مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (١٠)

النشاط القضائي
(دراسة دستورية مقارنة)

أ.م.د.محمد عزت فاضل
جامعة الموصل-كلية الحقوق

المستخلص

يعني النشاط القضائي تفسير النصوص الدستورية على وفق اعتبارات سياسية او واقعية. ويعد هذا النشاط كمراجعة للدستور من خلال تفسيره بشكل يواكب تغير الزمن, والرقابة القضائية الدستورية تبقى ضرورية لحفظ علوية الدستور.

يظهر النشاط عادةً في الدساتير الجامدة والفيدرالية التي لم تأتي بأحكام تفصيلية لتنظيم السلطة او في الدساتير المفصلة ولكنها لم تأتي بأحكام واضحة او كانت واضحة في فترة وظروف معينة ثم تغيرت تلك الظروف. وان تغليب المصلحة العامة يتطلب الابقاء على الرقابة القضائية الدستورية.

ان للنشاط القضائي مجال واسع في قضاء المحكمة العليا الامريكية, بينما يكون تأثير النشاط في العراق محدوداً, ان الحد من النشاط القضائي يعتمد على اسلوب تكوين القضاء الدستوري وطريقة تعديل الدستور.

Abstract

The judicial activity means interpretation of constitutional provisions according to political considerations or realistic. this activity is as review for the Constitution To keep up with changing times, and the constitutional judicial oversight is Necessary to keep The supremacy of the Constitution.

Judicial activity appears in rigid and federal constitutions that did not come up with detailed provisions for the organization of power, or in The detailed constitutions but it did not come with clear provisions or, it were clear within certain period and circumstances, then those circumstances changed. the public interest requires the maintenance of constitutional judicial oversight.

The judicial activity has a wide range in the Action of the US Supreme Court, While the activity effect in Iraq is limited. And that the reduction of judicial activity depends on the style of the composition of the constitutional judiciary and Constitutional Amendment.

المقدمة

لا خلاف ان السلطة القضائية انما هي سلطة تختص بالفصل في الدعاوى على وفق القانون, ولما يعتمد ايجاد التكييف القانوني على فهم الواقعة وفهم القانون وانطباق احداهما على الاخر فان ذلك تولد عنه وجود دور ايجابي للقاضي, ولا سيما في تفسير النصوص الدستورية لدرجة عدم التقيد بالظروف التي وضع فيها الدستور, الامر الذي عبر عنه الفقه باصطلاح (النشاط القضائي). مما دفع الباحث الى اختياره موضوعاً للبحث.

وتبدو مشكلة البحث في عدم وجود اتفاق لدى الفقه والقضاء لما يجب ان يكون عليه الاختصاص القضائي في ممارسة رقابة الدستورية عند إعمال القضاء للقانون.

وان اهمية الدراسة يراد منها تعزيز ليس حماية سيادة القانون فحسب, بل تعزيز الثقة العامة بأحكام القضاء الدستوري وبالتالي حماية الاستقرار في البلاد.

ويهدف البحث الى ازالة الغموض حول المهام التي يجب ان يمارسها القضاء عند تطبيق نصوص الدستور وعلاقة ذلك بمبدأ الفصل بين السلطات, وتحديد الاسلوب الملائم للحد من تمادي النشاط القضائي.

بينما تفرض الاشكالية العلمية الإجابة على عدة تساؤلات هي: ما اساس النشاط القضائي؟ وما هي مجالاته الدستورية؟ وما مدى قانونية اللجوء اليه؟ وما قدرة السلطة السياسية على الحد من النشاط القضائي؟

وتقوم فرضية البحث على ان هناك علاقة طردية بين النشاط القضائي وقدرة الدستور الى مواكبة الارادة العامة, فكلما كانت الاخيرة ضعيفة كان النشاط المذكور موسعاً للتفسير وقد يصل الى درجة انشاء قواعد جديدة.

وتم بحث الموضوع على وفق دراسة دستورية مقارنة في نطاق كل من دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة ١٧٨٧, ودستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥, وما اعقب ذلك من اتجاهات قضائية للمحاكم الدستورية. وتم إعتماد منهج تحليلي يقوم على دراسة ما جاء به الفقه من آراء وتوجهات. وما جاء به القضاء من قرارات, إذ تم المزج بين المنهجين الاستقرائي, والاستنباطي.

وجمعت بيانات البحث على وفق نمط المُلاحظة العلمية لمختلف الدراسات التي تناولت عينة الدراسة.

وتم تقسيم دراسة الموضوع الى ثلاث مباحث: تناول الأول مفهوم النشاط القضائي, في حين بحث الثاني ذلك النشاط في التطبيقات, بينما درس الثالث قدرة السلطة السياسية على الحد من النشاط القضائي. ومن ثم نكشف عن الإستنتاجات والتوصيات في ختام البحث.

المبحث الاول
مفهوم النشاط القضائي

يعني الحديث عن وظيفة القضاء اختصاصه بالفصل في المنازعات مهما كان منشؤها وأطرافها وفق القانون, فيكون للقاضي سلطة تفسير القانون وتطبيقه على الواقعة المعروضة امامه. وكثيراً ما تتأثر وظيفة القاضي الدستوري في مجال الفصل في رقابة دستورية القوانين بالمتغيرات العامة, والتي تدفعه الى تفسير الدستور وفق اطار معين. ولا سيما حينما توجد ثغرات في القوانين, مما يستلزم البحث في مفهوم النشاط القضائي الذي قد يمارسه القاضي من حيث تأصيله وعلاقته بالتفسير كمطلب اول, ثم مجال تأثيره الذي يتصور فيه كمطلب ثاني, فضلاً عن تحديد شرعية النشاط القضائي من حيث جواز الأخذ به من عدمه في المطلب الثالث, مما سنتناول بحثه في المطالب الاتية:

المطلب الاول: التأصيل الفكري للنشاط القضائي وعلاقته بالتفسير

من غير الممكن بحث مجال النشاط القضائي ومدى مشروعيته ما لم يتم التعرف على معناه واساس ظهوره للغرض الاحاطة به بشكل وافٍ. وفيما يأتي سندرس تأصيل النشاط القضائي كفرع اول واساس ظهوره كفرع ثاني وعلى النحو الاتي:

الفرع الاول: التأصيل الفكري للنشاط القضائي

ارتبط اصطلاح النشاط القضائي بفكرة التشريع القضائي في القرنين السابع والثامن عشر في انكلترا حيث كان يشير الى «نمو القانون في أيدي القضاة» عندما بدأت المحاكم تأخذ نفوذ دور المشرعين مع القانون العام, إذ وجد الفيلسوف الانكليزي جيريمي بنثام Jeremy Bentham (١٧٤٨ – ١٨٣٢(ان التشريع القضائي أخذ يعبر عن حالة عدم الاحترام لأنه من غير الحكمة صنع القاضي للقانون, ونشر الفيلسوف الانكليزي جون أوستن John Austin(١٧٩٠–١٨٥٩) كتاباً بعنوان» محافظة الفقه المحدد» اشار فيه الى ان تدخل القضاة ضروري للتعويض عن الإهمال وعجز المشرع المعلن في القانون, ثم اتجهت بعض آراء القضاة والفقه في أستراليا والولايات المتحدة في عام ١٨٣٣ الى بحث التشريع القضائي[١].

وقد اوجد تزايد ذلك الدور الايجابي للقاضي تعبير (النشاط القضائي) الذي استخدمه الأستاذ الأمريكي آرثر شليسنجرى Arthur Hleysingery لأول مرة عام ١٩٤٧ في مقالته «المحكمة العليا»[٢]. واشار فيه الى أحكام القضاء المشكوك في أنها اتخذت بناءً على اعتبارات شخصية أو سياسية, او ما يعبر عنها باصطلاح «حكومة القضاة» والذي يرجع الى الفقيه الفرنسي إدوارد لامبرت Edward Lambert في

(1) Ahmed Oudah Al-Dulaimi, From Negative to Positive Legislator? Response to) Unconstitutional Legislative Omission As a Case Study in the Changing Roles of Constitutional Courts,PhD Doctorate, School of Govt & Int Relations, Griffith Business School, Griffith University, Australia,August 2018, pp.53 ,44.

(2) op.cit, p.51.

كتابه «حكومة القضاة والكفاح ضد التشريعات الاجتماعية في الولايات المتحدة» عام ١٩٢١، والذي عرفه بانه «أنه في إطار تحقيق هدف سياسي، يمكن للقاضي أن يضع تفسيره الخاص للنص القانوني»، حيث أن قضية ماربوري ضد ماديسون Marbury v. Madison في فبراير ١٨٠٣، المرفوعة امام المحكمة العليا الأمريكية, كانت مثالاً نموذجياً على اتساع دور القضاء, وجاء فيها أن «للمحكمة العليا سلطة إلغاء القوانين التي تراها معارضة للقانون»، مما أثار خلافاً بين المحكمة العليا والرئيس الأمريكي آنذاك توماس جيفرسون Thomas Jefferson, وقد بررت المحكمة رقابتها بوجود الحاجة إلى سلطة قضائية تفصل في الخلافات السياسية الحادة التي كانت الولايات المتحدة الأمريكية تشهدها في ذلك الوقت، وهى خلافات تنشأ عادةً في الفترات الانتقالية، وتكون فيها مؤسسات الدولة غير مكتملة(٣).

برزت فكرة النشاط في الولايات المُتحدة الأمريكية بشكل واضح بسبب نمو الرأسمالية الامريكية وصراعهم مع العمال المستغلين ممن اخذوا يطالبون برفع الغبن عنهم حتى وجد الرأسماليون حليفاً لهم في المحكمة العليا لم يجدوه في المشرع العادي، إذ تمسكت المحكمة بمبادئ اقتصاد السوق الحر لحماية النظام الفردي، وقد لخص الأستاذ الفرنسي روجيه بنتو Roger Pinto ذلك بقوله «أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين... تتضمن الممارسة الحقيقية للسلطة السياسية تحت ستار التطبيق المتزن والموضوعي للقانون ...»(٤).

وقد اختلف الفقه حول تعريف النشاط القضائي فعرّفه جريج جونز Greg Jones بأنه «أي مناسبة تتدخل فيها المحكمة لتفرض حلاً قضائياً على قضية خاضعة لها وسابقاً لها القرار السياسي», وعرفه جراجليا Garaglia بأنه «أداة لصنع السياسة في يد المحاكم الدستورية», ووصف البروفيسور جريج كرافن Greg Craven النشاط القضائي بأنه «تقدمي» وعرفه بأنه «منهج للتفسير الدستوري يفترض الأسمى مما يجب أن تفسر المحكمة الوثيقة التأسيسية على أنها تحديث مستمر لها بما يتماشى مع التوقعات المجتمعية والاجتماعية المتصورة»(٥).

ونلاحظ على التعريفان الاول والثاني انهما مقتضبان إذ يحددان وصفاً لما يكون عليه النشاط, بخلاف التعريف الاخير الذي يربطه بمكنات التفسير والواقع المتغير في فهم كل من الواقعة والقانون.

---

(٣) مي سمير, حكومة القضاة, مقال منشور بتاريخ ٢٠١٢/١/٨ على موقع جريدة الفجر الالكتروني الاتي: www. akhbarak.net. إذ ذهب جون مارشال John Marshall رئيس المحكمة العليا عام ١٨٠٣ في قضية ماربوري ضد ماديسون الى ان الدستور هو القانون الأسمى وغير قابل للطعن، وهو اعلى مستوى من القوانين التشريعية العادية، وليس هناك قانون عندما يتعارض مع الدستور, ويتعين على المحاكم الحفاظ على الدستور.

See; Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, The Changing constitution, Third Edition, oxford university prell, 1994, p.82.

(٤) د. منذر الشاوي، الانسان والعدالة، ط١، دار الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١٦، ص ٣٣٢.

(5) Ahmed Al-Dulaimi, op.cit, pp.52,53.

كلية القانون و العلوم السياسية

الفرع الثاني: علاقة النشاط القضائي بمنهج التفسير

ارتبط ظهور النشاط القضائي بالأسلوب المتبع في تفسير القاعدة الدستورية. إذ هناك اكثر من منهج يتبع في التفسير, من ذلك المنهج اللفظي والذي يراد منه الوصول الى إرادة المشرع الدستوري من خلال تحليل النص وعباراته وتجزئتها ليسهل فهمها، وهناك منهج البحث عن الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري من خلال اللجوء الى القياس إذا لم يوجد نص صريح يعالج الموضوع, وكذلك اللجوء الى أصول المنطق لاستخلاص المبادئ الدستورية الضمنية في إطار الدستور من دون التقيد بحرفية النصوص؛ كي يمكن استيعاب الظروف الجديدة، وهناك منهج الكيان الذاتي للنصوص والذي ينظر إليها كوحدة متكاملة تفسر بعضها البعض بالنظر الى كمالها وثباتها، والتي تمنع الجهة المُفسرة من التمادي الى درجة تعديل النصوص، وكذلك منهج التفسير المتطور للنصوص الذي يفسر النصوص في ضوء الظروف المحيطة, أي وفقاً للمستجدات والتطورات التي لحقت جوانب الحياة وهو ما ذهب إليه غالبية الفقه والقضاء الدستوري المقارن(٦). ومما يساعد في ذلك أن النصوص قد تحمل معاني مختلفة أو قد تكون غامضة أو قد تحتوي على ثغرات فيعمد القاضي إلى تفسيرها بحرية أكبر(٧).

ومن ثم يوصف القاضي الدستوري بانه قاضٍ خاص بالنظر الى دوره الايجابي في معالجة مشكلات النقص والغموض في النصوص الدستورية, ويستهدف من وراء ذلك اعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية في ظل المصلحة العليا للبلاد بما يساعد على احتواء الفجوات الواقعية بين النص وتطور الواقع السياسي(٨).

لذا فالفقه يجد أن المحكمة الدستورية في تفسيرها للنصوص قد لا يسعفها التفسير اللغوي لمفردات النص، فتستجلي قصد المشرع الدستوري الذي يؤدي الى اتساع دور القاضي في التفسير للبحث عن النية الاحتمالية للمشرع من دون التقيد بالظروف التي وضع فيها الدستور، او التعرف على الواقع ومقتضياته وفرض ما هو واجب في شأن هذا الواقع, فيفرض القاضي على هذا الواقع ما يمليه عقله من مثل عليا وغايات ومرامٍ وما يستلهمه من مبادئ المجتمع الذي يعيش فيه، وهي أمور نسبية(٩). ويجد كينيث إم هولاند Kenneth M Holland ان النشاط القضائي يظهر عندما لا تقتصر المحاكم عليه الفصل في الصراع القانوني ولكن المغامرة بالاهتمام بالسياسات الاجتماعية التي تؤثر في عدد الأشخاص تكون أكثر بكثير مما لو كانوا مقتصرين على حل الخلافات الضيقة(١٠).

إذ تتحول الرقابة القضائية عند التفسير من مسألة قانونية الى نشاط سياسي

(٦) عيد احمد الحسبان, النظام القانوني لتفسير النصوص الدستورية في الأنظمة الدستورية, (دراسة مقارنة), مجلة الحقوق, كلية الحقوق – جامعة البحرين, ع٨, ٢٠٠٧, ص٩٥, ٩٩, ١٠٠, ١٠٥ .

(٧) د. محمد طي, القانون الدستوري والمؤسسات السياسية, ط٦, ب.م, ٢٠٠٩, ص٢١٢ .

(٨) د.محمد فوزي نويجي, التفسير المنشئ للقاضي الدستوري دراسة مقارنة, ط١, دار النهضة العربية, القاهرة ٢٠٠٨, ص ٤, ١٨, ١٩.

