



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINDA ANAYASAL YARGININ ROLÜ

BEWAR HAJI SALIH AL-QADER

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOĐA
2021



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات

بيوار الحاج صالح القادر

رسالة ماجستير

HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINDA ANAYASAL YARGININ ROLÜ

BEWAR HAJI SALIH AL-QADER

**YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI**

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

PROF .DR. WEADI SULAIMAN ALI

**NICOSIA
2021**

دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات

بيوار الحاج صالح القادر

جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي

KABUL VE ONAY

Bewar Haji Salih Al-Qader tarafından hazırlanan "Hak ve özgürlüklerin korunmasında anayasal yargının rolü" başlıklı bu çalışma, 30/ 01 /2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

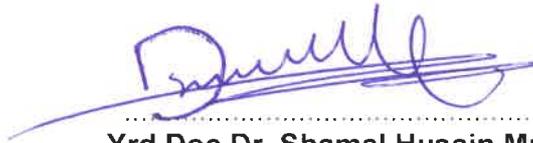
JÜRİ ÜYELERİ



Prof. Dr. Weadi Sulaiman Ali (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd.Doç.Dr. Shamal Husain Mustafa
Yakın Doğu Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير بيوار الحاج صالح القادر في رسالته الموسومة بـ " دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق و الحريات " نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/01/30، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير.

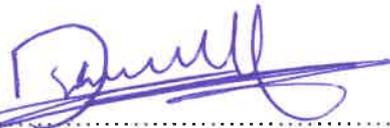
أعضاء لجنة المناقشة



الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق , قسم القانون العام



الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق , قسم القانون العام



الاستاذ المساعد الدكتور شمال حسين مصطفى
جامعة الشرق الادنى
كلية العلوم الاقتصادية والإدارية، قسم العلاقات الدولية

الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير

BİLDİRİM

Ben **BEWAR HAJI SALIH AL-QADER** olarak beyan ederim ki **Hak ve özgürlüklerin korunmasında anayasal yargının rolü**, başlıklı tezi '**Prof .Dr. Weadi Sulaiman Ali**' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı, tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih : 30/01/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: BEWAR HAJI SALIH AL-QADER

الاعلان

أنا بيوار الحاج صالح القادر، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي، ولقد أعدتها بنفسي تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ: 2021/01/30

التوقيع:

الاسم واللقب: اشتي بيوار الحاج صالح القادر

TEŐEKKÜR

Bu tezin danıřmanı olan **Prof .Dr. Weadi Sulaiman Ali Al-Mazouri'ye** en içten teŐekkür ve takdirlerimi sunmak üzere mektubumu hazırlarken son rötuŐları yaparken bana büyük bir zevk ve onur veriyor. Samimi ve gayretli çabaları, gösterdiĐi saĐlam ve deĐerli yönlendirmeler ve gözlemleri, bu tezin bugünkü haliyle gösterilmesinde açık bir etki yarattı.

Kurs aŐamasındaki hocalarıma iki yıl boyunca bana saĐladıkları tavsiye, rehberlik ve süpervizyon için teŐekkür ve takdirlerimi sunarım.

Yakın DoĐu Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde öğrenim görürken, emeĐi geçen, emeĐi geçen ve yardımlarını esirgemeyen seçkin öğretmen, yönetici ve çalıŐanlara da ayrıca teŐekkürlerimi sunarım.

شكر وتقدير

يسعدني ويشرفني وأنا أضع اللمسات الأخيرة في إعداد رسالتي أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور (وعدي سليمان المزوري) المشرف على هذه الرسالة؛ لما بذله من جهود مخلصه ومضنية، وما أبداه من توجيهات وملاحظات سديدة وقيمة، مما كان له الأثر الواضح في إظهار هذه الأطروحة بشكلها الحالي. وأتقدم بشكري وتقديري لأساتذتي في مرحلة الكورسات لما قدموه لي من مشورة وتوجيه وإشراف لسنتين. كما أتقدم بالشكر للتدريسيين والإداريين والموظفين الأفاضل الذين قدموا تسهيلات وجهود طيبة، ومساعدة مميزة أثناء الدراسة في جامعة الشرق الأدنى/ كلية الدراسات العليا للعلوم الاجتماعية

ÖZ

HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINDA ANAYASAL YARGININ ROLÜ

Bu çalışmada anayasa yargısının anayasal adaleti sağlamayı amaçladığı tespit edildiğinden, anayasa yargıcının mevzuatın uygunluğunu incelemekle yükümlü olduğu tespit edildiğinden, anayasa yargısı konusu ve ceza hukuku güvenliğinin korunmasındaki rolü karşılaştırmalı bir çalışma ile ele alınmıştır. Anayasa hükümlerini ve Anayasanın dayandırıldığı temel ilkelere uygunluğunu inceler. Ceza hukuku güvenliği, tüm kamu otoritelerinin hukuka tabi olduğu hukuk devletinin inşasının temel aldığı modern devletin en önemli dayanaklarından biri olup, ceza hukuku güvenliği incelemesi ile bizlere gösterilmiştir. bir dizi ilkeye dayandığını: cezai meşruiyet, yasal istikrar ve eşitlik ilkesi. Ceza hukuku güvenliğinin korunmasının, anayasaya aykırı olarak verilen anayasa yargısı alanındaki kararlarının hukuki etkisi ile bağlantılı olduğu sonucuna varılabilir. Anayasa yargısının ceza hukuku güvenliğini sağlamadaki rolü, hukuk metinleri ile sınırlı değildir, bunun ötesine geçmeden önce, anayasa yargıcının, anayasaya aykırılık kararından kaçınıldığı, çeşitli nedenlerle anayasaya aykırılık kararı verme yetkisine sahiptir. ceza hukuku güvenliği.

Anahtar Kelimeler: anayasa yargısı, ceza hukuku güvenliği, anayasal üstünlük ilkesi, ceza hukuku ilkesi, hukuki istikrar ve eşitlik.

ABSTRACT

THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL JUDICIARY IN PROTECTING RIGHTS AND FREEDOMS

This study dealt with the issue of the constitutional judiciary and its role in protecting criminal legal security through a comparative study, as it was found that the constitutional judiciary aims to achieve constitutional justice, as the constitutional judge is obliged to examine the suitability of legislation with the provisions of the constitution as well as its suitability with the basic principles on which it is based. the Constitution. Criminal legal security is one of the most important pillars of the modern state on which the building of the legal state is based, in which all public authorities are subject to the law, and it has been shown to us through the review of criminal legal security that it is based on a set of principles: the principle of criminal legitimacy, legal stability and equality. It can be inferred that the protection of criminal legal security is linked to the legal effect of its rulings in the field of the constitutional judiciary issued against constitutionality. The role of the constitutional judiciary in achieving criminal legal security is not limited to legal texts, but before it goes beyond it to the ability of the constitutional judge to issue judgments in which the ruling of unconstitutionality is avoided for various considerations, including the protection of criminal legal security.

Keywords: constitutional judiciary, criminal legal security, the principle of constitutional supremacy, the principle of criminal legality, legal stability and equality.

الملخص

دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات

تناولت هذه الدراسة موضوع القضاء الدستوري ودوره في حماية الامن القانوني الجنائي من خلال دراسة مقارنة، حيث تبين ان القضاء الدستوري يهدف الى تحقيق العدالة الدستورية حيث يوجب على القاضي الدستوري ان يبحث في مدى ملائمة التشريع مع النصوص الدستور وكذلك مدى ملائمتها مع المبادئ الاساسية التي يقوم عليها الدستور. ويعد الامن القانوني الجنائي من أهم ركائز الدولة الحديثة التي تقوم عليها بناء الدولة القانونية التي تخضع فيها كافة السلطات العامة للقانون، وقد تبين لنا من خلال استعراض الامن القانوني الجنائي انه يقوم على مجموعة من المبادئ وهي: مبدأ الشرعية الجنائية والاستقرار القانوني والمساواة. ويمكن الاستدلال على أن حماية الامن القانوني الجنائي يرتبط بالاثر القانوني لاحكامه في ميدان القضاء الدستوري الصادرة بعدم الدستورية. ولا يقتصر دور القضاء الدستوري في تحقيق الامن القانوني الجنائي على النصوص القانونية فقبل يتعداه الى قدرة القاضي الدستوري على الاجتهاد باصدار اللاحكام التي يتجنب فيها الحكم بعدم الدستورية لاعتبارات مختلفة منها حماية الامن القانوني الجنائي.

الكلمات المفتاحية: القضاء الدستوري، الامن القانوني الجنائي، مبدأ سمو الدستور، مبدأ الشرعية الجنائية، الاستقرار القانوني والمساواة.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	
BİLDİRİM	
TEŞEKKÜR	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	4
Anayasa yargısının doğası	4
1.1: Anayasa adaleti kavramı	4
1.1.1: Anayasa yargısının tanımı	4
1.1.1.1: resmi kriter	5
1.1.1.2: objektif kriter	5
1.1.2: Anayasa yargısının işlevi	6
1.1.2.1: Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi	6
1.1.2.2: anayasanın yorumlanması	7
1.2: Anayasa yargısının meşruiyeti	8
1.2.1: Anayasa yargısı ve kamu iradesi	8
1.2.2: Anayasa adaleti ve demokrasi	10
1.3: Anayasa yargısının temelleri	11
1.3.1: Anayasanın üstünlüğü ilkesi.....	11
1.3.1.1: Objektif aşkınlık.....	12
1.3.1.2: biçimsel yücelik	13
1.3.2: Kamu hak ve özgürlüklerinin korunması.....	14
BÖLÜM 2	16
Anayasa yargısına örnekler	16
2.1: Amerikan modeli	16

2.1.1: Amerika'da anayasa yargısının kuruluşu	16
2.1.2: ABD anayasa yargısının yetkilerini kullanma yöntemleri	18
2.1.2.1: Anayasaya aykırılığın ödenmesi	19
2.1.2.2: Yargı düzeni (önleme yöntemi)	19
2.1.2.3: belirleyici yargı	20
2.2: avrupa modeli	20
2.2.1: Almanya ve anayasa yargısı	20
2.2.1.1: Alman Anayasa Mahkemesi ve nasıl oluştuğu	21
2.2.1.2: Alman Anayasa Mahkemesinin Görevleri	22
2.2.1.3: Alman Anayasa Mahkemesi'nde dava nasıl açılır?.....	24
2.2.1.4: Alman Anayasa Mahkemesi'nin yargısal gözetim yöntemleri	25
2.2.2: Fransa'da anayasa yargısı	26
2.2.2.1: Fransız Anayasa Konseyi'nin oluşumu	27
2.2.2.2: Fransız Anayasa Konseyi'nin Görevleri	28
2.2.2.3: Fransız Anayasa Konseyi'nde dava açma yöntemleri	29
2.3: Irak modeli	30
2.3.1: Irak'ta anayasa yargısının ortaya çıkışının tarihsel gelişimi	31
2.3.1.1: 2003 öncesi Irak'ta anayasa yargısı	31
2.3.1.2: 2003 sonrası Irak'ta anayasa yargısı	36
2.3.2: Irak'ta Federal Yüksek Mahkeme kuruldu	39
2.3.2.1: Federal Yüksek Mahkeme ve nasıl oluştuğu	39
2.3.2.2: Federal Mahkemenin yönetimi ve üyelerinin yasal statüsü	43
2.3.3: Federal Mahkeme huzurunda dava açma yolları ve yetkileri	44
2.3.3.1: Federal Yüksek Mahkemede dava açma yolları	44
2.3.3.2: Federal Yüksek Mahkemenin Yetkileri	47
2.3.4: Federal Yüksek Mahkeme ve yasama ihmalini denetlemedeki rolü.....	49
2.3.4.1: Mevzuat ihmal kavramı ve türleri	49
2.3.4.2: Yasama ihmal ile hakların ve kamu özgürlüklerinin korunması ve sansür arasındaki ilişki	50
BÖLÜM 3	55

Ceza hukuku güvenliđi ve bunun korunmasında anayasa yargısının rolü	55
3.1: Ceza hukuku güvenliđine giriş	55
3.1.1: Genel olarak hukuki güvenlik ve özel olarak cezai güvenlik kavramı	55
3.1.1.1: Hukuki güvenliđin tanımı ve unsurları	55
3.1.1.2: Ceza hukuku güvenliđi ile ne kastedilmektedir?	58
3.1.2: Ceza hukuku güvenliđinin temelleri	59
3.1.2.1: Suç haline getirirken hakları ve kamu çıkarlarını dengelemek	59
3.1.2.2: istisnai kriminalizasyon.....	61
3.1.2.3: Hukuki kesinlik	62
3.2: cezai güvenlik kuralları	64
3.2.1: Cezai kanunilik ilkesi	64
3.2.1.1: cezai yasallık	65
3.2.1.2: prosedürel meşruiyet.....	66
3.2.2: Yasal istikrar ve eşitlik.....	68
3.2.2.1: yasal istikrar	68
3.2.2.2: eşitlik.....	69
3.3: Cezai güvenlik soruşturmaları için adli gözetim standartları	72
3.3.1: Ceza metinlerinin belirsizliđi ve düşük kalite.....	72
3.3.1.1: Suç metinlerinin belirsizliđi	72
3.3.1.2: Hukuki metinlerin kalitesiz	74
3.3.2: Ceza metinleri hazırlanırken eşitlik ilkesinin ihlali	75
3.3.2.1: Ceza metinleri hazırlanırken eşitlik ilkesinin gerçek ihlali.....	75
3.3.2.2: Ceza metinleri hazırlanırken eşitlik ilkesinin açıkça ihlal edilmesi	76
3.3.3: Ceza yasama enflasyonu	77
3.3.3.1: Enflasyonun nedenleri ve etkileri.....	78
3.3.3.2: Ceza kanunlarının enflasyonla ilişkisi	80
SON.....	82
KAYNAKÇA	85
İNTİHAL RAPORU	92
BİLİMSEL ARAŞTIRMA ETİK KURULU	93

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
.....	الاعلان
ج.....	شكر وتقدير
د.....	الملخص
ه.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
4.....	الفصل الأول
4.....	ماهية القضاء الدستوري
4.....	1.1: مفهوم القضاء الدستوري
4.....	1.1.1: تعريف القضاء الدستوري
5.....	1.1.1.1: المعيار الشكلي
5.....	2.1.1.1: المعيار الموضوعي
6.....	2.1.1: وظيفة القضاء الدستوري
6.....	1.2.1.1: الرقابة على دستورية القوانين
7.....	2.2.1.1: تفسير الدستور
8.....	2.1: شرعية القضاء الدستوري
8.....	1.2.1: القضاء الدستوري والارادة العامة
10.....	2.2.1: القضاء الدستوري والديمقراطية
11.....	3.1: اسس القضاء الدستوري

- 11.....1.3.1: مبدأ سمو الدستور
- 12.....1.1.3.1: السمو الموضوعي
- 13.....2.1.3.1: السمو الشكلي
- 14.....2.3.1: حماية الحقوق والحريات العامة
- 16.....الفصل الثاني**
- 16..... نماذج من القضاء الدستوري**
- 16.....1.2: النموذج الأمريكي
- 16.....1.1.2: نشأة القضاء الدستوري في أمريكا
- 18.....2.1.2: اساليب ممارسة القضاء الدستوري الأمريكي لأصلاحياته
- 19.....1.2.1.2: الدفع بعدم الدستورية
- 19.....2.2.1.2: الامر القضائي (اسلوب المنع)
- 20.....3.2.1.2: الحكم التقريري
- 20.....2.2: النموذج الاوربي
- 20.....1.2.2: ألمانيا والقضاء الدستوري
- 21.....1.1.2.2: المحكمة الدستورية الألمانية وكيفية تشكيلها
- 22.....2.1.2.2: اختصاصات المحكمة الدستورية الألمانية
- 24.....3.1.2.2: طرق تحريك الدعوى امام المحكمة الدستورية الألمانية
- 25.....4.1.2.2: اساليب الرقابة القضائية للمحكمة الدستورية الألمانية
- 26.....2.2.2: القضاء الدستوري في فرنسا
- 27.....1.2.2.2: تشكيل المجلس الدستوري الفرنسي
- 28.....2.2.2.2: اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي

- 29.....3.2.2.2: اساليب تحريك الدعوى امام المجلس الدستوري الفرنسي
- 30.....3.2: النموذج العراقي
- 31.....1.3.2: التطور التاريخي لنشأة القضاء الدستوري في العراق
- 31.....1.1.3.2: القضاء الدستوري في العراق قبل عام 2003
- 36.....2.1.3.2: القضاء الدستوري في العراق بعد عام 2003
- 39.....2.3.2: أنشأ المحكمة الاتحادية العليا في العراق
- 39.....1.2.3.2: المحكمة الاتحادية العليا وكيفية تشكيلها
- 43.....2.2.3.2: ادارة المحكمة الاتحادية والمركز القانوني لأعضائها
- 44.....3.3.2: طرق رفع الدعوى امام المحكمة الاتحادية وصلاحياتها
- 44.....1.3.3.2: طرق رفع الدعوى امام المحكمة الاتحادية العليا
- 47.....2.3.3.2: صلاحيات المحكمة الاتحادية العليا
- 49.....4.3.2: المحكمة الاتحادية العليا ودورها في الرقابة على الاغفال التشريعي
- 49.....1.4.3.2: الاغفال التشريعي مفهومه وانواعه
- 50.....2.4.3.2: العلاقة بين الاغفال التشريعي وبين كل من حماية الحقوق والحريات العامة والرقابة

55.....الفصل الثالث

55.....الامن القانوني الجنائي ودور القضاء الدستوري في حمايته

- 55.....1.3: التعريف بالأمن القانوني الجنائي
- 55.....1.1.3: مفهوم الامن القانوني عموما والجنائي بشكل خاص
- 55.....1.1.1.3: تعريف الامن القانوني وعناصره
- 58.....2.1.1.3: المقصود بالأمن القانوني الجنائي
- 59.....2.1.3: مرتكزات الامن القانوني الجنائي

- 59.....1.2.1.3: الموازنة بين الحقوق والمصالح العامة عند التجريم
- 61.....2.2.1.3: استثنائية التجريم
- 62.....3.2.1.3: اليقين القانوني
- 64.....2.3: قواعد الامن الجنائي
- 64.....1.2.3: مبدأ الشرعية الجنائية
- 65.....1.1.2.3: الشرعية الجزائية
- 66.....2.1.2.3: الشرعية الإجرائية
- 68.....2.2.3: الاستقرار القانوني والمساواة
- 68.....1.2.2.3: الاستقرار القانوني
- 69.....2.2.2.3: المساواة
- 72.....3.3: معايير الرقابة القضائية على تحقيق الامن الجنائي
- 72.....1.3.3: غموض النصوص الجنائية وضعف جودتها
- 72.....1.1.3.3: غموض النصوص الجنائية
- 74.....2.1.3.3: ضعف جودة النصوص القانونية
- 75.....2.3.3: الاخلال بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية
- 75.....1.2.3.3: الاخلال الحقيقي بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية
- 76.....2.2.3.3: الاخلال الظاهري بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية
- 77.....3.3.3: التضخم التشريعي الجنائي
- 78.....1.3.3.3: اسباب التضخم واثاره
- 80.....3.3.3.3: علاقة القوانين الجنائية الخاصة بالتضخم

82.....الخاتمة

85..... قائمة المصادر

92..... تقرير الاستيلاء

93..... لجنة اخلاقيات البحث العلمي

المقدمة

1 : التعريف بموضوع الدراسة :

يؤدي القضاء الدستوري دوراً أساسياً ومحورياً وريادياً في حماية الحقوق والقوانين العامة، ففي جميع أنظمة الديمقراطية أصبح شعار دولة القانون يغطي على أغلب المواضيع ضمن القانون العام، ويعتبر الأمن القانوني الجنائي أحد الغايات القضاء الدستوري حيث يكمن دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني الجنائي من خلال الرقابة على دستورية القوانين التي قد يترتب عليها إلغاء القاعدة القانونية إذا وجدها القاضي مخالفة للدستور. وبهذا يفترض على المشرع أن يجعلها محل الاعتبار عند تشريعه للقواعد المنظمة لاختصاص القضاء الدستوري، وكذلك يفرض على القاضي الدستوري أن يراعي هذا المبدأ عند إصدار أحكامه وعليه الاجتهاد لتجنب إهداره.

ومما لا شك فيه أن القضاء الدستوري يهدف الى تحقيق العدالة الدستورية، تلك التي عجز القانون بفروعه المختلفة عن تحقيقها بالوصف المستقر عليه، لا بمجرد تطبيق النصوص القانونية المجردة، في تطبيق النص القانوني في فروع القانون الاخرى يحقق العدل فحسب، خلافاً لما هو عليه الحال في القضاء الدستوري، حيث يتوجب على القاضي الدستوري أن يبحث ليس في مدى ملائمة التشريع مع نصوص الدستور فحسب، بل مدى ملائمة التشريع ايضاً مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدستور والفكرة القانونية السائدة فيه. ومن هذا المنطلق يهدف القضاء الدستوري الى حماية نصوص الدستور وروحه من الانتهاكات التي ترتكبها السلطتان التشريعية والتنفيذية ، وتتمثل وسائل الحماية في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وتغيير نصوص الدستور.

عليه يستند القضاء الدستوري شرعيته من الدور المناط به في صيانة الدستور والمحددة في الدستور، وانطلاقاً من هذه الامة فقد افرد دستور جمهورية العراق لعام 2005 المواد (92-94) بمعالجة المحكمة الاتحادية العليا بوصفها الجهة المختصة بممارسة مهام القضاء الدستوري في العراق. وانطلاقاً من الواجب الملقى على عاتق المشرع في اصدار قانون ينظم عمل المحكمة الاتحادية العليا فقد اصدر مجلس الوزراء بوصفه السلطة التشريعية قبل نفاذ دستور جمهورية العراق لعام 2005 الامر رقم (30) لسنة 2005 قانون المحكمة الاتحادية العميا. وتلاه في ذلك قيام المحكمة الاتحادية العليا باصدار النظام الداخلي رقم (1) لسنة 2005 ، ومن ثم فان هذه التشريعات المذكورة تشكل الاساس القانوني لممارسة المحكمة الاتحادية العليا لاختصاصاتها.

2: اهمية موضوع الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في ان موضوع حماية الامن القانوني الجنائي من المواضيع الحديثة نسبياً ولم يتم التطرق اليه الباحثين بشكل المناسب من خلال البحث والدراسة. ويمكن الاهمية أيضاً في الدور الذي يلعبه القضاء الدستوري لتحقيق حماية الامن القانوني الجنائي حيث أن هذا الامر يعتبر احد الاهداف. كما ان اهمية الدراسة تتجلى في بيان دور القضاء الدستوري في العراق وذلك في ظل أحكام المحكمة الاتحادية العليا لتحقيق الحماية المرجوة.

3 : اشكالية موضوع الدراسة :

تتمحور اشكالية موضوع الدراسة حول الاجابة على التساؤلات التالية:

- 1- ماهي القضاء الدستوري ووظيفتها واسسها؟
- 2- ماهي المقصود بالشرعية القضاء الدستوري؟
- 3- ماهي ابرز الخصائص التي تتصف بها الجريمة المنظمة العابرة للحدود؟
- 4- ماهي الامن القانوني الجنائي؟
- 5- ماهي مبدأ الشرعية الجنائية والاستقرار القانوني والمساواة؟

4 : فرضية الدراسة :

تنطلق فرضية الدراسة من نقطة اساسية تتعلق بالدور الكبير للقضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات وخاصة الحق في الامن القانوني الجنائي بالنظر لما يملكه هذا القضاء من خصائص ومؤهلات تجعله يتبوأ هذه المكانة الكبيرة.

5 : منهجية الدراسة :

اعتمد الباحث على المنهج الوصفي لبيان مفاهيم التي يقوم عليها الدراسة الحالية، كما اتبع منهج المقارن وذلك لاستعراض موقف القضائية الدستورية المقارنة كل من القضاء الدستوري الامريكي و الفرنسي والمانى والعراقي، وذلك لمعرفة مدى نجاحها في تقيق حماية الامن القانوني الجنائي. كما اتبع منهج التحليلي في تحليل بعض الاحكام المحكمة الاتحادية العليا العراقية لتحديد موقفها.

6- هيكلية الدراسة:

ينقسم الدراسة الى مقدمة وخاتمة وثلاثة فصول، حيث تضمن الفصل الاول (ماهية القضاء الدستوري) وتم تقسيمه الى ثلاث مباحث، المبحث الاول يبحث في مفهوم القضاء الدستوري، ويتضمن المبحث الثاني شرعية القضاء الدستوري، يتناول المبحث الثالث أسس القضاء الدستوري، أما الفصل الثاني (نماذج من القضاء الدستوري) تم تقسيمه الى ثلاث مباحث يتناول المبحث الاول النموذج الامريكي، والمبحث الثاني يتضمن النموذج الاوربي وتم التطرق الى النموذجين الالمانى والفرنسي، والمبحث الثالث تضمن النموذج العراقي، أما الفصل الثالث (الأمن القانوني الجنائي ودر القضاء الدستوري في حمايته) تم تقسيم هذا الفصل الى ثلاث مباحث، اذ تضمن المبحث الاول التعريف بالامن القانوني الجنائي، وتناول المبحث الثاني قواعد الأمن الجنائي، وتضمن المبحث الثالث معايير الرقابة القضائية على تحقيق الامن الجنائي.

الفصل الأول

ماهية القضاء الدستوري

للقضاء الدستوري دورا مهم في احترام الشرعية الدستورية ويتبين هذا الدور من خلال الرقابة القضائية سواء كان ذلك من خلال القضاء الدستوري المتخصص ام من خلال القضاء العادي وعليه سنوضح الاطار القانوني للرقابة القضائية ومعرفة ماهية هذه الرقابة من خلال دراسة القضاء الدستوري ضمن ثلاثة مباحث سنتناول المبحث الاول منه مفهوم القضاء الدستوري ، وسنتناول في المبحث الثاني شرعية القضاء الدستوري و سنخصص المبحث الثالث اسس القضاء الدستوري.

1.1: مفهوم القضاء الدستوري

باعتبار ان القضاء الدستوري الجهة الرقابية المختصة لضمان تحقيق العدالة في المجتمع فلها النظر في المنازعات المعروضة عليه وذلك من خلال رقابة هذا القضاء في تطبيق احكام القانون وشرعيته لحماية الحقوق والحريات العامة والضمانات التي تنظمها الدستور والقوانين في الدولة ، وسنوضح مفهوم القضاء الدستوري في مطلبين الاول نخصه لتعريف القضاء الدستوري اما المطلب الثاني فنتناول فيه وظيفة القضاء الدستوري.

1.1.1: تعريف القضاء الدستوري

هناك خلاف بين فقهاء القانون الدستوري حول تعريف موحد للقضاء الدستوري فلا يوجد تعريف موحد متفق عليه الجميع وهناك معياريين معيار شكلي و معيار موضوعي و سنتبين ذلك من خلال الاتي:-

1.1.1.1: المعيار الشكلي

ان مصطلح القضاء الدستوري وفق هذا المعيار يعني ان يكون هناك محكمة او هيئات قضائية تكون مختصة بالرقابة على احترام سمو الدستور ، او الجهة القضائية التي اعطاها الدستور حق رقابة شرعية الدستورية في حالة ان تكون هذه الرقابة مركزية (قضاء دستوري متخصص).⁽¹⁾

او عندما يتكون الدستور من نص يتيح بانشاء هيئة قضائية بحيث يتم تحديد صلاحياتها ويضمن الدستور بقائها واستقلال اعضاء هذه الهيئة، ويعرف ايضا على انها الهيئة او السلطة الدستورية التي تضمنها الدستور كغيرها من السلطات والهيئات الاخرى وقد حدد حصرا صلاحياتها وذلك لاحترام القواعد المتعلقة بتوزيع صلاحيات السلطات وعدم انتهاك احد الصلاحيات للصلاحيات الاخرى التي خصها بها الدستور.⁽²⁾

2.1.1.1: المعيار الموضوعي

ان انصار هذا الاتجاه يرون هذا المعيار من خلال وظيفة القضاء الدستوري ، فيعرفه بانه نوع من الولاية القضائية التي تنصب على القوانين الدستورية وبالتالي يضمن توزيع الاختصاص بين التشريعين العادي والدستوري وكفالة احترام الاختصاص من قبل الهيئات العليا داخل الدولة ، او ان القضاء الدستوري هو مجموعة القواعد القانونية التي تنبسط من احكام المحاكم المتعلقة بالمجال الدستوري ، او هو مجموع المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها وهي بصدد البحث في مسألة الدستورية عندما تكون الرقابة لامركزية (قضاء دستوري غير متخصص).⁽³⁾

ولذلك وفق المعيار الموضوعي فان معنى مصطلح القضاء تعتبر اوسع نطاقا من معناه في المعيار الشكلي ، فالقضاء الدستوري لا يوجد الا مع وجود المحاكم الدستورية المختصة هذا وفق المعيار الشكلي ، في حين ان القضاء الدستوري وفقا للمعيار الموضوعي لا يرتبط وجود القضاء الدستوري بمثل هذه المحاكم الدستورية انما هو قائم مع الفصل القضائي في المسائل الدستورية بصرف النظر عن الجهة التي يصدر عنها هذا القضاء.⁽⁴⁾

1- د. عصمت عبدالله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003، ص7.

2- د. امين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس- لبنان ، 2002، ص114.

3- د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1997، ص11.

4- مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، دراسة متاحة على العنوان الالكتروني التالي: <http://almerja.com>

2.1.1: وظيفة القضاء الدستوري

ان الوظيفة الاساسية للقضاء الدستوري الحفاظ على مبدأ المشروعية في دولة القانون ، و حماية الديمقراطية و سيادة الدستور ، وتعتبر الضمان الاساسي لحماية حقوق الافراد وحررياتهم ومنع الاعتداء عليها من قبل السلطات الحاكمة . وعليه فان أهم وظائف القضاء الدستوري في دولة القانون هي الرقابة على دستورية القوانين و تفسير الدستور ، وسنبحث وظيفة الدستور في الفرعين التاليين :

1.2.1.1: الرقابة على دستورية القوانين

تعرف مبدأ المشروعية بان تكون جميع التصرفات التي تقوم بها سلطات الدولة في الدولة متفقة وأحكام القانون بمدلوله العام ، سواء أكانت هذه السلطات تشريعية أم تنفيذية أم قضائية فهي تدعو إلى ضرورة احترام القواعد القانونية القائمة ويعتبر الدستور أساساً للشرعية في الدولة وعلوها ، فكل نشاط قانوني يمارس داخل الدولة يستتبط اساسها من الدستور ، لذلك فهو يعلو على هذه الأنشطة جميعاً ، وهو القاعدة الأساسية التي يركز عليها النظام القانوني ، وما دام هو الذي ينشئ السلطات العامة وينظم اختصاصاتها ، فلا بد أن يعلو عليها . ولا بد ايضاً أن يقرر أن أي عمل يصدر عن أي من السلطات العامة ليست له أية قيمة قانونية إذا كان خارجاً عن الإطار الدستوري المنظم لهذه السلطة .(5)

وبشكل عام فان هدف الرقابة على دستورية القوانين هي البحث عن مخالفة التشريعات للدستور أو عدم مخالفتها له ، ويجب ان تقتزن مبدأ المشروعية بالجزاء تفرضه عند مخالفة سلطات الدولة للقانون و الا يصبح عديم الفائدة و فارغاً من أي مضمون، وهذا الجزاء لا يمكن فرضه الا بواسطة هيئة قضائية يتعين أن يتوفر لها كل ضمانات الاستقلال.(6)

فدور الرقابة القضائية تنحصر في تحقيق مبدأ المشروعية والرقابة على ما يقوم به حكام الدولة من تصرفات ، اذ من العدالة ان تخضع تصرفات الحكام جميعا سواء كان رئيس الدولة او الوزراء او البرلمان لمبدأ المشروعية وأن مبدأ المشروعية لا ينتج أثره ولا يحقق فاعليته إلا بوجود قضاء دستوري يضمن حماية القواعد القانونية المقيدة للسلطات العامة والمحددة لنشاطها ذلك انه برقابة القضاء تصبح القواعد القانونية قيدياً حقيقياً على السلطات العامة ، بحيث إذا ما خولفت تلك القواعد ، أمكن للقضاء ردها إلى الطريق الصحيح

5- د. عبدالعزيز محمد سالم ، رقابة دستورية القوانين ، دار الفكر العربي ، الطبعة الاولى ، 1995 ، ص134.

