مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية

Retroactive effect of unconstitutional judgment

المدرس الدكتور سوز حميد مجيد

قسم القانون / كلية القانون / جامعة السليمانية

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام: ٢٠١٩/٤/٢٥
القبول: ٢٠١٩/٦/٩
النشر: صيف ٢٠١٩

Doi:
10.25212/lfu.qzj.4.3.12

الكلمات المفتاحية:
Unconstitutionality,
Power,government
Constitutional review,stability
legal security,
authority,principle

الملخص

غني عن البيان مدى الحجية التي يتمتع بها الحكم بعدم الدستورية في مواجهة كافة سلطات الدولة، الأمر الذي ينعكس بطبيعة الحال على الأثر الرجعي لهذا الحكم، إذ أن نص القانون محل الحكم يعد معيبا من تاريخ نشأته، من ثم يكون الحكم بعدم الدستورية مقررا لما فيه، مع الوضع في الإعتبار استقرار المراكز القانونية التي اكتسبت قبل الحكم كذلك ما يتعلق بالأمن القانوني.

وجدير بالذكر أن الحكم بعدم الدستورية لا يبطل نص المادة المعيب ولا يلغيه، إذ أن الغاء هذا النص يكون من اختصاص السلطة التي تسنه، فالقول بخلاف ذلك يعد انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات، وطالما لا تملك المحكمة الاتحادية العليا الغاء النص المحكوم

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

Federal Supreme Court,law.

بعدم دستوريته، فهي من باب أولى ليس لها الحق في تعديله، إذ أن تعديله يكون بموجب إجراءات معينة نص عليها الدستور العراقي.

مقدمة

لما كانت الرقابة الدستورية هي أحد أوجه ضمانات مبدأ المشروعية، الذي مفاده مطابقة نص القانون أو اللائحة للدستور، فإن تلك الرقابة تتجسد فيما يصدر عن المحكمة الإتحادية العليا من قرارات، تكون ذات حجية مطلقة تلتزم بها كافة المحاكم الأخرى وكافة سلطات الدولة، إعمالا لأهمية الآثار المترتبة على الحكم الدستوري.

غني عن البيان، أن تلك الحجية التي تتمتع بها الأحكام الدستورية مستمدة من طبيعة الدعوى الدستورية ذاتها من جهة، والي نصوص الدستور العراقي الدائم من جهة أخرى، أما الأولى تعني أن الدعوى الدستورية تتمتع بطبيعة خاصة، إذ انه ليس هناك ثمة مصلحة شخصية فيها كالدعاوي العادية التي تُنظر أمام القضاء العادي على سبيل المثال، وإنما مصلحة موضوعية مفادها فحص دستورية نص قانون أو لائحة والإقرار بدستوريته من عدمه.

أما من جهة أخرى فإن الدستور العراقي ذاته اعترف صراحة بتلك الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الإتحادية العليا من خلال ما نص عليه في المادة 94 من الدستور العراقي الدائم بقوله إن "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة".

بناء عليه ليس هناك خلاف حول نفاذ القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا بمجرد صدورها، ولكن تثور الإشكالية حول آثار تلك القرارات، هل تنفذ بأثر فوري بمجرد صدورها الأمر الذي يعطي لتلك القرارات الطبيعة المنشئة. أم أن تلك القرارات تنفذ بأثر رجعي من تاريخ استصدارها مما يعطي لتلك القرارات الطبيعة المقررة أو الكاشفة؟

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى إبراز الدور الذي تعلبه قرارات المحكمة الاتحادية من حيث الأثار القانونية، فعلي سبيل الحكم بعدم الدستورية وفقا للقاعدة العامة له أثر رجعي من حيث الزمان، إذ أن نشأة النص المحكوم بعدم دستوريته معيبه منذ البداية حتى ولو حكم ذلك في وقت لاحق، على الرغم من أن المشرع العراقي عبر في أكثر من دستور متعاقب على أن حكم المحكمة الدستورية يلغي النص، الأمر الذي يتوخى على الباحثة أن تبرزه أيضا إذ أن القول بإلغاء نص القانون بقرار المحكمة الاتحادية العليا قد يشوبه خرق لمبدأ الفصل بين السلطات.

نطاق البحث:

ينحصر نطاق البحث في آثار الحكم بعدم الدستورية من حيث الزمان فقط، إذ أن القرارات الصادر من المحكمة الاتحادية العليا لها نوعان من الأثار، الأولى مكانية، أي تنفذ في جميع أقاليم الدولة وكافة مؤسساتها وعلى جميع أفرادها. وهو يخرج عن نطاق البحث- أما الثانية، متعلقة بالأثر من حيث الزمان، وهي قاصرة على بيان الأثر الرجعي والفوري لقرارات المحكمة الاتحادية العليا.

منهجية البحث:

تعتمد الدراسة على تحليل نصوص الدستور العراقي الدائم بشأن المحكمة الاتحادية العليا كذلك قانون المحكمة ذاته، ومقارنته بالوضع في مصر، وما أشار له الفقه المصري فيما يتعلق بسريان أحكام المحكمة الدستورية العليا من حيث الزمان. من ثم تكون الدراسة تحليلية مقارنة.

خطة البحث:

يقسم البحث إلى مبحثين متتاليين، الأول يتناول الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، أما المبحث الثاني يتناول الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية على النحو التالي؛

المبحث الأول: ماهية الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

المطلب الأول: مفهوم الأثر الرجعي.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

المطلب الثالث: معوقات الأثر الرجعي.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لعدم الدستورية النص التشريعي.

المطلب الأول: عدم الدستورية وبطلان النص التشريعي.

المطلب الثاني: عدم الدستورية وإلغاء النص التشريعي.

المبحث الأول

ماهية الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية

لما كان قرارات المحكمة الاتحادية العليا لها الحجية المطلقة في مواجهة الكافة وذلك بالتوقف عن تطبيق النص اعتباراً من ذلك التاريخ، من ثم فإن تلك القرارات مؤداها هو عدم تطبيق النص المحكمة بعدم دستورية سواء قانون أو لائحة ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع، والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية.

