

دور القضاء الدستوري في إرساء الدستورية

- دراسة مقارنة -

The Role of the Constitutional Judiciary in Establishing Constitutionality - Comparative Study -

م. م. شيرين احمد سعدالله

القانون العام/ القانون الدستوري

كلية القانون ، جامعة دهوك ، إقليم كردستان - العراق

. Asst. Lecturer. Shereen Ahmed Saddallah

Public Law

College of Law

University of Duhok

<https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.22>

تاريخ استلام البحث: 2023-12-04 ؛ تاريخ القبول بالنشر: 2024-02-06

ملخص البحث

ان موضوع البحث (دور القضاء الدستوري في إرساء الدستورية) من المواضيع الدستورية ذات الأهمية، فالدستورية ضرورة حضارية، لأنها تحمي مصالح المجتمع، و صارت من المبادئ الأساسية في النظم القانونية المعاصرة ففي ظلها تكون سلطات الدولة مقيدة بأحكام الدستور اثناء أدائها لمهامها.

والقضاء الدستوري يدعم مسألة الدستورية بكونه يمثل ضماناً حقيقية لحماية الدستور وتطويره. ويمارس دوراً مهماً في بث الحياة في الدستور من خلال تفسيراته. وبهذا فالدستورية تعني سيادة حكم الدستور. وهذا يتحقق من جانبين: اولهما، يتمثل بالالتزام الحكام والمحكومين بأحكام الدستور. وثانيهما، يتمثل بتفعيل نصوص الدستور. و بقدر ما يعلق الأمر بموضوع بحثنا هذا، فقد ركزنا على الجانب الثاني، من خلال بيان دور القضاء الدستوري في جعل الدستور عملاً مستمراً ينبض بالحياة. بالتركيز على القضاء الدستوري في كل من امريكا و فرنسا وجمهورية مصر وجمهورية العراق. وقد إعتدنا في سبيل تحقيق ذلك، المنهجين الوصفي و التحليلي من خلال وصف فقرات الموضوع وتحليل بعضاً من النصوص القانونية التي تتعامل معه. وبأسلوب مقارنة للقضاء الدستوري في الدول عينة البحث، بتقسيم الموضوع الى مبحثين يتقدمهما مطلب تمهيدي.

وقد توصلنا في نهاية بحثنا الى، ان الدستور كقانون أساسي للدولة شهدت النظرة له طيلة العقود الأخيرة تحولا هاما، وان تحقيق مبدأ الدستورية أصبح من اكبر التحديات التي يواجهها اي مجتمع يريد النهوض والتقدم. وان استقلال القضاء يعد من اهم مكونات الدستورية.

واهم المقترحات التي طرحتها البحث: تتمثل بأن يكون تفسير القضاء الدستوري في العراق، تأكيداً للدستورية وضماناً لحقوق الأفراد، بالشكل الذي لا يؤدي الى تعديل الدستور من ناحية. ويمنح له الحق في التحول، من ناحية أخرى. حيث يتبين من استقراء احكامه، انه لم ينتهج معايير محددة على أرض الواقع اثناء عمله القضائي في تطوير الدستور، خصوصا عند استخدامه وسيلة التحول.

الكلمات المفتاحية: الدستورية، القضاء الدستوري، المحكمة الاتحادية العليا، التفسير المتطور، التحول القضائي.

پوختہ

بابہ تیّ فہکولینی (رولی دادوہریا دستوری د بہجستہ کرنا دستوریہ تیّ دا) نیّکے ژ بابہ تیّ ہرہ گرنگ، چونکی دە ستوریہت بوویہ پیدھیہ کا شارستانی، و بہ رژوہندیّت کومہ لگہیّ دپاریزیت. پرنسیپین دستوری (الدستوریہ) نیّکے ژ پرنسیپیت بنہرہتی د سیستہ مین یاساییین ہہفچہرخدا. کو لژیّر سیبہرا وی، گشت دستہ دلایین دەولہ تیّ لدیف دستوری گاردگن. دستہ لاتا یاسادانائی و دستہ لاتا جیبہ جیکار ہہروہسا دقتیت دستہ لاتا دادوہری د چارچو فہکیدا کار بکن، کو دستوری بوّ دستنیشان کریت. ہہژی گوتنییہ دادگہا دستوری ۆلہکی بہرجاف دپاراستن وجیبہ جیکرنا دستوریدا دبینیت؛ ئہوژی بریکا رافہ کرنیّ ژیانیّ ددہتہ دہقین دستوری و ب فیّ چہندیّ بابہ تیّ دستوریہ تیّ بہرہستہ دکہت. ژپیخہمہت فیّ چہندیّ ہہمیّ، گہلہک جارا پەناییّ دبہتہ بہر فہگواستنیّ ، کو رافہ کرنہنیّ ددہتہ دہقیّ ددہتہ دہقہکیّ دستوری یان ژی ہندہک پرنسیپان دگورہیت.

ب فیّ چہندیّ رامانا (الدستوریہ) ئہوہ: سہروہریا حکمیّ دستوری. و ئہف چہندہ ژدوو لایہنان فہ دہیتہ بدہستفہ ئینان: لایہنیّ نیّکیّ، ہہمی کەس ہہروہسا ہہمی دستہ لاتا ل دەولہ تیّ دقتیت ب حوکمین دستوری دپیگیربن. ولایہنیّ دوویّ ئہوہ، پیشفہ برنا دہقین دستوری، لقیڑی رولی گرنگ ییّ دادگہا دستوری دیار دبیت.

دمیانا روونکرنا رولی دادگہا دستوری و بوونا دستوری وەکو کارہکیّ بہردہوام بہردہوامیّ ددی تہ ژیان، ژبوّ بدہستفہ ئینانا فیّ چہندیّ مہ ریکا وەسفی شیکاری بکارئینایہ، ئہوژی دمیانا سالۆخدانا برگہ پین بابہ تیّ و شلو فہ کرنا ہندہک تیّکستین یاسایی گریڈای بابہ تیّ، و ب شیوازی بہراورکاری دادگہا دستوری یا دەولہ تیّ وەکو نموونا فہکولینی، بابہت دابہشی دوو بەشا دبیت و ب دستپیکہکیّ دستپیکہت. رنگیّ ددہتہ لایہنیّ دوویّ، بریکا دانہ نیاسینا رولی دادگہا دستوری، ب جہخترن لسہر دادگہا دستوری ل ئہمریکا و فرہنسا و مسر و عیراقی. فہکولین ل دوماہیی گہشتیہ ویّ ئہنجامیّ کو دستور وەکو یاسایہ کا بنہرہت و سہرہکی ل دەولہ تیّ، پیشکەفتن ل دەمین دووماہیی دیتیہ، ہہروہ سا بدہ ستفہ ئینانا پرنسیپی (الدستوریہ)، بوویہ نیّک ژہفکرکیین مہزن ل ہہر کومہ لگہہکا بہرہف پیشفہ چونیقہ دجیت. و سہریہ خوایا دستہ لاتا داد بوویہ نیّک ژ گرنگترین پیکہاتہ یین دستوری و ب مہ رہما پاراستنا دستوری دستوریوونیّ دادگہا - ددہمیّ تہفسر کرنا دہقین دستوری دا - پەناییّ دبہتہ بیروکا فہگواستنیّ .

ژگرنگترین پیشناریین فہکولینی کرین: دادگہا دستوری ل عیراقی نوینہراتییا شرفہ کرنا بکەت. ژبوّ دستوریوون و پاراستنا مافین تاکان ب شیوہکی کو ژ لایہکی فہ دستور نہہیتہ راستفہ کرن و مافیّ فہگواستنیّ بیّ بدہت و ژلایہکیّ دیتر جچیگیربوونا بنہمایین ویّ بکەت. کو لدویف ج میتودین پیفہر دستنیشانکری لسہر روویّ ئہدہی و دکہتواریدا دکاریّ دداگہیّ و پیشکەفتن ویّ دا ناچیت ب تابہت دەمیّ وەکو ئامراز ی فہی گواستنیّ بکار دئینیت.

پہیقین سہرہکی: دستوریہت، دادوہریا دستوری، دادگہا بلند یا نیّکرتی ، شرفہ کرنا پیشکەفتی یا دستوری فہگواستنا دادوہری .

.....

Abstract

The subject of the research (The role of the constitutional judiciary in Establishing constitutionality), is one of the significant constitutional topics. As, constitutionality is a civilized necessity, because it protects the interests of society, and the principle of (constitutionality) has become one of the basic principles in contemporary legal systems, under which all state authorities abide by the provisions of the constitution. The legislative authority, by issuing legislation compatible with the provisions of the Constitution, operates within its limits. And the executive authority when it conveys constitutional principles In drawing up public policy, its role is no less than that of the legislative authority. The judiciary also, adheres to the constitution through the judge not abstaining from deciding any case brought before him on the pretext that there is no legal basis to apply it to the dispute, as well as his commitment to refrain from applying the law that is contrary to the constitution, as well as his role in giving life to the provisions of the constitution through his interpretations. It supports the issue of constitutionalism by being a real guarantee for the protection and development of the constitution. In this study, we will focus on the second aspect by explaining the role of the constitutional judiciary in making the constitution a continuous and vibrant work.

Thus, constitutionalism means the supremacy of the rule of the constitution, and this is achieved from two aspects, the first of which is the commitment of the rulers and the ruled to the provisions of the constitution, and the second is represented by activating and developing the provisions of the constitution, as far as the subject of our research is concerned.

The research aims to identify the role played by the constitutional judiciary in protecting constitutionality by focusing on the constitutional judiciary in America, France, the Republic of Egypt and the Republic of Iraq. At the end of the research, the research concluded that the constitution as a basic law of the state has witnessed an important transformation in recent decades, and that achieving the principle of constitutionalism has become one of the biggest challenges facing any society that wants advancement and progress. And that the independence of the judiciary is one of the most important components of constitutionalism, as the institutions of judicial

oversight, in addition to the constitution document, have had other references that the constitutional judge uses while he is in the process of an interpretation. He may resort to the means of transformation in order to preserve the constitutionality by ensuring the application of the provisions of the constitution.

Among the most important proposals involved in the research; That the interpretation of the Iraqi Federal Supreme Court must be a justification to affirm the constitutionality and a greater guarantee of rights. Rather, its interpretation must be a contemporary interpretation of the constitution in a way that does not include a constitutional amendment on the one hand and allows it to shift in its rulings on the other hand, as it is clear from the extrapolation of its rulings that it works within the texts of the constitution to be issued Its judgments are consistent with the provisions of the constitution, however, in some of them it deviated from that, and it did not follow specific standards during its judicial work in developing the provisions of the constitution, especially when it used the means of transformation.

Keywords: constitutionalism, Iraqi Federal Court, constitutional judiciary, evolutionary interpretation of the constitution, judicial transformation.

المقدمة

الدستور باعتباره ينظم عمل جميع السلطات في الدولة، ويتكفل بحماية الحقوق والحريات، يكون القانون الذي لا يعلى عليه في الحاضر والمستقبل. وتتمثل الفلسفة الدستورية بفرض احترام الدستور وضرورة مواكبته لطبيعة الحياة التي تتطور بصفة دائمة. وهذا يتجسد من خلال التفسيرالقضائي سواء بناء على طلب أصلي ام بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين، بشرط ان يؤدي تفسير القضاء الى تفعيل نصوص الدستور وليس تحويرها.

أولاً/ أهمية موضوع البحث

تبرز أهمية موضوع البحث من نواحي عديدة، فمن خلال الدستورية يؤدي القاضي الدستوري وظيفته الأساسية المتمثلة بحماية الدستور والحفاظ على المبادئ والأحكام الواردة فيه، وبتعزيزه لمسألة الدستورية استطاع القضاء الدستوري تجاوز التطور و ملء الفجوة بين نصوص الدستور والواقع المتغير، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، ان تدعيم مسألة الدستورية تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على صون حقوق وحريات الأفراد. حيث أن الدستور يعد ضماناً حقيقية لحقوق الأفراد وحرياتهم. وحمایته تعد حماية لهذه الحقوق والحريات.

ثانياً/ مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الاجابة على التساؤلات الآتية:

- ماذا نعني بفكرة الدستورية وكيف تطورت الفكرة؟.
- ماهي المبادئ التي تقوم عليها فكرة الدستورية؟.
- كيف تعامل القضاء الدستوري المقارن مع فكرة الدستورية وما الأساس الذي استند عليه؟.
- . هل وفقت المحكمة الاتحادية العليا العراقية في حماية الدستورية من خلال قراراتها وخصوصاً عند استخدامها وسيلة التحول؟ .

ثالثاً/ فرضية البحث

ينطلق البحث من فرضية مفادها، ان الدستور لا يمكن ان يغيب، فالدولة بأكملها من افراد و سلطات تكون محكومة به وتعمل ضمن اطاره، ويجب تجديده ليستوعب ما يحدث في المجتمع من احداث مستجدة مع تطور الحياة، وهذه النظرة الجديدة اوجدها القاضي الدستوري من خلال التوسع في تفسيره للنصوص الدستورية. فهو يؤدي وظيفته في الحفاظ على الدستور ويساهم في تحقيق الدستورية التي أصبحت ضرورة حتمية لنجاح كل دولة عصرية.

رابعاً/ نطاق البحث

يتناول البحث موضوع (دور القضاء الدستوري في إرساء الدستورية)، من خلال بيان مفهومه في ضوء أهم تطبيقات مؤسسات القضاء الدستوري المقارن وأحكامه، في قضاء كل من المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمجلس الدستوري في جمهورية فرنسا والمحكمة الدستورية العليا في مصر وأخيراً المحكمة الاتحادية العليا في جمهورية العراق.

خامساً / منهجية البحث

بغية الاجابة على اسئلة البحث ومعالجة موضوعه، معالجة شاملة، سنعتمد المنهج الوصفي، من خلال تحديد و وصف الفقرات التي ينطوي عليها البحث. والمنهج التاريخي لمتابعة التطور الذي لحق بالدستورية كفكرة والتأمل في حالات لجوء القاضي إليها. فضلاً عن المنهج التحليلي وذلك بتحليل بعضا من النصوص القانونية التي تتعامل مع الموضوع، وبأسلوب مقارن لكل من الولايات المتحدة في أمريكا و كذلك جمهورية فرنسا و مصر وجمهورية العراق. فضلاً عن عرض الآراء الفقهية في المجال الدستوري، وذلك لإثراء موضوع البحث.

سادساً / هدف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان دور مؤسسات الرقابة القضائية الدستورية المقارنة في حماية وتفعيل الدستور، بغية تعزيز عمل القضاء الدستوري بشكل عام وقضاء المحكمة الاتحادية العليا في جمهورية العراق بشكل خاص.