6- د. سحر محمد نجيب ، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الانسان وحرياته ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2011، ص218.

ووضع الأمر في نصابه الصائب ، وبهذه الطريقة تسلم القواعد القانونية من محاولة الإهمال في تطبيق احكامها وعندئذ يكون النظام القانوني في الدولة على الطريق الصائب .(7)

2.2.1.1: تفسير الدستور

ان المقصود بتفسير النص الدستوري هو تحديد معناه بشكل دقيق عن طريق ازالة غموضه وبيان مداه واستكمال نقائصه ، وذلك بعدم الوقوف على المعنى الظاهر المباشر لالفاظ النص الدستوري.(8)

وعلى القاضي الدستوري الالتزام بما ورد من نص دستوري عندما يتعرض لغموض في نص دستوري ، لان النصوص الدستورية قد وضعت لحماية النظام العام والثوابت الوطنية والروحانية ، وللحفاظ على المعاملات القانونية.(9)

ولتفسير النصوص الدستورية اهمية كبيرة حيث ابتداءا انها يعتبر الوسيلة التي من خلالها تتوصل الى الكشف عن نية المشرع الحقيقية والهدف الاساسي من وضع القاعدة القانونية وصولا الى البحث عن الحلول الامثل للنواقص و الغموض و الالتباس في تلك النصوص التي فيها غموض .(10)

وتكمن اهمية التفسير ايضا في ان الدساتير تضم بالاضافة الى قواعد تحديد شكل الدولة وتنظيم سلطاتها العامة ورسم قواعد الحكم ، تضع الضمانات الاساسية لحقوق الافراد ، وكما هو معلوم فان الحياة الاجتماعية في حالة متطورة وتفرض وقائع واحداث جديدة ، فقد يكشف التطبيق عن مواجهة فروض وحالات غير متناهية في طبيعتها ، وقد يكون من الصعب اصدار تشريعات لاحقة او تعديلها ، وفي هذه الحالة تبرز الحاجة الى اللجوء للتفسير لسد النواقص في التشريعات وملئمة النصوص القانونية ، بما فيها الدستورية للوقائع المستجدة وفق ظوابط التفسير المعمول بها.(11)

-
- 7 - د. اشرف عبدالقادر قنديل ، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2012، ص42.
- 8 - د. كطران زغير نعمة و د. احسان حميد المفرجي و د. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، الطبعة الثانية، المكتبة الوطنية ، بغداد ، 2007 ، ص242.
- 9 - د. وعدي سليمان المزوري ، القضاء الدستوري ونوره في حماية الحقوق والحريات (الحق في الامن الجنائي نموذجاً) ، محاضرات القيت على طلبة الماجستير ، جامعة الشرق الادنى ، المعهد العالي للدراسات العليا في العلوم الانسانية ، كلية الحقوق ، القسم العام ، 2018 – 2019.
- 10 - د. سرهنك حميد البرزنجي ، تفسير الدستور في ضوء احكام الدستور العراقي النافذ وتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا – دراسة تحليلية – بحث منشور في مجلة جامعة دهوك - المجلد 14 ، العدد ، 2 ، لسنة 2011، ص134.
- 11 - عادل جلال حمد امين ، دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون (دراسة تحليلية مقارنة) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2017، ص138.

يتميز التفسير القضائي بأنه ذو طابع قضائي ، فعندما يعرض على القاضي مسألة دستورية فمن حقه ان يفسر تلك النصوص و من ثم تقدر مسألة توافق النصوص محل التفسير مع احكام الدستور فعملية التقدير تأتي في الغالب بعد عملية التفسير والتكييف القانوني.(12)

والقاضي الدستوري في هذه الحالة سيسعى الى التوفيق بين متطلبات وحقوق اركان المثلث السلطة والفرد و المجتمع من خلال تفسيره للدستور ، بحيث لا يسقط الاجتهاد الدستوري من حسابه ما للنظام العام من اهمية في حماية حقوق الانسان وحرياته ، ولا يمس في الوقت ذاته بالضمانات التي يجسدها الدستور لهذه الحقوق والحريات.(13)

وهنا يبرز دور القضاء الدستوري في دعم الضمانات الدستورية ، وهو الجهة المناسبة لبيان معاني النصوص الدستورية الغامضة ، لما يتمتع به من خصوصية في وظيفته كونها الجهة المؤهلة قانونا ، وبما ان الدستور يعد القانون الاعلى والاسمى في الدولة ، فلا يمكن ترك مثل هذه المسألة الخطيرة لغير جهة القضاء لان اي مساس بمضمون النصوص الدستورية عن طريق التفسير الخاطيء يعد خرقا لسيادة القانون بدرجة اولى ، ومن ثم مساساً بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.(14)

2.1: شرعية القضاء الدستوري

ان ضمان و حماية الدستور يعتبر من مهام القضاء الدستوري ,ويعتبر القانون الاعلى و الاسمى في البلاد و هو خير تعبير عن الارادة الشعبية و سيادته, وبهدف دراسة شرعية القضاء الدستوري سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين ففي المطلب الاول سنتناول فيه القضاء الدستوري والارادة العامة ، اما في المطلب الثاني فنخصصه للقضاء الدستوري والديمقراطية.

1.2.1: القضاء الدستوري والارادة العامة

في بعض الاحيان تقوم البرلمان باصدار قوانين لا تتماشى مع الحقوق و الحريات العامة او تقوم بتصرفات لا يمكن تسميتها بالتصرفات الديمقراطية ففي الدول التي تحكم بالاغلبية المطلقة تقوم باصدار قوانين والهدف منها هو سحق المعارضة و يمكن القول ان هذا البرلمان لا يمثل الامة تمثيلا دقيقا ، فالقوانين

12 - د.امين عاطف صايبا ، مصدر سابق ، ص 309.

13 - د. امين عاطف صليبا ، المصدر نفسه ، ص308 ، و عادل جلال حمد امين ، مصدر سابق ، ص 140.

14 - عادل جلال حمد امين ، المصدر السابق ، ص 140.

الصادرة عنه لن تكون تعبيراً عن ارادة الامة او التي تسمى الارادة الشعبية ، ففي اغلب الاحيان من هنا نستطيع ان نقرر ان القانون ليس تعبيراً دقيقاً لارادة الامة .(15)

البرلمان استمد سلطته المتعلقة بتشريع القوانين من الدستور و هو الذي اعطى هذه السلطة للبرلمان بهدف تشريع القوانين ، ونظم قواعد ممارستها وهو الذي نص على انبثاق سلطة البرلمان من الشعب ، وعلى التزام هذه السلطة باحترام الدستور والتقييد باحكامه ، فتنشيع القوانين التي تضعها السلطة التشريعية لا تكون تعبيراً عن الارادة الشعبية ، وليس لها اي قيمة قانونية الا اذا جاءت موافقا مع الاحكام الدستورية(16)

ان ضمان ارادة سيادة الشعب و حماية الحقوق و الحريات يعتبر من مهام واولويات القضاء الدستوري وهو المعبر عنه في الدستور ازاء الخروقات من جانب السلطات الحاكمة ، فالقضاء الدستوري يعد مؤسسة دستورية منشأة باسم الارادة العامة لتضمن احترام الدستور ، كما ان القضاء الدستوري يعد ضماناً ضرورية لحماية وسيلة عليا معبرة عن الارادة العامة وهي الدستور في مواجهة وسيلة ادنى للتعبير عن هذه الارادة ذاتها وهي التشريع ، وبعبارة اخرى يعد ضماناً للديمقراطية الدستورية التي تقيد الديمقراطية التشريعية.(17)

وهنا تعتبر وظيفة القضاء الدستوري رقابة الدستور وهو الدور الذي اناط به الدستور من تلقاء نفسه وان هذه الرقابة لا تنصب على الارادة الشعبية ذاتها بل تنصب على ارادة ممثليها اي (ممثلي الشعب في البرلمان) التي ينبغي ان تكون مطابقة مع الدستور ، كما ان رقابة القاضي الدستوري معترف بها لانه سلطة دستورية مؤسسة وعندما يقوم بالرقابة الدستورية ، فانه يشير من خلال قراراته الى موقف السلطات المؤسسة الاخرى تجاه الدستور وهذا يعني ان القاضي الدستوري يساهم في التعبير عن الارادة العامة للشعب المتجسدة في الدستور ومن هذا المنطلق فان شرعية القاضي تبقى امراً مجرداً .(18)

فالدستور نص على ان القضاء الدستوري هيئة دستورية اساسية كالهيئات الاخرى الموجودة في الدولة والتي تستمد شرعيتها من الدستور كألبرلمان و مجلس الوزراء ، لذلك يمكن القول بأن شرعية القضا الدستور يتأتى من الدستور نفسه الذي يعبر عن الارادة العامة ، واناط به الدستور مهمة فرض احترام احكامه في عملية تشريع القوانين.

15 - د. عبدالعزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، 139 - 140.

16 - د. عصام سليمان ، اشكاليات الرقابة على دستورية القوانين ، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني ، المجلد السادس ، 2012 ، ص 49.

17 - د. عصام سعيد عبد احمد ، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2013 ، ص 233.

18 - د. ادمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري العام ، الجزء الاول ، دار الملايين بيروت ، 1964 ، ص 335 و د. عصام سعيد عبد احمد ، المصدر السابق ، ص 227.

2.2.1: القضاء الدستوري والديمقراطية

ان هدف الديمقراطية هو تحقيق العدالة السياسية والاجتماعية والمساواة امام القانون وتحقيق الحرية , وان القانون في هذا النظام ليس وليدة الارادة العامة المطلقة المتحررة من القيود الدستورية بالرغم من ان القيود هي من صنعها باعتبار ان الدستور الذي يعد قانونها الاساسي يستمد وجوده ونصه وروحه من صميم هذه الارادة بل من ثمرة الاكثرية ، كما ان الاكثرية التي تريد ان تفرض في النهاية ارادتها المتجلية بالقوانين العادية التي تسنها بفضل قاعدة الاكثرية ، فان هذه القاعدة السائدة في كل ديمقراطية انما هي ايضا من القواعد التي يضمنها الدستور ويفرض تطبيقها باعتبارها قاعدة من قواعد الحياة الدستورية المنظمة ، مما يترتب عليه ان قاعدة الاكثرية هي من القواعد الدستورية وهذا يعني انها خاضعة له ومن ثم لا يجوز لها ان تتجاوز القواعد والاحكام المقررة فيه.(19)

وكذلك القضاء الدستوري تهدف إلى التحقق من أنه يعمل ضمن الاطار الدستوري ، وأن كلمة الشعب صاحب السيادة عبر عنها نوابه أصدق تعبير وذلك في ظل دولة القانون ، فالرقابة القضائية هي التي تقف بالمرصاد للمشرع وتراقبه وتضعه في إطاره المحدود ، وهي ضمان مهم للحيلولة دون استبداده.(20)

والرقابة على دستورية القوانين تتحقق ضمانة حقيقية لحقوق الانسان وحياته الاساسية ، حيث يستطيع كل فرد من افراد المجتمع اللجوء الى جهة مستقلة تتمتع بضمانات قوية من اجل الغاء او تعديل او تعويض عن الاجراءات التي تتخذها السلطات العامة خلافا للقواعد القانونية السائدة في المجتمع ، فالحصانة والاستقلال التي يتمتع به القضاء كفيل باخضاع الحكام لاحكام القانون ، والقول بغير ذلك يعني ان الرقابة القضائية تفقد معناها وبالتالي يصبح مبدا خضوع الدولة للقانون بدون معنى اي لا اساس له .(21)

فالرقابة الدستورية تستمد شرعيتها من سمو الدستور و علو القانون وهذا ان دل على شي فيدل على نضج الديمقراطية ونتيجة لذلك فانه لا يمكن وجود دستور في دولة ديمقراطية حرة بغير قضاء دستوري مستقل ومحايدين يكفل حكم القانون باعطاء الكلمة النهائية للشعب الذي وضع الدستور ، وبذلك فان الرقابة القضائية على الدستورية ليست عائقا امام الديمقراطية بل هي حقا ابرز حمايتها ، فالقاضي الدستوري لا يغتصب كلمة الشعب التي عبر عنها في الدستور بل هو الذي يعطي لهذه الكلمة مضمونها القاعدي الكامل

19- د. انمون رباط ، المصدر نفسه ، ص534.

20- د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، 2000 ، ص158.

21- د.سحر محمد نجيب ، مصدر سابق ، ص215.

الذي تتأكد به فعالية الكلمة الدستورية للشعب ومن دونها فان هذه الكلمة الدستورية تضحى بغير مضمون قاعدي وبغير فاعلية وتنحل لكي تصبح مجرد ضجيج .(22)

ويمكن القول بان حماية الديمقراطية ترى اساسها من الرقابة القضائية فالدستورية والرقابة القضائية التي ينبغي ان تأتي معها هما ضمانات مفضلة للحقوق من حكم الاغلبية ، وهما يشكلان ايضا العملية الديمقراطية ويحافظان عليها من خلال احترام الدستور ، وبقدر ما يكون حكم القانون ضرورياً لكل ديمقراطية ناجحة فان الرقابة القضائية على الدستورية تكون ايضاً مطلوبة لهكذا ديمقراطية ، وبذلك فان الرقابة القضائية تعد وسيلة من الوسائل المهمة لضمان اهداف الديمقراطية المتمثلة بصورة رئيسية في حماية الحقوق والحريات العامة في المجتمع .(23)

3.1: اسس القضاء الدستوري

الأشخاص جميعاً في الدولة سواء كانوا اشخاص طبيعيين ام معنويين خاصة ام عامة افراداً ام هيئات ، تعتبر ملزمون بالامتثال للقانون ، وبما ان الدستور هو المصدر الاساسي لكل نشاط قانوني تمارسه الدولة ، عليه لا يجوز مخالفة القواعد الدستورية ، ولكي يتحقق ذلك لابد من وجود جزاء يضمن سمو الدستور ، ولبحث اسس القضاء الدستوري سنقسم هذا المبحث الى مطلبين الاول نخصه لمبدأ سمو الدستور ، والثاني لحماية الحقوق والحريات العامة.

1.3.1: مبدأ سمو الدستور

تعتبر مبدأ سمو الدستور من اهم المبادئ التي تقوم عليها الدولة القانونية والدستور بشكل اساسي مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد وضع الدولة ، وتبين شكل الحكومة وتنظم السلطات المختلفة فيها ، من حيث الاختصاص مع بيان مدى العلاقة بينها وموقف الافراد منها ، وتقرر ما للفرد من حقوق وحريات وما عليها من واجبات ، وبذلك تعتبر القواعد المنصوص عليها الدستور المصدر الاول من مصادر الشرعية وهي اسمى القواعد القانونية في الدولة ، اذ انها ومن حيث اهميتها تأتي على قمة القوانين في الدولة ، ويعني سمو الدستور ان النظام القانوني للدولة بأكمله يكون محكوماً بالقواعد الدستورية وان اية سلطة من سلطات

22- د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، المصدر السابق ، ص130-132.

23- د. عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق ، ص229-230.

الدولة لا يمكن ان تمارس الا الاختصاصات التي حولها اياها الدستور وبالحدود التي رسمها(24). وقد اتفق الفقه على ان لهذا السمو وجهين السمو الموضوعي والسمو الشكلي(25). وسوف نبحثه في الفرعين التاليين :

1.1.3.1: السمو الموضوعي

يعني السمو الموضوعي للدستور تمتعه بمركز الصدارة في النظام القانوني السائد للدولة ، فهو يعلو على كل القواعد القانونية الموجودة في الدولة ، بحيث لا يوجد اي نص او قاعدة اعلى منه تدانيه او تساويه في المرتبة(26). هذا السمو تتمتع به كل الدساتير على اختلاف انواعها سواء كانت مكتوبة ام عرفية مرنة ام جامدة ومضمونه: ان الدستور يحدد القواعد القانونية المتعلقة بأساس الدولة وسلطاتها العامة ، وتنظم العلاقات بين السلطات وبيان اختصاصاتها ويحدد الفلسفة والاساس الايديولوجي الذي يقوم عليه النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة ، وان القواعد الدستورية ملزمة لجميع هيئات الدولة ، ولا يتمتع اي نشاط مخالف للقواعد الدستورية بأي اثر قانوني ، وعلى السلطة التنفيذية احترام القوانين الصادرة من السلطة التشريعية ، وعلى السلطة التشريعية احترام القواعد الدستورية ، وهو النتيجة المنطقية للاهمية البالغة للموضوعات التي ينظمها الدستور وضرورتها التي لا غنى عنها في البناء القانوني للدولة(27). ويترتب على السمو الموضوعي نتيجتان:

1- تويسع و دعم مبدأ المشروعية: بحثنا سابقا بان مبدأ المشروعية يعني ان تخضع الكافة في الدولة حكما كانوا ام محكومين لقواعد القانون ، ومبدأ سمو الدستور من الناحية الموضوعية يؤكد مبدأ المشروعية بتوسيع نطاقه ومداه ، فلا يشمل احترام الكافة لقواعد القانونين وحدها ، بل ايضا وفي القمة احترام قواعد الدستور الذي يغدو قمة النظام القانوني كله .(28)

2- لا يجوز التفويض في الاختصاصات : بما ان الدستور يحدد السلطات بشكل مطلق بمعنى ان القاعدة الدستورية اساس السلطات كافة ، وهذه السلطات سواء كانت تشريعية ام تنفيذية لا تمارس حقا شخصا تتصرف به كما تشاء بل تمارس وظيفة تحددها النصوص وتبين شروطها ومداهها وينتج عن ذلك بان هذه

24- د. اسماعيل مرزة ، القانون الدستوري دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية الاخرى، منشورات دار الملاك، بغداد، 2004، ص58.

25- للمزيد من التفصيل ينظر : د.امين عاطف صليبا، مصدر سابق 75 وما بعدها و د.عبدالعزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، ص60 و د. اسماعيل مرزة، المصدر السابق، ص373.

26- د. محمد رفعت عبدالوهاب ، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، 2010 ، ص15.

27- كاروان عزت محمد الدوسكي ، دور القضاء في حماية الدستور الفيدرالي دراسة مقارنة ، دار سبيريز للطباعة والنشر ، دهوك ، 2006 ، ص60.

28- د.محمد رفعت عبدالوهاب ، المصدر السابق ، ص17.

السلطات لا تستطيع تفويض غيرها في ممارسة اختصاصاتها الا في حالة تصريح الدستور بذلك عملاً بالمبدأ القائل الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض.(29)

2.1.3.1: النمو الشكلي

لا يتحقق هذا النمو الا في الدساتير الجامدة والدستور الجامد هو ذلك الدستور الذي يتطلب في تعديله اجراءات شديدة ومعقدة ، وهذا الجمود هو الذي يجعل للقاعدة الدستورية مكانة اسمى من القواعد القانونية العادية ، اما الدساتير المرنة فلا يتحقق لها هذا العلو الشكلي ، بل ان التفرقة بينها وبين القوانين العادية لا تكون واضحة . (30)

وان هذا النمو الشكلي يمتد الى القواعد الدستورية الشكلية و ليس الموضوعية (31). وهناك نتائج يترتب على النمو الشكلي ويمكن تلخيصها بالشكل الاتي:

1- ثبات النصوص الدستورية : يترتب على التمييز بين القواعد الدستورية والقوانين العادية ، وهذا لا يعني عدم امكانية تعديلها او الغائها وبما ان الشعب مصدر لجميع السلطات فيمكن تعديلها او الغائها استنادا الى مبدأ السيادة . (32)

2- لا يجوز الغاء او تعديل النصوص الدستورية الا بنصوص دستورية مماثلة: لا يجوز الغاء او تعديل القاعدة الدستورية الا من قبل السلطة التأسيسية او من تفوضه ذلك بموجب النص الدستوري ، ويترتب على ذلك انه لا يمكن الغاء او تعديل القاعدة الدستورية بواسطة التشريع العادي والا عد منتهكا للدستور ، فالقاعدة هي ان القانون الادنى لا يعدل قانونا اعلى منه . (33)

3- الالتزام بمبدأ دستورية القوانين: اي يجب ان يخضع النصوص القانونية الاصلية و الفرعية للقواعد الدستورية ، فقاعدة القانون العادي ادنى مرتبة من القاعدة الدستورية وهذه الاخيرة هي اساس وجود الاولى ، لذا يعتبر كل قانون عادي يأتي مخالفا لهذه القواعد الدستورية ، يعد باطلا وتعتبر السلطة التشريعية قد تجاوزت حدود صلاحياتها المقررة دستوريا . (34)

29- د. عصام سعيد عبد احمد، مصدر سابق، ص، 190 و د. امين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص، 79 .

30- د. عبدالعزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق، ص، 62.

31- د. ابراهيم عبدالعزيز شيجا، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، 1997، ص، 525.

32- كاروان عزت محمد نوسكي، مصدر سابق، ص، 61.

33 - د. عصام سعيد عبد احمد، مصدر سابق، ص، 194.

34 - د. امين عاطف صليبا ، مصدر سابق ، ص، 84 و د. عصام سعيد عبد احمد ، المصدر السابق ، ص، 194.

2.3.1: حماية الحقوق والحريات العامة

يعتبر حماية الحقوق و الحريات العامة من المهام الرئيسية والاساسية للانظمة و لا يكفي لضمانها ان يعترف بها اعترافا رسمياً أو نظريا فحسب ذلك أن إعلانات الحقوق والداستير المقررة للحقوق والحريات العامة ، تكملها التشريعات التي تتولى وضع القواعد التنفيذية للنصوص الدستورية المقررة للحق أو الحرية . اما الأنظمة التي تقتصر على الإعلان الشكلي عن وجود حقوق وحريات فردية للمواطن ، من دون ان تتولى التشريعات تنفيذ هذا الإقرار الدستوري بكفالة هذه الحقوق والحريات ، انما هي أنظمة غير قادرة على تحقيق تمتع المواطنين بحقوقهم وحرياتهم الفردية.(35)

ففي الانظمة الديمقراطية تشكل الحقوق والحريات العامة من الركائز الاساسية وقد دفعت ذلك الانظمة الى اقصى حماية ممكنة لتلك المقومات الاساسية لحياة الافراد وذلك من خلال ادخال الحريات العامة في القاعدة القانونية الاعلى بحيث تصبح هذه القاعدة خارج صلاحيات السلطات الادنى.(36)

وهناك ثلاث مراتب من النصوص القانونية للنظام القانوني للحريات العامة فهي النصوص الدستورية التي ترسي مبادئ الحقوق والحريات الفردية ، والنصوص القانونية وهذه تنفذ النصوص الدستورية وتتطابق معها في مضمونها ، وهي تكملة النصوص الدستورية وذلك بوضع بعض الإجراءات المنظمة لممارسة الافراد لحرياتهم وحقوقهم في المجتمع ، والنصوص اللائحية وهذه تضعها الإدارة من أجل تحقيق أغراض الضبط الإداري . وهذه النصوص تفرض قيوداً على ممارسة الافراد لحرياتهم من أجل تحقيق النظام العام والحفاظ على الصحة العامة والسكينة العامة . (37)

وتبرز هناك مشكلة اساسية عندما يقوم البرلمان سلطته التشريعية ليطبق القواعد القانونية المنفذة لإرادة السلطة التأسيسية والمكملة للنصوص الدستورية فإذا به لا ينفذ إرادة تلك السلطة ، ويخالف هذه النصوص . كذلك تبرز المشكلة ، حينما ينظم الدستور احدى الحريات او احد الحقوق العامة ، ويعطى البرلمان السلطة التقديرية للتدخل ، بتنظيم كيفية ممارسة هذا الحق وطرائق استخدام تلك الحرية ، فإذا خرج البرلمان عن الحدود الدستورية ، وأورد قيوداً على الحق أو الحرية تحول دون التمتع بها ، فانه بذلك يفرغ النص الدستوري الكافل للحرية من محتواه .(38)

35 - د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص9.

36- د. امين عاطف صليبا ، مصدر سابق ، ص102.

37 - د. وجدي ثابت غبريال ، المصدر السابق ، ص11.

38 - د. وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص13.

وقد نشأت أهمية الحاجة الى حماية حقوق الافراد وحررياتهم في مواجهة التشريع . وكان القضاء الدستوري هو الضمانة الفعلية الكبرى لحماية هذه الحقوق والحريات وعدم الاعتداء عليها من قبل السلطات العامة .

ويجب مراقبة تصرفات المشرع العادي و ذلك لضمان التزامه باحترام القواعد الدستورية و التي تتعلق بالحقوق و الحريات العامة و وتأتي هذه الرقابة من خلال تنظيم الرقابة الدستورية على القوانين فلا يكفي فقط كفالتها بنصوص دستورية صريحة ودقيقة في اغلب الاحيان تقوم بها القضاء الدستوري ، فبهذا التنظيم الرقابي مع تطبيقه بصورة متزنة تتحول الحقوق والحريات من مجرد حقوق دستورية نظرية الى حقوق دستورية فاعلة ومطبقة حقيقة لا وهما ، فضلا عن ذلك ان الرقابة القضائية باشكالها ونماذجها كافة تهدف الى حماية هذه الحقوق والحريات في مواجهة كل السلطات العامة في الدولة . (39)

الفصل الثاني

نماذج من القضاء الدستوري

لا يخفى على احد بان النظام القضائي الامريكي تعتبر مهذا لانشاتها في الرقابة على دستورية القوانين ، و بمرور الزمن انتقلت هذا المبدأ الى العديد من الدول التي سارت عليه ، ووجدت هذه الدول في اختصاص القضاء وسيلة فعالة لضمان حسن نفاذ القاعدة القانونية ، و حماية الدستور من الاعتداء عليه ومخالفة احكامه. وعليه في هذا الفصل سنقوم ببحث بعض نماذج من القضاء الدستوري وذلك في ثلاث مباحث ، ففي المبحث الاول نخصصه للنموذج الامريكي ، وفي الثاني نخصص فيه النموذج الاوروبي ، اما في المبحث الثالث فندرس فيه النموذج العراقي.

1.2: النموذج الامريكي

دراستنا للنموذج الامريكي سيكون من خلال مطلبين ، في المطلب الاول نبحث فيه نشأة القضاء الدستوري في امريكا ، اما في المطلب الثاني فسنبحث فيه اساليب ممارسة القضاء الدستوري الامريكي لاصلاحياته.

1.1.2: نشأة القضاء الدستوري في امريكا

تعتبر الولايات المتحدة الامريكية من اسبق الدول التي اسست الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ولم يتضمن دستور الولايات المتحدة الامريكية نصا يقرر حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين ، ولكن تقرر هذا الحق بواسطة القضاء من جانب وتأيد الفقه من جانب اخر، ولقد مرت نشأة الرقابة القضائية في امريكا بعدة مراحل ولم تنشأ دفعة واحدة.

المرحلة الاولى: المحاكم الامريكية كانت تطبق القوانين دون التعرض لمدى اتساق احكامها مع القواعد الدستورية الموجودة في الدولة ، الا ان ذلك لا ينفي وجود بعض محاكم الولايات التي كانت تباشر الرقابة

الدستورية قبل نشأة الاتحاد الأمريكي سنة 1789 ، من ذلك حكم محكمة ولاية (نيو جيرسي) سنة 1780 حيث قضت ببطان قانون صدر بتشكيل هيئة محلفين من ستة اعضاء لمحكمة جرائم معينة مخالفا بذلك ما استقر عليه العرف الدستوري من تكوين هيئة محلفين من اثني عشر عضوا ، وكذلك حكم محكمة (رود ايلاند) في سنة 1786 في قضية تريفت ضد ويدن ، حيث قضت بعدم دستورية قانون صدر بجعل النقود الورقية عملة الزامية لمخالفته لدستور الولاية ، وكذلك حكم محكمة (كارولينا الشمالية) الصادر عام 1787. (40)

الا انه هذه الاحكام قد قوبلت بالرفض من قبل الافراد في المقاطعات وقد عارضها المجالس التشريعية ، فعلى سبيل المثال ترتب على حكم المحكمة في قضية تريفت ضد ويدن ، ان اثار المجلس التشريعي على مسلك المحكمة واصدر قرارا بلوم المحكمة ، كما دعا قضاتها لاستجوابهم هادفا من ذلك الى عزلهم من مناصبهم ، ولقد ادى هذا الموقف من المجالس الشعبية ومن المواطنين في الولايات المختلفة ، الى ان تهيب المحاكم حينها من الخوض في بحث مسألة دستورية القوانين ، مما ادى الى ركود فكرة رقابة القضاء لدستورية القوانين حقبة من الزمن. (41)

المرحلة الثانية: نشأة المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية و قيام الاتحاد الأمريكي سنة 1789 ، ادى نشأة المحكمة الاتحادية العليا و قيام الاتحاد الأمريكي سنة 1789 الى خلق فرصة جديدة لان يظهر فكرة رقابة دستورية القوانين مرة اخرى ، وكانت قضية ماربوري ضد ماديسون بداية الفرصة التي استطاعت المحكمة العليا ان تقرر بصدها حق التقاضي في عدم تطبيق القانون متى رأى انه مخالف للدستور ، وتتلخص وقائع القضية في ان الاتحاديين قد اصدروا حركة بتعيين بعض القضاة (42)، واغفل وزير الداخلية (مارشال) تسليم القضاة الجدد اوامر التعيين نظرا لحالة الاستعجال ، حيث ان القرارات قد صدق عليها رئيس الجمهورية (جون ادمز) في ليلة انتهاء مدة رئاسته ، وتولى رئيس الجمهورية الجديد (توماس جيفرسون) مهام المنصب ، وانتهز هذا السهو ليحول دون استكمال اجراءات تعيين اكبر عدد ممكن من القضاة المواليين للحزب المعارض ، فأصدر تعليماته الى وزير الداخلية الجديد (ماديسون) بأن لا يسلم اوامر التعيين الى بعض القضاة دون الاخر ، وكان (وليم ماربوري) احد المرشحين الذي صرف النظر عن تعيينهم فلم يقبل هذا الوضع ، فقرر اللجوء الى المحكمة الاتحادية العليا مطالبا الحكم باحقية في التعيين ، واصدار امر الى ماديسون بتسليمه امر

40 - د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار التيسير ، القاهرة ، 2004، ص69.

41 - د. نورة فرغلي عبدالرحمن السناري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ط1 ، دار الكتب، القاهرة، 2007، ص35.

