

الإشكاليات الخاصة بتكوين واختصاصات القضاء الدستوري الفدرالي في العراق (دراسة مقارنة)

قسم القانون، كلية القانون، جامعة السليمانية، السليمانية، اقليم كردستان، العراق.

shorsh.omer@univsul.edu.iq

شورش حسن عمر

البريد الإلكتروني :

قسم القانون، كلية العلوم الإنسانية، جامعة رابرين، رانية، اقليم كردستان، العراق.

Ibrahim.salih@uor.edu.krd

إبراهيم صالح قادر البرزنجي

البريد الإلكتروني :

الملخص :

لقد جاء بحثنا الموسوم بـ (الإشكاليات الخاصة بتكوين واختصاصات القضاء الدستوري الفدرالي في العراق) لدراسة التنظيم الدستوري والقانوني للقضاء الدستوري في العراق من الناحيتين العضوية والوظيفية، ومن خلال هذا البحث، وجدنا بأنّ المؤسس الدستوري العراقي في ظل كلا من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة (2004)، الملغى، و دستور سنة 2005، النافذ حالياً، أقر بإنشاء هذا القضاء إلى جانب القضاة العادي والإداري، وهذا من خلال النص على إنشاء هيئة قضائية متخصصة سماها بـ "المحكمة الاتحادية العليا"، ولكنه أحال تشكيل المحكمة وتنظيم سير العمل فيها إلى مشرع القانون العادي. كما وأسند الدستور بعض الاختصاصات، حصراً، إلى المحكمة من بينها اختصاص الرقابة على دستورية القوانين. وركز البحث على نطاق وخصائص هذه الرقابة، إيماناً منا بأهمية الدور الرقابي للمحكمة في تحقيق العدالة الدستورية وضمان حماية الحقوق وحرية المواطنين الدستورية. وفي أثناء هذا البحث الذي اعتمدنا فيه منهج المقارنة بإسلوب التحليل-النقدي لاستقراء نصوص الدستوريين وقانون إنشاء المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، بخصوص تكوين واختصاصات المحكمة، مع مقارنتها أحياناً بنظام القضاء الدستوري في الدول المقارنة. وقد لاحظنا العديد من المثالب والإشكاليات بهذا الخصوص، وفي ضوء ذلك، اقترحنا إجراء تعديلات في بعض النصوص من الدستور النافذ، والإسراع في إصدار قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا بما يتماشى مع تلك النصوص الدستورية.

الكلمات المفتاحية : المحكمة الاتحادية العليا، الرقابة الدستورية، القضاء الدستوري.

المقدمة :

1- تمهيد: إن القضاء الدستوري في العراق لها عمق تاريخي متقطع، إذ يعود هذا التاريخ إلى أول وثيقة دستورية للعراق (القانون الأساسي العراقي لسنة 1925) والذي أنشئت بموجبه أول محكمة دستورية متخصصة ومستقلة عن نظام القضاء العادي سماها المؤسس الدستوري بـ(المحكمة العليا) وأسند إليها العديد من الاختصاصات الدستورية، من ضمنها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين، وبهذا أصبحت العراق ثالث دولة على المستوى العالمي أقرت في دستورها باتباع قضاء دستوري متخصص ليتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين، لكن بعد الإطاحة بالنظام الملكي وإعلان الجمهورية، ألغى القانون الأساسي، وتم وضع دساتير مؤقتة للدولة في الأعوام (1958، 1963، 1964، 1968، 1970) ولم تتضمن هذه الدساتير أي نص بتكوين هيئة قضائية مختصة ليثار أمامها موضوع الرقابة الدستورية، باستثناء دستور سنة 1968 والذي نص صراحة على تشكيل "المحكمة الدستورية العليا"، وبعد مرور شهرين على صدور الدستور تم إصدار قانون خاص بإنشاء المحكمة الدستورية، لكن عملياً، لم يتشكل هذه المحكمة ولم يمارس اختصاصاتها.

وفي 9/ابريل/ 2003 سقط النظام السياسي السابق، ومنذ ذلك الحين، دخلت العراق في عهد جديد، وبعد ذلك، وضع قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، والذي كان يعد بمثابة دستور مؤقت لجمهورية العراق –حينذاك، وبموجب المادة(4) من هذا القانون، تحولت تركيبة الدولة العراقية من دولة بسيطة موحدة إلى دولة اتحادية(فدرالية). وهذا العهد الجديد، كان ولا يزال يقتضيه وجود هيئة قضائية مختصة تتولى مراقبة دستورية القوانين وإلغاء ما يتعارض منها مع أحكام الدستور، لذلك فقد نصت المادة (44) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية لسنة (2004) على إنشاء محكمة اتحادية عليا للحكم على دستورية القوانين والفصل في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق الدستور والقوانين الفدرالية على المستويين الفدرالي والإقليمي، وتنفيذاً لأحكام هذا الدستور، تم إصدار قانون المحكمة الاتحادية العليا المرقم (30) لسنة 2005.

2- أهمية البحث: تحظى دراسة موضوع (الإشكاليات الخاصة بتكوين واختصاصات القضاء الدستوري الفدرالي في العراق) بأهمية خاصة، نظراً للتحويلات السياسية والقانونية التي مرّ وتمزبها العراق، لاسيماً بعد تأسيس دستور جمهورية العراق لسنة 2005. وتتجلى الأهمية العملية للبحث فضلاً عن أهميته النظرية، في تعلق موضوع البحث بمحاولة علمية لتحديد النواقص التي تشوب التنظيم القانوني للقضاء الدستوري الفدرالي في العراق، مستهدفاً في ذلك ضمان فعالية هذا القضاء والنهوض بدوره الرقابي في حماية الحقوق وحريات المواطنة الدستورية .

3- إشكالية البحث: تكمن إشكالية البحث فيما يأتي:

أ- أن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 الذي تعمل المحكمة بموجبه، قد صدر تطبيقاً لأحكام قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية (دستور سنة 2004-المغلي-)، ولكن رغم إلغاء سنده الدستوري بقي قانون المحكمة ساري المفعول في ظل دستور 2005 النافذ حالياً. وذلك مع وجود التغيير والتباين الملحوظ في موقف الدستوريين بخصوص تكوين واختصاصات المحكمة الاتحادية العليا .

ب- إن نصوص الدستورية الخاصة بتكوين واختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في دستور 2005 لم تكن واضحة بما فيه الكفاية، الأمر الذي تثير العديد من الإشكاليات والجدل الفقهي حولها، وتأويلها لدى القائمين بممارسة السلطة التشريعية في إطار الجهود الرامية لإصدار قانون جديد للمحكمة بما يتماشى مع تلك النصوص الدستورية.

4- منهج البحث: نعالج إشكالية البحث باتباع المنهج المقارنة مع الاستعانة بأسلوب التحليل-النقدي، للمقارنة بين نصوص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، ودستور 2005 –النافذ حالياً- من جهة، ونصوص القانونية الواردة في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 من جهة أخرى، في شأن تكوين واختصاصات المحكمة. ونقارن أحياناً موقف المؤسس الدستوري و المشرع القانوني في العراق بعض الدول المقارنة في هذا الصدد، كالولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا ومصر.

5- خطة البحث: ينقسم هذا البحث إلى مبحثين رئيسيين وفق خطة منهجية رقمية، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول/ تكوين المحكمة الاتحادية العليا: والذي نتناول في شقه الأول موقف المؤسس الدستوري في دستوري 2004 و2005، وموقف المشرع القانوني في قانون إنشاء المحكمة حول كل مايتعلق بتنظيم تكوين المحكمة الاتحادية العليا. أما في شقه الثاني، نحدد الإشكاليات التي تثيرها هذا التنظيم. المبحث الثاني/ اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا: نقارن بأسلوب تحليلي-نقدي اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في ظل النصوص الدستورية الواردة في دستوري 2004 و2005، و النصوص القانونية المقررة لتلك الاختصاصات .

(1) المبحث الأول

تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق

أوجبت المادة (44) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 إنشاء محكمة دستورية متخصصة للنظر والبت في الدعاوى الدستورية، من ضمنها دعاوى الرقابة على دستورية القوانين. وبما أن الفقرة (أ) من المادة المذكورة، أحال تشكيل المحكمة الاتحادية العليا إلى المشرع العادي، فقد تم وضع قانون المحكمة الاتحادية العليا بموجب الأمر الصادر من رئيس مجلس الوزراء رقم (30) لسنة 2005. ونصت المادة (1) من قانون المحكمة على أن " تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد تمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون". وبعد ذلك، صدر دستور جمهورية العراق لسنة 2005، الذي نص في المادة (92) منه على كيفية تكوين المحكمة الاتحادية العليا بشكل مغاير لما نص عليها قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005. ولكن مع ذلك، بقي قانون المحكمة نافذاً في ظل دستور 2005 وتسير عليه المحكمة في ممارسة اختصاصاتها رغم إلغاء سنده الدستوري بإلغاء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية. وعليه، لدراسة التنظيم القانوني للقضاء الدستوري في العراق بعد سنة 2003، يتعين علينا، التعرف على كيفية تكوين المحكمة الاتحادية العليا وتحديد الاختصاصات المناطة بها، منها اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين.

1-1 : تكوين المحكمة الاتحادية العليا في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة (2004)؛

بموجب المادة (44/ هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة (2004)، تتكون المحكمة الاتحادية العليا من (تسعة) أعضاء يرشحهم مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم، ومن الضروري أن لا يقل عدد المرشحين من (ثمانية عشر) فرداً، ولا يزيد عن (سبعة وعشرين) فرداً. ويجب على (مجلس القضاء الأعلى) رفع أسماء المرشحين إلى مجلس الرئاسة⁽¹⁾ ليقوم هذا المجلس بتعيين (تسعة) من المرشحين المرفوعين أسمائهم إليه وتسمية احدهم رئيساً لها. وعند شغور منصب رئاسة المحكمة أو العضوية فيها بسبب الوفاة أو الاستقالة أو العزل، يتخذ مجلس القضاء الأعلى نفس الإجراءات السابقة، إذ يقوم بترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر. وفي حالة رفض مجلس الرئاسة للمرشحين، فيجب على مجلس القضاء الأعلى أن يقدم مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين. وان قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 الذي صدر بالاستناد لأحكام المادة (44/أ) من قانون إدارة الدولة 2004، أكد على مانص عليه هذا الدستور بالنسبة لكيفية تكوين هذه المحكمة في المادة (3) منه. أن مسألة تكوين المحكمة الاتحادية العليا العراقية يثير عدة موضوعات، منها ما يتعلق بالشروط الواجب توافرها فيمن يكون عضواً في هذه المحكمة، وكذلك مدة العضوية و المركز القانوني للأعضاء، وكيفية انعقاد المحكمة وصدورها للأحكام والقرارات. لذلك، نتناول هذه المواضيع وفق ما يأتي:

(1) يقصد به مجلس رئاسة الجمهورية الذي كان يتكون من رئيس الجمهورية ونائبيه في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 ، وبقي هذا المجلس لغاية إنتهاء دورة واحدة لاحقة لتنفيذ دستور جمهورية العراق لسنة

2005 بموجب المادة (138/أولاً) منه ليحل بعد ذلك تعبير (رئيس الجمهورية) محل تعبير (مجلس الرئاسة).

أولاً: شروط العضوية في المحكمة:

إن المؤسس الدستوري والمرجع القانوني لم يفضح صراحة الشروط الواجب توافرها فيمن يشغل عضوية المحكمة الاتحادية العليا، إذ إن الدستور قد اكتفى باستخدام كلمتي "أعضاء، و فرداً" للإشارة لمن يكون رئيساً أو عضواً في هذه المحكمة، بينما المرجع القانوني استعمل كلمة "أعضاء" فقط، وأن هاتين الكلمتين لاتفيدان ولا تدلان صراحة لصفة العضو في المحكمة، كونه قاضياً، أو من القانونيين، أو من الفقهاء أو من غيرهم، وهذا أمر غير مرغوب فيه، لأن عدم التحديد الصريح لصفة من يكون رئيساً أو عضواً للمحكمة، يفتح الباب على مصراعيه للجدل الفقهي. وإن تشكلت المحكمة بموجب قانون رقم (30) لسنة 2005 بكامل أعضائها من القضاة (الشكري، 2016، ص34)، وذلك إعمالاً بأحكام البند (ج) من الفقرة (1) من القسم (3) من امر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (35) لسنة 2003، والتي أكدت صراحة على أن مجلس القضاء يعني بشؤون القضاة وتنظيم أمورهم، لذا قام مجلس القضاء الأعلى بترشيح القضاة حصراً دون غيرهم لرئاسة وعضوية المحكمة الاتحادية العليا. كما لم يحدد المرشح سناً معيناً كالمحد الأدنى والأقصى كشرط من شروط العضوية لرئيس وأعضاء المحكمة.

ثانياً: مدة العضوية في المحكمة:

لم يحدد الدستور أي مدة للعضوية في المحكمة، لكن وفقاً للمادة (6/ب) من قانون المحكمة المذكور، يستطيع رئيس المحكمة أو أي عضو آخر فيها أن يستمر بالخدمة في المحكمة مدى الحياة، طالما يستطيع أداء مهامه الوظيفي بالشكل المهود إليه القيام بها طبقاً للدستور والقانون المنظم للمحكمة، دون تحديد حد أعلى للعمر، أي يستطيع العضو⁽¹⁾ في المحكمة الاتحادية العليا أن يشغل وظيفته رغم تجاوز عمره لسن التقاعد المقرر لموظفي الدولة أو لقضاة المحاكم الأخرى ما لم يرغب شخصياً بترك الخدمة. علماً، أن قضاة المحاكم الأخرى يحالون على التقاعد عند إكمالهم الثالثة والستين من عمرهم، عملاً بالمادة (42/أولاً) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم 160 لسنة 1979 المعدل

ثالثاً: كيفية انعقاد المحكمة وإصدارها للأحكام والقرارات:

قد أغفل الدستور هذا الموضوع، إلا أن المادة (5/أولاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، يلزم رئيس المحكمة بتوجيه دعوة كتابية إلى الأعضاء كافة للحضور في انعقاد المحكمة، ويرفق بكاتب الدعوة جدول الأعمال وما يتعلق به من وثائق، وينبغي أن يوجه الدعوة بالحضور إلى الأعضاء في مدة كافية ومعقولة يقدره رئيس المحكمة قبل موعد المحدد للانعقاد. ومعيار معقولية هذه المدة يرتبط بوقت كاف هو ان يتمكن العضو من خلاله الإطلاع على موضوع الدعوى الذي سينعقد المحكمة من أجلها، وليتسنى له التفكير ملياً بالموضوع. ويرتهن انعقاد المحكمة بممارستها لأحد الاختصاصات الدستورية المناط بها، ولا يكون انعقاد المحكمة صحيحاً إلا بحضور جميع أعضاء المحكمة.

و بموجب المادة (44/د) من قانون إدارة الدولة، و المادة (5/أولاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، تصدر المحكمة أحكامها وقراراتها بالأغلبية البسيطة، باستثناء الأحكام والقرارات الخاصة بالفصل في المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية يستلزم إصدارها بأغلبية الثلثين.

رابعاً: المركز القانوني لأعضاء المحكمة:

إن المركز القانوني عبارة عن مجموعة من الحقوق والضمانات والالتزامات التي يتمتع أو يتحملها شخص ما بموجب القانون (فودة، 1999، ص35). وإن المركز القانوني لرئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا يحتوي على ضمانات محددة (حقوق وامتيازات قانونية) لهؤلاء القضاة كما وينطوي على التزامات (واجبات) قانونية معينة يقع على عاتقهم لابد من أدائها بأكمل الوجه.

(1) نستخدم كلمة العضو في المحكمة الاتحادية العليا ليشمل جميع أعضاء المحكمة بمن فيهم الرئيس، لأن هذا الأخير هو من أحد أعضاء المحكمة قبل أن يكون رئيساً فيها ويحتفظ بصفة العضوية رغم تيوذه منصب رئيس المحكمة.

وقد ينص الدستور على جانب من هذا المركز القانوني ويترك التفاصيل بصدد الضمانات والحصانات والواجبات الأخرى لقانون المحكمة (الجملة، 2011، ص167). بناءً على ذلك، قد أقر قانون إدارة الدولة، و قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 عدداً من الضمانات لقضاة المحكمة الاتحادية العليا، يمكن إجمالها بما يلي:

1- مرتب لائق لقضاة المحكمة: أن المادة (6/ أ) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، أقرت لقضاة المحكمة حقوق مالية مساوية لحقوق الوزراء فيما يتعلق بالمرتب والمخصصات، وهذا يدل على حرص المشرع على ضمان تأمين الحياة الكريمة لهؤلاء القضاة ليتفرغوا لمهامهم والنهوض بواجبهم المقدس في هذا المجال بما يحقق الصالح العام.

2- مبدأ عدم قابلية عزل القاضي الدستوري: جوهر هذا المبدأ يمثل عدم جواز إبعاد القاضي الدستوري عن منصبه القضائي سواء بطريقة الفصل، أو أية عقوبة تأديبية، أو الإحالة إلى التقاعد، أو منعه من ممارسة وظيفته، أو نقله إلى محكمة أخرى في القضائين العادي أو الإداري، أو نقله إلى وظيفة أخرى غير قضائية، إلا في الأحوال وبالكيفية المنصوص عليها في الدستور أو بموجب القانون بناءً على النص الدستوري الواضح بهذا الصدد. إذ يمكن للمؤسس الدستوري تخويل المشرع العادي لتنظيم إجراءات العزل، بتقرير أسبابه وبيان حدوده وضوابطه وإجراءاته، ولا يجوز للسلطة التنفيذية إصدار المراسيم أو النظام لتنظيم الأمور الإجرائية المتعلقة بعزل القضاة بصورة عامة والقضاة الدستوريين بصورة خاصة (الشيخلي، 2019، ص40). وعليه، فلا يمكن عزل القاضي الدستوري مالم يجيزها الدستور صراحة، ويجوز تنظيم كيفية العزل عن طريق القانون المنظم لهذا القضاء، أو من قبل المحكمة الدستورية نفسها من خلال إصدارها للنظام الداخلي للمحكمة.

