كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

OPEN ACCESS

Submitted: 16/10/2021
Reviewed: 9/1/2022
Accepted: 1/2/2022

الميول السياسية للقاضي الدستوري وأثرها في تسبيب الأحكام

عدي طلال محمود

مدرس القانون الدستوري، كلية القانون، جامعة نينوى، العراق

oday.mahmood@uoninevah.edu.iq

ملخص

تبحث هذه الورقة فرضية قيام القاضي الدستوري في العراق باستحضار القيم والتوجهات التي يؤمن بها عند مراجعة دستورية لقانون ما. وهل بإمكانه أن يستعمل هذه القيم، وخاصة السياسية، في حيثيات القرار. إن فرضية البحث مبينة على اعتبارين؛ الأول أن الدستور العراقي النافذ فتح المجال واسعًا أمام القاضي الدستوري، عندما عدد المصادر التي على القاضي الرجوع إليها عند فحص الدستورية، وهي ثوابت أحكام الإسلام، والديمقراطية، والحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور. أما الاعتبار الآخر؛ فإن القاضي الدستوري على تماس مباشر مع الحياة السياسية، من حيث إن عملية اختياره تتم من جهة سياسية غالبًا. وأيضًا، فإن جوهر القضايا التي ينظر فيها هو سياسي. لذا فمن الصعوبة تجريد القاضي الدستوري من ميوله وتوجهاته؛ وإلا أصبح مجرد آلة. لذا يخلص البحث إلى ضرورة إعطاء مساحة عمل للقاضي الدستوري تختلف تمامًا عن المساحة التي يعمل بها القاضي العادي، الذي يكون غالبًا مقيدًا بالنص القانوني؛ فيما على القاضي الدستوري أن يتوسع؛ بالشكل الذي يوازن بين المنهج القانوني والميول السياسية.

الكلمات المفتاحية: القاضي الدستوري، الرقابة الدستورية، الميول السياسية، القانون الدستوري، استقلال القضاء

للاقتباس: محمود، عدي طلال. «الميول السياسية للقاضي الدستوري وأثرها في تسبيب الأحكام»، **المجلة الدولية للقانون**، المجلد الحادي عشر، العدد الثاني، 2022

https://doi.org/10.29117/irl.2022.0223

© 2022، محمود، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية وفقًا لشروط Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0). تسمح هذه الرخصة بالاستخدام غير التجاري، وينبغي نسبة العمل إلى صاحبه، مع بيان أي تعديلات عليه. كما تتيح حرية نسخ، وتوزيع، ونقل العمل بأي شكل من الأشكال، أو بأية وسيلة، ومزجه وتحويله والبناء عليه، طالما يُنسب العمل الأصلي إلى المؤلف.

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

OPEN ACCESS

Submitted: 16/10/2021
Reviewed: 9/1/2022
Accepted: 1/2/2022

Political Predispositions of Constitutional Judges and their Impact on Causation of Judgments in Iraq

Oday Talal Mahmood
Lecturer of Constitutional Law, College of Law, Ninevah University, Iraq
oday.mahmood@uoninevah.edu.iq

Abstract

This research examines the hypothesis that constitutional judges in Iraq may invoke their values, orientations and beliefs in their review of the constitutionality of a specific law. Can the judge use these values, especially the political ones, in the decision's rationale? This hypothesis is based on two considerations, the first is that the Iraqi constitution in force, opens a wide way for the constitutional judge when providing several sources that the they should refer to when examining the constitutionality of laws, which are Islam's settled rulings and democracy, as well as the basic rights and freedoms contained in the constitution. The second consideration is that the constitutional judge is in direct contact with the political life in light of the process of their selection as a judge of the constitutional court which is often carried out by a political party. Also, the fundamental nature of cases under review are political matters. Therefore, it is difficult to strip the constitutional judge from their inclinations and tendencies, otherwise, he/she will become as a mere machine. The research concludes that it is necessary to give the constitutional judge a completely different work limitation from the ordinary judge that is often restricted by the legal text, where the limitations of the constitutional judge must be expanded in a way that balances the legal approach and political predispositions.

Keywords: Constitutional judge; Judicial review; Political tendencies; Constitutional law; Judiciary independence

Cite this article as: Mahmood O., "Political Predispositions of Constitutional Judges and their Impact on Causation of Judgments in Iraq", *International Review of Law*, Volume 11, Regular Issue 2, 2022

https://doi.org/10.29117/irl.2022.0223

© 2022, Mahmood O., licensee QU Press. This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0), which permits non-commercial use of the material, appropriate credit, and indication if changes in the material were made. You can copy and redistribute the material in any medium or format as well as remix, transform, and build upon the material, provided the original work is properly cited.

المقدمة

إن الرقابة الفاعلة على دستورية القوانين اليوم عامل مهم من عوامل نجاح أي حكم ديمقراطي، ومؤشر على وجود نظام ديمقراطي متعافٍ. وفي ذات الوقت، هي علاج فعال للديمقراطية المطلقة التي تمارس بشكل تعسفي أحيانًا؛ إذ بها يُضمن التزام جميع أجهزة الدولة بالدستور؛ لينعم المجتمع بحياة دستورية تضمن عدم عودة الدكتاتورية إلى بلد كالعراق. في مجتمع متعدد ومتنوع يلعب القضاء الدستوري دورًا فاعلًا في ضمان حالة التوازن الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، الذي يجنب البلاد مخاطر الصراعات المستمرة، من خلال تبني توجهات قانونية متوازنة تجاه الأزمات الدستورية. والتوازن المنشود هنا هو التوازن بين الأيديولوجية السياسية السائدة وبين الحفاظ على التنوع المجتمعي الذي يمتاز به العراق. إذًا، على القاضي الدستوري أن يوازن بين هاتين الثنائيتين. وفي اعتقادي أن الدستور قد منح له مساحة واسعة للحركة؛ لخلق حالة التوازن المنشودة من خلال تعدد مصادر فحص الدستورية؛ لكن بشرط أن يحافظ على الاستقلالية والحيادية. إن استقلال القاضي وحياده مطلب أساس لضمان عدالة المحاكمة. وإن الثقة العامة بالقضاء الدستوري تتطلب توضيح هذا الاستقلال ورسم معالمه؛ حتى لا يتهم القاضي الدستوري بعدم الاستقلال بمناسبة، أو بدونها. إن شكل النظام السياسي وقوته لا تحددهما النصوص، وإنما تحددهما الممارسات، وإن صحت هذه الممارسات فسوف تمنح الشرعية لهذا النظام، وتدعم مشروعيته. في العراق، لو تم تفعيل المراجعة القضائية؛ فإن الأمر سيكون مختلفًا. فالنص على حق المحكمة الاتحادية بمراجعة دستورية القوانين جاء واضحًا في المادة 93. ورسم الدستور بوضوح في المادة الثانية المصادر التي يستند إليها القاضي الدستوري في حكمه على قانون ما أنه موافق أو مخالف للدستور؛ لكن القضاء الدستوري لازال مقيد الأيدي عن ممارسة دوره بسبب عدم استناد المحكمة في تشكلها ونظامها على الغطاء الدستوري الذي فرضه دستور 2005؛ حيث لازالت المحكمة تستند في أعمالها إلى الأمر الذي أصدرته سلطة الائتلاف المؤقتة، رقم 30 لعام 2004، الذي استند إلى قانون إدارة الدولة العراقية لعام 2004. ولغاية كتابة هذا البحث لم يصدر قانون المحكمة الذي ألزم الدستور الحالي المشرع بسنه. وهذا أثّر بشكل كبير على القضاء الدستوري العراقي، وأضعف دوره في حماية الدستور وصيانة الحياة السياسية وحماية الحقوق والحريات. مما قلل الجرأة على اتخاذ قرارات أكثر صرامة لحماية الدستور كونه حامٍ للدستور. ولن تتأتى هذه الجرأة؛ إلا من خلال انعتاق القاضي الدستوري من نصوص القوانين العادية والانحياز للدستور والمنطق والعقل، وفتح المجال أمامه واسعًا لتكييف الأحكام بما ينسجم مع الاحتياج الاجتماعي وطبيعة المرحلة.

يفحص هذا البحث فرضية قيام القاضي الدستوري في العراق باستحضار القيم والتوجهات التي يؤمن بها عند فحص دستورية قانون ما. وهل بإمكانه أن يعبر عنها في حيثيات القرار. وأن هذه الفرضية مبينة على اعتبارين؛ الأول: أن الدستور فتح المجال واسعًا أمام القاضي الدستوري عندما عدد المصادر التي على القاضي الرجوع إليها عند فحص الدستورية، وهي ثوابت أحكام الإسلام، والديمقراطية، وحقوق الإنسان؛ فضلًا عن الدستور ذاته. أما الاعتبار الثاني: فإن القاضي الدستوري على تماس مباشر مع الحياة السياسية، من حيث إن عملية اختياره تتم من جهة سياسية، وأيضًا أن جوهر القضايا التي ينظر فيها هو سياسي. لذا من الصعوبة تجريد القاضي الدستوري من ميوله وتوجهاته، وإلا أصبح مجرد آلة.

يهدف هذه البحث إلى رسم مسار قانوني للقاضي الدستوري في العراق؛ عندما يتعاطى مع مصادر فحص الدستورية المتمثلة في الديموقراطية وثوابت أحكام الإسلام، فضلًا عن الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور.

تكمن أهمية البحث في جانبين؛ الأول: أن الدستور فتح الباب على مصراعيه أمام المحكمة الاتحادية، عندما لم يقصر الرقابة الدستورية على نصوص الدستور، وإنما أضاف مصادر أخرى ذات مضامين فكرية متشعبة، وهي ثوابت أحكام الإسلام والديمقراطية والحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور. وهنا ستلعب توجهات القاضي ومواقفه من هذه المصادر دورًا فاعلًا في أعمال الرقابة الدستورية. والجانب الثاني: أن القاضي الدستوري يتعامل مع نص الدستور، الذي هو نتاج إرادة واضعي الدستور، وليس من المعقول أن يتجرد القاضي من ميوله وتوجهاته السياسية عندما يفصل في قضية دستورية ذات صلة وثيقة بالسياسة أو بتفسير إرادة واضعي الدستور. وربما يثار اعتراض بأن المحكمة الاتحادية في العراق لم تأخذ شكلها القانوني الذي رسمه لها دستور 2005 بعد. لذا، فإن من السابق لأوانه البحث في هذا الموضوع، الذي يعد مرحلة متطورة من مراحل تأسيس القضاء الدستوري. وإجابة على هذا الاعتراض؛ فإن من الضروري بيان حقائق الأمور، ورسم الفرضيات التي من المتوقع أن تواجه قضاءنا، التي أهمها قضية الاستقلالية. إن القضاء الدستوري في العراق اليوم بحاجة ماسة إلى بناء أسس متينة تمكنه من أخذ دور فاعل في الحياة السياسية عندما يأخذ الشكلية التي رسمها له الدستور.

