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور، وقد جعل الدستور ممارسة حق الرقابة على دستورية القوانين بالمحكمة الاتِّحادية العليا دون غيرها، أي إنَّه تبنى الرقابة المركزية على دستورية القوانين بواسطة هيئة قضائيَّة مختصة، فلا يحق لأي هيئة قضائيَّة أخرى في الدولة عادية أو إدارية ممارسة هذه الرقابة، والثاني : اختصاصات سياسية وتشمل: بصورة عامة، الفصل في النزاعات القائمة بين السلطات الاتِّحادية، أو النزاعات بين الحكومة المركزية وسلطات الأقاليم، أو الوحدات الإدارية غير الخاضعة لإقليم، وكذلك صلاحية المحكمة في الفصل في الاتهامات الموجهة لرئيس الجمهورية والحكومة، والفصل في تنازع الهيئات القضائيَّة في الاتّحاد من حيث الاختصاص، كما منح الدستور المحكمة الاتِّحادية صلاحية المصادقة النهائية على نتائج الانتخابات البرلمانيَّة فقط دون غيره مما يتعلق بالعملية الانتخابية، اذ لا يحق للمحكمة النظر في النزاعات الناشئة عن الانتخابات، محيلاً هذا الأمر إلى المفوضية المستقلة للانتخابات والتي نصّ على إنشائها في الدستور؛ إذ منحت هذه المفوضية الولاية العامة على العملية الانتخابية، بدءًا من تقديم طلبات الترشيح وانتهاءً بالإعلان النهائي للنتائج الانتخابية، وهناك صلاحية أخرى منحها الدستور للمحكمة الاتِّحادية العليا - وهي خارج أحكام نصّ المادة أعلاه اي المادة ٩٣ - حيث منح المشرّع الدستوري المحكمة الاتِّحادية العليا، حق فض المنازعات الناشئة عن الانتخابات، فإذا ما طعن بشرعية أحد أعضاء مجلس النواب بصحة عضويته، بناءً على تصويت ثلثي أعضاء البرلمان، يجوز لهذا العضو (المطعون بشرعيته) الطعن بقرار مجلس النواب أمام المحكمة الاتِّحادية العليا، وذلك بموجب نصّ المادة (٥٢) من الدستور .

وعودة الى بدء فالتفويض لغةً : مأخوذ من فوّض يفوض تفويضاً، أي فوّض آليه الأمر

وصيره أليه وجعله الحاكم فيه ، و فوضت أمري أليك أي رددته أليك وجعله الحاكم فيه، وفوضت امري اليك أي رددته اليك وجعله الحاكم فيه[٤٥]، أما التفويض اصطلاحا : فعرف على مستوى القانون الإداري على أن : (يعهد عضو إداري ببعض اختصاصاته إلى عضو إداري أخر ليمارس مؤقتا هذه الاختصاصات بدلا عنه اذا كان هناك نص قانوني في القانون نفسه الذي منحه الاختصاص، أو نص قانوني أخر بمستوى هذا النص أو اعلى منه يجيز له التفويض) [٤٦]، وعرف أيضا على انه : (يخول رجل الإدارة ممارسة بعض اختصاصاته التي يستمدها من القانون إلى أخر) [٤٧]، ولم يتطرق الفقه الدستوري إلى وضع تعريف للتفويض الدستوري، بل درج إلى الاعتماد على التعريفات الواردة بشأن مصطلح التفويض بصورة عامة، لذا يمكن تعريف التفويض الدستوري بانه : (انه أجراء تلجأ اليه سلطة أو مؤسسة دستورية تفوض بموجبها بعضا من اختصاصاتها إلى شخص او سلطة لو لجنة او هيئة أخرى بموجب نص دستوري يجيز لها ذلك التفويض)، وفي هذا المجال نذهب ما اكد عليه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ) في المادة (١٢٣) الى جواز تفويض سلطات الحكومة الاتحادية للمحافظات أو بالعكس، بموافقة الطرفين وينظم ذلك بقانون [٤٨] .

هذا وان التفويض بالاختصاص الدستوري يكون على نوعين هما : التفويض بالاختصاص والتفويض بالتوقيع[٤٩]، وان ما يعنينا هنا هو التفويض بالاختصاص الدستوري لما له من علاقة بالتفويض الذي اشار اليه الدستور العراقي في المادة اعلاه، إذ أن التفويض بالاختصاص الدستوري يقصد به تفويض الاختصاصات الدستورية من سلطة إلى سلطة أخرى، أي أن يعهد صاحب الاختصاص الأصيل بجزء من اختصاصاته الدستورية إلى سلطة أخرى أو شخص أخر او لجنة او هيئة أخرى لتمارس هذا الاختصاص، وقد درج الفقه على وضع تعريف محدد لتفويض الاختصاص مفاده : (انه ذلك التفويض الذي يؤدي الى انتقال السلطة من عضو الى عضو اخر) [٥٠]، وعرف أيضا انه : (تخويل رجل الإدارة ممارسة بعض اختصاصاته التي يستمدها من القانون إلى شخص أخر)[٥١]، وفي الأحوال جميعها فأن هذا النوع من التفويض سيؤدي الى نقل الاختصاص إلى السلطة المفوض اليها، ولا يحق لمن فوض الاختصاص ممارسة الصلاحيات المفوضة خلال مدة التفويض، فأن الأصيل يقبل ما يصدر عن المفوض له بحدود التفويض، وان المفوض اليه بالاختصاص الدستوري أنما يمارس الاختصاص باسمه وعلى مسؤوليته القانونية بحكم انتقال الاختصاص إلى الأصيل الذي ليس عليه من مسؤولية في حالة وجود مخالفة لمبدأ المشروعية [٥٢] .

ثانيا: الاجتهاد في مجال اضافة اختصاصات دستورية وفي مجال اختصاصات مجلس النواب :

وفي هذا الصدد لا بد من تسليط الضوء على جانبين الاول فيما يتعلق بالاجتهاد في مجال اضافة اختصاصات دستورية للمحكمة الاتحادية العليا، اذ المعروف ان اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا حددت بموجب أحكام الدستور وقانون المحكمة الاتحادية العليا، وان

هذه الاختصاصات حددت على سبيل الحصر، ألا أن المحكمة الاتحادية وفي قراراها المرقم (١٥/اتحادية/٢٠٢٠) أضافت اختصاص جديد لها، وفي هذا المجال نذكر ان أداء اليمين الدستورية هو من المواضيع التي يلجئ دستور الدولة عادة لتنظيمها تنظيم كامل وخاصة من الناحية الشكلية، لما فيها من أهمية معنوية كبيرة لما تحمله من معاني الصدق والأمانة التي يعلمها من يؤدي اليمين أمام الجهة التي تختص باليمين الدستورية، فليس من الممكن أن تؤدى أي يمين دستورية ما لم يراعى فيها كل الاعتبارات الشكلية والموضوعية التي يقرها دستور الدولة، ألا أن المحكمة الاتحادية اجتهدت في هذا الأمر اجتهاد واضح وبين عندما بينت في قراراها الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/١/٢٦ في الدعوى المرقمة (١٥/اتحادية/٢٠٢٠) أنها تداولت واتفقت مع رئاسة الجمهورية حول أداء أي قاضي جديد في المحكمة اليمين القانونية أمام رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية على اعتبار أن هذا الأمر مؤقت لحين إصدار قانون خاص بالمحكمة الاتحادية آنذاك، وعند الرجوع إلى أسس الموضوع يلاحظ أن القضية أثيرت بشأن تعيين القاضي (م.ر)عضوا اصليا في المحكمة بعد أن كان عضوا احتياطيا، حيث كانت يمين أعضاء المحكمة يؤدى أمام مجلس الرئاسة قبل أن تتحول مهام واختصاصات مجلس الرئاسة إلى رئيس الجمهورية بموجب أحكام المادة ١٣٨ من الدستور[٥٣]، ووجدت المحكمة أن اختصاص اليمين الدستورية لم يرد ضمن الاختصاصات التي يمارسها رئيس الجمهورية ضمن المادة (٧٣) من الدستور[٥٤]، ولخلو هذه الاختصاصات من اليمين الدستورية فأن القاضي المعني في القرار يجب أن يؤدي هذه اليمين أمام رئيس المحكمة وأعضاءها، واستندت في ذلك إلى ما وجود مشاورات وتداول مع رئيس الجمهورية واستندت في ذلك إلى أن القاضي المذكور سبق وان أدى اليمين عندما كان عضوا احتياط، وعموما فان هذا الخلل الدستوري تم معالجته والاجتهاد انتقل من طبيعته القضائية الاجتهادية (اي ما قامته به المحكمة الاتحادية العليا في قراراها اعلاه) واصبح قاعدة قانونية حيث، بين قانون المحكمة الذي شرع بعد ذلك والمرقم (٢٥لسنة ٢٠٢١) قانون التعديل الأول للأمر رقم (٣٠) لسنة٢٠٠٥ وفي المادة (٧) أن اليمين لأعضاء المحكمة تؤدى أمام رئيس الجمهورية[٥٥]، كما بينت المادة (٥) من قانون التعديل الأول قانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ ان : ((إذا تعذر أداء اليمين الدستورية لرئيس المحكمة أو نائب الرئيس أو أعضاء المحكمة الاتحادية لأي سبب كان أو لم يتم إصدار المرسوم الجمهوري بتعيينهم لأي سبب كان يؤدي رئيس المحكمة الاتحادية ونائبه وأعضاؤها والاحتياط من القضاة اليمين الدستورية أمام رئيس مجلس النواب بالصيغة المذكورة في هذا القانون ويصدر أمر نيابي بتعيينهم خلال (١٥) خمسة عشر يوما)) .

