الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور ٢٠٠٥ في العراق

م.د. هاشم حمادي عيسى

كلية القانون / جامعة الامام جعفر الصادق (ع)

المقدمة

يُعدُّ دستور الدولة أعلى القواعد الموجودة فيها، وهو الأساس في إنشاء السلطات الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية)، وتحديد اختصاصات كل منها، لذا فإنَّ السلطات جميعها تكون مُلزَمة بممارسة اختصاصاتها في الحدود التي رسمها لها الدستور. ذلك يعني أن الدستور يعلو على جميع هيئات سلطة الدولة ويلزمها بالتقييد بما ورد فيه من نصوص، إلى الحد الذي يجعل من غير الممكن أن تأتي القوانين الاعتيادية مخالفة لأحكام الدستور، ولا حتى الأنظمة الصادرة وفقاً لها.وتأتي علوية الدستور لتشكل إقراراً لمبدأ الشرعية، واعتبار أي تصرف خلافاً للقواعد القانونية فاقداً لقيمته القانونية، ومن باب أوْلى مخالفاً للدستور. غير أنَّ هذه الحقيقة لا يسلّم بها عندما ينعدم التمايز في الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين والإجراءات المتبعة في تعديل قواعد الدستور، إذ يكون الدستور هنا مرناً، وبالتالي انعدام علوية الدستور، والتي لا تظهر إلاّ إذا تعذر على البرلمان إصدار قانوناً مخالفاً للدستور، وهو ما لا يتحقق في الدساتير المرنة، لأنَّ الدستور المرن لا يسمو بقواعده في العادة على قواعد القانون العادي، رغم اختلاف موضوع كل منهما، ذلك أن المشرّع العادي (البرلمان) يستطيع مخالفة أحكام الدستور فيما يضع من قوانين دون أن يستتبع ذلك أية آثار قانونية في حالة الدستور المرن، باعتبار أن القانون الذي يصدر مخالفاً للدستور يُعدُّ معدلاً له، بمعنى آخر أن علوية الدستور تتحقق فقط عندما تختلف إجراءات تعديل الدستور عن الإجراءات المتبعة في وضع القوانين وتعديلها، إذ لا يوجد خلافاً شكلياً بين الدستور والقانون إلاّ في الموضوع الذي يتضمنه كل منهما، ويُعدُّ القانون العادي هو الأعلى في الدساتير المرنة، وبالتالي لا مجال لإثارة الرقابة على دستورية القوانين.بمعنى آخر أنَّ علوية الدستور تتحقق فقط عندما تختلف إجراءات تعديل الدستور عن الإجراءات المتبعة في وضع القوانين وتعديلها، وهنا يسمى الدستور بالدستور الجامد والذي يعني علويته في الموضوع والطبيعة، والتي تتأكد في كافة الدساتير، عرفية كانت أو مكتوبة، وذلك بفعل التمايز في الإجراءات المتبعة في تعديل الدستور عنها في القانون العادي.وإنَّ مبدأ علوية الدستور هذا هو الذي يشكل الضمانة الأولى لحماية القواعد الدستورية وعدم إمكان التجاوز عليها من البرلمان أو من أية سلطة أُخرى. غير أنَّ لا قيمة لهذا المبدأ إلاّ بوجود جزاء يؤكد هذه العلوية ويحول دون انتهاكها من أية هيئة من هيئات الدولة، وذلك يعني أن لا بُدَّ من وجود جهة معينة تتولى الرقابة على مدى موافقة القانون للدستور من عدمه، وأخيراً فرض الجزاء عن مخالفة القانون للدستور، ومنع نفاذ هذا القانون، سواء بالإلغاء أو بالحكم بعدم دستوريته، وهذا ما تتبناه الرقابة على دستورية القوانين.ولكن هل عرف النظام الدستوري في العراق رقابة القضاء على دستورية القوانين؟ وماذا بشأن دستور (٢٠٠٥) الحالي؟. حقيقة الأمر أن دستور ١٩٢٥، الملكي عرف الرقابة هذه من خلال المحكمة الدستورية العليا، بينما تجاهلته كافة الدساتير الانقلابية (١٩٥٠، ١٩٦٣، ١٩٦٤، ١٩٦٨، ١٩٧٠)، على الرغم من أن دستور ١٩٦٨، نصَّ على تشكيل المحكمة الدستورية العليا، إلاّ أنها لم تظهر إلى حيز الوجود وحتى إلغاء الدستور نفسه عام ١٩٧٠.وأخيراً جاء دستور ٢٠٠٥، ليعهد إلى المحكمة الاتحادية العليا في العراق بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، بينما أكدت المادة (١٣/أولاً) من الدستور على علويته وعدّت كل نص باطلاً يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص آخر إذا ما جاء معارضاً لنصوص الدستور. فهل جاءت هذه الرقابة لتشكل واحداً من أركان الدولة القانونية الأُخرى (الدستور, مبدأ الفصل بين السلطات، التدرج القانوني، مبدأ سيادة القانون، الحقوق الفردية، الرقابة القضائية).لكل ما أسلفنا جاء هذا البحث بالقدر الذي عليه لبيان طبيعة الرقابة على دستورية القوانين التي تتبناها المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ومدى فاعليتها في الحيلولة دون صدور أي قانون أو نظام يخالف الدستور الاتحادي.

أهمية البحث وأهدافه :تتمثل أهمية البحث في أنه يُعدُّ عرضاً لواقع الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بعد أن فقدت مصداقيتها في دساتير عراقية سابقة، بينما انعدمت تماماً في الدساتير الانقلابية، لذا فأنَّ بيان مدى فاعلية هذه الرقابة اليوم في ظل دستور ٢٠٠٥، الفدرالي وما إذا يعتريها النقص يشكل هدفاً أساسياً لهذه الدراسة ويكسبها أهمية خاصة.

إشكالية البحث :تكمنُ إشكالية لبحث في مدى نجاعة الخطوات المتبعة في تقديم دعوى الإلغاء للطعن بالقانون المخالف للدستور والإجراءات الخاصة بانسيابية الدعوى المقدمة، وصولاً إلى تحقيق الغاية المرجوة منها.

منهج البحث :اعتمدنا في بحثنا في هذه الدراسة على أفكار الكتّاب والفقهاء وآرائهم، والنصوص الدستورية والقانونية ذات الصلة، بعد أن اتخذنا من أسلوب عرضها ووصفها ثم تحليلها سبيلاً للاستدلال على واقع الرقابة على دستورية القوانين في العراق.ولقد جاء تقسيم البحث كالآتي:مبحث تمهيدي بعنوان (علوية الدستور وضماناتها)، ثم مبحث أول عن الرقابة على دستورية القوانين، ومبحث ثانٍ عن الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور ٢٠٠٥، في العراق، ثم أتممنا البحث بخاتمة تضمنت النتائج المستخلصة عنه، حيث وضعا في ضوئها

جملة مقترحات.وحسبنا مما تقدّم أن نكون قد أسهمنا ولو بشكل متواضع في عرض ما هو نافع عن طبيعة هذا العنوان، ونسأل الله تعالى التوفيق، فهو حسبنا وإليه ننيب.

مبحث تمهيدي علويـة الدستور وضماناتها

قبل العرض للرقابة على دستورية القوانين التي تشكل علوية الدستور الأساس الأول لها بما يتصف به من جمود دستوري، والذي يعني اختلاف طريقة تعديله عن الطريقة التي يعدل بها القانون العادي، والتي تشكل الضمانة الأولى للدستور، لذا فلا بُدَّ من بيان علوية الدستور في مطلب أول، ثم نتكلّم في مطلب ثانٍ عن ضمانات علوية الدستور.

المطلب الأول علويـــة الدستور

الدستور في حقيقته مجموعة قواعد تبين ممارسة السلطة في الدولة من الحاكمين فيها، كما يبين الدستور شكل الدولة (جمهورية، إمارة، مملكة)، وكذلك نوع الحكومة فيها والعلاقة بين السلطات الثلاث ، واختصاصات ونشاطات هذه السلطات والعلاقة بينها، بصرف النظر ما إذا كانت هذه القواعد مكتوبة، وهي الطريقة الغالبة اليوم، أو أنها ليست مكتوبة (عرفية) وهو النادر، إذ إنَّ المهم أن تكون هناك قواعد تنظم ممارسة السلطة. هذه القواعد التي تنظم ممارسة السلطة، هي في الحقيقة تأتي لتكون قيداً على الحكام في ممارسة السلطة، أي أنَّ هذه القواعد تعلو على الحكام، ويخضعون لها. وذلك يعني أن ممارسة السلطة تتمثل في نشاط الحكام الذي يجد أساسه في القواعد القانونية الصادرة عنهم (التشريعات) والتي يجب أن تكون متفقة مع القواعد الدستورية، بمعنى آخر أنَّ الدستور يعلو على الحكام وعلى القواعد القانونية الصادرة عنهم، بل إنَّ الدستور يلزمهم باحترام قواعده في كل ما يصدر عنهم من تصرفات[١]. والدستور حسب المفهوم السابق يعتبر القاعدة الأعلى في الدولة، كونه القانون الأساسي الذي ينظم السلطة فيها وبيان طبيعتها وأهدافها، ويحدد فلسفة النظام السياسي ، ويؤكد الأسس الاجتماعية والاقتصادية، وبالتالي فإنَّ النظام القانوني في الدولة كلها يرتبط من كافة النواحي في الدستور[٢] .ولا ننسى أن فكرة علوية القواعد الدستورية باعتبار موضوعها وطبيعتها تشكل إقراراً لمبدأ الشرعية، والذي يعتبر أن أي تصرف خلافاً للقواعد القانونية يشكل مخالفة للقانون وفاقداً لقيمته القانونية، وفي الحقيقة مخالفاً للدستور. ثم أنَّ علوية الدستور توجب امتناع الهيئات الدستورية المختلفة (سلطات الدولة) من أن تفوض سلطاتها والتي هي اختصاصات وليست (حقوقاً خاصة) إلى غيرها من السلطات الأُخرى لتتولى ممارستها ما لم ينص الدستور على مثل هذا التفويض (الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض)، ذلك أن الحكام لا يباشرون حقوقاً شخصية، بل يتولون وظيفة دستورية. غير أنَّ هذه الحقيقة لا يمكن التسليم بها عندما ينعدم الفارق بين الإجراءات المتبعة في تعديل القواعد القانونية والإجراءات المتبعة في تعديل القواعد الدستورية، إذ إنَّ تتساوى الإجراءات المتبعة في تعديل القواعد القانونية والإجراءات المتبعة في تعديل الدستور، ذلك أن تساوي إجراءات تعديل القانون وإجراءات تعديل الدستور يعني أن الدستور في مثل هذه الحالة يُعدُّ دستوراً مرناً، والدستور المرن كما هو معروف لا يسمو بقواعده على قواعد القانون العادي رغم اختلاف موضوعهما، إذ إنَّ المشرّع العادي (البرلمان) يستطيع مخالفة أحكام الدستور فيما يضعه من قوانين دون أن يستتبع ذلك أية آثار قانونية، باعتبار أنَّ القانون الذي يصدر مخالفاً للدستور يُعدُّ معدلاً له.وعلى خلاف ما أسلفنا فإنَّ علوية الدستور تتأكد إذا تعذر على السلطة التشريعية إصدار قانوناً مخالفاً للدستور، وهذا الأمر يتحقق عندما تختلف إجراءات تعديل الدستور عن الإجراءات المتبعة في وضع وتعديل القوانين العادية، وفي هذه الحالة يطلق على الدستور بـ (الدستور الجامد) وذلك يعني أن علوية الدستور في موضوعها ومضمونها وطبيعتها والتي تتأكد في كافة الدساتير مكتوبة كانت أو عرفية لا تتم إلاّ إذا كان هناك تمايزاً بين الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين وبين الإجراءات المتبعة في تعديل القواعد الدستورية، وهو ما يسمى بالجمود الدستوري[٣].وإذا كان الدستور يشكل قيداً على الحكام باعتباره أعلى قاعدة في الدولة وعلى أساس من مبدأ علوية الدستور (الذي يسميه البعض مبدأ سيادة القانون)[٤]، وبالتالي فهو يعلو على الحكام وعلى ما يصدر منهم من قوانين، فلا بُدَّ من التساؤل عن أساس علوية الدستور، بمعنى آخر، ما هو أساس علوية الدستور وسموه؟ وما هو المبرر لهذه العلوية؟ وعندما يتمتع الدستور بالعلوية على الحكام وعلى نشاطهم بحيث يكونوا خاضعين له، فذلك يعني أنهم لا يستطيعون تعديله أو تغييره بنفس الطريقة التي يعدلون فيها القوانين، وإذا كان الأمر كذلك فإننا وكما أسلفنا سنكون أمام ما يسمى بـ (الدستور الجامد)، وهنا نتساءل، هل أن علو الدستور يأتي نتيجة لجموده؟ وما المقصود بالجمود الدستوري؟ وما هي ضمانات علوية الدستور؟ . هذه الأمور سنعرض لها في ثلاثة محاور، الأول عن أساس علوية الدستور، والثاني عن حقيقة علوية الدستور، والثالث عن جمود الدستور ومرونته، بينما ستكون ضمانات علوية الدستور عنواناً للمطلب الثاني.