(٩) شفيق امام, حكومة القضاة, مقال منشور بتاريخ ٢٠١٣/٦/١٦ على موقع الجريدة الالكتروني الاتي:
www.aljarida.com

(10) Ahmed Oudah Al-Dulaimi, op.cit, p.52.

عند تدخل القاضي في تقدير ملائمة القانون للصالح العام ولظروف البيئة الإجتماعية والإقتصادية والسياسية, أي سيعتنق القاضي عند ممارسة نشاطه افكاره ومعتقداته في تحليل القانون, مما يحوله الى نشاط سياسي على حد قول جورج بيردو George Perdue, إذ سيجد القاضي نفسه مضطراً بالبحث عن نوايا واضعي الدستور والقانون العادي(١١). إذ لما كانت النصوص مجردة فان واضعيها قد يصعب عليهم تحقيق الملائمة الكافية بين الفكر ووسيلة التعبير عنه, مما يسمح للقاضي بالاجتهاد لإزالة الغموض من خلال نشاطه التفسيري(١٢).

مع العلم ان نشاط القضاء يرتبط بطبيعة الثغرات القانونية فلو كانت الثغرات منطقية(صياغية) عندها يجوز للمحكمة وضع معيار قانوني معمول به لاتباع المنطق الخالص في احتواء النقص, وكذلك الثغرات البديلة عندما يوجد القانون أكثر من قاعدة واحدة قابلة للتطبيق ، ولكن لا يعطي أي إشارة إلى أي منها يحكم الحالة(١٣).

هذا ويجب تمييز النشاط القضائي عن العمل القضائي فالأخير له مدلول اوسع إذ يعني كل ادعاء يحتاج الى حل قانوني يصدر عن جهة وفق إجراءات شكلية تكفل تحقق الاستقلال والنزاهة في مباشرة العمل(١٤). اي ان العمل القضائي له جانب موضوعي واجرائي, بينما النشاط القضائي فيه جانب تطبيقي يتعلق بتفسير القانون على وفق اعتبارات سياسية.

ويميل الأستاذ روجيه بنتو Roger Pinto الى ان رقابة القضاء الدستوري لا تفترض هكذا تمييز؛ لأنها تتضمن الممارسة الحقيقية للسلطة السياسية تحت شعار التطبيق المتزن والموضوعي للقانون، مما يصعب سمو حكومة القانون على حساب حكومة الأشخاص(١٥). ويجد الباحث ان اعمال مبدأ خضوع القضاء للقانون ممكن حينما يكون الاخير محيطاً بكل شيء, ولكن عند وجود اغفال او غموض فذلك يفترض مساهمة ايجابية في تطبيق القانون.

مما تقدم يشير النشاط القضائي الى «قيام القاضي بتفسير نصوص الدستور والقانون على اعتبارات سياسية او واقعية من دون التقيد بالظروف التي وضع فيها النص». إذ يرتبط بمشكلة التفسير الدستوري ولا سيما عند تبني منهجا المنطق والتفسير المتطور, الامر الذي يساعد في تأثير القضاة على التشريع من اجل استيعاب الواقع السياسي.

---

(١١) د.محمد رفعت عبد الوهاب, القضاء الدستوري رقابة دستورية القوانين, دار لجامعية الجديدة, القاهرة, ٢٠١٢, ص ٤٩-٥١ .

(١٢) د.محمد فوزي نويجي, المصدر السابق, ص٧, ١٤, ١٥.

(13) Sc. R. Dürr, T. Gerwien, D. Jones A. Gorey, M.-L. Wigishoff,General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence, Secretariat of the Venice Commission Council of Europe THE VENICE, Strasbourg, December 2008, p.11-10.

(١٤) د. عبد الرحمن عياد، أصول علم القضاء, مطابع معهد الإدارة العامة, المملكة العربية السعودية, ١٩٨١, ص٣٢.

(١٥) د. منذر الشاوي، تأملات في فلسفة حكم البشر، ط١، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠١٣، ص ١٨٢.

المطلب الثاني: مجال النشاط القضائي

لا تؤثر جهات القضاء المختلفة المدنية والجزائية والتجارية ونحوها في سياسة الحكم كما تؤثر جهة القضاء الدستوري وذلك بحكم طبيعة المنازعات التي يَنظرها والتي تكون بين السُلطتين التشريعية و التنفيذية, او بين الحكومة المركزية ووحدات ا لحكم المحلية. ويكون مجال تأثير النشاط القضائي الحقيقي في القضاء الدستوري عندما يكون الدستور جامداً او فيدرالياً, وكذلك عندما يكون القانون العادي يحمل قصوراً نسبياً, مما سندرسه في الفروع الثلاثة الاتية:

الفرع الاول: في الدستور الجامد

اذا كان من مقتضى هذا الدستور الا تعدل احكامه الا بإجراءات خاصة تختلف عن تلك المتبعة في القانون العادي فان ذلك يلزم فرض رقابة على دستورية القوانين لحماية السمو الشكلي.

ومن مآل تلك الرقابة عندما تكون معهودة الى القضاء ان يقوم القاضي قبل كل شيء بتفسير النص او النصوص الدستورية التي يدعى ان القانون محل الطعن يخالفها, ولما كان التفسير يمثل اجتهاد قضائي فان الرقابة لم تعد تنطوي على بحث العلاقة بين نص دستوري ونص قانون عادي, بل بين ارادة القاضي التي حلت محل النص الدستوري عند تفسيره وبين نص القانون العادي محل الطعن, بمعنى لا توجد علوية للقواعد الدستورية, بل علوية لإرادة القاضي, واذا كان النص الدستوري واضحاً فلا يكون بمنأى عن تدخل ارادة القاضي؛ لأنه قد يكون كذلك في ظل فترة وظروف معينة, ثم يصبح غامضاً بتغير تلك الظروف حتى أصبح الدستور يسمى بـ(دستور القضاة)[١٦].

ويرى د. أحمد كمال ابو المجد ان القاضي يمارس نوعاً من التشريع عندما يحتوي الدستور نصوصاً عامة وموجزة يتسع معها التفويض الممنوح له فان احسن استخدامها كان دوره مظهراً اساسياً في ضمان سيادة القانون, واذا أساء فان دوره يتحول الى هدم للحياة الديمقراطية[١٧].

الامر الذي يجعل ارادة المشرع العادي تخضع للقضاء فمن يضع القواعد القانونية لم يعد القابض على السلطة في الدولة, بل تتوقف وسيلة ممارسة هذه السلطة على ارادة هيئة القضاة, التي يعود اليها أمر البت في مصير القوانين الاعتيادية, وهكذا فانه بحلول ارادة القاضي التفسيرية ستكون هناك قواعد دستورية قضائية تحل محل القواعد الدستورية الجامدة بمرور الزمان, وذلك بخلاف ما هو متصور عند الافراد بان الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعني تغليب حكومة القانون على حكومة الاشخاص من خلال بقاء القضاء الدستوري محايداً بعيداً عن الصراعات السياسية والاقتصادية على حد قول الاستاذ الفرنسي روجيه بنتو Roger Pinto[١٨].

(١٦) د. منذر الشاوي, القانون الدستوري, ج٢: نظرية الدستور, ط٢, المكتبة القانونية للنشر والتوزيع, بغداد, ٢٠٠٧, ص٧٢-٧٦.

(١٧) د.يسري محمد العصار, دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري دراسة مقارنة, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٩, ص ٤٧, ٤٨.

(١٨) لمزيد من التفصيل ينظر: د. منذر الشاوي, القانون الدستوري, المصدر السابق, ص ٧٣- ٧٦.

ومما يوسع من النشاط القضائي وجود نزاعات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية تدفعهما نحو اللجوء الى المحكمة الدستورية لحسم الخلاف الذي احتدم بينهما[١٩].

الفرع الثاني: في الدستور الفيدرالي

تتوزع بموجب هذا الدستور سلطات الحكم التشريعية والتنفيذية والقضائية بين الحكومة المركزية وحكومات الولايات, وتكون اهمية المحكمة الدستورية كبيرة؛ لان التوازن بين تلك الحكومات وضمان قوة الاتحاد يرتبط بقوة تفسيراتها, ولا سيما امام تعقد المشاكل الفيدرالية. وقد ظهرت نظريات قضائية عدة تبحث في الدور الذي يجب ان تكون عليه المحكمة الدستورية الفيدرالية هي :[٢٠]

اولاً: نظرية مارشال: وقد نادى بها القاضي مارشال Marshal رئيس المحكمة العليا[٢١] الأمريكية خلال الفترة ١٨٠٣-١٨٣٥ وتقول أن واجب المحكمة الرئيسي هو حماية النظام الاتحادي وتقويته من خلال حفظ مبدأ سمو الاتحاد, بحيث تكون المحكمة أداة قانونية بيد الحكومة الاتحادية لإثبات سمو قراراتها وقوانينها تجاه الولايات، وقد أيدها كل من ماديسون واشنطن Madison Washington ومونروا Monroa وروزفلت Roosevelt.

ثانياً: النظرية الاتحادية المزدوجة: وقد نادى بها القاضي تآني Tani خلف مارشال في رئاسة المحكمة العليا, وترى أن المحكمة الدستورية أوجدت ليس لضمان سيادة القانون الاتحادي فحسب, بل لحماية حكومات الولايات من كل تجاوز يقع عليها من جانب الحكومة المركزية؛ لأن كلتاهما محكومتان وفق الدستور بممارسة اختصاصات معينة، مما أكده قرار المحكمة العليا بعد الحرب الأهلية عام ١٨٥٩, وقد كانت هذه النظرية مثار هجوم الرئيس روزفلت سنة ١٩٣٣ على المحكمة العليا حتى انتهى الخلاف بينهما نحو تغليب نظرية مارشال.

ثالثاً: النظرية الاتحادية التعاونية: وتجد أن العلاقة بين الحكومتين المركزية والمحلية هي علاقة تنظيمية تدرجية تهدف الى تحقيق أهداف دستورية مقررة, وأن على المحكمة الدستورية عدم التقيد بالتفسير الحرفي للدستور, بل بالمفاهيم التعاونية التي يأتي بها الأخير بما يُحقق التوفيق بين الحكومات ووفق المَصلحة المُشتركة للاتحاد.

ونميل الى تأييد النظرية المزدوجة, ولكن مع التضييق منها من خلال عدم التقيد بالتفسير الحرفي للدستور عند وجود مصالح متأرجحه بين المنفعة الخاصة والمنفعة العامة للاتحاد إذ يقع على القضاء الدستوري تغليب الاخيرة؛ لكون الاتحاد وجد لخدمة الجميع.

لكن تفسير العبارات المستخدمة يبقى مثاراً للنشاط القضائي إذ يرى د. منذر الشاوي

(١٩) شفيق امام, المصدر السابق.

(٢٠) محمد أنور عبد السلام, دراسات في النظم الاتحادية بين النظرية والتطبيق, مكتبة النهضة المصرية، ب-ت, ص٦٧-٧٠.

(٢١) تمثل المحكمة العليا قاضي القانون العام والخاص معاً من خلال ممارستها لاختصاصات متعددة كالرقابة على الاتحاد وذلك بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن توزيع الاختصاصات بين الحكومة المركزية والحكومات المحلية. ينظر: د. محمد كاظم المشهداني, النظم السياسية, دار ابن الاثير للطباعة والنشر, العراق, ٢٠٠٢, ص١٧٨ .

أنه حتى في الحالات التي تجعل الدساتير الفيدرالية سلطات الحكومة الاتحادية محددة على سبيل الحصر، بينما يترك الباقي للولايات, فإن تلك السلطات يتم تفسيرها بشكل واسع بالنظر لمرونة العبارات التي يستخدمها المشرع الدستوري, حتى أصبحت عملية توزيع الاختصاصات تعتم عليها التفسيرات ولاسيما القضائية على وجه الخصوص أكثر ما تتضمنه بالفعل(٢٢).

في حين عدّ الفقيه دايسي Daisy الحكومة الاتحادية ضعيفة أمام التوازن الفيدرالي بالنظر لخضوعها لتقدير القضاة وتفسيراتهم، لكن هذا الرأي انتقد لتعارضه مع التطبيقات السائدة في النظم الفيدرالية كالولايات المُتحدة الأمريكية وألمانيا والنمسا وأستراليا، إذ تكون الحكومة الاتحادية فاعلة في ممارسة مهامها في إطار العلاقة مع الولايات(٢٣).

في تقديرنا ان تحول المحكمة الدستورية الى حكومة قضاة لا يعتمد على التفسير فحسب, بل على اسلوب تكوينها فان كان للحكومة المركزية الاختصاص في تعيين اعضائها, فان التفسير سوف يتجه نحو تعزيز قوة الاتحاد, وان كان التعيين من خلال مشاركة الولايات فان التفسير يتجه نحو تقوية سلطة الاخيرة.

الفرع الثالث: القصور النسبي للقانون العادي

يقع على القاضي الدستوري من حيث المبدأ احترام الاستقلال التشريعي الذي يتمتع به البرلمان في سن القوانين, بحيث لا يؤدي التفسير الى المساس بالسلطة التقديرية للمشرع, بيد ان دور القاضي يبدو واضحاً عندما يحمل النص قصوراً نسبياً اي عند عدم كفاية النص للمعالجة, فيكون التفسير اما مضيفاً لحُكم لم يتناوله القانون المطعون به من أجل سد النقص الموجود فيه بشكل يجعله مطابق للدستور مما سار عليه قضاء المجلس الدستوري الفرنسي, واما ان يكون استبدالياً من خلال إحلال قاعدة صحيحة محل أخرى غير دستورية موجوده في النص التشريعي(٢٤).

ويتحقق القصور عند قيام المجلس النيابي بتنظيم حالة ما بصورة منقوصة يمكن ان يترتب عليها فراغ تنظيمي لا يتماشى مع الالتزام الدستوري بضرورة ممارسة اختصاصه على الوجه الاكمل, وهناك من يربط القصور بان يكون النقص يحد من فاعلية القانون او عدم تفعيل النص الدستوري(٢٥).

لما كانت سلطة المشرع التقديرية في رسم توقعاته واسعة, فذلك يحتمل تحقق

(٢٢) د. منذر الشاوي, فلسفة الدولة, ط١, دار الذاكرة للنشر والتوزيع, عمان ٢٠١٢, ص١٥٤.

(٢٣) ايرك بارندت، مدخل للقانون الدستوري, ترجمة: د. محمد ثامر, ط١, مكتبة السنهوري, بغداد, ٢٠١١, ص١٠٢, ١٠٣.

(٢٤) د.محمد فوزي نويجي, المصدر السابق, ص٦٦, ١٠٠-١٠٣ ويقابل ذلك القصور المطلق, الذي يمتنع فيه المشرع عن اتخاذ اي تدبير وفقاً لسلطته التقديرية, فلا يكون محلاً لرقابة عدم الدستورية من حيث المبدأ, بيد ان القاضي كل ما يملكه احد امرين اما توجيه نداء (بشكل توصيات او نصائح او تأنيبا) الى ضرورة التدخل لتنظيم المسألة؛ لان المتطلبات الدستورية تفرض سن القانون, وهي ما تسمى في فرنسا بالأحكام الندائية او في ايطاليا بالأحكام المرشدة او المنبه, واما الكشف عن وجود اغفال معين من دون الحكم بعدم الدستورية وهي طريقة تسمى بالأحكام الكاشفة كما متبع في المانيا منذ عام ١٩٧١. ينظر: المصدر نفسه, ص١٠٣, ١٨٩, ١٩٠.