كما أن القول بعدم سريان الحكم الصادر بعدم الدستورية بأثر رجعي يؤدي إلى نتيجة يأباها المنطق، والعدل، إذ أن سريان هذا الحكم بأثر فوري يعني أن الخصم الذي دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية أحد النصوص، ورأت المحكمة جدية هذا الدفع، وأمهلته لرفع الدعوى الدستورية لن يستفيد من الحكم الصادر في هذه الدعوى، لأن سريان الحكم الصادر بعدم دستورية النص الذي طعن في دستوريته بأثر فوري، ومباشر يعني بمفهوم المخالفة عدم سريانه على تاريخ سابق لصدوره، ونشره في الجريدة الرسمية، وهذا يعني عدم استفادة المدعي الذي أثار الدفع بعدم دستورية النص الذي طعن في دستوريته بأثر فوري، وهذا يعني بمفهوم المخالفة عدم سريانه على تاريخ سابق لصدوره، ونشره في الجريدة الرسمية، وهذا يعني أيضا عدم استفادة المدعي الذي أثار الدفع بعدم دستورية النص من الحكم الصادر بعدم الدستورية بحسبان أن الاستفادة من ذلك تتطلب سريان هذا الحكم بأثر رجعي، وهذه مفارقة لا تتفق مع ثمة منطق قانوني.

المطلب الأول: مفهوم الأثر الرجعي.

المطلب الثاني: معوقات الأثر الرجعي.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الأول: ماهية الأثر الرجعي

إنَّ الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية تكون إمّا رفض الدعوى الدستورية، أي الحكم بدستورية النص التشريعي المطعون فيه، أو الحكم بعدم دستورية النص التشريعي، محل الطعن والجدير بالذكر أن الحكم الصادر برد الدعوى الدستورية، أي الإقرار بدستورية التشريع لا يثير أية مشكلة بصدد تحديد النطاق الزمني لتنفيذه[1]، ذلك لأنه في هذه الحالة تبقى الأوضاع مستقرة كما هي ويستمر تطبيق النص على العلاقات الجديدة في المستقبل وتطبقه المحاكم فيما يعرض عليها من منازعات ويظل النص موجودًا ونافذاً إلى أن يلغى بالطرق المقررة قانوناً[2].

أولا: تعريف الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية:

يُمكن تعريف الأثر الرجعي على انه ذلك القرار الذي يظهر مفعوله وتطبيقه على فترة زمنية تعود إلى ما قبل فترة استصداره[3]، وبعبارة أخرى يمكن القول إن الأثر الرجعي هو الاستناد إلى ظروف سابقة وإحلالها على الوقت الحاضر[4].

وترى الباحثة أن الأثر الرجعي لا يعد جزاء إجرائيا للنص الذي حكم بعدم دستوريته، فالمحكمة الاتحادية العليا لا توقع جزاءات، وإنما توقف عمل النص المعيب بعيب عدم الدستورية، نظرا لعدم مطابقته

---

(1) – جدير بالذكر أنه بموجب الدستور الدائم للعراق لعام2005 أصبحت المحكمة الاتحادية العليا تمارس اختصاصات واسعة جدًا تتجاوز ما كانت عليه في قانون إدارة الدولة العراقية، فهي غير محصورة في الرقابة على دستورية التشريعات بل تشمل صلاحيات مراقبة الإتحاد وسير العمل فيه، وحفظ التوازن بينه وبين سلطات الأقاليم، وذلك من خلال فض المنازعات الدستورية الناشئة بينها مما يؤدي في نهاية الأمر إلى أن الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية تكون متنوعة في مواضيعها وفقا لما ذكرته المادة 93 من الدستور.

(2)– د. مها بهجت الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تقرير دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد، 2009، ص229.

(3) – د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، 2003، ص450،451

(4) – د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط5، دار النهضة العربية، 2005، ص621.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مع الأصول الدستورية التي تستلزم إتخاذ الوسائل القانونية لتخريج النص التشريعي على نحو يتطابق مع الدستور.

ولم يختلف المشرع المصري عن نظيره العراقي حيث أن الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية لديه "مؤداه إبطالها بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ العمل به"[5] أي أن "مؤدى عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم [6] لا يقتصر على المستقبل فحسب، وإنما ينحسب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي للحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم"[7].

وقد جاء تعديل نص المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم 168 لسنة 1998 ليؤكد ما ذهبت إليه المحكمة في رجعية أثر حكمها إلى تاريخ العمل بالنص الذي قضي بعدم دستوريته فجاءت الفقرة الثالثة من المادة 49 بعد تعديلها على النحو التالي:

"يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له

---

[5] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في 1998/1/13، الجريدة الرسمية العدد 3 في 1998/1/15، ص 216.

[6] هذا في ظل نص المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديله بالقانون رقم 167 لسنة 1998 حيث كان يجري على النحو التالي: "يترتب على الحكم بعدم دستوريته نص في قانونٍ أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم" فإذا كان الحكم بعد الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى هذا النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

[7] وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 8714 لسنة 66ق جلسة 1999/3/14 س 50، ع1، ص 388، الطعن رقم 3908 لسنة 63 ق جلسة 1999/8/30 س50 ص 104، وكتمن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية في محكمة النقض قد انتهت إلى هذا في حكمها الصادر في الطعن رقم 777 لسنة 61 ق، جلسة 1999/5/18، وانظر مناهضة بعض الفقهاء للأثر الرجعي لبطلان النصوص القانونية نتيجة للحكم بعد دستوريتها سمير تناغو، إبطال التشريع بأثر رجعي هو كل المشكلة، مقال منشور في جريدة الأهرام في 1998/2/27.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

في جميع الأحوال إلا أثراً مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص[8].