أولاً: أساس علوية الدستور: اختلفت المذاهب الفكرية في تحديد أساس علوية الدستور، غير أنَّ هناك فكرتان برزتا من بين هذه الأفكار لتبرير الدستور وسموه وهما:

١- **الفكرة القديمة لعلوية الدستور:** وتتمثل هذه الفكرة في نظرية العقد الاجتماعي التي قدّمها فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوربا، والتي ترى أنَّ الأفراد قد اتفقوا على بلورة عقد تناط بموجبه مهمة الحكم إلى شخص أو أشخاص معينين يتولون إدارة شؤون الجماعة، وذلك للانتقال من حياة الفطرة التي كانوا عليها إلى الحياة المنظمة، ورغم اختلاف أنصار هذه الفكرة في حال الأفراد قبل العقد وكذلك في أطرافه والنتائج التي تترتب عليه، غير أنهم يرون أنَّ هذا العقد هو الذي ينشيء الدولة ويخلقها، وهذا العقد هو الدستور، ولأنَّ الدستور يخلق الدولة فهو يعلو عليها وعلى الحكام والمحكومين فيها، ولأنَّ ذكر الدولة يوجب أن نذكر السلطة لأنَّ لا وجود للدولة بلا سلطة يمارسها فرد أو أفراد، فذلك يعني أن الدستور هو الذي يحدد السلطة ويخلقها بكامل مؤسساتها التشريعية والتنفيذية والقضائية، ولذلك فهي تخضع للدستور وتتقيد به، وهو يعلو عليها وعلى نشاط الحكام المتمثل بالقوانين، وهو القاعدة العليا في الدولة، وعلى هذا الأساس تأتي علوية الدستور.ولكن الوقائع التاريخية تؤكد ظهور الدولة للوجود عندما استطاع فرد أو أفراد من أن يقبضوا على السلطة ويصدروا أوامرهم ونواهيهم للآخرين لامتلاكهم القوة الأكبر التي هي في الحقيقة قوة إرغام، ولم تكن هناك ابتداءاً قواعد دستورية ولا قانونية محددة يتبعونها، ولكنهم تمكنوا بعد نشوء الدولة وتولي السلطة من تنظيم ممارسة السلطة وانتقالها وبيان العلاقة بين القابضين عليها، وذلك عن طريق قواعد محددة هي في حقيقتها القواعد الدستورية، بمعنى آخر أنَّ الدستور ظهر بعد نشوء الدولة وليس سابقاً لها[٥].ولأنَّ نظرية العقد الاجتماعي هو مجرد افتراض لم ينهض الدليل على صحتها، فإنه من غير الممكن القول إنَّ العقد (حتى وإن كان اجتماعياً) هو الذي أوجد الدولة، ذلك أنَّ الدولة نشأت بعيداً عن عالم القانون، وهي وليدة الواقع الاجتماعي، وأن الدستور جاء بعد قيام الدولة وجاء ينظم ممارسة السلطة فيها فهو ليس سبباً في وجودها ولا سابقاً لها[٦].

٢- **الفكرة الحديثة لعلوية الدستور:** لعدم إمكان التسليم بفكرة العقد الاجتماعي في خلقه للدولة وبالتالي نشوئها، فقد ظهرت فكرة حديثة لتحديد أساس علوية الدستور، وهذه الفكرة تبناها الفقيه الفرنسي (جورج بردو)، الذي يرى أنَّ الدولة لا توجد عندما يستطيع فرد أو مجموعة أفراد فرض إرادتهم على الآخرين، وبالتالي توليهم السلطة ليحدث التمييز بين الحكام والمحكومين، بل إنَّ الدولة توجد فقط عندما يملكها الأفراد دون أن تكون بيد فئة معينة، وإنه لا بُدَّ من انتقال السلطة من الفئة القابضة عليها إلى كيان مجرد، وهذا الكيان يمثله أعضاء الفئة الاجتماعية، أي أن السلطة هنا لا تكون بيد فرد معين أو مجموعة أفراد، بل إنَّ السلطة تعود إلى (مؤسَسَة) محددة تعود إلى عامة الشعب، وإن السلطة تعود للجميع، وليست سلطة لشخص معين أو أشخاص معينين، وبالتالي هي ليست سلطة شخصية، بل سلطة دولة[٧] .إنَّ انتقال السلطة بهذه الصورة من ملكية فرد أو أفراد معينين إلى كيان مجرد (مؤسَسَة)، هي الدولة بالذات، إنما يتم بواسطة الدستور، إذ إنَّ الدستور هو الذي سيحدد من سيمارس السلطة وكيفية ممارستها، وبالتالي نزع السلطة من الحكام إلى الكيان المجرد (الجديد) الذي يمثله عامة أفراد المجتمع، حيث يغدو الحكام وكلاء عن الأفراد في ممارستهم للسلطة، ولأنَّ الدستور هو الذي ينتزع السلطة من الحكام وينقلها وفقاً لقواعد معينة إلى الشعب، وهي ليست مُلكاً لأحد، بل هي للكيان المجرد، ذلك أن الدستور هو الذي يحدد ممارسة السلطة ويشكل قيداً على الحكام، والسلطة والحال هذه لم تَعدُ ملكاً للحكام بل للدولة، لذا فالدستور يتربع على قمة الدولة، لأنه هو الذي خلقها، وإنَّ الحكام يمارسون السلطة وفقاً له، لذا فإنَّ الدستور يعلو على القواعد التي يضعها الحكام وهي القوانين[٨].غير أنَّ هذه الفكرة التي سميت بالحديثة تفتقر إلى الأساس العلمي الذي يؤكدها، لأنَّ الدستور يفترض وجود دولة، أي أنَّ الدستور سيكون لاحق لوجود الدولة، لأنَّ وجود الأفراد القابضين على السلطة لا يتم لمجرد القبض على السلطة، بل لممارستها وفقاً لقواعد معينة وليس عشوائياً، هذه القواعد التي تمارس السلطة وفقاً لها، هي قواعد دستورية، وذلك يعني أن السلطة سابقة لوجودها على الدستور، بمعنى آخر، أنَّ الدولة تكونت وظهرت للوجود، ثم وجد الدستور وظهر بعد ظهورها[٩].

٣- **حقيقة علوية الدستور:** عرفنا أن الدستور هو قواعد تنظم ممارسة السلطة وتبين أسس الحكم وفلسفة النظام السياسي، وهي تأكيد للأسس الاقتصادية والاجتماعية وكذلك السياسية، فضلاً عن إنه دليل عمل للحاضر والمستقبل. والدستور بهذه الأهمية لا بُدَّ من أن تتميز قواعده عن القواعد الأُخرى في الدولة وجعلها في قمة البناء القانوني فيها، وبالتالي علويتها عليها، الأمر الذي يثير تساؤلاً عن حقيقة علوية الدستور خاصة وإننا وجدنا أن الفكرة القديمة لعلوية الدستور والفكرة الحديثة لم تقدم أي منهما مبرراً مقنعاً لعلوية الدستور. إذن ما هي حقيقة علوية الدستور؟إنَّ غالبية الدساتير، والمكتوبة منها بشكل خاص نجد فيها أن السلطات الحاكمة غالباً ما تضع إجراءات معقدة وصعبة توجب

إتباعها عند إجراء أي تعديل في الدستور لأي ظرف كان أو سبب، والإجراءات هذه في تعديل الدستور تختلف كثيراً عن تعديل القوانين العادية. وهذه الحقيقة في اختلاف طريقة تعديل الدستور عما يجري في تعديل القوانين العادية، هي التي تظهر التمييز بين القواعد الدستورية والقواعد القانونية في الجانب القانوني والشكلي فضلاً عن التمايز بينهما في الموضوع، وهو الأمر الذي يمنح القواعد الدستورية صفة الأعلوية على القواعد القانونية، وبالتالي وصف الدستور في مثل هذه الحالة بالدستور الجامد، إذ إنَّ علوية الدستور إنما هي نتيجة لجموده واختلاف إجراءات تعديله عن إجراءات تعديل القانون العادي، سواء في الهيئة التي تتولى التعديل، أو في الخطوات الواجبة الإتباع. ذلك أن الاختلاف في الإجراءات المتبعة في تعديل الدستور عنها في تعديل القانون، هي التي تعطي الدستور صفة الأعلوية على القانون إلى جانب الاختلاف الموضوعي في قواعد الدستور عنه في قواعد القانون العادي، إذ إنَّ القواعد الدستورية تتولى تنظيم ممارسة السلطة، بينما تنظم القواعد القانونية العلاقات بين الأفراد أياً كانت طبيعتها[١٠].لذا فإنَّ تعديل الدستور بإجراءات لا تختلف عن إجراءات تعديل القانون يعني أن الدستور في هذه الحالة هو دستور (مرناً)، وبالتالي إذا ما صدر قانون يخالف القواعد الدستورية فإنه يُعدُّ معدلاً لها، خاصة إذا ما أصرَّ الحكام على بقائه، الأمر الذي يلزمهم لاتخاذ الإجراءات الخاصة بتعديل الدستور والتي لا تختلف عن تعديل القانوني العادي، وذلك بما يجاري القانون العادي، وهو ما يحدث في فرنسا[١١].ما أسلفنا أعلاه يلزمنا ومن أجل الوقوف على حقيقة علوية الدستور أن نعرض لمسألة جمود ومرونة الدستور وصولاً إلى ما نبتغي.

