DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131 ISSN : 2072-6317(P) - 2572-5440(O)

BM-Publisher

جامعة المثنى / كلية التربية للعلوم الانسانية

مجلة اوروك للعلوم الانسانية

موقع المجلة : www.muthuruk.com

الرقابة الدستورية على مبدأ شرعية السلطة

لطيف عبد الحسين موسى*

جامعة المثنى / كلية القانون

معلومات المقالة

تاريخ المقالة:

تاريخ الاستلام: 2021/3/3

تاريخ التعديل : 2021/4/11

قبول النشر: 2021/4/29

متوفر على النت: 2021/6/30

الكلمات المفتاحية :

الرقابة الدستورية

مبدأ شرعية السلطة

الملخص

يحدد الدستور سلطات الدولة ويجب ان تكون جميع هذه السلطات خاضعة له اي لا تتعداه ولا تخرج عنه , والدستور تضعه (السلطة المؤسسة) بكسر السين وان سلطات الدولة وكذلك الدولة نفسها تعتبر مؤسسة من المؤسسات تعمل في ظل مبدأ الشرعية , لذلك يجب ان يكون عمل السلطة المؤسسة بكسر السين اسمى من ما يصدر من المؤسسات المنبثقة بموجبه من قوانين وتشريعات بمراتب مختلفة .

توجد هنالك فكره عامه ومسلم بها , من قبل الأكثرية في المجتمع , حول من يمارس السلطة , وكيفية ممارسته وانتقالها , لذا فان هنالك امر يعتبر من المسلمات , لانسجامه الى الثوابت العامة في المجتمع , واخلاقياته مفادها " تكون السلطة شرعية اذا كان من يمارسها وطريقة ممارسته لها تتفق والرأي السائد في المجتمع ولا تكون شرعية اذا كان من يمارسها وطريقة ممارسته لها لا تتفق مع الرأي السائد في المجتمع حول هذه الامور " .

تنقسم الافكار التي تحدثت عن شرعية السلطة الى اكثر من فكره , فهنالك شرعية ملكية , اي ان السلطة والحكومة لا تكون شرعية الا اذا مارسها ملك , وهنالك شرعيه ديمقراطية , اي ان السلطة لا تكون شرعية الا اذا مارسها الشعب , وهو مصدر السلطات بشكل مباشر او عن طريق من ينوب عنه , ومما تقدم يمكن ان نقول بان الشرعية هي الصفة التي يجب ان تملكها حكومة ما بحيث تتفق مع الرأي السائد في المجتمع حول اصل السلطة وطريقة ممارستها .

فالشرعية مبدأ مقتضاه ايمان الشعب بان السلطة يجب ان تمارس بطريقة معينه , وفي بحثنا نبتعد عن موضوع الشرعية الثيوقراطية , التي سادت في فترة زمنيه معينه , لكونها لا ترتبط بالموضوع الذي نتحدث عنه ونركز حول الشرعية الديمقراطية للسلطة , لأنها على صلة وثيقة بالرقابة الدستورية , ونبين العلاقة بين الرقابة الدستورية ومبدأ شرعية السلطة , من خلال مبحثين يتناول الاول الرقابة الدستورية وعلاقتها بمبدأ الشرعية وارساء اسس الدولة القانونية , من خلال دراسة دور القضاء الدستوري في هذا المجال , والدور الذي لعبته المحاكم الدستورية في تنظيم وترسيخ منهج الشرعية عند سلطات الدولة , وتسليط الضوء على الطبيعة القانونية للرقابة الدستورية ضمن مراقبة مبدأ الشرعية , وحيث ان شرعية السلطة هي مصلحة لجميع المحكومين في الوضع الطبيعي , لذلك فان الرقابة الدستورية هي اهم ضمانات شرعية السلطة , والمقررة لمصلحة الشعب , في ظل الانظمة الديمقراطية .

لقد تصدى القضاء الدستوري في العراق والمتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا بشجاعة في اكثر من مناسبة لمبدأ الشرعية , ووضعت ضوابط واسس يمكن ان يستند عليها الواقع السياسي في ظل ظروف مستقرة . ومن الصعب تصور ضمان مبدأ الشرعية بدون وجود رقابة دستورية , لكون الشرعية هي من اسس الدولة القانونية , ولا يمكن تصور دولة قانونية بدون رقابة دستورية .

ان مبدا الشرعية يقتضي وجود تكامل عضوي ووظيفي بين السلطات , وتطبيق منظم الى مبادئ اخرى لا تقل اهمية عنه مثل مبدأ تدرج القاعدة القانونية , ومبدأ سمو الدستور , حيث لا يمكن اهدار هذه الثوابت الدستورية عند البحث في مبدأ الشرعية .

©جميع الحقوق محفوظة لدى جامعة المثنى 2021

*الناشر الرئيسي : E-mail : latif324@gmail.com

المقدمة

هنالك مجموعة من المبادئ الهامة , تعتبر الحجر الاساس لبناء الدولة الدستورية , ويجب احترامها من قبل السلطات , وضمان عدم المساس بها اطلاقا , ومن هذه المبادئ , مبدأ الشرعية , ومبدأ الفصل بين السلطات , ومبدأ السمو وغيرها من المبادئ الدستورية .

أن حماية هذه المبادئ يقتضي وجود رقابة على عمل السلطات , لكي تكون اعمالها مطابقة للدستور بأكمله بالإضافة الى المبادئ اعلاه ، حيث تهدف هذه الرقابة إلى ضمان أن تكون كافة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية , والأوامر الصادرة من السلطة التنفيذية , غير مخالفة للدستور، فهي حارس على مبدأ المشروعية , وتحافظ على الحدود الدستورية للسلطات ، كما تهدف إلى ضمان حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، وضمان سيادة القانون , وكفالة العدالة والمساواة في المجتمع الديمقراطي ، وان اختلال وظيفة السلطة التشريعية نتيجة الصراعات السياسية يمكن علاجها بالرقابة الدستورية حيث تعتبر هي الوسيلة الناجعة للأفراد في الدفاع عن حقوقهم ، على عكس النظام الشمولي الدكتاتوري و حكم الفرد الذي تنعدم فيه هذه الضمانات , فتتعرض حقوق الإنسان إلى الانتهاكات , ويتم خرق أحكام الدستور, وخرق مبدأ الشرعية , ومبدأ التدرج في القاعدة القانونية ، فتكون الدولة غير قانونية , و يؤكد معظم فقهاء القانون الدستوري على أهمية مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ، لذلك يلاحظ أن دساتير بعض الدول تنص صراحة على بطلان القوانين التي تخالفها ، وهذا يعني أيضاً بطلان القانون المخالف للدستور, حتى في حالة عدم النص في الدستور على ذلك ، و هذا البطلان يعتبر نتيجة حتمية لفكرة الدستور الجامد , الذي لا يمكن للقوانين العادية أن تعدله ، فإذا أصدرت السلطة التشريعية قانونا يخالف مبدأً مثل مبدأ شرعية السلطة ، فإن السلطة التشريعية تكون بذلك قد تجاوزت اختصاصاتها , و يصبح ما أقدمت عليه باطلاً .

.

اهمية البحث

تتجسد اهمية البحث في اهمية السلطة, لكونها ركن اساسي من اركان الدولة , وان سلامة السلطة من العبث والاعتداء يضيف الى استقرار الدولة , والعكس صحيح ان عدم شرعية السلطة يعني عدم استقرار الدولة والرفض الشعبي بكل اشكاله .

منهج البحث

استخدم الباحث المنهج الوصفي لكون البحث يتعلق بالنصوص الدستورية بشكل اساسي , والمنهج التحليلي كلما تطلب الامر ذلك , وقد تم التركيز على دستور جمهورية العراق النافذ كمثال لموضوع البحث .

مشكلة البحث

كيف تستطيع الجهات التي تمارس الرقابة الدستورية ضمان شرعية السلطة , سواء كان في الجانب العضوي , او الوظيفي , وماهي الحلول في حال اصرار السلطة السياسية بخياراتها المخالفة لمبدأ الشرعية .

تقسيم البحث

وفي ضوء ما تقدم سوف نقسم البحث الى مبحثان , يتناول الاول مفهوم الرقابة الدستورية و , اما المبحث الثاني فسوف يبحث اثر الرقابة الدستورية على مبدأ الشرعية .

المبحث الاول

مفهوم الرقابة الدستورية

نتناول مفهوم الرقابة من خلال مطلبين , الاول يتناول ماهية الرقابة , والثاني يتناول طبيعة الرقابة .