(٢٥) د.سمير داؤد سلمان, الأغفال التشريعي وامكانية فرض الرقابة القضائية عليه في العراق, مجلة كلية الحقوق, جامعة النهرين, م٤, ع ٢١, ٢٠١٩, ص ٩٠.

النقص او القصور في القوانين, ويتعين بحث علاقة العقلانية بين تلك الوسائل التي تمس المصالح الدستورية, والغرض من الانتهاك من جانب القضاء(٢٦).

وهكذا فان النشاط القضائي يظهر في الدساتير الجامدة والفيدرالية, كما يبدو اكثر في الدساتير الموجزة التي لم تأتي بأحكام تفصيلية لتنظيم السلطة, او الدساتير غير الموجزة لكنها لم تأتي بأحكام واضحة او كانت واضحة في فترة وظروف معينة ثم تغيرت تلك الظروف.

المطلب الثالث: شرعية النشاط القضائي

من نافلة القول ان القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون. وينطوي استقلاله على مفهومان: استقلال شخصي ويعني توفير الاستقلال للقضاة كأشخاص وعدم خضوعهم تحت تأثير أي سلطة من السلطات عند اتخاذ القرارات والأحكام القضائية; واستقلال موضوعي ويعني توفير الاستقلال للقضاء كسلطة متميزة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وموازية لهما وعدم السماح لأي منهما بالتدخل في شؤون الأخرى(٢٧). إذ يقوم القضاء على فكرة لزوم نزاهته وتجرده وابتعاده عن تسلط الإدارة وتدخلات السياسيين وضغوط أصحاب النفوذ(٢٨). ولاسيما القضاء الدستوري بحكم دوره المتمثل بالدرجة الاساس في حفظ التوازن بين السلطات من خلال رقابة دستورية القوانين(٢٩). لكن سلطة القضاء في الرقابة ليست مطلقة, بل مقيدة بعدم الخروج عن جوهر القانون؛ لأنه يعد شرطاً أساسياً لاستقلال القضاء يتعين الالتزام به لضمان عدم خضوع القضاة لأهوائهم(٣٠).

ناقش الفقه مدى شرعية النشاط القضائي بين منكر لطبيعته القانونية ومؤيد لها, مما سندرسه في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: الاتجاه المنكر

ذهب جانب من الفقه ومنهم اسمان Esmein وبارتملي Bartley وبيردو Perdu. إذ عارض الفقيه اسمان اشراك القضاء في الرقابة على دستورية القانون؛ لأنها ستتحول الى سلطة سياسية, ووصف الفقيه بارتملي الرقابة القضائية الدستورية بانها مسألة خيالية؛ لأنها تتضمن فرض القضاء آراءه على تطورت التشريع, ويجد بيردو ان رقابة القاضي لتدرج العلاقة بين الدستور والقانون هي ليست قانونية؛ لان الدستور يتضمن توجيهات عامة موجهة لا تقبل التنفيذ المباشر ما لم تفرغ بقانون يصدر من قبل المشرع بحكم

(26) Ariel L. Bendor and Tal Sela, How proportional is proportionality? International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 13, No. ,2 2015, p.537.

(٢٧) سالم روضان الموسوي, مبدأ استقلال القضاء في التشريع العراقي, بحث منشور بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١ على الموقع الرسمي للسلطة القضائية العراقية: www.iraqijudicature.org/

(٢٨) د. محمد المجذوب, القانون الدستوري اللبناني واهم النظم السياسية في العالم، الدار الجامعية للطبع والنشر، بيروت،١٩٩٩، ص٢٨٦.

(٢٩) د. محمد عبد الحميد ابو زيد, توازن السلطات ورقابتها, دار النسر الذهبي, القاهرة, ٢٠٠٣, ص ٣٦٨.

(٣٠) د.علي بن صالح القعيطي, مبدأ استقلال القضاء وسلطان القانون عليهم, مجلة العلوم القانونية, جامعة بغداد, م١٧, ع١-٢, ٢٠٠٢, ص٢٦٦, ٢٦٧.

سلطته التقديرية المفوضة من قبل الدستور, وبالتالي فأي رقابة قضائية على تلك السلطة يعني تجاوز على السلطة التشريعية, بينما تكون رقابته الى تدرج العلاقة القانونية بين القانون واللائحة مُحكمة؛ لان كلاهما يتضمنان قواعد محددة مما يجعلنا امام رقابة قانونية محضة(٣١).

ويمثل هذا الاتجاه التيار الواقعي الذي يعتبر النشاط التفسيري للقاضي الدستوري بمثابة عمل انشائي من حيث الواقع؛ لأنه هو من سيحدد مغزى النص من دون وجود اي قواعد تحد من سلطته, مما أيده كل من الاستاذان الفرنسي يان أكيال Yann Aguila والايطالي إميليو بيتي Emilio Betti الذين يرون بان التفسير لا يمكن ان ينفصل عن الإنشاء(٣٢).

هاجم القاضي الاسترالي دايسون هايدون Dyson Heydonالنشاط القضائي؛ لكونه بفضي الى موت حكم القانون, وان واجب المحكمة ليس إصدار قانون أو مناقشة مزايا قوانين معينة، بل تحقيق العدالة وفقاً للقانون ولا يمكن إحداث تغيير هام في القانون الا بالرجوع الى البرلمان بغية احداث قانون جديد, وان المحاكم الدستورية بوصفها مشرعين سلبيين يجب ان تركز فقط على دستورية القانون من حيث وجود تعدي دستوري او غموض تشريعي او انتهاك للحقوق الدستورية, أو تعدي على السلطات التقديرية, وما على المحاكم الدستورية الا إبراز التغلب على تلك الانتهاكات وحماية الأغراض التشريعية(٣٣).

وذهب رأي الى ان رقابة القاضي تمثل اغتصاباً للسلطة من الحكومة المُنتخبة، وبالتالي تضر بسيادة القانون والديمقراطية؛ لان الارادة الشخصية ستسمو على القانون(٣٤). إذ ان قيام القاضي بفرض آراءه وتصوراته الخاصة عند غموض الدستور يعد أمراً مخالفاً لمبدأ الفصل بين السلطات(٣٥). ويجد هذا الرأي أصوله في منتصف القرن الثامن عشر عندما أكد الفقيه الفرنسي مونتسكيو(١٦٨٩– ١٧٥٥ Montesquieu) بان القضاء ليس سلطة بالمعنى المحض؛ لأنها مرئية تقتصر على مطالعة القانون وتطبيقه, ولا مانع من وجود ضمانات تكفل عدم تحول القضاة إلى هيئة سياسية(٣٦). وكذلك حينما أشار الكسيس دي توكفيل Alexis de Tocqueville (١٨٠٥–١٨٥٩) إلى أن القضاة لا يستطيعون إجبار الافراد على سن القوانين، لكنه على الأقل يستطيعون إلزامهم بعدم عصيان تشريعات, او سن قوانين تتعارض مع نفسها(٣٧).

وينكر العميد ريبير Repear اي نشاط للقاضي خارج حدود القانون الوضعي، فمهمته لا تتعدى استخلاص معنى النص، وأن مساهمته في تكوين قاعدة جديدة تفترض

(٣١) د.محمد رفعت عبد الوهاب, المصدر السابق, ص ٥١–٥٢, ٧١.
(٣٢) د.محمد فوزي نويجي, المصدر السابق, ص ٢٩, ٣٢.

(33) Ahmed Al-Dulaimi, op.cit, p.55.

(٣٤) مي سمير, المصدر السابق.
(٣٥) د.يسري محمد العصار, المصدر السابق, ص ٤٦.
(٣٦) لوي التوسير, مونتسيكو (السياسة والتاريخ), ترجمة : نادر ذكرى, ط١, دار التنوير للطباعة والنشر, بيروت, ١٩٨١, ص١٧ وما بعدها .

(37) Ahmed Al-Dulaimi, op.cit, p.186.

سلطة خلق لا يملكها القاضي(٣٨).

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد

ذهب هذا الاتجاه الذي يؤيده عدد من الفقهاء كبريان تامانا Brian Tamana وهوريو Horiu ود.يسري محمد العصار ود. أحمد ابو المجد الى القول بان النشاط القضائي يعد مراجعة قضائية شرعية، وإن تفسير القانون يتغير بتغير الزمن, ولا وجود للتفسير الموضوعي لنصوص القانون، فوفقاً لرأي تامانا إن ما يطلق عليه المبادئ التأسيسية للقانون انما ينتج عنها بعض الثغرات والفجوات، وتفرز حالة من عدم اليقين، بسبب التناقض في بعض النصوص، مما يجب على القضاة أن يتخذوا قراراتهم بناء على قناعاتهم التفسيرية, ويساعد النشاط القضائي على وجود سلطة قضائية قوية قادرة على حفظ التوازن بين السلطات، وعلى الحد من تأثير الأغلبية الحزبية الحاكمة(٣٩). ويمثل هذا الاتجاه التيار التقليدي الذي يرى في النشاط التفسيري عملاً وصفياً كاشفاً وعلمياً في الوقت نفسه؛ لأنه مرتبط بواجبات القاضي في تطبيق القانون(٤٠).

ويجد العصار ان على القاضي الدستوري الأخذ بعين الاعتبار التطورات والظروف المتعلقة بالدعوى والطلبات المقدمة اليه؛ كي لا يكون وسيلة جامدة في تفسير المفاهيم السياسية العامة في الدستور, ولا سيما ان واجب القاضي اضحى ليس احترام مبدأ المشروعية, بل المساهمة في استقرار المجتمع ونظمه, الامر الذي حدا ببعض الفقه الى وصفه بـ(قاضي الموازنات), ويرتبط ذلك بوجود سلطة تقديرية للقاضي؛ لان السلطة المقيدة تتنافى مع مبادئ العدالة(٤١). غير ان نشاط القاضي يتوقف عندما تكون ارادة المشرع صريحة فلا يجوز مخالفتها والا تحول نشاط القاضي الى انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات, وكذلك الحال عند المغالاة في تفسير الاعتبارات العملية(٤٢). مما أيده الفقيه تشارلز ايزنمان Charles Eisenmann الذي قال بان التفسير يكون كاشفاً حينما يكون النص واضحاً, فيطبقه القاضي ببساطه, ويكون منشئاً حينما يكون النص غامضاً فيفسره القاضي بإرادة شخصية تحل محل ارادة المشرع(٤٣).

وقد لاحظ الفقيه هوريو ما في القضاء الدستوري من خطر على السلطات الاخرى لما قد يحمله من نزعات وميول سياسية, ولاحظ ايضاً ان عدم تقرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين فيه إهدار لقواعد الدستور وإعدام لأثرها, وأمام هذين الضررين يتم اختيار أخفهما مؤيداً فكرة تدخل القضاء ببحث دستورية القوانين, بينما يجد أبو المجد أن العمل القضائي الفني للمحكمة لا يمنع من التذكير بأن من طبيعة رقابة دسُتورية القوانين أن تمس بالضرورة عدداً من المشاكل السياسية، حيث تكفل نصوص الدستور أنواعاً متعددة من الحقوق السياسية للفرد والمجتمع والسلطات الدستورية, وهي أمور

(٣٨) د. منذر الشاوي، الانسان والعدالة، المصدر السابق ، ص ٣٠٧.
(٣٩) مي سمير, المصدر السابق.
(٤٠) د.محمد فوزي نويجي, المصدر السابق, ص ٢٦.
(٤١) د.يسري محمد العصار, المصدر السابق, ص ٦,٨, ١٤.
(٤٢) المصدر نفسه, ص ٩, ٤٧.
(٤٣) د.محمد فوزي نويجي, المصدر السابق, ص ٣١.

تتصل أوثق اتصال بقيم المجتمع بحيث يبدو تعرض القضاء الدستوري لها– في ظاهره– كما لو كان اقتحاماً لمجالات سياسية تختص بها السلطة السياسية وحدها, ولا ينازعها– في ذلك– القضاء(٤٤). ويجد بعض الفقه ان القاضي وان استخدم جهوده الفكرية في بحث الدستورية, فلا يعني ذلك التدخل في السياسة؛ لان التفسير هو من اختصاصه لتحديد الحكمة التشريعية, وبالتالي فهو يعد عملاً قضائياً مشروعاً طالما تحقق فيه شرطان الا يفرض القاضي رأيه في تقدير الملائمة, والا يخلق مبادئ دستورية عليا غير واردة صراحة في الدستور؛ لأنه سيكون في مركز الوصايا(٤٥). وهناك من يجد ان الوصول إلى الدوافع الذاتية والنفسية لرجل القضاء ليس بالأمر اليسير فالقاضي وان عبر عن أسباب قراره, إلا أن هناك أسباباً حقيقية غير ظاهرية هي المسؤولة عن اتخاذه للقرار(٤٦).

ويتفق هذا الاتجاه مع الواقع في ان ولاية اكثرية المحاكم الدستورية لم تعد تقتصر على رقابة المشروعية بالمعنى الضيق, بل اخذت تتحرى في القانون محل الطعن مدى تحقيقه لغرض مناسب, ومدى ملائمة الوسائل المختارة مع ذلك والموازنة بين الفوائد والتكاليف مما يدعى بـ»التناسب بالمعنى الدقيق»(٤٧). وان ازالة الثغرات القانونية يكون في احدى طريقتين اما أن سلطة التشريع تتولى تعديل موضوع القانون وتحسينه, واما تتولى المحاكم احتوائها أثناء تفسير الأحكام القانونية وبالتالي سد الثغرات(٤٨).

وفي ذلك نميل الى تأييد ما ذهب اليه الفقه من حجج مؤيد لما يسمى بـ(النشاط القضائي) بشرط توفر الضمانات التي تضمن استقلاله بما يكفل حياده, والا تؤلف المحكمة الدستورية من هيئة واحدة فقط, بل من هيئتين كي تختص احداهما بنظر الطعن المقدم على القرار الصادر من الهيئة الاخرى. كما يلزم تحقق التخصص في العمل القضائي. وان منع القضاء من ممارسة هكذا نشاط من شأنه تخليه عن ممارسة وظيفته الاصلية وهي حل المنازعات عندما لا تكون هناك نصوص صريحة تنطبق على الواقعة المعروضة لتكون النتيجة رد الدعوى على الرغم من انها مستوفية لشروطها الشكلية, بينما يحتم القانون على القضاة الفصل في الدعاوى.

ان القول بان النشاط القضائي يعني الخروج عن مبدأ خضوعه للقانون هو قول مردود؛ لان مفردة القانون لا ينبغي تفسيرها تفسيراً ضيقاً ينحصر في القانون المكتوب, بل الاخذ بالتفسير الواسع له يشمل العرف والمبادئ العامة للقانون بغية تكملة ما في القانون من نقص او غموض من خلال قواعده غير المقننة التي تنشأ بشكل يواكب المتغيرات العامة. لكن اذا اوجد القاضي قاعدة جديدة ليس لها اصل القانون, فان ذلك يمس بمبدأ الفصل بين السلطات.

مما تقدم ان النشاط القضائي يتمثل قيام القاضي بتفسير نصوص الدستور على

(٤٤) شفيق امام, المصدر السابق.

(٤٥) د.محمد رفعت عبد الوهاب, المصدر السابق, ص ٧٣.

(٤٦) د. لطيفة حميد محمد, حياد القاضي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، م٧، ع١٢، كانون الأول ٢٠٠٤، ص٧٦.

(47) Ahmed Al-Dulaimi, op.cit, p.43.

(48) Sc. R. Dürr, T. Gerwien and etc, op.cit, p.13.