وقد تبنّى البحث المنهج المقارن، مع تحليل لبعض النصوص القانونية والقرارات القضائية المتعلقة بموضوعه. وتم تقسيم البحث إلى قسمين؛ في القسم الأول تكلمنا عن حدود سلطة القاضي الدستوري عند فحص دستورية قانون ما، وعلاقة استقلال القاضي بذلك. أما القسم الثاني فتم تخصيصه لمنهجية الاستقلال المنشودة من خلال استقلال نماذج من الاستقلال المفترض في هذا البحث، ومن ثم المساحة التي يتحرك خلالها القاضي الدستوري والأدوات القضائية التي ينبغي تفعيلها للوصول إلى حكم قضائي يتمتع بصورة الاستقلال الذي يهدف إليه هذا البحث.

المبحث الأول: حدود صلاحيات القاضي الدستوري بين السياسي والقانوني

لن نخوض في الصلاحيات التي نص عليها الدستور، ولكن سوف نبحث في المساحة التي حددها الدستور لممارسة هذه الصلاحيات. إن الدستور هو وثيقة سياسية تحتوي على قواعد قانونية، ولا بد من تفسير وفهم هذه القواعد ضمن هذا السياق. لذا سيتناول هذا المبحث المصادر التي يستند إليها القاضي في فحص مدى دستورية قانون ما. ومدى تعلق هذه المصادر باستقلال القاضي الدستوري من حيث استحضار ميوله الفكرية عند تسبيب قرار الرقابة على دستورية القوانين.

المطلب الأول: مصادر فحص الدستورية

في البداية لم تكن الرقابة القضائية على دستورية القوانين مقبولة؛ بحجة الحصانة التي تتمتع بها السلطة التشريعية، وأنها الراعية للحقوق والواجبات، ولا يمكن لأي جهة أن تقيّد سلطتها؛ حتى وإن كانت السلطة القضائية. واستمر هذا الأمر وتعزز بعدم إمكانية القضاء، وهو سلطة غير منتخبة، أن يقيد عمل السلطة التشريعية، وهي سلطة منتخبة من الشعب وتعبر عن رغباته وتطلعاته[1].

1 John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (Harvard University Press, 1980), p. 5.

وكانت الشرارة الأولى في العصر الحديث لتقييد سلطة التشريع في قضية (Dr. Bonham - 1610)، التي حدثت في النظام القضائي البريطاني؛ حيث أشـــارت المحكمة في هذه القضية إلى أن القانـــون إذا كان يتعارض مع المنطق والحق، ويتعارض مع الســـوابق القضائية؛ فمن المســـتحيل العمل به؛ إذ إن من حق القاضي مراجعته والإقرار بأنه باطل[2]. كما أن بإمكان القاضي أن يفحص القانون بالاســـتناد إلى مصـــادر عديدة؛ كالمنطق والحق والعدالة، وحتى القانون الطبيعي، فضلًا عن القوانين السائدة[3]. ولا شك في أن هذه المصادر واسعة، وتحتاج إلى ضابط يحكمها؛ وإلا توسع القضاء ليسيطر بشكل مطلق على جميع السلطات.

ثم تطور الأمر عندما نقلت هذه الفكرة إلى أمريكا عند صياغة دستورها وتأسيس المحكمة الاتحادية العليا، التي اقتصر عملها بداية على فحص مدى تعارض القانون مع الدستور فحسب؛ على اعتبار أن الدستور يتضمن المبادئ والقيم التي توافق عليها واضعوا الدستور، ووافق عليها الشعب. فعندما يبادر القاضي إلى فحص دستورية قانون، ما فإنه يحاكمه إلى نصوص الدســـتور ذاته ليخلص إلى نتيجة مفادها أن هذا القانون يتفق، أو يختلف مع الدستور؛ لكن التطبيقات القضائية أشـــارت إلى أن القاضي الدستوري بدأ يتوسع إلى أبعد من النص الدستوري نفسه، فبدأ يحاكم القانون بالاســـتناد إلى المنطق والعقل والعدالة والحقوق الطبيعية، وأخيرًا في خطوة متطورة تم الاســـتناد إلى ما توافقت عليه أغلبية الشعب باعتبارها مصدر السلطات. وتبرر المحاكم توسعها هذا بأنها تسعى لجعل الدستور يواكب تطورات الحياة، ولجعل النصوص تلبي حاجات المجتمع المتطورة والمتزايدة[4].

أما في العراق فقد جاءت مصادر فحص الدستورية واسعة وذات أبعاد فكرية تتطلب من القاضي الدستوري أن يستحضر عناصر ثلاثة عند فحص الدستورية، وهي كما نصت عليها (المادة الثانية/ أولًا من الدستور):

"أولًا: الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع:

1. لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.
2. لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية.
3. لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور"[5].

فضلًا عن ذلك، نصت المادة (13/ ثانيًا) من الدستور على أنه: "لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور".

إذًا، على القاضي الدستوري، عندما يُطعن أمامه في دستورية قانون ما، أن يستحضر هذه العناصر الثلاثة. إضافة

2 Louis E. Wolcher, "A Philosophical Investigation into Methods of Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom," (13 Virginia Journal of Social Policy & the Law. 239, 245, 2006) 354

3 تتلخص قضية الدكتور بونهام الذي كان أحد خريجي كلية الطب من جامعة كامبرج؛ حيث كان يمارس الطب من دون الحصول على رخصة، وقامت كلية طب في لندن وهي الجهة المسؤولة عن منح رخص ممارسة الطب بمنعه من العمل، والحكم عليه بالسجن؛ مستندةً في ذلك إلى القانون. لكنه طعن بقرارها. وجاء قرار القاضي بجانب الدكتور، معللًا ذلك بأنه لا يمكن أن تكون كلية الطب هي الخصم والحكم في ذات الوقت؛ لأن ذلك يخالف المبادئ العامة للقانون. وأن هذا القانون قد صدر من البرلمان فينبغي إعادة النظر فيه.
McGovney, "The British Origin of Judicial Review of Legislation," (93 Pennsylvania University Law Review 1, 1944), p. 22.

4 Philip Hamburger, "Law and Judicial Duty," (The George Washington Law Review. 1, 12), p. 11.

5 الدستور العراقي النافذ لسنة 2005.

إلى القيم التي نص عليها الدســتور؛ ليقرر في ضوئها دســتورية، أو عدم دستورية قانون ما. إن هذه العناصر ذات أبعاد فكرية واسعة، وهي محط اختلاف فكري، وتفسيرها ضمن المنظومة القانونية يتطلب من القاضي أن يكون له موقف فكري واضح منها. ولا يخفى أن هذه المصادر ذات أبعاد فكرية تحتاج إلى أن يكون لعضو المحكمة الاتحادية موقف واضح منها، ما ســينعكس لا محالة على حيثيات قراره. بالنتيجة سينشــأ قلق كبير من التفسير الواسع لهذه المصادر بالطريقة التي قد ينحاز بها القاضي إلى الأيديولوجية السياســية السائدة على حساب هذه القيم، التي تحتاج إلى دراية علميــة بالمدارس الفكرية التي تفسر هذه العناصر، وقد لا يحيط بها القاضي الدســتوري إذا ما اقتصرت معرفتــه على الجوانب القانونية المجردة. وربما هذا ما دفع واضعي الدســتور العراقي إلى جعل تشــكيلة المحكمة متنوعة لتلبي هذا التنوع الفكري في مصادر فحص الدســتورية. وذلك عندما أشــارت المــادة 92/ثانيًا: "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة، وخبراء في الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون".

ويبقى السؤال قائمًا؛ إلى أي مدًى سوف يؤثر استحضار القيم الفكرية والمعتقدات الدينية والسياسية في حيثيات القرار على اســتقلالية القاضي. هذا لو سلمنا جدلًا بالاستقلالية المجردة للقاضي الدستوري. فعلى سبيل المثال، قد يثار مستقبلًا أن تدريس نظرية داروين في المدارس تتعارض مع المادة الثانية من الدستور وتحديدًا مع ثوابت أحكام الإســلام. فكيف سيتعامل القاضي الدستوري مع هذا الأمر؟ هل سيحكم بعلمه الشخصي، أم سيحتاج إلى سماع رأي الخبراء بالعلوم الإنسانية والعلمية والشرعية للبت في مدى تعارضها مع ثوابت أحكام الإسلام؟ وعلى فرض أنه أثبت ذلك، كيف سيوائم حرية الإنسان في التعلم التي كفلها الدستور، وهي إحدى عناصر فحص الدستورية، مع ثوابت أحكام الإسلام؟ في خضم هذه الاختيارات سيتحتم على القاضي الدستوري أن يستحضر ميوله الفكرية لحسم هذه الخيارات.

حاليًا، يلاحظ المتابع للقرارات القضائية بهذا الخصوص أن القضاء الدستوري العراقي بات مترددًا في التعامل مع هذه المصادر، ويواجه صعوبة في تطبيق المادة الثانية من الدستور التي تحتوي على عناصر ربما يظن البعض أنها لا يمكن أن تجتمع، وهي ثوابت أحكام الإســلام والديمقراطية والحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور[6]. ومنها على ســبيل المثال قرار المحكمة الخاص بالطعن بالمادة 39 من قانون الأحوال الشــخصية العراقي رقم (88) لســنة 1959، الخاص بالطلاق التعسفي؛ حيث إن المحكمة قضت بعدم مخالفة الطلاق التعسفي لثوابت الأحكام، من دون أن تبين معنى هذه الثوابــت[7]. وفي قرار آخر لم تجب المدعي على ادعائه بأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (1041) لســنة 1982، القاضي بمنع بيع العقار من قبل أحد الورثــة إذا كان من بين الورثة أطفال قاصرون؛ حيث ادعى أن هذا القرار يخالف ثوابت أحكام الإسلام المشار إليها في المادة الثانية من الدستور[8]؛ حيث إن المحكمة عللت دستورية القرار بأن ذلك يؤدي إلى تشتيت العائبة وتفرق الأسرة التي هي نواة المجتمع، ولم يتطرق القرار إلى معنى الثوابت لا من قريب ولا من بعيد.