المطلب الاول : ماهية الرقابة الدستورية

نتناول ماهية الرقابة من خلال ثلاث فروع الاول يتناول تعريف الرقابة والثاني اهميتها والثالث يبحث اراء الفقهاء حولها .

الفرع الاول _تعريف الرقابة الدستورية:

يقتضي تنظيم الحياة في الدولة وجود مجموعة من القواعد القانونية المتدرجة في المكانة او المرتبة بحيث تعلو احدها على الاخرى فلا يجوز للقاعدة الادنى مخالفة القاعدة الاعلى , وتتربع القاعدة الدستورية على قمة الهرم وتأتي القواعد الاخرى تباعا , وانسجاما مع مبدأ التدرج في المكانة والمضمون وجب احترام القاعدة الدستورية , وعدم مخالفتها من القواعد الادنى درجة , وهذا الوجوب تضمنه الرقابة الدستورية , التي تقوم بحماية النصوص الدستورية من اي مخالفة قد تنتهكها السلطات عند ممارستها للاختصاصات التي توجبها طبيعة وظيفتها .

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

اولا\التعريف اللغوي : كلمة الرقابة تأتي من رقبه رقيبا , وراقبه بمعنى لاحظه وحرسه وحفظه , ويقال وارقب النجم رصده وراقبه مراقبة[1] , اما كلمة دستورية , وهي نسبة الى الدستور , وهي من اصل فارسي تأخذ معنى الاساس او القاعدة .

ثانيا\التعريف الاصطلاحي :"هي التحقق من مخالفة القوانين للدستور تمهيدا لعدم اصدارها اذا كانت لم تصدر او لإلغائها او الامتناع عن تطبيقها اذا كان قد تم اصدارها" [2] , وعرفها اخر "العملية التي عن طريقها يمكن ان نجعل احكام القانون متفقة مع احكام الدستور "[3] .

ومن خلال التعاريف السابقة يتبين لنا بان الرقابة هي تشخيص للمخالفات الدستورية من قبل جهة ذات اختصاص يحددها الدستور, وفي ذلك نص المادة 93 من دستور جمهورية العراق 2005 " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي اولا : الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة ..." , وهي في نفس الوقت علاج حيث توجب الغاء النصوص التشريعية المخالفة للدستور لضمان السمو الموضوعي والشكلي للقواعد الدستورية .

وتحدثت التعاريف عن واجب الجهات المراقبة وهو ضمان مبدأ علو الدستور, وان تبقى القواعد الدستورية سامية وبعيدة عن اي تعدي لكونها تمثل المصالح الثابتة للدولة , والاسس التي يبنى عليها النظام السياسي , وكذلك ضمان مبدأ تدرج القواعد القانونية وخضوع القاعدة الادنى للقاعدة الاعلى وعدم جواز مخالفتها

الفرع الثاني :

اهمية الرقابة الدستورية :

يحتاج النشاط الانساني الى رقابة فعالة ومؤثرة لتقويم ذلك النشاط , سواء كانت في مجال القانون العام ام الخاص , ويجب ان تزداد الرقابة عندما يكون الانسان جزء من السلطة , والانحراف بها يعني التوجه نحو الاستبداد والحكم المطلق .

لا تثور مشكلة رقابة الدستورية الا في ظل الدساتير الجامدة في الغالب, وهي الدساتير التي تسمو نصوصها على نصوص القوانين العادية , ومن ثم يتعين الا تأتي هذه الاخيرة بنصوص وقواعد تخالف احكام هذا الدستور, وقد وضعت المحكمة الدستورية العليا في مصر مبدا في هذا الشأن , مفاده ان "الرقابة على الشرعية الدستورية تفترض دستورا جامدا تتصدر احكامه القواعد القانونية الادنى مرتبة منها وتعلوها "[4] .

اما في الدساتير المرنة غير المكتوبة فهنالك رأيان في شأن الرقابة , الاول ينفي امكانية رقابة الدستورية , لان السلطة التشريعية بمقدورها في هذه الدول ان تعدل احكام الدستور بالطريقة التي يعدل بها التشريع العادي [5] , اما الرأي الثاني فيؤكد وجود الرقابة الدستورية حتى في الدساتير المرنة , وذلك من خلال الرقابة التبادلية بين السلطتين التنفيذية والتشريعية فهي تستند الى الدستور في فرض رقابتها , وتقوم كل سلطة بمراقبة اعمال السلطة الاخرى ومطابقتها مع الدستور, سواء كانت هذه الاعمال تشريع قوانين او انظمة [6] .

ان القواعد الدستورية تحتل المرتبة العليا من حيث القوة بالنسبة لما يمكن ان يصدر من السلطتان التشريعية , والتنفيذية من تشريعات , او اعمال ادارية كالأنظمة والتعليمات , او ما يصدر من السلطة القضائية من احكام او قرارات , تصدرها بوصفها هيئة ادارية لا هيئة قضائية , فجميع هذه السلطات ينبغي لها الالتزام بأحكام وروح الدستور وعدم مخالفتها والا كانت اعمالها غير دستورية [7] .

ويشير الفقيه عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد "...مهما كان من امر الخلاف في شان رقابة القضاء لدستورية القوانين فمن الواضح ان تشريعا يصدر من جهة غير متخصصة او دون مراعاة الاوضاع الدستورية لا يستطيع القضاء ان يصبر عليه ولا يستسيغ لنفسه ان يطبقه فيما يعرض له من الاقضية ..."[8] .

ان الرقابة على دستورية القوانين هي ابرز الحلول التي تضمن سيادة الدستور, وخصوصا عندما نتحدث عن الدول القانونية , والتي تؤمن فيها جميع السلطات بمبدأ سمو القاعدة الدستورية , والذي يتطلب ان تخضع جميع السلطات العامة له .

يتم تنظيم الرقابة الدستورية بعدة اشكال فقد تؤسس محكمة تقوم بهذا الواجب , فتكون رقابتها قضائية , ومثال على ذلك نص المادة 93 من دستور جمهورية العراق "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي اولا : الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة ..." , وبعض الانظمة تعتمد على نوع اخر من الرقابة تسمى بالرقابة السياسية حيث حدد دستور فرنسا لعام 1958 اختصاصات المجلس الدستوري في المادة 61 جاء فيه المادة

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

61"يجب عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها ومشروعات القوانين المنصوص عليها في المادة 11 قبل عرضها على الاستفتاء الشعبي والقواعد الإجرائية لمجلسي البرلمان، قبل تطبيقهما على المجلس الدستوري

الذي سيفصل في مدى مطابقتها للدستور وللغاية نفسها، قد تحال قوانين البرلمان إلى المجلس الدستوري، قبل إصدارها من قبل رئيس الجمهورية " [9] .

يؤكد الكثير من الفقهاء ان اهمية الرقابة الدستورية تعود الى عدد من المبادئ الاساسية هي:

المبدأ الاول : تحقيق مبدا المشروعية وتوسيع نطاقها والرقابة على تصرفات الحاكم وهي من اهم القواعد الرئيسية في اية حكومة قانونية , حيث لابد للحكومة العادلة ان تجعل سلطاتها خاضعة لمبدأ المشروعية , فليس للسلطة التنفيذية ان تصدر اوامر او تعليمات خارجة عن الاطار المرسوم لها , وكذلك القواعد التي تضعها السلطة التشريعية , وان كانت مخولة من قبل الشعب في ذلك , الا انها يجب ان تكون وفقا للحدود التي وضعتها السلطة المؤسسة (بكسر السين) والمخولة من قبل الشعب ايضا في وضع الثوابت العليا في وثيقة الدستور [10] , فالسيادة الشعبية وضعت اولويات جعلت الدستور في مقدمتها , ومن ثم مقررات باقي السلطات يأتي بعدها .

المبدأ الثاني : ضمان تطبيق الدستور واحترام تنفيذه من قبل السلطات , ومع ان منهاج الرقابة الدستورية واشكالها مختلفة الا انهم متفقين في وجودها وضرورتها في الدولة القانونية , حيث ان مؤيدي الرقابة القضائية يعتبرونها جزء من عمل القاضي , التي تتمثل في تطبيق القانون , وايجاد حل للنزاع المطروح عليه , وهو ملزم بتطبيق القانون , واحترام الدستور , وهو القانون الاساسي في الدولة , ومن المسلمات اذا تعارض نص ادنى مع نص اعلى وجب تطبيق الاعلى [11] , اما مؤيدي الرقابة السياسية , يرون ان الرقابة هي الوسيلة التي يمكن بواسطتها لهيئة سياسية حددها الدستور لمراقبة اعمال السلطات , ومطابقتها مع الدستور الذي يعتبر ضمان اساسي لمبدأ الشرعية .