سابعاً / خطة البحث

نتناول موضوع البحث من خلال مبحثين يتقدمهما مطلب تمهيدي، نتطرق فيه لمفهوم القضاء الدستوري والجهة المختصة به في العراق. ونتطرق في المبحث الاول، لماهية الدستورية، بتقسيمه الى مطلبين: يختص

المطلب الأول، ببيان مفهوم الدستورية. والمطلب الثاني، يتضمن اهم المبادئ التي تقوم عليها الدستورية. أما المبحث الثاني، فيتناول، الدستورية أمام القضاء الدستوري. وينقسم الى مطلبين: يختص المطلب الأول، بموقف القضاء الدستوري من التفسير المتطور. والمطلب الثاني، يختص، بالدستورية والتحول القضائي الدستوري.

المطلب التمهيدي

مفهوم القضاء الدستوري والجهة المختصة به في العراق

يهدف القضاء الدستوري إلى حماية نصوص الدستور وروحه من الانتهاكات التي ترتكبها السلطان التشريعية والتنفيذية، وتتمثل وسائل الحماية في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور .

الفرع الأول

تعريف القضاء الدستوري

يعد القضاء الدستوري سواء كان ممثلاً بالمحاكم الدستورية أو المجالس الدستورية . بحسب تسميات الدول . من أهم مفاصل الجهاز القضائي في أية دولة وذلك لأهمية الدور الذي يقوم به. فإن مفهوم القضاء الدستوري قد يضيق أو يتسع حسب المهام التي يؤديها، فاذا اخذنا بالمفهوم الضيق فتتصدر مهمته في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين فقط. اما اذا اتسع مفهوم القضاء الدستوري فهنا لا تقتصر مهمة القضاء الدستوري على ممارسة اختصاص الرقابة على دستورية القوانين فقط، وإنما تشمل الاختصاصات كافة الممنوحة له بموجب نصوص الدستور أو القوانين، فتشمل الرقابة الدستورية والتفسير، ومحاكمة الرئيس واعضاء السلطة التنفيذية وغيرها من الاختصاصات. وبذلك ينطوي القضاء الدستوري على معنيين⁽¹⁾:

(1) د. محمد باهي أبو يونس ، أصول القضاء الدستوري، مصر ، الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة، 2013، ص5.

1- المعنى الشكلي او العضوي للقضاء الدستوري: ويتمثل بالجهة او الهيئة التي تمارس اختصاص الرقابة على دستورية القوانين او مهمة القضاء الدستوري، ويستوي في ذلك ان تكون هيئة قضائية أو سياسية او مختلطة. وتأسيساً على ذلك، يعرف القضاء الدستوري: "على انه هيئة أو سلطة دستورية أوجدتها الإرادة الشعبية كغيرها من بقية السلطات وحددت صلاحياتها بشكل حصري، وذلك لكي تحافظ بالدرجة الأولى على احترام قواعد توزيع الصلاحيات السلطات، وعدم انتهاك أي منها لصلاحيات أخرى التي خصها بها الدستور" (1).

2- المعنى الموضوعي او المادي للقضاء الدستوري: ينصرف المعنى الموضوعي للقضاء الدستوري الى مجموعة الاحكام والقرارات التي تقرها الجهة التي تمارس الرقابة على دستورية القوانين. أي ان القضاء الدستوري هو مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري(2).

وتختلف نشأة القضاء الدستوري في كل دولة عن أخرى، وذلك لاختلاف العوامل والامس التي احاطت بنشأته. فتعد فرنسا من الدول التي اخذت بالرقابة السياسية، والسبب في إناطة مهمة الرقابة إلى هيئة سياسية وعدم إناطتها إلى هيئة قضائية في هذه الدولة، يعود إلى عوامل تاريخية. حيث اناط الدستور الفرنسي لعام 1958 مهمة الرقابة إلى هيئةاسماها المجلس الدستوري، وهي هيئة غير متخصصة لانها تمارس بالإضافة الى الرقابة جملة من الاختصاصات(3).

ونص دستور جمهورية مصر سنة 1971 الملغي على المحكمة الدستورية العليا في المادة (174) بقولها ان"المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية مقرها مدينة القاهرة"، ونص في المادة (176) على ان ينظم القانون كيفية تشكيل المحكمة ويبين الشروط الواجب توافرها في

(1) د. امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، لبنان ، طرابلس ، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2002، ص 114.

(2) د. ماجد راغب الحلو القانون الدستوري، الاسكندرية، مصر ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012، ص 11.

(3) ينظر المواد (58، 59، 60) من دستور فرنسا لعام 1958.

.....
اعضائها وحقوقهم وحصانتهم". وبناء على ذلك صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة (1979) والذي نص على ان " المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها مقرها مدينة القاهرة". أما في جمهورية العراق فسوف نتطرق الى الجهة المختصة بالقضاء الدستوري، بشئ من التفصيل وذلك في الفرع التالي.

الفرع الثاني

الجهة المختصة بالقضاء الدستوري في العراق

بعد التغيير الذي حصل في العراق في سنة 2003، و صدور قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، الذي حول شكل الدولة من دولة بسيطة الى دولة اتحادية، الامر الذي اقتضى تقاسم السلطة فيها بين الحكومة المركزية وحكومات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والبلديات والإدارات المحلية. وأصبح نظام الحكم في الدولة اتحادي، ديمقراطي، فدعت الحاجة الواقعية والقانونية والسياسية الى انشاء هيئة قضائية مستقلة مهمتها مراقبة دستورية القوانين والنظر في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية⁽¹⁾.

فاخذ هذا الدستور المؤقت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين وأناط هذه المهمة بالمحكمة الاتحادية العليا؛ حيث نصت المادة (44) منه في الفقرة (أ) على "يجري تشكيل محكمه في العراق بقانون وتسمى المحكمة

(1) في ظل دساتير العهد الملكي نص القانون الأساسي العراقي لعام 1925 في المادة (81) منه على إنشاء محكمه سميت المحكمة العليا. و في ظل دساتير العهد الجمهوري بقيام ثورة 14 تموز 1958 سقط النظام الملكي وكذلك القانون الاساسي العراقي لعام 1925، واختفت فكرة القضاء الدستوري في ظل دستور عام 1958 و دستور 4 نيسان 1963، و دستور عام 1964. وعاد القضاء الدستوري للظهور مجدداً في ظل دستور 1968، حيث اناط هذه المهمة بالمحكمة الدستورية العليا. ثم الغي هذا الدستور بصور دستور 1970 والذي لم ينص على إنشاء هذه المحكمه، مما دفع المختصون الى القول بان المحكمة فقدت سندها الدستوري. وبكل حال، المحكمة لم يكن لها وجود على ارض الواقع. وان تجارب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العهدين الملكي والجمهوري كانت متواضعة جدا ولم تؤسس لاية تقاليد دستورية ذات قيمة. وكان ذلك ما دفع بالقضاة ورجال القانون بعد سقوط النظام السابق إلى المطالبة بضرورة حماية استقلال القضاء وتقدير الرقابة على دستورية القوانين. لمزيد من التفاصيل ينظر، د. فوزي حسين سلمان الجبوري، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7 السنة 2/، ص 179 وما بعدها.

الاتحادية العليا." تختص بالرقابة على دستورية القوانين بالاضافة الى اختصاصات اخرى بينها الفقرة (ب) من المادة المذكورة. كما بينت الفقرة (هـ) منها كيفية تكوين المحكمة⁽¹⁾.

واستنادا الى النص الدستوري سالف الذكر، صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005، المعدل ونص هذا القانون في مادته الأولى على أن " تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد وتمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون". ثم جاء دستور (2005) وألغى قانون إدارة الدولة المؤقت، فأشار في المادة (92) منه إلى المحكمة الاتحادية العليا وعدها جزء من السلطة القضائية وهي هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً، وحرص الدستور على استقلال القضاة⁽²⁾.

فاستمر وجود هذه المحكمة كهيئة دستورية حتى بعد نفاذ دستور عام 2005، حيث أورد النص عليها وحدد اختصاصاتها، وأحيل إلى القانون تنظيم عملها واختيار أعضائها.

ومن الجدير بالذكر إن المحكمة تعرضت لانتقادات سواء ما يخص تكوينها او اختصاصاتها، على اساس انها أسست قبل صياغة الدستور العراقي النافذ لسنة 2005، ثم فقدت الاساس الدستوري لها بإلغاء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، وكان ينبغي أن تتأسس محكمة جديدة بعد صدور دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ، لكن المحكمة مستمرة، منذ ذلك الحين، رغم عدم وجود سند قانوني لاستمرارها. فذهب رأي من الفقه إلى القول، أن هذا يشكل خللاً من الناحية الدستورية ويشكك في مشروعية وجود المحكمة وقانونية الأحكام الصادرة منها ويبرر ذلك بانتفاء السند الدستوري لوجودها المتمثل بالمادة (44) من قانون إدارة الدولة العراقية ،حيث تم إلغاء هذا القانون إلغاءً صريحاً بموجب المادة (143) من دستور جمهورية

(1) ينظر المادة (44/ أ ، ب ، هـ) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية الملغي.

(2) كما هو مبين في المادة (87) منه والتي تنص على: «السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون» وما نصت عليه المادة (88) من الدستور بأن "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة".

العراق لعام سنة 2005⁽¹⁾. ويذهب رأي آخر إلى أن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، يعد أساساً شرعياً من الناحية الدستورية والقانونية لهذه المحكمة، لأنه مازال نافذاً استناداً لما جاء في المادة (130) من دستور 2005 التي نصت على أنه ((تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ أو تعدل وفقاً لإحكام هذا الدستور)) فضلاً عن أن المحكمة مارست اختصاصاتها عملياً وأصدرت أحكامها في القضايا المعروضة عليها⁽²⁾.

وتطرق دستور جمهورية العراق لعام 2005، للمحكمة الاتحادية العليا في المواد (92-94)، فنصت الفقرة (أولاً) من المادة (92) منه على:

"أولاً: المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً.

ثانياً: تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب).

وعند التمعن في قراءة الفقرة ثانياً من المادة (92) نلاحظ أن الدستور لم يحدد عدد أعضاء المحكمة الاتحادية إلا أنه اشترط تكوينها من قضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، محيلاً تحديد عددهم وطريقة اختيارهم وعمل المحكمة إلى تشريع يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب. وهذا قد يؤثر سلباً على عمل المحكمة، فالسلطة التشريعية يمكنها في أي وقت أن تعدل تكوين المحكمة وطريقة اختيار أعضائها للضغط عليها أو الانتقاص من استقلالها، لذا كان من الأفضل أن يحدد المشرع الدستوري عدد أعضاء المحكمة وطريقة وشروط اختيارهم ومدة ولايتهم بنصوص دستورية صريحة. أما بالنسبة للاختصاصات الممنوحة للمحكمة فقد حددتها المادة (93) من الدستور. إلا أن القانون الخاص بالمحكمة الاتحادية العليا المزمع صدوره، لم يشرح لحد الآن نظراً للجدل والخلاف الكبير في وجهات النظر بين شركاء العملية السياسية وتفاوت الآراء وتباينها في مجلس

(1) د. مها بهجت الصالحي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين بيت الحكمة ، ط1، بغداد ، 2008، ص 55.

(2) ينظر: مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام والقرارات، دار الضياء للطباعة ، النجف، 2007 ، ص126 . وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا بقرارها المرقم 37 / اتحادية / 2010.

النواب، فقد اخفقوا عن تشريع قانون المحكمة الاتحادية العليا وفقاً لما هو مرسوم في الفقرة (ثانياً) من المادة (93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، وحمل الاتفاق على تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 بموجب قانون التعديل الأول للأمر رقم 30 لسنة 2005 (قانون المحكمة الاتحادية العليا) وذلك في 18/3/2021.

ونصت المادة الأولى منه على: يلغى نص المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا ويحل محله ما يأتي:

المادة - 3 - "أولاً: أ. تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس ونائب للرئيس وسبعة اعضاء اصليين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (15) خمس عشرة سنة.

ب. للمحكمة اربعة اعضاء احتياط غير متفرغين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (15) خمس عشرة سنة.

ثانياً: يتولى رئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس المحكمة الاتحادية العليا ورئيس جهاز الادعاء العام ورئيس جهاز الاشراف القضائي، اختيار رئيس المحكمة ونائبه والاعضاء من بين القضاة المرشحين مع تمثيل الاقاليم في تكوين المحكمة وترفع اسماؤهم الى رئيس الجمهورية لاصدار المرسوم الجمهوري بالتعيين خلال مدة اقصاها (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ اختيارهم."

و بينت المادة الثانية من القانون المذكور إختصاصات المحكمة و أكدت على الاختصاصات المنصوص عليها في دستور العراق لسنة 2005⁽¹⁾. ومن بين هذه الإختصاصات الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور .

(1) ينظر المادة (93) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005. والمادة (2) من قانون التعديل الأول للأمر رقم 30 لسنة 2005، المرقم (25) في سنة 2021.

وتجدر الإشارة الى ان قانون التعديل السابق ذكره، هو الآخر لم يخلص من النقد وتعرض لإنقادات لا مجال لذكرها

المبحث الاول

ماهية الدستورية

أن الجهة المختصة بالقضاء الدستوري في الدولة، تتمثل مهمتها، بمواجهة الأحداث التي تتجدد والحاجات التي تتطور في المجتمع وتضع حلولاً مناسبة لها، والدستورية تتيح للقضاء الدستوري فرصة القيام بذلك. وبهذا أصبحت الدستورية من المبادئ المهمة في أي نظام قانوني معاصر. وللاحاطة بماهية هذا المبدأ، نقوم بتقسيم هذا المبحث الى المطلبين الآتيين: .

المطلب الاول

مفهوم وتطور الدستورية

لا شك أن علوية قواعد الدستور هو المصدر الأساسي لفكرة الدستورية. ويمكن القول ان الدستور بدأ بالظهور عندما ظهرت الدولة الحديثة وانتشرت أفكار الديمقراطية وسيادة القانون، فبعد الثورة الأمريكية التي قامت في عام 1776 والثورة الفرنسية في عام 1789، وظهور مطالب رواد الثورتين، بوجود دستور ينظم العلاقة بين سلطات الدولة. وكذلك ينظم علاقة الدولة مع الأفراد، ونادوا بعدم خضوع الشعب للحكام، وضرورة وجود تشريعات مقننة وفي مقدمتها دستور⁽¹⁾ يحكم الحكام والمحكومين.