ويلاحظ على هذه المادة أنها بشكل أو باخر أضافت اختصاص دستوري إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب لوجود فراغ دستوري في هذا الشأن، ولكن يلاحظ على المادة أنها تميزت بالغموض في نصها فما علاقة إصدار المراسيم الجمهورية في أداء اليمين، فالأصل والمنطق يذهب إلى أن المرسوم الجمهوري لا يصدر بالتعيين ما لم يكن القاضي قد أدى ابتداءا اليمين أمام رئيس الجمهورية،

فهـل يعنـي هـذا أن عـدم إصـدار المرسـوم الجمهوري يجيز لأعضاء المحكمة أداء اليمين أمام رئيـس مجلس النواب رغم تأديتهم سـابقا لهـذا اليمين أمـام رئيس الجمهوريـة، فأن في هذا القرار يلاحـظ أن المحكمة الاتحادية العليا ذهبـت في اجتهادها هذا إلى أنشـاء اختصاص ذو طبيعة دسـتورية باعتبار تعلق الأمر بعضو مـن أعضاءها ورغم أن هذا الاختصاص غير منصوص عليه في الدستور.

الفرع الثاني

الاجتهاد في مجال تأويل النصوص

بعد ان بينـا مفهوم التأويل بشـكل عام وما يميز الاجتهاد القضائي عنه، اقتضى الامر هنا ان نسلط الضوء على مفهوم التأويل الدستوري وكيـف تعاملت المحكمـة الاتحاديـة العليا في العـراق بيان هذا المفهـوم بأحكامها المختلفة، وذلك على النحو الاتي :

أولا: مفهوم التأويل الدستوري وشروطه:

يعد التأويل هو اسـتثناء من الأصل، لان الأصل هو العمل بظاهر النص، ولا يتم العدول عـن هذا الظاهر إلا بدليـل معتبر، فالأصل في الكـلام الحقيقة ولا يصار إلى المجاز إلا بدليل، والأصل فـي الأمر أنه للوجـوب مالم يصرفه دليل غير ذلك، والأصـل في المطلق هو تركه علـى أطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده إلى غير ذلك[٥٦].

فالتأويـل بصـورة عامـة عبـارة عـن : (صـرف اللفظ من المعنـى الراجح إلى المعنى المرجـوح لدليل يقترن بـه) [٥٧]، اما التأويل الدسـتوري فيراد به : (عملية قانونية يمارسها القاضي بمناسبة نزاع معروض أمامه لمواجهة صعوبـات في صياغـة النصـوص او تطبيقها ويتوجب تحقيق العدالة فيه، والقضاء الدستوري قد يمارس التأويل المباشر للنصوص الدستورية بمناسـبة طلب تفسير نص دستوري من جهات دسـتورية معينـة، او يمارسـه بصـورة غيـر مباشرة عند رقابته على دستورية القوانين[٥٨] .

هـذا وان شـروط التأويـل تتمثل ب : أن يكون النـص الخاضع للتأويل هـو وجود دليل يؤيـد رجاحة المعنـى المحتمل، إذ بخلاف ذلك يجب علـى القاضي العمل بالنص الظاهر حتى يقوم دليـل على خلاف ذلك، كمـا أن ضرورة امتـلاك القائم بالتأويل الأهليـة والخبرة الكافية لاسـتنباط المعاني والاسـتدلال عنها بما يوافق اللغـة والعـرف القانونـي، فضلا عـن وجود المصلحـة او الحاجـة الملحـة والضروريـة والسبـب الباعث للجوء القاضـي للتأويل [٥٩]، ومما تقدم يظهر ان متطلبات وشـروط التأويل لهـا أهمية في اختيـار المعنـى الحقيقي للنص المـؤول والذي ينطبـق علـى الواقعة وصولا للحكم العادل .

وسبق وان تم الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون التعديل الثاني لقانون انتخابات مجالس المحافظـات رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨ في المادة (٤٤) الفقرة (ثالثا) منه والتي نصت علـى انهاء عمـل مجالـس المحافظات الغيـر منتظمـة بإقليـم والأقضيـة والنواحـي التابعة لها وأصدرت المحكمة الاتحادية العليا، قرارهـا فـي الدعوى(١٥٥/اتحاديـة/٢٠١٩) والمتضمـن : " ان وجود مجالـس المحافظات حقيقـة دسـتورية لا يمكن تجاوزهـا، وبالتالي لا يجـوز للسلطة التشـريعية ان تشـرع قانون

يتضمـن الغاء تلك المجالـس لتعارض ذلك مع أحكام الدستور ومبادئ الديموقراطية والتداول السلمي للسلطة، ألا أن استمرار عمل المجالس المنتخبة سـواء كانت مجالس وطنية او هيئات محلية بعد انتهـاء دورتها الانتخابية يمثل خرقا لحق الشعب في التصويت والانتخاب والترشيح وتجـاوز لارادة الناخب .. وأن المـدة المحددة لعمـل مجالس المحافظات واجب التقييد بها ولا يمكـن تجاوزهـا باعتبار ذلك من حق الشـعب ويمارس من قبله بالانتخابات الدورية المباشرة، ومـا ورد في الفقرة (ثالثا) مـن المادة (١) من قانون رقـم (٢٧) لسنـة ٢٠١٩ التعديل الثاني لقانـون انتخاب مجالـس المحافظات والأقضية رقـم (١٢) لسنـة ٢٠١٨ لا يعنـي الغاء وجود مجالس المحافظات كهيئة محلية دستورية وانما وقف اسـتمرار عمل تلك المجالـس لتجاوزها المـدة المحـددة لهـا وان ذلك يمثل عـودة إلى إرادة الشـعب في تجديد انتخابهـا..أن المحافظ هـو الرئيـس التنفيـذي الأعلى فـي المحافظة ويلزم باتباع السياسة العامة للدولة التي يرسمها مجلس الوزراء ويخضع لأشـرافه، وان مفهوم تصريـف الأعمـال يجـب أن يفهـم فـي اطار ضمان سـير المرافق العامة وعدم تعطيلها بما يضمن تقديم الخدمات للجمهور في ظل السياسة العامة للدولة والرقابة البرلمانية والإدارية التي تقتضيها اللامركزية الإدارية".

ثانيا: الاجتهاد في مجال تحديد فترة الدورة الانتخابية وطبيعة النصوص الدستورية:

يعـد العمل أو المهمة القضائية من الأعمال التـي حضت بجانب مـن الاهتمام الفقهي وذلك لوجـود الخـلاف، بيـن من يوسـع فـي طبيعة العمـل القضائي من خلال عـدم الاقتصار من كـون القاضي جهـة أو سـلطة منفـذة للقانون فحسـب بل يمكن لهـا أن تتدخل فـي تفسير أو تأويل النصوص القانونية والدستورية على حد سواء، أي يكون التفسير متطورا بحسب تطور المفاهيم القانونيـة والأخلاقية والاجتماعية لكل عصـر وكذلك يكون مراعيا فـي تطوره العدل والمصلحـة الاجتماعية المتغيـرة وهوما يطلق عليه المذهـب التاريخـي او الاجتماعي، بينما يذهـب جانب إلـى اعتبـار القاضـي مقيد جدا بنطـاق النص القانوني وهـو مسؤول عن تنفيذ النـص كما هو دون الدخـول في إعطاء معاني وتفسيـرات مختلفة أي واجـب القاضي التقييد بحرفية النص والتقييد بكلماته مهما كانت النتائج غير ملائمة باسـتخدام وسائل التفسير وطرائقه المختلفـة بحسـب حالات النص فيمـا اذا كانت واضحـة وقطعية الدلالة علـى الحكم أم مبهمة أو ناقصـة أو غير موجودة أصلا للوصول إلى إرادة المشـرع ولا يهم بهـذه الإرادة حقيقية أم مفترضـة وهوما يطلـق عليه مذهـب التفسير الحرفـي، وهنـاك مـن يذهب إلى حالة وسـط إذ يرسـم حـدود للقاضي تضيق تـارة وتتسع تـارة أخرى فأزاء النص التشـريعي او القاعدة العرفية لا يكون بوسـع القاضي سـوى تحري إرادة المشـرع الحقيقية فـاذا كانت واضحة لا يسعـه ألا أعمالهـا أما اذا كـان النص غامض فعليـه تفسير النص في ضـوء متطلبات الواقع والنية المعاصرة ,اما اذا فقد النص في التشريع فأن سـلطة القاضـي تتسع في تحـري القاعدة القانونية ولا يقيده في ذلك عدا الأصول الفكرية والواقعيـة وهومـا يطلـق عليه مذهـب البحث العلمـي الحر[٦٠]، وقد امتد هذا الاختلاف أيضا ليشـمل تحديد طبيعة النص الدستوري والصفة القانونية التي يحملها من عدمه.

وبالرجـوع الى قرارات المحكمة الاتحادية العليـا فـي العـراق يتضح بشـكل جلـي دور المحكمـة في تحديد طبيعـة ومعاني النصوص الدسـتورية، ففـي الدعـوى المرقمـة(١٥٥/ اتحادية /٢٠١٩) ومرفقاتها الذي صدر بتاريخ (٢٠٢١/٦/٢)، والـذي موضوعه الطعن بعدم دسـتورية الفقرة ثالثا من المـادة ٤٤ من قانون التعديـل المرقم ٢٧ لسنة ٢٠١٩ قانون التعديل الثانـي لقانون انتخابـات مجالـس المحافظات والأقضية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٨ التي اكدت على أنهاء عمل مجالس المحافظـات غير المنتظمة بإقليـم ومجالس الأقضية والنواحـي التابعة لها والمتضمـن الادعـاء فيـه الفقـرة المعدلة تعد إخـلالا بالنظـام الإداري الـذي اقره الدسـتور النافـذ ومخالفة لأحكامه والقوانيـن النافذة التي تنظـم عمـل مجالـس المحافظـات[٦١]، حيـث نرى بهـذا الصدد أن المحكمـة الاتحادية العليا وفي موقف يحسب لها أيدت وناصرت بشـكل واضـح وصريـح فكـرة الإرادة الشـعبية، أي الإرادة العامـة وضرورة سـموها على غيرها من الأرادات والتصرفات السياسية والقانونية، وان تكـون هـذه الارادة فـي علاقـة وطيـدة مستمـرة مع النشـاط السياسـي داخـل الدولة، فقضـت برد دعـوى المدعيـن وعـدم مخالفة النص المذكور لدسـتور الدولـة، ولم تكتف أو تقتنع بالنص الدسـتوري التقليـدي الذي يذهب عادة إلى اسـتمرار المجالـس المنتخبة في أداء مهامها الدستورية والقانونية لحين انتهاء الدورة التشـريعية وهذا نص إجرائي واضح وصريح يتضمنه الدسـتور العراقي أو أي دستور أخر، بـل بين قرار المحكمة أن هذه المجالس مجالس منتخبـة في الاصل الهدف منهـا تمثيل الإرادة الشعبية، بل أن الانتخاب هو الركيزة الأساسية لنظم الإدارة اللامركزية .

