

# السياسة التوجيهية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق اتجاه السلطات الاتحادية

الباحث. خالد حسين علي أحمد

أ.م. بتول مجيد جاسم

كلية القانون / جامعة البصرة

Email : betoul.majeed@uobasrah.edu.iq

kkg52825@gmail.com

## الملخص

يدور موضوع هذا البحث، ويرتكز حول دور القضاء الدستوري مُتمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا في توجيه السلطات الاتحادية، وقد استهدف الباحث من خلال هذه الدراسة الوقوف على حقيقة هذا الدور للقضاء الدستوري، فعلى الرغم من تمتعه باختصاصات وصلاحيات وخصوصية لا تتوافر عليها أي سلطة من السلطات الاتحادية بوصفه الحامي الرئيس للحقوق والحريات، ولكن ما لفت انتباهي هو إفلات طائفة كبيرة من أعمال السلطات الاتحادية من رقابته، واقتصار دوره وانحصاره بمجرد الكشف عنها، دون أن يتعدى ذلك إلى التدخل بالمعالجة توجيهها وإيعازا باتخاذ الإجراءات اللازمة وتحمل الواجبات العامة للسلطات الاتحادية ووضع النصوص الدستورية موضع التنفيذ، لتلافي حالات الفراغ التشريعي أو النقص في التنظيم، وفي إطار ذلك اتخذ الباحث من المنهج التحليلي لموقف التشريعات العراقية والتطبيقي للأحكام الصادرة في العراق، وقد خلص الباحث من الدراسة إلى عدد من النتائج يأتي في مقدمتها من حيث الأهمية بضرورة استحداث مناهج قضائية متطورة وأساليب رقابية علاجية يتسلح بها القاضي الدستوري تمكنه من تقويم حالات عدم الانضباط الدستوري للسلطات الاتحادية وحمايتها، وليؤكد من خلالها معالجة حالات الفشل غير الدستورية، وإنهاء جميع الصراعات القانونية والسياسية ووصولاً لضبط إيقاع الحياة الدستورية وهادياً ومرشداً لها. وقد قسم البحث إلى مطلبين وخاتمة وتعرض الباحث في الأول لبحث الدور التوجيهي للقضاء الدستوري في الرقابة على تدرج السلطة التقديرية، وجاء الثاني بعنوان الدور التوجيهي للقضاء الدستوري في الرقابة على الإغفال التشريعي، ثم نختم البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات.

**الكلمات المفتاحية:** السياسة التوجيهية، المحكمة الاتحادية العليا، القضاء الدستوري، السلطات الاتحادية، أحكام التوجيه، خيار تشريعي، الإغفال التشريعي.

---

# The guiding policy of the Federal Supreme Court of Iraq to wards the Federal authorities

Researcher. Khalid Hussein A.Ahmed Assist.Prof.Batool Majid Jassim  
College of Law / University of Basrah

Email: kkg52825@gmail .com betoul.majeed@uobasrah.edu.iq

## Abstract

The topic of this research revolves around the role of the constitutional judiciary represented by the Federal Supreme Court in directing the federal authorities. The main protector of rights and liberties, but what caught my attention was the evasion of a large group of federal authorities' actions from his control, and the limitation of his role and confinement to it as soon as it was revealed, without going beyond that to interfering with treatment, instructing and instructing to take the necessary measures, assume the general duties of the federal authorities, and put constitutional texts into practice. In order to avoid cases of legislative vacuum or lack of organization, and in this context, the researcher took the analytical approach to the position of Iraqi legislation and the application of the rulings issued in Iraq. By which the constitutional judge enables him to evaluate and protect cases of constitutional indiscipline of the federal authorities, and through it to ensure that cases of unconstitutional failures are addressed, and to end all legal and political conflicts in order to control the rhythm of constitutional life and guide and guide it. This research was divided into two demands and a conclusion. In the first, the researcher discussed the guiding role of the constitutional judiciary in controlling the hierarchy of discretionary power, and the second came under the title of the guiding role of the constitutional judiciary in controlling legislative omissions, then we conclude the research with a conclusion that includes the most important findings and proposals.

**Key words:** Judicial policy, Federal Supreme Court, constitutional judiciary, federal authorities, directive provisions, legislative option, legislative omission.

## المقدمة

يقوم القضاء الدستوري بدور كبير من أجل تحقق رقابة دستورية فعالة، ونتيجة لسعيه الدائم لتحقيق هذه الحماية فقد كان من مفرداتها ظهور دور توجيهي إثر محاولاته لتحقيق بعض المعالجات القضائية لتقويم حالات عدم الانضباط الدستوري للسلطات الاتحادية، الذي بدأ بالكشف عنها وانتهى بمعالجات ذاتية مباشرة من القاضي الدستوري، وأدى هذا التطور إلى استنطاق واستحداث مبادئ دستورية وقانونية لم تكن تؤدي إليها صراحة النصوص، فالمدرسة الدستورية اليوم، لم تعد تقف عند المقابلة الحرفية للنصوص والاختصار على الآليات والمناهج التقليدية، بل طورت ووسعت من نطاق اختصاصاتها وصلحياتها، وانتقلت من رقابة دستورية كلاسيكية قديمة إلى رقابة حديثة وفعالة، وذلك كله بغية توسيع نطاق رقابتها على أعمال السلطات العامة في الدولة وعلى رأسها السلطة التشريعية بوصفها تعمل على وضع القوانين المتعلقة بحقوق وحرريات المواطن، ومن ثم لا بد من استحداث أساليب رقابية متطورة تمكن عمل القاضي الدستوري من حماية هذه الحقوق والحرريات وصيانتها ورد سائر السلطات إلى حدودها الدستورية إن هي حاولت تخطيها أو الخروج عنها، ومن ثم لا بد من إيجاد آليات وأساليب قضائية يتوسع خلالها في نطاق رقابته على القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، خاصة في إطار استعمالها لسلطتها التقديرية، حتى لا تتحول هذه السلطة إلى أداة تضرب بها حقوق وحرريات الإنسان.

**أهمية البحث:** إن دور القضاء الدستوري لم يعد يقف عند حد تطبيق ظاهر أو صراحة النص، ومن ثم أصبح هذا الدور يتخطى حدود الرقابة بمفهومها التقليدي، وأصبح يتضمن تحديدا للعديد من المضامين والأطر لكثير من الحقوق والحرريات والواجبات العامة والالتزامات الدستورية، الأمر الذي نتج عنه دور أساسي ومحوري للقضاء الدستوري، بإسهامه الفاعل في تحويل نصوص الدستور إلى واقع حي ملموس، يستطيع من خلاله تحقيق نوع من التوازن بين النص الدستوري وظروف الواقع المطبق فيه والمخاطبين به، ولعل هذا الدور قد فات على قضاء المحكمة الاتحادية العليا عند تعرضها بالرقابة والتفسير، فالرقابة الدستورية تعمل لتحقيق أهدافها في حماية الشرعية القانونية بالتطبيق لأحكام الدستور، والقضاء الدستوري يهدف دائما، كمحصلة نهائية، للوصول لضبط إيقاع الأداء التشريعي للسلطات، وإقامة الحدود الفاصلة بينها، وتعظيم واجباتها العامة من أي اعتداء أو عدوان، باعتبار ذلك يقع على عاتق القضاء الدستوري توجيه السياسة التشريعية<sup>(1)</sup> في اتجاهها السليم، ورسم خارطة الطريق للسلطات الدستورية في جميع صورها وأنواعها ودرجاتها، فإذا ما علمنا أن أحكام القضاء

الدستوري لها قيمة قانونية كبيرة، وما تتضمنه حيثياتها ومنطوقها يكون دائماً محل تقدير واعتبار من جانب السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية والرأي العام.

**مشكلة البحث:** تتمثل المشكلة الأساسية للبحث هل يملك قضاؤنا الدستوري الآليات والوسائل التي تمكنه من التدخل بتوجيه السلطات الاتحادية برسم خط معين يلزمها اتباعه بشأن تطبيق القانون على وجه يجعله يتفق وإحكام الدستور؟ عند امتناعها عن القيام بأداء وظيفتها الدستورية؟ أم إن القاضي الدستوري لا يراقب في الأصل مباشرة امتناع السلطات إنما يراقب الجزء الذي نظمه القانون؟ وهل يمكن أن يتصور أن يتدخل القضاء الدستوري بعمل السلطات التشريعية وتوجيهها؟ أم أنه اكتفى بالكشف عن الخلل دون تقديم أي أسلوب من أساليب المعالجة قضائية متدرجاً باختصاصه الحصري ودون أن تكون له جرأة شديدة تمكنه من لعب دور المشرف والموجه القوي وعدم التسامح مع السلطات غير الممثلة للسياسات الدستورية، وهنا تثار عدة تساؤلات منها، هل إن التشريعات الدستورية أو القانونية النافذة غير كافية لمنح القضاء الدستوري سلطة التوجيه والإيعاز لإجبار السلطات على القيام بالتزامها الدستوري بالتشريع وتلافي حالات الفشل في التنظيم؟ وبالتالي تكون هناك ضرورة ملحة وملجئة، و فراغاً تنظيمياً دستورياً يتطلب معه مشروع قانون خاص ليسع ويخضع السلوك السلبي والإيجابي لعمل السلطات ويغطي جميع مواطن الخلل التي تعتره ليكون الحصن الحصين والسد المنيع؟ أم الاكتفاء بتعديل نصوص وإحكام قانون المحكمة الاتحادية العليا، لتوسيع مهامها واختصاصاتها، بإضافة بعض المواد القانونية ليكون متكاملًا يغطي مختلف الجوانب؟ وهل إن الحلول والمعالجات بهذا الصدد كافية على المستوى الوطني والداخلي؟ أم الأمر سيحتاج إلى الاستفادة من تجارب الأفضية الدستورية المقارنة.

ولكي نسلط الضوء في هذه الدراسة يتطلب منا اتباع المنهج التحليلي والتطبيقي في آن واحد معاً والتحليلي الذي يقوم على التحري الذي ينطلق من استنتاج النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بالموضوع- على مختلف مستوياتها- في النظام القانوني ومن ثم تحليلها ومناقشتها والتعليق عليها، أما التطبيقي فيقوم على استقراء شواهد القضاء الدستوري في تطبيقاته العملية ذات الصلة بموضوع البحث فمن خلالها يمكن الوقوف على سلامة النصوص التشريعية ومدى الحاجة إلى تعديلها أو استحداث نصوص جديدة تضاف إلى الموجود منها مع بيان مدى كفايتها، وسنقوم بدراسة هذا المبحث في المطلبين الآتيين:

- المطلب الأول: الدور التوجيهي للقضاء الدستوري في الرقابة على تدرج السلطة التقديرية.
- الفرع الأول: انحسار الرقابة الدستورية على المشروعية دون الملاءمة.
- الفرع الثاني: البطء في تطوير الرقابة على ملاءمة النص القانوني.

- الفرع الثالث: امتداد الرقابة الدستورية لتشمل ملاءمة النص الدستوري والنص القانوني.
- المطلب الثاني: الدور التوجيهي للقضاء الدستوري في الرقابة على الإغفال التشريعي.
- الفرع الأول: عدم تعرض المحكمة الاتحادية العليا لرقابة الإغفال التشريعي.
- الفرع الثاني: تطلب المحكمة الاتحادية العليا بأن يكون هناك فراغ أو نقص في التشريع شرطاً لتحريك رقابتها بالتوجيه.
- الفرع الثالث: الإقرار بإمكانية الاستعانة برقابة التوجيه.

## السياسة التوجيهية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق اتجاه السلطات الاتحادية

فكرة الرقابة على دستورية القوانين بدأت تطل برأسها وخاصةً عندما تضمن الدستور مقدمة الشهيرة "نحنُ أبناء وادي الرافدين" وفي هذا تكريس واضح لمفهوم السيادة الشعبية لا السيادة للسلطات، الأمر الذي مؤداهُ السلطات الاتحادية، وعلى رأسها التشريعية ليست حرة طليقة اليدين وإنما ثمة حدود وقيود عليها يتعين أن لا تتخطاها، إلا أن الواقع يؤكد أن المحكمة الاتحادية العليا، شأنها شأن إي مؤسسة دستورية، تحتاج في البداية إلى محاولة لتثبيت نفسها كمرقب رئيس وأساس في تفسير نصوص الدستور الاتحادي، الذي نشأت وتمخضت في ظله، كما عدت المحكمة أن من أهم مهامها إلزام كافة سلطات الدولة الاتحادية باحترام الدستور والقوانين الاتحادية فكانت الخطى الأولى للمحكمة الاتحادية العليا بشأن المراقبة الدستورية بطيئة منذ أول اجتماع لها في تاريخ ٢٠٠٦/٥/٩، فلم تصدر في الفترة من عام ٢٠٠٦ وحتى عام ٢٠١٨ سوى القليل من الأحكام المهمة، برغم من أن عدد القضايا التي حسمتها المحكمة في هذه الفترة لا يتجاوز حوالي ألف حكم ونيّف، ويمكن اعتباره أكبر عدد قضايا حسمت أمام أي محكمة دستورية حول العالم مقارنة بتاريخ التأسيس<sup>(٢)</sup>، حيث تشير الافتراضيات، أن عمل المحكمة العراقية العليا، سواء أكان في مجال الرقابة الدستورية، أم بتفسير دستوري، كانت وفق الشكالية "الثنائية التقليدية" للرقابة الدستورية، وهي الدستورية (أي المطابقة) ، أو عدم الدستورية (عدم المطابقة) ، وإن حجم هذا العمل ما نسبته ٩٠ % بالمئة من القضايا المعروضة عليها امتنعت عن النظر بالطعون الدستورية، تحت عنوان رئيسي "عدم الاختصاص"، وهي الصفة الغالبة على مجمل قراراتها، في المقابل نجد أن المحكمة أعلنت عن "عدم دستورية" (١٠٨) عملاً قانونياً سواء أكان "كلياً أم جزئياً"، وهي نسبة تقارب ١٠ % بالمئة من مجمل الأحكام المراقبة.

ومما يعزز هذا الفهم والتوجه لدى قضاء المحكمة الاتحادية، نجد إنها أصدرت العديد من القرارات في القضايا التي عرضت عليها، مفررة بأنها "لا تتدخل بخيارات السلطات التشريعية ولا شأن

لها بذلك"، وظهر هذا الاتجاه ثابتاً في أحكامها واعتبرت هذا المسلك أو المنهج قاعدة عامة ومهمة في مجالها الرقابي، وتعددت تسميات هذا الاتجاه في قضائها بعناوين وأعدار مختلفة منها "خيار تشريعي" (٣)، أو أن الدعوى مقامة قبل تشريع المقتضى تشريعه (٤)، أو بحجة غياب القوانين المنظمة للقانون الطعين (٥)، أو أن القانون المذكور لم يشرع لحد الآن، فتكون الدعوى بالطعن قد أقيمت قبل أوانها، أو لم تكون الدعوى مؤسسة على قانون (٦)، كما أقصت قرارات عدة من اختصاص نظرها، من ذلك إصدارها عشرات القرارات بالرغم عدم اختصاصها في نظر الطعون بالقرارات التي تدخل في اختصاص نظر محكمة القضاء الإداري (٧)، وأحياناً تحت عنوان عدم اختصاصها بنظر الطعن في القرارات إذا رسم القانون طريقاً للطعن بها (٨)، كما قررت الامتناع عن نظر الطعون الخاصة بقرارات العقوبات المفروضة على الموظفين (٩)، ثم قصرت على الجهات الرسمية فقط الطلب من المحكمة الاتحادية العليا أن تنظر في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر عند حصول منازعة (١٠)، وقررت إنها لا تختص بنظر مشروعية (القرار الفردي) الذي لا يتصف بصفة العموم ولا يخص كياناً من مكونات الشعب العراقي (١١)، ثم امتنعت عن نظر مدى مشروعية (القرار) ولو اتصف بصفة العمومية دون أن يرتقي إلى مستوى التعليمات التشريعية المنصوص عليها في الفقرة (ثالثاً) من المادة (٩٣) من الدستور (١٢)، كما قررت عدم اختصاصها في النظر بإجراءات بيع العقارات التي تجريها الدوائر الرسمية (١٣) ولا بإجراءات المحاكم عند نظر الدعاوى (١٤)، ولا بقرارات الهيئة التمييزية لهيئة التمييز في هيئة نزاعات الملكية العقارية (١٥)، بل قررت عدم النظر في الطعن بعدم الدستورية إذا كان المدعى بعدم دستوريته (قراراً) إدارياً (١٦)، كما قررت عدم اختصاصها في النظر بمدى مشروعية قرارات مجلس الدولة (١٧)، أو قرارات المحاكم العراقية ومحاكم إقليم كردستان ولو كانت جهة الدعوى الطعن في دستوريته (١٨)، وقرارات مجلس الوزراء (١٩)، والأوامر الوزارية (٢٠) والقرارات النيابية لمجلس النواب (٢١). وغيرها من القرارات والأحكام محددة بذلك من نطاق مرجعيتها الدستورية.

ويمكن أن نعلل أو نفسر اتجاه أو مسلك المحكمة بهذا الصدد، هو حرصها على حفظ التوازن في علاقتها مع السلطات التشريعية، ولذلك نجد أن المحكمة لم تخاطب السلطات مباشرة بعمل شيء أو الامتناع يفرضه الدستور عليها، كما وتجنبت على وجه الخصوص من توجيه المشرع أو تنبيه أو توجيه إليه لوم أو نداء أو حتى توبيخ، لإخلاله بالمقتضيات الدستورية بسن القوانين، كما أنها لم تصدر إيعازاً إلى السلطات المختصة، لسد النقص التشريعي لتنفيذ ما يصدر عنها من أحكام، أو لملء الفراغ الحاصل في التشريع خلال مدة معينة، وتركت للمشرع حرية تقدير وقت المعالجة، ولم تتدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع، وانحصر دورها خلال هذه الفترة بمجرد الكشف عن المخالفة، دون أن يتعدى ذلك إلى التدخل باتخاذ إجراءات بالمعالجة عن طريق التوجيه والإيعاز إلى

السلطات المختصة، مقررّة بذلك قاعدة عامة وحاكمة لاتجاهاتها القضائية في ممارسة اختصاصاتها، أي أنها تستمد ولايتها مباشرة من الدستور ومرجعها إلى أحكامه وهو القانون الأعلى فيما يصدر عنها من قضاء في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، ولكون الدستور لم ينص صراحة على منح القضاء ولا سيما إن "القضاء الدستوري"، لا يتبنى اتجاه إكمال النصوص أو سد الفراغ الذي ينجم عن امتناع السلطات أو سكوت المشرع عن تعطيل النصوص الدستورية كما فعلت دساتير الدول المقارنة، ولا سيما إذا كانت هذه النصوص الدستورية لا تصلح للتطبيق بذاتها إلا بعد التدخل التشريعي، فضلاً عن ذلك، أن القضاء الدستوري العراقي ورغم السلطة التي منحت إليه في بحث دستورية القوانين، إلا أنها ليس مطلقة دون قيود، بل تخضع لمجموعة من القيود والضوابط والعقبات ساعدت وبشكل على إخراج العديد من المخالفات الدستورية من رقابته، وتسببت بهدر الكثير من الضمانات الدستورية وتحمل الواجبات العامة.