٤- **جمود ومرونة الدستور**:عرفنا أن علوية الدستور تعني أنه القاعدة الأعلى في الدولة، غير أنَّ هذه العلوية تحتاج إلى وسيلة لتأكيدها وحمايتها، وهنا نتساءل عمن يخشى منه أن ينتهك هذه العلوية؟ إنَّ الذي يحتمل أن ينتهك علوية الدستور، هو من يضع القوانين، وهو المشرّع (البرلمان)، بمعنى آخر أنَّ حماية الدستور وبالتالي علويته، إنما تتم ضد تجاوز المشرّع العادي، ولكن كيف يتم منع المشرّع من انتهاك الدستور؟. إنَّ منع المشرّع من انتهاك الدستور إنما يتم بجعل الطريقة التي يعدل بها الدستور مختلفة وبشكل معقد وصعب عن طريقة تعديل القواعد القانونية.غير أنَّ بعض الأنظمة السياسية لا ترتاب بالمشرّع العادي (البرلمان) ولا ترى إمكانية انتهاكه للدستور، وهذان الموقفان من الدستور أوجبا علينا النظر إلى نوعين من الدساتير، الأول هو الدستور الجامد، والآخر هو الدستور المرن.

أ- **الدستور المرن**:قلنا أن ثقة بعض الأنظمة السياسية بالمشرّع العادي (البرلمان) تحملها على التخلي عن فكرة حماية الدستور، وبالتالي يكون الدستور في مثل هذه الحالة دستوراً مرناً، بمعنى آخر، عندما يكون في وسع المشرّع العادي (السلطة التشريعية) أن يعدل الدستور بنفس الطريقة التي يعدل بها القواعد القانونية، وبنفس الإجراءات، فإنَّ الدستور يُعدُّ دستوراً مرناً. إذ ينعدم الفارق الشكلي بين القواعد الدستورية والقواعد القانونية، وإنَّ السمو الموضوعي في قواعد الدستور على القواعد القانونية لا يرتب أي أثر قانوني إذا كان في مقدور البرلمان أن يعدل الدستور بنفس الطريقة التي يعدل بها القوانين العادية، كما هو الحال في دستور إنكلترا. وعندها لا يتمتع الدستور بأية علوية على المشرّع العادي (البرلمان)، ولا على القوانين التي يضعها، إذ يكون في وسع القوانين أن تعدل أية قاعدة دستورية، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدستور مكتوباً أو غير مكتوب[١٢].

ب- **الدستور الجامد**:يكون الدستور جامداً عندما لا يستطيع المشرّع العادي (البرلمان) أن يعدله بنفس الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية، بمعنى آخر، إنَّ القانون الصادر عن السلطة التشريعية لا يستطيع المساس بالدستور، إذ إنَّ الدستور يجري تعديله بطريقة صعبة ومعقدة وبإجراءات تختلف كثيراً عن الطريقة المتبعة في وضع القانون وتعديله. وبشكل أدق فإنَّ الدستور يكون جامداً إما لأنَّ الجهة التي تتولى تعديله هي غير الجهة التي تتولى وضع القانون أو تعديله، أو أن الإجراءات التي يتبعها المشرّع (الدستوري) في تعديله للدستور، تختلف كثيراً وبشكل معقد وصعب عما يجري عليه الحال في القانون العادي. والأمر هذا يؤكد لنا أن علو القواعد الدستورية في موضوعها والذي يتحقق لكل الدساتير على القواعد القانونية لا يكتمل إلاّ إذا اختلفت طريقة تعديل الدستور بقدر معين عن الطريقة التي يعدل بها القانون وفقاً للوصف أعلاه، والتي تجعل الدستور جامداً، وبالتالي ضمان حمايته من تجاوزات المشرّع العادي ووضعه بعيداً عن التغييرات التي قد يجريها فيه، رغم أن الجمود الدستوري تختلف درجته وشدته تبعاً لصعوبة وتعقيد الإجراءات المتبعة في تعديله، إذ قد يكون الاختلاف شكلياً ينحصر في اختلاف الإجراءات التي تتبعها الجهة التي تعدل الدستور عما عليه الحال في تعديل القانون، كما هو الحال في دستور ١٨٧٥، الفرنسي، إذ توضع القوانين بموافقة مجلس النواب ومجلس الشيوخ منفصلين، بينما تعديل الدستور لا يتم إلاّ بموافقة هذين المجلسين مجتمعين في هيئة واحدة تحت اسم (الجمعية الوطنية). كما نرى في دستور ١٩٢٥، العراقي أن تعديل قواعده كان يجري بطريقة صعبة ومختلفة كثيراً عن تعديل القانون العادي، وبالتالي فهو دستور جامد، إذ إنَّ من يضع القوانين وفقاً لدستور ١٩٢٥، هو مجلس الأمة

بمجلسيه (النواب والأعيان) إضافة إلى مصادقة الملك، بينما تعديل الدستور يوجب موافقة مجلس الأعيان بأكثرية الثلثين في كلا المجلسين، ثم يحل بعد ذلك مجلس النواب ويُعاد انتخابه من جديد، ثم يعرض عليه التعديل وعلى مجلس الأعيان ليوافقا عليه بأغلبية الثلثين أيضاً، ثم يعرض على الملك للمصادقة عليه، وذلك وفقاً لأحكام المادة (١١٩) من الدستور[١٣].ما أسلفنا يظهر لنا بوضوح أن جمود الدستور هو الذي يؤكد علويته ويحميه من المشرّع العادي العادي، لذا فإنَّ عليوة الدستور تعني جموده، كما أن " جمود الدستور يفترض حتماً ضرورة علوية، فالدستور جامد لأنه لا يمكن أن يعدل بوساطة القوانين العادية، وهو لا يمكن أن يكون كذلك لأنه يعلو على هذه القوانين "[١٤].إنَّ غالبية الدساتير الجامدة هي دساتير مكتوبة لضمان الثبات والاستقرار في القواعد الدستورية، وبالتالي استقرار النظام السياسي، باعتبار أن الدستور هو الإطار القانوني القانوني لهذا النظام، كما أن إجراءات التعديل المعقدة هي في حقيقتها تشكل ضماناً لتعديل الدستور وحمايته من أية نزوات عارضة تضر بهذا الاستقرار، خاصة وإنَّ الجمود الدستوري المطلق لا يصح فقهاً، بل إنَّ جمود الدساتير إنما هو جموداً نسبياً يسمح فيه بتعديل الدستور، لأنَّ الجمود المطلق معناه الثبات، وثبات الحال من المُحال[١٥]لذا فإنَّ حظر الدستور مطلقاً يعني مصادرة حق الأجيال اللاحقة في تعديل الدستور، وهو ما أكدته المادة (٢٥) من إعلانات الحقوق لعام ١٧٩٣ " للشعب كل الحق دوماً أن يراجع ويعدل ويغير دستوره ولا يستطيع جيل معين أن يُخضع الأجيال المستقبلية لقوانينه"[١٦].إلاّ أنَّ حظراً موضوعياً يمكن أن يرد ليُحرِّم تعديل حكم معين في الدستور بشكل مطلق لأحكام أساسية فيه، كما هو الحال في دستور إيطاليا لعام ١٩٤٧، الذي يُحرِم تعديل شكل الحكم الجمهوري.ما عرضنا يظهر لنا أن جمود الدستور لا تفرضه طبيعة القواعد الدستورية ليكون سبباً في علوية الدستور، بل إنَّ جمود الدستور تفرضه اعتبارات سياسية تبتغي من ورائه استقرار أحكام معينة في الدستور تتعلق بالنظام السياسي وليس لاعتبارات موضوعية تتعلق بطبيعة القواعد الدستورية، ذلك أنَّ الجمود الدستوري " لا يمليه المنطق القانوني، بل نوع من المنطق السياسي، وعليه فإنَّ طبيعة الدستور لا تفرض جموده "[١٧]. الحقائق التي عرضناها تظهر لنا حقيقة علوية الدستور المتمثلة بجموده.

المطلب الثاني ضمانات علوية الدستور

إنَّ مبدأ علوية الدستور والذي يعني جمود الدستور واختلاف طريقة تعديله عن طريقة تعديل القانون، والذي يشكل ضمانة أولى لقواعد الدستور وعدم إمكان التجاوز عليها من المشرّع العادي (البرلمان) أو أية سلطة أُخرى. إنَّ هذا المبدأ هو مجرد مفهوم لا قيمة له ما لم يقترن بجزاء يؤكد هذه العلوية ويحول دون انتهاك الدستور من أية هيئة في الدولة، ذلك أن صدور قانون مخالف للدستور سوف لا يصطدم بمن يتعرض له ويحول دون تطبيقه رغم مخالفته الدستور ما لم توجد جهة معينة تتولى الرقابة على مدى موافقة القانون للدستور من عدمه، وبالتالي فرض الجزاء أزاء هذا القانون المخالف للدستور للحيلولة دون نفاذه سواء بإلغائه أو بالحكم بعدم دستوريته.وتأسيساً على ما بيّنا أعلاه، فإنَّ مشكلة عدم دستورية قانون ما، لا تُثار في البلدان ذات الدساتير المرنة مثل إنكلترا وإيطاليا قبل الحرب العالمية الثانية، إذ إنَّ الهيئة التي تضع القانون هي نفسها التي تضع الدستور ووفقاً لنفس الإجراءات، إذ لا يوجد خلاف شكلي بين الدستور والقانون باستثناء الموضوع الذي ينظمه كل منهما، إذ إنَّ في ظل الدساتير المرنة يُعدُّ القانون العادي هو الأعلى في الدولة، وبالتالي فلا مجال هنا لإثارة مسألة الرقابة على دستورية القوانين[١٨]. ولضمان علوية الدستور يجب أن لا تصدر القوانين بما يخالف الدستور، لأنَّ ذلك يُعدُّ انتهاكاً للدستور وتعديلاً له، وهو ما لا يمكن حدوثه في الدستور الجامد الذي يعلو على المشرّع العادي وعلى قوانينه، ولا بُدَّ من جزاء يفرض على هذا الانتهاك يتمثل بعدم تطبيق القانون المخالف للدستور أو إلغائه.بمعنى أكثر وضوحاً، إنَّ علوية الدستور تبقى كلاماً بلا ضمان إذا كان في وسع السلطات والهيئات المختلفة أن تخرج على القواعد التي رسمها الدستور، والتي تلزم السلطات المختلفة بواجب الالتزام بها وعدم الخروج عليها، وبخلافه فهي تخضع للرقابة على دستورية القوانين التي تتولاها المحكمة الدستورية العليا عادةً، بينما تقع تصرفات الإدارة وأعمالها تحت رقابة المشروعية التي يتولاها القضاء الإداري عادةً[١٩].إنَّ الضمانة لعلوية الدستور كما يبدو واضحاً تتكفل بها الرقابة على دستورية القوانين، والتي تعني تقيّد السلطات المختلفة في الدولة بالحدود التي وضعها الدستور، وإنَّ لا تمارس سلطاتها خارج تلك الحدود، والرقابة هذه قد لا تقف عند القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، بل قد تتعداها إلى مشروعات القوانين قبل عن صدورها عن المشرّع العادي (البرلمان)، وهذا يعني أننا سنكون أمام نوعين من الرقابة على دستورية القوانين التي يمكن من خلالها فرض الجزاء المترتب على مخالفة القواعد الدستورية ، وهما الرقابة السياسية والرقابة القضائية، وهو ما سنعرض له في اتباعاً.