اعتبارات سياسية او واقعية, وكثيراً ما يظهر في الدساتير الجامدة والفيدرالية التي لم تأتي بأحكام تفصيلية لتنظيم السلطة, او لم تأتي بأحكام واضحة او كانت واضحة في فترة وظروف معينة ثم تغيرت تلك الظروف, وان ذلك النشاط يعد مراجعة شرعية حسب الرأي الراجح؛ لأن تفسير الدستور يتغير بتغير الزمن, وان الحيلولة دون تقرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين للتخلص من التأثيرات السياسية للقضاء فيه إهدار لقيمة قواعد الدستور.

المبحث الثاني
النشاط القضائي في التطبيقات

لا خلاف بان المحكمة العُليا في الولايات المُتحدة الامريكية اضحى لها اختصاص في رقابة الدستورية منذ قضية ماربوري ضد ماديسون ١٨٠٣ بالنظر الى كونها مكلفة باحترام القانون. وفي العراق أوجد المشرع منذ صدور قانون ادارة الدولة العراقية لسنة ٢٠٠٤, ثم دستور ٢٠٠٥ محكمة دستورية بأسم «المحكمة الاتحادية العليا»[٤٩] للرقابة على دستورية القوانين.

وفيما يأتي سندرس اهم اتجاهات القضاء الدستوري للوقوف على النشاط القضائي في كل من الولايات المتحدة الامريكية والعراق وذلك كما في المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: تطبيقات النشاط القضائي في الولايات المتحدة الامريكية

للمحكمة العُليا عدد من القرارات التي رسمت العلاقة بين السلطات الإتحادية, او بينها وبين الولايات. والتي تحمل نشاطاً ايجابياً في مجال بحث مبدأ الدستورية بحكم الطبيعة الفيدرالية للدستور الامريكي لسنة ١٧٨٧.

وقد تأثر الاجتهاد القضائي ايضاً ببعض المدارس الفكرية التي ظهرت في الولايات المُتحدة الامريكية منها مدرسة «البراغماتية» ومن ابرز انصارها وليم جيمس William James حيث تؤمن بالحداثة والمنجزات العلمية، وتعد القانون عملية تحديث مستمرة أو تكييف تجريبي لعملية صنع القرارات وتعمل في المجال الاجتماعي الذي تسري فيه، ومن مؤيدي هذه الفلسفة أيضاً القاضي اوليفر وندل هولمز Oliver Wendell Holmes رئيس المحكمة العليا معتبراً القانون ليس نسيج احكام قائمة, بل هو فن التنبؤ بالقرارات التي تصدرها المحاكم في قضايا معينة، فالمحامي العصري عليه فهم العوامل الاجتماعية والنفسية المؤثرة في صنع القرار وكيف تعمل المحاكم بشكل عام[٥٠]. وهناك من استند الى فكرة القانون الحي الذي يقع على عاتق المحكمة العليا واجب التوفيق بينه وبين النصوص الوضعية؛ لكونه نابع عن فلسفة المجتمع ورغباته، وبالشكل الذي يكون فيه للقاضي دور ايجابي في مراقبة المصالح المتناقضة والمتنافسة أو رفضها أو قبولها، مما نادى به الفقيه روسكو باوند Roscoe Pound[٥١]. ووجد الفقيه الامريكي جون كري John Kerry ان طبيعة النظام القضائي جعل القانون من خلق القضاء بحكم ما تقره الهيئات القضائية من قواعد على انها القانون ويضعون القواعد التي يستخلصون

(٤٩) إذ تختص المحكمة بموجب المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وتفسير نصوص الدستور والفصل في القضايا الناشئة عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية, كما تتولى الفصل في المنازعات الواقعة بين الاتحاد والأقاليم والبلديات والإدارات المحلية، وفي المنازعات بين حكومات الأقاليم أو المحافظات, والفصل في الانتهاكات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء وينظم ذلك بقانون... وتكون قرارات المحكمة وفق المادة (٩٤) باتة وملزمة للسلطات كافة .

(٥٠) دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة: سليم الصويص، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ١٩٨١، ص ٢٥٤، ٢٥٥.

(٥١) المصدر نفسه، ص ٢٥١-٢٥٢.

فيها النتائج القانونية للوقائع وهذه القواعد هي القانون[٥٢]. وفيما يأتي سندرس بعض من الاجتهاد القضائي للمحكمة للتعرف على المبادئ التي كرستها ضمن الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: النشاط القضائي في اطار العلاقة بين سلطات الاتحاد

ساهم اجتهاد المحكمة العليا في ايجاد تنظيم معين للعلاقة بين بين الحكومة والكونغرس حيث ان متطلبات الواقع فرض على المحكمة التوصل اليه, مما يتضح في جوانب عديدة هي:

اولاً: في مجال التشريع: نص الدستور الامريكي على انه «تناط جميع السلطات التشريعية الممنوحة هنا بكونغرس للولايات المتحدة يتألف من مجلس الشيوخ ومجلس للنواب»[٥٣]. ولم ينص على جواز تفويض الحكومة مهام تشريعية، لكن الكونغرس قام بالتفويض في بعض الظروف الاستثنائية, ثم توسع فيما بعد ليشمل جوانب مختلفة بهدف تنفيذ الرؤساء لبرامجهم على أن يحدد قانون التفويض المبادئ والأهداف العامة, لكن قضاء المحكمة العليا استقر على ضرورة توافر شروط عديدة لصحته أولها أن يضع الكونغرس ضوابط مباشرة الاختصاص, وثانيها ألا يصدر التفويض لأكثر من جهة في ممارسة نفس الاختصاص, وثالثها التزام الحكومة بقوانين الإجراءات الإدارية[٥٤].

ومن بين امثلة الاجتهاد القضائي قرار المحكمة العليا عام ١٩٠٥ بعدم دستورية القانون الذي يحدد ساعات العمل في المخابز بعشر ساعات يومياً؛ لكونه يحرم ارباب العمل من التمتع بحريتهم وملكيتهم، الأمر الذي يعني ان للمحكمة العليا دور تشريعي[٥٥]. وفي قرار آخر للمحكمة حول دستورية قانون ١٩٣٣ الذي منح الرئيس روزفلت Franklin Rooseveltسلطة إصدار قرارات تنهي المشاكل الاقتصادية للبلاد بمراسيم ضمن برنامجه المعروف بأسم «The New Deal» أي زود الرئيس سلطات غير محدودة في مداها نطاقها، فقضت المحكمة في قضية Schechtir Poultry Corp V.unit stats بعدم دستورية القانون، ورأت فيه تفويضاً للحكومة السلطة التشريعية, الأمر الذي يخالف الدستور الاتحادي وما قرره من توزيع للسلطات بين الحكومة والبرلمان, وأن السلطات التي تمنح للرئيس لا تكون مشروعة إلا إذا كانت ذات حدود واضحة, فيتولى الرئيس مهام التشريع بعد أن يضع الكونغرس الاطر العامة التي تحكم اتجاهات التشريع فيه [٥٦]. اي ان التوازن الفيدرالي اتسم بالضعف في عهد الرئيس روزفلت عندما أقدم على وضع برنامج اقتصادي ادعت حكومة الاتحاد لنفسها صلاحيات واسعة النطاق تشمل الولايات كلها؛ كي تستطيع معالجة الأزمة الاقتصادية[٥٧]. وبذلك فالتفويض التشريعي لا يقابل مفهوم التفويض المتعارف عليه في النظم البرلمانية حيث يكون لظرف استثنائي

(٥٢) د.منذر الشاوي, فلسفة القانون, منشورات المجمع العلمي, بغداد, ١٩٩٤, ص ٧٥, ٧٦.

(٥٣) المادة (١/١) من دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة ١٧٨٧.

(٥٤) د. رأفت الدسوقي, هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان, منشأة المعارف بالإسكندرية٢٠٠٦, ص١٨١, ١٨٢؛ د. حازم الصادق, سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي, دار النهضة العربية, القاهرة٢٠٠٩، ص٤٣٧, ٤٣٨ .

(٥٥) مشار اليه في: د. منذر الشاوي، الانسان والعدالة، المصدر السابق ، ص ٣٢٩-٣٣١.

(٥٦) د. مصطفى أبو زيد فهمي, النظام الرئاسي في أمريكا ومصر, دار المعارف, مصر, ١٩٦٦,ص٣٠٦-٣٠٨.

(٥٧) ديفيد جيه . بودنهايمر، الفيدرالية والديمقراطية، بحث ضمن كتاب : (الديمقراطية الأمريكية – التاريخ والمرتكزات), ترجمة : حسن عبد ربه المصري, المجلس الأعلى للثقافة, القاهرة, ٢٠٠٥, ص٧٣, ٧٤.

ولمدة محددة ويلزم ان تعرض لوائح الحكومة على البرلمان بعد انتهاء التفويض لإقرارها. وجاء اجتهاد المحكمة العليا من منظور ان الكونغرس صاحب الاختصاص الاصيل في تشريع القوانين واقتراحها وفق الدستور.

أي هناك تشريع قضائي يعود فيه للقضاء الكلمة الأخيرة في اعطاء القوانين الصفة الملزمة، ويستند عادةً إلى روح الدستور أو مبادئه العامة، التي لا تعدو ان تكون انعكاساً لمفاهيمهم الاقتصادية والاجتماعية وانتماءاتهم الطبقية، وسمح الاجتهاد بترقيتهم إلى مرتبة المشرع الأعلى ومن اقامة دستور خاص بهم وهو الدستور الفعلي للولايات المتحدة الامريكية، حيث أقرها الاستاذ ادور لامبير Adore Lambert في كتابه عن (حكومة القضاة والصراع ضد التشريع الاجتماعي عام [٥٨]١٩٢١.

وقد اكدت المحكمة العليا في قرار لها في قضية (JAMA v. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT January ١٢, ٢٠٠٥]) بان الكونغرس وان كان له سلطة على الاجانب الا انه لا يمكن ان يحد بشكل كبير من السلطة التقديرية للسلطة التنفيذية من خلال وضع مخطط تفصيلي في تنظيم اقامة الأجانب او ابعادهم لكونها ايضا تحمل اختصاص حقيقي في الشؤون الخارجية[٥٩].

ثانياً: في مجال الطوارئ: على الرغم من خلو الدستور من الاشارة الى حدود سلطة الحكومة في حالة الطوارئ الا ان المحكمة العليا كان لها اتجاه مفصل حول ذلك.

ففي قضية Exparte Milligan أثناء الحرب الأهلية عام ١٨٦٦ أيدت المحكمة العليا سلطة الرئيس التقديرية في حالات الطوارئ بشكل غير مباشر على أساس الضرورة العسكرية, فالسلامة العامة تصبح مضمونة رغم ما فيها من تعارض مع الدستور[٦٠]. وفي قضية Home Building and Loan Assm V. Blaisdell عام ١٩٣٤ اكدت المحكمة على انه: «... إذا كانت الطوارئ لا تجلب سلطة لم تكن قائمة فإنها قد توجد المبرر لممارسة سلطة حية وممنوحة بالفعل..»[٦١].

وفي قضية كوريماتسو ضد الولايات المتحدة Kori Matsu v. the United States ١٩٤٤ التي كانت موجهة ضد قرارات العزل الأولية بحق الأمريكيين من أصل ياباني الصادرة من الجيش قررت المحكمة ان تلك القرارات تنسجم مع حالة الطوارئ, وبحسب رأي القاضي روبرت جاكسن Robert Jacksonأنه ليس بالوسع الاهتمام بالحقوق الدستورية عندما يكون وجود البلد نفسه في كفة الميزان، وقد انتقد القاضي فيلكس فرانكفورتر Feliex Frankfurter ذلك؛ لأن المرء سينكر شرعية صلاحيات الطوارئ, وهو ما يجعل الرئيس لا يتصرف بسرعة, وأن الإجراءات يجب أن تخضع

(٥٨) د. منذر الشاوي، الانسان والعدالة، المصدر السابق ، ص ٣٢٩-٣٣١.

(59) See; The US Supreme Court website in 2020-12-19; https://www.supremecourt.gov/opinions/04pdf/674-03.pdf.

(٦٠) ديفيد كيه – نيكولز, أسطورة الرئاسة الأمريكية الحديثة, ترجمة: صادق إبراهيم عودة, الأهلية للنشر والتوزيع, الأردن, ١٩٩٧, ص١٩٤-١٩٦ .

(٦١) نبيل عبد الرحمن حياوي, التجارة والنقل والكمارك في الدول الاتحادية الفيدرالية, ج١٤, المكتبة القانونية, بغداد, ٢٠٠٩, ص٧٣.

لمبادئ الدستور [٦٢].

استقر قضاء المحكمة في تأييد اتساع سلطات الطوارئ والحرب وفق شروط معينة كأن يتضمن قانون التفويض ضوابط محددة وعلى أساسها يجري مراقبة رئيس الدولة، وإن يكون للأخير سلطة واسعة في التقدير بممارسة سلطاته، واعترف القضاء ايضاً بحجية التشريعات اللاحقة التي تضفي المشروعية على أعمال الرئيس باعتبار الإجازة اللاحقة كالتفويض السابق [٦٣]. وفي قرار للمحكمة العليا في قضية young stown sheet and tube v.sawyer عام ١٩٥٢ المتعلقة بقرار استيلاء الرئيس ترومان Truman على مصانع الصلب خلال الحرب الكورية لمنع إضراب العمال قضت المحكمة بعدم دستورية ذلك القرار لكون الرئيس لم يستند إلى قانون يشرع من الكونغرس, بل على سلطاته الواردة في المادة (٢) من الدستور, وقد ذكر القاضي بلاك (أن سلطة الرئيس في نطاق دستورنا تمثل التحقق من أن القوانين تنفذ بإخلاص, ومن ثم فإنه ليس صانعاً للقوانين)[٦٤].

وعليه هناك بعض المبادئ التي ارساها قضاء المحكمة العليا في مجال الطوارئ هي:

١. للرئيس سلطة تقديرية ترتبط بالضرورة العامة لمواجهة الطوارئ.
٢. ان تلك السلطة قابلة للتنظيم بقانون تفويض يصدر من الكونغرس, لكن عند عدم وجوده يبقى للرئيس السلطات الملائمة التي يضفى عليها الشرعية لاحقاً بقانون.
٣. جواز تعطيل بعض الحقوق الدستورية حفاظاً على كيان الدولة.

ثالثاً: في مجال تقرير الامتياز التنفيذي: سمحت المحكمة العليا لرئيس الدولة بحق الاحتفاظ ببعض الادلة من دون تقديمها للقضاء ولكن وفق ضوابط معينة. إذ ايدت المحكمة العُليا في قضية الولايات المُتحدة ضد نيكسون ١٩٧٤ دفع الرئيس نيكسون في أن وجود امتياز يعد ذي أساس دستوري ينشأ من سيادة كل هيئة داخل مجالها من الواجبات الدستورية ومن طبيعة السلطات المتعددة وذلك عندما أمتنع نيكسون عن تسليم شرائط مسجلة ومذكرات إلى هيئة المحلفين في حادثة ووترجيتWatergate، غير أن المحكمة رفضت مطالبة الرئيس بأن الامتياز التنفيذي مطلق لا يخضع لإعادة نظر قضائية، بل ذهبت الى أن مجال الامتياز لا يتعدى المسائل العسكرية أو الدبلوماسية أو أمن قومي ذات حساسية، وقد أكد كبير القضاة بيرجو Pergo بأن قبول الزعيم بالامتياز المطلق سيخل بالتوازن الدستوري لحكومة فعالة، وبالتالي يجب أن يترك للمحاكم تقدير مدى تحقق الامتياز من عدمه بحسب موضوع القضية [٦٥].