وفي بداية العقد الثاني من عمر المحكمة الاتحادية العليا استطاعت المحكمة أن تغير من سياستها الرقابية من خلال ممارسة دور إيجابي تمخض عنه إقرار مبادئ جديدة، سواء بالعدول لمبادئ أكثر حماية للحقوق والحريات<sup>(٢٢)</sup>، أو بالتصدي وإرساء كثير من القواعد<sup>(٢٣)</sup>، وأصدرت حديثاً نظامها الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، ليكون بديلاً لنظامها القديم رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، وعملت على تضمينه فقراته بسلطات إضافية، حيث كانت المحكمة تهدف في جزء ليس بالقليل في أحكامها إلى المحافظة على وحدة المجتمع العراقي، الأمر الذي أدى بها للتدخل في كثير من المسائل لتحقيق أهداف النظام الاتحادي، وأرست المحكمة الاتحادية العليا كثيراً من المبادئ غير المنصوص عليها دستورياً، يمكن فهم الطريق أو المسلك الذي انتهجته المحكمة في قضائها، والذي يعكس بدوره على مراعاة الاعتبارات والملائمات المحيطة باستخدام التوازن والتوافق والاعتبارات العملية، بين النصوص الدستورية والتشريعية وربطها بالواقع.

نجد من خلال ما سبق ذكره، بأن أسلوب قضاء المحكمة الاتحادية العليا، ليس له آلية معينة أو تبني لمنهج موحد، أو مسلك ثابت، إذ تنوعت أساليبها في تقديم المعالجات والتدخل لإيجاد الحلول في سياستها القضائية اتجاه السلطات الاتحادية، من خلال التضييق والتوسيع في أحكامها، ونجد أيضاً بأن التغيير الذي طرأ على سياستها القضائية، يمكنه أن يجعل قيمته الحقيقية في تحديد نطاق الرقابة مرهونة بتقدير القضاء الدستوري لها، ومدى رغبته في الالتزام بها، أو الاستعانة بها في بسط نطاق رقابته أو قبضه حسب الملابسات والظروف التي تحكم الصلة بينه وبين السلطات الاتحادية. غير أن التساؤل الذي يمكن أن يثار هو: هل للمحكمة الاتحادية العليا سلطة أو صلاحية توجيه أي سلطة من السلطات الاتحادية بعمل شيء أو الامتناع عن شيء؟ سيما بعد أن اتسم قضاؤها

بالمرونة في أوقات عديدة، وبشكل موسع؟ وإذا كان الجواب بنعم، فما هو الأساس القانوني لسلطة المحكمة الاتحادية العليا بالتوجيه؟ والجواب عن ذلك نجد من خلال التباين في مواقف واتجاهات قضاء المحكمة الاتحادية العليا بشأن إمكانيتها بتوجيه السلطات الاتحادية وفقاً للمقتضيات الدستورية، فتراها تارة تكتفي بالكشف عن حالات التنظيم الناقص، دون أن توجه إيعازٍ أو نداءً إلى السلطات التشريعية وهي الصفة الغالبة، وتارة أخرى فأنها تراقب مراقبة محدودة لا تصل بهذه الرقابة بمداهها إلى ما هو أكثر من مجرد مناشدة أو الدعوة إلى ملء الفراغ التشريعي، وأحياناً تكشف عن حالة السكوت أو الامتناع التشريعي مع توجيه ملزم للمشرع بإصدار تشريع جديد يحل محل التشريع الملغي، وهذا، نادر في قضائها، وقليلاً ما تلجأ في العديد من قراراتها لإكمال النقص والقصور أو غياب القاعدة القانونية، في حين نجد أن المحكمة الاتحادية العليا في بعض أحكامها قد اعتبرت النقص أو القصور في نصوص بعض التشريعات الذي أشار إليها الطاعن مخلة بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص مجرد خيار تشريعي لا يشكل تعارضاً أو مخالفة لنصوص الدستور، أو ليس محلاً للرقابة الدستورية. ولذلك نستطيع القول إن المحكمة الاتحادية العليا وإن بسطت رقابتها بالتوجيه كأسلوب من أساليب المعالجة القضائية، إلا أن معالجاتها كانت محدودة جداً ومتفاوتة من حالة إلى حالة أخرى، تباينت معه آراء الفقه بشأن إمكانية المحكمة الاتحادية من ممارسة دور توجيهي حقيقي للسلطات الاتحادية، فقد ذهب البعض إلى أن المحكمة مدت من نطاق رقابتها بالتوجيه والإيعاز<sup>(٢٤)</sup>، والبعض الآخر يرى، إنه لا يمكن الجزم بأن المحكمة قد باشرت رقابتها بالتوجيه سواء أكان ذلك قبولاً لهذا النوع من الرقابة أو رفضاً لمباشرته، ويستند هذا الرأي على الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية في ما يخص توجيه السلطات المختصة من خلال اتخاذ الإجراءات والتدابير التشريعية اللازمة لا تفيد في التوصل إلى إجابة محددة في هذا الخصوص، لأنها لم تفصل في مقطع النزاع بالنسبة لهذه المسألة، فغالباً ما يكتفي قضاؤها بالرد لعدم الاختصاص، وأحياناً تكتفي بتقرير عدم دستورية تشريع أو نص لما شابه من غفلة للمشرع أو سهُو مخالف للسمو الشكلي أو الموضوعي من دون توجيه السلطات المختصة لتلافي آثار عدم دستورية هذا النص أو التشريع، وأحياناً أخرى مارست اختصاصها التفسيري لتجنب استبعاد التشريع من نطاق عدم الدستورية.

ومن خلال ما تقدم نجد أن المحكمة لم تستند من وظيفتها المميزة التي منحها الدستور اختصاصات وميزات لا تملكها أي سلطة من السلطات العامة، فضلاً عما تملكه من مساحة واسعة لما تتسم به الوثيقة الدستورية من عمومية وغموض وسعة، تؤهلها بإصدار قرارات قضائية أو أحكام تتضمن توجيهات أو إيعازات وتوصيات إلى السلطات الاتحادية المختصة، تتلاءم مع اعتبارات وطبيعة النظام الاتحادي، وإن وجدت مثل هذا النوع من الأحكام، فأنها تكاد تكون ذات نسبة معدومة أو معدودة، مقارنة بما معروض عليها من قضايا، ولا يتناسب مع حجم المهام وكثرت الاختصاصات

المتشعبة، ولا يمكن القول معه بأنها لجأت إليه وتقديمه كأسلوب تقويمي أو علاجي، إلا بزواوية ضيقة وبصورة مضطرة، والدليل على ذلك هو ما قرره المحكمة بعدم النظر في العديد من القرارات والأحكام والإجراءات والأوامر حتى ما كان منها عام وحتى ما كان منها مطعون في دستوريته.

وجدير بالذكر أن الدستور العراقي، جاء خالياً من أي إشارة لفكرة رقابة التوجيه، بوصفها وسيلة تتيح للقضاء الدستوري التدخل لمعالجة وتقويم سلوك السلطات الاتحادية، سواء أكان إيجابياً بسن التشريع، أو سلبياً بتقاعسها عنه<sup>(٢٥)</sup>. ومن هنا جاءت نصوص دستور العراق ٢٠٠٥، والقواعد التي تضمنها قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، وقانونها الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، خالية من الإشارة صراحةً على هذا النوع من الرقابة كوسيلة علاجية لتنظيم حالات إخلال السلطات الاتحادية بواجباتها الدستورية، وذلك التزاماً بسمو النص الدستوري عن باقي أشكال القوانين، على الرغم من وضوح النص الدستوري على الأخذ بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، ويمكن تفسير تلك الناحية العملية، بأن المشرع الدستوري أراد إرساء فلسفة تؤسس دوراً أكبر للمشرع تجاه القواعد الدستورية، إذ يقع على عاتقه تطوير وتنمية هذه النصوص، ومدى امتثاله إلى التوجيهات التي نص عليها الدستور بوصفه الجهة التي يمكنه فهمها وترجمتها إلى قواعد قانونية تتجسد في صورة قوانين، فضلاً عن المكانة المميزة التي تحتلها المحكمة الاتحادية العليا بين السلطات الاتحادية، بتوسيع مهامها واختصاصاتها، من حيث تنوع ومرونة القرارات الموضوعية والإجرائية التي تتيح لها فرصة إرساء مبادئ وقواعد تضمنها القرارات التي تصدرها استناداً إلى تلك الاختصاصات والتي تستطيع أن تستتبط من خلالها أحكام يمكن أن تتضمن توجيهات وإرشادات ما تكمل به النقص والقصور التشريعي.

لما تقدم ذكره ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو الآتي:

-المطلب الأول: الدور التوجيهي للقضاء الدستوري في الرقابة على تدرج السلطة التقديرية.

-المطلب الثاني: الدور التوجيهي للقضاء الدستوري في الرقابة على الإغفال التشريعي.

**المطلب الأول/ الدور التوجيهي للقضاء الدستوري في الرقابة على تدرج السلطة التقديرية**

صد بالسلطة التقديرية<sup>(٢٦)</sup>، التمتع بقدر من حرية الاختيار بين البدائل القانونية المتاحة، أو القدرة على خلق البديل المناسب وفقاً لما هو مقرر دستورياً ونطاق السلطة التقديرية يختلف باختلاف نوع المجال التشريعي، والحقيقة أن طبيعة السلطة التقديرية واحدة بالنسبة لجميع سلطات الدولة، ولكن السلطة التقديرية التي يتمتع بها مجلس النواب (السلطة التشريعية) ، تختلف عن تلك التي تمارسها

جهة الإدارة (السلطة التنفيذية) ، كما هو الحال أيضا في مجال تطبيقها بالنسبة للقضاة (السلطة القضائية) من حيث النطاق والتدرج، ومما لا شك فيه أن سلطة المشرع التقديرية أوسع بكثير من سلطة الإدارة، إذ إن جهة الإدارة ملزمة باحترام أحكام الدستور والتشريعات بمختلف درجاتها، بينما لا يجد من سلطة المشرع إلا النصوص الدستورية، وهي بطبيعتها نصوص غامضة تحتوي في الغالب على مبادئ عامة ونصوص توجيهية.

وعندما يقرر بالمشرع الأصلي أم الفرعي بالتدخل لتنظيم موضوع معين، فإنه يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الحل الذي يراه ملائماً للمجتمع، ويختلف مقدار هذه السلطة من موضوع لآخر حسب أهميته، ووضعه، وأسلوب صياغته في الوثيقة الدستورية، وذلك كما يلي:

**أولاً:** فقد يرد في الوثيقة الدستورية نصوص صريحة بشأن بعض الحقوق والحريات الفردية إذ تتعدم معها كل سلطة تقديرية للمشرع في تنظيم هذه الحقوق أو محاولة تقيدها.

**ثانياً:** وقد يرد في الدستور ذكر لبعض الحقوق والحريات الفردية مع النص على أن يكون تنظيمها بقانون أو بناء على قانون، وفي هذه الحالة لا يجوز تنظيم هذه الحقوق بأي أداة تشريعية أقل مرتبة من القانون ذاته، وحتى في حالة تدخل المشرع لتنظيم هذه الحقوق أو الحريات بقانون فإن سلطته التقديرية تنتهي عند حد التنظيم، فلا يجوز له إلغاؤها أو الانتقاص منها، أو تقيدها بقيود غير ضرورية تحد من قدرة الأفراد على التمتع بها.

**ثالثاً:** وقد يحد الدستور من السلطة التقديرية للمشرع عن طريق إلزامه بأن يختار بين حلين أو أكثر لتنظيم موضوع معين، وفي هذه الحالة تكون سلطته التقديرية مقيدة بوجوب الاختيار بين الحلول التي طرحها الدستور ولا يجوز له الخروج عنها أو ابتداء حلول أخرى من عنده وإلا عد اختياره غير دستوري.

**رابعاً:** ويتسع مجال السلطة التقديرية في حالة سكوت الدستور عن ذكر موضوع معين أو ترك تنظيمه كلياً للسلطات التشريعية كي تختار الحلول الملائمة لظروف المجتمع. أو قد تكون غير خاضعة لتوقيعات أو كفاءات التنظيم ما عهد إليها الدستور بتنظيمه، وعندما يقرر مباشرة هذا الاختصاص فإن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في اختيار الوقت المناسب لذلك، ما لم يلزمه الدستور بالتدخل في وقت معين، ونادراً ما يفعل الدستور ذلك<sup>(٢٧)</sup>، إلا أنه متى ما قرر المشرع التدخل وحدد نطاق وآليات التدخل في التنظيم وجب عليه أن يكون هذا التنظيم متكاملًا وشاملاً ومحيطاً بالجوانب كافة بحيث يجعل ممارسة ما ينظمه متوافقة مع الدستور وذلك من خلال تنظيم الحق كاملاً غير منقوص سليماً من غير عيب واضح من غير غموض غير متعارض مع غيره من التشريعات الأخرى، وهذه ليست ملائمة بقدر ما هي مشروعية دستورية تستوجب تحقق مطابقة التنظيم القانوني لأحكام الدستور احتراماً لعلوية الدستور وسمو قواعده<sup>(٢٨)</sup>، وعليه فإذا ما صدر تفويض أو تكليف دستوري لتنظيم

موضوع معين، فإن المشرع هو وحده من يستقل بتقدير مدى ضرورة إصداره من عدمه، كما يستقل بتقدير الوقت المناسب لهذا الإصدار دون رقابة عليه من القضاء الدستوري ولو تأخر في تنفيذ هذا التكليف تأخر غير عادي<sup>(٢٩)</sup>. وتباينت مواقف الفقه بشأن الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع فذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين مصطلح السلطة، ومصطلح الاختصاص، مقررًا أن مصطلح الاختصاص يعني مجموعة الصلاحيات المخولة لجهة الإدارة أو مجموعة ما خولت الإدارة القيام به من أعمال، في حين أن السلطة تعني مباشرة الاختصاص وتنفيذه، أي ترجمته إلى عمل محدد، ويضيف أن الاختصاص التقديري ينصرف إلى دور المشرع بصدد تحديد الاختصاصات لجهة الإدارة، فهي إما إن تكون مقيدة أو تقديرية، بحسب موقف المشرع منها، في حين أن اصطلاح التقدير يشير أساساً إلى دور جهة الإدارة في مباشرة اختصاصات التي قد تتمتع فيها بسلطة تقديرية، أو إن تكون في شأنها ذات سلطة مقيدة<sup>(٣٠)</sup>، وأختلف الفقه في تسمية المبدأ نفسه، فذهب غالبية الفقهاء إلى تسميته بمبدأ الوسائل القانونية السليمة<sup>(٣١)</sup>، في حين ذهب البعض إلى تسميته بشرط الطريق الواجب قانوناً<sup>(٣٢)</sup>، وفضل البعض الأخر تسميته بالإجراء القانوني المناسب، واسماه آخرون بالإجراءات القانونية الأصولية، في حين نجد أن فريق آخر من الفقه يرى أن استخدام مصطلح السلطة التقديرية والاختصاص التقديري كمترادفين لهما مدلول أو معنى واحد، إما في فقه القضاء الدستوري العراقي فأستخدم مفهوم الخيار التشريعي<sup>(٣٣)</sup>، كمرادف لمدلول السلطة التقديرية أو معنى واحد، واعتماده سبباً من أسباب دستورية العديد من النصوص القانونية المطعون بعدم دستورتها امام المحكمة الاتحادية العليا في قرارات واحكام عدة أصدرتها بمناسبة نظرها في تلك الطعون<sup>(٣٤)</sup> إذ استندت إليه باعتباره سبباً متاحاً للمشرع يستخدمه في ضوء السلطة الممنوحة إليه، ورفضت في بؤادر احكامها تسليط الرقابة عليه حيث كانت المحكمة تعتبر قصور إحدى التنظيمات أو إغفال السلطات عنه "خياراً تشريعياً" التي يستقل بتقديرها المشرع وظهر هذا الاتجاه ثابت في أحكامها واعتبرته جزء هام في سياق عملها الرقابي.

وهنا يُثار التساؤل حول مدى خضوع هذه السلطة التقديرية للرقابة الدستورية؟، وهل يمكن للقاضي الدستوري أن يوجه هذه السلطة بناء على المقنضيات الدستورية؟ وفقاً للتصور السائد، إن إطلاق اصطلاح الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع اصطلاح يتناقض مع نفسه إذ كيف توصف هذه الرقابة بأنها قضائية في الوقت الذي تمتد فيه إلى اعتبارات أخرى غير قانونية، وكيف يمكن للقاضي الدستوري وهو رجل قانون أن يزج بنفسه في مسائل تقدير ليحل بذلك نفسه محل المشرع، فيما حرص الدستور على أن يتركه لمطلق سلطته التقديرية<sup>(٣٥)</sup>، ومن هذا المنطلق، ومن واقع تحليل لأحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا نجد أن المحكمة قد تباينت مواقفها، وتتنوعت

أساليبها بحسب طبيعة ونوع القضايا التي تفصل فيها، ففي بعضها اتبعت المحكمة توجيهاً موسعاً لسلطة المشرع وآخر مضيقاً، وخاصة في المجالين السياسي والاقتصادي، وقليل منه في المجال الاجتماعي، وموقف المحكمة من هذه المعالجة، لا يجزم بتبني المحكمة لمنهج موحد اتجاه السلطات الاتحادية، ولكنها في مجملها توضح الدور الهام لهذه المناهج في تعميق رقابتها الدستورية، وتحقق له الغاية الدستورية من كل قضية، واستقر القضاء الدستوري العراقي كأصل عام على أن الرقابة القضائية على دستورية التشريع لا تمتد للباعث وراء التشريع أو ملاءمته أو تقدير إصداره، أي لا يمكنها البحث أو التحري عن الدوافع التي دفعت الهيئة التشريعية إلى سن قانون ما، ولا إلى قيام السلطة التنفيذية بسن تنظيم مستقل<sup>(٣٦)</sup>، ولا يمكن للقاضي الدستوري أن يفرض على البرلمان ما يجب فعله وليست مهمته في أن ينطق بما إذا كان القانون جيداً أو رديئاً، ملائماً أم غير ملائم<sup>(٣٧)</sup>، عادلاً أم غير عادل. لأن القضاء الدستوري لا ينظر في ملاءمة التشريع بل في دستوريته، ويقصد بهذا المعيار أن تقتصر رقابة القضاء الدستوري على التعرض لظاهر النص التشريعي دون تجاوزه إلى التعرض لملاءمة التشريع أو أهداف السلطة التشريعية من إصداره،<sup>(٣٨)</sup> ومن ثم لا يجوز للقاضي الدستوري مناقشة ضرورة أو عدم ضرورة التشريع، ومدى حاجة المجتمع إليه، ويظهر ذلك جلياً في قضاء المحكمة بعد أن دفع أمامها بأن التشريع المطعون فيه قد صدر في ظل ظروف غير طبيعية تمثلت بالاحتجاجات الشعبية المطالبة بالإصلاح وكان الهدف هو تهدئة الشارع وامتصاص النقمة دون تحقيق المصلحة العامة، ورغم الطعون المتكررة، إلا أنها أصرت على موقفها الثابت بعدم تدخلها بعمل السلطة التشريعية، وقد استندت المحكمة بالمقارنة بما استقرت عليه النظم المقارنة، وتجلي ذلك بشكل صريح عندما أشارت المحكمة بمناسبة فحصها لمدى دستورية بعض النصوص، وهذا ما بينته في قرارها بأنها لمست من الأفضية الدستورية المقارنة أن ولاية المحاكم الدستورية تنبسط على ظاهر النص ولا تمتد إلى بواعث التشريع وأسبابه البعيدة لأن ذلك يعد من صميم اختصاص السلطة التشريعية<sup>(٣٩)</sup>، ومن واقع التحليل الدقيق لمسلك المحكمة أعلاه لهذا الحكم نجد إنها أيدت سياسة المشرع، وتخلت عن فرض رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع، واكتفت في كثير من الأحيان إلى مجرد التسليم بها، بل وفي أحيان أخرى اعتبرتها سلطة مطلقة، فقررت أن الأصل في سلطة التشريع أن تكون سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود معينة، ولم يقيد الدستور سلطة المشرع بحدود معينة وهو ما استقرت عليه أحكامها وأكدت عليه المحكمة في أكثر من موضع آخر<sup>(٤٠)</sup>، فالملاحظ في الحكم المشار إليه آنفاً، إن المحكمة استندت في حكمها تأسيساً على الأفضية الدستورية المقارنة، بتخليها عن فرض رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع دون إن تضع بنظرها بأن القضاء الدستوري المقارن استخدم في رقبته على السلطة التقديرية للسلطات التشريعية، آليات ووسائل معينة، فعن طريق هذه الوسائل استطاع القاضي الدستوري المقارن فرض بعض المبادئ التي أصبحت قواعد