6 Oday Talal Mahmood, "Can the Federal Supreme Court in Iraq Apply the methods of Judicial Review in the Supreme court of U.S," (Alrafidain of law, 23(73), 1-28,2020), p. 20.

7 انظر في تفصيل ذلك قرارًا المحكمة الاتحادية العليا ذوي الأرقام 113/ اتحادية/ 2014، والقرار 95/ اتحادية/ 2014 https://www.iraqfsc.iq/krarat/1/2014/113-fed-2014.pdf، تاريخ الزيارة 15/ 1/ 2022.

8 قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 29/ اتحادية/ 2018، https://www.iraqfsc.iq/krarat/1/2018/29_fed_2018.pdf، تاريخ الزيارة 15/ 1/ 2022.

لذا، ما ندعو له في هذه البحث هو إعطاء مساحة واسعة للقاضي الدستوري؛ لنصل إلى فكرة الاستقلال الإيجابي، ولنحذو بذلك حذو التجارب المعاصرة التي قطعت شوطًا في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ورسمت طريقًا معبدًا لتنظيم سلوكيات القاضي الدستوري بشكل منضبط وواضح. وبالتأكيد لم تتوصل هذه الدول إلى هذه المراحل؛ إلا بعد صراعات وتعثرات قادتها إلى هذا التصور الجامع المانع لدور القاضي الدستوري[9]. والحل المؤقت الذي اقترحه هنا هو تبني المحكمة بجرأة، بحكم اختصاصها التفسيري، لتفسير محدد لهذه المفاهيم الثلاثة (ثوابت أحكام الإسلام، والديمقراطية، الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور) ليكون بذلك سابقة قضائية تسترشد بها المحاكم وتلزم السلطة التشريعية والتنفيذية بها.

إن هذه المصادر المفتوحة تخول القاضي الولوج في كل تفاصيل الحياة اليومية كحام لحقوق الأفراد ومقوم للفعاليات الديمقراطية ومحافظ على الهوية الوطنية؛ لكن هل ينبغي على القضاء الدستوري العمل منفصلًا عن السياسة؟ وهل أن عليه تقنين السياسة أم تسييس القانون؟ وهل الاستقلال الذي يجب أن يتمتع به القاضي الدستوري مشابه، أو مساوٍ للاستقلال الذي يتمتع به غيره من القضاة؟ هذا ما سنحاول تفحصه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: القضاء الدستوري العراقي من التبعية إلى الاستقلالية

منذ الاحتلال البريطاني الذي رسم ملامح القضاء العراقي المعاصر لم يتمتع القضاء بالاستقلال الواقعي؛ حتى إن أحكام محاكم الجزاء الكبرى التي كانت تصدرها الجنايات كانت تخضع لمصادقة الحاكم الملكي البريطاني الذي كان يعد المرجع القضائي في تلك المرحلة. وإلى وقت قريب بقي القضاء العراقي مرتبطًا بالسلطة التنفيذية المتمثلة بوزارة العدلية، أو العدل فهي من تعين القضاة وترشحهم إلى مراتب أعلى وتحدد مهامهم[10]. وأكد هذا التوجه ما نص عليه قانون إصلاح النظام القانوني بأن "القضاء مستقل في الحسم وظيفيًا؛ لكنه مرفق من مرافق الدولة.... ولا توجد في الدولة إلا سلطة سياسية واحدة تقوم بوضع السياسات العامة في الدولة بواسطة التشريع، ثم وظيفة إدارية ووظيفة قضائية"[11]، كما منحت المادة (55) من قانون التنظيم القضائي الحق لوزير العدل بالإشراف على جميع المحاكم والقضاة ومراقبة سلوكهم الشخصي والرسمي[12]. وعلى الصعيد الفقهي نجد أن بعضهم يشدد على بقاء القضاء ملزمًا بالأيديولوجية الاجتماعية السائدة، ولا يجوز له أن ينحرف عن مواثيق الثورة[13]. وهذا الكلام يشمل أيضًا القضاء الدستوري، الذي على ندرة وجوده في التاريخ القضائي العراقي؛ إلا أنه ظل مرتبطًا بالسلطات الأخرى بشكل، أو بآخر. وبعد 2003 أصدر الحاكم المدني الأمر 35 لسنة 2003، الذي أُسس بموجبه مجلس القضاء باعتباره هيئة مستقلة ليكون مشرفًا على النظام القضائي في العراق، بعيدًا عن هيمنة وزارة العدل. وعزز هذا التوجه ما نص عليه قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية في 2004؛ حيث نص صراحة على أن "القضاء مستقل، لا يدار بأي شكل من الأشكال من السلطة التنفيذية ومن ضمنها وزارة العدل"[14].

9 Tara Smith, Judicial Review in an Objective Legal System (Cambridge University Press, 2017), p. 46-66.

10 مدحت المحمود، "القضاء في العراق – دراسة استعراضية"، موقع المحكمة الاتحادية العليا ، https://www.iraqfsc.iq/uploaded/pdf/iraq.pdf (تاريخ الزيارة 22/ 8/ 2021).

11 قانون إصلاح النظام القانوني رقم (35) لسنة 1977.

12 قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.

13 ثروت أنيس الأسيوطي، "القضاء الملتزم والشرعية الثورية"، **مجلة العدالة**، ع 14، س2، ص74.

14 المادة 43 من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام 2004.

أما الدستور الحالي فقد نص في أماكن عديدة على استقلالية القضاء. فقد نصت المادة (87) على استقلالية القضاء وتحديد جهة ممارستها، بأن "السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقًا للقانون"، وهي مدخل لاستقلالية قرار القاضي الذي تم النص على استقلاليته بشكل مترادف في المادة (88) التي نصها "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء، أو في شؤون العدالة"[15]. إضافة إلى ذلك، فقد أكد الدستور على منع القضاة من الانتماء إلى الفعاليات السياسية؛ حيث نصت المادة (98) على أنه "يحظر على القاضي وعضو الادعاء العام ما يأتي: ثانيًا: الانتماء إلى أي حزب، أو منظمة سياسية، أو العمل في أي نشاط سياسي". وبهذا أضفت هذه النصوص صبغة جديدة على السلطة القضائية بأن جعلت منها سلطة مستقلة عن السلطات الأخرى، وليست وظيفة تابعة للسلطة التنفيذية؛ كما كان سائدًا في السابق.

وعلى صعيد التشريعات القانونية؛ لم يوفق البرلمان العراقي مؤخرًا في إصدار قانون خاص بالمحكمة الاتحادية ينسجم مع مبادئ دستور 2005؛ بل لجأ إلى تعديل قانون المحكمة الذي تم إصداره قبل دستور 2005؛ حيث تم إصدار قانون التعديل الأول لـ (الأمر رقم 30 لسنة 2005)، الذي حددت المادة الثانية منه الجهة المختصة باختيار أعضاء المحكمة الاتحادية؛ حيث نصت الفقرة الثانية على أن "يتولى رئيس مجلس القضاء الأعلى، ورئيس المحكمة الاتحادية العليا، ورئيس جهاز الادعاء العام، ورئيس جهاز الإشراف القضائي، اختيار رئيس المحكمة ونائبه والأعضاء؛ من بين القضاة المرشحين، مع تمثيل الأقاليم في تكوين المحكمة، وترفع أسماؤهم إلى رئيس الجمهورية لإصدار المرسوم الجمهوري بالتعيين، خلال مدة أقصاها (15) خمسة عشر يومًا من تاريخ اختيارهم"[16] وبهذا حافظ التعديل أعلاه على صفة الاستقلال للقضاء الدستوري عن السلطة التنفيذية؛ بل وحتى التشريعية، الذي يطابق ما تم تبنيه ما بعد العام 2003؛ لكن يبقى سؤال الاستقلال محط جدل، خصوصًا بعد أن تم استبعاد خبراء القانون وخبراء الفقه الإسلامي من تشكيلة المحكمة الحالية؛ خشية تأثر صفة الاستقلال التي نص عليها الدستور. ولا بد من التأكيد هنا على أن الاستقلال المطلوب في القضاء الدستوري يختلف عما هو الحال عليه في القضاء العادي؛ فنوعية القضايا التي ينظُرها، ومدى تأثيرها الاجتماعي يحتم علينا أن ننظر نظرة مختلفة إلى الاستقلال المطلوب من القضاء الدستوري، وهذا ما سوف نتناوله في المبحث القادم.

المبحث الثاني: الأيديولوجية السياسية السائدة والمنهج القانوني

كما هو معلوم، فإن القاضي الدستوري يتمتع بسلطة تقديرية واسعة؛ إذ لا سلطان على قراراته؛ إلا للسلطة الذاتية، وما تمليه عليه القيم والمبادئ التي يؤمن بها؛ حيث تشكل فهمه للنصوص الدستورية. فلا تخضع قراراته للطعن ولا يخضع لأي سلطة أخرى؛ لكن كيف سيكون هذا الاستقلال، وما حدوده؟ وما المساحة التي يستطيع القاضي الدستوري أن يتحرك فها؟ سنحاول في هذا المبحث بيان حدود سلطة القضاء الدستوري في ضبط الفعاليات السياسية. لنرسم بذلك الحد الفاصل الذي يقيد سلطة القاضي من الولوج في العمل السياسي.

15 الدستور العراقي النافذ لسنة 2005.

16 قانون التعديل الأول، (الأمر رقم 30 لسنة 2005)، قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 25 لسنة 2021، ص10.

مع ملاحظة أن استجلاء الميول السياسية للقاضي من حيثيات القرار القضائي من الصعوبة بمكان؛ لأن القاضي غالبًا ما يحاول أن يحصّن نفسه بالمنهج القانوني لكيلا يتهم بعدم الاستقلالية. لذا سوف يقتصر هذا المبحث على العوامل الظاهرة التي تبرز وتؤثر في ميول القاضي مما يظهر في حيثيات قراره بشكل، أو بآخر.