42 - ينظر في تفاصيل هذه القضية: د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري ، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ، 1960، ص 20 وما بعدها و د. رمزي الشاعر ، المصدر السابق ، ص98 وما بعدها.

التعيين بناءً على سلطتها في اصدار الاوامر ، ووجدت المحكمة نفسها في موقف محرج فان قضت لصالح (ماربوري) كانت معادية للادارة الحاكمة الجديدة ، وان قضت لغير صالحه كانت معادية للاتحاديين الذين ينتمي اليهم مارشال رئيس المحكمة.

وكان الحكم الصادر من المحكمة والتي قضت بأحقية المدعي في التعيين ، ولكنها رفضت اصدار امر الى وزير الداخلية بتسليم أمر التعيين ، مستندة الى ان القانون الذي حولها سلطة اصدار الاوامر غير دستوري ، ولقد اكد القاضي مارشال - رئيس المحكمة - بذلك حق المحاكم في بحث دستورية القوانين ، وحدد مدى و اساس الحق ، فاقامه على ان وظيفة القاضي هو تطبيق القوانين وتقريرها واجب التطبيق عند قيام التعارض بينها ، وانه لا جدال في عدم جواز تطبيق القانون العادي اذا ما تعارض مع احكام الدستور باعتبار ان هذا الاخير هو التشريع الاعلى الذي تنضبط في نطاقه حدود ممارسة السلطات المختلفة على الوجه الذي رسمته ارادة الامة بحيث لا يمكن تعديله بالوسائل التشريعية الادنى منه .

ولا يعني رفض السلطة القضائية تطبيق قانون مخالف للدستور تجاوز او اعتداء على السلطة التشريعية بل تمارس وظيفتها في حل القضايا القانونية التي تنتج عند تعارض القوانين المتصلة بالنزاع المطروح ، مع ما يعلوها من الاحكام الدستورية.(43)

2.1.2: اساليب ممارسة القضاء الدستوري الامريكي لصلاحياته

الاسلوب الشهير التي تتبعه الولايات المتحدة للرقابة على دستورية القوانين هي رقابة بواسطة اسلوب الدفع ، بينما في الحقيقة ان الرقابة في الولايات المتحدة الامريكية لا تقتصر على اسلوب واحد - كما هو الحال في اغلب دول العالم - وانما تعرف ثلاثة اساليب اخرى للرقابة ، وربما كان الاسلوبان الاخران اكثر اهمية لكونهما اكثر فائدة في حماية الحريات الفردية منه.(44)

ويمكن ان نقول ان هناك ثلاث اساليب وهي، اسلوب الدفع و اسلوب الامر القضائي و الحكم التقريري ، وسنتناول كل اسلوب من هذه الاساليب في فرع مستقل وكالتالي :

43 - د. رمزي الشاعر ، مصدر سابق ، ص99- 100.

44 - د. عبدالعزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 177.

1.2.1.2: الدفع بعدم الدستورية

هذا الاسلوب هو المعتمد في النظام الامريكي والذي يقوم على انه لكل محكمة في اية قضية وفي اي وقت ان تراقب الدستورية ، عن طريق دفع مقدم من قبل احد الخصوم اثناء نظر قضية او منازعة امام القضاء ولهذا سميت الطريقة التي تحرك هذه الرقابة بموجبها بالرقابة عن طريق الدفع .(45)

في هذا الاسلوب يفترض ان يكون هناك نزاع او قضية مدنية او جنائية او ادارية منظورة امام القضاء ، فيدفع احد الخصوم بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق في شأن هذه القضية ، وفي هذه الحالة يجب على القاضي ان يتحقق من مدى تطابق او تعارض هذا القانون مع الدستور ، فان تبين مطابقته للدستور قضى برفض الدفع ويستمر في نظر موضوع النزاع المعروف عليه اولا ، اما اذا تبين له ان القانون يتعارض مع الدستور فانها تمتنع عن تطبيق هذا القانون على النزاع المنظور امامه ، وقضاء المحكمة في هذا الشأن هو قضاء امتناع ، ومن ثم يبقى القانون غير الدستوري قائماً من الناحية النظرية حتى يلغيه المشرع صراحة.(46)

2.2.1.2: الامر القضائي (اسلوب المنع)

ويعني ذلك السماح للافراد في الطعن بعدم الدستورية القانون الواجب التطبيق عليهم و ذلك ساتنادا الى عدم دستوريته بحيث اذا تم التطبيق عليهم فيمكن ان يؤدي الى الحاق الضرر عليه فقد اعطاه القانون الحق في اللجوء الى القضاء طالباً اصدار امر قضائي يوقف تنفيذ القانون لعدم دستوريته ، فتلتزم المحكمة بفحص القانون ومطابقته للدستور ، فاذا تبين لها مخالفته لاحكام الدستور اي ان القانون غير دستوري فعلاً ، اصدرت الى الموظف المختص بتنفيذ هذا القانون امراً قضائياً يمنع تنفيذ هذا القانون .(47)

و هذا الاسلوب اسلوب وقائي و هجومي ، لان الشخص قبل ان ينطبق عليه القانون المدعي بعدم دستوريته ، يبادر بادعائه طالباً امراً بعدم التنفيذ ، فهذا الاسلوب يتيح لكل مواطن المبادرة بمنع الاخلال والمساس بحقوقه ازاء قانون غير دستوري بضربها حتى قبل وقوع هذا الاخلال بالحق .(48)

45 - د. عبد الحميد متولي ، الوسيط في القانون الدستوري ، مطبعة اتحاد الجامعات ، دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1965، ص318.

46 - د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق ص206 وما بعدها، و د. عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق ، ص152. و د. عبدالعزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين ،المصدر السابق، 178-179.

47 - د. نورة فرغلي عبدالرحمن السناري ، مصدر سابق ، ص38. و د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص271. و د. عبدالعزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص179 وما بعدها.

48 - د.محمد رفعت عبد الوهاب ، المصدر السابق ، ص 272.

3.2.1.2: الحكم التقريري

يتميز هذا الاسلوب بانه اسلوب صريح و حديث حيث بمقتضاه يلجأ الشخص الى المحكمة الاتحادية يطالب فيه اصدار حكم يقرر ما اذا كان القانون المراد تطبيقه عليه دستوري او غير دستوري حتى اون لم يجد نزاع قائم فعليا او ان يكون للشخص مصلحة مباشرة وانما فقط ان يكون المصلحة محتمله .(49)

وهناك فرق بين هذا الاسلوب واسلوب الامر القضائي ، هو انه في الحالة الثانية تنفيذ القانون وشيك وحال ، اذ ان الموظف المختص بالتنفيذ في سبيل بدء اجراءات تنفيذه على المواطن ، اما في حالة الحكم التقريري فان القانون لم يطبق بعد ، وانما توقعاً من تطبيقه يلجأ الفرد الذي سيزار منه الى القضاء طالبا منع تنفيذه مستقبلا لعدم دستوريته ، وفي كثير من الاحيان ترددت المحكمة العليا في الاخذ بهذا الاسلوب الا انها قبلت به بعد اصدار الكونكريس سنة 1938 قانونا يخول به المحكمة المحمة الاتحادية سلطة اصدار الاحكام التقريرية في دستورية القوانين .(50)

2.2: النموذج الاوربي

تتميز الرقابة القضائية على دستورية القوانين في اوربا بانها رقابة مركزية ، حيث بموجب نصوص دستورية تعطي سلطة رقابة دستورية القوانين لمحكمة او مجلس متخصص. ولدراسة النموذج الاوربي، سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين الاول نتناول فيه الرقابة القضائية في المانيا ، اما المطلب الثاني فسنبحث الرقابة القضائية في فرنسا وكالاتي:-

1.2.2: المانيا والقضاء الدستوري

بعد الحرب العالمية الثانية وفي سنة (1949) تم وضع الدستور الالمانى حيث سمي ب القانون الاساسي ، وتم اقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين فيها ، حيث اخذ بالاسلوب المركزي المتخصص بالرقابة عن طريق المحكمة الدستورية الفدرالية ، حيث نص على انه "توضع سلطة اصدار الاحكام القضائية تحت امانة القضاء وتتم ممارستها من خلال المحكمة الدستورية الفدرالية ومن خلال المحاكم الفدرالية التي يرتئها هذا القانون الاساسي ومن خلال محاكم الولايات".(51)

49 - ينظر: د. امين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص121. و د. عبدالعزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق، ص182. و د. نورة فرغلي عبدالرحمن السناري ، المصدر السابق ، ص39.

50 - د. محمد رفعت عبدالوهاب ، المصدر السابق ، ص273. و د. امين عاطف صليبا ، المصدر السابق ، ص121.

51 - المادة (92) من القانون الاساسي الالمانى لعام (1949).

وستتناول الرقابة القضائية في ألمانيا في ثلاثة فروع ، في الاول نخصه لدراسة كيفية تشكيل المحكمة الدستورية الفدرالية ، اما الثاني فسنبحث فيه اختصاصات المحكمة ، ونخصص في الثالث للطرق المتبعة في تحريك الدعوى امام المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا.

1.1.2.2: المحكمة الدستورية الألمانية وكيفية تشكيلها

بموجب نص القانون الاساسي الألماني قد تم تنظيم تشكيل المحكمة الدستورية في ألمانيا حيث جاء فيه " 1- تتألف المحكمة الدستورية من قضاة فيدراليين ، واعضاء آخرين ، ويتم انتخاب اعضاء المحكمة الدستورية مناصفة من قبل كل من المجلس النيابي الفيدرالي ، والمجلس الفدرالي ، ولا يجوز ان يكون هؤلاء منتمين الى المجلس النيابي الفدرالي ، ولا الى المجلس الفدرالي ولا الى الحكومة الفدرالية ، ولا الى ما يقابلها من هيئات في الولايات. 2- يضع القانون الفدرالي انظمة دستورها ومجريات عملها ، ويحدد في اي من الحالات يكون لقرارها قوة القانون ، ويصح لهذا القانون ان يضع شرط استتزاز الطرق القانونية الاخرى ، كشرط مسبق لقبول الشكاوى لديها ، وان يرتئي اصولاً خاصة لقبول رفع الدعاوى لديها". (52)

وحسب قانون المحكمة الدستورية الفدرالية الذي صدر في (12 / اذار / 1951) والمعدل في عام (1970م) تتألف المحكمة من من ستة عشرة قاضياً ، ينتخب كل من المجلس الاتحادي الفدرالي والبرلمان الفدرالي عدداً منهم مساويص لما ينتخبه الاخر ، ولا يتم التعيين الا باكثرية الثلثين في كل من المجلسين(53). ويجب اختيار ستة من اعضائها من بين قضاة المحاكم الفدرالية العليا ، على ان تكون لهم نفس فترة الخدمة التي كانوا يستحقونها في تلك المحاكم ، والعادة ان تكون هذه لمدى الحياة ، وينتخب الباقيون لمدة اثني عشرة سنة ، ويجب ان لا تقل سن المرشح عن اربعين سنة ، وان يكون متمتعاً بالمؤهلات التي تخوله عضوية البرلمان الفدرالي ، والمؤهلات التي تخوله حق اشغال منصب قضائي ، او منصب اداري عالي ، وان يكون قد اصبح ذا دراية واسعة بالقانون العام ومجرباً في الحياة العامة .(54)

ان اختيار هؤلاء القضاة حسب النظام المتفق عليه يحاول ان يجمع بين الثبات والتغيير ، فالقضاة الستة الثابتون الذين يتم اختيارهم من المحاكم الفدرالية العليا ، يشكلون نواة للمحكمة لا تتأثر بالتغير السياسي ، اما القضاة العشرة الباقيون ، فانهم يعكسون القوى البرلمانية الحزبية القائمة حين انتخابهم ، ويمكن تغيرهم بعد

52 - المادة (94) من القانون الاساسي الألماني لعام (1949).

53- ينظر المادة (2) من قانون المحكمة الدستورية الفدرالية الألماني رقم (16) لسنة (1951).

54- كاروان عزت محمد الدوسكي ، مصدر سابق ، ص164.

اثنى عشر سنة مع امكان اعادة انتخابهم ، الا ان اشتراط حصول المرشح منهم على تسعة اصوات انتخابية يؤدي الى ترجيح انتخابهم بنتيجة ائتلاف حزبي .(55)

2.1.2.2: اختصاصات المحكمة الدستورية الالمانية

القانون الاساسي الالمانى فى المادة (93) نصت على اختصاصات المحكمة الدستورية ، ويمكن ان نجمل هذه الاختصاصات و كالاتى:

اولاً: الرقابة على دستورية القوانين

تستطيع المحكمة بموجب هذا الاختصاص الرقابة على اعمال السلطات التشريعية الفدرالية كانت او المحلية اي ما يسمى الولايات ، لكن ليس من اختصاص المحكمة تحريك الرقابة الا بعد صدور القوانين ، اي انها رقابة قضائية لاحقة على صدور القوانين. وهنا المحكمة نفس القانون وفق نصوص الدستور بدلاً من ان تعلن عدم دستورية القانون مع اصدار الاوامر الى المحاكم الدنيا، او ان تبلغها الى السلطة التشريعية للقيام بتعديل القانون المطعون بدستوريته خلال فترة زمنية محددة ، وقرار المحكمة حاسم ، خاصة فى الامور المتعلقة بالقوانين الاساسية التي نص عليها الدستور.(56)

ثانياً: اختصاصها النظر فى الخلافات التي تثار بين الحكومة الفدرالية والولايات ، او فيما بين الولايات نفسها ، وتفسير الدستور فى حالة وجود خلاف حول مدى صلاحية اعضاء الدولة:

ونص عليه القانون الاساسي الالمانى حيث نص على انه "تصدر المحكمة الدستورية الفدرالية قراراتها حول تفسير هذا القانون الاساسي ، فى حالة وجود خلافات حول مدى الحقوق والواجبات الخاصة بأرفع الهيئات الفدرالية، وفى حاة حدوث خلافات بالرأى فيما اذا كان احد القوانين يلبي متطلبات المادة (72) فقرة (2) ، وفى حالة اختلاف الاراء حول حقوق وواجبات الاتحاد والولايات ، وفى خلافات اخرى تتعلق بقضايا الحق العام بين الاتحاد والولايات ، او بين الولايات المختلفة ، او داخل احدى الولايات ، ان لم يكن هناك طريق قضائي اخر .(57)

55- د. محمد سلمان محمود ، الاسس القانونية للرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، كلية القانون ، العدد: 22 ، المجلد السادس ، 2017 ، ص 287 .

56 - كاروان عزت محمد دوسكى ، مصدر سابق ، ص 166 .

57 - ينظر المادة (93) افقرة الاولى (1،2،3،4) من القانون الاساسي الالمانى لسنة (1949).

ثالثاً: الدعاوى التي ترفعها الاشخاص ويدعون بوجود انتهاك لاحد الحقوق والحريات الاساسية من قبل احدى سلطات الدولة التشريعية او التنفيذية او القضائية:

فالقانون الاساسي الالمانى نص على ان "تصدر المحكمة الدستورية الفدرالية قراراتها: 4- أ- حول الشكاوى الدستورية التي تستطيع اي شخص ان يرفعها للدعاء بانه قد لحق به ضرر من جراء ممارسات السلطة العامة ، وهذا الضرر يتعلق بالمساس باحد الحقوق الأساسية ، او بأحد حقوقه التي تتضمنها المادة (20) الفقرة (4) والمواد (33 ، 38 ، 101 ، 103 ، 104) .(58)

وعند النظر المواد المذكورة ضمن النص اعلاه يتبين بانها في مجملها تتحدث عن الحقوق والحريات الاساسية التي تم اقرارها بنصوص صريحة ن واعطى الدستور الحق لكل فرد حق مقاضاة اية هيئة في الدولة ، اذا ما اضررت بأحد تلك الحقوق والحريات ، عن طريق دعوى مباشرة امام المحكمة الدستورية الفدرالية ، وبامكان اي مواطن ان يرفع دعوى امام المحكمة الدستورية يطعن فيها بأي قرار حكومي ، بما فيها القرارات القضائية في حال انتهاكها لأي حق من حقوقه الاساسية ، وعدم الدستورية قد يظهر عند انتهاك قاعدة اساسية من قواعد اصول المحاكمات المدنية او الجزائية ، او افي حالة تطبيق القاعدة بصورة غير دستورية.(59)

رابعاً: محاكمة رئيس الدولة:

اعطى القانون الاساسي الالمانى للمحكمة الدستورية الفدرالية صلاحية محاكمة رئيس الدولة ، حيث نص على انه " 1- يستطيع مجلس النواب الفدرالي او المجلس الاتحادي رفع دعوى امام المحكمة الدستورية الفدرالية ضد رئيس الجمهورية الفدرالية. 2- اذا ثبت للمحكمة الدستورية الفدرالية ان رئيس الجمهورية الفدرالية مذنب بسبب المساس المتعمد بالقانون الاساسي ، او بقانون فدرالي اخر ، تستطيع المحكمة حينئذ اعلان اعتباره فاقداً لمنصبه ، وتستطيع المحكمة بعد رفع الدعوى ان تصدر أمراً قضائياً عاجلاً بأنه يتعذر عليه ان يمارس مهام منصبه" .(60)

اضافة الى ذلك فللمحكمة الدستورية الفدرالية صلاحيات اخرى مهمة ، منها النظر في الطعون التي تقدم حول عدم دستورية الاحزاب السياسية ، وكذلك حول الدستور السلطة التشريعية ان تحيل اي نوع من القضايا الى

58 - الفقرة (1 / 4 / أ) من المادة (93) من القانون الاساسي الالمانى لسنة (1949).

59 - كاروان عزت محمد دوسكي ، مصدر سابق ، ص 167 - 168 .

60 - الفقرة (1 / 1 ، 2) من المادة (61) من القانون الاساسي الالمانى لسنة (1949).

المحكمة الدستورية من خلال قوانين فدرالية ، فقد نص القانون الاساسي على انه " ستقوم المحكمة الدستورية الفدرالية بالتعامل مع القضايا الاخرى التي تحال اليها من خلال اي قانون فدرالي".(61)

يتبين من خلال ما ذكر ان للمحكمة الدستورية الفدرالية سلطات واسعة ، فالدستور يمنحها حق المراقبة على جميع هيئات الدولة ، فلها ان تبطل القوانين المخالفة للدستور التي تصدرها السلطة التشريعية ، ولها ان تلغي اي إجراء إداري او حكومي يصدر من السلطة التنفيذية في حالة تعارضه مع الدستور ، وفيما يتعلق بمراقبتها للمحاكم العادية ، فلها حق الغاء اي حكم بسبب عدم دستوريته ، وبالتالي فإننا يمكن ان نقول بأنه من غير الممكن ان تقوم اية سلطة من سلطات الدولة بعمل يؤثر على حقوق وواجبات الاعضاء الاخرين دون أن يكون هذا العمل تحت السيطرة الكاملة للمحكمة الدستورية الفدرالية.(62)

3.1.2.2: طرق تحريك الدعوى امام المحكمة الدستورية الالمانية

ان طرق تحريك الدعوى امام المحكمة الدستورية والجهات التي يمكنها تحريك الدعوى فهي اما ، ان يكون من قبل الحكومة الفدرالية او حكومات الولايات ، او بناءً على ثلث اعضاء مجلس النواب ، اي ان تحريك الدعوى هنا يتم عن طريق السلطات العامة .(63)

واعطى ايضا الحق للأشخاص العاديين في تقديم الطلب للمحكمة الدستورية مباشرة ، اذا كان القانون يمس الحقوق الدستورية للأفراد .(64)

واعطى القانون الاساسي الالمانى الحق للمحاكم عند النظر في القضايا في احالة الدعوى الى المحكمة الدستورية ، في حالة وجود المساس في حقوق الافراد في دستورية القانون المطلوب تطبيقه على الدعوى ، وذلك في الحالات الاتية :- (65)

- 1- في حالة عدم دستورية القانون الذي سوف يطبق على الدعوى المنظورة امام المحكمة .(66)
- 2- اذا وجدت المحكمة العادية شكوك بأن احدى قواعد القانون الدولي تكون جزءاً من القانون العادي وقد نص القانون الاساسي على انه " اذا ظهرت شكوك في احد الخلافات القانونية فيما اذا كانت احدى قواعد

61 - ينظر الفقرة (2) من المادة (93) من القانون الاساسي الالمانى اعلاه .

62 - كاروان عزت محمد دوسكي ، مصدر سابق ، ص 168.

63 - د. محمد سلمان محمود ، مصدر سابق ، ص 289.

64 - ينظر: المادة (97) من القانون الاساسي الالمانى لسنة (1949).

65 - في تفاصيل حق المحاكم العادية في حالات احالة الدعوى الى المحكمة الدستورية ينظر: كاروان عزت محمد دوسكي ، المصدر السابق ، ص 169 - 170.

66 - ينظر المادة (100 / 1) من القانون الاساسي الالمانى لسنة (1949).

القانون الدولي تكون جزءاً من التشريع ، فعلى المحكمة ان تحول القضية الى المحكمة الدستورية الفدرالية للبت فيها". (67)

3- اذا خرجت احدى المحاكم العليا لاحدى الولايات عن تفسير كان قد صدر من المحكمة الدستورية الفدرالية ، او محكمة دستورية لاحدى الولايات ، فقد جاء في القانون الاساسي " اذا ارادت محكمة دستورية لاحدى الولايات أن تحيد لدى تفسيرها للقانون الاساسي عن قرار كانت قد اتخذته في السابق المحكمة الدستورية الفدرالية ن او محكمة دستورية لاحدى الولايات ، فعلى تلك المحكمة الدستورية ان نحصل على القرار في ذلك من المحكمة الدستورية الفدرالية". (68)

4.1.2.2: اساليب الرقابة القضائية للمحكمة الدستورية الالمانية

هنالك اسلوبين للرقابة القضائية للمحكمة الدستورية الالمانية ويتبعها في حالة عدم دستورية القوانين ويمكن تلخيصها بما يلي الاتيين:

1- الدفع الفرعي: في حالة اثاره الدفع امام احدى المحاكم بعدم دستورية قانون ما ، قرر تلك المحكمة بعدم دستوريته وذلك بوجود اسباب حقيقية تقدمها احدى اطراف النزاع ، فتحيل الطلب بناء على هذه الدعوى الى المحكمة الدستورية الفدرالية للتحقق في مدى دستوريته. (69)

واذا اثير لدى المحكمة الشك حول دستورية القانون المطلوب تطبيقه على النزاع للمحكمة وهي تنظر في قضية من القضايا الحق فقد اعطت الدستور الحق في احالة الامر الى المحكمة الدستورية الفدرالية، وكذلك للافراد الحق في ان يطعنوا في احكام المحاكم الصادرة ضدهم امام المحكمة الدستورية الفدرالية ، اذا كان الحكم الصادر قد خالف الدستور ، وهنا تكون المحكمة الدستورية الفدرالية بمثابة محكمة نقض او محكمة الدرجة الاعلى وتسمى هذه الرقابة بالرقابة على مدى دستورية تطبيق القوانين ، سواء بواسطة المحاكم ام الإدارة. (70)

67 - المادة (100 / 2) من القانون الاساسي الالمانى اعلاه.

68 - المادة (100 / 3) من القانون الاساسي الالمانى لسنة (1949).

69 - ينظر: المادة (100) من القانون الاساسي الالمانى اعلاه.

70 - د. محمد سلمان محمود ، مصدر سابق ، ص276-277.

2- الدعوى الاصلية (دعوى الالغاء): الدستور اعطى الحق لرئيس الدولة ، او ثلث اعضاء مجلسي النواب والاتحاد ، او المحاكم الاتحادية او مجالس حكومات الولايات ، رفع الدعوى بشكل مباشر امام المحكمة الدستورية الفدرالية ، ومطالبة القضاء بالغاء قانون ما لعدم دستوريته.(71)

اما بالنسبة للافراد العاديين فلم للجوء الى المحكمة الدستورية الفدرالية بطريقة رفع الدعوى المباشرة ، في حالة انتهاك احدى الحقوق الاساسية التي نصت عليها في بعض المواد الدستورية مثل المواد من (المادة الاولى الى المادة 19 والمادة 20 الفقرة الرابعة والمواد 33 و 38 و 101 و 104) وهكذا يكون للافراد حق الطعن المباشر امام المحكمة الدستورية بدعوى اصلية .(72)

يتبين من خلال ما ذكره , ان القانون الاساسي الالمانى قد تبنى الاسلوبين الاساسيين في رفع الدعوى امام المحكمة الدستورية وهما: اسلوب الدفع الفرعي سواء من قبل احد اطراف الدعوى ، او ان تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها ، والاسلوب الاخر هو اسلوب الدعوى الاصلية المباشرة (دعوى الالغاء) .

2.2.2: القضاء الدستوري في فرنسا

الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا مرتت بمرحل متعاقبة و متعددة ، بدءا من دستور عام 1799 مروراً بدستور عام 1852 ودستور 1946 وصولاً الى دستور عام 1958. وتم انشاء اول مجلس للرقابة على دستورية القوانين في فرنسا في دستور عام 1799 وسمي ب(المجلس المحافظ) وعهد اليها مهمة المحافظة على الدستور ، وكان مهمة المجلس ممارسة الرقابة على القوانين قبل اصدارها في حالة الطلب منه ان يقوم بذلك عن طريق الحكومة او عن طريق هيئة خاصة ، كانت تتكون من ثمانية اشخاصاً ، وتم اقرار مبدأ الرقابة على دستورية القوانين بعد صدور دستور عام 1852 وذلك عندما انشي هيئة مشابهة للهيئة القديمة سميت (مجلس الشيوخ المحافظ) وكان اعضائها يختارون من فئات عليا في المجتمع ويعينون مدى الحياة .(73)

وكانت تحيل جميع القوانين قبل اصدارها للمجلس الجديد ، لاقرار دستوريتها ، وتوسعت اختصاصاتها لتشمل الغاء القوانين المخالفة للدستور او تعديلها ، كما اصبح للافراد الحق في مطالبة المجلس بالغاء القوانين

71 المادة (93) فقرة (2) من القانون الاساسي الالمانى لسنة (1949).

72 - د. مصطفى عفيفي ، رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية ، الطبعة الاولى ، دون تاريخ ، ص 143.

73 - د. محمد رفعت عبد الوهاب ، ص 211-112.

إذا ثبت عدم دستوريته ، بيد ان كلا المجلسين لم يوفقا في هذه المهمة بسبب سيطرة الامبراطور عليهما ، حيث كان المجلسين اداة بيد الامبراطور ، بالاضافة الى عدم استقلالية اعضائها.(74)

وانشأ اللجنة الدستورية في دستور عام 1946 ومهمتها الرقابة على دستورية القوانين ، ويرئسها رئيس الجمهورية ، وتضم في عضويتها رئيس مجلس البرلمان ، وسبعة اعضاء يتم اختيارهم من قبل الجمعية الوطنية من غير اعضائها على اساس التمثيل النسبي للحزاب السياسية ، وثلاث اعضاء يتم اختيارهم من قبل مجلس الجمهورية ، وكان عمل هذه اللجنة هزيبا وضعيفا لدرجة لايمكن اعتبار عملها رقابة حقيقية للدستور ، وانما كان عملها توفيقيا بين مجلسي البرلمان حتى وان كان هذا التوافق مخالفا للدستور لذلك وجهت اليه انتقادات كثيرة.(75)

وتبنت الرقابة على دستورية القوانين بعد صدور دستور عام 1958 ، واحيلت مهمة الرقابة الى المجلس الدستوري وهي هيئة سياسية غير متخصصة وذلك بالنص عليه في المواد من (56 الى 63) ، حيث وضع اسس ونظام المجلس الدستوري بشكل يكفل له ضمانات الاستقلالية والحياد في ممارسة اختصاصه الرقابي على السلطين التشريعية والتنفيذية بالاضافة الى ممارسة رقابة حقيقية على دستورية القوانين ، وعلى المجلس ان يصدر قرارها بشأن القانون الذي احيل اليه المشكوك في دستوريته ، خلال شهر من تاريخ الاحالة .(76)

ومن خلال ما ذكرناه لمراحل تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا ، سنتناول الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا وذلك في ثلاثة فروع ، نتناول في الفرع الاول منه كيفية تشكيل المجلس الدستوري ، وفي الفرع الثاني نتناول فيه اختصاصات المجلس ، اما الفرع الثالث فسنناول لاساليب تحريك الدعوى امام المجلس الدستوري الفرنسي.

1.2.2.2: تشكيل المجلس الدستوري الفرنسي

الدستور الفرنسي اوضح كيفية تشكيل المجلس الدستوري ، فموجب نص المادة (56) منه على المجلس يتكون من نوعين من الاعضاء ، اعضاء بحكم القانون واطعاء معينون:(77)

74 - د. عبدالعزيز محمد سلمان ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص193 وما بعدها.

75 - د. محمد رفعت عبدالوهاب ، المصدر السابق ، ص 213.

76 - د. محمد رفعت عبدالوهاب ، نفس المصدر ، ص216.

77- المادة (56) من الدستور الفرنسي لسنة (1956) .

1- الاعضاء الدائمون بموجب القانون: وهم كل من رؤساء الجمهورية السابقون الموجودون على قيد الحياة ، وعضويتهم تكون لمدى الحياة ، والحكمة من تعيينهم هي الاستفادة من خبرتهم التي اكتسبوها خلال فترة حكمهم.

2- الاعضاء المعينون: وهؤلاء عددهم تسعة اعضاء ومدة عضويتهم تسع سنوات غير قابلة للتجدد، ويتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية ، ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ، بحيث يختار كل واحد منهم ثلاثة اعضاء ، ولا مكان التجديد في عضوية المجلس ، فإن لكل من له حق الاختيار ان يختار واحداً لمدة ثلاثة سنوات وواحداً لمدة ستة سنوات وواحداً لمدة تسعة سنوات ، وهذه الطريقة تضمن تجديد ثلث اعضاء المجلس المعينين كل ثلاثة سنوات.

3- رئيس المجلس: يعين رئيس الجمهورية احد اعضاء المجلس ، سواء من الاعضاء المعينين او من الاعضاء بحكم القانون ، رئيساً للمجلس ويكون للرئيس صوت مرجح في حالة تساوي الاصوات.(78)

2.2.2.2: اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي

هناك اختصاصين للمجلس الدستوري الفرنسي وبينها الدستور الفرنسي ، وذلك بحسب المادة (61) من الدستور ، وهي اختصاصت الزامية واخرى اختيارية ، وهذا ما سنتناوله من خلال هذا الفرع.

1- الاختصاص الالزامي (الوجوبي): المادة (61) فقرة اولاً من الدستور حدد الاختصاصات الالزامية للمجلس الدستوري ، والتي تشمل القوانين العضوية واللوائح الداخلية (النصوص التنظيمية) ، فالدستور اوجبت عرض القوانين الاساسية على المجلس قبل اصدارها ، وعرض اللوائح الداخلية للمجلس النيابي قبل تطبيقها على المجلس الدستوري ، ليقرر مدى مطابقتها لنصوص الدستور.