ثابتة في رقابته من أهمها مبدأ الحماية المتساوية، ومبدأ الوسائل القانونية السليمة، ولم يقف القاضي الدستوري المقارن عند هذا الحد، بل مد رقابته على السلطة التقديرية، بأسلوب جديد تمثل في إصداره توجيهات للسلطات العامة، وخاصة التشريعية والتنفيذية. وبهذه الوسيلة يضمن القضاء أن النص سيبقى ضمن الإطار الدستوري، فضلاً عن إمكانية أن يقيد السلطة التقديرية للسلطات المكلفة بتطبيق القانون، وكما يهدف من خلالها إلى رسم المسار الذي يتعين إتباعه من قبل السلطات المختصة<sup>(٤١)</sup>، إلا أن البين من خلال ما سارت عليه المحكمة نجد إنها تجنبت المواجهة مع السلطة التشريعية، وتوجيه (البرلمان) لعمل أمر معين، وهو ما عبرت عنه صراحة بذلك أنه وللحصول على حماية ضد تعسف المشرعين، فإنه يجب على الشعب أن يلجأ إلى صناديق الاقتراع وليس للمحاكم لأن ليس لها أن تبحث في مدى صلاحيات التشريع أو مدى ملاءمتها لظروف المجتمع، وهو ما قررت من "أن هذه المحكمة ترى وانطلاقاً من فرضية صحة ما ورد أعلاه أن لكل تشريع لا بد من سبب وأن التشريعات تقدر لمعالجة مشكلة اجتماعية أو اقتصادية أو تنظيم أمر معين فيفترض أنها لا لمجرد الرغبة في إصدار التشريع مجردة من الأسباب الجدية الواقعية أو على الأقل الأسباب الجدية التي اعتقد بها المشرع في ذهنه ولا يقدر بدستورية التشريع صدوره عن أسباب ملحة من قبيل الاحتجاجات الشعبية ما دام أن السلطة التشريعية في ذلك ملتزمة ومراعية لحدود النصوص الدستورية، وكل ذلك يفترض أنه يقع تحت مراقبة الشعب الذي له أن يقول كلمته في تقييم الحلول والمسائل التي سلكتها السلطة التشريعية وفيما إذا كان خياراتها ناجحة من عدمه وفي ضوء هذا التقييم الشعبي تنهض سلطة الشعب في إصدار قراره في إعادة انتخاب هذه السلطة أو عدم ذلك وفق ما رسمته أحكام المواد (٢٠ و ٩/أولاً) من الدستور وهذا جوهر النظام النيابي الديمقراطي الذي تبناه دستور ٢٠٠٥ في المادة (١) منه"<sup>(٤٢)</sup>.

وتعقياً على ما جاء بهذه الحثية من الحكم سالف الذكر أن القاضي الدستوري العراقي، تيمم وجه شطر الشعب، ومارس دور الموجه والناصح له، بدلاً أن يوجه نداءه إلى السلطة التشريعية بأضعف إيمانه بضرورة أن يكون تدخلها في التنظيم غير مجاوز للحدود الدستورية وبما يحمي الحقوق الشخصية ويحيطها بالضمانات الضرورية في مواجهة السلطات الاتحادية وعندما يلجأ إليه من تُمس حقوقهم الممنوحة لهم بموجب الدستور، وهذا ما يؤخذ على المحكمة الاتحادية، حيث أن ما خلصت إليه المحكمة الدستورية العراقية، من نتائج لم تسلم من التعرض للانتقاد من القانونيين، إلا أن منحى قضاء المحكمة واضح وثابت لتفادي الصدام مع السلطات، وإضاعة في نصابها تداعيات ما قد يترتب عليها وأثاره على السلطات وهيئات الدولة والشعب، والذي قد يهدد السلم والأمن المجتمعي، وفي ذات النهج والمنهج، وتأكيداً على موقفها السابق، وبتجاه أكثر تقدماً وحديثاً، عام ٢٠٢٢، تصدى

قضاء المحكمة الاتحادية العليا بالإلغاء لقانون النفط والغاز<sup>(٤٣)</sup> لحكومة إقليم كردستان رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٧، وتحليل الاتجاه الحديث والمطالعة المتأنية نجد إنها ضمنت قرارها عدة توجيهات ملزمة تعد نقلة متطورة في الرقابة الدستورية، والتوجيه الأول: "إلزام لحكومة الإقليم بتسليم كامل إنتاج النفط من الحقول النفطية في إقليم كردستان والمناطق الأخرى التي قامت وزارة الثروات الطبيعية في حكومة إقليم كردستان باستخراج النفط منها وتسليمها إلى الحكومة الاتحادية والمتمثلة بوزارة النفط الاتحادية وتمكينها من استخدام صلاحياتها الدستورية بخصوص استكشاف النفط واستخراجه وتصديره"، واقتصرت توجيهات المحكمة على سلطات الإقليم من جهة، ووزارة النفط الاتحادية من جهة أخرى، لإتباع ما تقدم ونفاذاً لما جاء بمضمون حكمها. والتوجيه الثاني: "توجيه المدعي العام (إضافة لوظيفته) بمتابعة بطلان التعاقدات النفطية التي أبرمتها حكومة الإقليم". ونتيجة لذلك يرى الباحث: إن هذا الحكم يصل بنا إلى حقيقة ثابتة، وهي إن القاضي الدستوري تجنب مواجهة السلطة التشريعية (توجيه البرلمان)، الممتنع عن تشريع وإصدار قانون النفط رغم من وجود إلزام دستوري بالتنظيم، والملاحظ في هذا الحكم أن المحكمة لم تعقب على حالة قصور السلطة التشريعية، باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل بالتشريع، وعلى ذلك يمكن القول بملء فيه إن ما ذهب إليه القاضي الدستوري لم يتضمن أي معالجة تشريعية حقيقية، وهذا ما يؤكده الباحث، وترتيباً على ذلك يمكن القول ومن خلال مطالعة ومتابعة وتحليل القرارات والأحكام بهذا الصدد، نجد أن موقف المحكمة قد مرّ بثلاث مراحل بالرقابة وتوجيه السلطة التقديرية وستكون دراستنا لهذا المطلب من خلال ثلاثة فروع وهي كالآتي:

### الفرع الأول/ انحسار الرقابة الدستورية على المشروعية دون الملاءمة

يمكن القول بأن رقابة القاضي الدستوري العراقي انحسرت على المشروعية دون الملاءمة أو بواضع التشريع. للفترة من عام (٢٠٠٦ إلى عام ٢٠١٣)، إذ إن اقتصار الرقابة الدستورية على المشروعية دون رقابة الملاءمة<sup>(٤٤)</sup>، في هذه الفترة بسبب أن الرقابة الدستورية كانت ما زالت وليدة النشأة، فكان من الطبيعي أن تكون رقابتها قاصرة على رقابة المشروعية، دون الملاءمة فاستقر قضاؤها على التحلي عن فرض رقابته على الملائمة، وعليه يكون على القاضي الدستوري أن يؤدي مهام وظيفته داخل حدود هذه الرقابة، وذلك من خلال بالتحقق من مطابقة القوانين للدستور، على ضوء الاعتبارات القانونية التي يحددها الدستور، دون أن يكون له أدنى شأن لاعتبارات الملاءمة وهذا ما سار عليه القاضي الدستوري العراقي، إذ رفضت المحكمة في بواضع أحكامها تسليط الرقابة على الملائمة، إذ كانت المحكمة تعتبر قصور أحد التنظيمات أو إغفال السلطات عنه "خياراً تشريعياً" التي يستقل المشرع بتقديرها، وظهر هذا الاتجاه ثابتاً في أحكامها وعدته قاعدة مهمة في مجالها الرقابي. فالمتتبع للأحكام التي أصدرتها منذ تأسيسها عام ٢٠٠٥ ولغاية عام ٢٠١٣، يؤكد

وجود تردد من قبل المحكمة وما عرض عليها في بعض القضايا يوضح هذا التوجه، ورفضها التعمق في رقابة الملائمة كما هو موضح في بداية المبحث.

### الفرع الثاني // البطل في تطوير الرقابة على ملاءمة النص القانوني

شهدت الرقابة الدستورية تطوراً ملحوظاً بعد إن كانت المحكمة مترددة في الأخذ بالرقابة على ملاءمة النص القانوني معتبرا ذلك ما يدخل ضمن سلطته التقديرية للمشرع، وسرعان ما طورت موقفها في ما بعد، وقد اتبعت المحكمة الاتحادية العليا سياسة التنويه والإيحاء للسلطات بشكل ضمني بإمكانية فرض القاضي الدستوري لرقابته على السلطة التقديرية ولكنها لم تفرضها مفررة بذلك، "أن ولاية القضاء الدستوري على التشريعات التي تصدرها السلطات التشريعية مقيدة بالأصل الوارد في المادة ٦١/أولاً من الدستور، وهذه الولاية لا تنهض ولا تنبسط ما زالت هذه السلطات غير متجاوزة لحدود الدستور في تشريعاتها فإذا انحرفت في ذلك كان للقضاء ردها إلى حدود الدستور" (٤٥) كما أن للإدارة سلطة تقديرية تقررها في ضوء ما يتوفر لديها من معلومات، وللمحكمة سلطة الرقابة على الإدارة للتأكد من عدم أساءتها استعمال سلطتها أو الانحراف بها " (٤٦)، وفي عام ٢٠١٥ بدأ ميل طفيف في أعمال الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، عندما قررت دستورية الفقرة (٣) من المادة (٣٩) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، وضمنت حكمها (٤٧) توجيهها إلى المشرع، "بأن يكون التعويض بما يتناسب مع حالة الزوج المادية، ولا يشكل مخالفة لحقوق الأسرة الواردة في الدستور، وعلى أن يراعي ذلك تحقيق العدالة التي أكد عليها الدستور بما يضمن عدم جعل الطلاق التعسفي مرهقا للزوجين من أجل الحفاظ (٤٨) على كرامة الزوجة وصيانة حقوقها"، ومن خلال ما تقدم، نجد أن المحكمة قد مارست سياسة توجيه للمشرع لأعمال الضوابط اللازمة للتشريع، من حيث ملاءمة محل التشريع وهو التعويض للواقعة" السبب "وهي الطلاق التعسفي من أجل تحقيق الغاية وهو جبر الضرر الذي يصيب الزوجة من جراء التعسف في الطلاق (٤٩)، غير إنه ثمة تحول طفيف في قضائها، من خلال التعرض لرقابة ملاءمة التشريع بشكل متدرج من خلال اعتبار حالات مختلفة سواء في عدم تنظيم الجوانب الكاملة للموضوعات التي كفلها الدستور أو تنظيمها بصورة منقوصة في إحدى مقوماتها أو بعض جوانبها بما يخل بالحماية الواجبة لها وبالصورة التي كان ينبغي لها أن تكون عليها مخالفة للدستور مقرره بذلك أن المادة ٤٦ من قانون الموازنة الاتحادية رقم ١ لسنة ٢٠١٩ غير دستورية وقضت بعدم دستورتها، واتبعت في قضائها أسلوب الملاءمة الدستورية، لأنها اعتبرت "أن مجلس النواب وإن كان يملك السلطة التقديرية في تشريع القوانين وله الخيار بما يراه مناسباً من الحلول على أن لا يكون على خلاف الدستور (٥٠)، فالشاهد في هذين الحكمين من منظور الملاءمة والتوجيه، إن القاضي الدستوري ولأن لم يفرض رقابته على السلطة التقديرية للمشرع،

إلا إنه ما تضمنته من حيثيات إحكامه سألغة الذكر، تظهر توجيهياً وما حوته من توصيات بوضع حدٍ لأن يكون التشريع مطابقاً للدستور ومفهوم المطابقة من منظور الرقابة الدستورية يكون من السعة التي يمكن أن يستغرق بها كل صور الرقابة ومجالاتها، بما فيها رقابة الملاءمة ذاتها، وعليه فإن بدايات الرقابة الدستورية للسلطة التقديرية يمكن وصفها بأنها كانت حذرة بشكل كبير، ثم أخذت في التطور في أحكامها حتى باتت تتعرض، ضمناً لرقابة السلطة التقديرية بشكل موسع، وهو ما تجسد في المرحلة الثالثة.

### الفرع الثالث/ امتداد الرقابة الدستورية لتشمل ملاءمة النص الدستوري والنص القانوني

من خلال استقراء أحكام المحكمة الاتحادية، نجد أن موقفها قد تغير بشكل حاسم، وباتت تفرض رقابة فعالة على السلطة التقديرية للمشرع بشكل كبير، ليشمل ملاءمة النص الدستوري والنص القانوني، بالرغم عدم وجود نص تشريعي سواء أكان في الوثيقة الدستورية أم في القانون الذي يمنح القاضي الدستوري الحق في تفسير نصوص القانون، إلا إنه لم يكتف بمراقبة نصوص الدستور ذاته بل تعرض بشكل ضمني لرقابة ملاءمة النص الدستوري ذاته، وطوعه لخدمة النظام العام في المجتمع، وما تتطلبه من ضرورات ومتغيرات تطور الحياة فيه، مستلهما من تطورها بما يتفق والمفاهيم العالمية لحقوق والحريات، ففي هذه المرحلة حدث نوع من التغير التدريجي، إذ ظهر منهج مستقر للقاضي الدستوري العراقي نحو امتداد رقابته من ملاءمة النص القانوني إلى رقابة ملاءمة ما تضمنه النص الدستوري عندما قررت "أن مواد القرار (٣٩) لسنة ١٩٩٤ المعدل المرقمة (١ و ٢ و ٣ و ٤) لم يرد فيها ما يشكل مخالفة لنص دستوري وأنها لا تتعارض مع نص المواد (٢/ ج و ١٩/ خامساً و ٣٧/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وإن الحاجة إلى النصوص القانونية الواردة في المواد أعلاه من القرار، لا زالت قائمة لمواجهة الجرائم التي ينطبق عليها الوصف الوارد في المواد (١ و ٢) من القرار وان تكيف فعل المتهمين مرتكبي تلك الجرائم وفق المواد المذكورة من القرار لا يشكل تعارضاً مع حرية وكرامة الإنسان ولا يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الوارد ذكرها في الدستور" <sup>(٥١)</sup>، وفي القرار أعلاه نجد أن المحكمة الاتحادية قد اعتبرت الملاءمة سبباً من أسباب دستورية النص لأنه تدخل في سلطة المشرع وتجاوز على صلاحياته، فإذا كانت المحكمة ترى أن الظرف غير مناسب لوجود النص وأنه أصبح غير ملائم فإنه سوف تقضي بعدم دستوريته وهي بذلك تكون قد حلت محل المشرع مما يؤدي إلى التداخل في عمل السلطات على خلاف المبدأ الدستوري (الفصل بين السلطات)، ولو كانت المحكمة الاتحادية العليا قد أسست قرارها برد الطعن لأنه من خيارات المشرع لكانت أقرب إلى تطبيقاتها السابقة التي اعتبرت خيارات المشرع تعود له حصراً في التشريع، إلا إنه الملاحظ في هذا الحكم وقبل الحكم بدستوريته، قد تضمن توجيهاً مباشراً إلى محكمة قوى الأمن الداخلي مؤكدة "بأن اتجاهها (أي محكمة قوى الأمن الداخلي) ، الأولى للمنظمة الخامسة

باستئجار الدعوى استناداً لأحكام المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ (الملغى) لحين البت في الطعن المقدم من قبلها إلى المحكمة الأخيرة مع وجود متهم موقوف اتجاه لا سند له من القانون ولا ينسجم مع قواعد العدالة وحقوق الإنسان وإن ذلك يؤدي إلى إطالة مدة توقيف المتهم وإن الاستئجار مقيد بما جاء في المادة (٤) من النظام الداخلي أما المادة (٣) من النظام الداخلي (الملغى) فلا توجب الاستئجار، وهذا هو جوهر الدور التوجيهي للقاضي الدستوري، فالقاضي الدستوري هنا قد أقر للمشرع سلطة تقديرية، إلا إنه قيده في ممارستها بضوابط محددة بنصوص الدستور، وإن النص يخضع لتفسيره، أي القاضي الدستوري يقطع بشكل كبير في أن الرقابة على السلطة التقديرية ينتج عنها دور توجيهي كبير يقوم به القاضي للمحافظة على السلطة الممنوحة للبرلمان أو السلطات الأخرى، فالمستفاد من ذلك، بدء تنامي الدور التوجيهي للقاضي الدستوري في الرقابة على الانحراف بالسلطة التقديرية، فقد وضع الأساس الشرعي للرقابة المباشرة على السلطة التقديرية، ونأمل أن يعد هذا المسلك منهجاً مستقراً يسير على دربه القاضي الدستوري العراقي مستقبلاً بالشكل الذي تكون فيه الرقابة على السلطة التقديرية أضحت حقيقة واقعية خاصة وأن ما جاء بحكم محكمة قوى الأمن الداخلي المشار إليه يؤكد مصداقية اتجاه المحكمة الذي من شأن تقرير هذه الرقابة على الانحراف التشريعي، وتحقيق حماية أكبر للحقوق والحريات من أي اعتداء محتمل.

وفي اتجاه أكثر تقدماً وتطوراً، ومن منظور التوجيه الوقائي: ويظهر من خلال التطبيقات العملية لقضاء المحكمة الاتحادية العليا عند قيام السلطات التشريعية في إقليم كردستان تبني مشروع قانون "إنشاء محكمة خاصة"، وتعيين قضاة ومدعين عامين غير عراقيين، وتكون لها سلطة فرض عقوبة الإعدام، فضلاً عن بسط ولايتها على المواطنين العراقيين والأجانب، إذ تصدى قضاء المحكمة وبسط رقابته على مشروع قانون لم تتم المصادقة عليه، فمن خلال استقراء الحثيات الجوهرية التي تضمنها هذا القرار<sup>(٥٢)</sup> نجد أن القاضي الدستوري، وبعد أن كشف عن وجود مخالفات دستورية صريحة بادر ضمناً إلى إصدار توجيه للسلطات التشريعية في إقليم كردستان، وبشكل شبه إلزامي بضرورة مراعاة الضوابط والتوجيهات الحاكمة للتشريع عند تعرضها للتنظيم "مسألة أو مجموعة من المسائل" وفقاً للموجبات الدستورية، ومرشداً للسلطات التشريعية المختصة لأعمال الضوابط الدستورية اللازمة، مرتباً على موقفها، تجاوز للحدود الدستورية بالموضوع محل التنظيم التشريعي، ومارست اختصاص غير اختصاصها، حيث فصلت بالمسألة الدستورية المعروضة أمامها بتوجيهات وقائية ملزمة إلى السلطات في إقليم كردستان، وذلك ما قرره حديثاً عام ٢٠٢١ "لما عاناه الشعب العراقي من سياسات الأنظمة الدكتاتورية السابقة وإنشاء تلك الأنظمة للمحاكم خاصة لتكون أداة لقمع الشعب العراقي

وفرض الأحكام خلافا للقانون ولمنطق العدالة وكان ضحيتها إعدام الكثير من أبناء الشعب العراقي"، ولا شك أن هذا المنهج الرقابي يشكل اتجاهاً محموداً من القاضي الدستوري العراقي الذي أرسى قضاؤه بمبادئ توجيهية وإرشادية، كبديلة لعدم وجود نص دستوري حاكم وقاطع للمسألة المعروضة عليه، وبالوقت نفسه وسع من وسائل رقابته ليستطيع من خلالها استخلاص مبادئ دستورية جديدة أو التأكيد على أحد المبادئ الدستورية القائمة، وهو بذلك سار بخطى الكثير من الدول المقارنة، وذلك يمكن القول بأن المحكمة الاتحادية العليا، سايرت بمسارها المجلس الدستوري الفرنسي<sup>(٥٣)</sup>.