(1) ومنذ عام 1989 ازدهرت عمليات بناء الدساتير وهناك نماذج مهمة، فبدأت البرازيل ببناء دستور جديد في عام 1998 تلتها كولومبيا عام 1991 والأرجنتين عام 1994. وشهدت أفريقيا بناء دساتير جديدة في (23) دولة، خصوصاً بعد صراعات داخلية في التسعينيات، ترافق ذلك بناء دساتير جديدة لدول أوروبا الشرقية في بولونيا والمجر ثم (التشيك والسلفواك كجمهوريتين مستقلتين) منذ عام (1993) ويوغسلافيا بأجزائها الستة لاحقاً واندمجت ألمانيا الديمقراطية بجمهورية ألمانيا الاتحادية عام 1991 والاتحاد السوفيتي السابق الذي تضمن (15) دولة، ودول اخرى عديدة.

فيكون الدستور على قمة الهرم القانوني في الدولة، وتظل الأحكام والمبادئ الواردة فيه تهيمن على عمل سلطات الدولة جميعها. مع هذا، لا بد من الإشارة إلى أن العديد من الدول الدكتاتورية كانت تمتلك دساتيراً، كما هو الحال بالنسبة لدولة ألمانيا في عهد هتلر وإيطاليا في زمن موسوليني وكذلك أنظمة العالم الثالث، لكنها كانت تمارس سلطة تعسفية. فإن الدستورية - كونها في جوهرها سلطة محدودة - تمثل نقيضاً للسلطات التعسفية التي يمارسها الدكتاتور. وتظهر معنى الدستورية من طبيعة الدولة بحد ذاتها، فيسعى المجتمع إلى وضع قيم في صميم نظامه السياسي، و السلطات و من ضمنها الحكومة عليها ان تضمن التطور المنظم لهذه القيم داخل الهيكل القانوني. ومع ذلك، فإن ثمة سلطة تؤدي بسهولة إلى تدمير تلك القيم في ممارسة غير مبررة للقوة. وبالتالي، يجب التحكم في عمل السلطات كضرورة لتحقيق قيم يؤمن بها المجتمع. وهذا ما يتحقق من خلال تطبيق الدستورية⁽¹⁾.

وقد تغير الدستور عندما تغيرت الدولة، حيث أحدثت الثورات تغييراً كاملاً في حياة الدول. على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي. فيرى (McIlwain)⁽²⁾، إن تتبع الظهور التاريخي للثورة في أمريكا و في فرنسا يأتي من الثورة الدستورية في العصور اليونانية القديمة حتى أوائل القرن العشرين، ثم امتلك الدستور مفهوماً حديثاً، حيث يشتمل على "صياغة واعية من قبل الشعب لقانونه الأساسي". واصبح مبدأ (سمو الدستور)

أما في آسيا فقد شهدت بناء دساتير جديدة منذ أواخر التسعينيات كأندونيسيا والباكستان والنيبال... الخ. ولاشك إن مرحلة الإزدهار الدستوري انعكست على دول عربية غير قليلة، وبعد الإطاحة بالنظام السابق في العراق في 9 نيسان (أبريل) 2003، بدأت مرحلة جديدة في الحياة الدستورية حيث تم سن "قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية" في 8 آذار 2004. ثم بدأت مرحلة الدستور الدائم عام 2005. للمزيد من التفاصيل ينظر، د. عبد الحسين شعبان، في الدستور والدستورانية و"الدسترة"، بحث منشور في مجلة قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية جامعة النهدين، العدد 62، السنة 12، 2020، ص 211 و 212.

(1) د. عبد الحسين شعبان، المصدر السابق، ص 211 و 212.

(2) McIlwain, Charles H. 1947 [1940]. Constitutionalism: Ancient and Modern. Ithaca, NY: Cornell University Press. P. 28-33

من المبادئ التي إهتم بها الفقه الدستوري حتى لو أغفلت الدساتير النص عليه، وهو من مميزات دولة القانون⁽¹⁾. بتعبير آخر، بدأت الدستورية في شكل بدائي في اليونان، ثم تم وضع بذرة الدستورية الحديثة، من خلال "نظرية الدستور الروماني التي تقول ان "الشعب وحده، مصدر كل القوانين"، ومن خلال تأثير قانون جستنيان، انتشرت بذرة الدستورية هذه إلى انكلترا بواسطة هنري براتون. وكان للمفكر السياسي جون لوك مساهمة محورية في تطوير النظرية الدستورية. كل ذلك كان الأساس لفكرة الحكومة الدستورية وقد تم ترسيخه في فلسفة مجتمع القرون الوسطى - وخاصة المبدأ القائل بأن كل السلطة مستمدة من الشعب - على اساس ان القانون الطبيعي يضع كل سلطة سياسية في الشعب، وبالتالي يجعل الدولة بكل آلياتها وكيلاً للشعب⁽²⁾. وبهذا فالدستورية: هي أيديولوجية ترى أن سلطة الحكومة مستمدة من الشعب ويجب أن تكون مقيدة بدستور يحدد ما يمكن للحكومة أن تفعله وما لا تستطيع ان تفعله. ولها تاريخ طويل ولامع يعود إلى آلاف السنين. وشهدت العقود الاخيرة انتشار فكرة الدستورية، وبشكل كبير بظهور عقيدة الفصل الوظيفي بين السلطات، وسرعان ما أصبحت مهيمنة. فبالنظر إلى غاية الدستور، فإن المعنى الذي ساد بين الفقه الدستوري في القرن التاسع عشر ولغاية منتصف القرن العشرين، جاء متأثراً بمضمون المادة (16) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789⁽³⁾، التي تظهر لنا أن الدستور لا وجود له عندما ينتقي شرطين أساسيين في تكوين المجتمع وهما: مبدأ فصل السلطات و ضمانة الحقوق⁽⁴⁾. فقد حدد هذان المبدئان الدستورية⁽⁵⁾، ومع ملاحظة أن التركيز كان في بداية الأمر على

(1) د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، 1992، ص53.

(2) Tamanna Akther Suma, The constitution and Constitutionalism. Posted on the website: <https://www.researchgate> , date of visit 20/ 7/2023.

(3) للمزيد من التفاصيل راجع، د. أمين عاطف صليبيا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2002، ص57. ود. مصطفى محمد عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية، جامعة عين شمس، الكويت، 1998، ص14 . 17.

(4) من نص المادة (16) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 يمكن إستخلاص مقالة (كل مجتمع لا تتوفر فيه ضمانات الحقوق ولا يقر بمبدأ الفصل بين السلطات لا دستور له).

(5) Richard Bellamy, constitutionalism in transformation, Blackwell publisher, USA, 1996, p.24.

مبدأ الفصل بين السلطات بالدرجة الأولى، وحماية حقوق المواطنين وحررياتهم بالدرجة الثانية، إلى أن التصور حول مبدأ الدستورية قد تغير بفعل الفكر الثوري الفرنسي وبدأت النظرة تتغير ألى الدستور لتشمل البعدين معاً أي (فصل السلطات والحرريات). وقد أصبح في السنوات الأخيرة يقال إن الحقوق تشمل العنصر الأساسي في الدستورية⁽¹⁾.

بناءً على ذلك، فإن (الدستورية) صارت مبدأً أساسياً تقوم عليه دولة القانون كونه يجعل جميع سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية تحرص على العمل بأحكام الدستور وأثناء أدائها لمهامها، فالسلطة التشريعية حينما تصدر تشريعات متوافقة مع أحكام ومبادئ الدستور، يبرز دورها في ترجمة فلسفة الدستور والحرص على العمل ضمن حدوده، والسلطة التنفيذية عندما تنفذ المبادئ الدستورية في رسم السياسة العامة في الدولة فهي تقوم بدور لا يقل عن السلطة التشريعية. والسلطة القضائية تتقيد بالدستور من خلال عدم أمتناع القاضي عن البت في أية قضية معروضة أمامه بحجة عدم وجود قاعدة قانونية لتطبيقها على النزاع، وكذلك إلتزامه بالإمتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور سواء وجد دفع بذلك أم من تلقاء نفسه؛ فبدون رقابة القاضي لدستورية القوانين، فإن حماية أحكام الدستور تصبح مهددة و تفقد سيادة الدستور معناها⁽²⁾. فضلا عن الدور الكبير الذي يمارسه القاضي الدستوري في بث الحياة في نصوص الدستور من خلال تفسيراته.

فالدستورية يقصد بها إلتزام الدولة بحكامها ومحكومياتها بالمبادئ والقواعد التي تثبت في الوثيقة الدستورية. وهي الإعتقاد الداعم للدستور بوصفه ينظم السلطة السياسية بصورة لا يمكن إستعمالها على نحو تعسفي⁽³⁾. وتظل الدستورية في حالة تغير مستمر وديناميكي وتقدمي⁽⁴⁾ فتشمل ضرورة تطوير نصوص الدستور وهذا ما

(1) Richard Bellamy, op, cit, p.24.

(2) د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دارالنهضة العربية، القاهرة، 1993، ص11.

(3) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص161. 162.

(4) يقدم الدستور الهندي لعام 1949 المعدل في 2016، مثلاً نموذجياً على ديناميكية مبدأ الدستورية فرغم انه يجعل الدستورية شرطاً مسبقاً لحكومة هندية محدودة، فالحكومة تتحمل المسؤولية الأكبر عن تنفيذ الدستورية من خلال التقييد الذاتي، الا انه تسعى

كان سبباً في ظهور فكرة الدستور الحي. فالوجود الحقيقي لهذه الفكرة في الفقه الدستوري، يمكن ان نُؤشر بداياتها منذ تصاعد الجدل حول الكتاب الذي نشره البروفيسور (Howard Lee McBain)، استاذ القانون في جامعة كولومبيا الامريكية، تحت عنوان "الدستور الحي" سنة 1927، ويعد أول مؤلف يخصص لمناقشة الفكرة على طاوله الفقه الدستوري بشكل متكامل بعد ذلك تناولت المؤلفات البحث في الفكرة ذاتها⁽¹⁾. فظهرت اتجاهات فقهية، بعضها يعارض فكرة الدستور الحي والبعض الاخر يؤيدها وينادي بها:

فالالاتجاه الفقهي المعارض للفكرة يسمى في الفقه بالمدارس الأصولية السلفية (**Originalism**) ، يتبنى هذا الاتجاه وهو الاسبق في الظهور، فكرة تفسير النصوص على وفق المعاني التي تم وضعها تحديدا واضعوا النص انفسهم، وهذا ما ظهر واضحا في آراء جيمس ويلسون (James Wilson)⁽²⁾، بأن " القاعدة الأولى والحاكمة في تفسير القانون تتمثل بالعودة لنية واضعي ذلك القانون." اما الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الدستور الحي، فينظر الى معاني الدستور، بناء على المبادئ المتوافق والمتعارف عليها بين الناس في لحظة

ديباجة الدستور إلى ان تؤمن لجميع المواطنين: العدالة وحرية الفكر وما يضمن كرامة الفرد، فتعمل هذه القيم معاً على تعزيز الدستورية. و إن دور القضاء محوري في هذه العملية. ففي عام 1950، عندما طُلب من المحكمة تفسير تعبير "الإجراءات القانونية الواجبة"، الواردة في المادة (21) من الدستور ، فسرتة المحكمة بشكل ضيق. ثم عادت المحكمة إلى هذا التفسير للمادة 21 في قضايا لاحقة وأبرزها(أر. كوبر R.C. Cooper v. Union of India, A.I.R. 1970 S.C. 564)ومانيكا غاندي (Maneka Gandhi v. Union of India, A.I.R. 1978 S.C. 594). واعطت تفسيراً واسعاً بأن "الإجراء المنصوص عليه في القانون" يمكن أن يشمل العدالة والإنصاف والمعقولة. وهكذا تستخدم المحكمة سلطاتها في الرقابة القضائية ، لمزيد من التفاصيل ينظر،

Babie, Paul T., and Arvind P. Bhanu. The Form and Formation of Constitutionalism in India. Posted on the website: <https://doi.org/10.3390/laws11020033> .date of visit 27/7/2023

(1) Howard Lee McBain , "The Living Constitution. A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law" The MacMillan Company, New York. 1927 .11 .Stone, Ivan.

(2) استاذ القانون في جامعة بنسلفانيا وهو أحد الموقعين على اعلان الاستقلال ووثيقة الدستور الأمريكي.

تاريخية معينة مثل اللحظة المعاصرة. فيقول اميل دوركهايم⁽¹⁾. وهو من انصار هذا الاتجاه . ان القاعدة الحقوقية لم تعد تبدو كشيء ثابت وشبه مقدس إذ إنها متغيرة ومتحركة كالمجتمعات البشرية التي تعبر هذه القواعد عن تطلعاتها تعبيراً كاملاً⁽²⁾. وفي هذا الشأن ايضا، يذكر الفقه الفرنسي إن القاضي الدستوري يفسر الدستور تفسيراً واسعاً، فقد ذكر الفقيه الأستاذ (Dominique Rousseau)، أن الدستور بإعتباره يوضع بواسطة رجال فيبقى مجرد وثيقة والقاضي الدستوري يلتزم بلحظة معينة بتحديد مضمون النص الدستوري، إلا إن الثبات على نفس المعنى لا يظل دائماً، فكلمة المساواة مثلاً، كانت تعنى في البداية المساواة بين الرجال، ثم أخذت تعني المساواة بين الرجال والنساء، ثم اخذت معنى المساواة بين المواطنين والأجانب، فالكلمة لم تتغير إلا أن معناها تطور مع تطور طرق التفكير⁽³⁾. وفي هذا أوجد المجلس الدستوري الفرنسي مبادئ معينة في ضوء التفسير المعاصر لنصوص الدستور وأطلق عليها المبادئ الضرورية للعصر كالحق في الإضراب.

بالنسبة للفقه المصري، فيرى أن تفسير الدستور متنوع ومتطور إستجابةً من القضاء لتغيير الظروف لكي لا يكون النص الدستوري بمثابة قالب جامد إنما يعبر عن الحقائق الخالدة. ويجب أن يحمل القاضي الدستوري معنى النص على النحو الذي يكون أكثر إستجابةً للحاجات المتطورة والاتجاهات المتغيرة في المجتمع⁽⁴⁾.

ويرجع هذا الاختلاف الفقهي، الى الاختلاف حول اعتناق فلسفة محددة للدستور، فيميل الفريق الأول، نحو اعتبار الدستور وثيقة لتقييد السلطات السياسية وجعلها تتحمل المسؤولية السياسية الكاملة أمام مواطنيها، إذ يرى ان واضعي الدستور يؤمنون بأن الدستور موجود ليس فقط لوصف نظام الحكم، ولكن لديه وظيفته الأساسية

(1) اميل دوركهايم (15 ابريل 1858 - 15 نوامير 1917) فيلسوف وعالم اجتماع فرنسي.

(2) للمزيد من التفاصيل لهذين الأتجاهين، يراجع، د. فوزي محمد نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط1 دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 ص 49 .

(3) انظر مقالة: Dominique Rousseau مشار إليه في د.مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، 2003، ص62.