المبدأ الثالث: قوة الراي العام حيث يرى بعض الفقهاء ان "الرأي العام حكم وضمير بل يكاد يكون محكمة مجردة من السلطان القضائي غير انها مهيبة "[12] , لذلك فان تضليل الراي العام من قبل اي سلطة لا يمكن تمريره على الشعب , فيجب ان نفترض انه وصل الى حد كبير من الوعي السياسي , والفهم الدستوري , ولا يمكن التساهل مع اي سلطة تنتهك الدستور , فكم من الشخصيات العامة اجبرها الراي العام على ترك السلطة , لمخالفة الدستور [13] , لذلك فمن الواجب احترام الراي العام , ومنح صوته وقوته ضمانة دستورية , وذلك من خلال وضع اليات للرقابة الدستورية , واعطاء الحق لصاحب المصلحة في ممارسة هذا الدور , وقد كان للمشرع العراقي وقفة جادة في ذلك حيث منح بموجب المادة 6 من النظام الداخلي رقم 1 للمحكمة الاتحادية العليا لعام 2005 حق لأصحاب المصلحة من الافراد في الطعن بعدم دستورية القانون حيث نص على "اذا طلب مدع ، الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او امر، فيقدم الطلب بدعوى مستوفية للشروط المنصوص عليها في المواد 44 – 45 – 46 – 47 من قانون المرافعات المدنية، ويلزم ان تقدم الدعوى بوساطة محام ذي صلاحية مطلقة ..."

الفرع الثالث :

اراء الفقهاء في الرقابة الدستورية :

لقد انقسم فقهاء القانون بين مؤيد ومعارض لفكرة الرقابة الدستورية , وسوف نورد هذه الآراء باختصار, ثم نبين مبررات كل فريق , ومدى تطابق هذه المبررات مع مقتضيات الدولة القانونية .

اولا :مؤيدي فكرة الرقابة الدستورية :

لقد وضع الفقهاء المؤيدين لممارسة الرقابة على دستورية القوانين ، مجموعة من الحجج التي تؤيد موقفهم وهي :-

اولا_ أن الدستور يمثل أسمى القواعد القانونية في الدولة ، فيجب احترامه بما يعنيه هذا الاحترام من بطلان القوانين المخالفة له , ومن غير المعقول اسناد عملية الرقابة الدستورية الى نفس السلطة التي سنته , فكان من الواجب ان تكون هنالك هيئة اخرى تقوم بهذه المهمة , وبالتالي نتوق القوانين المخالفة للدستور, والتي ترتب اثار تخالف فيه مبدا سمو الدستور , وقد اصبح من الضروري ايجاد وسيلة تحول دون تعسف السلطة , و افضل وسيلة هي الرقابة الدستورية [14]

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

2_ان الحكومة القانونية يجب ان تكون عادلة , وذلك من خلال خضوع السلطات جميعها لمبدأ الشرعية في التكوين ومشروعية الاعمال , سواء كانت تشريعات صادرة من البرلمان , ام لوائح , ام قرارات ادارية صادرة من السلطة التنفيذية , او احكام صادرة من القضاء , ولا يمكن ان نقول بان القواعد التي حددها الدستور للسلطات لا رقيب عليها سوى ضمير اعضائها ومسؤوليتهم الادبية امام الامة [15] , ومجرد الشعور بوجود الرقيب على اي سلطة هو حافز للدقة والحرص على سمعتها من اي انتقاد يوجه اليها .

ثانيا : معارضي فكرة الرقابة الدستورية :

لقد كان هنالك مجموعة من الفقهاء يرفضون فكرة الرقابة الدستورية رفضا مطلقا للأسباب الاتية :

اولا _يعتبر البرلمان المعبر الوحيد عن الارادة العامة , على اعتبار تخويله صلاحيات مطلقة وغير محددة , ويكون التشريع النابع من البرلمان تعبيرا صادقا عن هذه الارادة , باعتبارها اداة قانونية بعيدة عن الخطأ , وانطلاقا من ذلك , يكون من غير المقبول فرض اي قيود , او حدود , على سلطة المشرع , او اخضاعه الى فكرة الرقابة , حتى وان كان الهدف هو التحقق من مدى التزام المشرع بالدستور , لان سلطة المشرع مطلقة , لا تتقيد باي قيود , وهذا الاطلاق يتنافى مع خضوعها للرقابة أيا كان نوعها [16] .

ثانيا _ان اصدار القانون وفقا للإجراءات الرسمية والشكلية المحددة في القانون , يعد شهادة قاطعة بدستوريته , ولا توجد حاجة لإعادة البحث في مدى دستوريته .

ثالثا _ان تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات , يحتم منع اي سلطة بالتدخل بعمل السلطات الاخرى , ومنها السلطة التشريعية [17] .

ومن خلال ما تم عرضه من حجج الفريقان يتبين لنا بان الرقابة الدستورية ضرورة من ضرورات التنظيم القانوني للدولة , حيث تضع جميع التشريعات ضمن سياق منظم ينسجم مع الفلسفة القانونية التي يحملها الدستور بين طياته , وتقوم بضبط ايقاع عمل السلطات ضبطا دقيقا , وتبعد المؤسسات عن الأفكار والأهواء غير المتطابقة مع المفاهيم الدستورية في الدولة , اما الحجج التي اوردها معارضو الرقابة الدستورية غير مقنعة وتحمل فلسفة غير واقعية للمبادئ القانونية , مثل مبدأ قداسة البرلمان باعتباره يمثل ارادة الشعب , وتناسى ان الدستور يمثل الارادة العليا له , وكذلك النظرة الى مبدأ الفصل بين السلطات وتفسيره بشكل حالم , يجعل كل سلطة بعيدة عن الاخرى في الدولة الواحدة , وتحييد فكرة الرقابة المتبادلة الضامنة لعدم تعسف اي سلطة على اساس مبدأ السلطة تحد السلطة , وتضمن الرقابة الدستورية عدم تغول الكتلة الاكبر في البرلمان , وفرض فلسفة قانونية مخالفة لما وضعته سلطة الشعب في الدستور, وذلك من خلال قدرتها على اقرار التشريعات واستغلال عدد الاصوات في التصويت عليها , لذلك فأن النظم الدستورية المتطورة تجعل الرقابة الدستورية في جميع اشكالها اساسا من الاسس الثابتة لتدعيم شرعية تكوين السلطات ومشروعية اعمالها .

المطلب الثاني

طبيعة الرقابة على دستورية القوانين

لقد انقسمت اراء الفقهاء في طبيعة الرقابة على دستورية القوانين الى فريقين , احدهم يؤكد الطبيعة القانونية للرقابة الدستورية , والثاني يؤيد الطبيعة السياسية لها , لذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين , فرعين الاول يبين الطبيعة القانونية للرقابة الدستورية والمطلب الثاني يمثل الطبيعة السياسية لها .

الفرع الاول :

الطبيعة القانونية للرقابة الدستورية :

يعتبر مبدأ علو الدستور الاساس القانوني للرقابة الدستورية , ويتجلى ذلك في علوية القاعدة الدستورية على كافة القواعد المنبثقة من السلطة التشريعية و التنفيذية وان معظم الدساتير تنص عليه كأحد الاسس التي يبنى عليها حيث جاء نص المادة 13 من دستور جمهورية العراق 2005 معبرا على هذا الاساس بقوله "اولا : يعدُ هذا الدستور القانون الاسمى والاعلى في العراق ، ويكون ملزماً في انحائه كافة وبدون استثناء , ثانيا : لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو اي نص قانوني اخر يتعارض معه " , ويعتبر هذا المبدأ تأكيد لنظام الدولة الديمقراطية التي يسود فيها حكم الشعب ويتقيد فيها الحكام والمحكومين بأحكام القانون بكل

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

درجاته وبالتأكيد ان التقييد بالقانون الاعلى اولى من الادنى [18]، حيث ان تدرج القواعد القانونية يجعل القاعدة الدستورية في قمة الهرم , بحيث يخضع لها الحكام ايا كانت سلطتهم , ويجب ان تكون تصرفاتهم وفقا لما رسمه الدستور .