(٦٢) ديفيد كيه – نيكولز, المصدر السابق, ص١٩٧–٢٠٠ .
(٦٣) د. حازم الصادق, المصدر السابق, ص٤٣٤, ٤٣٥ .
(٦٤) جيروم, بارون وس. توماس دينيس, الوجيز في القانون الدستوري (المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي), ترجمة : محمد مصطفى, ط١, الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية, ١٩٩٨, ص١٢٨, ١٢٩ .
(٦٥) المصدر نفسه, ص١٤٣, ١٤٤.

Erwin Chemerinsky, Teacher's Manual to accompany Constitutional Law, Aspen Publishers, New York Gaithersburg, 2001, p.81,82.

وبالتالي فان المحكمة العليا اقرت مبدأ الامتياز التنفيذي النسبي من منظور مبدأ الفصل بين السلطات, وبما لا يتعارض مع مبدأ الولاية العامة للقضاء, في التحقق من وجود امتياز من عدمه بحسب موضوع القضية.

رابعاً: في مجال الشؤون الدولية: اتجه قضاء المحكمة العليا, الى توسيع سلطة رئيس الدولة في هذا المجال, من ذلك أيدت سلطته في عقد الاتفاقات التنفيذية وقيمتها المعادلة للمعاهدة في قضية الولايات المتحدة ضد بلمونت Belmentعام [٦٦]١٩٣٧. وكذلك في قضية Pink ١٩٤٢, إذ ذهب القاضي ساثرلاند Sutharland في القضية الأولى بأن الرئيس يتمتع بسلطات متصلة به لإلزام الحكومة الأمريكية بأسلوب اتفاقات يبرمها لوحده، بينما شبه القاضي Duglas تلك الاتفاقات بالمعاهدات[٦٧]. بل وسعت المحكمة العليا من ذلك لاعتبارات السياسة الخارجية الكبرى للاتحاد[٦٨]. مما سمح للرئيس بعقد الاتفاقيات من دون الرجوع الى الكونغرس على الرغم من عدم وجود معيار مميز لموضوعاتها التي تختلف عن المعاهدات. مع العلم ان الرئيس روزفلت كان قد ابتكر اسلوب الاتفاقات التنفيذية للتهرب من موافقة مجلس الشيوخ[٦٩].

ومن ناحية اخرى اعتبرت المحكمة الشؤون الدولية من اعمال السيادة, إذ رفضت النظر في بعض القضايا لكونها تتعلق بأمور سياسية كما في قضية Luther V.Borden عام ١٨٤٩, مما زاد من حرية الرئيس في تفسير مركزه القانوني في المجالات الخارجية والداخلية[٧٠]. وفي قضية (United States v. Curtiss company – Wright) عام ١٩٣٦ اكدت المحكمة ان إدارة دفة السياسة الخارجية من قبل الرئيس لا تخضع لنفس القيود الدستورية التي يخضع لها التشريع العادي وذلك بصدد ممارسة الرئيس صلاحية تعليق بيع الأسلحة لطرفي الحرب بين بوليفيا وبراغواي إذا رأى أن هذا التعليق يعزز السلام[٧١].

وعليه فان عقد الاتفاق التنفيذي واستبعاد اعمال السيادة من رقابة القضاء كلاهما من اجتهاد المحكمة العليا رغم خلو الدستور من الاشارة اليهما.

الفرع الثاني: النشاط القضائي في اطار العلاقة بين الاتحاد والولايات

سعى قضاء المحكمة العليا الى توسيع سلطة الاتحاد من خلال انشاء فكرة الاختصاص الضمني تارةً والتوسع في تفسير مفاهيم دستورية لتحقيق الوحدة الاقتصادية تارةً اخرى مما سنبينه على النحو الآتي:

(٦٦) حسن مصطفى البحري, الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية, رسالة دكتوراه كلية الحقوق –جامعة عين شمس, ٢٠٠٦, ص٤١٣–٤١٥, ص٤٥٦ .

(٦٧) هيلين تورار, تدويل الدساتير الوطنية, ترجمة باسيل يوسف, بيت الحكمة, بغداد, ٢٠٠٤, ص٤٧ .

(68) Erwin Chemerinsky, op. cit,p.88.

(٦٩) د. محمد طي, المصدر السابق, ص٢٤٠ .

(٧٠) هارولد زينك, هوارد بنيمان, جيسي هاثورن, نظام الحكم والسياسة في الولايات المتحدة, ترجمة : محمد صبحي, مطبعة المعارف للنشر والتوزيع, ١٩٥٨, ص٢٠٣, ٢٠٤ .

(٧١) ديفيد كيه – نيكولز, المصدر السابق, ص١٩٦ .

اولاً: الاختصاص الضمني للاتحاد: حدد دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة ١٧٨٧ اختصاصات الحكومة الاتحادية على سبيل الحصر بينما ترك للولايات ممارسة بقية المهام(٧٢). وعلى الرغم من ذلك اوجدت المحكمة العليا برئاسة القاضي جون مارشال John Marshall نظرية الاختصاص الضمني إذ تتلخص في أن الدستور أوجد صلاحيات كامنة أو ضمنية لم يشر إليها الدستور صراحةً ولم يعهد بها إلى الولايات, وبإمكان حكومة الاتحاد ممارستها من دون تجاوز الحدود التشريعية التي رسمها الدستور لكل من السلطتين, وقد تبنى الكونغرس هذه النظرية على الرغم من وجود التعديل العاشر للدستور الذي ينص على أن الصلاحيات التي لم يعهد بها الدستور لدولة الاتحاد تعود إلى اختصاص الولايات(٧٣).

ففي قضية Mc Culloch V.mary land عام ١٨١٩ أيدت المحكمة العليا دستورية انشاء بنك قومي في ولاية ماريلاند مكلوتش Maryland McCulloch باعتباره وسيلة ضرورية ومناسبة للحكومة الاتحادية لإنشاء عملة موحدة لرعاية ممتلكات الولايات المتحدة وتنظيم التجارة, اي اكدت المحكمة على فكرة أن الحكومة المركزية حرة في إيجاد الوسائل الملائمة لاستعمال سلطاتها الدستورية(٧٤). وفي قضية Missouri against Holland عام١٩٢٠ لم تجد المحكمة العليا أن المعاهدة محل الطعن (المبرمة بين الولايات المتحدة وكندا حول حماية أنواع معينة من الطيور المهاجرة) تتجاوز على الاستقلال الذاتي لولاية ميسوري بتقييد قدرتها الأمنية على وضع تعليمات الصيد؛ لأن مجال العلاقات الدولية يقع خارج نطاق الدستور، وأن إدارتها تتقدم على الدستور(٧٥). وفي قرار آخر للمحكمة العليا فسرت به اختصاص الاتحاد في عقد المعاهدات على أنه يتناول بالإمكان أمور تدخل في اختصاص الولايات، ولكن بتصديق الشيوخ عليها يكون قد نظمها بتشريع(٧٦). وفي عام ١٩٣٤ بدأ الحديث المذهب الاتحادي الحديث (كبديل عن المذهب المزدوج) ويعني أن استقلال الولايات يجب أن يقتصر على ما قد يتركه لهم التفسير الديناميكي للاختصاصات الاتحادية والذي يكون باتفاق الكونغرس مع المحكمة العليا لاعتبارات الملائمة, وقد انتقد ذلك لأنهُ ينكر النظام الفيدرالي وما يوجبه من استقلال ذاتي نسبي للولايات(٧٧).

وهكذا فان نظرية الاخصاص الضمني تؤكد على المبادئ الاتية:

- بإمكان حكومة الاتحاد ممارسة صلاحيات ضمنية لم يشر إليها الدستور

(٧٢) المادة (٨/١) من دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة ١٧٨٧. مما اكده نص التعديل العاشر للدستور الذي نص على أن : (السلطات التي لم يفوضها الدستور إلى الولايات المتحدة أو التي لم يحظرها على الولايات فتحفظ للولايات أو للشعب).

(٧٣) د. محمد المجذوب, المصدر السابق, ص٢٠٠ .

(74) James Macgregor Burns, Burns, Jack Walter Peltason, Government by the People, Fifth edition, prentice-Hall, Inc, 1963, P.685.

(٧٥) ديفيد كيه – نيكولز, المصدر السابق, ص١٩٦ .

(٧٦) نبيل عبد الرحمن حياوي, السلطة التشريعية في الدول الاتحادية الفيدرالية, ج٥, المكتبة القانونية, بغداد, ٢٠٠٩, ص١٢٠ .

(٧٧) شارل ديران, اتحاد الدول والدولة الاتحادية, ترجمة: عبد الرحمن شبل حسن, العدد (٣٤٨), الدار القومية للطباعة والنشر, ب– ت, ص١٦٥, ١٦٦ .

صراحةً ولم يعهد بها إلى الولايات طالما هي ضرورية لاستعمال سلطاتها الدستورية.

- ان العلاقات الدولية من سلطة الاتحاد وتقع خارج نطاق الدستور لدرجة ان بإمكانها عقد المعاهدات تدخل في اختصاص الولايات.
- ان المصلحة القومية القهرية تخول الاتحاد ممارسة وظائف تعود الى الولايات.

وهكذا هناك نشاط سياسي للمحكمة العليا في الدفاع عن قوة الحكومة المركزية تجاه الولايات ولاسيما في عهد الرئيس روزفلت عندما عارضت اصلاحاته الاقتصادية في ثلاثينيات القرن الماضي(٧٨).

ثانياً: الوحدة التجارية والاقتصادية للاتحاد: يبدو للوهلة الأولى أن نطاق سلطة حكومة الاتحاد يقتصر على تنظيم التجارة مع الأمم الأجنبية وفيما بين الولايات, ولا يشمل اختصاصها أعمال الاستخراج والصناعة والتجارة الداخلية ضمن الولاية الواحدة, لكن هناك عاملين سمحا بذلك أولهما تفسير المحكمة العليا لكلمة التجارة الذي يشمل حركة البضائع وانتقال الأشخاص والتأمين, وهي لا تبدو تجارة بالمعنى الضيق, وثانيهما تفسير المحكمة لتنظيم التجارة بما يسمح للحكومة الإتحادية بالتدخل في الصفقات المحلية داخل الولاية الواحدة متى كان من شأنها المساس بالتجارة بين الولايات(٧٩).

وقد بدأت المحكمة العليا تتوسع في ذلك منذ قضية Cilbons V. Ogden عام ١٨٢٤ لتشمل عبارة (التجارة) سلطة الاتحاد في تنظيم الحركة الفعلية للبضائع بين الولايات والتي تتعدى فيها حدود كل ولاية(٨٠). ثم حددت المحكمة العليا في قضية Cooley V. Part wardens of Philadelphia عام ١٨٥٢ ثلاث مبادئ : أولها أن مادة التجارة لا تستبعد صدور تشريع من كل ولاية في حقل التجارة مع الولايات, وثانيها أن الأمور القومية بطبيعتها أو أنها قابلة لنظام واحد أو نهج تنظيمي واحد فإنها تخضع للتشريع الاتحادي حصراً, وثالثها أن للمشرع الاتحادي أن يضع قانوناً يسمح للولايات بالتشريع في بعض الأمور(٨١). وفي قضية اخرى عام ١٩٣٧ فسرت المحكمة العليا عبارة «تنظيم التجارة» لتشمل سلطة الحكومة الاتحادية لتنظيم الأجور، وساعات، وظروف العمل للعاملين في منشأة التصنيع الذي يمارس التجارة بين الولايات(٨٢). وفسرت المحكمة في قضية اخرى عام ١٩٦٤ تلك العبارة بشكل يحرم الولايات من تنظيمها في العلاقة مع الولايات أو ضمن الولاية الواحدة بطريق تعيق التجارة فيما بينها(٨٣).

ويجد د. علي الباز بان اتساع نشاط المحكمة العليا يرجع الى العلاقة بين الاتحاد

(٧٨) د.محمد رفعت عبد الوهاب, المصدر السابق, ص٤٩ .

(٧٩) نبيل عبد الرحمن حياوي, التجارة والنقل...., المصدر السابق، ص١١١, ١١٢ .

(80) Vannevar Bush, Modern Arms And Free Men, Simon And Schuster, New york, 1949, p.349.

(٨١) نبيل عبد الرحمن حياوي, التجارة والنقل..., المصدر السابق, ص٤٩ .

(82) Vannevar Bush, op.cit, p.349.

(٨٣) جوردون موريس باكن، آلية صياغة القوانين في المجتمع الديمقراطي, بحث ضمن كتاب:(الديمقراطية الأمريكية – التاريخ والمرتكزات), ترجمة : حسن عبد ربه المصري, المجلس الأعلى للثقافة, القاهرة, ٢٠٠٥, ص٩٣.

والولايات والسعي لضمان وحدة الاتحاد, فضلاً عن طريقة تعيين المحكمة على اسس حزبية وسياسية, كما يعتبر غموض النصوص الدستورية سبباً في قيام المحكمة العليا بإنشاء مبادئ جديدة, التي سميت لاحقاً بـ»المبادئ الدستورية العليا» وهي نابعة من المذهب الفردي الحر كابتكار قاعدة المعقولية (التناسب المعقول بين التكاليف والاعباء والقيود التي يفرضها القانون وبين المزايا المتحصلة للأفراد)[٨٤].

وعليه فان قضاء المحكمة العليا فيه استيعاباً لحالات عديدة لم ينص عليها الدستور صراحةً, بل جاء بعضها من خلال التفسير الواسع للدستور, وبعضها من خلال انشاء قواعد جديدة ولا سيما في تأييدها لفكرة الاتفاق التنفيذي وأعمال السيادة ونظرية الاختصاص الضمني.

المطلب الثاني: النشاط القضائي في العراق

بالرجوع الى قضاء المحكمة الإتحادية العليا نلحظ أن اكثرية قراراته بنبيت على تفسير دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ تفسيراً لغوياً او منطقياً او وفق نظرية الكيان الذاتي. غير ان هناك بعض القرارات التي فيها نشاطاً قضائياً في مجال تفسير العلاقة بين بين سلطات الاتحاد او في العلاقة بين الاخير والاقاليم, مما ستناوله في الفروع الاتية :

الفرع الاول: النشاط القضائي في اطار العلاقة بين سلطات الاتحاد

كان للمحكمة الاتحادية العليا في مجالي الاختصاص التشريعي وتشكيل الوزارة بعض الاجتهادات لتحديد العلاقة بين السلطات على الرغم من عدم معالجة الدستور لها بشكل صريح آخذةً بنظر الاعتبار بعض الاعتبارات الواقعية وبالاستناد الى التفسير الموسع للنصوص, مما سندرسه تباعاً:

اولاً: في مجال التشريع: نص دستور العراق الحالي على ان تقدم مشروعات القوانين من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء, وتقدم مقترحات القوانين من عشرة من أعضاء مجلس النواب، أو من إحدى لجانه المختصة[٨٥]. وعلى هذا الاساس قضت المحكمة الإتحادية العليا بعدم دستورية قانون رواتب ومخصصات رئيس الجمهورية رقم (٢٦) لسنة ٢٠١١ ؛ لأنه لم يتم اعداد مشروعه من قبل السلطة التنفيذية كما رسمته المادة (٦٠/اولاً) والمادة (٨٠/اولاً وثانياً) من الدستور[٨٦]. ثم سمحت المحكمة الاتحادية العليا في قرارات أخرى لمجلس النواب بتقديم مشروعات القوانين وفق ضوابط معينة. من ذلك ما قضت به من تأييد دستورية قانون استبدال أعضاء مجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦ الذي شرع من قبل مجلس النواب مباشرةً إذ جاء بقرارها « تجد المحكمة ان دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ قد كرس في المادة ٤٧ منه مبدأ الفصل بين السلطات... والا يكون من بين القوانين التي يشرعها مجلس النواب مباشرةً ما يمس هذا

(٨٤) د.محمد رفعت عبد الوهاب, المصدر السابق, ص٤٩-٥٠, ٧٤.