المبحث الأول الرقابة على دستورية القوانين

تباينت الدساتير في تنظيمها للرقابة على دستورية القوانين وتوفير الضمانات لحماية مبدأ علوية الدستور، فمنها من منع الرقابة صراحةً، كما هو حال الدستور البلجيكي لسنة ١٨٣١، والدستور البولوني لسنة ١٩٢١. بينما أخذت دساتير أُخرى بالرقابة على مشروعات القوانين وعهدت بذلك إلى هيئة سياسية، وهو ما يسمى بـ (الرقابة السياسية) بينما أناطت دساتير أُخرى الرقابة إلى هيئة قضائية، وهو ما اصطلح عليه بالرقابة القضائية[٢٠]. وهو ما سنعرض له في مطلبين :

المطلب الأول الرقابة السياسية على دستورية مشاريع القوانين

يقصد بالرقابة السياسية أن تكون هناك هيئة ينشؤها الدستور تتولى القيام بمطابقة مشروع القانون لأحكام الدستور، والرقابة هذه وقائية تأتي قبل صدوره وليس بعد صدوره، بمعنى أنها رقابة سابقة لصدور القانون، وتنحصر مهمتها على التحقق من مدى اتفاق أعمال الهيئات العامة وخاصة المشرّع للدستور من عدمها. وإذا كان البعض يرى أن الرقابة السياسية خير من الرقابة القضائية على أساس أن (الوقاية خير من العلاج)، باعتبار أنها تقي السلطات المختلفة من خطر انتهاك الدستور، إلاّ أن كون هذه الرقابة تمارس من هيئة سياسية قد يجري اختيارها من السلطتين التشريعية أو التنفيذية أو عن طريق الانتخاب، وفي كل الأحوال سوف لن تكون هذه في مأمن من الخضوع للأهواء أو التحيز لجهة دون أُخرى[٢١].وإذا دققنا في تطبيق الرقابة السياسية (اللاقضائية) في الحياة العملية، فإننا نقف على ضعف هذه الرقابة، بل أكثر من ذلك فشلها في تحقيق الرقابة على دستورية القوانين وبالتالي ضمان علوية الدستور. وخير دليل على ذلك هو الهيئة السياسية التي أنيطت بها الرقابة في ظل دستور السنة الثامنة الفرنسي وهو دستور ١٧٩٩، والتي عرفت بمجلس الشيوخ المحافظ (المحافظ على الدستور)، وذلك في عهد نابليون الأول الذي انفرد باختيار أعضاء هذا المجلس الذي لم يلغِ أي قانون مخالف للدستور رغم وجود ذلك، والمجلس نفسه تكرر في ظل حكم نابليون الثاني في ظل دستور ١٤ كانون الثاني ١٨٥٢، والحال نفسه في دستور ١٩٤٦، عندما عهدت الرقابة إلى (اللجنة الدستورية)، وهي هيئة غير متخصصة تنظر في اختصاصات أُخرى إلى جانب النظر في دستورية القوانين، والأمر نفسه تكرر في دستور ١٩٥٨، حيث سمي بـ (المجلس الدستوري)، حيث توالت الانتقادات على هذا النوع من الرقابة مؤكدة ضعفها وفشلها[٢٢].وتأتي الرقابة السياسية على دستورية القوانين في صور عدّة وكما يأتي:

أولاً: رقابة تقوم بها السلطة التشريعية على مشروع القانون خلال عملية وضعه وحتى صدوره، إذ يمر بعدة عمليات رقابة منذ نشوئه كمقترح يدرس في المجلس التشريعي، ثم إحالته على لجان الصيانة، ثم عرضه على أعضاء السلطة التشريعية للتصويت عليه، إذ بالإمكان الاعتراض عليه كمشروع في أية مرحلة من هذه المراحل على أساس عدم الدستورية، وهي من صميم عمل البرلمان دونما حاجة للنص عليها في الدستور أو اللوائح الداخلية للمجلس التشريعي[٢٣].

ثانياً: رقابة رئيس الدولة وهو يمارس سلطته في حق الاعتراض على مشروع القانون إذا ما جاء مخالفاً لأحكام الدستور، وهو ما نصت عليه بعض الدساتير كما هو الحال في دستور البرازيل لسنة ١٩٣٧.

ثالثاً: لأي من أعضاء البرلمان أن يراقب ما وافق عليه المجلس الآخر في نظام المجلسين، إذ إنَّ لأي من أعضاء المجلسين أن ينبه المجلس الآخر على عدم دستورية مشروع لقانون ما، إذا ما أُريد الموافقة عليه.

رابعاً: كما أن بعض النظم تعطي الحكومة الحق في الاعتراض على مشاريع القوانين التي يتقدم بها أعضاء البرلمان على أساس عدم الدستورية، وذلك بالنص في الدستور على مثل هذا الحق كما هو الحال في فرنسا في دستور ١٩٥٨، إذ أن للحكومة الاعتراض على مشاريع القوانين المقترحة من البرلمان لعدم دستوريتها وذلك من خلال المجلس الدستوري[٢٤].إذ يتولى المجلس الدستوري النظر في مدى مخالفة مشروع القانون للدستور متى أُحيلت مشاريع القوانين إلى المجلس الدستوري وجب عليه إصدار القرار بشأنها خلال شهر من تاريخ الإحالة وتُعدُّ قراراته نهائية لا تقبل الطعن وملزمة لكافة السلطات في الدولة وجميع الهيئات الإدارية والقضائية[٢٥]. كما يعاب على الرقابة السياسية على دستورية مشاريع القوانين إلى جانب ما ذكرنا، هو أن الطعن على مشروع القانون يعود للسلطة التنفيذية أو التشريعية ما يؤدي في الواقع إلى إقامة الطعن بعدم الدستورية على اعتبارات سياسية أكثر منها قانونية وموضوعية. كما أن هيئة الرقابة يعاب عليها طريقة التشكيل التي تأتي بالتعيين أو الانتخاب أو الاختيار الذاتي حيث تلعب الأهواء السياسية دوراً كبيراً في طبيعة تشكيلها وبالتالي في فاعليتها.إلى جانب حرمان هيئة الرقابة السياسية على الدستورية في مشاريع القوانين من رقابة بعض القوانين وبالتالي إضعاف دورها، كما هو الحال في القوانين التي يطرحها رئيس الجمهورية على الاستفتاء الشعبي بموجب المادة (١١) من الدستور، حيث لا تقع تحت رقابة المجلس الدستوري ولا يطعن في دستوريتها[٢٦].فضلاً عما تقدم، فإنَّ الرقابة السياسية لا يسمح فيها للأفراد بحق الطعن بعدم الدستورية في

قانون ما، الأمر الذي يقلل من شأن هذه الرقابة كضمان لاحترام النصوص الدستورية وخاصة المتعلق منها بحقوق الأفراد وحرياتهم، لذلك يذهب الفقه الفرنسي إلى أن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا مقررة لحماية السلطات العامة، بينما في الولايات المتحدة الأميركية، تأتي الرقابة على دستورية القوانين مقررة للأفراد الذين لهم حق الطعن بعدم الدستورية في قانون ما ولا يوجد ما يحول دون ممارستهم لهذا الحق[٢٧].

المطلب الثاني الرقابة القضائية على دستورية القوانين

وهي رقابة يتولاها القضاء الذي يكون متخصصاً (محكمة دستورية) كما هو الحال في دستور ١٩٧١ , المصري والدستور العراقي لعام ١٩٢٥ , ومحكمة العدل الدستورية الاتحادية في ظل دستور النمسا لعام ١٩٢٥ , أو ان يعهد بمهمة النظر في دستورية القوانين إلى اعلى هيئة قضائية في الدولة كما هو الحال في المحكمة الفدرالية في سويسرا بموجب دستور ١٨٧٤ , والمحكمة العليا في فنزويلا بموجب دستور ١٩٣١ [٢٨] . غير أن رقابة القضاء على دستورية القوانين لا تعني ان القضاء ينظر في دستورية قانون ما بشكل تلقائي وإنما لابد من تحريك الدعوى أمام القضاء من الاخرين وإثارة مسألة عدم دستورية القانون المطعون فيه , والرقابة القضائية يمكن ان تتم بإحدى طريقتين , وهما دعوى الالغاء وطريقة الدفع بعدم الدستورية .ولكن فقهاء وكتاب القانون الدستوري انقسموا إلى فريقين بشأن منح القضاء رقابة على دستورية القوانين , الفريق الاول عارض هذه الرقابة من القضاء , كما هو الحال في فرنسا وبلجيكا , ومن هؤلاء الفقهاء (ملبرج , وإسمان و لاباند وجلنيك) وهم يعللون هذا الرفض بالآتي :

١- إن اصدار القانون والتصديق عليه من رئيس الدولة يعد شهادة ميلاد تجعله بمنجى من البحث في دستوريته من عدمها شكلاً ومضموناً وهي بمثابة تزكية له .

٢- إن هناك نصوصاً تشريعية في فرنسا منذ عام ١٧٨٩ , تمنع القضاء من النظر في دستورية القوانين بأعتباره تدخلاً في شؤون السلطة التشريعية , إذ أن المادة (١٢٧) من قانون العقوبات تعاقب القضاء إذا ما تدخلوا في اعمال السلطة التشريعية , كما أن قانون عام ١٩٧٩ وقانون عام ١٧٩١ , منعا المحاكم من الامتناع عن تطبيق القوانين أو وقف تنفيذها [٢٩] .