ومبدأ السمو من المبادئ الاساسية المسلم بها دون حاجة للنص عليها في صلب الدستور, ويعتبر هذا المبدأ تأكيدا لمبدأ المشروعية بمعناه الواسع [18] , وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في قرارا لها بالاتي "وحيث انه من الثابت في قضاء هذه المحكمة ان الطبيعة الامرة لقواعد الدستور وعلوها على باقي القواعد القانونية , وضبطها للقيم التي يجب ان تقوم عليها الجماعة يقتضي اخضاع القواعد القانونية جميعها لا حكام الدستور لضمان اتساق المفاهيم..."[19] .

ان تفسير النصوص ومطابقتها مع بعضها البعض عمل قانوني بحت انسجاما مع مفهوم التخصص , فقد يمارس هذه الوظيفة جهة قضائية او سياسية فيجب عليها ان تلتزم بقواعد التفسير القانوني لكي يكون منطقي ومقبول , وان مفهوم (اتساق المفاهيم) الوارد في قرار المحكمة الدستورية العليا اعلاه يوجب ان تكون الافكار والمبادئ الواردة في التفسير منسجمة مع بعضها البعض .

ويرى العديد من الفقهاء , ان الرقابة الدستورية في الاصل رقابة قانونية , تتصل بمبدأ المشروعية , وسيادة القانون , وهي مبادئ قانونية ثابتة , لا يمكن تحويرها الى عمل سياسي , كما ان الرقابة على مبدأ الملائمة تعد عنصر من عناصر المشروعية , وهي من صميم عمل السلطة القضائية , ولا يمكن انكار دور رجال القضاء واجتهاداتهم في تأكيد المبادئ اعلاه , والدور الانشائي الذي تلعبه المحاكم صاحبة الاختصاص وجعل احكامها مصدر من مصادر التشريع تختلف قيمته حسب النظام الدستوري في كل دولة [19] .

الفرع الثاني:

الطبيعة السياسية للرقابة الدستورية :

هنالك رأي لبعض الفقهاء , يعتبر الرقابة الدستورية وظيفة سياسية , وليس عملا قانونيا , لكون عملها يقتصر على بحث ملائمة اي نص اقره البرلمان لتحقيق الصالح العام في ظل الظروف المحيطة به , والحكمة من اصداره , وبذلك تتحول سلطة القاضي عندما ينظر موضوع الرقابة الدستورية الى سلطة سياسية [20] .

وقد لعبت المحكمة الفدرالية العليا في الولايات المتحدة الامريكية دورا سياسيا كبيرا لغرض توضيح المبادئ الدستورية , والتي اتسمت بالإيجاز, والغموض , في ظل دستور مقتضب , وقد استعانت المحكمة الفدرالية بمبادئ سياسية مثل "قاعدة المعقولية " والتي تقتضي وجود تناسب معقول بين الاعباء التي يفرضها القانون على الافراد , وبين المصالح العامة التي يحققها لهم , فاذا لم يوجد هذا التناسب المعقول فان القانون غير دستوري [21] .

اما المبدأ الثاني والذي يعزز الدور السياسي للرقابة قاعدة "الطريق الواجب قانونا , ومعناها عدم اتباع الطريق الذي يوجبه القانون , في اتخاذ الاجراء الذي يؤدي الى بطلانه ", وقد نص الدستور الامريكي على هذه القاعدة , في التعديل الرابع عشر عام 1868 , ولم تعد المحكمة الفدرالية تقصر تطبيق هذه القاعدة على ضمان الحقوق الفردية في مجال المحاكمات الجزائية , تم استخدامها في تأكيد التفسير الواسع للحريات العامة , وفقا للقانون الطبيعي [22] .

اما المبدأ الثالث فهو مقولة حكومة القضاة , " ظهر هذا المصطلح لأول مرة في عام 1921، في أحد مؤلفات أستاذ القانون الفرنسي، إدوارد لامبرت، الذى حمل عنوان (حكومة القضاة والكفاح ضد التشريعات الاجتماعية فى الولايات المتحدة) , فقد وصف الفقهاء الفرنسيون المحكمة العليا الامريكية , لدورها الهام في رقابة الدستورية , بانها حكومة قضاة " وهو مصطلح سياسي يطلق على ظاهرة اللجوء للقضاء لغرض حل اشكاليات معمقة في المجتمع حيث يبر ز الدور السياسي للقضاء لغرض حل هذه الاشكاليات , وقد برروا ذلك الرأي بانه عند مقارنة نصوص القانون بنصوص الدستور لكشف التوافق او التعارض بينهما , وهو في الاصل عمل قانوني من الناحية النظرية , لكن القاضي من الناحية العملية يجتهد في المجال السياسي , ليكشف عن اهداف المشرع والحكمة من التشريع .[23]

لقد انتقد العديد من الفقهاء التوجه السياسي للقاضي , لكونه سوف يحل محل السلطة التأسيسية , في خلق مبادئ دستورية لا اصل لها في الدستور , كما ان القاضي لم يستند للدستور في

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

الرقابة الدستورية , لأنه لم ينص عليها , بل الى توجيهات موجهة للسلطة التشريعية , لترجمتها الى قوانين محددة , وليس للقاضي الاستناد الى هذه التوجيهات لمراقبة دستورية القوانين , والا يكون معتديا على الصلاحيات الدستورية للسلطة التشريعية [23] .

المبحث الثاني

ضمان شرعية السلطة

تختلف الافكار والمعتقدات حول مصدر السلطة , وشرعيتها , وطريقة ممارسة انتقال هذه السلطة , في كل فتره , او حقبه زمنية , توجد هنالك فكره عامه ومسلم بها من قبل الأكثرية في المجتمع , حول من يمارس السلطة , والية ممارسته لها وانتقالها , وتعتبر الرقابة الدستورية من اهم الضمانات الاساسية لشرعية السلطات وضمان تكوينها بموجب الدستور, لذا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين , الاول يبحث ماهية مبدأ الشرعية , اما الثاني يتناول الاليات الدستورية في ضمان شرعية تكوين السلطات .

المطلب الاول

ماهية مبدأ شرعية السلطة

سيتم بحث ماهية مبدأ الشرعية من خلال فرعين الاول التعريف بمبدأ شرعية السلطة اما الثاني يتناول التمييز بين الشرعية والمشروعية .

الفرع الاول :التعريف بمبدأ شرعية السلطة :

" ان حيازة الامر على الشرعية تعني اكتسابه الاطار القانوني لصيغة عمل معينة قد تكون سياسية او ادارية او اقتصادية اي ضمن اطار قانوني " [1] ولذلك يقال ان الادارة شرعية اي انها تحوز الاطار القانوني الصحيح .

هنالك امر يعتبر من المسلمات لانسجامه مع ثوابت المجتمع , واخلاقياته مفادها تكون السلطة شرعية اذا كان من يمارسها وطريقة ممارسته لها تتفق والرأي السائد في المجتمع , ولا تكون شرعية اذا كان من يمارسها وطريقة ممارسته لها لا تتفق مع الرأي السائد في المجتمع .

تنقسم الافكار التي تحدثت عن شرعية السلطة الى اكثر من فكره فالنظرية الثيوقراطية تعتبر ان الله مصدر السلطة والسيادة فهو خالقهم وهو الذي يحكمهم ويوجههم , فهو الذي يختار الحكام ويفوضهم في مباشرة السلطة على الشعوب , وهذا التفويض قد يكون مباشر او بطريقة غير مباشرة كما توضحه نظرية العناية الالهية , التي توجه ارادة البشر في اختيار شخص معين [2] ,وقد تمسك بهذه النظرية ملوك فرنسا مثل لويس الرابع عشر ولويس الخامس عشر وقد ايد الفيلسوف الفرنسي دي بونال هذه النظرية حيث قال "ان للدولة سيادة وسلطان وان هذا السلطان مشروع لا على اساس ان الشخص الذي يمارسه يعين من قبل الله مباشرة او بأمر منه وانما يؤسس السلطان ويعتمد على القوانين الطبيعية وهذه القوانين من عمل الله وصنعه " [3] .

اما الشرعية الملكية تعتبر السلطة والحكومة شرعية اذا مارسها ملك , وهنالك شرعيه ديمقراطية , اي ان السلطة لا تكون شرعية الا اذا مارسها الشعب , وهو مصدر السلطات بشكل مباشر , عن طريق من ينوب عنه .

ومما تقدم يمكن ان نقول بان الشرعية هي الصفة التي يجب ان تملكها سلطة ما , بحيث تتفق مع الرأي السائد في المجتمع في اصل السلطة وطريقة ممارستها .