المطلب الأول: الاستقلال الموضوعي أم الاستقلال الوظيفي

إن القضاء الدستوري لا يمكن بحال من الأحوال فصله عن بقية السلطات؛ لأن هناك تداخلًا كبيرًا بين طبيعة علاقة المحكمة مع تصرفات السلطات الأخرى، فهو مراقب ومقوم للتصرفات السياسة والقانونية التي تصدر من السلطات الأخرى. وهو أي القاضي بذات الوقت مواطن يتمتع بحقوق؛ منها الحقوق السياسة، كحق اعتناق الأفكار السياسية؛ لكن إلى أي مدى ينبغي أن يحافظ القاضي على استقلاليته؟ لا شك أن قرارات المحكمة يجب أن تكون مستقلة عن تأثير السلطات الأخرى التنفيذية والتشريعية. إذًا، هو استقلال وظيفي وليس موضوعيًا، أو شكليًا.

من الناحية الشكلية، لا يمكن تصور تحقق الاستقلال، طالما أن أعضاء المحكمة يتم اختيارهم من قبل السلطة التشريعية والتنفيذية، هذا من جانب؛ أما الاستقلال الموضوعي، فإيضاح يتعذر تحققه؛ لأن المحكمة تعالج وتفْصل في قضايا ذات جوهر سياسي بحت. ويكمن الدور السياسي للقاضي في الاستناد إلى الدستور الذي بموجبه سمح للقضاء الدستوري بممارسة صلاحيات على تماس بالواقع السياسي، كالمصادقة على نتائج الانتخابات، والنظر في الطعون الانتخابية، والرقابة على دستورية القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية[17]. وهنا لا بد من إيجاد مفهوم جديد للاستقلال الذي ينبغي أن يتمتع به القاضي الدستوري؛ ألا وهو الاستقلال الوظيفي.

إذًا، ماذا نعني بالاستقلال الوظيفي؟ ببساطة، إن الاستقلال الوظيفي يكمن في أن المحكمة عند ممارستها لوظيفتها الرقابية والتفسيرية؛ ينبغي أن تكون بعيدة عن تأثيرات السلطات الأخرى في البلد. ونلاحظ أن كثيرًا من الدول تبنت الاستقلال الوظيفي؛ فمنعت القاضي من ممارسة أي نشاط سياسي خلال فترة عمله[18].

أما على صعيد القضاء الدستوري؛ فقد حرص القضاء على الالتزام بالاستقلال الوظيفي من خلال صورتين، هما؛ الاستقلال الإيجابي، والاستقلال السلبي. ومن الأمثلة على الاستقلال الوظيفي السلبي ما يعرف بمبدأ السؤال السياسي الذي أسس له القضاء الدستوري الأمريكي؛ حيث إن القضاء الدستوري يمتنع عن النظر في القضايا التي بإمكان السلطات الأخرى النظر فيها وحسمها، أو أن هناك نصًا دستوريًا واضحًا يمنع المحكمة من النظر في قضايا معينة، أو تخويل جهات أخرى النظر في قضايا معينة. وخير مثال على هذا الاستقلال في التطبيقات القضائية الأمريكية ما أقرته المحكمة العليا بخصوص صلاحيات الرئيس التي يتمتع بها بسلطة تقديرية غير مقيدة؛ فلا يجوز للمحكمة أن تتدخل فيها مالم تمس حقوق الأفراد[19]. وكذلك نأت المحكمة بنفسها عن النظر في طريقة تشكيل

17 فراس طارق مكية، "لمحات استراتيجية حول قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية"، المنظمة العربية للقانون الدستوري، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (2017)، ص17، تاريخ الزيارة: 22/ 5/ 2020، https: / /www.idea.int

18 المصدر نفسه.

19 Jared P. Cole, The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers (Washington, DC: Congressional Research Service, 2014), p. 3.

الولايات، ومدى انطباقها مع الشكل الذي أقره الدستور؛ إذ أصرت المحكمة على أن من واجب الكونجرس تحديد ما إذا كانت الولاية المستحدثة تتوافق مع الشكل الذي أقره الدستور، ولا يجوز للمحكمة أن تتدخل في هذه المسائل باعتبارها خاضعة لمبدأ السؤال السياسي الذي لا يمكن للمحكمة أن تبت فيه[20].

ضمن هذا الإطار، يمكن توصيف ما قام به القضاء الدستوري المصري من الامتناع عن النظر في دستورية القوانين المخالفة للشريعة، التي صدرت قبل التعديل الدستوري لعام 1980؛حيث فسر البعض هذا التوجه بأن المحكمة تحاول تجنب الصدام مع النظام السياسي الذي قد لا يتقبل الحكم بعدم دستورية قانون ما، قد يوثر على الوضع الاقتصادي للدولة[21]. ومن القضايا المشهورة بهذا الخصوص قضية الطعن في دستورية المادة 229 من القانون المدني المصري، التي أجازت أخذ غرامات تأخيرية، حال التأخر عن تسديد مبالغ عن إيجار عقارات الدولة، وقد عد الطاعن ذلك نوعًا من أنواع الربا؛ مما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية الواردة في المادة الثانية من الدستور، التي منعت سن أي قانون يتعارض مع هذه المبادئ[22].

وقد حاولت المحكمة الاتحادية العليا في العراق تطبيق هذا المبدأ عندما نأت بنفسها عن النظر في كثير من المسائل؛ بحجة أن على السلطة التشريعية البت في هذا الأمر أولًا. ومنها على سبيل المثال عدم النظر في القرارات ذات الطابع الإداري للسلطة التشريعية، كقبول الطعن في صحة العضوية في مجلس النواب وإقالة أصحاب الدرجات العليا. وكذلك امتنعت عن النظر في الطعن بخصوص قانون تعديل انتخابات مجالس المحافظات؛ كونه خيارًا تشريعيًا لمجلس النواب أقره له الدستور[23].

أما الاستقلال الوظيفي الإيجابي، فيتحقق عندما تبادر المحكمة إلى إبراز صلاحياتها وتفعيلها لمواجهة السلطات الأخرى لتؤكد من خلال ذلك حريتها في ممارسة هذه الصلاحيات التي رسمها الدستور وفقا للإطار الذي يضمن حماية الحقوق والحريات. وكمثال على ذلك؛ ما أقرته المحكمة العليا في الولايات المتحدة في القضية الشهيرة المقامة ضد الرئيس نيكسون؛ حيث ادعى الرئيس بأن لديه حصانة بموجب مبدأ الامتياز التنفيذي، وهو الحق في حجب المعلومات عن الفروع الحكومية الأخرى للحفاظ على سرية الاتصالات داخل السلطة التنفيذية، أو لتأمين المصلحة الوطنية، وبالتالي لا يجوز للمحكمة مطالبته بتقديم تسجيلات صوتية داخل البيت الأبيض تتعلق بقضية (United States v. Nixon)؛ إلا أن المحكمة ردت هذا الادعاء بأن أقرت بوجود هذا الامتياز لكنه في نطاق ضيق وبشرط؛ إلا يعيق اجراءات القضاء وتحقيق العدالة[24]. وبالتالي حققت المحكمة استقلالا عن هيمنة الرئيس وادعائه الحصانة وأكدت عدم خضوعها لإرادة الرئيس.

20 Ibid, 12

21 محمد صلاح عبد البديع السيد، **الدور السياسي للقاضي الدستور دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام الدستورية ذات الصبغة السياسية**، دار النهضة العربية، 2010، ص33.

22 قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم 20، مايو 1985، السنة الأولى، https://manshurat.org/node/64067 (تاريخ الزيارة: 14/ 7/ 2020).

23 انظر على سبيل المثال قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ذي العدد 99/ اتحادية/ 2019، https://www.iraqfsc.iq/krarid/99_fed_2019.pdf، (تاريخ الزيارة: 12/ 7/ 2020).

24 United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974); Oyez, https://www.oyez.org/cases/1973/73-1766 (accessed: Sep 11, 2020).

ومن صور الاستقلال الوظيفي (الإيجابي) ما أقرته المحكمة الاتحادية العليا في العراق في قرارها حول الاستقلال المالي والإداري للمحكمة في القرار 19/ 2017، الذي رفض بموجبه تدخل السلطة التشريعية في تعيين القضاة؛ حيث أبطلت المحكمة المادة 3/ 5 من قانون مجلس القضاء رقم 45 لسنة 2017 التي اشترطت موافقة مجلس النواب على تعيين شرائح معينة من القضاة، وعدت المحكمة ذلك خرقًا لمبدأ الفصل بين السلطات وتدخلًا في شؤون السلطة القضائية[25]. وعزز ذلك بالقرار رقم 38/ 2019، الذي قرر عدم دستورية المادة الثالثة من أمر سلطة الائتلاف المؤقت الخاص بتشكيل المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2004، الذي نص على أن يرشح مجلس القضاء أعضاء المحكمة الاتحادية؛ حيث أكدت المحكمة على ضرورة تشريع قانون ينسجم وأحكام الدستور النافذ بالشكل الذي يضمن استقلاليتها[26]. وقد حسم مجلس النواب العراقي هذا الجدل بإصداره قانون التعديل الأول لـ (الأمر رقم 30 لسنة 2005)، الذي حددت المادة الثانية منه الجهة المختصة باختيار أعضاء المحكمة الاتحادية[27].

بفكرة الاستقلال الوظيفي هذه سوف نلقي الكرة في ملعب المحكمة لتقرر بكامل حريتها الأحكام بعيدة عن هيمنة السلطات الأخرى. وهنا سوف يبرز دور فاعل للقاضي الدستوري؛ لكن في نفس الوقت لا يمكن تجريد القاضي من ميوله وتوجهاته التي اكتسبها جراء تطور الحياة الاجتماعية، التي ينبغي أن يحكم فيها العقل والمنطق لحماية القيم الاجتماعية السائدة. وحتى لا يكون مجرد أداة لتطبيق القاعدة القانونية؛ بل هو يسهم بشكل فاعل في تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة. أي أنه ينبغي أن يستحضر هذه الخبرات والقيم الاجتماعية بعيدًا عن ضغوط السلطات الأخرى. إن تحقيق الاستقلال الوظيفي واقعًا خطوة مهمة باتجاه فك الارتباط التاريخي بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية المتمثلة بوزارة العدل.