(4) ينظر كل من: د. مصطفى محمد عفيفي، المصدر السابق، ص40. وفي نفس المعنى د.رمزي الشاعر، النظام الدستوري، المصدر السابق، ص497. ود. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1960، ص8 وما بعدها.

التمثلة في تقييد ممارسة السلطة السياسية وضمان عدم تجاوز السلطات السياسية على حقوق وامتيازات المواطنين، لذلك هم يفضلون الاكتفاء بما هو محدد بالدستور في وقت وضعه، وعدم السماح للحكومة أو القضاء تبني تفسيرات واقعية جديدة رغم وجود امكانية الاعتراف بحقوق جديدة للمواطنين. في حين يعتنق الاتجاه الثاني . ونحن نؤيده . فلسفة كون الدستور هو وثيقة للحقوق والحريات بالدرجة الأساس، أي أن الجانب الغالب فيها والغرض الاساس منها هو تأمين أكبر قدر لازم من الحقوق والامتيازات والحريات لمواطني الدولة. وإن دور القضاء محوري في تعزيز فكرة الدستور الحي، فالدستورية التي يسعى القضاء لتحقيقها تؤمن بالتطورات السريعة التي تستجيب لإرادة وتطلعات الناس. وإن القضاء الدستوري المقارن يمارس الآن دورا واضحا في ترسيخ مبادئ الدستورية الحديثة من خلال التفسير التطوري لنصوص الدستور⁽¹⁾.

وبناً على ذلك كله، نقول إن الدستورية تعني سيادة حكم الدستور وضمان التطبيق المستمر لنصوصه.

المطلب الثاني

المبادئ التي تقوم عليها الدستورية

لغرض بيان المبادئ التي تقوم عليها الدستورية أرتأينا ان نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع فرعين، في الفرع الاول نبين مبدأ سيادة الدستور وفي الفرع الثاني نتطرق الى مبدأ استقلال القضاء، اما الفرع الثالث سنوضح دسترة الحقوق والحريات.

الفرع الاول

مبدأ سيادة القانون

سيادة القانون تعني التزام الدولة بأكملها من افراد وسلطات، باحترام القانون. واصبح مبدأ سيادة القانون من المبادئ الاساسية لترسيخ دولة القانون. وتضمنته دساتير غالبية الدول، لإضفاء الحماية عليه. كدستور

(1) سنتناول موقف القضاء الدستوري من التفسير التطوري للدستور ، في المبحث الثاني من هذا البحث، ص15 و ما بعدها.

.....
جمهورية العراق لسنة 2005 الذي نص على المبدأ في المادة الخامسة منه وعده من المبادئ الاساسية⁽¹⁾.
فيقصد بهذا المبدأ: قيام سلطات الدولة الثلاث، التنفيذية والتشريعية والقضائية باحترام القواعد والاليات التشريعية
والقانونية النافذة، ويشمل ذلك بالتأكيد الدستور والقوانين والانظمة الصادرة عن السلطة التنفيذية بشرط توافيقها مع
القانون والدستور⁽²⁾.

فالالتزام بالقانون يمنح المشروعية للاعمال والتصرفات الصادرة عن السلطات العامة في الدولة. وبخضوع
سلطات الدولة للمشروعية ، يتم ترسيخ مبدأ سيادة القانون. والدولة في العصور القديمة لم تكن تخضع للقانون،
بالذات في الدول التي سادت فيها الانظمة الدكتاتورية والمستبدة. اما الدول الحديثة التي تقوم على اساس ترسيخ
مبادئ الديمقراطية وتسعى نحو تحقيق دولة القانون؛ لابد أن يكون شعارها حكم القانون و بتعبير آخر، ان لا
أحد فوق القانون مهما كانت مكانته. فالعلاقة اذاً بين المشروعية وسيادة القانون وثيقة، ومعنى ذلك أن سيادة
القانون تعني وجوب ان تتحقق المشروعية في كل مرة يحصل فيها تطبيق للقانون⁽³⁾.

من جانب آخر اصبح مبدأ سيادة القانون من المبادئ المهمة لتحقيق الدستورية. فسيادة القانون تتناسب
طرديا مع الدستورية؛ حيث كلما كان حكم الدستور - بكونه القانون الأعلى في الدولة - سائدا، كلما كانت
الدستورية مصانة. وعلى العكس من ذلك، تنعدم الدستورية و تخنفي مع وجود الالتفاف حول نصوص الدستور
والخروج عن احكامه. فكما ذكرنا سابقا ان مجرد وجود الدستور لا يعني توفر الدستورية، فالاخيرة هي نظرية
سياسية معيارية تؤكد أن جميع ممارسات السلطة الحكومية، سواء كانت تمثل إرادة شخص واحد أو نخبة أو

(1) تنص المادة (5) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على "السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها...".

(2) د. عيسى تركي خلف، مبدأ سيادة القانون وأثره في مكافحة الفساد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 9،
العدد خاص، 2020. ص 187 و 188.

(3) د. ظافر مدحي فيصل ود. ظريفي نادية، ضمانات مبدأ سيادة القانون، مجلة العلوم القانونية/ كلية القانون - جامعة بغداد /
العدد الخاص بمؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان "الاصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول" للمدة 13-
2018/11/14 ، ص 289.

أغلبية ساحقة من المواطنين، تخضع لقيود موضوعية مهمة⁽¹⁾. ومن الجدير بالذكر أنه ولكي تتحقق السيادة للدساتير وان تنجح وتستمر، لا بد أن تتوافق مع الأعراف والتقاليد المنبثقة من الشعب، وأن تكون استجابة حقيقية لرغباتهم وغاياتهم، وأن يكون الدستور الوسيلة التي تمكن كل جيل من ان يحكم نفسه بنفسه⁽²⁾.

ولكي يسود حكم القانون لا بد من وجود رقابة دستورية، تتمثل بالرقابة القضائية على دستورية كل القوانين، فهذه من الضمانات المهمة لتحقيق سيادة الدستور لمنع كل محاولات الاستبداد. فيحق للسلطات القضائية مراجعة القوانين والقرارات التنفيذية لمعرفة مدى دستورتيتها. فعلى سبيل المثال: في أمريكا أعطى الدستور الأمريكي المحكمة العليا الحق في النظر في أي قانون أو قرار إداري والتأكد من دستوريته، وفي العراق، تمارس المحكمة الاتحادية العليا الرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة الصادرة عن سلطات الدولة، بموجب الدستور.

الفرع الثاني

مبدأ إستقلال القضاء

لا شك انه بدون التنفيذ الصحيح لنصوص الدستور يصبح مجرد وثيقة شكلية. وإن تطبيق الدستور يتطلب وجود سلطات قضائية مختصة ومستقلة تعمل على إحترامه وصيانته. وبذلك فإن أغلب دساتير العالم تشير الى مبدأ استقلال القضاء كمبدأ أساسي لبناء دولة القانون، واستقلال القضاء يعني: تحرر السلطة القضائية من أي إعتداء أو تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم خضوع القضاء لغيرالقانون⁽³⁾. فواجب القاضي في حماية الدستور يقتضي منه أن يكشف عن إرادة المشرع الدستوري على الوجه الصحيح، ولا يمكن

Murphy, Constitutionalism, International Encyclopedia of the Social & Behavioral W.F. (1) Sciences, 2001. Posted on the website: <https://www.sciencedirect.com/topics/social-3.202sciences/constitutionalism> ,Date of visit 18/8/

(2) محمد عبد الرحمن بالروين، من مفهوم الدستورية، (ب. م. ن)، 2011، ص12.

(3) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص275.

أن يؤدي هذا الواجب و إستخلاص هذه الإرادة إلا إذا كان كامل الحرية وغير خاضع لتدخل الجهات الأخرى. إلا أن هذا الاستقلال لايعني التحكم والإستبداد، بل يعني خضوع القاضي لضميره وإقتناعه السليم والحر⁽¹⁾.

وقد ورد مبدأ استقلال القضاء في المواثيق الدولية بإعتباره من الحقوق الإنسانية، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام 1948 حرص على هذا المبدأ و أشار اليه، في المادة العاشرة منه والتي تنص على إن (لكل شخص الحق في محاكمة منصفة علنية أمام محكمة مستقلة ومحيدة). وكذلك في العهدين الدوليين لعام 1966 تم التأكيد على المبدأ، وأثمر عن المؤتمر العالمي لاستقلال القضاء في مونتريال بكندا 1983 إعلان عالمي لاستقلال القضاء .

في العراق حصل القضاء على استقلاله من السلطة التنفيذية، على وفق أمر سلطة الإئتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (35) لسنة 2003، الذي تم بموجبه إنشاء مجلس القضاء الأعلى بعد أن كان القضاء تابعاً لوزارة العدل. والدستور العراقي النافذ أكد على استقلال القضاء في الفصل الخامس من الباب الثالث منه في المواد (87 لغاية 101)، إختصت منها المواد (92، 93، 94) بالمحكمة الاتحادية العليا. ولسانير أغلب الدول لم تخلُ من النص على هذا المبدأ، كالدستور الفرنسي عام 1958 ودستوري مصر لعام 1971، وعام 2014⁽²⁾. بناءً على ما تقدم يمكن القول ان، ثمة إرتباط وثيق بين استقلال القضاء وحماية الدستورية، وكلما كان القضاء مستقلاً كلما كان الدستور مصاناً. وهذا يعني ان استقلال القضاء يعد ضماناً أساسية لحماية الدستور ومبدأ الدستورية.

(1) د. محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مطبعة أطلس، القاهرة، 1968، ص209-211.

(2) ينظرالمادة (64) من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمواد (165 ، 166) من الدستورالمصري عام 1971 الملغي، والمادة (184) من دستور مصر لعام 2014.

الفرع الثالث

دسترة الحقوق والحريات

الحق هو المصلحة المستحقة والقانون هو الذي يقرر هذه المصلحة⁽¹⁾. والحق أيضاً هو قدرة إرادية يعترف بها القانون للغير ويكفل حمايتها أو هو ما يستطيع الفرد العمل به في إطار الشرعية القانونية⁽²⁾. أمّا الحرية في أبسط معانيها هي قدرة الإنسان على القيام بما يريد دون وجود إرغام خارجي. وفي معناها العام، فالحرية تعني أن يتصرف الإنسان وفقاً لإرادته وطبيعته⁽³⁾. ولا بد من الإشارة إلى أن دساتير معظم دول العالم على اختلاف أيديولوجيتها وأهدافها لا تنشئ الحقوق والحريات بل تقرها، إلا أنها عملت على أن تتضمن العديد من النصوص حول هذه الحقوق والحريات. فإذا كان الهدف من وضع القواعد القانونية هو حماية حق الفرد وحرية من كل إعتداء وترتيب جزاءات على كل إنتهاك، فأن وضع القواعد الدستورية تكون لتأكيد ضمانات لهذه الحقوق والحريات، وهذه الضمانات هي في حقيقة الأمر مبادئ، كمبدأ عدم رجعية القوانين والقانون الأصلح للمتهم وغيرها من المبادئ التي تحقق هدف كل مجتمع يصون حقوق الإنسان الطبيعية والخالدة والمتمثلة أساساً في الحرية والملكية والأمن.

وتجدر الإشارة أيضاً الى ان فكرة حقوق الإنسان في المجال الدستوري وصلت إلى ما هي عليه الآن بشكل تدريجي وإختلف ذلك من دولة لأخرى باختلاف أنظمة الحكم والنظم الدستورية السائدة فيها وعلى أثر إختلاف ما جرى فيها من أحداث سياسية. فعلى سبيل المثال لعبت الثورات الإنسانية الكبرى التي كانت ذات أبعاد عالمية دوراً كبيراً في تحرير الشعوب من إستبداد السلطات الدكتاتورية (كالثورة الأمريكية والثورة الفرنسية). وبهذا اشتملت غالبية الدساتير الغربية على الكثير من الشعارات التي نادى بها رجال تلك الثورات. ففي إنكلترا

(1) لقد عرف فقهاء القانون الحق تعاريف عديدة ومتباينة وذهبوا في ذلك مذاهب شتى، إلا أن التعريف الموضوعي له يتمثل بأنه "مصلحة يحميها القانون. ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، القاهرة ، دار المعارف، 1967، ص5.

(2) جعفر كاظم المالكي، مفهوم الحق في القانون، منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: www.mohamah.net تاريخ الزيارة 2023/8/12 .

(3) د. خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2005، ص14.

وعلى أثر ثورات شعبية دفعت السلطات القائمة حينذاك على وضع وثائق ذات طبيعة دستورية تنطوي على المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان والتي من أهمها العهد الأعظم التي صدرت عام 1215. وعلى الرغم من إن دستور أمريكا الفدرالي عام 1787 لم يتضمن أية إشارة إلى حقوق الأفراد لأن الدولة الفدرالية لم تكن مدعوة لإقامة علاقات مع المواطنين بشكل مباشر، إنما ينظم علاقة الدولة الفدرالية مع الدول الأعضاء. لكنه لم يبقى على حاله بل وردت عليه تعديلات عديدة سميت بالتعديلات العشرة الأولى وتلتها تعديلات أخرى وجميعها نصت على حريات أساسية للإنسان. أما في فرنسا وعلى أثر نجاح الثورة فيها عام 1789، صدرت العديد من الإعلانات التي حرصت على التقييد بمبادئ حقوق الإنسان، وكان أهمها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي عام 1789 وجاء هذا الإعلان بمثابة إعلان عالمي لجميع البشر وليس للفرنسيين فحسب. وفي عام 1791 صدر الدستور الفرنسي وألحقت به نصوص هذا الإعلان، ثم صدرت إعلانات جديدة للحقوق في فرنسا وألحقت بدساتيرها⁽¹⁾. وحول دسترة حقوق الإنسان على صعيد الدول العربية، فقد حصلت معظم هذه الدول على استقلالها بعد الحربين العالميتين⁽²⁾، وإن غالبية الدساتير العربية متشابهة وقريبة من حيث المضمون مما جاء بشأن حقوق الإنسان في الدساتير الغربية. وقد خصص دستور جمهورية العراق لسنة 2005، الباب الثاني منه للحقوق والحريات في (46) مادة تضمنت الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك الحريات الأساسية للإنسان.

والقاضي الدستوري يراقب التشريعات فيما إذا خرجت عن الحدود المرسومة للمشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات، ودخلت دائرة الإنتقاص المحظور والمخالف للدستور، فضمنان الحقوق والحريات يتم من خلال الرقابة الدستورية. والاتجاه الذي أخذ به القضاء الدستوري في مصر و فرنسا وأمريكا يوسع من مفهوم الحرية

(1) م. أمال عبد الجبار، حقوق الإنسان، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، www.Uotiq.org تاريخ الزيارة 2023/12/15، ص17.