ان الشرعية معتقد تحول الى مبدأ دستوري يرافق اغلب الدساتير الديمقراطية , مفاده بان السلطة يجب ان تمارس بطريقة معينه , وهنا نبتعد عن موضوع الشرعية الثيوقراطية , التي سادت في فترة زمنيه معينه , لكونها لا ترتبط بموضوع بحثنا , ونركز حول الشرعية الديمقراطية للسلطة , لأنها على صلة وثيقة بالرقابة الدستورية [4] . ويمكن ان نلتمس شرعية السلطة من خلال العمل الترابط العضوي والوظيفي بين السلطات الدستورية , فالقاعدة الدستورية تنشأ مؤسسات , وتحدد لها اختصاصات , فمتى كانت هذه المؤسسات تعمل وفقا لمبدأ التعاون والتأثير المتبادل العضوي والوظيفي , وفقا للدستور فهذا يدل على شرعية السلطة

وهنالك رأي اخر مفاده "ان سلطة الحاكم الشرعية واعمال الحاكم المشروعة تعود الى نفس المبدأ وهو مبدأ المشروعية " [5] وسوف نناقش هذا الرأي في المطلب الثاني بشكل مفصل .

ان ممارسة السلطة بالشكل الذي حدده الدستور يتماشى مع فكرة الشرعية , وان اخذ رأي المواطنين في الاستفتاء الدستوري , واعطاء حق للناخب لاختيار من يمثله في السلطة , سواء كانت التشريعية ام التنفيذية , هو نوع من انواع اسباغ الشرعية على السلطة في النظام الديمقراطي .

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

ويميز الفقهاء بين شرعية السلطة المؤسسة بكسر السين وشرعية السلطة المؤسسة بفتح السين , وعلى افتراض ان الشرعية للسلطة الاولى متحققة وان الدستور قد كتب بالطريقة الديمقراطية التي تجعل الوثيقة الدستورية معبرة عن ارادة الجماعة سواء كان بطريقة الجمعية التأسيسية او بالاستفتاء الدستوري او بالطريقتين معا ونسب لها صفة الشرعية , ونفذ الدستور بعد وضعه من السلطة المؤسسة (بكسر السين) فيمكن ان تتحقق شرعية السلطات الاخرى , والمتمثلة بالسلطات الثلاث في الدولة , وهي التنفيذية , والتشريعية , والقضائية اذا ما تم تشكيلها بموجب الدستور.

ان وضع الدستور من قبل السلطة الشرعية التي تم وصفها , يعني ان كل شيء في الدولة يخضع له , وان سلطات الدولة لا تمارس عملها الا وفقا للدستور[6] , وان الدستور ينظم تكوين هذه السلطات , ويحدد المؤسسات الدستورية التي تنفذ مهامها , ويضع حدودا لأعمالها , ويضع الية تضمن تطبيق مبدأ تدرج القواعد القانونية , وعلى كل سلطة مختصة بوضع قاعدة قانونية ان تراعي القواعد القانونية الاعلى درجة , وكذلك احترام الارادة الاعلى التي وضعته , وهي السلطة التأسيسية (سلطة الشعب) , فالخروج عنها يعني الخروج عن مبدأ الشرعية , ومن هنا ظهرت الحاجة الى وجود جهة تراقب مطابقة سلوك هذه السلطات مع الدستور لضمان عدم الخروج عن هذا المبدأ .

لقد اختلفت الانظمة السياسية في تحديد السلطة المختصة برقابة السلطات , ومطابقة عملها مع الدستور , فقد سار اتجاه نحو الية الرقابة السياسية , اي تكوين جهة سياسية تقوم بهذا الواجب , ومن امثلتها دستور فرنسا عام 1958م , وحدد اختصاص المجلس الدستوري الاعلى بالرقابة الدستورية , وسار اتجاه اخر نحو اعطاء سلطة القضاء مهمة الرقابة الدستورية ومنها الدستور جمهورية العراق عام 2005م , والذي اوكل مهمة الرقابة الدستورية الى المحكمة الاتحادية العليا , حيث نص الدستور على "تختص المحكمة الاتحادية العليا اولا :الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة..." [7].

ان تحديد المرجعية التي تعتمد عليها السلطة الرقابية كان محل جدل بين الفقه والقضاء , بعض الفقهاء حصر هذه المرجعية بالدستور, مثل الفقيه النمساوي "هانز كلسن ", واعتبر الدستور المرجع الجازم والحاد الذي تلتزم به الجهة الرقابية في رقابتها الدستورية , وان الجهة الرقابية سوف تكون في حالت تعارض مع نفسها , اذا جعلت لنفسها اختصاص بإقامة وصياغة النظام القانوني وفقا لأحاسيسها القانونية الذاتية .

اما الاتجاه الاخر الذي تبناه القضاء النمساوي تم استخلاصه من قرارات "المحكمة الدستورية ", وهو ما يسمى بالمبادئ الدستورية العامة , واعتبرتها مرجعية دستوريه , شانها شان النص الدستوري , مثال على ذلك مبدأ المساواة , وحق استرداد الملكية في حالة فشل نزعها , وقد توسعت المحكمة الدستورية النمساوية في استحداث معايير اخرى مستخلصه من فهمها للدستور بشكل عام , وليس على شكل نصوص محدده , مثل مبدأ حسن الادارة , ومبدأ الملائمة [8] .

الفرع الثاني

الفرق بين الشرعية والمشروعية :

يختلط الامر على المتلقي فقد لا يفرق بينهما في الوهلة الاولى , و بعض الفقهاء يرى ان الشرعية مصطلح مرادف للمشروعية , وهذا الرأي مردود و غير دقيق فالشرعية تعني منح تكوين السلطات الصبغة القانونية , اما المشروعية فهي العلاقة القانونية التي تختص بتطبيق القوانين , ووجوب ان يكون التصرف الصادر من الادارة مثل القرارات والتعليمات متوافقة مع القواعد الأعلى مرتبة , وعدم مخالفتها في المضمون والاجراءات , وعند حصول المخالفة يصاب التصرف بعيب عدم المشروعية , ويدخل ضمن نطاق القرار المعيب الذي يوجب الالغاء او التعويض او الاثنان معا [9] .

ان القانون الوضعي هو تعبير عن ارادة السلطة , لذلك من الصعب تصور خضوع السلطة الى القانون التي وضعته , ولكن يمكن التسليم بفكرة اخرى , هي التوسيع من مفهوم المشروعية وجعل هذا المبدأ يشمل حلقة اوسع , وهي خضوع السلطات للدستور, لكونه مرتبة من مراتب القانون , وان الدستور قد كتبته سلطة اخرى اعلى من سلطة الحكومة , وهي السلطة التي خولها الشعب لكتابة الدستور .

يمكن للسلطات ان تمتلك الشرعية في النظام الديمقراطي بطرق متعددة , منها الاستفتاء الدستوري الذي يفرض موافقة الشعب على تشكيل سلطة معينة , او الموافقة على دستور يحدد

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

السلطات وحدودها وممارسة اختصاصها , فهذا الاستفتاء يجعل السلطة شرعية , حيث يعطي الفقه الدستوري رأي الشعب مكانة كبيرة , ويجعله اساس الشرعية , وكذلك الانتخاب بكل اشكاله , او الاختيار بالطريقة التي حددها الدستور مثل اختيار الوزراء عند تشكيل الحكومة , ويعطي هذا الاختيار الصفة الشرعية في الوظيفة التي سوف يتولاها من يمارس السلطة نيابة عن الشعب .

"ان السلطة الشرعية يجب عليها تطبيق القانون المشروع , عندما تشرع تشريعا ينسجم مع وظيفتها وهي سلطة مختصة مثلا ولم تكن تلك السلطة شرعية , فان القانون الذي تضعه ربما يكون وفق مبدا المشروعية وهنا يكون الفصل ان السلطة ليست شرعية والقرار مشروع وقد يحدث العكس ان تكون السلطة شرعية ولكن قراها معيب بعدم المشروعية , وقد يحصل ان تكون السلطة غير شرعية والقرار غير شرعي , اما الحالة الطبيعية وهي ان تكون السلطة شرعية وقرارها مشروع اذن الاستنتاج الصحيح والذي نشير اليه في هذا المقام ان العلاقة بين الشرعية والمشروعية علاقة تنظيمية هناك سلطة تحوز الشرعية وهذه السلطة تضع القوانين او القرارات المشروعة "[10].