و تعرض هذه المجموعة من القوانين على المجلس الدستوري ليبيدي فيه رايه ، وذلك من غير طلب او طعن ، والرقابة الوجوبية التي تمارسها المجلس على القوانين الاساسية هي رقابة وقائية ، اي سابقة على اصدار القانون الاساسي.(79)

وتعتبر من الاختصاصات الالزامية للمجلس ، الاشراف على انتخابات رئيس الجمهورية من خلال فحص طعون الناخبين وتحديد اعلان نتائج الانتخابات الرئاسية ، وكذلك الاشراف على سلامة وصحة

78 - لمزيد من التفاصيل راجع د. عبدالغني بسيوني عياد ، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 197.

79 - د عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق ، ص 327.

اجراءات انتخابات اعضاء البرلمان (مجلسي النواب والشيوخ) والبت في الطعون المقدمة من الناخبين والمرشحين ، وتشرف المجلس الدستوري ايضاً على سلامة سير وانتظام عملية الاستفتاء.

2- الاختصاص الاختياري (الجوازي): والذي يقوم المجلس الدستوري بالرقابة بشكل اختياري وتمثل في ، القوانين العادية حيث يجوز لرئيس الجمهورية ، او الوزير الاول ، او رئيس الجمعية الوطنية ، او رئيس مجلس الشيوخ ، او ستين نائباً او ستين شيخاً ، عرض اي قانون اقره البرلمان او مشروع قانون قبل اصداره على المجلس ، ليقرر مدى مطابقتها للدستور.(80)

ويعتبر من اختصاص المجلس الدستوري اختياريًا بفحص دستورية المعاهدات الدولية ، اذا كانت مخالفة للدستور قبل التصديق عليها، وذلك بموجب المادة (54) من دستور عام (1958).

ويجب على المجلس ان يبدي رأيه حول دستورية القانون خلال شهر وذلك في الحالتين الاختصاص الوجوبي والجوازي الاختياري, ومع ذلك يجوز ان تطلب من المحكمة في حالة الاستعجال تقصيره الى ثمانية ايام.

وقد نص دستور عام (1958) في المادة (62) على ان النص الذي يعلن المجلس الدستوري عدم دستوريته ، لا يجوز اصداره او تطبيقه ، كما نصت ايضاً على ان قرارات المجلس لا يقبل الطعن فيه ، وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الادارية والقضائية .(81)

و القوانين المقررة من قبل الشعب من خلال الاستفتاء العام ، فلا تعتبر من اختصاص المجلس الدستوري ، ولا تخضع لرقابة المجلس لانها تمثل تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية التي لا يعلوها شيء ، ولا يصبح هناك مجال للبحث في دستوريته بعد ذلك.

3.2.2.2: اساليب تحريك الدعوى امام المجلس الدستوري الفرنسي

ان طرق تحريك الرقابة على دستورية القوانين امام المجلس الدستوري الفرنسي تختلف باختلاف انماط الرقابة التي تمارسها المجلس ، وهذه الانماط كما بيينا في الفرع السابق ، هي اما انماط الزامية او انماط جوازية.

80 - المادة (61) الفقرة الثانية من الدستور الفرنسي عام 1958.

81 - ينظر المادة (62) من الدستور الفرنسي عام 1958.

1- صورة الاحالة الالزامية: ان تحريك الرقابة للقوانين الاساسية والانظمة الداخلية لمجلس البرلمان يتم عن طريق الاحالة الالزامية من قبل رئيس الوزراء فيما يتعلق بالقوانين الاساسية قبل اصدارها ، او من قبل احد رؤساء مجلس البرلمان فيما يتعلق بالانظمة الداخلية قبل تطبيقها.(82)

2- صورة الدعوى المباشرة: ان تحريك الرقابة على دستورية القوانين جوازية اذا كان تحريكها يتم عن طريق الدعوى المباشرة من قبل بعض السلطات السياسية ، وهم رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيس مجلس الشيوخ ورئيس مجلس النواب ، وستون نائباً او شيخاً ، وذلك فيما يتعلق بالقوانين العادية قبل اصدارها(83). وكذلك فيما يتعلق بالتعهدات الدولية قبل التصديق عليها.(84)

اما اذا كانت تحريك الرقابة على دستورية القوانين امام المجلس الدستوري متنوعة بين الاحالة الالزامية والدعوى ، فليس من حق الاشخاص طلب تحريكها بل انها محصورة ومحتكرة من جانب بعض السلطات العامة ، وبصورة بارزة من قبل الاقلية البارزة في البرلمان ، كما ان الرقابة حتى وان كانت بطريقة الدعوى ، فانها تعد وقائية لانها ترفع ضد مشروعات القوانين اي القوانين قبل اصدارها ، وليس ضد القوانين بعد اصدارها ونفاذها .(85)

من خلال ما تناولناه فنرى ان الطابع السياسي للمجلس الدستوري الفرنسي هو الغالب ، فهي رقابة سياسية لانه لا يقوم بها جهة قضائية ، فقد لا تكون اعضائها من القانونيين او القضاة ، وتمارس المجلس الدستوري الرقابة السابقة على دستورية القوانين ، وهي رقابة وقائية تهدف الى منع صدور القانون اذا كان مخالفاً للدستور.

3.2: النموذج العراقي

منذ بداية تشكيل الدولة العراقية ظهر القضاء الدستوري فيه ، فقد نص عليها القانون الاساسي لعام 1925 ، وبعد ذلك في دستور عام 1968 ، وبعد سقوط النظام في عام 2003 جاء قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية والدستور العراقي لسنة 2005 ليؤكد على تشكيل هيئة دستورية قضائية مهمتها الرقابة على دستورية القوانين ، وستولى بحث القضاء الدستوري في العراق من خلال اربعة مطالب ، نتناول في الاول التطور التاريخي لنشأة القضاء الدستوري في العراق ، والمطلب الثاني سنتناول فيه انشاء المحكمة الاتحادية

82 - ينظر المادة (61) الفقرة الاولى من الدستور الفرنسي عام 1958.

83- ينظر المادة (61) الفقرة (2) من الدستور الفرنسي 1958

84- المادة (54) من الدستور الفرنسي.

85 - د. عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق ، ص 410.

في العراق ، اما المطلب الثالث قسنتناول لطرق رفع الدعوى امام المحكمة الاتحادية وصلحاياتها ، وفي المطلب الرابع سنتناول دور المحكمة الاتحادية في الرقابة على الاغفال التشريعي.

1.3.2: التطور التاريخي لنشأة القضاء الدستوري في العراق

بهدف دراسة النشأة التاريخية للقضاء الدستوري في العراق ، فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في الفرع الاول منه لدراسة القضاء الدستوري قبل عام 2003 ، اما الفرع الثاني فسنخصص فيه القضاء الدستوري بعد عام 2003.

1.1.3.2: القضاء الدستوري في العراق قبل عام 2003

اول ظهور للقضاء الدستوري العراقي كان في القانون الاساسي لعام 1925م والدساتير التي جاءت بعدها ، حيث جاءت في بعض هذه الدساتير فكرة الرقابة على دستورية القوانين ، وجاءت في بعضها تشكيل المحاكم الدستورية ، وبهدف دراسة نشأة وتاريخ القضاء الدستوري في هذه المرحلة سنتناول الدساتير التي اشارت الى القضاء الدستوري.

اولاً: القانون الاساسي العراقي لسنة 1925

تضمن القانون الاساسي العراقي الصادر سنة 1925 الرقابة على دستورية القوانين ونص على انشاء محكمة عليا خاصة تختص بالرقابة على دستورية القوانين.

1- المحكمة العليا ومهمتها:

حيث نص القانون الاساسي لسنة 1925 على انشاء محكمة عليا وتكون مهمتها النظر في دستورية القوانين⁽⁸⁶⁾. وفيما يتعلق في كيفية تشكيلها فانها تتشكل من تسعة اعضاء ، اربعة ينتخبهم مجلس الاعيان من اعضاءه ، اما الاربعة الاخرون فيتم اختيارهم من قضاة محكمة التمييز او غيرهم من كبار القضاة.⁽⁸⁷⁾ ويكون رئيس المحكمة رئيس مجلس الاعيان ، وفي حالة عدم حضوره يتراس المحكمة نائبه، وذلك بحسب المادة (82) من القانون الاساسي.

86- ينظر المادة (81) من القانون الاساسي العراقي عام 1925.

87 المادة (82 / فقرة 3) من القانون الاساسي العراقي عام 1925.

وتصدر رئيس مجلس الاعيان قرارات تعيين قضاة المحكمة العليا ، وقضاة محكمة التمييز ، وكبار القضاة باكثرية اراء الاعضاء الحاضرين ما لم ينص القانون الاساسي على غير ذلك، واذا تساوت الاراء فان للرئيس صوت الترجيح.(88)

وفيما يتعلق بمدة العضوية في المحكمة العليا فان المدة غير محددة ، وانما تحدد بالفترة الزمنية التي تستغرق للنظر في القضية المنظورة امام المحكمة وبانتهائها تنتهي العضوية، وهذه المدة تختلف بطبيعة الحال من قضية الى اخرى.(89)

2- المحكمة العليا و اختصاصاتها :

الاختصاص الاساسي للمحكمة العليا هو محاكمة الوزراء ، واعضاء مجلس الامة المتهمين بجرائم سياسية ، او بجرائم تتعلق بوظائفهم العامة ، ومحاكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة عن وظائفهم ، والبحث في كل ما يتعلق بتفسير القانون الاساسي ومطابقة القوانين الاخرى لاحكامه .(90)

ويتبين من خلال ما عرضناه انها تختص بمحاكمة الوزراء واعضاء مجلس الامة بجرائم سياسية او بجرائم تتعلق بالوظائف العامة ، وكذلك محاكمة قضاة محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة عن وظائفهم ، وتفسير القانون الاساسي ومطابقة القوانين الاخرى لاحكامه ، وذلك بازالة اي غموض يتعلق بالقانون الاساسي او اي تعارض بين نصوصه ، وايضا تختص بمراقبة التشريعات التي تصدر من السلطة التشريعية حول مدى مطابقتها لنصوص القانون الاساسي. ويذكر ان القانون الاساسي لم يوضح الجرائم السياسية ولا مفهومها(91). والجهة الوحيدة التي كان لها الحق في النظر في دستورية القوانين ومدى موافقتها لاحكام القانون الاساسي كانت هذه المحكمة اي ان الدستور اي بما يسمى القانون الاساسي اعطت السلطة المركزية للمحكمة اي اعطتها اختصاص كهيئة وحيدة .(92)

3- المحكمة العليا وكيفية نظر الدعوى امامها:

ان تحريك الدعوى امام المحكمة العليا تتوقف على طبيعة كل ما يمكن عرضه من موضوع امامها ، ولهذا فان تحريك الدعوى امام هذه المحكمة قد تمت معالجته بشكل مختلف.

88 - ينظر المادة (51) من القانون الاساسي العراقي لسنة 1925 .

89 - كاروان عزت محمد دوسكي ، مصدر سابق ، ص 173 .

90- ينظر المادة (81) من القانون الاساسي العراقي عام 1925 .

91 - كاروان عزت محمد دوسكي ، مصدر سابق ، ص 174-175 .

92 - د. عبدالرحمن سليمان زبياري ، السلطة القضائية في النظام الفدرالي (دراسة مقارنة) ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، ص486.

فاذا خص الموضوع بمحاكمة الوزراء او اعضاء مجاس الامة او حكام محكمة التمييز ، فقد نص القانون الاساسي على انه "اذا اقتضى اجراء محاكمة امام المحكمة العليا تحال القضية اليها بناء على قرار اتهامي صادر من مجلس النواب باكثرية ثلثي الراء من الاعضاء بكل قضية على حدة".(93)

وإذا كان يتعلق بتفسير احكام القانون الاساسي او مخالفة احدى القوانين لاحكامه ، فان المحكمة يجتمع بارادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء ، وفي حالة عدم اجتماع مجلس الامة تعيين اعضاء المحكمة بقرار من مجلس الوزراء وارادة ملكية.(94)

والقرار الذي يصدره المحكمة العليا ، يجب ان يصدر باكثرية ثلثي اراء المحكمة ، وذلك بموجب المادة (86 / فقرة 1) من القانون الاساسي.

ولا يحق للأفراد العاديين و الهيئات والمؤسسات الاخرى الطعن في دستورية القوانين ، مما يؤكد على الطبيعة السياسية للرقابة في ظل القانون الاساسي.(95)

وفي القرارات التي تصدرها المحكمة العليا ملزمة للكافة وغير قابلة للطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن امام اية هيئة اخرى ، ويجب تطبيق تلك القرارات في المحاكم ودوائر الدولة.(96)

ولم تباشر المحكمة اختصاصاتها في مجال الرقابة على دستورية القوانين الا مرة واحدة عام 1938 بالغائها قانون منع الدعايات المضرة رقم (20) لسنة 1938 والتي قضت بعدم دستوريته.(97)

اما بخصوص اختصاص المحكمة بمحاكمة الوزراء واعضاء مجلس الامة وقضاة محكمة التمييز التي نصت عليه المادة (81) من القانون الاساسي ، فلم يحدث ان مارست المحكمة اختصاصها هذا في احد من هؤلاء.(98)

وفقهاء القانون انتقدوا القانون الاساسي ، لانه لم يتضمن هذا القانون ضمانات لاعضاء المحكمة العليا للقيام بواجبهم ، كما انه العضوية المؤقتة في المحكمة كانت نقطة ضعف اخرى لها.(99)

93 - ينظر المادة (82) من القانون الاساسي العراقي عام 1925.

94 - ينظر المادة (83) من القانون الاساسي العراقي عام 1925.

95 - د.عبدالرحمن سليمان زبياري ، المصدر السابق ، ص486.

96- المادة (87) من القانون الاساسي العراقي.

97 - د. اسماعيل مرزة ، مصدر سابق ، ص432.

98 - د. كطران زغير نعمة واخرون ، مصدر سابق ، ص321.

99 - د. اسماعيل مرزة ، المصدر السابق ، ص433.

وكانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في القانون الاساسي متواضعة جداً ، ولم يشكل لاية تقاليد دستورية ذات قيمة بهذا الشأن ، وبالتالي لا يمكن القول ان كل تجربة جديدة تكون بدايتها متواضعة ، لان هذا الدستور طبق اكثر من ثلاثين سنة ولم تثبت هذه التجربة اية جدوى .(100)

ثانياً: دساتير العهد الجمهوري والقضاء الدستوري

لم يتضمن الدساتير الجمهورية نص يتعلق بالقضاء الدستوري والرقابة على دستورية القوانين الى ان جاء دستور عام 1968 الذي اخذ بالرقابة القضائية وانشاء محكمة دستورية عليا حيث جاء في المادة (87) منه "تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير احكام هذا القانون ، او البت في دستورية القوانين ، وتفسير القوانين الادارية والمالية ، والبت في مخالفة الانظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزماً".

وبالرجوع الى احكام نص هذه المادة صدر القانون رقم(159) لسنة 1968 بانشاء المحكمة الدستورية العليا(101). حيث نص هذا القانون الية تشكيل المحكمة واختصاصاتها وكيفية تحريك الدعوى امامها.

اما فيما يخص كيفية تشكيل المحكمة نص هذا القانون ان المحكمة تتكون من تسعة اعضاء ، ثلاثة منهم اعضاء فيها بحكم مناصبهم وهم رئيس محكمة التمييز رئيساً ورئيس ديوان التدوين القانوني ورئيس مجلس الرقابة المالية ، وثلاثة من الاعضاء الدائمين لمحكمة تمييز العراق ، وثلاثة اعضاء من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن مدير عام ، يتم تعيينهم باقتراح من وزير العدل ويصدر بتعيينهم مرسوم جمهوري ، واربعة اعضاء احتياط اثنان منهم من قضاة محكمة التمييز واثنان من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن درجة مدير عام .(102)

وفيما يخص جلسات المحكمة فتتم بدعوة رئيسها وبكامل اعضائها كلما اقتضت الحاجة لذلك ، والاغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات في المحكمة هي الاغلبية المطلقة وعند تساوي الاصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس .(103)

100 - سليم نعيم خضير الخفاجي ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية ، بحث منشور في مجلة اهل البيت ، العدد:8 ، لسنة 2009 ، ص 327.

101 - منشور في الوقائع العراقية ، العدد (1659) في 1968/12/2.

102 - المادة (1) فقرة (1) من قانون المحكمة الدستورية رقم (159) لسنة 1968.

103 - المادة (2) فقرة (1و2) من قانون المحكمة الدستورية رقم (159) لسنة 1968.

وعند صدور قرار المحكمة بعدم دستورية القانون ، فان ذلك القانون او الجزء المخالف منه تعد ملغاة من تاريخ صدور قرار المحكمة ، اما قرار المحكمة بتفسير الدستور او القوانين الادارية او المالية ، فيكون ملزماً وواجب الاتباع من تاريخ صدور القرار .(104)

واما فيما يخص باختصاصات المحكمة الدستورية ، فقد بين المادة (4) من القانون هذه الاختصاصات وهي تفسير احكام الدستور ، والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الادارية ، والبت في مخالفة الانظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها وكذلك البت في مخالفة المراسيم لسندها القانوني.

وحول الجهة التي يحق لها تحريك الدعوى امام المحكمة الدستورية ، فانه يتم تحريكها من قبل رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ، ووزير العدل المختص ومحكمة التمييز عند نظر القضية المعروضة امامها .(105)

وفيما يتعلق بدستور عام 1970 فسكت هذا الدستور ولم ينص على اي نوع من انواع الرقابة على دستورية القوانين ، كما لم تنشر الى انشاء محكمة دستورية عليا ، ولكنه في الوقت نفسه لم ينص على الغاء المحكمة الدستورية التي انشأت بموجب دستور 1968، ونص في المادة (69) منه على ان تبقى القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المعمول بها قبل صدور هذا الدستور سارية المفعول ، ولا يجوز تعديلها او الغائها الا بالطريقة المبينة في هذا الدستور.(106)

وهنا يمكن ان نسال عن مصير المحكمة الدستورية رقم (159) لسنة 1968 ، لان هذه المحكمة لم تلغي بشكل صريح في الدستور ، ومن دون الخوض في التفاصيل فان غالبية الفقه في العراق يتجه الى ان هذا القانون لم يعد قائماً في ظل دستور 1970 لانه صدر استناداً الى نص جاء في دستور 1968، صدر بانشاء المحكمة الدستورية ، ثم الغي هذا الدستور بصدور دستور 1970 والذي لم ينص على انشاء هذه المحكمة ، وبذلك فقد الغيت هذه المحكمة ضمناً وبالتالي لم يعد للقانون الذي صدر بموجبها اساس يستند عليه .(107)

104 - المادة (6) فقرة (1و2) من قانون المحكمة الدستورية رقم (159) لسنة 1968.

105 - المادة (5) من قانون المحكمة الدستورية رقم (159) لسنة 1968.

106 - كاروان عزت محمد دوسكي ، مصدر سابق ، ص179.

107 - د. كطران زغير نعمة واخرون ، مصدر سابق ، ص 401.

2.1.3.2: القضاء الدستوري في العراق بعد عام 2003

عند صدور قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، اخذ هذا القانون (الدستور المؤقت) بالرقابة القضائية على دستورية القوانين في المادة (44)⁽¹⁰⁸⁾ منه بانشاء محكمة مختصة تسمى المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، ثم صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 استناداً الى النص الدستوري سالف الذكر، ونص هذا القانون في مادته الاولى على انشاء محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد وتمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون.⁽¹⁰⁹⁾

1- المحكمة الاتحادية العليا وطريقة تشكيلها:

ان قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية ومن خلال نص المادة (44) بينت تشكيل المحكمة الية تعيين الاعضاء ، حيث تتكون من رئيس وثمانية اعضاء ، ويقوم مجلس القضاء الاعلى وبالتشاور مع المجالس القضائية للاقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشرة الى سبعة وعشرين شخصاً لغرض ملء الشواغر في المحكمة ، على ان يتم ملء الشواغر اللاحقة بالطريقة نفسها، حيث يتم ترشيح ثلاثة قضاة لكل شاغر قد يحصل بسبب الوفاة او الاستقالة او العزل.

وفيما يخص بقرار التعيين النهائي فكان يحصل من قبل مجلس الرئاسة بما في ذلك تسمية احد الاعضاء رئيساً للمحكمة ، وفي حالة رفض اي تعيين لمرشح يقوم مجلس القضاء الاعلى بترشيح مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين .⁽¹¹⁰⁾

وفيما يتعلق بجلسات المحكمة فانها تنعقد بحضور جميع اعضائها وتتخذ القرارات بالاغلبية البسيطة كقاعدة عامة ، باستثناء حالة ممارسة المحكمة للاختصاص الاصلي والتي تخص كل ما يعلق بالمنازعات التي تنشأ بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم وادارات المحافظات والبلديات والادارات المحلية ، حيث يكون التصويت باغلبية الثلثين.⁽¹¹¹⁾

وقد ذهب البعض من اساتذة القانون الدستوري الى ان قرار تعيين اعضاء المحكمة وكذلك رئيسها من قبل هيئة الرئاسة وليس من قبل القضاء الاعلى ، يعد خرقاً صارخاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي اقره قانون

108 - تنص المادة (44) الفقرة (أ) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 على انه (يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون ويسمى المحكمة الاتحادية العليا).

109 - منشور في الوقائع العراقية العدد (3996) في 2005/3/17.

110 - ينظر المادة (44) الفقرة (هـ) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية والمادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

111 - ينظر المادة (44) الفقرة (د) من قانون ادارة الدولة والمادة (5) اولاً من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

ادارة الدولة بنصوص واضحة وصريحة ، ويرى هذا الجانب من الفقه بانه كان من مستلزمات تطبيق المبدأ المذكور ان يكون قرار مجلس الرئاسة بخصوص التعيين مجرد اجراء شكلي ، بحيث يكون القرار النهائي بصدد تعيين الاعضاء بيد مجلس القضاء الاعلى باعتباره اعلى جهة مشرفة على القضاء الاتحادي.(112)

ومن منظور اخر اقتصر تشكيل المحكمة على القضاة فقط ولم يشمل غيرهم من ذوي الاختصاص القانوني كفقهاء القانون من اساتذة كليات القانون وغيرهم ، وكان من الاولى ان يتضمن تشكيل المحكمة هؤلاء المختصين حتى تكتمل النسيج القانوني للمحكمة.(113)

2- المحكمة الاتحادية واختصاصاتها:

نص عليها قانون ادارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية رقم (30) لسنة عدة اختصاصات للمحكمة الاتحادية العليا من هذه الاختصاصات يمكن ان نتناولها بالشكل الاتي:

اولاً: الرقابة على دستورية القوانين: ان من اهم اختصاص المحكمة الاتحادية العليا هو الفصل في المنازعات التي تتعلق بشرعية القوانين والانظمة والتعليمات والوامر والاجراءات الصادرة من اية جهة تملك حق اصدارها ، والغاء التي تتعارض منها مع احكام قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية(114). ومن خلال ما درسنا فقد يتبين لنا ان المشرع في قانون ادارة الدولة قد توسع توسعاً كبيراً في نطاق الرقابة القضائية ، حيث لم تقف عند حد الرقابة على دستورية القوانين ، بل امتدت رقابته لتشمل التعليمات والاجراءات التنفيذية وعلى المستويين الاتحادي والاقليمي والمحافظات والبلديات ، وبذلك ادخلت مسائل رقابة ضمن اختصاصات المحكمة ، كان بالامكان ممارستها من قبل مجلس شورى الدولة ، وكان من الصواب ان يقتصر اختصاص المحكمة على رقابة دستورية القوانين بمعناها الموضوعي دون الاجرائي.(115)

ثانياً: المحكمة الاتحادية العليا والاختصاصات الاخرى

1- المنازعات التي تحدث بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية والفصل بينها.(116)

112 - د. عبدالرحمن سليمان زيباري ، مصدر سابق ، ص 282.

113 - سليم نعيم خضير الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 332 و د. عبدالرحمن سليمان زيباري ، المصدر السابق ، ص 285.

114 - المادة (44 ب/2) من قانون ادارة الدولة والمادة (4) الفقرة ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

115 - د. عبدالرحمن سليمان زيباري ، مصدر سابق ، ص 488 و سليم نعيمة خضير الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 233.

116 - المادة (44 ب/1) من قانون ادارة الدولة والمادة (4) الفقرة اولاً من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

2- اعطائها الحق النظر في الدعوى المقامة امامها بصفة استثنائية وينظم اختصاصها بقانون اتحادي. (117)

3- الحق في النظر في الطعون المقدمة على الاحكام والقرارات الصادرة عن محكمة القضاء الاداري. (118)

3- المحكمة الاتحادية العليا و كيفية ممارسة لاختصاصاتها:

ان قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية وقانون المحكمة الاتحادية العليا بين الجهات التي تحرك الدعوى امام المحكمة الاتحادية العليا وهي:

1- الاحالة من المحكمة ، سواء كانت هذه المحكمة مدنية او جنائية او محكمة القضاء الاداري وكذلك المحاكم الاتحادية. (119)

2- الجهات رسمية ، ولم يحدد القانون من هم الجهات الرسمية وبالتالي يجوز لكل الجهات الرسمية في العراق تقديم طلب الطعن بعدم دستورية قانون ما. (120)

ج- دعاوى التي يرفعها كل مدع له مصلحة في ذلك ، وكل مدع يشمل الاشخاص العاديين ممن لهم مصلحة في دعوى دستورية ، وقد اكدت ذلك قانون المحكمة الاتحادية العليا بان المحكمة تفصل في المنازعات المتصلة بالتشريعات يكون "بناء على طلب من محكمة او جهة رسمية او مدع ذي مصلحة". (121)

وفيما يتعلق بالاثار التي تترتب على قراراتها بعدم دستورية قانون فيتمثل بالغاء القانون الذي تتعارض احكامه مع احكام قانون ادارة الدولة ، ويكون قراراتها ملزمة للكافة وغير قابلة للطعن بأي طريقة من طرق الطعن وللمحكمة مطلق الحرية في تنفيذها. (122)

وفيما يتعلق بالضمانات لاستقلال المحكمة الاتحادية العليا ، فقد تضمن قانون ادارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا هذه المحكمة بضمانات عديدة تحقق استقلالها وحيادتها بحيث تستطيع القيام بعملها بعيداً عن التدخلات والضغوطات. وقانون ادارة الدولة نص على ان القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون. (123)

117 - المادة (44 ب/3) من قانون ادارة الدولة والمادة (4) الفقرة رابعاً من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

118 - المادة (4) الفقرة ثالثاً من قانون المحكمة الاتحادية.

119 - المادة (4) الفقرة ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا والمادة (44 ب/2) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية.

120 - المادة (4) الفقرة ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

121 - المادة (4) الفقرة ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

122 - المادة (44 هـ) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية والمادة (5) الفقرة ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

123 - المادة (42/1) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية.

ونصت المادة الاولى من قانون المحكمة الاتحادية العليا على ان المحكمة "تمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون"، وجاء المادة الثالثة ليؤكد استقلال المحكمة الاتحادية مالياً وادارياً.

وفيما يخص بعزل قضاة المحكمة فقد نصت قانون ادارة الدولة بانه لا يجوز عزل القاضي الا اذا ادين بجريمة مخلة بالشرف او الفساد او اصاب بعجز دائم ، ولا يوجد حد اعلى للعمر للعمل في المحكمة بل يبقى رئيس واعضاء المحكمة مستمرين بالعمل الا اذا رغبوا هم بترك العمل في المحكمة⁽¹²⁴⁾. كما انه لا يجوز تخفيض راتب القاضي او ايقافه لاي سبب خلال مدة خدمته .⁽¹²⁵⁾

2.3.2: أنشأ المحكمة الاتحادية العليا في العراق

ان قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام 2004 ومن خلال نص المادة (44) منه على تشكيل المحكمة الاتحادية العليا وذلك استنادا الى القانون ، ثم صدر بعد ذلك قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) في عام 2005 ، والمادة الاولى منه نص على انشاء محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ، ثم جاء الدستور العراقي الدائم وقد اشار الى انشاء المحكمة الاتحادية العليا وترك تفاصيل تكوينها الى قانون يصدر لاحقاً من قبل مجلس النواب. وسنتناول في هذا المطلب الية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا وادارة المحكمة والمركز القانوني لعضائها في فرعين مستقلين.

1.2.3.2: المحكمة الاتحادية العليا وكيفية تشكيلها

يتضمن متن دستور قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية كيفية تشكيل المحكمة العليا، حيث نص على انه "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من تسعة اعضاء ، ويقوم مجلس القضاء الاعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للاقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر الى سبعة وعشرين فرداً ، لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة اعضاء لكل شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة، او الاستقالة، او العزل، ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين اعضاء هذه المحكمة ، وتسمية احدهم رئيساً لها ، وفي حالة رفض اي تعيين يرشح مجلس القضاء الاعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين".⁽¹²⁶⁾

وفيما يتعلق بالدستور العراقي الدائم فلم يتضمن اي نص حول الية تشكيل المحكمة وعدد اعضائها والية اختيارهم والية العمل فيها ، وقد اعطى الحق في امر تحديدهم لقانون لاحق يسن بغالبية ثلثي اعضاء

124 - المادة (6) الفقرة ثالثاً من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

125 - المادة (47) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية.

126 - المادة (44) الفقرة (هـ) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية والمادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

البرلمان ، وقد نص على انه "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة ، وخبراء في الفقه الاسلامي ، وفقهاء القانون ، يحدد عددهم ، وينظم طريقة اختيارهم ، وعمل المحكمة بقانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب". (127)

ومن خلال ما سبق يتبين ان قانون ادارة الدولة قد حدد عدد اعضاء المحكمة ، ولم يترك ذلك لقانون المحكمة واقتصر تشكيل المحكمة على القضاة فقط ولم يشمل غيرهم من ذوي الاختصاص القانوني كفقهاء القانون من اساتذة كليات القانون وغيرهم ، وكان من الاولى ان يتضمن تشكيل المحكمة هؤلاء المختصين حتى تكتمل النسيج القانوني لها. (128)

وكذلك يتبين ان القرار النهائي في شأن تعيين اعضاء المحكمة وكذلك تسمية رئيسها يتم من قبل هيئة الرئاسة وليس من قبل مجلس القضاء الاعلى ، ويعد هذا خرقاً صارخاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، وكان من مستلزمات المبدأ المذكور ان يكون قرار قرار مجلس الرئاسة بخصوص التعيين مجرد اجراء شكلي ، بحيث يكون القرار النهائي بصدد تعيين الاعضاء بيد مجلس القضاء الاعلى ، باعتباره اعلى جهة مشرفة على القضاء الاتحادي . (129)

وفيما يتعلق بالدستور الدائم فلم يحدد عدد اعضاء المحكمة والية اختيارهم وطريقة تعيينهم واصبح يشتمل المحكمة على خبراء في فقه القانون والفقه الاسلامي ، فكان من الافضل تحديد عدد اعضاء المحكمة في الدستور الاتحادي من تركه للقانون العادي ، وذلك لتلافي قيام السلطة التشريعية لسبب او لآخر بتعديل عدد اعضاء المحكمة زيادة او نقصاناً ولعل من الامثلة البارزة على التدخل في عدد اعضاء المحكمة عند عدم تحديده في الدستور الاتحادي ، هو قيام الرئيس الامريكي (روزفلت) بمحاولة تعديل عدد اعضاء المحكمة العليا ابان ازمتهام معه ، لان عدد هؤلاء الاعضاء لم يحدد في الدستور الامريكي ، وان كان الكونكريس الامريكي قد اسقط تلك المحاولة . (130)

127- المادة (92) من الدستور العراقي الدائم لعام 2005.