ومما لا شك فيه، إن إقرار هذا المبدأ في صلب الدستور، يكفل للقاضي الدستوري " حرية الحكم بلا خوف ليقول كلمة الحق والعدل مرة من كل تدخل يزيغها، أو خوف يغتالها" (الشيخلي، 2019، ص40). بناءً على ذلك، نصت المادة (47) من الدستور على مبدأ عدم قابلية القاضي للعزل مالم يتحقق إحدى الحالات الآتية: منه، إدانة القاضي بارتكاب جرائم مخلة للشرف، إدانة القاضي بارتكاب جرائم الفساد، وإصابة القاضي بعجز دائم يحول دون قيامه بمهامه الوظيفية. وكان الأجدر بالمؤسس الدستوري استخدام كلمة الإعفاء أو الإحالة إلى التقاعد محل العزل بالنسبة للحالة الأخيرة، أي حالة كون القاضي عاجزاً عن أداء وظيفته بسبب مرض جسمي أو عقلي مثبت بتقرير طبي رسمي، لأن العزل يحتوي معنى الشجب والاستنكار. فضلاً عما يترتب عليه من نتائج قانونية متعلقة بحرمان من تم عزله عن أي راتب تقاعدي، لأن المرتب هو حق من الحقوق المالية المقررة قانوناً لمن أدى واجباته الوظيفية طبقاً للقانون، وأن العزل هي عقوبة تأديبية انضباطية يقع على من أخل إخلالاً جسيماً بواجبات وظيفته أو ارتكب الشخص فعلاً خطيراً يجعل بقاءه مضرراً بالوظيفة وبالصلحة العامة، لذلك يجب استبعاده من الوظيفة العامة نهائياً. أما كلمة (الإعفاء) أو عبارة (الإقالة إلى التقاعد) تحمّلان وصف اللطافة التي لا تشير إلى ارتكاب الشخص لأي فعل مضر أو خطير، وتنسجمان مع طبيعة الحالة (العجز الصحي) التي تكون سبباً من أسباب قطع علاقة القاضي بوظيفته. وتأكيداً لذلك نصت المادة (6/ ثانياً) من قانون المحكمة على أن " يتقاضى كل من رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا عند تركهم الخدمة راتباً تقاعدياً..... لأي سبب كان عدا حالتي العزل بسبب الإدانة عن جريمة مخلة بالشرف أو بالفساد و.....". أما الواجبات القانونية الملقاة على رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، فهي أداء اليمين القانوني طبقاً لما نص عليه المادة (7) من قانون المحكمة، وبموجبه يجب على القاضي الدستوري ممارسة وظيفته القضائية وفقاً للدستور والقوانين الدستورية بصدق وأمانة، و يتعين عليه عدم إنكار العدالة والإبتعاد عن كل ما يضر بحياده ونزاهته.

1-1-1 : الإشكاليات الخاصة بتكوين المحكمة الاتحادية العليا :

إن كيفية تكوين المحكمة الاتحادية العليا في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة (2004)، وكذلك في ظل قانون المحكمة رقم (30) لسنة 2005، تثير عدة إشكاليات، منها:

أولاً: تأييد مدة العضوية مع عدم إمكانية ازدياد عدد أعضاء المحكمة : إذا كان من المقرر أن عدم تجديد مدة عضوية القاضي الدستوري يمثل ضماناً هامة لتحقيق استقلالية القاضي، فإنه من المقرر أيضاً أن تأييد العضوية يصطدم في كثير من الأحيان بضرورة تطور أحكام القضاء الدستوري ومواكبتها للتطورات السياسية والاجتماعية (الشيخ، 2003، ص32). وللتوفيق بين الاعتبارين كان الأجدر بمشرع قانون المحكمة الاتحادية

العليا أن يحدد مدة العضوية في المحكمة بمدة معينة، ليست بالمؤقتة، وليست بالمؤبدة، وذلك من خلال الحدين الأدنى والأعلى للعمر بالنسبة لرئيس وأعضاء المحكمة، كأن يشترط قانون المحكمة بأن سن العضو لا يقل عن 40 سنة ولا يزيد عن 70 أو 75 سنة.

وعليه، إن إقرار قانون المحكمة رقم (30) لسنة 2005 لمبدأ استمرار القاضي الدستوري مدى الحياة، مع عدم إمكانية ازدياد عدد أعضاء المحكمة، يصطدم مع معطيات الواقع السياسي في العراق. ودليلنا على ذلك، أن قضاة المحكمة الاتحادية العليا يتم ترشيحهم من قبل مجلس القضاء الأعلى الاتحادي بالتشاور مع المجلس القضاء للإقليم، وأن الإقليم الفدرالي الوحيد في العراق و هو إقليم كردستان، فماذا سيكون الموقف لو أنشئت أقاليم أخرى فدرالية في العراق، هل يعاد تشكيل المحكمة من جديد ويتم استبعاد البعض، وهذا غير جائز في ضوء هذا القانون لأنهم يحق لهم البقاء في عضوية المحكمة مدى الحياة، أم يتم زيادة العدد وهم محددون في نص القانون المحكمة رقم (30) لسنة 2005 ونص الدستور؟ إذ حدد النصاب عدداً ثابتاً لعدد أعضاء المحكمة مما يجعل عدم قابلية ازدياد أو تقليل هذا العدد. علماً، بأن العراق ومن شواهد الأحداث الجارية مقبل على إنشاء أكثر من إقليم فدرالي. (الموسوي، 2009، <http://www.ahewar.org/>).

ثانياً: تبعية المحكمة للسلطة التنفيذية من حيث تعيين قضاة المحكمة؛ إن تحقيق مبدأ استقلالية القضاء الدستوري يحتاج إلى إقرار الدستور بالاستقلال العضوي والوظيفي لهذا القضاء، لأن استقلال المحكمة المختصة و المكلفة بمراقبة دستورية القوانين عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، هي استقلال عضوي و مؤسسي، بينما استقلال قضاتها يتضمن استقلال العنصر البشري للمحكمة للقيام بمهامهم الوظيفي (الاستقلال الوظيفي) بعيداً عن أي تعليمات أو توجيهات من قبل أية سلطة أو أي شخص. إذن، إن إقرار الدساتير لأحد نوعي الاستقلال دون الآخر، يعد بمثابة تحايل على مبدأ استقلالية القضاء الدستوري. (الشيخلي، 2019، ص ص 35-37). ولقد نصت المادتان (43 و 45) من قانون إدارة الدولة على هذا المبدأ بوجهيه العضوي والوظيفي.

ولكن ما تثير الإشكالية بخصوص الاستقلال العضوي للمحكمة الاتحادية العليا وقضاتها، هو الفقرة (هـ) من المادة (44) من قانون إدارة الدولة، والمادة (4) من قانون المحكمة السالفين الذكر، إذ بموجبهما، تتوقف تكوين المحكمة الاتحادية العليا على مشيئة السلطة التنفيذية، لأن مجلس رئاسة الجمهورية حالياً رئيس الجمهورية ببيده أمر تعيين المرشحين لرئاسة وعضوية المحكمة أو رفضهم. وأما دور مجلس القضاء الأعلى فهو دور تشاوري وتعاوني فحسب، إذ يتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم الفدرالية لإعداد قائمة بأسماء المرشحين، وفي الوقت نفسه يلعب دور التنسيق والتعاون مع مجلس الرئاسة- حالياً رئيس الجمهورية -، إذ إن مجلس القضاء الأعلى هي الجهة الوحيدة التي كانت بإمكانها رفع أسماء المرشحين لعضوية ورئاسة المحكمة الاتحادية العليا إلى مجلس الرئاسة.

ثالثاً: عدم كون المحكمة الاتحادية العليا أعلى جهاز قضائي في الدولة؛ استناداً إلى المادة (45) من قانون إدارة الدولة، لم يكن المحكمة الاتحادية العليا أعلى جهاز قضائي في الدولة بل هي إحدى تشكيلات مجلس القضاء الأعلى، كما وأن رئيس المحكمة وبموجب المادة المذكورة، يشغل حكماً- منصب رئيس مجلس القضاء الأعلى، وفي حالة غيابه لترأس مجلس القضاء يتراأس المجلس رئيس المحكمة التمييز الاتحادية. وهذا يعني أن الدستور قد أجاز ازدواج عمل الرئيس للجمع بين وظيفة القضاء الدستوري المتخصص الذي يستوجب التفرغ والتخصص لممارسته، و وظيفة إدارة مجلس القضاء الأعلى التي يضطلع بمهام القضاء العادي، وهذا أمر غير محبذ، ويؤثر سلباً على كفاءة رئيس المحكمة وعلى الاستقلال الإداري للمحكمة وعلى حيادتها أيضاً، فقد يكون مجلس القضاء الأعلى أحد أطراف الدعوى الدستورية المرفوعة أمام المحكمة الاتحادية العليا أو مقدماً إليها بطلب التفسير الدستوري (الهلاي، 2011، ص 190).

رابعاً: اشتراط حضور جميع أعضاء المحكمة لصحة انعقادها؛ إن المادة (5/أولاً) من قانون المحكمة اشترط حضور جميع أعضاء المحكمة لصحة انعقادها، وهذا اتجاه منار للنقد، لأنه قد يعيق عمل المحكمة، إذ في حالة عدم حضور أحد أعضائها لأسباب غير متعلقة بالوفاة أو الاستقالة أو العزل، قد يتكسد الدعاوي الدستورية وطلبات التفسير الدستوري أمام المحكمة، دون أن يبت فيها المحكمة. وهذا ينعكس سلباً على حقوق الأفراد والاستقرار السياسي والقانوني في البلد، وبالتالي سيضر بمبدأ العدالة الدستورية الذي كانت المحكمة مدعوة بالعمل لتحقيقها.

لذلك يرى جانب من الفقه العراقي-والذي نؤيدهم- بأنه كان من الأفضل أن يحدد الدستور أو قانون المحكمة الاتحادية العليا النصاب القانوني لانعقاد المحكمة بحضور سبعة أعضاء بما فيهم الرئيس. ومادامت المادة (5/أولاً) من قانون المحكمة[□] سالفة الذكر-اشتراطت الحضور لجميع الأعضاء لانعقاد المحكمة، كان الأجدى بالمشروع القانوني النص على وجود أعضاء احتياط لتلافي حالة غياب عضو أو أكثر من أعضاء المحكمة (خالد، 2012، ص186). وتولافياً لهذا القصور التشريعي، الذي تم الإدراك به فعلياً و بالأثار السلبية المترتبة على شرط الإجماع لانعقاد المحكمة، في إطار التطبيق العملي لهذا الشرط، وكذلك تأميناً لحسن سير العمل في المحكمة وعدم تعطيل أعمالها عند غياب أحد أعضائها لأسباب يرجع لغير حالات التي حددها المادة (44/هـ) من الدستور، والمتثلة بـ(الاستقالة، أو الوفاة، أو العزل)، والتي يحول دون حضور و اشتراك العضو في انعقاد المحكمة، فقد صدر مجلس رئاسة الجمهورية المرسوم الجمهوري المرقم (61) في 2009/5/26 بتسمية اثنين من قضاة محكمة التمييز الاتحادية ليكونا عضوين احتياطيين في المحكمة الاتحادية العليا إضافة إلى عملهما في محكمة التمييز الاتحادية (جريدة الوقائع العراقية، العدد: 4123، الصادر في 1 / 6 / 2009، ص2).

ولكن، هذا المرسوم الصادر من السلطة التنفيذية، رغم فائدتها العملية، يبقى محلاً للنقد، لأن عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا حدده كل من الدستور وقانون المحكمة الاتحادية العليا بـ(تسعة) أعضاء، أما إضافة عضوين احتياطيين إلى المحكمة، من قبل السلطة التنفيذية، ليصل بهما العدد الإجمالي لأعضاء المحكمة إلى (إحدى عشرة) عضواً، فليس له أي سند دستوري أو قانوني. لذلك، يمكننا اعتبار المرسوم الجمهوري المذكور آنفاً- بمخالفة صريحة لنص المادة (44/هـ) من قانون إدارة الدولة، ويتعارض أيضاً مع نص المادة (3) من قانون المحكمة. كما ويعتبر مخالفة للمبادئ الدستورية العامة المطبقة في كثير من دول العالم بالنسبة لتشكيل القضاء الدستوري، إذ إن الدستور ينظم هذا التشكيل أو يعهد به أحياناً إلى البرلمان لينظم كيفية تكوين المحكمة الدستورية بواسطة قانون يسن بأغلبية خاصة، وهذا ما أخذه الدستور العراقي في المادة(92) من دستور 2005.

فمن هنا، يستتبع موضوع التنظيم القانوني للقضاء الدستوري في العراق بعد سنة 2003 و كيفية تكوين هذا القضاء، للبحث عن موقف الدستور العراقي لسنة 2005، في هذا الصدد.

1-2 : تكوين المحكمة الاتحادية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 :

إن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة (92/ثانياً) منه أحال تنظيم كيفية تكوين المحكمة الاتحادية العليا وتحديد عدد أعضاء المحكمة و تنظيم كل مايتعلق بحسن سير أعمالها إلى القانون العادي الذي يصدره مجلس النواب العراقي، و أن هذا المجلس ملزم بإصدار قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا، لكنه امتنع عن إصدار هذا القانون، على الرغم من أن مجلس الوزراء وبموجب قراره المرقم (90) في سنة 2015 أحال إلى (مجلس النواب) مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا، وتم قراءتان وإدخال تعديلات لهذا المشروع من قبل (مجلس النواب)، إلا أن هذا المشروع لم يرى النور ولم يصبح قانوناً لغاية اليوم. (<https://www.pmo.iq/press2015/24-2-2015.htm>) و (<https://www.iraqfsc.iq/news.4332/>) و (2019) و (<http://ar.parliament.iq/2019/04/13/>).

وعليه، إن الفقرة الثانية من المادة 92 المذكورة من الدستور، نصت على أن " تتكون المحكمة الاتحادية العليا، من عدد من القضاة، و خبراء في الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون، يحدد عددهم، وتنظم طريقة اختيارهم، وعمل المحكمة، بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب". وعليه، في الوقت الذي قيد الدستور حرية المشرع العادي بالنسبة لتحديد الصفات اللازم توافرها فيمن يكون عضواً في المحكمة الاتحادية العليا، فإنه يعطي الحرية التقديرية لهذا المشرع في تحديد عدد أعضاء المحكمة وكيفية إختيارهم. لأن هذا النص رغم إضافته إلى المحكمة الاتحادية العليا فئتين أخريين غير قضائية إلى عضوية المحكمة، وهما: (خبراء في الفقه الإسلامي) و (فقهاء القانون)، إلا أن المؤسس الدستوري لم يفصح صراحة عن نيته بتغليب الفئة القضائية على الفئتين غير القضائيتين في تكوين المحكمة، إذ ترك هذا الأمر والأمور التفصيلية الأخرى المتعلقة بالتكوين لقانون المحكمة الاتحادية العليا الذي يرتقب أن يصدر لاحقاً.

1-2-1 : الإشكاليات الخاصة بتكوين المحكمة الاتحادية في ظل دستور 2005 ؛

إن المحكمة الاتحادية العليا بتشكيلتها الحالية تستند إلى قانونها المرقم (30) لسنة 2005 في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة (2004)، الملغى، ولم يصدر مجلس النواب قانون المحكمة المزمع إصداره كما نص عليها دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة (92/ثانياً). زيادة على ذلك، أن هذه المادة الدستورية الخاصة بتكوين المحكمة الاتحادية العليا، تثير بحد ذاتها إشكاليات قانونية تواجهها المحكمة في ظل دستور 2005. ونبحث عن أبرز هذه الإشكاليات وكالاتي.

1-1-2-1 : بقاء تكوين المحكمة الاتحادية العليا خلافاً لما جاء به دستور سنة 2005 ؛

إن موقف الدستور العراقي لسنة 2005 بشأن تكوين المحكمة الاتحادية العليا يتباين بشكل ملحوظ مع ما نصت عليه قانون المحكمة رقم 30 لسنة 2005 في هذا الشأن، فهذا أثارت شكوك حول دستورية القانون رقم (30) الذي تسيّر عليه المحكمة، في ظل دستور 2005 وانقسم الفقه الدستوري العراقي في هذا الصدد إلى رأيين:

الرأي الأول : يرى بدستورية المحكمة الاتحادية العليا المشكلة بقانون رقم (30) لسنة 2005، بدليلين: أولهما، أنه بعد إجراء الانتخابات النيابية وتشكيل مجلس النواب أعيد تعيين أعضاء المحكمة بالمرسوم الجمهوري المرقم (2) بتاريخ 1/حزيران/2005. وثانيهما، ان المادة (130) من دستور سنة 2005 نصت على أن " تبقى بقاء التشريعات النافذة معمولاً بها مالم تلغ أو تعدل ، وفقاً لأحكام هذا الدستور". وبالإمكان تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا على وفق أحكام الدستور. (خالد، 2009، ص63).

أما الرأي الثاني : يدعى بعدم دستورية هذا القانون استناداً إلى المادة (13/ ثانياً) من دستور سنة 2005 ، والتي تنص على أن " لا يجوز سن أي قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص قانون آخر يتعارض معه" ولا يصح الركون إلى نص المادة (130) من الدستور نفسه التي تقضي ببقاء التشريعات النافذة معمولاً بها مالم تلغ أو تعدل ، وفقاً لأحكام هذا الدستور. لأنه رغم نفاذ القانون المحكمة المذكور أعلاه- إلا أنه يخالف أحكام الدستور، ومن المريب أن تكون المحكمة الاتحادية العليا منظمة بقانون غير دستوري، لأنها هي الجهة القضائية الوحيدة المكلفة بحماية أحكام الدستور وهي التي تراقب دستورية القوانين. (حمد، 2013، ص ص85-86).

وتأييداً للرأي الأول فقد أكدت المحكمة في أحد قراراتها التفسيرية على أن المحكمة الاتحادية العليا تعتبر محكمة دستورية مؤسسة بموجب القانون رقم (30) لسنة 2005 لحين إلغاء قانونها أو تعديله استناداً لنص المادة (130) من الدستور. (رقم القرار: 37/اتحادية/2010 والصادر في 14/4/2010).