المطلب الثاني

الاليات الدستورية في ضمان شرعية تكوين السلطات

لابد للسلطة وان تكون مؤسسة (بفتح السين) وفقا للدستور, لكي تكون شرعيه , فالمشرع الدستوري يضع خطوات لتكوين كل سلطه , ولا يمكن ان تكون لها شرعيه اذا خالفت هذه الخطوات , لذلك سوف نورد ضمان شرعية السلطات وفقا لما ورد في الدستور العراقي لعام 2005 م كمثال على ذلك .

الفرع الاول:

الضمانة الدستورية في شرعية تكوين السلطات :

لقد وضعت الدساتير ضمانات خاصة لتكوين كل سلطة من السلطات وسوف **نحاول ايضاح هذه الضمانات** وفقا لما جاء به دستور جمهورية العراق لسنة 2005م

اولا : ضمان شرعية تكوين السلطة التشريعية : لقد نص الدستور النافذ على "يتكون مجلس النواب من عدد من الاعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة الف نسمة من نفوس العراق بأكمله ويتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر ويراعى تمثيل سائر مكونات الشعب فيه" [11], هذا النص حدد الية تكوين السلطة التشريعية , واي تمثيل في المجلس يكون خارج نطاق هذه الاليه يكون غير شرعي , وقد حدد شرعية الوسيلة المستخدمة لبيان هذه الارادة وهي الاقتراع العام السري المباشر , ولم تقف الشرعية الى هذا الحد , بل ان النص الدستوري قد حدد شروط اخرى لتأكيدها , مثل عدد الاعضاء , ونسبة الاصوات التي حصلوا عليها , ووجوب سرية الاقتراع , وتمثيل سائر مكونات الشعب العراقي , وان اي خلل في هذه الشروط يجعل عضوية النائب مهددة بالزوال لعدم مشروعيتها .

ان الصور التي حددها النص السابق تجعل تكوين السلطة التشريعية من حيث الاساس خاضعا للرقابة القضائية , وان اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في المصادقة على نتائج الانتخابات وفقا لأحكام المادة 93 سابعا من الدستور النافذ والتي تنص على "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي ...المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب " , يجعل المحكمة الاتحادية العليا تفرض رقابتها على صحة العضوية لجميع الاعضاء , وفقا للشروط التي حددتها المادة 49 من الدستور العراقي لعام 2005م , لضمان شرعية العضوية في مجلس النواب وفي ذلك اصدرت المحكمة الاتحادية العليا في العراق القرار المرقم 7/اتحادية/2010 في 2010/3/3 حيث قررت ما يلي " عدم دستورية الفقرة ج من البند ثالثا من المادة الاولى من القانون رقم 26 لسنة 2009 قانون تعديل قانون الانتخابات رقم 16 لسنة 2005 اذ يجب ان تكون المقاعد المخصصة من الكوتا للمكون الصابئ كافة ضمن دائرة انتخابية واحدة " [12], وبإمكان المحكمة عدم المصادقة على عضوية اي من الاعضاء والذي لا تنطبق شروط العضوية المنصوص عليها في القانون , وهذا النص يمثل ضمان مزدوج فهي ضمان دستوري لكونه محدد بنص المادة 93 من الدستور, وفي نفس الوقت هي ضمانة قضائية تبيح للمحكمة الاتحادية العليا بسط رقابتها على تكوين مجلس النواب .

ثانيا :ضمان شرعية تكوين السلطة التنفيذية : تخضع السلطة التنفيذية شانها شان التشريعية الى الرقابة الدستورية , فمن حيث التكوين لا يمكن ان تكون السلطة التنفيذية شرعية

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

الا اذا كان تكوينها وفقا لما رسمه لها الدستور, وقد نص الدستور العراقي النافذ على "تتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء تمارس صلاحياتها وفقا للدستور والقانون "[13] .

ويخضع هذا التكوين الى رقابة مجلس النواب , ورقابة المحكمة الاتحادية العليا , حيث نص الدستور في المادة (76) على "اولا: يكلف رئيس الجمهورية مرشح الكتلة النيابية الاكثر عددا بتشكيل مجلس الوزراء خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انتخاب رئيس الجمهورية " , وقد وضعت المحكمة الاتحادية العليا توضيحا الى قرارها الصادر بتأريخ 2014/8/11 بالعدد (45/ ت. ق/ 2014) وذلك بعد طلب من رئيس الجمهورية حيث صدر القرار من المحكمة جاء فيه ," طلب السيد رئيس الجمهورية من المحكمة الاتحادية العليا تحديد الكتلة الاكبر الوارد ذكرها في المادة (76) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 وضع الطلب المدرجة صيغته في اعلاه موضع التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا بجلستها المنعقدة بتأريخ 2019/12/22 وتوصلت بعد المداولة والتدقيق وبعد الرجوع الى اوليات تفسيرها لحكم المادة (76) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 وذلك بموجب قرارها الصادر بتأريخ 2010/3/25 بالعدد (25/ اتحادية/ 2010) والذي اكدته بموجب قرارها الصادر بتأريخ 2014/8/11 بالعدد (45/ ت. ق/ 2014) ومضمونهما, ان تعبير (الكتلة النيابية الاكثر عدداً) الواردة في المادة (76) من الدستور تعني اما الكتلة التي تكونت بعد الانتخابات من خلال قائمة انتخابية واحدة, او الكتلة التي تكونت بعد الانتخابات من قائمتين او اكثر من القوائم الانتخابية ودخلت مجلس النواب واصبحت مقاعدها بعد دخولها المجلس وحلف اعضاؤها اليمين الدستورية في الجلسة الاولى الاكثر عدداً من بقية الكتل, فيتولى رئيس الجمهورية تكليف مرشحها بتشكيل مجلس الوزراء طبقاً لأحكام المادة (76) من الدستور وخلال المدة المحددة فيها " [14] , وهذا الضابط الذي وضعته المحكمة الاتحادية العليا يعتبر نوع من انواع الرقابة السابقة , على شرعية تكوين السلطة التنفيذية واختيار رئيس الوزراء , وقد وضعت المحكمة الاتحادية العليا ضابطا اخر يشير الى شرعية تسمية الوزير بالوكالة او خارج المدة المنصوص عليها في الدستور وجاء في القرار "لا وجوب على رئيس الوزراء المكلف تسمية اعضاء وزارته جميعهم كما لا يوجد ما يمنع عليه تسميتهم اصالة او وكالة وعلى دفعات ومن حق مجلس النواب الموافقة على الوزراء والمنهاج الوزاري خارج المدة المنصوص عليها في الدستور " [15]

ثالثا : **ضمان شرعية تكوين السلطة القضائية** : يعتبر شرعية تكوين السلطة القضائية سبب من اسباب نشوء الرقابة القضائية على دستورية القوانين , في اجتهاد القاضي مارشال في قضية مالبوري ضد مادسون , والتي تعتبر من السوابق القضائية الهامة في الولايات المتحدة الامريكية التي ساهمت في اقرار الرقابة الدستورية كضمان لتكوين شرعية السلطة القضائية[16] .

اما في العراق فقد شهد تشكيل المحكمة الاتحادية العليا مناقشات مستفيضة بعد إقرار دستور 2005 , وكان الجدل محتدم حول دستورية تشكيلها , فقد تم إنشاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق وفقا لقانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية , وذلك بموجب احكام المادة (44) من هذا القانون بنصها على" (أ) يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا" .

تعتبر الرقابة الدستورية واحدة من اهم الضمانات التي يملكها القضاء في مواجهة باقي السلطات , فكما ان للسلطة التشريعية حق التدخل في تنظيم السلطة القضائية وذلك من خلال إصدار القوانين التي تنظم اختصاصاتها فإن هذا التدخل يعد اعتداء على استقلال القضاء , لذا فأن الدساتير تمنح الاختصاص للقضاء بأن يقف ضد هذه التشريعات المخالفة للدستور, لكونها تخالف مبدأ استقلال القضاء .

أن دستور 2005 اوضح تشكيل المحكمة الاتحادية العليا بشكل صريح , إذ نص على أن تتألف من "قضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء في القانون " .