ثانيا: محل الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية:

غني عن البيان أن ما يحال إلى المحكمة الاتحادية العليا، النصوص القانونية أو اللائحية، بالمعني الفني الدقيق، وهو ما عبر عنه الدستور العراقي بمصطلح " القوانين النافذة"[9]. وهذا أمر بدهي إذ أن الرقابة التي تبشرها تلك المحكمة هي رقابة دستورية لاحقة وليست سابقة[10]، أي أنه عقب إصدار النص التشريعي وتطبيقه على أرض الواقع قد تثور مظنة عدم دستوريته، الأمر الذي يمكن عرض هذا النص على المحكمة الاتحادية العليا من خلال الطرق التي حددتها على سبيل الحصر[11].

جدير بالذكر أن القواعد القانونية تكسب صفة الإلزام بإتمام عملية الإصدار. لكن هذه القواعد لا تعتبر واجبة التطبيق في حق المخاطبين بها إلا بنشرها وحلول التاريخ المحدد لنفاذها. والعلة من نشر التشريع هو إبلاغ مضمونه على الكافة وحمله إلى علمهم أو على الأقل تمكينهم من العلم به، إذ هم المكلفون بأحكامه والملتزمون باحترامها وعدم الخروج عليها، والقاعدة في هذا الشأن "أنه لا تكليف إلا بمعلوم"[12].

---

[8] الجريدة الرسمية العدد 18 مكرر في 1998/7/11 هي، وقد أفاضت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون في مبررات هذا التعديل وانظر في تفصيل ذلك د. محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشاة المعارف، 2002، ص 104 وما بعدها .

[9] – حيث نصت المادة (93) من الدستور العراقي الدائم على أنه " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولا: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

[10]– د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية،1993، ص59.

[11] – نوري لطيف، الرقابة على القوانين وحماية الشرعية الدستورية في الأقطار الاشتراكية والعراق، مجلة القضاء، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، تموز، آب، أيلول سنة 1973، ص452.

[12] – إبراهيم عبد القادر الطهراوي، الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري والفلسطيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 2007، ص 85.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

فالنشر هو الإجراء الرسمي الذي يفترض به علم الأفراد بالقانون الذي تم إصداره. والوسيلة المعتمدة طبقاً للدستور لنشر القوانين هي النشر في الجريدة الرسمية. وبالتالي لا يقوم مقامها أي وسيلة أخرى حتى ولو كانت أجدى مفعولاً من النشر في الجريدة الرسمية، كالنشر في الإذاعة أو التليفزيون أو في الصحف اليومية أو في الوسائل الإلكترونية الحديثة[13]. كما لا يغني عن هذه الوسيلة ثبوت علم بعض الأفراد المخاطبين بحكمة علماً يقينياً به[14].

ويترتب على ذلك عدة نتائج من بينها:

1- استبعاد المقترحات والمشاريع بقوانين:

تنص المادة 60 من الدستور العراقي الدائم على أنه "أولاً: - مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء.

ثانياً: - مقترحات القوانين تقدم من عشرةٍ من أعضاء مجلس النواب، أو من إحدى لجانه المختصة".

ويبدو للوهلة الأولي أن المشرع العراقي قد فرق بين مشروعات القوانين، ومقترحات القوانين من حيث المصدر[15]، ورغم هذا الفارق إلا أنه لا يمكن بحال أن نطلق عليهما مصطلح قوانين، إذ أن الأخيرة تمر بعدة مراحل من أهمها الإصدار والنشر في الجريدة الرسمية، وهو ما تفتقده المشاريع والمقترحات بقوانين، الأمر الذي لا يمكن معه قبول نظر المحكمة الاتحادية العليا لمدي دستورية تلك المشاريع أو المقترحات من عدمه.

2- استبعاد نصوص الدستور:

---

(13) –هذه الوسائل مجتمعة لها الآن دور غير منكور في شيوع العلم بأحكام القانون بما يتحقق معه إلى حد ما افتراض علم المخاطبين بالقانون الذي تم نشره في الجريدة الرسمية.

(14) د. حسين كيره، المدخل إلى القانون، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، 2018، ص 245.

(15) – حكمي المحكمة الاتحادية العليا المرقمين 43 و44/اتحادية / 2010، بتاريخ 2010/7/12، كذلك د. رافع خضر صالح شبر، د. على هادي حميدي الشكراوي: الدور التشريعي لمجلس النواب بين نصوص الدستور واتجاهات القضاء الدستوري، المركز العربي للنشر والتوزيع، ص103.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وبطبيعة الحال لا يندرج الدستور في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية الرقابة عليه[16]، مما لا يجوز النعي على نصوص الدستور أمام هذه المحكمة ورميها بالتعارض أو التنافر، وإنما تمتد ولايتها إلى تفسير نصوص الدستور بما يكفل التوفيق بين مجموع أحكامها.وهو ما أكد عليه الدستور العراقي الدائم[17].

من ثم ترى الباحثة، أن محل النعي بعدم الدستورية هو النص التشريعي دون سواه، أي النص التشريعي بالمفهوم الضيق بعد استنفاذ كافة مراحل صدوره ونفاذه، من ثم لا يمتد إلى مقترحات القوانين أو مشاريع القوانين، كذلك لا يمتد لنصوص الدستور أو حتى القرارات الإدارية الفردية.

المطلب الثاني: معوقات الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية

إذا كان الحكم بعدم الدستورية حكم مقرر وكاشف لواقعة العيب الذي لحق النص التشريعي الذي صدر دون مراعاة الضوابط الدستورية، فإنه قد يصطدم بالحقوق التي اكتسبت بعد نفاذ هذا النص التشريعي وقبل الحكم بعدم الدستورية، ونوضح ذلك على النحو التالي؛

أولا: مدى تعارض الأثر الرجعي مع المراكز القانونية المستقرة:

جدير بالذكر أن ممارسة حق إصدار الحكم بعدم الدستورية يجب أن يتقيد باعتبارات المصلحة العامة، وقد استثنت معظم الدساتير التي تأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد استقرت عند صدور هذه الأحكام، وعلى ذلك أن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن ـ وفقاً للقاعدة العامة ـ أن تنتقص من حقوق مكتسبة طبقاً لقانون لم يحكم بعدم دستوريته، وكذلك يتمتع أصحابها بمراكز قانونية تامة لم ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الأمر المقضي[18].