ونحن بدورنا نميل إلى تأييد الرأي الأول وموقف المحكمة، وذلك لاعتبارات متعلقة بضرورة الأخذ بمقومات نظام القضاء الدستوري للحفاظ على الاستقرار السياسي داخل الدولة الفدرالية ، لأن الأحكام الصادرة من هذا القضاء يلزم السلطات كافة على المستويين الفدرالي والإقليمي، وبهذا يمكننا ضمان التزام السلطات بالدستور. ولكن مع ذلك، ولنفس الاعتبارات التي نعتد عليها لتأييد هذا الرأي، نرى بضرورة إسراع المشرع القانوني المتمثل بمجلس النواب العراقي في إصدار قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا أو تعديل قانونها الحالي طبقاً لما نص عليه الدستور الحالي في المادة (92/ثانياً)، لأن بقاء المحكمة كما هي عليها الآن، يفتح الباب برأينا أمام بعض سلطات الدولة أو الكتل السياسية للاحتجاج بعدم دستورية المحكمة وقراراتها متى ما أصدرت المحكمة قرارات وأحكام لا يخدم مصالح هذه الكتل أو الأحزاب السياسية المتصارعة على السلطة، وهذا سيؤثر سلباً على الاستقرار السياسي في البلد.

وفيما يخص موقف دستور سنة 2005 حول تشكيلة المحكمة، نشيد بموقفه بالنسبة لإقراره بضرورة جعل فقهاء القانون بين أعضاء المحكمة إلى جانب القضاة، ونرى بضرورة تمتع هؤلاء الأعضاء بكامل صلاحيات العضوية في اتخاذ القرارات والأحكام الصادرة من المحكمة أسوة بباقي الأعضاء الآخرين من القضاة ، فهذا هو مسلك القانون الدستوري المقارن بالنسبة لتكوين القضاء الدستوري. لأن هذا القضاء له خصوصية تختلف عن القضاء العادي، فالقاضي الدستوري يكاد أن يكون أحياناً بمنزلة المشرع، مما يحتاج الجانب الفقهي والنظري، ليفلسف المشكلة التي يحتويها الدعوى الدستورية

من أجل إعطاء مفهوم دقيق لأسسها والإلمام بجزئياتها، التي يكون القاضي في القضاء العادي مبتعد عنها نسبياً، لأن عمله هو حسم النزاعات والخصومات الناشئة بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين والحكم بالعقوبة الرادعة بحق من يثبت ارتكابهم للمخالفات والجحج والجنبايات، وذلك من خلال تطبيق النص القانوني على الدعاوى المنظورة أمامه، إذا كان قد استوفى الشكلية الدستورية لتشريع دون النظر فيه كمحل لواقعة يتصدى لها القضاء، على خلاف القضاء الدستوري الذي يكون محل تطبيقه كواقعة هو النص الدستوري أو النصوص التشريعية الأخرى (القانون العادي والأنظمة الإدارية)، وهذا لا يكتمل إلا بوجود من لديه العقلية البحثية والتأصيل لدراسة المشكلة وإيجاد الحلول وإن فقهاء القانون هم أهل لذلك. (الموسوي، 2009، <http://www.ahewar.org/>).

وعليه، "أن مهمة الرقابة على دستورية القوانين، تقتضي من القائمين عليها توفر الخلفية القانونية الواسعة، وتفكيراً منهجياً وقدرأ واسعاً من حرية الفكر والإبداع، إذ إن ما يعرض على القضاء الدستوري من القضايا هي من أدق أمور القانون. لأجل ذلك تشترط غالبية الدول في قوانينها المنظمة للقضاء الدستوري، توفر التخصص القانوني في القاضي الدستوري" (عمر، 2017، ص445). فهذا هو إتجاه الدول المقارنة.

ففي ألمانيا، وبموجب المادة (3) قانون المحكمة الدستورية الفدرالية لعام 1951 المعدل، فإنه من مجموع الثمانية أعضاء المنتخبين للمحكمة الدستورية الفدرالية من قبل كل مجلسي السلطة التشريعية (البوندستاغ والبوندسرات) يشترط أن يكون (خمسة) أعضاء من غير القضاة، ومحرزين لشهادات قانونية عليا **DiplomJurist**. (www.bundesverfassungsgericht.de > Downloads > Gesetze > BVerfGG, 2019).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية وإن لم يشترط الدستور أو القوانين على وجوب اختيار عناصر قانونية من بين مرشحي المحكمة العليا، إلا أن الكفاءة القانونية للمرشح يعد على جانب كبير من الأهمية، لأن رئيس الدولة لديه الدافع لاختيار رجال قانون على مستوى عال من الكفاءة، لكي لا يتسبب المرشح الذي ينقصه هذه الصفة موقفاً محرراً للرئيس، في حالة عدم مصادقة مجلس الشيوخ على ترشيحه. (الشوهيدي، 2011، ص35).

أما في مصر، فإن المادة (4/ج، د) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 اشترط على أن يكون من بين الفئات المختارة لعضوية المحكمة فقهاء القانون من "أساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا وظيفة أستاذ ثماني سنوات متصلة على الأقل، والمحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل".

ومما لاشك فيه، أن الاهتمام بموضوع تخصص القاضي في القضاء الدستوري وقدرته في التفسير والتحليل والتقييم في موضوعات الدعاوى الدستورية المرفوعة أمام المحكمة، يمكنه الوقوف على حقيقة الدعاوى وأطلبات التفسير على الوجه الأكمل، ومن ثم تتحقق الهيبة للمحكمة وتزيد الثقة في قراراتها وأحكامها (أحمد، 2013، ص103).

فمن هنا، يمكن حصر مهمة القضاء الدستوري بأشخاص مؤهلين علمياً لأداء رسالة هذا القضاء خاصة بعد أن أصبحت فروع القانون متعددة ومتنوعة مما تظهر الحاجة معه إلى محاكم مختصة وقضاة متخصصين. (الخفاجي، 2018، ص116).

ولكن، ما يؤخذ على موقف الدستوري العراقي، وما يثير الإشكالية، هو عدم تحديد النص الدستوري **أنف الذكر** للشروط اللازمة والمواصفات الضرورية لاختيار من يمكن وصفه بالفقيه القانوني الذي يمكن أن يكون عضواً للمحكمة الاتحادية العليا، هل أن الفقيه في القانون هو أستاذ جامعي ذو اللقب البروفيسور في القانون أو من الموظفين الحقوقيين العاملين في الدوائر الحكومية، أو من المحامين ذوي الصلاحيات المطلقة للترافع أمام المحاكم (الموسوي، 2009، <http://www.ahewar.org/>)؟ ، ومهما يكون الشروط التي من المفروض أن يحددها قانون المحكمة الاتحادية العليا المزمع إصداره، فمن الضروري أن يكونوا هؤلاء الأعضاء من الملمين بأحكام الدستور وبفقه القانون العام، مع التأكيد على أنه كان الأجدر بالمؤسس الدستوري تحديد شروط ومواصفات أعضاء المحكمة في صلب الدستور، دون ترك هذا الأمر لمشرع القانون العادي (أغلبية ثلثي مجلس النواب)، لأن هذا يؤدي إلى اتساع نطاق التقدير التي يتمتع بها السلطة التشريعية في تشكيل المحكمة، وتكون هذا التشكيل عرضة للتغيير بأيسر السبل من أجل مسيطرة رغبات الأغلبية السياسية العابرة في المجالس النيابية التشريعية، بينما تكوين القضاء الدستوري بنص الدستور يضمن رصانة واستقلالية هذا القضاء وأداء مهامه بفاعلية ونجاح.

1-2-1-2: عدم تحديد الدستور آلية ترشيح واختيار رئيس وأعضاء المحكمة:

أغل دستور 2005 تنظيم كيفية اختيار رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا تاركاً هذا الأمر إلى قانون المحكمة المزمع إصداره لاحقاً. وعليه، إن الإغفال الدستوري لهذا الموضوع مثار للنقد، إذ كان من الأوفق للمشرع الدستوري أن يحدد الأطر العامة لتشكيل المحكمة من حيث تحديد السلطة التي لها حق الترشيح، والسلطة التي لها حق الاختيار والسلطة التي لها حق التعيين، دون أن يترك هذا الأمر كلياً إلى قانون عادي يشرعه مجلس النواب لاحقاً، وإن كان هذا القانون سيسن بأغلبية الثلثين (حاتم، 2018، ص49)، آخذين بنظر الاعتبار أن مبدأ الاستقلال القضائي بصورة عامة، و من ضمنه القضاء الدستوري، يتوقف على كيفية اختيار وتعيين القضاة (شكر، 1994، ص180).

ومما لاشك فيه أن التنظيم الدستوري لكيفية تشكيل القضاء الدستوري وإشراك السلطات الرئيسية الثلاث في الدولة في الترشيح والاختيار والتعيين لرئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، تعطي أهمية مطلوبة للقضاء الدستوري والمكانة الدستورية العالية للمحكمة أسوة بالمكانة الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية المشكلتين والمنظمتين بموجب الدستور بدلاً من القانون العادي.

وعليه، إن إغفال الدستور لتنظيم كيفية تعيين أعضاء المحكمة الاتحادية، والامتناع التشريعي لمجلس النواب وذلك بامتناعه إصدار قانون جديد للمحكمة في ضوء المادة (92) المذكورة من دستور 2005، أثارت إشكاليات دستورية وقانونية، وهذا ما حدث عملياً حين أصدرت رئاسة الجمهورية المرسوم الجمهوري المرقم (4) في 2020/1/20 الخاص بتعيين السيد (محمد رجب الكبيسي) العضو الاحتياطي في المحكمة الاتحادية العليا عضواً أصلياً في المحكمة، إذ قرر مجلس القضاء الأعلى بجلسته المنعقدة بتاريخ 2020 / 1 / 23 مفاضة رئاسة الجمهورية لإلغاء هذا المرسوم، مشيراً إلى أن تعيين القاضي المذكور بموجب المرسوم المذكور يعد باطلاً، لأنه محال على التقاعد بموجب الأمر القضائي المرقم (146/ق/1) بتاريخ 2018/ 6 / 24 واستوفى كامل حقوقه التقاعدية حسب كتاب دائرة الشؤون المالية والإدارية رقم (611/د.م/2020) المؤرخ 2020/ 1 / 26 كما قرر في ذات الجلسة الإجماع إلى المحاكم كافة عدم العمل بأي قرار يصدر عن المحكمة الاتحادية إذا كان القاضي المذكور عضواً في تشكيلتها لعدم صحة عضويته مما يترتب عليه أن يكون أي قرار صادر عنها بتلك التشكيلة قراراً معدوماً من الناحية القانونية! (<https://www.hjc.iq/view.6404/>)، أما المحكمة الاتحادية العليا وفي قرارها المرقم 15/اتحادية/ في 2020/1/26، فقد استندت إلى أحكام المادة (6/ثالثاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، والتي تنص على أن " يستمر رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا بالخدمة دون تحديد حد أعلى للعمر إلا إذا رغب بترك الخدمة" مشيراً إلى أن القاضي المذكور مارس مهامه في المحكمة منذ تعيينه فيها بموجب المرسوم الجمهوري رقم (118) لسنة 2014. وأكدت المحكمة على أن مرد تفسير الدستور ومدلولاته وحسم الخلافات والنزاعات اختصاص حصري من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة (4) من قانونها، والذي كرست أحكامه المادة(93) من الدستور. وأن قيام أية جهة أخرى بهذه المهمة يشكل مخالفة لقانونها وخرقاً لأحكام الدستور.

1-2-1-3: الغموض الدستوري حول استقلالية محكمة الاتحادية العليا عن السلطة القضائية الاتحادية (مجلس القضاء الأعلى):

بالرغم أن المادة (92/أولاً) من دستور 2005 نصت على أن " المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً" إلا أن المادة (89) من الدستور نفسه جعلت المحكمة الاتحادية العليا ضمن تشكيلة السلطة القضائية الاتحادية، وبما أنه بموجب المادة (91/أولاً وثالثاً) يقوم مجلس القضاء الأعلى بإدارة شؤون القضاء والإشراف على القضاء الاتحادي، و يقوم أيضاً باقتراح مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية الاتحادية على مجلس النواب للمصادقة عليها، إذن، يتمتع هذا المجلس بصلاحيات الإشراف الإداري على المحكمة الاتحادية العليا وقضااتها و وضع الموازنة السنوية. فمن هنا يظهر التناقض بين المادة (91/أولاً وثالثاً)، والمادة (92/أولاً) التي نصت صراحة على الاستقلال العضوي (المالي والإداري) للمحكمة الاتحادية العليا. لكن المحكمة الاتحادية العليا وبقرارها المرقم 19/اتحادية/ في 2017 /4/11، أقرت بأن المادة (92/أولاً) يلزم أن تكون للمحكمة الاتحادية العليا موازنة مستقلة تطبيقاً لحكم المادة (92/ثانياً) من الدستور واعمالاً لحكم القواعد التشريعية في نص هذه المادة التي جاءت لاحقاً لنص المادة (91/ثالثاً) من الدستور، وهو نص خاص يختص باستقلالية المحكمة الاتحادية العليا مالياً وإدارياً وهو الواجب التطبيق، عملاً بقاعدتين أصوليتين:

(أن النص اللاحق يقيد السابق. والخاص يقيد العام). بناءً على ذلك، قررت المحكمة الحكم بعدم دستورية المادة (3/ثانياً، وثالثاً) من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (45) لسنة 2017 والتي كانت تنص على صلاحية مجلس القضاء الأعلى بترشيح رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، وجعل من صلاحية المجلس اقتراح مشروع الموازنة السنوية للمحكمة الاتحادية العليا. وأوجب الحكم بوضع نص في مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا المنظور في مجلس النواب يقضي بوضع المحكمة الاتحادية العليا موازنتها السنوية وعرضها على مجلس النواب للمصادقة عليها استناداً إلى المادة (92/ثانياً) من الدستور. وجاء في الحكم أيضاً، عدم صلاحية مجلس القضاء الأعلى بعد صدور دستور جمهورية العراق بترشيح رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، وبينت المحكمة أسباباً وحيثيات ذلك الحكم.

إضافة إلى ما سبق، أن المادة (89) من الدستور تتناقض مع البند (أ) من الفقرة (ثامناً) من المادة (93) من الدستور نفسه والتي أسندت إلى المحكمة الاتحادية العليا صلاحية الفصل في تنازع الاختصاص القضائي بين القضاء الاتحادي، والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم. بناءً على ذلك، أن وظيفة القضاء الدستوري في الدول الفدرالية، يقتضي الاستقلال الوظيفي والعضوي لهذا القضاء لا من السلطتين التشريعية والتنفيذية فقط، بل يستوجب استقلاله من السلطة القضائية الاتحادية أيضاً، لأن الأحكام والقرارات التي يصدرها القضاء الدستوري ملزمة للسلطات كافة على المستويين الفدرالي والإقليمي، مع الأخذ بنظر الاعتبار، أن القضاء الدستوري (المحكمة الاتحادية العليا) تختص بالفصل في تنازع الاختصاص بين القضائين الاتحادي والإقليمي، فكيف يمكن للمحكمة الفصل في مثل هكذا التنازع إذا كانت هي نفسها جزء من إحدى الجهتين القضائيتين المتنازعتين؟! المتنازعتين؟!

1-2-1-4: عدم اقرار الدستور بمبدأ الحصانة الخاصة لأعضاء المحكمة الاتحادية العليا؛

بالرغم أن المادتين (87 و 88) من الدستور نصتا على مبدأ استقلالية القضاء والقضاة بصورة عامة، مما نجد في مضمونهما التأكيد الدستوري على استقلالية المحكمة الاتحادية وأعضائها، إذ نصت المادة (87) من الدستور على أن "السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها،...." أما المادة (88) أكدت على مبدأ استقلالية القضاة، وضمان عدم تدخل السلطات في وظيفة القضاء، إذ نصت على أن "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة". كما ونفهم من نص المادة (97) من الدستور، إقرار المؤسس الدستوري لمبدأ "عدم قابلية القاضي الدستوري للعزل" إلا في الحالات التي يحددها القانون.

إلا أن الدستور ترك أمر تحديد أسباب العزل وتنظيم الإجراءات التي تتخذ بهذا الشأن إلى المشرع العادي، فهذا الموقف للمؤسس الدستوري برأينا- يثير إشكاليات وصعوبات بوجه مبدأ ضمان استقلالية القضاء الدستوري وقضاة، لأن الإغفال الدستوري لتحديد أسباب المؤدية لعزل القاضي الدستوري، يعطي الحرية للسلطة التشريعية العادية لتضييق مجال حرية القاضي الدستوري من خلال إصداره للقواعد القانونية التي من الممكن أن لا تحقق التوفيق بين مبدئين دستوريين، أولهما: مبدأ "عدم قابلية القاضي الدستوري للعزل"، وثانيهما: مبدأ "إمكانية عزل القاضي الدستوري". وعليه، فإن المبدأ الأول، يمثل نظرياً- جوهر مبدأ الفصل بين السلطات، ومن الناحية العملية يعد نتيجة منطقية مترتبة على تطبيق مبدأ استقلالية القضاء والقضاة. أما المبدأ الثاني وفقاً لما أقرتها اللجنة الرابعة للمؤتمر الدولي لرجال القانون الذي عقد في مدينة نيودلهي بالهند عام 1959، فلا يمكن تطبيقه ما لم يتوافر أحد الأسباب الثلاثة: منها: صدور حكم بات من جهة قضائية مختصة بإدانة القاضي الدستوري لارتكاب جريمة جنائية جسيمة، عدم إستقامة القاضي، و العجز الصحي الدائم للقاضي يحول دون قيامه بأداء الوظيفة المعهودة إليه. وارتأت اللجنة إلى أن اللجوء إلى أسباب أخرى لعزل القضاة مثل العزل بطريق التصويت التشريعي أو العزل بناءً على قرار اتهام جنائي للقاضي قبل إثبات التهمة الموجهة إليه، سيضر بمبدأ استقلال القضاء والقضاة (الشيخلي، 2019، ص43).