(٨٥) المادة (٦٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٨٦) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم عدد ١٩/ت/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٥/٦. منشور في الموقع الرسمي للسلطة القضائية العراقية: www.iraqja.iq

المبدأ ومن تلك القوانين التي تمس هذا المبدأ هي: القوانين التي ترتب التزامات مالية على السلطة التنفيذية، لم تكن مدرجة في خططها او في موازنتها المالية دون التشاور معها وتتخذ الموافقة بذلك، وكذلك القوانين التي تتعرض مع المنهاج الوزاري الذي نالت الوزارة ثقة مجلس النواب على أساسه, وكذلك ان لا تكون ماسة بمهام السلطة القضائية دون التشاور معها ..»(٨٧).

وتأكيدا على ذلك قضت المحكمة «وعندما صدر دستور جمهور العراق لسنة ٢٠٠٥ حدد السلطات الاتحادية وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية وتمارس كل منها اختصاصاتها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات, وبينت المادة ٨٩ منه مكونات هذه السلطة وهي (تتكون السلطة القضائية الاتحادية، من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام، وهيئة الأشراف القضائي والمحاكم الاتحادية الأخرى، التي تنظم وفقاً للقانون), وتطبيقاً لأحكام تلك المادة تم تشكيل لجنة تضم مختلف صنوف القضاة واعضاء الادعاء العام لإعداد مشروع موحد للسلطة القضائية.. وقد اعد مشروع قانون مجلس القضاء الاعلى ورفع سنة ٢٠٠٧ الى مجلس الرئاسة, والذي احاله الى مجلس النواب لتشريعه.. وفي سنة ٢٠١٢ قامت الكتل السياسية بإجراء تغييرات جوهرية على معظم مواد المشروع وصوت عليه مجلس النواب بعجالة وقبل اخذ رأي السلطة القضائية على اصل مشروع القانون والتغييرات الجوهرية التي جرت عليه ...وتجد المحكمة ان ما ورد في قانون مجلس القضاء الاعلى من احكام قد أخل بالاستقرار القضائي الذي بني منذ عام ٢٠٠٣ وجاء بأحكام مخالفة للدستور وحذف واغفل بعض الامور المهمة من النص عليها»(٨٨).

مما تقدم أن المحكمة الإتحادية العليا اخذت بالمفهوم الواسع لمبدأ الفصل بين السلطات لدرجة رسم قواعد معينة لممارسة التشريع وهي:

١.ان لمجلس النواب حق اعداد مشروعات القوانين والتصويت عليها من دون الرجوع الى الحكومة شريطة ثلاث امور: اولها الا يتصل مشروع القانون بالسياسة العامة للدولة او بالمنهاج الوزاري, وثانيها الا يرتب التزامات مالية, وثالثها الا تكون ماسة باستقلال السلطة القضائية من دون التشاور معها. وذلك على الرغم من ان الدستور قد ميز بين مشروعات ومقترحات القوانين من دون الأخذ بنظر الاعتبار مضمون القانون, فجاء بنص عام تكون الحكومة بموجبه مختصة بتقديم مشروعات القوانين, ولعل الغاية من ذلك هي امتلاك الحكومة للخبرات الفنية والعلمية.

٢.ان اعداد مشروعات القوانين المنظمة للقضاء هي من اختصاص مجلس القضاء الاعلى, على الرغم من كون اعداد مشروعات القوانين هي من اختصاص الحكومة بالنظر الى عمومية النص الدستوري, وان ما جاء به الدستور من نصوص, تنص على ان (يتولى مجلس القضاء الأعلى إدارة شؤون الهيئات القضائية وينظم القانون طريقة

(٨٧) قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد ٢٩/٢١/اتحادية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٤/١٤,منشور في الموقع الرسمي للسلطة القضائية العراقية.

(٨٨) قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد ٨٧/ت/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٩/١٦. منشور في الموقع نفسه.

تكوينه واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه)[٨٩], وعلى ان (يمارس مجلس القضاء الأعلى الصلاحيات الآتية: إدارة شؤون القضاء والإشراف على القضاء الاتحادي. واقتراح مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية الإتحادية..)[٩٠], تجعل اختصاص مجلس القضاء الاعلى محصوراً في مهمة اعداد مشروع الموازنة المالية للقضاء ومهمة الادارة وفق القانون؛ لان الدستور جعل تكوينه وقواعد سير العمل فيه واختصاصه معتمد على وجود قانون مسبق منظم لعمله.

وفي ذلك لم يبين المشرع مدى اختصاص مجلس النواب في اجراء التغييرات على مشروعات الحكومة ومدى سلطته تجاه مشروعات القضاء, لكن يستشف من موقف المحكمة الاتحادية انه لا يجوز للبرلمان ان يجري تغييراً جوهرياً.

ثانياً: في مجال تشكيل الوزارة: قضت المحكمة في قرار لها «ان تشكيل الوزارة الحالية واناطة بعض الوزارات بوزراء جرى التصويت عليهم وكالة أمر لم يرد في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نص يمنع القيام بذلك, سيما وان الوزارة الحالية هي وزارة شراكة وطنية جرى التوافق السياسي على تسمية اعضائها ومنهم الوزراء وكالة, وجرى التوافق بين الكتل السياسية على توزيع حقائب هذه الوزارات فيما بينها وكل حسب استحقاقه البرلماني..., وحيث لم يحصل التوافق بين الكتل السياسية على تسمية الوزراء للوزرات الشاغرة ولم تقدم الترشيحات الى مجلس النواب. لذا فلا يعد المدعى عليهما اضافة لوظيفتهما قد ارتكبا خرقاً لأحكام الدستور وان كان من شأن تسمية وزراء لهذه الوزارات والمصادقة على ذلك مما يقتضيه حسن الاداء وتوزيع المسؤوليات إلا ان ذلك لا يختص المدعى عليهما (رئيس الوزراء ورئيس مجلس النواب) بالقيام به بمفردهما وانما تتوزع المسؤولية في ذلك على الكتل السياسية كافة المشاركة في الوزارة الحالية وفي مجلس النواب التي يلزم ان تتنادى الى كلمة سواء للتوافق على مرشحين ممن تتوافر فيهم المعايير المهنية المطلوبة لمثل هذه الوزارات..)[٩١].

يستفاد من ذلك ان المحكمة الاتحادية العليا جعلت من الظروف المحيطة بالواقع السياسي سبباً لإغفال بالمبادئ الدستورية ولإيجاد بمبادئ جديدة.

فمن جهة ان اختيار الوزارة وفق المادة (٧٦) من الدستور يعود الى رئيس الوزراء, الذي عُهد إليه بصلاحية تسمية وزراءه, الامر الذي يساعد على تحقيق استقلال الحكومة ووحدتها. ولا سيما ان مسؤولية رئيس مجلس الوزراء والوزراء أمام مجلس النواب تضامنية وشخصية[٩٢]. لكن قرار المحكمة الاتحادية العليا اغفل أي دور لرئيس الوزراء في اختيار زملائه الوزراء, بل حمّل الكتل البرلمانية مسؤولية اختيار الوزراء طالما كانت الحكومة ائتلافية, كما ان المحكمة لم تمنع شغل بعض المناصب الوزارية بطريق الوكالة, في حين ان وجود منهاج وزاري تمنح عنه الوزارة الثقة يفرض وجود وزراء اصلاء في العمل, وان

(٨٩) المادة (٩٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٩٠) المادة (٩١/اولاً وثانياً) من الدستور نفسه.

(٩١) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٥٣/ت/٢٠١١ في ٢٠١١/١٠/١٨. منشور على الموقع الرسمي للسلطة القضائية العراقية.

(٩٢) المادة (٨٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

اجازة ذلك جاء بهدف الحيلولة دون تعطيل العملية السياسية.

ومن جهة أخرى ان المحكمة الاتحادية تطلبت وجود معايير مهنية في المرشحين تتناسب مع الوزارات الشاغرة, في حين لم يرسم الدستور سوى شروطاً عامة في اختيار الوزراء.

الفرع الثاني: النشاط القضائي في اطار العلاقة بين الاتحاد والاقاليم

سعت المحكمة الاتحادية العليا الى تغليب سلطة الاتحاد عند تفسيرها لنص المادة (١٢١/رابعاً) من الدستور والذي نص على ان : (تأسس مكاتب للأقاليم والمحافظات في السفارات والبعثات الدبلوماسية لمتابعة الشؤون الثقافية والاجتماعية والانمائية), إذ ذهبت المحكمة الى ما يلي : (وجد ان الكتاب الصادر من الامانة العامة لمجلس الوزراء الموجه الى محافظة الديوانية ونسخته الى المحكمة الاتحادية العليا وهو برقم (ق/١٧/٢/٢) في ٢٠١١/٧/٤ له علاقة بموضوع الطلب اعلاه حيث اوضحت الامانة العامة ان تطبيق البند (رابعاً) من المادة (١٢١) من الدستور سيثقل الدولة بأعباء اضافية فضلاً عن التعارض مع الاتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات بين الدول, كما وجدت المحكمة اضافة لما ورد في كتاب الامانة اعلاه ان طلب محافظة الديوانية ينصب على تطبيق نص المادة (١٢١/رابعاً) وليس تفسير هذا النص الواضح في مضمونه وان مهمة تطبيقه تتولاه السلطة التنفيذية في ضوء الحاجة الحقيقية والامكانات اللوجستية والمادية وفي ضوء الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تحكم التمثيل الدبلوماسي بين الدول ووفق قاعدة (المقابلة بالمثل), فاذا توفرت هذه الامكانات وتوفر الغطاء الكامل في ضوء نصوص المعاهدات والاتفاقيات ووجدت الحاجة الحقيقية لتأسيس المكاتب موضوع البحث فان وزارة الخارجية بالتنسيق مع الجهات الحكومية الاخرى ذات العلاقة ملزمة بتطبيق نص المادة (١٢١/رابعاً) من الدستور...)[٩٣].

من نافلة القول ان ممارسة مظاهر الشخصية الدولية في الاتحاد الفيدرالي تكون بيد الحكومة الاتحادية, لكن المشرع الدستوري سمح للأقاليم بل للمحافظات ايضاً بفتح مكاتب للتمثيل في السفارات والبعثات لمتابعة بعض الامور من دون الاشارة لإمكانية تنظيم ذلك بقانون, لكن المحكمة الاتحادية العليا قيدت من امكانية تطبيقه لاعتبارات واقعية فتطلبت شرطان لفتح تلك المكاتب هي:

- ان السلطة التنفيذية الاتحادية هي الجهة صاحبة الاختصاص بتقدير وجود حاجة حقيقية وامكانات اللوجستية والمادية لإمكان اشراك الاقليم والمحافظات في فتح المكاتب.
- ان تسمح الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تحكم التمثيل الدبلوماسي بين الدول بذلك ووفق قاعدة المقابلة بالمثل.

والحقيقة ان الشرط الاخير من شأنه عدم إمكان فتح تلك المكاتب؛ لأنه من النادر

(٩٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٤٩/ت/٢٠١١ في ٢٠١١/٧/١٨. منشور على الموقع الرسمي للسلطة القضائية العراقية.

ان تسمح نظم الاتحاد الفيدرالي بان تمارس الاقاليم تمثيلاً سياسياً او دبلوماسياً[٩٤]. ونجد في الشرط الاول مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات, وفي الثاني استقبالاً للقواعد الدولية, في حين ينحصر اختصاص المحكمة في تطبيق القانون الوطني وفق الدستور.

مما تقدم ان النشاط القضائي في الولايات المتحدة الامريكية له مجال واسع وذلك يرجع الى اقتضاب نصوص الدستور وطول فترة نفاذه, بخلاف التأثير المحدود للمحكمة الاتحادية العليا في العراق.

(٩٤) فمن الدساتير التي سمحت لوحدات الاتحاد بالتمثيل الدبلوماسي دستور الاتحاد السوفيتي لسنة ١٩٣٦ وفق التعديل الصادر في فبراير ١٩٤٤, لكن في ضوء الخطوط العريضة للسياسة التي ترسمها حكومة الاتحاد. ينظر: د. مصطفى أبو زيد فهمي, المصدر السابق, ص٢٤١, ٢٤٢.

المبحث الثالث
قدرة السلطة السياسية على الحد من النشاط القضائي

على الرغم من ان اتجاه غالب الدساتير على تنص على استقلالية القضاء الا ان لطبيعة العلاقة بين السلطة السياسية والقضائية اثرها على النشاط القضائي في رقابة الدستورية, ولا سيما حينما يكون للأولى دور ايجابي فاعل في وضع القوانين, وقد نجد هناك بعض مظاهر التأثير الحكومي تجاه القضاء الدستوري بما يجعل تفسيراته متناغمة مع الارادة الديمقراطية. وسندرس في هذا المبحث قدرة السلطة السياسية على الاجادة التشريعية كمطلب اول, ومدى قدرتها في التأثير على القضاء الدستور كمطلب ثاني وكما يأتي:

المطلب الاول: قدرة السلطة السياسية على الاجادة التشريعية

هناك علاقة طردية بين الاجادة التشريعية والنشاط القضائي, فكلما كانت الاولى ضعيفة كلما اتسع معها نشاط القاضي الدستوري, سواء كان مجال الاجادة في مجال مواكبة الدستور للمتغيرات العامة, او في مجال مواجهة الاغفال التشريعي, مما سندرسه في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: في مجال مواكبة الدستور للمتغيرات العامة

تؤثر عملية تعديل الدستور في الحد من النشاط القضائي. فالمرونة التي يرسمها المشرع بشأن تعديل الدستور من قبل السلطة السياسية انما تمنع تحكم القضاة في التفسير على اعتبارات مختلفة. فالجمود يمنع الحكام من التعديلات المتسرعة في الدستور ويحفظ استقراره وسموه, لكن التعقيد الشديد في اجراءات التعديل سيحد من ارادة الامة في التغيير[٩٥]. ويسمح للقضاة بفرض رؤيتهم الخاصة في نصوص الدستور.

ففي العراق جاء دستور ٢٠٠٥ بأحكام معقده لتعديله من حيث ايجاد حظر موضوعي مؤقت لمدة ثمان سنوات يشمل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول، والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور, وكذلك منع إجراء أي تعديل على مواد الدستور من شأنه أن ينتقص من صلاحيات الأقاليم التي لا تكون داخلة ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، إلا بموافقة السلطة التشريعية في الإقليم المعني، وموافقة أغلبية سكانه باستفتاء عام. هذا وقد تطلب الدستور موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب على أي تعديل، ثم موافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام[٩٦].

بينما يكون التعديل الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية اقل جموداً إذ يقترح الكونغرس، كلما رأى ثلثا أعضاء المجلسين ضرورة لذلك، تعديلات لهذا الدستور، أو يدعو، بناء على طلب الهيئات التشريعية لثلثي مختلف الولايات، إلى عقد مؤتمر

(٩٥) د.حميد حنون خالد, مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق, ط١, مكتبة السنهوري, بغداد, ٢٠١٣, ص ١٤٣, ١٤٤.