(2) سعت منظمة الأمم المتحدة إلى معالجة ما دمرته هاتان الحربان بإصدار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 والذي ركز على الحريات الفردية وعدم مصادرتها.

الشخصية⁽¹⁾. وفي هذا السياق لا ينكر أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق مارست دوراً هاماً في مجال حماية الحقوق و الحريات و أصدرت الكثير من القرارات في هذا الشأن أثناء قيامها بالرقابة على دستورية القوانين⁽²⁾، ولكن في قرارات أخرى يظهر دورها السلبي في حماية الحقوق⁽³⁾. ويظهر أنها لم تتجاوز التطبيق الحرفي لنصوص الدستور ولم تمارس دوراً إنشائياً يعالج أمور الحياة المتطورة و يضمن تحقيق أكثر للعدالة⁽⁴⁾، ونحن نأمل بأن المحكمة و بعد ان منحت لنفسها حق التصدي⁽⁵⁾ . لأبي نص تشريعي يتعلق في النص محل الطعن . لها ان تزيد من فعالية دورها في حماية حقوق وحرريات الافراد .

(1) للمزيد من التفاصيل ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، المصدر السابق، ص143.

(2) كالقرارات التي أصدرتها في مجال حماية حق السفر والتنقل، الذي يقصد به حق الفرد في مغادرة بلده والعودة إليه متى شاء.

لمزيد من التفاصيل ينظر، د. سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، دار الثقافة، عمان، 2009، ص179.

(3) و خير مثال على ذلك، رأي المحكمة حول تفسير المادة (76) من الدستور الذي يبرز دورها السلبي في حماية حق الناخب السياسي، وقد اثار جدلاً بين المختصين، لأن تفسير المحكمة لم يكن ضمن أي إطار قانوني و دستوري. ينظر رأي المحكمة الاتحادية العليا رقم 25 / اتحادية / 2010 في 25 / 3 / 2010 مأخوذ من الانترنت عبر الموقع الرسمي للمحكمة: www.thefedralsupremecourt.iraq.com، تاريخ الزيارة 2022/12/13.

(4) رغم ان نوع الرقابة التي تمارسها المحكمة هي رقابة إلغاء، ولكن لا تستطيع مباشرتها من تلقاء نفسها وإنما بناء على طلب مقدم من قبل المحاكم الأخرى، أو جهة رسمية، أو مدع ذي مصلحة، كما جاء في المادة (41) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة . 2022. وهذا سينعكس سلبي على دورها بحماية حقوق الإنسان، فتبقى عاجزة عن إلغاء العديد من القوانين والقرارات المتعارضة مع الدستور لعدم ورود الطلبات من الجهات المخولة، ولذلك هناك العديد من قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل ما زالت نافذة بموجب المادة (130) من الدستور التي تنص على "تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تلغ أو تعدل، وفقاً لإحكام هذا الدستور".

(5) تنص المادة (46) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، رقم (1) لسنة 2022، على إنه " عند النظر في الطعن بعدم دستورية نص تشريعي ان تصدى لعدم دستورية أي نص تشريعي آخر يتعلق في النص المطعون فيه."

المبحث الثاني

الدستورية أمام القضاء الدستوري

يؤدي القضاء الدستوري الدور الاساسي في تحقيق الدستورية من خلال تفسير الدستور تفسيراً تطورياً والذي يتيح له التحول عن بعض أحكامه السابقة. عليه ولبيان ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين: نتناول في المطلب الأول، موقف القضاء الدستوري من التفسير المتطور لنصوص الدستور. ونتناول في المطلب الثاني، الدستورية و التحول القضائي الدستوري.

المطلب الأول

موقف القضاء الدستوري من التفسير المتطور

نظرية التفسير المتطور للدستور تجعل منه عملاً مستمراً يواكب طبيعة الحياة المتطورة. وقد لاقت إهتماماً بين الفقه والقضاء الدستوري، بسبب التطورات التي تحدثت بعد وضع الدساتير. و تطوير التفسير يقصد به: كل حالة أو حادث مستجد أو ظرف متغير يظهر في الواقع ويقضي بالضرورة تطوير التفسير السابق للنص الدستوري على نحو مغاير، سواء بتوسيع أو تضيق نطاقه أو تغيير دلالاته⁽¹⁾. والقاضي الدستوري يجعل النص يكسب مع الزمن معناً جديداً أو يطبق على حالات جديدة وهذا هو أساس التفسير المتطور للدستور⁽²⁾. فالهدف من التفسير هو، بيان معنى النص الدستوري والكشف عن دلالاته. بينما الهدف من تطوير التفسير هو، الإتيان بحل دستوري لأحداث مستجدة وظروف متغيرة، وذلك بإلحاقه بإطار التفسير الدستوري السابق ونطاقه، أمّا إذا أدى سبب التطوير ونتيجته إلى نسخ أو إلغاء نتيجة التفسير السابق فيكون تغييراً للتفسير.

(1) د.علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص223.

(2) عادل عازر، التفسير التشريعي وأثره على الماضي، منشور على الموقع www.books.google.iq تاريخ الزيارة 2022/12/13.

بعبارة أخرى فإن أي توسعة في أسباب الحكم أو ظروفه هو تطوير للتفسير، أما تبديل فقرة الحكم في القرار التفسيري السابق يكون بمثابة تغيير للتفسير⁽¹⁾.

وكما هو شأن فقهاء وفلاسفة القانون، اختلف القضاء حول تفسير الدستور تفسيراً متطوراً، إذ بين مؤيد ومعارض للفكرة، تراوحت أحكامهم وتباينت آراؤهم في البدء حول مشروعية الفكرة. بالنظر لفلسفة وضع الدستور، وإمكانية تطبيقها. وظهر اتجاهين في صدد ذلك نوضحهما في الفرعيت التاليتين:

الفرع الاول

الاتجاه القضائي الراض لفكرة التفسير المتطور لنصوص الدستور

ان التفسير المتطور لم يكن مقبولاً بادئ الأمر، فقد رفض جانب من القضاء الدستوري تبني فكرة التفسير التطوري للدستور، وهذا ليس مستغرباً أمام عدم اقرار القضاء الدستوري باختصاصه أصلاً بتفسير نصوص الدستور، فبالنسبة للقضاء الدستوري في مصر، على سبيل المثال، قد أكدت المحكمة الدستورية العليا عدم إمتدادها لتفسير نصوص الدستور، وذلك في المادة (26) من قانون إنشائها المرقم (48) لسنة 1979⁽²⁾. وأمام صراحة نصوص الدستور وكذلك نصوص قانون انشاء المحكمة، ليس لها الاختصاص الأصلي بتفسير الدستور تفسيراً ملزماً، إلا أن المحكمة تقوم بتفسير نصوص الدستور أثناء قيامها بالرقابة الدستورية، فلا يمكن فحص دستورية القانون دون فهم محتواه وفهم محتوى النص الدستوري الواجب التطبيق أيضاً، وهذا ما سارت عليه المحكمة في

(1) د.علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، المصدر السابق، ص223.

(2) نصت (26) من قانون المحكمة على أنه "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير النصوص التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور ..."

قضاؤها⁽¹⁾، فضلاً عن إن الدستور لم يمنع قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الدستوري بالطلب الأصلي، صراحةً⁽²⁾.

فقد ثار الجدل سابقاً في الفقه الدستوري حول عدم صحة اختصاص المحاكم الدستورية في تفسير الدستور من خلال طلبات التفسير المباشرة، بالإضافة الى ذلك، قد استند الاتجاه المعارض للتطوير القضائي لتفسير الدستور، على عدة مبررات تتمثل في منع القاضي الدستوري من الخروج عن مجال اختصاصه المتمثل في رقابة دستورية القوانين. وحتى لا يكون التفسير حجّةً لمحاولة تعديل الدستور دون مراعاة إجراءات التعديل الرسمية واحترام إرادة المشرع الدستوري، فالقاضي وهو بصدد القيام بمهمة التفسير ليس من شأنه تقرير ملائمة القانون أو عدم ملائمته.

وبعد أن تم منح القضاء الدستوري الاختصاص بتفسير الدستور، قد وضع هذا القضاء قيوداً على اختصاصه هذا، كتعبير عن خطواته الخجولة الأولى نحو تفسير الدستور⁽³⁾.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية، كان القاضي سكاليا . أثناء رئاسته للمحكمة العليا الأمريكية . يرى ضرورة تمسك القضاة بالمعنى العام للكلمات الواردة في الدستور سواء أكانت موجودة في متنه أم ضمن التعديلات التي ترد عليه، وكما فهمها الناس في وقت الاتفاق على الدستور، كما انه لم يتوانى عن نشر افكاره على زملائه من القضاة وأساتذة القانون حول ضرورة محاربة فكرة الدستور الحي أو الدستور المواقب للتطور، وكان يصرح أن الدستور الأفضل هو الدستور الميت (the good constitution is the dead. constitution) ، ويلمخس المشكلة في فكرة الدستور المواقب (المتطور)، بأن "تقرير حقوق جديدة وفقاً لتفسيرات جديدة هو مسؤولية

(1) د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية بالطلب الأصلي بالتفسير، دارالنهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 40 وما بعدها.

(2) دستور عام 2014 نص في المادة (192) منه على إختصاص المحكمة بتفسير النصوص التشريعية، ولم ينص صراحةً على اختصاصها بتفسير الدستور.

(3) وفي هذا الإطار بينت المحكمة الدستورية في الكويت في إطار اختصاصها بتفسير نصوص الدستور، بقولها " أن دورها في إطار ما عقدها من اختصاص في هذا الشأن يقتصر في المقام الأول على تفسير نصوص الدستور وفق ضوابط محددة ترد إلى صياغة هذه النصوص ودلالاتها والاهداف المقصودة منها". للمزيد من التفاصيل ينظر: ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد(27)، العدد (1)، 2019، ص 449.

هائلة لا يمكن ان توضع على عائق تسعة محامين ولا حتى ثلاثين، في ظل النظام الديمقراطي " وكان يعتقد اعتقاداً شديداً بأن الدستور ثابت المعنى وغير قابل للتعبير الا بطريق التعديل الدستوري، وعلى هذا الأساس اتسمت الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية في زمن تولي (القاضي سكاليا) رئاسة المحكمة، بأنها اعتمدت منهج التفسير السلفي الأصولي (الحرفي). وللمحكمة قرارات حول مسألة اقتناء السلاح وحمله بموجب التعديل الثاني للدستور الأمريكي ، وقد صدر أول قرار المحكمة الأمريكية العليا حول قضية تنظيم اقتناء الاسلحة الشخصية وفقاً لهذا التعديل في العام 1939 في قضية (United States v Miller)، وفيها قررت المحكمة حق السلطة المركزية في تنظيم عملية اقتناء الاسلحة وحملها من قبل القوات النظامية اللازمة لحماية الولاية، واستمر هذا التفسير نافذاً بهذه الصيغة حتى قضية مقاطعة كولومبيا ضد ميلر، حيث تبنت المحكمة تفسيراً بالعودة إلى الترجمة النصوية لمعاني كلمات التعديل⁽¹⁾.

في حين ترى جماعة أخرى من القضاة وهم من رواد فلسفة الأصولية، لتبرير تمسكهم الحرفي بنصوص الدستور وإرادة المؤسسين . أمثال القاضي(وليام رينكوست) (رئيس المحكمة العليا 1986 – 2005) . أن تدخل القضاء بإصدار قرارات قضائية لا تستند إلى نصوص الدستور الواضحة كما وضعها المؤسسون، يعد خرقاً لمبدأ حكم الأغلبية لكون الدستور هو اختيار الأغلبية الشعبية⁽²⁾.

Bruce Allen Murphy, "Justice Antonin Scalia and the 'Dead' Constitution" The New York Times, (1) .Feb. 14, 2016

(2) ينظر في تفصيل ذلك، د . احمد فتحي سرور ، منهج الإصلاح الدستوري، ط2، دارالشروق، القاهرة، 2000 ص 165 .

الفرع الثاني

الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة التفسير المتطور لنصوص الدستور

لم يتردد جانب من القضاء الدستوري في اعتناق فكرة التفسير التطوري، ولعله سبق الفقه في تبنيها بل وفي انزالها على أرض الواقع من خلال التطبيق العملي الذي يظهر في أحكام وقرارات محاكم ومجالس القضاء الدستوري وذلك بالتوسع في تحديد المبادي والقواعد الدستورية بما يتجاوز الكلمات الواردة في نصوص الدستور.

و بدورنا نؤيد هذا الرأي ونرى أنه : على الرغم من أن دساتير غالبية الدول لا تتطوي على نصوص دستورية صريحة . على حد علمنا . تنظم مسألة التفسير المتطور ، وهذا ما يصدق على دساتير كل من الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية فرنسا ومصر و جمهورية العراق، إلا أنه لا يوجد نص في دساتير هذه الدول، وفي القوانين المنشئة للقضاء الدستوري فيها ولا في أنظمتها الداخلية، يحول دون تفسير نصوص الدستور تفسيراً تطورياً سواء بطريق مباشر أو غير مباشر . ونضيف الى ذلك أن عمل القاضي والإلتزام المترتب على عاتقه هو الإلتزام بتحقيق نتيجة لا يحده قيد، وعليه أن يبتدع الحلول المناسبة للمسألة المعروضة أمامه.

فالقاضي الدستوري يتبع أسلوب التفسير المتطور لنصوص الدستور لحماية هذه النصوص وضمان إستمرار تطبيقها. حتى أن بعض المحاكم الدستورية . أثناء الفصل في الدعاوي الدستورية سواء بالرفض أو عدم الدستورية . إتجهت إلى تغيير المبادئ التي أقرتها في أحكامها السابقة للإستجابة للمتغيرات التي تحدث بعد وضع التشريع، فذهبت المحكمة الدستورية النمساوية إلى مخالفة ما قضت به سابقاً في المسائل الدستورية بالاستناد إلى أن لها سلطة إعتناق أفكار وقيم جديدة، حيث إنه بموجب دستور نمسا الفدرالي، للمحكمة سلطة تفسير نصوصه بالاستناد إلى الأفكار التي تتجدد⁽¹⁾. وفي إسبانيا، المحكمة الدستورية تتبع أسلوب التفسير الواسع من خلال ربط النص الدستوري محل التفسير بالظروف التي تحدث في المجتمع، خصوصاً النصوص التي تتعلق بالحقوق والحريات، كتفسيرها بالإستناد إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمعاهدات المصادق عليها

(1) Article (138) of Federal Constitutional Law of Austria in 1920.

وللمزيد من التفاصيل يرجع: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المصدر السابق، ص262.