ارتباطاً بما جاء أعلاه، لم يقرر الدستور العراقي أي نوع من أنواع الحصانات القانونية، أو أي نظام قانوني خاص لأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، وهذا الموقف للمؤسس الدستوري العراقي لا ينسجم مع موقف دساتير الدول المقارنة. ففي الولايات المتحدة الأمريكية، أن الدستور لم يترك عملية عزل قضاة المحكمة العليا الفدرالية لإجتهادات السلطة التشريعية، بل نظم هذا الأمر ومسببات عزل القاضي في صلب الدستور، إن الفقرة (الرابعة) من المادة

(الثانية) من الدستور نصت على أن " يعزلجميع موظفي الولايات المتحدة الرسميين المدنيين من مناصبهم إذا وجه لهم اتهام نيابي بالخيانة أو الرشوة أو أية جرائم أو جنح خطيرة أخرى وأدينوا بارتكاب مثل تلك التهم". وبمقتضى هذه المادة أن القضاة هم من الموظفين المدنيين للدولة، ويمكن عزلهم من خلال اتخاذ إجراءات الاتهام النيابي من قبل مجلس النواب وإدانتهم من قبل مجلس الشيوخ بموجب البند (السادس) من الفقرة (الثالثة) من المادة (الأولى) من الدستور، والتي أسندت إلى مجلس الشيوخ وحده سلطة إجراء المحاكمة في جميع قضايا الاتهام النيابي. إذن، أن الدستور الأمريكي حدد أسباب عزل قضاة المحكمة العليا، وحول السلطة التشريعية لاتخاذ إجراءات الاتهام والإدانة عند توافر تلك الأسباب، ولا تثبت إدانة القاضي وإبعاده عن المنصب إلا بموافقة ثلثي أعضاء مجلس الشيوخ التي يقوم بدور هيئة المحلفين (الجبوري، 2017، ص 448-449).

وفي جمهورية ألمانيا الاتحادية، تطبق نظام قانوني الخاص بقضاة المحكمة الدستورية الفدرالية بشكل يتفق مع المركز الدستوري لأعضاء المحكمة الدستورية، وتم تحديد مسؤوليات وواجبات أعضاء المحكمة الدستورية من قبل المحكمة وحدها (الشويهدى، 2011، ص 49). وهذا ما أكدت عليها الفقرة (2) من المادة (98) من الدستور الألماني لسنة 1949، فبموجب هذه المادة، يجوز للمحكمة الدستورية الفدرالية بأغلبية ثلثي هيئتها العمومية، وبناء على طلب من البوندستاغ، إصدار أمر بنقل القاضي الدستوري إلى وظيفة أخرى أو إحالته إلى التقاعد، إذا أخل القاضي أثناء ممارسته لوظيفته إخلالاً جسيماً بواجباته، وإن المحكمة الدستورية الفدرالية هي الجهة الوحيدة للحكم بعزل القاضي من منصبه، إذا ارتكب القاضي فعلاً يستوجب الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية. وبموجب المادة (58) من قانون المحكمة الدستورية الفدرالية الصادر عام 1951 المعدل. وإذا أمرت المحكمة الدستورية الفيدرالية بعزل القاضي الدستوري من منصبه يصبح قرار العزل نافذاً عند النطق بقرار العزل.

أما في مصر، وبموجب المادة (198) من دستور 2014 و المادة (11) من قانون المحكمة الدستورية رقم (48) لسنة 1979 المعدل، فإن أعضاء القضاء الدستوري غير قابلين للعزل، وتتولى المحكمة الدستورية مساءلتهم تأديبياً على الوجه المبين بالقانون. وقد قدر الدستور و قانون المحكمة الدستورية العليا أن من وصل إلى شغل منصب القضاء الدستوري، إما أنه جدير بالثقة للبقاء في منصبه ويتعين على المحكمة الدستورية الحكم ببراءته، وإما أن هذه الثقة قد أصابها ما يشينها أو ما ينتقص منها، وهنا لا مجال مطلقاً لبقاء القاضي على هذه المنصة العالية ويستوجب الأمر إحالته إلى التقاعد. ولا يجوز للمحكمة بأي حال من الأحوال أن يصدر الحكم بالفصل أو العزل. كما ولا يجوز لها الحكم بالعقوبات التأديبية الأخرى، كعقوبة لفت النظر أو الإنذار أو التوبيخ أو الفصل، فتلك العقوبات لا يلقى بمن وصل إلى عضوية المحكمة الدستورية. وعليه، إن "المشرع حدد الحكم في واحدة من صورتين: إما البراءة، وإما الإحالة إلى التقاعد" (الجمال، 2011، ص 169).

1-2-1-5: جعل خبراء الفقه الإسلامي بين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا؛

إن نص المادة (92/ ثانياً) من دستور سنة 2005 قد أتى بمبدأ جديد لم يتطرق إليها الدساتير العراقية السابقة، ولا دساتير الدول المقارنة، وهو جعل خبراء الفقه الإسلامي بين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا، فمن هنا تثار الإشكاليات، ومنها: إن تحديد الشخص ليكون عضواً في المحكمة الاتحادية العليا بوصفه خبيراً في الفقه الإسلامي سوف يثير العديد من الإشكالات، إذ يوجد في الإسلام التعددية في المذاهب والفرق، وحتى المذاهب يتفرع منها جماعات وفرق ومراجع، فمن أي مذهب نختار الخبير؟ وما هي شروط الخبرة الواجب توافرها بالخبير؟ هل يشترط أن يكون (الخبير في الفقه الإسلامي) رجل دين إسلامي؟ علماء، أن المستشرقين ليسوا على الدين الإسلامي، ومع ذلك كان لهم الدراية والخبرة في الفقه الإسلامي. وفي تحديد من يوصف بالخبير في الفقه الإسلامي هل نعول على التحصيل العلمي للشخص في مجال الشهادة الأكاديمية العليا التي حصلت عليها من الجامعات العراقية، أو نعتمد على سنوات الخدمة، أو نعتمد على البحوث والمؤلفات التي نشرته في مجال الفقه الإسلامي، أو نعتمد على الفقيه الحوزوي (التعليم غير الرسمي)، فخبير الفقه الإسلامي قد يكون من القضاة المدنيين الذين يدرسون القانون والشريعة على حد سواء، فهم خبراء في المجالين معاً، أو هو الشخص الذي يفتي بين الناس في المساجد والحسينيات، أو نعتمد على الفقيه الجامع للشرائط وهو الذي يكون بمرتبة المجتهد الذي له القدرة على الإفتاء، واستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، وهذا الفقيه في هذه المواصفة سيكون من الصعب اختياره لعدم تحقق الإجماع عليه، إذ إن بعض المذاهب لا تعتمده، إلا إذا كان الأعلام بين أقرانه وفي زمان (الموسوي، 2009، <http://www.ahewar.org/>).

بناءً على ما تقدم، يطرح هنا السؤال، فما هي الحكمة من جعل خبراء الفقه الإسلامي بين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا، من قبل المؤسس الدستوري؟ للإجابة على هذا السؤال، انقسم رجال القانون والمختصون في الفقه العراقي إلى أربع اتجاهات، كالآتي:

الاتجاه الأول: أنصار هذا الاتجاه، لا يجدون بين ثنايا الدستور الجواب للسؤال المطروح أعلاه ؟ و ينتقدون موقف الدستور العراقي من خلال تأكيدهم على "أن عمل المحكمة الاتحادية العليا □ وسواها من المحاكم الدستورية في العالم □ هو عمل قضائي بحت ويستمد هذا المبدأ أساسه من الدستور ذاته عندما قال: (المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية). ويعني ذلك أن تفسير نصوص الدستور - تلك المهمة الشاقة التي تجعل من قرار التفسير قوة النص الدستوري □ هو أيضاً عمل قضائي. والفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات عمل قضائي. كما أن الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء عمل قضائي. إضافة إلى جميع الصلاحيات التي خول فيها الدستور المحكمة الاتحادية العليا موضوع المادة (93) منه هي أعمال قضائية لا يمكن الفصل فيها إلا من قبل قاض مؤهل لهذا العمل، ومحكمة ينحصر عملها في تطبيق القانون وقول كلمة العدالة. ولما كان الأمر كذلك فليس لغير القضاة الصلاحية لممارسة عمل خارج عن اختصاصهم. وان الخبراء والحالة هذه غير مؤهلين من الوجهة المهنية للفصل قضاء، لأن تأهيلهم انحصر في مجال الخبرة حصراً. [.....] وان إعطاءهم صلاحية الفصل يؤدي إلى هز النظام القانوني للبلد، ويخرج القضاء عن استقلاله. ويزلزل القواعد الدستورية والقواعد القانونية المستقر على فهمها دولياً". (علي، 2018، <https://almadapaper.net/sub/11-805/p18.htm>).

الاتجاه الثاني: يدافعون عن موقف المؤسس الدستوري معللاً بأن دور أعضاء المحكمة الاتحادية العليا من خبراء الفقه الإسلامي هو دور استشاري، لكن أصحاب هذا الاتجاه منقسمون فيما بينهم إلى فريقين آتيين: إذ يرى الفريق الأول بأن الاستشارة التي يقدمونها أعضاء المحكمة من الخبراء في الفقه الإسلامي ليست لها أي قوة قانونية إلزامية تجاه الأعضاء الآخرين من القضاة وفقهاء القانون، سوى أنها وسيلة لإقناعهم، وهذه الاستشارة غير ملزمة لقرار المحكمة (حاتم، 2018، ص39)، وهذا الرأي يتفق مع ماذهب إليه قانون الإثبات العراقي بان الرأي الذي يبديه الخبير يخضع للسلطة التقديرية للقضاء ليبني عليه حكمه من عدمه. (ينظر: المادة (140) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979). أما الفريق الثاني بالرغم أنهم يذهبون إلى القول أن دور أعضاء المحكمة من الخبراء في الفقه الإسلامي، هو دور استشاري، وليست المشاركة بالتصويت في اتخاذ قرارات المحكمة، إلا أن هذه الاستشارة لها صفة إلزامية، لأنها تتعلق ببيان الحكم الشرعي للقضايا أو الدعاوي التي تخص الفقه الإسلامي، بناءً عليه، تصدر المحكمة قرارها النهائي متضمنة رأي الخبراء الفقه الإسلامي الأعضاء في المحكمة في صلب القرار، وأن "الاستشارة التي يبديها هؤلاء الخبراء تكون ملزمة للقضاة الذين يعتمدون على هذه الاستشارة في إصدار قرارهم النهائي"، إذ إن هؤلاء الخبراء هم على دراية كافية بالعلوم الشرعية تؤخذ مشورتهم فيما يعرض من نزاع ما لعرفه ماهية الحكم الشرعي المناسب وهذه المشورة أمر مطلوب في عمل القاضي، وبذلك تكون الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا على درجة من الإلزام والحجية التامة المطلقة تجاه الجميع. (ناجي، 2007، ص127).

الاتجاه الثالث: هناك من يحلل موقف المؤسس الدستوري، استناداً إلى تقسيم اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا إلى نوعين: وهما، الاختصاصات القضائية، التي تظهر في حالة المنازعات أمام المحكمة يستلزم حسمها إتباع الإجراءات القانونية المتبعة للفصل في الدعاوي التي يتضمن الخصومة القضائية أمام المحكمة كـ(الرقابة على دستورية القوانين، الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، والفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية و فيما بين حكومات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم، و الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية و رئيس مجلس الوزراء و الوزراء). أما النوع الثاني، فهي الاختصاصات غير القضائية، والتي لا تظهر فيها أطراف متنازعة ومتخاصمة أمام المحكمة كـ(تفسير الدستور، والمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب، والفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات وتنازعها البيئي). وعليه، فإن أعضاء المحكمة من القضاة وفقهاء القانون، حصراً، يمارسون النوع الأول من الاختصاصات، ويقتصر فيها دور الخبراء في الفقه الإسلامي على تقديم الاستشارة الشرعية دون المشاركة بالتصويت في القرارات التي يتخذها المحكمة. أما بالنسبة لممارسة المحكمة للنوع الثاني من الاختصاصات، فيستطيع جميع أعضاء المحكمة بمن فيهم الأعضاء الخبراء في الفقه الإسلامي المشاركة بالتصويت في اتخاذ قرارات المحكمة بشأنها (ناجي،

2007، ص129). ولكن بسبب عدم وجود أي سند من الدستور لهذا التقسيم في اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، لا يمكن الأخذ به. (بكر، 2014، ص26).

والإتجاه الرابع: يرى بأن موقف المؤسس الدستوري كان من إيراد النص -الأنف الذكر- مبرراً بالتخوف من الغموض الوارد في (م2 / أولاً / أ) من الدستور التي جاء فيها "لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام" والبند (أولاً / ب) من نفس المادة التي جاء فيها: "لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية" وهذين النصين يبدو للوهلة الأولى أن هناك تناقضاً بينهما، وفي تصورهم أن مبادئ الديمقراطية ليس لها محددات وبالتالي ستكون بحاجة ملحة أن تكون هناك جهة لتفسير تلك المحددات. وعلى ضوء ذلك يرى هذا الإتجاه بضرورة مشاركة خبراء الفقه الإسلامي في اتخاذ القرار مع الهيئة القضائية، وينبغي أن يتمتعوا بكامل صلاحيات العضوية أسوة بغيرهم من الأعضاء الآخرين من القضاة وفقهاء القانون، وذلك بناء على نص المادة (2/أولاً / أ) من الدستور، والمتضمنة عدم جواز سن أي قانون يتعارض مع أحكام الإسلام وثوابته، وبما أن أحكام الإسلام متشعبة ومتداخلة ولا يمكن الإلمام بها من دون اللجوء إلى خبراء مختصين في العلوم الإسلامية والأحكام الشرعية، وبذلك فمن الضروري وجود هذا الصنف في تشكيلة المحكمة ولهم حق المشاركة الفعلية في اتخاذ قراراتها¹ حاتم، 2018، ص39). ولكن ينبغي أن ينحصر مشاركتهم بالرقابة على دستورية التشريعات وأن يقتصر دورهم بحق نقض القوانين والأنظمة التي يمكن أن تمس ثوابت الإسلام، لذلك فإن عضويتهم في المحكمة، تكون محدودة. (مكية، 2018، ص26).

ارتباطاً بما تقدم، نرجح بدورنا الإتجاه الأول، للأسباب الآتية:

أ. إذ كان يرى البعض بأن سبب إقرار الدستور لجعل خبراء الفقه الإسلامي بين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا جاء انسجاماً مع ما قرره الدستور نفسه لعدم جواز سن أي قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، نحن نرى بأن هذه المحكمة ذات اختصاصات قانونية بحتة، أوكل إليها الدستور سلطة الفصل في كثير من المنازعات الدستورية، ولا يقتصر اختصاصها في مسألة الرقابة على دستورية القوانين. وإن عدم وجود خبراء في الفقه الإسلامي ضمن تشكيلة المحكمة الاتحادية العليا، لا تمنع المحكمة من إستشارتها بهؤلاء الخبراء الموجودين لدى ديواني الفقه الإسلامي في العراق (ديوان الوقف السني، ديوان الوقف الشيعي)، استشارة غير إلزامية. ولا مانع من تشكيل (هيئة إستشارية) لدى المحكمة من هؤلاء الخبراء لتعرض عليها القوانين المطعون فيها على أساس تعارضها لثوابت أحكام الإسلام.

زد على ذلك، أن معظم أعضاء السلطة التشريعية المكلفة بسن وإصدار القوانين هم من معتنقي الدين الإسلامي، وهذا الكلام يصح أن يقال بالنسبة لأعضاء المحكمة الاتحادية العليا ورئيسها، إذن، فمن الصعب التصور من رئيس وأعضاء السلطات الدولة الثلاث الرئيسية في العراق، التجرد لسن وإصدار أو تنفيذ التشريعات المخالفة لثوابت الإسلام أو التغاضي عن صدور مثل هذا التشريعات، ناهيك عن ردة فعل الشعب ذات الأغلبية المسلمة. وعليه، من المتصور أن يترتب على مثل هذه المخالفات حدوث الاحتجاج الشعبي وعدم الاستقرار. ونأخذ هنا بنظر الاعتبار، أن القضاء الدستوري في ممارسة وظائفها في المجتمع تتأثر بالنظام الاجتماعي وتحسس ببصيرتها الاعتبارات الدينية، والأستواجه السخط أو الرفض الشعبي، وبالتالي يقع في أزمة قد تعصف بشرعية قراراتها وفعالية دورها.

ب. إن المحكمة الاتحادية العليا هي أعلى هيئة قضائية في الدولة مكلفة بالفصل في المنازعات الدستورية، وليست مرجع ديني ليضطلع بمهمة تحديد مفهوم أحكام الإسلام، ومن ثم القيام بفرز "الثابت" منها عن "المتغير". (عبدالجبار، 2006، ص92).

ج. إن وجود الخبراء في الفقه الإسلامي كأعضاء لدى المحكمة الاتحادية العليا، يعني وجود ممثلين للمذاهب الإسلامية المتعددة التي تختلف فيما بينها حول العديد من المسائل الدستورية، الأمر الذي يؤدي إلى عدم الاتفاق بين الأعضاء لحسم الدعاوي المرفوعة أمام المحكمة الاتحادية العليا، وهذا سيؤثر سلباً على أداء المحكمة في اتخاذ القرارات وإصدار الأحكام لحماية الدستور وتحقيق العدالة الدستورية، إن لم نقول بأنها يؤدي إلى شل وظيفة المحكمة وتعطيل عملها، لأن العراق بلد متعددة المذاهب والطوائف وأن ممثلي تلك المذاهب (الأعضاء في المحكمة)، خاصة الأعضاء الذين يتعصبون لمذهبهم، قد ينقلون خلافاتهم (الطائفية والمذهبية) إلى أعلى صرح قضائي في الدولة التي أنيط لها الدستور اختصاصات مهمة وخطيرة لا يتحمل الانشغال بالتنازع المذهبي (خاله، 2009، ص59). وسوف نبحت عن هذه الاختصاصات في المبحث الثاني.