128- سليم نعيم خضير الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 332.

129- د. عبدالرحمن سليمان زبياري ، مصدر سابق ، ص 282.

130 - نعيم سليم خضير الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 339.

يتبين لنا من خلال ما بحثنا ان تحديد عدد اعضاء القضاء الدستوري الاتحادي يتم بنصوص دستورية وليس من خلال القوانين ، فكان من الاجدر تحديد اعضاء المحكمة بنص دستوري وعدم تركه للقانون العادي التي تفتقد الى العلو الدستوري الذي يتميز به الدستور.(131)

كما انه من الملاحظة يمكن القول ان تشكيل المحكمة لم يكن مقتصراً على القضاة فقط كما كان في ظل قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية ، بل اصبح يشمل فقهاء القانون وخبراء الفقه الاسلامي ، وقد اثار اشتراط الدستور الدائم بان يكون من ضمن اعضاء المحكمة الاتحادية العليا خبراء في الفقه الاسلامي والفقه القانوني جداً حول دور هؤلاء الاعضاء في المحكمة. فهل هو دور استشاري فقط ، ام لهم التدخل والتأثير في اصدار الحكم القضائي من خلال التصويت عليه؟

وهناك عدة اراء لاتجاهات فقهية ظهرت حول تحديد طبيعة ودور فقهاء الاسلام في تشكيل المحكمة يمكن ان نلخصها كما يلي:

الراي الاول: ذهب اصحاب هذا الراي الى ان الدور الاستشاري لخبراء الفقه والمتمثل في اعطاء الراي في القضايا المعروضة ، فيقوم الخبير بتقديم خبرته ومشورته وتنتهي مهمته ، ويكون اتخاذ القرار النهائي والفصل في المنازعة للهيئة القضائية بصورة حصرية ، وحجة هؤلاء ان القاضي وحده من يتولى اصدار الاحكام القضائية والفصل في الخصومات.(132)

الراي الثاني: اما اصحاب هذا الراي فقد ذهبوا الى القول بان اعضاء المحكمة من خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون يتمتعون بكافة صلاحيات العضوية فيها ويصوتون على قرارات المحكمة وحجتهم في ذلك نص المادة (2 فقرة أ) من الدستور الدائم والذي تنص على انه"لا يجوز سن قانون يتعارض مع الشريعة الاسلامية". فبرأي هؤلاء من الضروري وجود خبراء الفقه الاسلامي في المحكمة لمراقبة التشريعات التي قد تصدر من قبل السلطة التشريعية وتشكل تعارضاً مع ثوابت الاسلام ، وبالتالي فان استشارة هؤلاء تكون ملزمة في اصدار القرار القضائي ، وعليه فان مشاركة خبراء الفقه الاسلامي في تشكيلة المحكمة ضرورية.(133)

131- د.عبدالرحمن سليمان زبياري ، المصدر السابق ، ص 290.

132 - ساجد محمد الزالمي ، الرقابة على دستورية القوانين في العراق في ظل الدستور الدائم 2005 ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، جمعية القانون المقارن ، العدد (58) لسنة 2009. ص134.

133 - د. عبدالرحمن سليمان زبياري ، مصدر سابق ، ص 295.

ومن خلال نص المادة (2 فقرة ب) من الدستور الدائم التي تنص على انه" لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية" اسس اصحاب هذا الاتجاه رأيهم فيما يتعلق بطبيعة عضوية فقهاء القانون ، وبحسب رأيهم فان مبادئ الديمقراطية ليست لها محددات واضحة وحدود فاصلة ومعلومة ، وبالتالي لا بد ان تكون هناك هيئة مسؤولة تأخذ على عاتقها تفسير هذه المحددات وتوضيح حدودها ، وعلى هذا الاساس فان وجود وفقهاء القانون يكون ضرورياً وعليه فان رأيهم يكون ملزماً للقضاة الذين يعتمدون عليه كأساس لحكمهم .(134)

والبعض من الفقهاء يرون ان التفسير الاقرب لنص المادة (92) هو ان خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون يتمتعون بالعضوية الكاملة في المحكمة الاتحادية العليا ويصوتون على كافة قرارات المحكمة ، وبرأيهم هي قرينة على ان واضعي هذا النص قصدوا اعطاء دور قضائي لهؤلاء الاعضاء .(135)

الرأي الثالث: ويذهب اصحاب هذا الرأي الى امكانية تحديد طبيعة عضوية خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون من خلال النظر الى اختصاصات المحكمة ، لذا يمكن تقسيم اختصاص المحكمة الى نوعين ، قضائية وغير قضائية:

الاختصاصات القضائية: والتي تمارسها الهيئة القضائية حصراً دون المستشارين من خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون ، حيث يقتصر دور المستشارين على تقديم المشورة والرأي الفقهي والقانوني دون المشاركة في القرار والتصويت عليه.

الاختصاصات غير القضائية: وتتضمن تفسير النصوص الدستورية ونصوص القوانين والنظر في صحة عضوية مجلس النواب والمصادقة على الانتخابات النهائية ، وهنا يكون من حق خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون المشاركة في اتخاذ القرار والتصويت عليه اي يكون دورهم مساوياً لدور القضاة في ذلك .(136)

ومن خلال ما تقدم فمن الاخرى ان نقول بان الدستور العراقي الدائم لم يحدد مواصفات الفقيه او الخبير في الفقه الاسلامي ، وكذلك فان هناك اكثر من مذهب في الاسلام وعلى مستوى المذهب الواحد هناك اكثر من جماعة او فرقة ، فما هي شروط الخبرة الواجب توافرها في الخبير فمن الصعب الاتفاق على ذلك .(137)

134 - ساجد محمد الزامل ، المصدر السابق ، ص 136.

135 - د. عبدالرحمن سليمان زيباري ، المصدر السابق ، ص 301-302.

136 - د. مكي ناجي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، الطبعة الاولى ، دار الضياء ، النجف الاشرف ، 2007 ، ص 128. نقلاً عن الدكتور عبدالرحمن سليمان زيباري ، مصدر سابق ، ص 295-296.

137 - كاروان عزت محمد دوسكي ، مصدر سابق ، ص 181.

2.2.3.2: ادارة المحكمة الاتحادية والمركز القانوني لأعضائها

من خلال الرجوع الى المادة الخامسة من قانون المحكمة الاتحادية العليا فانها حددت كيفية ادارة المحكمة وانعقادها التصويت فيها ، حيث جاء فيه:

اولاً: يدعو رئيس المحكمة اعضائها للانعقاد قبل الموعد المحدد بوقت كاف ، ويرفق مع كتاب الدعوة جدول الاعمال وما يتعلق به من وثائق ، ولا يكون انعقاد المحكمة صحيحاً الا بحضور جميع اعضائها ، اي ان نصاب الانعقاد يتم بحضور جميعا الاعضاء واذا تخلف احد الاعضاء فلا يكون النصاب مكتملاً ، وبالتالي لا تتعقد المحكمة واذا انعقدت بخلاف ذلك فان انعقادها غير صحيح ، وتصدر المحكمة احكامها وقراراتها بالاغلبية البسيطة عدا الاحكام والقرارات الخاصة بالفصل في المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية ، فيلزم ان تصدر باغلبية الثلثين.

ثانياً: الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باثة.

والمحكمة لا تتعقد الا بحضور جميع اعضائها واذا تخلف احد الاعضاء عن الحضور فلا تتعقد المحكمة لعدم اكتمال النصاب القانوني.

المادة الثامنة من قانون المحكمة الاتحادية العليا قد حصرت ادارة المحكمة برئيس المحكمة حصراً ، يقوم بأدارة المحكمة وهو الذي يتولى جميع شؤونها وتعيين موظفيها والنظر في شؤونهم ، كما اعطت هذه المادة الحق لرئيس المحكمة تخويل بعض صلاحياته الى احد اعضاء المحكمة ، ويلاحظ ان ما اتبعه بعض المحاكم الاتحادية العليا في العالم بمنح الادارة فيها الى (مدير ادارة) يتولى كل ما يتعلق بادارة المحكمة مالياً وادارياً لينتفرغ رئيس المحكمة الى الجانب القضائي ، لان الادارة تأخذ الكثير من وقت القاضي الذي يمارسه في اداء المهام الادارية ومما يؤثر في ممارسته لواجباته القضائية بشكل كامل.(138)

والمحكمة الاتحادية العليا في العراق تبنت هذا المفهوم حيث اوكلت ادارة المحكمة لمدير عام يتولى ادارتها من الناحيتين المالية والادارية ، اضافة الى اختصاصاته القانونية في اتخاذ بعض القرارات الاعدادية المتعلقة بقبول الدعوى وتسجيلها واستفاء الرسم عنها وتعيين موعد المرافعة وقبول لوائح الخصوم وتبليغ ذوي الشأن

وتهيئة الدعاوى لاعضاء المحكمة بواسطة الموظفين القانونيين المساعدين له ، ولا بد من النص على هذه الصلاحيات للمدير العام الاداري مستقبلا عند تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا.(139)

وفيما يتعلق باعضاء المحكمة الاتحادية العليا ومركزهم القانوني ، فيمكن ان نقول بان قانون المحكمة الاتحادية وقانون ادارة الدولة لم يحددا المركز القانوني لعضو المحكمة ، ولكن بموجب نص المادة (45) من قانون ادارة الدولة اشار بصريح العبارة الى ان رئيس المحكمة الاتحادية يكون رئيساً لمجلس القضاء الاعلى بشكل تلقائي ، اي بمعنى انه اقر بازواجية عمل العضو او الرئيس.

3.3.2: طرق رفع الدعوى امام المحكمة الاتحادية وصلحايتها

سنخصص في هذا المطلب لطرق رفع الدعوى امام المحكمة الاتحادية العليا التي يحق لها تحريك الدعوى وصلحايتها وذلك في الفرعين الاتيين.

1.3.3.2: طرق رفع الدعوى امام المحكمة الاتحادية العليا

لا يتضمن الدستور العراقي الدائم اي نص يتعلق بالجهات التي يحق لها تحريك الدعوى ولكن لو رجعنا الى قانون المحكمة الاتحادية العليا فسنرى انها نصت على ثلاث جهات حق تقديم الدعوى وهي المحاكم ، واحدى المؤسسات الحكومية الرسمية ، وكل شخص به مصلحة .(140)

والنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية تناول اجراءات هذه الحالات ، سنتناول هذه الجهات بالشكل الاتي :

اولاً: تحريك الدعوى بناء على طلب من المحكمة

للمحاكم المختلفة من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الخصوم صلاحية الدفع بعدم شرعية النص دستورياً الذي يراد تطبيقه على الدعوى ، هذا وقد وردت كلمة (محكمة) مطلقة وبذلك يحق لكل محكمة بغض النظر عن درجتها وطبيعتها اختصاصها تحريك الدعوى وفق ظوابط النظام الداخلي للمحكمة. وقد نص النظام الداخلي للمحكمة على ما يلي "اذا طلب احدى المحاكم من تلقاء نفسها اثناء نظرها دعوى ، البت في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ، ولا يخضع هذا الطلب الى الرسم".(141)

139 - محمد سلمان محمود ، المصدر نفسه ، نفس الصفحة.

140 - د. عبدالرحمن سليمان زيباري ، مصدر سابق ، ص 296.

141 - المادة (3) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005.

ويتبين مما وردت بأن تقديم الطلب بالطعن في شرعية قانون ما يجب ان تقدم هذا الطلب من قبل المحكمة في الدعوى منظورة امامها ، وان تشك المحكمة في ان النص الواجب التطبيق مخالف للدستور ، ويشترط ايضاً تعلل المحكمة الطلب بالاسباب التي دعتها الى الطعن ، وبعد ذلك يرسل المحكمة الطلب الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في شرعية النص المطعون في شرعيته.

ثانيا : الطلب مبني على دفع احد الخصوم .

هناك شروط واجراءات وردت في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية حيث نص على ما ياتي "اذا طلبت احد المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون او نظام او تعليمات او امر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى ، وبعد اسفاء الرسم عنها ثبتت في قبول الدعوى فاذا قبلتها ترسلها مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية ، وتتخذ قراراً باستئثار الدعوى الاصلية للنتيجة ، اما اذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا". (142)

وهناك شروط لا بد من توافره لتقديم الدعوى من قبل محكمة الموضوع بناء على طلب احد الخصوم وهي ان تكون طلب المحكمة بناء على دفع من احد الخصوم اثناء نظر الدعوى بعدم شرعية النص دستورياً الذي سيطبق على الدعوى ، وان يدفع الرسم القانوني . (143)

ثالثاً: تحريك الدعوى بناء على طلب جهة رسمية

اوردت النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا بانه "اذا طلبت احدى الجهات الرسمية ، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة اخرى ، الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او امر ، فترسل الطلب الى المحكمة الاتحادية معللاً اسانيدته ، وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة". (144)

ومن شروط الدعوى التي تقدمها الجهات الرسمية سنلخصها بما يلي :

142 - المادة (4) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

143 - د. عبدالرحمن سليمان زيباري ، مصدر سابق ، ص 502.

144 - المادة (5) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

- 1- وجود نزاع قائم بين جهة رسمية ودعية وجهة اخرى ، ويمكن ان تكون الجهة الاخرى جهة غير رسمية او حتى شخصاً عادياً ، لان كلمة (جهة اخرى) جاءت مطلقة ولم توصف بالرسمية. (145)
- 2- تقديم الطعن الى المحكمة الاتحادية مع تعليل بيان اسبابها واسانيدھا القانونية التي تبين مخالفة النص الدستوري.
- 3- تقديم الدعوى بتوقيع الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة بواسطة الممثل القانوني للجهة الرسمية بشرط ان لا تقل درجته عن مدير. (146)

ثالثاً: تحريك الدعوى بناء على طلب من مدع

النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية نصت على انه "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 (44و45و46و47) من قانون المرافعات المدنية ن ويلزم ان تقدم الدعوى بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة وان تتوفر في الدعوى الشروط الاتية:

اولاً: ان تكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني او المالي او الاجتماعي.

ثانياً: ان يقدم المدعي الدليل على ان ضرراً واقعياً قد لحق به من جراء التشريع المطلوب الغائه.

ثالثاً: ان يكون الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره ويمكن ازالته اذا ما صدر حكم بعدم شرعية التشريع المطلوب الغائه.

رابعاً: ان لا يكون الضرر نظرياً او مستقبلياً او مجهولاً.

خامساً: ان لا يكون المدعي قد استفد بجانب من النص المطلوب الغائه.

سادساً: ان يكون النص المطلوب الغائه قد طبق على المدعي فعلاً او يراد تطبيقه عليه". (147)

يلاحظ انه في هذه الحالات الثلاثة انه يجب على المحكمة استئخار الدعوى لحين البت في دستورية قانون ما ، حيث اشار النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على انه "تطبق احكام قانون المرافعات المدنية رقم

145 - د. عبدالرحمن سليمان زيباري ، المصدر السابق ، ص 506.

146 - المادة (20) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005.

147 - المادة (6) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

(83) لسنة 1969 ، وقانون الاثبات رقم (107) لسنة 1969 فيما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا وفي هذا النظام" .(148)

2.3.3.2: صلاحيات المحكمة الاتحادية العليا

المادة (93) من الدستور العراقي الدائم نصت على صلاحيات المحكمة الاتحادية العليا وفي مقدمة هذه الصلاحيات هي الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور بالاضافة الى صلاحيات اخرى ، سنقوم بتناول هذه الصلاحيات وبالشكل الاتي :

اولاً: ممارسة المحكمة صلاحياتها في الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة(149). حيث تمارس المحكمة رقابة لاحقة على دستورية القوانين وهي بما تسمى برقابة الالغاء ، وهذا يعني ان المشرع الدستوري العراقي قد اخذ بالنظام المركزي المتخصص للرقابة على دستورية القوانين ، وهي تحديد المحكمة الاتحادية العليا وحدها بالنظر في دستورية القوانين والانظمة واصدار الاحكام بهذا الخصوص.(150)

ثانياً: تفسير المحكمة لنصوص الدستور(151). تعتبر المحكمة الاتحادية العليا هي المفسر النهائي او الاعلى للدستور ، وتمتلك المحكمة الاتحادية وحدها في حدود ممارسة اختصاصاتها بهذه الرقابة سلطة تفسير الدستور ، فالرقابة على احترام الشرعية الدستورية تحدد بالنظر الى قواعد الدستور بحكم مرتبتها بين القواعد القانونية على اختلافها ، وهو ما يعطي للمحكمة الاتحادية سلطة تفسير القواعد الدستورية(152). وهي الجهة القضائية الاتحادية الاعلى وصاحبة الكلمة الفصل في الحكم بدستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور.(153)

ثالثاً: فصل المحكمة في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء، وذوي الشأن من الافراد ، وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة.(154)

148 - المادة (19) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا وفي تفاصيل ذلك ينظر الدكتور عبدالرحمن سليمان زبياري ، مصدر سابق ، ص 498-499.

149 - المادة (93) اولاً من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005.

150 - د. عبدالرحمن سليمان زبياري ، مصدر سابق ن ص 290 وسليم نعيم خضير الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 340.

151 المادة (93) الفقرة ثالثاً من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 النافذ.

152 - كاروان عزت محمد دوسكي ، مصدر سابق ن ص 182.

153 - سليم نعيم خضير الخفاجي ، المصدر السابق ، ص 340.

154 - المادة (93) الفقرة رابعاً من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005.

رابعاً: فصل المحكمة في المنازعات التي تقوم بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية. (155)

خامساً: فصل المحكمة في المنازعات التي تقوم بين حكومات الاقاليم والمحافظات.

سادساً: فصل المحكمة في التهم التي توجه الى رئيس الجمهورية ، ورئيس مجلس الوزراء والوزراء ، وينظم ذلك بقانون. (156)

سابعاً: مصادقة المحكمة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب. (157)

ثامناً:

1- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي ، والهيئات القضائية للاقاليم ، او المحافظات غير المنتظمة في اقليم.

2- الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للاقاليم ، او المحافظات غير المنتظمة في اقليم.

ومن الجدير بالذكر انه قد وسعت من اختصاصات و صلاحيات المحكمة الاتحادية العليا وكان من الصواب ترك بعضها للهيئات القضائية الاتحادية الاخرى ، كمحكمة التمييز الاتحادية لانه من شأن هذه الاختصاصات الكثيرة ان تثقل كاهل المحكمة الاتحادية وتعرقل قيامها بعملها ، ولا سيما اختصاصاتها الخطيرة في مجال الرقابة على دستورية القوانين . (158)

وفيما يخص بقرارات المحكمة الاتحادية العليا فانها ملزمة وباتة للسلطات كافة ، سواء كانت سلطة اتحادية ام سلطات الاقاليم او المحافظات. (159)

155 المادة (93) رابعاً من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005.

156 - المادة (93) الفقرة سادساً من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 .

157 - المادة (93) الفقرة سابعاً من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 .

158 - سليم نعيم خضير الخفاجي ، مصدر سابق ، ص 341.

159- المادة (94) من الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ.

4.3.2: المحكمة الاتحادية العليا ودورها في الرقابة على الاغفال التشريعي

قبل بيان دور المحكمة الاتحادية في الرقابة على الاغفال التشريعي لابد من دراسة مفهوم الاغفال التشريعي وانواعه ، ومن ثم بيان العلاقة بين الاغفال التشريعي وكل من الحقوق والحريات والرقابة ، وذلك في الفرعين التاليين :

1.4.3.2: الاغفال التشريعي مفهومه وانواعه

يقصد بالاغفال التشريعي تناول المشرع احد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم ، لكنه يأتي – سواء عن عمد او اهمال – غير مكتمل ، اي تنظيمياً قاصراً عن ان يحيط بكافة جوانبه وبما يؤدي الى الاخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم⁽¹⁶⁰⁾. وكذلك يقصد به سكوت المشرع عن تنظيم موضوع من الموضوعات الواردة في الوثيقة الدستورية ، فالمشرع وهو بصدد التنظيم اغفل تنظيم احد جوانبه مما قد يؤدي الى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم من ناحية ، وعدم تفعيل او تكريس النص الدستوري من ناحية اخرى.⁽¹⁶¹⁾

و البعض يعرفه بانه قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة في الدستور على نحو منقوص وقاصر لا يحيط به من كافة جوانبه التي لا يكتمل التنظيم الا بها مما يؤدي الى عدم الاحاطة بالموضوع محل التنظيم ومخالفة احد او بعض نصوص الدستور⁽¹⁶²⁾. ويتمثل في تخلي المشرع عن ممارسة اختصاصه الدستوري بسن التشريع كلياً او جزئياً ، وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة له بموجب احكام الدستور ، اي ان الاغفال التشريعي يتحقق في الحالة التي يخالف فيها المشرع الالتزامات التي يفرضها عليه الدستور ، او لانه لم ينظمها بصورة كاملة وواضحة وصريحة كما وردت في النصوص الدستورية⁽¹⁶³⁾. وبذلك فان الاغفال التشريعي يكون على نوعين: الاول الاغفال الكلي المطلق والنوع الثاني هو الاغفال الجزئي او النسبي.

160 - د. عبدالعزيز محمد سالم ، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري ، بحث منشور في المجلة الدستورية ، المحكمة العليا في مصر ، العدد 15 ، السنة السابعة.

161 - د. عبدالحفيظ علي الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 7.

162 - جواهر عادل العبد الرحمن ، الرقابة على الاغفال التشريعي ، منشور في جريدة الوطن الكويتية الصادرة في 5\ 8\ 2016. متاح على موقع الجريدة الالكترونى:

<https://www.alwatan news. Net>

163 - بالجيلالي خالد ، الاختصاص السلبي والرقابة الدستورية عليه ، بحث منشور في مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد (6) لسنة 2017 ، متاح على الموقع

الالكتروني الاتي: dspace.univ-msila dz,handle

النوع الاول: الاغفال الكلي او ما يسمى السكوت الكلي المطلق ويقصد به هو حالة الغياب الكلي او عدم الوجود الكلي للتشريع او لقاعدة قانونية تتعلق بحالة قانونية محددة بالدستور⁽¹⁶⁴⁾. ففي الاغفال الكلي لا يتناول المشرع احد الموضوعات الدستورية بالتنظيم من الاساس على الرغم من التزامه دستورياً بذلك وهو ما يعد اهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع ، ولا يعد من قبيل الاغفال التشريعي اذ لا توجد صلة بين الحاجة الى التشريع وبين دستوريته .⁽¹⁶⁵⁾

فاذا كان الاغفال كلياً او السكوت مطلقاً نكون امام غياب كلي للقاعدة القانونية ، ولهذا ليس من السهولة القول بامتداد الرقابة على هذا السكوت المطلق ، لان ذلك يعني بحق حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير كثير من الامور ، اولهما مدى الحاجة الى القانون ، وثانيهما مدى ضرورة القانون ، وثالثهما تقدير الظروف الملائمة لصدور القانون ، والتالي لا تمتد اليه رقابة القضاء⁽¹⁶⁶⁾

النوع الثاني: الاغفال الجزئي او النسبي ويكون فيه المشرع قد تناول الموضوع محل التنظيم بصورة قاصرة وغير مكتملة في كافة جوانبه ، وهو الاغفال الذي ينطوي على نقصان في التشريع الصادر من السلطة التشريعية. ولعل خير مثال عن هذه الصورة من الاغفال هو عدم تحديد الجرائم والعقوبات بصورة كافية ومحددة مما يهدد حقوق الافراد وحياتهم الاساسية ، ففي هذه الصورة يتعين على المشرع ان يصيغ النصوص التشريعية بصورة محددة واضحة.⁽¹⁶⁷⁾

توجد الاغفال الجزئي او النسبي عندما توجد هناك قانون قد صدر من السلطة التشريعية ، ولكن هذا القانون لم يتضمن تنظيمياً كاملاً ووافياً للقانون محل التنظيم ، مما نتج عنه حالة قانونية غير دستورية. والرقابة على الاغفال التشريعي الجزئي هي رقابة قانونية ، حيث يجد القاضي الدستوري امامه مخالفة ضمنية لنص من نصوص الدستور ، وبذلك يكون محلاً للرقابة القضائية.⁽¹⁶⁸⁾

2.4.3.2: العلاقة بين الاغفال التشريعي وبين كل من حماية الحقوق والحريات العامة والرقابة

ان الفقه القانوني في غالبه ترجع اساس الرقابة القضائية على ما اغفل المشرع تنظيمه الى ذات الاساس الذي يقوم عليه فكرة رقابة دستورية القوانين ، الا وهي فكرة (سمو الدستور) والذي من مقتضاه ان قواعد

164 - د. عبدالحفيظ علي الشيمي ، المصدر السابق ، ص120.

165 - د. جواهر عادل العبد الرحمن ، مصدر سابق.

166 - د. عبدالحفيظ علي الشيمي ، مصدر سابق ، ص 123-124.

167 - جواهر عادل العبد الرحمن ، مصدر سابق .

168 - د. عبدالحفيظ علي الشيمي ، المصدر السابق ، ص 121.

قواعد امرة وملزمة ، وتفرض على المشرع التزامات ايجابية بالتشريع لحماية موضوعات دستورية كموضوع الحقوق والحريات ، فالاساس القانوني لفكرة الاغفال التشريعي يتمثل في مخالفة التشريع لمضمون الدستور .(169)

لا يجوز تهميش او تجريد القواعد الدستورية الملزمة من اثارها او الاخلال بمقتضاها ، فاذا تدخل المشرع ونفاذاً لحكم الدستور بالتنظيم لحق معين فان تدخله يجب ان يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق ، بحيث اذا اغفل جانباً فان ذلك من شأنه ان يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق ، فضلاً عن ان كل مخالفة للدستور سواء تعمد المشرع او انزلق اليها بغير قصد يتعين قمعها واذا كان القضاء الدستوري يراقب النشاط الايجابي للبرلمان ويهدر التشريع المخالف للدستور ، فمن باب اولي يستطيع ان يراقب الاغفال التشريعي او التنظيم غير المتكامل اذا كان من شأنه ان يتضمن مخالفة دستورية.(170)

وعليه يجب ان يكون صياغة التشريعات بشكل متقن ومحكم ، والسبب يرجع الى ان وجود اي عيب في صياغة النصوص التشريعية المنظمة لموضوع من الموضوعات الدستورية لا سيما الحقوق والحريات قد يؤدي الى قصور في تنظيمه وذلك حينما يغفل المشرع جانب او اكثر من جوانبه ، ومن ناحية اخرى يؤدي الى الاخلال بقيود وضمانات اوجب الدستور على المشرع مراعاتها ، ومن ثم العيب في الصياغة يؤدي الى وجود عيب اغفال تشريعي مخالف للدستور.(171)

اضافة الى ذلك فانه وعلى افتراض صحة القول بان القانون تعبير عن الارادة العامة ، فان البرلمان هو اداة صياغة هذا التعبير ، والاغفال التشريعي ما هو الا تعبير عن الارادة العامة لم يتم صياغته بمعرفة البرلمان ، ومن ثم تشكل عدم الصياغة مخالفة دستورية.(172)

فالنصوص الدستورية جميعها نصوص امرة ومنها ما يفرض على المشرع التزاماً اكبر بحيث لا يقف صامتاً بل عليه ان يتدخل لتفعيل هذه النصوص ، وهي النصوص الخاصة بالحقوق والحريات لانها تفرض على المشرع التزاماً بتفعيل هذه الحقوق والحريات في جوانبها العملية وليس من جوانبها النظرية ليس هذا

169 - د. عبدالحفيظ علي الشيمي ، المصدر نفسه ، ص74.

170 - د. عبدالعزيز محمد سالم ، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري ، مصدر سابق.

171 - جواهر عادل العبد الرحمن ، مصدر سابق.

172 عبدالعزيز محمد سالم ، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري ، المصدر السابق .

فحسب وانما عليه الا يغفل جانباً من جوانبها والا انعكس بالسلب على هذه الحقوق والحريات الدستورية⁽¹⁷³⁾. وتبدو اهمية معالجة الاغفال التشريعي من ناحيتين:

الاولى: ان كل مخالفة للدستور سواء تعمدها المشرع او انزلق اليها بغير قصد يتعين قمعها وازالتها ، والثانية: ان الدستور يكفل كل حق او حرية نص عليها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية ، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحررياتهم ، فاذا نظم المشرع هذه الحقوق والحريات تنظيمًا قاصراً وذلك بأن اغفل او اهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم الا بها ، كان ذلك اخلاً بالضمانات الدستورية لهذه الحقوق والحريات.⁽¹⁷⁴⁾

واما فيما يتعلق بكيفية معالجة مشكلة الاغفال التشريعي ، فقد عرفت النظم الدستورية اربعة صور لمعالجة الاغفال التشريعي⁽¹⁷⁵⁾ وهي:

1- الاحكام الكاشفة لمعالجة الاغفال التشريعي.

يقتصر دور القاضي في هذه الصورة على مجرد الكشف عن وجود اخلال دستوري بصفة عامة ومن بين هذا الاخلال وجود اغفال تشريعي ، ولا يتجاوز دور القاضي الدستوري في هذه الحالة مجرد الكشف عن وجود اغفال تشريعي واخطار السلطة التشريعية بذلك دون ان له مكنة الحكم بعدم دستورية هذا الاغفال.

2- الاحكام اليعازية لمعالجة الاغفال التشريعي.

في هذه الصورة لا يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد الكشف عن وجود اغفال تشريعي ، وانما يخاطب المشرع ويوجه اليه نداء لسد هذا العجز او الاغفال ، وهذا الخطاب له اساليب وصيغ عديدة منها توجيه طلب مباشر او توجيه او نصائح ، ويمكن ان يلجأ القاضي الدستوري الى صيغة امرة بان يوجه ما يشبه الامر ، لكن في النهاية ليس هناك الزام على السلطة التشريعية بان يستجيب لهذا الامر او حتى النداء او التوجيه.⁽¹⁷⁶⁾

3- الاحكام القاضية بعدم دستورية النص المنطوي على الاغفال.

173 - د. عبدالحفيظ علي الشيمي ، مصدر سابق ، ص 101.

174 - د. عبدالعزيز محمد سالم ، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري ، المصدر السابق.

175 - د. عبدالحفيظ علي الشيمي ، المصدر السابق ، الباب الثالث الصفحات من 135 وما بعدها. ود. امين عاطف صليب ، مصدر سابق ، ص 255 وما بعدها. و د. عبدالعزيز محمد سالم ، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري ، المصدر السابق .

176 - د. عبدالعزيز محمد سالم ، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري ، المصدر السابق.

في هذه الصورة يتولى القاضي الدستوري معالجة الاغفال التشريعي عن طريق الحكم الصادر منه دون ان يوجه الى المشرع اي نداء او خطاب او توجيه او حتى بمنحه مهلة لمعالجة الاغفال ، وعدم دستوريتها هنا لا ينصب على النص بصورة كلية وانما يقتصر فقط على الجزء المتضمن للاغفال فيكون الغاء النص الغاءاً جزئياً.

4- الاحكام المضيفة او المكملة لمعالجة الاغفال التشريعي.