ومن خلال ما تقدم نجد لهذا القرار وباقي حيثياته، إن القضاء الدستوري العراقي اعتنق سياسة قضائية وقائية واضحة، ومما يعزز هذا الفهم ما نص في قراره على النحو الآتي: "ولا يعد ذلك نظراً من المحكمة الاتحادية العليا في مشروع قانون مقدم إلى برلمان إقليم كردستان العراق لأن البت في دستورية مشاريع القوانين يخرج عن اختصاص هذه المحكمة"، الأمر الذي يعني أن قضاء المحكمة قد بسط رقابته ضمناً على مشروع قانون لم تتم المصادقة عليه بعد، أي إنه ليس تشريعاً أو قانوناً نافذاً، وهذه خطوة تعتبر في حد ذاتها تطوراً جديداً من أطوار الرقابة الدستورية الحديثة، وتتفق مع متطلبات الواقع وظروفه ومستجداته، والمستفيد من ذلك إنه ليس ثمة ما يمنع في النظام الدستوري العراقي من التوسع في فرض رقابته توجيهياً باعتبار إنها تعد في الأصل رقابة مشروعية ولا تخرج عن المنهج أو النظام العام الدستوري بما يحقق الحماية الدستورية المنشودة للحفاظ على توازن السلطات الاتحادية فعلى الرغم من إن الدستور العراقي العام، وعملاً بالمادة (١١٢/أولاً)، منه، منح لسلطات الإقليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، باستثناء ما ورد فيها من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية، إي يقتصر اختصاص هذه السلطة على وضع التشريعات الداخلية الخاصة بالإقليم على أن لا تتعارض تلك التشريعات مع القواعد التي يحددها الدستور الاتحادي ودستور الإقليم، وبخلافه تفقد تلك الممارسة شرعيتها الدستورية، والنقاطع بين الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات أمر وارد ولا سيما في إطار اللامركزية السياسية والإدارية<sup>(٥٤)</sup>، ومما لا شك فيه أن القضاء الدستوري العراقي والمتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا، ولما حباها الدستور باختصاص يشمل جميع الأراضي العراقية<sup>(٥٥)</sup>، فهي قادرة على معالجة الأزمات السياسية قبل القانونية، وكان آخرها أزمة انفصال إقليم كردستان عن العراق، من خلال سعيها الدائم لإيجاد الحلول الملائمة للنظام القانوني للدولة بكل أركانها، وفي ذات الوقت يتلاءم مع اعتبارات النظام الاتحادي، وهذه الملائمة والاعتبارات تستطيع المحكمة من خلالها إيجاد مساحة من الحلول القانونية للمشاكل والنزاعات المعروضة عليها.

إلا أن السؤال الجوهرى الذي يُثار هو: هل للمحكمة الاتحادية العليا صلاحية التصدي لمشروع قانون غير نافذ؟ وإذا كان الجواب بنعم، فما هو الأساس القانوني لتصدي المحكمة الاتحادية العليا

لمشروع قانون غير نافذ؟ وهل يجوز للقاضي الدستوري أن يؤسس حكمه على قواعد أخرى غير الواردة في الوثيقة الدستورية، أو القواعد التي تخرج عن هذا النطاق؟ والإجابة تكمن في أن عدم توفر اختصاص المحكمة بالنظر في مشروعات القوانين، لم ينقيد قضاء المحكمة بما تنطق به صراحةً النصوص أو معناها الظاهر، وإنما اقرت المحكمة بإمكانية استعانتها بسياسة قضائية بسطت سلطتها على مسودة قانون، وليس قانون، الامر الذي يعني أن قضاء المحكمة العليا، رتب حقوقاً ومبادئ استخلصها من روح الدستور العراقي وهي الأيدلوجية والفلسفة التي تهيمن وتحكم الدستور، ويمكنه الاستعانة بهذه الفلسفة في قيامه بمهامه المنوطة به ولا يكون في ذلك خروج على اطار الرقابة طالما كان ذلك في اطار النصوص الواردة بالدستور، وإستخلص توجيهه من المفهوم العام لنصوص الدستور، وتوجيه السلطات المختصة بالتشريع بالالتزام بروح الدستور، وتفهم من خلال الرابطة العامة الموضوعية التي تجمع بين نصوصه، وتجعل منها وحدة متناسقة ومترابطة، لا تعارض بين أجزائها، الذي جعل من المحكمة الاتحادية العليا جهازاً منظماً لأنشطة وعمل السلطات التشريعية، وذلك عندما تعرضت لممارسة اختصاصها من خلال التعمق في فهم النصوص ومقاصدها وفحواها، ومارست دوراً توجيهياً وإرشادياً تجاوز حدود التطبيق الحرفي لنصوص الدستور، ليصل الى التأثير العلمي على كثير من امور الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للمجتمع، وأن هذا الدور التوجيهي يتحقق عن طريق قيام المحكمة بممارسة اختصاصها بالفصل في النزاعات المعروضة عليها أو بتفسيرها لنصوص الدستور أو نصوص القوانين والأنظمة التي يطرح عليها امر دستوريها أو لغموضها، وإن ممارسة المحكمة لاختصاصها المقرر قانون لا يمكن أن ينفصل تماماً عن الرؤية الخاصة للمحكمة وللقاضي الدستوري ذاته في كثير من القضايا السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يتناولها في أحكامه.

ولا شك أن مسلك المحكمة في هذا الشأن هو مسلك حميد ومقبول نظراً لخطورة وحساسية الوظيفة التي يطلع بمهامها، وما يتطلبه الفهم الصحيح والعميق لمعانيها ومقاصدها، ولا شك أن هذه السياسة الرقابية المعاصرة، تشكل اتجاهاً محموداً من قضاء المحكمة، ويؤكد من وجود دور حقيقي وواقعي من قبل القاضي الدستوري، إلا وهو دوره التوجيهي، لكي يساهم في المحافظة على النظام العام داخل الدولة، بخاصة النظام العام الدستوري بقيمه الدستورية الثابتة، فضلاً عن ذلك كله أن تمسك القاضي الدستوري على النحو المشار إليه يؤكد تبنيه ما توصلت إليه المحاولات الجماعية للمؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية المنعقد في مدينة أنقرة بتركيا في الفترة من ٧ إلى ١٠ مايو ١٩٩٠ والذي عقد لدراسة موضوع تدرج القواعد الدستورية ودورها في حماية الحقوق الأساسية. وما يتطلبه الفهم الصحيح والعميق لمعانيها ومقاصدها<sup>(٥٦)</sup>.

## المطلب الثاني/ الدور التوجيهي للقضاء الدستوري في الرقابة على الإغفال التشريعي

ويقصد بالإغفال عدم قيام المشرع بسن تشريع معين كان من المتعين عليه إن يتولاه بالتنظيم، وفقاً لأحكام الدستور أو تنظيمه بشكل منقوص، وأن يكون من شأن هذا الإغفال أو الامتناع إهدار للحقوق والحريات، وإن فكرة الإغفال التشريعي قد وجدت في المجال الإداري قبل أن توجد في مجال القضاء الدستوري، وفي العراق تضمنت بعض التشريعات وضع تنظيم لمعالجة حالات السكوت في بعض القوانين<sup>(٥٧)</sup>، كما التزم القضاء الإداري منذ وقت بعيد بمعالجة حالات السكوت عن الإجراء أو التنظيم من خلال الأحكام القضائية التي تصدر بإلغاء القرار السلبي وامتناع الجهة الإدارية عن اتخاذ إجراء يحتم عليها القانون اتخاذه، وتناول القضاء الدستوري العراقي مفهوم الإغفال وعرفه بأنه "النقص التشريعي، والذي يرتبط ارتباطاً مباشرة بالسلطة التشريعية لأن مخالفة السلطة التشريعية للدستور يمكن أن يحدث من خلال تشريع القوانين المخالفة لأحكام الدستور أو من خلال امتناع المشرع عن ممارسة هذا الاختصاص، وقد يكون هذا الخلل (الامتناع) متعمداً من جانب المشرع لغايات وبواعث محددة أو يكون بسبب عدم إمكانية التنبؤ بالمستقبل فيأتي النص قاصراً عن تلبية مستجدات الحياة، وأن الإغفال التشريعي الذي يكون محلاً لرقابة المحكمة الاتحادية العليا هو ما يترتب عليه المساس بحق أو ضمانه قررهما الدستور كحق الفرد في الحياة والأمن والحرية وحق التقاضي وضمان المساواة وتكافؤ الفرص وغيرها من الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور وكفلها، فهنا يقع على عاتق المشرع تنظيم تلك الحقوق والحريات بشكل متكامل كي يضمن كفالتها وضمان ممارستها وعدم الانتقاص منها أو تقييدها".<sup>(٥٨)</sup> وتباينت مواقف المحكمة الاتحادية العليا بشأن أساليب المعالجات القضائية الدستورية لمواجهة السلطات التشريعية، ومدى استخدامها لوسيلة التوجيه وتقديمها كمعالجة لحالات رقابة الإغفال أو الامتناع التشريعي، ولكون أن القضاء الدستوري هو المسؤول عن إلزام السلطات باحترام أحكام الدستور، فقد استقرت أحكامه على قواعد ثابتة ومنها على سبيل المثال: "لا يجوز له التدخل لإلزام هاتين السلطتين بإصدار قانون أو إصدار قرار بقانون في موضوع معين كون ذلك مما تستقل بتقديره تلكا السلطتان وفقاً لأحكام الدستور ومن ثم لا يجوز حملها على التدخل لإصدار تشريع في زمن معين أو على نحو ما، ومن ثم يخرج اختصاص الطعن في مثل هذه الحالة عن رقابة القضاء الدستوري<sup>(٥٩)</sup>، كما استقر قضاء المحكمة الاتحادية العليا على "أن إلزام السلطة التشريعية أو التنفيذية بإصدار تعليمات لتلافي القصور التشريعي في قانون معين غير داخل في اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا"<sup>(٦٠)</sup>، كما "أن الطلب من المحكمة الاتحادية العليا لإلزام مجلس النواب بتعديل أي نص قانوني يخرج عن اختصاص المحكمة، كونه يعد تدخلاً في عمل السلطة التشريعية ويتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(٦١)</sup>. كون ذلك مما تستقل بتقديره تلك السلطتان وفقاً لأحكام الدستور ومن ثم لا يجوز حملها على التدخل لإصدار تشريع في زمن

معين أو على نحو ما، ومن ثم يخرج اختصاص الطعن في مثل هذه الحالة عن رقابة القضاء الدستوري، وحيث إن تشريع القوانين يعتبر من الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية وفقاً لأحكام المادة (٤١/أولاً) من الدستور ٢٠٠٥<sup>(١٢)</sup>، وأستند قضاء المحكمة بذلك لكون الدستور لم ينص صراحة على منح القضاء ولا سيما إذا كان القضاء الدستوري لا يتبنى اتجاه اكمال النصوص أو سد الفراغ الذي ينجم عن عدم التنظيم التشريعي للرقابة على امتناع السلطات أو سكوت المشرع عن تعطيل النصوص الدستورية كما فعلت دساتير الدول المقارنة، ونستنتج مما تقدم: أن النظام القانوني العراقي أعطى للقضاء الدستوري متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا دوراً كاشفاً لظاهرة الأغفال، دون إلزام السلطات التشريعية بالتدخل بالتشريع، وفي النهاية فإن القرار بالتشريع بيد السلطات التشريعية، ويفهم من ذلك أن وسائل المواجهة القضائية الدستورية التي يمكن أن تقدمها المحكمة الاتحادية تقتصر على دور القضاء على مجرد الكشف عن وجود حالات الأغفال التشريعي في التشريع محل الطعن، من دون أن يتخذ إجراء لمعالجته سواء بالوسائل التوجيهية الإيجابية أو السلبية إلى السلطة التشريعية لتلافي النقص أو القصور الذي يشوب النص الطعين، وهذا النوع من المعالجة القضائية غير فعال من الناحية العملية، لأن دور القاضي الدستوري محدود وينحصر في مجرد الكشف عن حالة الأغفال أو الامتناع، دون أن يتعدى ذلك إلى ارسال توجيهات، ومما يؤكد ويعزز اتجاه ومسلك تخلي المحكمة عن مواجهة السلطات التشريعية وتخلي رقابتها عن السلوك السليبي أو الصمت التشريعي واقتصارها على النصوص الظاهرة، هو اتباعها عملياً لهذا المنهج، وتطبيقاً لذلك في هذا المجال، أن دستور العراقي النافذ القى على المشرع العراقي تكليفاً دستورياً بتشريع القوانين، ومن الأمثلة على سبيل المثال لا الحصر، مسألة الفصل في اتهامات رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية وعلى الرغم من مرور أكثر من (١٧) سنة على صدور الدستور، إلا أن المشرع العراقي لم يتخذ التدابير التشريعية اللازمة لإصداره وهذا يعد امتناعاً تشريعياً عن إصدار قانون أوجب الدستور إصداره، ومن ثم فإن عدم إصدار هذا القانون على الرغم من مرور مدة كافية ومعقولة وعلى الرغم من أهميته يجعل البرلمان تحت طائلة انتهاك الدستور بالامتناع عن مباشرة اختصاصه التشريعي ولا يعد احجام المشرع العراقي في هذه الحالة سكوتاً تشريعياً من قبيل الملائمت التي تخرج عن نطاق الرقابة الدستورية، إذ كان الواجب على المحكمة الاتحادية العليا أن تخضع سلوك المشرع العراقي السليبي لرقابتها وإدانة امتناعه عن التشريع طيلة هذه الفترة؟ كما أن المحكمة الاتحادية سببت قرارها<sup>(١٣)</sup> برد الدعوى بعدم اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في ظل غياب التشريع المقتضى لانعقاد اختصاصها، وهذا معناه إقرار المحكمة الاتحادية العليا بعدم صدور تشريع من الجهة المختصة خلافاً للدستور، وكان على المحكمة الاتحادية العليا عدم الاكتفاء بالكشف عن هذا السكوت، وإنما كان

يجب أن تضمن حكمها إيعازاً للبرلمان العراقي بضرورة التدخل لمعالجة الفراغ التشريعي الناجم عن عدم تشريع هذا القانون وما سببه غياب هذا القانون من ازمة دستورية في ضوء التطورات السياسية التي شهدتها العراق، وعلى الرغم من تكرار حالات الطعن بمهام رئيس الجمهورية (إضافة لوظيفته) واتهامه بالحنث عن اليمين وتنصله من مهامه في قضية نظرتها بتاريخ ٣/ ٨/ ٢٠١٧، إلا أنها أصرت على موقفها وبقيت مستمرة في تبني وجهة نظرها الواردة في القرار آنف الذكر، مسببة قرارها "بأن أي اتهام ينسب إليه فإن الفصل فيه وإن كان من مهام المحكمة الاتحادية العليا بموجب أحكام المادة (٩٣/ سادساً) من الدستور، إلا أن ممارسة هذا الاختصاص مرهون بكيفية الفصل في مثل هذه الحالات وذلك في ضوء أحكام المادة (٦١/ سادساً/ ب) من الدستور، وبدون صدور هذا القانون يبقى اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في المحاسبة معطلاً"<sup>(٦٤)</sup>، ولم يتضمن قرارها أيضاً أي توجيهاً أو نداء للسلطة التشريعية لإصدار هذا القانون على الرغم مما يترتب على عدم إصداره من تعطيل اختصاص المحكمة الاتحادية العليا ذاتها في محاسبة رئيس وأعضاء السلطة التنفيذية، لاسيما أن موضوع إجراءات اتهام ومحاكمة رئيس الدولة من المواضيع المهمة من خلال تعليق مصير رئيس الدولة على إرادة البرلمان، لذا يكون من الضروري جداً التدخل التشريعي من جانب البرلمان لسن قانون خاص بإتهام ومحاكمة رئيس الدولة، لأن تفعيل نصوص الدستور يستلزم إكمال أحكامها من خلال تدخل السلطة التشريعية لإصدار قانون أساسي مكمل لأحكام الدستور يختص بتنظيم عناصر المسؤولية وإجراءات الاتهام والمحاكمة والضمانات والعقوبات والجهة المختصة بفرض العقوبات سواء كانت أصلية أم تبعية مع تحديد آثار هذه العقوبات، إلا إنه ما يؤخذ على قضاء المحكمة الاتحادية عند ردها لائحة اتهام لرئيس الجمهورية المنظورة امامها، بعدم تأدية مهامه ومسؤولياته القانونية بأثقان وإخلاص كما إلزمه بذلك اليمين الذي إداه وفق المادة (٥٠) من الدستور، وإنه لم يراع مصالح الشعب، ولم يحافظ على نظام الحكم الديمقراطي الاتحادي، واستندت بذلك الى ذيل البند (سادساً من المادة ٩٣) من الدستور، أي لزوم أن ينظم الامر برمته بقانون، حتى ينعقد اختصاصها بالفصل في الدعوى المقامة بهذا الصدد، وهو من الأمور التي ورد ذكرها في المادة (٦١/ سادساً/ ب) من الدستور، أن يصدر قانون من مجلس النواب ينظم كيفية الفصل في الاتهامات الموجه الى رئيس الجمهورية، ومادام هذا القانون لم يصدر لغاية إقامة هذه الدعوى فأن النظر يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا والذي لا ينعقد إلا بصور القانون المذكور.