---

[16] دستورية عليا في 5 فبراير سنة 1994 في القضية رقم 23 سنة 15 قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية العدد 8 في 24 فبراير 1994، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج6 قاعدة رقم 15 ص140.

[17] – حيث نصت المادة (93) على أن "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي..... ثانيا: تفسير نصوص الدستور".

[18] د. مها بهجت الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، المرجع السابق، ص186.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وهو ما ذهب اليه قضاء المحكمة الإتحادية عندما قضت بعدم رجعية قراراتها بالنسبة للأحكام المكتسبة للدرجة القطعية حيث قضت: (ويكون القرار قد أكتسب الدرجة القطعية وليس من صلاحية المحكمة الاتحادية العليا النظر في حجية القرارات المكتسبة درجة البتات)[19].

وعلى ذلك فلو كانت الحقوق، والمراكز التي ترتبت بالتطبيق للنص المقضي بعدم دستوريته قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو انقضت بالتقادم فلم ينفذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة لها، وستبقى على حالها، كما لو لم يصدر حكم بعدم الدستورية بشأنها، وبذلك يوجد نوع من التوازن بين الشرعية، والحقوق المكتسبة، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يستطيع المضرور من النص المقضي بعدم دستوريته أن ينفذ هذا النص بمقابل، أي هل يستطيع من سلبت حقوقه بنصوص قضى بعدم دستوريتها أن يلجأ إلى طريق التعويض، إذا استحال عليه التنفيذ العيني لاصطدامه بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو لانقضاء هذه الحقوق بالتقادم؟ والإجابة التي تتفق هنا مع طبائع الأمور، ومسار العدالة لابد وأن تكون بالإيجاب [20]، وأن كان هذا يعد تطورا لتقرير نظام مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة.

---

[19] ينظر قرار الصادر عن المحكمة الاتحادية 5/ اتحادية / 2006 في 2006/5/29، منشور على موقع المحكمة الإتحادية. www.irqiudicature,org

حيث قضت بأنه "لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي قد أنصبت دعواه على الطعن بالقرار الذي أصدرته هيأة الطعن (التمييزي) لدعاوي الملكية العراقية المرقم 7410/ تمييز/ 2005 والمؤرخ 2006/3/5 وطلب فيه نقض القرار المذكور وإصدار القرار بإعادة تمليكه للدار موضوع الدعوى، وقد وجدت هذه المحكمة أن دعوى المدعي غير واردة قانوناً، حيث أن القرار الذي أصدرته اللجنة القضائية لهيئة دعاوي الملكية العراقية في محافظة بغداد المرقم (495011) والمؤرخ:2005/10/19 والذي تمت المصادقة عليه من قبل قسم الطعن(التمييز) في هيأة دعاوي الملكية العراقية بقرارها المرقم 7410/تمييز/2005 والمؤرخ في 2006/3/5 وبذلك يكون القرار قد أكتسب الدرجة القطعية وليس من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا النظر في صحة القرارات المكتسبة لدرجة البتات، لأن ذلك يعني خلق طريق من طرق الطعن في الأحكام القضائية وهذا غير جائز، لأن طرق الطعن وجدت حصرًا وبموجب تشريع وإذا ما أريد إضافة طريق جديد للطعن بها فيلزم أن يكون ذلك تشريعياً. وعليه قرر رد دعوى المدعي وتحميله مصاريف الدعوى وصدر القرار بالاتفاق في 2/ جمادى الأولى/ 1427هـ الموافق 2006/5/29م".

[20] – د. إبراهيم محمد حسين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص631وما بعدها.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويحتاج إلى وقت كبير لإقراره. كما أنه يصطدم بمشكلة أخرى تتعلق بماهية الجهة القضائية، أو المحكمة التي سيتم اللجوء إليها لطلب هذا التعويض.

ثانيا: مدى تعارض الأثر الرجعي مع فكرة الأمن القانوني:

ينصرف مفهوم الأمن القانوني إلى ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها من دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار[21].

ومن أمثلة ذلك كأن يصدر عن القضاء الدستوري في مجال الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين حكماً بعدم دستورية نص تشريعي يكون ذا أثر رجعي، بعد أن طبق هذا النص خلال مدة زمنية معينة ورتب الأفراد أوضاعهم عليه، إذ يقتضي إعمال فكرة الأمن القانوني الحد من هذا الأثر الرجعي وضبطه بحيث لا يطغى هدف إرساء دعائم المشروعية الدستورية على ضرورة ضمان الاستقرار للمراكز القانونية واحترام الحقوق المكتسبة للأفراد، والتي تعد هي الأخرى من دعائم دولة القانون ومن أهم الغايات التي يسعى القانون إلى تحقيقها[22].

ففكرة الأمن القانوني اذاً تقضي بضرورة وضع ضوابط تحد من الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي طبق خلال مدة زمنية طويلة نسبياً ورتب الأفراد أوضاعهم بناء عليه. وقد شهدت فكرة الأمن القانوني تطبيقات عديدة لها على مستوى القضاء الدستوري المقارن.

[21] – د. احمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1993، ص632.