أما فيمـا يتعلق بالاجتهاد فـي مجال تحديد طبيعة النصوص الدسـتورية يمكـن القول انه اذا كـان الأصل أن القاضـي يطبق النصوص كمـا هي وليس له أن يمايز أو يفضل نص على أخر اسـتنادا إلى قوة هذا النص أو ذاك، الا ان القاضي الدسـتوري يستطيع الاتجاه إلى اعتبار نص اقوى مـن أخر رغم وجودهما ضمن متن ونطاق دستوري واحد، وفي هذا الصدد نجد أن المحكمة الاتحادية العليـا وفي قرارها الصادر بالدعـوى المرقمـة (١٣/اتحاديـة /٢٠٢١) وبتاريـخ ٢٠٢١/٤/٢٥ أعطـت لنـص قـوة تفوق قـوة النص الأخر، وتتلخـص وقائع هذه الدعوى في قيام قاضي محكمة تحقيق الموصل الأيسـر بتقديـم طلب إلـى المحكمـة الاتحادية العليا لتحديد المحكمة المختصة مكانيا في نظر القضيـة موضـوع الدعوى لوجـود تنازع في الاختصـاص المكاني بينها وبين محكمة تحقيق أربيل،إذ أن المحكمة الاتحادية العليا ذهبت إلى حسـم الأمر باتجـاه تحديد اختصـاص محكمة تحقيق الموصـل بنظر هذه القضية واسـتندت إلـى أحكـام المـادة (١/٥٣)من قانـون أصول المحاكمـات الجزائيـة[٦٢]، التـي تجيـز حكما لمحكمة تحقيق الموصـل إتمام التحقيق والمادة (٩٣/ثامنا/أ) من الدستور التي بينت اختصاص المحكمة الاتحادية العليـا في الفصل في تنازع الاختصاص بين الهيئات القضائية المختلفة[٦٣].

وعند الرجوع إلى أحكام دسـتور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ)، نرى أن موضوع فض التنـازع القضائي تضمنته صراحة المادة (٩٣) سـابقة الذكر، وكذلـك المادة (١٣٠) من الدستور التي نصت على ان : (تبقى التشريعات النافذة معمولا بها، ما لم تلغ أو تعدل، وفقا لأحكام هذا الدسـتور)، وهذا النص يعني استمرار نفاذ

المـادة (٥٣/د) مـن قانون أصـول المحاكمات الجزائيـة والتي حجزت موضوع فض التنازع القضائي لمحكمة التمييز[٦٤]، بمعنى أخر وجود نصين لضمان حالة واحدة وهنا نجد أن المحكمة الاتحاديـة اجتهدت في تحديد أولوية النصوص الدسـتورية مع بعضها حيث ذهبت إلى أعمال المـادة (٩٣) من الدسـتور دون أن تأخذ بنظر الاعتبـار وجود التنازع أصلا فـي الجهة التي تنظـر فـي الفصـل فـي تنـازع الاختصاص القضائي،وعليه اعتبرت المادة (٩٣) أولى في التطبيق مـن المـادة (١٣٠) ولا يغير من ذلك القول أن نص المـادة (٩٣) جاء بصفة خاصة في تحديد الاختصاص في حين أن المادة ١٣٠ جاءت بشكل عمومي يشمل كل القوانين النافذة لان الأصـل هنـا هو اعتـراف الدسـتور بنفاذ مشـروعية جميع النصوص بغـض النظر عن طبيعـة المواضيع التـي ينظمهـا ولا يغير من ذلك أيضا القول أن المادة (٩٣) من الدسـتور التـي نصت على اختصاص المحكمة الاتحادية هـي لاحقة على المـادة (٥٣/د) أو لاحقة على اختصاص محكمة التمييز بهذا الشـأن وبالتالي النص اللاحق أولى من السابق.

ومـن خلال ما تقدم يمكن القول أن نبين هنا أن الموضوع لا يتعلق بـان المحكمة الاتحادية العليا قراراتها اقوى من قرارات محكمة التمييز، لكـن الأمـر يتعلق بوجـود نصين دسـتوريين يتضمنان حالة واحـدة جاءت المحكمة لترجيح أحدهما على الأخر ولا يغير هذا من اختصاص المحكمة الاتحادية جاء بنص صريح في دستور الدولـة في حين أن اختصـاص محكمة التمييز جاء بقانون عادي فالموضوع هنا هو المفاضلة في تطبيق النصوص (٩٣، ١٣٠).

المطلب الثالث

تأثير الاجتهاد القضائي في مجال المبادئ العامة للقانون

يـراد بالمبادئ العامة للقانون هي المبادئ او القواعد التي تتفق على نفاذها وصحتها اغلب النظم الدسـتورية او القانونية وان لم تنص على ذلك صراحة، كذلك هي المبادئ الراسـخة في العقل والضمير القانوني لعموم المجتمعات .

وبنـاء على مـا تقدم، سـنحاول الوقوف على بعـض قرارات المحكمـة الاتحادية العليا فيما يتعلق باجتهادها في مجال المبادئ العامة للقانون وان عالجتها بأسـلوب يخالف أحيانا ما تذهـب اليه القواعـد العامة، وذلـك على النحو الاتي :

الفرع الاول

الاجتهاد في مجال مبدأ المشروعية القانونية

سـنسلط الضوء فـي هذا الفـرع على دور المحكمـة الاتحادية العليـا واجتهادها في اطار مبدأ المشـروعية وفرض العقوبة اسـتنادا الى هذا المبدأ، وذلك على النحو الاتي :

أولا: الاجتهـاد في مجال اعمـال الحالة الواقعية على حساب النص القانوني :

أن مبدا المشروعية القانونية اصبح الفيصل في تحديد مـدى صحة أو عدم صحة تصرفات السلطات العامة، بل اصبح أيضا مثالا يضرب في المجتمعات التـي توصف بانها ديمقراطية، وعنـد الرجوع إلى اصـل هذا المبـدأ وما قيل فيـه فأنه دائمـا يعتمد على مـدى موافقته على

النصوص القانونية وخاصة من الناحية الشكلية، لذلك هو يختلف عن فكرة الشرعية باعتباره يختص بعالم وظاهر النصوص القانونية، في حين أن الشرعية ترتبط أصلا بالواقع الذي تعيشه السلطة السياسية ومدى رضا الشعب عنها لذلك يقال أحيانا "أن هذه السلطة مشروعة باستنادها إلى الأسس الدستورية التي تنظم أشغال السلطة ولكن شرعيتها محل نظر عندما تفقد الرضا الشعبي عنها إن مبدأ الشرعية يكمن في امتثال الحكومة للقيم التي يرتكز اليها النظام التي تضمن عمله وصيرورته، وتعني أن النظام السياسي يمتثل للإجماع الشعبي ويستجيب لتطلعات، فالشرعية قيمة سياسية بذاتها وثقافية بجوهره، إنها متطابقة مع الأعراف والممارسات والأفكار العامة والمنتشرة في المجموعة، كما يُنظر إلى الشرعية بأنها هي القناعة بأن المؤسسات السياسية، رغم ثغراتها وإخفاقاتها، هي افضل من أية مؤسسات أخرى يمكن أقامتها، مما يمنحها من حيث النتيجة الحق في طلب الطاعة والخضوع"[٦٥] .

وبهذا الصدد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا وفي الدعوى المرقمة (٥٨/اتحادية /٢٠١٩) إلى أن مبدا المشروعية يتحقق فيما تقره الوقائع اكثر مما تقره النصوص القانونية، ففي الدعوى المذكورة والتي ادعى فيها وكيل المدعي عدم دستورية قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ابرز المدعي عدد من الدفوع التي يعتقد(أي المدعي) أنها تؤيد ما ذهب اليه في دعواه ومنها ما يتعلق بعدم دستورية دستور ١٩٥٨ المؤقت آنذاك ذاته والذي صدر في ظله القانون المذكور، ومنها ما يتعلق بعدم وجود تصديق حقيقي وثابت شكلا لهذا القانون من قبل مجلس السيادة آنذاك، حيث بين أن احد أعضاء المجلس الثلاث رفض تصديق القانون إضافة إلى الأسباب الأخرى التي أوردها وكيل المدعي[٦٦].

ونرى بهذا الصدد ان المحكمة قضت برد دعوى المدعي واستندت في ذلك إلى أن قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وقعت عليه تعديلات مختلفة في ظل دساتير عراقية متعاقبة، وتجد المحكمة أن إيقاع التعديل على قانون ما من قبل سلطة مختصة بالتعديل يعني الإقرار بدستورية القانون الأصلي، بمعنى أخر أن المحكمة تجد أن مبدأ المشروعية يتحقق النسبة للأثار وان كان الأساس الذي قامت عليه هذه الأثار غير مشروع أو مخالف لمبدأ المشروعية، وقد سارت المحكمة الاتحادية العليا في قرارات اخرى على هذا المنوال في تفسير مبدأ المشروعية القانونية .