٣- إن (الفصل بين السلطات) يتعارض والرقابة القضائية , ذلك أن القضاء يقتصر عمله على تطبيق القانون دون أن يناقش دستوريته , وأن للمحاكم ان تطبق القانون وتفسر احكامه , غير انها لا تملك تفسير الدستور نفسه , لأن تدخل القضاء في تفسير الدستور يعد انتهاكاً لمبدأ (الفصل بين السلطات) وتجاوزاً على عمل السلطات التشريعية , ويذهب الفقيه إسمان إلى أن منح القضاء حقاً في الرقابة على دستورية القوانين يجعل منه سلطة تعلو على السلطات الاخرى وعلى إرادة الامة , والسبب في هذا النهج يعود إلى سمعة القضاء السيئة قبل الثورة الفرنسية [٣٠]أما الفريق الثاني وهو الغالب , وهو رأي الفقه الفرنسي المعاصر والذي يذهب إلى اعطاء القضاء السلطة في بحث دستورية القوانين للأسباب التالية :-

١- إن منح القضاء الحق في النظر في دستورية القوانين لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات , لأن الامر لا يخرج القاضي عن نطاق عمله ولا يعد إعتداءاً على السلطة التشريعية , لأن بحث القاضي عن القاعدة القانونية الواجبة إنما يدخل في صلب عمله , وبالتالي اذا تعارض قانون مع لائحة فأن القاضي يهمل اللائحة ويطبق القانون , والحال نفسه إذا كان التعارض بين القانون والدستور , إذ أنه يأخذ بالدستور ويهمل القانون لان الدستور يعلو على القاعدة القانونية وفقاً لمبدأ التدرج القانوني , وهو يكتفي في كل ما تقدم بالامتناع عن تطبيق القاعدة المتعارضة ولا يحكم ببطلان القانون أو اللائحة , فضلاً عن ذلك فأن القاضي لا يبحث في دستورية القوانين تلقائياً , وإنما بسبب نزاع معروض أمامه عندما يدفع احد الاطراف في عدم دستوريته , لذا فلا تعارض هنا بين رقابة القضاء على دستورية القوانين ومبدأ الفصل بين السلطات [٣١] .

٢- إن حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين يعود الى الالتزام بـ (مبدأ الشرعية) في تصرفات الدولة , وهو الاساس في التفريق بين الحكومة الخاضعة للقانون والحكومة الاستبدادية التي لا تخضع للقانون إذ نرى أن في الدولة القانونية تقيدها بمبدأ التدرج القانوني الذي يلزم الحكام ضمن الحدود التي ترسمها القواعد الدستورية التي تعلو على الحكام والقواعد القانونية الصادرة وفقاً لها , إذ يخضع النظام للقانون والقانون يخضع هو الاخر للدستور[٣٢] . والرقابة على دستورية القوانين إنما تمارس باحد الطريقتين السالفتين , الاولى هي الرقابة عن طريق دعوى الالغاء , والثانية عن طريق الدفع بعدم الدستورية والتي نعرض لها في نقطتين .

١- **طريقة دعوى الالغاء :-** ويراد بهذه الفريق أن ترفع الدعوى مباشرة واصلاً وبشكل مستقل إلى القضاء , أي أن الدعوى لا تعتمد على نزاع سابق امام القضاء بل أن الدعوى ترفع امام المحكمة من قبل هيئة أو من الافراد ضد القانون المخالف للدستور , لذا فهي دعوى موضوعية (ضد القانون المخالف للدستور) وليس ضد شخص معين , وهي دعوى لاحقه تقدم بعد صدور القانون للمطالبة بالحكم بعدم دستوريته والغائه , لذلك تسمى بـ (دعوى الالغاء) والاصل أن دعوى الالغاء كانت تقدم من هيئات الدولة المختلفة حصراً إلى المحكمة العليا كما هو الحال في سويسرا , إذ تحرك الدعوى من السلطة التنفيذية وحدها , ولا حق للأفراد في رفعها , والحال نفسه نجده في كولومبيا , وفي فنزويلا وهاييتي [٣٣] . وفي بعض الدول يقدم الطعن بعدم دستورية القانون الى محكمة مختصة (دستورية) كما هو الحال في دستور النمسا لعام ١٩٢٠ , ودستورها لعام ١٩٤٥ , إذ سمحت محكمة العدل الدستورية للأفراد بأن يرفعوا الدعوى امام المحكمة القضائية العليا والمحكمة الإدارية للطعن بعدم دستورية قانون ما بشكل غير مباشر ' فإذا اقتنعت اي من المحكتين بالطعن بالدعوى , تتقدم به بدعوى الغاء الى المحكمة الدستورية لتصدر حكمها فيه [٣٤]والحكم الصادر بشأن الدعوى موضوع الخلاف يكون نهائياً ويتمتع بالحجية أزاء الجميع , ويعد حاسماً للخلاف , ومع أن هذه الرقابة تعد رقابة لاحقه وتنصب على القانون بعد صدوره , إلا أنها يمكن أ تكون سابقة على صدور القانون , كما هو الحال في إيرلندا الحرة بموجب دستورها لعام ١٩٣٧ , إذ أن الدستور اعطى الحق لرئيس الدولة وقبل ان يصادق على القانون , أن يعرضه على المحكمة العليا , فأن قضت بدستوريته صدر القانون و عُدَ نافذاً , أما إذا قررت المحكمة عدم دستوريته فيعد ملغى ولا مجال لتنفيذه , والامر نفسه يجري في (بنما والاكوادور) من دول امريكا اللاتينية [٣٥] .

٢- **طريقة الدقع بعدم الدستورية** اذا كانت الرقابة عن طريق دعوى الالغاء تتضمن إقامة دعوى مباشرة واصلية ضد القانون موضوع الطعن وقد سميت بالطريقة الهجومية , فأن الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية لا تتضمن إقامة دعوى مباشرة ضد القانون الذي يعتقد انه مخالفاً للدستور , وانما توجد هناك دعوى امام المحكمة أي كانت صفتها ولا علاقة لها بدستورية القانون , فهي قد تكون دعوى مدنية او جزائية , يعني ان هناك دعوى بين طرفين , يكون فيها للمدعى عليه أو المشكو منه (المتهم) المقامة ضده الدعوى أن يدفع بأن القانون المطبق في القضية التي امام المحكمة مخالفاً للدستور (غير دستوري) فإذا تأكد للقاضي أن القانون مخالف للدستور فعلاً , كان له ان يمتنع عن تطبيقه , لهذا فهي رقابة إمتناع لا يستطيع القاضي فيها الغاء القانون غي الدستوري ولا الحكم بعد دستوريته , بل له ان يمتنع عن تطبيقه , في حين أن هناك محاكم اخرى في نفس المنطقة او في البلاد تطبقه , ويبقى القانون نافذ المفعول حتى يلغى بقانون اخر من قبل المشرع , لذا فأن هذه الطريقة هي وسيلة دفاعية وليست هجومية كما في دعوى الالغاء , لذلك فل تثار عدم الدستورية بشأن قانون ما الا عند تطبيقه ثم يطعن به من قبل احد الاطراف في الدعوى امام القاضي يكون نسبياً وقاصراً على طرفي الدعوى ولا يتعدى الى الجميع كما هو الحال في دعوى الالغاء . وإن أول من طبق هذه الطريقة في الولايات المتحدة الاميركية , رغم أن الدستور الأميركي , لم يورد ذكراً للرقابة على دستورية القوانين , والحالة هذه تفسر في أن سكوت الدستور عن تحديد الجهة التي تتولى النظر في دستورية القوانين , إنما يعني أن القضاء هو الذي يتولا النظر في دستورية القوانين , إنما يعني أن القضاء هو الذي يتولا النظر في دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية , وهو ما جرى عليه العمل في أميركا والكثير من الدول بما في العراق منذ عام ١٩٥٨ وحتى صدور دستور عام ٢٠٠٥ , والذي احال النظر في دستورية القوانين إلى المحكمة الأتحادية العليا بموجب دعوى قضائية (دعوى الالغاء) وفقاً للمادة (٩٣ / البند اولاً) . وإذا كانت هاتين الطريقتين هما الأساس في الرقابة القضائية على دستورية القوانين , الا أن هناك دولاً اخرى تتبع طرقاً جديدة , والتي منا الأمر القضائي , والاعلان القضائي , والتي يجري العمل عليها في الولايات المتحدة الأميركية , وكذلك الجمع بين طيقة الدفع بعدم الدستورية ودعوى الالغاء , كما هو الحال في الدستور الأيطالي لعام ١٩٤٧ , (م١٣٦ منه) وكذلك الدستور .

المبحث الثاني الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور ٢٠٠٥

ذهب دستور ٢٠٠٥ , في العراق إلى الاخذ بالرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة (م٩٣ / اولاً) , حيث أناط مهمة الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة الى المحكمة الاتحادية العليا التي إعتبارها الدستور اعلى هيئة قضائية في البلاد وانها مستقلة مالياً وادارياً كما ذهب الدستور في البند ثالثاً من المادة (٩٣) الى أن القانون يكفل حق كل من مجلس الوزراء , وذوي الشأن من الافراد وغيرهم للطعن المباشر امام المحكمة الاتحادية العليا حيث نلاحظ هنا أن المشرع الدستوري قد اقر ضمانه اساسية ومهمة جداً للافراد موفراً الحماية لهم من مخالفة القوانين والانظمة للنصوص الدستورية متبنياً الرقابة الدستورية من خلال الطعن المباشر بعدم الدستورية امام المحكمة الاتحادية العليا وهو مالم يكن موجوداً من قبل في كل الدساتير العراقية منذ دستور ١٩٢٥ الملكي .ولغرض التعرف على طبيعة الرقابة على دستورية

القوانين والطريقه التي تمارس من خلالها وصولاً الى الحكم بعدم دستورية قانون ما , نعرض للموضوع في مطلبين , نتكلم في الاول عن تكوين المحكمة الاتحادية العليا والية ممارسة الرقابة على دستورية القوانين امامها تحت عنوان المحكمة الاتحادية العليا ودورها في الرقابة على دستورية القوانين , ونتكلم في المطلب الثاني عن إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا .

المطلب الأول المحكمة الاتحادية العليا ودورها في الرقابة على دستورية القوانين

لكي يتضح دور المحكمة الاتحادية العليا ونتعرف على دورها واهميتها في الرقابة على دستورية القوانين , لابد من الوقوف على تشكيلتها وتكوينها في محور اول , ثم نعرض لدورها في الرقابة على دستورية القوانين في محور ثاني .