(2) المبحث الثاني

اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا والإشكاليات المتعلقة بها

من استقراء ما ورد في قانون إدارة الدولة وفي قانون المحكمة الاتحادية رقم (30) لسنة 2005 الذي صدر تطبيقاً لأحكام هذا الدستور، وكذلك في دستور 2005، حول اختصاصات هذه المحكمة، نجد أن هناك تبايناً ملحوظاً لاختصاصات المحكمة في ظل الدستورين وكذلك في ظل قانون المحكمة، لذلك نتناول اختصاصات المحكمة كآتي:

1-2 : اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة (2004)؛

إن المادة (44/ب) من قانون إدارة الدولة، و المادة (4) من قانون المحكمة رقم (30) لسنة 2005 حددا اختصاصات المحكمة بما يأتي:

أولاً : الاختصاص الحصري والأصيل في الدعاوى بين الحكومة العراقية الانتقالية وحكومات الأقاليم وإدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية؛

إن المادة (44/ب/1) من قانون إدارة الدولة أعطت الأولوية في اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الحكومة الاتحادية ومستويات أخرى للحكم في ظل تطبيق أول تجربة للنظام الاتحادي-الفدرالي في العراق، ويبدو أن الأولوية الدستورية لإنطة المحكمة بهذا الاختصاص، جاءت استجابة للواقع والعهد الجديد المتمثل بالتقاسم الفعلي للسلطة والثروات بين الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات والإدارات المحلية، لأن هناك العديد من المشاكل العالقة بين المستوى الفدرالي والمستويات الأخرى للحكم تكون مصدراً لنشوب النزاعات فيما بينها. وما تثير الإشكالية، أن الدستور قصر نطاق هذا الاختصاص للمحكمة في النظر والبت بالدعاوى بين الحكومة العراقية الانتقالية-حينذاك- وحكومات الأقاليم والمحافظات والإدارات المحلية، ما يعني أن هذه المحكمة لا تختص بالفصل في النزاعات التي قد تنشأ بين الحكومات الاتحادية اللاحقة " الدائمة أو المؤقتة"، وبين الأقاليم والمحافظات والإدارات المحلية، وكان المحكمة الاتحادية العليا قد أنشأت خصيصاً للمرحلة الانتقالية، وهو ما يتنافى والغاية التي أنشأت من أجلها المحكمة. وتم تدارك هذا الخلل الدستوري من خلال المادة (4/أولاً) من قانون المحكمة المذكور ، والتي نصت على أن تتولى المحكمة " الفصل في المنازعات التي تحصل بين (الحكومة الاتحادية) وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية" وبهذا أصبح اختصاص المحكمة دائماً غير محدد بأجل أو حكومة . (الشكري، 2016، ص43).

ثانياً : الاختصاص الحصري والأصيل بالرقابة على دستورية القوانين؛

طبقاً للمادة (44/ب/2) من قانون إدارة الدولة، تختص المحكمة الاتحادية العليا بمراقبة دستورية القوانين والأنظمة والتعليمات بناءً على دعوى من مدع، أو بناءً على إحالة من محكمة أخرى، في دعاوى بأن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية أو الحكومات الإقليمية أو إدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية لا تتفق مع هذا الدستور. ونصت المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة المذكور على أن تتولى المحكمة اختصاصها ب"الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها والغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ويكون ذلك بناءً على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدع ذي مصلحة". من استقراء هذين النصين يتبين أن المحكمة الاتحادية العليا هي الجهة القضائية الوحيدة، تمارس حصراً، مهمة البت في دستورية كافة النصوص التشريعية الصادرة من السلطة التشريعية و القواعد القانونية الأخرى العامة والمجردة التي يصدرها السلطة التنفيذية على المستويين الفدرالي والإقليمي وعلى مستوى المحافظات والإدارات المحلية.

وعليه، إذا كان إصدار الأنظمة واللوائح الإدارية، كقاعدة عامة في النظم الدستورية، هي أبرز مثال للتشريع المخول يصدرها السلطة التنفيذية، بناءً على نص صريح في الدستور أو القانون العادي لمعالجة الأحكام التفصيلية التي يرى المشرع العادي أنه من الأجدى على المصلحة العامة أن يترك أمر تشريعها إلى السلطة التنفيذية لأنها ألصق بعملها وأقدر على الإحاطة بجزئياتها(البراز، 1958، ص182) ، سواء أكان الغرض منها تسهيل تنفيذ

القانون العادي أم تنظيم المرافق الإدارية أو التي تتعلق مباشرة بوظيفة الضبط الإداري أو لمجاهاة حالات وظروف استثنائية يتعرض لها البلد. فإن التعليمات الإدارية يعتبر أيضاً على معنى من المعاني- بصورة من صور التشريع الفرعي المخول يقصد به تيسير تطبيق قانون نافذ أو نظام صادر، وهي تحتوي على قواعد قواعد قانونية عامة ومجردة من الناحية الموضوعية. وتصدر التعليمات من قبل الوزير المختص أو رئيس جهة رسمية أخرى غير المرتبطة بوزارة بناءً على تحويل من المشرع (البزاز، 1958، ص183). وهذا ما نجده في المادة (66) من قانون الخدمة المدنية العراقية رقم (24) لسنة 1960 والتي تنص على أن " لوزير المالية إصدار التعليمات اللازمة لتسهيل تطبيق أحكام هذا القانون عدا ما يصدره مجلس الخدمة العامة منها حسب صلاحياته بموجب هذا القانون". أما حق مجلس الوزراء في إصدار التعليمات فأمر ثابت دون الحاجة إلى تحويل تشريعي صريح (البكري والبشير، 1986، ص96).

واللافت للنظر، أن نص المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة السالف الذكر- أدخل الأوامر والقرارات الإدارية إلى نطاق اختصاص المحكمة بالرقابة الدستورية، نجد أن هذا النص لم يحدد نوعية تلك القرارات والأوامر سواء أكانت أوامر وقرارات إدارية تنظيمية أو قرارات فردية. كما أنها لم يحدد الجهة المصدرة لتلك الأوامر والقرارات. ونفهم من منطوق النص-أنظرياً- بإمكانية خضوع القرارات التي يصدرها الحكومة أو البرلمان أو المحاكم للرقابة الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، لأن عبارة " الصادرة من اية جهة تملك حق إصدارها" جاءت بصورة مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه مالم يرد دليلاً على تقييده.

ولكن في تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا وجدنا عكس ذلك، إذ إن المحكمة في أحد قراراتها التفسيرية المرقم 53/ اتحادية/ 2009 والصادر في 2009/12/22 أقرت بأن " الرقابة على الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم والمكتسبة درجة البتات لا تدخل ضمن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا المحددة بموجب أحكام الدستور والقانون". وكذلك، جاءت في قرارها المرقم 4/اتحادية/ 2014 الصادر في 2014/5/4، على أنه " ليس من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا إلغاء القرارات الصادرة عن المحاكم".

ويرى بعض الفقه بأنه إذا كان القصد من لفظة "القرارات" القرارات التشريعية، فلا اشكال في الأمر لأن لها قوة القانون، لذلك تدخل نطاق الرقابة الدستورية التي يمارسها المحكمة الاتحادية العليا، أما بالنسبة "للأوامر" فهي تنصرف إلى القرارات الإدارية الفردية، التي تصدرها أي سلطة من سلطات الدولة الثلاث والتي لها حق إصدارها، وهذا اختصاص دخيل لا يليق بالمحكمة ممارسته، لأنه من حصة محاكم الدرجة الأولى في القضاء العادي والإداري (مهدي، 2018، <https://www.hjc.iq/view>). ونفس الكلام يصح أن يقال بالنسبة للقرارات القضائية.

ونستنتج مما سبق، أن رقابة المحكمة الاتحادية العليا على "الأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها" والتي جاءت بها المادة (4/ ثانياً) من قانون المحكمة رقم (30) لسنة 2005، ليس لها أي سند لا في قانون إدارة الدولة ولا في دستور 2005 النافذ حالياً، وهذا ما يجعلنا القول، بعدم دستورية هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا.

إضافة إلى ماتقدم، ما تثير الإشكالية: أن المادة (4/ ثالثاً) من قانون المحكمة الاتحادية، أقرت بأن القرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري تخضع للرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا عن طريق تقديم الطعن التمييزي أمام هذه المحكمة من قبل صاحب المصلحة ووفق شروط قانونية محددة.

وعليه، أن المادة القانونية المذكورة أعلاه-أضافت إلى اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا اختصاص (النظر في الطعون المقدمة على الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري)، دون أن ينص عليه المادة (44) من قانون إدارة الدولة. كما وأن المادة (93) من دستور 2005 النافذ، استبعدت من المحكمة الاتحادية العليا هذا الاختصاص. فمن هنا يمكن أن نرى بعدم دستورية ممارستهما من قبل المحكمة الاتحادية العليا في ظل هذا الدستور.

ثالثاً: النظر بالداوى المقامة أمام المحكمة بصفة استئنافية؛

أقر قانون إدارة الدولة ، هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا، وأكدت عليها أيضاً المادة (4/رابعاً) من قانون المحكمة، بينما استبعد عنها دستور 2005. ونؤيد من يرى من الفقه بأن هذا الاختصاص يجعل من المحكمة الاتحادية العليا محكمة إستئناف، والإستئناف من طرق الطعن العادية يلجأ إليه الطرف في الخصومة القضائية للطعن بالحكم الصادر ضده في محكمة الموضوع ويهدف الطاعن من ذلك عرض النزاع القانوني (موضوع الدعوى)

مجدداً على محكمة إستئناف بصفتها محكمة درجة ثانية، وإذا مارست المحكمة هذا الاختصاص فهذا يعني ببقى إمكانية الطعن بأحكامها أمام محكمة أعلى وهي محكمة التمييز (النقض).

وهذا مثار للنقد والإشكالية، بحيث إذا قامت المحكمة الاتحادية العليا بممارسة اختصاصها الاستثنائية التقديرية، فهذا يعني [نظرياً] أنه تم نصب المحكمة المذكورة كمحكمة استئناف، ستخضع أحكامها وفق القاعدة المتبعة في طرق الطعن الاعتيادية المقررة في قانون المرافعات، للطعن التمييزي أمام محكمة التمييز. وهذا لا يمكن التسليم به [عملياً] ولا يتفق مع طبيعة المحكمة الاتحادية العليا ومركزها الدستوري وصفتها العليا التي أقرت لها الدستور. وعلى ذلك كان يستوجب استبعاد الاختصاص الإستئنافي التقديري للمحكمة الاتحادية العليا، لأن ممارستها لهذا الاختصاص يجردها منها الصفة (العليا) التي لا تنسجم مع خطورة وحساسية الوظيفة المعهودة إليها المتمثلة بحماية أحكام الدستور وضمان عدم مخالفتها من أية جهة أو سلطة كانت (مهدي، 2018، <https://www.hjc.iq/view>).

رابعاً؛ النظر في الطعون المقدمة على الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري؛

استناداً إلى المادة (4/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، تمارس المحكمة اختصاصها بالرقابة التمييزية على أحكام محكمة القضاء الإداري، من خلال النظر في الطعون التي يتقدم بها أحد الخصوم في النزاع الذي فصل فيه الحكم المميز، بشرط أن يكون للطاعن مصلحة معلومة وممكنة ومشروعة بالحكم ولم يسقط حقه بفوات مدة الطعن أو التنازل الصريح منه أو الضمني لاستعمال حق الطعن (الحلو، 2004، ص591). وعليه، أن المحكمة الاتحادية العليا تمارس اختصاصات محكمة التمييز الاتحادية في رقابتها على أحكام محكمة القضاء الإداري " لذا تعد قراراتها بمثابة مبادئ قانونية يأخذ بها القضاء ويستقر عليها مستقبلاً. وقد نصت المادة (19) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005 على أن " تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 فيما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا أو في هذا النظام " (جريدة الوقائع العراقية، 2005، العدد: 3997، ص ص5-7). بناءً على ذلك، أن أسباب الطعن التمييزي لأحكام القضاء الإداري أمام المحكمة الاتحادية العليا تكون ذات الأسباب التي وردت في المادة (203) من قانون المرافعات المذكور، وهي: 1- إذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله. 2- إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص. 3- إذا وقع في الاجراءات الأصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم. 4- إذا صدر حكم يتناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات 5- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري).

بناءً على ما تقدم، تذهب المحكمة الاتحادية العليا إلى نقض الحكم المميز، إذا وجدت فيه عيباً قانونياً بسبب مخالفة الحكم للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو العيب في تأويله أو مخالفة الحكم لقواعد الاختصاص أو مخالفته لقواعد الإجراءات، أو في حالة تناقض الحكم المميز مع حكم سابق أصدرتها نفس المحكمة الإدارية. وفي حالة نقض الحكم المميز (أي الحكم المطعون فيه) تحيل ملف الدعوى التي أصدرت الحكم فيها بالنقض إلى محكمة القضاء الإداري المطعون في حكمها، وتلتزم هذه الأخيرة بالحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا.

ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا التي ذهبت فيها إلى نقض قرار محكمة القضاء الإداري وإعادة ملف الدعوى إليها، يمكن الاستشهاد بأحد القرارات التي أصدرتها المحكمة الاتحادية العليا حول إغفال محكمة القضاء الإداري لتطبيق المادتين (1 و 22) في قانون المحافظات غير المنتظمة في الإقليم رقم 21 لسنة 2008 على الرغم من إستنادها على القانون المذكور بردها للدعوى المرفوع أمامها، وقد جاءت في حكم المحكمة الاتحادية العليا " فكان على المحكمة والحالة هذه الدخول في أساس الدعوى وحيث أن المحكمة قد أصدرت قرارها خلاف ذلك عليه قرر إعادة الدعوى لاتباع ما تقدم...." (قرار المحكمة الاتحادية العليا الرقم 90/ إتحادية/ تمييز/ 2009 الصادر في 11 / 8 / 2009).

و عليه، نتناول اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا طبقاً لما حددتها المادة (93) من دستور 2005، في النقاط التالية.

2-2 : اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في ظل دستور 2005 :

إن اختصاصات هذه المحكمة قد تغيرت بشكل ملحوظ في ظل دستور 2005، الذي أورد هذه الاختصاصات بشكل أوسع مما وردت في قانون المحكمة ، ويتمثل الاختصاصات الجديدة بتفسير نصوص الدستور، والفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء، والمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب)، فضلاً عن تعديلها لمدلول القانون الخاضع للرقابة الدستورية. وعليه، استناداً إلى ما نصت عليها المادة (93) من دستور 2005، تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي:

2-2-1 : الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة:

أقرت المادة 93/أولاً من دستور 2005 على اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وهذا يعني أن رقابتها تشمل جمي عالتشريعات التي يصدرها البرلمان شريطة أن تكون تلك القوانين لازالت نافذة وسارية المفعول. كما وتشمل نطاق الرقابة، الأنظمة والأنظمة التي يصدرها السلطة التنفيذية .

وعليه، في ظل نظام الرقابة القضائية المركزية على دستورية القوانين، والذي أخذ به الدستور العراقي، قد حصر مهمة الرقابة بالمحكمة الاتحادية العليا وحدها، ولا يحق للقضاء العادي أو الإداري التعرض في مسألة دستورية القوانين تفادياً لتناقض الأحكام القضائية بشأن دستورية تشريع ما من عدمه، وبهذه الطريقة يمكن صون أحكام الدستور وسموه على جميع السلطات (مصطفى، 2018، ص216، ص229). ومع ذلك وبموجب المادة (4) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005، يمكن إثارة عدم دستورية قانون معين يراد تطبيقه في دعوى منظورة أمام القضاء العادي أو الإداري، فإذا اقتنعت المحكمة الناظرة بصحة الطعن المقدم من الفرد فإنها تحيلها إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، ففي هذه الحالة تؤول الحسم في الدعوى الأصلية حتى تبت المحكمة الاتحادية العليا في الدفع. وجدير بالذكر، أن سلطة محكمة الموضوع بإحالة الدفع من عدمه تخضع لرقابة المحكمة الاتحادية العليا.

وعليه، أن الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا تتميز ببعض الخصائص، منها:

أولاً : رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين هي رقابة مركزية :

يتصف نظام الرقابة الدستورية في العراق بأنه نظام قضائي مركزي يمارسها محكمة واحدة ، وهي المحكمة الاتحادية العليا، وهذه المحكمة هي المختصة دون غيرها بالحكم على مدى دستورية القوانين المطعون فيها أمامها بعدم الدستورية. وأما محاكم الموضوع عليها أن تمتنع الفصل في مسألة دستورية يثيرها النزاع المعروض عليها أو ان تقفل عنها، بل يتعين في مثل هذه الحالة إرسال طلباً معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا لتقوم هذه الأخيرة لوحدها بالبت في دستورية النص من عدمه (المادة (4) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005).

وعليه، أن الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا تكون باتة و قاطعة وغير قابلة للتنفيذ وغير خاضعة لأي شكل من أشكال الطعن أمام المحكمة نفسها أو أمام أية محكمة أو سلطة أخرى قضائية أو غير قضائية. لأن السمة المركزية للرقابة التي يمارسها المحكمة الاتحادية العليا جعلت قراراتها وبحكم الدستور منشئة للالتزام تجاه الجميع ، ولها الحجية المطلقة تلزم جميع المحاكم والسلطات، الأمر الذي يؤدي إلى عدم جواز إثارة النزاع أمام القضاء مرة أخرى، لأنه في حالة إصدار المحكمة الحكم بعدم دستورية قانون ما، فهذا يعني عدم تطبيق ذلك القانون في الدعوى الدستورية التي أصدرت المحكمة الحكم فيها بعدم الدستورية، واستبعاده أيضاً في القضايا الأخرى المطروحة مستقبلاً أمام نفس المحكمة أو المحاكم الأخرى. وذلك ما يحول دون تضارب الأحكام في شأن دستورية القوانين والتشريعات الخاضعة للرقابة الدستورية. وهذا يؤدي إلى ضمان نفاذ الدستور ووحدة التطبيق الدستوري داخل الدولة، كما وأنها تؤدي إلى الاستقرار القانوني وعدم تضرر الأفراد مستقبلاً من القوانين والتشريعات المحكوم بها بعدم الدستورية (العطار، 1962، ص240).

وهكذا يتضح أمامنا، أن مركزية الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا توحد الاجتهادات والأحكام القضائية في موضوع مهم وحساس، ألا وهو موضوع دستورية القوانين الذي لا يحتمل التباين في وجهات النظر وأحكام المحاكم. وبالعكس، في نظام الرقابة الدستورية اللامركزية الذي يعطى الحق لكل محكمة من محاكم القضاء العادي ممارسة اختصاصها بالرقابة الدستورية، يحدث دائماً الاختلاف القضائي حول دستورية قانون ما بين محكمة ترى عدم دستوريته، ومحكمة أخرى ترى على العكس دستوريته. ترتيباً على ذلك، سيحدث الإرباك لدى الأفراد ويثير الشك في ذهنهم، ويفقدون الثقة بأحكام القضاء (بدوى، 1971، ص140).