ثانيا: الاجتهاد في مجال فرض العقوبة :

وفيما يتعلق بالاجتهاد في مجال فرض العقوبة فقد أرتات المحكمة الاتحادية العليا في بعض قراراتها الى إمكانية فرض العقوبات دون التحقيق فيها استنادا إلى جسامة العقوبة، فذهبت في قرارها الصادر في الدعوى المرقمة(٦٠/اتحادية /٢٠١٧) والتي نطق فيها بالحكم بتاريخ ٢٠١٧/٥/٣٠، الى جواز وخلافا للقواعد العامة لرؤساء الوحدات البلدية (أمين بغداد ,المحافظون ,القائم مقام, مدراء النواحي) وكلا حسب اختصاصه فرض غرامة على المخالفين لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٩٠ [٦٧]، حيث طالب محافظ الديوانية قسم الشؤن القانونية من المحكمة الاتحادية بيان مدى دستورية الفقرات التي تضمنها قرار مجلس قيادة الثورة المنحل

المذكور بما احتواه من إمكانية فرض الغرامات دون تحقيق سابق أو غلق المحال التي يشغلها المخالفين لهذا القرار أو حجز المركبات التي يتم غسلها في الساحات العامة .

واذا عدنا إلى قرار المحكمة الاتحادية العليا، نجد أنها اجتهدت في إمكانية فرض العقوبات دون التحقيق فيها استنادا إلى جسامة العقوبة، حيث بينت المحكمة في قراراها في هذه الدعوى إلى إمكانية فرض الغرامة على مرتكبي المخالفات التي تضمنها القرار المذكور دون أجراء تحقيق اصلي باعتبار أن الغرامة هنا عقوبة (بسيطة نسبيا) ولا تشكل مساسا بحرية الأنسان وكرامته، على أن اتجاه الدستور العراقي النافذ يذهب إلى ضرورة إخضاع كل التصرفات التي من شانها المساس بذاتية الأنسان أو ذمته المالية إلى التحقيق أو الرقابة القضائية ولعل المادة (١٠٠)من الدستور[٦٨] خير مثال على ذلك، ومن الجدير بالذكر أن الغرامة شأنها شأن العقوبات الأصلية الأخرى التي نص عليها قانون العقوبات العراقي [٦٩]، والعقوبة بصورة عامة لا علاقة لها بجسامة الجريمة لكونها جزاء يقرره القانون الجنائي لمصلحة المجتمع تنفيذا لحكم قضائي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة لمنع ارتكاب الجريمة مرة أخرى من قبل المجرم نفسه أو من قبل بقية المواطنين وانها لا تتقرر ألا من خلال دعوى جنائية تحرك باسم المجتمع والحكم الجنائي هو الفاصل في هذه الدعوى[٧٠]، ومن ثم فأن الجسامة لا تؤثر على تجريم المتهم فكل الجرائم يجب أن تكون من خلال حكم قضائي.

ما يؤكد هذا التوجه أي الاجتهاد في إمكانية فرض العقوبات في التفرقة بين العقوبات على أساس الجسامة أنها وفي نفس القرار بينت أن ما يتعلق في غلق المحال وحجز المركبات التي أشار اليها القرار فأنها تعد تقييدا وتضييقا لحقوق الأنسان وحرياته وتمنعه من العمل وكسب الرزق اليومي لذلك تعد هذه الإجراءات مخالفة لحق الأنسان في العمل وفق ما حدده الدستور العراقي ويجب اتخاذ هذه الإجراءات من خلال القضاء حصرا، لذلك فأن المحكمة وبشأن قرار واحد بفقرات متعددة وجدت أن بعضها لا يشكل مخالفة دستورية والأخر يشكل مخالفة دستورية استنادا إلى جسامة الأثر الذي يلحق بالإنسان علما أن القواعد الجنائية لا تقيم وزن أساس لجسامة العقوبة او فرضها فالعقوبة لها أثار مادية ولها أيضا في ذات الوقت اثأر معنوية كما أن الغرامة تؤثر وبشكل كبير في القوت اليومي للإنسان الذي جعلته المحكمة أساسا في تكييف فقرات القرار الأخرى.

وفي نهاية المطاف، يلاحظ على هذا القرار أن المحكمة لم توضح في قرارها مدى دستورية اوعدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المذكور.

الفرع الثاني

الاجتهاد في مجال الحقوق والحريات العامة

سنسلط الضوء في هذا الفرع على دور المحكمة الاتحادية العليا واجتهادها في اطار مبدأ حماية الحقوق والحريات العامة، وذلك على النحو الاتي :

أولا: الحقوق والحريات العامة في الدستور :

تعكس الحماية الدستورية ضمانة تعاقدية بين مكونات المجتمع السياسي وبين المواطن والدولة، ومشروعا سياسيا لضبط التوازنات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والمؤسساتية، ويتضمن آليات لإنتاج القانون وتطبيقه، ويروم تنظيم السلطة العامة ووضع ضمانات للحقوق والحريات، وينبع الإقرار الدستوري بالحقوق والحريات من كونه القانون الأسمى والأداة الفعالة ضد تجاوزات السلطة التشريعية والتنفيذية، كما يعد أساسا لدولة القانون، وتحدد شكل ومضمون الهندسة الدستورية قواعد ممارسة الحقوق والحريات الأساسية وفق قواعد تقوم على ثلاثية تتمثل ب: (السلطة، الفرد، التنظيم)، يترجم قواعد قانونية كابحة لانحرافات السلطة ورسم حدود اشتغالها[٧١].

ان مسألة حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد هي الجوهر الأساس لعمل القانون والتي سعت كافة الدول إلى تعزيزها وتطويرها بصورة مستمرة وبقيت كافة التشريعات في محورها وجوهرها هي تصب في دعم هذه الحقوق والحرص على عدم المساس لها باعتبارها تمثل جوهر القانون وهدفه الأساس[٧٢].

هذا ولقد نظم دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ) الحقوق والحريات العامة وخصص لها بابا مستقل هو : الباب الثاني تحت مسمى (الحقوق والحريات) والذي ينقسم بدوره الى فصلين : الفصل الاول تحت عنوان (الحقوق) ويشمل فرعين : الاول: يتعلق بالحقوق المدنية والسياسية والثاني: يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والفصل الثاني تحت عنوان (الحريات)، اي خصص لها الدستور المواد من (١٤-٤٦) ليتولاها بالتنظيم، ولم يجز الدستور تقييد الحقوق والحريات الا بقانون او بناء عليه على ان لا يمس ذلك اصل الحق او الحرية، فنصت المادة (٤٦) من الدستور على ان " لايكون تقييد ممارسة اي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها الا بقانون او بناء عليه، على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق او الحرية" .

ثانيا: الاجتهاد في مجال تقييد الحرية الشخصية :

يتفق اغلب الفقه على اعتبار العقوبة هي رسالة ردع إلى الأخرين من أفراد المجتمع حتى لا يقوموا بما قام به من فرضت عليه العقوبة، فنادى الفقهاء الرومان على أن يكون للعقوبة إلى جانب الردع كوظيفة أساسية وظيفة أخرى وهي تقويم الجاني وإصلاحه[٧٣]، وذهب اخرون الى ان العقوبة لا تحقق نفعا للجماعة ألا اذا اتسمت بالقسوة التي تكفي لأقناع الشخص بانه اذا اقدم على ارتكاب الجريمة فسيخضع لعقوبة تفوق بأذاها المنفعة التي يحصلها من الجريمة، بناء على رجحان إيلام العقوبة على الفائدة المتوقعة من الجريمة[٧٤]، وعليه فان جسامة الجريمة تستوجب وضع العقوبات الرادعة لها بحق من يشترك في هذه الجريمة إذ نص قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ في المادة (٥٠) على ان اعتبار الفاعل والشريك فاعل اصلي من حيث العقوبة "١. يعد فاعلاً للجريمة كل شريك

بحكم المادة ٤٨ كان حاضراً أثناء ارتكابها يعاقب بالعقوبة المقررة لها مالم ينص القانون على خلاف ذلك. ٢.يعاقب الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً ولو كان فاعل الجريمة غير معاقب بسبب عدم توفر القصد الجرمي لديه او لأحوال أخرى خاصة به" .

وعلى الرغم من ان القوانين العراقية أحاطت قدر الإمكان بهذا الأمر بنصوص صريحة وواضحة بهذا الشأن، ألا أن المحكمة الاتحادية العليا اجتهدت بشأنه لتحقيق كما ترى غاية أساسية وهي تقديس الحرية الشخصية، ففي الدعوى المرقمة (٣١/اتحادية /٢٠١٩) والتي نظرت فيها المحكمة في الطعن المقدم من قبل القاضي الأول لمحكمة تحقيق بغداد الجديدة والذي طلب في طعنه الغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٩٦، والذي نص على عدم اطلاق سراح المتهم بجريمة حيازة أو إخفاء أو استعمال أشياء متحصلة عن جناية أو التصرف فيها على أي وجه مع علمه بذلك سواء كان المتهم في دور التحقيق أم المحاكمة حتى صدور قرار فاصل في الدعوى، وذهبت المحكمة في قرارها الصادر في الدعوى المذكورة أن هذا القرار غير موافق لدستور الدولة وخاصة إذ نص على في المادة (١٩/خامسا) "المتهم بريء حتى تثبت أدانته في محاكمة قانونية عادلة، ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرةً أخرى بعد الأفراج عنه، ألا اذا ظهرت ادله جديدة" وكذلك نص في المادة (٣٧/أولا/١) على "حرية الأنسان وكرامته مصون " إذ أن حرية الأنسان وكرامته مصانة وفق الدستور والقوانين وبالتالي قررت هذه المحكمة الغاء القرار المطعون فيه .

الفرع الثاني

الاجتهاد في مجال حماية الاموال العامة

سنسلط الضوء في هذا الفرع على دور المحكمة الاتحادية العليا واجتهادها في اطار حماية الاموال العامة، وذلك على النحو الاتي :

أولا: مفهوم الاموال العامة والحماية الجنائية لها :

يراد بالاموال العامة انها (تلك الأموال الثابتة والمنقولة العائدة للدولة والأشخاص الإدارية الأخرى والمخصصة للمنفعة العامة[٧٥]، اما الحماية الجنائية للأموال العامة فيراد بها : (تلك الحماية التي تقررها القوانين عن طريق تجريم اعتداء الأفراد على المال العام وتوقيع العقوبات الجنائية عليهم في حالة اعتدائهم عليه) [٧٦] .