في هذه الحالة يقوم القاضي الدستوري بتفسير النص التشريعي مع الاضافة (يزيد) الى النص ما اغفله او سكت عنه المشرع حتى يكون مطابقاً للدستور ، ولا ينقص من مضمون القانون⁽¹⁷⁷⁾، وتفسير القاضي الدستوري للنص يمكن ان يأخذ احد ثلاث صور¹⁷⁸: الاولى التفسير الانشائي او البناء: الذي يكون الغرض منه ملء الفراغ التشريعي ، الثانية التفسير المحايد: الذي لا يتضمن اي اضافة الى النص التشريعي ويقتصر على مجرد التفسير واخيراً التفسير التوجيهي: الذي لا يكون الغرض منه الا توجيه القائمين على تطبيق القوانين باتباع منهج معين او اتباع الضوابط التي انتهى اليه القاضي الدستوري.

اما فيما يتعلق بدور المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، يلاحظ ان تجربة القضاء الدستوري في العراق تجربة حديثة النشأة ، ولكن رغم ذلك فان المحكمة اصدرت بعض الاحكام القضائية تطبيقاً لنظرية الاغفال التشريعي.

فقد اصدر المحكمة الاتحادية القرار رقم (13) الصادر في 2007\7\13 ، الذي حدد نسبة الكوتا النسائية في مجالس المحافظات عندما لم يكن لها نص في قانون انتخابات مجالس المحافظات اذ تلمس روح الدستور وغاية النصوص الدستورية تجاه المرأة ، فوجد حكماً يعد بمثابة تشريع مكمل للقوانين النافذة التي تتعلق بالانتخابات.

والقرار رقم (15) الصادر في 2008\4\21 التي الزم السلطات باعتماد اللغات السريانية والتركمانية في المناطق التي فيها كثافة للمكونات التركمانية والسريانية حينما لم يصدر قانون ينظم ذلك فكان القرار علاجاً لذلك النقص التشريعي. وقد مارس المحكمة الاتحادية صورة اخرى للاغفال التشريعي والتي تسمى

177 - د. امين عاطف صليبا ، مصدر سابق ، ص 277.

178 - د. د. عبدالحيظ علي الشبيبي ، مصدر سابق ، ص 160 وما بعدها. ود. امين عاطف صليبا ، مصدر سابق ، ص 275 وما بعدها. و د. عبدالعزيز محمد سلمان ، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري ، المصدر السابق .

بالرقابة الايعازية وذلك في قرارها رقم (6) الصادر في 201\3\3 الذي تضمن حكما بالايعاز الى مجلس النواب لاصدار تشريع ينظم كوتا الاقلييات. (179)

الفصل الثالث

الامن القانوني الجنائي ودور القضاء الدستوري في حمايته

من اجل تحقيق الامن القانوني في اي بلد لابد ان تكون هناك سيادة للقانون ، وخضوع تصرفات الافراد والسلطات العامة للقانون ، وان تتم كل تصرفاتهم ضمن حدود النظام القانوني للدولة. وتبعاً لذلك سوف نقسم هذا الفصل الى ثلاث مباحث الاول نتناول فيه تعريف الامن القانوني ، والمبحث الثاني نخصه لقواعد الامن القانوني ، والمبحث الثالث نتطرق فيه الى معايير الرقابة القضائية على تحقيق الامن الجنائي.

1.3: التعريف بالامن القانوني الجنائي

تعتبر الامن القانوني احد الركائز الاولية والاساسية في الدولة القانونية ، والهدف منه حماية النظام القانوني في الدولة وبالتالي حماية الحقوق والحريات ، وسنتناول في هذا المبحث مفهوم الامن القانوني والجنائي بشكل خاص وذلك في المطلب الاول ، اما المطلب الثاني نخصه لمرتكزات الامن القانوني الجنائي.

1.1.3: مفهوم الامن القانوني عموماً والجنائي بشكل خاص

في هذا المطلب سوف نتناول مفهوم الامن القانوني في فرعين ، الاول نخصه لتعريف الامن القانوني وعناصره ، اما الفرع الثاني فنتناول فيه المقصود بالامن القانوني الجنائي.

1.1.1.3: تعريف الامن القانوني وعناصره

لا يوجد تعريف دقيق للامن القانوني ، فهو من المبادئ المركبة التي تحدد فيه مجموعة من المبادئ القانونية الاخرى ، فهو عنصر اساسي في الحماية التي تحققها سيادة القانون فهو يخاطب جميع سلطات الدولة

، وبالنسبة للسلطة التشريعية فان الامن القانوني يفترض تحقيق اليقين القانوني القائم على وضوح النصوص القانونية. (180)

وبموجب مبدأ الامن القانوني ، يلتزم المشرع بعدم مفاجأة او مباغته الافراد او هدم توقعاتهم المشروعة ، وتعتبر فكرة التوقع المشروع من جانب الافراد من الافكار الحديثة في القوانين الاوربية ، ويرتبط هذه الفكرة ارتباطاً وثيقاً بفكرة الامن القانوني ويعتبر صورة من صورها ، وتعني فكرة التوقع المشروع او الثقة المشروعة ان القواعد العامة المجردة التي تصدر من السلطة التشريعية في صورة قوانين او التي تصدر عن السلطة التنفيذية في صورة لوائح ادارية يجب ان لا تصدر بطريقة فجائية مباغته تصطدم مع التوقعات المشروعة للافراد او المبنية على اسس موضوعية مستمدة من الانظمة القائمة على هدى من السياسات الرسمية المعلنة من جانب السلطات العامة. (181)

وقد ذهب البعض الى تعريف الامن القانوني بان فكرة الامن القانوني يقصد به وجود نوع من الثبات في العلاقات القانونية ، وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما اذا كانت اشخاص قانونية خاصة او عامة ، بحيث يستطيع هذه الاشخاص ترتيب اوضاعها وفقاً للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لاعمالها دون ان تتعرض لمفاجآت او اعمال لم تكن في الحسبان صادرة عن سلطات الدولة الثلاث ، ويكون من شأنها هدم ركن الاستقرار او زعزعة روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها. (182)

اما البعض الاخر يعرفه بانه وجود قدر من الاستقرار في القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الفرد والفرد من جانب وبين الفرد والمجتمع من جانب اخر ، ولا يفهم من الاستقرار ضرورة عدم التغيير وانما يفهم منه ضرورة الثبات النسبي الذي يعطي مجالاً للطمأنينة ، ويتحقق ذلك بضمان السلطات العامة للفرد بعدم مفاجأته بما لا يتوقعه ، بيد ان ذلك لا يعني غل يد تلك السلطات عن القيام بالاصلاحات التشريعية اللازمة والتي تستطيع القيام بها متى مارأت الامر ضروريا ، لذلك فالمطلوب هو تحقيق توازن ومواءمة بين امرين:

180 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، الطبعة الاولى ، دار الشروق ، القاهرة ، 2004 ، ص85.

181 - د. احمد عبدالظاهر ، مبدأ الامن القانوني كقيمة دستورية ، مقال منشور على شبكة الانترنت في 31\12\2009 متاح على الموقع الالكتروني الاتي:

103654\http\kenanaonlin.com\users\law\posts

182- د. عامر زغير محسن ، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستوري ، مقال منشور على الموقع الالكتروني الاتي:

.3231.https://www.researchgate.net

الاول: قابيلة الحياة القانونية للتطور والتغير في جميع المجالات ، والثاني: حق الفرد في الاعتماد على قدر كاف من وضوح القواعد القانونية التي تلتزم به السلطات العامة .(183)

كما انه يعرف الامن القانوني ايضاً استقرار المراكز القانونية وعدم المساس بها ، بمعنى ان المراكز القانونية التي تكونت واستقرت او تم اكتسابها لا ينبغي المساس بها في حال تعديل القوانين او صدور قرارات قضائية متعلقة به.(184)

ويعتبر كذلك من الاسس التي يقوم عليها بناء الدولة القانونية ، وبهذا فان مفهوم الامن القانوني يعني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقة القانونية ، بحيث يتمكن الاشخاص من التصرف باطمأنان على هدى من القواعد والانظمة القانونية وقت قيامهم وترتيب اوضاعهم على ضوئها ، دون التعرض لمفاجآت او تصرفات مباغته صادرة من السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة او العصف بهذا الاستقرار واحترام السلطات كافة لحكم القانون وتطبيقه حتى وان كان يتعارض مع مصالحها .(185)

ويمكن ارجاع عناصر مبدا الامن القانوني بالاساس الى فكرة الثقة في القانون والذي تتمثل فيما يلي :

- 1- مبدا التوقع المشروع : ويقصد به معرفة حكم القانون بشكل مسبق والتزام الدولة بعدم مباغته الافراد ومفاجئتهم بما قصده من قوانين او قرارات تخالف توقعاتهم المشروعة والمبنية على اسس موضوعية مستمدة من الانظمة التي تتبناها سلطات الدولة.
- 2- مبدا احترام الحقوق المكتسبة : يقصد به انه لايجوز لاي من سلطات الدولة سلب او انتهاك حقوق استمدها الافراد بطريقة مشروعة وبموجب القوانين والقرارات النافذة متى ما كانت هذه الحقوق تتعلق بممارسة احدى الحريات العامة او الحقوق الاساسية التي ينص عليها الدستور.
- 3- مبدا عدم رجعية القوانين : يقصد بعدم رجعية القوانين عدم انسحاب اثر القواعد القانونية على الماضي واقتصارها على حكم الوقائع التي تقع ابتداء من يوم نفاذها .(186)

183 - د. عادل علي المانع ، الامن القانوني الجنائي مفهومه واسسه ، مجلة الامن والحياة ، العدد 248 ، 2003 ، ص24، متاح على الموقع الالكتروني الاتي:

http://repository.nauss.edu.salhandle/59361123456789

184 - د. ايهاب عمرو ، فكرة الامن القانوني ودلالات الواقع العملي ، مقال منشور في مجلة الحياة الجديدة ، متاح على الموقع الالكتروني الاتي: www.alhyat-j-com-ar-page

185 - د. احمد عبدالظاهر ، مبدا الامن القانوني كقيمة دستورية ، مصدر سابق.

186 - ينظر د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص85 و د. عامر زغير محسن ، مصدر سابق .

4- مبدأ وضوح القاعدة القانونية: بمعنى الاطلاع على مضمونها من قبل المخاطبين بها وسهولة الوصول اليها وان تكون القواعد القانونية واضحة وشفافة خالية من التعقيد القانوني والصيغة التشريعية المبهمة. (187)

وإذا دققنا النظر الى مبدأ الامن القانوني اعتماداً على بيان عناصره فان هذا المبدأ يتضمن طائفتين من القواعد اولهما: القواعد التي تكفل استقرار المراكز القانونية او الثبات النسبي واستقرار هذا المركز من حيث الوقت او الزمان، وثانيهما: القواعد القانونية المتعلقة بوضوح وتحديد القواعد القانونية وقرارات السلطات العامة ، مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات. (188)

2.1.1.3: المقصود بالامن القانوني الجنائي

لايوجد مكان الامن القانوني الا في النصوص الدستورية والمبادئ العامة ، ومن صورته مبدأ عدم رجعية القوانين ، ومبدأ ضرورة احترام الحقوق المكتسبة للأفراد ، ومبدأ عدم مفاجأة الدولة للأفراد او مصادمة توقعاتهم المشروعة ، واخيراً مبدأ وجوب تقرير ضوابط للآثار الرجعية للأحكام الصادرة من القضاء الدستوري ، وازاء هذا المفهوم للامن القانوني نجد ما يسمى بالامن الجنائي ، والذي يمكن تحديده بالنظر الى ضرورة ايجاد الطمأنينة في العلاقة بين الفرد والسلطات العامة في الدولة من خلال الطابع الذي يأخذه وهو ضرورة عدم المساس بحريات الافراد ، مما يولد نواة نحو الاستقرار ثم التنمية. (189)

ومن حيث البعد الجنائي للامن القانوني في هو مجموع القواعد القانونية الضابطة للسلوك المنحرفة القادرة على تسييح المجتمع من كل صور الجريمة. (190)

و الامن القانوني يجد عن طريق تحقيق امرين في المجتمع ، الاول: تحديد صور السلوك التي يحظرها القانون ، والتي تستتبع ان تكون على مقدار من التطور بما يواكب مستجدات المجتمع ، والثاني: وضع فلسفة واضحة تمنع الافراد من اقرار الجرائم في المجتمع من خلال بيان دقيق للاهداف المطلوبة للعقوبة.

والامن الجنائي مرهون بتحقيق توازن في المجتمع من خلال السعي الى الموازنة في التعامل بين الاطراف الثلاثة (الفرد – المجني عليه – المجتمع).

187 - عبدالله فاضل حامد ، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية ، دراسة تحليلية مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2016 ، ص73.

188 - د. مازن ليلو راضي ، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول الى القانون ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الاول ، 2019 ، ص 8.

189 - عادل علي المانع ، مجلة الامن ولحياة ، العدد 248 ، لسنة 2003 ، ص24 ، متاح على الموقع الالكتروني

الآتي: <https://repository.nauss.edu.sa/handle/59361/123456789>

190 - عبد المجيد غميحة، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي ، مجلة الملحق القضائي ، العدد ، 24 ، لسنة 2009 ، ص9.

والامن القانوني الجنائي تهدف الى تحقيق الموازنة بين حق المجتمع في دفع الجريمة والعيش بسلام ، وحق الدولة في العقاب ، وحق المشتبه فيه او المتهم في توفير ضمانات المحاكمة العادلة ، لذلك يجب التقيد عند وضع قواعد القانون الجنائي في شقه الموضوعي والاجرائي بضرورة مراعاة حماية الحقوق والحريات ، وضمان استقرار النظام العام باعتماد المبادئ الثلاثة التي تمثل كهنة الامن القانوني وهي الضرورة والتناسب والسرعة.

2.1.3: مرتكزات الامن القانوني الجنائي

هناك ثلاث عناصر رئيسية تقوم عليها الامن القانوني الجنائي سنتناولها في هذا المطلب ، وذلك في ثلاثة فروع نخصص الاول منه للموازنة بين الحقوق والمصالح العامة عند التجريم ، اما الفرع الثاني فنبحث فيه استثنائية التجريم ، واخيراً نتناول اليقين القانوني في الفرع الثالث.

1.2.1.3: الموازنة بين الحقوق والمصالح العامة عند التجريم

من اجل حماية المجتمع وحقوق الافراد وحررياتهم فان للدولة سلطة التجريم والعقاب عندما تقوم الدولة بممارسة هذه السلطة فانه بطبيعته يقيد حقوق الافراد وحررياتهم ، والدولة بحكم وظيفتها تحمي جميع المصالح القانونية ، سواء كانت حقوقاً او حريات او مصالح اجتماعية ويجب عليها من خلال التشريع التوفيق بين جميع انواع هذه المصالح.

والقانون الجنائي بفرعيه قانون العقوبات وقانون الاجراءات يوازن بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة ، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن حسن سيره وفعالته ، ويتوقف تقدير ما يهم المجتمع من المصالح وخاصة الفردية منها على النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة .(191)

والقانون الجنائي من خلال التوازن الذي يقيمه بين المصلحة العامة والحقوق والحريات ، فان المشرع الجنائي لا يتوانى عن حماية هذه الحقوق والحريات عن طريق الحماية الجنائية للحقوق والحريات من خلال تجريم افعال المساس بها والمعاقبة عليها ، وتتطوي هذه الحماية الجنائية في ذات الوقت على حماية النظام العام الذي يتأذى من المساس به ومن المساس بالحقوق والحريات .(192)

191 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص 154.

192 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، نفس الصفحة.

والاساس الموضوعي للتجريم والعقاب يقوم على اساس التوازن بين الحقوق والحريات من جهة والمصلحة العامة من جهة اخرى في ضوء اعتبار الضرورة والتناسب ، فالمشرع الجنائي يراعي التوازن بين حماية الحقوق والحريات ، وبين ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات وكذلك التوازن بين هذه الحماية والمصلحة العامة المتمثلة في النظام العام التي تقتضي تقييد حرية الافراد من خلال التجريم والعقاب .(193)

والحماية الجنائية للحقوق والحريات تتم من خلال التوازن فيما بينها من جهة ، وبين المصلحة العامة من جهة اخرى ، فلا يجوز ان تكون حماية المصلحة العامة او حماية حقوق الغير وسيلة للعصف بالحقوق والحريات ، فالتوازن بين الحقوق والحريات المحمية يحدد سلطة المشرع الجنائي في التجريم والعقاب.(194)

وإذا ما اقتضته الضرورة الاجتماعية اي ضرورة حماية المجتمع كمصلحة عامة يتحقق التوازن ، فقد يتعرض الافراد لمخاطر التجريم والعقاب اذا لم يحسن وضع ضوابط دقيقة تحافظ على التوازن المطلوب بين مقتضيات حماية حقوق الغير وحرياته ومراعاة المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات ، لذلك يجب ان تكون هناك تناسب بين قدر المساس بالحقوق والحريات والمصالح المحمية ، وبهذا التناسب يتحقق الامن القانوني ، لذا يعتبر الضرورة الاجتماعية والتناسب ضابطين متكاملين لتحديد هذا التوازن في مجال التجريم .(195)

ويجب ملاحظة ان الضرورة في التجريم تحدد في ضوء الهدف منه ، فلا يمكن السماح بالمساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم الا اذا اقتضى ذلك تحقيق هدف معين هو حماية المصلحة العامة او حماية الحقوق والحريات التي تتعرض للضرر او الخطر ، وتكون في نظر المشرع جديرة بالحماية بواسطة التجريم والعقاب.(196)

فوظيفته القانون الجنائي في الدولة القانونية تودي في اطار الشرعية الدستورية وفقاً لما يحدده الدستور ، فقانون العقوبات يحمي الحقوق التي تقرها الدستور ويلتزم بالمبادئ التي يقرها في مجالات التجريم والعقاب والاباحة ، كما يلزم ايضاً قانون الاجراءات الجنائية بالمبادئ الدستورية في الحقوق والحريات العامة ، وهذا الالتزام يحدد دور المشرع الجنائي والقاضي الجنائي ، فالمشرع يقيم التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة

193 - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص85.

194 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر السابق ، ص11.

195 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر نفسه ، ص154.

196 - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، المصدر السابق ، ص88.

العامّة المتمثلة في النظام العام الجنائي ن والقاضي هو الحارس للحقوق والحريات ، ويجب ان يكفل حمايتها في مواجهة مقتضيات المحاكمة. (197)

2.2.1.3: استثنائية التجريم

ان اهم عناصر القانون الجنائي حماية الحقوق و الحريات العامة وصيانتها من الاعتداء او من سوء الاستعمال ، و يتميز القانون الجنائي بتأثر الفكر السياسي السائد وقت تشريعه ، وبقوة تأثيره على انماط السلوك الاجتماعي ومدى الحريات العامة المتاحة للمواطنين ، ويتجلى ذلك في فرعي القانون الجنائي وهما قانون العقوبات و قانون اصول المحاكمات الجنائية. (198)

فالممنوع من السلوكيات الاجتماعية يحددها قانون العقوبات يحدد حصراً وما عداها يدخل في نطاق الحريات العامة استناداً الى مبدأ الشرعية ، اي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ، وتعتبر الشريعة الاسلامية عن هذه القاعدة بالقول (الاصل في الافعال الاباحة). (199)

و قانون العقوبات تهدف الى حماية المصالح العامة والخاصة فضلاً على حماية الحقوق والحريات العامة ، بينما يتولى قانون اصول المحاكمات (الاجراءات) الجنائية تنظيم الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة في اطار المبادئ الدستورية التي تنظم اجراءات الدعوى الجنائية اثناء التحقيق والاثام والمحاكمة القضائية و تنفيذ الاحكام و قواعد التفتيش والتوقيف والقاء القبض و غير ذلك من الاجراءات. (200)

فمن المبادئ الدستورية والمسلم بها قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون) وتعرف هذه القاعدة في القانون الجنائي مبدأ الشرعية او قانونية الجرائم والعقوبات ، ويشمل مبدأ الشرعية احد مبادئ القانون الجزائي الضامنه للحقوق والحريات وحقوق الانسان.

وهناك اثر يترتب على مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات حيث ان الاصل في الافعال الاباحة ، وان الاستثناء هو التجريم ، لان قانون العقوبات يحدد فقط ما يعتبر جريمة ولا يحدد ما هو مباح ، وهذا يعني ان ما عدا ذلك هو مباح ، و يترتب على ذلك نتيجتين هي :

197 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص 12.

198 - د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبدالقادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2006 ، ص 408.

199 - فارس حامد عبدالكريم ، القانون والقضاء والحريات العامة ، مقال منشوروني على شبكة الانترنت ، متاح على الموقع الالكتروني الاتي: www.m.ahewar.org

200 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر السابق ، ص 18.

النتيجة الاولى: الفعل او السلوك المخالف للاخلاق العامة او الاداب الاجتماعية او ضاراً بأى مصلحة من المصالح العامة بصدد فرد من الافراد لا يجوز المعاقبة عليه الا اذا وجد نص يجرم ذلك الفعل ، فاذا خلى قانون العقوبات من نص يعاقب على افعال معينة فلا يمكن تجريم هذه الافعال بأية حال من الاحوال .

النتيجة الثانية: ان الاعتراف بمبدأ ان الاصل في الافعال الاباحة والاستثناء هو التجريم ينطوى على الاعتراف بقاعدة ان الاصل في المتهم البراءة حتى تثبت ادانته ، لان الاحكام او الاوصاف يتبنى ابتداءً على الاصل لا على الاستثناء حتى تثبت العكس. (201)

3.2.1.3: اليقين القانوني

من اجل ان تتحقق الاستقرار في تطبيق القواعد القانونية فانها تتطلب سيادة القانون التي تسمو في الدولة القانونية فيما يتعلق باحترام الحقوق والحريات ، فلا معنى لسيادة القانون ما لم تتحقق الشعور بهذا الاستقرار لدى المخاطبين بالقانون باعتبار ان تنظيم العلاقات القانونية من وظائف القانون ، فاهتزاز الاستقرار في العلاقات القانونية يؤدي الى اهتزاز صور القانون في اعين المخاطبين به ، ولهذا كان الامن القانوني احد العناصر الاساسية في دولة القانون. (202)

واليقين القانوني المقصود به هنا ضرورة كون القواعد القانونية واضحة ودقيقة من ناحية وممكن التنبؤ بها بالنسبة للعلاقات والمراكز التي تدخل في نطاقها من ناحية اخرى. (203)

ويعني اليقين القانوني (204) وجود قواعد منسجمة قانونيا في محتواها مع توقعات الافراد في المجتمع ، ومسبوكة في صياغة قانونية واضحة ولا لبس فيها ومنشورة بالشكل الذي يتيح للافراد العلم بفحواها. (205)

والامن القانوني تعتبر احد الركائز الاساسية في الدولة القانونية ، لذلك فان للامن القانوني عدة عناصر تبدو اهمها في التوازن بين الحقوق والحريات التي يحميها القانون من خلال معيار التناسب بين مختلف القيم التي يحميها الدستور وفي ضمان الوضوح في النصوص الجنائية ، وفي عدم رجعية قانون العقوبات ، وهنا

201 - فارس حامد عبدالكريم ، مصدر سابق.

202 - د. علي مجيد العكيلي ، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي ، الطبعة الاولى ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2018 ، ص47.

203 - هذا المفهوم لمبدأ اليقين القانوني اشار اليه محكمة العدل الاوربية في احد احكامه في عام 1998 ، مذكور لدى الدكتور عبدالله فاضل حامد ، مصدر سابق ، ص 53.

204 - للاطلاع على المزيد من تعاريف اليقين القانوني راجع الدكتور عبدالله فاضل ، المصدر السابق ، ص53-54.

205 - د. عبدالله فاضل حامد ، المصدر السابق ، ص 54.

يولد الشعور بمصادقية هذه النصوص لدى المخاطبين بها ، سواء من خلال وضوح معناها او من خلال عدم رجعية تطبيقها ، فبهذا اليقين تتولد الثقة في القانون ويعم الاستقرار. (206)

ويشمل اليقين القانوني الامن القانوني كهدف عام في النظام القانوني ، فيجب ان تحضى القواعد القانونية بالقبول من قبل افراد المجتمع الذي تسري فيه اثناء صياغته وتعرف اليقين في هذه المرحلة باليقين القانوني الموضوعي ، ولا بد ان تذاق القواعد القانونية بين افراد المجتمع لكي يكون على بينة بحقوقهم ومعرفة التزاماتهم المختلفة ويسمى اليقين في هذه المرحلة باليقين الشكلي . (207)

والشرعية اساسها ليس في مجرد صدور القواعد القانونية الجنائية بارادة الشعب من خلال التشريع ، بل يجب ان يكون المخاطبون بهذه القواعد على معرفة وادراك واحاطة بهذه القواعد قبل الاقدام على تطبيقها عليهم ، لان هذه القواعد تمس بحقوق وحرريات الافراد سواء عن طريق العقاب او عن طريق الاجراءات الجنائية. (208)

و يجب ملاحظة ان اليقين القانوني يعد عاملا رئيسيا لاسيما في مجال الحريات والعقوبات الجزائية وترتبط بهذه الامكانية مبدأ الابتعاد عن التشريعات الاستثنائية الا في حالة الطواري المحدد قانوناً ، وكذلك مبدأ عدم رجعية القانون ، بما يضمن عدم تجريم الافعال سابقة لصدور قانون معين ، حيث ان رجعية القانون الى الماضي تؤدي الى الاخلال باستقرار المعاملات والمساس بالحقوق والمراكز القانونية التي تم ترتيبها في ظل القانون القائم وحدوث فوضى وعدم الاستقرار (209)

ومبدأ المشروعية يحقق هدفين ، الهدف الاول: انفراد المشرع وحده بمسائل الحقوق والحريات والهدف الثاني: وجوب ان يحيط الناس علماً بالتجريم والعقاب وما قد يهدد حرياتهم قبل اتيان اي فعل يعرضهم لذلك.

و يجب العلم ان الهدف الثاني يسمى باليقين القانوني الجنائي وهو يتحقق بان يعرف المخاطبين بالقانون سلفاً ماهية الاوامر والنواهي التي ينص عليها والجزاءات التي يتعرضون لها عند مخالفتها ، وهو ما يقتضي

206 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص 84.

207 - د. عبدالله فاضل حامد ، مصدر سابق ، ص 42-43.

208 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر السابق ، ص 83.

209 - د. علي مجيد العكيلي ، مصدر سابق ، ص 48.

صفات خاصة في النصوص الجنائية وفي تفسيرها وفي نطاق تطبيقها⁽²¹⁰⁾. ولكي يتحقق اليقين القانوني الجنائي يشترط ان تكون النصوص الجنائية واضحة محددة ومكتوبة.⁽²¹¹⁾

واصبح الالتزام بوصول العلم بالقانون للمخاطبين ضرورياً بعدما تزايدت عدد التشريعات في الدولة ، ويمكن الاشارة الى وصول العلم بالقانون للمخاطبين به هو النشر والاعلان والعلم اليقيني⁽²¹²⁾. ويزداد اهمية مبدأ اليقين القانوني في نطاق القانون العام نظراً لوجود الدولة كصاحبة سلطة وسيادة في العلاقات التي تنشأ في ظل فروع هذا القانون ، اضافة الى تأثير قواعد القانون العام المباشر في حريات الافراد وهو ما يقتضي زيادة الاهتمام بتحقيق اليقين القانوني للافراد وفي نطاق القانون العام.⁽²¹³⁾

2.3: قواعد الامن الجنائي

من خلال امعان النظر بمفهوم الامن القانوني فانه يتبين لنا انه احد اهم العناصر التي يقوم عليها الدولة القانونية ، وتقوم الامن الجنائي على عدة قواعد ومبادئ يجب توافرها لكي تحقق الامن الجنائي ، والقواعد هذه هي مبدأ الشرعية الجنائية والاستقرار القانوني والمساواة ، وبذلك سوف نتناول هذه القواعد في مطلبين الاول نخصه لمبدأ الشرعية الجنائية ، اما المطلب الثاني فنتناول فيه الاستقرار القانوني والمساواة.

1.2.3: مبدأ الشرعية الجنائية

هناك اختلاف من حيث مضمون الشرعية ومصدرها ، فاذا كان مصدر الدستور كانت الشرعية شرعية دستورية ، يقابل هذه الشرعية التزام السلطات في الدولة بمراعاتها وعدم مخالفتها، واذا كان مصدر الشرعية هو القانون كانت الشرعية شرعية قانونية ويقابلها التزام الاشخاص المخاطبين بها احترامها.

ويجب ملاحظة على الرغم ان مبدأ الشرعية الجنائية والمتمثلة بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة بغير نص) يحمل على الاعتقاد بأن مبدأ الشرعية لا يتعلق الا بالقانون الجنائي الموضوعي فقط ، الا ان هذا المبدأ يتعلق بقانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية⁽²¹⁴⁾. وبذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، الفرع الاول نتناول فيه الشرعية الجزائية ، اما الفرع الثاني فنتناول فيه الشرعية الاجرائية.

210 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر السابق ، ص83.

211 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر نفسه ، ص89.

212 - د. علي مجيد العكيلي ، مصدر سابق ، ص 49.

213 - د. عبدالله فاضل حامد ، مصدر سابق ، ص 55.

214 - د. عصام عفيفي عبدالصير ، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة

1.1.2.3: الشرعية الجزائية

يقصد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ان تحديد الافعال المعاقب عليها والمسماة (بالجرائم) وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة (بالعقوبات) من اختصاص المشرع وحده مما يترتب عليه أن ليس للقاضي ان يعتبر الفعل من قبيل الجرائم ويعاقب مرتكبيها مهما كان هذا الفعل منافياً للاداب او المصلحة العامة اذا لم يكن منصوص عليه في قانون العقوبات ، ذلك لانه ليس للقاضي حسب هذا المبدأ ان يخلق جرائم ولا ان يبتكر عقوبات.(215)

و الشرعية الجزائية من الحلقات الاولى يعتبر من الشرعية المتمثلة في قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون) والهدف منه تجسيد الحماية للافراد من خطر التجريم والعقاب بغير الاداة التشريعية المعبرة عن ارادة الشعب ، وهي القانون ولكي تجعله في مأمن من رجعية القانون ، وبعيداً عن خطر القياس في التجريم والعقاب .(216)

وبصفة اساسية يقوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات على ركنين اساسيين هما: حماية الحرية الشخصية، وحماية المصلحة العامة.

اما بخصوص الحرية الشخصية ، فقد قام هذا المبدأ كعلاج ضد مختلف انواع التحكم التي عانت منها العدالة الجنائية رداً من الزمان ، فهذا المبدأ يضع للافراد الحدود الواضحة لتجريم الافعال قبل ارتكابها ، فيبصرهم من خلال نصوص محددة جلية لكل ما هو مشروع او غير مشروع قبل الاقدام على مباشرتها ، كما يضمن لهم الامن والطمأنينة في حياتهم ، ويحول بذلك دون تحكم القاضي ، فلا يملك ادانة احد الا اذا كانت الجريمة المنسوبة الى المتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل في القانون .(217)

وعلى خلاف الدولة البوليسية فان الشرعية الجنائية تلزم الدولة القانونية حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات للافراد في مواجهة الدولة.(218)

215 - د. علي حسين خلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي ، مصدر سابق ، ص30.

216 - د. احمد فتحي سرور الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993، ص134. و د. عصام عفيفي عبدالصير ، المصدر السابق ، ص 32.