ونجد أن هنالك تفاوتاً لانعقاد الاختصاص بنص قطعي الدلالة وبين أعمال الاختصاص بصور قانون ينظم الاختصاص، فهو أمر مستقل تمام الاستقلال عن انعقاد الاختصاص المنعقد والقائم لها بموجب الشطر الأول من المادة (٩٣/ سادساً) من الدستور، ولا يحتاج إلى سند آخر لانعقاده، فضلاً عن ذلك أن المحكمة الاتحادية لم ترسل تنبيهات إلى السلطات المختصة بالتنظيم

تحثها على إصدار القوانين اللازمة، ومن القوانين الأساسية التنظيمية الأخرى ما أشارت إليه المادة (٩٢) من الدستور العراقي النافذ، فقد أحالت مسألة تحديد أعضاء المحكمة، وطريقة اختيارهم، وعمل المحكمة إلى قانون يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس، كذلك يلاحظ على هذا النص الدستوري خلوه من تحديد مدة زمنية تلزم المشرع حتماً للتدخل خلالها خلافاً لبعض الدساتير، إلا أن ذلك لا يعني أن للمشرع سلطة تقديرية في اختيار وقت التدخل بشكل مطلق، إلا أنه يخضع لاعتبارات وملاءمات سياسية لتقدير وقت التدخل وتبرير التأخير في التدخل تبعاً للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية وهذا يقتضي تدخل القاضي الدستوري في حال إغفال أو السكوت الكلي من جانب المشرع غير المقرون بمدة زمنية من خلال تنبيه السلطة التشريعية بضرورة ممارسة اختصاصها. وهنا قد يُثار التساؤل ما هي المدة الزمنية اللازمة للتدخل؟ فقد مضى على صدور دستور العراق ٢٠٠٥ أكثر من سبع عشرة سنة ألا تعد هذه المدة كافية لمراجعة القوانين المخالفة لقواعد موضوعية وردت في الدستور؟! وهل يجعلها ذلك متوافقاً مع النصوص الدستورية؟ والجواب على ذلك نجد أن هذه المدة كافية لمراجعة القوانين، وأن الوقت حان لتدخل المشرع لمعالجة حالات الفشل في التنظيم المخالف لهذه القواعد الموضوعية الواردة في الدستور، وأن الموضوع لا يقتصر على تدخل المحكمة الاتحادية العليا وإنما يحتاج لتدخل البرلمان لأن التزام المشرع هنا التزام سياسي وليس مجرد التزام قانوني.

وكذلك يمكن التساؤل عن إمكانية أو كيفية إجراء التأثير في المشرع لغرض التدخل لإصدار تشريع ما في حالة خلو الدستور من نص ملزم للمشرع يلزمه بالتدخل لتنظيم مسألة معينة طالما أن مباشرة اختصاصه رخصة يقوم بتحديد الوقت المناسب للتدخل أو عدم التدخل وخاصة إذا كان باعث سكوت المشرع سياسياً؟ ونجد أن رقابة القاضي الدستوري لـ حالات (التنظيم التشريعي المنتقص) أصبحت ضرورية ومهمة للغاية، فوظيفة القاضي الدستوري الرئيسية هي تطبيق أحكام الدستور، ويتعين عليه دونما أن يلغي كل تشريع يخالف الدستور، يستوي في ذلك أن تكون المخالفة إيجابية بمقتضى تشريع ظاهر بمخالف صريح لأحكام الدستور، أو كانت المخالفة سلبية خفية أو يسترها عدم التنظيم وقوامها تنظيم منتقص للقاعدة الحاكمة، فمن شأن إخراجها من الرقابة إهدار للحقوق والحريات والواجبات العامة أو المساس بالمراكز القانونية على غير مقتضى أو فيما يطالب به من ضرورة فرض القاضي الدستوري لرقابة الامتناع التشريعي، على اعتبار أن سكوت المشرع عن تنظيم مسألة أحيل إليه أمر تنظيمها دستورياً ومن ثم يعد مخالفة للدستور، ومما يبرر تدخل القاضي الدستوري للتحقق من مخالفة المشرع للدستور، أن رقابة الامتناع التشريعي ليست رقابة على قواعد غير موجودة، لأن وجودها في صلب الوثيقة الدستورية حال نطقها بحقوق الأفراد أو حرياتهم أو شيء من الواجبات العامة، فيتعين على الجميع الاستفادة من هذه النصوص المسكوت عنها، لأنه من

الواجب تصور سكوت المشرع عن تسوية مسألة معينة على أنه قاعدة سلبية ويشكل استمرارها مخالفة للدستور، فلا يجوز للقاضي الدستوري أن يقف صامتاً أمام قاعدة مخالفة للدستور، وقوام مخالفته عدم وجودها، باعتبار أن عدم وجودها يشكل قاعدة قانونية سلبية مخالفة للدستور، فمن شأن فرض القاضي الدستوري لرقابته على الأعمال أو الامتناع بعدم التنظيم هو إرسال توجيهات أو أوامر تلزم المشرع بضرورة التدخل وتنظيم هذا المسكوت وفقاً لمعطيات سلطته التقديرية المقررة الممنوحة له، ولا يتدخل القاضي الدستوري سوى بإلزام المشرع بمعالجة قصور التنظيم، بإيجاد قاعدة ثابتة وبأن يتدخل لاستصدار تشريع ما، وبما يتناسب مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. ومن هذا المنطلق وضع القضاء الدستوري المقارن نصب عينيه أنه كيف يملك المشرع أن يخالف الدستور بسكوته وهو ما لا يملكه من خلال تصرفاته، بمعنى إذا كان المشرع ملزماً بعدم مخالفة الدستور في أعماله التشريعية فكيف يتغاضى القضاء عن سكوته إذا شكل مخالفة للدستور! <sup>(٦٥)</sup>، وإذا كانت رقابة التنظيم المنقصد بصورها السابقة، محل خلاف في الفقه والقضاء الدستوري إلا إنه جانب من الفقه يرى أن التنظيم المنقصد من قبل السلطات التشريعية، يكون محلاً لرقابة المحكمة الدستورية إذا تناول المشرع تنظيم موضوع ما ولكن هذا الموضوع يأتي غير مكتمل أما عن قصد أو إهمال من جانب المشرع بحيث يكون قاصراً في جميع جوانبه مما يؤدي إلى الإخلال بأمن التنظيم الدستوري للمسألة محل الموضوع <sup>(٦٦)</sup> وقد استقر الأمر على مراقبة هذه الظاهرة في معظم النظم الدستورية ولا سيما التي نصت صراحة على هذا النوع من الرقابة في صلب دساتيرها <sup>(٦٧)</sup>، إذ يرى جانب من الفقه، بأنَّ الامتناع عن التنظيم الدستوري يمكن أن تكون وسيلة فعالة في يد المحاكم الدستورية لحماية الحقوق والحريات التي يكرسها الدستور من خلال وضع النصوص الدستورية التي تنظمها موضع التنفيذ وضمن استمرار كفاءتها في النظام القانوني حيث ترتب هذه النصوص على السلطات التزاماً مزدوجاً إيجابياً وسلبياً في ذات الوقت، فالبرلمان يجب عليه التدخل عن طريق ما يصدره من تشريعات لوضع المبادئ الدستورية المنظمة لهذه الحقوق موضع التنفيذ وهذا هو مضمون التزامه الإيجابي، وإذا تدخل بالفعل لتنظيمها ووضعاً آليات معينة لإتباعها وبالتالي سوف يفقد حريته تماماً بشأنها فلن يستطيع أن يصدر من التشريعات ما ينال منها أو يحرم الأفراد من التمتع بها ولكنه يمكنه أن يتدخل تشريعياً ليزيد من ضمانات ممارستها وهذا هو محتوى الالتزام السلبي، ومن هنا فإن حماية الحقوق وضمن تمتع الأفراد بها تمر حتماً من خلال رقابة الامتناع التشريعي.

نجد إنه من الأفضل أن تأخذ المحكمة الاتحادية العليا بأحكام التوجيه كونها وسيلة علاجية فعالة لمواجهة امتناع المشرع عن إصدار تشريع أوجب الدستور إصداره، لأن مثل هذه الأحكام تمثل توجيهاً وإرشاداً للمشرع لأهمية وضروة تشريع ما، إضافة لما تمثله هذه الأحكام من وسيلة ضغط على المشرع لمباشرة اختصاصه التشريعي وخصوصاً بعد إطلاع الرأي العام على هذه الأحكام

وتضيق نطاق حرية التصرف المتروكة للسلطة التشريعية لتقدير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الملائمة لمباشرة الوظيفة التشريعية، وستكون دراستنا لهذا المطلب من خلال الثلاثة فروع الآتية:

### الفرع الأول/ عدم تعرض المحكمة الاتحادية العليا لرقابة الإغفال التشريعي

استقر قضاء المحكمة بشكل مباشر وثابت بمجرد الكشف (القاضي الدستوري كاشفاً) عن حالات الأغفال أو الامتناع التشريعي في اغلب أحكامه وقراراته والاكتفاء بتشخيص الأغفال دون التدخل بمعالجته، على الرغم من وجود تكليف دستوري بالتشريع من دون أن يتضمن قرارها توجيهها ملزماً للسلطة التشريعية بسن القوانين الطعينة، أو إدانة امتناع المشرع عن تشريعه، وهذا الأسلوب من المعالجة المتبع في القضاء الدستوري العراقي بتشخيص حالات الأغفال وترك مبادرة المعالجة الى السلطات المختصة بإصداره بالامتناع عن مواجهة السلطات التشريعية الممتنعة عن أداء وظيفتها التشريعية، ومن التطبيقات العملية بذات الاتجاه لقضاء المحكمة الاتحادية وفي احداث احكامها في عام ٢٠٢١، قررت عند نظرها للطعون الواردة على الامر التشريعي المرقم (١٩) لسنة ٢٠٠٣<sup>(٦٨)</sup>، والخاص بحرية التجمع، لما وردت فيه مواد تتعارض مع التزامات العراق تجاه حقوق الإنسان، والذي كان أداة لقمع حق أفراد الشعب العراقي في حرية التعبير والتجمع السلمي، كما أن المشرع لم يبادر الى تشريع قانون ينظم ممارسة حرية التظاهر والتجمع وفقاً لما تتطلبه المادة (٣٨/ ثالثاً) من الدستور، رغم قراءته قراءة ثانية في عام ٢٠١٢، إلا إن مجلس النواب لم يصوت عليه لغاية الآن، وبرغم من أهمية هذا القانون والتأخير غير المبرر في إصداره من جانب البرلمان، إلا ان قضاء المحكمة رد الطعن "على أساس ان مواد الأمر رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٣ محل الطعن جاءت منسجمة مع أحكام المادتين (٣٨/ اولاً وثالثاً) و (٤٦) من الدستور، مما يعني أن مواد الأمر المطعون بدستوريتها لا تخالف أحكام الدستور للأسباب التالية: اولاً: " كفلت اغلب الدساتير المقارنة المختلفة ومنها دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ الحق في حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل والحق في حرية الاجتماع والتظاهر السلمي، إلا أن ممارسة ذلك الحق أو تلك الحرية يجب أن يتم في الحدود التي ينظمها القانون على أن لا يمس جوهر الحق أو الحرية ولا تخلو تلك الممارسة بالنظام العام والآداب، تطبيقاً لأحكام المادتين (٢٨/ اولاً وثالثاً) و (٤٦) منه "<sup>(٦٩)</sup>، وبرغم من إقرار المحكمة الاتحادية العليا بضرورة وجود قانون يتم من خلاله كفالة الدولة لحرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي، إلا انها لم ترسل توجيهاً الى المشرع بضرورة إن يكون تدخله في التنظيم، بما يحمي الحريات الشخصية ويحيطها بالضمانات الضرورية في مواجهة سلطات الدولة في توقيع الجزاءات التي نظمها مواد الامر المطعون فيه، وهو أمر غاية في الخطورة ويتطلب موقفاً حازماً من

قبل قضاء المحكمة، عندما استندت بحكمها بذلك الى نص المادة (٤٦) من الدستور<sup>(٧٠)</sup>، ونقول إن الأصل في الحقوق والحريات الإباحة، ومن ثم لا يجوز تقييد هذه الحقوق والحريات أو تقييد نطاق ممارستها، لأن تقييدها معناه تضيق نطاقها وإخراجها من الإباحة إلى التقييد وهذا يخالف الأصل العام، وكنا نتمنى لو استعمل المشرع الدستوري عبارة (تنظيم) وليس (تقييد) أو (تحديد) لأن التنظيم لا يقيد الحق ولا ينتقص منه، وإنما يحدد ضوابط زمانية ومكانية وظرفية لممارسته بما لا يتعارض مع حقوق وحريات الآخرين فحدود الحق تقف عند حدود حق الآخرين، كما أن الممارسة جزء لا يتجزأ من الحق أو الحرية فلا يتصور وجود حق أو حرية لا يمكن ممارستها، ومن ثم فإن القيد الوارد على الممارسة، هو قيد على ذات الحرية أو الحق محل التنظيم، فعبارة تنظيم ممارسة الحقوق والحريات أكثر اتساقاً مع قيد عدم المساس بجوهر الحق أو الحرية وهذا نراه قصوراً في الصياغة الدستورية لنص المادة (٤٦) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، في حين نجد أن المشرع الفرنسي قد جعل تنظيم الحقوق والحريات العامة من اختصاص المشرع استناداً للمادة (٣٤) من دستور ١٩٥٨ ولم ينظمها في صلب الوثيقة الدستورية، وهنا تبرز مشكلة أساسية كيف يتم التمييز بين التنظيم للحقوق والحريات والتقييد المحظور، وما هو معيار التمييز؟ من المؤكد أن ذلك يقع على عاتق القضاء الدستوري الذي يضطلع بمهام حماية الدستور وبضمنها الحقوق والحريات الأساسية، وهذا يقتضي أن يصدر القضاء الدستوري من خلال دوره التوجيهي، بإضافة القيمة الدستورية على بعض الحقوق والحريات، التي اطلق عليها الفقه الحقوق والحريات الأساسية، تلك الحقوق التي كفلها الدستور، منبهاً المشرع بأن (الحقوق والحريات الأساسية)، تتمتع بالحماية الدستورية في مواجهة السلطات العامة الثلاث، على خلاف الحقوق والحريات العامة التي تكون محل الحماية القانونية في مواجهة السلطات العامة الثلاث، على مسألة تنظيم الحقوق والحريات الأساسية، لا يعني أن يكون التنظيم مطلقاً، ويقييد حق من الحقوق أو حرية من الحريات العامة لدرجة تصل به أحياناً الى مصادرتها تماماً ذلك إن مجاله في التنظيم أو التقييد بالتشريع لا يعد مصدراً للحق، فدوره يكون مجرد دور تنظيمي لا أنشائي، وأن تدخله ليس إلا لإعطاء مزيد من فعالية الحق أو الحرية، ذلك بأن القول خلاف ذلك يعني إهداراً وتقريباً بها من ناحية ومبدأ تدرج القواعد القانونية من ناحية أخرى، وهذا لا ينسجم والواقع الوظيفي للسلطة التشريعية الذي يجب أن تمارسها في إطار الدستور، وإيماناً من القاضي الدستوري بأن الحق والحرية هما أسمى ما يعبر عن الذات الإنسانية للفرد، ومن هذا المنطلق فلا بد من هناك ضمانات تكفل إعطاء المضمون الفعال للحقوق والحريات ومن أنجع الوسائل لهذه الحماية الدستورية وضمانها هي المراجعة الدستورية بصفة عامة، وصلاحيات المحكمة الدستورية في بسط رقابتها على المشرع توجيهياً بصفة خاصة، من خلال أساليب المعالجة القضائية المتطورة من توجيه وإرشاد ورسم معالم واضحة لما يعد تقييد أو انتهاكاً أو إلغاءً أو عرقلة للحقوق والحريات الأساسية والعامة. ومن هذا المنطلق يتعين على المشرع،

أن يلتزم بالضوابط والقيود الدستورية التي تتضمن عناصر حماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، ولا يحيد عنها عند تناوله هذه الحقوق وتلك الحريات بالتنظيم. فالحقوق والحريات الأساسية منها ما هو مطلق بطبيعته وبالتالي لا يجوز تقيدها. وفي ذات السياق، وفي تطبيق قضائي آخر بخصوص إغفال المشرع وعلى سبيل المثال لا الحصر "تشرية قانون لإدارة الأوقاف"، يأخذ بنظر الاعتبار آراء كافة المدارس الإسلامية في شؤون الوقف، وفي فكر قضاءه سبق وأن جرى الطعن بعدم دستورية المادة (٤) من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ المعدل لمخالفتها المواد (٤٣، ١٣، ٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، إذ لا يجوز لدائرة الأوقاف استيفاء نسبة (١٠) % من واردات الأوقاف وفقاً للمذهب الجعفري، إذ ردت المحكمة الاتحادية العليا الطعن المذكور بسبب عدم صدور تشريع ينظم الأوقاف وشؤون مؤسساتها الدينية استناداً للمادة (٤٣/أولاً/ب) من دستور ٢٠٠٥، فقد جاء في حيثيات قرار المحكمة<sup>(٧١)</sup> بأن المادة (٤٣) والتي نصت في (أولاً) منها على اتباع كل دين أو مذهب أحرار في: أ- ممارسة الشعائر الدينية بما فيها الشعائر الحسينية. ب- إدارة الأوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية وينظم ذلك بقانون، وحيث أن المشرع في المادة (٤٣/أولاً/ب) قد علق كيفية إدارة الأوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية على تشريع قانون يأخذ بنظر الاعتبار آراء كافة المدارس الإسلامية في شؤون الوقف، وأن القانون المذكور لم يشترح لحد الآن فتكون الدعوى بالطعن قد أقيمت قبل أوانها ولم تكن مؤسسة على قانون"، ويلاحظ من استقراء منطوق قرار المحكمة الاتحادية العليا، أنها قد أعلنت بمناسبة النظر في الطعن المقدم بعدم دستورية المادة (٤) من قانون الأوقاف النافذ إغفال المشرع تشريع قانون ينظم إدارة الأوقاف وشؤون مؤسساتها الدينية على وفق المادة (٤٣/أولاً/ب) من الدستور التي تضمنت تكليف دستوري ملزم للبرلمان العراقي بسن هذا القانون، وكان على المشرع إصدار تشريع يأخذ بالحسبان آراء المدارس الإسلامية كافة في شؤون الوقف وهذا ما لم يحدث على الرغم من مرور مدة كافية على صدور دستور ٢٠٠٥. وكذلك عام ٢٠١١ قررت المحكمة الاتحادية العليا رد الطعن الوارد بعدم دستورية المادة (٣٤/ثانياً) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) السنة ١٩٥٩ المعدل والتي نصها (لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق)، باعتبار إن بعض المدارس الإسلامية تجيز إيقاع الطلاق بالوكالة لذا فإن هذا الشرط الذي منع إيقاع الطلاق بالوكالة يخالف حكم المادة ٤١ من الدستور النافذ التي تنص (العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم وينظم ذلك بقانون"<sup>(٧٢)</sup>)، وعلى الرغم من أن المحكمة الاتحادية قررت رد الدعوى، إلا أن المحكمة قد كشفت عن إغفال البرلمان العراقي في سن تشريع لتنظيم الأحوال الشخصية للعراقيين بحسب ديانتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم استناداً للمادة (٤١) من دستور ٢٠٠٥