ان الأموال العامة تخضع لنظام حماية اكثر شدة من النظام الذي تخضع له أموال الأفراد الخاصة، لان الأموال العامة تعتبر وسيلة الإدارة في إشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات، فالمجني عليه في جرائم الاعتداء على المال العام هو الدولة او احد الأشخاص المعنوية العامة لذا فقد شدد المشرع عقوبة هذه الجرائم وإخضاعها لنصوص جزائية خاصة ولم يخضعها للنماذج القانونية العامة، ألا انه لم يكتف بذلك بل انه جرم الاعتداء العمدي وغير العمدي التي تقع على هذه الأموال سواء تطلب تجريم الفعل توافر صفة خاصة بالجاني كما هو الحال في الجرائم التي تقع من الموظف أو المكلف بخدمة عامة أو لم يتطلب ذلك كما هو الحال في الجرائم التي تقع من عامة الناس،

وذلـك من اجـل فرض حمايــة متكاملــة للمال العام، ولكـن الحماية الجنائية للمال العام ليست موحدة بحيث تشـمل جميع الأموال العامة على قدم المساواة ولكنها تنصب بشـكل واضح على الأموال العامة التي تكون اكثر مساسـاً للأفراد كالطرق العامــة والمواصلات أو على الأموال التــي يترتب على المساس بها الأضرار بمركز الدولة الاقتصادي[٧٧] .

وقد افرد المشرع العراقي جانباً مهماً من نصوصــه القانونية لحماية الأموال العامة وهي متناثـرة بين قانـون العقوبـات العراقي المرقم (١١١) لسنــة ١٩٦٩ وغيـره من التشـريعات الأخرى .

ثانيــا: الاجتهاد في مجــال حماية الاموال العامة :

وفيمــا يتعلق بالاجتهاد في مجال حماية الامــوال العامة فقد أرتــات المحكمة الاتحادية العليــا في بعض قراراتها الــى تحقيق الموازنة بيـن حمايــة الامــوال العامة وتناسـب جسامة العقوبــة بل ذهبت في احيــان اخرى الى تغليب او مفاضلــة الحقـوق الشـخصية علــى حماية الامــوال العامــة، ففــي الدعـوى المرقمة (٢/ اتحاديــة/٢٠٢٠) فــي ٢٠٢١/٥/٤ والتــي كانت متعلقــة بطلب المدعي فيهــا الطعن بعدم دسـتورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٠لسنــة ١٩٩٦[٧٩]، وذلك لعدم موافقة هذا القرار للمواثيق الدولية لحقوق الأنسان وقواعد دسـتور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ) الذي يحرم تقييد الحرية والذي ترتب عليه عدم إطلاق سراح المتهم (المدعي) في الدعوى عن جريمة الاختلاس رغـم قضائه لمدة محكوميته المقررة له والتي بلغت سـنتين مع إلزامه بتأدية مبلغ (١٧١,٥٢٠,٩٦٨) مائة وواحد وسـبعون مليـون وخمسمائة وعشـرون الـف وتسعمائة وثمانية وسـتون دينار للخزينة العامة حيث أن قـرار مجلس قيادة الثورة المنحل المذكور يمنع اطلاق سـراح المحكوم ما لم يسدد ما بذمته من أمـوال، إذ أن المحكمة وجـدت أن بقاء المتهم بالسجـن مدة غيـر محددة امر يخالـف القواعد العامة في سـداد الديون فالأصل هنا أن قضاء المحكوم لمدة محكوميتــه في السجن جعله ينفذ الجانـب الجزائي المقرر في حقه من الحكم مما يعنــي أن الدين والأمــوال المشـغولة بها ذمته تكون خاضعــة للإجراءات القانونيــة والمدنية وليس بالتنفيذ على بدن المدين واستندت في ذلك إلــى قانون التنفيذ رقـم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ إذ اكد علــى لا يجوز إجبار المدين على إظهار أمواله مدة اربع اشــهر[٨٠]، بالاضافــة إلى ما ذهبت اليــه القوانين الأخرى كقانــون تحصيل الديون الحكوميــة لسنــة ١٩٧٧ [٨١] وغيـره، كذلـك قـررت المحكمة بعدم دسـتورية قـرار مجلس قيادة الثـورة محل الطعن،وفي ذلـك فأن قرار المحكمــة يمثـل اجتهاد واضـح وصريح على تفضيـل الحقوق الخاصة علــى حساب الحقوق العامــة، فالأصل هــو احترام كل ما من شـأنه صيانة وحفـظ الأموال العامة بـل أن المحكمة رغم وجـود نصـوص صريحة علــى احترام وحماية الأموال العامة ووضوح هذه النصوص وعدم تعارضها مع المبادئ والحريات الواردة فــي دسـتور الدولــة ألا أنهــا فضلـت الحقوق الشخصية الخاصة على غيرها .

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث الموسوم بـ(الدور الاجتهادي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق واثره في بناء دولة القانون)، توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي يمكن إجمالها بالآتي:

أولاً: النتائج:

١.يعد الاجتهاد القضائي هو وسيلة فاعلة ونافعة في ديمومة العمل القضائي، والذي يبين بما لا يقبل الشك أن حكم القاضي يمكن أن يكون في كثير من الأحيان مصدر من مصادر القاعدة القانونية ولو على نحو ضيق .

٢.ان الاجتهاد القضائي وعلى الرغم من السعي لإقامة نوع من التفرقة بينه وغيره من المصطلحات والمفاهيم القانونية التي تقترب منه، ألا أن هذه التفرقة تكون حبيسة النظريات والآراء الفقهية، إذ أن الاجتهاد وعند دخوله العمل القضائي يرتبط في اغلب الأحيان بالمفاهيم الأخرى كالتفسير.

٣.ان الاجتهاد الدستوري اجتهاد يقوم أساسا على مدى ملائمة الحكم للواقع والظروف السائدة من حيث الأصل، ولا يراد بذلك أن القاضي الدستوري لا يبحث عن النصوص الملائمة،، ولكنه يضع في الاعتبار الواقع السائد قبل النص فهو يلتزم كقاضي دستوري وطبيعة عمله الخاصة بالحفاظ على روح الدستور والفكرة المهيمنة عليه قبل الحفاظ على نص ما إذا كان بتطبيقه مخالفة لروح الدستور.

٤.اتجهت المحكمة الاتحادية العليا في العراق ومالت في الكثير من الأحيان إلى الاجتهاد في أحكامها المختلفة، ولم يقف الاجتهاد على أساس أو قيم ثابتة،أي أنها اجتهدت في مختلف الأحكام الدستورية سواء ما ورد فيها نص أو لم يرد، ولم نرى هناك تأكيد حقيقي على بيان الفكرة المهيمنة على الدستور باعتبارها الأساس الذي تنطلق منه كل أعمال السلطات العامة.

٥.ان الاجتهاد القضائي بشكل عام والدستوري بشكل خاص يميل إلى إيجاد حلول قضائية لما يعرض من نزاعات في الحالات التي تعجز النصوص فيه عن معالجة حالة ما لعدم وجود النص أصلا أو عدم توافقه مع الظروف السائدة، ألا أن المحكمة الاتحادية العليا جعلت الاجتهاد وسيلة تمارسها لإضافة أو إقرار اختصاصات دستورية لا تملك ألا السلطة التأسيسية التعرض اليها، وان السماح للقضاء بالتدخل في توزيع الاختصاصات بشكل واسع يشكل اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات ويجعل من المحكمة أشبه بحكومة قضاة.

ثانياً: التوصيات :

١.رغم أن الاجتهاد هو حصيلة الفهم الذاتي للقاضي، إلا أننا ندعو المشرع الدستوري أو العادي على اقل تقدير لوضع صيغة قانونية تحاكي توجه المحكمة الاتحادية في اعتمادها على الاجتهاد مما يوفر لها سند قانوني واضح في ذلك، على أن يتم بيان بعض الأسس والثوابت التي على المحكمة اتباعها عند ممارستها للاجتهاد وبالشكل الذي يمنعها من الخروج عن هذه الأسس في أضيق الأحوال .

٢.حث السلطة التشريعية على سن وتشريع القوانين التي أوجب الدستور أن يصدر بشأنها قانون، وذلك حرصا على عدم ترك مواضيع ما بدون قوانين صريحة بتنظيمها مما يفسح المجال للسلطة القضائية لسد هذا الفراغ عن طريق الاجتهاد.

٣.حصر فكرة الاجتهاد في أضيق الحدود وبالشكل الذي لا يسمح للقضاء بخلق اختصاصات جديدة او إعادة تنظيم هذه الاختصاصات بما يخالف النص الدستوري، وكذلك الحال عند التعامل مع فكرة الحقوق والحريات العامة .

٤.ندعو إلى أن يكون هناك توحيد للاتجاهات القضائية فيما يتعلق بالاجتهاد، وبالشكل الذي يجعل من الاجتهاد الأول أساس لعمل المحكمة في بقية الدعاوى ذات الطبيعة المتماثلة .

الهوامش

(١) ينظر: الصحاح في اللغة ، منشور على الموقع الالكتروني: www. almaany. Com . آخر زيارة: ٢٠٢٤/٥/٢٣. وكذلك المعجم الغني ، منشور على الموقع الالكتروني: www. almaany. Com . آخر زيارة ٢٠٢٤/٥/٢٣ .

(٢) سورة التوبة ، الاية (٧٩) .

(٣) سورة النور ، الاية (٥٣) .

(٤) ينظر معجم اللغة العربية المعاصر، منشور على الموقع الالكتروني www.maajim. Com آخر زيارة ٢٠٢٤/٥/٢٣ .