217 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص 31

218 - د. عصام عفيفي عبدالصير ، مصدر سابق ، ص 42.

اما فيما يتعلق بحماية المصلحة العامة ، فنتحقق ذلك الحماية من خلال اسناد وظيفة التجريم والعقاب الى المشرع وحده ، تطبيقاً لمبدأ انفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات باعتبار ان القيم والمصالح التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها الا بواسطة ممثلي الشعب.(219)

وشرعية الجرائم والعقوبات ما هي الا حلقة من حلقات الشرعية الجنائية التي تخضع لها القانون الجنائي ، لذلك فهي لا تكفي وحدها لحماية حرية الانسان اذا امكن القبض عليه او حبسه او اتخاذ الاجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض ادانته ، فكل اجراء يتخذ ضد الانسان دون افتراض براءته سوف يؤدي الى تجشيمه عبء اثبات براءته من الجريمة المنسوبة اليه ، فاذا عجز عن اثبات هذه البراءة اعتبر مسؤولاً عن جريمة لم تصدر عنه.(220)

ومن خلال النظر الى نتيجتها فانا تودي الى قصور الحماية التي تكفلها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ، طالما كان من الممكن المساس بحرية المتهم بطريق اخرى غير القانون او كان من الممكن اسناد الجرائم للناس ولم يثبت ارتكابهم لها عن طريق افتراض ادانتهم.(221)

2.1.2.3: الشرعية الإجرائية

بصورة عامة فان شرعية الاجراءات تعتبر من احدى صور الشرعية الجنائية تعتبر الحلقة الثانية من حلقات الشرعية الجنائية المتكونة من شرعية الجرائم والعقوبات (الشرعية الموضوعية) وشرعية الاجرائات (الشرعية الاجرائية) فشرعية الاجراءات الجنائية تشكل مبدأ يكفل احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة ، وضمان التمتع بالكرامة الانسانية ، فيوجب ان تخضع جميع الاعمال الاجرائية لتنظيم القانون من حيث شروط صحتها واثارها ، فلا يعد الاجراء صحيحاً الا اذا جاء مطابقاً لاحكام القانون.(222)

فالتشريع يجب ان يكون مصدر الاجراءات الجنائية سواء كان تشريعاً دستورياً ام عادياً وهذا ما يعني بالشرعية الاجرائية ، لان الاجراءات الجنائية تنطوي في جانب كبير منها على قدر من القهر والاجبار بالنسبة

219 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر السابق ، ص32.

220 - د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية في الاجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص136.

221 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر السابق ، ص 136.

222 - فاضل عواد محميد الدليمي ، مفهوم شرعية الاجراءات الجنائية ودورها في تحديد ذاتية القواعد الجنائية الاجرائية ، مقال منشور على موقع المرجع الالكتروني للمعلوماتية في 18\

للمتهم وغيره في بعض الاحيان ، كما تتضمن مساساً بحرية الافراد وحقوقهم الاساسية ، وقد تتخذ ضد افراد لم تثبت ادانتهم بعد ، او تثبت براءتهم فيما بعد ومن ثم يتعين ان يكون التشريع مصدراً لها. (223)

ان احترام الحرية الشخصية للمتهم عن طريق اشتراط ان يكون القانون هو المصدر للتنظيم الاجرائي ، وان تفترض براءة المتهم في كل اجراء من الاجراءات التي تتخذ قبله ، وان تتوافر الضمان القضائي في الاجراءات وتكفل الشرعية الاجرائية . (224)

ان امتداد طبيعي للجرائم والعقوبات تقوم بها الشرعية الاجرائية بل هي في الواقع اكثر خطورة منها واعظم شأناً فهي بمثابة الاطار الخارجي الذي لا يمكن تطبيق القواعد الموضوعية تطبيقاً صحيحاً الا عن طريقه . (225)

ومن خلال ما دراستنا يتبين لنا ان الشرعية الاجرائية تقوم على ثلاثة ركائز ، تتمثل في: الركيزة الاولى: الاصل في المتهم البراءة ، حيث لا يجوز تقييد حريته الا في اطار من الضمانات الدستورية اللازمة لحمايتها ، والركيزة الثانية : قانونية الاجراءات الجنائية اي بناء على نص في قانون الاجراءات الجنائية ، فكما هو ثابت في قانون العقوبات بانه (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) فان الثابت في قانون الاجراءات الجنائية انه لا اجراء الا بنص ، اما الكيزة الثالثة : فهي الاشراف القضائي على جميع الاجراءات الجنائية . (226)

ولتحقيق مبدء الشرعية الاجرائية لا ينبغي ان نفترض ان المتهم بري بقانونية الاجراءات التي تتخذ في مواجهته ، بل لابد ان يتم ذلك تحت اشراف جهة رقابية متخصصة وهي الرقابة القضائية ، اي الاشراف القضائي على الاجراءات الجنائية على اساس ان القضاء هو الحارس الحقيقي للحقوق والحرريات الفردية ، وهو الذي يضمن حسن تطبيق القانون والسياس الوافي للحرريات من الاعتداء عليا عن طريق اشرافه على جميع الاجراءات الجنائية . (227)

223 - محمد مجدي السبسي ، مفهوم الشرعية الاجرائية ، مقال منشور على شبكة الانترنت في 2018\8\13 متاح على الموقع الالكتروني الاتي: <https://facebook.com>

224 - د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية في الاجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص 137.

225 - د. عصام عفيفي عبدالصير ، مصدر سابق ، ص 34.

226 - د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية في الاجراءات الجنائية ، المصدر السابق ، ص 137.

227 - فاضل عواد محمد الدليمي ، مصدر سابق.

2.2.3: الاستقرار القانوني والمساواة

لا يتحقق الامن القانوني الا بتحقيق الاستقرار في القواعد القانونية وبالتالي استقرار المراكز القانونية ، وتحقيق المساواة بين جميع افراد المجتمع ومعاملتهم معاملة متساوية امام القانون دون تفرقة ، وبذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، الفرع الاول نتناول فيه الاستقرار القانوني ، والفرع الثاني نخصه لمبدأ المساواة.

1.2.2.3: الاستقرار القانوني

كل الانظمة القانونية تهدف الى تحقيق الاستقرار القانوني حيث ان تحقيق الاستقرار القانوني يؤدي الى الثبات و اليقين في المراكز القانونية و تحقيق السكينة الاجتماعية و هناك تلازم بين الاستقرار القانوني والاستقرار الاجتماعي والاقتصادي من ناحية ، وبين الاستقرار القانوني والاستقرار السياسي من ناحية اخرى ، فالاستقرار القانوني يتأثر بدرجة كبيرة بمدى توا فر الاستقرار السياسي في المجتمع فالإيدولوجية السياسية لها تأثير مباشر و كبير في تبنى اتجاه قانوني معين ، حيث ان التحولات الجذرية في النظام السياسي ينتج عنه تأثير الاستقرار القانوني سلباً . (228)

اما فيما يتعلق بالتلازم الضروري بين الاستقرار القانوني و الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي فيبدو واضحاً من خلال ما تتمخض عنه العلاقات الاجتماعية والاقتصادية من تحديد المراكز القانونية للأفراد والمشروعات ، فبقدر ماتكون هذه المراكز واضحة و محددة ومعترف بها وتلقى الاحترام من جانب السلطة العامة في المجتمع بقدر ما تتم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية في سهولة ويسر ، وبقدر ما يتعري هذه المسائل من غموض او خلط او عدم يقين بقدر ما تختل العلاقات و تعاني عدم الاستقرار . (229)

والاسلوب الذي يختاره المشرع في تنظيم الحماية التي يضيفها على المصلحة الاجتماعية و الذي يتعلق بالاستقرار القانوني ، وهذا الاستقرار يتوافر كلما تمت الحماية القانونية لهذه المصلحة بأسلوب يضمن الثبات والاستقرار ويؤمن المواطنين ضد المفاجئات التي تعرض مراكزهم القانونية للحظر . (230)

228 - د. عبدالله فاضل حامد ، مصدر سابق ، ص 75.

229 - حازم البيلاوي ، الاستقرار القانوني ، مقال متاح على الموقع الالكتروني الاتي: <https://hazembelawi.com>

230 - د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية في الاجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص 10.

وهناك عناصر للاستقرار القانوني حيث يجب ان يكون القانون محدداً و منضبطاً ولايتترك فرصة لتعدد الاراء ولا يتغير بصورة مفاجئة او على فترات قريبة ، وكذلك يجب ان يلبي القانون حاجات الناس السياسية و الاقتصادية والاجتماعية .(231)

والاستقرار القانوني لا يعني لجوء الافراد الى القضاء لاقتضاء حقه بانفسهم عن طريق استخدام القوة في المجتمع ، وانما يعني مفهوم الاستقرار القانوني في حقيقة الامر ان تكون القواعد القانونية مؤكدة و محددة في تنظيمها للمراكز القانونية ، وان تضمن تأمين النتائج حيث ان كل فرد يستطيع ان يتوقع هذه النتائج و يعتمد عليها ، فالامن والاستقرار يودي الى امكانية توقع الافراد لنتائج افعالهم سلفا .(232)

فالاستقرار القانوني لاتهدف الى حماية المراكز القانونية القائمة واحترام حقوق الافراد و وضمانها في الحاضر والمستقبل فقط ، بل الاستقرار يعني ايضاً و بنفس القوة احترام التوقعات والأمال المشروعة ، وأذا كان تغير القوانين وتعديلها يتحقق مع الاحتياجات الجديدة للمجتمع فإن ذلك لا يعتبر خروجاً عن معنى الاستقرار ، بل قد يكون مراعاة له، فالاستقرار القانوني يعني الملائمة المستمرة بين احكام القانون و احتياجات المجتمع و لذلك فجمود القوانين قد يكون مدعاة لعدم الاستقرار .(233)

والدول الحديثة تعتمد على الكثير من الوسائل والاليات في سبيل تحقيق الاستقرار القانوني ، فاعتماد التشريع كمصدر رسمي اول للقانون يعد الوسيلة المثلى لضمانات الاستقرار القانوني وذلك لثبوته عن طريق الكتابة ، وهذا يعني تفوقه من هذا الناحية على العرف الذي لا يثبت في لفظ مكتوب ، وانما يأتي من خلال تواتر العمل في الجماعة مع الاعتقاد بالزامه ، وبالنتيجة فان التشريع يتميز بالدقة والوضوح فيتحقق الاستقرار والامن في المعاملات .(234)

2.2.2.3: المساواة

لا تحقق العدالة الا بتحقيق المساواة فهي غاية ووسيلة بحد ذاتها لدولة القانون التي لا يمكن لصرحها ان يعلو بدون حجرا الزاوية المتمثل بمبدأ المساواة ، فلا نستطيع ان نضي على الدولة صفة دولة القانون من دون تحقيق مبدأ المساواة(235). ومفهوم مبدأ المساواة امام كل من القانون والقضاء فيقصد به عند تطبيقه

231- حازم البيلاوي ، مصدر سابق .

232 - د. عبدالله فاضل حامد ، مصدر سابق ن ص 77.

233 - حازم البيلاوي ، المصدر السابق .

234 - د. عبدالله فاضل حامد ، المصدر السابق ، ص 81.

235 - د. امين عاطف صليبا ، مصدر سابق ، ص 378.

بصورته المثالية المجردة ، عدم التفرقة او التمييز فيما بين الناس على اساس من الانتماء او الجنس او التمييز اللغوي او الديني او العقائدي السياسي او الاختلاف الطبقي الاجتماعي والمالي⁽²³⁶⁾. فالمساواة في حقيقتها وصف من اوصاف العدالة ، لان العدالة تقتضي تحقيق المساواة بين جميع افراد الشعب امام القانون وعدم التفرقة بينهم متى ما اتحدت ظروفهم ومراكزهم القانونية . (237)

ويمتد مبدأ المساواة الى ما يكون منها قد تقرر بقانون او - بأرادة شعبية ادنى - في حدود السلطة التقديرية التي يملكها المشرع ويتحدد نطاق مبدأ المساواة بالمساواة امام القانون وفي داخل القانون و بواسطة القانون و لا يقتصر على الحقوق الدستورية للأفراد . (238)

وجميع الحقوق والحريات العامة الواردة في الدستور يخضع لمبدأ المساواة ، والذي يعد بحق حجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات البشرية ، ولا يتحقق المبدأ الديمقراطي الا بتوافر الحرية والمساواة معاً بين الافراد . (239)

مبدأ المساواة تعني ان القانون تطبق على جميع الافراد بشكل متساوي ووجود قضاء موحد لجميع الافراد و ان لا يكون هناك محاكم مختلفة باختلاف الافراد و كذلك وجود قضاء واحد اضافة الى المساواة ما بين الافراد في استخدام حق التقاضي امام المحاكم الواحدة ، وبلا تمييز او تفرقة بينهم بسبب الاصل او الجنس او اللغة او العقيدة او الاراء الشخصية . (240)

والسلطة المختصة ملتزمة بتطبيق القانون بالطريقة نفسها على الجميع مهما كانت مستوياتهم ، بأعتبار ان القانون بقواعده العامة المجردة ينطبق على جميع بغير استثناء وهذا ما يقصد بمبدأ المساواة امام القانون . (241)

وقد ذهب البعض من فقهاء القانون على ان للمساواة نمطين الاول يتمثل بالمساواة في القانون والثاني بالمساواة امام القانون ، ان النمط الاول ينحصر بنص القانون اي بمضمونه الذي يهدف الى المساواة المادية وعدم جواز النص على اي تميز بين المواطنين ولأى سبب كان ، امام النمط الثاني فينحصر في مسألة تطبيق

236 - صالح احمد الفرجاني ، مبدأ المساواة امام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية ، العدد (6) 2015 ، ص 229.

237 - د. عبدالغني بسيوني عبدالله ، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي (دراسة مقارنة) ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 9.

238 - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص 115.

239 - صالح احمد الفرجاني ، المصدر السابق ، ص 229.

240 - د. عبدالغني بسيوني عبدالله ، مصدر سابق ، ص 19.

241 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص 483.

القوانين ، وهو مفروض على جميع سلطات الدولة من قضائية تنفيذية وادارية ، وهنا يعتبر هذا المفهوم شكلياً مقارنة مع المفهوم الاول الذي يعتبر مادياً .(242)

والمساواة امام القانون يتحقق بتحقق الاختلاف في المعاملة بين المختلفين وذلك من خلال المشرع حين يقرر المشرع معاملة مختلفة للمراكز القانونية المختلفة ، وحين تقرر معاملة لاصحاب المراكز القانونية المتماثلة اذا اقتضت ذلك المصلحة العامة .(243)

وتتم من خلال المساواة في المعاملة بين اصحاب المراكز القانونية المتماثلة ، فالمقصود بالمساواة لا ينصرف الى المساواة الحسابية ، كما انه في ذات الوقت لا يتفق مع التحكم في المعاملة بين اصحاب المراكز القانونية المتماثلة ، فمبدأ المساواة يقصد به المساواة القائمة على طريقة منطقية معقولة بين حماية الحقوق و الحريات والتي يقرها القانون لاصحاب المراكز القانونية المتماثلة و بين كل من الهدف من القانون والمصلحة العامة .(244)

ويجب ان تواكب هذا المبدأ التطورات التي تحدث في المجتمع سواء كانت اجتماعية ام علمية ولا يبقى عنواناً فارغاً من مضمونه ، وهنا يبرز دور القاضي الدستوري كي يلعب دوره المحوري الذي يسعى من خلاله الى تحقيق التوازن والتماثل بين مبدأ المساواة وتلك الحقوق .(245)

وإذا اردنا ان نبحث عن سلطة القاضي في تقييم مبدأ المساواة فان هذه السلطة ليست مطلقة لان في حالة اطلاق سلطة القاضي فانها تؤدي الى عدم التوازن والاخلال في الديمقراطية ، وللسلطة التقديرية للقاضي الدستوري حيال مبدأ المساواة حدين ، الاول ان للقاضي الدستوري سلطة تقديرية مطلقة في استبعاد كل تشريع يخرق مبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور كالتمييز على اساس العرق او الدين ، والثاني بان للقاضي الدستوري سلطة تقديرية نسبية يدخل في تكوينها عدة عوامل اهمها مدى التناقض بين قاعدتين دستوريتين بالدرجة الاولى وتحقيق المصلحة العامة بالدرجة الثانية .(246)

وفي حالة ممارسة القاضي سلطته التقديرية الممنوحة له في توقيع العقاب على الجاني ، عليه ان يجري تفريدا للعقاب يتفق مع جسامة الجريمة ومدى خطورة الجاني ، فالمساواة التامة بين المحكوم عليهم في قدر

242 - د. امين عاطف صليبا ، المصدر السابق ، ص 388.

243 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص 438

244 - د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص 126، ولفنفس المؤلف القانون الجنائي الدستوري ، المصدر السابق ، ص 443.

245 - د. امين عاطف صليبا ، مصدر سابق ، ص 397.

246 - د. امين عاطف صليبا ، المصدر نفسه ، ص 404.

العقوبة تتطلب وحدة المراكز القانونية بالنظر الى مدى جسامة الجريمة ومدى خطورة الجاني ، وبدون ذلك لا يتحقق المساواة ا مام القضاء.(247)

3.3: معايير الرقابة القضائية على تحقيق الامن الجنائي

هناك عدة معوقات تعترضها مبدأ الامن القانوني عامة والجنائي خاصة يمكن ان تؤثر على هذا المبدأ ، وبالتالي على النظام القانوني في الدولة ، ويؤدي الى انعدام الامن القانوني ومن هذه المعوقات ، غموض النصوص الجنائية وضعف جودتها ، او عندما يكون هناك الاخلال بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية ، وفي حالة التضخم التشريعي الجنائي ، وبذلك سنتولى بحث هذه الموضوعات من خلال ثلاثة مطالب ، الاول نتناول فيه غموض النصوص الجنائية وضعف جودتها ، اما المطلب الثاني فنخصصه للاخلال بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية ، واخيراً نتناول التضخم التشريعي الجنائي في المطلب الثالث.

1.3.3: غموض النصوص الجنائية وضعف جودتها

من خلال هذا المطلب سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين الاول نتناول فيه غموض النصوص الجنائية ، اما الفرع الثاني فننتاول فيه ضعف جودة النصوص القانونية.

1.1.3.3: غموض النصوص الجنائية

تعتبر ابرز عيوب صياغة النص العقابي غموض الاحكام او النصوص التشريعية ، ويقصد بالنص الغامض ذلك النص الذي لا تدل صيغته على المعنى او الحكم المراد منه ، بل يتوقف فهم هذا المعنى او الحكم على امر خارج عن عبارة النص او صيغته ، ويتخذ النص العقابي الغامض احد الصور الاتية فهو اما خفي او مشكل او مجمل او منشأ.(248)

ويقصد بالغموض اخفاء معنى النص او عدم فهم مقصده ، وقد تكون صفة الغموض نسبية او قد تكون صفته مطلقة ، فالغموض النسبي هو ان يكون اسباغ وصف غموض النص او درجته متوقعة على شخص المفسر للنص او الجهة المفسرة له ، فقد يكون النص نفسه واضحاً عند شخص وغموضاً عند آخر وقد يدعي المفسر ان درجة الغموض ادت الى استحالة تفسير النص ، اما الغموض المطلق فهو صفة النص التشريعي بسبب الصياغة التشريعية التي اسبغت عليه الغموض ويكون الادعاء بهذه الصفة مهما اختلف

247- د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المصدر السابق ، ص454.

248- د. عادل يوسف الشكري ، فن صياغة النص العقابي ، الطبعة الاولى ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، 2017 ، ص287-289.

الشخص القائم بالتفسير ولا يفرق حينها ان يكون للغموض صفة للفظ او للنص بمجموع الفاضه بل يرى جانب من الفقه ان صفة الغموض هي الصفة السائدة السائدة في كثير من التشريعات مهما يبذل المشرع في صياغتها من جهد واتقان .(249)

وهناك عدة اسباب للغموض اهمها ما يرتبط باستخدام المشرع لعبارات ومصطلحات غير واضحة او ان الغموض يكتنف نية المشرع وغاياته كأن تكون مقدمة النص غير متوافقة مع فحواه ونهاياته او ان الالفاظ التي يستخدمها المشرع قد يكون لها اكثر من معنى .(250)

وكذلك من اسباب الغموض ما يرتبط باختيار عبارات مرنة او مبهمه او غير محددة بحدود تفسيرية معينة ، كذلك ايضاً ما يتعلق بالصياغة التي قد تكون مرنة او مبهمه او متذبذبة مما يؤدي الى غموض النص التشريعي .(251)

وترجع معظم حالات الغموض التشريعي الى اسلوب صياغة النص العقابي ، فقد يبدو الصياغة التشريعية غير مألوفة في سياق اللغة العادية ، وقد تكون طريقة التعبير والاسلوب التشريعي الذي يتبعها المشرع الجزائي عاكسة لتقاليد الصياغة التي تملئها عليه اللغة المحلية او قواعد النحو والصرف اللغوية.(252)

فالنص العقابي الغامض بهذا المعنى هو عيب تشريعي وعليه معالجته بالطرق المناسبة ، فهناك بعض صور الغموض يمكن ازالتها من قبل القاضي نفسه بالاستعانة بادوات عديدة وفي مقدمتها اللغة ، وهناك بعض صور الغموض التي لا يمكن ازالتها الا من قبل الجهة التي اصدرت النص العقابي ابتداءً.(253)

و القاضي الدستوري ومن تفسير القاعدة القانونية يهدف الى ازالة الغموض في حكم القواعد القانونية لمواجهة ما تكشف عنه من فروض ووقائع ، وقد اتجه القضاء الدستوري لغرض معالجة الغموض للنص التشريعي عما يجب ان يكون عليه حتى يتفق مع احكام الدستور وذلك من خلال اسلوب التفسير المكمل او

249 - د. علي احمد عباس ، الصياغة التشريعية واثرا في تطبيق القانون ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، بيت الحكمة ، العدد (21) ، لسنة 2017 ، ص63.

250 - د. ليلي حنتوش ناجي ، دور القضاء الدستوري في الاصلاح التشريعي ، بحث قدم الى (مؤتمر الاصلاح التشريعي نحو الحكومة ومكافحة الفساد) ، جامعة الكوفة ، كلية القانون ، عدد (36) نيسان 2018 ، ص55.

251 - علي احمد عباس ، مصدر سابق ، ص 65.

252 - د. عادل يوسف الشكري ، مصدر سابق ، ص 298-299.

253 - د. دلشاد عبدالرحمن يوسف ، و د. احمد مصطفى علي ، الفراغ التشريعي في القاعدة القانونية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (18) ، العدد (62) ، لسنة 200 ، ص199.

المضيف الذي يتم باصدار احكام مكملة بالاضافة وذلك في سبيل الوقاية من الغموض لاجل استبعاد كل ما من شأنه ان يؤدي الى تعارض النص مع الدستور في ضوء الهدف الموضوع له في القانون .(254)

2.1.3.3: ضعف جودة النصوص القانونية

هناك مبدأ اساسي لانفراد السلطة التشريعية وهو مبدأ الوضوح والتحديد في النصوص التشريعية فوفقاً لهذا المبدأ يجب ان يعبر المشرع عن السلوك المعاقب عليه بطريقة واضحة ومحددة بعيدة عن الغموض ، فالهدف من مبدأ الشرعية هو ضمان اخطار الجمهور بما يعد جريمة وبالعقاب المترتب عليها وهو ما يلزم وضوح مقصد الشارع ، فغموض في النص من شأنه ان يؤدي الى التحكم القضائي الخطير.(255)

وعندما تكون الصياغة التشريعية غير دقيقة ينتج عنها نصوص عقابية ضعيفة ومتضاربة تؤدي الى الاختلاف بين مطبقيها في مواقفهم ازاءها ، وفي تحديد معانيها ودلالاتها ، فيؤدي الى المساس بالمصالح التي جاءت النصوص لحمايتها ، مما يجعلها متعثرة في التطبيق ولا يكتب لها النجاح ، فكل خطأ في النصوص يؤدي الى خطأ تشريعي ، وهو ما يفضي بطبيعة الحال الى خطأ قضائي ، وان من شأن الخطأ القضائي ان يجرح الشعور بالعدالة ، وهذا الامر يدفع الافراد الى الخروج عن واجب طاعة القانون ، ولهذا يكون لحسن صياغة النص وسبابة التعبير ودقة اللفظ ووضوح العبارة اهمية كبيرة في سلامة الاداء من قبل مطبقي النص العقابي ومفسريه من ناحية ، وفي ضمان الحقوق والحريات من ناحية اخرى.(256)

والصياغة التشريعية من الاولويات الرئيسية لانشاء القاعدة القانونية وفق اسس ومبادئ سليمة خالية من الاخطاء والشوائب والتعقيد وسهلة الفهم بالنسبة لكافة المتعاملين مع النص القانوني ، ومن عيوب الصياغة التشريعية التناقض والتعارض في النصوص القانونية ، والخطأ في الصياغة والنقص والتزيد والغموض في القواعد القانونية .(257)

وينبغي ان تتم صياغة النصوص الجنائية بشكل موجز ودقيق حيث تكون العبارات و المصطلحات واضحة بحيث ان يفهمها الافراد المخاطبون وكذلك ان تتم بشكل بسيط ولس وتجنب استعمال لغة مصطنعة او الفاظ غير مألوفة او كلمات اجنبية ، اي يجب استخدام مفردات والفاظ ، تلائم المخاطبين باحكام القانون.(258)

254 - د. ليلي حنتوش ناجي ، المصدر السابق ، ص55.

255 - د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص91.

256 - د. عادل يوسف الشكري ، مصدر سابق ، ص222.

257 - د. حيدر ادهم عبدالهادي ، اصول الصياغة القانونية ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2009 ، ص96.

258 - عادل يوسف الشكري ، المصدر السابق ، ص224.

2.3.3: الاخلال بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية

من اجل تحقيق المساواة في القانون الجنائي فقد وضع المشرع الكثير من الضمانات الا ان مع ذلك توجد حالات يؤدي الى الاخلال بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية ، وهذا الاخلال قد يكون حقيقياً يقبله المشرع لتحقيق غاية معينة وقد تكون اخلافاً ظاهرياً غير مقصوداً ولا يقبله المشرع ، وبذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين الاول نتناول فيه الاخلال الحقيقي بمبدأ المساواة والفرع الثاني نخصصه للاخلال الظاهري بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية .

1.2.3.3: الاخلال الحقيقي بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية

هناك حالات يمكن ان يكون خطر الاخلال بالمساواة معروفاً ومقبولاً من المشرع ، فلا يرى ضرورة للتدخل لتصحيح هذا الاخلال نتيجة لاعتبارات عديدة قد لا يتلائم بعضها مع مبدأ المساواة ، الا انه مع ذلك يبقى هذا الاخلال مقبولاً من المشرع تحقيقاً لتلك الاعتبارات التي يراها المشرع جديراً بالحماية. (259)

وحالات المساواة والتي يقبلها المشرع عن ادراك عند صياغة النصوص الجزائية حالات الضعف النفسي او العضوي وحالات الاعفاء من العقاب، فقد يراعي المشرع الضعف الذي يصاحب بعض الافراد كصغار السن او المصابين بنقص او قصور قواهم العقلية فوضعهم في وضع غير متساوي مع الاخرين لضمان المساواة الحقيقية للجميع، ولا يعد عدم المساواة بين الافراد في هذه الحالات اخلافاً بمبدأ المساواة لانه يؤدي الى تحقيق المساواة الفعلية للجميع. (260)

فلا يمكن ان نعتبر ان الاعذار المخففة اخلافاً بالمساواة على الرغم من عدم المساواة الحسابية في العقاب بين المتهمين المرتكبين لنفس الجريمة وذلك لاختلاف ظروف المتهمين والجريمة الواحدة من حالة لآخرى ، اذ ان خطورة الجاني ومدى قابليته للاصلاح تتفاوت بين مرتكبي ذات الجريمة ، فهذا الاختلاف في الظروف من حالة لآخرى تبرر اختلاف العقاب وعدم المساواة الحسابية بين الجناة ، وذلك لا يعد اخلافاً بالمساواة في العقوبة ، فالمعنى الحقيقي للمساواة هو تماثل العقوبة عند تماثل الظروف والاوزاع. (261)

اما فيما يتعلق الاعذار القانونية المعفية فهي اسباب نص عليها القانون على سبيل الحصر ، فقد يتم التضحية بمبدأ المساواة في سبيل الاعفاء من العقاب كمكافأة لمن يقوم بالتبليغ عن بعض الجرائم او من اجل

259 - د. نوفل علي عبدالله الصفو ، الاخلال بمبدأ المساواة في القانون ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (8) العدد (28) سنة 2006 ، ص 292.

260 - د. نوفل علي عبدالله الصفو ، المصدر نفسه ، ص 292.

261 - د. نوفل علي عبدالله الصفو ، المصدر نفسه ، ص 298.

التعرف على بقية الجناة والقبض عليهم ، ومنها اعفاء من ارتكب جريمة تزييف العملة او تزوير اوراق النقد اذا اخبر بها السلطات العامة قبل اتمامها وكذلك اعفاء الراشي او الوسيط ، وكذلك اعفاء من بادر من الجناة بالابلاغ عن الجرائم الماسة بامن الدولة الداخلي او الخارجي، فالتبليغ قبل القيام بالجريمة يؤدي الى منع ارتكاب هذه الجرائم الخطيرة وتحقق منفعة اجتماعية اهم واعظم من العقاب عليها ، فيمكن القول ان حماية المصلحة العامة تبرر الاخلال بمبدأ المساواة عند اعفاء الجناة من العقاب .(262)

ومن خلال ما بحثنا فان هناك حالات اخلاص حقيقية بمبدأ المساواة وهي حالات مقصودة من المشرع عند صياغة النصوص الجنائية ومن هذه الحالات الضعف النفسي او العضوي او الاعفاء من العقوبة التي تخضع لقوانين او نصوص خاصة ، يقوم بها المشرع عن ادراك لحماية المصلحة العامة وتحقيق المنفعة الاجتماعية.

2.2.3.3: الاخلال الظاهري بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية

تعتبر القاعدة الجنائية قاعدة عامة مجردة ، فهي لا ترتبط بحالات فعلية بل تضع تنظيمياً موضوعياً للسلوك تنطوي فيه هذه الحالات الواقعية ، وتتصف بالمساواة فالجميع سواء امام القانون ، وهي قاعدة امرة ولها قوة جزائية وهي من قواعد القانون العام.(263)

وان تجريد القاعدة الجنائية يؤدي الى استبعاد خطر الاخلال بالمساواة بين المخاطبين باحكام القاعدة الجنائية الموضوعية ، الا ان التجاوز في التجريد قد يؤدي بصورة غير مباشرة الى تنوع غير منطقي للحلول القضائية ، ففي حالات معينة يكون خطر الاخلال بالمساواة كامناً مستتراً في صلب نصوص قانون العقوبات دون ان يقصد المشرع هذا الاخلال ودون سعي من جانبه الى قبوله ، ومن حالات الاخلال بالمساواة امام القضاء الجنائي التي لم يقصدها المشرع ، رجعية قانون العقوبات الاصلح للمتهم ، والتفسير القضائي الدقيق لبعض النصوص الجنائية والشروع في الجريمة .(264)

فاساس القاعدة الجنائية انها تطبق على الافعال التي تقع بعد تاريخ نفاذها ولا تطبق على ما وقعت من افعال في الماضي ، فقاعدة عدم رجعية النصوص الجزائية الموضوعية تعني ان نص التجريم لا يسري الا على الافعال التي ترتكب بعد لحظة نفاذه ، ولا يسري على الافعال التي ترتكب قبل نفاذها ، وقاعدة عدم رجعية القانون على الماضي ليست مطلقة وانما ترد عليه بعض الاستثناءات هي القانون التفسيري والقانون

262 - د. نوفل علي عبدالله الصفو ، المصدر نفسه ، ص301.