[22]– د. يسري العصار ، الحماية الدستورية للأمن القانوني، في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو 2003، ص51

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

وترى الباحثة أن فكرة الأمن القانوني لا تبعد كثيرا عن مبدأ حقوق المكتسبة، فكلاهما يهدفان إلى حماية المراكز القانونية المستقرة من الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، من ثم يمكن إعتبار كل منهما إستثناء من الأثر الرجعي لسببين، الأول لأن المصلحة المتوخاة من استقرار الأوضاع لا تقل في الأهمية عن المصلحة في أعمال الأثر الرجعي، فضلا عن ذلك فإن الاستثناء يؤكد القاعدة العامة وهي الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

المبحث الثاني
أثر الحكم بعدم الدستورية على النص التشريعي

تمهيد:

جدير بالذكر أن النص التشريعي الذي حُكم بعدم دستوريته يعطل نفاذه لحين أقرب الأجلين، إما تعديله أو الغاؤه، ولكن التساؤل الذي يجب طرحه هو هل يجوز للمحكمة الاتحادية العليا أن تتدخل بتعديل أو الغاء النص غير الدستوري الذي تعرضت له، أم أن تلك الهُكنة قاصرة على السلطة التشريعية دون سواها؟.

لذا نحاول الإجابة على هذا التساؤل من خلال هذا المبحث الذي نتناول في مطلبين على التوالي، أولها يوضح التمييز بين فكرة عدم الدستورية وبين تعديل النص التشريعي كحق للسلطة التشريعية. أما المطلب الثاني نتناول فيه التمييز بين فكرة عدم الدستورية وإلغاء النص التشريعي، وذلك على ضوء مبدأ الفصل بين السلطات على النحو التالي؛

المطلب الأول: عدم الدستورية ليس تعديلا للنص التشريعي.

المطلب الثاني: عدم الدستورية وإلغاء النص التشريعي.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الأول: عدم الدستورية ليس تعديلا للنص التشريعي

أن المحكمة الاتحادية العليا لا تختص مطلقا بتعديل القانون وردت اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في نص المادة (93) من الدستور العراقي الدائم لعام 2005 في الفقرة أولا (الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة) والفقرة ثانيا (تفسير نصوص الدستور) والفقرة ثالثا (الفصل في القضايا التي تنشا عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات الصادرة عن السلطة الاتحادية ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر أمام المحكمة) أما بقية الفقرات فتضمنت الفصل في المنازعات والاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء والمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب وغيرها من الاختصاصات.

كما قصر الدستور المصري لعام 2014 اختصاصات المحكمة الدستورية العليا على عدد من الاختصاصات[23]، يخرج منها تعديل القانون المحكوم بعدم دستوريته، والقول بغير ذلك يُعد خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات.

وبالنظر لاختصاصات المحكمة الدستورية العليا وفقا لما نصت عليه المادة 191 من الدستوري المصري لعام 2014 نجد انه خلا من مكنة التعديل حيث نصت على أنه " تتولى المحكمة الدستورية العليا

---

[23] حيث نصت المادة 191 من دستور 2014 على أن " المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة، قائمة بذاتها، مقرها مدينة القاهرة، ويجوز في حالة الضرورة انعقادها في أي مكان آخر داخل البلاد بموافقة الجمعية العامة للمحكمة، ويكون لها موازنة مستقلة، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها، وتدرج بعد إقرارها في الموازنة العامة للدولة رقما واحدا، وتقوم الجمعية العامة للمحكمة على شئونها، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بشئون المحكمة".
كما نصت مادة 192 من ذات الدستوري على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفى تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفى تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

بناء عليه فإن تعديل القانون يدخل ضمن النطاق المحتجز للسلطة التشريعية - وهو ما يسمي بمبدأ الانفراد التشريعي-، ولا دخل للمحكمة الدستورية به حتى ولو حكمت بعدم دستورية القانون، كذلك حتى لو ورث هذا الحكم فراغ تشريعي.

أي أن الانفراد التشريعي يعنى ببساطة حجز موضوعات محددة للقانون تختص السلطة التشريعية وحدها بتنظيمها، ويحظر على نحو مطلق على السلطة التنفيذية التدخل بغير إذن صريح من السلطة التشريعية، كذلك حظر السلطة القضائية من القيام به، ويعد هذا المبدأ تطبيقاً لفكرة أن السيادة تنبع من الشعب الذي يمثله البرلمان، ومن ثم يحق له تناول جميع المسائل التي تنظم أمور المجتمع وتسويتها، حيث أن مفهوم السيادة الوطنية تعبر عنه البرلمانات المنتخبة بالإرادة الحرة للشعوب، كما أن القانون الصادر عن المجالس التشريعية ليس له مجال محدد[24].

ويعد أساس مبدأ انفراد البرلمان بالتشريع دون سواه إنما يرجع إلى نصوص الدستور الذي يتولى توزيع الصلاحيات والاختصاصات الدستورية بين السلطات العامة وبيان نصيب كل منها، ذلك أن القانون هو الذي يحدد مجال القانون واللائحة ونطاقهما.

من ثم ترى الباحثة أنه لا يمكن بحال الاعتراف للسلطة القضائية المتمثلة في المحكمة الاتحادية العليا أن تتدخل لتحل محل السلطة التشريعية في تعديل النص الذي حكمت بعدم دستوريته.

[24] – د. عبد المجيد إبراهيم سليم: السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010، ص207. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، طبعة دار الشروق، الطبعة الثانية، 2000، ص368.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الثاني: عدم الدستورية وإلغاء النص التشريعي

تمهيد:

لما كان عدم دستورية النص التشريعي مفاده الإقرار بعدم صحته من تاريخ نشأته، إلا أن التساؤل الذي يجب طرحه هو هل يعد الحكم بعدم الدستورية بمثابة الغاء للنص التشريعي من أصله، أم أن ذلك يعد انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات؟

أولا: مفهوم الغاء النص التشريعي:

بيد أن موقف المشرع العراقي غامضا بالنسبة للتفرقة بين الغاء النص التشريعي وعدم دستوريته، إلا أنه تأسيساً على الحجية المطلقة لقرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا، وبنص المادة (94) من الدستور العراقي الدائم لعام 2005، فإن هذه الحجية تتعدى آثارها إلى غير الخصوم وتلزم الكافة بها، وهو ما يتطلب بالضرورة علمهم بها والذي لا يفترض حصوله إلا بالنشر[25]. ولعل التساؤل الجدير بالطرح هو هل يعد نشر الحكم بمثابة الغاء للنص محل هذا الحكم؟