(٥) ينظر: المعجم الوسيط ، منشور على الموقع الالكتروني : www.maajim. Com آخر زيارة ٢٠٢٤/٥/٢٣ .

(٦) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصر، منشور على الموقع الالكتروني www.maajim. Com آخر زيارة ٢٠٢٤/٥/٢٣ .

(٧) ينظر: الشريف الجرحاني ، كتاب التعريفات ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص١٢.

(٨) ينظر: أبو اسحاق الشيرازي ، شرح اللمع، ج٢ ، تحقيق وتقديم عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٨٨، ص١٠٤٣.

(٩) ينظر: ابن رشد الحفيد ، الضروري في أصول الفقه، أو مختصر المستصفى، تقديم وتحقيق جمال الدين العلوي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤، الفصل الأول، الفقرة (٢٣١، ٢٣٧) .

(١٠) ينظر: قطب الريسوني ، الاجتهاد القضائي المعاصر(ضرورته ووسائل النهوض به) ، دار ابن حزم ، لبنان ، بيروت ، ط١ ، ٢٠١١ ، ص١١.

(١١) سورة الاعراف ، الاية (٥٣) .

(١٢) ينظر: الفضل الالوسي البغدادي ، روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني ، مجلد ٢ ، دار الفكر ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ٧ .

(١٣) ينظر: مسعود جندلي ، القاضي الإداري وتأويل النصوص القانونية ،المجلة التونسية للدراسات القانونية والسياسة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، بسوسة ، العدد (٣) ،٢٠١٤ ، ص٢ .

(١٤) ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج ٢ ،المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ٤٤٧.

(١٥) ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق ، ص ٤٤٧.

(١٦) ينظر: د.رشيد المدور ، تاويل الدستور ، بحث منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا ، برلين ، العدد الأول، ٢٠١٨، ص١٥. كذلك . مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء اصول الفقه الاسلامي،احسان للنشر والتوزيع، اربيل، ط ١، ٢٠١٤، ص ٣٠٧ .

(١٧) ينظر: د.علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ، من دون مكان طبع ، ١٩٧١ ، ص .٢٢٦

(١٨) ينظر: د. جميل الشرقاوي ، دروس في المدخل للعلوم القانونية ، من دون مكان طبع ، من دون سنة طبع ، ص .١٩٣

(١٩) ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٧٨ ، ص ٢٧٣.

(٢٠) ينظر: د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣ ،ص٤١٤.

(٢١) منجد منصور محمود الحلو، الغاء الدستور (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ،٢٠٠٠، ص(٢٧ -٣٠) .

(٢٢) عبد المهدي احمد سعيد ، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي (دراسة أصولية) ، اطروحة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦ . كذلك منجد منصور محمود الحلو، المصدر السابق، ص(٢٧ -٣٣) .

(٢٣) ينظر: سلطة قضائية تقديرية ، ويكيبيديا الموسوعة الحرة، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني :

آخر زيارة https:\\ ar. M. Wikipedia. Org 23/6/2024

(٢٤) ينظر: د.أسيد حسن الذنيبات، سلطة القاضي التقديرية إزاء الشرط التعسفي في التأمين - ماهيتها ونطاقها (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (٤) ، العدد (٤) ، كانون أول ، ٢٠١٢، ص٧.

(٢٥) ينظر: د. عباس علي محمد الحسيني ، السلطة التقديرية للقاضي ، بحث منشور على الموقع الالكتروني : https://law.uokerbala.edu.iq اخر زيارة : ٢٠٢٤/٦/٢٣.

(٢٦) د.أسيد حسن الذنيبات، المصدر السابق ، ص(٦-٧) . كذلك السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، مقال منشور على الموقع الالكتروني : https://www.mohamah.net اخر زيارة : ٢٠٢٤/٦/٢٣.

(27) P. Malinvaud: "Introduction à l'étude du droit- cadre juridique des relations économiques", litec, Paris, p:52 .

(٢٨) حمد أدريوش ، الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود، سلسلة المعرفة القانونية رقم٤ ،مطبعة الامنية ، الرباط، ١٩٩٤ ، ص٢٠-٢٢.

(29)C. Atias: Epistémologie juridique, Dalloz, Paris2002, p: 124-125. - S. Bouraoui, S. Ben Achour- Derouiche, S. Belaid et S. Laghmani: Mutations des systèmes juridiques, note pour une modélisation, Revue droit et société n°15, année1990, p: 174-175.

(30)F. Zenati, La Jurisprudence Méthodes du Droit, Dalloz1991, Paris,P2.

(31)S. Jahel, Les principes généraux du droit dans les systèmes AraboMusulmans , au regard de la technique juridique contemporaine , colloque de Beyrouth Octobre 2001, "Les principes généraux du droit", Bruylant, Bruxelles, 2005, p:29.

(32) -P. Gridel: "Le rôle de la cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux du droit privé", colloque de Beyrouth, p cité, p:137.

(33) - l: "Les principes généraux du droit dans les systèmes AraboMusulmans , au regard de la technique juridique contemporaine", colloque de Beyrouth Octobre 2001, "Les principes généraux du droit", Bruylant, Bruxelles, 2005, p32.

(٣٤) ينظر:.د عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣)لسنة ١٩٦٩، ج١، مطبعة العاني ، بغداد ، من دون سنة طبع، ص٨٩.

(٣٥) ينظر: مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية، بغداد، ط٤ ، ٢٠١١، ص١٥.

(٣٦) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٨/ اتحادية /٢٠١٩ الصادر في ٢٠١٩/٥/٢١.

(٣٧) ينظر: عبدالرحمن العلام ، المصدر السابق ، ص١٢٤.

(٣٨) ينظر: د. محمد سعيد عبدالرحمن ،الحكم القضائي أركانه وقواعد إصداره ، منشورات مكتبة الحلبي الحقوقية ، بيروت ا، ط١، ٢٠١١ ، ص١٢٧. كذلك د.عبده جميل غصوب ،الوجيز في قانون الاجراءات المدنية (دراسة مقارنة) ، منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،

بيروت ، ط١ ، ٢٠١٠ ، ص٤٩٢.

(٣٩) ينظـر: هادي عزيز علـي ، القضاء المستعجل ، بغـداد ، ط١، ٢٠٠٨ ، ص٤٢ . كذلـك محمد على راتـب ومحمد نصر الدين و محمـد فاروق راتب ، قضـاء الأمور المستعجلة ، ج١ ، من دون مطبعة ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص١٥٩.

(٤٠) ينظـر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى المرقمـة : (٢/اتحاديـة/٢٠٢٠) والصـادر فـي ٢٠٢١/٥/٤ .

(٤١) ينظـر: قـرار محكمة بـداءة الكـرخ ذي العدد : (١٩١٨/ تظلم / ٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/٩/٢٠.

(٤٢) ينظـر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى المرقمـة : (٤٣/اتحاديـة/٢٠٢١) والصـادر فـي ٢٠٢٢/٢/٢٢ .

(٤٣) ينظـر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى المرقمـة : (٤٥/اتحاديـة /٢٠٢٠) والصـادر في ٢٠٢١/٦/٢٢ .

(٤٤) تنظر:المـادة (٤٤/ ٢) مـن قانـون ادارة الدولـة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ (الملغى) .

(٤٥) ينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القامـوس المحيط ، دار الكتاب العربي ، بيروت –، لبنان ، ٢٠١١ ، ص ٣٧٩ . وكذلك د. حسان جعفر و عصام حداد ، المنبع الموسع ، دار صبح للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ط١ ،٢٠١١، ص٣٧٥.

(٤٦) ينظـر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مبادئ وأحكام القانـون الإداري ، الناشـر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ٤٢٢ .

(٤٧) ينظـر: د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيـد ، القضاء الإداري ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع ، النجف ، ط٢ ، ٢٠١٣ ، ص١.

(٤٨) تنظر: المادة (١٢٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ) .

(٤٩) هذا وقد ذهب دستور العراق المؤقت لسنة ١٩٧٠ (الملغـى) منح رئيس مجلس قيادة الثورة وهو حكما (رئيـس الجمهورية) بموجب المـادة (٣٨) سلطة تفويض التوقيع على قرارات المجلس المذكور التي لهـا قوة القانون الى من يـراه مناسبا بموجب المادة (٤٤ / ٣).

(٥٠) ينظر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المصدر السابق ، ص ٤٢٢.

(٥١) ينظـر: د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء اداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط ٤ ، ٢٠١١ ، ص ١٨٥.

(٥٢) ينظـر: د. سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء المحكمة الدستورية العليـا حتـى عـام ٢٠٠٠ ، مـن دون مكـان طبع ، ٢٠٠١ ، ص ١٥٥.

(٥٣) ذهبت المادة (١٣٨) من دستور جمهورية العراق لسنـة ٢٠٠٥ (النافـذ) فـي الفقـرة (أولا ، سادسا) الـى ان : (أولا: - يحل تعبيـر مجلس الرئاسة محل تعبير رئيس الجمهورية أينما ورد في هذا الدستور، ويعاد العمل بالأحكـام الخاصة برئيس الجمهورية، بعـد دورةٍ واحـدةٍ لاحقـة لنفـاذ هـذا الدستـور ... وسادسا: يمارس مجلـس الرئاسة صلاحيات رئيس الجمهورية، المنصوص عليها في هذا الدستور.