263 - عصام عفيفي عبدالبيصر ، مصدر سابق ، ص 233.

264 - د. نوفل علي عبدالله الصفو ، مصدر سابق ، ص302.

الاصحح للمتهم ، اذ يسمح المشرع لهذة القواعد في حالات معينة ان تسري على الماضي اذا كانت اصلح للمتهم ، وعة هذا الاستثناء ان سلطة المجتمع في توقيع العقاب محدودة بحدود فكري الضرورة الاجتماعية والفائدة الاجتماعية ، فان لم تكن للعقوبة ضرورة او فائدة فلا محل لتوقيعها ، وان الغى القانون الجديد العقوبة او خفف منها فذلك اعتراف من الشارع بعدم جدواها ، فلا تبرير للاصرار على توقيعها.(265)

وقد يخل مبدأ المساواة عند تطبيق القانون الاصلح للمتهم بتجرد وتعميم في بعض الحالات ، فقد يحدث ان يرتكب جريمتان من شخصين في يوم واحد ، فيحكم على احدهما بالادانة قبل العمل بالقانون الجديد ، بينما لا يكون قد حكم على الاخر لسبب او لآخر فيشمل بالقانون الاصلح للمتهم ، وهنا من شأنه الاخلال بمبدأ المساواة بين المخاطبين باحكام القانون الجنائي ، وقد يؤدي التفسير الضيق للنصوص الجنائية الذي يحضر القياس في نصوص التجريم الى الاخلال بالمساواة بين المخاطبين باحكام القانون الجنائي ، وكذلك الشروع الذي يعاقب عليه القانون والاعمال التحضيرية التي تعتبر من الاعمال المباحة ولا عقاب عليها ، فلم يضع المشرع معياراً للتمييز بين البدء في التنفيذ والاعمال التحضيرية مما ادى الى تنوع وتعدد توجهات الاحكام القضائية الامر الذي يشكل تهديداً مباشراً لمبدأ المساواة امام القضاء الجنائي .(266)

ان الحلول القضائية لا تاتي بشكل سليم الا من خلال تطبيق احكام القواعد الجنائية بشكل صحيح حيث ان التجريد في تطبيقها يؤدي الى ظهور حالات من الاخلال بالمساواة لم يقصد المشرع وجودها عند صياغة النصوص الجنائية ولا يقبل بها لعدم وجود اي اعتبارات او مصالح تهدف الى تحقيقها ، فالاخلال بمبدأ المساواة في هذه الحالات غير مقصودة تظهر عندما يلجأ القضاء الى اساليب التفسير الضيقة او المقيدة للنصوص العقابية.

3.3.3: التضخم التشريعي الجنائي

سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول منه اسباب التضخم واثاره ، ونتناول في الفرع الثاني علاقة القوانين الجنائية الخاصة بالتضخم.

265 - د. محمود حنترازي نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، ص103..

266 - د. نوفل علي عبدالله الصفو ، مصدر سابق ، ص 34-305.

1.3.3.3: اسباب التضخم واثاره

يعتبر التضخم التشريعي من المواضيع القانونية المهمة ويقصد به وجود عدد كبير من القوانين المتشابهة غير محددة الصياغة القانونية والتي تختلف المحاكم في تفسيرها في قضايا متشابهة. (267)

وهناك تضخماً في القواعد القانونية والتشريع كلما كان هناك تكاثراً في النصوص القانونية في القانون الواحد او في قوانين مختلفة التي يمكن تطبيقها على مسألة واحدة ويمتد مفهوم التضخم ليشمل حالات اخرى عندما يكون فيها حجم التشريع كبيراً بشكل غير مبرر او كان يحوي نصوصاً مكررة او نصوصاً تتعارض مع نصوص اخرى او وجود مجموعة من الاستثناءات التشريعية على القاعدة القانونية بحيث تغطي على الاصل العام لهذه القواعد. (268)

ومبدأ الامن القانوني يتاثر بالحكم الكمي للقواعد القانونية ، فيقتضي قلة ومحدودية عددها حيث يعتبر تضخمها شرطاً فاسخاً لجودتها ونوعيتها ، لذلك ان تضخمها بتكاثرها وتزايد عددها وتسارع وتيرة انتاجها دليل على ضعفها وانحطاط قيمتها وفشل فعاليتها في تحقيق اهدافها ، فلا بد من انتاج قواعد قانونية ممتازة الجودة ، حيث ان القواعد القانونية ذات الجودة العالية هي الوحيدة التي تعني بالاحترام وتتميز بالفعالية ، وتتبلور من وراء القانون والمتضمن في العدالة والنظام والامن والاستقرار والذي يكفل بضمان الحقوق والحريات وحمايتها ويكرس دولة القانون . (269)

وهناك اسباب كثيرة للتضخم التشريعي منها كثرة النصوص القانونية في القانون الواحد او في قوانين اخرى بسبب تعدد مصادر القانون ، وتزايد النصوص القانونية وايرادها وصياغتها بالرغم من عدم ضرورتها واهميتها او عدم اتساقها مع مضمون القانون ، يؤدي الى خلق التعارض والتناقض بين النصوص التشريعية وتعددتها وكثرتها وركاكتها والتي تعد سنناً من اسباب تضخم القواعد القانونية. (270)

وهناك اسباب اخرى للتضخم منها الصياغة التشريعية غير السليمة ، وتعد الصياغة التشريعية من المسائل الفنية الضرورية لانشاء القواعد القانونية ، وفق اسس ومبادئ سليمة خالية من الاخطاء والشوائب والتعقيد

267 - التضخم التشريعي . مقال منشور على شبكة الانترنت ، متاح على الرابط الاتي: www.egynews.net

268 - د. عبدالكريم صالح عبدالكريم و د. عبدالله فاضل حامد ، تضخم القواعد القانونية - التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، العدد (23) لسنة 2014 ، ص148.

269 - ضوابط جودة القواعد القانونية ، مقال منشور على شبكة الانترنت في 2015\9\22 ، متاح على الموقع الالكتروني الاتي: rdoc.univ-sba.dz

270 - د. علي الصاوي ، الصياغة التشريعية للحكم الجيد ، ورقة عمل قدم لمؤتمر (تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمان العربية) بيروت ، 3-6 2003 ، ص5. متاح على الموقع الالكتروني الاتي: parliament.gov.sy

وسهولة الفهم بالنسبة لكافة المتعاملين مع النص التشريعي ، ومن عيوب الصياغة التشريعية التناقض والتعارض في النصوص ، والخطأ في الصياغة والنقص والتزيد والغموض في القواعد القانونية .(271)

تتمثل مهمة السلطة التشريعية في تشريع القوانين ، فلا بد ان تكون على معرفة ودراية بفن الصياغة التشريعية والبنيان القانوني الذي اصبح علماً قائماً بذاته(272). فعدم وجود الخبرة الكافية لعضو البرلمان وغياب الاختصاص وضعف المهارة والكفاءة القانونية وعدم درايته التخصصية والثقافية بالموضوع ، يؤدي الى تقديم اقتراحات تشريعية ضعيفة ومحدودة مما يستتبع ذلك من اثار سلبية تكمن في تمرير تشريعات مرتبكة وضعيفة لا تخدم الصالح العام ، وتؤدي ذلك الى القصور في التشريعات وكثرة التعديلات بما يفضي الى تزايد حجم التشريعات وتناقض حبتها ونجاعتها وبالتالي الى تضخم التشريعات.(273)

وهناك عدة سلبيات تترتبها اثار التضخم التشريعي، منها التعارض في النصوص التشريعية او تناقضها مما يصعب فهمها وانتقاء ما يمكن تطبيقها ، وهذا التعارض هو نتيجة للمعالجة التشريعية غير الموفقة للمشرع .(274)

وايضا يمكن القول ان التضخم التشريعي يؤدي الى انعدام الامن او الاستقرار القانوني ، فكثرة التعديلات وتؤدي الى حالة عدم استقرار المراكز القانونية واحداث نوع من الفوضى القانونية ، كما انها تترك القضاء والادارات وتحجم دور الفقه وضياع جهده في بحوث ومؤلفات ما ان تنشر حتى يعدل القانون او يلغي وتحل محلها افكار وتطبيقات لنظريات قانونية جديدة.(275)

والهدف من نظرية الامن القانوني حماية الافراد من الاثار السلبية للقانون ، فلا بد ان يكون القاعدة القانونية واضحة لا لبس ولا غموض فيها ، ولا بد التقليل من التعديلات التشريعية التي تفرغ القانون من محتواه ، ومن مظاهر انعدام الامن القانوني استمرار قواعد قانونية لا اساس لها في الواقع ولا تتفق مع العصر

271 - حيدر ادهم عبدالهادي ، مصدر سابق ، ص96 وما بعدها.

272 - القاضي سالم روضان الموسوي، اثر الصياغة التشريعية في الاحكام القضائية، بحث منشور في مجلة التشريع القضائي، العدد 3 لسنة 2012 ، ص60.

273 - هلكورد عزيز خان احمد عقراوي ، اشكالية التضخم في التشريعات الجزائرية ، دراسة تحليلية - مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس فاكولتي القانون ، جامعة سوران ، 2016 ، ص50-60.

274 - د. عبدالكريم صالح عبدالكريم ود. عبدالله فاضل حامد ، مصدر سابق ، ص 159.

275 - فارس حامد عبدالكريم ، القصور التشريعي في فلسفة القانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة بيت الرافدين ، متاح على الموقع الالكتروني الاتي:

واحتياجاته ، ومن مظاهر انعدام الامن القانوني كذلك عدم ملائمة الاحكام والذي تعني الغموض والتناقض فيما بين النصوص القانونية. (276)

3.3.3.3: علاقة القوانين الجنائية الخاصة بالتضخم

التضخم التشريعي الجنائي يعني التزايد المبالغ فيه لحجم التجريم الجنائي السلبي ، ذلك الاسراف في تجريم السلوك الانساني دونما ضرورة او هدف معقول. (277)

وهناك اسباب اساسية تتسببها التضخم في التشريعات الجنائية منها الضغوط السياسية والاجتماعية وذلك لان اغلب التشريعات تسن في ظروف غير طبيعية ، فيجب ان لا ننسى انعكاس الاستقرار السياسي ودوره الكبير في استقرار القانون ، فالازمات السياسية ينعكس سلباً على حالة وحاجة اصدار التشريعات الجزائية. (278)

كما الاحداث الانسانية المتغيرة والمستمرة و المتطلبات الاجتماعية المتغيرة والمستمرة ، والدور التشريعي المتراجع للبرلمان وتدخل الدولة في جميع المجالات والنشاطات الحيوية في المجتمع وما رافقه من استخدام في الجزاء الجنائي ، خلق وضعاً صعباً للغاية حتى اصبح الجزاء الجنائي اسلوباً يكاد لا يخلو منه اي تشريع ، على اساس ان الجزاء الجنائي قادر على حمل المخاطبين به على الالتزام بالسلوكيات التي لا تهدد القيم والمصالح الاجتماعية بالعدوان عليه ، وبالتالي بروز ظاهرة التضخم في التشريعات الجزائية حتى اصبح رجل القانون لا يستطيع ادراكها وتداركها لكثرة التعديلات والاستثناءات. (279)

وكذلك ان كثرة التعديلات والالغاء واصدار التشريعات الخاصة ، هو امر يؤدي الى عدم الاستقرار التشريعي ومن ثم عدم الاستقرار القضائي ، لعدم امكانية تداركها وملاحقتها وفهمها وتفسيرها وتطبيقها ، وهو امر ناجم بلا شك عن التضخم في التشريعات الجزائية ومن اثاره الخطيرة التي تلعب دوراً في تضرر قواعد قانونية مستقرة كقاعدة العلم المفترض بالقانون الجنائي ومبدأ العدالة الجنائية ومبدأ المساواة امام القانون. (280)

276 - د.عبدالكريم صالح عبدالكريم و د. عبدالله فاضل حامد ، المصدر السابق ، ص 160.

277 - د.عبدالكريم صالح عبدالكريم و د. عبدالله فاضل حامد ، المصدر نفسه ، ص 143.

278 - هلكورد عزيز خان احمد عقراوي ، مصدر سابق ، ص 47.

279 - دلشاد عبدالرحمن يوسف البريفكاني ، مبدأ التناسب في القانون الجنائي ، اطروحة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة الموصل 2014 ، ص 146.

280 - هلكورد عزيز خان احمد عقراوي ، مصدر سابق ، ص 69.

و يؤدي الاستقرار القانوني المنعدم الى صعوبة التطبيق القضائي ، فالتضخم في التشريعات الجنائية قد يؤدي الى صعوبة التطبيق القضائي ، وذلك لعدم المام القاضي بأكثر احكام هذه التشريعات ، ومن ثم فان عمله يبتعد عن الدقة ، فأرادة القاضي تتحرك في النص او التشريع ومن ثم تفسيره وتطبيقه تبعاص لذلك ، وان اي صعوبة في فهم التشريع سوف يقود الى تفسير خاطئ وتطبيق سيء ، ومن هنا فان الصعوبات التي تواجهها القاضي عند تطبيق الوصف القانوني ، هي تضخم التشريعات الجزائية بحيث اصبحت السيطرة على هذا العدد من التشريعات شبه مستحيلة نتيجة للتراكة الهائلة من التشريعات القديمة والكم الهائل من التشريعات الجديدة والتعديلات المتلاحقة .(281)

الخاتمة

في ختام هذا البحث توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات سندرجها على النحو الاتي :

1 : الاستنتاجات :

1- تبين لنا ان القضاء الدستوري هي الجهة الرقابية المختصة لضمان تحقيق العدالة في المجتمع فلها النظر في المنازعات المعروضة عليه وذلك من خلال رقابة هذا القضاء في تطبيق احكام القانون وشرعيته لحماية الحقوق والحريات العامة والضمانات التي تنظمها الدستور والقوانين في الدولة. وكذلك للقضاء الدستوري دورا مهم في احترام الشرعية الدستورية ويتبين هذا الدور من خلال الرقابة القضائية سواء كان ذلك من خلال القضاء الدستوري المتخصص ام من خلال القضاء العادي.

2- ان مصطلح القضاء الدستوري وفق للمعيار الشكلي يعني ان يكون هناك محكمة او هيئات قضائية تكون مختصة بالرقابة على احترام سمو الدستور ، او الجهة القضائية التي اعطاها الدستور حق رقابة الشرعية الدستورية في حالة ان تكون هذه الرقابة مركزية (قضاء دستوري متخصص)، ووفقاً للمعيار الموضوعي فان معنى مصطلح القضاء تعتبر اوسع نطاقا من معناه في المعيار الشكلي ، فالقضاء الدستوري لا يوجد الا مع وجود المحاكم الدستورية المختصة هذا وفق المعيار الشكلي ، في حين ان القضاء الدستوري وفقا للمعيار الموضوعي لا يرتبط وجود القضاء الدستوري بمثل هذه المحاكم الدستورية انما هو قائم مع الفصل القضائي في المسائل الدستورية بصرف النظر عن الجهة التي يصدر عنها هذا القضاء.

3- ان ضمان و حماية الدستور يعتبر من مهام القضاء الدستوري, ويعتبر القانون الاعلى والاسمى في البلاد وهو خير تعبير عن الارادة الشعبية و سيادته.

4- تبين بان الاشخاص جميعا في الدولة سواء كانوا اشخاص طبيعيين ام معنويين خاصة ام عامة افرادا ام هيئات ، تعتبر ملزمون بالامتثال للقانون ، وبما ان الدستور هو المصدر الاساسي لكل نشاط قانوني تمارسه الدولة ، عليه لا يجوز مخالفة القواعد الدستورية ، ولكي يتحقق ذلك لابد من وجود جزاء يضمن سمو الدستور التي تعتبر من اهم المبادي التي تقوم عليها الدولة القانونية والدستور بشكل اساسي مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد وضع الدولة ، وتبين شكل الحكومة وتنظم السلطات المختلفة فيها ، من حيث الاختصاص مع بيان مدى العلاقة بينها وموقف الافراد منها ، وتقرر ما للفرد من حقوق وحريات وما عليها من واجبات ، وبذلك تعتبر القواعد المنصوص عليها الدستور المصدر الاول من مصادر الشرعية وهي اسمى القواعد القانونية في الدولة

- 5- لا يتحقق الامن القانوني الا بتحقيق الاستقرار في القواعد القانونية وبالتالي استقرار المراكز القانونية ، وتحقيق المساواة بين جميع افراد المجتمع ومعاملتهم معاملة متساوية امام القانون دون تفرقة .
- 6- هناك عدة معوقات تعترضها مبدأ الامن القانوني عامة والجنائي خاصة يمكن ان تؤثر على هذا المبدأ ، وبالتالي على النظام القانوني في الدولة ، ويؤدي الى انعدام الامن القانوني ومن هذه المعوقات ، غموض النصوص الجنائية وضعف جودتها ، او عندما يكون هناك الاخلال بمبدأ المساواة عند صياغة النصوص الجزائية ، وفي حالة التضخم التشريعي الجنائي.
- 7- ان دور القضاء الدستوري في تحقيق حماية الامن القانوني الجنائي لا يقل أهمية عن دور السلطة التشريعية في ذلك وذلك اذ كانت السلطة التشريعية هي من تضع التشريعات فان القضاء الدستوري هو من يضمن مشروعيتها وله في سبيل ذلك الغاءها وتعطيل آثارها.
- 8- ان قانون المحكمة الاتحادية العليا النافذ الذي تعلمي بموجبه المحكمة هو الاخر كان عاجزا عن مواكبة التطورات التشريعية التي يمر بها العراق وخلق العديد من الاشكاليات التي اصبحت مشار جدل وانعكست في بعض الاحوال سلبا على الواقع السياسي في البلد حينما شكل البعض بمدى صلاحية المحكمة للنظر في تغيير النصوص الدستورية عندما تصبح محل خلاف بين الكتل السياسية.

2: التوصيات :

- 1- نوصي على القاضي الدستوري في المحكمة الاتحادية العليا بترديد مصطلح الامن القانوني الجنائي في قضاء المحكمة والتعبير عن مكوناته وعناصره ومتطلبات تطبيقه وذلك لانها تساعد في تشكيل الثقافة العامة حول هذا المصطلح.
- 2- نوصي القضاة في المحكمة الاتحادية العليا ان يستثمروا الفرصة التي منحها المشرع لهم في عدم تحديد النطاق الزمني لاثار احكام المحكمة الصادرة بعدم الدستورية، وذلك لانها يفتح لهم افاق واسعة في ممارسة سلطاتهم في التفسير والاجتهاد لتحقيق الحماية الامن القانوني الجنائي.
- 3- يجب الاسراع في إصدار قانون المحكمة الاتحادية العليا من قبل مجلس النواب العراقي لكي يتسنى للمحكمة اصدار نظام داخلي لها يتوافق مع الدستور لسنة 2005.
- 4- بما إن قرارات المحكمة الاتحادية العليا مهمة جدا حيث من الممكن إلغاء او وقف نص قانوني بقراراتها، لذلك نرى من الضرورة نشر قرارات المحكمة في الجريدة الرسمية للأطلاع عليها ،وبهذا على مجلس النواب ضرورة تعديل قانون النشر في الجريدة الرسمية.

5- نوصي قضاة المحكمة الدستورية بقبول الطعن في القوانين والانظمة التي تضمن على اخلال الامن القانوني الجنائي باعتباره ضمانة وحماية لحقوق الافراد وحياتهم.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب

- 1- د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية ، دار النهضة ، القاهرة ، 1993.
- 2- د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية ، دار النهضة ، القاهرة ، 1993.
- 3- د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، الطبعة الاولى ، دار الشروق ، القاهرة ، 2004.
- 4- د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1960.
- 5- د. ادمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري العام ، الجزء الاول ، دار الملايين بيروت ، 1964.
- 6- د. حيدر ادهم عبدالهادي ، اصول الصياغة القانونية ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2009.
- 7- د. اسماعيل مرزة ، القانون الدستوري دراسة مقارنة للدستور الليبي و دساتير الدول العربية الاخرى ، منشورات دار الملاك ، بغداد ، 2004 .
- 8- د. اشرف عبدالقادر قنديل ، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2012.
- 10 - امين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2002.
- 11- د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، دار التيسير ، القاهرة ، 2004.
- 12- د. سحر محمد نجيب ، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الانسان وحرياته ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2011.
- 13- عادل جلال حمد امين ، دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون (دراسة تحليلية مقارنة) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2017.

- 14- د. عادل يوسف الشكري ، فن صياغة النص العقابي ، الطبعة الاولى ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، 2017.
- 15- د. عبدالحفيظ علي الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.
- 16- د. عبدالرحمن سليمان زيباري ، السلطة القضائية في النظام الفدرالي (دراسة مقارنة) ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، 2013.
- 17- د. عبد الحميد متولي ، الوسيط في القانون الدستوري ، مطبعة اتحاد الجامعات ، دار الطالب لنشر الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، 1965.
- 18- د. عبدالعزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، دار الفكر العربي ، 1995.
- 19- د. عبدالغني بسيوني عبدالله ، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي (دراسة مقارنة) ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004.
- 20- عبدالله فاضل حامد ، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية ، دراسة تحليلية مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2016.
- 21- د. عصام سعيد عبد احمد ، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2013.
- 22- د. عصام سليمان ، اشكاليات الرقابة على دستورية القوانين ، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني ، المجلد السادس ، 2012.
- 23- د. عصام عفيفي عبدالصير ، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.
- 24- د. عصمت عبدالله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.
- 25- د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبدالقادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2006.

- 26- د. علي مجيد العكيلي ، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي ، الطبعة الاولى ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2018.
- 27- كاروان عزت محمد الدوسكي، دور القضاء في حماية الدستور الفيدرالي دراسة مقارنة، دار سبيريز للطباعة والنشر، دهوك، 2006 .
- 28- د. كطران زغير نعمة و د. احسان حميد المفرجي و د. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، الطبعة الثانية، المكتبة الوطنية ، بغداد ، 2007 .
- 29- د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1997، ص11.
- 30- د. محمد رفعت عبدالوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2010.
- 31- د. محمود حترازي نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 .
- 32- د. مصطفى عفيفي ، رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية ، الطبعة الاولى ، دون تاريخ.
- 33- د. مكي ناجي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، الطبعة الاولى ، دار الضياء ، النجف الاشرف ، 2007 .
- 34- د. نورة فرغلي عبدالرحمن السناري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ط1 ، دار الكتب، القاهرة، 2007.
- 35- د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 36- د. وعدي سليمان المزوري، القضاء الدستوري ودوره في حماية الحقوق والحريات (الحق في الامن الجنائي نموذجاً) ، محاضرات القيت على طلبة الماجستير ، جامعة الشرق الادنى ، المعهد العالي للدراسات العليا في العلوم الانسانية ، كلية الحقوق ، القسم العام ، 2018 – 2019.
- ثانياً: الرسائل والاطاريح
- 1- دلشاد عبدالرحمن يوسف البريفكاني ، مبدأ التناسب في القانون الجنائي ، اطروحة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة الموصل 2014.

- 2- هلكورد عزيز خان احمد عقراوي ، اشكالية التضخم في التشريعات الجزائية ، دراسة تحليلية – مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس فاكولتي القانون ، جامعة سوران ، 2016 .

ثالثاً: المجالات والدوريات

- 1- بالجيلالي خالد ، الاختصاص السلبي والرقابة الدستورية عليه ، بحث منشور في مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد (6) لسنة 2017
- 2- د. دلشاد عبدالرحمن يوسف ، و د. احمد مصطفى علي ، الفراغ التشريعي في القاعدة القانونية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (18) ، العدد (62) ، لسنة 200.
- 3- د. عادل علي المانع ، الامن القانوني الجنائي مفهومه واسسه ، مجلة الامن والحياة ، العدد 248 ، 2003
- 4- د. عبدالعزيز محمد سالم ، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري ، بحث منشور في المجلة الدستورية ، المحكمة العليا في مصر ، العدد 15 ، السنة السابعة.
- 5- د. عبدالكريم صالح عبدالكريم و د. عبدالله فاضل حامد ، تضخم القواعد القانونية – التشريعية ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، العدد (23) لسنة 2014.
- 6- عبد المجيد غميحة، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي ، مجلة الملحق القضائي ، العدد ، 24 ، لسنة 2009.
- 7- د. علي احمد عباس ، الصياغة التشريعية واثرها في تطبيق القانون ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، بيت الحكمة ، العدد (21) ، لسنة 2017 .
- 8- د. علي الصاوي ، الصياغة التشريعية للحكم الجيد ، ورقة عمل قدم لمؤتمر (تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمان العربية) بيروت ، 3 - 6 \ 2 \ 2003. متاح على الموقع الالكتروني parliament.gov.sy الاتي:
- 9- ساجد محمد الزاملي ، الرقابة على دستورية القوانين في العراق في ظل الدستور الدائم 2005 ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، جمعية القانون المقارن ، العدد (58) لسنة 2009.

- 10- القاضي سالم روضان الموسوي، اثر الصياغة التشريعية في الاحكام القضائية، بحث منشور في مجلة التشريع القضائي، العدد 3 لسنة 2012 .
- 11- د. سرهنك حميد البرزنجي ، تفسير الدستور في ضوء احكام الدستور العراقي النافذ وتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا - دراسة تحليلية - بحث منشور في مجلة جامعة دهوك - المجلد 14 ، العدد ، 2 ، لسنة 2011.
- 12- سليم نعيم خضير الخفاجي ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية ، بحث منشور في مجلة اهل البيت ، العدد:8 ، لسنة 2009.
- 13- د. محمد سلمان محمود ، الاسس القانونية للرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، كلية القانون ، العدد: 22 ، المجلد السادس ، 2017.
- 14- د. ليلي حنتوش ناجي ، دور القضاء الدستوري في الاصلاح التشريعي ، بحث قدم الى (مؤتمر الاصلاح التشريعي نحو الحكومة ومكافحة الفساد) ، جامعة الكوفة ، كلية القانون ، عدد (36) نيسان 2018 .
- 15- د. مازن ليلو راضي ، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول الى القانون ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، العدد الاول ، 2019 .
- 16- د. نوفل علي عبدالله الصفو ، الاخلال بمبدأ المساواة في القانون ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (8) العدد (28) سنة 2006 .

رابعاً: المصادر الالكترونية

- 1- د. احمد عبدالظاهر ، مبدأ الامن القانوني كقيمة دستورية ، مقال منشور على شبكة الانترنت في 31\12\2009 متاح على الموقع الالكتروني الاتي:
103654\http\kenanaonlin.com\users\law\posts
- 2- بالجيلالي خالد ، الاختصاص السلبي والرقابة الدستورية عليه ، بحث منشور في مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد (6) لسنة 2017 ، متاح على الموقع الالكتروني الاتي:
.dSPACE.univ-msila dz,handle

- 3- جواهر عادل العبد الرحمن ، الرقابة على الاغفال التشريعي ، منشور في جريدة الوطن الكويتية الصادرة في 5\8\2016. متاح على موقع الجريدة الالكترونى: <https://www.alwatannews.net>
- 4- حازم البيلاوي ، الاستقرار القانوني ، مقال متاح على الموقع الالكتروني الاتي: <https://hazembeblawi.com>
- 5- القاضي سالم روضان الموسوي ، في مقال بعنوان دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي ن متاح على الموقع الالكتروني الاتي: <https://www.hjc.iq>
- 6- د. عادل علي المانع ، الامن القانوني الجنائي مفهومه واسسه ، مجلة الامن والحياة ، العدد 248 ، 2003 ، متاح على الموقع الالكتروني الاتي: <https://repository.nauss.edu.sa/handle/59361|123456789>
- 7- د. عامر زغير محسن ، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستوري ، مقال منشور على الموقع الالكتروني الاتي: <https://www.researchgate.net.3231>
- 8- فارس حامد عبدالكريم ، القانون والقضاء والحريات العامة ، مقال منشوروني على شبكة الانترنت ، متاح على الموقع الالكتروني الاتي: www.m.ahewar.org
- 9- فارس حامد عبدالكريم ، القصور التشريعي في فلسفة القانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة بيت الرافدين ، متاح على الموقع الالكتروني الاتي: www.brob.org.bohoth1/bohoth1.16
- 10- فاضل عواد محميد الدليمي ، مفهوم شرعية الاجراءات الجنائية ودورها في تحديد ذاتية القواعد الجنائية الاجرائية ، مقال منشور على موقع المرجع الالكتروني للمعلوماتية في 18\4\2017 almerja.com
- 11- محمد مجدي السيسي ، مفهوم الشرعية الاجرائية ، مقال منشور على شبكة الانترنت في 13\8\2018 متاح على الموقع الالكتروني الاتي: <https://http://facebook.com>
- 12- مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، دراسة متاحة على العنوان الالكتروني التالي: <http://almerja.com>
- 13- ضوابط جودة القواعد القانونية ، مقال منشور على شبكة الانترنت في 22\9\2015 ، متاح على الموقع الالكتروني الاتي: rdoc.univ-sba.dz

خامساً: الدساتير والقوانين

- 1- القانون الاساسي العراقي لسنة 1925.
- 2- القانون الاساسي الالمانى لعام (1949).
- 3- الدستور الفرنسى لسنة 1958.
- 4- الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ.
- 5- قانون المحكمة الدستورية العراقية رقم (159) لسنة 1968
- 6- قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة 2004
- 7- قانون المحكمة الدستورية الفدرالية الالمانى رقم (16) لسنة (1951).
- 8- قانون المحكمة الاتحادية رقم (30) لسنة 2005
- 9- النظام الداخلى للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005.

Hak ve özgürlüklerin korunmasında anayasal yargının rolü

ORIGINALITY REPORT

19%	12%	8%	9%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	Submitted to Tikrit University Student Paper	1%
2	www.stclements.edu Internet Source	1%
3	cours-examens.org Internet Source	1%
4	Submitted to University of Duhok Student Paper	1%
5	ejustice.gov.ae Internet Source	1%
6	core.ac.uk Internet Source	1%
7	الصغو ، نوفل علي عبد الله. "مبدأ المساواة في القانون الجنائي // مجلة الفقه و القانون .- 2014 ، ع 19 ، ص ص 45 - 21." , Majallat al-Fiqh wa-al-Qānūn, 2014 Publication	1%
8	Submitted to University of Babylon Student Paper	<1%



NEAR EAST UNIVERSITY
INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES
PUBLIC LAW PROGRAMS / ARABIC

To the Institute of Graduate Studies

Mr. Bewar Haji Salih Al-Qader (20185055), studying in Public law Arabic Program has finished the master thesis titled "**The role of the constitutional judiciary in protecting rights and freedoms**" and used literature review in Research Methodology in writing the thesis. For this reason, ethical Review board report permission will be needed for the designed research.

Sincerely,

Prof. Dr. Weadi Sulaiman Ali