المحور الأول :- تكوين المحكمة الاتحادية العليا_ إذا ما تصفحنا نصوص دستور ٢٠٠٥ , لوجدنا أن البند ثانياً من المادة (٩٢) من الدستور يشير إلى أن المحكمة الاتحادية العليا تتكون من عدد من القضاة , ومن خبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء في القانون , وترك النص أمر تحديد عددهم وتنظيم طريقة اختيارهم وكذلك عمل المحكمة الى القانون الذي يجب أن يصدر عن مجلس النواب بأغلبية ثلثي عدد اعضائه . وإذا تعرضنا إلى تشكيلة المحكمة اليوم ومنذ صدور الدستور في عام ٢٠٠٥ , لوجدنا أن المحكمة قد تشكلت اصلاً وفقاً للمادة (٩٣/هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية للفترة الانتقالية الصادر في ٢٠٠٤/٣/٨ , حيث اشارت المادة اعلاه إلى " يقوم مجلس الرئاسة كما هو مفصل في الباب السادس بتعيين رئيس واعضاء المحكمة العليا بناء على توصية من مجلس القضاء الاعلى " , وبالفعل جرى تعيين قضاة المحكمة الاتحادية التسعة بما فيهم رئيس المحكمة من قبل مجلس الرئاسة بناءاً على ترشيح من مجلس القضاء الاعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للاقاليم وتنفيذاً لنص الفقرة (هـ) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية , وهذا هو في الحقيقة نص المادة (٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق الصادر بموجب (الامر) رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ , وما زال نافذاً إلى اليوم حيث لم يصدر مجلس النواب قانون المحكمة الاتحادية الجديد , وظل اعلى صرح قضائي في العراق يعمل خلافاً لنصوص الدستور رغم اقرار القانون الجاري العمل عليه وذلك بسبب الخلافات بين رجال السياسة حول مفهوم خبراء الفقه الاسلامي وخبراء القانون الذي لم يجرِ الاتفاق عليه حتى هذه اللحظة وما زالت مسودة قانون المحكمة الاتحادية محل نزاع لم ينته للأسف الشديد [٣٦]

المحور الثاني : دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين بعد أن اعطى الدستور الحق لمجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم من الطعن المباشر لدى المحكمة الاتحادية العليا (م٩٣/ ثالثاً) جاءت المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا لتوضح أن آلية ممارسة الرقابة على دستورية القوانين تكون بناء على (طلب من محكمة او جهة رسمية أو من مدع ذي مصلحة) . وذلك يعني أن طريقتين قد إتبعتها في الرقابة على دستورية القوانين , الاول اسلوب الدفع بعدم الدستورية الذي يتحول بالنتيجة إلى دعوى الغاء امام المحكمة الاتحادية والاسلوب الثاني هو الدعوى الاصلية (دعوى الالغاء المباشرة) .

١- **طريقة الجمع بين الدفع بعدم الدستورية والدعوى الاصلية** حيث يجري الجمع بين الدفع بعدم الدستورية والدعوى الاصلية اذ يتم الطعن بعد دستورية قانون ما في حالتين أوردتهما المادة الرابعة من النظام الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ , (اجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا) وكما يلي :

أ- أن تطلب احدى المحاكم من تلقاء نفسها اثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات يتعلق بدعوى , ودون دفع من المتقاضين , حيث تتولى المحكمة هذه ارسال الطلب (معللاً) إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه , ولا يخضع هذا الطلب للرسم (م٣ من النظام الداخلي) فلقد اعطى هذا النص للمحاكم على اختلاف درجاتها اثناء نظرها دعوى مدنية او جزائية , إذا ما وجدت ان النص القانوني او القرار او التعليمات او النظام الواجب التطبيق على وقائع الدعوى إنه مخالفاً للدستور , فلها أن تطلب من تلقاء نفسها البت في شرعية النص بموجب طلب (معللاً) ترسله الى المحكمة الاتحادية العليا غير خاضع للرسم . وهذا يعني أن محكمة الموضوع لا تلغي النص الذي شككت في (دستوريته) وإنما تتولى إحالته إلى المحكمة الاتحادية العليا الذي تتولى بدورها النظر في دستوريته من عدمها , ويكون الالغاء من اختصاصها دون غيرها [٣٧] . إن يدفع احد الخصوم في دعوى تنظرها إحدى المحاكم بأن النص القانوني أو القرار غير دستوري , وعندها يكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى , وبعد استيفاء الرسم عنها تنظر المحكمة المعروضة الدعوى أمامها في قبول الدعوى , فإذا اقبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للنظر في الدفع المقدم بعدم الشرعية , وتتخذ قراراً بأستئخار الدعوى الاصلية للنتيجة , أما اذا رفضت محكمة الموضوع دفع الخصم بعدم الشرعية , فأن قرارها بالرفض يكون قبلاً للطعن عليه أمام المحكمة الاتحادية العليا (م٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا والملاحظ هنا أن نص المادة الرابعة من النظام

الداخلي للمحكمة جاء خالياً من تحديد مدة للخصم في دفع الدعوى , سيما وأن هذا التحديد يعطي رؤية للمحكمة للتحقق من جدية الخصم ورغبته في الطعن امام المحكمة الاتحادية وليس مجرد كسب الوقت أو اضاعته , اذ يبدو ان الخلل هنا جاء واضحاً مما يستوجب النظر في تحديده .

٢- **طريقة الدعوى المباشرة (دعوى الالغاء)** وهذه هي الطريقة الثانية التي يمكن ان يسلكها طالب الطعن على القانون لعدم دستوريته , وهو طريق الدعوى الاصلية أو المباشرة , وهو الذي ورد في نص المادة الخامسة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا حيث يقول " إذا طلبت احدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة اخرى الفصل في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات أو اوامر فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا معللاً مع اسانيده وذلك بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة " , وهذه المادة تطرقت الى المنازعات التي قد تنشأ بين جهة رسمية وجهة اخرى سواء اكانت تلك الجهة رسمية او غير رسمية [٣٨] . ومن ثم فأن إقامة الدعوى من تلك الجهة يفترض وجود منازعة قائمة , وأن تقدم الاسباب بكتاب موقع من الوزير إذا كانت جهة رسمية مرتبطة بوزارة , أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة , ويطلق على هذه الدعوى بـ (الدعوى المباشرة) أو دعوى الالغاء , وتستند المحكمة الاتحادية العليا في اختصاصها الى نص المادة (الرابعة / ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ , التي نصت على (الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات والاوامر الصادرة من أية جهة تملك حق اصدارها , والغاء التي تعارض فيها مع احكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ويكون ذلك بناءاً على طلب من المحكمة او جهة رسمية أو من مدع بمصلحة) . ومن الجدير بالذكر إن هذا النص يسمح لكل مدع بمصلحة بما في ذلك الافراد , أن يرفع الدعوى امام المحكمة الاتحادية العليا للنظر بشرعية القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات والاوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها , والغاء ما يتعارض منها مع احكام الدستور[٣٩] .١ ولقد جاءت احكام المحكمة الاتحادية العليا بشأن عدم دستورية القوانين واضحة وصريحة , ومثالها ما ورد في قرار المحكمة بالدعوى المرقمة (١٥/اتحادية / ٢٠٠٦) بتاريخ (٢٠٠٧/٤/٢٦) بشأن الطعن بعدم دستورية المادة (١٥ / ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لمخالفة النص للمادة (٤٩) من الدستور , حيث جاء في القرار " إدعى وكلاء المدعية (جبهة التوافق العراقية) امام هذه المحكمة بأن الجمعية الوطنية العراقية اصدرت بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/١٥ , قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ والذي حل بديلاً لقانون الانتخابات السابق رقم (٩٦) لسنة ٢٠٠٤ وقد جاء بالمادة (١٥ / ثانياً) منه بأن تكون كل محافظة وفقاً للحدود الإدارية الرسمية دائرة انتخابية تختص بعدد من المقاعد يتناسب مع عدد الناخبين المسجلين في المحافظة حسب انتخابات (٣٠ كانون الثاني / ٢٠٠٥ , المعتمد على نظام التموينية , أي أن القانون اعتمد معيار عدد الناخبين المسجلين في حين أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ , وفي المادة (٤٩/ثانياً) منه قد نص على أن يتكون مجلي النواب من عدد من الاعضاء بنسبة (١) لكل مائة الف نسمة من نفوس العراق , اي أن الدستور إعتمد معيار عدد النفوس الكلي , لذا يكون نص المادة (٤٩ / ثانياً) من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ , مخالفاً لنص صريح في الدستور في المادة (٤٩/ثانياً منه ... بخصوص الطلب الوارد في عريضة الدعوى المتضمنة طلب المحكمة بعدم دستورية المادة (١٥/ ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ , لمخالفتها للمادة (٤٩) من الدستور النافذ , فلقد وجد أن المادة (٤٩/ثانياً) من الدستور نصت " بإنه يتكون مجلس النواب من عدد من الاعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة الف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي باكمله يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر , ويراعى تمثيل سائر مكونات الشعب فيه " , وحيث أن المادة (٤٩/ثانياً) من الدستور اعتمدت معيار عدد نفوس العراق في الانتخابات بنسبة واحد لكل مائة الف نسمة من سكان العراق بخلاف المعيار المعتمد في المادة (١٥/ ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ حيث اعتمدت معيار عدد الناخبين المسجلين في السجلات في كل محافظة وفقاً لما ذكر انفاً , لذا فأن نص المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات اصبح متعارضاً مع نص المادة (٤٩/اولاً) من الدستور , وحيث ان المادة (١٣/ثانياً) من الدستور نصت على أنه " لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور , ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانوني آخر يتعارض معه .. " , ولأن الفقرة (اولاً) من المادة نفسها نصت بأنه ((يعد هذا الدستور القانون الاسمى والاعلى في العراق , ويكون ملائماً في انحائه كافة وبدون استثناء)) لذا ولما تقدم اعلاه قررت المحكمة بعدم دستورية المادة (١٥ / ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ , لتعارضها مع احكام المادة (٤٩/ اولاً) من الدستور وللسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقاً لأحكام المادة (٤٩/ اولاً) من الدستور[٤٠] . ولقد حدد النظام الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ , الخاص بالمحكمة سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا والخطوات الواجبة الاتباع في تقديم الدعوى الى المحكمة الاتحادية

العليا , والتي كان من اهمها اشتراط تقديم الدعوى بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة , مع توافر الشروط الاخرى في أن تكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة في مركزه القانوني او المالي او الاجتماعي , وان يكون الضرر مباشر ومؤثر ومستقلاً بعناصره ويمكن ازالته إذا ما صدر حكم بعدم دستورية التشريع المطلوب الغائه , وان لا يكون الضرر نظرياً أو مستقبلياً أو مجهولاً , و أن لا يكون المدعي قد استفاء بجانب من النص المطلوب الغائه , وأن يكون النص المطلوب اخيراً قد جرى تطبيقه على المدعي فعلاً , أو يراد تطبيقه عليه . ورغم إن هذه الخطوات هي غاية في الدقة وأن دعوى الالغاء بحد ذاتها ضمانة اكيدة لعلوية الدستور , وبالتالي ضمان لحقوق الجميع افراداً أو مؤسسات , ولكن اشتراط تقديم الدعوى بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة قد يشكل عائقاً في طريق تقديم الدعوى , وأن تولي المحاكم بأنتداب محام للدفاع عن المتهم في الجنايات لا يمنع من اتباع النهج نفسه في دعاوى الالغاء ضماناً للعدالة وتأكيداً للحق .