إن الاستقلال الوظيفي يقودنا إلى تساؤل آخر، وهو هل من الضروري أن يكون لدى القاضي الدستوري استقلال من نوع آخر وهو الاستقلال الفكري؟ بمعنى آخر، هل بإمكان القاضي أن يعبر عن توجهاته القانونية وفهمه للقيم والمبادئ الدستورية بعيدًا عن أيديولوجية الدولة السائدة؟ خاصةً إذا ما علمنا، كما استنتجنا أعلاه، أن عملية الاستقلال الكلية من الصعوبة أن تتحقق؛ للتداخل الحاصل بين وظيفة القاضي الدستوري وطبيعة الموضوعات التي يتعرض لها في الدعاوى القضائية. فالعلاقة المتبادلة تحتم التأثير والتأثر في نفس الوقت. إن التجارب المقارنة تشير بشكل واضح إلى أن إجراءات اختيار القاضي الدستوري تخضع أحيانًا لعملية الاختيار؛ ولكن هذا سيرتب عبئًا على القاضي للسعي لإثبات استقلاليته الفكرية عند أول قضية تواجهه والانحياز إلى المنطق القانوني والأخلاقي[28]. على سبيل المثال، يحرص الرئيس في أمريكا على اختيار القاضي القريب من أفكار الحزب

25 قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد 19/ اتحادية/ 2017 https://www.iraqfsc.iq/krarat/1/2017/19_fed_2017.pdf (تاريخ الزيارة 22-6-2021)

26 قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد 38/ اتحادية/ 2019 متاح على الرابط https://www.iraqfsc.iq/krarat/1/2019/38_fed_2019.pdf (تاريخ الزيارة 22-6-2021)

27 نصت الفقرة الثانية على أن "يتولى رئيس مجلس القضاء الأعلى، ورئيس المحكمة الاتحادية العليا، ورئيس جهاز الادعاء العام، ورئيس جهاز الإشراف القضائي، اختيار رئيس المحكمة ونائبه والأعضاء؛ من بين القضاة المرشحين، مع تمثيل الأقاليم في تكوين المحكمة، وترفع أسماؤهم إلى رئيس الجمهورية لإصدار المرسوم الجمهوري بالتعيين خلال مدة أقصاها (15) خمسة عشر يومًا من تاريخ اختيارهم".

28 عاطف سالم عبد الرحمن، **دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي**، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010، ص68.

الذي ينتمي له الرئيس؛ بل إن بعض الرؤساء قام باختيار القضاة المقربين منه، وممن عمل معه سابقًا؛ لكن سرعان ما يحرص القاضي على إثبات استقلاليته عن أول قضية تمس الرئيس. وهذا ما حدث مع القاضي نيل جورسوش الذي اختاره الرئيس ترامب؛ لكنه سرعان ما وقف ضد توجهات ترامب في قضايا عديدة، منها القضايا المتعلقة بحماية المثليين[29]. إذا لا بد للقاضي أن يثبت استقلاله الفكري عن الأيديولوجيا السياسية السائدة؛ لكن هذا لا يعني أن يستقل القاضي الدستوري عن المجتمع، وأن يعزل نفسه عن الحياة السياسية بحجة الاستقلالية؛ لأن التفاعل مع المجتمع سوف يضفي للقاضي الدستوري ميزة تمكنه من صياغة القرارات بالشكل الذي يراعي فيه إرادة المجتمع وصيانة حقوقه. إن انعتاق القاضي الدستوري من الأيديولوجيا السائدة على حساب حاجات المجتمع المتطورة سوف يجعل منه حاضرًا في تفاصيل الحياة، ومنها السياسية بشكل حيوي وفاعل. وهذا لن يمنع القاضي من تبني توجهات وآراء معينة، طالما أنها تلبي الحاجات الاجتماعية[30].

وأمام هذا الاستقلال المنشود لا بد للقاضي من أدوات قانونية واضحة تحدد معالم هذا الاستقلال وتحصن القاضي من الانحياز لميوله الفكرية في قضايا ذات أبعاد سياسية خالصة تتطلب منه أن يوازن بشكل دقيق بين مصالح متعارضة. لنصل إلى خلاصة مفادها أن القاضي الدستوري يجب أن يتدخل في قوننة السياسة؛ لكن ما حدود هذه التدخل وآلياته؟ وهذا ما سوف نبحثه في القسم التالي من هذا البحث.

المطلب الثاني: دور القاضي الدستوري في قوننة السياسة

إن البحث في السؤال الذي مفاده هل أن القاضي الدستوري يمارس دورًا قضائيًا أم سياسيًا أثناء نظره في الدعوى أصبح مُلحًا؟ وقد انقسم الفقه حيال ذلك، فهناك من أصر على أن مهام القاضي هي تطبيق وتفسير الدستور بشكل مجرد، بعيدًا عن الصراعات السياسية. وإذا ما لوحظ على القاضي ميله نحو جهة على حساب أخرى؛ فإن ذلك يعد خرقًا لمبدئي استقلال القضاء والفصل بين السلطات. وهذا الرأي يمثل الاتجاه التقليدي الذي يرى بأنه لا يجوز له أن يحيد عن المبادئ الأيديولوجية السائدة في البلد، وإنما ينحصر دوره في مجرد تطبيق الدستور واتباع الأيديولوجية القائمة[31].

فعلى سبيل المثال، ذهبت المحكمة العليا في أمريكا سابقًا في قضية كانت تحاول الإجابة على التساؤل التالي؛ هل يعتبر إجبار الطلبة على تحية العلم اليومية في المدارس خرقًا لحرية التعبير، التي نص عليها التعديل الأول من الدستور؟ حيث أجابت المحكمة بأن هذا الأمر يخرق الدستور؛ حيث إنه لا يجوز إجبار الناس على اعتناق أفكار ومبادئ معينة؛ حتى لو كانت تمثل الأيديولوجية السياسية السائدة في البلد. وتؤكد المحكمة بأن القاضي الدستوري لا يمكن أن يقحم مفاهيمه الخاصة للحرية والوطنية في تفاصيل القضية؛ بل إن عليه أن يفسر الدستور كما هو بعيدًا عن الميول الذاتية[32]. ونلاحظ أن القاضي كان عبارة عن أداة لتطبيق الدستور بعيدًا عن ميوله الشخصية؛ حتى وإن تعارضت مع الأيديولوجية الحاكمة.

29 Bostock v. Clayton County (2020), 590 U.S: Oyez, https://www.oyez.org/cases/2019/17-1618 (accessed: Sep 16, 2020).

30 Richard A. Posner, How Judges Think. New Delhi (Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd., 2008), p. 174.

31 السيد، ص21.

32 West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624 [1943], Oyez, https://www.oyez.org/cases/1940-1955/319us624 (accessed: Sep 11, 2020).

وفي حالةٍ معاكِسةٍ، فإن المحكمة الدستورية في تركيا كانت الحامية الأساس للنظام العلماني في تركيا، وكانت الحصن المنيع ضد أي انتهاك للأيديولوجية السياسية التي أسسها مصطفى كمال اتاتورك. وكانت هذه المحكمة قد احتكرت لنفسها أحقية تفسير الدستور وفقًا للرؤية السياسية السائدة، وعلى هذا الأساس قامت المحكمة بمنع الأحزاب الإسلامية التي تشكل تحديًا كبيرًا للفكرة العلمانية السائدة في الدولة[33]، وبذلك غلبت النص الدستوري المحض وفقًا لرؤية السلطة الحاكمة على مصالح أخرى منها حماية الديمقراطية. وبذلك استحضر القاضي ميوله السياسية وبشكل مؤثر في الأحكام.

أما في إيران، فإن الدستور ابتكر فكرة ربط النظام السياسي مع المرجع الديني، أو الولي الفقيه باعتبارها مصدرًا أساسيًا للأيديولوجية التي تقوم عليها السلطة. لهذا ينبغي أن تنصب كل تصرفات الدولة والأفراد تجاه احترام وطاعة هذه القيم؛ بوصف مخالفتها نقضًا للقيم الدستورية المرتبطة بفكرة المرجع الديني. وقد ترجمت هذه الفكرة إلى قوانين، فعلى سبيل المثال؛ منع قانون الصحافة الصادر في عام 1995 التشكيك بمبدأ ولاية الفقيه، أو التعرض للإسلام[34]. ونلاحظ أن هناك انحيازًا من القاضي للنص الدستوري والأيديولوجيا السائدة، وإعمالًا لميوله وتوجهاته الفكرية.

لكن هل بات هذا التوجه التقليدي لدور القاضي مقبولًا اليوم في ظل توسع دور القضاء الدستوري وثبات فاعليته كحامٍ للدستور تجاه تعسف السلطة المستمر. لا شك أن القضاء الدستوري على تماس مباشر مع الحياة السياسية اليوم. فهو قضاء ذو طابع سياسي نسبة إلى الموضوعات التي يتناولها، ومن حيث طريقة تشكيله التي يحددها الدستور غالبًا[35].لقد اختلفت النظرة اليوم إلى القاضي الدستوري، وبرزت له مكانة تختلف كليًا عن القاضي العادي. فالقاضي الدستوري يمارس عملًا سياسيًا بنسبة كبيرة؛ حيث إنه ملزم بتحقيق الرؤى الوطنية والاستجابة للرأي العام والاعتبارات الاجتماعية، ويميل إلى التوجهات الشخصية ضمن الأداء القانوني والتفاعل مع صناع القرار السياسي[36]؛ لكن الاختلاف اليوم منصبّ على المساحة التي يتحرك خلالها القاضي الدستوري.

لقد ساهمت الآراء الفقهية والأعراف الدستورية والقضائية في تكوين صورة مقبولة عن دور للقاضي الدستوري في المجال السياسي، الذي انعكس بشكل كبير على قراراته وتوجهاته في حيثيات القضية. دور يسهم في قوننة الصراعات السياسية باعتباره طرفًا مستقلًا؛ لا تابعًا للسلطة الحاكمة والأيديولوجيا السائدة. إذًا بإمكان القاضي الدستوري اليوم إخضاع جميع الفعاليات السياسية لحكم القانون، وهي خطوة مستحدثة لإعطاء مساحة

33 Gunes Murat Tezcur, Constitutionalism, Judiciary, and Democracy in Islamic Societies (Polity 39(4): 479-501, 2007) 492, see also, Nathan J. Brown & Julian G. Waller, Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges (International Journal of Constitutional Law 14(4):817-850, 2017) 820.