كما إن الدستور ينص على أن يتم تنظيم هذه الاختصاصات بموجب قانون يصوت عليه بالموافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب , و المحكمة الاتحادية العليا لا تزال مشكلة الى وقت قريب وفقا لقانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية بموجب الأمر التشريعي رقم (30) لعام 2005

لذلك يرى البعض بأن تشكيل المحكمة لا يسمح لها في تفسير نصوص الدستور , لأنها لم تتشكل وفق دستور 2005 , ويبدي

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

البعض الآخر رأي اشد قسوة بأن عمل المحكمة الاتحادية العليا الحالية غير دستوري ، وليس لديها سلطة ممارسة أي من الاختصاصات التي الممنوحة بموجب الدستور النافذ , وقد دار جدال عميق بخصوص مدى تعطيل المحكمة الاتحادية العليا بعد ان فقدت اثنين من اعضائها , واستحالة استبدالهم بسبب ان المحكمة الاتحادية العليا اقرت على عدم دستورية المادة (3) من الأمر التشريعي رقم 30 لسنة 2005 المتعلقة باستبدال الأعضاء , داخل المحكمة على اعتبار إن هذه المادة مخالفة لدستور 2005 وذلك بموجب قرارها المرقم 38 في 2019 حيث جاء فيه " الحكم بعدم دستورية المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 بقدر تعلق الامر فيها بصلاحية مجلس القضاء الاعلى بترشيح رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا والغاءه وذلك لمخالفته لأحكام المادتين (91/ ثانياً و92) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 واشعار مجلس النواب بتشريع مادة بديلة لها في قانون المحكمة الاتحادية العليا " [17]

ومن خلال ما تقدم نجد ان ضمانة شرعية تكوين السلطات الثلاث هي رقابة القضاء الدستوري في عمل رقابي نظمه الدستور النافذ .

الفرع الثاني :

الرقابة على مشروعية وظائف السلطات :

تختص كل سلطة من السلطات الثلاث بوظيفة معينه , تم رسم ملامحها في الدستور , ولا يجوز لها ان تحيد عن وضيفتها الحقيقية .

لقد مارست المحكمة الدستورية العليا في مصر رقابتها الدستورية بموجب احكام المادة 192 من الدستور المصري لعام 2014 النافذ , لضمان شرعية التكوين ومشروعية الاعمال للسلطات [18].

ووفقا للدستور العراق 2005م , تمارس المحكمة الاتحادية العليا اختصاصها بالرقابة الدستورية على مهام السلطة التشريعية , وبعض مهام السلطة التنفيذية , وهي الرقابة على الانظمة النافذة , حسب احكام المادة 93 اولا .

ان فلسفة المشرع الدستوري تتجلى في كون الرقابة حافزا على اداء عمل السلطات بحيادية وموضوعية , وقد يحصل ان تحيد السلطة عن مراعاة المصلحة العامة , وتضع اهداف خاصة ومصلحة ذاتية بمناسبة ممارستها لعملها , وهنا نكون امام انحراف بالسلطة المخولة لها , ومثل هذ الانحراف يكون خاضع للرقابة الدستورية , شأنه شأن اي عيب من العيوب الاخرى , والتي تجعل عملها مخالف لنص من نصوص الدستور , فقد تقوم الادارة بوضع ضوابط معيبة او تعليمات فاقدة لصفة العمومية والتجريد , او اي عيب اخر يجعل عمل الادارة مخاف لمبدأ المشروعية , فالدستور في المادة 93 قد منح للمحكمة الاتحادية العليا , اختصاصا رقابيا على مثل هذه الاعمال , وتنص المادة 3 من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على " إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللا إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه , ولا يخضع هذا الطلب إلى الرسم " .

واخيرا هنالك صور اخرى للرقابة على شرعية السلطة , يمارسها الافراد تتمثل في ممارسة حق التظاهر السلمي , وهو حق تمنحه اكثر الدساتير الديمقراطية للشعب , ويعتبره البعض من قبيل الرقابة الدستورية غير المنظمة او المرسلة , على اعتبار ان الممارسة قد تبتعد عن الاطار الدستوري المحدد في النصوص , والضوابط التي رسمها القانون , فهو مختلفة باختلاف الزمان والمكان والتأثر على السلطة وقراراتها , ويعتبر الحق في المشاركة بالاستفتاء الدستوري , من قبيل الرقابة الدستورية السابقة , والتي يمارسها الشعب بفرض ارادته القانونية الصريحة على السلطة , وهنالك رقابة شعبية لاحقة على اعضاء السلطة التشريعية , يمارسها الشعب , وهو عدم انتخاب الاعضاء مجددا في حال اخفاقه في اداء واجباته الدستورية[19] .

الخاتمة

اولا _الاستنتاجات

1_ تبين لنا من خلال البحث ان الطبيعة القانونية للرقابة الدستورية هي ضمانة الى من قررت لمصلحته , وحيث ان شرعية السلطة هي مصلحة لجميع المحكومين في الوضع الطبيعي , لذلك فان الرقابة الدستورية هي اهم ضمانات شرعية السلطة , والمقررة لمصلحة الشعب , في ظل الانظمة الديمقراطية .

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

2_لقد تصدت المحكمة الاتحادية العليا في العراق من خلال دورها الرقابي في اكثر من مناسبة لمبدأ الشرعية , ووضعت ضوابط واسس يمكن ان يستند عليها الواقع السياسي في ظل ظروف مستقرة .

3_من غير الممكن تصور ضمان مبدأ الشرعية بدون وجود رقابة دستورية , لكون الشرعية هي من اسس الدولة القانونية , ولا يمكن تصور دولة قانونية بدون رقابة دستورية .

المقترحات

1_ نوصي بأن يكون هنالك نصوص تشريعية توضح مبدأ الشرعية وعدم ترك تفسير هذا المبدأ للاجتهادات القضائية والفقهية لتعلقه بالمصالح العامة للدولة .

2_ مد جسور التوافق بين اقطاب السلطة القضائية وهما المحكمة الاتحادية العليا ومجلس القضاء الاعلى , لان مثل هذا التوافق يضفي شرعية راسخة للسلطة القضائية .

هوامش المبحث الاول

1_ المعجم الوجيز , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , طبعة 2000 م, ص272.

2_ عبد العظيم عبد السلام , رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين في مصر , جامعة المنوفية , 200_2001 , ص5_6 .

3_مجدي محمد زيادة , الاتجاهات السياسية واثرها على الرقابة الدستورية , رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس , 2009 , ص85.

4_ حكم المحكمة الدستورية العليا , جلسة 14\1\1994 م في القضية رقم 17 لسنة 14 قضائية الجزء السادس , القاعدة رقم 34 , ص46.

5_ حمدي عطية مصطفى , رقابة الدستورية , الاسكندرية , 2016 مكتبة الوفاء القانونية ,ص49.

6_استاذنا الدكتور عمار تركي السعدون , محاضرات غير منشورة القاها الى طلبة الدكتوراه في كلية القانون جامعة ذي قار , الفصل الاول 2019 .

7_ عبد العظيم عبد السلام , رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين في مصر, جامعة المنوفية , 2000_2001 , ص7

8_ عبد الرزاق السنهوري , انحراف السلطة التشريعية , نقلا عن عبد السلام عبد العظيم المصدر السابق , ص10.

9_ عبد المنصف عبد الفتاح محمد , رقابة الملائمة في القضاء الدستوري , القاهرة , 2016 , دار النهضة ص13

10_عبد المنصف عبد الفتاح , رقابة الملائمة , مصدر سابق , ص146,

11_الفريد سوفي , الراي العام , ترجمة كروان شدياق , ط1, 1966, ص6

12_ مجدي محمد زيادة , مصدر سابق ,ص89

13_علي السيد الباز , الرقابة على دستورية القوانين في مصر , الاسكندرية , جامعة الاسكندرية , 1978, ص673 .

14_ شعبان احمد رمضان , ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين , اطروحة دكتوراه , جامعة اسيوط , 2000 م , ص88.

15_ ايهاب محمد عباس , الرقابة على دستورية القوانين , الاسكندرية , 2018 , دار الجامعة الجديدة , ص44.

16_ حمدي عطية مصطفى , رقابة الدستورية , , الاسكندرية , 2016 , مكتبة الوفاء القانونية ,ص48

17_ ماجد راغب الحلو ,دستورية القوانين ,الاسكندرية 2014 ,دار الجامعة , ص56.

18_ماجد راغب الحلو , المصدر السابق , ص55

18_حكم المحكمة الدستورية العليا , الصادر في الدعوى رقم 57 لسنة 34 قضائية دستورية

19_ ايهاب محمد عباس , الرقابة على دستورية القوانين , , الاسكندرية , 2018 , دار الجامعة الجديدة , ص17.

19__شعبان احمد رمضان , ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين , القاهرة , سنة 2000 , دار النهضة العربية , ص173.

20_ايهاب محمد عباس , المصدر السابق , ص18 .