المطلب الثاني اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا

أورد دستور ٢٠٠٥ , اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بالمادة (٩٣) منه , وسوف نعرض لهذه الاختصاصات بالقدر الذي يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين في محورين فقط .

أولاً : الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة :إذ تتولى المحكمة الاتحادية العليا النظر في مدى مشروعية القوانين والانظمة النافذة وموافقتها للدستور من عدمه , وتكون رقابة المحكمة هنا رقابة لاحقة , فهي لا تنظر في مشروعات او مقترحات القوانين قبل صدورها , ذلك لأن هذا الامر يدخل ضمن مفهوم الرقابة السابقة , ولا سلطات للمحكمة في هذا المجال .وتطبيقاً لما تقدم نجد أن المحكمة الاتحادية العليا رفضاً الاختصاص في النظر بصحة التصويت على مشروع قانون تشكيل الاقاليم في العراق رغم استناد المدعي إلى نص المادة (٥٢ / ثانياً) من الدستور , التي تنص على (يجوز الطعن في قرار المجلس أمام المحكمة الاتحادية العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره) وفي حقيقة الامر , إن هذا النص يتعلق بصحة عضوية أعضاء مجلس النواب ولا دخل له بإجراءات التصويت في مجلس النواب على مشاريع القوانين , ولقد ورد في الدعوى عدد (١٨/ اتحادية / ٢٠٠٦) بتاريخ ٥ / ٣ / ٢٠٠٧ ما يلي ((ادعى المدعي لدى المحكمة الاتحادية العليا أن مجلس النواب العراقي عقد جلسته الاعتيادية بتاريخ (١١/ ١٠ / ٢٠٠٦) وكان مدرجاً على جدول اعماله طرح مقترح مشروع (قانون الاقاليم) للتصويت عليه عملاً بنص المادة (١١٨) من الدستور , وأن هيئة رئاسة مجلس النواب خالفت احكام النظام الداخلي للمجلس بالمادة (٢٤) منه وبدلالة المادة (٢٣) ولم تلتزم بالآلية الواجب إتباعها عند عرض مقترحات مشاريع القوانين المطلوب التصويت عليها وفض التزاع بها من خلال أخذ رأي اعضاء المجلس بالتصويت , وهذه المخالفة سبقتها مخالفات اخرى , منها تحديد حالة الطوارئ حيث لم يتوفر النصاب القانوني للتصويت عليه , وإن صيغة مقترح مشروع القانون المقدم للتصويت عليه بهذه الجلسة كان من الخطورة بمكان بحيث يوجب على هيئة الرئاسة أن تلتزم وبدقة بما ورد بأحكام النظام الداخلي للمجلس , خاصة وأن هذا المشروع قد اثير حوله جدل كثير وصاحبته معارضة من الكتل النيابية , وذلك من طبيعة الاجراءات التي اتبعت لتبرير هذا القانون , وكان هناك خرقاً اخراً للمادة (١٣٦) من النظام الداخلي عندما تعرضت هيئة الرئاسة بتعدٍ منها على مشروع قانون تشكيل الاقاليم للتصويت عليه قبل يومين من المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٣٦) من النظام الداخلي لمجلس النواب , لأن مدة الاربعة أيام التي نصت عليها المادة المشار اليها تمثل الحد الادنى لدمج المقترحات التي يتقدم بها اعضاء المجلس اثناء فترة المناقشة , وهذه المدة تحتسب من تاريخ غلق النقاش على مقترح مشروع القانون , وان هيئة الرئاسة قلصت هذه المدة ليومين خلافاً للنظام[٤١] , وعليه وللاختصاص الحصري للمحكمة الاتحادية العليا للنظر بدستورية القوانين والانظمة والإجراءات المتبعة في مجلس النواب , طلب الغاء وابطال إجراءات التصويت على مشروع قانون تشكيل الاقاليم في العراق , لأن المبنى على باطل فهو باطل , علماً أن نصاب مجلس النواب من الحضور متوفرة فيه الاغلبية النسبية وهي (النصف + ١) أي (١٣٨ + ١) في حين أن الاغلبية المطلقة هي (١٨٤ + ١) , ومن ثم تحميل المدعى عليه بالإضافة لوظيفته الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة . وبعد أن أتبعت المحكمة الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (ثالثاً) من المادة (١) والفقرة (ثانياً) من المادة (٢) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ , أجرت المرافعة واستمعت لأقوال الطرفين وطلباتهم وأفهمت ختام المرافعة دققت المحكمة الاتحادية العليا عريضة الدعوى , فوجدت أن المدعي يطلب في عريضة الدعوى ابطال إجراءات التصويت على مشروع قانون تشكيل الاقاليم في العراق , وقد ايد وكيل المدعي هذا الطلب بما ورد بلائحته المؤرخة في ٢٠٠٦/١٢/١٣ , والتي بين فيها أنه يطعن بالآلية التي تم فيها إحصاء عدد الاصوات , واكد على ذلك بلائحته المؤرخة في ٥/ ٣ / ٢٠٠٦ , حيث بين أن طريقة عد الأصوات كان غير دقيق , وإذ أن اختصاصات المحكمة الاتحادية بأحكام المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥

والمادة (٩٣) ثانيا من الدستور ؛ ولم يكن من بين هذه الاختصاصات صلاحية النظر في صحة التصويت في البرلمان العراقي ؛ وان ما اشاره اليه وكيل المدعي بلائحته المؤرخة في ٢/٥/ ٢٠٠٦ في ثانيا منها من أن المحكمة مختصة بموجب احكام المادة(٥٢ اثانيا) من دستور فان ما ذهب اليه غير صحيح ؛ اذ ان احكام هذه المادة تتعلق بصحة عضوية اعضاء مجلس نواب وبينت في الفقرة (اولا) منها ان مجلس نواب يبت في صحة عضوية اعضاه خلال ثلاثين يوما والفقرة الثانية منها بينت انه يجوز الطعن على هذا القرار (اقرار صحة العضوية من عدمه) لدى المحكمة الاتحادية العليا وهذا لا يعني ان هذه المحكمة لها صلاحية النظر على صحة التصويت في مجلس النواب ومن كلما تقدم تجد هذا المحكمة انها غير مختصة بنظر دعاوى وأن دعوى المدعي إضافة لوظيفته لا سند لها من القانون باختصاص هذا المحكمة بنظرها فقرر رد دعوى المدعي اضافة لوظيفته وتحميله الرسوم [42] .

ثانياً : تفسير نصوص الدستور : لم يكن من بين اختصاصات المحكمة الاتحادية بموجب قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية (الملغى) , ولا في قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ , اختصاص للمحكمة في تولي تفسير نصوص الدستور , غير أن دستور ٢٠٠٥ الدائم اصدر بالمادة (٩٣/ ثانياً) منه نصاً تضمن هذه الاختصاص ليضيفه إلى اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا الاخرى , وحسناً فعل المشرع الدستوري في إضافته لهذا الاختصاص , وذلك تلافياً لما قد يحث من جدل حول تفسير نصوص الدستور , كما وأن المادة الثانية من الدستور المتعلقة بثوابت احكام الاسلام , والنصوص الاخرى المتعلقة بالديمقراطية كلها تحتاج إلى أن يناط بالمحكمة الاتحادية مثل هذا الاختصاص , فضلا عما قد يحدث في المستقبل بشأن تنازع القوانين بين الحكومة الاتحادية والاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم , وكذلك توزيع إيرادات مصادر الثروة الطبيعية , وكذلك ما يتعلق بالحقوق والحريات العامة , وخير من يقوم بهذه المهمة هي المحكمة الاتحادية بشكل خاص , خاصة وأن الدستور الاتحادي يمنح الحق للإقليم لتشكيل سلطات دولة (تشريعية وتنفيذية وقضائية) , كما أن الدستور منح الاقاليم اختصاصات واسعة , والتي مثالها ما ورد في المادة (١٢١ / ثانياً) التي نصت على (يحق لسلطة الأقليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي للإقليم في حالة وجود تناقض او تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الإقليم بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية) , وهذا البند في حقيقته فريداً من نوعه في الدول الفدرالية إذ يغلب النص بموجبه قانون الإقليم على القانون الاتحادي بشكل استثنائي , خاصة وأنه يتعارض مع نص البند ثانياً من المادة (١٣) من الدستور نفسه . وفي ضوء هذا البند المثير للجدل بالنسبة لتفسير النصوص الدستورية , ولأن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية قد انتهى العمل به ولأن النصوص الخاصة بالمحكمة الاتحادية العليا في دستور ٢٠٠٥ , تختلف عما هو منصوص عليه بشأنها في قانون إدارة الدولة فأن الوقت قد حان لتعديل قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ , إذ تقع هذه المهمة في تعديل هذا القانون أو سن قانون جديد على عاتق مجلس النواب استناداً لاحكام المادة (٩٢ / ثانياً) من الدستور والذي ظل محل جدل إلى هذه اللحظة , ولأن الدستور لم يكشف له حق طلب التفسير فقد أخذت طلبات التغيير تصل إلى المحكمة الاتحادية العليا من سلطات الدولة المختلفة , تشريعية كانت أو تنفيذية أو قضائية , ونرى أن المحكمة تستند في تفسيرها للنصوص الدستورية إلى احكام المادة (٩٣ / ثانياً) من الدستور[٤٣] .

الخاتمة

ونحن نصل بالبحث إلى نهايته , لابد من بيان ما إتضح لنا من خلال هذه الدراسة عن الرقابة على دستورية القوانين في ظل الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ , من نتائج , وما وضعنا في ضوئها من مقترحات وتوصيات جاءت كما يلي :

اولاً : النتائج :

١- إن علوية الدستور إنما تتمثل في جهوده , والذي تفرضه في الحقيقة إعتبارات سياسية تبغي من ورائه استقرار احكام معينة في الدستور تتعلق بالنظام السياسي .

٢- مع إن سمو الدستور وأعلويته تشكل الضمانة الأولى لحماية القواعد الدستورية , وبالتالي حقوق المواطنين , إلا أن الرقابة على دستورية القوانين هي الضمان الاساسي لهذه العلوية .

٣- إن الرقابة على دستورية القوانين أما أن تكون رقابة سياسية سابقة تنصب على مشاريع القوانين , أو أن تأتي رقابة لاحقه على القوانين بعد صدورها

٤- إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين أما أن تكون عن طريق دعوى الالغاء , أو عن طريق الدفع بعدم الدستورية من خلال المرافعات الجارية امام المحاكم .