ارتباطاً بما سبق، الحكم الذي يصدرها المحكمة الاتحادية العليا يبقى حكماً نهائياً ذا حجية عامة ومطلقة أي كانت الوسائل المعتمدة في إثارة الرقابة، وحتى في الحالات التي تتصل الدعوى الدستورية بالمحكمة الاتحادية بناءً على إحالة من القضاء العادي.

ثانياً/رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين هي رقابة إلغاء:

تقوم المحكمة الاتحادية العليا بإلغاء القانون إذا ما ثبت لها بعد فحصه أنه مخالف للدستور، ويترتب على الحكم الصادر بإلغاء النص التشريعي من قبل المحكمة، بطلان النص وإلغائه بالنسبة للكافة، فيعتبر النص أو القانون المقضي عليه بعدم الدستورية كأن لم يكن ولا يجوز الإستناد إليه بعد ذلك (المادة 4/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005.

وجدير بالذكر، أن دستور 2005 لم ينص صراحة على إلزام السلطة التشريعية بإلغاء النص التشريعي المقضي عليه بعدم دستوريته من قبل المحكمة الاتحادية العليا.

ولكن المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 نصت على أن المحكمة تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من اية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض معها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.....". وبالرغم من إلغاء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة 2004 ، بقي قانون المحكمة نافذاً في ظل الدستور الدائم (أي في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005)، استناداً إلى المادة (130) من الدستور نفسه، -كما سبق لنا البيان- لذلك تختص المحكمة بالمهام المناطة بها طبقاً لأحكام المادة (93) من دستور 2005، من ضمنها الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وإلغاء ما يتعارض منها مع أحكام هذا الدستور. وهذا ما طبقته، المحكمة الاتحادية العليا في العديد من قراراتها، ومنها:

- قرار رقم 4/ اتحادية/ 2007 في 2/7/2007 والذي جاء في منطوق القرار مايلي:.....فإن استثناء الفقرة (رابعا) من المادة (11) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي عقوبتي لفت النظر والإنذار من الطعن يخالف أحكام المادة (100) من دستور جمهورية العراق ولما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية نص الفقرة (رابعا) من المادة (11) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الإشتراكي رقم (14) لسنة 1991 مما يقتضي إلغاء هذه الفقرة من السلطة التشريعية حسب الاختصاص...".

- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 8/ اتحادية/ 2012 والذي جاء في منطوق القرار ما يلي: "يعد قرار مجلس محافظة واسط المرقم (666) في 11/9/2011 بعدم الموافقة على تصدير النفط خارج حدود المحافظة محالف للدستور ولل قانون المختص فقرر إلغاء القرار المذكور". ولكن اللافت للنظر، لانجد في نصوص الدستور، ولا في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 الذي تعمل المحكمة بموجبه، تحديد نطاق الزماني للبدء بتنفيذ آثار الحكم بالإلغاء، وكذلك لا يوجد أي نص في الدستور ولا في قانون المحكمة على التزام المشرع بإلغاء أو تعديل النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته خلال فترة زمنية محددة، الأمر الذي سينعكس سلباً على الحجية المطلقة والملزمة التي تتمتع بها أحكام المحكمة الاتحادية العليا، وبموجب الدستور، تجاه جميع السلطات.

ثالثاً/ رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين هي رقابة لاحقة:

تنصب هذه الرقابة على القوانين والأنظمة بعد إصدارها، ولا يتعرض المحكمة الاتحادية العليا لدستورية مشروعات القوانين التي صوتت عليها البرلمان و نصوص الأنظمة الإدارية التي وقع عليها مجلس الوزراء قبل نشرهما في الجريدة الرسمية، وهذا يعني أن قيام المحكمة بالبحث عن مدى

دستورية التشريعات العادية والفرعية، مرهون بصدور تلك التشريعات من قبل الجهة المختصة بالإصدار ونشرها في الجريدة الرسمية ودخولها حيز التنفيذ. ولا يتوقف إصدارها على التدخل المسبق من قبل المحكمة الاتحادية العليا لتقرير دستوريته وسلامتها من الوقوع في المخالفات الموضوعية أو الشكلية للدستور.

وعليه، بعد إصدار القوانين والأنظمة والبدء بسريان مدة تنفيذها، فإذا يرى الشخص بأن مصلحته المشروعة سيضر بها جراء تنفيذ هذا القانون أو ذلك النظام، ضرراً واقعياً مباشراً ومستقلاً بعناصره، ويمكن إزالة هذا الضرر بإصدار الحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطلوب إلغاؤه، فيستطيع هذا الشخص أن يتقدم بالطعن الدستوري ورفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا ويطلب من المحكمة إلغاء تلك القوانين والأنظمة بحجة عدم دستوريته، بشرط أن يكون نص المطلوب إلغاؤه قد طبق على الطاعن (رافع الدعوى الدستورية) فعلياً أو يراد تطبيقه عليه.

رابعاً/ رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين هي رقابة شاملة:

إن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين هو اختصاص عام وشامل، يستوعب نطاقها الإجرائي كافة العيوب الدستورية (الشكلية والموضوعية) التي ترد على التشريعات الخاضعة للرقابة، وذلك لورود نص الفقرة (أولاً) من المادة (93) من الدستور آتفة الذكر بصيغة مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقوم الدليل على خلافه أو تقييده (يونس، 2008، ص 25-26).

وعليه، ينصرف مفهوم العيوب الشكلية إلى عيبين قد يصيبا هذه التشريعات (القانون العادي والأنظمة)، أو لهما: هو عيب عدم الاختصاص الدستوري والذي قد يكون (عضوياً، أو موضوعياً، أو زمنياً، أو مكانياً)، وثانيهما: هو عيب الشكل. ومعناهما هو عدم احترام التشريع الخاضع للرقابة الدستورية لقواعد الاختصاص بإصداره طبقاً لما نص عليها الدستور، أو عدم مراعاته لقواعد الشكل والإجراءات الدستورية في إعداد التشريع وإقراره وإصداره. أما مفهوم العيوب الموضوعية فتتصرف إلى مخالفة التشريع للمبادئ الأساسية التي يتضمنها نصوص وأحكام الدستور، ويتحقق العيوب الموضوعية للدستور في أغلب الأحوال من خلال عيبي المحل، والانحراف التشريعي (أي عيب الغاية) في إصدار التشريعات خلافاً لمقتضيات المصلحة العامة للمجتمع (عبدالوهاب، 2011، ص 129، ص 143).

2-2-2 : تفسير نصوص الدستور:

تختص المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها من المحاكم أو الجهات الأخرى في الدولة بتفسير نصوص الدستور. ويقصد بالتفسير بصفة عامة و في إطار النظرية العامة للقانون "توضيح ألفاظ التشريع وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة" (السنهوري، 1936، ص 110)، لأن مهمة التفسير، هو بيان معاني النصوص التشريعية، "والكلمات المستخدمة فيها وتحديد مضمونها وإظهار فحواها وشرح الحكمة من ورائها والغاية منها والهدف المرجو والمقصود فيها وإيضاح الغامض من عباراتها وإزالة اللبس الذي قد تنطوي عليه (عبيد، 2016، ص 416).

إن التفسير القضائي للدستور والقوانين ضرورة لا بد منها ليتمكن القاضي من الفصل في المنازعات المعروضة أمامه. وبما أن مهمة القاضي الدستوري تطبيق حكم الدستور ونفاذ قواعده، تقوم المحكمة الاتحادية العليا بالتصدي لطلبات الدستور المقدمة إليها وفق الشروط والضوابط الموضوعية والشكلية، وكذلك، تقوم هذه المحكمة بمهمة التفسير الدستوري بمناسبة ممارستها لاختصاصها بالرقابة الدستورية من تلقاء نفسها ولو لم يطلبها أطراف الخصومة الدستورية.

إذن، أن التفسير القضائي للدستور، ليست غاية [□] كما هو الحال في التفسير الفقهي، بل هو وسيلة لتحقيق غاية وهو الفصل في المنازعات، ويتفاعل مع الواقع العملي متشعباً بروح الدستور والعدالة (جعفر، 1999، ص 349). وإنطلاقاً من مفهوم التفسير القضائي، فإن المحكمة الاتحادية العليا و باعتبارها جهة قضائية متخصصة بتفسير الدستور، فهي مكلفة ببيان وتوضيح الأحكام التي يتضمنها ألفاظ وعبارات النصوص الدستورية المطلوبة تفسيرها، وأن القرارات التفسيرية للمحكمة تتمتع بالقوة الدستورية الإلزامية يحتج بها تجاه جميع الأشخاص والسلطات كافة.

وجدير بالذكر، أن الدستور العراقي لسنة 2005 لم يعطي للمحكمة الاتحادية العليا، صراحة، اختصاص التفسير بنصوص القوانين العادية، بناء على ذلك، و كقاعدة عامة، رفضت المحكمة صراحة ممارستها لهذا الاختصاص، وهذا ما نجده من خلال العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا التي أفصحت فيها صراحة تصديها لطلبات التفسير المعروضة عليها، إذ جاء في أحد قراراتها المرقم 58/إتحادية/2010 في 19/2010/8 أن " ليس من بين اختصاصات المحكمة بيان الرأي في تفسير القانون، وإنما يدخل ذلك في اختصاصات مجلس شورى الدولة".

ولكن استثناء على هذه القاعدة العامة هناك حالة فريدة للمحكمة الاتحادية العليا تصدت لتفسير القانون، وذلك بقرارها (المرقم 8/إتحادية/2007 في 16/7/2007) عندما عرض مجلس القضاء الفقرة (السادسة) من المادة (1) من قانون التقاعد الموحد رقم (27) لسنة 2006 على المحكمة للتفسير وتصدت المحكمة الاتحادية العليا بناء على هذا الطلب لتفسيره.

وعليه، ينتقد بعض الفقه هذا التحول في موقف المحكمة الاتحادية العليا بصدد تفسير القوانين، إذ تقبل تفسير نص القانون في حين، وترفضه في حين آخر بحجة أن اختصاصها محصور بتفسير الدستور، آخذين في الحسبان، أن تفسير هذه المحكمة يصبح مبداءً من المبادئ الدستورية يستقر العمل عليه ويطبق في الحالات الماثلة (سلمان، 2015، ص284). إلا أنهم في الوقت نفسه يؤكدون على أنه لمن الأجدى أن تمارس المحكمة هذا الاختصاص بمناسبة ممارستها لبقية اختصاصاتها الأخرى، وهذا يعني، أنه بإمكان المحكمة تفسير القانون بالطلب غير المباشر، كون التفسير بالطلب المباشر راجع لمجلس الدولة.

وعليه، مهاجرة المحكمة الاتحادية العليا بتفسير القواعد القانونية العادية، يحمدها، لأن هذا التفسير يسهل حسم القضايا الدستورية التي تنظرها المحكمة، وهكذا قررت المحكمة بدستورية نص الفقرة (السادسة) من المادة (1) من قانون التقاعد الموحد في القضية المذكورة آنفاً بعد أن فسرت هذا النص القانوني المشكوك بدستوريته، ووقفت على الحكمة من وراءه، ثم فسرت النص الدستوري المدعى مخالفته، ووقفت على علته، وفي ضوء هذين التفسيرين قررت المحكمة بدستورية القانون (الهالبي، 2011، ص ص 210-211).

نستنتج مما سبق، أن المحكمة الاتحادية العليا لا يستطيع التصدي لطلبات التفسير المقدمة إليها بصدد القوانين العادية، ولكن تفسر تلك القوانين عندما تتفحص دستورية القوانين، لأن الحكم الصادر من المحكمة لتحديد مدى دستورية قانون ما من عدمه، تكون نتيجة للبحث والتفسير التي يقوم بها القاضي الدستوري لكل من النص القانوني المطعون فيه بعدم الدستورية والنص الدستوري المدعى مخالفته بهذا القانون.

أما ممارسة المحكمة الاتحادية لاختصاصها في تفسير الدستور، تكون بصورة مستقلة عن بقية اختصاصاتها الأخرى ودون أن يكون هناك نزاع قائم بين جهتين رسميتين داخل الدولة، أي لا تشترط ارتباط طلب التفسير الذي يقدم إليها بهذا النزاع، بل تشترط عكس ذلك تماماً، إذ إن المحكمة ترفض تصديها لطلب التفسير في مثل هذه الحالات، وتوجه أطراف النزاع (الخصوم) برفع دعوى المنازعة الدستورية أمام المحكمة، وتنظر المحكمة دعوى المنازعة وتتخذ فيها قرارها النهائي، وبهذا سيكون قرارها مفسراً وحاسماً للنزاع في ذات الوقت (عبيد، 2016، ص416).

تطبيقاً لذلك، أصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها المرقم 6/إتحادية/2016 في 9/8/2016، وقررت المحكمة بما يلي: " أن موضوع الطلب وبيان الرأي فيه يشكل منازعة بين المحافظ ومجلس المحافظة مما يتطلب إقامة دعوى".

" ولايجوز تقديم طلب التفسير بمناسبة منازعة معروضة أمام القضاء، لأن ذلك يعد نزاعاً للخصومة من قاضيها الطبيعي ومنع الخصوم من الدفاع عن وجهة نظرهم إذا تم التفسير في غيابهم حيث أن مثل هذا الطلب سيقدم من رئيس السلطة القضائية عند طلب المحكمة المختصة ذلك" (ناجي، 2007، ص85).

و يتعين على الجهة الرسمية التي تتقدم بطلب التفسير، إرفاق المستندات اللازمة بالطلب، حيث لا تنظر المحكمة بالطلب دون تقديم المستندات. ولكي تنظر المحكمة بالطلب التفسيري المعروض عليها، لابد من أن يكون النص الدستوري المطلوب تفسيره ذا أهمية تطبيقية وقد أثار خلافاً فعلياً في التطبيق وظهرت بصده وجهات نظر مختلفة (ناجي، 2007، ص86).

وبالنسبة لمن له الحق في تقديم طلب تفسير الدستور لهذه المحكمة فإن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، لم يبين ذلك، كون هذا الاختصاص لم يكن مدرجاً ضمن اختصاصات المحكمة في ظل قانون إدارة الدولة. وعليه فإن إنفاذ هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا بموجب

دستور 2005 يستوجب إصدار قانون جديد للمحكمة أو تعديلاً لقانون القائم ونظامها الداخلي لحين صدور قانون المحكمة المزمع إصداره بما يتلائم مع ما أورده الدستور القائم، إلا أن التطبيق العملي المستقر عليه من المحكمة الاتحادية العليا يقضي بأن هذا الحق ينحصر للسلطات الرسمية في الدولة، ولا يحق للأفراد أو الجهات غير الرسمية تقديم طلبات تفسير الدستور إلى المحكمة الاتحادية العليا. وأكدت المحكمة على ذلك في قرارها المرقم 34/اتحادية/2011 في 2011/5/5 إذ جاءت فيه أن " طلب تفسير نصوص الدستور ينبغي أن يقدم أما من رئاسة الجمهورية أو من مجلس النواب أو من مجلس الوزراء أو الوزراء س من منظمات المجتمع المدني أو الكتل السياسية أو الأحزاب".

ويلاحظ أن قرار المحكمة بقبول طلبات التفسير الدستوري من السلطات العامة وحدها، اتجاه سليم ومطابق لنهج القضاء الدستوري في أغلبية النظم الدستورية والمقارنة في العالم، وذلك، لضمات عدم إغراق المحكمة بطلبات متكررة يمكن أن تؤدي إلى تشتت جهود المحكمة بدون ضرورات موجبة لذلك، (الهاللي، 2011، ص299).

لكن موقف المحكمة فيما يخص بحصرها بحق تقديم طلبات التفسير برئيس الدولة ونوابه و رئاسة مجلس النواب و مجلس الوزراء والوزراء، دون الإشارة إلى مجلس القضاء الأعلى الاتحادي، وسلطات الثلاث الرئيسية في الأقاليم الفدرالية، محل النظر ومثار للاشكالية. لأن مجلس القضاء الأعلى يمثل إحدى السلطات الدستورية الثلاث في الدولة على المستوى الاتحادي، آخذين بالحسبان أن المحكمة الاتحادية العليا هي الجهة القضائية المختصة والوحيدة بتفسير الدستور، ولا يجوز للمجلس القيام بمهمة تفسير الرسمي للدستور. أما بالنسبة لرؤساء السلطات الثلاث في الأقاليم الفدرالية، نجد أن الدستور الفدرالي واستناداً إلى المادة (13) من الدستور نفسه، يتمتع بالسمو والسيادة على كافة أنحاء العراق لذلك يستوجب على المحكمة أن تتجه نحو قبول طلبات تفسير الدستور الفدرالي المقدمة من رئيس السلطات الثلاث في الأقاليم الفدرالية.

2-2-3 : الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية؛

أن الحكومة الاتحادية في العراق تقوم بإصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات مستهدفة في ذلك وضع القوانين الاتحادية محل التنفيذ وتسري تلك لأنظمة و التعليمات و القرارات على كافة أنحاء العراق ، ويتعين على السلطة التنفيذية في الأقاليم الفدرالية تطبيقها ضمن حدود الإقليم وسريانها على سكانه، شريطة أن تكون تلك التشريعات الاتحادية تعالج موضوعات أو مسائل تقع ضمن الإختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية المحددة في المادة (110) من الدستور، وإلا " يحق لسلطة الإقليم [وبموجب المادة (121/ثانياً)] تعديل تطبيق القانون الاتحادي في حالة وجود التناقض أو التعارض بين القانون الاتحادي وقانون الإقليم، بخصوص مسألة لا تدخل في الإختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية"، يطرح هنا سؤال حول كيفية تطبيق وتنفيذ القوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات الاتحادية في الإقليم الفدرالي إذا كان التشريع الاتحادي تنظم مسائل تدخل في الإختصاصات الحصرية للسلطات الفدرالية في المركز؟ للإجابة على هذا السؤال نقول بان الدستور العراقي لسنة 2005 قد أخذ بطريقة الادارة المختلطة حينما نص في المادة (114) فقرة أولاً، على أن تكون إدارة الكمارك من ضمن الإختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الاقاليم، (الكبيسي، 2007، ص66).

بناءً عليه، وفيما يخص إثارة مشكلة دستورية القوانين، يحق لمجلس الوزراء الاتحادي، وذوي الشأن المتضررين من الأفراد أو غيرهم تقديم الطعن المباشر ورفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا.