34 محمد فوزي النويجي وعبد الحفيظ علي الشيمي،" تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون"، **مجلة كلية القانون الكويتية العالمية**، ع2، ج2 (2017)، ص33.

35 عدنان عاجل عبيد،" الطبيعة القانونية للقضاء الدستوري "، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية**، ع2، (2016)، ص551.

36 Ran Hirschl, "The Oxford Handbook of Political Science" in Robert E. Goodin (eds.) The Judicialization of Politics (2011), p. 14. See also, Stacie Hunt, "The Judicialization of Politics in Canada and the United States" (2013). Honors Projects. p. 39, https://scholarworks.bgsu.edu/honorsprojects/39 (accessed: Aug. 11, 2020).

واسعة للقضاء لإنفاذ حكم القانون على هذه الأنشطة[37]. عمليًا؛ سيؤدي هذا إلى توسيع نطاق سلطات المحكمة في تحديد نتائج السياسات العامة من خلال الرقابة عليها.

من جانب آخر، وأمام تنامي دور القاضي الدستوري، ركز الفقه الدستوري على سلوكيات القاضي الدستوري الذي يلعب دورًا أساسيًا في الحياة السياسية. ولخطورة هذا الدور جرت محاولات لضبط توجهات القاضي الدستوري، خاصة وأنه يأتي بناءً على ترشيح السلطات الأخرى. وهي جهات سياسية بحتة، ولا شك أنها تسعى إلى تحقيق مصالح سياسية من جراء هذه التعيينات. لهذا يحرص القاضي الدستوري على أن يحيط توجهاته بأعلى صور التقييد الذاتي؛ حتى لا يتم الطعن فيه[38]. إن عملية ضبط هذه التوجهات تأتي عادة من المشرع الدستوري عندما يحدد آلية تشكيل المحكمة وآليات عملها بشكل مستقل بالطريقة التي تمنعها من الانحياز سياسيًا. وغالبًا ما تأتي عملية الضبط من المحكمة نفسها عندما تحدد لها منهجًا قانونيًا واضحًا في قراراتها يجنبها الانزلاق في منزلق عدم الاستقلالية، كما سوف نلاحظ عند الحديث عن أدوات القاضي الدستوري في فحص الدستورية لاحقًا.

ولو قبلنا جدلًا بهذا التوجه؛ فإن انحياز القاضي الدستوري ينبغي أن يكون للمبادئ الدستورية أولًا، لا إلى أيديولوجية السلطة الحاكمة؛ حتى لا يشكل ذلك خرقًا لاستقلالية القاضي. وعلى القاضي أن يراعي المبادئ الدستورية ككل، لا أن ينظر إليها من زاوية السلطة الحاكمة وإلا عد ذلك تكريسًا للتوجهات الدكتاتورية المتعارضة مع مبادئ الديمقراطية. وإذا ما توصلنا إلى أن القاضي الدستوري يتمتع بصلاحيات مميزة في طريقه القوننة السياسة، بعدها سوف نحاول الوصول إلى الأدوات التي على القاضي الدستوري استخدامها عند صياغة وتسبيب الأحكام ضمن الدور الذي رسم له دستوريًا.

المطلب الثالث: أدوات القاضي الدستوري في فحص الدستورية

يمارس القاضي الدستوري عملية تفسير مزدوجة، أولها عندما يُطلب منه تفسير نص دستوري أشكل فهمه على السلطات الأخرى. والطريقة الثانية عند الرقابة القضائية على الدستورية التي تتطلب من القاضي القيام بعملية تفسير الدستور بالطريقة التي تمكنه من التحقق من مدى مطابقة القانون المطعون به مع الدستور. وفي كلا الحالتين يتبع القاضي الدستوري مناهج تفسيرية متعددة. على سبيل المثال، في البلدان التي قطعت شوطًا في مجال القضاء الدستوري لا تصدر قرارات القضاء الدستوري غالبًا بالإجماع وإنما دائمًا ما تجد هناك أكثر من رأي في القضية الواحدة. وسبب ذلك يرجع إلى الخلفيات الفكرية التي يعتنقها قضاة المحكمة الدستورية، على سبيل المثال، لم ينص الدستور الأمريكي صراحة على حق المحكمة العليا في الرقابة على دستورية القوانين؛ لكن القضاء الدستوري الأمريكي انتزع هذ انتزاعًا. فهذا القضاء الذي يمتلك الحق في تفسير الدستور في قضية ماربوري ضد ماديسون في عام 1803، قام بتفسير الدستور بطريقة أعطى الحق لنفسه بمراجعة القوانين والقرارات للتأكد من مدى مطابقتها للدستور.

37 Paul G. Kauper, "Schubert: Constitutional Politics, Schmidhauser: The Supreme Court, McClosky: The American Supreme Court" (59 The Michigan Law Review, 1961), p. 659. https://repository.law.umich.edu/mlr/vol59/iss4/18. (Accessed: May 11, 2021).

38 رمزي الشاعر، **رقابة دستورية القوانين – دراسة مقارنة**، مطابع دار النشرة، القاهرة، 2004، ص756.

ومـــن هنا انطلقت شرارة المراجعة القضائية في أمريكا لتأخـــذ دورًا فاعلًا في كل تفاصيل الحياة اليومية. وقد ترتب على هذا الانتزاع توســـع نطاق المراجعة القضائية، فلم يكتف القضاء بحماية المبادئ الدستورية فحسب؛ بل توسع ليشـــمل القيم والمبادئ الاجتماعية؛ بل وحتى السياســـية التي يعتقد القاضي أنها جديرة بالحماية؛ حتى وُصف هذا التدخـــل القضائي بأنه خطر يهدد ويقوض الديمقراطية في أمريكا؛ لأنه يحجّم دور الســـلطة التشريعية المنتخبة من قبل ســـلطة غير منتخبة[39]؛ بل ذهب البعض إلى أحقية القاضي الدستوري في أمريكا بأن يعبر عن ميوله السياسية في القرار القضائي بحجة أنه تم اختياره من جهة سياســـية، أو لأنه يفصل في موضوع سياسي[40].. إذًا، تتعدد العوامل التي تؤثر في قرار القاضي الدستوري، ومنها توجهاته وميوله الفكرية، وفهمه للقيم الدستورية والاجتماعية. ولهذا ينبغي له استحضار أدواته القانونية التي يضبط بها هذه الميول والتوجهات.

بالتأكيد، ســـوف تســـاعد عوامل كثيرة في تشكيل قناعة القاضي، منها؛ شـــخصية، وهي موضوع بحثنا، ومنها خارجية. وأهم هذه العوامل هي مدى جدية وقوة الدفوع التي يقدمها أطراف الدعوى، التي تدخل في مجال الإثبات والمرافعات. تقليديًا، عند عرض القضية على القاضي العادي؛ فإنه ســـيواجه ســـؤالين جوهريين، الأول هو السؤال القانوني، وهو أي قانون ســـوف يطبق؟ والسؤال الآخر سؤال الوقائع؛ أيّ الوقائع سوف يعتمد؟ ومن خلال مزج هذين الســـؤالين سوف تبرز إمكانية القاضي في التكييف القانوني؟ وهو بذلك ســـيعتمد على خبراته القانونية، وما يقدمه الخصوم من وقائع. والملاحظ أن للقاضي مســـاحة واسعة جدًا لاستخدام الأدوات المعرفية القانونية في تقييم الدفوع في الدعوى. إن دور القاضي بدأ يتطور لينتقل من مجرد أداة لتفسير النصوص، والتطبيق الحرفي للنصوص إلى وســـيلة فاعلة للموازنة بين الحقوق والمصالح. سابقًا كان القاضي يستخدم لتبرير حكمه فكرة المسؤولية التقصيرية، أو العقديـــة من خلال تقدير الأضرار والمســـببات لها، أو قد يقوم بتقدير الملاءمة والتناســـب، أو الموازنة بين المنافع والأضرار المترتبة عن تصرفات أطراف الدعوى[41]. والتقرير بأن المسؤولية المفترضة لصاحب التصرف هي مسؤولية ببذل عناية، أو تحقيق غاية، أو الاســـتعانة بمعيار الرجل المعتاد، أو الحريص، أو غيرها من المعايير القانونية. وعندما يواجه القاضي صعوبات في النزاع تتجاوز معرفته وثقافته العامة، يســـتعين بالخبراء الفنيين لبيان جوانب فنية يعجز عن إدراكها بحكم التخصص؛ لكن القاضي الدستوري ينبغي أن يتبنى، إضافة إلى ما سبق، أدوات أكثر انسجامًا مع حاجات المجتمع، أو أن يطوع الأدوات السابقة لجعلها تتناسب مع المجال الدستوري. فالنزاع الدستوري ليس بين الأفراد، أو بين الأفراد والدولة على مصالح معينة؛ بل هو أوسع من ذلك بكثير، إنه نزاع بين مصالح وحقوق الأفراد تجاه الحكومة وتجاه المجتمع، أو بين المجتمع والحكومة، أو بين السلطات الحكومية.

وفي ضوء ذلك، ظهرت مناهج تفسيرية متعدد في أمريكا كانت انعكاسًا للتوجهات المختلفة للقضاء. ومن هذه المناهج المنهج الأصولي (Originalism)، الذي أكد على أن تفســـير الدستور يكون بالنظر إلى معاني النصوص من وجهة نظر واضعي الدســـتور؛ أي ما كان في ذهنهم عند صياغة الدستور. أما المدرسة الثانية فهي المدرسة النصية، أو النصوصية (Textualism)، التي تدعو إلى تفســـير نصوص الدستور مباشرة بعيدة عن السياقات التاريخية وما أراده المشرع؛ بل إن كلمات الدســـتور كافية لتعطي المعاني المطلوبة في التفسير؛ أما المنهج التفسيري الثالث، فعرف

39 Ibid, p. 101.

40 See n. (33) 39.

41 عدي طلال محمود شاهين، **رقابة القضاء على الموازنة بين المنافع والاضرار في القرار الإداري**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2006، ص44.