(٥٤) ذهبـت المادة (٧٣) من دستور جمهورية العراق لسنـة ٢٠٠٥ (النافذ) الى تحديد اختصاصات رئيس الجمهوريـة حيث نصت علـى ان : ((يتولى رئيس الجمهوريـة الصلاحيـات الأتيـة :أولا : - إصـدار العفو الخاص بتوصية مـن رئيس مجلس الوزراء، باستثنـاء مـا يتعلق بالحـق الخـاص، والمحكومين بارتكاب الجرائم الدوليـة والإرهاب والفساد المالي والإداري .ثانيـا : - المصادقـة علـى المعاهـدات والاتفاقيـات الدوليـة، بعـد موافقة مجلـس النواب، وتعـد مصادقـا عليها بعد مضي خمسـة عشر يوما من تاريخ تسلمها .ثالثا : - يصادق ويصدر القوانين التـي يسنهّا مجلـس النواب، وتعـد مصادقا عليها بعـد مضي خمسـة عشر يوما مـن تاريـخ تسلّمها .رابعـا : - دعـوة مجلس النـواب المنتخب للانعقاد خـلال مـدة لا تتجاوز خمسة عشر يومـا من تاريخ المصادقـة علـى نتائـج الانتخابات، وفـي الحالات الأخرى المنصـوص عليها في الدستور .خامسا : - منح الأوسمة والنياشـين بتوصية من رئيس مجلس الـوزراء، وفقـا للقانون .سادسا : - قبـول السفراء. سابعـا : - إصـدار المراسيم الجمهوريـة .ثامنا : - المصادقة على أحكام الإعدام التي تصدرها المحاكم المختصة.تاسعـا : - يقوم بمهمة القيادة العليا للقوات المسلحة للأغراض التشريفية والاحتفالية. عاشـرا :

- ممارسة اية صلاحيات رئاسية أخرى واردة في هذا الدستور .

(٥٥) نصت المادة (٧) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ على ان ((يؤدي رئيس المحكمة الاتحادية العليا وأعضاؤها أمام مجلس الرئاسة اليمين الاتي نصها قبل مباشرة مهامهم (اقسم بالله العظيم أن اؤدي وظيفتي بصدق وأمانة واقضي بين الخصوم بالحق وبالعدل واطبق القوانين بأمانة ونزاهة وحياد، وأحافظ على استقلال القضاء وكرامته ونزاهته والله على ما أقول شهيد)) ، عدلت هذه المادة بموجب المادة (٤)من قانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ التي جاء فيها : ((يؤدي رئيس المحكمة ونائبه وأعضاؤها قبل المباشرة بإعمالهم اليمين الدستورية أمام رئيس الجمهورية وفق الصيغة الآتية : اقسم بالله العلي العظيم أن أودي أعمال وظيفتي بصدق وأمانة واقضي بين الخصوم بالحق والعدل وأطبق أحكام الدستور والقوانين بنزاهة وحياد وأحافظ على استقلال القضاء وكرامته ونزاهته وأصون الدستور واحمي الحريات العامة والخاصة والله على ما أقول شهيد)) .

(٥٦) ينظر : د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق ، ص ٢٢١ .

(٥٧) ينظر : د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق ، ص ٣٠٧ .

(٥٨) ينظر : عبد الرزاق عبد الوهاب ، الطعن في الأحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، بغداد، ١٩٩١، ص١٦٥. كذلك د. احمد فراج حسين ، أصول الفقه الإسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٤،ص٢٥٢. د. رشيد المدور ، تأويل الدستور (دراسة تطبيقية على اجتهادات القضاء الدستوري في المغرب) ، المركز الديمقراطي العربي ، من دون مكان طبع ، ص ١٨ .

(٥٩) ينظر : عبد الرزاق عبد الوهاب ، المصدر السابق ، ص١٦٥. كذلك د. احمد فراج حسين ، أصول الفقه الإسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،٢٠٠٤،ص٢٥٢.

(٦٠) ينظر : د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون,ج١,مطبعة الجامعة ، بغداد،١٩٧٢، ص٤٨٠. كذلك د.علي هادي العطية ، المستنير من تفسير احكام الدساتير، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بيروت ،٢٠١٦، ص٦٠.

(٦١) ينظر : قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى المرقمة (١٥٥/اتحادية /٢٠١٩) الصادر في ٢٠٢١/٦/٢ .

(٦٢) نصت المادة (٥٣/أولا) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ على "ان يحدد اختصاص التحقيق بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة كلها أو جزء منها أو أي فعل متمم لها أو اية نتيجة ترتبت عليها او فعل يكون جزءا من جريمة مركبة أو مستمرة أو متتابعة او من جرائم العادة كما يحدد بالمكان الذي وجد المجني عليه فيه او وجد فيه المال الذي ارتكبت الجريمة بشأنه بعد نقله اليه بواسطة مرتكبها او شخص عالم بها".

(٦٣) نصت المادة (٩٣/ثامنا/أ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على ان"ثامنا: - ا- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي، والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم ".

(٦٤) تنظر المادة (٥٣/د) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ.

(٦٥) ينظر: احمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد٢٤ ،العدد٢، ٢٠٠٨، ص٣٥٣.

(٦٦)جاء في لائحة وكيل المدعي أن قانون الأحوال الشخصية غير دستوري لكون دستور العراق لسنة ١٩٥٨ نص في أحكام المادة (٢١) منه على ان: (يتولى مجلس الوزراء السلطة التشريعية بتصديق مجلس السيادة) أي ان القوانين لاتعد مشروعة الا بتصديق مجلس السيادة مجتمعا ، وإذ ان مجلس السيادة مكون من ثلاث أعضاء وفقا للمادة ٢٠ من الدستور والتي تنص على ان : (تكوين مجلس السيادة من عضوين ورئيس أي ثلاث أعضاء) والثابت في واقعة التصديق على قانون رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ المعدل أنها مخالفة دستوريا حيث قام عضوان بالتوقيع عليه في حين رفض العضو الثالث التوقيع

وهـو (محمد مهدي كبة)وبذلك لم يتم التصديق على القانـون المذكور وفق الدستور المؤقت والذي استند عليه القانون المطعون في دستورية تقنينه .

(٦٧) ينظـر: قـرار مجلس قيـادة الثـورة المنحل رقم (٢٩٦) لسنـة ١٩٩٠والمنشـور بالوقائـع العراقية بالعدد(٣٣١٩) في ١٩٩٠/٨/٦ .

(٦٨) نصت المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لسنـة ٢٠٠٥ علـى ان "يحظر النص فـي القوانين على تحصين اي عمل أو قرار اداري من الطعن ".

(٦٩)نصـت المادة (٨٥) مـن قانون العقوبات العراقي رقـم (١١١) لسنـة ١٩٦٩المعـدل علـى ان : " العقوبـات الأصليـة هـي: ١- الاعـدام. ٢- السجن المؤبـد. ٣-السجن المؤقـت. ٤- الحبـس الشديد٥- الحبس البسيـط. ٦- الغرامة. ٧- الحجز في مدرسة الفتيان الجانحين. ٨-الحجز في مدرسة إصلاحية".

(٧٠) ينظر : د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبـات مـن دون مطبعة ومكان طبـع ،١٩٧٨، ص٤٣٣.

(٧١) ينظر : الحماية الدستورية للحريات الفردية ومبدأ الملائمة مـع المواثيق الدولية ، المركز الديمقراطي العربـي ، منشـور علـى الموقـع الالكترونـي : democraticac.de/?p=٧٣٤٧٠ تاريخ الزيارة: ٢٣/ ٦ / ٢٠٢٤ .

(٧٢) ينظـر : د. سرهنـك حميـد البرزنجي ، دراسات دستوريـة معمقـة ، مكتبـة زين الحقوقيـة والأدبية ،ط١، ٢٠١٩،ص١٩

(٧٣) ينظـر : د.عـوض محمد ومحمـد زكي أبو عامر ، مبـادئ علـم الأجرام والعقـاب ، الـدار الجامعية وبيروت، ١٩٩٢، ص٣٨٨.

(٧٤) ينظـر : .عبـد الفتـاح مصطفى، الأحكـام العامة للنظـام الجزائـي، جامعـة الملك سعـود، الرياض ،١٩٩٥، ص ٢٩.

(٧٥) ينظر : د.علي محمد بدير و د.عصام عبد الوهاب البرزنجي ود.مهدي ياسين السلامي ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٩٣ ، ص٣٨٤ .

(٧٦) ينظـر : د.رفيـق محمد سلام ، الحمايـة الجنائية للمـال العام ، دار النهضة العربيـة ، القاهرة ، ط٢ ،١٩٩٤ ، ص٦٨.

(٧٧) ينظـر : علاء يوسف اليعقوبـي ، حماية الأموال العامـة فـي القانـون الإداري ، رسالـة ماجستير ، ١٩٧٧ , ص٢٧٩ .

(٧٨) ينظـر : قرار مجلس قيـادة الثورة المنحل المرقم ١٢٠لسنـة ١٩٩٤فـي ١٩٩٤/١/١ المنشـور فـي الوقائع العراقية بالعدد٣٥٢٦في ١٩٩٤/٩/٥.

(٧٩) تنظـر : المـادة (٤٣) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ .

(٨٠) تنظـر : المـادة (١٣) من قانـون تحصيل الديون الحكومية رقم(٥٦) لسنة ١٩٧٧ .

قائمة المصادر والمراجع

المصادر باللغة العربية:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: المعاجم والقواميس:

١.الصحاح في اللغـة، منشور على الموقع الالكتروني https://www.almaany.com

٢.المعجـم الغنـي، منشـور علـى الموقع الالكتروني https://www.almaany.com

٣.المعجـم الوسيـط، منشور علـى الموقع الالكتروني:https://www.almaany.com

٤.مجـد الدين محمـد بن يعقـوب الفيروز آبادي، القاموس المحيـط، دار الكتاب العربي، بيروت –، لبنان، ٢٠١١.

٥.معجـم اللغـة المعاصـرة، منشـور علـى الموقـع الالكترونـي:.https://www almaany.com

ثالثاً: الكتب:

١.أبو اسحاق الشيرازي، شرح اللمع، ج٢، تحقيـق وتقديم عبد المجيد تركـي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٨٨.

٢.ابن رشـد الحفيد، الضروري في أصول

الفقــه، أو مختصر المستصفــى، تقديم وتحقيق جمــال الدين العلــوي، دار الغــرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤.