ترتيباً على ذلك، يمكن القول، أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق، استناداً إلى الفقرة (الثالثة) من المادة (93) من دستور سنة 2005، تمارس دورها الرقابي على دستورية تطبيق القوانين والتشريعات الاتحادية من قبل السلطات العامة المكلفة بتطبيق التشريعات الاتحادية على المستويين الفدرالي والإقليمي.

2-2-4: الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية، و فيما بين حكومات الأقاليم والمحافظات غير منتظمة في إقليم :

قد تثار النزاعات بين المستويات الحكم في الدولة الفدرالية إما على الحدود الجغرافي أو على توزيع الثروة أو على ممارسة الاختصاصات الدستورية أو القانونية، و إن الفدرالية العراقية ليست بعيدة عن هذه الأجواء، لأن نظام الحكم السابق وفي إطار الدولة الموحدة السببلة التي كانت تدار بصورة مركزية، ترك أزمات يتخللها الثقة، ففيه أزمة القومية والمذهبية والطائفية، و أزمة الحدود السياسية والإدارية بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم ، ونقصد هنا بأزمة (المناطق المتنازع عليها) المنصوص عليها في المادة(140) من الدستور، وهناك أزمات أخرى متعلقة بإدارة الكمارك و بإنتاج وإدارة وتوزيع ثروات النفط والغاز، فضلاً عن وجود اختلاط تبعية بعض الأفضية والنواحي لهذه المحافظة أو تلك، إذ كانت هذه الأفضية والنواحي تتبع كل فترة لمحافظة معينة وما تلبث أن تنتقل تبعيتها إلى محافظة أخرى، تنفيذاً لسياسة التعريب المنهجية مارستها النظام السابق.

وبما أن الطريقة الكلاسيكية- و الفضلى برأينا- لحل تلك المنازعات هي اللجوء إلى القضاء الدستوري الاتحادي النزيه والفعال رغم وجود بدائل واختيارات أخرى، غير القضائية، التي تدخل عادة نطاق المسارات أو التوافقات السياسية لحسم تلك المنازعات، مثل الاستفتاءات لأخذ رأي الشعب أو تعديل الدستور أو العودة إلى المجالس البرلمانية العليا على المستوى الفدرالي (مجلس الشيوخ/أعيان) لتعديل القوانين أو إصدار قوانين جديدة، ويمكن أن يلجأ الحكومة الفدرالية إلى بعض مواد دستورية أو قانونية لإعلان حالة الطوارئ تسمح بتعليق السلطة العادية للحكومة في إحدى الوحدات المكونة (اندرسون، 2007، ص25).

وهكذا نجد أن المؤسس الدستوري العراقي كان حريصاً في تنظيم الاختصاص القضائي للمحكمة الاتحادية العليا بالفصل في منازعات المركز والمستويات الأخرى للحكم في الأقاليم والمحافظات والإدارات المحلية أو منازعات الأقاليم والمحافظات فيما بينها. وبالرغم من عدم وجود تطبيقات قضائية لدى المحكمة الاتحادية العليا بصدد ممارستها لهذا الاختصاص إلا أننا نؤيد موقف الدستور العراقي لما أنط هذا الاختصاص بالمحكمة الاتحادية العليا، لأنها حامية للدستور الفدرالي الذي وافق عليها الشعب بجميع قوميته ومذاهبه، وهذه المحكمة تمثل وعليها أن تمثل جميع القوميات والأديان والمذاهب، فهي لا تنسب لمركز أو إقليم، وأن الأطراف المتنازعة ملزمة وليست مخيرة في عرض نزاعاتها على المحكمة الاتحادية العليا، دون المحاكم أو الهيئات القضائية الأخرى داخل الإقليم أو المحافظة، فأحكام المحكمة الاتحادية العليا قطعية وباتة غير قابلة للطعن، وملزمة لكافة مستويات الحكم وليس لإقليم أو محافظة الطعن باستقلاليتها، لأن سلطة المحكمة في إصدار أحكامها سلطة أصلية استمدتها من الدستور الفدرالي مباشرة ، أي من الشعب الذي تصدر الأحكام القضائية باسمه (ويسي، 2015، ص435).

2-2-5 : الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء:

تختص المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها من المحاكم بالحكم على براءة أو إدانة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية المتهمين بارتكاب بعض الأفعال المحرمة بموجب الدستور أو مجرمة طبقاً للتشريع الجنائي النافذ. والألف للنظر، أن الدستور لم يحدد نوع التهمة الموجهة إلى هؤلاء الأشخاص. هل المقصود بالتهمة هنا، تهمة جزائية بارتكاب فعل إجرامي يستوجب عقوبة جزائية، أو يقصد بها تهمة ارتكاب جرائم دستورية يترتب عليها مسؤولية سياسية على مرتكبها؟ كما لم يحدد الدستور الجهة التي تستطيع توجيه الاتهامات إلى رئيس مجلس الوزراء والوزراء، ولم ينص أيضاً على كيفية توجيه الاتهامات ونوع الجرائم الدستورية أو الأفعال الإجرامية المنصوص عليها في التشريع الجنائي العراقي لتكون أساساً لتوجيه الاتهامات إلى رئيس مجلس الوزراء والوزراء.

ولكن فيما يخص رئيس الجمهورية، نصت المادة (61/سادسا/أ) من الدستور على أن مجلس النواب هي الجهة الوحيدة المختصة بمسائلة رئيس الجمهورية وتوجيه الاتهام إليه وإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا، بناءً على طلب مسبب، بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه، وهذا الطلب اشترط له الدستور أن يكون مسبب بمعنى بيان نوع الجريمة الدستورية المرتكبة التي نصت عليها الدستور في (الفقرة سادسا/ب) من المادة (61) والتمثلة بأحدى الجرائم الثلاثة ، وهي: (الحنث في اليمين الدستورية، جريمة الخيانة العظمى، وجريمة انتهاك الدستور). ففي حالة اتخاذ مجلس النواب قرار اتهام رئيس الجمهورية بارتكاب إحدى الجرائم الدستورية الثلاثة يجب على رئاسة المجلس تجميع كافة الوثائق والملفات اللازمة وإرفاقها بقرار الإحالة

إلى المحكمة الاتحادية العليا، على أن يدون ويبين فيها وبشكل تفصيلي وجه السلوك الإجرامي (الإيجابي أو السلبي) للجريمة الدستورية المرتكبة من قبل رئيس الجمهورية. وبعد صدور قرار المحكمة بإدانة رئيس الجمهورية، يقوم مجلس النواب و بموجب المادة (61) من الدستور بإعفاء رئيس الجمهورية من منصبه بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه، حيث نصت البند (ب) من الفقرة (سادساً) من المادة المذكورة على "إعفاء رئيس الجمهورية، بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب، بعد إدانته من المحكمة الاتحادية العليا، في إحدى الحالات الآتية: 1- الحث في اليمين الدستورية. 2- انتهاك الدستور 3- الخيانة العظمى".

فمن هنا نصل إلى القول: إن التهمة الموجهة إلى رئيس الجمهورية، هي تهمة ارتكاب جرائم دستورية ذات نتيجة سياسية، إذ إن الأثر القانوني المترتب على إدانة الرئيس لدى المحكمة الاتحادية العليا لا يتجاوز عن إعفائه من منصب رئاسة الجمهورية. ونلاحظ أن المؤسس الدستوري لم يكن دقيقاً في استخدام مصطلح (الإعفاء) في المادة (61/سادساً/ب) كعقوبة أصلية وحييدة مترتبة على صدور قرار المحكمة الاتحادية العليا بإدانة رئيس الجمهورية. إذ كان من الأجدد بالمؤسس الدستوري استعمال عبارة (العزل) محل (الإعفاء) للدلالة على إنهاء صلة رئيس الجمهورية بالمنصب لارتكابه أفعال مناقضة للدستور (جريمة دستورية)، ومنعه نهائياً من تولي الوظيفة العامة في الدولة، فضلاً عن إحتواء (العزل) معنى الشجب والاستنكار. أما (الإعفاء) ذات وصف يحمل اللطافة التي لا تنسجم مع خطورة الجريمة المرتكبة.

ويلاحظ بان المحكمة الاتحادية العليا لاتستطيع إيقاف عقوبة الإعفاء على رئيس الجمهورية من جانبها تنفيذاً لقرارها بالإدانة، بل يتوقف مصير قرارها هذا على موافقة مجلس النواب على إعفاء رئيس الجمهورية بالأغلبية المطلقة. فهنا نتساءل إذا صدر الحكم بالإدانة من قبل المحكمة، هل بإمكان مجلس النواب عدم إصدار قرار الإعفاء؟ فالجواب هو أن قرار مجلس النواب بإعفاء رئيس الجمهورية من منصبه، مرهون بموافقة الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه، إذن، فمن الممكن أن لا تحصل هذه الأغلبية، لأسباب سياسية وبتأثيرات حزبية. لذلك نواجه إشكالية دستورية بسبب وجود التناقض بين المادة (94) من الدستور، والتي تؤكد على أن قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة والمادة (61/سادساً/ب) من الدستور نفسه، والتي لاتلزم مجلس النواب بإعفاء رئيس الجمهورية من منصبه بعد صدور قرار المحكمة الاتحادية العليا بإدانته. (الزبيدي، 2010، ص102).

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه لا يوجد تطبيقات من المحكمة الاتحادية العليا تتعلق بممارستها لهذا الاختصاص، وذلك لعدم صدور القانون الذي ينظم كيفية اتهام ومحاكمة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء)، ولحين صدور هذا القانون لا يمكن اتهام هؤلاء الأشخاص وإحالتهم إلى المحكمة الاتحادية العليا عملاً بأحكام المادة (93/سادساً) من الدستور. وهذا ما أكدت عليه المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم رقم 41/ اتحادية/ 2017 في 2017/6/13.

2-2-6 : المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب:

بالرغم أن الدستور عهد إلى مجلس النواب صلاحية البت في صحة عضوية أعضائه استناداً إلى المادة (52/أولاً) من الدستور والتي تنص على أن "يبت مجلس النواب في صحة عضوية أعضائه، خلال ثلاثين يوماً من تأريخ تسجيل الاعتراض، بأغلبية ثلثي أعضائه". وأن فحص العضوية يشمل التأكد من الوضع القانوني للعضو منذ تقديمه طلب الترشيح إلى إعلان نتيجة الانتخابات، ولكن المصادقة على النتائج النهائية المعلنة من قبل المفوضية العليا المستقلة للانتخابات، تدخل في نطاق اختصاص المحكمة الاتحادية العليا، وبعد هذه المصادقة يستطيع من فاز بالنتيجة تولي العضوية في مجلس النواب. وعليه تمارس المحكمة الاتحادية العليا دورها الرقابي على دستورية الانتخابات لمجلس النواب من خلال مهمتين: أولهما، تتعلق بالنظر بالطعون الانتخابية، وثانيهما، تتعلق بعملية المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات. ولكن مما يجب التنويه إليه، أن "الهيئة القضائية للانتخابات" يتمتع بسلطة رقابية مطلقة على القرارات الصادرة من مجلس المفوضية العليا للانتخابات، فيإمكانها ومن خلال الطعون الانتخابية المقدمة إليها، الرقابة على قرارات مجلس المفوضية بالتصديق أو الفسخ أو التعديل. (خريفواوي، 2018، ص307).

وعليه، ووفقاً للمادة (8/سابعاً) من قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم (11) لسنة 2007 المعدل، قبل قيام المحكمة الاتحادية العليا بالمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات، يفترض أن يكون مجلس المفوضين للمفوضية العليا المستقلة للانتخابات، قد قام بإعلان النتائج الأولية للانتخابات، وأن الطعون والشكاوى من جميع أطراف العملية الانتخابية (الناخب، المرشح، الكيان السياسي) قد قدمت إلى مجلس المفوضين، وأن هذا

الجلس قد بت بهذه الشكاوي جميعاً، كما ويفترض من لم يقتنع بقرار المجلس، أن يطعن فيه أمام (الهيئة القضائية للانتخابات) وأن هذه الهيئة قد أصدرت قرارها بخصوص تلك الطعون، وأن قراراتها باتة وغير قابلة للطعن بأية طريقة من طرق الطعن القضائي. (جريدة الوقائع العراقية، العدد: 4037 الصادر في 14 / 3 / 2007، ص7). فمن هنا، يثار تساؤل عن جدوى وجوب مصادقة المحكمة الاتحادية العليا على النتائج النهائية للانتخابات لمجلس النواب، وما هو دور المحكمة بعد اتخاذ كل تلك الإجراءات السابقة من قبل مجلس المفوضية والهيئة القضائية للانتخابات؟ عملياً، أن هذه المصادقة تعد بمثابة إجراء شكلي ولايشكل رقابة فعالة على دستورية الانتخابات النيابية. (العبدلي، 2009، ص298).

2-2-7: الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير منتظمة في إقليم وتنازعهما البيئي؛

إن طبيعة النظام القضائي في الدولة الفدرالية يتسم بالتعدد في الجهات القضائية في كافة مستويات الحكم الاتحادي والإقليمي والمحلي، من شأنه أن يؤدي إلى خلاف حول تحديد الاختصاص بنزاع معين بين تلك الجهات، وهذا يستلزم وجود محكمة عليا تمارس دور رقابي وتنسيقي بين جهات القضاء، إذ يعهد إليها الفصل فيما يثور من تنازع، ويكون حكمها هو القول الفصل الذي يلزم كل من دولة اتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم. وبما ستقرأ البندين (أب) من الفقرة (ثامناً) من مادة (93) من الدستور، نجد أن المحكمة الاتحادية العليا تختص بالفصل في تنازع الاختصاص القضائي في الحالات الأربعة الآتية: الحالة الأولى: تنازع الاختصاص بين هيئة قضائية في إقليم وهيئة قضائية اتحادية، والحالة الثانية: تنازع الاختصاص القضائي بين هيئة قضائية في إقليم وهيئة قضائية في إقليم آخر. والحالة الثالثة: تنازع الاختصاص القضائي بين هيئة قضائية في إقليم وهيئة قضائية في محافظة غير منتظمة في إقليم، والحالة الرابعة: تنازع الاختصاص القضائي بين هيئة قضائية في محافظة غير منتظمة في إقليم وهيئة قضائية في محافظة أخرى مماثلة.

ونظراً لأنه في الدول الفدرالية، يبدو التنازع في الاختصاص القضائي بنوعيه "الإيجابي-السلبي" أكثر وقوعاً أو توقعاً بفعل التنافس وربما الحساسية القضائية بين الأقاليم أو بينها وبين المركز [...] بلحاظ مظاهر الاستقلال التي تتمتع بها مكونات الدولة تلك الحساسية التي غالباً ماتمتد لشعوبها ومنازعاتها" (الشكري، 2016، ص331). ولذلك، تفرض الدساتير الفدرالية قيوداً على الهيئات القضائية الإقليمية والمحلية وتمنعها من ممارسة بعض الاختصاصات، كالنظر في المنازعات التي يكون أحد أطرافها من أقاليم مختلفة، ضماناً لعدم انحياز المحاكم في الإقليم لرعاياها ضد مصالح رعايا الأقاليم الأخرى. وكذلك، تمنع الدساتير الفدرالية المحاكم الإقليمية في الفصل في المنازعات الناشئة بين حكومات الأقاليم أو بينها وبين الحكومة الاتحادية. وهكذا، نجد أنه من الضروري قيام الدولة الفدرالية بوضع قواعد قانونية واضحة بشأن نظامها القضائي، والبدء بالتقاضي، تفادياً لحدوث التنازع القضائي بين الهيئات القضائية في المستويين الاتحادي والإقليمي، أو بين الأقاليم مع بعضها البعض، والذي يؤدي في بعض الأحيان إلى الصراعات بين الحكومية في تلك المستويات. (وي، سي، 2015، ص449). وفي حال حدوث مثل هذا التنازع لا بد من وجود قواعد دستورية محددة مسبقاً وبشكل واضح لتحديد الجهة المختصة بالفصل، وهذه الجهة هي المحكمة الدستورية أو المحكمة العليا الاتحادية.

ارتباطاً بما جاء أعلاه، نرى بأن وقوع التنازع في الاختصاص القضائي في العراق، فقد يتوقع حدوثها فقط في الحالتين الأولى والثانية من حالات التنازع المذكورة آنفاً، إذ تصبغ فيهما التنازع القضائي بصيغة أو طابع دستوري، لأن الاستقلال القضائي للأقاليم الفدرالية هي نتيجة منطقية مرتتبة على مبدأ الاستقلال الذاتي الذي تتمتع به الأقاليم ويقوم عليه النظام الفدرالي. لذلك، فإن ممارسة المحكمة الاتحادية العليا اختصاصها بالفصل في تنازع قضائي مثل هاتين الحالتين أمر طبيعي ومطلوب في ظل النظام الفدرالي العراقي. أما بالنسبة للحالتين الثالثة والرابعة فنذهب مع أغلب الفقه بعدم وجود أي مبرر للمشرع الدستوري بإدخالهما ضمن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، ذلك لأن تنازع الاختصاص القضائي بين هيئة قضائية في إقليم وهيئة قضائية في محافظة غير منتظمة في إقليم هي تنازع بين القضاء الإقليمي والفدرالي، وبالتالي سبب لوقوع التنازع بين

(*) إن التنازع القضائي يكون إيجابياً: عندما تدعى كل جهة قضائية اختصاصها المطلق بالنظر في النزاع، إما برفضها صراحة الدفع بعدم الاختصاص، وإما ضمناً باستمرارها بنظر الدعوى رغم الدفع بعدم الاختصاص. كما ويكون التنازع القضائي سلبياً: إذ تدفع كل جهة قضائية بعدم اختصاصها المطلق بالنظر في الدعوى وتصدر حكماً بذلك، وتمتنع عن النظر في النزاع.