ولعل الفارق يكمن في أن حالة إلغاء نص تشريعي تجد أن هناك تنازعاً بين نصين من حيث الزمان نص ملغى ونص جديد. ومن المستقر عليه الآن أن فض هذا التنازع من حيث السريان الزماني لكل من النصين يتم من خلال مبدأين أساسيين متكاملين: - مبدأ عام سريان القانون الجديد بأثر رجعى، ومبدأ سريانه بأثر فورى مباشرة. على النحو الذي سيأتي بيانه فيما بعد. بينما في حالة الحكم بعدم دستورية نص من النصوص – وعلى خلاف إلغاءه – لا يوجد تنازع بين نصين من حيث الزمان نص ملغي ونص جديد واجب التطبيق، وإنما يوجد في الحقيقة نص قانونى واحد نشأ منذ البداية معيباً، وبالتالي يكون

[25] – وبالرغم من أهمية نشر الحكم بكونه الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها افتراض علم الكافة بمضمون الحكم، على نحو يكفل استقرار المعاملات والأحكام القضائية، وتوكيداً لنص المادة (94) من الدستور، إلا أن نصوص الأخير ونصوص قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي لم تتضمن نشر الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة في المسائل الدستورية مما يقتضي على المشرع العراقي مراعاة ذلك في قانون المحكمة عند تعديله.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

غير قابل للتطبيق أصلاً لأنه منعدم التطبيق ابتداءً لا انتهاءً. ولذلك نجد أن مبدأ السريان الرجعى هو الذي يتفق أكثر والطبيعة الكاشفة للحكم القضائي الدستوري[26].

من ثم ترى الباحثة أن الأصل بالنسبة للقاعدة القانونية هي أن من يملك الإنشاء يملك الإلغاء، وأن من يملك الكل يملك الجزء. على ذلك فأنه لا يجوز إلغاء القاعدة القانونية إلا من نفس المصدر المنشئ لها، أو من مصدر أعلى منه في المرتبة، وهو السلطة التشريعية[27].

ولعل المشرع المدني المصري ونظيره العراقي قد أفصحا عن صور الإلغاء بالنسبة للنص التشريعي ولم يدرج من بينها صورة الحكم بعدم الدستورية، كما أن الغاء القانون خارج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في العراق، كذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر، بناء على يمكن تحديد صور الإلغاء على النحو التالي:

1- **الإلغاء الصريح**: وله صورتان الصورة الأولى: - حالة ما إذا ورد نص في التشريع اللاحق يقضى صراحة بإلغاء العمل بحكم قاعدة قانونية سابقة. وهذه هي الصورة الغالبة في إلغاء القوانين

الصورة الثانية: - تتحقق بانتهاء الأجل المحدد في القانون لسريانه وهذه صورة نادرة لا تتحقق في الغالب إلا بالنسبة للقوانين الوقتية.

2- **الإلغاء الضمني**: يتحقق الإلغاء الضمني عندما لا يكون هناك نص صريح في القاعدة الجديدة يفيد إلغاء القاعدة القديمة. فالإلغاء الضمني لا يوجد تصريح به وإنما يستخلص بوضوح في الحالة التي يصبح فيها تطبيق القاعدة القديمة مستحيلا بالنظر لتعارض مضمونها مع القاعدة الجديدة.

---

[26] – د. نبيل إبراهيم سعد: المدخل إلى القانون، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، 2018، ص268.

[27] – تطبيقاً لذلك فإن القاعدة العرفية تلغى بقاعدة عرفية أخرى، كما يجوز للقاعدة التشريعية أن تلغى القاعدة العرفية. وكذلك القاعدة التشريعية لا يلغيها إلا قاعدة تشريعية أخرى من نفس الدرجة. فالتشريع العادي يلغى بتشريع مماثل. لكن التشريع العادي لا يمكن أن يلغى التشريع الأساسي، أي الدستور. فالقاعدة الدستورية لا تلغى إلا بقاعدة دستورية أخرى وبالمثل فإن التشريع الفرعي – أي اللوائح – تلغى بتشريع فرعى آخر أو بتشريع عادى، ولكنه لا يمكن أن يلغي تشريعاً عادياً.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

والإلغاء الضمني يتحقق في صورتين الأولى، اشتمال القانون على نص يتعارض مع القانون القديم، والثانية، تناول التشريع الجديد موضوع التشريع القديم بالتنظيم. (التعارض الكلي أو التعارض الجزئي).

ثانيا: فلسفة حظر الغاء النص من خلال الحكم بعدم دستوريته:

يرجع حظر امتداد سلطة المحكمة الاتحادية العليا لإلغاء التشريع -بواسطة الحكم بعدم الدستورية- إلى مبدأ الفصل بين السلطات، والذي يمثل عدم الجمع بين السلطات العامة في الدولة، وذلك بتوزيعها وتقسيمها بين هيئات مختلفة جوهر مبدأ الفصل بين السلطات، وقد استقرت فكرة الفصل بين السلطات بصورة عامة، على أساس أنه مبدأ يرتكز إلى نقطتين، الأولى: عدم تركيز وظائف الدولة في يد واحدة، وتوزيعها على ثلاث هيئات مختلفة منفصلة عضوياً، والثانية: التفريق بين وظائف الدولة وجعلها ثلاث وظائف رئيسة[28]، هي الوظيفة التشريعية، والوظيفة التنفيذية، والوظيفة القضائية، وأن الوظيفة الأولى تقوم بمهمة وضع القواعد القانونية التي تنظم كل نشاط من النشاطات التي تتم داخل الدولة وتحدد السلوك العام للأفراد في الدولة والمجتمع، وأن الوظيفة التنفيذية مهمتها تنفيذ القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية؛ لضمان سير أجهزة الدولة في إطار هذه القواعد، في حين تضمن الوظيفة الثالثة (القضائية) البت في المنازعات والخصومات الناشئة بين الأفراد بناءً على تلك القواعد التي تضعها السلطة الأولى[29].