(٩٦) المادة (١٢٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

لاقتراح تعديلات، تصبح في كلتا الحالتين، قانونية من حيث جميع المقاصد والغايات، كجزء من هذا الدستور، عندما تصادق عليها الهيئات التشريعية لثلاثة أرباع مختلف الولايات، أو مؤتمرات تعقد في ثلاثة أرباع الولايات أيا كانت وسيلة المصادقة التي يقترحها الكونغرس من بين هاتين، شرط ألا تحرم أية ولاية، دون رضاها، من حق تساوي الأصوات في مجلس الشيوخ(٩٧).

وهكذا نجد ان الدستور كلما ازداد جموده كلما كان محكوم بالتفسيرات القضائية التي قد لا تنسجم مع الارادة العامة للشعب.

الفرع الثاني: في مجال المراجعة العضوية للقانون

ترتبط تلك المراجعة بحالة وجود نقص او غموض في التشريعي, إذ تدعى ممارسة القضاة الدستوريون، بصفتهم مشرعين إيجابيين ، للمراجعة القضائية على الاغفال التشريعي بغية إجبارها على إصدار قواعد تتفق مع الدستور بـ»المراجعة العضوية», بينما تدعى ممارسة القضاة بصفتهم مشرعين سلبيين لرقبة دستورية عمل الهيئات التشريعية وليس أدائها بـ «المراجعة الموضوعية»(٩٨).

إذ من ابرز مظاهر القدرة على الحد من النشاط القضائي هي الاجادة في رسم السياسة التشريعية على النحو الذي يجب ان تكون فيه واضحة ومتكاملة من دون نقص او غموض ؛ لان الإغفال التشريعي يعد عملاً سلبياً يصدره المشرعون ضد واجبهم في جعل القواعد الدستورية فعالة, أي يمثل الوضع الذي لا يسن فيه المشرعون قوانين أو أحكام يتطلبها الدستور أو تتعلق بالحريات والحقوق المحمية مما يؤدي إلى انتهاك الدستور(٩٩). ولعل الثغرات في القوانين والتي يقابلها مصطلح «فجوات قانونية التنظيم» تعد سبباً لاتساع النشاط القضائي والتي قد تكون حقيقية عندما لا توجد قاعدة قانونية تحكم الحالة ولو سابقة على صدور القانون الجديد, وقد تتأتى الثغرات نتيجة تصادم بين اثنين من القواعد القانونية بحيث لا يمكن تطبيقها, وقد تكون الثغرات غائية عندما تصبح القاعدة غير واضحة في اغراضها(١٠٠).

(٩٧) المادة (٥) من دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة ١٧٨٧.

(98) Ahmed Al-Dulaimi, op.cit, p.225.

(99) Abdul Haleem mohammed, The Problem of Legislative Omission in the Iraqi Political System after 2003, School of Law, University of Reading Foxhill House, 4th International Legal Issues Conference Volume: ISBN (0-2-9036-9922-978), April 2019, Iraq/ Erbil, p.8.

ففي حكم للمحكمة الدستورية الاسبانية ذي الرقم ١٩٨٢/٢٤ في ١٣ أيار ١٩٨٢ عرفت فيه الاغفال بانه «لا يوجد إلا عندما يفرض الدستور على المشرع الحاجة إلى إصدار قواعد التطوير الدستوري وعدم قيام المشرع بذلك « وكذلك الحال حكمها المرقم ١٩٨٥/٩٨ في ٢٩ يوليو ١٩٨٥.

See; Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain, XIV Conference of Constitutional Courts of Europe Vilnius - May 2008, p.15.

(100) Sc. R. Dürr, T. Gerwien, and etc, op.cit, p.9.

ومن المحاكم التي مارست النشاط القضائي المحكمة الدستورية في المانيا الاتحادية بالقرار رقم ٢٩ لعام ١٩٦٩ عندما حثت السلطة التشريعية على إنشاء شروط متساوية بين الأطفال المولودين خارج إطار الزواج والأطفال المولودين ضمن هذا الاطار بدلاً من ابقاء الاغفال قائم.

See ;Ahmed Al-Dulaimi, op.cit, p.83.

والسؤال الوارد لدينا هو للقضاء الدستوري نشاطاً ايجابياً حتى في حالة الاغفال المطلق؟

يتصور الاغفال في القوانين كافة, لكن العبرة بالثغرات التي تثير الاشكالية حينما تنصب على حالات لا تتوافق مع النظام الدستوري اي لا تراعِ السلطة المشتقة التفويضات الممنوحة لها في حكم الحالة(١٠١). ولا تتمتع المحكمة الدستورية عادةً بالسلطة الصريحة لمراجعة غياب التشريع(الاغفال المطلق) ؛ لان واجبها يتمثل في مراجعة الانتهاك بموجب قانون, وهناك دول تسمح دساتيرها ولوائحها الوطنية للمحاكم الدستورية إمكانية مراجعة الإغفال المطلق للتشريع كما هي الحال في البرتغال والبرازيل والمجر, بينما يتصور في الإغفالات النسبية ظهور دور ايجابي للمحاكم فيها حيث يتم سن التشريع ولكن بشكل جزئي وغير كامل(١٠٢). وذهب الفقه الى انه من غير الممكن مراقبة الإغفالات المطلقة, مما اكد عليه قضاء بعض المحاكم الدستورية(١٠٣), بخلاف الاغفال النسبي الي يكون هدفه إكمال ما ينظمه القانون(١٠٤).

هذا وان غياب النصوص الصريحة قد يكون سبباً لاتساع نشاط القضاة . ولا سيما عند وجود قواعد عرفية كما كان في الانظمة غير الحديثة حيث كان القانون مودع لدى القضاة بحكم تفسيرهم له، وحسب تعبير بلاكستون Black stone اضحى القضاة هم وسيط حيّ للقانون باعتبارهم قادرين على ادراكه والكشف عنه(١٠٥).

وهناك من يجد ان العلاقة بين الاجادة التشريعية والنشاط القضائي هي نسبية, ومنهم بنثام واوستن ذلك، فمع أصر بنثام على فكرة القانون هو من صنع القاضي الا انه يرفض فكرة التشريع القضائي متبنياً ضرورة التقنين العقلاني للقانون، وأيد أوستن ذلك، والذي وجد صعوبة في التوفيق بين القضاء ونظريته القائلة بأن كل القوانين مستمدة من أوامر المشرع ذي السيادة، ثم توصل إلى حتمية عمل القانون من قبل القاضي حتى في ظل التقنين؛ كي يكون ملائماً لحاجات المجتمع المتجددة وبما يتفق مع مذهب المنفعة، ومع ذلك أن الأمر لا يصل درجة صنع القانون، بل أن القضاة عليهم ان يقولوا ما هو القانون(١٠٦).

وهناك من يؤيد القضاء كمصدر قائم ومستقل للقانون ذهب العميد جني في كتابه (طرق التفسير) عام ١٨٩٩ حيث هدف فيه إلى تحرير القانون من نير القانون المكتوب، ومن ناحية اخرى عدّ بعض الفقه وجود قبول ضمني من جانب السلطة

(101) Juan Luis Requejo Pagés, The problems of legislative omission in constitutional jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain, XIV Conference of Constitutional Courts of Europe Vilnius - May 2008, p.13.

(102) Sarah Verstraelen, Constitutional Dialogue in the Case of Legislative Omissions: Who Fills the Legislative Gap? the Utrecht Law Review,the Utrecht University, School of Law, Volume 14, Issue 1,Netherlands 2018, p.63.

(١٠٣) كما هي الحال في قرار المحكمة الدستورية في إسبانيا ذي الرقم ١٩٨٧/٢٦ في ٢٧ فبراير ١٩٨٧.

(104) Juan Luis Requejo Pagés, op.cit, p.15.

(١٠٥) دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة: سليم الصويص، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ١٩٨١، ص ٣٠٨.

(١٠٦) المصدر نفسه، ص ٣٠٩، ٣١٠.

التشريعية لتفويض القضاء مهام الاجتهاد لدرجة خلق قاعدة قضائية وذلك حينما سمح لها بتطبيقها[١٠٧]. كما رفضت مدرسة القانون الحر في أوربا الفكرة القائلة بان «القرارات القانونية تستند إلى قواعد محددة بل هي مسألة سياسية واختيار، فالقاضي حر في تطبيق الأحكام حسب هواه وايديولوجيته أو الحس الاجتماعي لديه»[١٠٨].

وبما ان الاغفال متصور في التشريعات فذلك يفترض وجود بعض مظاهر التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية, لان اخضاع الاولى للثانية سيؤثر سلباً على التنظيم القانوني للقضاء؛ لأنها قد تقوم بالتدخل في شؤون القضاء عندما لا تكون هناك رقابة سياسية فاعلة عليها, ويكون تدخلها عادةً بمنع تنفيذ الأحكام أو بالتراخي في تنفيذها أو باللجوء الى القوانين الاستثنائية لإيقاف تنفيذها[١٠٩]. كما تؤثر النظم الدستورية على النشاط القضائي من خلال المرونة في طريقة تكوين القضاء الدستوري بشكل يسمح للسلطة السياسية بالاشتراك في ممارسة بعض الوظائف كما سنجد, وكذلك طريقة تعديل الدستور. ولا سيما ان القضاة بممارستهم للنشاط لا يسمحون للآخرين –كما يقول جراجليا Garaglia– بالقيام بخيارات سياسية كالمسؤولون الحكوميون أو المؤسسات غير المنصوص عليها بوضوح في الدستور[١١٠].

المطلب الثاني: قدرة السلطة السياسية في التأثير على القضاء الدستوري

سندرس مدى قدرة السلطة السياسية على التأثير في القضاء الدستوري في الدول المقارنة للحد من النشاط القضائي ومدى مشروعية ذلك, وهو ما سندرسه في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: قدرة السلطة السياسية في الولايات المتحدة الامريكية

رسم دستور الولايات المتحدة الامريكية بعض مظاهر التدخل الحكومي في القضاء والتي قد تؤثر من الناحية النظرية في استقلاليته المؤسساتية.

إذ جعل المشرع تعيين قضاة المحكمة العليا من قبل رئيس الدولة وبموافقة مجلس الشيوخ[١١١]. ولم يحدد الدستور عدد القضاة وشروط اختيارهم بل ترك ذلك الى القانون الصادر من الكونغرس. فشرع قانون ١٧٨٩ الخاص بتنظيم السلطة القضائية وبموجبه كانت المحكمة تؤلف من (٦) قضاة, وفي عام (١٨٠٧) زاد عدد القضاة ليصبح سبعة, وفي عام (١٨٣٧) زاد عدد القضاة الى عشرة, ولكن القانون القضائي الحالي لعام ١٨٦٩ جعل عدد القضاة تسعة[١١٢].

وكثيراً ما كان يراعى التوازن بين الأحزاب والولايات والأعراق في اختيارهم كوجود قاضٍ يهودي وكاثوليكي, وتم تعيين قاضي أسود لأول مرة فيها عام ١٩٦٧، إلا أن التقاليد

(١٠٧) د. منذر الشاوي، الانسان والعدالة، المصدر السابق, ص ٣٠٦.
(١٠٨) دينيس لويد، المصدر السابق، ص ٢٥٤، ٢٥٥.
(١٠٩) فاروق الكيلاني, استقلال القضاء, ط١, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٧٧, ص٨٠ وما بعدها.
(110) Ahmed Al-Dulaimi, op.cit, p.52.
(١١١) المادة (٢/٢/٢–٣) من دستور الولايات المتحدة الامريكية.
(١١٢) شهاب احمد عبد الله النعيمي, دور المحكمة العليا الامريكية في الرقابة على دستورية القوانين في مجال حقوق الانسان, رسالة ماجستير, كلية القانون – الجامعة المستنصرية, ٢٠٠٦, ص ٧٦.

السائدة تمحي تلك الفوارق لصالح عملها الرئيسي وهو الحفاظ على التوازن, كما يعتبر رئيس المحكمة بروتوكولياً في المركز الثاني بعد رئيس الدولة, ويؤدي الأخير أمامه اليمين الدستوري(١١٣). ولاسيما ان رئيس المحكمة العليا يتولى رئاسة مجلس الشيوخ عند توليه المحاكمة البرلمانية (Harding) ضد رئيس الدولة ووزراءه(١١٤). هذا وليس من السهل التخلص من الاعتبارات السياسية حينما يعين القضاة الدستوريين من قبل السلطة التنفيذية بموافقة البرلمان كما في قضاة المحكمة العُليا في الولايات المُتحدة الامريكية، حيث لها دور شبه سياسي ورثته المحكمة بالنظر لوظيفتها الحارسة والمفسرة للدستور(١١٥).

ويُلحظ على أسلوب تعيين قضاة المحكمة العليا أنه قد بني على اعتبارات سياسية أكثر منه قانونية, الأمر الذي يدفع الحكومة نحو اختيار قضاة ذي اتجاه فكري معين مما يجعل السلطة السياسية تؤثر على المحكمة(١١٦). وتؤثر اللجنة القضائية التابعة لمجلس الشيوخ على عملية الاختيار من خلال تأخير التصديق بهدف احراج الرئيس او اختبار مدى عزمه على اجراء تعيين ما, هذا وتنظر اللجنة الى معتقدات المرشحين التي يؤمنون بها قبل إبداء رأيها فيهم, وبشكل عام يبحث النواب المحافظين عن قضاة محافظين ويبحث الليبراليين عن قضاة ليبراليين(١١٧).

يكون ترشيح اختيار القضاة عادةً من نفس حزب الرئيس، مثال ذلك قيام الرئيس ابراهام لينكولن Abraham Lincolnالجمهوري بتعيين ستيفن فليد Steven Feld الذي ينتمي الى الحزب الديمقراطي, وايضاً قيام الرئيس فرانكلين. روزفلت .Franklin Roosevelt الذي ينتمي الى الحزب الديمقراطي بترشيح هارلان فيسك ستون Harlan Fisk Stone الذي ينتمي الى الحزب الجمهوري قاضياً في المحكمة, هذا وان غالبية التعيينات يشغلها شخصيات سياسية بارزة كايرل وارن Earl Warren الذي كان حاكماً لولاية كاليفورنيا عندما عينه الرئيس إيزنهاور رئيساً للمحكمة سنة ١٩٥٤, وترشيح الرئيس الامريكي هاردنغ Harding سنة ١٩٢١ الرئيس السابق للولايات المتحدة الامريكية تافت لرئاسة عضوية المحكمة(١١٨).

ويرى هارولد لاسكي Harold Laskyأن القضاة كلما زادت سلطتهم في الدولة زاد اهتمام السلطة التنفيذية في أن تعين رجالاً في المناصب القضائية يمكنها أن تعتمد عليهم, مما يؤكده تاريخ تعيينات المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية, إذ كان التعيين يبنى على موقف المرشح من المسائل السياسية والاقتصادية(١١٩). مما

(١١٣) د. صالح طليس, محاضرات في القانون الدستوري والأنظمة السياسية, ط١, منشورات زين الحقوقية، بيروت, ٢٠١٢, ص٢٤٣ ؛ د.زهير المظفر, القانون الدستوري والمؤسسات السياسية, ج١, مركز البحوث والدراسات الادارية, تونس, ١٩٩٩, ص٢٢٢ .

(١١٤) د. محمد كاظم المشهداني, المصدر السابق, ص١٧٦ .

(١١٥) دينيس لويد، المصدر السابق، ص ٣٠٥.

(١١٦) د. يحيى الجمل, الأنظمة السياسية المعاصرة, دار النهضة العربية, القاهرة, ب-ت, ص١٧٠ .

(١١٧) شهاب احمد عبدالله النعيمي, المصدر السابق, ص ٧٧.

(١١٨) المصدر نفسه, ص ٧٩.

(١١٩) هارولد لاسكي, الدولة في النظرية والتطبيق, ترجمة: احمد غنيم, كامل زهيري, ط٢, منشورات دار الطليعة, بيروت، ب-ت, ص١٨٦, ١٨٧ .