بالتفسير الحي (Living Interpretation)، الذي أكد واضعوه على أن الدستور يمتلك معاني متجدد تتطور وفق حاجات المجتمع[42]. وفي خطوة أكثر عمقًا يقوم القاضي الدستوري باستعمال المعقولية، وهي من المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها القضاء الدستوري اليوم؛ حيث يستخدم فيها القاضي إمكاناته القانونية لبيان مدى معقولية النصوص القانونية. ويُنظر إلى المعقولية على أنها مرتبطة بطريقة، أو بأخرى بمجموعة واسعة من المفاهيم المحملة بالقيمة مثل العدالة والإنصاف والعدالة والحياد والتعاطف[43]. وهنا بدون شك، سيلعب مفهوم القاضي لهذه القيم دورًا مهمًا في الحكم الذي سيصدره. إن الأساس العقلاني هو معيار مهم يجب أن يتصف به أي تشريع، بغض النظر عن الموضوع، أو الآثار. يجب أن يكون لجميع التشريعات أساس عقلاني، أي أنه يجب أن يرتبط بشكل معقول بمصلحة مشروعة للدولة. وهنا يبرز دور القاضي، الذي يعد اختبارًا حقيقيًا لاستقلالية القضاء الدستوري.

كما هو معلوم، فإن المجال الرحب لاستخدام مبدأ المعقولية هو مجال المسؤولية التقصيرية؛ لكن في المجال الدستوري فإن المعقولية تأخذ حيزًا أكبر في الترجيح بين المصالح المتضاربة، بين القيود التي تفرضها القوانين وحريات الأفراد، وبين مصلحة الحكومة ومصلحة الأفراد، بعبارة أشمل الموازنة بين المصالح الدستورية. هذه الاختيارات قد تظهر الاختلاف في وجهات النظر تجاه هذه المصالح ومدى توافقها مع أهداف المبادئ الدستورية. فإذا كان الهدف المنشود من المبدأ الدستوري هو حماية حقوق الأفراد؛ فإن المعقولية تقتضي أن وجهة نظر الأفراد هي التي تكون واجبة الحماية من قبل القاضي الدستوري، وإذا كان الهدف المنشود من المبدأ الدستوري هو حماية المجتمع؛ فإن المعقولية أن تكون مصلحة المجتمع أولى بالحماية...إلخ[44]. وفي هذه اللحظة ستظهر آثار ميول القاضي في عملية الترجيح بين هذه المصالح بعيدًا عن الأدوات القانونية التي انتهت بإقرار وجود مصالح متضاربة قريبًا من التوجهات الفكرية والمواقف من الفرد والحكومة والمجتمع. وعندئذٍ ينبغي أن يرجح القاضي بين هذه المصالح تبعًا للمنظومة الفكرية التي يؤمن بها.

ولكي يضمن القضاء الدستوري استقلاليته وعدم انحيازه، عند استخدام مبدأ المعقولية، على القاضي الدستوري أن يضع معايير قانونية لضبط المعقولية، ويبين الأسباب التي قادته إلى اتخاذ هذا الحكم دون غيره. وهذه المبادئ تمثل أساس عمل النظام القانوني الذي يعتمد على السوابق القضائية. فإذا ما اتفقت وقائع قضية ما مع وقائع قضية جديدة؛ فإن القاضي يبدأ بفحص مدى تحقق هذه المبادئ مع وقائع القضية الجديدة. فعلى سبيل المثال، إن القاضي الدستوري في أمريكا قد ألزم نفسه بهذه المعايير التي تعد كاختبار يستند عليها القاضي لفحص مدى التعارض بين حقوق الأفراد ومصالح الحكومة. في قضية ملخصها أن ولاية فرجينا كان لديها معهد عسكري مخصص لتدريب الرجال فقط، وتم الطعن بدستورية قبول الرجال فقط على اعتبار هذا انتهك بند الحماية المتساوية في الدستور، الذي يمنع على أي ولاية حرمان مواطنيها من الحماية المتساوية أمام القانون. وقد بررت المحكمة بأن هناك مصلحة

42 David Strauss, “The Living Constitution” (Oxford University Press, USA, 2010), p. 3-4; 34-36.

43 Silvia Zorzetto, "The Uses of Reasonableness in the Constitutional Interpretation and Arbitration: A Comparative and Theoretical Analysis about the Law in Action" (KILAW Journal, vol. 8, no. 8, 2020), p. 60.

44 Brandon L. Garrett, "Constitutional Reasonableness" (2017) 102 Minnesota Law Review 61-126), p. 70 https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3836) accessed: Sep 1, 2020).

حكومية معتبرة تجيز هذا التمييز بين الجنسين. وهنا قامت المحكمة العليا في أمريكا بوضع ثلاثة معايير، أو مبادئ لفحص المصلحة التي ادعتها الحكومة من تشريع هذا القانون؛ ألا وهي: (1) يجب أن تكون مصلحة الحكومة مقنعة؛ (2) يجب أن يكون القانون منصبًا بشكل محدد لتحقيق هذه المصلحة الملحة؛ (3) يجب أن يحتوي القانون على أقل الوسائل تقييدًا لحقوق الأفراد[45]. لقد باتت هذه المعايير بمثابة مرشد للقاضي الدستوري عند فحص مدى دستورية قانون يطعن به بسبب تعرضه لحقوق الأفراد. وكما يلاحظ، على الرغم من تقييد المحكمة لنفسها بهذه المعايير؛ إلا أن الكرة لازالت في ملعب القاضي لتحديد ما هو مقنع، أو غير مقنع، أو أن المصلحة متحققة أم لا، وهل أن الوسائل مقيدة لحقوق الأفراد أم لا. وهذه الترجيحات سوف يمارسها القاضي ضمن مبدأ المعقولية، فإذا اجتازت اختبار العقلانية أي أن هناك مبررًا منطقيًا لإصدار هذا القانون سينتقل القاضي إلى مستويات تدقيق أعلى. ومستويات التدقيق التي يمارسها القاضي الدستوري تتدرج بحسب أهمية الحق محل النزاع. فإذا كان الحق أساسيًا ومنصوصًا عليه في الدستور كالحماية المتساوية ومنع التمييز العنصري، أو مسائل حرية التعبير، فإن المحكمة تدقق بشكل صارم؛ أي تلزم الحكومة بإثبات أن هناك مبررًا حقيقيًا مقنعًا لانتهاك هذا الحق. ثم بعد ذلك، إذا كان الحق محل الانتهاك يتمتع بأهمية متوسطة تدقق المحكمة مدى كون القانون الذي يقوض الحق منصبًا فقط على تحقيق المصلحة المعتبرة للحكومة في هذا الانتهاك دون استحضار مصالح أخرى. وأخيرًا، إذا كان الحق المنتهك أقل أهمية تبدأ المحكمة بالتخفيف من شدة التدقيق لتبحث مثلًا عن الأعباء التي سيشكلها هذا الانتهاك على حقوق الأفراد[46]. ونلاحظ التدرج في الحماية الذي تمارسه المحكمة من خلال معايير ثابتة؛ لكن يبقى للقاضي المجال واسعًا لتقرير ما هو مقنع، أو غير مقنع، أو كون المصلحة الحكومية ملحة أم لا. وأخيرًا إذا اقتنعت المحكمة بوجود مبرر حقيقي، وأن هناك مصلحة حكومية معتبرة فلها أن تفحص مقدار العبء الذي سيقع على المواطن جراء إقرار هذه المصلحة.

وفي قضية أخرى، اعتمدت المحكمة على معيار آخر وهو معيار المقبولية العامة؛ حيث أقرت في قضية ملخصها أن المدعى عليه تمت إدانته بناءً على فحص خداع ضغط الدم الانقباضي؛ لكنه طعن وطلب شهادة الخبير للتحقق من صحة هذا الاختبار؛ لكن المحكمة رفضت وحكمت بإدانته طالما أن هذا الدليل الإلكتروني حظي بمقبولية عامة في المجال العلمي. بمعنى آخر، أكدت المحكمة على قبول استخدام الوسائل العلمية في الإثبات القضائي إذا تجاوزت مرحلة التجربة وحصلت على مقبولية عامة في الوسط العلمي[47]، ولا شك أن هذا المعيار يفتح للقاضي الدستوري مجالًا واسعًا لإقرار مدى تحقق المقبولية العامة لأنه سيحتاج في إثبات ذلك إلى الآراء العلمية بهذا الخصوص. ومنها مثلًا الاستعانة بأصحاب الاختصاص بتقنيات الحاسوب لبيان مدى انضباط هذه الأدلة لتكون ذات حجية في الأحكام القضائية. وربما سيحتاج أيضًا إلى الاطلاع على أرقام وإحصائيات تبين مدى تحقق المقبولية العامة من عدمها.

45 West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette, [1943] 319 U.S. 62, https://www.oyez.org/cases/1995/94-1941 (accessed: Sep 11, 2020).

46 Kelso, R. Randall. "United States Standards of Review versus the International Standard of Proportionality: Congruence and Symmetry," (39 Ohio Northern University Law Review. 455, 485 (2013), p. 455.

47 Frye v. United States (1923), 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923) https://www.oyez.org/cases/1995/94-1941 (accessed: Sep 11, 2020).

ووفقًا للمنهاج أعلاه نجد أن القاضي لا بد أن يستحضر ميوله السياسية بشكل أكبر في منهجي الدستور الحي والمعقولية فالحاجات والمصالح المتجددة التي يدعو إليها أصحاب هذه النظرية ما هي إلا انعكاس لحاجات وميول الطبقة السياسية الحاكمة، والمعقولية المنشودة هي التي تتطابق مع المصالح العليا للمجتمع وللطبقة الحاكمة، ولكن عليه أن يضبط حيثيات قراراته بالمنهجية القانونية الرصينة؛ حتى لا يتهم بعدم الاستقلالية. أما بخصوص موقف القضاء الدستوري العراقي رغم حجية قراراته وإلزاميتها للسلطات كافة التي نصت عليها المادة (94) من الدستور؛ إلا أن المحكمة لازالت في مرحلة التفسير الحرفي لمواد الدستور، كما لاحظنا في القرارات التي تم استعراضها سابقًا، ولم تصل بعد إلى مرحلة المعقولية والمقبولية في قراراتها، وربما يعود سبب ذلك إلى حداثة المحكمة وعدم استقرار وضعها القانوني. وربما باستقرار تشكيلة المحكمة وتطور آليات عملها وتوسع آفاق القضاء من خلال الإيمان الحقيقي بفكرة أن دور القاضي الدستوري يختلف عن دور القاضي العادي؛ سيجعل من قرارات هذه المحكمة أكثر انسجامًا مع نصوص الدستور التي ينبغي أن تفسر بشكل يلبي حاجات المجتمع.