20_ ماجد راغب الحلو , المصدر السابق , ص50

21_ ماجد راغب الحلو , نفس المصدر السابق ص50

22_ماجد راغب الحلو , دستورية القوانين , الاسكندرية 2014 , دار الجامعة ,ص50_51

23_ ماجد راغب الحلو , المصدر السابق , ص48

23 _ عبد المنصف عبد الفتاح محمد , رقابة الملائمة في القضاء الدستوري , , القاهرة , , 2016 , دار النهضة , ص147.

26 _ احمد فتحي سرور , الحماية الدستورية للحقوق والحريات , القاهرة , 1999, دار الشروق , ط1 ص135 .

27_ تنص المادة 52 ثانيا من دستور جمهورية العراق 2005م على (يجوز الطعن في قرار المجلس امام المحكمة الاتحادية العليا خلال ثلاثون يوم من تاريخ صدوره) .

28_سلام مكي, الاسس الفلسفية للرقابة الدستورية , الموقع الرسمي لمجلس القضاء الاعلى https://www.hjc.iq/view.67737/

هوامش المبحث الثاني

1_منذر الشاوي , القانون الدستوري ج 1, ,بغداد , 1970 , المكتبة القانونية ط2, ص66

2_محمد كامل ليلة , القانون الدستوري ,القاهرة , 1961 , دار الفكر العربي , ص277 .

3_محمد كامل ليلة , المصدر السابق , ص279 .

4_منذر الشاوي المصدر السابق , ص67

5_منذر الشاوي المصدر السابق ج2ص163

DOI:10.52113/uj05/021-14/1118-1131

6_محمد كامل ليلة , مصدر سابق , ص276

7_المادة 93 من دستور العراق 2005م

8_احمد فتحي سرور , الحماية الدستورية للحقوق والحريات , ,1999, دار الشروق ,ط1 ص225 .

9_منذر الشاوي مصدر سابق ج 2ص161

10_ مجلة القانون الدستوري والاداري 2014/10/16 www.facebook.com/ConstitutionalandAdministrativeLaw/posts/736926266382465/

11_المادة 49 من الدستور العراقي 2005م

12_ المحكمة الاتحادية العليا , احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام 2010 , المجلد الثالث , 2011 .

13_ المادة 66 من دستور جمهورية العراق 2005

14_ المحكمة الاتحادية العليا , احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام 2010 , المجلد الثالث , 2011.

15_المحكمة الاتحادية العليا , احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا 2010 , المجلد الثالث2011

16_حميد حنون خالد ,مبادئ القانون الدستوري والنظام السياسي في العراق , بغداد , مكتبة السنهوري , ص162 .

17 _ مجلس القضاء الاعلى https://www.hjc.iq/view.67737/ .

18_عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس ,رقابة الملائمة في القضاء الدستوري , ط2, 2016, ص217 .

19_استاذنا الدكتور عمار السعدون , محاضرات غير مشورة القيت في قسم القانون العام الدكتوراه , 1\10\2019 جامعة ذي قار كلية القانون

قائمة المراجع

1_ عبد العظيم عبد السلام , رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين في مصر , جامعة المنوفية , 200_2001 .

2_مجدي محمد زيادة , الاتجاهات السياسية واثرها على الرقابة الدستورية , رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس , 2009 .

3_ حكم المحكمة الدستورية العليا , جلسة 14\1\1994 م في القضية رقم 17 لسنة 14 قضائية الجزء السادس , القاعدة رقم 34 .

4_ حمدي عطية مصطفى , رقابة الدستورية ,مكتبة الوفاء القانونية , الاسكندرية , ط1 , 2016.

5_ الدكتور عمار تركي السعدون , محاضرات غير منشورة القاها الى طلبة الدكتوراه في كلية القانون جامعة ذي قار , الفصل الاول 2019 .

6_ عبد العظيم عبد السلام , رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين في مصر, جامعة المنوفية , 2000_2001 .

7_ عبد الرزاق السنهوري , انحراف السلطة التشريعية , نقلا عن عبد السلام عبد العظيم المصدر السابق .

8_ عبد المنصف عبد الفتاح محمد , رقابة الملائمة في القضاء الدستوري , دار النهضة , القاهرة , ط2, 2016 .

9_الفريد سوفي , الراي العام , ترجمة كروان شدياق , ط1, 1966.

10_ منذر الشاوي , القانون الدستوري ج 1, المكتبة القانونية ,بغداد , 1970 ,ط2 .

11_علي السيد الباز , الرقابة على دستورية القوانين في مصر , الاسكندرية , جامعة الاسكندرية , 1978.

12_ شعبان احمد رمضان , ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين , اطروحة دكتوراه , جامعة اسيوط , 2000 م .

13_ ايهاب محمد عباس , الرقابة على دستورية القوانين , الاسكندرية , دار الجامعة الجديدة , 2018.

14_ حمدي عطية مصطفى , رقابة الدستورية ,مكتبة الوفاء القانونية , الاسكندرية , ط1 , 2016 .

15_حكم المحكمة الدستورية العليا , الصادر في الدعوى رقم 57 لسنة 34 قضائية دستورية

16 _ احمد فتحي سرور , الحماية الدستورية للحقوق والحريات , دار الشروق , ط1 , 1999.

17_سلام مكي, الاسس الفلسفية للرقابة الدستورية , الموقع الرسمي لمجلس القضاء الاعلى

المعاجم :

_ المعجم الوجيز , دار الجامعة الجديدة , طبعة 2000 م.

المواقع الالكترونية

مصطلحات قانونية , مركز الدراسات الاقليمية https://www.uomosul.edu.iq/news/ar/regionalStudiesCenter/179 في 2014/4/29 0

_ الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا https://www.iraqfsc.iq/

democratic legitimacy of power, because it is closely related to constitutional control, and we show the relationship Between constitutional oversight and the principle of the legitimacy of authority, through two studies, the first deals with constitutional oversight and its relationship to the principle of legitimacy and laying the foundations of the legal state, by studying the role of the constitutional judiciary in this field, and the role that the constitutional courts played in organizing and consolidating the legitimacy approach among the state authorities, and shedding light on the nature Legal constitutional oversight is within the control of the principle of legitimacy, and since the legitimacy of power is in the interest of all those ruled in the normal situation, therefore, constitutional control is the most important guarantee of the legitimacy of the authority, which is decided in the interest of the people, in light of democratic systems.

The constitutional judiciary in Iraq represented by the Federal Supreme Court has courageously confronted the principle of legitimacy on more than one occasion, and set controls and foundations upon which the political reality can be based under stable conditions.

It is difficult to imagine guaranteeing the principle of legality without constitutional oversight, because legitimacy is one of the legal foundations of the state, and it is not possible to imagine a legal state without constitutional oversight.

The principle of legitimacy requires the existence of an organic and functional complementarity between the authorities, and an orderly application of other principles that are no less important, such as the principle of gradual legal rule, and the principle of the supremacy of the constitution, as these constitutional constants cannot be wasted when discussing the principle of legitimacy

_ _ مجلـــــــة القـــــــانون الدســــــــتوري والاداري 2014/10/16 https://www.facebook.com/ConstitutionalandAdministrativeLaw/posts/736926266382465/.

Abstract

The constitution defines the state's powers and all these authorities must be subject to it, that is, they do not exceed or deviate from it, and the constitution establishes it (the established authority) by breaking the Seine, and that the state's authorities, as well as the state itself, are considered an institution of institutions operating under the principle of legitimacy. The Foundation to break the Seine is more supreme than the laws and legislations issued by the institutions emanating under it in different ranks.

There is a general and Muslim idea of it, by the majority in society, about who exercises power, and how to exercise it and transfer it, so there is a matter that is taken for granted, due to its harmony with the general constants in society, and its ethics according to which "power is legitimate if the one who exercises it and the way he exercises it It conforms to the prevailing opinion in society and is not legitimate if the person who practices it and the manner in which he practices it does not agree with the prevailing opinion in the society regarding these matters" .

The ideas that talked about the legitimacy of the authority are divided into more than one idea. There is royal legitimacy, meaning that power and government are not legitimate unless it is exercised by a king, and there is democratic legitimacy, meaning that power is not legitimate unless it is exercised by the people, and it is the source of authority directly or from The path of his representative, and from the foregoing, we can say that legitimacy is the quality that a government must possess in a way that it agrees with the prevailing opinion in society about the origin of power and the method of its exercise.

Legitimacy is a principle based on the people's belief that power must be exercised in a certain way, and in our research we move away from the subject of theocratic legitimacy, which prevailed in a certain period of time, because it is not related to the topic we are talking about and we focus on the