من قبل الدولة⁽¹⁾. أما في ألمانيا فقد إستقر قضاء المحكمة الدستورية على إنه إذا وجدت ظروف متغيرة، فلها تغيير حكمها التفسيري الذي سبق وأن أصدرته بمناسبة الفصل في دستورية القوانين، وذلك بالاستناد إلى نظرية التفسير المتطور للدستور. وكذلك المحكمة الإيطالية لها أن تغير إتجاهها في ظل التطورات المتتالية في المبادئ القانونية الأساسية وهي بصدد الفصل في المسائل الدستورية⁽²⁾. كما يلاحظ على قضاء المجلس الدستوري في فرنسا أنه يجوز له أن يقرر عدم إلزامية التفسير الصادر منه في المسائل الدستورية⁽³⁾. فإنه يملك سلطة تفسيرية من خلال التفسير المضيف ليكمل النقص الموجود في القانون وقد صدرت منه قرارات عديدة في هذا الشأن منها قراره المرقم 897 في 1989/7/25 الخاص بالوقاية من حالات التسريح من الوظيفة لأسباب اقتصادية. وإستطاع المجلس الدستوري في فرنسا أن يوسع من مجال القانون ويضيف القيمة الدستورية على مقدمة دستور 1958 من خلال أحكامه التفسيرية أثناء قيامه بالرقابة على دستورية القوانين.

في هذا المجال يقول رئيس المحكمة الدستورية العليا في مصر سابقاً، (الدكتور عوض المر): "تفسير جهة الرقابة على الدستورية، لنصوص الدستور تفسيراً ديناميكياً، يمنحها معاني جديدة غير التي كانت عليها صورتها ابتداءً،..."⁽⁴⁾. وفي هذا السياق قضت المحكمة بضرورة أن يكون تفسيرها تطورياً⁽⁵⁾. وهي تمارس دوراً إنشائياً يتجاوز حدود التطبيق الحرفي لنصوص الدستور و يتحقق عن طريق قيامها بتفسير نصوص الدستور والقوانين واللوائح التي يطرح عليها أمر دستوريها، وقد اصدرت المحكمة حكمها الشهير، عندما قررت "عدم دستورية المادة الخامسة من القانون رقم (38) لسنة 1972 بشأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم 188 لسنة 1986

(1) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المصدر السابق، ص252.

(2) ميثم حنظل شريف وآخرون، المصدر السابق، ص1189.

(3) فقد ذكر القاضي (luchair) في هذا الشأن "إن القاعدة الدستورية ملزمة ومفروضة على الكافة، ومن بينهم السلطة التشريعية وعلى القاضي، وذلك على الرغم من إن هذا الأخير لا يرتبط بقضائه لأنه يملك الحرية دائماً في تغييره والرجوع عنه. مشار إليه في د. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص79.

(4) د.عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية - جان دوبيو للقانون والتنمية، 2003، ص376.

(5) القضية رقم (23) سنة(16) قضائية دستورية في 18(آذار) 1995، منشور على الموقع

الالكتروني www.sccouet.gov.eg

.....
التي تقرر فيه ان تطبيق الانتخاب الفردي والانتخاب بالقائمة يؤدي إلى بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه، غير انها مع ذلك، قررت أنه لا يترتب على هذا البطلان إسقاط ما أقره المجلس سابقاً من قوانين وقرارات، وما اتخذه من إجراءات.

وفي اتجاه المحكمة الدستورية العليا نفسها في مصر، سارت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، ويتضح ذلك في القضية الشهيرة (The passenger case) حيث يقول رئيسها (Taney): "... ان آراءها في تفسير الدستور تظل دائماً مفتوحة للبحث لإعادة النظر فيها..."⁽¹⁾. وهي من خلال ما يسمى بشرط الوسائل القانونية الصحيحة، تقوم بتفسير نصوص الدستور تفسيراً واسعاً، فتأخذ بنظرية التفسير المتطور للدستور⁽²⁾. إلا أنه يشترط أن لا يؤدي تفسيرها هذا الى تعديل الدستور بغير الإجراءات الدستورية المطلوبة لتعديله⁽³⁾.

أما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فلها إختصاص تفسير الدستور وفقاً لما ورد في دستور جمهورية العراق لعام 2005، وقد أدت المحكمة دوراً مهماً في هذا النطاق، لكنها لا تمارس هذا الاختصاص التفسيري من تلقاء نفسها. كما ذكرنا سابقاً. بل تقوم بذلك بناءً على طلب، وهذا ما هو وارد في نص المادة (41) من النظام الداخلي للمحكمة رقم (1) لعام 2022⁽⁴⁾، ولا يتضح من قراراتها انها اتبعت منهجاً معيناً، فمن الصعوبة الاستدلال إلى

(1) The Passenger Cases, 48 U.S.283(1849)

منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة <https://supreme.justia.com> تاريخ الزيارة 2023/1/31 .

(2) راجع د. حسن شلبي يوسف، الضمانات الدستورية للحريات الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص202 .
203.

(3) د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، منشورات جامعة الكويت، المدينة الجامعية (الشيخ التعليمية)، 2000، ص357 وما بعدها .

(4) تنص المادة (41) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق على انه: (أولاً: تُقدم الدعاوى والطلبات إلى المحكمة من قبل المدعي بالذات او وكيله من المحامين ذي الصلاحية المطلقة. (ثانياً: تقدم الدعاوى والطلبات من الدوائر الرسمية ويتم الترافع فيها اذا رأت المحكمة ذلك من ممثلها القانوني بشرط أن لا يقل عنوانه الوظيفي عن مستشار أو مستشار مساعد أو مدير)

أخذها بالتفسير المتطور، ولعل ذلك يرجع لكون المحكمة كانت و لازالت تتأثر بالتيارات السياسية، فنكون قراراتها غير واضحة ويغلب عليها الضبابية ونهجها غير مستقر .

ومن الجدير بالذكر أن تعدد قنوات التفسير الدستوري للمحكمة . بمناسبة قيامها بالنظر في الدعاوي المطروحة أمامها . يؤدي الى عدم اتخاذها معايير واضحة تتكفل بتحقيق العدالة. فالمحكمة تقدم تفسيراتها إما عن طريق الطلب الأصلي بتفسير الدستور أو عندما تقوم بالرقابة على دستورية القوانين أو تنتظر في الطعون التمييزية⁽¹⁾.

حتى ان موقفها يتصف أحياناً بالابتعاد عن نصوص الدستور . وان التوجهات المركزية، تبدو واضحة في بعض قراراتها⁽²⁾. محاولةً منها إغفال الحقيقة الثابتة بنصوص الدستور والتي هي قوة سلطة الاقليم امام ضعف سلطة المركز⁽³⁾. ومع التسليم بان تقسيم الاختصاصات كما هو وارد في نصوص الدستور العراقي النافذ،

(1) ينظر في تفصيل ذلك علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في التفسير، المصدر السابق، ص234-239.

(2) خير مثال على ذلك حكمها الذي اصدرته في الدعوى (59/ اتحادية /2022) بتاريخ 2022/2/15 والذي يقضي بعدم دستورية قانون النفط والغاز لحكومة اقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007 ولغاياته لمخالفته احكام المواد (110، 111، 112، 115، 121/اولا) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005. فنار الجدل حول توقيت إصدار هذا القرار، من قبل المتخصصين في مجال القانون و السياسية فالقرار يتعلق بدعويين أقيمت الأولى عام 2012، وأقيمت الثانية عام 2019، فالتأخير في حسمها طيلة هذه المدة غير مفهوم. ومن جهة اخرى اذا كانت المحكمة قد اصدرت حكمها هذا واخذت بعين الاعتبار ترسيخ مبادئ النظام الاتحادي فلماذا اغفلت الإشارة الى بعض مواد الدستور بهذا الشأن- حتى ان الذين أيدوا قرارها واعتبروه دستورياً بالنتيجة، قد التقوا لذلك - وبذلك خالفت القاعدة التي توجب النظر الى الدستور كوحدة متكاملة واجراء التقارب بين نصوصه اثناء عملية التفسير التي تسبق الرقابة. فلا توجد في حيثيات قرار المحكمة إشارة صريحة الى احكام المادة (1) من الدستور المتعلقة بالنظام الفدرالي والتي تنص على "جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة...". وكذلك المادة (13/ثانياً) التي لا تجيز سن قانون يتعارض مع الدستور .

(3) حيث أن صلاحيات السلطة المركزية الاتحادية حددت على سبيل الحصر في المادة (110) من الدستور . وتم تغليب صلاحيات الاقاليم على المركز في حالة التعارض، إذ تنص المادة (115) من الدستور على انه (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم تكون الأولوية فيها. لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهما) ، وبموجب نص المادة (121/ثانياً) من الدستور ، اعطى المشرع الدستوري الاولوية لقانون الاقليم في التطبيق في حال الخلاف مع المركز في الاختصاصات التي لا تقع ضمن نطاق الاختصاص الحصري للحكومة الاتحادية او المشتركة مع الاقاليم.

أمر نادر الركون اليه في الانظمة الاتحادية⁽¹⁾، إلا ان المحكمة - أثناء ادائها لعملها والبت في دستورية القانون محل الطعن - يقتضي ان تعطي تفسيراتها وتحكم بالإستناد بما هو وارد في نصوص الدستور⁽²⁾.

والبعض يرى ان المحكمة في الآونة الأخيرة و من خلال قراراتها تضع نفسها مكان المشرع الدستوري⁽³⁾. وهذا يمس بدورها الذي يتحدد حصراً بحماية نصوص الدستور والعمل بالاحكام والمبادئ التي تتضمنها وتفعيل هذه النصوص بما يحقق العدالة، وليس الالتفاف حولها تحت اية تأثيرات.

ومن القرارات التي صدرت عن المحكمة مؤخراً . والتي تعد مجففة بحق إقليم كردستان . قرارها المرقم (170/أتحادية/2022)، المتعلق بعدم صحة القرارات الصادرة عن مجلس الوزراء بشأن إرسال الأموال إلى إقليم

بالإضافة الى تحديد الامور المشتركة بين الجهتين على سبيل المثال ولا الحصر، حيث يفهم من عبارة (تكون الاختصاصات الآتية...) الواردة في صدر المادة (114) من الدستور، انه يمكن إضافة اختصاصات اخرى غير التي ذكرت في فقرات المادة (114) من الدستور.

(1) فتحديد الصلاحيات وفق هذا الاسلوب وكما تضمنه نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005، تعد مخالفة للقاعدة العامة التي اجمع عليها الفقه بان انشاء دولة برلمانية اتحادية عن طريق التفكيك للدولة البسيطة يخلق دستوراً اتحادياً يميل الى تغليب اختصاصات المركز على حساب اختصاصات الاقليم. فالاولى، تحديد اختصاصات الاقاليم او الولايات او الكانتونات على سبيل الحصر وما عدا ذلك يكون من اختصاص الحكومة الاتحادية. لمزيد من التفاصيل ينظر، علي حسين أحمد، وجهة نظر قانونية في ازمة الادارة المحلية في العراق بعد العام 2003، مجلة الجامعة العراقية، عدد 43، جزء 3، ص 257.

(2) ومن الجدير بالذكر أن ظروف وضع الدستور العراقي مختلفة حيث تم الاخذ بنظر الاعتبار، توفير ضمانات لمكونات الشعب التي تعرضت للاضطهاد على يد النظام الدكتاتوري السابق، كالمكون الكردي.

(3). لمزيد من التفاصيل يرجع، د. يحيى الكبيسي، المحكمة الاتحادية العليا: من التفسير إلى التشريع، منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة المدى <https://almadapaper.net//view.ph> بتاريخ 2022 / 2 / 17 بتاريخ 2022 / 8 / 7. و د. وعدي سليمان المزوري، المحكمة الاتحادية العليا تحل نفسها محل المشرعين الدستوري والعيادي بموجب نظامها الداخلي رقم (1) لسنة 2022، مقال منشور على الموقع الإلكتروني <https://kurdistan24.net> بتاريخ 2022/7/18، تاريخ الزيارة 2022/1/26.

كوردستان. وقد أثار هو الآخر، تساؤلات عن دستوريته⁽¹⁾، حيث جاء القرار مستندا على القرار السابق والمتعلق بعدم دستورية قانون النفط والغاز في كردستان، حيث يرى المختصون والخبراء في مجال القانون الدستوري أن قرارها هذا لا يخلو من الوجهة السياسية وبعيد عن الإعتبارات الانسانية⁽²⁾.

المطلب الثاني

الدستورية و التحول القضائي الدستوري

القاضي الدستوري في العراق والنظم المقارنة إستخدم تفسير نصوص الدستور تفسيراً معاصراً يتيح له التحول في أحكامه وذلك بظهور مستجدات تستلزم فهماً جديداً للنص الدستوري الذي سبق وأن تم تفسيره، ذلك للحيلولة دون تعديله⁽³⁾. لذا يقتضي تناول هذا المطلب؛ بيان ماهية التحول القضائي الدستوري في الفرع الاول ثم بيان علاقة التحول القضائي الدستوري بالدستورية في الفرع الثاني.

(1) بالاستنتاج من المناقشات التي تمت خلال ندوة علمية بخصوص قرار المحكمة المذكور، بعنوان (دراسة قانونية وسياسية لقرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (170 /اتحادية /2022)، التي تم انعقادها من قبل مركز البحوث القانونية والسياسية في كلية القانون، بتاريخ 2023/3/25 و بحضور السادة، د. فرست أحمد، وزير العدل في اقليم كردستان. والقاضي، محمد أمين الشرفاني و د. أحمد الصفار، عضو . مجلس النواب العراقي سابقا. و د. وعدي سليمان المزوري، المستشار القانوني في مجلس النواب في اقليم كردستان. ود. ريناس جانو، استاذ في جامعة دهوك وكان عضوا في مجلس النواب العراقي سابقا.

(2) وفي هذا الشأن، يقول القاضي رزكار محمد أمين "... أن تجوع جزء من الشعب غير دستوري، بل مخالف له، لأن هناك حقوقا متساوية لأبناء الشعب العراقي كافة بموجب الدستور، وعدم إعطاء حقوق هذا الجزء مخالف للدستور ... وعلى القضاء أن يقف في الوسط ويراعي في قراراته الجانب الإنساني والعدالة قبل الجانب القانوني." مأخوذ من مقال منشور على الموقع الإلكتروني ل (شفق نيوز) بتاريخ 2023/1/26. <https://shafaq.com>، تاريخ الزيارة 2023/1/28.

(3) إن دستور العراق النافذ يتضمن العديد من النصوص التي يشوبها الغموض، وهذا يفسح المجال للمحكمة الاتحادية العليا تفسيرها بشكل يواكب التطور الحاصل في المجتمع من جميع النواحي، لما يتمتع به القضاء الدستوري من المرونة في تفسير الدستور .