فأصبحت بصورة عامة السلطة التشريعية، وفقاً لهذا المبدأ، مختصة بوظيفة التشريع، والسلطة التنفيذية مختصة بوظيفة التنفيذ، والسلطة القضائية مختصة بوظيفة القضاء[30]، وبعبارة أخرى اشتمل المبدأ[31] فصلاً عضوياً يقضي بتوزيع السلطة بين ثلاثة أعضاء هم (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية

---

[28]– د. عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص178.

[29]– د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، (نظرية الدولة) مركز البحوث القانونية، 1981، ص171.

[30]– د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ومحمد رفعت عبد الوهاب: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشاة المعارف، 2000، ص281.

[31]– يجب أن يتضمن مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره وسيلة ضامنة للحقوق والحريات (عن طريق إقامة التوازن بين عمل السلطات والرقابة المتبادلة) ما يلي: أ –ممارسة الرقابة على القوانين المنظمة للحقوق والصادرة من السلطة التشريعية

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

والسلطة القضائية)، وفصلاً وظيفياً يمثل توزيع وظائف الدولة إلى ثلاث وظائف هي (وظيفة التشريع ووظيفة التنفيذ ووظيفة القضاء)[32]، بحيث يقابل كل عضو وظيفة من وظائف الدولة الثلاثة[33].

من ثم ترى الباحثة، أنه لا يجوز بحال للمحكمة الاتحادية العليا في العراق نظيرتها الدستورية العليا في مصر أن يمتد اختصاصها إلى الغاء النص المحكوم بعدم دستوريته، إذ أن سلطة الإلغاء قاصرة على البرلمان، صاحب الاختصاص الأصيل في سن وإلغاء التشريعات، والقول بعكس ذلك يعد خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات.

الخاتمة

تبدى لنا من خلال البحث أن المشرع المصري ونظيره العراقي، من خلال بيان النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية وبخاصة الأثر الرجعي، فقد عالجا تلك المسألة وعلى أي حال، فقد استقرت الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا على أن لأحكامها وقراراتها حجية مطلقة وليست نسبية وإنها كاشفة وليست منشئة، كما إنها ذات أثر رجعي، يستثنى من فكرة الأثر الرجعي المراكز والحقوق القانونية المكتسبة التي استقرت إعمالا لمبدأ الشرعية.

نفسها عن طريق الرقابة على دستورية القوانين، وكذلك يجب التزام السلطة التشريعية بما ورد في الدستور من مبادئ، وكذلك يجب الحد من تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية خاصة فيما يتعلق بالحقوق والحريات. ب–إخضاع أعمال السلطة التنفيذية للرقابتين البرلمانية والقضائية، وذلك للتحقق من شرعية الأنظمة والقرارات الخاصة بالحقوق والحريات العامة، بناءً على طلب المتضررين مع إمكانية حصولهم على التعويض اللازم عن الأضرار الناشئة عن تطبيق تلك القرارات. ج– تقنين السلطات الاستثنائية الموسعة لصلاحيات السلطة التنفيذية في الحالات أعلاه، وعلى السلطة التنفيذية احترام مبدأ التوازن واحترام الحقوق الحريات. ينظر د. على هادي الشكراوي: التعريف ببعض المصطلحات الدستورية، جامعة بابل، كلية القانون، كتاب إلكتروني، ص16.

[32]– د. سامي جمال الدين: النظم السياسية، منشأة المعارف،2000، ص296. و د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، ج1، المرجع السابق، ص174 – 175.

[33]– د. رافع خضر شبر: فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق، دار الكتب القانونية، 2013، ص15.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

من ثم يكون للحكم الصادر بعدم الدستورية أثرين في غاية الأهمية، الأول متعلق بالحكم ذاته وبالحجية المطلقة التي يتبناها، حيث تسري في مواجهة كافة سلطات الدولة كذلك المؤسسات والأفراد، بحيث يعطل تنفيذ نص المادة المشوب بعيب عدم الدستورية لحين إلغاؤه.

أما الأثر الثاني وهو من حيث الزمان، فالقاعدة العامة للحكم بعدم الدستورية، أن يسري هذا الحكم بأثر رجعي اللهم الا ما استثني بنص خاص، فالمشرع المصري استثنى التشريعات الضريبية من أعمال الأثر الرجعي، من ثم يكون للحكم الصادر بعدم الدستورية الأثر الفوري والمباشر إستثناء على الأصل.

النتائج:

أولاً: أن القضاء الدستوري في مصر والعراق يتسم بالمركزية أي أنه لا يجوز لاي جهة قضائية أخرى أن تنظر في عدم دستورية نض تشريعي.

ثانياً: أن قرارات المحكمة الاتحادية العليا لها حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة دون تمييز من ثم تكون ملزمة لسلطات الدولة كذلك المؤسسات والأفراد.

ثالثاً: أن القاعدة العامة في نفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا من حيث الزمان هي الأثر الرجعي، إلا أن هناك عدة إستثناءات عرد على تلك القاعدة من بينها ما يتعلق بالمراكز القانونية المستقرة، والأمن القانوني.

رابعاً: المحكمة الاتحادية العليا لا تملك بأي حال من الأحوال تعديل النص التشريعي الذي حكمت فيه بعدم الدستورية، كذلك لا تملك إلغاؤه، ولعل هذا الحظر يخضع لمبدأين هامين، الأول مبدأ الانفراد التشريعي وهو استئثار البرلمان دون غيره بإصدار قوانين معينه دون غيره، كذلك مبدأ الفصل بين السلطات.