حصل عندما وقفت المحكمة في وجه تشريعات الرئيس فرانكلان روزفلت Franklan Roosevel, وكان متضامن فيها مع الهيئة النيابية ففكر الرئيس في استصدار قانون يتيح له تعيين عدد إضافي من القضاة في المحكمة بحيث تتوفر له الأغلبية العددية لمواجهة رأي القضاة القدامى, لكن ذلك لم يحصل بسبب شدة معارضة الرأي العام (١٢٠).

اي ان عدم تحديد عدد معين من القضاة وترك ذلك الى السلطة السياسية يعني امكانية زيادة عددهم بهدف التأثير فيهم طالما للاعتبارات السياسية دور في الاختيار. بينما تقوم اغلب النظم المعاصرة بإنشاء مجلس يمثل رجال القضاء ويتولى تسيير شؤونهم يدعى بـ(مجلس القضاء الأعلى), الامر الذي يحول دون تدخل السلطة التنفيذية في القضاء(١٢١). لكن هناك من يؤيد هكذا تدخل في التعيين؛ لان وجود قانون يحدد شروط ومؤهلات القاضي يجعل السلطة التنفيذية ملزمة بمراعاتها(١٢٢).

ومما يؤثر على المحكمة العليا اعطاء الدستور الامريكي لرئيس الدولة سلطة في شغل الوظائف الشاغرة إذ نص على ان «للرئيس ملء جميع المناصب الشاغرة التي تحدث اثناء عطلة مجلس الشيوخ وذلك عن طريق منح تفويضات ينتهي اجلها بنهاية الدورة التالية للمجلس»(١٢٣). وبالتالي يستطيع الرئيس القيام بتعيينات مؤقتة ينتهي اجلها بنهاية الدورة التالية ما لم ينعقد مجلس الشيوخ ويوافق على التعيين مدى الحياة(١٢٤).

لكن الدستور ضمن عدم قابلية القضاة للعزل عندما نص على انه: «.. ويبقى القُضاة في كل من المحكمة العليا والمحاكم الادنى درجة شاغلين مناصبهم ما داموا حسني السلوك، ويتقاضون مرتبات لقاء خدماتهم ولا يجوز إنقاصها اثناء بقاءهم في مناصبهم»(١٢٥).

فلا يجوز إقالة قضاة المحكمة العليا إلا بمحاكمة برلمانية عن طريق الامبيشمنت عند ارتكابهم لخيانة أو فساد, مما اكدت عليه المحكمة العليا في قضية (Myers) عام ١٩٢٦ إذ اقرت للرئيس حق عزل الموظفين الذين أسهم في تعيينهم باستثناء القضاة الاتحاديين (الذين لا يعزلون إلا بمحاكمة برلمانية)(١٢٦).

ومن الناحية العملية يجد د. يحيى الجمل أن الدستور وإن لم يحدد مؤهلات خاصة بالقضاة إلا أن المحكمة العليا وغير ذلك من المحاكم كمحاكم المقاطعات والمحاكم المتخصصة كمحكمة الضرائب تتمتع باستقلال تام عن السلطتين التشريعية والتنفيذية(١٢٧). ويقتصر دور وزير العدل الأمريكي على تمثيل الحكومة في المحكمة العليا وتمثيل

(١٢٠) دافيد كوشمان كويل, النظام السياسي في الولايات المتحدة, ترجمة: توفيق حبيب, مكتبة الخانجي بمصر, ب–ت, ص٢٣ .

(١٢١) د. سليمان محمد الطماوي, السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر الإسلامية, ط٤, دار الفكر العربي للنشر والتوزيع, مصر, ١٩٧٣, ص٢٩٨ .

(١٢٢) سردار علي عزيز, ضمانات المحاكمة العادلة (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية), رسالة ماجستير, مجلس كلية القانون / جامعة السليمانية, ٢٠٠٤, ص١٣ .

(١٢٣) المادة (٣/٢/٢) من دستور الولايات المتحدة الامريكية.

(١٢٤) شهاب احمد عبدالله النعيمي, المصدر السابق, ص ٧٨.

(١٢٥) المادة (١/٣) من دستور الولايات المتحدة الامريكية.

(١٢٦) هارولد زينك وآخرون, المصدر السابق, ص٢١٠, ٢١١ .

(١٢٧) د. يحيى الجمل, المصدر السابق, ص١٦٦, ١٦٧.

الولايات في الشؤون القانونية عامةً[١٢٨].

ويميل الباحث الى ان دستور الولايات المتحدة الامريكية لم يوجد ضمانات كافية للحد من تدخل السلطة السياسية في المحكمة العليا سواء من حيث تعيين اعضائها القائم على اعتبارات سياسية او من حيث عزلهم حيث يكون من الكونغرس لأسباب تتسم بالغموض إذ لم يوجد معيار محدد لفكرة تجاوز «حسن السلوك», او من حيث ضمان الاستقلال المالي إذ لم يوفر للمحكمة ميزانية مستقلة يجري اعدادها من قبل مجلس خاص بالقضاء.

وعليه فان علاقة السلطة السياسية بالمحكمة العليا قد تؤثر في تكوين قناعتها بالنظر لدورها في تعيين القضاة القائم على اعتبار مختلفة وعضويتهم الدائمة, وايضاً لخلو الدستور من تحديد مؤهلات القضاة وعددهم, فضلاً عن سلطة الرئيس في التعيين بمفرده بشكل مؤقت اثناء عطلة مجلس الشيوخ.

الفرع الثاني: قدرة السلطة السياسية في العراق

لم يشر دستور العراق لعام ٢٠٠٥ الى كيفية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا بشكل مفصل, بل نص على أن : (المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وادارياً. وتتكون من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب)[١٢٩]. بينما بقي تشكيلها في الوقت الحاضر يستند الى قانون ادارة الدول للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ إذ بموجبه تؤلف المحكمة من تسعة أعضاء يقوم مجلس القضاء الأعلى أولياً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح الاعضاء, ويختص مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها وفي حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين[١٣٠].

ونص دستور ٢٠٠٥ ايضاً على ان : (القضاة غير قابلين للعزل الا في احدى الحالات التي يحددها القانون...)[١٣١]. بينما لا يجوز وفقاً لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ الصادر استناداً الى قانون ادارة الدولة عزل اي منهم لأي سبب عدا حالتي الإدانة بجريمة مخلة بالشرف والاستقالة, ونص على أن يتقاضى رئيس المحكمة وأعضاؤها راتب وزير ومخصصاته[١٣٢].

والحقيقة ان الاحكام التي جاء بها دستور ٢٠٠٥ من شأنها ان تؤثر السلطة السياسية في المحكمة الاتحادية العليا من خلال ما يأتي:

- ان وجود حكومة توافقية قد يسمح بنقل المحاصصة داخل المحكمة بشكل يؤثر فيها فوجود خُبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون في عضوية

(١٢٨) كاثرين سكلر, حكومة بواسطة الشعب, توزيع وزارة الخارجية–الولايات المتحدة الأمريكية, ب–ت, ص٦٣ .
(١٢٩) المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
(١٣٠) المادة (٤٤) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.
(١٣١) المادة (٩٧) من الدستور العراقي النافذ.
(١٣٢) المواد (١, ٢, ٦/اولًا وثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.

المحكمة يعني وجود اعضاء غير متخصصين. وهم كثيراً ما قد يتأثروا بصلاتهم الاجتماعية والسياسية ومعتقداتهم ودوافعهم الشخصية, مما قد يوسع من النشاط القضائي(١٣٣). كما يعني وجود خبراء الفقه الاسلامي وجود ممثلين للمذاهب الاسلامية المختلفة او للمكونات, وقد ينقلون خلافاتهم الى اعلى صرح قضائي ان لم يؤدي الى تعطيل عملها(١٣٤).

- ان وجود هؤلاء الخبراء والفقهاء يجعل للحكومة دور كبير في الاختيار؛ لانهم يتبعون مراكز علمية حكومية فالترشيح سيكون بيد السلطة التنفيذية.
- لم يحدد الدستور نسب هؤلاء الخبراء والفقهاء في عضوية المحكمة قياساً بعدد القضاة, بل ترك الامر الى التنظيم التشريعي وهو ما يسمح للمشرع بتحديد عددهم او تعديله بقانون آخر.
- ان سن قانون تنظيم المحكمة الإتحادية العليا بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب يعني امكانية صدوره بالتوافق السياسي من قبل السلطة السياسية بالنظر لكون تلك الأغلبية موصوفة, ويعني ايضاً استبعاد اي دور لمجلس الاتحاد في ذلك ما يعقد من التوازن الفيدرالي بين الاتحاد والاقاليم لصالح الاتحاد, ويبقى تأثير الاقاليم قائم من خلال التوافق القائم داخل الحكومة.
- عدم تحديد الدستور لحالات العزل وتركها للقانون يعني امكانية التأثير الحكومي في تقدير ذلك من خلال وضع القانون وتعديله. ونجد انه عند وجود تنظيم تشريعي يجب الخشية من أحد أمرين اما التوسع في حالات العزل لدرجة عدم الاستقرار القضائي او التضييق من العزل لدرجة خلق البيروقراطية في العمل القضائي من خلال احتفاظ الاعضاء بمناصبهم ليصبح لهم قناعات ثابتة حول الدستور وتفسيره في الممارسة ولا سيما ان الدستور لم يحدد مدة معينة لعضوية المحكمة. كما نميل الى تقييد عضوية المحكمة بمدة محددة للحد من ذلك.

فالحماية من العزل لا يعني بقاء القاضي مدى حياته في منصبه مهما كان, بل كل ما يعنيه هو حماية القضاة من احتمال قيام جهة التعيين باستغلالهم عن طريق ما يسمى بـ(إعادة تنظيم القضاء) فتقوم بعزل بعض القضاة والإبقاء على البعض الآخر(١٣٥).

مع العلم ان الدستور لم ينص على ضمان الاستقرار المالي لأعضاء المحكمة بل ترك الامر الى القانون لينظم ذلك وهو ما يسهل التأثير فيهم من خلال تعديل القانون كأن يجري تعديل رواتبهم ومخصصاتهم خلال فترة عملهم .

وعليه فان الاحكام التي جاء بها الدستور قد تسمح للسلطة السياسية بالتأثير في المحكمة الاتحادية العليا من خلال وجود خُبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون في عضويتها ولا سيما ان الدستور لم يحدد عددهم فضلاً عن عدم تحديد الدستور لحالات

(١٣٣) د. شلال محمد حبيب، ضمانات استقلال القضاء في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة الحقوقي، نقابة المحامين العراقيين، ع١-٤، بغداد ١٩٨٣، ص٤٠،٤١؛ د. محمود عاطف البنا, الوسيط في النظم السياسية، ط١، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٨, ص٣٧٦،٣٧٧.

(١٣٤) د. حميد حنون خالد, المصدر السابق, ص ٣٧٧.

(١٣٥) د. محمود عاطف البنا, المصدر السابق, ص٣٧٤،٣٧٥ .

العزل وتركها للقانون, استبعد اي دور لمجلس الاتحاد في ذلك. وذلك النوع من التأثير يتخذ طابع المساس باستقلالية المحكمة, وكان يفترض ايجاد تنظيم معين يجعل التعيين محصور بقضاة متخصصون يعينون باقتراح من مجلس القضاء الاعلى وموافقة مجلس الاتحاد, وان يشترك البرلمان في العزل بمجلسيه ووفق اغلبية موصوفة كونها تمثل رغبة الإرادة العامة للأفراد في الحكم.

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث موضوع النشاط القضائي وفق دراسة دستورية مقارنة يتبين لنا اهم الإستنتاجات والتوصيات الاتية:

اولاً: الإستنتاجات

١. يعني النشاط القضائي قيام القاضي الدستوري بتفسير نصوص القانون والدستور على اعتبارات سياسية او واقعية من دون التقيد بالظروف التي وضع فيها النص.
٢. يظهر ذلك النشاط في الدساتير الجامدة والفيدرالية التي لم تأتي بأحكام تفصيلية لتنظيم السلطة, او الدساتير غير الموجزة لكنها لم تأتي بأحكام واضحة او كانت واضحة في فترة وظروف معينة ثم تغيرت تلك الظروف.
٣. يميل الرأي الراجح الى ان ذلك النشاط يعد مراجعة شرعية للدستور من خلال تفسيره بشكل يواكب تغير الزمن, وان رجحان المصلحة يقتضي الإبقاء على الرقابة القضائية الدستورية.
٤. للنشاط القضائي في الولايات المتحدة الامريكية مجال واسع بالنظر الى اقتضاب نصوص الدستور وطول فترة نفاذه مما اضفى عليه دوراً انشائياً للقانون تارةً, ودوراً موسعاً للتفسير تارةً اخرى, بخلاف تأثيره في العراق الذي هو محدود بالنظر لحداثة تجربة الرقابة الدستورية فيه.
٥. للسلطة السياسية مكنة الحد من النشاط القضائي في النظم محل الدراسة من خلال التدخل في تكوين القضاء الدستوري وتعديل الدستور, فضلاً عن ضبط الاجادة التشريعية.

ثانياً: التوصيات:

١. ندعو القضاء الدستوري الى جعل منهج التفسير المتطور وسيلة احتياطية للتفسير عند عدم كفاية كل من المنهج اللفظي ومنهج البحث عن الإرادة الضمنية للمشرع الدستوري (كاللجوء للقياس ومنهج الكيان الذاتي للنصوص).
٢. نوصي لغرض الموازنة بين قدرة السلطة السياسية على الحد من النشاط القضائي وبين استقلالية القضاة ان يكون تعيين قضاة المحكمة الاتحادية العليا من قبل مجلس الاتحاد باقتراح من مجلس القضاء الاعلى؛ كي يكون نوع من الموازنة بين مصلحة الاتحاد والاقاليم, وعلى الا يتم عزلهم الا باتهام يقدم من ثلاثة ارباع عدد اعضاء مجلس النواب, ثم المحاكمة من قبل مجلس الاتحاد وفق الاغلبية نفسها؛ لان جعل الاغلبية بسيطة او مطلقة يعني عدم وجود رقابة فاعلة لشعور القضاة بانهم عرضة للعزل من ذات الاغلبية المشرعة للقانون محل الطعن, كما يحفظ ذلك استقرار المحكمة بعدم جعلها عرضه للعزل عند فوز اغلبية انتخابية ما, بينما تعكس الاغلبية الموصوفة رغبة الإرادة

العامة من خلال ممثليهم.

٣. للحد تأثير السلطة السياسية نقترح حصر عضوية المحكمة الاتحادية العليا بقضاة متخصصين في المسائل الدستورية, وان تؤلف من هيئتين كي تختص احداهما بنظر الطعن المقدم على القرار الصادر من الهيئة الاخرى. وان يحدد الدستور حالات العزل.

٤. من الافضل تقييد عضوية القضاة في المحكمة الدستورية بمدة محددة؛ لان استمرارهم يعني خلق البيروقراطية في العمل لدرجة خضوع القواعد الدستورية لقناعات خاصة بالقضاة.

٥. ندعو المشرع ايضاً الى التحفيف من حدة الجمود الذي يتسم به الدستور بشأن تعديله كي يسهل للإرادة العامة تعديله بدلاً من الاعتماد على النشاط القضائي, الذي قد يصل درجة المساس بمبدأ الفصل بين السلطات.

٦. من الافضل الاهتمام ببيوت الخبرة البرلمانية بغية ضبط الاجادة التشريعية التي تحد من النشاط القضائي.