الفرع الاول

ماهية التحول القضائي الدستوري

ان فكرة التحول لقيت تطوراً واضحاً في نطاق القضاء الدستوري، وأصبحت أهميتها تزداد بشكل ملحوظ، فوسيلة التحول تمنح القاضي الدستوري حرية تطوير الأحكام الصادرة عنه. وبالرجوع الى الفقه الدستوري، يلاحظ أن الظهور الأولي لتعبير التحول كان ضمن كتابات الفقه الدستوري في فرنسا في عام 1998 وبأوصاف مختلفة، ولكن في مجال التشريع، لم تتناول التشريعات، تعريفاً للتحول، فلا نجد تعريفاً له، لا في الدساتير ولا في التشريعات العادية أو اللائحية، ولم تتطرق له القوانين التي تتعلق بالجهات المختصة بالقضاء الدستوري، لا في العراق ولا في الدول الأخرى، فرغم ان المشرع العادي أعطى للمحكمة الاتحادية العليا في العراق امكانية اللجوء الى وسيلة التحول و تغيير المبادئ التي اشارت اليها في احكامها السابقة و بشكل صريح بعد ان اصدر نظامها الجديد⁽¹⁾، إلا إنه لم يأتي بتعريف لهذا التحول. ولا نجد تعريفاً لفكرة التحول في القضاء ايضاً على الرغم من ان مسألة التحول تعد عملاً قضائياً.

إلا إنه وردت تعريفات فقهية مختلفة حول الفكرة، كان ابرزها، تعريف الدكتورة (Sandrine Coursoux) الذي إنطوى على "إفتراض وجود حلين قضائيين يختلف أحدهما عن الآخر وأحدهما يمثل الحل القديم، والآخر

(1) تنص المادة (45) من النظام الداخلي للمحكمة على ان " للمحكمة عند الضرورة وكلما اقتضت المصلحة الدستورية والعامّة ، أن تعدل عن مبدأ سابق أقرته في إحدى قراراتها، على أن لا يمس ذلك استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة ."

يتضمن حلاً جديداً بالتحول عن الحل القديم" (1)، وكذلك يعرف التحول في الأحكام القضائية بأنه: "عدول عن مبدأ قررته المحكمة الدستورية العليا في بعض أحكامها السابقة"(2).

ويمكن أن نورد تعريفاً للتحول على انه: "عدول القاضي عن مبدأ قانوني أقره في أحكامه السابقة لصالح مبدأ جديد، دون ان يستند القاضي في عدوله هذا إلى تعديل النص الدستوري الخاص بالموضوع".

ومن خلال التمعن في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، نرى ان المحكمة جعلت المصلحة الدستورية والمصلحة العامة هما المعياران لأستخدامها وسيلة التحول (العدول) واشترطت ان يكون تحولها نحو المستقبل ولا يمس الحقوق المكتسبة للأفراد. ونحن نؤيد اتجاه المحكمة هذا ونقول ان لجوء القاضي الدستوري الى وسيلة التحول يجب ان يكون ضمن معايير وضوابط معينة حتى يحقق التحول النتائج المرجوة منه. إلا انه قبل هذا التنظيم شهد قضاء المحكمة تحولها عن الكثير من احكامها، بل وانها توسعت في اللجوء الى وسيلة التحول . مقارنةً بحدائث تجربتها . وذلك لعدم استقرارها ولم يظهر تقيدها بهذه المعايير ولا توجد ضوابط واضحة لعملها التفسيري. وإن عدم تبنيتها منهجاً علمياً سليماً في العمل التفسيري الذي تقوم به، كان السبب في إصدارها قرارات مختلفة في الحالات المتشابهة أثناء التفسير . وهذا ما دفعها للتحول عن قراراتها التفسيرية، فنظرت في دعاوى وأصدرت الحكم فيها أحياناً وقضت بعدم اختصاصها بموضوع الدعوى في دعاوى تطوي على ذات الموضوع أحياناً أخرى. ولا ننكر دورها الواضح الذي مارسته في حماية المبادئ الدستورية(3)، ألا أنه لا يظهر في الدور الذي قامت به من خلال التحول حماية واضحة للحقوق، بل أحياناً تكون قد أعطت تفسيراً خاطئاً لمواد

(1) S.Cursoux, lerevirement dejurisprudence du coseil constitutionnel en contentieux de la constitutionnalite ANRT,2004, P.319 .

مشار إليه في، د.عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص25.

(2) أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص14.

(3) راجع في ذلك، د. براء منذر عبد اللطيف و بدر حمادة صالح، نحو تعزيز استقلال القضاء العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3، السنة 1، ص255.

الدستور. وخير مثال على ذلك، قرارها بعدم دستورية الفقرة (4) من المادة (11) ⁽¹⁾ من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع الأشتراكي المرقم (14) لعام 1991، والمتعلقة بعدم إخضاع (عقوبة لغت النظر وعقوبة الأنداز) للطعن، وقررت إلغائها، وإستندت في قرارها هذا على المادة (100) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 التي تحظر تحصين أي عمل أو قرار اداري من الطعن⁽²⁾، ثم عدلت عن اتجاهها هذا وإعتبرت قانون وزارة التربية رقم (34) لسنة 1998، الذي يقضي بتحسين بعض القرارات المتخذة من وزارة التربية⁽³⁾، بأنه لا يتعارض مع حق التقاضي⁽⁴⁾، رغم إن قرارها كانا متعلقين بمسألة واحدة تدخل ضمن نطاق حق التقاضي.

وكذلك قرارها الصادر في 2009/12/3 المتعلق ببعض صلاحيات من يشغلون المناصب الادارية العليا في محافظة ذي قار، حيث أنه في هذا القرار بينت المحكمة أن الموضوع يخرج من دائرة اختصاصها. فتكون قد عدلت عن قرار سابق لها والذي كان يعطي الاختصاص بالنقل والتسيب والاقالة لمن يشغلون تلك المناصب، أي إنها كانت قد نظرت في موضوع الدعوى ⁽⁵⁾. حتى إن هناك من إتهمها بإستخدامها التفسير حجةً لتعقيب

(1) تنص المادة (4/11) على انه " تكون العقوبات التي يفرضها الوزير أو رئيس الدائرة أو الموظف المخول بآته، باستثناء العقوبات الآتية:

أ. التوبيخ ب. إنقاص الراتب ج. تنزيل الدرجة د. الفصل هـ. العزل .

. والتي أُلغيت بموجب المادة (4) من قانون التعديل الأول لقانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (5) لسنة 2008 المنشور بجريدة الوقائع العراقية رقم 4399 في 2008/12/14.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 4/أحادية/2007، في 2007/7/2، منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة.

(3) تنص المادة (38) قانون وزارة التربية رقم (34) لسنة 1998 على انه " لاتسمع المحاكم الدعاوى التي تقام على الوزارة أو الدوائر التابعة لها أو المدارس والمعاهد في كل ما يتعلق بالقول والانتقال أو الامتحانات أو العقوبات الأنضباطية التي تفرض على التلاميذ والطلاب بسبب الرسوب وغيره. ويكون للوزارة والدوائر التابعة لها كل حسب اختصاصه حق البت في الشكاوي التي تتشأ عن هذه الأمور، وتحدد بتعليمات يصدرها الوزير اصول التظلم والجهات التي تمتلك حق البت فيه.

(4) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق بلاعدد، في 2008/1/13.

(5) ينظر قرار المحكمة (رقم 4/أحادية/2009) في 2009/12/3.

عمل المشرع و تصويب أخطائه فقامت بالإلتفاف حول نصوص الدستور وتحويرها في بعض قراراتها⁽¹⁾، كما يلاحظ ذلك من موقفها في مسألة صلاحية التشريع لمجالس المحافظات، حيث أصدرت قرارين متباينين⁽²⁾ في هذا الشأن⁽³⁾.

فيتعين على المحكمة أن تجعل نشاطها التفسيري لتطوير نصوص الدستور في ضوء الأهداف المرجوة منه. فتنبنى سياسة قضائية قائمة على أساس جعل الدستور يساير طبيعة الحياة المتطورة عند استخدامها لوسيلة التحول. وخصوصاً إنها قد ألزمت نفسها بذلك من خلال النص في نظامها الداخلي، على ضرورة حماية مصالح المجتمع والعمل على التطبيق السليم لنصوص الدستور. فتوجد بعض المعايير على القاضي الدستوري أن يتقيد بها وهو بصدد التحول عن أحكامه، واهم هذه المعايير هو معيار الدستورية، بالإضافة الى استخدام وسيلة التحول ضمن ضوابط، بحيث لا يتجاوز القاضي الدستوري. وبحجة ضرورة التحول. قصد المشرع الدستوري. وتتمثل أهم ضوابط التحول في أن يكون تحول جوهري وإيجابي، إرادي ومحدود، وأن لا يخرج من إطار الدستور والكتلة الدستورية و تتجه آثاره نحو المستقبل⁽⁴⁾.

(1) د.علي يوسف شكري، التعديل القضائي للدستور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون /جامعة بابل، العدد(3)، السنة (7)، 2015، ص51. ود. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، المصدر السابق، ص24.

(2) قرار المحكمة بالعدد13/اتحادية/2006، الصادر في 2007/7/16، وكذلك قرارها رقم 16 /اتحادية/ 2008 في 2008/4/21 منشوران على الموقع الإلكتروني للمحكمة السابق ذكره، تاريخ الزيارة 2019/7/26.

(3) للمزيد من التفاصيل حول قراري المحكمة راجع ميثم حنظل شريف و آخرون ، المصدر السابق، ص1201.

(4) لمزيد من التفاصيل حول معايير وضوابط التحول، يرجع، شرين أحمد سعدالله، معايير التحول القضائي الدستوري وضوابطه. دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة دهوك، 2020، ص 26 و 74 و ما بعدهما.

الفرع الثاني

علاقة التحول القضائي الدستوري بالدستورية.

ترتبط الدستورية إرتباطاً وثيقاً بالتحول القضائي، بل إن الهدف الذي يكمن وراء إستخدام القاضي الدستوري لوسيلة التحول، يتمثل بحماية الدستورية، فالقاضي، عندما يعطي تفسيراً معيناً لنص معين في الدستور، ومع مضي الوقت يصبح هذا التفسير غير ملائم مع التطور الذي يصيب المجتمع من جميع نواحيه، يتعين عليه أن يعيد النظر في ذلك التفسير من خلال وسيلة التحول. فيترتب على ذلك حماية للنصوص الدستورية وتحقق الدستورية⁽¹⁾.

فتظهر أهمية التحول القضائي الدستوري عندما تتغير ظروف المجتمع، مع عدم إمكانية ملاحقة الدستور لهذه الظروف المتغيرة وذلك لجمود نصوصه. الأمر الذي يدفع بالقاضي الدستوري الى أن يتصرف و يجعل نصوص الدستور تلائم التغيير الذي حدث في المجتمع. ومع صعوبة إجراء التعديل الدستوري، فإن الواقع والقانون يلزم القاضي بأن يطبق الدستور لحين تعديله⁽²⁾، بالشكل الذي يسمح بتطبيق مبدأ (تغيير الأحكام بتغيير الأزمان) مع إشتراط تمسكه بمهمة التفسيرية، فموقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق أنتقد بأنها ذهبت إلى عكس ذلك. في قرارها الذي أصدرته في 6/12/2006، حول مسألة تمديد حالة الطوارئ في العراق، فعلى الرغم من، أن الدستور لم يخول صلاحية التمديد لهيئة الرئاسة. إلا ان المحكمة قررت إمكانية مجلس النواب أن يخول هيئة رئاسة المجلس هذه الصلاحية⁽³⁾.

(1) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، المصدر السابق، ص158.

(2) فلا بد أن يتضمن الدستور بين نصوصه حق الأجيال القادمة بتقحيح الدستور لكي يتوافق مع تطوراتها، ويمكن تحديد ذلك كأن ينص الدستور على إمكانية إعادة النظر فيه بعد مرور فترة (30) أو (50) سنة مع بيان كيفية عمل ذلك وتحديد الأسس المبدئية لإجرائه ضمن أسلوب سلمي وديمقراطي. د. نبيل عبدالرحمن حياوي، ضمانات الدستور، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص75.

(3) لمزيد من التفاصيل راجع: د.علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص24.

ومن الجدير بالذكر إن التحول بإعتباره يدعم الحقوق والحريات، فهو يضمن تحقيق مبدأ الدستورية. ففي مجال خصوصية الإنسان وحياته الشخصية، وجدت إجتهدات عديدة للقضاء الدستوري، على سبيل المثال، مسألة الإجهاض، فالقضاء الدستوري الفرنسي، أخذ بفكرة (حرية المرأة) المنبثقة من إعلان 1789 في مادته الثانية. وقام المجلس الدستوري أثناء فحص دستورية قانون يرفع المدة الزمنية للتخلص من الحمل⁽¹⁾، بإعادة صياغة مبادئ وردت في حكم سابق له في 15 كانون الثاني عام 1975 يعالج الموضوع ذاته⁽²⁾.

وهذا ما سار عليه القضاة في الدول الأخرى. فقد استخدم القضاء الدستوري الأمريكي (مبدأ المساواة) ليقر بعدم التمييز بين الأشخاص ذو البشرة السوداء والأشخاص البيض⁽³⁾، حين حكمت المحكمة الاتحادية العليا بالمساواة المقيدة بينهم، ثم عدلت عن إتجاهها وقضت بالمساواة الكاملة بينهم في حكم آخر لها أصدرته في 1954⁽⁴⁾.

أما القضاء الدستوري في مصر فقد سعى الى صون حقوق الانسان من خلال أحكامه⁽⁵⁾، فالمحكمة الدستورية العليا لديها الكثير من القرارات التي تؤكد على ضرورة أخذ المشرع بعين الإعتبار، الحقوق المعترف بها في الدول التي تؤمن بمبادئ الديمقراطية. وقضت في إحدى قراراتها أن الدستور يكفل الحماية للحقوق من

(1) قرار المجلس C.C,27 juin 2001,446 DC. مشار إليه في: د.محمد عطية محمد فودة، المصدر السابق، ص320.

(2) L. Fsuoreu etL.Philip, Les grands décisionsduconseil constitutinnel,sirey 1997,p.305.

نقلاً عن: محمد عطية محمد فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان ، المصدر نفسه، ص320.

(3) Plessy V.Ferguson163 us 537(1896)، نقلاً عن د.عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في

ملاحها الرئيسية، المصدر السابق، ص77.

(4) Brown V.board of education 347us 483(1954) نقلاً عن د.عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين

في ملاحها الرئيسية، المصدر نفسه، ص77.