خامساً: أن محل الحكم بعدم الدستورية هو النص التشريعي بالمفهوم الضيق دون سواه، وبالتالي لا يمكن الحكم بعدم دستورية نص دستوري أو مشاريع القانون أو مقترحات القوانين.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التوصيات والمقترحات:

أولاً: النص صراحة في الدستور على التزام المشرع الأصلي أو الفرعي بإلغاء أو تعديل النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته خلال مدة زمنية محددة من تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا، وذلك حتى يتحقق بالفعل لأحكام هذه المحكمة الحجية المطلقة والملزمة لجميع سلطات الدولة، ولتفادي حدوث أي فراغ تشريعي قد يهدد الأمن القانوني للدولة.

ثانياً: ضرورة النص صراحة في الدستور على الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية من المحكمة الاتحادية العليا، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم، مع الاعتراف للمحكمة الاتحادية العليا – بنص صريح في الدستور – بسلطة تقرير الأثر المباشر أو الأثر المستقبلي لحكمها بعدم الدستورية في بعض الحالات على ضوء الظروف الخاصة ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها وذلك لمعالجة بعض المشكلات العملية التي قد تترتب على إطلاق تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

ثالثاً: يتعين صدور قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا تنفيذاً لنص الفقرة ثانياً من المادة (92) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، ونحن بدورنا نحث المشرع العراقي على الإسراع في إصدار قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد وان تأتي أحكامه متوافقة مع دستور جمهورية العراق لسنة 2005، وليس كما هو قائم بموجب دستور المرحلة الانتقالية.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع القانونية

1. إبراهيم حسنين: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، 2003.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

2. إبراهيم عبد العزيز شيحا ومحمد رفعت عبد الوهاب: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشاة المعارف، 2000.
3. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، طبعة دار الشروق، الطبعة الثانية، 2000.
4. _____: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1993.
5. حسين كيره: المدخل إلى القانون، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، 2018.
6. رافع خضر شبر: فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق، دار الكتب القانونية، 2013.
7. رمزي طه الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ط5، دار النهضة العربية، 2005.
8. سامي جمال الدين: النظم السياسية، منشأة المعارف، 2000.
9. عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
10. عبد المجيد إبراهيم سليم: السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010.
11. على هادي الشكراوي: التعريف ببعض المصطلحات الدستورية، جامعة بابل – كلية القانون، كتاب إلكتروني.
1. محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشاة المعارف، 2002.
12. منذر الشاوي: القانون الدستوري، (نظرية الدولة) مركز البحوث القانونية، 1981.
13. نبيل إبراهيم سعد: المدخل إلى القانون، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، 2018.
14. نبيلة عبد الحليم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية،1993.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

1. إبراهيم عبد القادر الطهراوي: الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري والفلسطيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 2007.

ثالثا: الدوريات والمجلات:

1. رافع خضر صالح شبر، د. على هادي حميدي الشكراوي: الدور التشريعي لمجلس النواب بين نصوص الدستور واتجاهات القضاء الدستوري، المركز العربي للنشر والتوزيع.
2. سمير تناغو: إبطال التشريع بأثر رجعي هو كل المشكلة، مقال منشور في جريدة الأهرام في 1998/2/27.
3. مها بهجت الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تقرير دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد، 2009.
4. نوري لطيف: الرقابة على القوانين وحماية الشرعية الدستورية في الأقطار الاشتراكية والعراق، مجلة القضاء: العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، تموز، آب، أيلول سنة 1973.
5. يسري العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني، في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو 2003.

رابعا: المواقع الإلكترونية:

1. www.irqiudicature,org

پوخته

جيا لە ڕوونكردنەوە هێزی پابەندبوون لە بڕیاری نادەستوری بوونی دەقێکی یاسایی لە ڕووبەڕووبونەوەی هەموو دەسەڵاتەکانی دەوڵەت، ئەمە بە شێوەیەکی سروشتی کاریگەری گەڕانەوەی دەبێت بۆ پێش دەرچوونی ئەم بڕیارە چونکە دەقە یاساییەکە بە بێ بەها دادەنرێت لە کاتی دەرچونییەوە. بڕیاری نادەستوری بوونی ئەم دەقە بەستراوەتەوە بە بابەتی جێگیربوون وە هەروەها بە پاراستنی یاساییەوە.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٤) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٩
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

شایەنی ئاماژە پێدانە کە بڕیاری نادەستوری بوون ی دەقەکە یاساکە هەڵناوەشێنێتەوە و هەمواریشی ناکات چونکە هەڵوەشاندنەوەی ئەم دەقە یاساییە تەنها لە دەسەڵات ی ئەو لایەنەیە کە دەریکردووە وە بە پێچەوانەوە دەبێتە هۆی پێشێلکردنی پرنسیپی جیاکردنەوەی دەسەڵاتەکان. لەبەرئەوەی دادگای باڵای فیدراڵی هەڵوەشاندنەوەی دەقەکەی نییە ئەمە ئەوە دەگەیەنێت کە ناتوانێت هەمواریشی بکاتەوە چونکە هەمواکردنی پێویستی بە کۆمەڵێك ڕێوشوێن ی دیاریکراو هەیە کە دەستوری عێراقی دیاری کردووە.

Abstract

There is no need to add to the binding force of a decision of unconstitutionality against all powers of the government, the issue normally reflects on retroactive affects of that decision. With this regard, the law that is subjected to constitutional review is considered void since its issuance, therefore the decision to declare its unconstitutionality leaves affects on the stability of legal statuses that earned prior to the decision and also on the legal security.

It is worth mentioning that the decision of unconstitutionality neither abolish nor amend the concerned legal text because this authority is exclusively reserved by the power issued the law otherwise it contradicts the principle of separation of powers. The fact that the Federal Supreme Court does not have power to abolish the law also means that it does not have power to amend it because there are specific procedures in the Iraqi Constitution that need to be followed for any amendment.