٣.د. احمــد فــراج حسيــن، أصــول الفقــه الإسلامــي، منشــورات الحلبــي الحقوقيــة، بيروت،٢٠٠٤.

٤.الشريــف الجرجاني، كتــاب التعريفات، دار الفكر للطباعــة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٦.

٥.الفضل الالوسي البغدادي، روح المعاني فــي تفسير القران العظيم والسبع المثاني، مجلد ٢، دار الفكر، بيروت، من دون سنة طبع .

٦.د. جميل الشرقاوي، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مــن دون مكان طبع، من دون سنة طبع .

٧.د. حســان جعفر و عصام حــداد، المنبع الموسع، دار صبــح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط١،٢٠١١.

٨.حمــد أدريــوش، الاجتهــاد القضائــي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود، سلسلة المعرفة القانونية رقم٤،مطبعة الامنية، الرباط، ١٩٩٤.

٩.د. رمــزي طه الشاعــر، النظرية العامة للقانــون الدستــوري، دار النهضــة العربيــة، القاهرة، ١٩٨٣.

١٠. د. رشــيد المــدور، تأويــل الدستــور (دراســة تطبيقيــة علــى اجتهــادات القضــاء الدستــوري في المغرب)، المركز الديمقراطي العربــي، مــن دون مكــان طبــع وسنــة طبع.

١١. د.رفيق محمد سلام، الحماية الجنائية للمــال العــام، دار النهضــة العربيــة، القاهرة، ط١٩٩٤،٢.

١٢. د. سامــي جمــال الديــن، القانــون الدستــوري والشرعية الدستوريــة على ضوء المحكمة الدستورية العليا حتى عام ٢٠٠٠، من دون مكان طبع، ٢٠٠١.

١٣. د. سرهنــك حميــد البرزنجــي، دراســات دستورية معمقة، مكتبة زين الحقوقية والأدبية،ط١، ٢٠١٩.

١٤. عبــد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الأحكام بالتمييز فــي قانون المرافعات المدنية، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١.

١٥. د. عبد الرحمن العلام، شــرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣)لسنة ١٩٦٩، ج١، مطبعة العاني، بغداد، من دون سنة طبع.

١٦. د.عبــد الفتــاح مصطفــى، الأحكــام العامة للنظــام الجزائي، جامعــة الملك سعود، الرياض،١٩٩٥.

١٧. د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهــرة، ط١، ١٩٧٨.

١٨. د.عبــده جميــل غصوب،الوجيز في قانــون الاجــراءات المدنية (دراســة مقارنة)، منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ٢٠١٠.

١٩. د. عصــام عبد الوهــاب البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، الناشــر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٣.

٢٠. د.علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ، من دون مكان طبع، ١٩٧١ .

٢١. د.علي محمد بدير و د.عصام عبد الوهاب البرزنجي ود.مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٣.

٢٢. د.علي هادي العطية، المستنير من تفسير احكام الدساتير، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت،٢٠١٦.

٢٣. د. عمر محمد الشوبكي، القضاء اداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ٤، ٢٠١١ .

٢٤. د.عوض محمد ومحمد زكي أبو عامر، مبادئ علم الأجرام والعقاب، الدار الجامعية وبيروت، ١٩٩٢.

٢٥. د. غازي فيصل مهدي و د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف، ط٢، ٢٠١٣.

٢٦. قطب الريسوني، الاجتهاد القضائي المعاصر(ضرورته ووسائل النهوض به)، دار ابن حزم ، لبنان، بيروت، ط١، ٢٠١١ .

٢٧. د.مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون,ج١,مطبعة الجامعة، بغداد،١٩٧٢.

٢٨. د. محمد سعيد عبدالرحمن،الحكم القضائي أركانه وقواعد إصداره، منشورات مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت ا، ط١، ٢٠١١.

٢٩. محمد علي راتب ومحمد نصر الدين و محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ج١، من دون مطبعة، بيروت، من دون سنة طبع.

٣٠. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات من دون مطبعة ومكان طبع،١٩٧٨.

٣١. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية، بغداد، ط٤، ٢٠١١.

٣٢. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج ٢،المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.

٣٣. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، دلالات النصوص وطرق استنباط الاحكام في ضوء اصول الفقه الاسلامي،احسان للنشر والتوزيع، اربيل، ط ١، ٢٠١٤.

٣٤. هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، من دون مطبعة، بغداد، ط١، ٢٠٠٨.

رابعاً: الرسائل والاطاريح :

١.عبد المهدي احمد سعيد، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي (دراسة أصولية)، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥ .

٢.علاء يوسف اليعقوبي، حماية الأموال العامة في القانون الإداري، رسالة ماجستير، ١٩٧٧.

٣.منجد منصور محمود الحلو، الغاء الدستور (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٠.

خامساً البحوث والمقالات :

١.احمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد٢٤،العدد٢، ٢٠٠٨.

٢.د.أسيد حسن الذنيبات، سلطة القاضي التقديرية إزاء الشرط التعسفي في التأمين - ماهيتها ونطاقها (دراسة مقارنة)، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (٤)، العدد (٤)، كانون أول، ٢٠١٢.

٣.د. رشيد المدور، تاويل الدستور، بحث منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، برلين، العدد الأول، ٢٠١٨.

٤.مسعود جندلي، القاضي الإداري وتأويل النصوص القانونية، بحث منشور في المجلة التونسية للدراسات القانونية والسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسوسة، العدد (٣)،٢٠١٤.

خامساً: الدساتير والقوانين والقرارات:

١.الدساتير العراقية :

•دستور العراق لسنة ١٩٥٨ (الملغى).

•دستور العراق لسنة ١٩٧٠ (الملغى).

•قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ (الملغى).

•دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ).

٢. القوانين:

أ. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

ب. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل (النافذ).

ت.قانون اصول محاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ (النافذ).

ث.قانون تحصيل الديون الحكومية رقم(٥٦) لسنة ١٩٧٧ .

ج.قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ .

ح.قانون المحكمة الاتحادية العليا (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل (النافذ).

٣. القرارات :

أ. قرارات المحكمة الاتحادية العليا:

•قرار قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : (٣٨/اتحادية/٢٠١٩) الصادر في ٢٠١٩/٥/٢١.

•قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم: (١٥٥/ اتحادية /٢٠١٩) الصادر في ٢٠٢١/٦/٢ .

•قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : (٢/ اتحادية/٢٠٢٠) والصادر في ٢٠٢١/٥/٤ .

• قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : (٤٥/اتحادية /٢٠٢٠) والصادر في ٢٠٢١/٦/٢٢ .

• قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم : (٤٣/اتحادية/٢٠٢١) والصادر في ٢٠٢٢/٢/٢٢ .

ب. قرارات المحاكم العادية :

• قرار محكمة بداءة الكرخ ذي العدد : (١٩١٨/ تظلم / ٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/٩/٢٠.

ت. قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل):

•قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٣٦٣) لسنة ١٩٧٦.

•قـرار مجلـس قيـادة الثـورة المنحل رقم (٢٩٦) لسنة ١٩٩٠.

•قـرار مجلـس قيـادة الثـورة المنحل رقم (١٢٠) لسنة ١٩٩٤.

سادساً: المواقع الالكترونية:

١.الحمايـة الدستوريـة للحريـات الفردية ومبـدأ الملائمـة مـع المواثيـق الدوليـة، المركـز الديمقراطـي العربـي، منشـور على الموقـع الالكترونـي : democraticac. de/?p=73470

٢.السلطـة التقديرية لمحكمـة الموضوع، مقـال منشـور علـى الموقـع الالكترونـي : https://www.mohamah.net

٣.سلطـة قضائيـة تقديريـة، ويكيبيديـا الموسوعـة الحرة، مقالة منشـورة على الموقع الالكترونـي : https://ar.m.wikipedia. org

٤.د. عباس علـي محمد الحسيني، السلطة التقديريـة للقاضي، بحث منشـور على الموقع الالكترونـي : https://law.uokerbala. edu.iq

المصادر باللغات الاجنبية :

1.C. Atias: Epistémologie juridique, Dalloz, Paris,2002.

2.F. Zenati, La Jurisprudence Méthodes du Droit, Dalloz1991, Paris.

3.S. Bouraoui, S. Ben Achour-Derouiche, S. Belaid et S. Laghmani: Mutations des systèmes juridiques, note pour une modélisation, Revue droit et société n°15, année1990.

4. S. Jahel, Les principes généraux du droit dans les systèmes AraboMusulmans , au regard de la technique juridique contemporaine , colloque de Beyrouth Octobre 2001, "Les principes généraux du droit", Bruylant, Bruxelles, 2005.

5. P. Malinvaud: "Introduction à l'étude du droit- cadre juridique des relations économiques", litec, Paris.

The jurisprudential role of the Federal Supreme (Court in Iraq and its impact on building the state of law)

Assist.Prof.Dr.Iman Qassim Al-Safi(*)

Abstract

Judicial jurisprudence is one of the important legal solutions to address the shortcomings of legislation. Human societies have known throughout their long history many cases in which the judge finds himself facing a legislative vacuum, in addition to civil legal texts that are difficult for the judge to apply due to their ambiguity or contradiction, which requires him to He used his own diligence to resolve the disputes presented to him so as not to be a denier of justice. However, the judge in his diligence was not absolute, but rather restricted by certain controls, represented by taking into account the wisdom of legislation on the one hand, and taking into account the nature of the texts on the other hand.

Constitutional jurisprudence has played a major role in consolidating the application of constitutional texts and finding solutions to their shortcomings or ambiguities, especially in light of the difficulty of making a constitutional amendment due to the complexity of its procedures stipulated in the core of the constitutional document. This was the case in Iraq, so the Federal Supreme Court played a role. When applying the texts of the Constitution of the Republic of Iraq for the year 2005 to the issues presented before it, many of the constitutional texts were amended through what is called judicial jurisprudence, and from here comes the importance of the research we are dealing with.

(*)Al-Mustansiriya University / College of Law