التي التفت على البرلمان بالتزام دستوري لتنظيم الأحوال الشخصية للعراقيين على وفق ما تقدم بموجب قانون، التوجيه الصادر من المحكمة الاتحادية العليا الى المشرع (مجلس النواب) باعتماد دراسة مستفيضة ومنحصصة في آراء المدارس الإسلامية كافة عند الصيرورة لتشريع قانون للأحوال الشخصية وفقاً لنص المادة (٤١) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، إذ يكون هناك نص للعراقيين كافة على اختلاف انتماءاتهم الإسلامية حتى لا يتجاوز ولا يتعارض إلغاء النص المطلوب إغائه على ما استقرت عليه الآراء أو يوفق بينهما، وعليه أن إلغاء النص المطعون فيه من قانون الأحوال الشخصية يلزم إن يكون وفق الآلية المتقدمة ذكرها وأشعار السلطة التشريعية بذلك. وفي ذات الاتجاه والأسس، ردت المحكمة الاتحادية العليا الطعن الوارد بعدم دستورية المادتين (٤٠/٤٣) من قانون الأحوال الشخصية رقم (٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، اللتان تعالجان موضوع التفريق القضائي بعد نص المادتين تتعارضان مع النص الدستوري (٤١) الذي كرس حرية العراقيين بالالتزام بأحوالهم الشخصية بحسب ديانتهم ومذاهبهم ومعتقداتهم واختياراتهم، وكذلك لتعارضها مع المادة (٢/أولاً) من الدستور التي حظرت سن قانون يتعارض مع ثوابت الاسلام، ويلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا على الرغم من رد الدعوى لأسباب أخرى تتعلق بكون هاتين المادتين مستمدتان أصلاً من الشريعة الإسلامية والنص عليها في قانون الأحوال الشخصية هو لأغراض تنظيمية وهي لا تتعارض مع أحكام الدستور، إلا أن المحكمة قد جعلت من ضمن أسباب رد الدعوى غياب قانون ينظم الاحوال الشخصية وفقاً لمتطلبات المادة (٤١) من الدستور، إذ جاء في حيثيات قرارها الصادر في ١٠/١٠/٢٠١٦ فإن النصين موضوع الطعن وضعا لأمر تنظيمية، ولم تجد فيها المحكمة تعارضاً مع الأحكام الشرعية، إضافة إلى أن المادة (٤١) من الدستور اشترطت لتطبيقها صدور قانون بذلك ولم يصدر القانون موضوعها لحد الوقت الحاضر، وعليه تكون دعوى المدعي فقدت سندها الشرعي مما يستوجب ردها<sup>(٧٣)</sup>، إن هذا الحكم يعلن بصراحة إغفال المشرع عن إصدار قانون ينظم الاحوال الشخصية للعراقيين وفقاً للمادة (٤١) من الدستور، وإن هذا القانون لم يصدر من البرلمان العراقي على الرغم من وجود تكليف قانون بإصداره مع مضي مدة معقولة لتشريعته منذ صدور دستور ٢٠٠٥، إلا أن المحكمة اكتفت بالكشف عن حالة الإغفال من دون أن تقوم بإجراء يشكل تحفظ على المشرع كتوجيه المشرع أو الإيعاز له أو تنبيهه، كما لم يتضمن الحكم ما يشير إلى إدانة المحكمة للبرلمان عن امتناعه عن إصدار هذا القانون طوال هذه المدة، وهذا معناه استمرار نفاذ نصوص القانون التي تمنع العراقيين من التمتع بحرية اتباع الأحوال الشخصية تبعاً لانتمائهم الديني أو المذهبي وفقاً لنص المادة (٤١) من الدستور. وفي قضية أخرى مماثلة، فقد قضت المحكمة أن وضع نص لا يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام تطبيقاً لنص المادة (٢/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وأن هذه الدعوى مقامة قبل تشريع القانون المقتضى تشريع، بهذا الصدد حيث يلزم تكون وفق الآلية

المتقدم ذكرها وللسببين المذكورين قرر الحكم برد دعوى المدعية" (٧٤). ويمكن أن نستنتج من الحكم المذكور أن المحكمة الاتحادية على الرغم من رد الدعوى لعدم توجه الخصومة إلا أنها أشارت بوضوح في منطوق قرارها بأن هذه الدعوى مقامة قبل تشريع القانون المقتضى تشريعه طبقاً لأحكام المادة (٤١) من الدستور، إلا أن البرلمان العراقي على الرغم من هذا التكاليف الدستوري وصدور حكم المحكمة الاتحادية ومضي مدة أكثر من (١٧) سنة صدور دستور ٢٠٠٥، لم يبادر إلى معالجة هذا الإغفال وهذا يؤكد عدم نجاعة أسلوب الأحكام الكاشفة في تلافي حالات الإغفال لأن الأمر يبقى في النهاية بيد المشرع.

### الفرع الثاني// تطلب المحكمة الاتحادية العليا بأن يكون هناك فراغ أو نقص في التشريع شرطاً لتحريك رقابتها على الإغفال توجيهها

تلقت المحكمة الاتحادية طلباً لأحد أعضاء مجلس النواب لأبطال والغاء الفقرة (ثالثاً) من المادة (١٢) من النظام الداخلي لمجلس النواب لعدم دستوريته ونصها، "إذا خلا منصب رئيس المجلس أو أي من نائبيه لأي سبب كان ينتخب المجلس بالأغلبية المطلقة خلفاً له في أول جلسة يعقدها لسد الشاغر وفقاً لضوابط التوازنات السياسية بين الكتل"، وقد نظرت المحكمة الطعن استناداً إلى اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، والذي ينبغي أن تقرر المحكمة استناداً إليه الحكم بدستورية أو عدم دستورية النص محل الطعن كما هو الحال في كل الطعون المماثلة، إلا أن قضاء المحكمة الدستورية ذهب بأبعد من هذا من خلال ما قرره "ومن قراءة نص المادة (٥١) من الدستور، يضع مجلس النواب نظاماً داخلياً لتنظيم سير العمل فيه، وإن ذلك ينصرف إلى وضع قواعد تنظيمية لسير الجلسات وانعقادها والحضور والغياب وغير ذلك من الأمور الشكلية التي تؤمن حسن سير العمل في المجلس ولا يجوز وضع قواعد موضوعية في النظام الداخلي تختص بكيفية اختيار رئيس لمجلس النواب أو أي من نائبيه إذا خلا منصب أي منهم لأي سبب كان، لأن هذه المهمة لا تعتبر من باب تنظيم سير العمل في المجلس المنصوص عليها في المادة (٥١) من الدستور إذ إن تعيين رئيس جديد للمجلس أو تعيين أحد نائبيه عند شغور منصب أي منهم، يلزم أن ينص عليه في صلب الدستور وليس في النظام الداخلي، وهذا ما اتبعه واضع الدستور في المادة (٥٥) منه حيث رسمت كيفية انتخاب مجلس النواب رئيساً له ونائبين للرئيس عند بدء الدورة الانتخابية والسياق الدستوري يلزم أن يكون انتخاب رئيس جديد للمجلس أو أحد نائبيه خلال الدورة الانتخابية بنص في الدستور وليس بنص في النظام الداخلي، وأن وضع مثل هذا النص في النظام الداخلي يخرج عن مهام النظام الداخلي المنصوص عليها في المادة (٥١) من الدستور وبناء عليه تكون الفقرة ثالثاً من المادة (١٢) من النظام الداخلي لمجلس النواب المنشورة في العدد (٤٠٣٢) من الوقائع

العراقية، موضوع طلب الالغاء في الدعوى المنظورة لا تتفق والمهمة المرسومة للنظام الداخلي المنصوص عليها في المادة (٥١) من الدستور وهي (تنظيم سير العمل فيه..)، وبناء عليه تقرر توجيه لجنة تعديل الدستور في مجلس النواب لاتخاذ ما يلزم لوضع نص في صلب الدستور يعالج كيفية انتخاب رئيس لمجلس النواب أو أحد نوابه في حالة شغور منصب أي منهم خلال الدورة الانتخابية<sup>(٧٥)</sup>، بناء على ذلك تكون المحكمة الاتحادية العليا رسخت بشكل كبير وقاطع، لسياسة توجيهية كوسيلة علاجية مرشدة وملزمة، خدمتاً لاستقرار النظام القانوني والدستوري. ومارس من خلالها القاضي الدستوري دوراً محورياً،، أخذاً بالمفهوم الجديد وغير التقليدي للرقابة على الدستورية، ذلك المفهوم الذي جعل وظيفتها تتجاوز حد الرقابة على دستورية القوانين العادية ليمتد فيشمل كذلك الرقابة على دستورية القوانين الدستورية، فضلاً عن ذلك استنتج مبادئ فلسفية أهمها هو أن القاضي الدستوري خلص الى ارسال توجيهات ملزمة الى السلطة التشريعية، لعبت دوراً إيجابياً ومهما في مساعدة عمل السلطة التشريعية من جانب، ومن جانب آخر أقرت المحكمة الاتحادية مبادئ هامين، لم تتناولهما الوثيقة الدستورية، مؤداهما تعرضت المحكمة لبيان حالات إغفال كاتب الدستور لمعالجة بعض الأمور، وبهذا المسلك قد اضافت اختصاصاً الى اختصاصاتها في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة بموجب المادة "٩٣"/ أولاً من الدستور والذي ينبغي أن تقرر المحكمة استناداً اليه الحكم بدستورية أو عدم دستورية النص محل الطعن، لكن قضاء المحكمة ذهب الى ابعاد من ذلك، فأقرت المحكمة بأحقيتها في أن تتولى بالتنظيم السلطة التشريعية وقدمت معالجة قضائية من خلال حكمها الذي تضمن أيعازٍ إلى لجنة التعديلات الدستورية بتدارك حكم أغفله كاتب الدستور يتعلق بتحديد كيفية انتخاب رئيس مجلس النواب أو أحد نائبيه في حال شغور المنصب رغم عدم النص عليها في الوثيقة الدستورية، من جانب آخر إن المحكمة تجنبت التصريح بعقوبة الجزاء للفقرة محل الطعن، متفادية بذلك الحكم بعدم دستوريتهما، وإلغائها من النظام القانوني، وبهذا الطرح فأنها احترمت بذلك أرادة المشرع العادي، فضلاً عن أنها حافظت على التشريع في النظام القانوني ومن ناحية اخرى يؤيد الباحث الى ما ذهب اليه بعض فقهاء القانون العام، من إن عدم التصريح بعدم الدستورية والاكتفاء بإرسال توجيهات، دون أن تتدخل بوضع قواعد أو مبادئ قاعدية من قبل المحكمة الدستورية، توصف بأنها سياسة توجيهية إيجابية. وسوف نعرض لبعض الفرضيات بهذا الصدد، من واقع التطبيقات القضائية لقضاء المحكمة الاتحادية العليا، وذلك على النحو التالي:

### أولاً: تردد المحكمة في فرض رقابتها على الإغفال التشريعي

في قضية تم الطعن بعدم دستورية إجراءات عملية انتخاب نواب رئيس الجمهورية لأنه جاء "بسلة واحدة" أي مرة واحدة ولم يسمح رئيس مجلس النواب أن تكون عملية الانتخابات بشكل فردي،

وأن هذا الإجراء مخالف لقانون نواب رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ٢٠١٠، ومخالف لمواد الدستور (٧٦، ٧٠، ٥٥، ١) وعلى الرغم من كون المحكمة الاتحادية العليا قد ردت الطعن بموجب قرارها (٧٦)، والتي قضت فيه "أن الدستور وقانون نواب رئيس الجمهورية لم يحددوا كيفية انتخاب نواب رئيس الجمهورية ولا آلية الانتخاب، وإن انتخاب مجلس النواب، نواب رئيس الجمهورية الثلاثة المرشحون من قبل رئيس الجمهورية مرة واحدة (سلة واحدة) كان على توافق المكونات والقوى السياسية الممثلة في مجلس النواب، وأن انتخابهم مرة واحدة لا يخالف الدستور كما لا يخالف قانون نواب رئيس الجمهورية المشار إليه، لذلك تكون دعوى المدعي غير مستندة على سند من القانون"، ونجد أن المحكمة قد وقعت في تناقض شديد في مضمون حكمها فهي من جانب كشفت عن النقص والقصور في الدستور وقانون انتخاب نواب رئيس الجمهورية رقم (١) لسنة ٢٠١٠، لعدم تحديد كيفية انتخاب نواب رئيس الجمهورية ولا آلية الانتخاب، ومن جانب آخر تقرر أن إجراءات انتخاب نواب رئيس الجمهورية الثلاثة دفعة واحدة "سلة واحدة" لا يخالف الدستور وقانون انتخاب نواب رئيس الجمهورية رقم (١) لسنة ٢٠١٠، كذلك نجد أن المحكمة قد تجنبت إعلان عدم دستورية قانون انتخاب نواب رئيس الجمهورية على الرغم مما شابهه من نقص وقصور في التنظيم لتجنب التأثير على العملية السياسية، كما أن المحكمة قررت رد الدعوى من دون أن توجه إيعاز إلى السلطة التشريعية لتلافي الإغفال الذي شاب آلية انتخاب نواب رئيس الجمهورية الثلاث، ولتفادي حصول إشكال دستوري في المستقبل، وهذا الموقف يحسب على المحكمة الاتحادية العليا. ومما تقدم يمكن القول: أن قضاء المحكمة الاتحادية على هذا النحو وبهذا الاتجاه قد غاير مسلكها في الحكم السابق.

#### ثانياً: تحريك الرقابة بالتوجيه عند القصور في التشريع.

قررت المحكمة الاتحادية العليا، فرض رقابتها بالتوجيه والإيعاز مرة أخرى، وذلك بمناسبة فحص دستورية قانون ينظم كوتا الأقليات، وقد تضمن حكمها توجيهاً إلى مجلس النواب لإصدار تشريع ينظم كوتا الأقليات من مكونات الشعب العراق، والمستفيد من هذا القرار، بأنه تضمن توجيهاً للمشرع لتلافي القصور والفراغ الناجم من عدم تشريع قانون ينظم كوتا الأقليات من مكونات الشعب العراقي (٧٧).

#### ثالثاً: عدول المحكمة والرجوع عن موقفها على الرغم من وجود نقص أو فراغ في التشريع.

وفي ذات الاتجاه وفي قضية مشابهة، ردت المحكمة الاتحادية العليا إحدى الدعاوى التي طالبت تخصيص كوتا الأقلية من أقليات الشعب العراقي لعدم الاختصاص (٧٨)، وتتلخص وقائعها في أنه وفي عام ٢٠١٤ سبق أن جرى الطعن بعدم دستورية المادة (١١) من القانون رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ قانون انتخاب مجلس النواب العراقي طالبين تعديل المادة المذكورة بإضافة عبارة (الكورد

الفيليين) إلى هذه المادة ليكون لهم كوتا أسوة بما فعله المشرع العراقي حينما خصص لهم أربعة مقاعد في مجالس المحافظات معتبرين- أي الطاعنين- أن إغفال المشرع ذكر (الكوتا) في هذا القانون مخالف لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليه في المواد (١٤/١٦) من الدستور مطالبين المحكمة وقف تطبيق المادة المذكورة وإصدار تشريع يتضمن الكوتا الخاصة (بالكرد الفيليين) (٧٩)، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا، قد ناقضت نفسها في حكم لها صدر عام ٢٠١٠، إذ ذهبت المحكمة في قرارها المؤرخ ٢٠١٤/٧/١٣ إلى أن عدم ذكر كوتا الكرد الفيليين في القانون سابق الذكر، لا يجعل هذه المادة غير دستورية، كون ذلك خيار تشريعي يرجع للمشرع وحده، وإن طلب تعديل المادة المذكورة بإضافة الكورد الفيليين إليها ليكون لهم كوتا خاصة في مجلس النواب ليس من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا، كما أن ليس من اختصاصها إلزام المدعي عليه رئيس مجلس النواب بتخصيص كوتا معينة للكرد الفيليين وردت الدعوى لعدم الاختصاص، ويكمن وجه التناقض في الجوانب الآتية:

١- إن حكم المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦/ اتحادية/ ٢٠١٠) في ٢٠١٠/٣/٣ تضمن حكماً توجيهياً إلى مجلس النواب لسد الفراغ التشريعي الناجم من غياب قانون ينظم كوتا الأقليات في حين ذهبت المحكمة في قرارها اللاحق الصادر في ٢٠١٤/٧/١٣ إلى عد إغفال المشرع عن ذكر كوتا خاصة بالمكون الكرد الفيليين مجرد خيار تشريعي يعود للمشرع نفسه، وأنه ليس من اختصاصات المحكمة إلزام المدعي عليه رئيس مجلس النواب بتخصيص كوتا لهذه الأقلية، في حين أن إغفال تخصيص كوتا للكرد الفيليين إغفال مخالف للدستور، وكان على المحكمة الاتحادية العليا بعد أن قررت عدم اختصاصها في إلزام رئيس مجلس النواب بتعديل هذا التشريع بإضافة كوتا للكرد الفيليين، وأن تضمن فقرة في حكمها بتوجيه للمشرع لتلافي هذا الإغفال.

٢- إن المحكمة الاتحادية العليا في قرارها الأول الصادر في ٢٠١٠/٣/٣ أصدرت حكماً توجيهياً يشمل جميع الأقليات من مكونات الشعب العراقي وضرورة سن تشريع ينظم كوتا خاصة لهذه الأقليات، في حين أن قرار المحكمة الأخير الصادر في ٢٠١٤/٧/١٣ قد عد عدم ذكر حصة كوتا خاصة بأقلية الكرد الفيليين مجرد خيار تشريعي وفي هذا تمييز هذه الأقلية عن الأقليات الأخرى التي تمتعت بكوتا في الفقرة (ثانياً) من المادة (١١) من قانون انتخابات مجلس النواب رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣، إذ منحت الفقرة المذكورة حصة كوتا لكل من المكونات

المسيحي، اليزيدي، الصابئي المندائي، الشبكي، دون ذكر أقلية (الکرد الفيلين)، وإذا كان قصد المشرع اعتبار فئة الكرد الفيليين من ضمن المكون (الكردي) عموماً فيفترض عدم تخصيص (٤) مقاعد لهم في مجالس المحافظات. علماً أن قضاء المحكمة الاتحادية العليا قد تصدى<sup>(٨٠)</sup> مؤخراً لما تضمنه فقرات وبنود ومواد قانون الانتخابات رقم (٩) لسنة ٢٠٢٠، والتي أنصفت المكونات (الأقليات) اليزيدية والصابئة المندائية والمكون الشبكي والكردي والفيليين بمعاملة كافة مكونات أبناء الشعب العراقي، والعدول عن قراراتها السابقة، بما يكفل تحقيق مبدأ المساواة بين المكونات الشعب العراقي.

ومن خلال التطرق إلى أحكام المحكمة الاتحادية العليا نجد أن الفروض التي تتعرض لها المحكمة بشكل مباشر وصريح لحالات الإغفال، لا يمكن القول معه بأنها اعتنقت أحكام التوجيه كوسيلة معالجة حقيقية ومستمرة وواقعية في قضائها إلا ما ندر، ولا تتماشى مع الاتجاه العام للوسائل المتطورة والفعالة على الإغفال التشريعي التي تبناها القضاء الدستوري المقارن، وأسوة بما أعمله كل من القضاء الدستوري في ألمانيا وإيطاليا وفرنسا والمجر.

### الفرع الثالث /// الإقرار بإمكانية الاستعانة برقابة التوجيه حديثاً

أبرز القضاء الدستوري العراقي أهمية المعالجة القضائية الدستورية وحددها تضمين في قراره، إذ إشارة المحكمة الاتحادية العليا في قرارها الذي أصدرته عام ٢٠٢٢، صراحةً ولأول مرة في قضائها إلى التوجيه كأسلوب من أساليب المجابهة القضائية مع السلطات الاتحادية، في حالات غياب التشريع، أو عدم إصدار البرلمان لهذا التشريع، أو القصور في تنظيم أو صياغة بعض المواد تجعلها مخالفة للدستور، ويتجلى ذلك فيما ذهبت إليه "وترى هذه المحكمة أن الإغفال التشريعي الذي يكون محلاً لرقابة المحكمة الاتحادية العليا هو ما يترتب عليه المساس بحق أو ضمانته قررها الدستور كحق الفرد في الحياة والأمن والحرية وحق التقاضي وضمان المساواة وتكافؤ الفرص وغيرها من الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور وكفلها، فهنا يقع على عاتق المشرع تنظيم تلك الحقوق والحريات بشكل متكامل كي يضمن كفالتها وضمان ممارستها وعدم الانتقاص منها أو تقييدها وبخلاف ذلك تبرز أهمية المعالجة القضائية الدستورية باعتبار أن القضاء الدستوري هو المسؤول عن إلزام السلطات باحترام أحكام الدستور ويكون ذلك أما بالإشارة إلى مواطن الإغفال أو القصور في التشريع محل الطعن وإشعار السلطة التشريعية بذلك بغية معالجته باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع. أو توجيه توصية ملزمة إلى المشرع لتلافي ذلك الإغفال. ولكن قد يتصور البعض أن

هناك إغفالاً تشريعياً في جانب معين بسبب الغموض الذي يعتري النص القانوني أما لاضطراب في الصياغة أو لتبعثر النصوص التي تعالج موضوعاً معيناً فيتم اللجوء إلى القضاء الدستوري بطلب إلزام السلطة التشريعية لمعالجة ما يعتقد أنه إغفال أو قصور تشريعي وفي هذه الحالة يقوم القضاء الدستوري باستعمال وسائل التفسير للنص أو النصوص الحاكمة للموضوع دون أن يلجأ إلى الوسائل القضائية لمعالجة الإغفال أو النقص التشريعي" <sup>(٨١)</sup>، ومن خلال ما تقدم نجد أن القاضي الدستوري العراقي أقر من خلاله أسس وأساليب المعالجة القضائية في غاية الأهمية، جديرة بتسليط الضوء عليها، قدر تعلقها بموضوع بحثنا، وتعد في حد ذاتها نقلة كبيرة في تاريخ الرقابة الدستورية في العراق، ومنهج القضاء الدستوري العراقي، ويمكن حصر أهم المعالجات التي أتى بها هذا الحكم في النقاط التالية:

١- الإشارة إلى مواطن الإغفال أو القصور في التشريع الطعين.