(5) قرار المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم (3) لسنة (10) قضائية دستورية، الصادر في 1/2 /1993. منشور على الموقع

الرسمي للمحكمة
www.sccouet.gov.eg

جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية⁽¹⁾. وفي إطار تحول المحكمة، نجد تطبيقات واضحة لحالات تحولت فيها المحكمة عن إتجاهها بمناسبة تطبيق مبدأ المساواة⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الدستوري في العراق، فالمحكمة الاتحادية العليا لها أن تستند الى بنود الاتفاقيات والاعلانات الدولية على سبيل الأسترشاد، لكي تصل الى التفسير الملائم لنصوص الدستور. وخصوصاً إن الاتفاقيات الدولية لا تنفذ مباشرة داخل الإطار الوطني إلا بإتباع إجراءات معينة⁽³⁾. فضلاً عن إن الدستور لم يحظر على القضاء الدستوري من الرجوع الى الصكوك الدولية التي توفر الحماية للحقوق والحريات. بل إنه من خلال نصوصه أكد على الأخذ بمبادئ حقوق الإنسان المعترف بها دولياً في حالات عديدة⁽⁴⁾.

(1) للمزيد من التفاصيل حول قرار المحكمة راجع، د. محمد أبراهيم درويش، الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016. ص400.

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه التطبيقات راجع، د. عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص219 وما بعدها.

(3) ينظر المادة (17) من قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (38) الصادر في عام 2015، والتي تنص على إنه " يخضع إلزام جمهورية العراق بالمعاهدات المعقودة وفقاً لأحكام هذا القانون إلى موافقة مجلس النواب على قانون التصديق على المعاهدة أو قانون الإنضمام إليها بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس،...".

(4) ينظر المواد (8، 9/ أولاً/د) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

الخاتمة

أولاً / الاستنتاجات:

1. أصبحت الدستورية من المبادئ المهمة في النظم القانونية المعاصرة. وتتمثل فلسفتها بحماية الدستور وتدعيم الحقوق والحريات. و هي تقوم على بعض العناصر والتي من اهمها استقلال القضاء، فالقضاء يدعم الدستورية من خلال استقلاله.
2. ان القضاء الدستوري يختص بتفسير نصوص الدستور بصفة أصلية حتى وإن لم ينص الدستور على ذلك بنصوص صريحة، حيث يضمن هذا القضاء التطبيق العملي لنصوص الدستور، ولكي يتمكن من تطبيق المبادئ والأحكام الواردة في الدستور، تطبيقاً سليماً، له ان يعيد النظر في تفسيراته بما يكسب النصوص محل التفسير قوة و حداثة.
3. الأسس التي تكمن وراء منح القضاء الدستوري صلاحية تفسير نصوص الدستور تفسيراً تطويراً اي تفسيراً واسعاً، هي ضرورة جعل نص الدستور يواكب التغيير المستمر في الحياة.
4. إن دساتير غالبية الدول ومن ضمنها الدستور الأمريكي و الدستور الفرنسي و دستور كل من جمهورية مصر وجمهورية العراق، وكذلك قوانين إنشاء المحاكم الدستورية في تلك الدول لم تأتي بنصوص تنظم موضوع التحول في الأحكام . والمحكمة الاتحادية العليا في العراق . قبل صدور نظامها الداخلي الجديد . عند إستخدامها وسيلة التحول . لم يظهر تقيدها بأية ضوابط واضحة، وبعيداً عن مبدأ الدستورية، تحولت المحكمة عن الكثير من أحكامها تحت تأثير الضغوطات السياسية وقضت لصالح جهات معينة. على عكس محاكم القضاء الدستوري المقارن، فقد مارس المجلس الدستوري الفرنسي بتحوله و كذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر، دوراً واضحاً في صون حقوق الافراد وحرياتهم. والمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية تبنت منهج المصالح الاجتماعية وكانت تتحاشى التحول المفاجئ. إلا ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية الجديد رقم (1) لعام 2022، قد نص على حق المحكمة في التحول ضمن ضوابط معينة وهذا مسلك يحمد عليه المشرع العراقي. ونأمل أن المحكمة في تحولها سوف تستند الى نظامها الجديد وتستخدم وسيلة التحول ضمن تلك الضوابط.

ثانياً / المقترحات:

1. نقترح على المحكمة الاتحادية العليا في العراق، أن تسلك كافة السبل التي توصلها إلى التفسير التطوري لنصوص الدستور، فعند إتباعها هذا المسلك في التفسير، لاتكون قد خالفت القواعد التفسيرية السليمة. وخصوصاً إن المحكمة بمسلكها هذا تكون قد ساهمت في ترسيخ مبدأ الدستورية. بشرط أن لا يؤدي تفسيرها إلى تعديل نصوص الدستور بما لا يتفق مع أحكامه ويمس صفة الجمود فيه.
2. نقترح على المحكمة الاتحادية العليا العراقية عندما تعيد النظر في الحكم، ان لا تقوم بذلك بناءً على ماتعقده أو ماترغب فيه ودون أن تتبع معايير واضحة تكفل صحة موقفها، فيتعين عليها ان تتبنى سياسة قضائية قائمة على اساس جعل الدستور عملاً حياً يساير تطور المجتمع من جميع النواحي ويسمح لها بالتحول في أحكامها.
3. نناشد المحكمة الإتحادية العليا في العراق، بأن يكون تحولها وفق المعايير والضوابط التي قيدت نفسها بها من خلال نظامها الداخلي وأن يكون الهدف منه ضمان أكبر للحقوق.
4. نهيب المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالتوجه في تفسير الدستور نحو أهم المتغيرات والمستجدات الاجتماعية على المستوى الدولي، لاسيما في مجال حقوق وحريات الانسان، كل ذلك في ظل مبدأ سمو الدستور وارساء الدستورية.
5. نوصي المحكمة الاتحادية العليا ان تعمل جاهدةً على حماية حقوق الشعب بمكوناته المختلفة والابتعاد عن الضغوطات والتأثيرات المختلفة ومن الجهات المختلفة وان تحافظ على مركزها و استقلاليتها من خلال الدور المهم الذي تمارسه و المسؤولية العظيمة الملقاة على عاتقها كونها تعد أعلى جهة رقابية في الدولة. لكي تبقى بمثابة الحصن المتين الذي يحمي الحقوق و العين الساهرة على حماية الدستور.

المصادر

بعد القرآن الكريم

أولاً / الكتب باللغة العربية

1. د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
2. د. احمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري دارالشروق، ط1، القاهرة، 2000.
3. د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
4. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000.
5. د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960.
6. د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2002.
7. د. حسن شلبي يوسف، الضمانات الدستورية للحريات الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
8. د. حسين جبر الشويلي، قرينة دستورية التشريع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
9. د. خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2005.
10. د. رمزي الشاعر، النظام الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر.
11. د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
12. د. سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان دار الثقافة عمان، 2009.
13. د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة والفكر الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
14. د. شورش حسن عمر، خصائص النظام الفدرالي في العراق، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
15. د. د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

-
16. 16. د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، منشورات جامعة الكويت، المدينة الجامعية، 2000.
17. د. عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008.
18. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج¹، دار المعارف، القاهرة، 1967.
19. د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
20. د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، 1992.
21. د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.
22. د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في التفسير، ط¹، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011.
23. د. عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية - جان دبيو للقانون والتنمية، 2003.
24. د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
25. د. فوزي محمد نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط¹، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
26. د. ماجد راغب الحلو القانون الدستوري، مصر، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012.
27. د. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، مصر، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2013.
28. د. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، 2003.
29. د. محمد عبد الرحمن بالروين، من مفهوم الدستورية، ط¹، (د . م . ن)، 2011.
30. د. محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مطبعة أطلس، القاهرة، 1968.
31. د. محمد عطية محمد فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
32. د. محمد أبراهيم درويش، الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
33. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المكتبة القانونية، بغداد.

-
34. د. مصطفى محمد عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت جامعة عين شمس، القاهرة، (د. س. ن).
35. مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام والقرارات، دار الضياء للطباعة، النجف، 2007.
36. د. مها بهجت الصالحي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين بيت الحكمة، بغداد، ط¹، 2008.
37. د. نبيل عبدالرحمن حياوي، ضمانات الدستور، ط²، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
38. د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

ثانياً/ رسائل الماجستير

1. شرين أحمد سعدالله، معايير التحول القضائي الدستوري وضوابطه. دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة دهوك، 2020.

ثالثاً/ المجلات والدوريات

1. د. براء منذر عبد اللطيف و بدر حمادة صالح، نحو تعزيز استقلال القضاء العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3، السنة 1.
2. د. عبد الحسين شعبان، في الدستور والدستورانية و "الدسترة"، مجلة قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية جامعة النهرين، العدد (62) السنة (12) 2020.
3. علي حسين أحمد، وجهة نظر قانونية في ازمة الادارة المحلية في العراق بعد العام 2003، مجلة الجامعة العراقية، ع 43، ج 3.
4. د. علي يوسف شكري، التعديل القضائي للدستور، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون /جامعة بابل، العدد(3) السنة (7) 2015.

-
5. د. عيسى تركي خلف، مبدأ سيادة القانون وأثره في مكافحة الفساد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد خاص، المجلد 9، 2020.
6. د. ظافر مدحي فيصل ود. ظريفي نادية، ضمانات مبدأ سيادة القانون، مجلة العلوم القانونية/ كلية القانون - جامعة بغداد / العدد الخاص بمؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان "الاصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول" للفترة 13-14/11/2018.
7. د. مصدق عادل طالب، تعليق على قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (59) لسنة 2022 (عدم دستورية قانون النفط والغاز في إقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007) مجلة العلوم القانونية/ المجلد (37) العدد (الأول) - 2022، جامعة بغداد-كلية القانون.
8. د. ميثم حنظل شريف وآخرون، حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا على المحكمة نفسها في ضوء أحكام الدستور والفقهاء والقضاء، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون في جامعة الأنبار، العدد (7) 2013.
9. ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للمعلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد 1: 2019.

رابعاً/ والاعلانات والوثائق الدولية

1. إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 .
2. الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948.

خامساً/ الدساتير

1. دستورالولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787.
2. دستور استراليا لعام 1920.
3. القانون الاساسي لألمانيا الاتحادية 1949.
4. دستور فرنسا لعام 1958 .
5. الدستورالمصري عام 1971.

6. دستور جمهورية العراق لعام 2005 .

7. دستور مصر لعام 2014.

سادساً/ القوانين والأنظمة

1. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.

2. قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام في العراق رقم (14) لسنة 1991.

3. قانون التعديل الأول لقانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام في العراق رقم (5) لسنة 2008.

4. قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (38) الصادر في عام 2015.

5. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (1) سنة 2022.

سابعاً/ القرارات لقضائية

1. حكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم (3) لسنة (10) قضائية دستورية، في 2 كانون الثاني، سنة 1993.

2. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (23) سنة 16 قضائية دستورية في 18 (أذار) 1995.

3. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 4 /اتحادية/2007، في 2007/7/2.

4. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالعدد 13/اتحادية/2006، في 2007/7/16.

5. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 16 /اتحادية /2008 في 2008/4/21.

6. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 4/اتحادية/2009 في 2009/12/3.

7. رأي المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 25 / اتحادية / 2010 في 2010 /3 /25.

8. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 37 / اتحادية / 2010.

9. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق في الدعوى 59 /اتحادية /2022، في 2022/2/15.

10. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 170/اتحادية/2022 في 2023/1/25.

ثامناً/ المواقع الالكترونية

- The constitution and Constitutionalism 1-Tamanna Akther Suma,
https://www.researchgate.net/publication/311111111 منشور على الموقع الالكتروني
- Babie, Paul T and Arvind P. Bhanu. The Form and Formation of Constitutionalism in India 2-
https://doi.org/10.3390/laws11020033 منشور على الموقع الالكتروني
- Behavioral & Social Murphy, Constitutionalism, International Encyclopedia of 3-W.F
Sciences,2001.
https://www.sciencedirect.com/topics/social-sciences/constitutionalism مأخوذ من الموقع الالكتروني
- 4-آمال عبد الجبار، حقوق الإنسان، بحث منشور على الموقع الإلكتروني
www.Uotiq.org
- 5- جعفر كاظم المالكي، مفهوم الحق في القانون، منشور على الموقع الالكتروني
www.mohamah.net
- 6- عادل عازر، التفسير التشريعي وأثره على الماضي، منشور على الموقع
www.books.google.iq
- 7- علاء ابراهيم محمود الحسيني، ضرورة تعديل ديباجة الدستور العراقي النافذ لعام 2005، بحث منشور
على الموقع الالكتروني لشبكة النبا المعلوماتية www.annabaa.org
- 8- د. علي هادي حميدي الشكراوي ، القيمة القانونية و السياسية لديباجة دستور العراق لعام 2005، بحث
منشور على الموقع الإلكتروني لجامعة بابل،
www.law.uobabylon.edu.iq
- 9- د. حيدر حسين علي الكريطي، التنظيم الدستوري لمكانة الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، منشور على
الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى،
www.hjc.iq

10- كردستان سعيد إشكالية توزيع الاختصاصات بين السلطات الاتحادية وسلطات اقليم كردستان ، بحث

منشور على الموقع الإلكتروني الآتي بتاريخ 7/4/2021

<https://www.researchgate.net/publication>

11- د. يحيى الكبيسي، المحكمة الاتحادية العليا: من التفسير إلى التشريع، منشور على الموقع الإلكتروني

لجريدة

[//www.almadapaper.net](http://www.almadapaper.net)

: <https://www.almadapaper.net>

12- د. وعدي سليمان المزوري، المحكمة الاتحادية العليا تحل نفسها محل المشرعين الدستوري والعادي بموجب

نظامها الداخلي رقم(1) لسنة 2022، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي بتاريخ 2022/7/18

<https://kurdistan24.net>.

13- الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا العراقية

<https://www.iraqfcs.iq>

14- الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا في مصر

www.sccouet.gov.eg.

15- الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا في أمريكا

<https://supreme.justia.com>

16. الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي

<https://www.Conseil-constitutionnel.fr>

.....

1. McIlwain, Charles H. 1947 [1940]. Constitutionalism: Ancient and Modern. Ithaca, NY: Cornell University Press.
2. S.Cursoux, lerevirement dejurisprudence du coseil constitutional en contentieux de la constitutionnalite ANRT, 2004.
3. Howard Lee Mc Bain, "The Living Constitution. A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law" The MacMillan Company, New York. 1927 .11 .Stone, Ivan.
4. Bruce Allen Murphy, "Justice Antonin Scalia and the 'Dead' Constitution" The New York Times ,Feb. 14, 2016.
5. L. Fsuoreu etL.Philip, Les grands décisionsduconseil constitutinnel, sirey 1997, p.305.
6. Richard Bellamy, constitutionalism in transformasion, Blackwell publisher, USA, 1996.