الخاتمة

إن وظيفة القاضي الدستوري تختلف تمامًا عن وظيفة القاضي العادي، ولا تقل أهمية عن المشرع في تحقيق مصالح المجتمع. وربما يؤدي قرار قضائي غير مدروس إلى إشعال حرب أهلية، أو تقويض حق أساسي من الحقوق التي نص عليها الدستور. لذا فإن المنطقة التي يتحرك فيها القاضي الدستوري خطرة، وتحتاج منه إلى أن يوازن بين القيم الدستورية التي نص عليها الدستور وبين التوجهات السياسية السائدة، أو التي تؤثر في توجهات القاضي نفسه. ويبقى الأمر الضروري الذي على القاضي الدستوري، عند تسبيب الأحكام، أن يحصن نفسه بالمنهج القانوني، وإن كانت ميوله السياسية حاضرة في حيثيات القرار. إن عملية استظهار ميول القاضي السياسية لم تكن واضحة وسهلة ومباشرة؛ حيث إنه غالبًا ما يلجأ إلى إخفاء ميوله السياسية في حيثيات القرارات؛ حتى لا يتهم بعدم الاستقلال؛ لكن مع ذلك تم استعراض ما يقارب 10 قرارات دستورية مقارنة لاستنتاج وجود هذه الميول بشكل، أو بآخر. ولكن تبقى حداثة الموضوع في العراق، على أقل تقدير، مسألة جديرة بالنظر عند فحص الميول السياسية في القرارات الدستورية، ويكفي أن هذا البحث أثار هذه المسالة نظريًا، وربما يمهد للقاضي الدستوري مستقبلًا ليكون أكثر جرأةً في التعامل مع قضية التوجهات والميول السياسية، ويقدمها بشكل معزز بالمنهجية القانونية التي دعى إليها البحث. وإن كان القضاء الدستوري العراقي انتقلت هيكليته الإدارية والمالية من التبعية إلى الاستقلال؛ إلا أنه لازال ينظم عمله قانون صدر قبل صدور الدستور الحالي. إضافة إلى غياب تفسير واضح للمادة الثانية من الدستور؛ أدّى إلى إضعاف دور القضاء الدستوري بشكل أكبر؛ لأن هذه المادة تعد المحك الأقوى لفحص مدى استقلالية القاضي الدستوري، وإلى أي حد بإمكانه أن يستحضر ميوله الدستورية عن النظر في دستورية قانون ما.

والحل هنا يكمن في طريقين. الأول هو الإسراع بتشكيل المحكمة بالهيكلية التي أقرها الدستور ليتحمل كل طرف في هذه التشكيلة مسؤوليته الاخلاقية والقانونية والفكرية عن تفسير هذه المفاهيم بما ينسجم مع احتياجات المجتمع، وبما يُؤمن تفعيل هذه المادة بشكل يضمن عدم تعطيل الدستور. والأمر الآخر، أن تصدر المحكمة قرارًا

تفسـيريًا يحدد مقاربات للمفاهيم التي نصت عليها المادة الثانية من الدسـتور "ثوابت أحكام الإسـلام، ومبادئ الديمقراطية، والحقوق والحريات الأساسية التي نص عليها الدستور"؛ حتى يتمكن من فحص دستورية أي قانون مستقبلًا في ضوء هذا السابقة القضائية. ووفقًا لذلك سوف يكون للقاضي الدستوري دورٌ أساسٌ في قوننة السياسة وفقًا لأحكام الدستور.

المراجع

أولًا: العربية

الأسيوطي، ثروت أنيس. "القضاء الملتزم والشرعية الثورية"، **مجلة العدالة**، ع 14، س2.

السـيد، محمد صلاح عبد البديع. **الدور السـياسي للقاضي الدسـتور دراسـة تحليلية نقدية لبعض الأحكام الدستورية ذات الصبغة السياسية**، دار النهضة العربية، 2010.

الشاعر، رمزي. **رقابة دستورية القوانين: دراسة مقارنة**، 2004، مطابع دار النشرة، القاهرة.

شـاهين، عدي طلال محمود. "رقابة القضاء عـلى الموازنة بين المنافع والاضرار في القرار الإداري"، **ماجسـتير**، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2006.

عبد الرحمن، عاطف سالم. **دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي**، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010.

عبيد، عدنان عاجل. "الطبيعة القانونية للقضاء الدستوري"، **مجلة المحقق الحالي للعلوم القانونية والسياسية**، ع2 (2016).

المحمود، مدحت. **القضاء في العراق –دراسة استعراضية**، كتاب منشور في موقع المحكمة الاتحادية العليا، 2010.

مكية، فراس طارق. "لمحات استراتيجية حول قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية"، المنظمة العربية للقانون الدستوري، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات (2017).

النويجي، محمد فوزي والشـيمي، عبد الحفيظ علي. "تفسير القاضي الدسـتوري المضيف ودوره في تطوير القانون"، **مجلة كلية القانون الكويتية العالمية**، ع2، مج2 (2004).

ثانيًا: الأجنبية

References:

Abd Al-Rahmān, ʿāṭif Sālim. *Dawr Al-Qaḍā' Al-Dustūrī fī Al-IṢlāḥ Al-Siyāsī wa Al-Ijtimāʿī wa Al-IqtiṢādī.* (in Arabic), Duktūrāh, Kullīyat al-Ḥuqūq, Jāmiʿat ʿAyn Shams, 2010.

Al-Asyūṭī, Tharwāt Anīs. "Al-Qaḍā' Al-Multazim wa Al-Sharʿiyyah Al-Thawriyyah," (in Arabic), *Al-ʿadālah Magazine*, no. 14, 2nd year.

Al-Maḥmūd, Midḥat. *Al-Niḍām Al-Qaḍā'ī fī Al-ʿIrāq. Dirāsah Istiʿrāḍiyyah*, (in Arabic), 2010.

Al-Nuwaijī, Muḥammad Fawzī & Al-Shimī, Abd Al-ḥāfiẓ Alī. "Tafsīr Al-Qāḍī Al-Dustūrī Al-Muḍīf wa Dawruhu fī Taṭwīr Al-Qānūn," (in Arabic), *Magazine of the International Kuwaiti Faculty of Law*, vol. 2, no. 2 (2004).

Al-Sayyid, Muḥammad Ṣalāḥ ʿAbd Al-Badīʿ. *Al-Dawr Al-Siyāsī liQāḍī Al-Dustūr. Dirāsah Taḥlīliyyah Naqdiyyah libaʿḍ Al-Aḥkām Al-Dustūriyyah dhāt Al-Ṣibghah Al-Siyāsiyyah*. (in Arabic), Dār Al-Nahḍah Al-ʿarabiyyah, 2010.

Al-Shāʿir, Ramzī. *Raqābat Dusturiyyat Al-Qwānīn. Dirāsah Muqāranah*, (in Arabic), Maṭābiʿ Dār Al-Nashrah, Cairo 2004.

Brown, Nathan J. & Waller, Julian G. *Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges* (International Journal of Constitutional Law 14(4):817-850, 2017).

Cole, Jared P. *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers* (Washington, DC: Congressional Research Service, 2014).

Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980).

Garrett, Brandon L. *Constitutional Reasonableness* (102 Minnesota Law Review 61-126, 2017).

Govney, Mc. *The British Origin of Judicial Review of Legislation* (93 Pennsylvania University Law Review 1, 1944).

Hamburger, Philip. "Law and Judicial Duty," *72 The George Washington Law Revie,* vol. 1, no. 12, (2003).

Hirschl, Ran. "The Oxford Handbook of Political Science" in Robert E. Goodin (eds), *The Judicialization of Politics* (2011).

Hunt, Stacie. *The Judicialization of Politics in Canada and the United States* (Honors Projects, 2013).

Kauper, Paul G. "Schubert: Constitutional Politics, Schmidhauser: The Supreme Court, McClosky: The American Supreme Court," 59 *The Michigan Law Review* (1961).

Kelso, R. Randall. *United States Standards of Review versus the International Standard of Proportionality: Congruence and Symmetry* (39 Ohio Northern University Law Review. 455, 485 (2013).

Makiyyah, Firās Tāriq. *Itiḥādiyyah Al-ʿulyā fī Al-ʿirāq. Al-Mu'assasah Al-Duwaliyyah lil-Dimuqrāṭiyyah wa Al-Intikhābāt,* (in Arabic), Al-Munaẓẓamah Al-ʿarabiyyah lil-Qānūn Al-Dustūrī. Lamaḥāt Istrātijiyyah ḥawla Qānūn Al-Maḥkamah Al- Shāhīn, 2017.

Posner, Richard A. *How Judges Think. New* Delhi (Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd., 2008).

Smith, Tara. *Judicial Review in an Objective Legal System* (Cambridge Univ Press, 2017).

Shahin, Oday Talal Mahmood. *Can the Federal Supreme Court in Iraq Apply the methods of Judicial Review in the Supreme Court of U.S.*? (Alrafidain of law, 23 (73), 1-28, 2020).

——. *Raqabāt Al-Qaḍā' ʿalā Al-Muwāzanah bayna Al-Manāfiʿ wa Al-Aḍrār fī Al-Qarār Al-Idārī.* (in Arabic), Mājistīr, Kullīyat al-Ḥuqūq, Jāmiʻat al-Mawṣil, 2006.

Strauss, David. "The Living Constitution" (Oxford University Press, USA, 2010).

Tezcur, Gunes Murat. *Constitutionalism, Judiciary, and Democracy in Islamic Societies* (Polity 39(4): 479-501, 2007).

ʿUbayd, ʿAdnān ʿājil. "Al-Tabīʿah Al-Qānūniyyah lil-Qaḍā' Al-Dustūrī," (in Arabic), *Al-Muḥaqqiq Al-Hali lil-ʿulūm Al-Qānūniyyah wa Al-Siyāsīyyah*, no. 2 (2016).

Wolcher, Louis E. *A Philosophical Investigation into Methods of Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom* (13 Virginia Journal of Social Policy & the Law. 239, 245, 2006).

Zorzetto, Silvia. *The Uses of Reasonableness in the Constitutional Interpretation and Arbitration: A Comparative and Theoretical Analysis about the Law in Action* (KILAW Journal, Vol. 8, no. 8, 2020).