٥- إن دستور ٢٠٠٥ , في العراق قد سلك بالرقابة القضائية على دستورية القوانين بأفضل الطرق وقدم ضمانات اكيدة وسهلة في ممارستها بالجمع بين الدفع بعدم الدستورية ودعوى الالغاء , وكذلك بدعوى الالغاء بشكل مستقل

٦- جاءت احكام المحكمة الاتحادية العليا التي تتولى الاختصاص بالنظر بعدم الدستورية وتفسير نصوص الدستور واضحة من خلال ما عرضنا من احكام وما اشرنا من خطوات واجبة الاتباع , لكن المؤسف أن قانون المحكمة الاتحادية لم يزل غير مشرع بما يتفق مع دستور ٢٠٠٥ ونصوصه .

٧- لم تحدد المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة مدة للخصم لرفع دعواه امام المحكمة العليا للطعن بعدم الدستورية بعد طعن أمام محكمة الموضوع المعرفة جديته من عدمها

ثانياً : المقترحات والتوصيات :

في ضوء ما عرضنا من نتائج وضعنا المقترحات والتوصيات التالية :

١- أن ينجز مجلس النواب إتمام مسودة قانون المحكمة الاتحادية العليا وإنهاء الاشكال بقانونها السابق رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ , ليأتي القانون الجديد بما يتفق ونصوص الدستور لكي تأخذ المحكمة دورها الطبيعي في حماية الدستور والتصدي للتشريعات التي قد تخرقه شكلاً او موضوعاً .

٢- ان يحدد المشرع للخصم الذي يدفع بعدم الدستورية امام المحكمة الموضوع مدة معينة لتقديم دعواه امام المحكمة الاتحادية للوقوف على جديته في الدفع .

٣- العمل على حل إشكال وجوب تقديم الطعن بعدم الدستورية عن طريق محام ذي صلاحية مطلقة بأن تتولاه المحكمة إذا تقدر على الافراد القيام به .

مصادر البحث

اولاً : الكتب والمؤلفات

١- د . احسان المفرجي , د. كطران زغير نعمة , د . رعد ناجي الجدة , النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق , كليةو القانون , جامعة بغداد , ١٩٩٠ .

٢- د . اسماعيل مرزا , مباديء القانون الدستوري والعلم السياسي , دار الملاك , ط٢ , ٢٠٠٤ .

٣- د . حميد حنون خالد , مباديء القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق , ط١ , ٢٠١٢ , مكتبة السنهوري , بغداد .

٤- د . علي غالب العاني , د . نوري لطيف , القانون الدستوري , بلا سنة طبع , وزارة التعليم العالي , بغداد .

٥- د . عبد الحميد متولي , الوسيط في القانون الدستوري , دار النهضة , ١٩٥٦ .

٦- د . عبد الحميد متولي , الوجيز في النظريات والانظمة السياسية ومبادئها الدستورية , دار المعرف بمصر , ١٩٥٨ , ط١ .

٧- د . عبد الكريم علوان , النظم السياسية والقانون الدستوري , دار الثقافة للنشر والطباعة , عمان , ٢٠٠٦ .

٨- فرمان درويش حمد , اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق , دار التغيير للنشر , اربيل , العراق , ٢٠١٣ , ط١ .

٩- د . محمد كامل عبيد , نظم الحكم ودستور الامارات , دراسة تحليلية مقارنة , ٢٠٠٢ , اكاديمية شرطة دبي .

١٠-د . منذر الشاوي , نظرية الدستور , منشورات مركز البحوث القانونية , وزارة العدل , بغداد , ١٩٨١ .

١١-د . محمد علي آل ياسين , القانون الدستوري , جامعة الكويت , المكتبة الحديثة للطباعة , بيروت .

١٢-د . محمد حسنين عبد العال , القانون الدستوري , دار النهضة , ١٩٩٢ .

١٣-د . منير العجلاني , الحقوق الدستورية , دمشق , مطبعة الجامعة السورية بدمشق , ١٩٥٥ .

١٤-د . يحيى الجمل , القضاء الدستوري في مصر , دار المعارف بمصر , ط٢ , ١٩٦٦ .

ثانياً : الروابط الالكترونية :

١- حسن ناصر طاهر المحنا , الرقابة على دستورية القانون , رسالة ماجستير , منشورة على الرابط الالكتروني :

Htt://etudiantdz.net/vb/t57937html

ثالثاً : مجموعات الاحكام :

١- احكام المحكمة الاتحادية في العراق للاعوام (٢٠٠٥ , ٢٠٠٦ , ٢٠٠٧) , اصدارات جمعية القضاء العراقي .

رابعاً : الدساتير :

١- الدساتير العراقية (١٩٢٥ , ١٩٥٨ , ١٩٦٣ , ١٩٦٤ , ١٩٦٨ , ١٩٧٠)
٢- قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ .
٣- دستور ٢٠٠٥ في العراق .
٤- دستور ١٧٩٩ الفرنسي .
٥- دستور ١٨٧٥ الفرنسي .
٦- دستور ١٩٤٦ الفرنسي .
٧- دستور ١٨٥٢ الفرنسي .
٨- دستور ١٩٣٧ البرازيلي .
٩- دستور ١٨٣١ البلجيكي .
١٠- دستور ١٩٢١ البولوني .
١١- دستور ١٨٧٤ السويسري .
١٢- دستور النمسا لعام ١٩٢٥ .
١٣- دستور فنزويلا لعام ١٩٣١ .
١٤- دستور النمسا لعام ١٩٢٠ .
١٥- دستور النمسا لعام ١٩٤٥ .
١٦- دستور ايطاليا لعام ١٩٤٧

رابعاً : القوانين والانظمة :

١- قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ في العراق .
٢- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ في العراق .
٣- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (١) لسنة ٢٠٠٥

الهوامش

(١) د. إحسان المفرجي، ود. كطرن زغير نعمة، ود. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص ١٦٠، د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار المعارف بمصر, ط٢ ,١٩٦٦ , ص ٤٨، ود. محمد كامل عيد، نظم الحكم ودستور الإمارات، دراسة تحليلية مقارنة، ٢٠٠٢، أكاديمية الشرطة، دبي، ص ١٤٢.

(٢) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، نظرية الدستور، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٢.

(٣) د. علي غالب العاني، د. نوري لطيف، القانون الدستوري، بلا سنة طبع، بلا دار نشر، ص ١٦٥.

(٤) د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، دار الملاك، ٢٠٠٤، ط٢، ص ١٦٥، د. محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري، جامعة الكويت، المكتبة الحديثة للطباعة، د.ت، ص ١١٢.

(٥) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٥، د. علي غالب العاني، المصدر السابق، ص ١٦٤.

(٦) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٧، د. علي غالب العاني، المصدر السابق، ص ١٦٤.

(٧) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٧-١٨، د. علي غالب العاني، المصدر السابق، ص ١٦٤.

(٨) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٨-٢٠، د. علي غالب العاني، المصدر السابق، ص ١٦٥.

(٩) د. علي غالب العاني، المصدر السابق، ص ١٦٤-١٦٥.

(١٠) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ٣٠، د. إحسان المفرجي وآخرون، المصدر السابق، ص١٦٧.

(١١) د. علي غالب العاني، المصدر السابق، ص ١٦٤-١٦٥.

(١٢) د. محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، دار النهضة، ١٩٩٢، ص ١٠٥، د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ٣١-٣٣، د. علي غالب العاني، المصدر السابق، ص ١٦٥.

(١٣) د. محمد حسنين عبد العال، المصدر السابق، ص ١٠٥-١٠٦، د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص٣٤-٣٥، د. إحسان المفرجي، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

(١٤) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ٣٩.

(١٥) د. علي غالب العاني، المصدر السابق، ص ١٦٥.

(١٦) د. إحسان المفرجي، المصدر السابق، ص ٢١٤.

(١٧) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ٤٧.

(١٨) د. إحسان المفرجي، المصدر السابق، ص ٢١٤.

(١٩) د. محمد علي الياسين، المصدر السابق، ص ٧٢، د. عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، ١٩٥٦، ط١، دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص ١٩٢.

(٢٠) د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام الدستوري في العراق، ط١، ٢٠١٢، مكتبة السنهوري، ص ١٥٥.

(٢١) د. علي غالب العانيص ١٦٧، د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ص ١٠٨.

(٢٢) د. عبد الحميد متولي، الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية، ط١، ١٩٥٨، دار المعارف، مصر، ص ١٩٤.

(٢٣) د. بشير العجلاني، الحقوق الدستورية، دمشق، مطبعة الجامعة الدستورية بدمشق، ١٩٥٥، ص ٦٥.

(٢٤) د. بشير العجلاني، المصدر السابق، ص ٦٥.

(٢٥) د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، ٢٠٠٦، دار الثقافة للنشر والطباعة، عمّان، ص ٣١٠.

(٢٦) د. إحسان المفرجي وآخرون، المصدر السابق، ص ١٧٥.

(٢٧) د. إحسان المفرجي وآخرون، المصدر السابق، ص ١٧٧.

٢٨ – د . عبد الحميد متولي , المصدر السابق , ص٢٩٦ ؛ د . منذر الشاوي , المصدر السابق , ص٨٤ .

٢٩ – د . علي غالب , و د . نوري لطيف , المصدر السابق , ص١٧٠ .

٣٠ – المصدر نفسه , ص١٧١ .

٣١ – د . علي غالب , د . نوري لطيف , المصدر السابق , ص١٧١

٣٢ – المصدر نفسه , ص١٧١ .

٣٣ – د . علي غالب , د . نوري لطيف , المصدر السابق , ص١٧٢ .

٣٤ – د . منذر الشاوي , المصدر السابق , ص٥٩-٦٤ ؛ د علي غالب , المصدر السابق , ص ١٧٢ .

٣٥ – د . علي غالب , المصدر السابق , ص١٧٣ ؛ د . إحسان المفرجي , المصدر السابق , ص١٧٩ .

٣٦ – أنظر : حسن ناصر طاهر المحنا , الرقابة على دستورية القوانين , رسالة ماجستير , منشورة على الرابط الالكتروني http://etudiantdz.net/vb/t57937.html ص٢٨ .

٣٧ – حسن ناصر طاهر المحنا , الرقابة على دستورية القوانين , المصدر السابق , ص٣٢ .

٣٨ – حسن ناصر طاهر المحنا , الرقابة على دستورية القوانين , المصدر السابق , ص٣٣ .

٣٩ – حسن ناصر طاهر المحنا , المصدر نفسه , ص٣٣ .

٤٠ – احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥ , ٢٠٠٦ , ٢٠٠٧) , اصدارات جمعية القضاء العراقي , ص١٧-٢٠ .

٤١ – حسن ناصر طاهر المحنا , المصدر السابق , ص٣٤ .

42 –حسن ناصر المحنا , المصدر السابق , ص٣٦ .

٤٣ – حسن ناصر طاهر المحنا , الرقابة على دستورية القوانين , المصدر السابق , ص٣٤ .