٢- أشعار السلطة المختصة بالتشريع بغية معالجته.

٣- توجيه توصيه ملزمة إلى السلطة التشريعية لتلافي ذلك الإغفال. <sup>(٨٢)</sup>

وتجدر الإشارة إلى أنه بمقتضى هذه المعالجات التي تضمنها الحكم المستشهد به، نصل إلى نتائج عدة، عن حيثيات الحكم وإشكالياته ووقائعه، أن الأساليب التي أبرزها قضاء المحكمة، وإن أشار صراحةً بأحكام التوجيه كأسلوب للمعالجة لحالات "الإغفال التشريعي"، ووسيلة لمجابهة النقص والقصور التشريعي، إلا أنها جاءت خالية من التوقيعات أو المدد الزمنية المعقولة بعكس الأساليب التي اتبعتها نماذج الأقضية الدستورية المقارنة، والتي تبنت إحكام التوجيه كوسيلة أساسية لإحكامها، وعززتها ب فكرة (المدة المعقولة) والتي تقوم على أساس أن المخالفة الدستورية الناتجة عن الإغفال التشريعي لا تزال قائمة حتى وقت قرار المحكمة الدستورية، إذ يتعين في هذه الحالة على المشرع أن يتدخل في الوقت الضروري لمعالجة الإغفال التشريعي أو لتقاضي ما قد يحدث من إغفال في المستقبل <sup>(٨٣)</sup>، أما مجرد توجيهه أو نصائح أو إرشادات للسلطة التشريعية من دون أن يكون للقاضي الدستوري وسيلة لمعالجة هذا الإغفال ذاتياً، فإن معالجة الإغفال التشريعي تبقى رهينة إرادة المشرع، وقد عدت المحكمة الدستورية في ألمانيا وإيطاليا مدة (أربع سنوات) مدة معقولة لتقاضي الإغفال أو الامتناع التشريعي.

زبدة القول ما نخلص منه: أن القاضي الدستوري قد اتبع أساليب متنوعة في معالجاته القضائية، تباينت من حيث الشدة والأثر ومن وسائل ثنائية متبادلة بين القضاء الدستوري والسلطات التشريعية، واتبعت أسلوب الأحكام الكاشفة وانتقالاً إلى الأحكام التفسيرية المنشأة ومروراً بالأحكام التوجيهية التي جاءت خالية من مدة معقولة لاستجابة المشرع لها، وإن كان المشرع في غالب الأحيان يستجيب إلى قرارات المحكمة الاتحادية العليا سواء بإصدار تشريع جديد يحل محل التشريع المقضي بعدم دستوريته

أم بتعديله بما يتوافق مع الدستور، ونلاحظ تذبذب موقف المحكمة الاتحادية العليا وترددها في استعمال احكام التوجيه، ومدى الاستعانة بها وتقديمها كمعالجة قضائية دستورية فعالة، وقد قامت المحكمة برفض مباشرة هذا الأسلوب بحجة أن ليس من اختصاصها، وقبلت بها في أحيان أخرى وتقديمها كوسيلة علاجية، ولم تعتنق منهجاً ثابتاً بشكل مستقر، وهذا التباين في الاتجاهات يعكس في حقيقته السياسة التوجيهية التي تتبعها المحكمة، والدور التوجيهي الذي يظهره نشاطها، وأن الوسائل الثنائية المتبعة من قبل المحكمة الاتحادية العليا، والاكتماء بأحكام الكشف، ومجرد التوجيه "المجرد" أو الايعاز الى السلطات المختصة، هي وسائل غير مجدية، أو غير فعالة كوسائل للضغط على السلطات الممتنعة، وتحليل الاتجاه الحديث للمحكمة الاتحادية العليا، نجد انها لم تعتمد على أسلوب المعالجة الذاتية من جانب القاضي الدستوري من دون انتظار استجابة السلطات لتلافي حالة الإغفال التشريعي، فوسائل المجابهة تطورت لأسباب عدة أهمها عدم وجود استجابة من جانب السلطات التشريعية لتلافي الأغفال، طول مدة الاستجابة وهذا معناه بقاء نص أو تشريع مخالف للدستور مدة طويلة من دون إغاثة أو تعطيله واستمرار الخرق لقواعد الدستور، فأسلوب الوسائل الثنائية للمعالجة توجيهياً لا يعني استجابة السلطة التشريعية في كل الحالات لتلافي حالة "التنظيم المنتقص"، إذ تبقى المبادرة بالمعالجة بيد السلطة التشريعية ويبقى النص أو التشريع لحين تعديله أو الغائه بشكل مخالف للدستور.

## الخاتمة

عرضنا لموضوع دور القاضي الدستوري في توجيه السلطات الاتحادية ونستخلص من دراستنا بعض النتائج المهمة التي يجدر أن نسجلها في هذه الخاتمة وبعض المقترحات:

## النتائج والمقترحات

سوف نعرض لأهم النتائج والمقترحات التي من شأن مراعاتها تطوير الرقابة الدستورية، وتفعيلها بشكل إيجابي، مما يعود بالنفع والخير على المجتمع حكماً ومحكومين، وأفراداً ومؤسسات. أولاً: أهم النتائج المستخلصة من هذه الدراسة:

١- إن ممارسة القاضي الدستوري لدوره التوجيهي، هي جزء أو فرع من فروع الرقابة على دستورية القوانين، فهي تستند إلى نفس أساسها الفلسفي وهي احترام الدستور وسمو قواعده وتشارك معها في مبرراتها الدستورية العملية والنظرية إلى حد ما، إلا أنها تختلف من حيث الضوابط والمنهاج وآليات المراقبة والمعالجة، والضوابط العامة في الرقابة على دستورية القوانين، لأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي رقابة فنية في الأصل تقتصر على الجانب القانوني للمسائل الدستورية ولا تتدخل في المسائل التي تقع في نطاق الاختصاص التقديري للمشرع، إلى جانب هذه الضوابط تتفرد رقابة توجيهه بضوابط خاصة أبرزها امتداد رقابتها إلى حالة (السكوت أو الصمت التشريعي) بوصفه من الملائمين التي هي أخص مظاهر السلطة التقديرية، إذ يعد السكوت في مثل هذه الحالة مما يترخص به المشرع، أما إذا اقترن هذا السكوت بالالتزام أو تكليف دستوري فإن هذه الرخصة تعد عزيمة، ويكون امتناع السلطات محلاً للرقابة من القاضي الدستوري، ولا سيما إذا كان المشرع الدستوري قد حدد ميعاداً مسبقاً للسلطة التشريعية لإنجاز هذا الالتزام الدستوري، كذلك من ضوابطها. الخاصة، هي مد نطاق رقابتها على الفشل في التنظيم وهذا الضابط ينسجم بشكل كبير مع أسلوب الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين إذ تنصب الرقابة على نص أو تشريع ظاهر - أي صدر من السلطة التشريعية وأثار نزاع في مدى دستوريته عند التطبيق، إذ تحاول المحاكم الدستورية قدر الإمكان تجنب الرقابة على الامتناع التشريعي للمساس المباشر بالسلطة التشريعية ما لم تنص الدساتير أو التشريعات المنظمة لعمل هذه المحاكم على مباشرة الرقابة على امتناع المشرع عن اتخاذ تدابير تشريعية لحماية الحقوق والحريات العامة، وأيضاً من ضوابط رقابة توجيهه هي تغليب سلامة التشريعات من خلال محاولة تفسيره يجعله متوافقاً مع نصوص الدستور وتجنب إعلان عدم دستوريته، فالقاضي الدستوري يجب ألا يلجأ لإلغاء نص تشريعي أو يقرر عدم دستوريته بسبب ما شابه من إغفال إلا بعد التحقق من وجود تعارض واضح لنصوص الدستور أو خرق صارخ لأحد مبادئه بسبب ما تضمنه من عيب يجعله مخالفاً للدستور.

- ٢- استبان لنا من خلال هذه الدراسة، وجود عدد غير قليل من التشريعات المهمة، والتي كان من المتعين أن تصدر تبعاً بعد صدور الدستور العراقي الاتحادي ٢٠٠٥، إلا إنه وحتى الآن لم تصدر هذه التشريعات خاصة تلك المكملة للدستور، رغم بدء الدورة الخامسة لمجلس النواب العراقي، وعلى الرغم من مرور مدة سبع عشرة سنة على صدور الدستور العراقي.
- ٣- استبان لنا، تردد وتباين استخدام أساليب المعالجة القضائية الدستورية في السياسة القضائية للقضاء الدستوري العراقي من حيث التشخيص والشدة والإثر ابتداءً من أحكامها الكاشفة وانتقالاً إلى الأحكام التفسيرية ومروراً بأحكام التوجيه أو الأحكام الأيعازية المجردة، والتي جاءت خالية من مدة معقولة لاستجابة السلطات المختصة لها، كما لوحظ تذبذب المحكمة الاتحادية العليا وتفاوت في الكثير من المواقف في الأخذ بأحكام التوجيه، فمرة ترفض مباشرة هذا الاختصاص متذرعة بالاختصاص الحصري للمحكمة، وقبلت في أحيان أخرى وبندارة برخصة استخدامها سلطة توجيه السلطات الاتحادية سواء كان بمناسبة الفصل بعدم دستورية التشريع أم بتأييدها له.
- ٤- وأظهرت الدراسة وجود بطء في تطوير الرقابة توجيهياً على السلطة التقديرية للسلطات الاتحادية وقد استعملت المحكمة الاتحادية العليا عدة وسائل تمكنها من ممارسة رقابتها الجدية على دستورية القوانين، ووضعت مفاهيم حديثة لمبدأ شرط المساواة أمام القانون ونكافؤ الفرص والاستعانة بما استقر عليه القضاء الدستوري المقارن ترسيخ المفهوم الصحيح لمبدأ سيادة القانون وتعميق الرقابة الدستورية الفعالة والممارسة الصحيحة لبعض الحقوق والحريات، ومعيار الملائمة، ومعيار المعقولية، ومعيار اليقين، واتبعت المحكمة سياسة تدريجية، وتطور ملحوظ في رقابة ملاءمة التشريع بشكل تدريجي، وتبين لنا أن القاضي الدستوري يفرض رقابته على تناسب التشريع في فروض وأحوال كثيرة، باعتباره يشكل جانبا من جوانب الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع. كما فرض رقابته على الإغفال التشريعي واستبان أن القاضي الدستوري فرض رقابته على أحوال قصور الوثيقة الدستورية وخلوها من كثير من القواعد، وكان من آثار ذلك إنه أرسى وقرر كثيرا من المبادئ القانونية والدستورية غير المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية أو أغفلها المشرع كما كان له الفضل في استنطاق الكثير من المعاني ومقاصد النصوص التشريعية، بشكل جعله يعزز الممارسات الديمقراطية لكثير من القيم، وهو ما أدى إلى تحقيق الأمن القانوني والسلام الاجتماعي بين مختلف فئات المجتمع في مختلف الأزمنة التي مر بها.

## ثانياً: أهم المقترحات

- ١- ضرورة العمل على تعديل اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في المادة (٩٣) من الدستور، وتضمينها فقرة بما يسمح للمحكمة الاتحادية العليا، من استنتاج حالات تكرر أو إخلال الهيئات التشريعية لواجباتها الدستورية بصورة تؤدي إلى انتهاك الدستور، بناء على طلب أي شخص أو من تلقاء نفسها، فإن الواجب عليها إن تهبب بالسلطات التشريعية المسؤولة عن هذا الامتناع بضرورة التدخل للوفاء بواجباتها مع تحديد تاريخ معين للقيام بذلك أسوة بالنظام المجري.
- ٢- أن يجري تعديل تشريعي، بإضافة مادة لقانون المحكمة الاتحادية العليا بما يسمح للقاضي الدستوري، من اختيار المعالجة القضائية الدستورية ومنها أحكام التوجيه الملزمة والمقرونة بالمدة المعقولة، في حال فشل السلطات التشريعية من اتخاذ الإجراءات والتدابير التشريعية أو الإدارية خلال مدة تحددها المحكمة.
- ٣- ضرورة إجراء تعديل تشريعي لقانون المحكمة الاتحادية العليا بما يسمح بإتباع أسلوب، القضاء الشرطي، بأن يمنح السلطات المتكئة أو المتباطئة أجلاً أو مدة زمنية، بضرورة التدخل بالصورة التي تحقق الوفاء بالتزاماتها الدستورية ولإصلاح التشريع المعيب فإن إرادة الدستور تتجلى في تنفيذ أكبر قدر ممكن من التشريع، أسوة بالأنظمة الدستورية المقارنة، وأن يحكم بالتعويض للمضرور منه حال عدم الالتزام بتنفيذ حكم المحكمة، الأمر الذي يعكس إهمالا لأحكام المحكمة وعد تفعيلها بشكل مرض، ويلاحظ أن دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ وإن كان قد أخذ بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين، إلا أنه لم يحدد جزاء عدم الدستورية في النصوص الدستورية الخاصة بالمحكمة الاتحادية العليا كما لم يحدد النطاق الزمني لسريان أحكام المحكمة، كما لم يتضمن الدستور أي التزام على المشرع بوضع النص أو التشريع الملائم محل النص أو التشريع المقضي بعدم دستوريته أو تعديله خلال مدة زمنية وهذا من شأنه أن يفقد أحكام المحكمة هيبتها ولا سيما أن الدستور قد نص على أن أحكامها باتت وملزمة للكافة.
- ٤- ضرورة إجراء تعديل تشريعي لقانون المحكمة الاتحادية العليا بما يسمح لها بمراجعة ومراقبة حالات الفراغ والنقص التشريعي التي أفرزها تطبيق القوانين بعد إقرارها التي يكون سببها إغفالاً أو إهمالاً أو سهو السلطة المختصة بالتشريع، بوجود إلزام دستوري أو عدمه لتدخل السلطات بالتشريع إذا كان موضوع التنظيم ينقص من ضمانات الحقوق والحريات ويعرضها للخطر من خلال مكنة التوجيه لإجبار السلطات على القيام بالتزاماتها الدستورية بالتشريع وتلافي حالات التنظيم الناقصة.

٥- على المحكمة الاتحادية العليا في العراق النظر في أمر التوسع من أعمال رقابة الدستوري الشرطي بالنسبة لرقابة النصوص القانونية ولا سيما مع وجود الكثير من التشريعات الصادرة وما زالت نافذة، والتي صدرت في ظل الدساتير السابقة لدستور ٢٠٠٥، إذ إن هنالك الكثير من التشريعات وقرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) تضمنت إغفالاً شكلياً أو موضوعياً لا يتلاءم والمبادئ الواردة في دستور ٢٠٠٥، لجعلها متوائمة وبما يحقق التناغم والتناسق مع التغييرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، من خلال منح المشرع مدة أو أجلاً محدداً لتعديل التشريعات، للتوافق مع الدستور، فهناك الكثير من التشريعات السابقة التي صدرت وتضمنت تنظيم مسائل معينة أو حقوق وضمانات ومن ثم فإن أي تشريع لاحق يصدر أو أي تعديل يطرأ عليه يجب ألا يغفل أو يهمل ضمانات كانت مقررّة في قانون سابق، ومن ثم فإن قيام المشرع العراقي بإصدار قوانين جديدة تتضمن انتقاصاً من الضمانات المقررة في القوانين السابقة، فإن ذلك يقتضي تدخل القضاء الدستوري لردع سلوك المشرع وتوجيهه بضرورة تنقية التشريعات والتي يكون من شأنها تغيير في بعض المراكز القانونية، كذلك نجد أن هذا الأسلوب يمنع إلغاء النصوص المعيبة لعدم دستوريّتها مباشرة من خلال إعطاء الفرصة للمشرع لتعديل هذه النصوص أو إكمال النقص والقصور فيها.

٦- الإسراع بتشريع قانون أصيل للمحكمة الاتحادية العليا من المشرع العراقي وسد الثغرات والفرغ التشريعي الذي أفرزه تطبيق قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته الأخيرة، وتضمينه قواعد خاصة بمرافعات الدعوى الدستورية وقواعد إثبات وقواعد تنظيم تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا من أجل توحيد تلك الإجراءات وقطع دابر الاجتهاد والتأويل والانتقائية ليتوافق مع إيجابيات النظم الدستورية المقارنة، الاستفادة من تجاربها، فالقاضي الدستوري المقارن مارس رقابة التوجيه بكل الأحوال سواء بوجود نص صريح أم بغياب هذا النص منطلقاً من أساسيات وجود ومهام القضاء الدستوري بوصفه حامياً لنصوص الدستور والملاذ الأمين للسلطات ومراقباً لها والذي يقع على عاتقه مهمة منع أي تجاوز يطل سمو الدستور، باعتبار أن هذا النوع من الرقابة من مسلمات الرقابة على دستورية القوانين ولا تحتاج لنص أو إباحة ترد في الدستور.

## الهوامش

(١) السياسة التشريعية أو (القانونية) تعني مكنة تحديد هدف معين أو غاية معينة يراد تحقيقها بعد دراسة الواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وتحديد ما يراد تبديله أو تغييره أو تنظيمه بواسطة القانون، ينظر: د. منذر الشاوي- دولة القانون- مكتبة الذاكرة- ط ١-٢٠١٣، كذلك ينظر: د. حسن علي الذنون- فلسفة القانون- مكتبة السنهوري- دون سنة طبع- بغداد، بيروت، وحول ماهية السياسة التشريعية كتجسيد لفكرة قانونية ومبادئ السياسة التشريعية وأطرها العامة ينظر: د. زانا رؤوف جمعة كريم- السياسة التشريعية في العراق- دراسة تطبيقية في التشريعات الدستورية- ط ١- دار ستروم للطباعة والنشر- السليمانية- ٢٠١٢.

(٢) <https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php> حسب الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الاتحادية

العليا في العراق.

، نقلا عن: د: عز الدين المحمدي: الرقابة على دستورية القوانين (المحكمة الاتحادية العليا في العراق نموذجاً)، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٢١.

(٣) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة (٢٠ / اتحادية / إعلام / ٢٠١٤) في ٢٠١٤/٧/١٣ وأنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ١٥٢ / اتحادية / إعلام / ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٨/١٢.