هيئة قضائية في محافظة غير منتظمة في إقليم وهيئة قضائية في محافظة أخرى مماثلة، فهي نزاع قضائي اعتيادي بين هيئتين قضائيتين اتحاديتين (الزيباري، 2008، ص287). وبموجب المادة (1) من قانون تعديل قانون التنظيم القضائي رقم (8) لسنة 2014 (جريدة الوقائع العراقية، العدد: 3112، 2014)، تختص محكمة التمييز الاتحادية بفصل هذا النزاع ولا يحمل هذا الأمر أية طابع دستوري تبرر جعل صلاحية الفصل فيه من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا. وزد على ذلك، أن المحافظات لا تتمتع بمظاهر الاستقلال القضائي كالأقاليم الفدرالية. وعليه، فإن المحكمة الاتحادية العليا لم تمارس اختصاصها بالنظر بشأن النزاع في الاختصاص بين الهيئات القضائية الاتحادية والأقاليم، وذلك بسبب عدم إقامة أي دعوى للمنازعة في هذا الصدد، بالرغم من وجود تنازع قضائي حقيقي بالاختصاص على الصعيد العملي بين حكومة إقليم كردستان والحكومة الاتحادية، بشأن الاختصاص القضائي لمحكمة قضاء خانقين، التي تتبع إدارياً محافظة ديالى، ومن ثم تتبع رئاسة محكمة إسئناف ديالى الاتحادية، القرارات الصادرة عنها تخضع للطعن أمام محكمة التمييز الاتحادية أو محكمة إسئناف ديالى الاتحادية، "إلا أن الطعون التمييزية في الواقع تقدم إلى محكمة التمييز في إقليم كردستان أو محكمة إسئناف كركوك في السليمانية، وهذا في حد ذاته تنازع إيجابي في الاختصاص القضائي". ولطالما، لم يرفع دعوى المنازعة أمام المحكمة الاتحادية العليا لحل النزاع وتحديد القضاء المختص، متمسك كل من القضائين الاتحادي والإقليمي باختصاصها بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها، وهذا ينتج عنها صدور حكمين قضائيين متناقضين في موضوع واحد. ترتباً على ذلك، يظهر نوع آخر من المنازعات، وهو النزاع في تنفيذ حكمين قضائيين نهائيين متناقضين قابلين للتنفيذ، وبما أن المحكمة الاتحادية العليا لم يورد بين اختصاصاتها الفصل في النزاع في تنفيذ الأحكام النهائية الصادرة بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم، إذن، ستزعم المراكز القانونية للأفراد. (ناجي، 2007، صص 42-43).

وأما فيما يتعلق بالفصل في النزاع القضائي بين الهيئات القضائية في إقليمين فدرالين، فإن ممارسة المحكمة الاتحادية العليا لهذا الاختصاص مرهون بإنشاء أقاليم فدرالية جديدة في العراق، لأن إقليم كردستان، ولحد اليوم، هو الإقليم الفدرالي الوحيد في العراق.

الخاتمة

توصلنا في خاتمة هذا البحث إلى جملة من الإستنتاجات والتوصيات تتمثل فيما يلي:

أولاً: الإستنتاجات:

1. بعد سقوط النظام السابق في العراق في 9/أبريل/2003 وتزامناً مع التحولات السياسية التي مرّ بها الدولة تم صدور قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، والذي أقر بإنشاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق كقضاء دستوري لمراقبة دستورية القوانين. وقد أصدر بموجبه قانون المحكمة الاتحادية العليا ذي الرقم (30) لسنة 2005، الذي جاء بتكرار لما نص عليه الدستور بالنسبة لتكوين القضاء الدستوري.
2. إن المحكمة الاتحادية العليا في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، لم تكن أعلى جهاز قضائي في الدولة، بل هي إحدى تشكيلات مجلس القضاء الأعلى.
3. غاب التنظيم الدستوري الدقيق، و يوجد الفراغ القانوني لتكوين القضاء الدستوري في ظل دستور 2005 النافذ حالياً. لأن دستور سنة 2005 أحال كيفية تكوين (المحكمة الاتحادية العليا)، وتحديد عدد أعضاء المحكمة، والشروط التي يجب توافرها وطريقة اختيارهم، و تنظيم كل مايتعلق بحسن سير أعمال المحكمة (آلية الانعقاد أو إصدار الحكم فيها) إلى مشرع القانون العادي بنسب أغلبية ثلثي أعضاء (المجلس النواب العراقي)، لكن مجلس النواب امتنع عن إصدار هذا القانون، على الرغم من أن مجلس الوزراء أحال إليه مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا، منذ سنة 2015.
4. إن الدستور العراقي لسنة 2005 أضاف إلى تكوين المحكمة الاتحادية العليا فئتين أخريين غير قضائية وهما: (خبراء في الفقه الإسلامي) و (فقهاء القانون)، إلا أنه لم يفصح صراحة عن نيته بتغليب الفئة القضائية على الفئتين غير القضائيتين في عضوية المحكمة، إذ ترك هذا الأمر والأمور التفصيلية الأخرى المتعلقة بالتكوين لقانون المحكمة الاتحادية العليا الذي يرتقب أن يصدر لاحقاً.

5. إن المحكمة الاتحادية العليا بتشكيلتها الحالية، وفي ممارستها لبعض من اختصاصاتها، تستند إلى القانون ذي الرقم (30) الصادر سنة 2005 بالاستناد إلى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، وهذا الوضع للمحكمة أثار العديد من الإشكاليات القانونية التي أصبحت مثار جدل فقهي حول دستورية عمل المحكمة، الأمر الذي سينعكس سلباً على الاستقرار السياسي والقانوني في عموم العراق.
6. إن دستور سنة 2005 أضافت إلى المحكمة الاتحادية العليا اختصاصات جديدة، كما استبعدت منها اختصاصات أخرى كانت مقررّة للمحكمة في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، والقانون الخاص بالمحكمة . إذ إن دستور 2005 أضافت إلى المحكمة الاتحادية العليا اختصاص تفسير الدستور، واختصاص الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء أو الوزراء، وكذلك اختصاص المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب.
- وعليه، فإن دستور سنة 2005 جرّد المحكمة الاتحادية العليا عن الصلاحية الاستئنافية التقديرية التي كانت من الممكن أن تمارسها في ضوء أحكام قانون إدارة الدولة. وكذلك، إن هذا الدستور قد أبعد عن المحكمة اختصاص النظر والبت في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري.
7. إن المحكمة الاتحادية العليا هي الجهة القضائية الوحيدة التي لها حق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وتفسير أحكام الدستور والفصل في دعاوى الدستورية، وتمتع الأحكام والقرارات الصادرة منها بالحجية المطلقة تجاه جميع السلطات والأشخاص.
8. إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق هي رقابة إلغاء مركزية لاحقة وشاملة، ويحق للأفراد تقديم الدعوى الدستورية المباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا لإلغاء القوانين والأنظمة الإدارية غير الدستورية والمضرة بمصالحهم المشروعة.
10. إن نطاق الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا يستوعب جميع القواعد القانونية العامة والمجردة (التشريع العادي والفرعي)، شريطة أن تكون تلك التشريعات لازالت نافذة وسارية المفعول.

ثانياً؛ التوصيات؛

1. تعديل المادة (92/ثانياً) من دستور سنة 2005 على نحو يقتصر تركيبة المحكمة الاتحادية العليا في العراق على العناصر القانونية (القضاة، أساتذة القانون، المحامون)، آخذين بنظر الإعتبار، أن كفاءة المحاكم الدستورية يتطلب دائماً توافر التخصص القضائي والقانوني لإعضائها.
2. ندعو السلطة التشريعية الاتحادية المثلة بمجلس النواب الإسراع على إصدار قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا، أو تعديل قانون المحكمة ذي الرقم قانون (30) لسنة 2005 ونظامها الداخلي ذي الرقم (1) لسنة 2005 على وفق ما ينص عليها الدستور.
3. أن إقتصار تركيبة المحكمة الاتحادية العليا على العناصر القانونية لا ينفى ضرورة وجود (هيئة استشارية) لدى المحكمة ليستشير بها هذه الأخيرة إستشارة غير إلزامية لتحديد مدى دستورية القوانين المطعون فيها بعدم الدستورية أمام المحكمة على أساس الإدعاء بمخالفتها لثوابت أحكام الإسلام. ويتم إنشاء هذه الهيئة من خلال القانون المنظم للقضاء الدستوري، ويحدد القانون الشروط اللازم توافرها في من يكون عضواً فيها.
4. رفع التناقض الوارد بين نص المادة (94) من دستور 2005، الذي يؤكد على إلزامية وقطعية ونفاد الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا وحجيتها تجاه السلطات كافة، ونص المادة (61/سادساً/ب) من الدستور نفسه، والذي لايلزم مجلس النواب بإعفاء رئيس الجمهورية من منصبه بعد صدور قرار المحكمة الاتحادية العليا بإدانته، بسبب ارتكابه لإحدى الجرائم المنصوص عليها في الدستور.

The Problematic Formation and Competencies of the Federal Constitutional Judiciary in Iraq

Shorsh Hassan Omer

Department of Law, College of Law, Sulaimani University, Sulaimani, Kurdistan Region, Iraq.

E-mail: shorsh.omer@univsul.edu.iq

Ibrahim Salih Qadir Al-Barznji

Department of Law, College of Humanities, Raparin University, Rania, Kurdistan Region, Iraq.

E-mail: Ibrahim.salih@uor.edu.krd

Abstract:

This research is entitled (The Problematic Formation and Competencies of the Federal Constitutional Judiciary in Iraq) dealt with constitutional and legal organization of the constitutional judiciary in Iraq in both organic and functional aspects, and through this research, we found that the Iraqi constitutional legislator in The Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period (2004)-abolished- , and Iraq's Constitution of (2005)-currently in force-, He recognized to found the constitutional judiciary in addition to the ordinary and administrative judiciary. By stipulating the establishment of a specialized judicial body which he is called "the Federal Supreme Court", and referred the lawmaker to form the court and organize its workflow. The constitutional legislator also assigned some competencies, exclusively to the court. Among them the jurisdiction to control the constitutionality of laws. The research focused on the scope and characteristics of this competence. Believing in the importance roles of the court to achieve constitutional justice and ensuring protection of rights and freedoms of constitutional citizenship.

In the course of this research, in which we adopted the methodology of comparison with a method of critical analysis for extrapolating the texts of the two constitutions and the law establishing the Federal Supreme Court No. (30) For the year 2005 regarding the composition and powers of the court. Also there are some comparisons in Iraqi constitutional judiciary system with compared countries constitutional judiciary systems. It has been noticed many deficiencies and problems in this regard. In the light of this, we proposed to make amendments in some constitutional texts and the speed up to issuance of a new law for the Federal Supreme Court in conformity with constitutional texts.

Keywords: Federal Supreme Court, Constitutional Control, Constitutional Judiciary.

المصادر :

- أندرسون، جورج، (2007)، مقدمة عن الفدرالية، ترجمة: مها تكلا، كندا، منتدى الأنظمة الفدرالية.
- بدوى، د. ثروت (1971)، القاهرة، دار النهضة العربية.
- بكر، د. عصمت عبدالمجيد، (2014)، مشكلات التشريع، بيروت، دار الكتب العلمية.
- البكري، عبدالباقى، والبشير زهير، (1986)، المدخل لدراسة القانون، جامعة بغداد.
- جعفر، د. محمد أنس (1999) النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية.
- الجمل، د. يحيى، (2011)، القاهرة، دار النهضة العربية.
- حاتم، د. محمد عبدالرحيم، (2018)، بيروت، مكتبة الزين الحقوقية والأدبية
- الحلو، د. ماجد راغب (2004)، القضاء الإداري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.
- حمد، فرمان درويش، (2013)، إختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، بيروت، مكتبة زين الحقوقية والأدبية.
- خالد، د. حميد حنون، (2012)، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، بغداد، مكتبة السنهوري .
- الخريفاوي، علاء كامل محسن، (2018)، الرقابة على دستورية الانتخابات النيابية في العراق في ظل دستور 2005، القاهرة، المركز العربي للنشر والتوزيع.
- الخفاجي، د. أحمد علي عبود، (2018)، الحصانة البرلمانية، القاهرة، المركز العربي للنشر والتوزيع.
- السنهوري، د. عبدالرزاق (1936)، علم أصول القانون، مصر، مطبعة فتح الله إلياس واولاده.
- شير، د. رافع خضر صالح (2016)، الخيانة العظمى، بغداد، مكتبة السنهوري.
- شراقوي، د. أحمد خليفة، (2013)، هيئة القضاة ضمانا لاستقلال القضاء، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.
- شكر، د. زهير، (1994)، الوسيط في القانون الدستوري، ج1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- الشكري، د. علي يوسف (2016)، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين عهدين، بغداد، دار الذاكرة للنشر والتوزيع.
- الشوهيدي، حنان محمد إبراهيم، (2011)، بنغازي، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع.
- الشيخ، د. عصمت عبدالله، (2003)، مدى استقلال القضاء الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية.
- الشيخلي، د. عبدالقادر، (2019)، ضمانات استقلال السلطة القضائية، بغداد، دار الإنسان.
- عبد الوهاب، د. محمد رفعت، (2011)، رقابة دستورية القوانين، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.
- العبدلي، سعد مظلوم، (2009)، الانتخابات ضمانات حرياتها ونزاهتها، عمان، دار دجلة.
- عبيد، د. عدنان عاجل، (2016)، القانون الدستوري، النجف الأشرف، مؤسسة النراس للطباعة والنشر والتوزيع.
- العتار، د. فؤاد، (1962)، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية.
- فودة، د. رأفت (1999)، عناصر وجود القرار الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية.
- الكبيسي، معمر مهدي صالح، (2007)، توزيع الاختصاصات الدستورية في الدولة الفدرالية، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة بغداد.
- ليلة، د. محمد كامل، (1962)، النظم السياسية في الدولة والحكومة، القاهرة، دار الفكر العربي.
- محمود، د. أردلان نورالدين، (2014)، المسؤولية الجزائية لرئيس الدولة في التشريعات الداخلية، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية.

- مصطفى، محمد رشيد، (2018)، الرقابة على دستورية التشريعات الحكومية، بيروت، مكتبة الزين الحقوقية والأدبية.
- مكية، فراس طارق، (2018)، لمحات إستراتيجية حول قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية، ستوهكولم، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات IDEA.
- ناجي، مكي، (2007)، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، النجف الأشرف، دار الضياء للطباعة والتصميم.
- النداوي، آدم وهيب، (1988)، قانون المرافعات، جامعة بغداد.
- الهاللي، د. علي هادي عطية، (2011)، النظرية العامة في تفسير الدستور، بغداد، مكتبة السنهوري
- ويسي، د. عثمان علي، (2015)، الطبيعة الديناميكية للدستور الفدرالي، بيروت، مكتبة الزين الحقوقية والأدبية.
- الزبياري، سليمان عبدالرحمن، (2008)، السلطة القضائية في النظام الفدرالي العراقي، أطروحة الدكتوراه، جامعة صلاح الدين/أربيل
- الجاسر، القاضي. عبدالملك بن محمد ، (د.ت)، الاختصاص وتنازعه بين الجهات القضائية، ورقة عمل مقدمة لحلقة " تفليس الشركات والآثار الفقهية والإجراءات النظامية" المقام في مركز التميز البحثي، في فقه القضايا المعاصرة، منشورات جامعة أمم بن السعود الإسلامية.
- الجبوري، عاصم حاكم عباس، و الخفاجي، حاكم فنيخ علي، (2017) سمات نظام القضاء الأمريكي ومبررات تشكيل المحكمة العليا 1789، مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية، المجلد (7)، العدد (1).
- خالد، حميد حنون، (2009)، السلطات الاتحادية في دستور العراق، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق/ جامعة بغداد، العدد(1).
- الزبيدي، ياسر عطوي عبود (2010)، التنظيم الدستوري لمسؤولية رئيس الجمهورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، مجلة رسالة الحقوق كلية الحقوق /جامعة كربلاء، السنة(2)، العدد (2)، 2010.
- سلمان، د.حسين فوزي، (2015)، الاختصاص التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا في العراق وإشكالاته، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد الرابع، العدد:15.
- الشكراوي، د.هادي علي، (2011)، مجموعة محاضرات في القانون الدستوري، جامعة بابل، <http://www.uobabylon.edu.iq/>
- عبد الجبار، فالح ، (2006) بحث منشور ضمن كتاب: مأزق الدستور، بغداد، منشورات معهد الدراسات الاستراتيجية.
- عبود، إسماعيل نعمة، و الشافعي، ميثم حسين، (2009)، مسائلة رئيس الجمهورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، رسالة الحقوق، كلية الحقوق /جامعة كربلاء، المجلد (1)، العدد(2).
- عبيد، د. عدنان عاجل، (2016)، الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد(4).
- علي، هادي عزيز، خبراء الفقه الإسلامي وعضوية المحكمة الاتحادية العليا، <https://almadapaper.net/sub/11-805/p18.htm>
- عمر، د. شورش حسن (2017) ، ضوابط استقلال المحكمة الاتحادية العليا في العراق من حيث التشكيل، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد(6)، العدد (21).
- فتيحة، د. عمارة، (2019)، مسؤولية رئيس الجمهورية، مجلة جامعة الكوفة، المجلد (1)، العدد الخامس(5).
- قانون تعديل قانون التنظيم القضائي رقم (8) لسنة 2014.
- مهدي، د. غازي فيصل، (2018)، ملاحظات على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، <https://www.hjc.iq/view>
- الموسوي، القاضي. سلمان روضان، (2009)، تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين الدستور و القانون قراءة تحليلية ونقدية، <http://www.ahewar.org>
- الدستور العراقي لسنة 2004 .

- دستور جمهورية العراق لسنة 2005. ومشروع دستور اقليم كردستان-العراق لسنة 2009
دستور المانيا لسنة 1949.
دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787.
الدستور المصري لسنة 2014.
قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979
قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (30) لسنة 2005.
قانون المحكمة الدستورية في المانيا لسنة 1951.
قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
النظام الداخلي لمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (1) لسنة (2005).
قرار المحكمة الاتحادية العليا (رقم 90/ اتحادية/تميز/ 2009 الصادر في 11 / 8 / 2009).
قرار المحكمة الاتحادية العليا (رقم 58/ اتحادية/ 2010 في 19 / 8 / 2010
قرار المحكمة الاتحادية العليا (رقم 4/ اتحادية/ 2007 في 2 / 7 / 2007
قرار المحكمة الاتحادية العليا (رقم 8/ اتحادية/ 2012).
قرار المحكمة الاتحادية العليا (رقم 6/ اتحادية/ 2016 في 9 / 8 / 2016).
قرار المحكمة الاتحادية العليا (رقم 15/ اتحادية/ في 26 / 1 / 2020).