مع الملاحظة. إنه جميع القرارات المشار إليهم أعلاه منشورة على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا <https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php>

(٤) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة (٨٤ / اتحادية / إعلام / ٢٠١٥) في ٢٠١٦/٦/٢٢.

(٥) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٥٢ / اتحادية / إعلام / ٢٠١٦) في ٢٠١٦/١٠/١٠.

(٦) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٢٠ اتحادية / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٥/٢٠.

(٧) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٢ / اتحادية / ٢٠٠٨، في ٢٠٠٨/٣/١٠.

(٨) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٣٣ / اتحادية / ٢٠٠٩، في ٢٠٠٩/٨/١١.

(٩) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٣ / اتحادية / ٢٠٠٨، في ٢٠٠٨/٣/١٠.

(١٠) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٣٠ / اتحادية / ٢٠٠٩، في ٢٠٠٩/٥/٤.

(١١) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٧٨ / اتحادية / ٢٠٠٩، في ٢٠١٠/٣/٣.

(١٢) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٤٠ / اتحادية / ٢٠١٠، في ٢٠١٠/٦/١٤.

(١٣) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٦٢ / اتحادية / ٢٠١٠، في ٢٠١٠/١١/٢٢.

- (١٤) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ١ / اتحادية / ٢٠٠٨، في ١٠/٣/٢٠٠٨.
- (١٥) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٤ / اتحادية / ٢٠٠٨، في ١٩/٥/٢٠٠٨.
- (١٦) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٩١ / اتحادية / ٢٠١٠، في ٢٢/٢/٢٠١١.
- (١٧) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٢٤ / اتحادية / ٢٠١٥، في ٤/٥/٢٠١٥.
- (١٨) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٤٨ / اتحادية / ٢٠١٥، في ١٠/٨/٢٠١٥.
- (١٩) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٣٨ / اتحادية / ٢٠١٧، في ١٣/٦/٢٠١٧، ٤٠/٦/٢٠١٨، اتحادية / ٢٠١٨، في ١١/٦/٢٠١٨، ١٠٥/٦/٢٠١٨، ١٦/١٢/٢٠١٨، ١٦/١٢/٢٠١٨، اتحادية / ٢٠١٩، ١٠/٤/٢٠١٩، ٧٤/٤/٢٠١٩، اتحادية / ٢٠١٩، في ١٧/١٢/٢٠١٩.
- (٢٠) ٤٢ / اتحادية / ٢٠١٨، في ٣٠/٤/٢٠١٨. أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٢٠١٩/٣/١١، في ١١/٣/٢٠١٩.
- (٢١) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٢٣٠ / اتحادية / ٢٠١٨، في ١١/٣/٢٠١٩.
- (٢٢) أنظر قرار المرقم ٤٣ / اتحادية / ٢٠٢١ في ٢٢/٢/٢٠٢١ الحكم بعدم دستورية الفقرات (ب) ود (هو) من البند (ثانية) من المادة (١٣) من قانون الانتخابات رقم (٩) لسنة ٢٠٢٠ وإلغائها اعتباراً من تاريخ صدور هذا القرار والعدول عن قرارها السابق بالعدد (٤٥ / اتحادية / ٢٠٢٠) الخاص بمقعد المكون الكورد الفيليين، والحكم بعدم دستورية المادة (١٣) أولاً) من قانون أصول محاكمات قوى الأمن الداخلي رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٨ بموجب قرارها العدد ١١٥ / اتحادية / ٢٠١٧ في ٢٤/١٠/٢٠١٧ بينما كانت قد قضت بدستورية تلك المادة بموجب ثلاثة قرارات كانت قد أصدرتها، حيث قضت في القرار الأول العدد ٣٣ / اتحادية / ٢٠١٣ في ٦/٥/٢٠١٣ وكذلك قرارها العدد ٥٩ / اتحادية / ٢٠١٤ في ١٦/٦/٢٠١٤ ثم قرارها العدد ٦٢ / اتحادية / ٢٠١٦ في ٢٨/٨/٢٠١٦. وأخيراً قرارها المرقم ٩٠ / اتحادية / ٢٠١٩، في ٢٨/٤/٢٠٢١.
- (٢٣) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٢١٣ / اتحادية / ٢٠٢١، في ٩/٢/٢٠٢٢، والقاضي بالتصدي لأحكام المادة ٢٤ / ثالثاً، من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٢١ / لسنة ٢٠١٣ المعدل، بدلاً من المادة ١٥ / أولاً المطعون بدستوريتها.
- (٢٤) سالم روضان الموسوي: دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي، بحث منشور على موقع <https://www.hjc.iq/index-mob.php>. السلطة القضائية الإلكتروني:
- (٢٥) ينظر إلى: د. هشام محمد فوزي، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر مع تحليل الأحكام الدستورية في البلدين دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ٢٠٠٧.
- (٢٦) وتعددت التعريفات الفقهية التي تعرضت لمفهوم السلطة التقديرية، وأهم تلك التعريفات الآتي: ذهب جانب من الفقه بأنها حرية المفاضلة بين البدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه، دون أن يفرض الدستور على المشرع طريقاً بذاته يجب عليه أتباعه، أو توجيهاً محدداً يتعين عليه التزامه، بينما عرفها جانب آخر بأنها المفاضلة والموازنة بين بدائل مختلفة وأغراض متعددة يقرها الدستور،

والتي تتزاحم فيما بينها التنظيم موضوع معين؛ توطئة لاختيار أقلها تقييدا الحرية وأقربها اتصالا بالأغراض التي يراد تحقيقها، وعرفها جانب ثالث بأنها حرية المشرع في المفاضلة بين عديد من البدائل والخيارات دون أن يفرض عليه التزام طريق معين أو خيار بذاته ما دامت كل تلك البدائل والخيارات تدخل ضمن الإطار الذي رسمه الدستور راجع: د. خالد سيد محمد حماد: حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية "دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣، د. رمزي طه الشاعر: رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار التيسير للطباعة والنشر، ٢٠٠٤، د/ عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، د. ماهر عبد الواحد: القضاء الدستوري المصري وأثره على المجتمع، مجلة الدستورية، عدد خاص ٢٠٠٩. د/ يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠١١.

(٢٧) تنقسم الوثائق الدستورية من حيث تحديد الاختصاص لقسمين، القسم الأول يجعل اختصاص السلطة التشريعية هو الأصل ويحدد اختصاص السلطة التنفيذية علي سبيل الحصر كما هو حال أغلب الوثائق الدستورية في العالم، والقسم الثاني يجعل اختصاص السلطة التنفيذية هو الأصل ويحدد اختصاصات السلطة التشريعية بموضوعات على سبيل الحصر ومن أمثلة هذا النوع الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٩٥٨ ومن سار على نهجه من دساتير الدول العربية كالدستور المغربي؛ لمزيد من التفاصيل راجع د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية منشورات جامعة الكويت، سنة، ٢٠٠٠.

(٢٨) ينظر: د. محمد باهي أبو يونس- القضاء الدستوري- دار الجامعة الجديدة- ٢٠١٤.

(٢٩) د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر.

(٣٠) د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة.

(٣١) راجع: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، د. حسن شلبي يوسف، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في النظامين الإنجليزي والأمريكي بالمقارنة بالنظام المصري، التفتيش والضبط، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٢.

(٣٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية)، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٠.

(٣٣) ويقصد بالخيار التشريعي هو السلطة التي تتمتع بها السلطة التشريعية المختصة بتشريع القوانين بمعنى حرية الاختيار الممنوحة لها في ممارسة اختصاصها التشريعي وهو يماثل "السلطة التقديرية" للمشرع لأن مهمة المشرع اختيار أفضل الحلول المتاحة لمعالجة مشكلة ما بموجب نص قانوني ونشاهد عمل مجلس النواب التشريعي أنه يضع أكثر من مقترح كنص قانوني لكل مادة من مواد القانون ويصوت عليها والمقترح الذي يحظى بالقبول يكون هو النص المعتمدة لأن أعضاء مجلس النواب اختاروا هذا النص بحكم خياراتهم التشريعية في اعتماد أي النصوص المتاحة أمامهم مصطلح الخيار التشريعي حيث عرفها بعض المختصين بالقانون الدستوري بأنها حرية الاختيار الممنوحة للسلطة التشريعية في ممارسة اختصاصها

بقسط من حرية التقدير عند ممارستها لذلك الاختصاص التشريعي كما أن "الخيار التشريعي" هو صورة من صور السلطة التقديرية إلا أنه يمتاز بكونه يمثل خيارات متاحة لحلول وبدائل عدة تطرح أمام المشرع إلا أن هذه الخيارات لا بد وإن تكون ابتداء من ضمن سلطة المشرع التقديرية فإذا كان المشرع لا يملك سلطة تقديرية إلا أنه يملك عدة حلول وبدائل لمعالجة موضوع معين، القاضي سالم روضان الموسوي، دراسات في القضاء الدستوري العراقي منشورات مكتبة صباح، بغداد، طبعة ٢٠١٩.

(٣٤) أنظر قرارات المحكمة الاتحادية العليا بهذا الصدد، والمرقمة ٣٥/ اتحادية/ ٢٠١٢ في ٢٠١٨/٢/١٨، ١٢١/٢/١٨، ٢٠١٢/ اتحادية/ ٢٠١٣ في ٢٠١٤/٥/٥، و ٧٤/ اتحادية/ ٢٠١٥ في ٢٠١٥/١١/١٧، و ٦٧/ اتحادية/ ٢٠١٦ في ٢٠١٦/١١/٨، و ١٩/ اتحادية/ ٢٠١٧ في ٢٠١٧/٤/١١، و ٨١/ اتحادية/ ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٨/٣، و ٨٨/ اتحادية/ ٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٢/١٤.

(٣٥) أنظر في ذات المعنى: د. ثروت عبد العال أحمد: "حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية"، دون ناشر، عام ١٩٩٩.

(٣٦) عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، دون مكان طبع، ١٩٨٨، وأنظر كذلك، سامر عبد الحميد محمد العوضي، أوجه عدم دستورية القوانين في النظام الأمريكي والمصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٨.

(٣٧) هنري روسيون، ترجمة محمد وطفا، المجلس الدستوري.

(٣٨) عبد العزيز محمد سليمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية. وأنظر كذلك د- عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، - رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري- دار النهضة العربية- ط ٢- ٢٠١٦.

(٣٩) راجع ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ١٧/ اتحادية/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٦/١.

(٤٠) لمزيد من التفاصيل راجع ما سبق توضيحه عن هذا الموضوع، ص ٢١٥ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٤١) أنظر: نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة مجال ممدود وحول محدود.

(٤٢) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ١٧/ اتحادية/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٦/١.

(٤٣) أنظر ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٥٩/ اتحادية/ ٢٠٢٢، في ٢٠٢٢/٢/١٥.

(٤٤) تعني: توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي صدر فيها. وفي مجال التشريعات تعني الملاءمة: توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها. أو تعني التصرف الحر الذي تتمتع الهيئة العامة في شأنه بحرية الاختيار بين البدائل المتاحة أمامها، وحرية اختيار الوقت المناسب للتدخل د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، كذلك د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٦.

- (٤٥) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٥ / اتحادية / ٢٠٢٠، في ٢٦/٥/٢٠٢١.
- (٤٦) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٦٥ / اتحادية / تمييزية / في ١٢/٣/٢٠١٣.
- (٤٧) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٩ / اتحادية / ٢٠١٥، في ٤/٥/٢٠١٥.
- (٤٨) نقلا عن د. إقبال عبد الله أمين، دور المحكمة الاتحادية العليا في حماية الحقوق والحريات، دار المسلة للطباعة والنشر والتوزيع/ بغداد/ شارع المتنبى، الطبعة الأولى، ٢٠٢١.
- (٤٩) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٤٨ / اتحادية / ٢٠١٩ في ٣١/٧/٢٠١٩.
- (٥٠) أنظر المحكمة الاتحادية العليا العدد ٣٢ / اتحادية / ٢٠٢٠ في ٢٥/٤/٢٠٢١.
- (٥٢) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٧١ / اتحادية / ٢٠٢١ في ١٣/٦/٢٠٢١.
- (٥٣) لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع ما سبق توضيحه، ص ١٤٢، من هذه الرسالة.
- (٥٤) هي وضع دستوري، يقوم على توزيع الوظائف التشريعية والتنفيذية والقضائية في الدولة بين الحكومة الاتحادية المركزية في العاصمة، وبين حكومات الولايات أو الأقاليم ويعرف هذا النظام من الناحية الدستورية بنظام الاتحاد المركزي وتكون الدول التي تأخذ به دول مركبة مثل الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا أو الإمارات العربية المتحدة، وهذا النوع من اللامركزية يناسب الدول الكبيرة الحجم التي تتعدد فيها القوميات واللغات، ورديفها اللامركزية الإدارية أي وضع يتضمن توزيعات للاختصاصات الإدارية بين السلطة الإدارية المركزية وبين هيئات مستقلة إقليمياً أو مرفقياً المحافظات والأقضية والنواحي والفرق الأساس والجوهري بين النظام الفدرالي واللامركزي الإداري يتمثل في أن اللامركزي في الدولة الفيدرالية هي اللامركزية من طبيعة سياسية وليست من طبيعة إدارية والولايات في الدولة الفيدرالية تستمد اختصاصها من الدستور الاتحادي نفسه ولكل ولاية دستورها الخاص وسلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية الخاصة بها إما في اللامركزية الإدارية في الوحدات المحلية ليس لها أي قدر من السيادة بالمعنى الدقيق إذ ليس لها دستور وليس لها سلطات عامة سيادية تشريعية وتنفيذية وقضائية اختصاصاتها محدودة تنحصر في مباشرة جزء من الوظيفة الإدارية وليس لها وظيفة تشريعية أو قضائية ولذلك في اختصاصاتها لا يحددها الدستور عادتاً وإنما التشريع الاعتيادي الذي يجوز تعديله في كل وقت من دون أن تستطيع هذه الوحدات الاحتجاج بأي حق مكتسب، لمزيد من التفاصيل راجع: مها بهجت يونس: توزيع الاختصاصات بين السلطة الاتحادية وبين الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في دستور ٢٠٠٥، مجلة دراسات قانونية (مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية) في بيت الحكمة - بغداد العدد ٢٨ لسنة ٢٠١١، د. محمد صلاح عبد البديع السيد، نظام الإدارة المحلية في مصر بين النظرية والتطبيق، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- (٥٥) للمزيد من التفاصيل أنظر بحث أحمد غراب - ضرورة التمييز بين مصطلحي الاختصاص والسلطة في المجال القانوني - المنشور في مجلة العلوم الاجتماعية والسياسية الصادر عن جامعة باتنة الجزائر - العدد ٣٧ لسنة ٢٠١٧. نقلا عن القاضي سالم روضان الموسوي، التفسير اللفظي والاستنتاج من مفهوم النص الدستوري في ضوء قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ٦١ / اتحادية / ٢٠١٧، في

٢٠١٨/٥/٦، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الثاني، لسنة ٢٠١٨.

(٥٦) أنظر: د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

(٥٧) من ذلك ما تنص عليه المادة (٢٨٦-٢٨٧) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، والتي تنص: يجوز مخاصمة القضاة في حال "إذا امتنع القاضي عن إحقاق الحق، ويعتبر من هذا القبيل إن يرفض بغير عذر الإجابة على عريضة قدمت له أو يؤخر ما يقتضيه بشأنها دون مبرر أو يمتنع عن رؤية دعوى مهياً للمرافعة وإصدار القرار فيها بعد أن حان دورها دون عذر مقبول كما تنص المادة (٧/ثانياً/هـ) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة" ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار من الواجب عليها اتخاذها وفقاً للقوانين والأنظمة، كما تنص المادة (٧/سابعاً/أ) "يعتبر مضيء ثلاثين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضة وفي حالة سكوت الإدارة راجع د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، الطبعة الثالثة ٢٠١١، المكتبة القانونية، بغداد، ينظر أيضاً د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.

(٥٨) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ١٦١/اتحادية/ ٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٢/٢١.

(٥٩) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٣٠/اتحادية/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٦/٣٠.

(٦٠) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٤/اتحادية/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٦/٢٠.

(٦١) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٢٦/اتحادية/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٦/٨.

(٦٢) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٥/اتحادية/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٥/٢٦.

(٦٣) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة (٤١/اتحادية/إعلام/ ٢٠١٧) في ٢٠١٧/٦/١٣ منشوراً في الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا، بخصوص امتناع البرلمان العراقي إلى الآن عن إصدار قانون ينظم الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء استناداً لأحكام المادة (٦١/سادساً) و (٩٣/سادساً) من دستور ٢٠٠٥ في قضية المرقمة (٤١/اتحادية/إعلام/ ٢٠١٧) في ٢٠١٧/٦/١٣.

(٦٤) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٦٥/اتحادية/إعلام/ ٢٠١٧ في ٢٠١٧/٨/٣.

(٦٥) ينظر: د. عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة دار النهضة العربية ٢٠٠٣.

(٦٦) ينظر: إيناس كمال كامل، حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠١٦.

- (٦٧) يعد الدستور البرتغالي الصادر عام (١٩٧٦) من الدساتير التي أقرت صراحة رقابة التنظيم التشريعي المنقوص وعدته عيبا دستورية يحرك الرقابة عليه ووجها للطعن فيه وقد نصت المادة (٢٨٣) من الدستور البرتغالي صراحة على هذا النوع من الرقابة، ينظر: إيناس كمال كامل حدود....
- (٦٨) منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٧٩) في ١٠ / ٧ / ٢٠٠٣.
- (٦٩) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٢٣ / اتحادية / ٢٠٢٠ في ٣٠ / ١١ / ٢٠٢١.
- (٧٠) والتي نصت على "أن لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء على قانون على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية".
- (٧١) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة (٢٠ / اتحادية / ٢٠١٢) في ٥ / ٢٠ / ٢٠١٢.
- (٧٢) للاطلاع على قرار المحكمة الاتحادية العليا بالرقم ٥٩ / اتحادية / ٢٠١١، في ٢١ / ١١ / ٢٠١١، وغيره من القرارات <https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php> على الموقع الإلكتروني التالي:
- (٧٣) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة ٥٢ / اتحادية / أعلام / ٢٠١٦ في ١٠ / ١٠ / ٢٠١٦.
- (٧٤) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٨٤ / اتحادية / إعلام / ٢٠١٥، في ٢٢ / ٦ / ٢٠١٦.
- (٧٥) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا بجلستها بتاريخ ٢٦ / ٥ / ٢٠٠٩، المرقم ١٠ / اتحادية / ٢٠٠٩.
- (٧٦) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة (٤٢ / اتحادية / ٢٠١١) في ٢٢ / ٨ / ٢٠١١.
- (٧٧) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦ / اتحادية / ٢٠١٠) في ٣ / ٣ / ٢٠١٠.
- (٧٨) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية المرقمة (٢٠ / اتحادية / إعلام / ٢٠١٤) في ١٣ / ٧ / ٢٠١٤.
- (٧٩) ينظر: القاضي سالم روضان الموسوي- دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي
- (٨٠) أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٤٣ / اتحادية / ٢٠٢١ في ٢٢ / ٢ / ٢٠٢١.
- (٨١) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ١٦١ / اتحادية / ٢٠٢١ في ٢١ / ٢ / ٢٠٢٢.
- (٨٢) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ١٦١ / اتحادية / ٢٠٢١ في ٢١ / ٢ / ٢٠٢٢.
- (٨٣) ينظر: د عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا.