



جامعة كربلاء

كلية القانون

الفرع العام

أثر قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الأمن القانوني

(دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء
للحصول على درجة الدكتوراه فلسفة في القانون العام

كتبت بواسطة الطالبة

سجى فالح حسين

بإشراف الاستاذ الدكتور

ياسر عطوي عبود الزبيدي

ذو الحجة / 1444 هـ

يوليو / 2023 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ

تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾

صدق الله العلي العظيم

(سورة النساء: 58)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

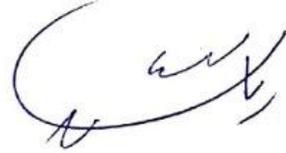
﴿ وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ رَبِّ اجْعَلْ هَذَا الْبَلَدَ آمِنًا ﴾

صدق الله العلي العظيم

(إبراهيم الآية: 35)

إقرار المشرف

أشهد أن اطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (أثر قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الأمن القانوني - دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالبة (سجي فالح حسين) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون العام قد جرت تحت إشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير .

التوقيع : 

الاسم : أ.د. ياسر عطوي عبود

الدرجة العلمية : استاذ

الاختصاص : القانون الدستوري

جامعة كربلاء - كلية القانون

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (أشر قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الامن القانوني - دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالبة (سجي فالح حسين) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء, وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية, بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة.

مع التقدير ...

 التوقيع :

الاسم : أ.م.د. محمد مهدي حسين

الاختصاص العام : لغة عربية

الاختصاص الدقيق : علم اللغة

الإهداء

إلى

من شجعني على مواصلة مسيرتي العلمية

والدي الكريم

شمس الحياة جنتي وملجئي... إلى رافد الأمل والطمأنينة والحنان

والدتي الكريمة

سندي في هذه الحياة

أخي العزيز

وحيدتي في هذه الحياة

اختي العزيزة

عائلتي زوجي وأبنائي الذين قاسوا وتحملوا معي عناء ومشقة البحث والدراسة

أهديكم ثمرة من ثمار غرسكم

الباحثة

شكر و عرفان

أفتتح بحثي المتواضع هذا باسمه العلي القدير، الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، وأشكره سبحانه وتعالى على كريم فضله، وحسن توفيقه على إنجاز هذا البحث، وهو نعم المولى ونعم النصير.

وإذا كان على المرء أن يذكر لذي الفضل فضله، فإنني أتوجه بكل معاني الشكر والتقدير والاحترام لأستاذي الفاضل الدكتور (ياسر عطوي عبود) لقبوله الإشراف على أطروحتي، ولما افاض عليّ من فضل علمه، وحسن خلقه، وملاحظاته القيمة.

وواجب الوفاء والعرفان يحتم على أنّ أسدي عميق شكري وتقديري ووافر امتناني إلى أساتذتي الأفاضل في كلية القانون جامعة كربلاء الذين نهلت منهم العلم واخص بالذكر (أ. د. علي حمزة عسل أ. د. حكمت الدباغ وأ. د. ضياء عبد الله عبود وأ. د. علاء ابراهيم الحسيني أ. د. صلاح البصيصي).

و أتقدم بثنائي وشكري وتقديري لجميع منتسبي مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء وجامعة ميسان ومنتسبي كلية القانون جامعة البصرة لما بذلوه من جهد طيب ومساعدة صادقة في توفير المصادر اللازمة لإعداد هذه الأطروحة.

و لا يفوتني العرفان، والاعتزاز لمن عملوا على تقويم أطروحتي من لغويين، وعلميين، ومناقشين، لتظهر بهذا الشكل.

فلجميع فائق الشكر والتقدير

الباحثة

المستخلص

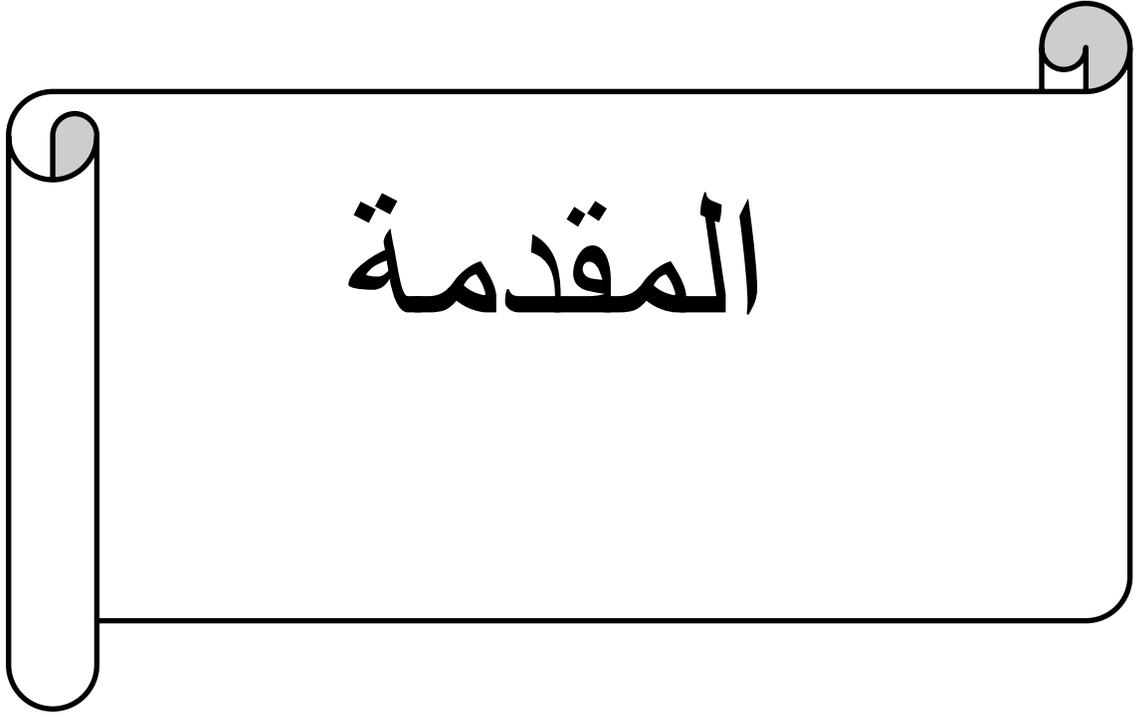
يُعدّ الأمن القانوني من الغايات الأساسية التي تهدف النظم القانونية إلى تحقيقها، فالدولة اضحت مطالبة بإعطاء الأفراد الوسائل الكافية لتحقيق إستقرارهم، فجميع الانظمة القانونية الديمقراطية قائمة على عدة أمور منها سعي السلطات لأحترام القواعد القانونية وثباتها بشكل نسبي، والأمر الآخر هو مواكبة القوانين للتطورات الحاصلة، ومن ثمّ فالأمن القانوني يعد من ملامح دولة القانون واحد ضمانات استمرارها، ويمارس القضاء الدستوري الدور الفاعل في حماية الأمن القانوني، عن طريق صلاحياته المتعددة، فهو الملاذ الأمن للأفراد والحامي للدستور من خلال حمايته للدستور من مخالفة القوانين، فضلاً عن ايضاح ما غمض من النصوص التشريعية لضمان تطبيقها تطبيقاً سليماً، لحماية الحقوق والحريات، والمراكز القانونية التي حمتها تلك النصوص، كما يمارس القضاء الدستوري معالجة إغفال المشرع عن تنظيم المسائل الملزم بتنظيمها دستورياً فضلاً عن معالجة ما يعتري النصوص من غموض ونقص، إذ إنّ النصوص التشريعية الغامضة أو الناقصة تمس بلا شك بالأمن القانوني فلا بد من قيام القضاء الدستوري بمعالجة هذه المسائل، إلا أنّ معالجة ما تم ذكره لا يتحقق ما لم تكن ممارسة القضاء الدستوري متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا العراقية مهامها بدون عقبات، سواء كانت هذه العقبات خاصة بتشكيل المحكمة الاتحادية ذاتها، أو كانت متعلقة بتاريخ نفاذ هذه القرارات، فيما إذا كان أثرها فوري أو كاشف للعيوب الدستورية إذ إنّ عدم تنظيم هذه المسائل يؤثر في عمل المحكمة الاتحادية من جانب ويؤثر على الحقوق التي ضمنها هذه القوانين المحكوم بعدم دستوريته من جانب آخر، كما ان عمل المحكمة الاتحادية العليا العراقية يواجه عقبات أخرى تتمثل بالتوصل عن تنفيذ قراراتها، أو التأخر في التنفيذ، كل ذلك يؤثر بلا شك في استقرار الأمن القانوني، فقرارات المحكمة الاتحادية العليا لا تحقق الغاية الأساسية منها، وهي ضمان الأمن القانوني، إلا إذا كانت الضمانات الكافية لتنفيذ هذه القرارات متوفرة، لكي تؤدي الغاية المتوخاة منها على أتم وجه.

المحتويات

الصفحة	الموضوع	
7 -1		المقدمة
73 - 8	الإطار المفاهيمي لدور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الأمن القانوني .	الفصل الأول
41 - 10	ماهية دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الأمن القانوني.	المبحث الأول
21 - 10	التنظيم التشريعي لتشكيل المحكمة الاتحادية العليا العراقية .	المطلب الأول
17 - 11	التنظيم الدستوري لتشكيل المحكمة الاتحادية العليا العراقية .	الفرع الأول
21 - 17	التنظيم القانوني لتشكيل المحكمة الاتحادية العليا العراقية .	الفرع الثاني
41 - 22	التنظيم التشريعي لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية.	المطلب الثاني
36 - 22	التنظيم الدستوري لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية.	الفرع الأول
41 - 37	التنظيم القانوني لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية.	الفرع الثاني
73- 42	الإطار المفاهيمي لمبدأ الأمن القانوني.	المبحث الثاني
60 - 42	تعريف الأمن القانوني وأساسه الفلسفي.	المطلب الأول
49 - 42	تعريف مبدأ الأمن القانوني.	الفرع الأول
60 - 49	الأساس الفلسفي للأمن القانوني.	الفرع الثاني
73 - 60	ذاتية الامن القانوني	المطلب الثاني
66 - 60	خصائص الأمن القانوني .	الفرع الأول
73 - 66	تميز الأمن القانوني عما يشته به	الفرع الثاني
171 - 74	وسائل المحكمة الاتحادية العليا العراقية لضمان الأمن القانوني.	الفصل الثاني
129 - 76	الوسائل القضائية الدستورية ودورها في ضمان الأمن القانوني.	المبحث الأول
109 - 76	اثر الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضمان الامن القانوني .	المطلب الأول
83 - 77	الرقابة بطريق الدعوى الاصلية .	الفرع الأول

الصفحة	الموضوع	
93 - 84	الرقابة القضائية بطريق الدفع الفرعي والتصدي.	الفرع الثاني
109 - 93	اثر المعايير الدستورية للرقابة على الامن القانوني	الفرع الثالث
129 - 109	اثر التفسير القضائي الدستوري في ضمان الامن القانوني .	المطلب الثاني
116 - 110	ماهية التفسير القضائي للنصوص التشريعية .	الفرع الأول
129 - 117	أنواع التفسير ودورها في ضمان الأمن القانوني .	الفرع الثاني
171 - 129	دور الاجتهاد القضائي الدستوري في ضمان الأمن القانوني .	المبحث الثاني
151 - 130	دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي وأثره في ضمان الأمن القانوني .	المطلب الأول
138 - 131	دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي الكلي	الفرع الأول
151 - 139	دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال الجزئي.	الفرع الثاني
171 - 151	دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الغموض التشريعي.	المطلب الثاني
162 - 152	اثر الصياغة التشريعية في الأمن القانوني.	الفرع الأول
171 - 163	أساس الرقابة الدستورية على الصياغة التشريعية .	الفرع الثاني
265 - 172	آثار نفاذ وتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا على الأمن القانوني.	الفصل الثالث
222 - 175	اثر نفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا من حيث الموضوع وألزمان في ضمان الأمن القانوني.	المبحث الأول
200 - 175	الاثر الموضوعي لنفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق الامن القانوني.	المطلب الأول
194 - 175	حجية قرارات القضاء الدستوري واثرها في الأمن القانوني.	الفرع الأول
200 - 194	نطاق الأثر الموضوعي في التشريع المحكوم بعدم دستوريته .	الفرع الثاني
222 - 201	الاثر الزمني لنفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق الامن القانوني.	المطلب الثاني

الصفحة	الموضوع	
210 - 201	الاثـر المنشئ والكاشف لقرارات المحكمة الاتحادية العليا في ضمان الامن القانوني.	الفرع الأول
222 - 210	أثر العدول عن قرارات المحكمة الاتحادية العليا في الأمن القانوني.	الفرع الثاني
265 - 222	آثار تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا في الأمن القانوني.	المبحث الثاني
237 - 222	تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا واثـرها في الأمن القانوني.	المطلب الأول
232 - 223	أثر إلزامية قرارات المحكمة الاتحادية العليا في توثيق علاقة السلطات العامة.	الفرع الأول
237 - 232	أثر إلزامية قرارات المحكمة الاتحادية العليا في حماية المبادئ الدستورية.	الفرع الثاني
265 - 237	الامتناع والتأخير في تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وأثره في الأمن القانوني.	المطلب الثاني
250 - 237	حالات الامتناع والتأخير عن تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا .	الفرع الأول
265 - 250	ضمانات تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وأثرها في الأمن القانوني.	الفرع الثاني
271 - 266	:	الخاتمة
294 - 272	:	قائمة المراجع
i - ii		Abstract



المقدمة

المقدمة

أولاً : التعريف بالموضوع

يعد القضاء الدستوري اسماً مراتب القضاء، لأنه يحكم وفقاً لنصوص الدستور المتضمنة لمبادئ وقيم عامة، كما أنه قضاء حقوق الإنسان، فهو حارس الشرعية وحمي الدستور والحقوق والحريات، كما أن القضاء الدستوري متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا في العراق يؤدي دوراً مهماً في تحقيق التوازن السياسي، فضلاً عن الجهود التي تبذلها لاستعادة النصوص الدستورية هيبتها بعد مرور مراحل طويلة كان انتهاك الدستور أمراً لا يسأل عنه أحد، كما كان لها الدور الفاعل في عملية التحول الديمقراطي، فضلاً عما توفره قراراتها من حماية واستقرار للأمن القانوني، والذي يعد من أدق وأهم موضوعات القانون، لحاجة أفراد المجتمع إلى العدل والاطمئنان على حقوقهم تجاه أعمال السلطة، وتحقيق المساواة بين الأفراد من خلال تطبيق القواعد القانونية على القضايا ذات الصلة من حيث الوقائع دون تمييز، ودون **مفاجئات** غير متوقعة من قبل المخاطبين بتلك القواعد، وهذا ما يحتم على القاضي الدستوري عند ممارسته لدوره في الرقابة على دستورية القوانين أن تكون لديه عدد من المبادئ التي يجب عليه مراعاتها قبل إصدار قراره، ومنها افتراض الصحة في التشريع، إذ إن الرقابة الدستورية لا تستقيم عند الحكم بعدم دستورية نص يمكن تأويله بمختلف طرق الدلالة على وجه يحصنه من المخالفة المدعى بها، إذ يجب أن تكون الرقابة مبررة بدواعيها فكلما كانت الأسس القائمة عليها رقابة الدستورية محددة كلما كان تحقيق الأمن القانوني وثقة المواطنين والمشرع بالقضاء الدستوري أوثق، فضلاً عن ذلك فإن القرارات الصادرة بعدم دستورية نص قانوني يقتضي سريان أحكامه بأثر رجعي للوقاية من تطبيق قانون غير مشروع على أن لا يمس باستقرار المراكز القانونية للمواطنين، كل ذلك يدعو إلى السعي إلى الموازنة بين سلطة القضاء الدستوري المتمثل بالمحاكم الدستورية في الحكم بعدم الدستورية، فضلاً عن الركون إلى قدر كاف من الثبات والاستقرار، ليس هذا فحسب بل إن القاضي الدستوري يجب عليه اعتماد أسلوب واحد في تفسير القواعد التشريعية حماية للاستقرار والأمن القانوني.

كل هذه الأهداف والغايات المتوخاة من قرارات المحكمة الاتحادية العليا اصطدمت بالعديد من المعوقات، فتارة نرى إغفال النص الدستوري لاختصاص من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وتارة أخرى نرى أن النص موجود إلا أنه غير مطبق، كل ذلك أدى إلى إفراغ النصوص من محتواها، وعرقلة عمل المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق أهدافها، فضلاً عن ذلك إن المشرع هو الآخر كان مضطرباً لعدم التنظيم الدستوري والقانوني الواضح لحالات عدم مشروعية القوانين كي يتجنبها عند وضع التشريعات،

فالأمن القانوني لا يشمل الأفراد فحسب وإنما يشمل المشرع أيضاً المقيد بنصوص الدستور، والتي كانت غامضة تارة ومسهية تارة أخرى ومتناقضة أحياناً، فضلاً عن البنية الهيكلية للنظام القانوني للدولة بحد ذاته ولاسيما تضخم التشريع، فضلاً عن غموض التشريع أو قصوره عن تنظيم المواضيع التي كان من المفترض أن ينظمها، كل ذلك أثر بشكل سلبي في الثقة بتلك القوانين ناهيك عن الصياغة الركيكة لأغلب القوانين واحتمال التعارض بين القوانين كل هذا أدى إلى زعزعة استقرار الأمن القانوني.

ثانياً: أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع بأهمية الدور الذي يمارسه القضاء الدستوري في حماية مبدأ المشروعية، إذ لا يمكن أن يتحقق هذا المبدأ ما لم يكن هنالك قضاء دستوري مستقل يمارس صلاحياته دون تدخل من أي جهة وهذه الحماية تتطلب تنظيم، إذ لا يمكن أن يحقق القضاء الدستوري الغاية المتوخاة منه، ما لم يكن هنالك قدراً من الاستقرار للمراكز القانونية، فضلاً عن الحقوق المكتسبة للأفراد، إذ إن القوانين وضعت لتنظيم أمور الحياة العامة، فالثقة التي يوليها الأفراد لهذه القوانين تصطدم بمسألة إقرار القضاء الدستوري بعدم دستورية هذه القوانين، ومن ثم إهدار جميع الحقوق المتحصلة منها، إذ يصبح الأفراد في قلق وتردد وعدم وعي بالحقوق المكتسبة لهم من هذه القوانين لخوفهم من عدم دستورتها، ليقينهم بأن هذه القوانين ممكن أن تلغى في أي لحظة، فمن جهة إن حماية المشروعية تتطلب إلغاء القانون غير الدستوري، ومن جهة أخرى إن الأفراد رتبوا أوضاعهم على ما رتبته لهم هذه القوانين من حقوق، فهنا لا بد من ترجيح المصالح وتحديد من الأولى بالرعاية وهذا ما يوقع القاضي الدستوري في حرج، فهو قاضي المشروعية، فضلاً عن أنه قاضي الحقوق، وإخراج القاضي الدستوري من الحرج لا بد من التحديد الدقيق للقرارات التي تتخذ منه في مثل تلك المواضع، من خلال تحديد ضوابط الفصل بعدم الدستورية كي لا ينتابه التردد وفي الوقت ذاته تجنب تشكيك الأفراد في عدالته.

كما إن الأهمية تبرز أيضاً بدور القضاء الدستوري بالتفسير، سواء تفسير النصوص الدستورية، أم القانونية وما يحمله هذا التفسير من أهمية من أجل سريان وتطبيق تلك النصوص، فغموض هذه النصوص تجعل من الصعب تطبيقها ومن ثم تصبح عديمة الفائدة، بلا تطبيق فيبرز دور القاضي الدستور ليعمل على إزالة هذا الغموض من خلال الإيضاح أو اكمال ما نقص من هذه النصوص ليجعل منها صالحة للتطبيق، أو ليعمل على حمايتها من الحكم بعدم الدستورية في حال ما كان غموضها، أو نقصها يؤدي إلى الحكم بعدم دستورتها من أجل ضمان الأمن القانوني.

ثالثاً: مشكلة البحث

تبرز مشكلة البحث في نقاط عدة هي:

1. ان التنظيم الدستوري والقانوني للمحكمة الاتحادية في العراق يعاني الكثير من النقص فمن ناحية تشكيلها كان القصور واضحاً، سواء في تنظيمها الدستوري، أو في قانونها رقم (30) لعام 2005 المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 2021 أو في نظامها الداخلي السابق رقم(1) لعام 2005 ،أو نظامها الحالي رقم (1) لعام 2022، إذ إنّ القاعدة العامة ان المشرع الدستوري عندما يحدد شكل لهيئة أو سلطة من السلطات العامة في الدولة، فإنه يتوجب على كافة السلطات احترام الدستور لان الالتزام بالتشكيل الدستوري الذي يمثل القانون الاسمي والاعلى يعد التزاما بالدستور ذاته، وهذا الامر ان دل على شيء ، فهو يدل على مغايرة التشكيل الدستوري للمحكمة الاتحادية العليا عن التشكيل الواقعي، وهذا ادى إلى حدوث إشكاليات عدة في مسألة مصير القرارات الصادرة عن المحكمة في كل تلك المدة.
2. إغفل الدستور وقانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية تنظيم أغلب المسائل ذات الاهمية في نطاق عمل المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005، ومنها عدم تحديد الأثر ألزمني للحكم بعدم دستورية القوانين بصور واضحة، والذي كان له أثر بالغ في المساس بالأمن القانوني، فضلاً عن ذلك ان معظم الدساتير ومنها دستور جمهورية العراق لسنة 2005 لم ينظم مسألة ايقاف أثر القانون المشكوك بدستوريته، بالرغم ان المحكمة الاتحادية لجأت إلى هذه المسألة في قرارات فردية، ومن ثمّ فهل يمكن الركون إلى هذه القرارات الفردية والتعميم عليها والسعي إلى النص على ايقاف تطبيق القانون المشكوك بدستوريته، لحين البت في دستوريته من عدمها لتفادي المساس بمبدأ الأمن القانوني؟
3. غموض النصوص التشريعية في تحديد الأثر الموضوعي لنفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا في مواجهة التشريع المحكوم بعدم دستوريته، فهل سيتم الغائه بأكمله ام هل سيتم إصلاح الجزء المعيب منه فقط حماية للأمن القانوني؟
4. عدم وضوح النصوص التشريعية والصياغة غير الجيدة تؤثر بلا شك في استقرار القوانين، لأن غموضها سيكون سبباً وذريرة لعدم التنفيذ، كما ان إغفال المشرع عن ممارسة الدور المناط به، أو سوء الممارسة أي إصدار تشريعات ناقصة سيؤثر على استقرار تلك القوانين وعدم ثباتها.
5. عدول المحكمة الاتحادية المفاجئ عن قراراتها بعدم الدستورية، أو قراراتها التفسيرية كان له اثر بالغ على الأمن القانوني.

6. امتناع المخاطبين والمكلفين بقرارات المحكمة الاتحادية العليا سواء السلطات العامة أو الأفراد من تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا، إذ إن صياغة النصوص الخاصة بإلزامية هذه القرارات قد عانت من الغموض، مما جعل التفسير لها مختلفاً وخاضعاً للأهواء، كما ان النصوص القانونية التي تعاقب على عدم تنفيذ تلك القرارات تعاني من النقص الذي يحتاج إلى معالجة، وتثير الكثير من التساؤلات منها هل ان نصوص قانون العقوبات تطبق على جميع المخاطبين بقرارات المحكمة الاتحادية العليا؟ وهل عقاب عدم تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا كاف لصد هذه المخالفة؟ فقد ازدادت حالات الامتناع عن تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وتجاهلها، على الرغم من طبيعتها الملزمة، وهذا بلا شك أثر على الأمن القانوني، لفقدان الأفراد الاطمئنان بتنفيذ ما يصدر على المحكمة من قرارات.

7. عدم ممارسة المحكمة الاتحادية العليا دور الرقابة على تنفيذ قراراتها، فهي الاجدر بذلك، والاكثر حرصاً على قراراتها من أية جهة أخرى، كما أن قرارات المحكمة الاتحادية العليا ذاتها قد تصدر غامضة في بعض الأحيان، مما يشكل سبباً أساسياً لعدم التنفيذ من قبل المخاطبين بها، فالمحكمة لا تملك حق التفسير لقراراتها، وهذه مشكلة اثرت كثيراً في استقرار قرارات المحكمة الاتحادية العليا لتضارب التفسيرات بشأن تلك القرارات وخضوع تفسير هذه القرارات للأهواء.

رابعاً: أهداف البحث

إن الهدف من هذه الدراسة هو إيجاد حلول للمشاكل التي تعرقل عمل القضاء الدستوري، متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا في إستقرار الأمن القانوني، من خلال اعتماد الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، بما يمكن ذوي الشأن والمشرع من أثارة اختصاص الرقابة الدستورية، ومعرفة نتائج إتصال علم القاضي الدستوري بدعواه، وأحترام ما أكتسبه الأشخاص من أوضاع ومراكز قانونية في ضوء المبادئ الحاكمة، ليصبح مبدأ الأمن القانوني أساساً قانونياً لعمل القاضي الدستوري في الموازنة بين المصالح وضمانة للمشرع، من خلال اشتراط الوضوح، والتحديد، والقابلية لتوقع المشرع لمعايير الدستورية، التي يجب ان تحترمها التشريعات للحفاظ على بقائها، فكما كانت المحكمة الاتحادية خير مدافع عن الحق الدستوري في التقاضي عن طريق تجريد القوانين التي تنتقص هذا الحق من دستوريتها، فيتعين عليها تحديد معايير الرقابة، فإذا سلكت التشريعات الدستورية على خلاف ذلك أدى إلى إصابة مسلك القضاء الدستوري بالاضطراب الذي لا يمكن معه السير في طريق الطعن الدستوري، ومن ثمّ المساس بمبدأ المشروعية، فضلاً عن ذلك يجب السعي إلى ايجاد جزاء يترتب على سلطات الدولة، إذا ما خالفت، أو تقاعست في تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا، وان يكون الجزاء ملائم لجسامة الفعل،

والعمل على التقليل من حدة القرارات التي تمس باستقرار المراكز القانونية المترتبة قبل صدور قرارات المحكمة الاتحادية العليا، من خلال التعويض عن الاضرار التي لحقت بالمخاطبين بقراراتها.

خامساً: منهج البحث

سنعتمد في دراستنا على المنهج التحليلي الوصفي المقارن لقرارات المحكمة الاتحادية العليا، مقارنة بقرارات القضاء الدستوري المقارن في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر، في المواضيع التي تستوجب المقارنة، فضلا عن السعي إلى تحليل النصوص الدستورية للوقوف على مواطن القوة والضعف في دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في تنظيمه لمسألة مهمة، الا وهي استقرار الأمن القانوني، الذي من المفترض أن يكون الدستور هو الحامي الأول له، فضلا عن بيان مواطن الخلل في النصوص الدستورية التي نظمت عمل المحكمة الاتحادية العليا، والية عملها وتنظيم إلزامية قراراتها، والبحث عن أبرز الحلول التي من الممكن اتباعها في تنظيم هذه المحكمة، وتصحيح مسار عملها من خلال البحث عن تجارب الدول المتطورة في مجال القضاء الدستوري، سعياً إلى ضمان وترسيخ الأمن القانوني الذي يمثل الركيزة الأساسية لدولة القانون.

سادساً: الدراسات السابقة

من خلال بحثنا عن الموضوع وجدنا دراسات قانونية تناولت موضوع الامن القانوني في جوانب اخرى منها الامن القانوني الجنائي والاداري وهي كالآتي :

1. د. عدنان عاجل عبيد ، جودة احكام الحكمة الاتحادية العليا في العراق ، ط1، منشورات مكتبة دار السلام القانونية ، النجف ، 2021 ، وركزت الدراسة على تحليل احكام المحكمة الاتحادية العليا وبيان اهميتها ومواطن الخلل التي شابت بعض الاحكام .
2. سيروان عثمان فرج ، الامن القانوني الجنائي (دراسة تحليلية) ، رسالة ماجستير، جامعة السليمانية ، ٢٠١٩ ، وتضمنت الدراسة بيان ضرورة احترام الامن القانوني في مرحلة صياغة النصوص الجزائية والعمل على اتباع المعايير الدولية في سياسة التجريم .
3. مريم عبد الحسين رشيد ، دور الادارة والقضاء الاداري في حماية مبدأ الامن القانوني(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، جامعة الكوفة ، ٢٠٢١ ، وركزت هذه الدراسة على بيان دور الادارة في حماية مبدأ الامن القانوني في نطاق الوظيفة العامة وفي اصدار القرارات الادارية .
4. اكرام الغازي ، تراجع الامن القانوني للقاعدة العقابية في القانون الجنائي، مجلة القضاء التجاري ، السنة ١٥ ، العدد ١٠ ، ٢٠١٨ ، وتناولت هذه الدراسة ضرورة توقع القواعد القانونية الجنائية لحماية

مبدأ الامن القانوني واليقين القانوني لدى الافراد لكي لا يؤدي جهلهم الى مخالفتهم للقوانين دون علم.

5. نوال ايرايدين تأثير تضخم التشريع على الامن القانوني ، مجلة دفاتر للبحوث العلمية ، العدد ١٣، ٢٠١٨، تناولت هذه الدراسة بيان الاثر السلبي للتشريعات المتعاقبة على استقرار الامن القانوني فكلما ازدادت عدد القوانين في فترات متعاقبة قصيرة يؤدي الى المساس بالأمن القانوني .

سابعاً: خطة البحث

تبعاً لما تقتضيه طبيعة البحث في هذا الموضوع سيتم تقسيمه على ثلاثة فصول، اذ سنتناول في الفصل الأول الإطار المفاهيمي لدور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الأمن القانوني، الذي سيتم تقسيمه على مبحثين، سنتناول الأول ماهية دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الأمن القانوني، اما الثاني سنتعرض فيه إلى الإطار المفاهيمي لمبدأ الأمن القانوني.

وفي الفصل الثاني سنتطرق إلى وسائل المحكمة الاتحادية العليا العراقية لضمان الأمن القانوني، وسنقسمه على مبحثين نُخصص المبحث الأول للوسائل القضائية الدستورية ودورها في ضمان الامن القانوني، اما المبحث الثاني سيكون لدراسة دور الاجتهاد القضائي الدستوري في ضمان الأمن القانوني وسنبحث فيه دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال والغموض التشريعي وأثره في ضمان الأمن القانوني.

والفصل الثالث سيكون مخصصاً لآثار نفاذ وتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا على الأمن القانوني، وسيقسم على مبحثين، سنخصص الأول لآثار نفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا من حيث الموضوع والزمان في ضمان الأمن القانوني، وسنبحث فيه الحجية المطلقة والنسبية لقرارات المحكمة الاتحادية العليا وأثرها على الأمن القانوني، وآثار تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا على الأمن القانوني.

ثم سننهى بحثنا بخاتمة نستعرض فيها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا إليها في البحث لعلها تلقى طريقها للتطبيق وبما يخدم الصالح العام.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لدور المحكمة الاتحادية العليا العراقية
في ضمان الأمن القانوني

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لدور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الأمن القانوني

تُعد سيادة القانون هي أساس الحكم في الدولة، وهذا ما يؤهل الأمن القانوني لكي يكون احد مقومات الدولة القانونية، بما يساهم به من إستقرار للعلاقات القانونية، فالشخص لا يحصل على حقوقه المشروعة إلا في ظل منظومة قانونية مستقرة وثابتة، وبذلك يكون الأمن القانوني مرتكزاً لمجموعة من الأفكار والمبادئ كالثقة المشروعة، وإستقرار المعاملات لذلك حاول القضاء الدستوري متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا العراقية، ضمان مبدأ الأمن القانوني، ووضع الحلول لتلافي حالة اللأمن، من خلال حماية الحقوق المكتسبة للأفراد، فضلاً عن حماية حقوق وحرريات الأفراد، وليس هذا فحسب، وانما ساهمت المحكمة الاتحادية العليا من خلال الاختصاصات المناطة بها إلى استقرار الاوضاع القانونية، كأختصاصها بالمصادقة على النتائج الانتخابية لانتخابات مجلس النواب، لكن التشكيلة الخاصة بالمحكمة الاتحادية العليا، قد أثرت بلا شك في مسألة ضمان الأمن القانوني، فالخلافات التي ثارت ولا زالت بشأن أعضاء المحكمة الاتحادية العليا، فضلاً عن تضارب الاختصاصات التي وردت في قانون المحكمة الإتحادية العليا، وبين ما ورد في دستور جمهورية العراق، آثار كثيراً من الإشكاليات بشأن مصير القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا، قبل تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا بموجب القانون رقم (25) لسنة 2021، كل ذلك أثر على سعي المحكمة الاتحادية العليا في ضمان الأمن القانوني.

وفي سياق ما تقدم سيتم تقسيم هذا الفصل على مبحثين يبين المبحث الأول الإطار المفاهيمي لدور المحكمة الاتحادية العليا في ضمان الأمن القانوني، مستعرضين التنظيم التشريعي لتشكيل واختصاصات المحكمة الاتحادية العليا دستورياً وقانونياً، بينما يتناول المبحث الثاني الإطار المفاهيمي للأمن القانوني موضحين تعريفه وفلسفته فضلاً عن ذاتيته.

المبحث الأول

ماهية دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الأمن القانوني

يكرس القاضي الدستوري مبدأ الأمن القانوني من خلال الاعتراف بجودة القانون الذي يلتزم المشرع بمقتضاه ان يمارس اختصاصه في التشريع طبقاً للدستور، في إطار الضوابط المقررة دستورياً، ولكي تمارس المحكمة الاتحادية العليا هذا الاختصاص، لا بد ان تكون ذات تشكيل سوي يسهم في ضمان ممارستها لاختصاصها، فضلاً عن تنظيم اختصاصها بشكل لا يثير اللبس والغموض، ويبعد المحكمة الاتحادية العليا عن أي تشكيك في دستوريتها.

وفي ضوء ما تقدم سنعرض إلى التنظيم التشريعي لتشكيل المحكمة الاتحادية العليا، وذلك في المطلب الأول، اما المطلب الثاني سيوضح التنظيم التشريعي لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.

المطلب الأول

التنظيم التشريعي لتشكيل المحكمة الاتحادية العليا العراقية

يقتضي مبدأ سمو الدستور⁽¹⁾ ان يكون له الصدارة على سائر التشريعات في الدولة، واحترامه من السلطات كافة، وان تكون التشريعات كافة متطابقة معه بالشكل الذي يكفل حماية الحقوق والحريات، وبما يساعد على ضمان شيوع الثقة والاستقرار بتلك القوانين، فكلما كانت القوانين مطابقة للدستور كلما تحقق الاستقرار القانوني، ولكن الحديث عن سمو الدستور يتحول إلى كلمة جوفاء، مالم يتم حمايته من قبل جهة عليا تفرض رقابتها على تلك القوانين، وترتب الجزاء على المخالفة، وللإحاطة بهذا الموضوع سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول للتنظيم الدستوري لتشكيل المحكمة الاتحادية العليا، ونخصص الفرع الثاني للتنظيم القانوني لتشكيلها وفق ما يلي:

(1) يقصد بسمو الدستور اعتبار الدستور القانون الاعلى في الدولة لا يعلوه أي قانون اخر وهذا المبدأ قد اصبح مسلماً به سواء نصت عليه الدساتير ام لم تنص ينظر: سنبل عبد الجبار احمد، مبدأ سيادة الدستور وضمن احترامه دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للعلوم السياسية والقانونية، الجزء الأول، المجلد 6، العدد (21)، 2017، ص291.

الفرع الأول

التنظيم الدستوري لتشكيل المحكمة الاتحادية العليا العراقية

نصت أغلب دساتير الدول على تشكيل محكمة عليا، تتولى مهمة مراقبة القوانين وحماية سمو الدستور، مع إعطائها الضمانات الأساسية، لأداء عملها دون تدخل من بقية سلطات الدولة، ومن هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية، التي نص دستورها لعام 1787 على تأسيس محكمة عليا، تأتي في قمة الهرم القضائي الفيدرالي، إلا أنّ هذا الدستور لم يوضح عدداً معيناً للقضاة في المحكمة العليا، بل جعل تلك المهمة بيد السلطة التشريعية (الكونغرس)⁽¹⁾، لذلك فإن عدد هؤلاء الأعضاء قد مر بتغييرات متعددة، بسبب تأثر الكونغرس بالاعتبارات السياسية، والاجتماعية، والأقتصادية، التي مرت بها الولايات المتحدة الأمريكية، إلى ان استقر العدد على تسعة قضاة، وهو عدد معقول ومناسب للصلاحيات الملقاة على عاتقها⁽²⁾.

وقد اعطت المادة (الثانية) الفقرة (ثانياً) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية، لرئيس الولايات حق الترشيح لأعضاء المحكمة العليا، وبالتشاور مع مجلس الشيوخ اذ نصت على أنّ "الرئيس هو القائد الاعلى لجيش وبحرية الولايات المتحدة... وتكون له السلطة بمشورة مجلس الشيوخ وموافقته لعقد معاهدات، شرط أن يوافق عليها ثلثا عدد أعضاء المجلس الحاضرين، كما له أن يرشح وبمشورة مجلس الشيوخ وموافقته أن يعين سفراء ووزراء مفوضين آخرين وقناصل وقضاة للمحكمة العليا...." وهنا نرى أنّ لكلا السلطتين التنفيذية والتشريعية دور في اختيار أعضاء المحكمة العليا الأمريكية، لذلك اثرت الاحداث والظروف السياسية على اختيار هؤلاء الأعضاء.

اما دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014، فقد نص في المادة (191) منه على أنّ "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 رقماً واحداً، وتقوم الجمعية العامة للمحكمة على شئونها، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بشئون المحكمة".

(1) د. سعود نسيم، سلطات المحكمة العليا الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الأول، 2020، ص492.

(2) د. مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، 1995، ص36.

وقد حدد الدستور تشكيل المحكمة الدستورية العليا اذ نصت المادة (193) منه على ان "تؤلف المحكمة من رئيس، وعدد كاف من نواب الرئيس، وتؤلف هيئة المفوضين بالمحكمة من رئيس، وعدد كاف من الرؤساء بالهيئة، والمستشارين، والمستشارين المساعدين، ويختار رئيس الجمهورية رئيس المحكمة الدستورية من بين أقدم خمسة نواب لرئيس المحكمة، ويعين رئيس الجمهورية نواب رئيس المحكمة من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة، ويعين رئيس هيئة المفوضين وأعضاؤها بقرار من رئيس الجمهورية بناءً على ترشيح رئيس المحكمة وبعد أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة، وذلك كله على النحو المبين بالقانون".

اما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد جاء ليؤكد على وجود المحكمة الاتحادية العليا، ضمن التسلسل القانوني للقضاء العراقي، إذ جاء في المادة (89) منه ما يأتي "تتكون السلطة القضائية الاتحادية من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام، وهيأة الأشراف القضائي، والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقاً للقانون" فالمحكمة الاتحادية العليا على هذا تكون إحدى السلطات القضائية الاتحادية كما ورد في المادة (92/ أولا) منه (المحكمة الاتحادية هيأة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً).

أما فيما يتعلق بألية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا فقد نصت الفقرة (الثانية) من المادة (92) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على تكوين جديد يختلف عن تكوينها في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 (الملغى)⁽¹⁾، وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل، اذ نصت هذه المادة على أنّ (تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم، وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب).

ويلاحظ على التكوين الجديد لهذه المحكمة أن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 أضاف إلى تكوينها إضافة إلى فئة القضاة فئات جديدة هي فئة الخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون.

(1) نصت المادة (الرابعة والاربعون/ هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على أنّ (تتكون المحكمة العليا الاتحادية من تسعة أعضاء، ويقوم مجلس القضاء الأعلى أولاً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فرداً لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة أو الاستقالة أو العزل، ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها. وفي حالة رفض أيّ تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعةً جديدةً من ثلاثة مرشّحين).

ويمكن ان نسجل على النص الدستوري بعض الملاحظات، فيما يخص تشكيل المحكمة الاتحادية، تتمثل بأنه لم يحدد مستوى الخبرة عند القاضي، ومن أي صنف وهل يكون من بين أعضاء محكمة التمييز أم من سائر القضاة، كما لم يبين كيفية الاختيار، هل يكون بالترشيح من قبل مجلس القضاء الأعلى، أو عن طريق الترشيح المباشر؟، لمن يرى في نفسه الكفاءة، أم توجد جهة أخرى ترشحهم، لغرض التمكن من اختيارهم، فضلاً عن ذلك انه لم يحدد فيما إذا كان القضاة من المستمرين في الخدمة، أم المحالين على التقاعد ايضاً، كما انه كان من الافضل ان ينظم كل تلك الأمور، لا أن يتركها إلى قانون تشكيل المحكمة، فضلاً عن ان القانون لم يذكر الشروط الشخصية التي يجب توافرها في أعضاء المحكمة الاتحادية العليا⁽¹⁾.

ويثور تساؤل على تشكيلة المحكمة، يتمثل بما هي الحكمة من إشتراط وجود خبراء الفقه الإسلامي، ضمن تشكيلة المحكمة؟ خصوصاً ان المحكمة لا تنظر في الأمور العفائية، وإنما هي هيئة الفصل في نزاع يتعلق بين شرعية القانون وعدم شرعيته على وفق أحكام الدستور، فإنها عملية قضائية بحتة، أن وضع خبراء الفقه الإسلامي ضمن تشكيل المحكمة العليا، هو مبدأ جديد لم يتطرق إليه دستور عراقي سابق، وهذا الأمر يثير العديد من الإشكالات، إذ إنَّ الدين الإسلامي يوجد فيه أكثر من مذهب، والمذاهب الرئيسية هي خمسة مذاهب تنفرع منها فرق وملة عديدة، فما هي شروط الخبرة الواجب توافرها في الخبير؟⁽²⁾، وهل نعول على التحصيل العلمي للخبير في الفقه الإسلامي، أم على الشهادة الأكاديمية العليا، أو على سنوات الخدمة، أو نعتمد على البحوث والمؤلفات التي أصدرها، في مجال الفقه الإسلامي، أو نعتمد على الفقيه الجامع للشرائط؟ وهو الذي يكون بمرتبة المجتهد الذي له القدرة على الإفتاء، واستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية، وهذا الفقيه بهذه المواصفات من الصعب اختياره لعدم تحقق الإجماع عليه، إذ إنَّ بعض المذاهب لا تعتمد إلا إذا كان الأعم بين أقرانه، وفي زمانه، لذلك فإن دستور 2005، قد أتى بعموميات كان لا بد من تفصيلها في الدستور فيما يتعلق بالخبراء على التحديد من أجل قطع دابر الاجتهاد والتأويل، الذي يسبب اللبس والغموض عند التطبيق⁽³⁾.

وقد ظهرت عدة آراء لتجيب على هذا التساؤل، فرأي يرى أن اشتراط وجود فئة الخبراء في الفقه الإسلامي مع فئة الفقهاء في القانون هو رغبة واضعي دستور جمهورية العراق لسنة 2005، في التوفيق بين ما

(1) د. عبد الرحمن سليمان زبياري، السلطة القضائية في النظام الفيدرالي (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013، ص 283 وما بعدها.

(2) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2008، ص 55.

(3) مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، مطبعة دار الضياء للطباعة والتصميم، ط1، النجف الاشرف، 2007، ص 77.

ورد في (المادة الثانية/ أولاً/ أ) من الدستور والتي تنص على أنه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام)، والبند (ثانياً/ ب) من المادة ذاتها من الدستور، والتي تنص على أنه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية)، إذ يرى الفقهاء الذي فسروا الدستور أن وجود فئة الخبراء في الفقه الإسلامي مع فئة الفقهاء في القانون، ضمن تشكيلة المحكمة الاتحادية العليا الجديدة، يضمن عدم خرق التشريع المراد فحص دستوريته للمبادئ الواردة في المادة الثانية من الدستور⁽¹⁾، وهناك اتجاه يرى أن دور خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون دور استشاري، ببيان الرأي في القضية المعروضة، والقرار الحاسم هو الذي تتخذه الهيئة القضائية في المحكمة، إذ إنّ القاضي هو وحده من عليه إصدار القرار الفاصل للخصومة⁽²⁾، وهناك رأي ثالث حاول أن يوفق بين الرأيين السابقين فقسم اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا إلى اختصاصات قضائية تمارس من قبل الهيئة القضائية⁽³⁾، أما الاختصاصات غير القضائية كتفسير النصوص الدستورية والمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب والنظر فتترك لخبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون الثلاث⁽⁴⁾.

ونرى أنّه لا يمكن إلغاء وجود خبراء الفقه الإسلامي نهائياً من تشكيلة المحكمة الاتحادية، فمن الأفضل هنا أن يكون دور هؤلاء الخبراء خاص فقط بالمسائل المتعلقة بالشرعية الإسلامية، إذ إنّها تُعدّ مصدر أساس للتشريع⁽⁵⁾؛ ولا يمكن سن قانون يتعارض مع ثوابتها فهذا يكون خبراء الفقه الإسلامي هم الأعم بهذه المسائل من غيرهم، وفي الوقت ذاته، لكي لا يتم تعطيل عمل المحكمة الاتحادية العليا، إذا سمحنا لهم التدخل في كافة المسائل، لصعوبة حصول الاتفاق بين المذاهب جميعاً في المسائل كافة، مما يعرقل عمل المحكمة الاتحادية العليا خصوصاً أنها اشترطت الاجماع في قراراتها.

فضلاً عن ذلك نجد ان نص المادة (2/92) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، لم تحدد عدد الأعضاء من القضاة في هذه المحكمة، وترك تحديد عددهم إلى قانون المحكمة الاتحادية العليا، والذي يجب أن يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، وأن ذلك يثعد من الثغرات التشريعية، التي تمكن السلطة التشريعية من زيادة عدد أعضاء المحكمة، كلما رأت أن في ذلك مصلحة لها، كما يؤثر على استقلال المحكمة⁽⁶⁾ واعتمد المشرع في الولايات المتحدة الامريكية على معايير مختلفة في اختيار اعضاء المحكمة

(1) د. عبد الرحمن سليمان زبياري، المصدر السابق، ص284.

(2) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، المصدر السابق، ص58.

(3) د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، ط1، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد، 2008، ص12.

(4) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، المصدر السابق، ص57.

(5) نصت المادة (2/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 بأن "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع".

(6) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، المصدر السابق، ص59.

العليا⁽¹⁾، إلا أن المشرع الدستوري العراقي لم يحدد معايير معينة لاختيار قضاة المحكمة الاتحادية العليا، كما لم يبين الدستور عدد كل شريحة من شرائح المحكمة، أي هل ستكون أعدادهم متساوية أم سيغلب عدد القضاة على عدد فقهاء القانون وخبراء الفقه الإسلامي؟، فضلاً عن ذلك أن الدستور ترك تحديد أعضاء المحكمة للقانون، ولو أن المشرع العراقي عمل على تحديد الشروط التي يجب أن تتوافر في القاضي، في صلب الوثيقة الدستورية، للأهمية البالغة له، ولكي لا يكون المجال مفتوح أمام المشرع لاشتراط شروط ممكن أن تعرقل عمل المحكمة الاتحادية العليا.

أما فيما يتعلق باستقلال المحكمة الاتحادية العليا في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، فقد أعتمد الدستور على مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك في المادة (47) التي نصت على "تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات وبأثره أقر مبدأ استقلال السلطة القضائية في المادة (19/ أولاً) والتي نصت على "القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون" كما أكدت المادة (87) منه بالنص على أن "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون".

وهناك من يرى أن مجلس القضاء الأعلى يدير شؤون الهيئات القضائية الاتحادية منها المحكمة الاتحادية العليا استناداً إلى نص المادة (90) من الدستور⁽²⁾ والتي تنص على أن "يتولى مجلس القضاء الأعلى إدارة شؤون الهيئات القضائية..."، فمجلس القضاء الأعلى يمارس صلاحية إدارة شؤون القضاء والإشراف على القضاء الاتحادي⁽³⁾، وكذلك اقتراح مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية الاتحادية وعرضها على مجلس النواب للموافقة عليها⁽⁴⁾.

(1) اعتمدت الولايات المتحدة الأمريكية على العديد من المعايير التي يجب أن يراعيها الرئيس عند ترشيحه للشخص الذي يملأ المقعد في المحكمة العليا، وهذه المعايير تتمثل بمعيار الأهلية القضائية، ومعيار الاعتبارات السياسية، ومعيار التنوع، ويعد معيار الأهلية القضائية أو ما يسمى (بالمزاج القضائي) هو الأهم من بين هذه المعايير الثلاثة. فقد أعلن الرؤساء، في مرات عديدة، بأن المؤهلات القضائية هي الأساس في اختيار المرشح، أما أعضاء مجلس الشيوخ، فيستخدمون الافتقار إلى الكفاءة القضائية لرد المرشح إذا وجدوا بأنه سوف يتخذ في المستقبل مواقف ضد مسائل معينة وبالإضافة إلى الحيادية التي يتطلبها هذا المعيار هناك مسائل أخرى مثل النزاهة، والسمعة في المجتمع القانوني، والقدرة الفنية القضائية، والقدرة على الاجتهاد، وكل ذلك يمكن التعرف عليه من خلال آراء المرشح القضائية، ونتائجته الفكرية، وتأريخه المهني، الذي تقيمه جهات مستقلة مثل نقابة المحامين الأمريكية، وتظهر الدراسات الحديثة في الولايات المتحدة، بأن أعضاء مجلس الشيوخ من الممكن أن يؤيدون مرشحاً لا يتوافق معهم سياسياً ولكنه يحمل مؤهلات قضائية كافية وله تاريخ قضائي حافل بالحياد والاستقلالية ينظر: دانيال جون ميدور، ترجمة د. مصطفى رياض، المحاكم الأمريكية، ط1، الجمعية العربية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، 1999، ص33 وما بعدها.

(2) د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، المصدر السابق، ص15.

(3) ينظر: المادة (91) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(4) ينظر: المادة (91/ ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

ويلاحظ من هذا النص وضوح قصد المشرع عندما ذكر مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية، انه قصد موازنة جميع مكونات السلطة القضائية المنصوص عليها في المادة (89) من الدستور، لذا حرص المشرع عند تشريع قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (45) لسنة 2017⁽¹⁾، على النص على صلاحيات مجلس القضاء الأعلى ذاتها المنصوص عليها في المادة (91) من الدستور، ومنها النص في المادة (3/ثانياً) على اقتراح مشروع الموازنة السنوية للسلطة القضائية الاتحادية، وعرضها على مجلس النواب للموافقة عليها، إلا أنّ المحكمة الاتحادية أصدرت قراراً لها ألغت بموجبه نص المادة (3/ثانياً) من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (45) لسنة 2017⁽²⁾، ثم عادت واصدرت قراراً اخرأ في الموضوع ذاته⁽³⁾، وعلاوة على ما تقدم فإن الاستقلال الذي اراد الدستور اضافته للمحكمة الاتحادية العليا قد سعت أغلب الدول لإعطاء القضاء الدستوري استقلالاً خاصاً، ليتمكن قضاة هذه المحاكم من اداء اعمالهم دون أي تأثير من أي جهة⁽⁴⁾.

وإذا كان الدستور ينص على عدم جواز سن قانون يتعارض مع الدستور ويعد باطلاً كل نص قانوني آخر يتعارض معه⁽⁵⁾، فمن باب أولى عدم جواز إصدار قرار من المحكمة الاتحادية، يخالف النص الدستوري المتمثل بالمادة (91/ثالثاً)⁽⁶⁾، وبررت المحكمة قرارها بإلغاء نص المادة (3) من قانون مجلس القضاء الأعلى بأن المادة (92/أولاً) من الدستور قد نصت على أنّ المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً، وقيام مجلس القضاء الأعلى بوضع موازنتها السنوية يخل باستقلاليتها، كما بينت بأن المادة (92/أولاً) يلزم أن تكون للمحكمة الاتحادية العليا موازنة مستقلة، إلا أنّ المنطق القانوني السليم يقضي بأن نص المادة (92/ثانياً) جاء لاحق لنص المادة (91/ثالثاً) من الدستور، وهو نص خاص يختص باستقلالية المحكمة الاتحادية العليا مالياً وإدارياً، وهو الواجب التطبيق ذلك إن النص اللاحق يقيد السابق والخاص يقيد

(1) أصبح القانون نافذاً بتاريخ 2017/1/23 والذي نشر في الجريدة الرسمية الوقائع العراقية بعددها المرقم 4432.
(2) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا (19/ اتحادية/2017) في 2017/4/11 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/5/9.
(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (136) وموحدتها (137/ اتحادية/2017) في 2018/2/5 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/5/10.
(4) قد أخذ الدستور الأمريكي بهذا الاتجاه ورفع من مكانة القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية اذ يقوم أعضاء المحكمة العليا بعملهم مدى الحياة، ولا يجوز عزلهم الا بطريق الاتهام وكذلك لا يجوز انقاص مرتباتهم. وتأكيدا على استقلال قضاة المحكمة العليا ترك لكل منهم حرية الاحالة على التقاعد إذا بلغ سن السبعين وكان قد شغل وظيفته في المحكمة العليا مدة عشر سنوات على الأقل. ويستمر في تقاضي كامل راتبه رغم تقاعده ينظر: لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة، ترجمة جابر سعيد، الجمعية المصرية لنشر المعرفة، القاهرة، 1996.
(5) ينظر: المادة (13/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
(6) د. عدنان عاجل عبيد، جودة أحكام المحكمة الاتحادية العليا، ط1، منشورات دار السلام القانونية، النجف، 2021، ص183-184.

العام، فلا يمكن الاستناد اليه في تبرير عدم دستورية المادة (3) من القانون المذكور⁽¹⁾.

مما تقدم ، فأنا نؤيد الرأي الذي يعتقد بأنه كان من الأولى بالمحكمة الاتحادية العليا ان ترد دعوى إلغاء نص المادة (3) من قانون مجلس القضاء الاعلى، لأنه لا يوجد نص يسمح للمحكمة الاتحادية العليا ان تسير إلى ما يعدل نص دستوري⁽²⁾.

الفرع الثاني

التنظيم القانوني لتشكيل المحكمة الاتحادية العليا العراقية

لأهمية تشكيل المحاكم الدستورية فقد اولت قوانينها النص على هذا التشكيل اهمية بالغة، لما له من أثر على سير عمل المحاكم، وجودة أحكامها وقراراته، امثال ذلك: المحكمة الدستورية العليا المصرية التي نصت في قانونها رقم (48) لسنة 1979، على ذكر التفاصيل الخاصة بتشكيل المحكمة الدستورية العليا المصرية، فبين على أنّ المحكمة تتألف من رئيس وعدد كاف من الأعضاء، وتصدر الأحكام والقرارات من سبعة أعضاء، ويترأس جلساتها رئيسها أو اقدم اعضائها، وعند خلو منصب الرئيس أو في حالة غيابه أو وجود مانع لديه يقوم مقامه الاقدم فالأقدم من اعضائها⁽³⁾.

ويشترط فيمن يعين عضواً بالمحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء، طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، وألا تقل سنه عن خمس وأربعين سنة ميلادية، ويكون اختياره من أعضاء المحكمة العليا الحاليين، أو من أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين، ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل، أو من أساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية، ممن

(1) ان المحكمة لم تر ان هنالك اشكالية في ايكال مهمة وضع الموازنة السنوية للسلطة القضائية إلى مجلس القضاء الأعلى عندما يكون رئيس المحكمة الاتحادية هو رئيس مجلس القضاء الأعلى وان هذه الإشكالية حصلت بعد أن أصبح رئيس محكمة التمييز رئيساً لمجلس القضاء الأعلى والتبرير الذي اعتمدت عليه المحكمة بان المادة (92/أولاً) من الدستور نصت على إنها هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً لأن الاستقلال المالي والإداري يعني أن المحكمة هي من تدير ما يخص لها من أموال ضمن موازنة السلطة القضائية فضلاً عن انها تدير شؤون قضاتها وموظفيها و تتخذ قراراتها دون تأثير من احد لكنها تبقى هيئة قضائية كما عرفتها المادة (92/أولاً) من الدستور وبموجب المادة (90) من الدستور يتولى مجلس القضاء لقضاء إدارة شؤون الهيئات القضائية، وينظم بقانون طريقة تكوينه واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه. ينظر: د. مصدق عادل، الإصلاح الدستوري في العراق (المحكمة الاتحادية العليا نموذجاً)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الخاص لبحوث مؤتمر الفرع العام تحت عنوان (الإصلاح الدستوري والمؤسساتي (الواقع والمأمول)، 2018، ص 400 وما بعدها.

(2) د. عدنان عاجل عبيد، جودة أحكام المحكمة الاتحادية العليا، المصدر السابق، ص189 وما بعدها.

(3) ينظر: المادة (3) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (49) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (78) لسنة 2019.

أمضوا في وظيفة أستاذ ثماني سنوات متصلة على الأقل، والمحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل⁽¹⁾.

أما قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (30) لسنة 2005، فقد نص في مادته الثالثة على أن "تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية أعضاء، يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم، وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة (هـ) من المادة الرابعة والأربعين) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية".

وقد تعرضت المحكمة الاتحادية العليا للكثير من الانتقادات في قانونها، بالقول: أن قانون المحكمة الاتحادية العليا الذي أشارت إليه المادة (92/ ثانياً) من دستور 2005، والذي يجب أن يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب⁽²⁾، هو ليس ذاته القانون الذي تعمل بموجبه المحكمة، إذ إن هذا القانون لم يصدر بعد مما دفع الفقه الدستوري في العراق إلى طرح العديد من التساؤلات، فيما إذا كان تشكيل المحكمة الاتحادية العليا بالشكل الذي هي عليه الآن، والذي تم وفقاً لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 (الملغى)، وقانون المحكمة الاتحادية رقم (30) لسنة 2005، دون تشكيلها حسب ما نص عليه دستور جمهورية العراق لعام 2005، فهل يعد تشكيلاً سليماً من الناحية القانونية، بحيث تكون قرارات المحكمة الاتحادية العليا، تتفق وأحكام الدستور النافذ، على الرغم من كون التشكيلة الحالية لها خالية من

فتي الخبراء في الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون، على نحو ما أوجبه المادة (92/ ثانياً) من دستور 2005؟⁽³⁾

ذلك وذهب البعض الآخر إلى القول أن هذا يشكل خلافاً من الناحية الدستورية، ويشكك في مشروعية وجود المحكمة الاتحادية العليا، وقانونية الأحكام الصادرة منها ويبرر انتفاء السند الدستوري لوجودها، وهي المادة (44) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 (الملغى)، إذ تم إلغاء هذا القانون إلغاء صريحاً

(1) ينظر: المادة (4) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

(2) د. شورش حسن عمر، ضوابط استقلال المحكمة الاتحادية العليا في العراق من حيث التشكيل (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم السياسية والقانونية، جامعة كركوك، الجزء الأول، المجلد 6، العدد 21، 2017 ص 425 وما بعدها.

(3) د. اقبال عبد الله امين، قراءة تحليلية لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 دراسة تحليلية لقانون المحكمة النافذ والنظام الداخلي للمحكمة رقم (1) لسنة 2005 ومقترح المشروع لقانون المحكمة، بحث منشور في مجلة اكليل للدراسات الإنسانية، وقائع المؤتمر الدولي الأول للجمعية العراقية العلمية للمخطوطات والموسم قراءات في العلوم الإنسانية، العدد الخاص بوقائع المؤتمر، 2021، ص 1112 وما بعدها.

بموجب المادة (143) من دستور سنة 2005⁽¹⁾، إلا أنّ رأي آخر ذهب إلى أن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 يعد أساساً شرعياً من الناحية الدستورية والقانونية لهذه المحكمة، لأنه مازال نافذاً استناداً لما جاء في المادة (130) من دستور 2005، التي نصت على أنه (تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ)⁽²⁾.

مما تقدم نرى أنّ دستور جمهورية العراق لسنة 2005، قصد تشكيل محكمة جديدة ولم يشر إلى بقاء محكمة سابقة منشئة بموجب قانون ملغي وهو قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، إذ إنّ قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية هو الدستور في فترة صدور الامر الخاص بتشكيل المحكمة الاتحادية العليا، فلا يمكن ان يكون بين قانون المحكمة وبين الدستور تعارض، إلا أنّ نص الفقرة (هـ) من المادة (44) من قانون إدارة الدولة والمادة (45) وقعا في تناقض، فاختيار مجلس القضاء الأعلى ورئيسه يسبق بالضرورة اختيار أعضاء المحكمة الاتحادية العليا ورئيسها، اذ المجلس الأعلى للقضاء ممثلاً برئيسه يقوم وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح أعضاء المحكمة الاتحادية العليا، وفي ذات الوقت يترأس المجلس الأعلى للقضاء رئيس المحكمة الاتحادية العليا⁽³⁾، كما نصت المادة الخامسة والأربعون من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على أنّ " يتم إنشاء مجلس أعلى للقضاء ويتولى دور مجلس القضاة يشرف المجلس الأعلى للقضاء على القضاء الاتحادي، ويدير ميزانية المجلس، ويتشكل هذا المجلس من رئيس المحكمة الاتحادية العليا - رئيس ونواب محكمة التمييز الاتحادية.. ورؤساء محاكم الاستئناف الاتحادية - ورئيس كل محكمة إقليمية للتمييز ونائبه يترأس رئيس المحكمة الاتحادية العليا المجلس الأعلى للقضاء، وفي حال غيابه يترأس المجلس رئيس محكمة التمييز الاتحادية".

ونعتقد ان اختيار وتعيين رئيس المحكمة الاتحادية العليا يسبق اختيار رئيس مجلس القضاء، في حين ان الفقرة (هـ) من المادة (44) تشير صراحة إلى أن رئاسة المجلس الأعلى للقضاء تسبق رئاسة المحكمة الاتحادية، بدلالة نصها على أنّ " تتكون المحكمة العليا الاتحادية من تسعة أعضاء ويقوم مجلس القضاء الاعلى اولياً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين

(1) د. شورش حسن عمر، ضوابط استقلال المحكمة الاتحادية العليا في العراق من حيث التشكيل (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 421.

(2) د. مها بهجت الصالحي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، المصدر السابق، ص 55.

(3) د. اياد خضر عباس، العلاقة بين المحكمة الاتحادية العليا ومجلس القضاء الاعلى في ضوء قانون التعديل الأول لقانون المحكمة الاتحادية العليا، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (7)، المجلد (7)، العدد(1)، الجزء (1)، 2022، ص 217 وما بعدها.

فرداً لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة...."⁽¹⁾.

ان كل هذه الإشكاليات في مسألة تشكيل المحكمة الاتحادية العليا، تؤدي إلى التشكيك في دستوريتها وفي شرعية عملها، ومن ثمّ التشكيك فيما يصدر منها من قرارات كل ذلك ينعكس سلباً على دورها في حماية وضمان استقرار الاوضاع القانونية، ومن ثمّ يؤثر على تحقيق الأمن القانوني.

ولتلافي هذه المشكلات التشريعية اصدر المشرع العراقي قانون التعديل الأول لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (25) لسنة 2021، والذي نص في المادة (1) منه على إلغاء نص المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لعام 2005، واحلال نص اخر محله يتضمن تشكيل المحكمة الاتحادية العليا، اذ نصت المادة على أنّ "أولاً: أ. تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس ونائب للرئيس وسبعة أعضاء اصليين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (15) خمس عشرة سنة ب. للمحكمة اربعة أعضاء احتياط غير متفرغين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة، ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (15) خمس عشرة سنة. ثانياً: يتولى رئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس المحكمة الاتحادية العليا ورئيس جهاز الادعاء العام ورئيس جهاز الاشراف القضائي، اختيار رئيس المحكمة ونائبه والأعضاء من بين القضاة المرشحين، مع تمثيل الاقاليم في تكوين المحكمة وترفع اسماؤهم إلى رئيس الجمهورية لإصدار المرسوم الجمهوري بالتعيين خلال مدة أقصاها (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ اختيارهم"⁽²⁾.

ونلاحظ هنا ان التعديل تلافى القصور الذي عانى منه قانون المحكمة الاتحادية رقم (30) لسنة 2005، فيما يتعلق بتحديد صنف القضاة، اذ اشترط التعديل ان يكونوا من قضاة الصنف الأول وان يكونوا مستمرين بالخدمة ، كما تدارك المشرع في هذا التعديل مسألة بقاء أعضاء المحكمة الاتحادية العليا بالخدمة الواردة في المادة (6/ثالثاً)، اذ الغى هذه الفقرة واستبدلها بفقرة أخرى تقضي بإحالة رئيس المحكمة ونائبه والأعضاء إلى التقاعد بمرسوم جمهوري بعد اكمالهم (72) عاماً من العمر، استثناءً من أحكام قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 المعدل، وأحكام قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل واي قانون اخر يحل محلها⁽³⁾، بعدما كان القانون القديم قد اغفل هذه الشروط، كما حافظ التعديل على توازن

(1) يتم اختيار رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية من قبل رئيس الجمهورية من بين أقدم خمس نواب لرئيس المحكمة ويتم تعيين نائبي رئيس المحكمة من قبل رئيس الجمهورية ايضاً على أنّ يتم اختياره له من بين اثنين مرشحين يتم ترشيح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة واشترط القانون ان يكون ثلثا نواب رئيس المحكمة على الاقل من بين أعضاء الهيئات القضائية. ينظر المادة (5) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 المعدل.

(2) ينظر: المادة (3) من قانون التعديل الأول لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (25) لسنة 2021.

(3) ينظر المادة (3) من قانون التعديل الأول لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (25) لسنة 2021.

مكونات الشعب العراقي، عندما اشترط ان يراعى في تشكيل المحكمة الاتحادية العليا تمثيل الاقاليم⁽¹⁾.

ونلاحظ ان التعديل قد اخفق في مسائل أخرى منها:

1. اشتراطه ان تكون تشكيله المحكمة من القضاة فقط، وهذا بدوره يتعارض مع النص الدستوري الذي نص على تشكيل المحكمة من عدد من القضاة وخبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، فكما هو معلوم ان ليس كل قاضي هو فقيه.
2. نلاحظ ان التعديل لم يتناول مسألة السن المقرر لعضو المحكمة الاتحادية العليا، كما فعل قانون المحكمة الدستورية المصري رقم 48 لسنة 1979، اذ حدد السن بما لا يقل عن خمس وأربعين سنة وكان الاجدر بالمشروع ان يلتفت لهذه المسألة ويحددها بسن معين والافضل ان يكون الحد الأدنى لسن القاضي هو اربعين سنة .

3. ان المادة (1/ثانياً) من قانون التعديل خلت من بيان الجهة التي تتولى ترشيح قضاة المحكمة، واقتصرت على بيان الجهة التي تتولى اختيار رئيس المحكمة ونائبه وعضائه من بين القضاة المرشحين، على الرغم من الفرق بين الاختيار والترشيح.

مما تقدم نرى ضرورة ان يكون ضمن تشكيلة المحكمة الاتحادية العليا اسانذة القانون، للاستفادة من الخبرات وعدم قصر تشكيلتها على القضاة، وعلاوة على ذلك ان انعقاد المحكمة الاتحادية العليا شابه الكثير من التعقيد، خاصة فيما يتعلق بحضور جميع الأعضاء⁽²⁾، إذ إن هذا شرط صعب للغاية، وممكن ان يعرقل عمل المحكمة الاتحادية العليا، ويشكل اخلاً واطحاً بالأمن القانوني.

كما لا يفوتنا ان ننوه ان قانون المحكمة لم يتطرق إلى مسألة حلول عضو محل العضو المتغيب في المحكمة، وكان الاجدر التطرق إلى تلك المسألة، حتى لا يكون ذلك كمرقل لعمل المحكمة.

وعلى العكس من ذلك فأن نظام المحكمة الاتحادية العليا الحالي رقم (1) لسنة 2022، قد بين مسألة احلال نائب رئيس المحكمة محل رئيسها عند غيابه لأي سبب، وفي حال غيابهما معاً، يحل محلها العضو الأقدم⁽³⁾، ونتيجة لذلك فقد تلافى المشروع النقص الذي اعترى قانون المحكمة الاتحادية العليا، وان كان الافضل ان يتم هذا التنظيم في صلب قانون المحكمة الاتحادية ذاته.

(1) ينظر: المادة (3/ثالثاً) من قانون التعديل الأول لقانون المحكمة الاتحادية العليا.

(2) ينظر: المادة (5/ اولاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل.

(3) ينظر: المادة (4/ ثالثاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022.

المطلب الثاني

التنظيم التشريعي لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية

ان البحث في موضوع التنظيم التشريعي لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية، يقتضي منا دراسة هذا الموضوع في فرعين، يكون الأول للتنظيم الدستوري لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، اما الفرع الثاني سيكون للتنظيم القانوني لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.

الفرع الأول

التنظيم الدستوري لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية

حدد دستور جمهورية العراق لسنة 2005 اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بالنص الصريح، وذلك في المادة (93) منه وهي كالآتي:

اولاً- اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة

أخذ المشرع الدستوري العراقي بمركزية الرقابة، عندما منح المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على دستورية القوانين والانظمة، ولا شك في أن الرقابة على دستورية القوانين، هو من صلب اختصاص المحكمة الاتحادية العليا، وهذا ما اكدته المحكمة الاتحادية العليا في قراراتها⁽¹⁾، وان رقابة المحكمة على القوانين لا يؤثر بأي شكل من الاشكال، لأنها الاجدر في ممارسة هذا الاختصاص، إلا أن الرقابة على دستورية الأنظمة محل نظر⁽²⁾، لأن الانظمة أيا كانت الجهة التي تصدر عنها، فهي قرارات ادارية تنظيمية تخضع لرقابة المشروعية إلغاء وتعديلاً،

(1) اكدت المحكمة الاتحادية العليا في احدي قراراتها على اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين اذ جاء في القرار (...ان النظر في الطعن أو في دعوى عدم دستورية قانون ما هو من صلب اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة (93/ اولاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 والمادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005....). ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (23/ اتحادية/ تمييز/ 2010) بتاريخ 2010/5/6 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/5/23.

(2) أيد البعض رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية الأنظمة النافذة بناءً على اعتبارات عملية وتأكيداً لسيادة القانون لان هذه الأنظمة لها أهمية وتتعلق بحرية المواطنين وأمنهم وأن المشرع الدستوري أخذ بالمفهوم الواسع للقانون وبالمدلول الموضوعي له وهو اتجاه يسهم في الحماية المباشرة للحقوق والحريات العامة للأفراد، وأن حماية الدستور وصونه من الخروج على أحكامه بكونه القانون الأسمى في البلاد لا تتحقق إلا إذا امتدت رقابة المحكمة الاتحادية العليا على التشريعات كلها الأصلية منها والفرعية، وأن امتداد هذه الرقابة على النوع الأخير أمر تقتضيه طبيعة مركزية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات والتي تبناها المشرع الدستوري في دستور جمهورية العراق لسنة 2005 وهذا ما يحقق وحدة الأحكام القضائية ويمنع احتمال تعارض الآراء وتضارب الأحكام في المسألة الواحدة وما يجر ذلك من تأثير على الأوضاع والمراكز القانونية ينظر: د. نواف كنعان، القانون الاداري (الكتاب الأول)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 49.

وان محكمة القضاء الاداري تملك اختصاص النظر في صحة الأوامر والقرارات الادارية، التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام، التي لم يعين القانون مرجعا للطعن فيها⁽¹⁾ لذلك كان من الاصوب تركها للقضاء الاداري، وبالفعل تم انشاء المحكمة الادارية العليا بموجب التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة في عام 2013، وانيط بها هذا الاختصاص، إذ إنّ المحكمة الاتحادية العليا، تختص بالفصل في عدم دستورية النظام، اما المحكمة الادارية العليا فهي تختص بالفصل بعدم مشروعيتها، أي أن مخالفة القرارات والانظمة للقوانين العادية، من اختصاص المحكمة الادارية العليا، اما مخالفتها للدستور فتفصل فيها المحكمة الاتحادية العليا⁽²⁾.

وتأسيساً على ذلك لابد من التأكيد على أنّ من الاجدر منح النظر في مشروعية الانظمة إلى القضاء الاداري، وعدم ايراد هذه التفرقة بين دستورية الانظمة وبين مشروعيتها، فعدم المشروعية ينضوي على عدم الدستورية ايضاً، فلا توجد حاجة لمثل هكذا تمييز، فضلاً عن ان هذا التمييز يؤدي إلى ارهاق المحكمة الاتحادية بأمر هي من صلب عمل القضاء الاداري، كما ان المتضرر من إلغاء النظام إذا كان قد تم نظره امام القضاء الاداري سيحصل على التعويض بسهولة، بعكس لو تم الغاؤه من قبل القضاء الدستوري، اذ لا يوجد نص صريح يلزم القضاء الدستوري بالتعويض عن إلغاء القانون غير المشروع، ومن ثمّ يتم حماية الأمن القانوني اكثر، ولو من جانب الحصول على التعويض عن إلغاء النظام الذي من الصعوبة ان يحصل عليه المتضرر، لو كان الطعن امام القضاء الدستوري.

ثانياً: - اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير نصوص الدستور:

سارت أغلب الدساتير على إعطاء القضاء الدستوري صلاحية تفسير القوانين، ومنها الدستور الأمريكي، الذي منح للمحكمة العليا الحق بتفسير النصوص الدستورية، والقوانين الاتحادية⁽³⁾. اما دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014، فقد منح للمحكمة الدستورية العليا وحدها حق تفسير النصوص القانونية⁽⁴⁾، أي انه لم يمنح للمحكمة الدستورية العليا، حق النظر في تفسير النصوص الدستورية، ويذهب الكثير إلى ان تفسير النصوص الدستورية، لا يمكن ان يتم من قبل سلطة منشأة، اذ يجب ان يتم من

(1) ينظر: المادة (7/ رابعا) من قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

(2) د. غازي فيصل، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، المصدر السابق، ص28.

(3) استندت المحكمة العليا الأمريكية إلى نص المادة (3/ثانياً) من الدستور والتي تنص على " يشمل اختصاص السلطة القضائية جميع القضايا...." وقد فسرت المحكمة هذا النص على انه يشمل جميع المسائل ومن ضمنها التفسير ينظر: د. هشام عبد المنعم عكاشة، المحكمة الدستورية العليا، قاضي التفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص57.

(4) ينظر: المادة (192) من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014.

قبل السلطة المنشأة فقط، لأنها هي الأعم والأكثر دراية بالمقصود من النصوص الدستورية⁽¹⁾.
وعمل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على اضافة اختصاص جديد للمحكمة الاتحادية العليا وهو (تفسير الدستور)⁽²⁾، اذ لم ينص على هذا الاختصاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005، ولا في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005، ويتم اللجوء إلى التفسير الدستوري إما بسبب غموض النص الدستوري، كما تظهر الحاجة إلى التفسير الدستوري عندما يكون النص مرناً الصياغة، أو غامضاً، وتباين وجهات النظر بشأنه، والاختلاف في فهم الفاعل، أو قد تقوم كل جهة بتطبيق النص على شكل يخالف الأخرى، مما يؤدي إلى تنوع وتعدد تطبيقاته، ومن ثمّ يؤثر على استقرار الأمن القانوني⁽³⁾.

استناداً لما سبق نجد انه لا ضير من منح القضاء الدستوري اختصاص تفسير الدستور، إذ إنّ هذا الاختصاص متفرع من اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين، اذ لا يمكن له ان يكشف وجه المخالفة الدستورية مالم يفسر النص الدستوري كما ان الحاجة للتفسير تظهر في السعي الى تطابق النص الدستوري مع التغييرات في الواقع العملي فالنص الدستوري غير صالح لغوياً لكل وقت .

ثالثاً- اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الفصل بالقضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية

حصرت المادة (الأولى) من الدستور الأمريكي في فقرتها (الثامنة) الاختصاص التشريعي للسلطة الفيدرالية في الأمور التالية: 1- إصدار قوانين موحدة للجنس والإفلاس 2- تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية والقبائل الهندية تشجيع التقدم في مجال العلوم والفنون المقيدة من خلال منح المؤلفين والمخترعين الحق في الاستفادة حصرياً من كتاباتهم واكتشافاتهم لمدة معينة، وبناء عليه فإنه لا يحق للولايات إصدار تشريعات خاصة بتلك المسائل، لكن القضاء الفيدرالي باعتباره مصدراً للقاعدة القانونية، يستطيع تكملة النقص الذي يعتري النصوص المنظمة لهذه المسائل، ومثال ذلك: الالتزامات الدولية المفروضة على الولايات المتحدة بموجب معاهدة أو اتفاقية دولية، والتي لم تصدر بشأنها تشريعات فيدرالية وهو ما يعرف (بفقه المصلحة

(1) د. هشام عبد المنعم عكاشة، المصدر السابق، ص 61.

(2) يعرف التفسير بأنه " توضيح ما ابهم من الالفاظ وتكميل ما اقتضب من نصوص وتخريج ما نقص من أحكام والتوفيق بين الاجزاء المتناقضة في النص " كما يعرف بأنه "بيان الحكم القانوني الامثل الذي يستدل عليه ن الالفاظ التي عبر بها المشرع عن ذلك تمهيداً لتطبيقه على الحالات الواقعية التي يفرزها الواقع العملي امام القاضي أو الفقه " ينظر: د. علي صاحب جاسم الشريفي، تفسير نصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة العاشرة، العدد الثالث، 2018، ص 277 وما بعدها.

(3) د. ايناس محمد البهجي ويوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 238.

الفيدرالية) وكنتيجة لما سبق لا يتصور هنا قيام تنازع قوانين بين القانون الفيدرالي والقانون الأجنبي، ومن بين الآليات التي يستعين بها القضاء في هذا الصدد، ما يسمى بألية (الاستعارة القانونية)، بمعنى أن تقوم المحكمة الفيدرالية بتبني نصوص تشريعية في قانون ولاية ما، أو قاعدة قانونية من خلق محاكمها، كوسيلة لسد النقص في التشريعات الفيدرالية، فعلى سبيل المثال: كثيراً ما تصدر تشريعات فيدرالية دون أن تتعرض لمسألة التقادم، كما أن في كثير من الأحيان ما تتجه نية المشرع الفيدرالي، صراحة، أو ضمناً إلى استخدام بعض التعريفات الموجودة في قانون الولايات، في صياغة نصوص القانون الفيدرالي⁽¹⁾.

وقد سعت المحكمة العليا بتوحيد القانون المطبق على الخصوم، بغض النظر عن قانون الولاية التي ينتمي لها من أجل تخفيف النزاع بين قوانين الولايات⁽²⁾.

اما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد أخذ بالنظام الاتحادي، اذ نص في المادة (1) منه على أن "جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي برلماني ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق".

وقد منح الدستور لقوانين الاقاليم الأولوية على القوانين الاتحادية، في حال التعارض، وهذا امر منتقد لأنه خلط بين نظام اللامركزية السياسية ونظام اللامركزية الادارية، كما انه يعارض اصول النظام الفيدرالي⁽³⁾.

وقد اكدت المحكمة الاتحادية العليا هذه الأولوية في قرار لها⁽⁴⁾، إلا أن البعض يرى ان الدستور لم يكن موفقاً بمنح أختصاص النظر في تطبيق القوانين والقرارات للمحكمة الاتحادية لأنه سيتداخل مع اختصاصات محاكم الدرجة الأولى في القضائين العادي والاداري، واذا حصل مثل

(1) د. يحيى اكرام ابراهيم بدر، دور المحكمة العليا الأمريكية في حل مشكلة تنازع القوانين بالولايات المتحدة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ملحق العدد الأول، 2015، ص1182.

(2) مثال ذلك حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية (swiftv.Tyson) عام 1842 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة العليا الأمريكية على الرابط <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/1842/swiftv.tyson/> تاريخ الزيارة 14/5/2022.

(3) د. غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في الميزان، مؤسسة الثقافة القانونية، 2008، ص39.

(4) إذا قضت في احد قراراتها بأن (... وجدت المحكمة من استقراء الاختصاصات المناطة بالسلطة الاتحادية الواردة في الباب الرابع من الدستور عدم وجود ما يشير إلى إناطة صلاحية التعيين والإقالة للأجهزة الأمنية بالسلطة الاتحادية وحيث أن المادة (115) من الدستور نصت بأن كل مالم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم)، وبهذا فان التعيين والإقالة للأجهزة الأمنية تكون من صلاحيات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (16/اتحادية/2007) في 11/9/2007 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 17/5/2022.

هذا النزاع من هي الجهة التي تتولى حله؟ كما ان هذا النزاع سيؤثر بلا شك في إستقرار الأمن القانوني، لاختلاف توجه المحكمة الاتحادية عن محاكم القضاء الاداري والعادي، ويؤثر على الاطمئنان التي يجب ان تحميه تلك القوانين والقرارات للأفراد، لخشيتهم من التنزع الذي ممكن ان يحصل في أي وقت بين جهات القضاء، فضلاً عن ذلك ستكون هنالك نتائج خطيرة في حال كانت المنازعة تتعلق بقرار صدر استناداً إلى قانون اتحادي فمن هي الجهة المختصة بالنظر؟ وهل يمكن ان يحصل نزاع بين محكمة اول درجة ومحكمة الطعن⁽¹⁾؟.

وأن الصياغة التشريعية الخاصة باختصاصات المحكمة الاتحادية العليا قد عانت من بعض القصور، فقد ورد في المادة (13) الفقرة (ثالثاً) (القرارات والأنظمة والتعليمات)، في حين أنها جميعاً تعد قرارات إدارية لأن القرار الإداري تعبير بات عن الإرادة يصدر بقصد إحداث آثار قانونية، وهو إما أن يكون فردياً أو تنظيمياً ومن الأمثلة عليه الأنظمة والتعليمات والأنظمة الداخلية، وعليه فقد كان بإمكان الدستور أن يستعمل عبارة (القرارات الإدارية) بدلاً من تعداد بعض أنواعها أما ذكر عبارة (والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية)، فإنها جاءت في غير مكانها، لأن الإجراءات أعمال تحضيرية تسبق إصدار القرار الإداري، أي بعبارة أدق أعمال مادية وليست أعمالاً قانونية، ومن ثم لا تتولد منها آثار قانونية، إلا أن القرار الإداري الذي يستوفي الإجراءات التي نص عليها القانون، يعد معيماً في ركن الشكل، ومن ثم يجوز الطعن فيه أمام القضاء طعناً بالإلغاء، فالإجراء بحد ذاته ليس عملاً قانونياً، ومن ثم فإنه لا يمكن الطعن فيه أمام القضاء استقلالاً، وبناء عليه لا يمكن للمنازعة أن تنشأ من إجراء إداري ليس له أثر على المراكز القانونية، فهو لا يعدو أن يكون مقدمة لصدور القرار الإداري⁽²⁾.

ونتيجة لذلك نرى ضرورة اجراء تعديل دستوري لإلغاء هذا الاختصاص، لعدم ارهاق المحكمة الاتحادية العليا، وتجنباً لكثير من المعوقات التي تحصل بسببه، ومنها ان كثرة الاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا يؤدي إلى ارهاق المحكمة، الذي يؤدي بلا شك إلى الاستعجال في إصدار القرارات التي قد تظهر فيما بعد معيبة، مما يؤدي إلى عدول المحكمة عنها، وهذا بلا شك يؤثر في استقرار الأمن القانوني.

رابعاً- اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الفصل بالمنازعات التي تحصل بين اطراف الاتحاد:

يُعد وقوع الخلاف بين الدولة الاتحادية الفيدرالية وأقاليمها أو ولاياتها، فيما يتعلق باختصاصها امراً حتمياً، مهما كان الدستور دقيق في تحديد تلك الاختصاصات، فمثلاً دستور الولايات المتحدة الأمريكية تضمن

(1) د. غازي فيصل، المحكمة الاتحادية ودورها في ضمان المشروعية، ط1، بغداد، 2008، ص37.

(2) د. غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في الميزان، مصدر سابق، ص66 وما بعدها.

ما يكفل سيادة القوانين الاتحادية، وإهمال ما يتعارض معها من قوانين الولايات، كما بين ان الحكومة المركزية حكومة محدودة الصلاحيات، ومهما يكن من أمر فإن الخلافات بين اطراف الاتحاد واردة نتيجة التطورات التي تحصل بسبب تغير الظروف، لذلك يعد سبب ظهور الرقابة على دستورية القوانين هو ذلك النظام الاتحادي ذاته⁽¹⁾، وقد حددت الولايات المتحدة الأمريكية اختصاص المحكمة العليا بالدعاوى المتعلقة بالمسائل البحرية، أو كافة الدعاوى التي يحتاج الفصل فيها إلى تطبيق، أو تفسير الدستور، أو القوانين الاتحادية، وبذلك اولت لطبيعة المسائل اهمية وجعلتها من اختصاص المحكمة العليا كما اولت صفة أطراف النزاع اهمية كالمنازعات بين ولايتين، أو أكثر أو المنازعات التي تكون حكومة الولايات المتحدة طرفاً فيها⁽²⁾.

اما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد منح المحكمة الاتحادية العليا الفصل في المنازعات التي تحصل بين اطراف الاتحاد، وذهب بعضهم إلى ان هذا الاختصاص توسعة غير مستساغة، لأنه إذا كان من الطبيعي أن تنظر المحكمة الاتحادية العليا في المنازعات التي تنشأ بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم، فإن الأمر ليس كذلك في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية والمحافظات والبلديات والادارات المحلية، لان الأولى تعمل على وفق مبدأ اللامركزية السياسية، والثانية تعمل على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، كما صرحت بذلك المادة (122/ ثانياً) من الدستور، لهذا فإنها من حيث المبدأ تخضع لرقابة الحكومة المركزية، وأن المنازعات التي تنشأ بين الحكومة المركزية والمحافظات غير المنتظمة في إقليم تخضع لنظام اللامركزية الادارية⁽³⁾.

وقد سار بهذا دساتير بعض الدول، فالعلاقات بين أطراف الإتحاد يحكمها القانون العام الداخلي وليس القانون الدولي العام، وهي تختلف عن العلاقة بين الاتحادات الأخرى التي يحكمها القانون الدولي العام، كما أن العلاقات بين أطراف الاتحاد لا يمكن حلها بالطرق الإدارية، لأن الاقاليم أو الولايات لا تربطها بالدولة المركزية علاقة تبعية إدارية⁽⁴⁾.

(1) د. حسن علي عبد الحسين البديري، دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في سد الفراغ الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار العلمين للنشر، النجف الأشرف، 2021، ص215.

(2) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960، ص186 وما بعدها.

(3) محمد مهدي صالح، توزيع الاختصاصات الدستورية في الدولة الفدرالية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2007، ص231 وما بعدها.

(4) في الولايات المتحدة الأمريكية يكون المعيار موضوعي يتعلق بطبيعة النزاع مثل: الدعاوى المتعلقة بالمسائل البحرية أو كافة الدعاوى التي يحتاج الفصل فيها إلى تطبيق أو تفسير الدستور أو القوانين الاتحادية. وقد يكون المعيار صفة أطراف النزاع كالمنازعات بين ولايتين أو أكثر أو المنازعات التي تكون حكومة الولايات المتحدة (الحكومة المركزية) طرفاً فيها. ينظر د. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق، ص187 وما بعدها.

خامساً- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية لأطراف الاتحاد وبين الهيئات القضائية للأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم:

إن ما يتميز به النظام الاتحادي، تقاسم الصلاحيات ما بين السلطات الاتحادية، التي تملك الاختصاصات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وسلطات الأقاليم التي تملك الصلاحيات نفسها، وبذلك سيكون هناك نوعان من القوانين (قوانين اتحادية وقوانين إقليمية)، وهذا ما يؤدي بدوره إلى حدوث نزاع يتطلب صدور قرار لحل هذا النزاع، وهذا يقتضي أن تكون هناك جهة تتولى هذه المهمة⁽¹⁾، وتمنح الدساتير في العديد من الدول للقضاء الدستوري اختصاص الفصل في تنازع الأختصاص القضائي، بين محاكم الاتحاد والهيئات القضائية لأطراف هذا الاتحاد، فمع تعدد الجهات القضائية في الدولة الاتحادية، كان لا بد من وجود محكمة عليا تمارس دوراً تنسيقياً بين هذه الجهات، والتنازع في الاختصاص قد يكون إيجابياً عندما تدعي أكثر من جهة قضائية أحقيتها بنظر المنازعة أو الدعوى، وقد يكون التنازع سلبياً عندما تقرر كل الهيئات القضائية في الاتحاد عدم اختصاصها في النظر في القضايا⁽²⁾.

وتتولى المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية النظر في القضايا الاستئنافية التي ترفع إليها عن أحكام المحاكم الاتحادية الأخرى في الولايات المكونة للاتحاد، فإذا كان الحكم المراد الطعن فيه صادراً من إحدى محاكم الاستئناف الاتحادية، فإن المحكمة العليا تختص بنظر هذا الطعن، إذا كان الحكم قد قضى ببطلان قانون أصدرته إحدى الولايات لمخالفته للدستور والقوانين الاتحادية، ويعد هذا الاختصاص من الاختصاصات الأصلية التي تمارسها المحكمة⁽³⁾.

أما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد منح للمحكمة الاتحادية العليا اختصاص الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم⁽⁴⁾، فإنه من غير المقبول إطلاقاً إناطة الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية في المحافظات غير المنتظمة في إقليم للمحكمة المذكورة، لأن الهيئات القضائية في المحافظات غير المنتظمة في إقليم تتبع

(1) محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق، اطروحة دكتوراه، جامعة النهدين، كلية الحقوق، 2009، ص 39.

(2) د. داود عبد الرزاق الباز، اللامركزية السياسية الدستورية في دولة الامارات، المجلة التشريعية والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد الخامس عشر، 2001، ص 243.

(3) د. سعاد الشرفاوي، النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 220.

(4) ينظر: المادة (93/ثامناً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

القضاء الاتحادي وتخضع لإشراف محكمة التمييز الاتحادية⁽¹⁾.

اما بالنسبة للفقرة (ب) من البند ثامناً من المادة (93) من الدستور المشار إليها آنفاً، فإنه من الممكن اذ كان التنازع في الاختصاص بين الهيئات القضائية للأقاليم المختلفة، فلا مانع من أن تتصدى المحكمة الاتحادية العليا لحسمه، أما إذا حصل التنازع في الاختصاص بين محاكم المحافظات غير المنتظمة في إقليم، فإن أحكام المادتين (78، 79) من قانون المرافعات المدنية كفيلاً بحسمه، كون تلك المحاكم تابعة للقضاء الاتحادي ومن ثم فلا داع لشغل المحكمة الاتحادية العليا بأمثال هذه المنازعات.

وانطلاقاً مما سبق نجد ضرورة قصر اختصاص المحكمة الاتحادية العليا على الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم، أو فيما بين الهيئات القضائية للأقاليم المختلفة فقط، دون العمل على توسعة هذا الاختصاص، ليشمل الفصل في تنازع الاختصاص بين محاكم المحافظات غير المنتظمة في إقليم.

سادساً- اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء:

أسندت أغلبية الدساتير مساءلة رئيس الجمهورية إلى القضاء الدستوري، لخطورة هذه المسألة، واختلفت في العقوبة المقررة لذلك الاتهام، فمثلا الدستور الأمريكي لسنة 1787 لم يقصر الاتهام الجنائي على الرئيس فقط، وانما على جميع الموظفين المدنيين للولايات المتحدة، اذ جاء النص الدستوري ليقرر انه "يعزل الرئيس ونائب الرئيس وجميع موظفي الولايات المتحدة الرسميين المدنيين من مناصبهم، إذا وجه لهم اتهام نيابي بالخيانة، أو الرشوة، أو أية جرائم أو جنح خطيرة أخرى، وادينوا بمثل هذه التهم".

ومن خلال هذا النص يتبين أن الأفعال التي يترتب عليها قيام مسؤولية الرئيس الأمريكي، حسب نص المادة الثانية الفقرة الرابعة من الدستور الأمريكي محددة على سبيل الحصر وهي:

أ- الخيانة⁽²⁾. ب- الرشوة ج- (الجنايات والجنح الخطيرة).

(1) من الناحية العملية فقد حصل تنازع ايجابي بين السلطات القضائية في إقليم كوردستان ورئاسة محكمة استئناف ديالى الاتحادية بشأن الاختصاص القضائي لمحاكم قضاء خانقين ولم يعرض هذا التنازع على المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه. ينظر: مكي ناجي، المصدر السابق، ص 46.

(2) ان الخيانة ضد الولايات المتحدة تكون فقط بشن الحرب عليها أو بالانضمام إلى صفوف اعدائها أو تقديم العون والتسهيلات. ينظر: المادة (3/ ثالثاً) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787 المعدل.

واسند مجلس النواب الأمريكي، الاختصاص بالتحقيق في الاتهام المنسوب لرئيس الجمهورية بالخيانة إلى لجنة قضائية من بين أعضائه، يشترك فيها عادة أعضاء من كلا الحزبين في الولايات المتحدة الأمريكية، لكي يزول الشك في ان التعصب الحزبي كان له أثر في نشاطها، وتملك اللجنة استدعاء من تطلب شهادتهم وإلزامهم بالمثل أمامها، وتقديم المستندات التي تخص الموضوع، فإذا امتنع احدهم عن المثول أمام اللجنة رغم استدعائه، أو هو أبى تقديم ما طلبته أو إجابة أسئلتها، عد بفعله هذا أو امتناعه مرتكباً جريمة جنائية تسمى بجريمة الاهانة، أو الاحتقار، وهي جريمة يعاقب عليها جنائياً⁽¹⁾.

ومع ذلك يذهب البعض إلى ان الشهود يحاطون أمام لجان التحقيق البرلمانية الأمريكية بحماية شبيهة بالحماية المكفولة للشهود أمام المحاكم، منها الحق في رفض الإجابة عما توجه إليهم من أسئلة، إذا كان فيها ما يدينهم، إلا إذا كان هذا السؤال لازماً في تقدير اللجنة، ففي هذه الحالة فان رفض الإجابة عنه قد يؤدي إلى إحالة هذا الشاهد إلى محكمة اتحادية، لتقرير ما إذا كان من الواجب محاكمته بتهمة اهانة الكونغرس أم لا؟⁽²⁾.

ويتضح من ذلك ان الرئيس بالرغم من عدم مسؤوليته سياسياً امام الكونغرس، إلا أنّ يخضع للمسؤولية الجنائية المقرر في الدستور وليس في القوانين العادية لأنه يتمتع بحصانة قانونية⁽³⁾.

اما دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 فبينت المادة (159) منه على أنّ يكون اتهام " رئيس الجمهورية بانتهاك أحكام الدستور، أو بالخيانة العظمى، أو أية جنائية أخرى، بناء على طلب موقع من أغلبية أعضاء مجلس النواب على الأقل، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس، وبعد تحقيق يجريه معه النائب العام، وإذا كان به مانع يحل محله أحد مساعديه. وبمجرد صدور هذا القرار، يوقف رئيس الجمهورية عن عمله، ويعد ذلك مانعاً مؤقتاً يحول دون مباشرته لاختصاصاته حتى صدور حكم في الدعوى، ويحاكم رئيس الجمهورية أمام محكمة خاصة يرأسها رئيس مجلس القضاء الأعلى، وعضوية أقدم نائب لرئيس المحكمة الدستورية العليا، وأقدم نائب لرئيس مجلس الدولة، وأقدم رئيسين بمحاكم الاستئناف، ويتولى الادعاء أمامها النائب العام، وإذا قام بأحدهم مانع، حل محله من يليه في الأقدمية، وأحكام المحكمة نهائية غير قابلة للطعن، وينظم القانون إجراءات التحقيق، والمحاكمة، وإذا حكم بإدانة رئيس الجمهورية أعفى من منصبه، مع عدم الإخلال

(1) د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 328.

(2) د. سعيد السيد علي، مرجع سابق، ص 329.

(3) د. ياسر عطوي عبود، التنظيم الدستوري لمسؤولية رئيس الجمهورية أمام المحكمة الاتحادية العليا (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العدد الثاني، السنة الثانية، 2010، ص 95.

بالعقوبات الأخرى" و نجد ان إعطاء مجلس النواب حق تحريك الاتهام يؤثر على نزاهة هذا الاتهام واحتمالية تأثير الاحزاب السياسية.

اما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فجاء ليقرر اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في العراق دون غيرها بحق مساءلة رئيس الجمهورية، في حالات ثلاث وردت في صلب الدستور، وهي الخيانة العظمى والحنث باليمين الدستورية وانتهاك الدستور، اذ نصت المادة (61/سادساً) منه على (أ- مساءلة رئيس الجمهورية بناءً على طلب مسبب، بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب. ب- اعفاء رئيس الجمهورية، بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب، بعد ادانته من المحكمة الاتحادية..".

وتعرف الخيانة العظمى بأنها: (الأعمال التي تصدر عن رئيس الجمهورية وتشكل إخلالاً جسيماً في الوظائف الدستورية الملقاة على عاتقه، وكذلك الأعمال التي تصدر عنه وتمس سلامة الدولة وأمنها الداخلي والخارجي وفقاً لأحكام الدستور)⁽¹⁾، فيما يعد رئيس الجمهورية منتهكاً للدستور إذا خرق نصاً من نصوصه، أو قام بأعمال من شأنها الانقلاب عليه أو تغييره⁽²⁾، وهكذا يتبين ان المشرع الدستوري قد حدد الجرائم التي يدان عنها رئيس الجمهورية على سبيل الحصر، ومن ثم لا تملك المحكمة الاتحادية العليا الحق في مساءلته في حال تبين لها ارتكابه اي فعل اخر ممكن ان يوجب المسؤولية، وكان الاجدر بالمشرع ان يحدد الجرائم على سبيل المثال، لكي تتمكن المحكمة من مساءلته في حال ارتكابه جرماً سياسياً أو جنائياً، يهدد امن وسلامة الدولة⁽³⁾.

ويلاحظ أنّ النظام الداخلي لمجلس النواب رقم (1) لسنة 2022 اشار في المادة (57) منه على أنّ "المجلس النواب مساءلة رئيس الجمهورية بناء على طلب مسبب وبالأغلبية المطلقة لعدد اعضائه".

(1) د. حيدر محمد حسن الاسدي، عزل رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى (دراسة مقارنة)، ط1، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان 2012، ص84. ويرى الأستاذ فيدل (G.Vedel) بان الخيانة العظمى تعني الاهمال الخطير في إدارة المهام الملقاة على عاتق الرئيس كما ذهب الفقيه (Hauriou) إلى تأكيد المعنى ذاته، لما جعل أي فعل من شأنه الانتهاك الصارخ للواجبات الملقاة على عاتق رئيس الجمهورية يندرج تحت مدلول الخيانة العظمى، كما يرى الفقيه (Pierre Desmottes) إلى ان كل تقصير جسيم من جانب رئيس الجمهورية في اداء الواجبات المكلف بها، يمكن اعتباره مكوناً لجريمة الخيانة العظمى.

Benoit Jeanneau, Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques ,Daloz,Paris1994,P 174.

(2) اسماعيل نعمة عبود، وميثم حسن الشافعي، مساءلة رئيس الجمهورية امام المحكمة الاتحادية العليا في دستور جمهورية العراق لعام 2005 (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009، ص150.

(3) د. حيدر محمد حسن الاسدي، المصدر السابق، ص86.

ولم يكتفِ بالتأكيد على حق مجلس النواب بمساءلة رئيس الجمهورية فقط، بل منح المجلس حق استعمال بعض الأدوات الرقابية في مواجهته، وهي السؤال والتحقيق، وذلك للرقابة على أذائه، فالسؤال من الوسائل الرقابية التي يمكن أن تؤدي بصورة غير مباشرة إلى إثارة مجلس النواب للمسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية، وذلك من خلال توفيرها للمعلومات التي تؤكد توافر الحالات التي تسوّغ للمجلس مساءلة رئيس الجمهورية، ومما يلاحظ على النص الدستوري استخدام المشرع مصطلح (مساءلة رئيس الجمهورية)، ولم يشر إلى مصطلح الاتهام في المادة (61/سادساً/أ)، فيما أورد مصطلح (الاتهام) في المادة (93) من الدستور في معرض بيانه لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، إذ خص المحكمة بالفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية، وقد أثارت هذه الصياغة تباين في وجهات النظر بين الشراح، بسبب ما تضمنته من أوجه متعددة للتفسير، إذ إنّ مصطلح (مساءلة رئيس الجمهورية) يراد به المساءلة السياسية للرئيس أمام البرلمان، عن أعماله المتعلقة بشؤون الدولة والحكم، وهنا يكون الدستور قد أجاز لمجلس النواب حق سؤال الرئيس، أو استجوابه، أو الاقتراح بعدم الثقة به، لإرغامه على الاستقالة قبل إنتهاء مدة حكمه، أو رئاسته، فالمساءلة غير الاتهام⁽¹⁾.

وبناءً على ما تقدم نجد ان عبارة إنتهاك الدستور التي وردت هي عبارة فضفاضة، لأنها تشمل إتيان أي فعل يُشكلُ مخالفة لأحكام الدستور بصورة صريحة، أو ضمنية.

ومن زاوية أخرى فإن المشرع الدستوري قد حدد في المادة (61/سادساً) شروط شكلية، فضلاً عن الشروط الموضوعية، التي يجب على مجلس النواب مراعاتها عند توجيه الاتهام لرئيس الجمهورية، وهي كالآتي:

1- تحقق نصاب معين لتقديم الاقتراح بتوجيه الاتهام، وهو الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب.

2- صدور قرار بتوجيه الاتهام بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب، فعلى الرغم من أن المادة (61/سادساً) من الدستور لم تتضمن الإشارة إلى أن التصويت بالموافقة يكون بالأغلبية المطلقة لعدد الأعضاء، غير أن الاقتراح بتوجيه الاتهام إذا كان يحظى ابتداءً بدعم الأغلبية المطلقة لعدد الأعضاء، فمن الأولى أنه سيحظى عند التصويت بالموافقة بالأغلبية المطلقة لعدد الأعضاء على الأقل.

(1) وما يبرر ذلك هو ان المادة (61 / سادساً/ب) أشارت إلى المسؤولية الجنائية للرئيس، مبتدأه بتحديد مسوغاتها والأغلبية اللازم توفرها لتوجيه الاتهام، والجهة المختصة بتقرير العقوبة وتوقيعها، إضافة إلى العقوبة واجبة التطبيق عند الادانة بأحد تلك المسوغات وهي الاعفاء ينظر: د. زينة صاحب كوزان، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ودورها في مساءلة رئيس الجمهورية، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، المجلد الرابع، العدد 41، 2021، ص212.

3- يجب أن يكون القرار بتوجيه الاتهام مسبباً، إذ إن التسبب يتطلب ذكر المسوغات القانونية والواقعية التي دفعت الأعضاء إلى تقديم الاقتراح، فالتسبب يعد ضماناً لسلامة الإجراءات المتعلقة بتوجيه الاتهام، وسبب ذلك كونه يضمن أولاً التروي في إصدار القرار، وثانياً التعرف على الأسباب القانونية والواقعية التي دعت إلى إصداره.

ويتضح بأن المشرع العراقي اسند سلطة التحقيق في الجرائم المنسوبة إلى رئيس الجمهورية، إلى لجنة ذات تشكيل قضائي، وهو بهذا النهج يكون قد تبنى الاتجاه ذاته الذي سلكه المشرع الأمريكي، حينما منح الاختصاص بالتحقيق إلى لجنة قضائية تختار من بين أعضاء مجلس النواب الأمريكي، إلا أنه سلك في ذات الوقت ذاته نهج المشرع المصري أيضاً، حينما عهد باختصاص التحقيق إلى محكمة ذات تكوين قضائي سياسي (المحكمة الدستورية العليا)، فعهد إلى المحكمة الاتحادية العليا مهمة ادانة رئيس الجمهورية.

ومن أوجه القصور في اتجاه المشرع العراقي، أنه جمع في هيئة واحدة بين اختصاصين متعارضين (الاتهام والتحقيق)، والأحتمال الغالب في أن يتأثر أحدهما وهو (التحقيق) باعتبارات مستمدة من الآخر وهو (الاتهام)، لا تتلائم مع طبيعتها ومن ثم تؤثر على حيادها، كما ان هذا الجمع يجعلها تميل إلى تدعيم الاتهام باعتبارها هي التي وجهته⁽¹⁾، فضلاً عن ذلك أن المشرع الدستوري لم يستخدم مصطلح (المحاكمة)، كما هو الحال في الدساتير المقارنة، وإنما استخدم مصطلحات الادانة و (الفصل في الاتهامات)، على الرغم من منح هذه المهمة للمحكمة الاتحادية العليا، فكان الأجدر ان يتم استخدام مصطلح (المحاكمة) أي يكون النص الدستوري (تختص المحكمة الاتحادية العليا بمحاكمة رئيس الجمهورية..)⁽²⁾، كما انه لم يبين امكانية وقف رئيس الجمهورية عن مهامه بصورة مؤقتة، بعد صدور قرار مجلس النواب باتهامه أو في أثناء محاكمته امام المحكمة الاتحادية العليا، فكان الاجدر بالمشرع الدستوري ان يقرر وقف رئيس الجمهورية عن مباشرة مهامه مؤقتاً وتكليف نائب رئيس الجمهورية بمباشرة مهام الرئاسة لحين الفصل في قرار الاتهام⁽³⁾.

(1) د. رافع خضر صالح شبر، مضمون الخيانة العظمى المنسوبة لرئيس الدولة، بحث منشور في مجلة بابل، المجلد 13، العدد 6، 2006، ص1158.

(2) د. اقبال عبد الله امين، عزل رئيس الدولة في حالة انتهاك الدستور مقارنة مع دستور الولايات المتحدة الأمريكية، بحث منشور في المجلة السياسية الدولية، الجامعة المستنصرية، السنة الخامسة، العدد العشرون، 2012، ص306.

(3) المصدر نفسه، ص305.

وحرريّ بنا أن نبين أيضاً ان الدستور علق إدانة المحكمة الاتحادية العليا لرئيس الدولة، على موافقة مجلس النواب، وهذا محل نظر حيث كان الأفضل أن تناط سلطة طلب المساءلة والاتهام إلى مجلس النواب، ويكون قرار الفصل بيد المحكمة الاتحادية العليا، لمراعاة المنصب وخطورته⁽¹⁾، كما انه يتناقض مع نص المادة (94) من الدستور التي تنص على أنّ (قرارات المحكمة الاتحادية العليا بأنها ملزمة للسلطات كافة) فكان الاجدر بالمشروع الدستوري ان لا يعلق نفاذ اتهام الرئيس من المحكمة الاتحادية العليا على أي اجراء اخر، كما فعل الدستور الأمريكي اذ منح للمحكمة العليا اختصاص محاكمة الرئيس، واعفائه من دون تعليق قرارها على موافقة أي جهة في الدولة⁽²⁾.

مما سبق نجد ان من الافضل حذف عبارة الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب، الواردة في الفقرة (ب/ سادساً) من المادة (61) من الدستور العراقي، ليتلاءم مع إلزامية قرارات المحكمة الاتحادية العليا، وحماية لمبدأ استقلال القضاء، وعدم السماح للسلطة التشريعية من عرقلة اعمال السلطة القضائية، والسعي إلى إصدار قانون ينظم مساءلة رئيس الجمهورية، إذ إنّ إغفال إصدار هذا القانون يمس مساساً مباشراً باستقرار الأمن القانوني، اذ لا توجد قواعد ثابتة يتم السير عليها في مساءلتهم، فضلاً عن انه يجب القضاء على هذا التناقض بين حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا، وبين موافقة مجلس النواب على الادانة الموجهة إلى رئيس الجمهورية.

وعلى الرغم من أن الدستور قد بين تفاصيل مساءلة رئيس الجمهورية، إلا أنه قد ذكر مسألة اتهام وادانة رئيس مجلس الوزراء والوزراء بشكل مقتضب ، ويشير واقع الحال ان المحكمة الاتحادية العليا قد نظرت الطعون المقدمة ضد استجواب الوزراء، ففي قرار لها الغت فيه استجواب وزير التعليم العالي والبحث العلمي الوارد بكتاب مجلس النواب المرقم (1/9/ش/1/3882) والمؤرخ في 2012/4/23 لعدم دستوريته، وقد استندت المحكمة في هذا القرار إلى العديد من الأسس لعدم توافر شروط الاستجواب المنصوص عليها في المادة (61) من الدستور والمادة (58) من النظام الداخلي لمجلس النواب، لعدم ذكر أسباب المخالفات وادلتها⁽³⁾.

(1) شذى فلاح حسن، مساءلة رئيس الجمهورية جنائياً (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الاسراء للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 8، العدد 4، 2022، ص81.

(2) ينظر: المادة (6/2) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية.

(3) ينظر: قرار الحكمة الاتحادية العليا رقم 41/اتحادية/2012 في 2012 /7/8 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022 /5/15.

سابعاً: المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب والفصل في صحة عضوية أعضائه

أضاف دستور جمهورية العراق لسنة 2005 هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا، بعد أن كان هذا الاختصاص مناط بالمفوضية العليا المستقلة للانتخابات⁽¹⁾ استناداً إلى نص المادة (3) من القسم الثالث من الامر رقم (92) لسنة 2004 الملغي، ولا بد قبل أن تمارس المحكمة الاتحادية العليا هذا الاختصاص من إعلان النتائج الأولية للانتخابات من قبل مجلس يسمى المفوضين التابع للمفوضية العليا المستقلة للانتخابات، هذا بعد أن يتم النظر في الطعون الانتخابية التي تقدم إلى هذا المجلس والذي يبيت فيها ، وتكون قراراته قابلة للطعن أمام الهيئة القضائية للانتخابات، وبناء على ذلك يتوجب على المحكمة الاتحادية العليا، إرجاء النظر بالتصديق على النتائج الانتخابية التشريعية، إذا رأت أن هناك طعوناً أمام اللجنة القضائية في محكمة التمييز مازالت قيد النظر، أو أن هناك أموراً قانونية لازالت المفوضية بصدد تقديم الايضاحات بخصوصه⁽²⁾.

وما دمننا في هذا الصدد يثار تساؤل مؤداه هل ان المصادقة شكلية، تحصل في حالة عدم وجود اعتراض واستنفاد طرق الطعن المقررة دستورياً، ام انها تحتاج إلى تمحيص وتدقيق للعملية الانتخابية برمتها؟ واذا لم تحصل الموافقة هل تعاد الانتخابات مرة أخرى؟⁽³⁾ ونرى ان المحكمة الاتحادية العليا قد مارست اختصاصها ورفضت دعوى الغاء نتائج الانتخابات في احدى قراراتها⁽⁴⁾.

وتختص المحكمة الاتحادية العليا فضلاً عن ذلك بالفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس النواب، والتي يقصد بها "فحص الوضع القانوني للنائب، منذ تقديم طلب الترشيح إلى إعلان النتائج، ، والتأكد من توافر الشروط المطلوبة في المرشح، فضلاً عن ذلك معرفة فيما إذا كانت عملية الانتخاب قد تمت بطريقة سليمة وقانونية أو لا"⁽⁵⁾.

(1) أقر هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا أيضاً في قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم (11) لسنة 2007 في المادة الرابعة الفقرة السابعة، والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد (4037) في 2007/3/14.

(2) سامي جبار حسين، د. عدنان عاجل عبيد، المصدر السابق، ص 462.

(3) و يرى البعض بأن هذا الاختصاص اختصاص شكلي ولا قيمة له لأن هذا الاختصاص سيؤدي إلى تعطيل اعلان النتائج الانتخابية دون مبرر إذ إنّ المفوضية العليا المستقلة للانتخابات هي المسؤولة عن عملية الانتخاب ينظر: د. حميد حنون خالد، السلطات الاتحادية في دستور العراق لسنة 2005، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 24، العدد 1، 2009، ص 60.

(4) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 159 في 2021/12/27 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022 /6/25.

(5) د. احمد موافي، الطعون الانتخابية والفصل في صحة العضوية بين السلطتين التشريعية والقضائية، بدون سنة نشر، ص 103.

وقد اختلفت التشريعات، في تحديد الجهة التي تسند إليها هذه المهمة، فقد منح الدستور المصري النظر في صحة عضوية أعضاء مجلس النواب، لمحكمة النقض وتقدم إليها الطعون خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان النتيجة النهائية للانتخاب، وتفصل في الطعن خلال ستين يوماً من تاريخ وروده إليها، وفي حالة الحكم ببطلان العضوية، تبطل من تاريخ إبلاغ المجلس بالحكم⁽¹⁾.

أما الدستور العراقي فقد منح هذا الاختصاص لمجلس النواب، إذ يبت في صحة عضوية أعضائه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديه بأغلبية ثلثي أعضائه، وقد أجاز الدستور الطعن في قرار المجلس أمام المحكمة الاتحادية العليا خلال ثلاثين يوماً من صدوره⁽²⁾، ولعل العلة واضحة في تحديد مدة الطعن، وهي استقرار وضع المجلس النيابي حتى يتمكن من القيام بالمهام المنوطة به.

وقد بينت المحكمة الاتحادية العليا بقرارها المرقم (13/اتحادية/ 2011) قواعد إجراءات الطعن بصحة العضوية في مجلس النواب، بصدد بيان عدم اختصاصها بالنظر في صحة العضوية بتفسيرها البند (2) من المادة (الثانية) من قانون إستبدال أعضاء مجلس النواب رقم (5) لسنة 2006 وتعديلاته⁽³⁾، وبطبيعة الحال فإن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا يقتصر على النظر في الطعون المقدمة بشأن صحة نيابة أعضائه، ولا ينصرف إلى قانونية الإجراءات داخل المجلس ، أو مدى قانونية النصاب القانوني المفترض حين التصويت.

من جهة أخرى ان آلية النظر في صحة عضوية أعضاء مجلس النواب كما حددها الدستور، لم تكن موفقة، وذلك لعدم بيان فيما إذا كان العضو المطعون في صحة عضويته سيشارك في عملية التصويت من عدمه، وكذلك تأثير الاعتبارات السياسية في عملية التصويت، وكان من الأفضل أن يناط اختصاص النظر في صحة عضوية أعضاء مجلس النواب بالمحكمة الاتحادية العليا ابتداءً، لأنها جهة محايدة لا تتأثر بالميول السياسية، لضمان استقرار عملية الانتخابات، ولكي لا تزداد الطعون بصحة العضوية الذي يشكل ارباكاً ف عمل مجلس النواب.

(1) ينظر: المادة (107) من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014.

(2) ينظر: المادة (52) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(3) "... أن الموضوع المطروح إذا كان يتعلق بالطعن في صحة عضوية أعضاء المجلس فان البيت في ذلك يدخل في اختصاص مجلس النواب حيث يتخذ قراره خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض بأغلبية ثلثي أعضائه تطبيقاً لأحكام المادة (2/أولاً) من الدستور، وان الفقرة ثانياً من هذه المادة أجازت لمن لم يقتنع في القرار الذي يتخذه مجلس النواب بقبول الاعتراض أو رده أن يطعن في قرار المجلس أمام المحكمة الاتحادية العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره..." ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 12 / اتحادية/ 2011 في 2011/2/22 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/5/25.

الفرع الثاني

التنظيم القانوني لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية

حدد قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في المادة (الرابعة) التي بينت اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بالمهام الآتية:

أولاً: الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية.

ثانياً: الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات والاورام الصادرة من اية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية ويكون بناء على طلب من محكمة، أو جهة رسمية، أو مدع ذي مصلحة.

ثالثاً: النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الاداري.

رابعاً: النظر في الدعاوى المقامة امامها بصفة استئنافية وينظم اختصاصها بقانون اتحادي.

ونجد أن الاختصاص الوارد في المادة (4/ثالثاً) قد جاء مخالفاً لما ورد في المادة (44/ب) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 الملغي⁽¹⁾، فهذا الاختصاص ليس له سند قانوني، ويتعارض مع أحكام قانون إدارة الدولة، إذ وردت هذه الاختصاصات على سبيل الحصر، والإلزام فلا يسوغ بعد ذلك لقانون المحكمة أن يضيف إليها اختصاصات جديدة، والاجاز الطعن بعدم دستوريته من هذه الوجهة أمام المحكمة ذاتها، كما أن هذا الاختصاص (النظر في الطعون التمييزية المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري) منوط بالهيئة العامة لمجلس الدولة استناداً لأحكام قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم (16) لسنة 1989، فلا يجوز أن تنصب محكمة خارج القضاء المذكور لمهام محكمة التمييز على القرارات والأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري فضلاً عن ان الإبقاء على هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا سيؤدي إلى إغراقها بسيل من الدعاوى مما يؤثر في ادائها⁽²⁾.

كما أن الرقابة على الدستورية في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية كانت تتعلق بالقانون والنظام والتعليمات، في حين أن قانون المحكمة أضاف إليها القرارات والأوامر.

(1) اريان محمد علي، الدستور الفيدرالي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 2007، ص 180 وما بعدها.

(2) د. غازي فيصل مهدي، التعديلات الدستورية فيما يخص رقابة القضاء، بحث منشور في مجلة المستقبل العراقي، السنة الثالثة، العدد التاسع، 2007 ص 46.

فضلاً عن ذلك فإن الفقرة (رابعاً) من المادة (الرابعة) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، قد جاء مطابقاً لنص المادة (3/ب/44) من قانون إدارة الدولة، وكلاهما منح للمحكمة الاتحادية العليا النظر في الدعاوى المقامة امامها بصفة استئنافية، وأن الطعن بطريق الاستئناف يجعل المحكمة الاتحادية العليا محكمة ثاني درجة من درجات التقاضي، إذ إنّ الدعوى لا تقام أمام المحكمة بصفة استئنافية، وهذا يعني أن حكماً قد صدر من محكمة أول درجة، ويراد استئنافه أمام المحكمة الاتحادية العليا، وعلى فرض أنه إذا مارست المحكمة الاتحادية العليا الاختصاص الاستئنافي كونها محكمة استئناف فأمام أية جهة يتم الطعن بأحكامها تمييزاً؟ هل يتم ذلك إمام محكمة التمييز الاتحادية؟ وإذا كان الجواب ايجابياً فإن ذلك يعني وقوع المشرع في تناقض وتخط في توزيع الاختصاصات، فكما هو معلوم أن الاستئناف هو من طرق الطعن العادية بالأحكام، ويقصد بها الطعن من سلوكها إلى تجديد النزاع وغرضه من ذلك استصدار حكم جديد يختلف عن الحكم المطعون به، وهذا الاختصاص محل البحث ينقل النزاع من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الاستئناف بصفتها محكمة درجة ثانية من درجات التقاضي⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر ان المشرع الدستوري يحدد اختصاصات القضاء الدستوري في نصوص الدستور، ومن ثمّ يوسم التشريع الذي ينتقص من اختصاصات القضاء الدستوري بعدم الدستورية، إذ إنّ تعديل اختصاصات المحاكم التي تتولى رقابة دستورية القوانين يحتاج إلى تعديل الدستور نفسه، لأن الدساتير التي تنشئ محاكم دستورية عادة ما تكون جامدة، ويتطلب إجراءات تعديل خاصة، إلا أنّ قانون المحكمة الاتحادية العليا قد اضاف اختصاصات للمحكمة لم ترد في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية الملغى بالرغم انه نص على أنّ (لا يعمل بأي نص يتعارض مع أحكام هذا القانون)⁽²⁾.

ويقال في صدد ذلك ان الاختصاصات الواردة في المادة (44/ب) من قانون إدارة الدولة لم ترد على سبيل الحصر، وأن العبارة التي وردت في المادة (44/ب) بشأن اختصاصات المحكمة تؤكد ذلك بنصها (الاختصاص الحصري)، يعني أن ولاية المحكمة الاتحادية العليا فيما يتعلق بالدعاوى الواردة في الفقرتين (أ) و(ب) من المادة (44) هو محصور بها، ولا يجوز لأية جهة قضائية أخرى أن تنظر في دستورية القوانين أو التنازع القائم بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم مثلاً، وهذا يعني من حيث ممارستها للصلاحيات الموكلة إليها وليس من حيث تعدد الاختصاصات المذكورة أنها قد جاءت حصراً، كما أن عبارة

(1) د. غازي فيصل مهدي، مقترحات لتعديل اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، مقال منشور في جريدة أزمان، العدد (2149)، السنة الثامنة، 29 حزيران/ 2005، ص8.

(2) د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودوره في ضمان مبدأ المشروعية، المصدر السابق، ص26.

(الاختصاص الأصلي) تشير إلى إمكانية وجود اختصاصات قانونية ليست أصيلة تمارسها المحكمة، لتتنظر في مسائل مهمة وخطيرة أخرى⁽¹⁾.

وفي مقابل ذلك فإن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 لم يمنح أي صلاحية للمحكمة الاتحادية العليا بتفسير الدستور، وهو بهذا يتعارض مع نص المادة (93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، إلا أنها أصبحت تمارس على مدى سنوات اختصاصات مزدوجة؛ الاختصاصات الموصوفة في القانون رقم (30) والاختصاصات الموصوفة في الدستور.

فضلاً عما تقدم فإن المحكمة الاتحادية العليا قد اصدرت عدة قرارات مارست فيها اختصاصات جديدة، فقد قضت بأن مجالس المحافظات سلطات منتخبة، لا سلطان للحكومة عليها بموجب النص الدستوري الصريح، والدستور أعطى لمجالس المحافظات صلاحية إصدار تشريعات⁽²⁾.

(1) عباس محسن، المصدر السابق، ص14.

(2) اعتمدت المحكمة إلى التمييز بين اللامركزية السياسية، واللامركزية الإدارية، لتقرر أن النظام الاتحادي في العراق يقوم على أساس الإدارة اللامركزية، فالنظام الفيدرالي يعتمد اللامركزية السياسية التي تعني توزيع السلطات بين المركز والحكومات المحلية، أما بالنسبة للمحافظات التي لم تنتظم في إقليم فإن إدارتها تكون على أساس مبدأ اللامركزية الإدارية وليس على أساس اللامركزية السياسية) واستندت في ذلك إلى المادة 122/ ثانياً من الدستور التي نصت على (منح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية الواسعة بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق اللامركزية الإدارية وينظم ذلك بقانون) من غير أن تلتفت إلى المواد الأخرى لتعرف المحكمة اللامركزية الإدارية بأنها (توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومة المركزية في العاصمة وبين هيئات محلية أو مصلحة مستقلة، بحيث تكون هذه الهيئات في ممارستها لوظيفتها الإدارية (تحت إشراف ورقابة الحكومة المركزية وتمتع باستقلال مالي وإداري) وأن مجالس المحافظات هي (هيئة إدارية محلية يعهد إليها تنفيذ الصلاحيات الإدارية والمالية فقط ضمن مبدأ اللامركزية الإدارية ولم يعهد الدستور إليها ممارسة الصلاحيات التشريعية)، وتستمر المحكمة الاتحادية العليا لتقرر أن الرقابة المنصوص عليها في المادة (61) من الدستور (تمثل الركن الأساس لقيام نظام اللامركزية الإدارية وتكون أهميتها في الحفاظ على الوحدة السياسية والقانونية للدولة) وأن (الاستقلال المطلق للهيئات المحلية يهدد كيان الدولة ويؤدي إلى عدم التجانس بين السلطات الاتحادية والهيئات المحلية) لتمييز المحكمة بين نوعين من الرقابة؛ الرقابة البرلمانية، والرقابة الإدارية وأن المحكمة تجد (أن المحافظ ونائبه يخضعون لنوعين من الرقابة؛ رقابة دستورية وفقاً لصلاحيات مجلس النواب، ورقابة إدارية من قبل السلطة التنفيذية)، إلا أن الدستور تحدث في المادة (115) عن أن (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة والأقاليم تكون فيها الأولوية لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في حالة الخلاف بينهما)، وهذا يعني أن لا سلطة مباشرة للحكومة الاتحادية على حكومات المحافظات غير المنتظمة في إقليم في غير صلاحياتها الحصرية وأن من صلاحياتها تشريع قوانين في غير الاختصاصات الحصرية للحكومة الاتحادية ولهذه القوانين العلوية على القوانين الاتحادية ونصت المادة (122/ ثالثاً) من الدستور على أن المحافظ هو (الرئيس التنفيذي الأعلى في المحافظة، لممارسة صلاحياته المخول بها من المجلس (مجلس المحافظة) ومن ثم هو مسؤول مباشرة أمام مجلس المحافظة وليس أمام الحكومة أو رئيسها ونصت المادة (122/ رابعاً) على أنه (لا يخضع مجلس المحافظة لسيرة أو إشراف أي وزارة أو أية جهة غير مرتبطة بوزارة). ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (155/اتحادية 2019) وموحدتها (157 و160 و161، و162، و164، و165، و166، و167، و168، و169/171 و5/ اتحادية / 2021) منشور على الموقع الإلكتروني للحكومة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022 /5/20.

وفي محاولة لتعديل اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية صدر القانون رقم (25) لسنة 2021 الذي يعد قانون التعديل الأول للأمر رقم (30) لسنة 2005، اذ شمل التعديل إلغاء المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 لتحل محلها المادة رابعاً من القرار انف الذكر التي حددت اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالاتي:

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

ثانياً: تفسير نصوص الدستور.

ثالثاً: الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والأنظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون لكل من مجلس الوزراء، وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم، حق الطعن مباشرة لدى المحكمة.

رابعاً: الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية.

خامساً: الفصل في المنازعات التي تحصل بين حكومات الأقاليم أو المحافظات.

سادساً: الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء.

سابعاً: التصديق على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب.

ثامناً: 1. الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية.

للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم ب. الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للإقليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم.

تاسعاً: النظر بالطعن في قرار مجلس النواب الصادر على وفق صلاحياتها المنصوص عليها في المادة (5) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 وذلك خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره⁽¹⁾.

ونلاحظ هنا ان اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وفق التعديل جاءت مطابقة إلى حد ما لاختصاصاتها الواردة في الدستور، لكن هذا التعديل لم يتجاوز جميع القصور التشريعي الذي شاب تنظيم اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا ولم يحقق الأمن القانوني الذي ننشده، وخاصةً انه نص على إعطاء المحكمة الاتحادية العليا تفسير النصوص الدستورية، لكن ابقى على ذات القصور ولم يحدد شروط طلب التفسير، ولا الجهات التي لها حق طلب التفسير، وتبع تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا صدور النظام

(1) ينظر: المادة (2) من قانون التعديل الأول لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (20) لسنة 2021.

الداخلي لها رقم (1) لسنة 2022، والذي اوضح مسائل تفصيلية كثيرة عن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا ومنها اختصاصها بالنظر بالاتهامات الموجهة لرئيس مجلس الوزراء والوزراء، اذ نصت المادة (28) منه على أن " تفصل المحكمة في الاتهامات الموجهة إلى رئيس مجلس الوزراء وأعضاء مجلس الوزراء عن حالات الحنث باليمين الدستورية وانتهاك الدستور والخيانة العظمى وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة (27) من هذا النظام، باستثناء شرط التصويت على الطلب من قبل مجلس النواب لعدم اشتراط ذلك في دستور جمهورية العراق لعام 2005"، ونجد هنا ان النظام الداخلي قد ساوى في حالات مساءلة رئيس مجلس الوزراء واعضائه بحالات مساءلة رئيس الجمهورية وهي الحنث باليمين الدستورية وانتهاك الدستور والخيانة العظمى، وكان الاجدر بالمشرع الدستوري ان يبين حالات مساءلة رئيس وأعضاء مجلس الوزراء بصورة اكثر تفصيلاً وعدم ترك هذه المسألة للنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا كونه من المسائل المهمة التي تستوجب التفصيل في توضيحها حماية لاستقرار عمل مجلس الوزراء.

وبعد تناولنا لاختصاصات المحكمة الاتحادية العليا سواء في القانون السابق للمحكمة أو الحالي، لابد ان نوضح مسألة واحدة، الا وهي إذا كان قانون المحكمة رقم (30) لعام 2005 قبل صدور التعديل قد جاء مخالفاً للأساس الدستوري له وهو قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام 2004 الملغي، فيما يتعلق بالاختصاصات، ثم جاء دستور جمهورية العراق لعام 2005، ليأتي باختصاصات تختلف ايضاً عن الاختصاصات الواردة في قانون المحكمة الاتحادية العليا انف الذكر فهنا هل تكون قرارات المحكمة الاتحادية العليا التي صدرت خلال تلك المدة باطلة لفقدانها للأساس الدستوري ومخالفتها للدستور؟ وللإجابة على التساؤل فإن الواقع النظري يشير إلى ان المحكمة الاتحادية العليا قد مارست اختصاصات لم ينص عليها الدستور فبالتالي تكون تلك القرارات مشكوك بدستوريتها (1).

لكن بالرجوع إلى الواقع العملي فإنه لا يمكن ان تلغى جميع قرارات المحكمة الاتحادية العليا الصادرة خلال المدة السابقة على صدور تعديل قانون المحكمة، لما رتبته تلك القرارات من حقوق ومراكز قانونية، ومن ثمّ فيمكن الابقاء على تلك القرارات ضماناً للأمن القانوني، الذي ستتوضح معالمه بشكل اوسع في المبحث القادم من هذا الفصل.

(1) ينظر: د. شورش حسن عمر، و د. لطيف مصطفى امين، مدى دستورية تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (23)، العدد (3)، 2021، ص104 وما بعدها.

المبحث الثاني

الإطار المفاهيمي لمبدأ الأمن القانوني

يعد الأمن القانوني من مبادئ دولة القانون، التي تتسم بسيادة القانون والفصل بين السلطات واستقلال القضاء، وعلى الرغم من حداثة هذا المبدأ نسبياً إلا أنّ له جذوره التاريخية وامتداداته الفلسفية، التي تلتقي في مجموعها لحماية الحد الأدنى من الحقوق والمراكز القانونية، بما يحقق الأمن والطمأنينة للأفراد لذلك سنحاول في هذا المبحث بيان مفهوم الأمن القانوني والأساس الفلسفي له مع توضيح خصائصه ومميزاته وتمييزه عن المصطلحات القريبة منه وكالاتي:-

المطلب الأول

تعريف مبدأ الأمن القانوني وأساسه الفلسفي

يعد الامن القانوني من المفاهيم التي تثير العديد من الاشكاليات لاختلاف وجهات النظر في بيان مفهومه لذلك كان لا بد من بيان المقصود منه من خلال بيان معناه الاصطلاحي فضلاً عن بيان تعريف القضاء له وضرورة بيان فلسفة ضمان الامن القانوني وهذا ما سنوضحه في الفروع الآتية :-

الفرع الأول

تعريف مبدأ الأمن القانوني

وردت بشأن تعريف الأمن القانوني تعاريف عدة ومن خلال استقرائها يمكن ان نقسمها الى:

اولاً: التعريف الفقهي للأمن القانوني

الأمن هو الطمأنينة التي تنفي الخوف والفرع عن الإنسان، وتبدو الحاجة إلى الأمن أساسية لاستمرار الحياة وعمران الأرض، مصداقاً لقوله تعالى (فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ * الَّذِي طَعِمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَأَمْنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ)⁽¹⁾، فانعدام الأمن يؤدي إلى نشر الخوف ويحول دون الاستقرار والبناء، مما يقود إلى انهيار المجتمعات، ومن الصعوبة ايجاد تعريف يتفق عليه الفقه حول تحديد مضمون هذا المبدأ، كونه يشتمل على معانٍ متنوعة ومختلفة ويتسع لمعانٍ جديدة، فغالباً ما يتم تقديم إطار عام به كونه من الحقوق أو بأيراده كمبدأ،

(1) سورة قريش الآية (3).

وقد ركزت بعض تلك التعريفات على عناصر الأمن القانوني فعرفته بأنه (ذلك المبدأ الذي يضمن طائفتين من القواعد اولهما القواعد التي تكفل استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي واستقرار هذه المراكز من حيث الزمان والمكان وثانيهما القواعد القانونية المتعلقة بوضع وتحديد القواعد القانونية وقرارات السلطات العامة مما يعني توافر الجودة في هذه القواعد والقرارات)⁽¹⁾.

وحاول البعض في تعريف الأمن القانوني ان يركز على الثقة المشروعة باعتبار ان الأمن والثقة المشروعة وجهان لعملة واحدة، إلا أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي لان الأمن القانوني يستغرق الثقة المشروعة كما يمكن عد الثقة المشروعة هي صورة من صور الأمن القانوني وليست هي الأمن القانوني ذاته⁽²⁾، وبعضهم ذهب إلى ان للأمن القانوني معنيين الأول ضيق يقوم على امكانية الوصول للقانون، وامكانية توقع القانون) فتم تعريفه وفقاً للمعنى الضيق له بأنه "الفاعلية المثلى للقانون يمكن الوصول اليه وفهمه والذي يسمح لا شخاص القانون بأن يتوقعوا بدرجة معقولة الآثار القانونية لتصرفاتهم ويحترموا التوقعات المشروعة المبنية مسبقاً من قبلهم ويعزز تحقيقها". "والمعنى الواسع للأمن القانوني يضيف إلى مرتكزات الأمن سابقة الذكر مرتكزي الثقة المشروعة واليقين القانوني"⁽³⁾.

كما عُرف ايضاً بأنه (وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية، لغرض اشاعة الأمن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية، بغض النظر عما إذا كانت اشخاص قانونية خاصة أو عامة، بحيث يستطيع هؤلاء الاشخاص ترتيب اوضاعهم وفقاً للقواعد القانونية القائمة، وقت مباشرتهم لأعمالهم، دون ان يتعرضوا لمفاجئات أو اعمال لم تكن بالحسبان، صادرة عن احدى السلطات في الدولة، ويكون من شأنها هدم ركن الاستقرار أو زعزعة روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها)⁽⁴⁾.

(1) د. احمد عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2017، ص23.

(2) د. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، بحث مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 2008، ص4.

(3) د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 34، العدد1، 2019، ص2.

(4) د. محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 36، 2001، ص88.

وَعُرف أيضاً بأنه (المثل الاعلى الذي يجب ان يتوجه نحوه القانون بإصدار قواعد متسلسلة ومترابطة ومستقرة نسبياً ومتاحة لكي تسمح للأفراد بوضع التوقعات)⁽¹⁾، كما عُرِف الأمن القانوني بأنه "حق الفرد في ان تكون الأحكام المطبقة عليه ثابتة أي الحق في عدم اعادة النظر في توقعات الفرد من خلال رجعية الاجتهادات القضائية أو رجعية القوانين"⁽²⁾.

ويركز آخرون في تعريفهم للأمن القانوني على المعيار الشخصي، فيعتبرونه بأنه كل ضمانه وكل نظام قانوني يهدف دون مفاجآت إلى حسن تنفيذ الالتزامات القانونية، اي وجود حد ادنى من الثبات النسبي والاستقرار للعلاقات القانونية، ويركز هذا المعيار على ما يحدثه الأمن القانوني من أثر بالنسبة للمخاطبين بالقاعدة القانونية، في توفير الامكانية لان يحددوا من جانبهم النتائج الممكن تحققها عند وصول النزاع إلى القضاء⁽³⁾.

اما المعيار الموضوعي فيشير إلى ان الأمن القانوني هو التزام السلطات والمؤسسات في الدولة بإصدار الاطر القانونية واضحة لا لبس فيها ولا غموض، وركونها إلى أسس ومعطيات قانونية فالأمن القانوني غاية القانون النهائية⁽⁴⁾.

ويفهم من هذا بأن الأمن القانوني يمثل وجود حالة من التأكيد بالنسبة لمركز قانوني محدد، اي انه يصف خاصية الفعالية القانونية التي تحدد درجة تطبيق القاعدة من ناحية والمقبولية من المخاطبين بها من ناحية أخرى⁽⁵⁾، وبعض الفقه العربي قد وجد صعوبة في تعريف الأمن القانوني، لذلك لجأ إلى الاستعانة بفكرة سيادة القانون في تطبيق القاعدة القانونية اذ لا معنى لاحترام الحقوق والحريات ما لم يتحقق الشعور بالاستقرار، فكلما تزعزت العلاقات كلما تزعزت صورة القانون في اعين المخاطبين به⁽⁶⁾.

(1) د. دويني مختار، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدي، الجزائر، 2014، ص27.

(2) فهمية بلحمزي، الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، اطروحة دكتوراه، جامعة عبد الحميد ابن باديس، الجزائر، 2018، ص89.

(3) د. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، المجلد الثامن عشر، 2010، ص618.

(4) د. سعاد الشرقاوي، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص93.

(5) د. رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص11 وما بعدها.

(6) د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، المصدر السابق، ص7.

بناءً على ما سبق يمكن ان نعرف الأمن القانوني بأنه (جودة النظام القانوني التي تحقق فهماً وثقةً للأفراد بالقانون والقرارات وان ينظموا أمورهم وفقاً لها).

ثانياً: التعريف القضائي للأمن القانوني

تعددت التعريفات القضائية للأمن القانوني ومنها تعريف مجلس الدولة الفرنسي الذي عرفه بأنه: "الوضع الذي يكون فيه للمواطنين دون عناء القدرة على تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من التصرفات وفق القواعد القانونية النافذة"⁽¹⁾، وللوصول إلى هذه النتيجة يتعين ان تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة، وألا تخضع لتغييرات متكررة وغير متوقعة كما بين انه يقوم على طائفتين من القواعد، الطائفة الأولى تهدف إلى ضمان استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي لهذه المراكز من حيث الزمان، واما الطائفة الثانية تشترط فكرة اليقين اي الوضوح والتحديد للقواعد القانونية وقرارات السلطات، مما يعني توفير الجودة في هذه القواعد والقرارات)⁽²⁾.

وقد ظهر مصطلح الأمن القانوني لأول مرة في قرار محكمه العدل الدولية، التي قضت في احد أحكامها "بان مبدأ الأمن القانوني وخصوصا مبدأ الثقة المشروعة الذي يدخل في تكوينه يجب ان يطبق على جميع الاعمال الصادرة عن دول الاتحاد الأوروبي من أجل تطبيق القانون الاوروبي"⁽³⁾.

وفي السياق ذاته لم يعرف القضاء العربي مبدأ الأمن القانوني تعريفاً واضحاً ومحددأ، على الرغم انه اعترف بالمبادئ التي تُعد صورة من صور الأمن القانوني، فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى اقرار مبدأ وضوح القانون، اذ قررت أن "تصاغ أحكام القوانين بما يقطع كل جدل في شأن حقيقة محتواها ليبلغ اليقين بها حداً يعصمها من الجدل وبما يحول بين رجال السلطة العامة وتطبيقها بصورة انتقائية وفق معايير شخصية تخالطها الاهواء، وتنال من الابرياء، لافتقارها إلى الأسس الموضوعية اللازمة لضبطها..."⁽⁴⁾.

(1) د. فاتح خلوفي، سلطات القاضي الاداري في التفسير، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص185.
(2) د. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2018، ص20.
(3) عبد المجيد غميحة، المصدر السابق، ص2.
(4) محمد السيد بنداري، الأمن القانوني والمشروعية (دراسة مقارنة) في مجال القانون العام والفقہ الإسلامي، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2019، ص18.

وقد اختلفت الأنظمة الدستورية وأخذت موقفاً متبايناً من فكرة الأمن القانوني، فبعض الدول نصت صراحة على هذا المبدأ مثال ذلك الدستور الاسباني لسنة (1978) المعدل اذ نصت المادة (9/3) منه على أنّ " يتضمن الدستور مبدأ الشرعية، وقواعد التدرج وعمومية القواعد، وتطبيق القانون الأفضل دون أثر رجعي، والأمن القانوني، ومنع تعسفية السلطات العمومية"⁽¹⁾، وطائفة أخرى التجأت إلى فكرة العدل والعدالة التي تقف مع أي تعديل للقواعد والمراكز القانونية من أجل تحسين النظام القانوني باستمرار، حتى يظل هذا النظام ملائماً لمجتمع يتغير أيضاً باستمرار، وهذه الطائفة أنكرت الاعتراف الصريح بمبدأ الأمن القانوني⁽²⁾.

لذلك لم تنص على مبدأ الأمن القانوني بشكل صريح، إنما كشف عنه القضاء الدستوري عند رقابته على دستورية القوانين، واستنتجته من المبادئ العامة التي يتصف بها مبدأ الأمن القانوني⁽³⁾.

ومن الدول التي لم تنص دستورها صراحة على مبدأ الأمن القانوني الدستور الألماني لسنة 1949 المعدل بالرغم أن المبدأ ظهر في ألمانيا، إلا أنه تم الأخذ بفكرة الأمن القانوني ضمناً، وذلك في الوثيقة الدستورية التي تدعوا إلى الأخذ بفكرة الأمن القانوني، من خلال عدة معطيات، منها عدم تقييد الحقوق الا بقانون، المساواة في تطبيق القانون، ووضوح القاعدة القانونية، وعدم تقييد الحقوق المكتسبة، والمساواة في تطبيقها ومن ثم يجب تحديد الحقوق المكتسبة بشكل واضح ووفق القانون⁽⁴⁾.

اما الوضع في (الولايات المتحدة الأمريكية) فكان مشابهاً لما سبق فلا يوجد نص دستوري يؤكد على مبدأ الأمن القانوني، إلا أنّ القضاء الدستوري قد تصدى لظهور هذا المبدأ، ففي حكم المحكمة العليا وتحديداً في بند (الوسائل القانونية السلمية)، ومع عدم وجود تعريف للوسائل القانونية السلمية، إلا أنّ المحكمة قضت بالاستناد إلى تلك الوسائل بعدم دستورية العديد من القوانين التي تفرض قيوداً على الحقوق والحريات⁽⁵⁾.

(1) د. عامر الهواري، التكريس الدستوري لمبدأ الأمن القانوني ضماناً لتجسيد دولة القانون الحديثة في الجزائر، بحث منشور في مجلة مدارات سياسية، المجلد (5)، العدد 1، 2021، ص 141.

(2) د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد السادس والثلاثون، 2004، ص 88.

(3) د. شورش حسن عمر و د. خاموش عمر عبد الله، أثر الحكم الصادر من القضاء الدستوري على مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، العدد 31، 2017، ص 11.

(4) ينظر: المادة (19) من القانون الأساسي الألماني لعام 1949 التي نصت على عمومية القاعدة القانونية والمادة (20) منه والتي نصت على التزام السلطات العامة بالقواعد القانونية.

(5) د. إسلام ابراهيم شبحا، العدول عن السوابق الدستورية في القضاء الأمريكي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الثانية والستون، 2020، ص 180.

أما في (مصر) فلا يوجد نص دستوري يشير بشكل صريح إلى ذلك أيضاً، يمكن الركون إليه ليكون أساساً للأمن القانوني، وانما أشارات ضمنية، إلا أن المحكمة الدستورية قررت أن تتصدى لإيجاد أساس للمبدأ، واستنتاجه من النصوص الدستورية، ليضمن صون حقوقه المكتسبة ويحافظ على مركزه القانوني من خلال تقييد الأثر الرجعي لبعض النصوص التشريعية، بشكل لا يتجاوز الحدود التي تسمح بها المبادئ الدستورية، وقد اعترفت المحكمة الدستورية في مصر بمبدأ الأمن القانوني فقررت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (103) من قانون الضرائب على الدخل الصادر في القانون (157) لسنة 1981 المعدل⁽¹⁾، اذ نصت على: (...وللمحكمة تصحيح الإقرار و تعديله، كما يكون لها عدم الإعتداد بالإقرار وتحديد الإيرادات والأرباح بطريقة التقدير)⁽²⁾.

أما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فلم يتضمن إشارة صريحة لمبدأ الأمن القانوني، وقد أثر جموده في الأمن القانوني اذ نظم الدستور إجراءات التعديل في مادتين هما المادة (126) والمادة (142) فوقاً لأحكام المادة (126) من الدستور اشترطت أن يقدم اقتراح تعديله من رئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء مجتمعين، أو من خمس عدد أعضاء مجلس النواب.

ومما يلاحظ على هذا التنظيم أن الدستور، لم يحدد كذلك المدة اللازمة لعرض التعديل على الشعب للموافقة عليه بالاستفتاء، وإذا كانت موافقة الشعب باستفتاء عام على التعديل تُعدّ أمراً منسجماً مع مفهوم الجمود النسبي الذي يشكل ضماناً مهمة للأمن القانوني، إلا أن شرط مصادقة رئيس الجمهورية على التعديل بعد الموافقة عليه بالاستفتاء تثير اللبس والغموض كما لم يحدد مدة معينة لمناقشة طلب تعديله والبت فيه.

ومن الجدير بالذكر ان المادة (126/ اولاً) من الدستور قد تضمنت حظراً موضوعياً مؤقتاً، اذ منعت تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول، والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني إلا بعد مضي

(1) تم تعديله بالقانون رقم (187) لسنة 1993.

(2) أخذت المحكمة الدستورية العليا هذا الحكم على مخالفة النص المطعون فيه لأحكام الدستور المتعلق بمبدأ العدالة الضريبية فضلاً عن فكرة التوقع المشروع والتي هي إحدى صور الأمن القانوني فقد جاء في حيثيات الحكم "ان من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة، إن تحديد دين الضريبة يفترض التوصل إلى تقدير حقيقي لقيمة المال الخاضع لها، باعتبار أن ذلك يعد شرطاً لازماً لعدالة الضريبة، ولصون مصلحة كل من الممول والخزانة العامة ويتعين ان يكون ذلك الدين وهو ما يطلق عليه وعاء الضريبة مثلاً بالمال المحمل بعبئها محققاً ومحددأ على أسس واقعية يكون ممكناً معها الوقوف على حقيقته على اكمل وجه، لذلك حكم القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه فيما لم يتضمنه من ضوابط أو معايير للتقدير الذي تجريه المصلحة عند تحديدها للإيرادات وأرباح الممولين طبقاً لأحكامه. ينظر: حكم المحكمة الدستورية المصرية العليا رقم 131 في 2000/7/7 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg>. تاريخ الزيارة 2022/6/22.

دورتين انتخابيتين متعاقبتين⁽¹⁾، كما منعت المادة اعلاها إجراء أي تعديل على مواده من شأنها الانتقاص من صلاحيات الأقاليم التي لا تدخل في ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، إلا بموافقة السلطة التشريعية في الإقليم المعني وموافقة أغلبية سكانه باستفتاء عام⁽²⁾.

ونجد أن هذا التنظيم قد أورد حظراً دائماً بالمساس بصلاحيات الأقاليم، لأنه من غير المعقول أن توافق السلطة التشريعية في الأقاليم وسكانها على الإنتقاص من صلاحياتهم، فيكون هذا الحظر متعارضاً من متطلبات الأمن القانوني، لاسيما الاستقرار، وهذا ما يمنع الدستور من مواكبة التغيرات التي تحدث.

كما نرى أنه إذا كانت غاية المشرع الدستوري من الأخذ بالجمود المطلق هو تحقيق الاستقرار للحقوق والمراكز، ومن ثم حماية الأمن القانوني، فالمعلوم أن الإستقرار لا يعني الجمود المطلق للدستور، لأن الجمود يجعل الدستور غير متلائم مع التطورات التي تحدث في المجتمع، إذ يكفي لتحقيق ذلك إشتراط إجراءات خاصة لتعديله تختلف عن إجراءات تعديل القوانين العادية، بحيث تضي على الدستور استقراراً وثباتاً نسبياً، مع قدرته على مواكبة التطورات بدون التأثير على المكتسبات التي تحققت بوضعه. وهكذا فإن الأمن القانوني لا يقصد به الجمود المطلق للقانون، لأن ذلك يتعارض مع فكرته والأساس الذي يقوم عليه.

وبالرجوع إلى القضاء الدستوري يمكن استنباط مبدأ الأمن القانوني من قرارات المحكمة الاتحادية العليا فهي لم تقبل الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين على الماضي ومن تطبيقاتها بهذا الخصوص الطعن الوارد على قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء رقم (27) لسنة 2011، إذ نص قرارها على أنّ (... القانون المطلوب إلغائه نص على سريانه إعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ولم ينص على سريانه على الماضي وأنه في المادة (8/ثالثاً) ألزم هيئة التقاعد الوطنية باحتساب الحقوق التقاعدية للمشمولين بأحكام الامر (9) لسنة 2005، أو أي قانون آخر يمنح راتباً تقاعدياً بنسبة 80% من مجموع الراتب والمخصصات

(1) جاء دستور جمهورية مصر لعام 2014 المعدل أكثر وضوحاً في معالجة هذه المسألة المهمة، حيث حدد لمجلس النواب ثلاثون يوماً من تاريخ استلام طلب التعديل من رئيس الجمهورية، أو خمس أعضاء مجلس النواب، لمناقشته، وإصدار قرار بقبول الطلب أو رفضه بأغلبية عدد أعضائه، وعند الموافقة على الطلب يناقش مجلس النواب النصوص الدستورية المطلوب تعديلها بعد ستين يوماً من تاريخ الموافقة على الطلب، فإذا وافق على التعديلات أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب تعرض على الشعب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ موافقة مجلس النواب عليها، ويكون الاستفتاء ناجحاً عند موافقة أغلبية عدد الأصوات الصحيحة المشاركة في الاستفتاء، ويعد التعديل نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء. ينظر: المادة (226) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 المعدل.

(2) ينظر: المادة (126/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

الشهرية فوق الراتب والمخصصات الشهرية الممنوحة لأقرانهم بموجب هذا القانون، ويشمل ذلك أعضاء مجلس الحكم⁽¹⁾.

إلا أنها وفي قرار حديث لها قبلت الدعوى المرفوعة بشأن سحب ترشيح رئيس الجامعة العراقية من قبل مجلس الوزراء، بعد سنتين من ترشيحه رئيساً للجامعة المذكورة من قبل مجلس النواب، واستند المدعي في دعواه إلى ان ذلك السحب بعد مرور تلك المدة من الترشيح، يتعارض وقواعد إستقرار المراكز القانونية، التي ولدت وفقاً للأسس والمعطيات الدستورية والقانونية النافذة، ومما يرتب آثاراً قانونية وإدارية، وبالرغم أن المحكمة لم تستند إلى هذا التبرير في قرارها، إلا أنها حكمت لصالح المدعي، وهذا ان دل على شيء فيدل على أخذ القضاء الدستوري العراقي بمبدأ الأمن القانوني⁽²⁾.

صفوة القول: ان الأمن القانوني سواء اكان مبدأ دستورياً ام لا، فلا بد من توافره واحترامه فقد أصبح من المسلم به الآن أن السلطة كظاهرة سياسية واجتماعية، لا يستقيم النظام الاجتماعي ولا يستقر بدونها، فالمجتمع المنظم لا يستقيم بدون سلطة، تتولى السهر على الصالح الجماعي للأفراد، وهذه السلطة هي أيضاً شرط لازم وضرورة للحرية، حيث تستحيل الحرية في غياب الأمن والنظام، فتحقيق الأمن هو أساس لوجود السلطات وأساس عملها، إذ تُعد وظيفة تحقيق الأمن في كل مجتمع منظم سياسياً، من بين أهم الوظائف وأقدمها، حيث كانت هذه الوظيفة الغاية الأساسية وعصب السلطة وجوهرها.

وبناءً على ذلك نرى أنه من الافضل ايراد الأمن القانوني كمبدأ دستوري، وبنص صريح في الدستور العراقي لعام 2005، وعدم الاعتماد فقط على ذكر المبادئ التي تحمي الأمن القانوني بصورة غير مباشرة.

الفرع الثاني

الأساس الفلسفي للأمن القانوني

يتجلى الأساس الفلسفي للأمن القانوني في نواح قانونية شتى؛ منها حماية الحقوق المكتسبة فضلاً عن حماية الحقوق، والحريات وهذا ما سنوضحه تباعاً.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (16/ اتحادية/ 2012) في 2012/5/2 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا. <https://www.Iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/6/7.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (97/ اتحادية/ 2021) في 2022/3/3 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا <https://www.Iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/6/14.

أولاً: حماية الحقوق المكتسبة

حظي تعريف الحق من الناحية الشرعية بأهتمام كبير من علماء المسلمين مع إعتمادهم على التعريف اللغوي، فقد تعرضوا له بتعريفات الغرض منها بيان المعنى الإجمالي للحق، فقد عرفه بعضهم بأنه "الموجود من كل وجه، والذي لا ريب في وجوده، ومنه السحر حق، والعين حق، أي موجود في أثره"⁽¹⁾، وعرفه آخرون بأنه "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"⁽²⁾.

أما معنى الحقوق المكتسبة إصطلاحاً فقد عرفت بأنها "الحق الذي لا يجوز للقاضي أن يمسه بسوء أو يسلبه صاحبه بحجة تطبيق قانون مستجد"⁽³⁾، وعُرفت أيضاً بأنها "الحفاظ على المركز القانوني الذي نتج عن تصرف قانوني معين، وهو ما يعني أنه يهدف إلى حماية المراكز القانونية التي تولدت في الماضي ويؤدي كفكرة دوراً مهماً في حماية ووقاية التصرفات القانونية، كالقرارات الإدارية خصوصاً الفردية منها"⁽⁴⁾.

كما عُرف أيضاً بأنه "وضع قانوني تتحصن به المنفعة التي حصل عليها الشخص جزاء قانون أو قرار إداري"، وقد اتجه بعض الفقهاء إلى القول بأن الحق المكتسب هو المانع من سحب وإلغاء القرار الإداري لكونه يتعلق بالحفاظ على المركز الذي أوجده القرار الإداري والأثر الذي أحدثه القرار وبالخصوص القرار الإداري الفردي المشروع وهو ولاشك يعد مانعاً بوجه السلطة التنفيذية بأن لا تمس بالقرار المولد للحقوق المكتسبة، وما يجب ملاحظته أن الفقه الفرنسي قد اختلف بين منكر ومقر لوجود الحق المكتسب⁽⁵⁾.

ويراد باحترام الحقوق المكتسبة أنه لا يجوز لأي من سلطات الدولة سلب أو انتهاك حقوق استمدها الأفراد بطريق مشروع، بموجب القوانين والقرارات النافذة متى ما كانت تتعلق بممارسة إحدى الحريات العامة أو الحقوق

(1) د. محمد علي عبد السلام، دور مجلس الدولة في تحقيق الأمن الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص116.

(2) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1993، ص330.

(3) د. حمدي ابو النور عويس، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2011، ص11.

(4) شاب توما منصور، القانون الإداري، الجزء الأول، دار الطبع والنشر الاهلية، 1970، ص60.

(5) من الفقهاء الذين انكروا الحقوق المكتسبة الفقيه الفرنسي ديكي (Duguit) إذ ابدى اعتراضه على كلمة المكتسبة في محاضرة ألقاها في (كانون الأول/ سنة 1926) على محامي محكمة مصر المختلطة، وأكد فيها أنه ذكر في مؤلفه المطول في القانون الدستوري "إني لا أعرف ما هو الحق وأني لم أكن على يقين مما أعلمه عنه ولكني لم أدر ما هو الحق المكتسب، فإما أن يكون للإنسان حق أو لا يكون له شيء من ذلك وليس من شأن كلمة المكتسب أن تضيف شيئاً إلى مدلول كلمة الحق، ويتعين لذلك نبد عبارة الحق المكتسب نبدأً تاماً لأنها عديمة المعنى) اما الاتجاه الثاني حاول تحديد تعريف للحق المكتسب فعرّفه الفقيه (Merlin) بان الحق المكتسب هو "الحق الذي يدخل في الذمة" ينظر: د. علي خطار شنتاوي، موسوعة القانون الإداري، ط1، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، ص12.

الأساسية التي ينص عليها الدستور، ويتعلق هذا المبدأ بمبدأ عدم رجعية القانون على الماضي والذي يقصد به أن يسري القانون على المستقبل، ولا يسري بأثر رجعي على الماضي احتراماً للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت في ظل نظام قانوني سابق، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب و الرسوم، إذ إنّ الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن وفقاً للقواعد العامة ان تنتقص من حقوق مكتسبة طبقاً لقانون لم يحكم بعدم دستوريته، ويتمتع أصحابها بمراكز قانونية لا ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم، وقوة الأمر المقضي⁽¹⁾.

ويُعدّ مبدأ الحق المكتسب الأرضية الفلسفية لمبدأ سريان القوانين من دون رجعية، ومن ثم فإنه يرمي إلى حماية المراكز القانونية التي تولدت في الماضي، لأنه يؤدي دوراً في الرقابة على التصرف القانوني فإن عدم الرجعية من مقتضى استقرار المراكز القانونية؛ لذلك حرصت الدساتير على تأكيد هذه القاعدة، فجعلت الأصل ألا تسري القوانين على الماضي حتى لا تمس الحقوق المكتسبة⁽²⁾، إذ إنّ الأثر الرجعي للقوانين إذا امتد إلى إلغاء الحقوق المكتسبة، فإن هذا الأثر يتحول إلى أداة لإهدار قوة القانون السابقة ويشكل اعتداءً على اختصاص القاعدة القانونية السابقة بالانتقاص من المدى الزمني لسريانها الذي يمتد إلى يوم انقضائها وقد اوضحت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن (خضوع الدولة للقانون محددٌ على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه الا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعد التسليم بها في الدولة الديمقراطية مفترضاً اولياً لقيام الدولة القانونية وما ينافي مفهوم الدولة القانونية ان تفر الدولة سريان العقوبة باثر رجعي وذلك بتطبيقاتها على افعال لم تكن حين اثباتها تشكل ذنباً مؤاخذاً عليه بها⁽³⁾).

وحرص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على التأكيد على مسألة عدم رجعية القوانين للماضي الا إذا كانت اصلح للمتهم وهذا ما اكدته المادة (19) منه التي نصت على " ...تاسعاً: ليس للقوانين أثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم عاشرأ: لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي الا إذا كان اصلح للمتهم".

اما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد قضت في احدي قراراتها بعدم دستورية المادة (35/ رابعاً/ ب) من قانون التقاعد الموحد رقم (6) لسنة 2014 وذلك ".... لمخالفتها لأحكام المواد (19/ عاشرأ) و

(1) د. حمدي ابو النور عويس، المصدر السابق، ص15 وما بعدها.

(2) د. أحمد سلامة بدر، دور المحكمة الدستورية في تفسير النصوص القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص117.

(3) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى 22 لسنة 8 قضائية دستورية، جلسة 4 يناير 1994 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط

<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx>. تاريخ الزيارة 2022/6/30.

(23/ ثالثاً) و(130) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 من حيث المضمون والهدف المتمثل بعدم التعرض للحقوق المكتسبة إضافة إلى ما استقر القضاء العراقي عليه من احترام هذه الحقوق وعدم المساس بها..... فتجد المحكمة الاتحادية العليا أن التعريف الفقهي للحق المكتسب كما ورد في أحد شروح القانون بانه (وضع قانوني تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون أو قرار إداري)، وتجد المحكمة الاتحادية العليا ان الراتب التقاعدي في حقيقته حق مكتسب للموظف عند توفر شروط منحه من الدولة ولا يجوز حجبها عن الموظف إلا في الأحوال التي ينص القانون عليها، إلا أنّ مقداره من حيث الزيادة، أو النقصان لا يعتبر حقاً مكتسباً لأن هذا النصاب محكوم بالوضع المالي للدولة، وبالحالة الاجتماعية للمتقاعدين...." (1).

وللمحكمة قرار اخر قدمت فيه الأمن القانوني على مبدأ المشروعية، وضرورة التقيد به وجعلته أساساً لحكمها، حيث استندت بشكل واضح وصريح على فكرة حماية الحقوق المكتسبة، واستقرار المراكز القانونية لرد الدعوى، وجاء في حيثيات هذا القرار أن ".... كلا من المدعي والمدعى عليها من قائمة السلام الكردستانية وكلاهما مرشحين عن محافظة ديالى، وأن المدعي مرشح عن الحزب الديمقراطي والمدعى عليها مرشحة عن حزب الاتحاد الوطني الكردستاني.... وأن إبعاد المدعى عليها يؤدي إلى اختلال في نصاب (كوتا النساء في محافظة ديالى بالرغم من حلول المرشحة محل المرشح المستبعد... إذ سيصبح نصاب النساء كحد أدنى في محافظة ديالى (أربعة نساء) وهذا يخالف أحكام المادة (49) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، كما أن المدعى عليها هي الأخرى قد اكتسبت حقاً لا يجوز المساس به وان إبعادها سوف يؤدي إلى عدم الاستقرار والاخلال بأعمال مجلس النواب وذلك لأن حلول النائبة (غ.س. ع.م) محل الفائز الذي استبعد قد تم بعد إعلان نتائج الانتخابات.... ولما تقدم ولحفظ استقرار أعضاء مجلس النواب في مراكزهم وحفاظاً على النسبة المحددة للنساء في المجلس قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم ببرد الدعوى....." (2).

يتضح مما تقدم أن الحق المكتسب مبدأ لا ينحصر في نطاق قانون معين، فهو مبدأ تملّيه اعتبارات العدالة قبل كل شيء، فليس من العدل في شيء أن يحرم شخص من حق اكتسبه في ظل

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 42/ اتحادية/ اعلام/ 2014 بتاريخ 2015/2/24. منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا <https://www.Iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/6/30.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 23/ اتحادية/ 2016 في 2016 /10/10 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/7/22.

قانون سليم، لذا يجب احترامه ومراعاته حتى وأن لم يتم تكريسه في صلب الدساتير⁽¹⁾، فالقاعدة المقررة بالنسبة للقوانين أنه يجب ان تحترم الحقوق المكتسبة، وان لا تمس بها من غير ضرورة أو من غير تعويض⁽²⁾، لذلك حرصت الدساتير على تأكيد هذه القاعدة، فجعلت الأصل ألا تسري القوانين على الماضي حتى لا تمس الحقوق المكتسبة⁽³⁾.

وهذا يعني أن مشروعية التصرفات السابقة ستبقى خاضعة للقاعدة القديمة، فعدم الرجعية تعني أن القاعدة الجديدة تسري بالنسبة للمستقبل فقط، ومن البديهي التأكيد على أنه لا يمكن الحديث عن تطبيق قاعدة إلا إذا كانت نافذة، فإن تطبيق القانون قبل نفاذه يشكل استحالة منطقية إذ إنّ نفاذ القاعدة القانونية هو الذي يجعلها ملزمة، وليس قابليتها للنشر، لكن تاريخ التنفيذ يمكن أن يسبق الوقت المحدد له، وهذا لا يجوز ولذلك لا يجيز القانون هذه الرجعية لما فيها من اعتداء على الحقوق المكتسبة للأفراد، دون ذنب من جانبهم، ودون وجود مسوغ لذلك.

ثانياً: حماية الحقوق والحريات

أن حقوق الإنسان من الموضوعات ذات الاهمية البالغة لذلك فإن من الطبيعي أن تهتم الدول بحقوق الإنسان طوعاً أو كرهاً⁽⁴⁾، وبالرغم من النص على الحقوق والحريات في الدساتير إلا أنها تظل معرضة لإساءة الاستخدام والتعسف، على الصعيدين الداخلي والدولي، لذلك كان على الدولة ان تتدخل لحماية تلك الحقوق خصوصاً مع تزايد المشاكل الاقتصادية والاجتماعية وتحول الدولة من دولة حارسة إلى دولة متدخلة في جميع مجالات الحياة⁽⁵⁾، لكن الدولة احياناً قد تخفق في تحقيق تلك الحماية الأمر الذي يستلزم وجود حتمي لسلطة مستقلة تمارس الرقابة على السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدولة وتشكل الحصن المنيع والرادع لأي مساس بالحقوق الدستورية والقانونية للإنسان⁽⁶⁾، الا وهي السلطة القضائية التي أنيط بها هذا الاختصاص وأخذت على عاتقها حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، عن طريق فرض رقابتها

(1) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص509.

(2) د. نجم عليوي خلف، مبدأ عدم الرجعية في القرارات الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص40.

(3) د. محمد علي عبد السلام، المصدر السابق، ص116.

(4) د. محمد سعيد حسين امين، أثر التعديلات الدستورية في مسيرة الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص53 وما بعدها.

(5) مازن ليلو راضي، د حيدر ادهم عبد الهادي، حقوق الإنسان دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص209.

(6) د. مصطفى ابو زيد فهمي، النظام الدستوري المصري، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2010، ص33.

الدستورية على ما يصدر من خرق لتلك الحقوق، من قبل السلطة التشريعية، أو من خلال تصديها لأي تعد على حقوق المجتمع من السلطة التنفيذية أو من الغير⁽¹⁾، وإذا كان الأمر كذلك فإن أثر أحكام القضاء الدستوري يمثل محور الارتكاز الرئيسي في حماية الحقوق والحريات، والدستور أجاز للمشرع تنظيم هذه الحقوق والحريات، وأكد على تنظيمها وفق ضوابط محددة بنشر، وهنا يبرز دور القضاء الدستوري، من خلال أحكامه بعدم الدستورية، كضمانة لمراعاة المشرع للقواعد الدستورية الكافية للحقوق والحريات العامة⁽²⁾.

وتعد الحقوق السياسية من الحقوق ذات الأهمية البالغة إذ إنها هي التي تعطي للفرد صفة المواطنة وتخول له المساهمة في حكم هذه الدولة، وهي قاصرة على المواطنين دون الأجانب، كما ويتم ضمان الحرية السياسية عن طريق مشاركة المواطنين في الحكم عن طريق حقهم في الانتخاب والترشيح، وحقهم في تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام إليها⁽³⁾.

ولأهميتها نص دستور الولايات المتحدة الأمريكية على هذه المبادئ السامية فيما يتعلق بحق الانتخاب، إلا أنّ التطبيق العملي لنصوصه قد اعترضته ثمة ممارسات تتناقض تناقضاً تاماً مع هذه المبادئ، ولقد كان للمحكمة العليا دور فاعل في التصدي لمثل هذه الممارسات، من خلال أحكامها بعدم دستورية التشريعات التي تنطوي على مخالفة للمبادئ التي جاء بها الدستور، والمتعلقة بحق الانتخاب⁽⁴⁾.

ولعل من أبرز هذه الممارسات التي تصدت لها المحكمة العليا؛ هي أن العديد من الولايات إن لم يكن جميعها في بادئ الأمر، قد حرصت على استبعاد طوائف معينة من ممارسة الحقوق السياسية، وكان على رأس تلك الجماعات الهنود الحمر والزنوج، وهو الأمر الذي يتنافى مع مبادئ العدالة والمساواة التي وضعهما الدستور نصب عينيه، فقد عمدت بعض الولايات إلى اعتماد سبل للتهرب من تطبيق نصوص الدستور، وذلك من خلال وضع عقبات إجرائية أو قانونية لإبعاد الزنوج عن صناديق الاقتراع.

من هذه السبل إشتراط توطن الأجداد، وضريبة الرؤوس أي ان كل فرد يريد الاقتراع يجب ان تكون لديه معرفة بالقراءة والكتابة، إلا أنّ المحكمة العليا قضت بعدم دستورية كل حيلة شرعية، من شأنها تأييد أو

(1) خير الدين عبد اللطيف، اللجنة الدولية لحقوق الإنسان ودورها في حماية الحقوق والحريات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص365.

(2) د. عبد الحميد متولي، "القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999، ص 232.

(3) د. مصطفى أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص 39 وما بعدها.

(4) د. غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص28.

خلق التفرقة العنصرية⁽¹⁾، وهذا بلا شك يؤثر في الأمن الذي من المفترض ان يحققه الدستور للأفراد لان انتهاك الحقوق المنصوص عليها دستورياً من قبل الولايات يفقد الأفراد ثقتهم بالنصوص الدستورية لأنها لا تحقق لهم الحماية المتبتغة منها.

اما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد وضعت مبدأ مهم يتمثل في أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية في جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية.

ومن ابرز الأمثلة: على بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا في حماية الحقوق والحريات : قيامها بإصدار حكماً بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قرار رئيس الجمهورية رقم (107) لعام 2013، الخاص بقانون تنظيم التظاهر بناء على طعون تقدم بها محامون وحقوقيون ضده⁽²⁾.

اما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد كفل للمواطنين حرية التعبير عن الرأي والاجتماع والتظاهر⁽³⁾، كما كفل حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية، أو الانضمام إليها، وينظم ذلك بقانون ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي حزب أو جمعية أو جهة سياسية، أو إجباره على الاستمرار⁽⁴⁾، ومن قرارات المحكمة الاتحادية العليا التي قررت فيه حماية الحقوق والحريات عندما قضت بعدم دستورية نص المادة (3) من قانون الانتخابات رقم (26) لسنة 2009 لان فيه تحويل صوت الناخب بدون إرادته من

(1) ومن الامثلة على ذلك: قضية المواطن (لين ولسن) مواطن أسود من أو كلاهما اقام دعوى امام المحكمة العليا، مدعيا أنه حرم من حقه في التصويت، وفي عام 1916 أصدرت الهيئة التشريعية للولاية قانوناً تمت صياغته ليعطي للمواطنين السود الذين كانوا محرومين مسبقاً من حقوقهم المدنية حق التصويت، وهذا كان يتطلب منهم ضرورة تسجيل اسمائهم - ولكن مدة التسجيل كانت اثني عشر يوماً (كان المصوتون البيض معفيين عملاً من هذا النظام، وذلك من خلال استخدامهم بند الجد)، إذا لم يتم بالتسجيل خلال هذه المدة القصيرة، فانهم لن يتمتعوا ابدأ بعد ذلك بحق التصويت...ولقد أدركت الهيئة التشريعية لولاية أو كلاهما بوضوح أن مدة الاثني عشر يوماً لم تكن كافية للوصول الزوج إلى سجلات التصويت، وأن الغالبية العظمى لن تحصل على هذا الحق، والمدعي في هذه القضية لم يصل إلى سجلات المصوتين عام 1916، وعندما حرم بعد ذلك من حق التصويت للأبد، رفع دعوى أن أسلوب التسجيل في أو كلاهما غير دستوري، ولقد اتفقت المحكمة العليا مع المدعي على ذلك، وحكمت بعدم دستورية التشريع و بند الجد، الذي كان قد استثنى من امتحان معرفة القراءة والكتابة كل الذين سبق أن صوتوا بتاريخ الأول من كانون الثاني/يناير 1866، أو قبله والمنحدرين منهم، وهو تاريخ كان يخضع كل شخص اسود تقريباً لامتحان يرمي إلى التأكد من معرفته القراءة والكتابة، وهو امتحان كانت تتم إدارته محلياً ويمكن أن يكون النجاح فيه صعباً. ينظر: مورنبرج أدلر، الدستور الأمريكي، ترجمة صادق إبراهيم عودة، مركز الكتب الأردني، عمان، 1989، ص 137.

(2) أعلنت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حيثيات حكمها أن "الدستور حرص على أن يفرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود ما ارتأه كفيلاً بصون الحقوق والحريات العامة الصادرة منها والحق في الاجتماع والتظاهر السلمي، كي لا تقتحم المنطقة التي يحميها الحق أو الحرية".... واستخدمت السلطات المصرية هذا القانون مرارا لقمع الكثير من التظاهرات المعارضة لها، فيما لم يكن عائقاً أبداً أمام إقامة التظاهرات الداعمة للنظام. ولا يمكن الطعن بالحكم إذ إن قرارات المحكمة الدستورية حتمية ونهائية. ينظر: د. محمد سعيد حسين أمين، أثر التعديلات الدستورية في مسيرة الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 42.

(3) ينظر: المادة (38) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(4) ينظر: المادة (34) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

المرشح الذي انتخبه إلى مرشح من قائمة أخرى لم تنتج إرادته الانتخابية يعتبر تعدياً على حقوقه الدستور ويشكل مخالفة لنص المادة (20) من الدستور التي جاء فيها النص على حماية حقوق المواطنين السياسية رجالاً ونساءً، بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح⁽¹⁾، وهنا حمت المحكمة الاتحادية العليا الأمن القانوني للأفراد والثقة المشروعة لهم بنصوص الدستور.

أما الحقوق الاقتصادية فأغلب الدساتير نصت على حمايتها، وكان القضاء الدستوري حامي لهذه الحقوق في أغلب قراراته، إيماناً منه بأهمية تحقيق الأمن الاقتصادي الذي يحقق للمواطنين الأمن القانوني، والثقة بالتصرفات والقوانين المنظمة لحقوقهم الاقتصادية، ومن الدساتير التي حمت تلك الحقوق دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 إذ تبنى فلسفة جديدة بصدد حماية حق الملكية بعدما نالها من حيف وجور في ظل قوانين التأمينات وفرض الحراسات، إذ نص في المادة (35) منه على أن (الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل بدفع مقدمة وفقاً للقانون)⁽²⁾. وقد حمت المحكمة العليا الأمريكية الحقوق الاقتصادية أيضاً إيماناً منها بالاهمية البالغة لتلك الحقوق⁽³⁾.

أما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد كفل الحقوق والحريات العامة ومن أبرزها الحقوق الاقتصادية، إذ نصت المادة (23) منه على أن (أولاً - الملكية الخاصة مصونة، ويحق للمالك الانتفاع بها

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 12/ اتحادية/2010 بتاريخ 2010/6/14 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/6/30.

(2) ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية فرض هذه الضريبة استناداً إلى الأسس الآتية 1- إنه إذا حدد المشرع وعاء للضريبة التي فرضها بأن حصره في أجور العاملين ومرتباتهم التي يتقاضونها عن عملهم في الخارج، تعين أن يكون مبلغ الضريبة متأثراً من مصدر هذا الدخل دون سواه ومرتبطاً على وجوده حقيقة لا حكماً فإذا كان دين الضريبة منفصلاً عن وعائها وليس نتاجاً لتحققه دل ذلك على أن الرابطة المنطقية والحتمية بين وعاء الضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها بما يناقض الأسس الموضوعية للضريبة. 2- أنه أفرد الدستور بابه الثالث للحريات والحقوق والواجبات العامة. ينظر د. فاروق عبد البر: دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2009، ص 817.

(3) ومن أحكامها في هذا الصدد حكمها في قضية (Nolan V California Commission) التي تدور وقائعها حول أن الكنيسة التابعة لمارتن لوثر، تمتلك منطقة للتنزه واللعب بجوار جدول صغير، وحدث حريق بالغبابة الوطنية التي تملكها الحكومة بجوار المنطقة، ثم في موسم الأمطار التالي حدث فيضان أدى لتهدم المباني المملوكة للكنيسة وحينئذ أصدرت الولاية قانوناً يمنع انشاء أي مبني بجوار الجدول، لأنه سيتعرض لأخطار الفيضان، ومن ثم لم تستطع الكنيسة بناء ما تهدم من مبانيها، وغدت عديمة النفع ولما لجأت الكنيسة للقضاء، قضت المحكمة العليا بكاليفورنيا بعدم أحقيتها في التعويض، وهو الأمر الذي نقضته المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حيث قضت بضرورة التعويض عن الملك طوال فترة الحرمان منه وهنا نرى أن المحكمة قد عملت على حماية تلك الحقوق بأثر رجعي وبذلك حمت مبدأ الأمن القانوني واستقرار الحقوق.

واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون. ثانية - لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون. ثالثاً - أ- العراقي الحق في التملك في أي مكان في العراق، ولا يجوز غيره تملك غير المنقول إلا ما استثني بقانون. ب- كما يحظر التملك لأغراض التغيير السكاني).

وقد حمت المحكمة الاتحادية العليا هذه الحقوق، ففي قضية رفعت أمامها بالطعن بعدم دستورية البند (ثالثاً) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (221) في 2001/10/14 والذي يحرم (ن. ج.ش) ابن المنصوص عليها في البند (ثانياً) من وراثتها بعد وفاتها، عقاباً له على عقوقه لها، وتوزع حصته على الورثة كل حسب استحقاقه الشرعي، وقضت المحكمة أن القرار قد صدر في ظل الدستور المؤقت وأنه قد تبنى في أحكامه الشريعة الإسلامية، وحيث أن الشريعة الإسلامية قد حددت الحالات التي يحرم فيها الوارث من الإرث وليس من بينها عقوق الوالدين وجاءت مخالفة للدستور فقضت المحكمة بإلغاء الفقرة (ثالثاً) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل لعدم دستورتيتها⁽¹⁾.

أما فيما يخص الحقوق الاجتماعية فهي تُعد أحد أطراف الحقوق الأساسية في منظومة الحقوق الدستورية، ولذا فإنه لا يمكن الحديث عن وجود وثيقة دستورية ما لم تنص على الحقوق الاجتماعية وتكرس الضمانات الفعلية لحمايتها والتي تهدف إلى تحقيق الرفاه الاجتماعي للأفراد⁽²⁾، لذلك سعت المحكمة العليا الأمريكية إلى حماية الحقوق والحريات الاجتماعية، لا سيما الحق في التعليم وحظر التمييز في المجال التعليمي، والحقوق الزوجية والعائلية⁽³⁾.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم 11/ اتحادية/ 2006 في 2006/8/24، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/5/21.

(2) د. محي الدين ابو الهول ود اديب فايز الضمور، الحقوق الاجتماعية للطفل في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية أصول الدين، اسبوط، العدد الثالث والثلاثون، 2015، ص 433.

(3) صدر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية (Brown Board of Education) في 17 مايو 1954، والتي قضت به المحكمة العليا بعدم دستورية الفصل العنصري في العملية التعليمية القائم على أساس العنصر، وجاء في حكم المحكمة أنه قد: " عرضت علينا هذه القضايا من ولايات تكساس وكارولينا الجنوبية وفرجينيا وكولرادو، وإذا كانت تلك القضايا تختلف باختلاف ظروف كل منها كما تختلف طبقاً لظروفها المحلية فإن إشكالات قانونية عامة يجمعها، ففي كل هذه القضايا يسعى المتقاضون، وهم من صغار الزنوج، إلى أن تقوم المحاكم بمعاونتهم في الحصول على حق الالتحاق بالمدارس العامة بدون تفرقة عنصرية وفي كل هذه الحالات، حرم هؤلاء الصغار من الالتحاق بالمدارس التي يدرس بها الأطفال البيض طبقاً للقوانين التي تبيح التفرقة العنصرية ومن شأن هذه التفرقة حرمان الشاكين مما يتمتعون به من مساواة في حماية القوانين لهم تماشياً مع التعديل الرابع عشر في الدستور الأمريكي، ويقول المدعون: أن المدارس العامة التي تطبق فيها التفرقة العنصرية ليست متساوية ولا يمكن جعلها متساوية، ولذا فإنهم محرومون من المساواة في حماية القوانين لهم. وأن حظر التمييز في المجال التعليمي الذي انتهجته المحكمة الاتحادية العليا من خلال أحكامها بعدم الدستورية لم يقتصر على التشريعات التي تتركس هذا التمييز بالنسبة للزنوج فقط، وإنما شمل جميع الطوائف والأقليات الأخرى الموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية بما فيهم الأجانب، ففي عام 1982 قضت المحكمة العليا بعدم دستورية قانون ولاية تكساس الذي يستثني بموجبه الأطفال غير الحاملين

ومن الدساتير العربية التي كفلت حق التعليم دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 إذ نصت المادة (19) منه على أنّ "التعليم حق لكل مواطن، هدفه بناء الشخصية المصرية، والحفاظ على الهوية الوطنية، وتأصيل المنهج العلمي في التفكير، وتنمية المواهب وتشجيع الابتكار، وترسيخ القيم الحضارية والروحية، وإرساء مفاهيم المواطنة والتسامح وعدم التمييز، وتلتزم الدولة بمراعاة أهدافه في مناهج التعليم ووسائله، وتوفيره وفقاً لمعايير الجودة العالمية، والتعليم إلزامي حتى نهاية المرحلة الثانوية أو ما يعادلها، وتكفل الدولة مجانيته بمراحله المختلفة في مؤسسات الدولة التعليمية، وفقاً للقانون...."(1).

أما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد نص على حقوق الأسرة وجعل منها أساس المجتمع، وأكد على أنّ تحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والأخلاقية والوطنية، فضلاً عن حمايتها للأئمة والطفولة والشيخوخة، ورعاية النشء والشباب، وأعطت للأولاد حق على والديهم في التربية والرعاية والتعليم، وللوالدين حق على أولادهم بالاحترام والرعاية، كما وحظرت جميع صور الاستغلال الاقتصادي للأطفال وكل أشكال العنف والتعسف في الأسرة والمدرسة والمجتمع(2)، وقد اصدرت المحكمة الاتحادية العليا العديد من القرارات الخاصة بحماية حقوق الأفراد، بالتعليم فقد كان للمحكمة الاتحادية العليا دور في التصدي لقانون أسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (20) لسنة 2020 وكان هذا القرار من القرارات المهمة التي حمت فيه المحكمة الاتحادية العليا أسس التعليم السليم والمساواة بين الأفراد إذ وبالرغم من ان المحكمة ذكرت ان القانون قد راعى تعليمات رقم (5) لسنة 1976 إلا أنه تضمن عدداً من

لهويات، والمولودين من مهاجرين غير قانونيين، من الدخول إلى المدارس الحكومية المجانية، وأكدت المحكمة على أهمية التعليم بالنسبة لتطور الطفل في المستقبل. ينظر: د. منار الشوربجي، الكونغرس الأمريكي المؤسسة المنسية عربياً، مطبوعات مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، 2001، ص130.

(1) ساهمت المحكمة الدستورية العليا في مصر في أبطال نصوص تشريعية حاولت المساس بهذا الحق الدستوري أو الانتقاص منه كحق إنساني ودستوري وذلك في حكمها الصادر في 1992/2/1، إذ قضت بعدم دستورية القرار الصادر من المجلس الأعلى للجامعات بتاريخ 20 سبتمبر 1984 فيما تضمنه من زيادة مجموع الدرجات الكلية بنسبة 5% للطلبة من أبناء الفئات المستثناة بشكل مخالف للمادتين (8، 40) من الدستور وهذه الفئات المستثناة هي أبناء القوات المسلحة، أبناء الشهداء المدنيين، أبناء أعضاء هيئة التدريس بالجامعات، وأبناء العاملين بها، أبناء العاملين بالتعليم العالي، أبناء رجال التعليم، أبناء سينا ومطروح والوادي الجديد والبحر الأحمر والواحات البحرية ووادي النطرون، وأبناء وزوجات الحاصلين على وسام نجمة الشرف العسكرية وقد استندت المحكمة الدستورية العليا إلى بعض الأسس منها: أن كفالة الدستور لحق التعليم إنما جاء انطلاقاً من حقيقة أن التعليم يعد من أهم وظائف الدولة وأكثرها خطورة، وأنه أدواتها الرئيسية التي تنمي في النشأ القيم الخلقية والتربوية والثقافية وتعدده الحياة أفضل، يتوافق فيها مع بينته ومقتضيات انتمائه إلى وطنه ويتمكن في كنفها من اقتحام الطريق إلى آفاق المعرفة وألوانها المختلفة، أن الحق في التعليم الذي أرسى الدستور أصله - فحواه أن يكون لكل مواطن الحق في ان يتلقى قدر من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته، وأن يختار نوع التعليم الذي يراه أكثر اتفاقاً وميوله وملكاتة. ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 41 لسنة 7 قضائية / دستورية / 1992 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx>. تاريخ الزيارة 2022/6/24.

(2) ينظر: المادة (29/ اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

النصوص غير الدستورية التي يجب الحكم بعدم دستورتيتها حماية لما ورد في الدستور من مبادئ وحماية لمبدأ المساواة بين الأفراد في الحقوق ومنها حق التعليم ليتحقق للأفراد الأمن والطمأنينة بنصوص الدستور وقرارات المحكمة (1).

ومن الجدير بالإشارة إليه ان العديد من الدساتير نصت على عدم جواز مساس المشرع العادي بجوهر

(1) اصدرت المحكمة الاتحادية قراراً يقضي بعدم دستورية عدد من النصوص الواردة في قانون أسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (20) لسنة 2020 وجاء في قرارها ما يأتي " ... نصت المادة (34/ اولاً) من الدستور (التعليم عامل أساس لتقدم المجتمع وحق تكفله الدولة وهو إلزامي في المرحلة الابتدائية وتكفل الدولة مكافحة الأمية.) وبذلك يكون التعليم التزام يوجب على الدولة تحقيقه والإيفاء به عن طريق مؤسساته الدستورية وخاصة التشريعية والتنفيذية منها عن طريق قيام السلطة التشريعية بإصدار القوانين المنظمة لهذا الحق وقيام السلطة التنفيذية بإنفاذ تلك النصوص وتطبيقها على أرض الواقع بما يحقق الهدف منها وعدم التجاوز عليه خلافاً للدستور والقانون وإن ادراج الحقوق بمختلف أنواعها في النصوص الدستورية يجعلها تكتسب القوة الدستورية وبذلك تعد قييداً على سلطات الدولة والتزاماً يجب عليها الإيفاء به وهذا يتطلب من السلطة التنفيذية التدخل وإزالة كل العوائق التي تقف حائلاً أمام تحقيق هذا الالتزام وإن هذا الالتزام يوجب على الوزارات ذات العلاقة معالجة أي ظرف لتحقيق تمتع الشعب بحقه في التعليم في كافة مراحلها ومن ثم فإن وضع العوائق في الحصول على ذلك الحق الدستوري يعد من المخالفات التي تواجه ذلك الحق الدستوري وتطرق الدستور إلى الحق في التعليم المجاني وبموجب الفقرة (ثانياً) من المادة (34) والتي نصت على (التعليم المجاني حق لكل العراقيين في مختلف مراحلها).... وان تكافؤ الفرص التعليمية يتطلب المساواة بين مواطني الدولة جميعهم فيما يتاح لهم من فرص وهو يستلزم توفر فرص تعليمية متكافئة متساوية لتنمية القدرات والمواهب لكل فرد وبصرف النظر عن الاحوال المادية للفرد أو المستوى الاجتماعي أو الاقتصادي له وإن مبدأ تكافؤ الفرص التعليمية يمثل احد مصاديق مبدأ المساواة في التعليم حيث أن المساواة هو المبدأ الذي تستند عليه كل الحقوق الفردية والعمامة فهو الركيزة الأساسية لتحقيق العدالة داخل المجتمع وبذلك فإن هذا المبدأ يتطلب قيام الدولة بمنح الطلبة الفرص المتكافئة لتلقي التعليم والحصول على الشهادات العلمية وأن تجري عمليات الاختيار والتقييم العلمي لهم وفقاً للمعايير العلمية المعتمدة والتي يفترض بها أن تتسم بالموضوعية والعدالة بحيث تكون تلك المعايير قادرة على إبراز الفروقات الفردية بين الطلبة في مجال التحصيل العلمي وقد أرسى دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص في ديباجته حيث جاء فيها الإشارة إلى "نحن أبناء وادي الرافدين... فسعيناً يداً بيد ، وكتفأً بكتف لتصنع عراقنا الجديد.. من دون نعة طائفية، ولا نزعة عنصرية، ولا عقدة مناطقية، ولا تمييز ولا اقصاء... ومنح تكافؤ الفرص للجميع"، وانتهت المحكمة الاتحادية العليا إلى عدم دستورية الفقرات الآتية من القانون انف الذكر 1- الفقرة (أ) من البند (ثالثاً) من المادة (2) المتعلقة بصلاحيات الامانة العامة لمجلس النواب بمعادلة الشهادات التي تصدر عن معهد التطوير البرلماني، اما فيما يتعلق بالعبارة (الا إذا تماثلت مدة الحصول عليها مع المدة المطلوبة للحصول على الشهادات المؤهلة لدخول تلك الجامعات أو التدريب فيها) الواردة في الفقرة (ج) من البند (ثالثاً) من المادة (2) من القانون فقد حكمت المحكمة الاتحادية بعدم دستورتيتها ايضاً

2- الفقرة (د) من البند (ثالثاً) من المادة (2) المتعلقة بصلاحيات الوزارات والهيئات بمعادلة الشهادات الممنوحة عن طريق معاهد الدراسات فيها "

3- الفقرة (هـ) من البند (ثالثاً) من المادة (2) المتعلقة بصلاحيات الجامعات ومجلس الخدمة الاتحادي بمعادلة الشهادات التدريبية

4- البند (ثالثاً) من المادة (3) من القانون المتعلقة بحصر عمليتي المعادلة والتقييم للشهادات باستيفاء الجوانب الاجرائية.

5- المادة (11) من القانون المتعلقة بصلاحيات الوزير بالموافقة على معادلة الشهادات غير المستوفية لشروط الإقامة.

6- البند (ثانياً) من المادة (12) من القانون المتعلقة بصلاحيات دوائر الدولة بمنح الالقاب العلمية.

7- البند (ثانياً) من المادة (14) من القانون المتعلقة باستثناء بعض الفئات من مدد الإقامة اللازمة للحصول على الشهادات العليا. ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا بالدعوى المرقمة 46/ اتحادية/2020 وموحداتها 50 و51/اتحادية/2020 في 2021/10/27 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/7/29.

الحقوق والحريات عند تنظيمها تشريعياً⁽¹⁾، وهنا يثار التساؤل عن مدى سلطة المشرع في تقييد الحقوق والحريات؟ وللإجابة عن هذا التساؤل لابد من بيان الاتجاهات الفقهية في هذا الصدد فأتجاه ذهب إلى أن من يملك سلطة التنظيم تكون له القدرة على التقييد، لأن أي تنظيم للحقوق والحريات يتضمن وضع قيود تمس جوهرها حتماً، مع عدم سلب أو هدم الحق أو الحرية، أما الاتجاه الثاني فذهب إلى أن المقصود بتنظيم الحقوق والحريات هو جواز تقييدها على أن لا يصل هذا التقييد إلى الحد الذي يجعلها غير محققة للغايات التي ويرجع سبب هذا الخلاف إلى عدم وجود معيار دقيق يحدد جوهر الحق والحرية⁽²⁾.

ونرى أن الأخذ بالاتجاه الثاني هو الأفضل لأن الاتجاه الأول يفتقر إلى الوضوح خصوصاً أن جوهر الحق والحرية مصطلح غامض فممكن أن يؤدي إلى توسيع سلطة المشرع في تقييد حقوق وحريات الأفراد.

ويمكن أن نحدد جوهر الحقوق والحريات بأنه ذلك الجزء الذي لا يمكن ممارسة الحق أو الحرية بدونها، فالمساس بجوهر الحقوق والحريات يكون من خلال جعل ممارستها مرهقة، فيجب أن يستهدف القانون الصادر تمكين الأفراد من ممارسة الحقوق والحريات بشكل كامل غير منقوص، وعندما تحدد المصلحة في القانون بشكل ايجابي يتحقق الأمن القانوني والعكس صحيح.

فالحقوق والحريات متنوعة ومتعددة وينظم الدستور هذه الحقوق بنصوص مقتضبة، ومرنة، ويعمل على تحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة، ولما كان القانون قد وضع لأجل الإنسان ولتحقيق سعادته وحفظ كرامته، فإن الأمن القانوني يفرض على المشرع عندما يسن القانون أن لا ينال هذه الحقوق والحريات بما يقلص محتواها أو يقيد من آثارها، وإلا كان هذا القانون مخالفاً للدستور⁽³⁾.

وبناء على ذلك فإذا ما وقع اعتداء على حق من حقوق الإنسان أو إنكار لحرية ما من حرياته الأساسية، فإنه هنا يكون بأمس الحاجة إلى جهة ليلجأ إليها لكي يرفع هذا الاعتداء عنه، وهذه الجهة بالتأكيد هي القضاء، فهي الملجأ الأمن الذي يحمي الضعيف من تعسف وبطش القوي.

ونرى في هذا الصدد بأن هنالك ارتباط وثيق بين سهولة اللجوء إلى القضاء وبين تفعيل ضمانات الأمن القانوني ومن ثم احترام الحقوق والحريات، فكما كان من السهل للأفراد اللجوء إلى القضاء لطلب إزالة الظلم الذي لحقه، كلما كان هناك ضمان حقيقي وفعلي لاحترام الحقوق والحريات.

(1) ينظر: المادة (46) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(2) د. راغب جبريل خميس راغب، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، ط 2، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2011، ص 377.

(3) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق للطباعة والنشر، القاهرة، 2005، ص 224.

المطلب الثاني

ذاتية الامن القانوني

بعد أن أبرزنا مفهوم الأمن القانوني والاختلافات حول تحديد مضمونه، كان لا بد من أن نبين أهم الخصائص والمميزات لهذا المبدأ لكي نميزه عن غيره من المبادئ، ولتسليط الضوء على تلك الخصائص والمميزات، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنبيين خصائص الأمن القانوني في الفرع الأول اما الفرع الثاني سنخصصه لتمييز الأمن القانوني عما يشته به من مصطلحات.

الفرع الأول

خصائص الأمن القانوني

يتمتع الأمن القانوني ببعض الخصائص التي تمنحه خصوصية معينة تميزه عن غيره وتتمثل تلك الخصائص بما يأتي:

أولاً: العمومية: يظهر وجه العمومية في المبدأ من خلال تعلقه بالمراكز القانونية للأشخاص، فهو يحمي مركزاً قانونياً للشخص وهو لا يحمي الأفراد لذواتهم أو أسمائهم، حتى وأن كانت الحماية تقتصر على فرد واحد أو مجموعة معينة من الأفراد، وبما ان القانون عبارة عن مجموعة من القواعد العامة التي لا تتعلق بشخص معين بالذات أو حالة معينة، فالقواعد القانونية تخاطب أفراد الشعب عامة وبحسب صفاتهم لا بحسب اشخاصهم، وهذا الأمر ينطبق على مبدأ الأمن القانوني، فالحماية جاءت للمركز القانوني للفرد لا لشخصه هو وذاته، فالحفاظ على استقرار المراكز القانونية يخص كل فرد من أفراد المجتمع وليست حكراً على أحد دون الآخر، إذ إنّ توفير الأمن القانوني لا ينحصر لفئة معينة دون أخرى، فالأفراد سواسية في القانون وأمام القانون إلا ما استثني بنص خاص، بغض النظر عن الجنس والمكان أو أي شيء آخر فهي تتبع الفطرة التي تحتم المساواة، بين أفراد المجتمع الواحد⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان "يولد جميع الناس احرارا متساوين في الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلا وضميراً وعليهم أن يعاملوا بعضهم البعض بروح الاخاء".

وتتجلى أهمية العمومية في مبدأ الأمن القانوني في أنها هي الطريقة التي تصاغ بها القاعدة القانونية والهدف منها هو تحقق مبدأ المساواة أمام القانون، فالحق في الأمن حق مشترك لجميع البشر ومطلباً أساسياً

(1) حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1971، ص434.

دون تمييز، فالقانون بشكل عام يسعى دائماً إلى تحقيق الاستقرار، وهذا لا يمكن أن يتحقق من دون أن يتصف المبدأ بصفة العمومية⁽¹⁾.

ثانياً: نسبية مفهوم الأمن القانوني: يقصد بنسبية مفهوم الأمن القانوني، أنه مفهوم مرتبط بغيره، ولعل ذلك ما يفسر صعوبة التوصل إلى تعريف واضح محدد لمقتضى هذه الفكرة لأن مداره فكرة المصلحة العامة، وقله الشرعية الدستورية، وهذا ما يفسر صعوبة تحديده؛ إذ يختلف هذا المفهوم باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى المصلحة العامة، وتفصيلاً لما سبق، نقول بأن مفهوم الأمن القانوني يحمل في طياته الشيء ونقيضه فمثلاً ان الدستورية تتطلب ان تكون كافة التصرفات القانونية موافقة للقانون أو الدستور، ومن ثم ان الحكم بعدم الدستورية يجب ان يكون له أثر رجعي لحماية احترام الدستور وعدم إصدار أي قانون يتعارض معه، إلا أنّ تلك الرجعية في الوقت ذاته تزعزع استقرار كثير من الروابط والمراكز القانونية⁽²⁾.

ولنا هنا تساؤل عن المعيار أو الأساس الذي يستند عليه القاضي الدستوري في النزول عند مقتضى الأمن القانوني هل هي المصلحة العامة الأجدر بالرعاية ام لا؟ وللإجابة عن هذا السؤال يجب ان نعلم ان سلوكيات القاضي الدستوري الشخصية، والمعيار الذي يستند عليه ليس هو الذي يهمننا في الأساس وانما غاية تلك السلوكيات هي الاهم وما تسعى إلى تحقيقه من مصالح⁽³⁾، فضلاً عن المفاضلة بين المصالح المتعارضة، وتقديم الأولى بالرعاية على غيرها، وهنا فأن من البديهي ان تكون المصلحة العامة هي المعيار الذي يعتد به القاضي الدستوري للاعتداد بفكرة الأمن القانوني؛ إذ إن ه هو من يطوع نصوص الدستور الصماء لأن تنطق بواقع الجماعة، ومصحتها.

ثالثاً: الطبيعة الملزمة للأمن القانوني: يقصد بذلك وجوب الالتزام بالمبدأ من قبل السلطات العامة في الدولة ولا يسمح للأفراد باستبعاد تطبيقه بمحض ارادتهم و إبطال كل نص يقع مخالف لمضمونه،⁽⁴⁾ وبذلك يترتب على مخالفته الجزاء ويمكن تطبيقه في الدول التي يعد فيها المبدأ أحد المبادئ الدستورية الملزمة والتي أخذ قضاؤها بصورة صريحة بهذا المبدأ كما هو الحال اسبانيا⁽⁵⁾، لكن المشكلة تكمن في الدول التي لا يعد فيها الأمن القانوني مبدأ دستوري كما في العراق فهل يمكن مخالفته واستبعاده من قبل السلطات أو الأفراد؟ يمكن الاجابة عن هذا التساؤل من خلال النظر إلى النتائج التي يخلقها عدم احترام الأمن القانوني، فهو يؤدي

(1) د. عمار بوضياف، نظرية القانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط2، دار ريحنه ، الجزائر ، 2000، ص22.

(2) احمد جابر صالح احمد، اليقين القانوني الجنائي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، 2019، ص27.

(3) محمد سالم كريم، دور القضاء الدستوري في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد الثامن، العدد الثاني، 2017، ص320.

(4) محمد سالم كريم، دور القضاء الدستوري في تحقيق الأمن القانوني، مصدر سابق ، ص321.

(5) د. عمار بوضياف، المصدر السابق، ص430.

إلى التضخم في التشريعات وعدم استقرار المراكز القانونية، ومن ثمّ المساس بمبدأ سيادة الدولة، نتيجة لعدم ثقة الأفراد بتشريعاتها، ومن ثمّ لا يمكن المساس بالأمن القانوني وان كان مبدأ غير دستوري.

رابعاً: الأمن القانوني عامل مهم في تحقيق التنمية الاقتصادية: يعد المجال الاقتصادي والضريبي منشأ فكرة الأمن القانوني والدافع في تكريسها كأساس لعمل المشرعين العادي والدستوري، كما انه ادعى المجالات بحثاً عن الأمن القانوني ليس في عمل القاضي الدستوري فحسب وانما في عمل المحاكم جميعاً⁽¹⁾، وهذا يتطلب أن تكون أحكام القانون مستقرة نسبياً، وأن يبدأ الأشخاص الفاعلين اقتصادياً عملهم وفقاً للحوافز الواردة في القانون المعمول به، كما ان القانون يعد شرطاً أساسياً لوجود أي سوق، ولا يمكن لآلية السوق أن تعمل بشكل فعال بدون قواعد قانونية مستقرة نسبياً تحكم أنشطتها، أو بدون ضمانات بشأن الالتزامات التعاقدية الناشئة عنها وينعكس دور الضمانات القانونية في الاقتصاد في أنها تساهم في خلق بيئة قانونية سليمة تجذب المستثمرين الوطنيين والأجانب وتحمي حقوقهم من خلال إنشاء آليات قانونية فعالة تتميز بالعلاقات القانونية والمساهمة الفعالة⁽²⁾.

وقد اعتادت العديد من الدول على جعل أنظمتها القانونية أكثر قدرة على المنافسة في جذب الأجانب من خلال توفير الضمانات والتسهيلات القانونية، سواء كانت في جانب الحاجة إلى اتخاذ تدابير لحمايتها، أو من خلال تدابير خاصة في مجال تسوية المنازعات أو القضاء⁽³⁾، ولا تقتصر أهمية الضمانات القانونية على جذب الاستثمار الأجنبي، ولكن أيضاً لحماية ثقة الفاعلين الاقتصاديين في الدولة بأنهم لن يتعرضوا لضرر مادي ومعنوي من سن القوانين والتعديلات في بداية أنشطتهم فضلا عن الحفاظ على المراكز التعاقدية للمستثمرين. لكن هذا لا يمنع الدولة من اتخاذ تدابير دستورية أو تشريعية لأجل اعمال قانونها المحلي في مجال العقود الادارية، وتعديل البيئة القانونية للعقد شرط عدم تجاوز النطاق المحدد للعقد⁽⁴⁾، ومن النصوص المتعلقة بالثبات التشريعي في التشريع العراقي نص المادة (31) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13)⁽⁵⁾

(1) د. يسري العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص323.

(2) فاطمة العلوي، دور الأمن القانوني في دعم مشاريع الاستثمار في الجزائر، بحث منشور في جامعة بشار طاهري، كلية البشائر الاقتصادية والعلوم التجارية، المجلد 2، العدد4، 2016، ص150.

(3) د. عبد الرحمن زهواني ود. بلخير محمد ايت عودية، التحليل الاقتصادي لمبدأ حماية التوقعات المشروعة، جامعة بلقايد تلمسان، بحث منشور ضمن سلسلة الندوات والملتقيات، الجزائر، 2016، ص50 وما بعدها.

(4) د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط1، المركز العربي للتوزيع والنشر، القاهرة، 2020، ص188.

(5) تم تعديل قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 بالقانون رقم (50) لسنة 2015 المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (4393) في 2016/1/4.

المعدل التي نصت على " أ- تسري أحكام هذا القانون على مشاريع القطاع المختلط والقطاع الخاص القائمة أو العاملة وبطلب من ادارتها وموافقة الهيئة دون أثر رجعي..."، وبذلك حافظ المشرع العراقي على ثبات قانون الاستثمار ايماناً منه بأن الأثر الرجعي للقانون يؤثر على الحقوق المكتسبة للأفراد ويؤثر بالأمن القانوني.

خامساً: الأمن القانوني ضمان أساس لحفظ المشروعية الدستورية وسيادة القانون

يمثل الأمن القانوني الضامن الأساس للمشروعية الدستورية إذ لا يمكن لغالبية أفراد الجماعة، أن يميزوا ما قد يستخلصه القاضي الدستوري مما لا يفرضه الدستور، فقد يقع الخلط بين حكم الدستورية وبين المرجعية التي تهمين على القاضي وهو الدستور؛ فعندما تصدر عدة أحكام دستورية لا تلي مطالب الفئة الغالبة من الجماعة يؤدي ذلك بها حتماً إلى التشكيك لا في سلطة الرقابة فحسب، بل أيضاً في مرجعيتها (الدستور)، ليصبح الدستور في حاجة ماسة إلى قاض متخصص، يحفظ له ثقة الجماعة به، فالأفراد لا يأبهون بالأساس القانوني الذي يقوم عليه حكم الدستورية بقدر اهتمامهم بآثار هذا الحكم في واقعهم، ولضمان ذلك لا بد على المشرع الدستوري ان لا يهدم أساس المساواة بين الأفراد بحجة سموه وعدم خضوعه لرقابة القضاء، وبذلك يكون القاضي الدستوري ملتزم بتحقيق غاية أساسية وهي تحقيق ثقة الجماعة بدستورها (المشروعية السياسية للدستور) هذه المشروعية التي لا يحوزها الدستور بمجرد اقراره بطريقة ديمقراطية بل يرتهن بتلبية رغبات الجماعة كما طلبت عدالة الدستور⁽¹⁾، ونرى أنّ حماية مشروعية الدستور هي من اهم الغايات التي يجب ان يسعى القاضي الدستوري لحمايتها لان تحقيق الأمن القانوني ينبع من نصوص الدستور ذاته التي تحمي الحقوق والحريات والتي تمنع البرلمان من إصدار قوانين ذات أثر رجعي فأن مخالفة هذه النصوص هو انتهاك للأمن القانوني ذاته.

كما ان الأمن القانوني هو الضامن الأساس لمبدأ سيادة القانون هذا المبدأ القائم على أنّ اعمال سلطات الدولة لا تكون نهائية ومنتجة لآثارها القانونية الا بقدر مطابقتها لقواعد القانون الاعلى والا فأنها تصبح غير مشروعة لذلك عرفت سيادة القانون بأنها" سلطة الدولة في إصدار القوانين وتنفيذها بما يسمح لها من معاقبة كل مخالف لتلك القوانين"، اذ اصبح من المسلمات بأنه لا يكفي لان تحمي حقوق الأفراد وحررياتهم فقط

(1) د. حسين احمد مقداد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري دراسة تأصيلية مقارنة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة حلوان، كلية الحقوق، العدد 29، 2013، ص686 وما بعدها.

بمجرد ان تتأكد سيادة القانون في علاقاتهم مع بعضهم البعض لكن يجب ان يسود القانون في علاقاتهم مع الدولة للحفاظ على مراكزهم القانونية والاطمئنان عليها⁽¹⁾.

سادساً: الأمن القانوني حق مكفول: يفرض أن تكون القاعدة القانونية عامة ومجردة وقاعدة سلوك اجتماعي، حيث أن الإنسان اجتماعي بطبعه وهذه العلاقات تنظم وترتبط مع بعضها بالرباط القانوني، فالسلوك غير السليم لا يجبره إلا القانون إما بإصلاح الضرر أو عن طريق توقيع الجزاء، وعموم القواعد القانونية يفرض ضرورة أن تطبق على جميع الأشخاص وعلى جميع الوقائع وفي كل الأحوال، ومن حيث التجريد أنها لا توضع لكي تطبق على شخص بعينه ولا تخاطب واقعة بعينها، وإنما العبارة تكون بعموم الصفة⁽²⁾.

وهنا يتبين لنا أن الحق في الأمن القانوني كباقي حقوق الإنسان غير قابلة للتصرف وهي ليست ملك لجماعة محدودة أو لفئة معينة، ولا أحد يحق له الاستثناء به دون غيره، إلا في أحوال محددة وطبقاً للإجراءات القانونية المعمول بها، فالحق في الأمن القانوني غير قابل للتجزئة كباقي حقوق الإنسان، سواء كانت حقوقاً مدنية وسياسية مثل الحق في الحياة، وفي المساواة أمام القانون وفي حرية التعبير؛ أو اقتصادية واجتماعية وثقافية، مثل: الحق في العمل والضمان الاجتماعي والتعليم؛ أو حقوقاً جماعية مثل الحق في التنمية وفي تقرير المصير، فهي حقوق غير قابلة للتجزئة ومترابطة⁽³⁾، فالأمن القانوني حق مكفول لأنه تكريسه كمبدأ يجب احترامه هو شرط مسبق للممارسة الفعلية لعدد من الحقوق والحريات⁽⁴⁾.

ولا يتحقق الأمن القانوني ما لم تجد القاعدة القانونية سندها الأساسي في قيام السلطة العامة بفرض احترامه جبراً على الأفراد، ولا تنجح الدول في ذلك ما لم تكن هي النموذج الأول لاحترام القانون، فلا سلطة تنفيذية ناجحة تستطيع فرض احترام القانون إذا لم تنقيد هي باحترامه، وكل ذلك لا يتحقق إلا في ظل مجتمع دولي يخضع للقانون ويحترم الحقوق، ويعتبر مبدأ عالمية حقوق الإنسان حجر الأساس في القانون الدولي لحقوق الإنسان⁽⁵⁾.

(1) د. علي مجيد العكلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2019، ص32 وما بعدها.

(2) عبد الحق لخذاري، المصدر السابق، ص71.

(3) د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، المصدر السابق، ص189.

(4) فهمية بلحمزي، المصدر السابق، ص112.

(5) عبد العزيز محمد سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي العام، ط1، دار الهنا للطباعة، القاهرة، 1987، ص114.

فضلاً عما تقدم من خصائص للأمن القانوني فإنه يعد من المبادئ التي تملك مظاهر متعددة، ويقصد بذلك ان هذا المبدأ قد يظهر بصور متعددة منها عدم رجعية القوانين على الماضي ، إذ إنّ القواعد القانونية في اي مجتمع توضع لتنظيم الشؤون العامة للأفراد، لكن السلطات قد تعمل ولرعاية المصلحة العامة تعديل هذه القواعد، دون مراعاة لما استقر من مراكز قانونية، وما يحقق الرابطة والعلاقة بين الأمن القانوني ومبدأ عدم الرجعية، في ان كلاهما يقومان على فكرة واحدة وهي عدم اهدار المراكز القانونية والحقوق، لذلك فأنهما يعدّان وجهان لعملة واحدة⁽¹⁾، وهذا المبدأ نصت عليه اعلانات الحقوق العالمية منها اعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي اذ نص على أنّ "لا احد يمكن ان يعاقب الا وفقاً لقانون اقيم اصدر وطبق بصورة مشروعة"⁽²⁾.

مما تقدم نلاحظ ان ما يتمتع به الأمن القانوني من مميزات لا يمكن تحقيقها، الا من خلال ضمانات قضائية تسعى إلى حمايته وفرض الجزاء على مخالفته، وبدون ذلك تبقى تلك المميزات والخصائص حبراً على ورق، لا تحقق الغاية من وجودها، وهذا ما سنوضحه في الفصول اللاحقة من الاطروحة.

الفرع الثاني

تمييز الأمن القانوني عما يشته به

إن الأمن القانوني بسبب سعة مفهومه قد يتشابه أو يختلط مع غيره من المفاهيم الأخرى، ويصبح التمييز بينهما وبين الأمن القانوني مسألة مهمة لضبط معالم حدوده، لذلك سنبين اوجه الشبه والاختلاف بينه وبين بعض المصطلحات المشابه له.

أولاً: تمييز الأمن القانوني عن اليقين القانوني: إن اليقين القانوني يعني تمكين الأفراد من الإحاطة بالقواعد القانونية التي تطبق عليهم، لكي يكونوا في مأمن من التهديد الذي يلحق مراكزهم القانونية، فيما إذا اقتقرت القاعدة القانونية إلى عناصر الضبط التي تحول دون الإلمام بها وجوداً ووضوحاً وعلماً وتفسيراً⁽³⁾، وهو ما يقتضي صفات خاصة فيها وفي تفسيرها وفي نطاق تطبيقها، ومن ثمّ فإن فكرة اليقين القانوني تفترض وجود ثلاث عناصر، الأول يتضمن توافر السند القانوني للأعمال الصادرة عن سلطات الدولة، والثاني يتجسد بوضوح القاعدة القانونية وتحديدتها وتيسير العلم بها⁽⁴⁾، ومن أجل أن يفهم الأفراد حقوقهم وواجباتهم، وهذا

(1) د. هشام محمد البدري، الأثر الرجعي والأمن القانوني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص6 وما بعدها.

(2) ينظر: المادة (8) من اعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789.

(3) د. يسري محمد العصار، المصدر السابق، ص452.

(4) د. فواد محمد النادي، مبدأ المشروعية، ط1، مطبعة دار نشر الثقافة، القاهرة، 1974، ص79.

يتطلب صياغة القواعد القانونية صياغة سهلة الفهم وبأسلوب لا يحتمل التأويل، حتى لا يكون القاضي مشرعاً ومطبقاً للقانون⁽¹⁾.

اما الثالث فهو تحديد الجهة التي تتولى تطبيق القانون وتفسيره، لأنه قد يثور خلاف بشأنهما، مثل تنازع الجهات التابعة للسلطة التنفيذية حول تنفيذ القانون، أو اختلاف الجهات القضائية حول تفسيره ومن ثم فإن اليقين القانوني يرتبط ارتباطاً مباشراً بوضوح القانون وإمكانية بلوغه، وهو أحد أهم عناصر الأمن القانوني⁽²⁾.

وتبرز اوجه الاختلاف بينهم أن اليقين القانوني يركز بالدرجة الأساس على الوضوح، اما الأمن القانوني يقوم على الوضوح والاستقرار، الذي لا يقصد به ان تبقى القواعد القانونية جامدة بدون تعديل بشكل مطلق، وإنما يعني بشكل عام تطوير قواعد القانون مع احترام استقرار مراكز الأفراد وحقوقهم المكتسبة⁽³⁾.

مما تقدم نرى أن اليقين القانوني هو جزء من كل أي جزء من الأمن القانوني، وهذا الأخير أساساً للأول؛ لأن سيادة حكم القانون لا تتحقق بدون شعور المخاطبين بالقانون باستقراره.

ثانياً: تمييز الأمن القانوني عن الأمن القضائي: يقصد بالأمن القضائي بأنه "ثقة الأفراد في المؤسسة القضائية والاطمئنان إلى ما يصدر عنها من أحكام عند ممارستها وظيفتها الرسمية في تطبيق القانون وفض المنازعات المعروضة امامها و سهولة اللجوء إليها"⁽⁴⁾، وللأمن القضائي مفهومين احدهما واسع ويقصد به (الثقة بمختلف فروعها سواء اكان القضاء العادي أو القضاء الدستوري والاداري وليس بجهة قضائية معينة)⁽⁵⁾، ويتمحور المفهوم الواسع للأمن القضائي حول مهمتين أساسيتين الأولى تتمثل بتكوينه حاجز وقائي لفائدة الاشخاص ضد تجاوزات بعضهم البعض، أو ضد تجاوزات الإدارة العامة، والثانية تتمثل بثقة المتقاضين بالسلطة القضائية واستقرار المعاملات، والاطمئنان والفعالية المرجوة من النصوص القانونية، ومن ثم الثقة بالقانون والقضاء⁽⁶⁾.

(1) د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2002، ص74 وما بعدها

(2) د. احمد جابر صالح، المصدر السابق، ص 30.

(3) د. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، المصدر السابق، ص3.

(4) د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المقارنة المعاصرة، المصدر السابق، ص46.

(5) د. محمد حسين الحمداني ود. نوفل علي الصفو، مبدأ الاقتناع القضائي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد الأول، العدد (24)، 2005، ص263.

(6) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المصدر السابق، ص218 وما بعدها.

اما المفهوم الضيق للأمن القضائي فيرتبط بوظيفة المحاكم العليا، و التي تعمل بصورة أساسية على توحيد الاجتهاد القضائي، و مساهمة هذا الاجتهاد في خلق القاعدة القانونية أو تفسيرها أو محاولة ايجاد حلول لقضايا لم تتناولها نصوص قانونية بعينها⁽¹⁾.

ومن المؤكد أن درجة الثقة بالقضاء التي تنعكس في أذهان الأفراد تعتمد على عدد من الضمانات القانونية المتعلقة بدرجة استقلالية المؤسسة بالنسبة إلى المؤسسات العامة الأخرى، وحوكمتها الجيدة⁽²⁾، وتكمن اوجه العلاقة بين الأمن القانوني والأمن القضائي في إن تأمين الأمن القضائي يقتضي وجود منظومة تشريعية متكاملة، تتوافر فيها معايير الأمن القانوني من وضوح، وان تكون القوانين متلائمة مع بعضها البعض ومتطابقة مع مبادئ العدل والإنصاف⁽³⁾.

كما تنعكس علاقتهم في دور القضاء في الحفاظ على الأمن القانوني، حيث تعمل المحاكم على جميع المستويات والأنظمة القضائية المختلفة على تأكيد سيادة القانون، وبث الثقة والاستقرار في المراكز والعلاقات القانونية، وتعزيز الثقة بين الأفراد، فيما يتعلق بصحة النصوص القانونية والثقة في القانون والقضاء، لأن الأمن القضائي هو أهم ضمان أمني قانوني، لأنه إذا كان الأخير يتطلب الوضوح القانوني والاتساق والاستباق، فكلها لا قيمة له ما لم يكتمل تحقيقه ويتم ضمانه من خلال الأمن القضائي⁽⁴⁾.

ويحتاج تحقيق الأمن القضائي المحقق للأمن القانوني عدة ضمانات منها استقلال القضاء الدستوري، فكلما كان قضاة المحاكم الدستورية متمتعين بالاستقلال عن السلطات الأخرى كلما مارس هؤلاء القضاة وظائفهم بحرية وسعوا إلى حماية الحقوق دون تأثير على آرائهم وقناعاتهم، لذلك ضمن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة (97) منه هذا الاستقلال اذ نصت على أن "القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون، كما يحدد القانون، الأحكام الخاصة لهم، وينظم مساءلتهم تأديبياً"، ومعنى ذلك إن القاضي عند إصداره للأحكام أو فضه للمنازعات لا يخضع لغير القانون كما نصت المادة (98) من الدستور على أن "يحظر على القاضي وعضو الادعاء العام ما يأتي: أولاً: الجمع بين الوظيفة القضائية، والوظيفتين التشريعية والتنفيذية وأي عمل آخر. ثانياً: الانتماء إلى أي حزب أو منظمة سياسية، أو العمل في أي نشاط سياسي"،

(1) د. محمود حمدي عباس، دور دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة في كفالة الأمن القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص48.

(2) محمد السيد بنداري، المصدر السابق، ص62.

(3) د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، المصدر السابق، ص7.

(4) د. عادل علي المانع، الأمن القانوني الجنائي مفهومه وأساسه، بحث منشور في مجلة الأمن والحياة، العدد 248، اكااديمية نايف للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2003، ص24.

وهذا بلا شك يجب ان يشمل قضاة المحكمة الاتحادية العليا لكي تكون حيادية في قراراتها ولا تتأثر بأي ضغوطات سياسية.

ونرى أنّ هذا النص جاء حماية لحياد القاضي من خلال منعه من الجمع بين وظيفته كقاضي وبين أية وظيفة أخرى في السلطتين التشريعية والتنفيذية أو أي عمل آخر، وفي الفقرة الثانية من نفس المادة امتد الحظر ليشمل أي مسار حزبي معين أو أي نشاط سياسي قد يؤثر في استقلاله ويؤثر في دوره في ضمان الأمن القانوني، لأن التأثيرات الحزبية فضلاً عن تأثير السلطتين التشريعية والتنفيذية بعمل القاضي الدستور ستؤدي بلا شك عن انحراف القاضي عن جادة الصواب، وتلكوه بأداء دوره الأساس في حماية المشروعية من جانب والأمن القانوني من جانب آخر، وكان الأجدر بالمشروع ان يحدد الجزاء التأديبي والجنائي الذي يفرض على القاضي بشكل واضح في حال ثبتت ممارسته للعمل السياسي .

مما تقدم نرى أنّ الأمن القانوني سابق على الأمن القضائي اذ لا يمكن ان يمارس القاضي دوره مالم يكن هنالك قانون صادر يسعى إلى حمايته والسعي إلى تطبيقه التطبيق السليم وإصلاح ما به من خلل ان وجد.

ثالثاً: تمييز الأمن القانوني عن العدالة: تعرف العدالة بأنها " التناسب الذي يجب أن يكون بين المصالح المتعارضة بهدف تحقيق النظام اللازم لبقاء الجماعة الإنسانية والنهوض بها"⁽¹⁾ فالعدالة والأمن القانوني متشابهين اذ يُنظر إلى كليهما على أنهما موضوعان قانونيان وأن علاقتهما توافقية⁽²⁾، أي أن ما يتطلبه الضمان القانوني تتطلبه العدالة، لكن هذا لا يمنعهم من الاختلاف، لأن العدالة تمثل العنصر المثالي في القانون، والأمن القانوني هو العنصر الفعلي في القانون، لذلك من الضروري إعطاء الأولوية لأحدهما، مثل اعتماد الصياغة الصارمة للقواعد القانونية التي يتطلبها الأمن القانوني، وتقييد السلطة التقديرية للقاضي، وتحقيق درجة معينة من استقرار المعاملات، بينما تتطلب العدالة إدخال قواعد قانونية مرنة، مما يمنح القاضي حرية التصرف في إطار معايير موضوعية لمراعاة ظروف كل قضية ينظرها.

وعندما تتعارض العدالة والأمن القانوني، تتطلب المصلحة العامة أن يكون للأمن القانوني الأسبقية على العدالة، لأن القانون يولي اهتماماً أكبر للمصالح السياسية للمجتمع، بدلاً من الكمال الأخلاقي للناس ومن

(1) اسماعيل نامق، العدالة وأثرها على القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013، ص78.

(2) د. خديجة عرفة محمد امين، الأمن الإنساني المفهوم والتطبيق في الواقع العربي والدولي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، 2009، ص44.

أجل إرساء الأمن القانوني، يجب أن تكون القواعد في مصلحة الفرد والجمهور، وأن تكون واضحة ومحددة بحيث يمكن للجميع توقع تأثيرها، والاعتماد عليهم مسبقاً في تحديد نتيجة أفعاله⁽¹⁾.

مما تقدم نرى أنه يمكن ان تعد العدالة عنصراً من عناصر الأمن القانوني إذ إنّ مضمون العدالة متشابه إلى حد ما مضمون الأمن القانوني إذ إنّ المحور الأساس الذي يدور حوله الأمن القانوني هو عدم مباغطة الأفراد بالتصرفات القانونية الصادرة من سلطات الدولة وهو ذاته المحور الذي يركز عليه مفهوم العدالة فمن العدالة ان لا يباغت الأفراد بقوانين متناقضة مع القوانين التي كانت نافذة وقت ممارستهم للتصرفات القانونية.

رابعاً: تمييز الأمن القانوني عن الأمن المادي

الأمن المادي هو الحقوق سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية التي تلزم الدولة بتوفيرها وكفالتها، ومن هذه الحقوق الحق في الرعاية الصحية، والضمان الاجتماعي، ويعرف الضمان الاجتماعي بأنه " نظام اجتماعي واقتصادي وقانوني يهدف إلى حماية الفئات الضعيفة، والتي تسعى الدولة من خلال وسائلها وتدابيرها اللازمة للقضاء على حاجة وعوز الأفراد كافة من العاملين وغير العاملين، بسبب البطالة والإصابة أثناء العمل، وعند فقدان المعيل والعجز لكبر السن شاملاً الفئات العمرية جميعاً، من الطفل والشاب والبنات والزوجة والعجزة الكبار، وفق الضوابط والشروط التي تقتضيها تشريعات كل دولة، من حيث الشمول والاستحقاق"⁽²⁾، فالأمن المادي هو حماية للفرد من الحاجة ومساعدته في الحصول على الخدمات ، ويتضمن الأمن المادي الحق في العمل من خلال توفير العمل الملائم لكل فرد واختيار طبيعة العمل بحرية وبذلك يختلف عن الأمن القانوني الذي يعد طريقاً لحماية المراكز القانونية، كما يشتمل على الحق في التملك أي ان كل فرد له الحق في ان يمتلك ما يحتاجه ولا يمكن المس بأملكه دون اذن، فضلاً عما ذكر فإن الأمن البيئي يندرج ضمن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للمواطن، وقد ابتعدت أغلب الدساتير عن ايراد الحق في بيئة سليمة في دساتيرها بصورة مباشرة، لان الاعلان العالمي خلا من النص على حماية البيئة⁽³⁾.

(1) د. يس محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2012، ص63.

(2) د. احمد ياسين معنوق، وسائل الضمان الاجتماعي في الاقتصاد الإسلامي، منشورات دار النفائس، الاردن، 2018، ص21.

(3) حسام فرحات شعاث محمد، الحماية الدستورية للحق في المساواة، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004، ص9 وما بعدها.

إلا أن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 نص على هذا الحق في المادة (33) منه والتي نصت على "أولاً: لكل فرد الحق في العيش في ظروف بيئية سليمة ثانياً: تكفل الدولة حماية البيئة والتنوع الاحيائي والحفاظ عليهما".

خامساً: تمييز الأمن القانوني عن الأمن الإنساني والاجتماعي: ان مفهوم الأمن الإنساني يتمحور حول سلامة الإنسان بصورة عامة، وحماية حقوقه بالأمن في عدد من مجالات الحياة، فالأمن الإنساني يهدف إلى حماية حق الإنسان في الأمن الاقتصادي والأمن المالي والأمن الغذائي والأمن الصحي والأمن الشخصي والأمن السياسي⁽¹⁾.

وفكرة الأمن الإنساني ذات طابع دولي، افرزته ابعاد عالمية تجاوزت حدود الدولة الواحدة، وتبرز العلاقة بين الأمن الإنساني والأمن القانوني في انهما يلتقيان عند فكرة الأمن، التي يسعىان إلى تحقيقها كلاً حسب وسائله ومنهجه، إلا أن فكرة الأمن الإنساني اوسع واشمل، وقد تستغرق فكرة الأمن القانوني، لان غاية الاخير هي ضمان سلامة الأفراد في مواجهة القانون، وهي جزء من سلامة الإنسان التي تستهدفها فكرة الأمن الإنساني⁽²⁾.

وتتجلى هذه العلاقة ايضا في كون القانون أحد اهم وسائل معالجة سبل انعدام الأمن الإنساني، ويمثل الإطار القانوني لحماية هذا المبدأ على المستوى الدولي والوطني.

اما تمييز الأمن القانوني عن الأمن الاجتماعي، فيبرز من خلال مفهوم الأمن الاجتماعي الذي يرتكز على منظومة العادات والتقاليد التي يؤمن بها المجتمع، ويدور حول توفير حالة من الأمن والاستقرار والطمأنينة في المجتمع، وعوامل الاستقرار القائمة على التفاهم والتعايش وروح المواطنة والشعور بالانتماء، كما يعد الركيزة الأساسية لبناء المجتمعات الحديثة، لأنه يبعث الطمأنينة في النفوس، ويشكل حافزاً للإبداع والانطلاق إلى افاق المستقبل، وتبرز الصلة بينه وبين الأمن القانوني، ان كلاهما يهدف إلى توفير بيئة امنة تسهم في توجيه الطاقات للوصول إلى الأهداف والغايات وتحقيق العدل والمساواة، كما ان القانون هو من يحقق للمجتمع فرصة التعبير عن ارادته والمحافظة على قيمه، وتجنب كل ما يعكر صفوه وامنه، إذ إن فقدان الشعور بالأمن تجاه القواعد القانونية يشل حركة النشاط الاجتماعي والاقتصادي والثقافي ويمكن ان تتسبب في اهدار امنه الاجتماعي⁽³⁾، وهنا نرى أن الأمن القانوني سابق على الأمن الاجتماعي فالأمن الاجتماعي لا يتحقق مالم يكن هنالك امن قانوني.

(1) محمد السيد بنداري، المصدر السابق، ص50.

(2) د. محمد محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص114.

(3) د. وليد عبد الصبور، التفسير الدستوري، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص517 وما بعدها.

سادساً: تمييز الأمن القانوني عن التوقع المشروع: اعتمد جانب من الفقه على اجتهاد المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية، التي عدت الثقة المشروعة جزءاً من الأمن القانوني اذ بينت ان "الأمن القانوني كعنصر أساسي لمبدأ دولة القانون، يقتضي أن يكون في وسع المواطن توقع التدخلات الممكنة للدولة، و أن يتصرف تبعاً لذلك ؛ فيجب أن يتمكن الأفراد من الاطمئنان إلى أن تصرفهم المطابق للقانون النافذ، سيتم الاعتراف به لاحقاً مع كل الآثار القانونية الناتجة عنه، غير أن المواطن يجد أن ثقته قد خابت حينما يرتب المشرع على تصرفات ناجزة آثاراً غير ملائمة مقارنة بتلك التي عول عليها المواطن حينما بادر بتصرفاته"⁽¹⁾.

وعلى الرغم من التشابه الكبير بين مبدأ الأمن القانوني والتوقع المشروع، إلا أنّهما يختلفان ويتمثل الاختلاف في ان الأمن القانوني يمثل ضابطاً موضوعياً، على السلطة التشريعية ان تنقيد به في إصدار القانون، وبعكسه فان القانون يوسم بعدم الدستورية، اما التوقع المشروع فيعرف بأنه: "منح الشخص طبيعياً كان ام معنوياً الحق قانوناً في ان يتمتع بالثقة والأمن باستقرار مركزه وفقاً للقواعد القانونية القائمة " ففكرة التوقع المشروع تكون بمعنى احترام التوقعات المشروعة للأفراد، والمبنية على القواعد والانظمة القانونية السارية المفعول بما يجعلهم يطمئنون إلى نتيجة اعمالهم وتصرفاتهم"⁽²⁾.

فالتزام السلطة التشريعية بعدم مفاجأة ومباغطة الأفراد بالقاعدة القانونية، قد يبيث في نفس المشرع روح التردد في إصدار التشريعات خوفاً من المساس بالتوقع المشروع لدى الاشخاص، إلا أنّ هذا يمكن تخطيه من خلال إصدار قاعدة قانونية وقرار نفاذها بعد مدة طويلة على نشرها في الجريدة الرسمية⁽³⁾، وحرّي بنا ان نبين انه ليس فقط السلطة التشريعية ملزمة بحماية مبدأ التوقع المشروع، وانما جميع السلطات العامة مطالبة بذلك، ولا يمكن لها ان تتمسك بذريعة علم المخاطبين بتصرفاتها التي رتبها المفاجأة⁽⁴⁾.

ولم تتعرض المحكمة الاتحادية العليا العراقية إلى فكرة التوقع المشروع في قراراتها صراحة، ولكن من خلال استقراء قراراتها وتحليلها، يمكن القول أن فكرة التوقع المشروع لم تكن غريبة عنها، ففي قرار لها صدر عام 2007 قررت المحكمة عدم دستورية الفقرة (رابعاً) من المادة (11) من قانون

(1) د. محمد محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص 116 وما بعدها.

(2) وليد محمد الشناوي، التوقعات المشروعة والوعود الادارية غير الرسمية في قانون الاستثمار دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2013، ص 89.

(3) د. وليد محمد الشناوي، المصدر السابق، ص 26.

(4) د. حمدي علي عمر، سلطة القاضي في توجيه اوامر الإدارة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 167.

انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل⁽¹⁾، ويعد هذا القرار من القرارات المهمة في هذا المجال، فهذه الفقرة تستثني العقوبات الانضباطية (لفت النظر، والانذار، وقطع الراتب) التي يفرضها الوزير أو الموظف المخول من الطعن، فقضت المحكمة بعدم دستوريته لتعارضها مع المادة (100) من الدستور التي قضت بعدم تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن، فالمحكمة وأن لم تتعرض في تسبب قرارها إلى فكرة التوقع المشروع، إلا أنّ قضاؤها بعدم دستورية الفقرة (رابعاً) من قانون الانضباط يتسق مع هذه الفكرة، لأن المادة (100) من الدستور تشكل أساساً لبناء الأفراد توقعاتهم بأن تكون جميع القرارات الإدارية قابلة للطعن⁽²⁾، كما قضت المحكمة في حكم لها صدر عام 2010 بعدم دستورية الفقرة (رابعاً) من المادة (3) من قانون التعديل الثالث رقم (26) لسنة 2009 لقانون قانون الانتخابات رقم (16) لسنة 2005 الملغي، وبينت أن ".... التعديل المشار إليه يتم بترحيل صوت الناخب من المرشح الذي انتخبه إلى (ع) الذي لم ينتخبه أصلاً وخلافاً لإرادته، وهذا يخالف منطوق المادة (20) من الدستور.... وأن عملية تحويل صوت الناخب بدون إرادته من المرشح الذي انتخبه إلى مرشح من قائمة أخرى لم تتجه إرادته إلى انتخابه يشكل اعتداء على حقه في التصويت والانتخاب وتجاوزاً على حرية التعبير عن الرأي، ومن ثمّ يشكل مخالفة لنص المادة (20) والمادة (38/أولاً) من الدستور"⁽³⁾.

وهذا يعني أن المحكمة الاتحادية العليا أخذت في الاعتبار التوقع المشروع للناخب، فعندما تتجه إرادته لاختيار شخص معين ويفاجئ بتحويل صوته إلى مرشح آخر لم تتجه إرادته لاختياره، إنما يعني الناخب في توقعه، واعتداء على حريته في التعبير، وهو تطور مهم من جانب المحكمة في استجلاء مفهوم النصوص الدستورية ومن ثمّ حمت مبدأ الأمن القانوني الذي يتشارك مع التوقع المشروع في مسألة الحماية من المفاجآت وعدم توقع الأفراد لقرارات السلطات ازاء تصرفاتهم.

(1) منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (3356) في 1991/3/6.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 4/اتحادية/ 2007 بتاريخ 2007/7/2 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/29 .

(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (12/ اتحادية/ 2010) بتاريخ 2010/6/14 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا <https://www.Iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/29.

الفصل الثاني

وسائل المحكمة الاتحادية العليا العراقية لضمان الأمن القانوني

الفصل الثاني

وسائل المحكمة الاتحادية العليا العراقية لضمان الأمن القانوني

يعد تكريس مبدأ الأمن القانوني، كأساس لعمل القاضي الدستوري، اتجاه جديد يوصل لألقاء رداء الدستورية على فكرة الأمن القانوني، لتكتمل دائرة هذا المبدأ، ليكون أساس لعمل السلطات العامة كافة، التنفيذية والتشريعية والقضائية، فطالما ان السلطة التشريعية مطالبة بمعايير التشريع وبمبدأ الأمن القانوني في صناعته، فإن المعايير الدستورية مصدر ومرجع للأمن القانوني، فهي المرجع الذي يحتكم اليه في وزن التشريعات، وهذه المعايير التي تستقل سلطة الرقابة الدستورية استخلاص كثيرا منها، اذ تفتح المجال امام اضافة الدستورية على الأمن القانوني، إلا أنّ الطمأنينة بمعايير الدستورية لدى المشرع لا تتحقق، مالم تكن واضحة وغير متناقضة، فكما ان الأمن القانوني يتحقق لدى المخاطبين بالتشريع، بوضوح النصوص التشريعية، كذلك لا بد ان تتوافر الطمأنينة لدى واضعو التشريع، لكي يتحقق الأمن القانوني، فلا يفاجئون بالحكم بعدم دستورية قانون معين، تم إصداره من قبلهم وفق معايير دستورية معينة، لمجرد تغيير تلك المعايير لدى القاضي الدستوري، ويستطيع القاضي الدستوري ان يحمي القانون من الحكم بعدم الدستورية من خلال تفسير التشريع، تفسيراً ممكن ان يزيل عنه شبهة عدم الدستورية، ومن ثمّ يحقق بتصرفه هذا الأمن القانوني، إلا أنّ القاضي الدستوري يعجز عن ذلك إذا صعب تفسير النص التشريعي، أو شابه الغموض، لان القاضي لا يملك الحق في تجاوز اختصاصه في التفسير، إلى الحد الذي يخرج النص من محتواها من أجل الحكم بعدم الدستورية فقط، والا اصبحت الرقابة الدستورية لا فائدة منها، لذلك على المشرع ان يسعى في صياغته للنصوص إلى الوضوح وتجنب الغموض في صياغة النص التشريعي، إذ إنّ الغموض في صياغة النصوص التشريعية، يعمل على ارباك المخاطبين، وقد يؤدي إلى عدم تطبيقه من قبلهم لعدم الوضوح أو عدم الفهم، وهذا ما يمس مساساً مباشراً باستقرار الاوضاع القانونية، وليس هذا فحسب فالمشرع ملزم بتجنب النقص والغموض في صياغته للنصوص التشريعية، لكي يسهل تطبيقه، إلا أنّ المشرع قد اغفل في كثيرا من الاحيان المسائل ذات الاهمية البالغة وتجنب تنظيمها، أو سعى إلى تنظيمها بصورة مقتضبه لا تحقق الغاية المبتغاة من النصوص التشريعية، لذلك ظهر دور القضاء الدستوري ليعالج هذه الاشكاليات، لحماية وضمان حقوق وحرريات الأفراد، وسعيها منه لضمان مبدأ الأمن القانوني.

وبناءً على ما تقدم سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول الوسائل القضائية الدستورية ودورها في ضمان الأمن القانوني، وسنخصص المبحث الثاني لدور الاجتهاد القضائي الدستوري

في ضمان الأمن القانوني، فضلاً عن دورة في الرقابة على وضوح الصياغة التشريعية، واثراً هذه الرقابة في ضمان الأمن القانوني.

المبحث الأول

الوسائل القضائية الدستورية ودورها في ضمان الأمن القانوني

إن القول باعتماد مبدأ الأمن القانوني أساساً لعمل القاضي الدستوري، يعد قيدياً من القيود الذاتية الجوهرية على سلطته، وهو ما يفسر اتجاه جل مشرعي الدساتير تجاه تكريس اختصاص الرقابة الدستورية في أصلاها؛ اقتناعاً منهم بحيوية هذه الرقابة لتحقيق الأمن القانوني، عن طريق التثبيت من مدى إخلاص البرلمان للدستور، الذي لا وجود له ولا استمرارية إلى أن تطمئن الجماعة له، فلولا ذلك لما أضحت رقابة الدستورية، سيما في صورتها القضائية واحدة من الدعامات الرئيسة في شرايين دولة القانون الحديثة، كما ويعد التفسير أحد هذه الدعامات، فلا يمكن للقضاء الدستوري أن يراقب دستورية قانون ما ما لم يتم تفسيره، فضلاً عن أن تفسير النصوص الدستورية يعد ضماناً حقيقية لحماية القانون من شبه عدم الدستورية، إذ يمكن للقضاء الدستوري أن يحمي القانون من الإلغاء عن طريق التفسير، لكل ما سبق فإن المحكمة الاتحادية العليا العراقية قد استخدمت سبل الرقابة الدستورية، بالإضافة إلى التفسير لحماية وضمان الأمن القانوني، ولبيان ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين سنخصص المطلب الأول منه لبيان الرقابة على دستورية القوانين ووسائلها، ونخصص المطلب الثاني للتفسير ودوره في ضمان الأمن القانوني.

المطلب الأول

أثر الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ضمان الأمن القانوني

تعد الرقابة على دستورية القوانين ضابطاً مهماً لا يمكن تجاوزه، إذ إنَّ من شأنها الحيلولة دون خروج القوانين على أحكام الدستور، مما يؤدي إلى احترام السلطات المختلفة لدورها وادائها بتقان، كما تعد الرقابة أداة لتحقيق العدالة في المجتمع، وترسيخ قواعدها وضبط مسارها لاحتزام مبدأ المشروعية، وتحقيق سيادة الدستور وضمان حقوق الأفراد، التي يمكن أن تتعرض للمساس من بعض القوانين، وللرقابة على دستورية القوانين طرق متعددة، فقد تكون رقابة مباشرة، أي أن يقدم الأفراد دعوى مباشرة للمحاكم الدستورية للحكم بعدم دستورية قانون ما، أو أن تكون بصورة ذاتية من المحكمة الدستورية عن طريق التصدي، أو تظهر بشكل سلبي عن طريق امتناع محكمة الموضوع من تطبيق قانون معين، إذا تم التشكيك بعدم دستوريته وتحيل المسألة إلى المحكمة المختصة بالرقابة وهذا ما سنتناوله تباعاً.

الفرع الأول

الرقابة بطريق الدعوى الاصلية

تتم رقابة القضاء الدستوري على القوانين بطريق الدعوى الأصلية أو المباشرة أو ما يسمى برقابة الإلغاء بطريقتين الأولى سابقة على صدور القانون والثانية لاحقة على صدوره.

أولاً: رقابة الإلغاء السابقة: هي الرقابة التي تباشر في مرحلة تكوين القانون، أي أنها تتم في مرحلة اقتراح القوانين ويقصد بها "إمكانية الاعتراض على القانون بعد التصويت عليه ولكن قبل إصداره في الجريدة الرسمية".

والغاية من هذا الأسلوب هي فحص مشروعات القوانين قبل إصدارها من قبل رئيس الدولة، أي أثناء عرض المشروع على المجلس النيابي أو يكون القانون قد أقره المجلس النيابي⁽¹⁾، ولكنه لم يحظ بعد بالإصدار، فهنا يجوز لرئيس الدولة أن يحيله إلى المحكمة المختصة، لبيان مدى مطابقته للدستور قبل إصداره، وقد أقر التعديل الدستوري للدستور المصري لعام 1971 الذي تم عام 2005، أن تكون هناك رقابة قضائية مركزية سابقة، فبمقتضى نص المادة (76) من دستور 1971 المعدلة عام 2005، تم منح هذا الاختصاص إلى رئيس الجمهورية، إذ إنط به النص الدستوري عرض مشروع قانون الانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية، وهو ما يعني أنه بعد إقرار مجلس الشعب لمشروع القانون ورفعته إلى رئيس الجمهورية، تبدأ سلطة رئيس الجمهورية في تحريك الرقابة السابقة، من خلال عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية، وتقوم المحكمة برفع قرارها إلى الرئيس، لأنه هو من حرك الرقابة أمامها فإذا كان قرارها منطوياً على مأخذ في مشروع القانون، وجب على رئيس الجمهورية رد المشروع إلى مجلس الشعب، مرفقاً بقرار المحكمة بشأنه، لوجوب أعمال مقتضى هذا القرار، ثم إعادة رفعه إلى رئيس الجمهورية لإصداره، ولقد أخذ الدستور المصري لعام 2011 بالرقابة السابقة على دستورية القوانين، إلا أنه لم يحدد الجهة التي تحرك تلك الرقابة⁽²⁾، وبعد ان جاء دستور 2012 وسع من نطاق الرقابة السابقة، لتشمل مشروعات اربعة قوانين، وهي مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية، والانتخابات الرئاسية،

(1) عادل عمر شريف، قضاء الدستورية القضاء الدستوري في مصر، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1988، ص84-85.

(2) قام المجلس الاعلى للقوات المسلحة ممثلاً برئيسه بالتحريك لكونه القائم بإدارة شؤون الدولة اذ يجمع بين سلطة التشريع والتنفيذ بمقتضى المادة 56 من اعلان مارس لعام 2011 فالمجلس الاعلى للقوات المسلحة هو من يعد مشروع القانون ثم يعرضه على المحكمة الدستورية لبيان مطابقته لأحكام الدستور ثم هو من يتلقى قرار المحكمة ويصدر القانون ينظر: د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونين المصري والبحريني، بحث منشور في المجلة القانونية، جامعة القاهرة، العدد السابع، 2017، ص139 وما بعدها.

والتشريعية المحلية، فقد نصت المادة (177) منه على أنّ "يعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية وللاقتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور، وتصدر قرارها في هذا الشأن خلال 45 يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها، وإلا عد عدم إصدارها للقرار أجازة للنصوص المقترحة، فإذا قررت المحكمة عدم مطابقة نص أو أكثر لأحكام الدستور، وجب أعمال مقتضى قرارها، ولا تخضع القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى للرقابة اللاحقة المنصوص عليها في المادة (175) من الدستور"⁽¹⁾، إلا أنّ الدستور المصري لعام 2014 قد عدل عن تبني الرقابة السابقة على الدستورية، وعاد مكتفياً فقط بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح، إذ لم تتضمن نصوص الدستور أية نصوص متعلقة بتقرير الرقابة على الدستورية، سوى ما قرره المادة (192) منه بشأن الرقابة اللاحقة، وذلك بما نصت عليه من أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية " القوانين، واللوائح... " ومن مزايا الرقابة السابقة هي رقابة وقائية تهدف إلى تطهير مشروع القانون من مثالبه قبل البدء في تطبيقه، فيصدر القانون خال من أي مخالفة دستورية، ومن ثمّ يحقق الحماية الدستورية الواجبة للحقوق محل التنظيم بصورة كاملة غير منقوصة، ومن ناحية أخرى هي تحافظ على الأمن القانوني للمخاطبين بالنص التشريعي، من خلال الحفاظ على المراكز التي تنشؤها النصوص التشريعية فلا تختل لاحقاً عندما يقضى بعدم دستورتها⁽²⁾.

إلا أننا نرى بان هذه الرقابة مجرد رقابة نظرية منفصلة عن الواقع التطبيقي للنص التشريعي، إذ يصعب الجزم بمخالفة القانون للدستور قبل تطبيقه.

ويثار تساؤل هنا هل ان الرقابة السابقة تحجب الرقابة اللاحقة، اي هل يمكن النظر في دستورية القانون الذي شملته الرقابة السابقة قبل إصداره؟ في الأصل ان الرقابة السابقة تحجب الرقابة اللاحقة، إذ لا يمكن ان يخضع ذات القانون للرقابة مرتين، فضلاً عن ان الأحكام الصادرة من القضاء الدستوري تتمتع بحجية، إلا أنّ المحكمة الدستورية العليا المصرية كان لها رأي آخر، إذ افصحت عن موقفها في شأن حجية قراراتها الصادرة في الرقابة السابقة، ومدى جواز أعمال الرقابة الدستورية اللاحقة على نصوص القانون، الذي سبق وأن خضع مشروعه لرقابتها السابقة، وذلك بمناسبة الطعن أمامها بعدم دستورية نصوص المواد (2، 8، 11، 13، 24، 25، 43) من القانون رقم (174) لسنة 2005 بتنظيم الانتخابات الرئاسية، والذي

(1) زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، ج1، ط1، دار بلال، بيروت، 2015، ص306.

(2) عادل عمر شريف، المصدر السابق، ص90.

كان مشروعه قد سبق إخضاعه لرقابتها، إذ ابتدأت المحكمة تناولها لهذا الطعن بتقرير مبدأ مؤداه "أن مباشرة المحاكم على اختلاف أنواعها لاختصاص عقد لها، لا يستقيم دونما مباشرة سائر اختصاصاتها، إذ يتعين النظر إلى كافة الاختصاصات باعتبارها متكاملة لا تنافر أو تعارض بينها ، وكان نص المادة (76) من الدستور بعد تعديله قد عهد باختصاص الرقابة السابقة على مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية للمحكمة الدستورية العليا، بالإضافة لاختصاصها المنفرد والأصيل بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، المنصوص عليه في المادة (175) من الدستور، ومن ثم فإن مباشرتها الرقابة الدستورية السابقة على مشروع القانون سالف البيان وإبداء الرأي بشأنه، لا يمنعها من مباشرة اختصاصها بالرقابة اللاحقة على نصوص ذلك القانون"⁽¹⁾.

واستخلاصاً لما سبق نجد ان الرقابة السابقة من الممكن أن تحجب الرقابة اللاحقة، لأن الغاية الأساسية منها هي فحص القانون قبل إصداره، ومن ثم استقرار المراكز التي يرتبها، فإذا لم تمنع الرقابة السابقة الرقابة اللاحقة فهنا تفقد الغاية الأساسية منها، ويكون القانون ذاته معرض للإلغاء في اي لحظة على الرغم من اقرار دستوريته سابقاً وهو بلا شك يؤثر على الأمن القانوني.

ثانياً: رقابة الإلغاء اللاحقة

ويقصد بها امكانية رفع دعوى قضائية ضد قانون معين، على أساس أنه غير دستوري امام المحكمة المختصة، وتحدث الرقابة عن طريق الإلغاء أو الدعوى الأصلية، عندما يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون معين، بالطعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة، طالبا إلغائه لمخالفته للدستور، دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من الدعاوى القضائية، وهي وسيلة هجومية تسمح لبعض الجهات بالطعن في هذا القانون بصورة مستقلة عن اي نزاع اخر⁽²⁾، وقد تبنت المحكمة الدستورية العليا المصرية رقابتها عن طريق الدعوى المباشرة أو رقابة الإلغاء، شرط بيان وجه مخالفة النص التشريعي للدستور، إذ نص قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (48) لسنة 1979 على أنه: (يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة)⁽³⁾.

(1) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 188 لسنة 27 ق في 2006/1/15 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/7/7.

(2) علي حمزة عباس وسلام صالح المعموري، رقابة القضاء على دستورية القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد 7، 2018، ص655.

(3) ينظر: المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979 المعدل.

كما وأخذت المحكمة الاتحادية العليا العراقية بهذه الرقابة، وصدرت عدداً من القرارات بالاستناد إلى هذا النوع من الرقابة⁽¹⁾، إذ قضت في قراراتها بأنها لا تراقب مشروعات القوانين لأنها غير نافذة، وإن رقابتها لاحقة تقتصر على القوانين المستوفية للشروط الدستورية، إذ قضت بأن "أن تدقيق مشاريع القوانين قبل تشريعها لبيان مدى مطابقتها مع أحكام الدستور يخرج النظر فيه عن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا"⁽²⁾، وجعلت من الدفع بعدم الدستورية للتشريع قبل أن يصبح قانوناً نافذاً من أسباب رد الدعوى⁽³⁾، إذ نص النظام الداخلي للمحكمة رقم (1) لسنة 2022 على أن "لأي من السلطات الاتحادية الثلاث والوزارات والهيئات المستقلة ورئاسة وزراء الإقليم والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظين الطلب من المحكمة البت بدستورية نص قانوني أو نظام، على أن يُرسل الطلب إلى المحكمة بكتاب موقّع من رئيس السلطة المعنية أو الوزير المختص أو رئيس الهيئة المستقلة أو رئيس وزراء الإقليم أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ، على أن يتعلق النص المطعون فيه بمهام تلك الجهات وآثار خلافاً في التطبيق."⁽⁴⁾، كما منح جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية حق الطعن بعدم الدستورية، إذ نص على أن "لأي من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة أو منظمات المجتمع المدني المعترف بها قانوناً، الحق في إقامة الدعوى المباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا، للبت بدستورية نص في قانون أو نظام، على أن تكون الدعوى مستوفية لكافة الشروط المنصوص عليها في المواد (44، 45، 46، 47) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل، وأن تقدم الدعوى من المدعي

(1) ادعى فيه وكلاء المدعية أمام هذه المحكمة بأن الجمعية الوطنية العراقية أصدرت بتاريخ (10/5/2005) قانون انتخابات رقم (16) لسنة 2005 والذي حل بديلاً لقانون الانتخابات السابق رقم (96) لسنة 2004 وقد جاء في المادة 15 ثانياً منه بأن تكون كل محافظة وفقاً للحدود الإدارية الرسمية دائرة انتخابية تختص بعدد من المقاعد يتناسب مع عدد الناخبين المسجلين في المحافظة بحسب انتخابات (30/ كانون الثاني/ 2005) المعتمد على نظام البطاقة التموينية أي أن القانون أعتمد معيار الناخبين المسجلين في حين أن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 وفي المادة (49/ ثانياً) منه قد نص على أن يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة 1 لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق أي إن الدستور أعتمد معيار عدد النفوس الكلي لذا يكون نص المادة (15/ ثانياً) من قانون انتخابات رقم (16) لسنة 2005 مخالفاً لنص صريح في الدستور في المادة (49/ ثانياً) منه. وبعد الاطلاع على الأوراق والمداولة قررت المحكمة الاتحادية العليا، بعدم دستورية المادة (15/ ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (16) لسنة 2005 لتعارضها مع أحكام المادة (49/ أولاً) من الدستور وللسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقاً لأحكام المادة (41 / أولاً) من الدستور على أن لا يمس الإجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (15/ اتحادية/ 2006) الصادر بتاريخ 2007/4/26 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/7/7.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (9/اتحادية/ 2007) في 2007/7/2 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/7/9.

(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية في الدعوى رقم (44/ اتحادية/ 2009) في 2009/7/20 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/6/9.

(4) ينظر: المادة (19) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022.

بالذات أو وكيله على أن يكون محامياً ذا صلاحية مطلقة...."⁽¹⁾، وهنا خلقت المحكمة بيئة تقاضي خاصة وسهلت الولوج إلى المحكمة مباشرة لحماية احترام الدستور⁽²⁾.

ونلاحظ هنا ان المشرع العراقي قد كان موفقاً بمنح الأفراد حق الطعن المباشر امام المحكمة الاتحادية العليا، لما لذلك من ضمانة للحقوق والحريات، إلا أن الشروط التي وضعت ممكن ان تقوض من هذه الميزة، إذ إن النظام الداخلي الجديد للمحكمة سار على النهج ذاته الذي انتهجه النظام الداخلي القديم للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005، اذ اشترط ان تكون للمدعي مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني أو الاجتماعي أو المالي، وان يقدم المدعي دليلاً على ضرره الواقعي، وان يكون الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره، وان لا يكون مستقبلياً أو مجهولاً، وان لا يكون المدعي قد استفاد من النص المطلوب الغاؤه⁽³⁾.

وهذه الشروط مبالغ فيها، إذ إن المبالغة في اشتراط توافر المصلحة في رفع الدعوى له أثر على استقرار المراكز القانونية، اذ على الرغم من انه شرط لا غنى عنه لقبول الدعاوى الدستورية، وقد اشترط القضاء الدستوري المقارن هذا المسلك ايضاً إلا أنه يؤثر على الأمن القانوني، اذ لا يمكن رفض الدعاوى والمساس بالثقة المشروعة للأفراد بحماية المحاكم الدستورية للشرعية الدستورية، لعدم توافر شروط المصلحة، إلا أنه بدأت تظهر الكثير من الاستثناءات عن هذا الشرط، اذ بدأت المحاكم الدستورية في الدول المقارنة بقبول الطعن بعدم الدستورية استناداً للمصلحة العامة دون الشخصية⁽⁴⁾.

ولقد تراجعت المحكمة الاتحادية العليا العراقية عن التمسك بشرط المصلحة الشخصية، وقبول الدعاوى الدستورية من مدعين يواجهون دستورية القانون، انطلاقاً من المصلحة العامة دون الشخصية⁽⁵⁾، كتوجهها بقبول الطعن بالدستورية المثار من قبل الادعاء العام⁽⁶⁾ وان كانت هذه المسألة تثير بعض التساؤلات منها هل ان

(1) نظر: المادة (20) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

(2) الغيث مزهر الخفاجي ود. سلمى طلال عبد الحميد، اية تحريك الدعوى الدستورية امام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، بحث منشور في مجلة الشرائع للدراسات القانونية، المجلد 3، العدد (1)، 2023، ص5.

(3) ينظر: المادة (20) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (1) لسنة 2022.

(4) اذ رفع محامون دعوى قضائية في الولايات المتحدة الأمريكية ضد عدم دستورية النصوص العنصرية الراسخة

Vicki Jackson, constitutional comparisons: (convergence, resistance, engagement), the supreme court — comment, harvard law review, vol. 119,2005, p116..،

(5) مثال ذلك: قرارها في الدعوى رقم (6/اتحادية/2010) في (6/اتحادية/2010) منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022 /7/15.

(6) ينظر: المادة (18/اولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم 1 لسنة 2022.

الادعاء العام عند طعنه بعدم دستورية القوانين يعد خصماً ام جزء من المحكمة الاتحادية العليا؟⁽¹⁾.

وللإجابة عن هذه التساؤلات لابد ان نبين مسلك المحكمة الاتحادية العليا في قراراتها، اذ نجد ان المحكمة كانت متذبذبة في نظرها إلى الادعاء العام، فتارة اعطته وصف الطاعن ولم تشر إلى مدى تأثير طعنه بالدستورية في الدعاوى التي قد يكون آثار الطعن فيها، ولا حتى آلية اتصال الطعن بعلم المحكمة الاتحادية⁽²⁾، وتارة أخرى جعلت منه جزء من المحكمة وغير مستقل عنها وأشارت إلى المادة (3) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم (1) لسنة 2005، الذي جعل من الطلب المقدم من الادعاء العام إلى محكمة الموضوع يعد بمثابة طلباً مقدماً من المحكمة من تلقاء نفسها⁽³⁾، ونرى ان الادعاء العام يعد جزءاً من المحكمة الاتحادية ذاتها.

ومن الجدير بالذكر ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، قد منح لبعض القوانين خصوصية معينة، وحدد موعداً معيناً للسلطات والجهات المختصة للطعن فيها، وهذه القوانين هي قانون الموازنة الاتحادية، أو أي نص فيها وحدده بمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، كما حدد موعداً للمحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، وهي مدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الطعن لديها الا إذا اقتضت الضرورة خلاف ذلك⁽⁴⁾ كما حدد مدة لا تقل عن ستة اشهر من التاريخ المحدد لإجراء الانتخابات في كل دورة انتخابية، أو من تاريخ تحديد موعد رسمي لإجراء انتخابات مبكرة لقبول الطعن في قانون الانتخابات والنصوص الواردة فيه⁽⁵⁾.

ونجد ان الغاية من تحديد ميعاد للطعن في قانون الانتخابات وقانون الموازنة العامة، هي للأهمية التي يمتلكها هذين القانونين، ولتحقيق الضمان الكافي لإستقرار الأوضاع القانونية، فقانون الموازنة الاتحادية وما يرتبه من أثر في الأوضاع الاقتصادية للبلد، فضلاً عن قانون الانتخابات وما يرتبه من تبعات قانونية، كل ذلك خلق ضرورة حتمية لتحديد مدة الطعن في هذه القوانين، ومدة البت في دستوريتهما من قبل المحكمة الاتحادية العليا.

- (1) د. علي هادي عطية الهلالي، طعن الادعاء العام بعدم دستورية القوانين في ظل اتجاهات المحكمة الاتحادية العليا مقال منشور على الموقع الالكتروني، www.hjc.iq/view، تاريخ الزيارة 2022/7/15.
- (2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية رقم (72/اتحادية/2021) في 2021/10/20 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/18.
- (3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية رقم (32/اتحادية/اعلام/2016) في 2016/6/7 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>، تاريخ الزيارة 2022/7/18.
- (4) ينظر: المادة (22) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022.
- (5) ينظر: المادة (23) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

وتماشياً مع ما تم ذكره نجد ان رقابة الإلغاء اللاحقة، وان كانت ممكن ان تهدد استقرار المراكز القانونية، إلا أنها أفضل من الرقابة السابقة، لان القانون لا تكتشف عيوبه ولا تحدد دستوريته ما لم يدخل حيز النفاذ.

ولتفادي عيوب كلاً من الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة، حاولت بعض الدول ان تأخذ بالرقابة القضائية السابقة واللاحقة معاً، أسوة بما أخذ به المشرعين الدستوريين في ايرلندا الحرة لعام 1937، وبعض دساتير دول أمريكا اللاتينية، كدستور كولومبيا لسنة 1938، ودستور بنما سنة 1904، والإكوادور سنة 1929⁽¹⁾.

مما تقدم نلاحظ ان لرقابة الإلغاء سواء كانت سابقة أو لاحقة مزايا عدة، تتمثل بأن الحكم الصادر في النزاع يكون حاسماً، نظراً لأن المحكمة التي تنتظر في النزاع ستصدر حكماً قاطعاً ومنهياً لجميع الآثار المترتبة على القانون غير الدستوري، فلا يسمح بطرح النزاع مرة أخرى، كما ان الرقابة المركزية الممنوحة لمحكمة عليا توفر حلاً للمشاكل التي تسببها رقابة القضاء العادي على دستورية القوانين، ومن ثم تحافظ على الأمن القانوني، اذ لا تبقى المراكز القانونية مهددة، ولا الأفراد في قلق نتيجة خشيتهم من إلغاء القانون الذي ثبتت دستوريته، في حال اذ ما بقي النزاع مفتوحاً دون حسم.

لكن بالرغم من مزايا هذه الرقابة هنالك العديد من العيوب منها: ان موقف المحكمة التي تتولى الرقابة يتمثل في موقفين، اما ان تحاول المحكمة تجنب الاصطدام بالهيئات العامة في الدولة، وعلى الأخص بالسلطة التشريعية، فتتهاون المحكمة في مهمتها، بحيث لا تكون هناك رقابة جدية على دستورية القوانين، أو أن تبالغ المحكمة في الرقابة على أنشطة السلطة التشريعية، مما يمكن أن يؤدي إلى حدوث صدام بين المحكمة المكلفة بالرقابة، و بين سائر الأجهزة الأخرى، مما قد يدفع المشرع إلى محاولة إزالة العقبات التي تعترض طريقه، في سبيل تحقيق ما يرمي إليه من أهداف، فيعمد، إما إلى تعديل نظام الرقابة أو إلى إلغائها ليزيل من طريقه كافة العقبات التي كانت تعترضه⁽²⁾.

(1) د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 420.

(2) د. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 2001، ص 10 وما بعدها.

الفرع الثاني

الرقابة القضائية بطريق الدفع الفرعي والتصدي

قد يمارس القضاء الدستوري الرقابة عن طريق الامتناع فقط عن تطبيق القانون غير الدستوري دون إلغاء هذا القانون كما قد يمارس التصدي من تلقاء نفسه للنظر في دستورية القانون المشكوك بدستوريته وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

أولاً: الرقابة بطريق الدفع الفرعي

يقصد برقابة الامتناع أو الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين، هو امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور، بناء على دفع يتقدم به أحد الأطراف المتضررين من تطبيق القانون المخالف، أو بمبادرة من المحكمة التي تنظر القضية، من أجل حماية علوية الدستور في هذه الصورة، فتتولى المحكمة بحث الأمر، فإذا أثير الدفع بصددها أي أن المحكمة في حالة الدفع بعدم الدستورية لا تقضي بإلغاء القانون، وإنما تمتنع فقط عن تطبيقه في القضية التي أثير الدفع بمناسبةها ويظل القانون قائماً⁽¹⁾.

وهذه الطريقة ليست هجومية كطريقة الدعوى الأصلية، بل هي وسيلة دفاعية، مقتضاه أن ينتظر صاحب الشأن الذي يراد تطبيق قانون معين عليه في قضية مطروحة أمام محكمة من المحاكم، ثم يدفع بعدم دستورية هذا القانون، وإن هذا النوع من الرقابة لا ينص عليه الدستور⁽²⁾.

وان هذا الطريق من الدفع يلغي القانون بشكل نسبي فقط بالنسبة للقضية التي طُبِقَ القانون عليها، إلا إذا كانت الدول تأخذ بالسوابق القضائية، فضلاً عن ذلك فإن القانون الذي تم إلغاؤه عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية ومنع تطبيقه يُستبعد تطبيقه في تلك القضية فقط، ذلك لأنه سيبقي قائماً إلا إذا عدله قانون آخر أو تم إلغاؤه⁽³⁾، ومن الدول التي أخذت بهذا النوع الولايات المتحدة الأمريكية فأن قضاء المحاكم الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية هو قضاء امتناع، ولكن أثر هذا القضاء يزداد قوة بفضل نظام السوابق القضائية النافذ في الولايات المتحدة، فالمحاكم تنقيد بما أصدرته من أحكام سابقة كما ان المحاكم الأدنى تنقيد بما تصدره المحاكم الأعلى، ويقترّب هذا القضاء من حيث النتائج العملية في هذه الحالة

(1) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 66-67.

(2) د. سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 74.

(3) جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 251-252.

من قضاء الإلغاء، إلا أنه لا يزال متميزاً عنه ومختلف من حيث بقاء القانون أي ان القانون الذي يتم الامتناع عن تطبيقه لا يُلغى⁽¹⁾.

وبموجب هذه الرقابة يستطيع صاحب الشأن أن يدفع بعدم دستورية القانون في أثناء نظر الدعوى التي يراد فيها تطبيقه، بصرف النظر عن المدة التي انقضت بين صدور القانون، والتقدم بالدفع، وينتج عن تقديم الدفع أن تتصدى المحكمة للفصل فيه، وحسم الأمر بإعلان دستورية هذا القانون أو عدم دستوريته، بحيث تمتنع عن تطبيقه إذا ما أيقنت بمخالفته للدستور، ولهذا تسمى الرقابة عن طريق الدفع برقابة الامتناع⁽²⁾.

وقد تبنى القضاء المصري هذا النوع من الرقابة، إذ نص قانون المحكمة الدستورية العليا المصري على انه (إذا دفع احد الخصوم أثناء نظر دعوى امام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص أو قانون... ورات المحكمة أو الهيئة ان الدفع جدي اجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة اشهر لرفع الدعوى بذلك امام المحكمة الدستورية العليا فاذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن)⁽³⁾.

كما أخذت المحكمة الاتحادية العليا العراقية بهذا النوع من الرقابة ايضاً، إذ نص النظام الداخلي لها على انه "لأي محكمة من تلقاء نفسها أن تطلب في أثناء نظر الدعوى البت في دستورية نص في قانون أو نظام يتعلق بتلك الدعوى، ولعضو الادعاء العام أمام تلك المحكمة أن يطلب ذلك، وعلى المحكمة استئثار الدعوى الأصلية، ويُرسَل الطلب إلى المحكمة الاتحادية العليا بواسطة كتاب مُوقع من رئيس محكمة الاستئناف التي تتبعها تلك المحكمة، أو من دائرة المستشار القانوني في وزارتي الدفاع أو الداخلية بالنسبة للدعوى المنظورة امام المحاكم العسكرية ومحاكم قوى الأمن الداخلي، خلال عشرة أيام من تأريخ صدور قرار الاستئثار"⁽⁴⁾، فهنا تمتنع المحكمة المنظور امامها الدعوى عن النظر فيها وتحيل المسألة إلى المحكمة الاتحادية العليا لكن هذا النص يثير تساؤل وهو ما هي صلاحية محكمة الموضوع في قبول الدعوى قبل احالتها للمحكمة الاتحادية العليا؟ وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد ان نعلم ان من حق محكمة الموضوع قبول الدعوى والنظر في الشروط الشكلية الخاصة بها لكن الخوف يثار إذا استطلت دور محكمة الموضوع بحيث

(1) د. اسماعيل مرزعة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط3، دار الملاك للفنون للآداب والنشر، بغداد، 2004، ص189 وما بعدها.

(2) د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر، القاهرة، 1969، ص107.

(3) ينظر: المادة (29/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (48) لسنة 1979 المعدل.

(4) ينظر: المادة (18/أولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (1) لسنة 2022.

يشمل تدقيق شكل الدعوى وموضوعها، ومن ثمّ فهي هنا تمارس دور مناط للمحكمة الاتحادية العليا اذ لا يكفي حينئذ ان يكون قرارها قابل للطعن والتدقيق من قبل المحكمة الاتحادية العليا.

كما منح النظام الداخلي للمحكمة للخصوم حق الطعن بدستورية القانون المراد تطبيقه، اذ نصت المادة (18) على أنّ "... ثانياً: لأي من الخصوم الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو نظام يتعلق بدعوى منظورة أمام محكمة الموضوع، وفي هذه الحالة يكلف بإقامة دعوى بذلك، ويدفع الرسم القانوني عنها، وتقدم إلى محكمة الموضوع خلال عشرة أيام من تاريخ الدفع بعدم الدستورية. ثالثاً: على محكمة الموضوع البت بقبول الدعوى أو رفضها خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمها رابعاً: في حال قبول الدعوى، على محكمة الموضوع استنخار الدعوى الأصلية، وإرسالها مع نسخة مصدقة من اضبارة الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا، خلال عشرة أيام من تاريخ قبولها"، ونجد هنا ان النظام الداخلي للمحكمة قد عالج النقص الذي كان في النظام الداخلي السابق وحدد مدة معينة للدفع وحدد ايضاً مدة معينة لمحكمة الموضوع لقبول الدعوى أو رفضها لكي لا تكون المدة مفتوحة للمحكمة أو تقوم بحسم الدعوى المنظورة ولا تثبت بالطلب مطلقاً ومن ثمّ تفوت حق الطعن وتخل بالأمن القانوني الذي يجب ان يشمل جميع ما يصدر من المحاكم، فضلاً عن ذلك عالج النظام الداخلي الحالي للمحكمة الاتحادية العليا مسألة المدة التي يمكن خلالها لصاحب الدعوى الطعن بقرار محكمة الموضوع برفض الطعن امام المحكمة الاتحادية العليا وحددها بسبعة ايام من تاريخ رفض الطعن أو انتهاء المدة المحددة للبت بقبول الطعن أو رفضه من محكمة الموضوع وهي ثلاثة ايام⁽¹⁾، ومن ثمّ حمى النظام الداخلي استقرار المراكز القانونية وعدم المساس بها، لان جعل المدة مفتوحة دون تحديد يمس باستقرار هذه المراكز مساساً مباشراً، لما تربته طول المدة من حقوق ممكن ان ينشئها القانون غير الدستوري المراد الطعن به.

لكن السؤال هنا هل ان الطعن بعدم الدستورية امام المحكمة الاتحادية العليا إذا وافقت محكمة الموضوع عليه يكون مباشراً من الطعن أو يكون من قبل محكمة الموضوع؟ ويرى البعض ان الطعن يجب ان يكون من قبل محكمة الموضوع قياساً على آلية تمييز قرارات محكمة القضاء الاداري⁽²⁾.

وعلى الرغم من معالجة النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا لبعض القصور والنقص الذي شاب النظام السابق، إلا أنّه اغفل العديد من الأمور خصوصاً ما يتعلق بالدفع الفرعي، اذ لم يوضح مصير القانون

(1) ينظر: المادة (18/ خامساً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022..

(2) د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص 282.

المطعون به، إذا صادقت المحكمة الاتحادية العليا على قرار محكمة الموضوع برفض الطعن، وهذا يخل باستقرار الأمن القانوني، والامر الآخر انه لم يوضح طريقة فحص المحكمة الاتحادية العليا للقانون المطعون به، فهل تنتظر المحكمة بأوجه الطعن ضد قرار محكمة الموضوع الذي اورده الطاعن فقط ام انها تنتظر بالقانون أو النظام محل الطعن وبأوجهه كافة؟.

ومن الجدير بالإشارة اليه ان رقابة المحكمة الاتحادية العليا تشمل القوانين والانظمة، والتي يقصد بها القواعد التي تصدر من السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها بهذا الشأن، وتمارسها السلطة التنفيذية بمقتضى الدستور لتخفف من اعباء السلطة التشريعية، ويضم التشريع الفرعي في العراق ثلاثة أنواع النوع الأول هي الانظمة العادية التي تأتي بالقواعد التفصيلية لتطبيق قانون سابق صدوره، وانظمة المرفق العام المتعلقة بتنظيم المرفق العام، وانظمة الضبط الاداري التي تتطلبها المحافظة على النظام العام، اما النوع الثاني فهي الانظمة التفويضية والتي تعد قرارات بقانون بناء على تفويض تشريعي يصدره البرلمان، وانظمة الضرورة التي تصدرها السلطة التنفيذية بناءً على نص دستوري والانظمة المستقلة (الانظمة والتعليمات)⁽¹⁾.

وفي قرار للمحكمة اصدرت فيه أمراً ولائياً، أكدت فيه أن "السياسة العامة التي يكون رئيس الوزراء المسؤول التنفيذي المباشر عنها، فهي لا تعني الصلاحيات الدستورية المحددة بموجب الدستور لمجلس الوزراء، وانما تعنى برنامج عمل حكومي يحتوي على مجموعة من القواعد والتي تلزم الحكومة بتطبيقها في المجتمع، وكذلك تعني مجموعة من الاتجاهات الفكرية التي تسعى الحكومة إلى تنفيذ هدف خاص بها من خلال الاعتماد على مجموعة من الوسائل والادوات ومن ثم السياسة العامة تنطوي أهداف اجتماعية تخص كافة القطاعات الحياتية (تعليمية، ثقافية، صحية، قطاعات الطرق وكل ما يتعلق بتقديم الخدمات للمجتمع.)، وقررت المحكمة لتوفر صفة الاستعجال في طلب الأمر الولائي وحيث أن تنفيذ قرار مجلس الوزراء رقم(251) لسنة 2021 في الوقت ان يرتب تغيير في المراكز القانونية المشمولين به، مما يقتضي وقف تنفيذ القرار لحين حسم الدعوى"⁽²⁾.

وهنا وسعت المحكمة من نطاق رقابتها؛ لتدخلها في نطاق حدود السلطة التقديرية للسلطة التنفيذية وصلاحياتها بتكليف رؤساء الجامعات، باعتباره مجموعة من الاتجاهات الفكرية والأهداف الاجتماعية.

(1) د. توفيق رمضان رواندي، دور المحكمة الاتحادية في الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2016، ص195 وما بعدها.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 97 /اتحادية/ 2021 بتاريخ 2021/8/1 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022 /7/20.

وعوداً على بدء انه من الممكن الجمع بين الدعوى الأصلية والدفع بعدم الدستورية، أي يتم الطعن بعدم دستورية قانون معين أثناء نظر دعوى قضائية مرتبطة بتطبيق القانون المتنازع على دستوريته، عن طريق دفع تأثيره المحكمة من تلقاء نفسها، وفي هذه الحالة توقف هذه الأخيرة وتحيل الطعن في دستورية التشريع إلى المحكمة المختصة، كي تصدر حكماً بدستورية القانون أو عدمه، وقد أخذ قانون المحكمة الدستورية المصري بهذا النوع إذ نص على انه (إذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم الفصل في النزاع اوقفت الدعوى واحالت الاوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة)⁽¹⁾.

اما المحكمة الاتحادية العراقية العليا فنراها في بعض قراراتها قد أخذت بهذا النوع من الرقابة⁽²⁾.

ومن كل ما تقدم نرى أنّ رقابة الإلغاء عن طريق الدعوى الأصلية هي الضامن الحقيقي لمبدأ الأمن القانوني، لأنه في الرقابة عن طريق الامتناع ان المحكمة التي امتنعت عن تطبيق القانون، لاقتناعها بعدم دستوريته لا تتقيد برأيها هذا، بحيث يجوز لها أن تطبقه في دعوى أخرى لاحقة إذا ما رأت أنه قانون دستوري، حتى ولو اتحد الخصوم في الدعويين فبالتالي لا تحقق مبدا الاستقرار القانوني إذ لا يعقل ان يتم النظر لنفس القانون مرتين وتكون النتيجة مختلفة فيما يتعلق بدستوريته.

(1) ينظر: المادة (29/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

(2) من التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق التي نظرت دستورية القوانين عن طريق الدعوى غير المباشرة "عندما طلبت محكمة العمل في بابل من المحكمة الاتحادية العليا بموجب كتابها المرقم (2/ ج/ 2016) في 2016/9/12 البت في شرعية ودستورية المادة (165) من قانون العمل النافذ رقم (37) لسنة 2015 والتي نصت على أنّ تشكل محكمة العمل وفق ما يأتي: (أولاً- قاضي يرشحه رئيس مجلس القضاء الأعلى بناء على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف، ثانياً- ممثل عن الاتحاد العام الأكثر تمثيلاً للعمال، ثالثاً- ممثل عن اتحاد أصحاب العمل الأكثر تمثيلاً)، مع أن تشكيل المحكمة بهذه الصيغة يتعارض مع أحكام المادة (19/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 والتي نصت على أنّ "القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون" وكذلك المادة (47) منه والتي نصت على أنّ "تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات"، ويتعارض أيضاً مع المادة (87) من الدستور والتي نصت على أنّ "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون" إلا أنّ المحكمة رأت عدم وجود تعارض بين نص المادة (165) من قانون العمل رقم (37) لسنة 2015، وبين المبادئ الدستورية التي أشار إليها مقدم الطلب وان التشكيل خيار تشريعي لتعلق هذه المحكمة بفئة العمال وارباب العمل الذي يجب ان يكون هنالك من يمثلهم. ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية في الدعوى رقم (56/اتحادية/2016) في 2016/6/23 إلا أنّ المحكمة الاتحادية العليا اصدرت فيما بعد وفي الدعوى المرقمة (67/اتحادية/2021) في 2021/29 اتحادية/2021 قراراً بعدم دستورية تلك المادة ونرى أنّ ذلك يمثل مراجعة المحكمة لقراراتها وتعديلها بعد ان اغفلت المبادئ الدستورية في قرارها السابق. منشورات على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/21.

ثانياً: الرقابة عن طريق التصدي

التصدي هو لجوء المحاكم الدستورية إلى إثارة الدفع بعدم دستورية نص قانوني، يكون ذا صلة بالقانون المراد تطبيقه على النزاع المرفوع أمامها، أثناء ممارسة اختصاصاتها الأخرى، أو لجوء المحاكم الدستورية إلى البت في دستورية أو شرعية القوانين، التي تكون متصلة مع القانون المطعون بعدم دستوريته، وبيان مدى مطابقتها للدستور، مستندة في ذلك إلى اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين⁽¹⁾.

وقد مارست المحكمة العليا الأمريكية حق التصدي، إذ إنَّها استندت إلى الدستور في مسألة الرقابة على الرغم من عدم وجود نص صريح من الدستور يعطيها هذا الحق إذ نصت المادة (6) من الدستور الأمريكي لعام 1787 المعدل على أن ".... هذا الدستور و قوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعا له، وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة، هو القانون الأعلى للبلاد، ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به، ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفة لذلك" إلا أن التصدي من قبل المحكمة العليا لا يتم ولا يصدر الا بناء على أسباب خاصة وهامة فيجب ان يكون تكون شبهة عدم الدستورية واضحة وصريحة من خلال تحديدها مسبقاً⁽²⁾.

اما قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر، فقد اشار إلى إمكانية قيام المحكمة بالتصدي من تلقاء نفسها لدستورية القوانين، ولها في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض عليها بمناسبة ممارسة جميع اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح أمامها، وذلك بعد إتباع إجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية، كما انه أتاح للمحكمة الدستورية العليا أن تمارس رقابتها الفعالة على دستورية القوانين، ليس في مجال ممارستها للرقابة على دستورية القوانين فحسب، بل يتعدى نطاق ذلك إلى إمكانية ممارسة التصدي في الدعاوى المرفوعة أمامها أثناء ممارسة اختصاصها بالنظر في تنازع الاختصاص ودعاوى منازعات التنفيذ والفصل في صحة عضوية أعضاء المجلس النيابي⁽³⁾.

وعلى الرغم من الأهمية البالغة لحق التصدي، لما يمثله من حماية للمبادئ الدستورية وتحقيق الاستقرار القانوني في الدولة نجد أن المشرع العراقي لم يعط للمحكمة الاتحادية العليا هذا الحق لا في الدستور ولا في قانونها مع انه قد أعطى للمحاكم الأخرى صلاحية الدفع من تلقاء نفسها في البت في الدعاوى

(1) د. علي هادي عطية الهلالي، فحص الدستورية بألية التصدي، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، كلية القانون، العدد 9، 2014، ص 8.

(2) الان فارنسويرث، ترجمة د. محمد لبيب شنب، المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون سنة نشر، ص 60.

(3) ينظر: المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (48) لسنة 1979 المعدل.

العادية وقد تجنبت المحكمة الاتحادية العليا العراقية التصدي لعدم الدستورية مثال ذلك تجنّبها التصدي لدستورية قرار مجلس النواب العراقي بتاريخ 2007 /4/28 الخاص بتشكيل مجلس المفوضية العليا المستقلة للانتخابات، أثناء نظر الدعاوى المقامة على أساس عدم مشروعية القرار بحسبان مخالفته لقانون المفوضية القاضي بتحقيق التوازن بين مكونات الشعب العراقي، ونظرت المحكمة هذه الدعاوى بموجب اختصاصها بالفصل في تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة من السلطات الاتحادية، وليس بموجب اختصاصها بالنظر في الطعون ضد دستورية القوانين، بالرغم من ان المحكمة قد توصلت في حيثيات قرارها إلى كون القرار الطعين جاء مجافياً للدستور فضلاً عن تعارضه مع القانون، بيد أنها ركنت إلى عدم التصدي لدستورية القرار المطعون به حيث قضت ان تشكيل مجلس المفوضية الحالي رغم ما تقدم اكتسب الشكلية المنصوص عليها في القانون ومارس مهامه منذ انتخابه ولا يجوز ابطال اجراءات انتخابه لمجرد السبب الذي أورده المدعي ذلك أن تمثيل كل مكونات الشعب العراقي في مجلس المفوضية البالغ نصابه تسعة أعضاء أمر في غاية الدقة وأن كان كل من النصين المتقدم ذكرهما يقضيان بمراعاة التمثيل وفق ما ورد فيها مما يوجب على مجلس النواب مراعاة ذلك مستقبلاً⁽¹⁾، إلا أنها في قرار اخر أشارت إلى " امكانية التصدي عندما تصدت إلى المادة (5) من قانون الانتخابات رقم (10) لسنة 2018 على الرغم من ان الطعن كان مقتصر على المادة (4) من القانون⁽²⁾ .

إلا أنّ النظام الداخلي الجديد للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022 جاء لينص على حق المحكمة بالتصدي اذ نصت المادة (46) منه على أنّ " للمحكمة عند النظر في الطعن بعدم دستورية نص تشريعي ان تتصدي لعدم دستورية اي نص تشريعي اخر يتعلق في النص المطعون فيه "، وهنا اعطى النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا امكانية ان تتصدي من تلقاء نفسها للنظر في مدى دستورية اي نص تشريعي أثناء ممارسة اختصاصها في الرقابة على عدم الدستورية متى ما تعلق النص محل التصدي بالنص المطعون فيه، أي ان النصين ينبغي أن يكونا في محل ارتباط بينهما.

وكان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا موقفاً بالنص على هذا الحق المحكمة في التصدي لأنه يمثل وسيلة ضرورية لضمان المشروعية الدستورية، باعتبار ان المحكمة الاتحادية العليا هي من تملك الولاية العامة في الرقابة، ومن واجبها العمل على ترسيخ دعائم الدستور كلما تطلب الامر ذلك من خلال

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (9/ اتحادية/2008) في 2008/12/29 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/14.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (117/ اتحادية/2019) في 2021/5/2 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022 /7/15.

مد اختصاصاتها إلى النصوص التي تتعلق بشكل أو بآخر بالنص الطعين، ولها ان تقضي بعدم دستوريته، كما ان المحاكم العادية تمتلك احالة طلب البت بمدى دستورية اي نص يراد تطبيقه في الدعاوى المنظورة امامها، فان المحكمة الاتحادية من باب اولى تملك ان تتصدى للنصوص التي تتعلق بالنص محل الطعن، ومن ثم تكون قد كرست تشريعياً توجهها الجديد في التصدي، فحق المحكمة بالتصدي منبثق من مبدأ سمو الدستور الذي نصت عليه المادة (14) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 بالقول "يعتبر هذا الدستور القانون الأعلى والأسمى في العراق، ويكون ملزماً في أحواله كافة، وبدون استثناء، ولا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه"، واختصاص المحكمة بالتصدي لعدم الدستورية تمثل الضمانة الأساسية لمبدأ الأمن القانوني لان حماية واحترام القواعد الدستورية تمثل ضماناً للأمن القانوني كما اوضحنا سابقاً وهذا هو جوهر الرقابة الدستورية.

ومن الجدير بالإشارة اليه ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا قد قصر حق المحكمة في ممارستها لهذه الرخصة بحالة واحدة هي النظر في دعوى عدم الدستورية، فلا يمكن للمحكمة اللجوء إليها عند ممارستها باقي الاختصاصات أو نظرها الدعاوى الأخرى، وعليه لا يمكن للمحكمة الاتحادية العليا في العراق ان تتصدى لعدم دستورية النصوص أثناء ممارسة اختصاصاتها الأخرى، وهذا ما يفهم من نص المادة (46) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

والحالة التي تثير اشكالية في مسألة التصدي هي مسألة إمكانية القضاء الدستوري بالتصدي لدستورية نصوص قانونية أخرى ذات ارتباط بالنص القانون المطعون بعدم دستوريته، سواء أكانت نصوصاً قانونية من ذات القانون المطعون به أو قانون اخر فهل يمكن للقضاء الدستوري ان ينظر في دستوريته؟ ولحل هذه الاشكالية لا بد من التمييز بين أمرين الأول التصدي لدستورية نص قانوني مرتبط بالنص المطعون فيه ارتباطاً لا يقبل الانفصال، فهنا القضاء الدستوري يستطيع النظر في دستورية هذه النصوص وتستند في ذلك إلى (الصفة العينية للدعوى الدستورية) وهذا ما سلكته المحكمة الدستورية المصرية⁽¹⁾.

(1) هذا ما أكدته المحكمة الدستورية المصرية في أحد أحكامها بصدد الطعن المقدم حول دستورية المادة (25) من قانون تنظيم حياة قضايا الدولة رقم (75) لسنة 1963 والتي تنص على " تشكل لجنة التأديب والتظلمات من رئيس هيئة قضايا الدولة أو من يحل محله... وتختص هذه اللجنة بتأديب أعضاء الهيئة وبالفصل بإلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بشؤونهم وفي طلبات التعويض.. وتفصل اللجنة بعد سماع أقوال العضو والاطلاع على ما يبديه من ملاحظات.... و كما تختص بالفصل في المنازعات الخاصة بالمرتببات والمكافآت المستحقة لأعضائها"، إلا أنّ المحكمة الدستورية لم تقتصر على البت في شرعية المادة (25)، بل تصدت لدستورية المادة (36) من القانون نفسه والتي تنص على أنّ " تقام الدعوى التأديبية من وزير العدل بناء على طلب من رئيس الهيئة، ولا يقدم الطلب إلا بناء على تحقيق جنائي أو بناء على تحقيق إداري يتولاها احد وكلاء الهيئة..."، و قررت المحكمة عدم دستورية المادتين أعلاه وذلك من خلال حكمها " لابد من وجوب سماع أقوال العضو في مرحلة التحقيق إذ كانت النصوص القانونية التي أحاط بها المشرع الدعوى التأديبية وعلى الأخص من حيث رفعها وضمائها وكيفية إجراء التحقيق الإداري السابق للعقوبة لا يقتصر فقط على نص المادة (25) المطعون فيها وإنما تكملها المادة (36) من

الامر الآخر هو حالة ان لا يكون هنالك ارتباط لا يقبل التجزأة بين النصين، ونجد أن العديد من المحاكم الدستورية قد لجأت إلى هذا الأسلوب من التصدي، حتى لو لم يكن هنالك ارتباط بين النصين، ومنها المحكمة الدستورية الألمانية، والتي استندت في ممارسة ذلك على وجود تماثل بين النصوص المراد التصدي لدستوريتها وبين تلك المراد تطبيقها على النزاع المرفوع، ودون التقيد بطلبات الخصوم الواردة في الدعوى⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المحكمة الاتحادية العليا العراقية نجدها مقيدة بنص المادة (46) من النظام الداخلي لها التي عبرت عن ذلك بالقول: "...تتعلق بالنص المطعون فيه"، إذا أن حدود التصدي محددة بمنطوق المادة فضلاً عن ذلك فالمحكمة الاتحادية العليا العراقية لم تأخذ بهذا الامر حتى قبل صدور النظام الداخلي الحالي لها فقد اصدرت قراراً متضمناً عدم دستورية الفقرة (2) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (76) لسنة 1994 والتي بموجبها يمنع إطلاق سراح المتهم بالجرائم الكمركية وفق أحكام المادة (194) من قانون الكمارك بكفالة خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة، ويبقى المتهم موقوفاً لحين صدور قرار نهائي بالدعوى، كونها تتعارض مع المادة (37/ اولاً/ أ) من الدستور التي اعتبرت حرية وكرامة الإنسان مصونة، وان نص الفقرة المطعون بعدم دستورتيتها تمس حرية الإنسان التي كفلها الدستور⁽²⁾.

وبعد هذا القرار اصبحت الجرائم الكمركية من الجرائم التي يجوز إطلاق سراح المتهم فيها بكفالة، إلا أن قانون ضبط الاموال المهربة والممنوع تداولها في الاسواق المحلية رقم (18) لسنة 2008، يمنع إطلاق سراح المهرب من التوقيف الا بعد صدور حكم بات في الدعوى⁽³⁾.

وبذلك يكون هنالك نص قانوني نافذ المفعول يتعارض مع قرار المحكمة الاتحادية البات، فنرى أنه كان على المحكمة ان تنظر في نص هذا القانون كونه مرتبط بالنص القانوني الذي قضت بعدم دستوريته، وتقضي ايضاً بعدم دستورية هذا النص لارتباطهما ارتباطاً لا يقبل التجزئة، لان تجاهل النظر بدستوريته يؤثر على الأمن القانوني، فماهي فائدة إصدار قرار بعدم دستورية قانون معين، إذا كان هنالك قانون اخر له

ذات القانون، ومن ثم فإن كلا المادتين متضامنين لا تنفصلان. ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقضية رقم (82) لسنة 41 قضائية/دستورية/2021 منشور في الجريدة الرسمية المصرية العدد 5 مكرر(ج) في 10 فبراير 2021.
(1) د. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص554.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (10/ اتحادية/2019) في 2019/2/26 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/26.

(3) ينظر: المادة (الثانية/ ثانياً/ ز) من قانون ضبط الاموال المهربة والممنوع تداولها في الاسواق المحلية رقم (18) لسنة 2008.

علاقة به وغير دستوري مازال نافذاً، وبذلك نرى من الضروري ايراد نص صريح في قانون المحكمة الاتحادية العليا يمنح المحكمة الاتحادية العليا الحق في النظر في كافة النصوص القانونية، ذات الصلة بالنص القانوني المطعون بعدم دستوريته، وليس هذا فحسب بل ايراد نص يمنحها حق النظر في كافة النصوص القانونية ذات الصلة بالنص المطعون به وان كان في قانون اخر لان ذلك يضمن للمحكمة ممارسة دورها الفاعل في حماية الأمن القانوني.

لكن السؤال الذي قد يثار في هذا المجال، هو أن المحاكم الدستورية وأثناء ممارستها لاختصاصها التفسيري للنصوص القانونية، قد يتبين لها وجود عيب دستوري واضح فيها ، فما هو الموقف من ذلك؟ هل تتجاهل المحكمة هذا العيب لعدم وجود دعوى قضائية مرفوعة؟ أم تتصدى لدستورية تلك القوانين؟ اختلف موقف الفقهاء بصدد ذلك، فمنهم من يرى أنه لا بد للمحكمة من التصدي لدستورية القوانين المراد تفسيرها إذا وجدت شبهة واضحة بعدم الدستورية لان المحكمة الدستورية هي صاحبة الولاية، فضلاً عن ان الهدف الأساس من التفسير هو تطبيق القوانين، وهذا لا يتحقق الا بعد التأكد من شرعيتها، في حين نجد البعض الآخر يرى بأنه لا مبرر لقيام المحكمة بالتصدي لدستورية القوانين أثناء ممارسة الاختصاص التفسيري، وذلك لكون أن الخلاف التفسيري يكون بصدد كيفية تطبيق النصوص وبيان غموضها فقط⁽¹⁾.

مما تقدم نرى أنه لا بد من ان تمارس المحكمة الاتحادية العليا الرقابة أثناء النظر في التفسير لنص قانوني، إذا ما وجدت شبه الدستورية، لان أساس عمل المحكمة هو حماية مبدأ المشروعية، فلا يمكن لها ان تتخلى عن ذلك بحجة عدم وجود دعوى أو طعن بعدم دستورية هذا القانون، لان هذا ينتهك الأمن القانوني بالنصوص الدستورية.

الفرع الثالث

اثر المعايير الدستورية للرقابة على الامن القانوني

ان الهدف الأساسي للرقابة على الدستورية، يتمثل في تحقيق مفهوم الدولة القانونية، من خلال إخضاع السلطات العامة في الدولة خاصة السلطة التشريعية للرقابة على تصرفاتها، للتأكد من التزامها بالحدود الدستورية، ولكي تحقق الرقابة هذه الغاية لا بد ان تكون هنالك ضمانات تنظمها، لكي لا تتحول تلك الرقابة إلى مساس بمبدأ الفصل بين السلطات، فهذه الضمانات تحقق الاستقرار للأوضاع القانونية، فالطاعن فضلاً

(1) د. بتول مجيد، حجية القرارات والآراء التفسيرية الصادرة من المحاكم الدستورية، دراسة مقارنة، دار السنهوري، بيروت، 2019، ص281 وما بعدها.

عن السلطة التشريعية لكي يتحقق لهم الاطمئنان بتلك الرقابة، فلا بد ان تكون معايير الدستورية واضحة، لكي تنظم السلطة التشريعية عملها بمقتضاها، فأن غموض هذه المعايير أو تغييرها المفاجئ يمس مساساً مباشراً بالأمن القانوني وهذا ما سنوضحه تباعاً:

اولاً: ضوابط الرقابة القضائية وأثرها على الأمن القانوني

لكي تؤدي الرقابة القضائية دورها في ضمان الأمن القانوني لا بد من توافر ضوابط معينة فيها وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

1- عدم النظر في دستورية القانون الا إذا كان ضرورياً للفصل في الدعوى الأصلية

كانت المحكمة العليا الأمريكية من اولى المحاكم التي أخذت بهذه القاعدة، فقد قررت في قضية (اركثر) عام 1923 بأن " القضاء لا يمارس رقابة اصلية على اعمال السلطة التشريعية، وان حقه في بحث دستورية القوانين ليس الا ثمره مترتبة على وظيفته الأصلية وهي الفصل في المنازعات، حيث يتطلب الفصل في بعض المنازعات التحقق من دستورية القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾.

وفي (مصر) فإن القضاء الدستوري المصري درج على ربط الفصل في المسألة الدستورية بتوافر ضرورة حتمية تبرر تدخله، فلا تتعرض المحكمة الدستورية للفصل في المسألة الدستورية إلا إذا كان ذلك ضرورياً للفصل في الخصومة الأصلية، إذ إنّ المحكمة الدستورية العليا وضعت ضوابط منها شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، حيث جرى قضاؤها على ضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشرة لرافع الدعوى الدستورية كشرط لقبولها، ويجب ان تكون المصلحة في الدعوى الدستورية ذات ارتباط بالمصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وأن يكون من شأن الحكم في الدعوى الدستورية أن يؤثر فيما أبدى من طلبات في دعوى الموضوع⁽²⁾ وبالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا فلم نجد لها موقف محدد وواضح من هذه المسألة.

(1) رتبت المحكمة العليا الأمريكية على هذه القاعدة عدة نتائج من أهمها: 1- أن الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام، ومن ثم يجب على الخصم صاحب المصلحة أن يتمسك به صراحة، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها 2- أنه لا يجوز التعرض لمسألة الدستورية إذا أمكن الفصل في الدعوى بدونها 3- أستقر قضاء المحكمة العليا على عدم التعرض لباقي نصوص القانون المحكوم بعدم دستورية بعض أجزائه، سواء كانت هذه الأجزاء هي بعض مواد التشريع أو كانت فقرة ضمن عدة فقرات تحتويها مادة واحدة، وتشرط المحكمة العليا لذلك أن تكون الأجزاء المنبثقة مستقلة عن الأجزاء المحكوم بعدم دستورتيتها ويمكن الإبقاء عليها وتنفيذها على نحو يحقق الغرض الأصلي من القانون. ينظر: عادل محمود احمد عمار، الدور السياسي والقانوني للقاضي الدستوري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مصر، جامعة المنوفية، 2019، ص 317 وما بعدها.

(2) د. راند صالح قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 146.

2- قرينة الدستورية

نظراً لآثار عدم الدستورية فإنه لا بد ان يكون هنالك اقرار لقرينة الدستورية للتشريع، وهذا ما اقرته المحكمة العليا الأمريكية، اذ اقرت ان كل ما يصدر من السلطة التشريعية من قوانين أنها صادرة في الحدود التي اقرها الدستور⁽¹⁾، لكن القرينة المعتمدة ليس هي القرينة البسيطة والذي مؤداها ان الأصل في التشريعات توافقها مع الدستور وانما هي القرينة الفاطعة التي لا تعطي مجالاً معقولاً لاحتمال عدم دستورية القوانين⁽²⁾، فهي لا تعدل عن مقتضى هذه القرينة الا إذا كانت مخالفة القانون للدستور شديدة الوضوح، فضلاً عن ذلك فإنه إذا كان بالإمكان تفسير التشريع على اكثر من وجه، وكان احد الوجوه يجعله متفقاً مع الدستور والآخر لا فيمكن الأخذ بالوجه المطابق للدستور⁽³⁾.

اما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد أخذت بهذه القرينة في العديد من أحكامها فقد قضت بأن "الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، فقضت بأن الخطأ في فهم أو تطبيق النصوص التشريعية لا يوقعها في حماة المخالفة الدستورية، إذا أمكن تأويلها على نحو يعصمها من المخالفة الدستورية، بما ينفي المصلحة في الطعن فيها، إذ إنها تهتم في حكمها إلى عدم قبول الدعوى المقامة طعناً على نص الفقرة الأولى من المادة الثانية والفقرات (2، 13) من المادة السادسة من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادرة بالقانون رقم (11) لسنة 1991، بحسبان أن الضرر المدعى به في هذه الدعوى ليس مرده إلى مخالفة تلك النصوص للدستور، وإنما إلى الفهم الخاطئ لها والتطبيق غير السليم لأحكامها، ومن ثم فإن الشركة المدعية يمكنها بلوغ طلباتها الموضوعية من خلال نجاحها في إثبات الغرض من استيراد المواد المجلوبة من الخارج أمام محكمة الموضوع دون حاجة إلى

(1)Richard A. Posner: The Role of The Judge in the Twenty-First Century, Boston University Law Review, Vol.86,2006.

(2) من القضايا التي أعملت فيها المحكمة العليا هذه القاعدة حكمها في عام 1948 في قضية الولايات المتحدة ضد كونغرس التنظيمات الصناعية. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن إحدى المنظمات العمالية اتهمت بمخالفة قانون يمنع جميع المنظمات العمالية من الاشتراك في الدعاية أو الإنفاق على شئ يتصل بانتخابات رئيس الولايات المتحدة أو نائبة... وكانت هذه المنظمة قد نشرت بياناً في مجلة أسبوعية يتضمن دعوة أعضائها إلى انتخاب أحد المرشحين لعضوية الكونغرس. وقد قضت المحكمة الاتحادية الدنيا ببطان الاتهام استناداً إلى أن التشريع الذي بني الاتهام عليه يتعارض مع الحريات التي كفلها التعديل الدستوري الأول وقررت ان النشر الذي قامت به المنظمة لا يقع تحت طائلة القانون الذي قضت المحكمة الدنيا بعدم دستوريته ومن ثم لا يكون هنالك وجه للبحث اصلاً في دستورية هذا القانون. د. شعبان رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص524..

(3) المصدر نفسه، ص 517.

التعرض للنص من الوجه الدستوري الأمر الذي تتنافى معه المصلحة في الدعوى الماثلة ويتعين القضاء فيها بعدم القبول⁽¹⁾.

اما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فمن امثلة القرارات التي أخذت فيها بإعمال مبدأ قرينة الدستورية: قرارها الذي قضت فيه بدستورية المادة (3) من قانون رقم (2) لسنة 2019 (قانون التعديل الثاني لقانون انتخابات مجالس المحافظات والاقضية رقم (12) لسنة 2018)، والتي منحت لأعضاء مجلس النواب، حق الاشراف والرقابة على اعمال المحافظ ونائبيه في كل محافظة، وتقديم التوصيات اللازمة بشأنها لمجلس النواب، فقد طعن امام المحكمة بدستورية المادة المذكورة على أساس انها مخالفة لأحكام المادة (61) من الدستور، وتشكل تدخلا في اعمال السلطة التنفيذية، كما يخل بمبدأ الفصل بين السلطات الوارد في المادة (47) من الدستور، غير أن المحكمة أكدت على اهمية هذه المادة في الحفاظ على الوحدة السياسية والقانونية للدولة بما ينسجم مع الواقع وظروفه المعاصرة، لذا فانها درئت عنها شبهة عدم الدستورية، وذلك بتفسيرها على نحو يجعلها موافقة لأحكام الدستور، إذ وجدت المحكمة ان مصطلحي (الاشراف والرقابة الواردين في المادة المذكورة يقصد بها عملية التحقق التي يمارسها عضو مجلس النواب بواسطة وسائل الرقابة البرلمانية المحددة دستورياً، وبما لا يؤدي إلى التجاوز على صلاحيات السلطة التنفيذية بممارسة الرقابة الادارية، فضلا عن الالتزام بمبدأ الفصل بين السلطات، وبهذا التفسير تجنبت المحكمة الحكم بعدم الدستورية⁽²⁾.

مما ذكر نجد ان الأخذ بقرينة الدستورية تعد اهم الوسائل التي يلجأ إليها القضاء الدستوري لحماية الأمن القانوني واستقرار القوانين.

3- عدم الخوض في بواعث التشريع أو ملاءمته

يقصد بذلك هو ان تكون الرقابة الدستورية هي مجرد رقابة فنية، يمتنع على القضاء فيها الخوض في ماهية البواعث التي أدت إلى سن التشريع أو ضرورته أو التعرض لبحث مدى ملاءمته، باعتبار هذه الأمور

(1) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في القضية رقم (3) لسنة 23 ق دستورية بجلسة 2007/5/13 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/7/28.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (35/ اتحادية/ 2021) في 2021/9/29 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022 /7/28.

من عناصر السياسة التشريعية التي يتمتع على جهات الرقابة التدخل فيها⁽¹⁾، وأن تدخل القضاء بالحكم عليها يمثل عدواناً على السلطة التشريعية، وخروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات، فلا يمكن للمحكمة أن تقرر مدى ملائمة القانون أو مدى صلاحيته الاجتماعية، فقد جعلت المحكمة العليا الأمريكية من النص التشريعي أساساً لفحص الدستورية وعدم التنقيب عن البواعث وراء إصدار هذا التشريع⁽²⁾.

أما القضاء الدستوري المصري فقد حرص على أن تكون رقابته غير ممتدة إلى بحث ملائمة التشريع وبواعث إصداره لأن ذلك من السلطة التقديرية للمشرع⁽³⁾، وقد اكدت المحكمة الدستورية العليا الصرية في حكم لها بأن سلطة التشريع الأصل فيها عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية مالم يقيد الدستور بقيود محددة، وإن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملائمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور⁽⁴⁾.

أما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فلم تقتصر في مجال الرقابة على دستورية التشريعات على فحص الموضوعية فحسب، بل مدت رقابتها إلى فحص ملائمة التشريع، فقضت في إحدى قراراتها بعدم دستورية النص التشريعي الذي يخلو من التناسب التشريعي، فقضت بالآتي: لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن وزير الخارجية إضافة لوظيفته أقام هذه الدعوى للطعن بعدم دستورية بعض مواد القانون المرقم (27) لسنة 2011 (قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء)... وبالنظر لوقوع تباين كبير فيما يخص رواتب موظفي وزارة الخارجية حيث من هم في الدرجات العليا يتقاضون رواتب أقل ممن هم أدنى درجة وظيفية منهم. إضافة إلى أن رواتبهم هذه لا تتناسب مع مستوى المعيشة في البلدان التي يشغلون وظائف دبلوماسية فيها أسوة ببقية الدول الأخرى... وحيث أن القانون رقم (27) لسنة 2011 (قانون رواتب

(1) د. حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، ط1، بدون دار نشر، دمشق، 2017، ص87.

(2) حيث قضت المحكمة العليا الأمريكية في قضية ماك كولوك ضد ماريلاند" حيث قررت: إذا تبين أن تشريعاً معيناً يدخل في اختصاص الكونغرس، إما بالنص الصريح عليه أو تأسيساً على نظرية الاختصاصات الضمنية، فإن تقدير الحاجة إلى هذا التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية وحدها باعتباره عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يقع على المحاكم التدخل فيها فضلاً عن انعدام كل صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته). ينظر عادل محمود أحمد عمار، المصدر السابق ص324.

(3) د. محمد عبد العال السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة)، بدون دار نشر، 1986، ص258.

(4) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية الدستورية رقم (131) لسنة 6 بجلسة 16 مايو لعام 1978 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/7/30.

ومخصصات مجلس الوزراء قد شرع دون اتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها أعلاه. لذا فإنه جاء مخالفة للدستور، لذلك قررت الحكم بعدم دستوريته⁽¹⁾.

وهنا نرى أنّ لجوء المحكمة الاتحادية العليا إلى رقابة الملائمة والتوسع فيها يؤدي إلى اشكاليات، ويؤثر في استقرار القوانين كونه يؤدي إلى إلغاء العديد من القوانين في حال وجدت ان المشرع لم يكن موفّقاً في إصدارها لأنها توسعت كثيراً في رقابتها.

4 - الرقابة داخل إطار الدستور

لما كانت الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة فنية ذات طابع قانوني، فيجب على القاضي عند ممارسة رقابته على الدستورية، ألا يتجاوز إطار الدستور إلى ما يعلوه من مبادئ عليا غير مكتوبة، وإلا كان متجاوزاً لمفهوم الرقابة نفسها بحلولة محل المشرع العادي، بل والمشرع الدستوري نفسه حال استخلاصه لتلك المبادئ وممارسة الرقابة بالاستناد إليها، إلا أنّ جانباً من الفقه يقر بأن هنالك قانوناً أعلى غير مكتوب وجد قبل أن توجد الدولة نفسها ويعلو عليها، ويجب على تشريعات الدولة كافة احترامه⁽²⁾، وقد سلك قضاة المحكمة العليا الأمريكية هذا المسلك⁽³⁾، معللين ذلك بأن هذه المبادئ تمثل وسيطاً بين القاعد السامية غير المكتوبة وبين الحياة الاجتماعية⁽⁴⁾، فقد قضت المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية العديد من القوانين لا لعدم مطابقتها للنصوص الدستورية، بل لعدم مطابقتها لمبادئ أعلى من النصوص الدستورية، فقد قضت في قضية (مليوكي ضد مينسون) عام 1980 بأن "المبادئ العليا هي الحقوق الطبيعية، ولم يفوض الشعب السلطة التشريعية سن التشريعات إلا بهدف تحقيق هذه الحقوق، وان مراقبة المشرع تفرض على القاضي ان يرجع إلى الحقوق الطبيعية، ليستخلص منها مدى صحة القانون المعروض عليه أو عدم صحته فقيده شرط

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم 48/اتحادية/2012 في 2013/2/25 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/23.

(2) د. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية (منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص241-242.

(3) ولم تكن المحكمة العليا الأمريكية بممارسة الرقابة على دستورية القوانين خارج نطاق الدستور فحسب، وإنما وصل الأمر بها إلى حد قبول الطعن في مدى شرعية التعديلات الدستورية نفسها، حيث لم ترفض المحكمة العليا ابتداءً الطعون التي رفعت إليها بدعوى عدم صحة التعديلات الثامن عشر والتاسع عشر الخاصين بمنع الخمر، وبحقوق المرأة في الانتخابات. وإذا كانت المحكمة قد تفادت إبداء الرأي صراحة في تلك المسألة، فإن عدم رفضها لتلك الطعون ابتداءً يؤكد أنها تعتبر نفسها هي الحارسة لا على الدستور فحسب، بل على المبادئ العليا التي تملك هي وحدها ترجمتها وتفسيرها " ينظر: د. رمضان شعبان، المصدر السابق، ص540.

(4) د. محمد عبد العال السناري، المصدر السابق، ص243.

الطرق الواجب قانوناً يحمي الحقوق والتي يجب على القانون ان يهدف لحمايتها وعلى القاضي التحقق من مراعاة المشرع لهذه الحدود، ويبحث على مضمون وماهية تلك المبادئ⁽¹⁾.

ولقد حرص القضاء الدستوري المصري على ممارسة رقابته في إطار الدستور فقط لا خارجه، حيث اعتبرت أن تناقض القانون المتنازع عليه مع إعلانات حقوق الإنسان لا يتعارض مع الدستور، ومن بين هذه الإعلانات الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 إذ إنّه مجرد توجيه غير ملزم لا قيمة له في المعاهدات الدولية المصدق عليها ومرتبته لا تتعدى مرتبة القانون نفسه⁽²⁾.

أما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد اعتمدت في قراراتها بعدم الدستورية على المبادئ الواردة في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، ففي قرار لها قضت فيه بعدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (120) لسنة 1994، الذي يقضي: "بعدم إطلاق سراح المحكوم عن جريمة اختلاس أو سرقة أموال الدولة، أو عن أية جريمة عمدية أخرى تقع عليها بعد قضاءه مدة الحكم، ما لم تسترد منه هذه الأموال أو تحولت إليه أو بدلت به أو قيمتها"، وقد ادعى وكلاء المدعي إن هذا القرار فيه انتهاك للشرع الحنيف والدستور العراقي النافذ ولقواعد العدالة، ومبادئ حقوق الإنسان والمواثيق الدولية ومخالف للقوانين العراقية، والفقهاء الجنائي ورأى الوكلاء كذلك أن العقوبة يجب أن تتلائم مع جسامة الجريمة، وأن بقاءه في السجن بعد انتهاء مدة محكوميته معناه أنه محكوم مدى الحياة، وقد وجدت المحكمة الاتحادية العليا من قراءة قرار قانون جوازات السفر رقم (32) لسنة 1999، أن المركز القانوني للمحكوم عليه الذي أمضى مدة الحكم الجزائي الذي حكم به، وبما يتناسب مع حجم الجريمة التي ارتكبها، قد أصبح مديناً للجهة المتضررة وهي إحدى

(1) د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر دراسة مقارنة، دار الجامعة، الاسكندرية، 1982، ص 230.
 (2) - وقد حكمت المحكمة العليا في احد أحكامها والذي جاء به... «ان مثل الميثاق فيما أساه من مبادئ فلسفية عليا وما تضمنه من أهداف كمثل إعلانات الحقوق التي عرفتها الأمم المتقدمة والتي تقترن عادة بالثورات الناجحة فتصدر معلنة مبادئ الحق والحرية والعدالة والمساواة، فضلا عن أهداف المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويكون صدورها تمهيدا لإعلان دستور مكتوب يستمد أصوله وأحكامه من تلك المبادئ والأهداف، ويكون لهذه الأصول والأحكام التي يتبناها الشارع ويصوغها في نصوص دستورية قوة ملزمة، أما ما عداها من مبادئ وأهداف، لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور فيظل مثلا عليا ونظريات فلسفية حتى يقتضى الصالح العام للدولة تطبيقها وتنفيذها فينقلها الشارع من مجال المبادئ العامة إلى مجال التنفيذ، وذلك بإفراغها في صورة نصوص محددة في صلب الدستور فتكون لها القوة الملزمة على أنّ تظل تلك المبادئ جميعها مصدرا تفسيرا لنصوص الدستور وغيره من التشريعات يلجا إليها لتحديد مدلولها والحكمة التي يبتغيها الشارع بتنفيذها فالميثاق لا يدعو أن يكون توجيهه ولكنه ليس دستورا ولن يكون كذلك إلا إذا صيغت مبادئه في نصوص تشريعية محددة منضبطة تنقل هذه المبادئ من مجال النظر إلى مجال التطبيق. ينظر: حكم المحكمة العليا المصرية رقم (7) لسنة 2/ قضائية دستورية (1975) أشارت اليه سرى حارث عبد الكريم ود. حيدر طالب الامارة، ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 21، العدد 4، 2019، ص 41.

مؤسسات الدولة، ووجدت المحكمة أن استحصال هذه المؤسسة ديونها حق كفله القانون لها، واستحصال هذا الحق يلزم أن يتم وفق الإجراءات المرسومة في القوانين وليس بالتنفيذ على بدن المدين، والقول بغير ذلك وإبقاء المدين موقوفاً أو سجيناً بدون حدود إذا كان معسراً، ولم تستطع الدولة بما لها من إمكانيات للكشف عن أمواله والحصول على حقوقها منه بالأساليب القانونية واللجوء إلى تطبيق أحكام القرار (120) لسنة 1994، بإبقائه سجينه دون تحديد مدة سجنه؛ فإنه يتعارض مع المبادئ التي أوردها الدستور في الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالحريات في المواد من (37 - 46) منه، ومنها ما نصت عليه المادة (37/أولاً/أ) (حرية الإنسان وكرامته مصونة)، وما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة نفسها بتحريم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي، وكذلك ما حرّمته المادة (46) منه بعدم جواز تقييد الحقوق والحريات إلا بناء على قانون وأن لا يكون هذا القانون ماساً ومقيداً لجوهر الحق أو الحرية، وبناء على ذلك وحيث أن المادة (2/ج) من الدستور لم تجز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الواردة فيه. فإن سن مثل هذا القانون أو وجوده أصلاً يشكل خرقاً لأحكام الدستور، ويقتضي الأمر الحكم بعدم دستوريته⁽¹⁾، وبذلك فإن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى حماية الأمن القانوني.

وبذلك راعت المحكمة الاتحادية العليا المبادئ الدستورية وقضت ببطلان ما يخالفها، واتبعت الطريق ذاته عندما قضت بعدم صحة الأمر الديواني رقم (29) لسنة 2020، المتضمن تشكيل لجنة دائمة للتحقيق في قضايا الفساد والجرائم المهمة، وإلغاءه اعتباراً من تاريخ صدور الحكم لمخالفته لأحكام المادة (37/أولاً/1) من الدستور، التي تضمن حماية حرية الإنسان وكرامته ولمبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليها في المادة (47) من الدستور ولمبدأ استقلال القضاء واختصاصه بتولي التحقيق والمحاكمة المنصوص عليها في المادتين (87) و (88) من الدستور، ولكون الأمر المذكور يعد بمثابة تعديل لقانون هيئة النزاهة كونها هيئة دستورية تختص في التحقيق في قضايا الفساد المالي⁽²⁾، وكان هدف المحكمة الاتحادية العليا بلا شك حماية سمو الدستور ومنع كل ما يمس بمبادئه فضلاً عن حماية الاستقرار القانوني من خلال منعها لتعديل قانون هيئة النزاهة المفاجئ.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (65/اتحادية/اعلام/2014) في 22/6/2014 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/29.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (169/اتحادية/2021) بتاريخ 2022/3/2 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/29.

وهنا نجد ان المحكمة الاتحادية العليا اعتمدت في اقرار عدم الدستورية على المبادئ الواردة في الدستور، وهذا ما يضمن الأمن القانوني، إذ إنّ المبادئ الواردة في الدستور على قدر من الوضوح، مما يعمل على تقييد الجهات بما ورد فيها دون مباغته في تغييرها، لكن السؤال الذي يثار هنا هل إنّ الشريعة الإسلامية ممكن ان تكون من المبادئ فوق الدستورية⁽¹⁾ التي يجب مراعاتها عند إصدار القوانين، بحيث يعد القانون المخالف لها غير دستوري؟

وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد ان ننظر هل ان النص الدستوري أكد على مسألة اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً أساسياً للتشريع اولا؟ إذا كانت الاجابة بكلا فهنا من الصعب عد الشريعة الإسلامية مبدأ من المبادئ التي يجب مراعاتها عن إصدار التشريع اما إذا كان الجواب بنعم فهنا يعد أي قانون يخالف الشريعة الإسلامية فاقداً لشرعيته ودستوريته.

فمثلا الدستور الأمريكي لم يشر للأديان وهذا الخلو جاء مقصوداً ، إذ إنّ الإشارة إلى الدين في صلب الوثيقة الدستورية يعد عائقاً في وجه حرية الاعتقاد حسب وجه نظر واضعيه، فقد جاء التعديل الأول للدستور في مستهله بأن " لا يصدر الكونجرس أي قانون خاص بإقامة دين من الاديان أو يمنع حرية ممارسته..." وسمي هذا المنع بمنع التأسيس⁽²⁾.

اما دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 جاء ليقر بأن "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية والشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"⁽³⁾، وقضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه "لا يجوز لنص تشريعي ان يخالف الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها؛ باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تحمل اجتهادا؛ ومن ثم لا يقبل إقرار أية قاعدة قانونية تخالفها، وليست كذلك الأحكام الظنية في شؤونها ودلالاتها أو فيهما معا، وهي التي تتسع لدائرة الاجتهاد يستطيع فيها تنظيما لشؤون العديد ممن ضمنتم مصالحهم، وهو اجتهاد وإنه حقا لأهل الاجتهاد، فالأولى أن يكون هذا الحق مقررا لولي الأمر، بذل جهده في استنباط الحكم الشرعي من الدليل التفصيلي، ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بعباده، وتسعها الشريعة الإسلامية التي لا تضفي قدسية

(1) هي المبادئ التي تتعلق بحقوق ومصالح ومستقبل كل فئات الشعب دون استثناء، وتنال حصانة استثنائية تجاه التغيير والتعديل، تفوق الحصانة التي تعطى لغيرها من قواعد الدستور، بحيث يكون تعديلها أو تغييرها أو إيقافها، نتيجة تعديل الدستور أمر بالغ الصعوبة ان لم يكن مستحيلاً) ينظر: نادر جبلي، فكرة المبادئ فوق الدستورية، مركز حرمون للدراسات المعاصرة، قطر، 2016، ص4.

(2)سرى حارث عبد الكريم ود. حيدر طالب الامارة، ضوابط الرقابة على الإغفال التشريعي، المصدر السابق ، ص49.

(3) ينظر: المادة (2) من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014.

على آراء أحد من الفقهاء في شأن من شؤونها⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى دستور جمهورية العراق لسنة 2005 نجده نص على أنّ (الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع)⁽²⁾، ومن ثمّ فلا يمكن ان يسن أي قانون يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وقد قضت المحكمة بعدم دستورية المادة الثامنة عشر من قانون رقم (15) لسنة 2008 (قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل في إقليم كردستان ، التي نصت على أنّ "اذ تزوج الزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الأولى طلب التفريق" لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة (1/2) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005⁽³⁾.

كما نجد أن المحكمة الاتحادية العليا، قد تصدت لبحث مدى مطابقة بعض النصوص القانونية الصادرة قبل نفاذ دستور 2005 مع ثوابت أحكام الإسلام⁽⁴⁾، وهنا ممكن ان يعد مساساً بمبدأ الأمن القانوني كونها

(1) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (57) لسنة 33 قضائية دستورية بتاريخ 2016/1/2 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/8/1.

(2) ينظر: المادة (2/ اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (230/ اتحادية/ 2022) في 2022/11/30 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/10.

(4) فقد نظرت المحكمة الاتحادية العليا بناء على طلب محكمة الأحوال الشخصية في الحلة بكتابها المرقم 5300/ش/2012 في 2012/9/16 في شرعية الفقرة (5) من المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (188) لسنة 1959 المعدل كونها تتعارض مع المادة (2) الفقرة (أ) من الدستور التي نصت: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) وقضت المحكمة ضرورة الرجوع إلى الفقرة (4) من المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية والتي نصت على أنّ (لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين: أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة. ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة وأن فقرتها الخامسة نصت إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي ويترتب على ذلك مخالفة ما هو منصوص عليه في الفقرة (5) من المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية التي أسقطت حق الزوجة في تحريك الدعوى الجزائية المنصوص عليها في الفقرة (1) من البند (أ) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل رقم (23) لسنة 1971 إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية أي إن إذن القاضي بالزواج بزوجة ثانية بحسب تقديره وبعد توافر الشروط القانونية يمنع الزوجة من تحريك الدعوى الجزائية ضد زوجها والآية الكريمة في سورة النساء الآية الثالثة التي بينت حق الزواج بأكثر من واحدة (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمَانِي فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا) تبعها الآية الكريمة المرقمة 129 من سورة النساء أيضاً (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصَلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا) وقد قررت المحكمة الاتحادية العليا أن الفقرة (5) من المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية المطالب بالبيت في شرعيتها لا تتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام المنصوص عليها في المادة (2/ أ) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ويلزم أن تقرأ مواد قانون الأحوال الشخصية بأكملها لأن أحكامها متكاملة ومنها تنظيم الزواج بأكثر من واحدة إذا توافرت أسباب ذلك التعدد ولم يكن في هذه المواد ما يمنع من الزواج بأكثر من واحدة ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 69/اتحادية/2012 في 2012/12/4 منشور على الرابط الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/22.

تناولت النظر في دستورية القوانين بأثر رجعي، إلا أننا نرى على العكس من ذلك فالأمن القانوني لا يعني أن تكون النصوص جامدة وغير مواكبة للتغيرات في المجتمع، وبما ان دستور جمهورية العراق لسنة 2005 منع سن قانون يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، فهذا لا يمنع المحكمة الاتحادية العليا من اعادة النظر بالقوانين السابقة التي ما زالت سارية المفعول، لضمان مطابقتها مع الدستور، ومن ثم حماية مبدأ الأمن القانوني.

صفوة القول ان نزول القاضي الدستوري عند مقتضى الأمن القانوني، لا يلزم منه عصمة كل تشريع من الوقوع في بؤرة البطلان، فالقانون لا يعد قانوناً ما لم يطابق الدستور، فافتراض قرينة الدستورية محمول على موافقته للدستور، فيجب ان يأخذ بقرينة الدستورية بالضوابط الأخرى بالقدر الذي يحمي فيه سيادة الدستور وفي الوقت ذاته حماية واستقرار الأمن القانوني.

ثانياً: أثر سياسة القاضي الدستوري ووضوح معايير الدستورية على الأمن القانوني

لسياسية القاضي الدستوري ووضوح المعايير لاعتبار القانون دستوري من عدمه أثر كبير ومباشر على الأمن القانوني، فأتباع القاضي الدستوري لسياسة خاصة في الرقابة، فضلاً عن تحديد معايير معينة وثابتة لتحديد دستورية القانون من عدمه، دور واضح في استقرار وضمان الأمن القانوني، لما لرقابة الدستورية من اهمية بالغة، فهي الحامي الأساس لمبدأ المشروعية والضامن لحقوق وحريات الأفراد، وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

1- أثر سياسة القاضي الدستوري في الرقابة على الأمن القانوني

تستهدف سياسة القاضي الدستوري حماية أحكام الدستور وتفسيرها، دون أن يؤدي ذلك إلى فرض أية رقابة، ودون إلزام للسلطة التشريعية لذلك يسلك القاضي الدستوري إلى سياسة التحديد الذاتي، التي تكون فيه المحاكم الدستورية على حذر تام وتردد قبل إعلان مخالفة القانون للدستور، تجنباً للاصطدام مع السلطة التشريعية، وهذه القيود الذاتية هي الوسيلة التي تحافظ بها المحاكم الدستورية على مكانتها واحترام قراراتها وتتلافى الاصطدام مع السلطات⁽¹⁾، ولقد مارست هذه القيود الذاتية دوراً بالغ الأهمية في رسم سياسة متوازنة للرقابة على الدستورية في القضاء الأمريكي، إذ وضعت المحكمة العليا الأمريكية هذه الضوابط على نفسها

(1) Steven foster, the judiciary civil liberties and human rights, edinburgh university press, 2006, p17..

أيماناً منها بخطورة المهمة التي تقوم بها، فضلاً عن الآثار القانونية والسياسية الخطيرة التي قد تترتب على الحكم بعدم الدستورية (1).

ونرى في هذه السياسة أثراً في ضمان الأمن القانوني لما تحققه من استقرار للعلاقات القانونية، فضلاً عن استقرار القوانين واطمئنان الأفراد بان القاضي الدستوري يسير ضمن ضوابط معينة لا يخرج عنها، فلا يهدد القانون ولا يحكم بعدم دستوريته إلا إذا كان مخالفاً حقاً للدستور، إلا أن القاضي الدستوري لا يستطيع في كل الأحوال ان يلجأ إلى سياسية التقييد الذاتي، فقد يضطر إلى اتباع السياسة الايجابية التي تكون اكثر جرأة من سابقتها في تعقب مخالفة التشريع للدستور، فالقاضي هنا يعتقد بأن هذه السياسة هي وحدها التي تحقق سمو الدستور وتوفير الضمانات الحقيقية لحقوق الأفراد وحررياتهم التي يكفلها الدستور فهنا تبسط الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع والتي تتسم بسعة نطاقها(2)، فقد مارست المحكمة العليا الأمريكية رقابة المعقولة(3) على القوانين التي سنها المشرع الفيدرالي استناداً لشرط الطريق الواجب قانوناً والذي جاء به التعديل الرابع عشر، والذي يقصد بها " وجود علاقة منصفة بين التضحيات التي يقدمها الفرد لمصلحة الجماعة وبين المنفعة التي تعود عليه بعد تطبيق القانون اذ يجب ان تكون التضحيات اقل من المنافع"، وقد تم أخذ المحكمة بتلك الرقابة بعد ضغط الرأي العام نتيجة لازدياد نشاط المرافق العامة، فإزدادت قوة الضبط الاداري بهدف تقييد استعمال الملكية وممارسة الحرية فأخذ الأفراد من المحكمة مرفأ الامان لحمايتهم من الاعتداءات على حرياتهم(4).

ونجد أن هذه السياسة فيها الكثير من الجرأة، اذ يجب ان يتم اللجوء لها بحذر لكي لا يتمادى القاضي الدستوري في الحكم بعدم الدستورية، وان كانت الغاية من ذلك حماية حقوق الأفراد، اذ كلما ازدادت قرارات الحكم بعدم الدستورية دون حق كلما اختل الأمن القانوني.

(1) د. عاطف امين صليبا، دور القاضي الدستوري في ارساء دولة القانون (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002، ص93 ود. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق، ص496.

(2) محمد جبار طالب الموسوي، السياسة القضائية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى معهد العلمين للدراسات العليا، 2021، ص102.

(3) وتعرف (المعقولة) ايضاً بأنها " نوع من الرقابة على دستورية القوانين والتي من خلالها يتأكد القاضي ما إذا كانت القيود المفروضة على الحقوق والحرريات دستورية ام لا " ينظر: د. حسين جبر حسين الشويلي، معيار المعقولة في القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، المجلد 56، العدد 1، 2022، ص428.

(4) ينظر: كلا من د. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري، النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق، ط2، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع، النجف الاشرف، 2012، ص129 ود. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق، ص496.

وبناء على ذلك يمكن للقاضي الدستوري ان يلجأ إلى سياسية التوازن، أو سياسة التوفيق، التي تقوم على اتباع سياستين قضائيتين مختلفتين في الرقابة، فمثلاً إذا كانت الرقابة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، فيتبع القاضي سياسة التقيد الذاتي، الذي يكون فيه القاضي على حذر تام عند اعلان عدم الدستورية اما إذا كانت الرقابة في المجال السياسي يتبع القاضي السياسة الايجابية⁽¹⁾ ونرى أنّ هذه السياسة هي الانسب، لأنها تسعى إلى التوازن في مجال الرقابة.

2 - أثر وضوح معايير الدستورية على الأمن القانوني

يقصد بها القدرة على التنبؤ بالأوضاع القانونية، بما ييسر من مهمة المشرع في الوقوف على نواقص دستورية التشريع فيتجنبها، تحقيقاً لاستقرار عملية التشريع، ويسهل من مهمة المخاطبين بالتشريعات في تقدير مدى دستوريتها، ومن ثم تحديد موقفهم من اللجوء إلى قاضي الدستورية من عدمه و ان عدم وضوح معايير الدستورية تجعلنا أمام معيار شخصي في تقدير مسألة الدستورية وهي إرادة القاضي، مما يؤدي إلى اضطراب في العلاقات والروابط القانونية، وعدم الاستقرار للأوضاع والمراكز القانونية التي تستمد مصدرها من القانون الدستوري⁽²⁾، فوضوح أسباب عدم الدستورية سيؤدي إلى تحقق اليقين لدى السلطة التشريعية في الأساس فتتجنب جميع الأسباب التي يمكن ان تقضي إلى عدم دستورية التشريع⁽³⁾.

وان مبادئ الدستورية وإن كانت تستعصي على القولية، فإن الإحاطة بها، ومن ثم توقعها، ليست بالأمر المستحيل، بل تستفاد مما استند اليه قضاء الدستورية من مبادئ وقواعد أصولية تحكم حيازة التشريع وصف الدستورية وهو ما يلزم قضاة الدستورية بعدم مباغته ذوي الشأن بما يتبنونه أو يستخلصونه من معايير الدستورية.

وبما ان السلطة التشريعية تحرص على اكتساب ثقة الجماعة، فلا شك في أن هذه الثقة تتأثر بنتائج أعمالها في اختبارات الدستورية، فكلما دحضت قرينة الدستورية في جانب تشريعاتها، كان ذلك مؤشراً على ضعف أدائها، وعادة ما يكيف البرلمان أعماله على توجه معين رصده لسلطة الرقابة الدستورية في وقائع

(1) د. سعد عبد الجبار العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص135.
 (2) استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية في قضائها على أنّ (المشرع حولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أية جهة من مزاحمتها فيه، مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفيةها، وذلك ضماناً منه لمركزية الرقابة على المشروعية الدستورية، وتأميناً لاتساق ضوابطها وتناغم معاييرها، وصولاً من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور، بما يكفل تكاملها وتجانسها " ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 58 لسنة 29 في ديسمبر 2007 الموقع الرسمي الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/8/4.

(3) د. حسين احمد مقداد، المصدر السابق، ص121.

مماثلة، ثم تفاجئه هذه الأخيرة بما لم يكن ليتحسب له، فيصعب عليه التنبؤ بمصير التشريعات التي يتبناها، وفق ما نسميه بـ "التوقع المشروع للبرلمان"، قياساً على فكرة التوقع المشروع للأفراد ولعل ذلك ما يفسر لجوء المشرع الأمريكي إلى التخلّص من آثار بعض أحكام المحكمة العليا بتشريعات تصدر خصيصاً لهذا الغرض⁽¹⁾، هذا ويتحقق التوقع المشروع في عدم تغيير المعايير الدستورية لكن هذا لا يعني أن القاضي الدستوري ملزم بالنزول عند التوقع الشخصي لذوي الشأن بل محمولاً إلى النزول عند ما يتوقع من القانون ومطابقتها للدستور فأحتزال الدستورية في معايير تحكيمية لا تتوافق مع أي توقع معقول للأفراد فهذا يضعف الثقة بهذه المعايير، ومن ثم يشكل انتقاصاً وهدماً لمبدأ الأمن القانوني، فلكي يتسنى لذوي الشأن في مجال الرقابة الدستورية أن يتوقعوا المعايير الدستورية بما يحفظ ثقتهم بها، يجب أن تقر هذه المعايير نسبياً، أي أن تكف سلطة الرقابة عن تغييرها طالما بقيت الظروف التي عاصرت صياغتها ثابتة، إذ إن استحداث معايير رقابية مفاجئة يعد بمثابة معاقبة للتشريعات، وحتى لا يفاجئ المشرع بعدم صلاحية تشريع ما لم يتم توضيح مواصفات صناعته القياسية أو يعزف المخاطبون بالتشريع من اختصاص تشريع غير دستوري لعدم ثقتهم بمعايير الرقابة التي يصعب التنبؤ بها يجب تحديدها مسبقاً⁽²⁾، وهو ما بادرت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى احترامه فقضت بأن "... كما لا يعتبر هدفاً يحميه الدستور فضلاً عن مصادمته للتوقع المشروع من جانب المكلفين بأداء هذه الضريبة والذي ينافيه غموض عبارة خدمات التشغيل للغير وعدم تحديدها للبناء القانوني للضريبة على نحو يتحقق به علم المكلفين بها بالأداة التي حددها الدستور بالعناصر التي يقوم عليها على نحو يقيني واضح..."⁽³⁾.

وفي ذات السياق إن حماية الأمن القانوني لا تتحقق ما لم يمارس القضاء الدستوري مهامه دون تهاون، فامتناع القضاء الدستوري عن النظر في دستورية القوانين أو الانظمة الداخلة في اختصاصها يمس مساساً مباشراً بمبدأ الأمن القانوني، ويعمل على احباط الأفراد وانتفاء ثقتهم بالقضاء الدستوري الحامي الأول للدستور⁽⁴⁾.

(1) د. شعبان احمد رمضان، المصدر السابق، ص518 وما بعدها.

(2) د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني، المصدر السابق، ص109 وما بعدها.

(3) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (232 ق.د) بجلسة 15 /4/ 2007 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/8/7..

(4) امتنعت المحكمة الاتحادية العليا العراقية عن ممارستها في قرارها الذي قضت فيه ب (إن امتناع الوزير المختص أو من يخوله بالموافقة عن تبليغ رجل الشرطة أو امتناعه عن تكليفه بالحضور أمام القضاء أو امتناعه عن الموافقة على إلقاء القبض عليه في حالة ارتكابه فعلاً أثناء أداء واجبه يعتبر من القرارات الإدارية وإن بالإمكان الطعن بها من المدعي العام ومن كل ذي مصلحة إذا وجد إن الوزير متعسف في الحالات المتقدم ذكرها وذلك لدى محكمة القضاء الإداري..) وهنا تناست المحكمة المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 التي قضت بان المحكمة تختص بالفصل بالمنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها... ويكون ذلك بناءً

وقد جاء المشرع الدستوري العراقي ليحدد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة⁽¹⁾.

أي ان النصوص التشريعية المنصرف مفهومها إلى التشريعات الأصلية أو الفرعية التي تصدرها السلطتين التشريعية والتنفيذية، اذ تقترب الانظمة من دائرة الاعمال التشريعية لما تولده من مراكز عامة وليست فردية، ومما يتبين من النص السابق انه يجوز الطعن بقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل لأن له قوة القانون⁽²⁾.

وأن احترام الثقة المشروعة لذوي الشأن في معايير الدستورية، لا يتعارض مطلقاً مع غاية التطور الاجتماعي كإحدى موازنات الأمن القانوني في مجال رقابة الدستورية على أن لا يصل ذلك إلى حد التعارض، ومن خلال مراجعتنا للكثير من القرارات القضائية للمحكمة لاحظنا ان المحكمة الاتحادية العليا قد جاءت متناقضة في بعض قراراتها فيما يتعلق بدستورية القوانين وهذا بلا شك يؤثر تأثيراً مباشراً بالأمن القانوني مثال ذلك الطعن الذي قدم بشأن دستورية المادة (19/ثانياً وثالثاً) من قانون العقوبات العسكري رقم (22) لسنة 2019 لكونها تتعارض مع مبادئ العدالة التي توجب سرعة القبض على مرتكبي الجرائم وخاصة جرائم القتل مما سبب له ضرراً محضاً بتعطيل تنفيذ أمر القبض الصادر بحق المتهم، كما تتعارض مع نص المادة (19/ اولاً) من الدستور والتي نصت على أن (القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون)، لانها اعطت الحق لغير القضاة في التدخل في شؤون العدالة وتعطيل اجراءاتها أو تأخير تنفيذ قرارات المحاكم وكذلك تتعارض مع نص المادة (14) من الدستور التي نصت على أن (العراقيون متساوون أمام القانون... الخ) وتخلق افضلية لطرف على طرف اخر في الدعوى الجزائية وتعطي حصانة للعسكري من قرارات القضاء و تتعارض ايضا مع الفقرة ثلثا من المادة (19) من الدستور والتي نصت على أن (التقاضي حق مصون ومكفول للجميع) وتتعارض ايضا مع الفقرة سادسا من المادة ذاتها والتي نصت على أن "لكل فرد الحق في إن يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والادارية"، كما استند المدعي في طعنه على سوابق قضائية

على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدع ذي مصلحة والتي كانت سارية المفعول في حينها قبل ان تعدل فرفض المحكمة الاتحادية العليا إلغاء هذه التعليمات لعدم دستوريته بالرغم إنها تخالف الدستور في أكثر من مادة سيقال من ضمانات الأفراد كونهم سيلزمون برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري بيد إنهم سيواجهون إمكانية تحصن القرار الإداري بسبب مضي مدة الطعن وهي مدة قصيرة نسبياً (60) يوماً ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (96/ اتحادية/ 2014) في 2014/9/14 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/8.

(1) ينظر: المادة (93/ اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (22/ اتحادية/ 2006) في 2007/3/5 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> . تاريخ الزيارة 2022/8/9.

للمحكمة الاتحادية في الحكم بعدم دستورية نص المادة (113/أولاً) من قانون اصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قضت ببرد الدعوى وقضت بدستورية المادة المطعون بها إذ إنها وضعت لطبيعة المهام التي يقوم بها العسكري في الجيش العراقي، ولا تعارض بينها وبين المادة (14) من الدستور، حيث إن المادة الدستورية المذكورة تقتضي توفر المساواة في الحالة الواحدة، أي بين أفراد الشريحة الواحدة في المجتمع، كما استندت ايضاً على نص المادة (19) من الدستور، حيث بينت في قرارها انه للوصول إلى إجراء تحقيق ومحاكمة عادلة للعسكري فيما يتعلق بالجرائم التي يرتكبها أثناء قيامه بواجباته الرسمية، وان القرار الذي تصدره الجهة العسكرية تتطلبه خصوصية ومهام منتسبي تلك الجهة⁽¹⁾، وهذا القرار قد جاء مناقضاً لقرارها المرقم (15/ اتحادية /2017) في 2017/10/24⁽²⁾.

إلا أن ذلك لا ينفي قيامها بحماية الأمن والاستقرار القانوني في قراراتها ففي قرار صدر لها عام 2017 قررت فيه عدم دستورية المادة (18/و) من قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (44) لسنة 2017 التي قضت بالتزام هيئة التقاعد الوطنية بدفع الاستحقاقات التقاعدية لكل من تم إحالته إلى التقاعد دون الـ (50) سنة من العمر من موظفي الشركات، والمديريات العامة الممولة ذاتياً من تاريخ إحالتهم إلى التقاعد، لأن هذا النص قد وضع من مجلس النواب بدون الرجوع إلى مجلس الوزراء كونه يرتب زيادة في الإنفاق ".... اذ كان موضوع الطعن يحتاج إلى معالجة قانونية من الحكومة لمن أحيل على التقاعد بدون رغبته ولم يكمل سن الخمسين سنة من عمره وله خدمة لا تقل عن (15) خمسة عشر سنة، فحرم من راتب الوظيفة ويحرم من الراتب التقاعدي.... وفي ذات الحكم قررت المحكمة دستورية المادة (11/ سادساً) من قانون الموازنة رغم أنها تؤدي أيضاً إلى زيادة في الإنفاق، وقد وضعها مجلس النواب بدون الرجوع إلى مجلس الوزراء، وعللت المحكمة ذلك بقولها.... بصدد الطعن الوارد على المادة (11/ سادساً) من قانون الموازنة التي تقضي بتجديد العقود واحتساب مدة التعاقد للمثبتين على الملاك الدائم بعد 2003/4/9 خدمة فعلية لأغراض

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (91/ اتحادية/ 2019) في 2019/10/14 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط الالكتروني <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/1.

(2) اذ قضى هذا القرار بعدم دستورية المادة (113/أولاً) من قانون اصول المحاكمات الجزائية لقوى الأمن الداخلي رقم (17) لسنة 2008 واستندت المحكمة في هذا القرار على نص المادة (47) من الدستور التي نصت (تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات) والفقرة اولاً وسادساً من المادة (19) من الدستور وبينت إن الواجبات التي تقوم بها قوى الأمن الداخلي هي واجبات خاصة وان مهامها ذات طبيعة مشابه لمهام وواجبات القوات العسكرية وهذا ما هو واضح ميدانياً في جميع مناطق العراق وازدادت في هذا القرار إن المادة (113/أولاً) تحد من صلاحية القضاء في محاكمة المتهم في حالة ارتكابه جريمة متعلقة بطرف مدني أثناء تأديته لوظيفته استندت المحكمة في قرارها ايضاً على أن المشرع العراقي اتجه لنفس هذه الأسباب بإلغاء الفقرة (ب) من المادة (136) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 التي كانت تحد من صلاحية القضاء في محاكمة المتهم في حالة ارتكابه جريمة أثناء تأديته لوظيفته".

العلاوة، والترفيه، والتقاعد، تجد المحكمة الاتحادية العليا أن النص المذكور الذي وضع من مجلس النواب اتساقاً مع ما ورد في الموازنات السابقة يرتب زيادة في مبالغ المخصصات التي تحسب على أساس نسبة من الراتب دون الرجوع إلى مجلس الوزراء في هذه الزيادة، وكذلك يرتب زيادة في حصة الدولة من التوقيفات التقاعدية لذا فإنه يشكل مخالفة لأحكام المادة (62/ ثانياً) من الدستور⁽¹⁾، إلا أن هذا القرار من شأنه أن يؤدي إلى إخلال التوازن بين الموظفين، واختلاف مركزهم القانوني بالنسبة لمن ثبت خلال تطبيق الموازنات المالية السابقة من سنة 2015 وما قبلها ويخلق تفاوتاً في الرواتب والحقوق الأخرى لمن هم في نفس المواصفات والشروط، لذا يكون طلب الحكم بعدم دستورية المادة (11/ سادساً) مخالفاً لحكم المادتين (14) و (16) من الدستور وحيث أن هاتين المادتين قد وردتا في باب (الحقوق والحريات) وذكر مضمونها في ديباجة الدستور مما يتعين تغليب تطبيقها على المادة (62/ ثانياً) من الدستور تحقيقاً للعدالة والمساواة بين الموظفين ذو المستوى الواحد والشروط المطلوبة في الخدمة العامة.

ونرى هنا انه وان كان هنالك تناقض في حكمها ومن ثم اختلفت معايير الدستورية إلا أن المحكمة قد قضت بأبقاء النص القانوني، تأكيداً منها لترجيح الأمن القانوني، لاسيما التوقع المشروع على غيره من الاعتبارات رابطة بينه وبين الحقوق والحريات الواردة في الدستور، وعلويتها على غيرها من النصوص الدستورية الأخرى، وهذا اتجاه محمود من قبل المحكمة الاتحادية العليا.

خلاصة القول ان تحقيق الأمن القانوني في مجال الرقابة الدستورية، يتحقق عن طريق القدرة على التنبؤ بعمل القاضي الدستوري، من خلال اتصاف معايير الدستورية بالوضوح والاستقرار النسبي، اي القدرة على التنبؤ بنتائج ولوج سبيل الطعن بعدم الدستورية مع مشروعية التوقع فالتغيير المفاجئ والمباغت لمعايير الدستورية يمثل تعسف ومساساً مباشراً للتوقع المشروع للأفراد ومن ثم مساساً بالأمن القانوني.

المطلب الثاني

اثر التفسير القضائي الدستوري في ضمان الأمن القانوني

ان تفسير نص تشريعي يعني تحديد معناه، من خلال إزالة غموضه وتوضيح نطاقه وتحديد المعنى المباشر له، ويشير هذا التفسير إلى جميع القواعد القانونية بغض النظر عن أصلها، ولكن يبدو أن أهميتها أكثر ارتباطاً بالقواعد الدستورية المكتوبة لأن كلماتها محددة، فمن الضروري للدستور أن يدرج في صلبه

(1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (17/ اتحادية/ 2017) بتاريخ 2017/8/21 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/11.

شرحاً لطرق تفسير أحكامه والقيود التي يجب أن تمتثل لها السلطات المخولة بالتفسير، لتحديد المعنى الحقيقي للقواعد، ولبيان ذلك لابد من توضيح ماهية التفسير القضائي، وهذا ما سنوضحه في الفرع الأول أما الفرع الثاني فنخصه لبيان أثر التفسير التشريعي في ضمان الأمن القانوني.

الفرع الأول

ماهية التفسير القضائي للنصوص التشريعية

يحتل تفسير النصوص الدستورية مكانة مهمة مقارنة بالنصوص التشريعية الأخرى، لأن الوثائق

الدستورية وخصوصاً الجامدة منها لا يمكن تعديلها بسهولة، ومن ثم لا يمكن معالجة غموضها إلا من خلال اللجوء إلى التفسير من خلال أساليب مختلفة في التفسير وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

أولاً: مفهوم التفسير: ان تحقيق العدالة بمدلولها الموضوعي يختلف باختلاف المجال الذي تعمل فيه ارادة القاضي الدستوري ضيقاً واتساعاً، فإذا كانت النصوص التشريعية مقيدة لأرادته كان معنى العدالة مردوداً إلى نصوص القانون، دون ان يساهم القاضي في حمايتها، فقد بقيت عدالة الدستور لمدة طويلة اسيرة استخلاص النية الحقيقية لواضعي الدستور، أخذا بحجة ان واضع النص اجدر بتحقق مراده فتقف ارادته في تفسير نصوص الدستور والقانون عند حد قصد واضعوه (1).

فالتفسير هو تحديد معنى النص التشريعي وما هو وارد في القاعدة القانونية من خلال توضيح غموضها وتوضيح مقاصدها، فالتفسير، إذن "هو العملية العقلية التي تعطي معنى للنصوص التشريعية، سواء كانت دستورية أو قانونية" (2).

ويتولى القضاء الدستوري تفسير النصوص الدستورية عندما يتعامل مع قضية ما، أو عندما يطلب منه مباشرة هذا التفسير، لأن الوثيقة الدستورية مهما كانت دقيقة وشمولية، فلا يمكن ان تشمل كل تفاصيل وضروريات الحياة الواقعية (3)، لذلك ينطلق التفسير القضائي من جوهر عمل القضاء وطبيعة العمل

(1) د. حسين احمد مقداد، المصدر السابق، ص 711.

(2) د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير في تفسير أحكام الدساتير دراسة دستورية فقهية قضائية مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص 15 ص 16.

(3) د. إحسان حميد المفرجي، د. زغير نعمة، الدكتور رعد ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، الطبعة الثانية، بغداد، 2007، ص 242.

وظائفه، ويتشابه الاجتهاد مع التفسير في ان كلاهما يعمل على إزالة الغموض، فكلاهما عملية ذهنية منطقية تقتضي اتباع قواعد عملية للتوصل إلى حل وحكم يتم استنباطه لمعالجة حالة واقعية⁽¹⁾.

لكن هناك العديد من نقاط الخلاف بينهما، ففي التفسير توجد هنالك قواعد قانونية لكنها غامضة للغاية، ويحتاج معنى القواعد إلى توضيح، اما في الاجتهاد قد لا توجد قواعد قانونية يلجأ إليها القاضي، مما يتطلب منه استنباط القواعد القانونية وإيجادها مبرر القاضي في تفسير النص هو عدم وضوحه اما في الاجتهاد فإن الحفاظ على المصلحة العامة وتحقيق العدالة هو المبرر للجوء القاضي إلى الاجتهاد⁽²⁾.

وتثير مشكلة الجهة المختصة بتفسير الدستور مشاكل في الدول التي لا تملك دساتيرها نصوص واضحة تحدد الجهة المختصة بالتفسير⁽³⁾، وقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن إعطاء القضاء الدستوري مكنة تفسير الدستور فاتجاه يعارض التفسير القضائي للدستور لانهم يرون ان القضاة سيعملون على عقد مقارنة بين ما يريدونه من النصوص الدستورية وبين ارادة المشرع الدستوري من جهة أخرى⁽⁴⁾، ومن ثم سيرجعون ارادتهم على ارادة المشرع الدستوري⁽⁵⁾، وهذا ما سلكه القضاة في المحكمة العليا الأمريكية التي غالت بانفرادها بتقرير القيم الدستورية حتى بينوا ان الدستور هو ما يقرره القضاة.

(1) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، ط2، كوردستان، 2009، ص13.

(2) د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير في احكام الدساتير، المصدر السابق، ص52.

(3) هنالك إتجاه يرى انه في حال خلا الدستور من تحديد الجهة المختصة بالتفسير فالسلطات في الدولة كافة تملك الحق في تفسيره وهذا ما تبناه النائب العام الأمريكي (ادوين ميز) في ثمانينيات القرن العشرين متحديا وجهة النظر التي تذهب إلى ان الهيئة القضائية هي الحكم النهائي في القضايا الدستورية، وعلق على ذلك بالقول " ومن ثم فان المحكمة العليا ليست المفسر الوحيد للدستور، فكل فرع من فروع الحكومة الثلاث التي تم خلقها من قبل الدستور وتزويدها بالسلطة- اذن السلطان التنفيذية والتشريعية ليست بأقل من القضائية في هذا الخصوص وعليهما واجب تفسير الدستور في ادائهما لوظائفها الرسمية" ومن جانب اخر يرى البعض أن في حال خلا الدستور من الإشارة إلى الجهة المختصة بالتفسير فإنه يعهد لفرع من فروع الحكومة السلطة النهائية في تفسير جميع النصوص الدستورية. فعلى الرغم من قيام كل مؤسسة حكومية بتفسير الدستور، فسيعهد لفرع واحد بدور الحكم أو الفيصل، فأراهه تحل النزاعات ونهاية حتى يتم ابطالها بواسطة تعديل دستوري ويصدق (ماديسون) على هذا النهج في اعلان رئيس المحكمة العليا (جون مارشال) الشهير: " انها وبشكل حاسم نطاق سلطة وواجب الهيئة القضائية أن تتولى تحديد ما هو القانون. " لأن القضاء يمثل الجانب العملي للقانون اضافة إلى طابعه الواقعي وان المحاكم أقدر من غيرها على تطبيق ما تراه من تفسير للقانون. ينظر: د. سرهنك حميد البرزنجي، تفسير الدستور في ضوء أحكام الدستور العراقي النافذ وتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 14، العدد 2(عدد خاص)، 2011، ص 14.

(4) ينظر: د. إحسان حميد المفرجي، ود. زغير نعمة، ود. رعد ناجي، المصدر السابق ص 242.

(5) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص 73 ص75.

واتجاه اخر يتردد بمنح القضاء تفسير الدستور فيعهد اليه بتفسير القوانين العادية لأن منحهم حق تفسير الدستور سيؤدي إلى تعديله، وهذا لا يمكن خصوصاً في الدساتير الجامدة، ومن ثمّ فهم خلطوا بين التفسير والتعديل، في حين ان الاتجاه الاخير يؤيد منح القضاء الدستوري تفسير الدستور، ويؤيدون دعمهم بالقول ان الدساتير الديمقراطية تكون المحاكم فيها هي الضمانة الأساسية والأولى في تفسير الدستور تفسيراً ملزماً وقطعياً⁽¹⁾.

وقد منح القضاء الدستوري لنفسه حق التفسير الدستوري في الكثير من الاحيان، دون وجود نص يعطيه هذا الاختصاص مثال ذلك: المحكمة العليا الأمريكية فتتولى تفسير الدستور، بالرغم من عدم ورود نص صريح في الدستور الأمريكي يمنحها هذا الاختصاص، لكنه انبثق نتيجة اجتماع عدة أسباب ووجود كثير من المشاكل التي اكتنفت الدستور منها الاقتضاب والإيجاز، مما أدى إلى فراغ في كثير من نصوصه أو استعمال العبارات الغامضة ذات التراكيب المفتوحة، وبعض العبارات التي تحمل في طياتها معنى الإطلاق والواقع يحتاج إلى تحديد فظهرت الحاجة إلى التفسير⁽²⁾، كما استندت إلى نص المادة (3/ ثانياً) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787 المعدل التي نصت على ان: (الفصل في جميع القضايا المتعلقة بالقانون والعدل، التي تنشأ في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المعقودة أو التي ستعقد بموجب سلطته...)⁽³⁾.

(1) د. هشام عبد المنعم عكاشة، المحكمة الدستورية العليا (قاضي التفسير)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص54 وما بعدها.
 (2) د. حسن علي عبد الحسين البديري، دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في سد الفراغ الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة)، مؤسسة العارف للمطبوعات، 2021، ص119.
 (3) قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1958 في قضية Trop V. Dulles التي تتلخص وقائعها في ان احد مواطني الولايات المتحدة الأمريكية، يتمتع بجنسيته بحكم الميلاد، التحق بالخدمة العسكرية إلا أنه تهرب منها، ثم عاد وسلم نفسه طواعية وأحيل إلى المحاكمة العسكرية حيث حكم عليه بالسجن مدة ثلاث سنوات فضلاً عن العقوبة المالية، مع اعتبار تسريحه من الخدمة بسبب مخزٍ وبعد مضي ثمان سنوات على هذا الحكم تقدم 'Trop' بطلب لإصدار جواز سفر، إلا أنّ طلبه قوبل بالرفض، واستندت السلطات في ذلك إلى قانون الجنسية الصادر 1940، الذي نص على عقوبة خاصة لأفراد الجيش الذين سرحوا منه لأسباب تأديبية مؤداها فقدانهم جنسيتهم الأمريكية، فطعن بدستورية القانون أمام المحكمة العليا، فوجدت المحكمة أن ما نص عليه قانون الجنسية من عقوبة التجريد من الجنسية مخالفاً للتعديل الثامن الذي تضمن منع العقوبات القاسية وغير العادية إذ إنّ هذا التعديل كفل الكرامة التي تعد معلمة من معالم المجتمع المتحضر، ولهذا فالدستور منع العقوبات القاسية وغير العادية، وتضيف المحكمة أن تطبيق هذا المنع الذي تضمنه التعديل يجب أن يكون على وفق المعايير الحالية وليس على وفق الظروف التي وضع فيها التعديل الدستوري وهنا تكون المحكمة قد فسرت التعديل الثامن للدستور على وفق الوسائل الديناميكية التي تعني أن التفسير الدستوري يجب أن يعاصر جميع التطورات وقت التعديل فالمحكمة رأت أن الحكم عما إذا كانت العقوبة قاسية وغير عادية من عدمه، إنما يكون على وفق الظروف الراهنة وليس وقت تبني التعديل الثامن وهنا حافظت المحكمة العليا على الأمن القانوني بمعناه المتطور ينظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية Trop V. Dulles عام 1958 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا الأمريكية على الرابط <https://supreme.justia.com/cases/federal/us> تاريخ الزيارة 2022/12/22.

وفي مصر اغفلت جميع دساتيرها النص بشكل صريح على منح القضاء الدستوري حق تفسير الدستور، وعندما تم إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا نص على اختصاصها في تفسير النصوص القانونية⁽¹⁾، وأكد على أنها يمكن ان تنظر في تفسير نصوص الدستور، إذا اقيمت امامها دعوى بعدم دستورية قانون معين، طبقاً لمتطلبات فحص الدستورية، فأنها تراقب التفسير فقط عند نظر الرقابة على دستورية القوانين⁽²⁾.

اما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد جاء بنص صريح ليحدد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في التفسير اذ نصت المادة (93) منه على ان " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي " اولاً: الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة ثانياً: تفسير نصوص الدستور...".

ومن الجدير بالإشارة اليه ان التفسير القضائي يتميز بمزايا عدة، منها طابعه العملي فهو يبرز في تطبيق النصوص الدستورية على القضايا الواقعية التي أثرت، وقد جادل بعض الفقهاء بأن التفسير القضائي عملي في المقام الأول، لأن القضاة يستخدمونه لتحقيق العدالة ولحل الخلافات، فالقاضي حريص على تحقيق العدل وتحقيق العدالة الحقيقية أمامه⁽³⁾، كما ان التفسير القضائي ملزم، فالأصل في التفسير انه غير ملزم إلا بشأن النزاع التي صدر التفسير بمناسبة الفصل فيه، وهو غير ملزم لمحكمة أخرى، أما التفسير القضائي للدستور فهو ملزم بالنسبة لجميع المحاكم والسلطات الأخرى، والغاية من ذلك حماية النصوص الدستورية والعمل على تطبيقها⁽⁴⁾.

مما تقدم نرى أنّ المحكمة الاتحادية العليا بمنحها اختصاص تفسير الدستور، كانت الغاية الأساسية منه ضمان مواكبة الدستور للمستجدات، فالدستور مهما كان متطور لا يمكن له ان يواكب الظروف المستجدة والتطورات الحاصلة في المجتمع، وهنا نكون امام عدة خيارات منها التعديل الدستوري، الذي هو صعب

(1) نصت المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (48) لسنة 1979 على أنّ (تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية مما يقتضي توحيد تفسيرها)

(2) د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص238.

(3) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص131.

(4) فريد كريم علي الشيباني، دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في ضمان سيادة الدستور (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2015، ص295.

جداً، وبين التعطيل الدستوري والذي هو مضر جداً، وبين التفسير الدستوري وهو الانسب والضامن الأساس لاستقرار النصوص الدستورية ومن ثم تحقيق الأمن القانوني.

ثانياً: شروط وآليات التفسير وأثرها في الأمن القانوني

ان لآليات وشروط التفسير دور في ضمان الأمن القانوني لا يقل عن دور التفسير ذاته، اذ لا يمكن للقضاء الدستوري ان يمارس التفسير، مالم تكن هنالك شروط وآليات لطلب التفسير وهذا ما سنوضحه تباعاً:

1- شروط التفسير القضائي

اختلفت اتجاهات المشرعين في شروط طلب التفسير، فالمشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية منح هذا الحق لوزير العدل، بناءً على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الاعلى للهيئات القضائية، على أن يبين في طلب التفسير النص التشريعي المراد تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق ومدى الاهمية التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحده تطبيقه⁽¹⁾.

ونرى هنا ان المشرع المصري قد اشرك أغلب الجهات في طلب التفسير، ايماناً منه بأهمية تفسير القوانين من أجل تطبيقه، لذلك جعل من بين شروط الطلب (بيان اهمية القانون).

اما المشرع العراقي فقد تجاهل ذكر الية طلب التفسير في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، وفي قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل ونظامها الداخلي رقم (1) لسنة 2005، إلا أنه تدارك هذا الإغفال في النظام الداخلي الجديد للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022، اذ حدد شروط طلب التفسير بالاتي:

أ- وجوب تقديم طلب التفسير من إحدى الجهات الرسمية حصراً

يجب أن يتم تقديم تلك الطلبات من إحدى الجهات الرسمية، وبخلاف ذلك لا يقبل طلب التفسير، اذ بين النظام الداخلي الجديد وجوب تقديم طلب التفسير من احدى السلطات الاتحادية الثلاث والوزارات والهيئات المستقلة ورئاسة وزراء الإقليم والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظين⁽²⁾، وبذلك يكون لكل من رئيس مجلس النواب أو أحد نوابه أو من رئيس مجلس الوزراء أو واحد نوابه أو الوزراء حق التفسير، وهذا أمر

(1) ينظر: المادة (33) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979.

(2) ينظر: المادة (19) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022.

طبيعي بوصف رئيس مجلس النواب هو من يمثل مجلس النواب ويتحدث باسمه أو من يخوله⁽¹⁾، وكذلك رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو الوزراء، فهو يمارس دوراً إدارياً صرفاً في إدارة المجلس وترأس اجتماعاته. كما يجوز لنواب رئيس مجلس الوزراء تقديم طلبات التفسير، في حال غياب رئيس المجلس أو كانوا مخولين بذلك من رئيس مجلس الوزراء⁽²⁾.

وقد استقرت المحكمة الاتحادية العليا على عدم قبول طلبات التفسير، إذا قدم الطلب من قبل الكتل البرلمانية أو الأحزاب أو منظمات المجتمع المدني⁽³⁾، إلا أنها عادت وقبلت طلباً تفسيرياً من لجنة المتابعة وتنفيذ المصالحة الوطنية، مخالفة في ذلك قراراتها السابقة التي رفضت أي طلب مقدم من غير الجهات المحددة قانوناً⁽⁴⁾، وهذا يؤدي إلى عدم استقرار الأوضاع القانونية والاضطراب فالجهات تارة ترى نفسها قادرة على طلب التفسير وتارة أخرى ترى نفسها ليست ذات حق في ذلك.

مما تقدم نرى أنّ إيراد الجهات التي يحق لها طلب التفسير يجب ان يتم ذكره في قانون المحكمة الاتحادية العليا، لكي يحقق قدرأً من الاطمئنان لدى طالبي التفسير، ولكي لا توضع شروط مفاجأة وغير مذكورة من قبل المحكمة، لأن وضع شرط غير مذكور في قانون المحكمة ولا في نظامها الداخلي، وإلزام الكافة بالتقيد به يفتح المجال واسعاً لأدراج شروط أخرى غير واردة، وهذا يمس مساساً مباشراً بتحقيق الأمن القانوني.

ويثار التساؤل هنا هل ان تعدد الجهات التي تفسر فيها المحكمة الاتحادية العليا الدستور سواء كان التفسير عن طريق الدعوى الدستورية أو عن طريق الطلب المباشر الأصلي، يؤثر على وحدة القرار التفسيري الصادر من المحكمة الاتحادية العليا؟ الجواب هنا يكون بالنفي لان اختلاف الجهة طالبة

(1) ردت المحكمة طلباً للمشورة القانونية مقدم من رئيس اللجنة القانونية في مجلس النواب، لان المادة (5) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) السنة 2005، اشترطت أن يقدم مثل هذا الطلب بكتاب بتوقيع الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، أي كان المفروض تقديم مثل هذا الطلب بتوقيع رئيس مجلس النواب أو أحد نوابه. ينظر: قرار المحكمة الاتحادية رقم (9/ اتحادية/ 2009) في 2009/2/5 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/10.

(2) د. محمد فوزي نوجي، و د. عبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر الرابع (القانون اداة الإصلاح والتطوير)، العدد الثاني، الجزء الأول، 2017، ص43.

(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (26/ اتحادية/ 2008) في 2008 /6/23 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/9.

(4) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (29/ اتحادية/ إعلام/ 2011) في 2014/5/5 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022 /11/13.

التفسير لا يؤثر على القرار التفسيري للمحكمة، لان غاية التفسير بيان الغموض بغض النظر عن الجهة المقدمة لطلب التفسير وبالتالي لا يتغير بتغير الجهة مما لا يؤثر على استقرار الامن القانوني.

ب - ان يكون الطلب هو لتفسير نص دستوري، لكون المحكمة الاتحادية العليا لا تنظر في تفسير النصوص القانونية بشكل منفرد، وان يكون النص الدستوري قد آثار خلافاً في التطبيق⁽¹⁾.

2- آلية طلب التفسير

حدد قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية أن يبين في طلب التفسير النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما آثاره من خلاف في التطبيق ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه⁽²⁾ كما اوجب القانون أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا، موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال⁽³⁾، وحدد النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا بأن يقدم طلب التفسير بطلب تحريري، ويجب ان يرسل بكتاب موقع من رئيس السلطة أو رئيس الجهة مقدمة الطلب، متضمناً النص المطلوب تفسيره وسبب الطلب وماهية الخلاف الذي آثاره تطبيقه، ويسجل الطلب لدى المحكمة، كما سمح النظام للمحكمة باستدعاء من ترى ضرورة استدعائه للاستيضاح منه، وتنظر المحكمة بالطلب بدون مرافعة⁽⁴⁾.

ومن الجدير بالذكر ان النظام الداخلي ومن قبله قانون المحكمة الاتحادية والدستور، لم يحدد السبب في طلب التفسير، وان كان النظام الداخلي الحالي قد بين ان يكون هنالك سبب لطلب التفسير، لكن ما هذا السبب؟ فلو كان سببه منازعة قضائية قائمة بقضية ارتبط حسمها بالتفسير، لكان طلب التفسير ممكن ان تحركه تلك المحكمة ذاتها، فضلاً عن ذلك ان فتح باب طلب التفسير، ممكن ان يؤدي إلى ورود الكثير من طلبات التفسير بشأن مسألة معينة، مثلما تعددت طلبات التفسير بشأن صلاحيات رئيس الجمهورية (مجلس الرئاسة)⁽⁵⁾، وهذا من شأنه ان يؤدي إلى اضطراب الأمن القانوني، إذ إنّ تعدد التفسيرات بشأن القضية ذاتها يخل بمبدأ الأمن القانوني، والثقة المشروعة بتفسيرات المحكمة الاتحادية العليا.

(1) ينظر: المادة (24) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022.

(2) ينظر: المادة (33) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لعام 1979.

(3) ينظر: المادة (34) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية المعدلة بموجب القانون 10 لسنة 1986.

(4) ينظر: المادة (24) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022.

(5) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (21/ اتحادية /2007) في 2007/9/26 وقرارها بالعدد (28/ اتحادية

2007/ في 2008/1/8 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>

تاريخ الزيارة 2022/8/13.

الفرع الثاني

أنواع التفسير ودورها في ضمان الأمن القانوني

هنالك أنواع عدة من التفسير يتم الاستعانة بها من قبل القضاء الدستوري لبيان معنى النص الدستوري أو القانوني وهذه الأنواع تتمثل بالآتي:

أولاً: التفسير المضيف

تُعد القرارات التفسيرية ذات طبيعة كاشفة لإرادة المشرع الحقيقية وليست ذات طبيعة منشأة، فإن أثرها يترتب من تاريخ صدور القرار المُفسر، لذلك لا بد ان لا تتضمن تلك القرارات التفسيرية اية تعديلات ممكن ان تؤدي إلى اعتبارها قوانين معدلة لا قرارات تفسيرية⁽¹⁾، ويهدف القاضي الدستوري من هذا التفسير إبداء الاحترام لإرادة المشرع، بتفادي الحكم بعدم الدستورية، وكفالة الحقوق والحريات، ويحدث هذا التفسير تحولا في مغزى القانون دون أن يمس الصياغة النصية له⁽²⁾ في سبيل علاج القصور وإصلاح ما يترتب عليه من ضرر، وأثبت الواقع العملي للمحكمة العليا الأمريكية التجائها في العديد من القضايا إلى الأخذ بالتفسير المضيف للتشريع، وذلك لقيامها باستنباط قاعدة تشريعية ضمنية تتفق وقصد المشرع، هدفها من ذلك تجنب الحكم بعدم الدستورية⁽³⁾.

اما المحكمة الدستورية العليا في مصر قد ذهبت إلى عدم امكانية إدخال هذا النوع من التفسير عند تقديم طلب التفسير إليها أو عند نظرها الدعوى الدستورية⁽⁴⁾، إذ إنها رفضت اي تفسير يتعارض مع الغاية التي يقصدها المشرع، واشترطت اقتصار التفسير على بيان المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية، وأن التفسير الذي يرمى إلى تعديل في النصوص التشريعية حتى ولو عن طريق إضافة شرط جديد لم يتضمنه النص، يُعد من الاغراض التي تتنافى بطبيعتها مع التفسير التشريعي⁽⁵⁾.

(1) د. شورش حسن عمر ود. خاموش عمر عبد الله، دراسات في القضاء الدستوري، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2021، ص98.

(2) د. ميثم حنظل شريف وصبيح ووح حسين الصباح، دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، المجلد (25)، العدد2، 2017، ص527.

(3) وهذا ما حدث في قضية. *Duy Dac V Cree* لسنة 2000، إذ أكدت فيها المحكمة العليا بأنه ينبغي عند الاقتضاء، تفسير التشريعات بطريقة بناءة، شريطة أن لا يكون التفسير ضد النية الواضحة للكونغرس. Bernard Schwartz, A History of the Supreme Court, Oxford University Press, New York, U.S.A, 1995, p45.

(4) د. ميثم حنظل شريف وصبيح ووح حسين الصباح، المصدر السابق، ص529.

(5) إذ قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها في القضية رقم 11 لسنة 13 قضائية لعام 2000 بأن (الرقابة القضائية التي التي تباشرها هذه المحكمة العليا في شأن الشرعية الدستورية لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً

وقد أكد المشرع العراقي على الدور الإنشائي المتطور للقاضي العراقي، أثناء النظر في النزاع أو الواقعة المعروضة في قانون الإثبات المرقم (107) لسنة 1979، إذ ألزم القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون، ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه⁽¹⁾، وهذا النص صريح بمنح القاضي حق الاجتهاد لإكمال النقص، وأخذت المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالتفسير المنشئ؛ لتضمن استمرارية النصوص الدستورية لمواكبة التطورات المستحدثة، ويظهر التفسير المنشئ في العديد من قراراتها منها قرارها الذي أجازت تأخير تسمية بعض الوزراء المنصوص عليها في المادة (76/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ومنحت في ذات القرار الحق لمجلس النواب بالموافقة على الوزراء والمنهاج الوزاري خارج تلك المدة، وهنا يبرز الدور الإنشائي للمحكمة في تكملة النصوص الدستورية⁽²⁾.

وقد استخدمت المحكمة الاتحادية العليا التفسير المضيف، عندما وسعت من اختصاصاتها ليشمل تفسير النصوص القانونية وعدم الاقتصار على النصوص الدستورية، فقد اجابت المحكمة على طلب استفسار مقدم من رئيس اللجنة القانونية في مجلس النواب، أشار فيه إلى الاجتهادات الكبيرة المتعلقة بالجهة المختصة بتفسير القوانين الاتحادية، وقيام الوزارات بإصدار إعلانات بالتفسير اختلف تطبيقها، لتحسم فيه الجدل بتأكيدا على اختصاص المحكمة بتفسير نصوص القانون؛ استنادا لقاعدة من يملك الكل يملك الجزء، ووضع ضوابط محددة، منها "ضرورة أن تكون القوانين نافذة، وأن تفسيرها يكون بمناسبة خصومة قائمة منظورة أمام هذه المحكمة للبت بدستورية القانون موضوع التفسير، أو بمناسبة استفسار يرد إليها حصرا صادر عن إحدى السلطات الاتحادية في الدولة، كالسلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب ومجلس الاتحاد والسلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، والسلطة القضائية ممثلة بـ(مجلس القضاء الأعلى)، أو من رئيس الوزراء في حكومة اقليم كردستان، على أن لا يكون الاستفسار بمناسبة تطبيق القانون على خصومة قائمة أمام هذه المحكمة، أو قضية معروضة على القضاء العادي أو الإداري التي حدد مرجع الطعن فيها، وعلى أن يرد

يجنبها الوقوع في هاوية المخالفة الدستورية إلا أنه من المسلم ايضاً أنه إذا ما استعصى تفسير النصوص المطعون عليها بما يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور فإن وصمها بعدم الدستورية يغدو محتما إذا لا يسوغ ان تفسر النصوص القانونية قسراً على وجه لا تحتمل عباراتها، ولا يستقيم مع فحواها بقصد تجنب الحكم بعدم دستورتها، والا انحلت الرقابة الدستورية عبثاً.. ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (11 لسنة 13 قضائية لعام 2000) منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/12/1

(1) ينظر: المادة (3) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (93/اتحادية/ 2010) في 2010/12/19 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/16.

الاستفسار بكتاب موقع من رئيس السلطة⁽¹⁾، وكان هدف المحكمة من ذلك هو حماية الأمن القانوني، إذ إن تفسير المحكمة للقوانين يجعل من السهولة لها اكتشاف العيوب الدستورية فيها وحماية سمو الدستور، إلا أن ما يهدد الأمن القانوني تذبذب المحكمة الاتحادية العليا في قراراتها، فتارة امتنعت عن تفسير النصوص القانونية واحالتها إلى مجلس الدولة وتارة قبلت تفسيرها⁽²⁾، ونرى ان هذا التذبذب يؤثر بلا شك في استقرار الامن القانوني .

صفوة القول ان التفسير المضيف له دور كبير في حماية النصوص القانونية من الحكم بعدم دستوريته، كما له دور كبير في استقرار النصوص الدستورية، فهو يمنح للقاضي الصلاحية الواسعة لكي يفسر النصوص تفسيراً يواكب التطورات، ومن ثم يعمل على استقرارها وحمايتها من التعديل أو التعطيل.

ثانياً: التفسير الاستبدالي

يستخدم القاضي الدستوري هذا النوع من التفسير ليحدث تحولاً في معنى التشريع، عن طريق استبدال بعض ما يحتويه النص من قواعد بألفاظ جديدة أكثر اتفاقاً، اي العمل على سحب القاعدة المخالفة للدستور، وإدخال قاعدة مطابقة له؛ لحماية النص التشريعي من عيب عدم الدستورية، ولما كان هذا النوع من التفسير يطور معنى النصوص التشريعية والمراكز القانونية التي رتبها القوانين، ومن ثمّ حماية واستقرار الأمن القانوني دون الحاجة إلى استبدالها بغيرها، فقد لجأت المحكمة العليا الأمريكية لهذا النوع من التفسير لجعل أحكامها بديلة للجزء الذي تم اقصائه⁽³⁾، وأخذت المحكمة الدستورية العليا في مصر بهذا النوع من التفسير لتجنب الحكم بعدم الدستورية⁽⁴⁾.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (48/ اتحادية / 2021) في 2021/6/6 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط الالكتروني <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/16.

(2) اذ قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن(المادة (93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 والمادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 قد حددتا اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، وليس من بين هذه الاختصاصات تفسير مواد النظام الداخلي لمجلس النواب وحيث أن ذلك يدخل ضمن اختصاص مجلس شورى الدولة بموجب أحكام المادة (6) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979، لذا يكون طلب هيئة رئاسة مجلس النواب خارج اختصاص المحكمة الاتحادية العليا) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (15/اتحادية/2007) في 2007/7/16 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/20.

(3) د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية العليا بين عهدين، ط1، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2018، ص169.

(4) فقد استخدمت المحكمة الدستورية العليا المصرية سلطتها لتفادي الحكم بعدم دستورية القرار بقانون رقم (42) لسنة 1967 بشأن تفويض بعض الاختصاصات فحكت ببطان قرار وزير المالية رقم (381) لسنة 1982 الذي يخول مدير الجمارك ان يطلب من النيابة العامة رفع دعوى جنائية بعد ان اناب وزير المالية عنه استناداً إلى المادة (124) مكرراً من قانون الجمارك رقم (66) لسنة 1963 التي لا يجوز بمقتضاها رفع الدعوى الجنائية في شأن الجرائم المنصوص عليها بقراراتها الأولى الا بناء على طلب من وزير المالية أو من نيابه. ينظر: د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص282.

اما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد اعتمدت التفسير الإستبدالي في قرارها التفسيري بشأن تفسير الكتلة الأكبر الواردة في المادة (76) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، إذ قررت المحكمة أن الكتلة النيابية الأكثر عدداً أو الكتلة التي يحق لها تشكيل الحكومة، هي الكتلة التي تكونت بعد الانتخابات، وإن المستقر في الأعراف الدستورية وفي الأنظمة البرلمانية، أن الكتلة الأكبر عدداً هي التي تشكلت قبل الانتخابات⁽¹⁾.

وعلاوة على ذلك فيجب على القاضي الدستوري عندما يفسر النص، سواء كان دستورياً أو قانونياً، ان لا يغير معنى النص ويكتفي بالتفسير دون التأويل، وهذا ما راعته المحكمة الاتحادية العليا في رأيها التفسيري الصادر بناء على طلب الأمانة العامة لمجلس الوزراء بصدد تفسير المادة (1) من الدستور، وموقف الدستور من انفصال احد الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة بإقليم وتحديد عبارة (وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق)، إذ أوردت المحكمة في رأيها التفسيري (.. وتجد المحكمة الاتحادية العليا ان هذه الموافقة وهذا الإلزام من الحاكم والمحكوم ان يكون العراق بحدوده الجغرافية المعترف بها دولياً وبمكونات نظامه الاتحادي المنصوص عليها في المادة (116) من الدستور.. دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة.. وان تكون مواد الدستور ضامنة لوحدة العراق..، ولم تجد المحكمة الاتحادية العليا من خلال استعراض نصوص جمهورية العراق لسنة 2005 ودراستها نصاً يجيز انفصال أي من مكونات النظام الاتحادي في جمهورية العراق.. في ظل أحكامه النافذة والتي تعد ضامنة لوحدة العراق: كما هو منصوص عليه في المادة (1) موضوع طلب التفسير.."⁽²⁾، وبذلك حافظت المحكمة الاتحادية العليا بما هو وارد في نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005، ولم تسمح بتقسيم العراق من خلال انفصال إقليم كردستان، لان نصوص الدستور جاءت ضامنة لوحدة العراق، وليس من الوحدة في شيء انفصال إقليم كردستان عن العراق⁽³⁾، كما حافظت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها هذا على اليقين القانوني بنصوص الدستور، ومن ثمّ حمت مبدأ الأمن القانوني من ان ينتهك من خلال الخروج على نصوص الدستور والسماح بأنفصال إقليم كردستان.

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (25/ اتحادية/ 2010) في 2010/3/25 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/2.

(2) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (122/ اتحادية / 2017) في منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/19.

(3) د. ياسر عطوي الزبيدي، الامر الولائي الصادر من المحكمة الاتحادية العليا (دراسة تحليلية في ضوء قرارها المتعلق باستفتاء انفصال إقليم كردستان العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، المجلد 12، العدد 2، 2020، ص 17.

إلا أنها قد افرغت النص الدستوري من محتواه في تفسيرها الخاص ببيان مفهوم المادة (92/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، ولضمان صحة الإجراءات المتخذة في مجلس النواب مع الدستور فيما يتعلق بالتصويت على قانون المحكمة الاتحادية العليا، طالبين فيه تفسير المادة المذكورة آفاً وهل يكون التصويت على مواد القانون بالأغلبية البسيطة لعدد الأعضاء الحاضرين استناداً لأحكام المادة (23) من النظام الداخلي للمجلس أم بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، إذ وجدت المحكمة الاتحادية العليا وبالرجوع إلى نص المادة (92/ثانياً) من الدستور والتي نصت على أنّ " تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب "، فقضت المحكمة أن تشريع القانون الجديد للمحكمة الاتحادية العليا يتطلب المصادقة عليه بالتصويت على مواد القانون بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب كما يتطلب المصادقة على القانون ككل⁽¹⁾.

فهنا كانت الشروط صارمة لإقرار هذا القانون، ونتيجة ذلك فقد اخفق مجلس النواب في المصادقة على قانون المحكمة الاتحادية العليا نتيجة هذا الشرط، مما جعله يذهب إلى الخيار الأسهل وهو تعديل القانون، وهذا بما لاشك فيه أثر على مبدأ الأمن القانوني، إذ إنّ المحكمة الاتحادية العليا كانت بحاجة إلى إصدار قانون جديد لما يعاني منه القانون الحالي من نقص، فلا يكف مجرد التعديل لتحقيق الأمن القانوني واستقرار الأوضاع القانونية، فكان بإمكان المحكمة الاتحادية العليا ان تلجأ إلى التفسير الاستبدالي غير المخالف للنص الدستوري وتخفف من حدة هذا النص.

ثالثاً: التفسير اليعازي (التوجيهي)

يقصد بالتفسير اليعازي أو التوجيهي قيام القاضي الدستوري بتحديد مواطن الخلل وتوجيه المشرع إلى معالجة موضوعات معينة، تتضمنها النصوص الدستورية، أو قد يكون على شكل توجيهات تتعلق ببيان كيفية تطبيق النصوص الدستورية، ورسم مسار معين عن طريقه يتم تحديد الإطار العام للسلطات المكلفة بتطبيقها، وتختلف قرارات المحاكم الدستورية الصادرة بطريق منهج التفسير الموجه عن غيرها من آليات التفسير التي تم عرضها؛ لأنه موجه بصفة أصلية مباشرة إلى السلطة المختصة بتطبيق القانون، لما يحمله من توجيهات تتعلق ببيان كيفية تطبيق النص الذي قرره القاضي؛ لأنه بتلك الصورة يعد أكثر اتفاقاً واتساقاً مع أحكام الدستور⁽²⁾.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (44/ اتحادية/ 2015) في 28/4/2015 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/8/19.

(2) د. محمد فوزي النويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري (دراسة مقارنة)، ط1، دار مصر، القاهرة، 2008، ص189 وص153 وما بعدها.

وقد أخذت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالتفسير التوجيهي في بعض قراراتها⁽¹⁾، أما المحكمة الاتحادية العليا فقد اوصت في احدي قراراتها إلى لجنة تعديل الدستور في مجلس النواب، لاتخاذ ما يلزم لوضع نص في صلب الدستور يعالج كيفية انتخاب رئيس مجلس النواب أو أحد نوابه في حالة شغور منصب أي منهم لأنها وجدت بان المادة (12/ثالثاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب التي تنص على أن "إذا خلا منصب رئيس المجلس أو نائبيه لأي سبب كان ينتخب المجلس بالأغلبية المطلقة خلفاً له في أول جلسة يعقدها لسد الشاغر وفق لضوابط التوازنات السياسية بين الكتل"، وهذا يعد من القواعد الموضوعية التي لا يجب أن تدرج في النظام الداخلي؛ لأن الأخير مهمته تنظيم سير العمل في المجلس، وهذا النص يلزم النص عليه في صلب الدستور⁽²⁾، وبما لا يدع مجالاً للشك فأن لجوء المحكمة الاتحادية العليا إلى التفسير التوجيهي كانت الغاية الأساسية منه هي حماية مبدأ الفصل بين السلطات، لان وضع التشريعات هي من اختصاص المشرع ذاته، وان قيام المحكمة بوضع تلك النصوص يمثل اعتداءً على هذا المبدأ، ومن ثمّ مساساً بالأمن القانوني باحترام النصوص الدستورية فأكتفت المحكمة بتوجيه المشرع لكي لا تمس بالاختصاص المناط به ومن ثمّ تمس بنصوص الدستور والأمن القانوني لهذه النصوص.

رابعاً: التفسير التكاملي: المقصود بالتفسير التكاملي للنصوص التشريعية التنسيق والتكامل بين النصوص التشريعية، للوصول إلى المعنى الصحيح للنص محل التفسير، اي إن الجهة القائمة على التفسير تلجأ إلى دلالة ألفاظ النص المراد تفسيره، لاستنباط معنى القاعدة القانونية، واذا كانت دلالة الألفاظ غير كافية في ذاتها لبيان وتحديد معنى القاعدة القانونية التي يحويها النص، فيلجأ إلى التفسير التكاملي، الذي يستند على التنسيق بين النصوص القانونية للوصول إلى المعنى الصحيح للنص محل التفسير، ويمكن اللجوء إلى التفسير التكاملي في حالة ما إذا كانت عبارة النص المراد تفسيره واضحة المعنى، و ألفاظه ظاهرة دلالاتها، إلا أن تطبيقه على الحالة المعروضة قد ينتج عنه نتائج تتعارض مع المنطق السليم، وتقويت الحكمة التي يستهدفها النص⁽³⁾.

(1) اذ ذكرت في احد قراراتها بأن (في نطاق الاغراض التي يتوخاها التعليم وانطلاقاً من مسؤولية الدولة في مجال اشرافها عليه وعلى مقتضى المادة (18) من الدستور فإن موقفها لا يجز ان يكون سلبياً أو متراجعاً أو محدداً بل فعلاً ومؤثراً في تطويره ليكون اكثر فائدة ولا يجوز لاحد الطلبة ان يدعي حقاً في استقرار مفاهيم تعليمية بذاتها دل الواقع على تخلفها عن حقائق العصر....) ينظر: قرار المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 17 قضائية دستورية بتاريخ 1996/5/18 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/8/15.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية رقم (10/ اتحادية/ 2009) بتاريخ 2010 /5/26 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/8/6.

(3) آلان فارنسويرث، المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة، ترجمة د. محمد لبيب شنب، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1962، ص103.

وقد سعى القضاء الدستوري في الدول المقارنة إلى تفسير النصوص الدستورية بموجب الالفاظ الواردة في النص ومنها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾، فقد تبنت المحكمة العليا الأمريكية قاعدةً مقتضاها ان التشريعات المتعلقة بموضوع واحد يجب ان تفسر باعتبارها وحدة واحدة⁽²⁾.

وفي مصر استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنّ الأصل في تفسير النصوص الدستورية هو المحافظة على الوحدة العضوية للوثيقة الدستورية، والتوفيق والتأليف بين نصوصها لتحقيق وحدتها، فنكون بذلك متجانسة، وليست متنافرة أو متناقضة، وعبرت عن ذلك بقولها انه "ويجب عند تفسير نصوص الدستور النظر إليها باعتبارها وحدة واحدة وتكمل بعضها بحيث لا يفسر اي منها بمعزل عن النصوص الأخرى، بل يجب ان يكون تفسيره متسانداً معها ويفهم مدلوله فهماً يقيم بينها التوازن وينأى بها عن التعارض"⁽³⁾.

اما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد سعت جاهدة للحفاظ على الوحدة العضوية لنصوص الوثيقة الدستورية، من خلال الأخذ بمذهب التفسير التكاملي للنصوص الدستورية، وفي هذا السياق تقول المحكمة: "عرف دستور جمهورية العراق الصادر عام 2005 تعابير متعددة للأغلبية المطلوبة من اصوات أعضاء مجلس النواب عند أداء مهامه وذلك تبعاً لدرجة اهمية الموضوع المطروح للتصويت في المجلس فقد تطلب في المادة (61/ثامناً/ب/3) منه الحصول على اصوات الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب عند سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء، اما في حالة سحب الثقة من احد الوزراء فلم تتطلب المادة (61/ثامناً/أ) منه الا الحصول على الأغلبية المطلقة وهي غير الأغلبية المطلقة لعدد اعضائه الوارد ذكرها

(1) قضت المحكمة العليا الأمريكية في عام 1952 في قضية (Youngstown Sheet Tube Co.V.S) بعدم دستورية أمر رئاسي كان قد استصدره الرئيس ترومان يلزم فيه وزير التجارة بالاستيلاء على مصانع الحديد والصلب وإدارتها لمنع إضراب عمال المصانع الذي كان سيؤدي إلى توقفها وما سيتبع ذلك من آثار ضارة، بل حدوث كارثة قومية ولاسيما أن هذه الأحداث نمت في ظل الحرب الكورية، إذ وجدت المحكمة أن الرئيس لم يكن يعتمد على تفويض قانوني لأعماله، بل على سلطاته الإجمالية الواردة في المادة (الثانية) من الدستور وليس بينها سلطة سن القوانين فالدستور صريح في منحها للكونجرس وحده وأضافته المحكمة أن سلطة الرئيس في نطاق الدستور تتمثل في التحقق من أن القوانين تنفذ بإخلاص ومن ثم فهو لا يصنع القانون، وإن سلطته كقائد عام وكذلك سلطاته في الشؤون الخارجية لا يمكن أن تمتد لكي تعطيه السلطة النهائية للاستيلاء على ممتلكات خاصة لمنع حالات الإضرابات، فهذه هي وظيفة صانعي قوانين الامة وتوصلت المحكمة إلى عدم دستورية قرار الرئيس اعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات فلا يجوز للسلطة التنفيذية ممثلة برئيس الولايات المتحدة الأمريكية ان تتوغل في اختصاص اصيل تستقل به السلطة التشريعية وفقاً لأحكام الدستور) حكم اشار اليه د. حسن علي عبد الحسين البديري، المصدر السابق، ص154.

(2) - Ronald L. Watts, Comparing Federal Systems, Second Edition, Ithaca- London, 1999.,P9.

(3) ينظر: قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية في جلسة 1997/1/4، في القضية رقم (2) لسنة (15) قضائية "دستورية"، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1997/1/16.

عند سحب الثقة من رئيس الوزراء، لأن النص قد ذكرها مجردة من عدد الأعضاء، وهي تعني أغلبية عدد الحاضرين في الجلسة بعد تحقق النصاب القانوني للانعقاد المنصوص عليه في المادة (59/أولاً) من الدستور، ولو اراد واضع الدستور الأغلبية المطلقة لعدد الأعضاء لأوردها صراحة كما فعل في المواد (55) و (59/أولاً) و (61/سادساً/أ) و (61/سادساً/ب) و (61/ثامناً/ب/3) و (64/أولاً) من الدستور⁽¹⁾، وهذا ان دل على شيء فهو يدل على أنّ التفسير التكاملي يعد الضامن الأساس للأمن القانوني، لأنه يؤدي إلى استقرار النصوص التشريعية من خلال تفسير النص التشريعي المعروض على القضاء الدستوري كوحدة متكاملة تكمل احدهما الأخرى، فلا يمكن ان يفسر نص دستوري أو قانوني بمعزل عن النصوص الأخرى، لأن ذلك سيؤدي إلى تضارب التفسيرات في حالة ما إذا تم تقديم طلب تفسيري امام المحكمة ذاتها بشأن نص تشريعي اخر.

خامساً: التفسير التوسعي

بادئ ذي بدء لابد من أن نبين ان الاتجاه التوسعي للتفسير التشريعي هو الذي يضمن للتشريع حيويته، فهو لا يتحقق الا عندما يتبع القاضي الدستوري المنهج المتطور في التفسير، وتُعد المحكمة العليا الأمريكية اوائل المحاكم التي تبنت هذا التفسير وذلك في حكمها الصادر عام (1819) في قضية *Mcaulloch* (Maryland)، والذي اكد فيها القاضي (مارشال) على النظرة المعاصرة للدستور مؤكداً على انه ((يتعين علينا أن لا ننسى انه دستور نشرحه، وان هدفه أن يبقى للأجيال القادمة ومن ثمّ يتكيف مع مختلف ازمان الشؤون الإنسانية))⁽²⁾، واكد على انه يجب ان يفسر الدستور في ضوء الاخلاق والسياسة والمناخ الثقافي وقت التفسير، اذ يرى ان الأمن لا يحمى الا من خلال هذا التفسير، لكن هذا الأسلوب من التفسير لا يعني أن ينفصل المعنى الذي يستخلصه القاضي من النص الذي يفسره⁽³⁾، ولقد سلكت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذا المنحى، حيث جاء في حيثيات أحد أحكامها ما يأتي: (... إن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز ألزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بالية عمياء إلا حرث في البحر بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً وإن اخضاع النصوص الدستورية لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لأفاق جديدة

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (214/اتحادية/2006)، في 28/9/2006 وقرارها المرقم (278/اتحادية/2006)، في 2006/12/6 منشورات على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/7/30.

(2) عبد القادر عبد اللطيف الجنابي، دور القضاء الدستوري في تطوير النصوص الدستورية (المحكمة الاتحادية العليا نموذجاً)، ط1، دار المسلة، 2022، ص115.

(3) د. فراس عبد الرزاق حمزة وفرح جهاد عبد السلام، مناهج التفسير ودورها في تطوير القواعد الدستورية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (23)، العدد(4)، 2021، ص14 وما بعدها.

تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافة لها، بل حائلا دون ضمانها... وإن الدستور وثيقة تقديمية لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة، فلا يكون نسيجها إلا تناغماً مع روح العصر وما يكون كافة التقدم في مرحلة بذاتها، يكون حرياً بالإتباع بما لا يناقض أحكاماً تضمنها الدستور⁽¹⁾.

وقد ألزم قانون الإثبات العراقي القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون، ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطرقه⁽²⁾، ووفقاً لنظرية التفسير التوسعي المتطور لنصوص الدستور إنه بمجرد إصدار الدستور يفصل عن إرادة المشرع الدستوري ويكتسب كياناً مستقلاً، ثم يحيى حياته المستقلة في الأزمنة المتعاقبة، لكي يتماشى مع التطور الإجتماعي والإقتصادي والأخلاقي، لذا يجب أن يكون تفسير نصوص الدستور بحسب احتياجات العصر ومتطلبات المجتمع، وهذا في أي حال من الأحوال لا يمس باستقرار الأمن القانوني لأن تحقق الأمن ليس في جمود النصوص وعدم قابليتها للتطور.

وبغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في التفسير، إلا أن من لوازم تجسيد معنى الأمن القانوني وتجزره في التفسير هو ان يستخدم القاضي منهج في تفسير الدستور والقوانين يتسم بالوضوح، إذ إن التطبيق الحرفي لنصوص الدستور يترتب نتائج بالغة الخطورة، وان كان المنطق السليم يوجب احترام القضاء الدستوري لنية واضعي الدستور عند تفسيره لنصوصه، إلا أن نظره القاضي الدستوري قد لا تتطابق مع نظرة السلطة التأسيسية للدستور التي تراعي وجهات نظر معينة ممكن ان تسبب آثار في واقع الجماعة نتيجة انحيازها لأحدى المصالح، كما ان استخلاص النية الحقيقية للمشرع الدستوري باتت من الصعوبة الشديدة في ضوء التطورات المتلاحقة في النظم القانونية⁽³⁾.

وجدير بالذكر ان مفهوم الوضوح في التفسير لا يعني تحديد منهج تفسيري معين يتم اتباعه في كل مسألة بل يعني به تحديد مناهج تفسير مختلفة يحتاجها القاضي الدستوري في الاستدلال عن مراد التشريع مثلا المحكمة العليا الأمريكية قد قضت بعدم دستوريه قوانين الإصلاح الاقتصادي، وقضت بدستوريتها تارة أخرى لا لشيء إلا أنها غايرت في المنهج المتبع ما اظهرها متناقضة في قراراتها،⁽⁴⁾ فقد يعدل القاضي الدستوري في الدعوى المعروضة عليه إلى تفسير يكون بعيد عن التفسير الذي يتفق مع صريح نص الدستور أو القانون، والذي يكون محل اتفاق لدى المفسرين لأنه

(1) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (7 لسنة 16 قضائية) في 10 /2/ 1997 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/8/12.

(2) ينظر: المادة (3) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

(3) د. علي عبد العال سيد احمد، دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية في النظامين المصري والكويتي، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1997، ص 43 وما بعدها.

(4) Ronald Working. Lifs Dominion - New York vintage Book, 1993,P22.

يرى ان التفسير الأول قد يلحق ضرراً جسيماً بالسياسة العامة للدولة، مما يؤدي إلى أزمة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وهذا لا يؤثر على الأمن القانون بل على العكس فإن الأمن القانوني يتحقق من خلال حمايته الأوضاع العامة، فحقيقة استقرار التفسير لا تصادر حق القاضي الدستوري بأن يفاضل بين مناهج التفسير، فمن الممكن ان يكون هنالك مجال للمغايرة في منهج التفسير، اما المسائل التي يكون فيها التماثل القاسم المشترك بينها فليس هنالك مجال لمغادره منهج التفسير المستخدم والا عد مسالك القاضي مصدراً للأخلال بالأمن القانوني عن طريق غموض المنهج في التفسير⁽¹⁾. ومن التطبيقات التي نزلت فيها المحكمة العليا الأمريكية عند مقتضى الأمن القانوني من زاوية احترام التوقعات المشروعة، حكمها في قضية " Regents of the University of California v. Bakke" عام 1978، اذ قضت بأن امتناع كلية الطب من قبول السيد الان باك رغم حصوله على تقدير تراكمي يفوق تقديرات كثير ممن تم قبولهم من الأقليات المرشحة للالتحاق بها، إنما ينطوي على تمييز عكسي؛ فالمحاصصة العرقية في مثل هذه البرامج غير مسموح بها دستورياً⁽²⁾، فهنا لم تخرج المحكمة العليا عن التوقع المشروع في تفسيرها ولم تسعى إلى تغيير تعسفي في مجال تفسيرها لنصوص الدستور.

اما الوسائل التفسيرية المستخدمة من قبل المحكمة الاتحادية العليا في قراراتها التفسيرية بخصوص نصوص متسمة بالوضوح فقد اتسمت بالتضارب، اذ فسرت المحكمة في أحد قراراتها عبارة (حق الجنسية لمن ولد لام عراقية الواردة في الفقرة الثانية من المادة (18) من الدستور على وفق مذهب التفسير الحرفي وبأسلوب التفسير اللفظي، كون النص الدستوري المذكور متصف بالوضوح وقطعية الدلالة⁽³⁾، ولكن المحكمة من خلال تفسير عبارة (حق العمل للعراقيين كافة) في المادة (22/أ) من الدستور، وهو نص متصف بالوضوح وقطعية الدلالة أيضاً، إضافة إلى أتصافه بالإطلاق، سلكت المحكمة في تفسيره مذهب التفسير الحر، وذلك بتحري إرادة المشرع الدستوري من خلال الرجوع لغاية التشريع العادي (المادة 11/أ) من قانون التقاعد الموحد رقم 27 لسنة 2006)، وتقيد المحكمة في تفسيرها إطلاق النص الدستوري بحق العراقي

(1) ينظر: ديسري محمد العصار، المصدر السابق، ص16 ود. حسين احمد مقداد، المصدر السابق، ص269 وما بعدها.

(2) حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية (Regents of the University of California v. Bakke) عام 1978 منشور على الموقع الرسمي الالكتروني للمحكمة العليا الأمريكية على الرابط <https://supreme.justia.com/cases/federal/us> تاريخ الزيارة 2023/2/10.

(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (26/ اتحادية/ 2016) في 2016/11/26 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/27.

المتقاعد الذي يروم التعاقد مع الدولة بتخييره بين راتبه التقاعدي أو راتب أو اجر عمله عند العودة⁽¹⁾، وكان الافضل استخدام المحكمة الاتحادية العليا منهج واحد في التفسير لكي لا يؤدي ذلك إلى الاضطراب والمساس بالاستقرار القانوني .

وقد اصدرت المحكمة الاتحادية العليا قراراً تفسيرياً بشأن حكومة تصريف الاعمال بناء على طلب رئيس الجمهورية، عندما اراد مجلس النواب إصدار قانون الأمن الغذائي، اذ جاء قرار المحكمة الاتحادية العليا التفسيري قاضياً بأن "حكومة تصريف الأمور اليومية تعني بأنها تلك الحكومة المتحولة من حكومة طبيعية بكامل الصلاحيات إلى حكومة محدودة الصلاحيات ويتحقق ذلك بحالتين، الأولى بسحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء إلى حين تأليف مجلس وزراء جديد استناداً لأحكام المادة (61 / ثامناً و ب و ج و د)، والثانية عند حل مجلس النواب، وفقاً لما جاء في المادة (64/ اولاً) من الدستور، وفي كلتا الحالتين يعد مجلس الوزراء مستقبلاً ويواصل تصريف الأمور اليومية التي تتضمن اتخاذ القرارات والإجراءات التي من شأنها استمرار عمل سير المرافق العامة بانتظام وديمومة استمرار تقديم الخدمات للشعب، ولا يدخل ضمنها القرارات التي تنطوي عن أسباب ودوافع سياسية ذات تأثير كبير على مستقبل العراق السياسي والاقتصادي والاجتماعي، ولا يدخل كذلك ضمنها اقتراح مشاريع القوانين وعقد القروض أو التعيين في المناصب العليا للدولة والإعفاء منها أو إعادة هيكلية الوزارات والدوائر، وأن (سير المرافق العامة بانتظام، وديمومة استمرار تقديم الخدمات للشعب) يشمل الغذاء والدواء والكهرباء ومتطلباتها وتوفير الأمن بكافة جوانبه، وأن الحكومة وكافة تواجها ملزمة بتوفير ذلك، مع وجوب مراعاة أحكام المادة (13) من قانون الإدارة المالية الاتحادية رقم (6) لسنة 2019 والتي نصت على انه "في حالة تأخر إقرار الموازنة العامة الاتحادية حتى 31/ كانون الأول من السنة السابقة لسنة إعداد الموازنة، يصدر وزير المالية اعماماً وفق الآتي: اولاً: الصرف بنسبة (12 /1) فما دون من اجمالي المصروفات الفعلية للنفقات الجارية للسنة المالية السابقة بعد استبعاد المصروفات غير المتكررة، على أساس شهري ولحين المصادقة على الموازنة العامة الاتحادية"⁽²⁾.

فقرار المحكمة الاتحادية قيد الحكومة بقيددين، الأول هو أن الحكومة الحالية لا تملك صلاحيات إصدار قرارات تنطوي على دوافع سياسية أو تمس مستقبل البلاد السياسي والاقتصادي والاجتماعي، والثاني هو عدم إمكانية إرسالها مشاريع قوانين للبرلمان، كما ان قرار المحكمة يبطل القرارات الصادرة من الحكومة منذ

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (8/اتحادية/ تمييز/ 2007) بتاريخ 2007/7/16 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/27.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (121/ تفسيرية / 2022) في 2022/5/15 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022 /9/5.

تحولها إلى حكومة تصريف اعمال خصوصاً القرارات التي تمس مستقبل البلد السياسي، لذلك كان على البرلمان تشكيل لجنة رقابية لمعرفة القرارات التي ينطبق عليها البطلان من عدمه، وحاولت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها هذا العمل على استقرار الاوضاع وتحديد ما يمكن للحكومة إصداره وما لا يمكنها إصداره من قرارات، لكي لا تكون تلك معرضة للبطلان فيما بعد في حال تجاوزت حكومة تصريف الاعمال صلاحياتها.

ومن الجدير بالذكر ان عدم ممارسة المحكمة الاتحادية العليا لاختصاصها التفسيري والتقييد الحرفي بالنص الدستوري الخاص باختصاص المحكمة يمكن ان يؤثر في الأمن القانوني ، مثال ذلك: قرارها المتعلق باستفسار مجلس النواب عن موقف النواب الذين شاركوا في استفتاء إقليم كردستان، وما مدى مخالفة ذلك اليمين الدستورية حسب المادة (50) من الدستور، حيث قيدت المحكمة اختصاصها وردت طلب التفسير بذريعة علم اختصاصها بإعطاء الرأي والإفتاء في هذا الموقف، حيث جاء في حيثيات قرارها (تختص جهات أخرى في إعطاء الرأي والإفتاء في مثل هذه الوقائع والمواقف وبناء عليه قرر رد الطلب من جهة عدم الاختصاص)⁽¹⁾.

ونرى أنه بما ان الاستفتاء هو إحدى وسائل التعبير عن الرأي المكفول دستورياً بموجب المادة (38/اولا)، وبما ان المحكمة الاتحادية العليا ملزمة بحماية الدستور الضامن للحريات الأساسية ومن بينها حرية التعبير فإنه من باب أولى أن تختص بتفسير مشاركة أعضاء مجلس النواب في الاستفتاء وما مدى مخالفتها لليمين الوارد في المادة (50) من الدستور وهذا يعد مساساً بمبدأ الأمن القانوني بصورة مباشرة.

مما تقدم نرى أنه ما يجب ان تتقيد به المحكمة الاتحادية في قراراتها التفسيرية، إذ إنّ اختلاف تلك القرارات سيؤثر تأثيراً مباشراً على الأمن القانوني، فضلاً عن عدم اقام تفسيرات دستورية الا للضرورة لان اقام تفسيرات متعددة بحاجة أو بدونها سيؤدي إلى تقديم تفسيرات متلاحقة لذات الموضوع أو لذات النص الدستوري، فضلاً عن ان تنوع قنوات التفسير ممكن ان تؤدي إلى تقديم تفسيرات مبتسرة، وعدم تقديم تفسير شامل للنص الدستوري يغني عن تقديم طلب تفسيري اخر عن النص، كما ان تشتت التفسيرات يؤدي إلى صعوبة حصرها وممكن ان تقع في تناقض التفسيرات أو تقاطعها⁽²⁾، لذلك لجأت المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية بأحترام التفسيرات السابقة للتشريع، اذ ما يبرر ذلك هو عدم قيام المشرع بتعديل التشريع،

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (105/ اتحادية / اعلام/ 2017) في 2017/10/11 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/7.

(2) د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا، المصدر السابق، ص234 وما بعدها.

فهو هنا قد ايد التفسيرات السابقة، وهذا الامر لا يقتصر على المحكمة العليا بل محاكم الولايات تعمل على الأخذ بتفسيرات الولايات الأخرى خصوصاً في التشريعات (المستعارة) التي تصدر على غرار تشريعات صدرت في ولايات أخرى، وكل ذلك احتراماً لمبدأ الأمن القانوني، ولكي لا تتضارب التفسيرات للتشريع الواحد⁽¹⁾.

فضلاً عن ذلك يسهم التفسير القضائي في تجنب الحكم بعدم الدستورية لضمان الأمن القانوني، فعندما يكون النص المراد تفسيره يحمل تفسيرات عدة يمكن تغليب التفسير الذي يجعل النص المطعون به مطابق للدستور⁽²⁾.

وعوداً على بدء لا بد ان نبين ان كل الأنواع التفسيرية السالف ذكرها تصطدم ببعض العقوبات العملية التي ممكن ان تحول دون الأخذ بها، ومن هذه العقوبات الأحكام القضائية الحائزة لقوة الامر المقضي به، إذ إنّ الحكم النهائي هو عنوان الحقيقة فلا يجوز المساس به أو محاولة تغييره، فلا يمكن إثارة ما قضي من جديد ولا يمكن الأخذ بالتفسير الذي اصدره القضاء الدستوري، وهذا ما أخذت به المحكمة الاتحادية العليا في احدي قراراتها الذي قضت فيه بأن (... وبذلك يكون القرار قد اكتسب الدرجة القطعية وليس من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا النظر في حجية القرارات المكتسبة درجة البتات لان ذلك يعني خلق طريق من طرق الطعن في الأحكام القضائية وهذا غير جائز لان طرق الطعن وجدت حصراً وبموجب التشريع، واذا ما اريد إضافة طريق جديد للطعن بها فيلزم ان يكون ذلك تشريعاً...⁽³⁾، وهنا كان قرار المحكمة الاتحادية واضحاً بحماية استقرار الاوضاع القانونية اذ قدمت استقرار تلك الاوضاع والمراكز على ممارسة اختصاصاتها.

المبحث الثاني

دور الاجتهاد القضائي الدستوري في ضمان الأمن القانوني

ان امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه سواء عن عمد أو اهمال امر لا يجب السكوت عنه، لذلك لا بد من اساليب رقابية تمكن القاضي الدستوري من القيام بدوره كحام للدستور

(1) الان فارنسويرث، المصدر السابق، ص105 وما بعدها.

(2) من الدول التي أخذت بهذا الحل المانيا فقد حرصت المحكمة الدستورية على أن تستوثق أولاً مما إذا كان ممكناً تفسير النص المطعون به على نحو يجعله موافقاً للدستور قبل ان تحكم بعدم دستوريته وعلى هذا الأساس قضت بأن القانون لا يعد غير دستوري إذا امكن تفسيره بما يتفق مع الدستور على أن تكون المصلحة من بقاء ذلك القانون قائمة ومستمرة مع التفسير الذي اوجدته المحكمة ينظر: د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المصدر السابق، ص246.

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (5/ اتحادية /2006) في 2007 /5/29 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/6.

وللحقوق والحريات، لان عدم وجود تلك الوسائل ستفقد الدستور سموه، وتخرج السلطة التشريعية عن حدودها، وتعلو ارادتها على السلطة التأسيسية، كما ان اقرار الرقابة على حالات الإغفال التشريعي أو حالة النقص أو القصور التشريعي، امر يقتضيه احترام مبدأ المشروعية وضمان سمو الدستور، إذ إنّ المشرع لطالما كان ملزماً بأن لا يغفل أو يهمل احدى جوانب التنظيم القانوني، والتي لا يكتمل وفقاً للتكليف الدستوري الا بها والا عد ذلك موقفاً سلبياً من المشرع مخالفاً للدستور، يجب على القضاء الدستوري مراقبته وفرض الجزاء المترتب على هذا العمل، وهو الحكم بعدم الدستورية، ولا يقتصر دور القاضي الدستوري في ضمان مبدأ الأمن القانوني بالرقابة على الإغفال والقصور التشريعي فحسب، بل ان استقرار المراكز القانونية وتحقيق الأمن القانوني لا يتحقق مالم تكن النصوص التشريعية واضحة الصياغة، لكي يستطيع المخاطبون بها الالتزام بمضامينها، لكن ما هو العيب الذي يصيب النص القانوني المصاغ بصياغة مبهمّة أو غير جيدة، لكي تتم مراقبته من قبل القضاء الدستوري؟ وما هو الحكم المترتب على هذا النص؟

وللإجابة على التساؤلات سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال والقصور التشريعي وأثره في ضمان الأمن القانوني، ونخصص المطلب الثاني لبيان دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الغموض التشريعي .

المطلب الأول

دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي وأثره في ضمان الأمن القانوني

إن اختصاص الرقابة القضائية في الأصل وبصفة عامة هو النظر في النصوص التشريعية ومعرفة مدى مطابقتها للدستور، إلا أنّ المشرع قد لا يتناول أحد الموضوعات الدستورية بالتنظيم، أو قد يغفل في تناوله احدى الموضوعات الدستورية جانب من جوانبه، ولذلك فقد آلبنا تناول هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول فيه لدور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي الكلي، ونخصص الفرع الثاني لدور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي الجزئي (القصور التشريعي) وأثرهما في ضمان الأمن القانوني.

الفرع الأول

دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي الكلي

بادئ ذي بدء لابد قبل الخوض في معالجة الإغفال التشريعي، سواء اكان كلياً أو جزئياً ان نبين المقصود من هذا الإغفال، وبيان ماهي الأسباب التي تدفع المشرع إلى ذلك الإغفال، ومن ثم بيان دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال الكلي، وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

أولاً: تعريف الإغفال التشريعي: يُعرّف الإغفال التشريعي بأنه: "رفض المشرع عمدًا أو إهمالًا تنظيم مسألة تقع ضمن اختصاصه، ومن ثمّ انتهاك الضمان الدستوري لموضوع التنظيم"⁽¹⁾.

وعرفه البعض أيضا بأنه " اتخاذا المشرع موقفا سلبيًا من اختصاصه الدستوري فلم يمارسه كليًا أو جزئياً في حالات معينة أو لأسباب معينة"، وعرفه "دومينيك روسو" بأنه "نكول سلطة التشريع عن ممارسة اختصاصاتها سواء بعدم ممارستها بصورة كلية أو التهرب منها لتباشره السلطة التنفيذية بدلا منها"⁽²⁾.

ويترتب على ذلك أن الإغفال التشريعي يعد انتهاكاً للالتزام القانوني للمشرع، سواء كان تنظيم هذه المسألة ضمن سلطته المطلقة أو النسبية⁽³⁾، ومن أنواع الإغفال التشريعي هو الإغفال التشريعي الكلي أو السكوت التشريعي، والذي يقصد به عدم رغبة المشرع في إصدار قانون محدد ينظم إحدى الحقوق أو الحريات التي يكفلها الدستور، وهي حالة الغياب التام للتشريع أو القاعدة القانونية ذات الصلة مع وجود أمر دستوري يلزم المشرع بالتدخل في التشريع⁽⁴⁾.

وللإغفال التشريعي أسباب عدة بعضها راجع لأرادة المشرع ذاته اذ تؤثر التعددية الحزبية داخل البرلمان على التشريعات، فالانتماءات الحزبية تؤثر سلبا أو ايجابياً على تمرير وتشريع الكثير من القوانين من عدمه، وهنالك اسباب أخرى خارجة عن ارادة المشرع، ومنها عدم وضوح مبدأ الفصل بين السلطات، اذ

(1) د. الحسين عبد الدايم صابر محمد علي، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري وأثرها على الإصلاح التشريعي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 79، 2022، ص783

(2) د. طيبة جواد حمد، المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الثاني، السنة الثانية عشر، 2020، ص239.

(3) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص209.

(4) د. الحسين عبد الدايم صابر، المصدر السابق، ص785.

تبقى السلطة التشريعية غير واعية لأختصاصاتها مما يؤدي إلى امتناعها عن ممارسة العديد من تلك الاختصاصات⁽¹⁾.

ثانياً: علاقة الإغفال التشريعي بالسلطة التقديرية للمشرع

ان السلطة التشريعية هي الوسيلة لرسم السياسة العامة للدولة وتنظيم الروابط الاجتماعية وتحديد علاقة الحكام بالمحكومين، وتذهب أغلب الدراسات الفقهية إلى التسليم بإطلاق السلطة التقديرية للمشرع، واعتبارها أساس عمله وان التقييد هو الاستثناء، ومن التعاريف التي جاءت لبيان السلطة التقديرية للمشرع هي التي جعلت منها "حرية المشرع في تنظيم أو عدم تنظيم موضوع ما وحرية في المفاضلة بين البدائل والخيارات المطروحة بالنسبة للتنظيم التشريعي دون أن يفرض عليه طريقاً بذاته يجب عليه اتباعه أو توجيهها محددًا يتعين عليه التزامه".

والسلطة التقديرية تختلف في اتساعها وتضييقها فيما إذا كان اختصاص التشريع مناطاً بالبرلمان فقط أو كان يُسمح للسلطة التنفيذية تنظيم احد الجوانب ويطلق على افراد البرلمان بالتنظيم ب(الانفراد التشريعي المطلق) وفيه يختص البرلمان دون غيره بتنظيم المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات، فيمنع البرلمان من تفويض هذا الاختصاص، اما في حالة ما إذا نص الدستور على تنظيم مسألة وفقاً للقانون أو بناءً على قانون فهنا يسمى (الانفراد التشريعي النسبي)، فهنا يسمح الدستور للسلطة التنفيذية بتنظيم بعض جوانب المسألة⁽²⁾.

ونرى أنّ الإغفال التشريعي الكلي يظهر بصورة اوضح في حالة الانفراد التشريعي المطلق، اذ لا يوجد هنالك جهة أخرى ممكن ان تقوم بإصدار ما أغفل المشرع إصداره، وكلما كانت السلطة التقديرية للمشرع اوسع كلما كان المساس بالأمن القانوني اكثر، إذ إنّ فسخ المجال امام المشرع بإصدار التشريع من عدمه ممكن ان يؤدي إلى ماطلة المشرع واهماله لإصدار ما يجب عليه إصداره من تشريعات، لاطمئنانه بعدم المسؤولية.

(1) د. سناء طعمة مهدي، الإغفال التشريعي ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليه (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد (23)، العدد (2)، 2021، ص114.

(2) د. افين خالد عبد الرحمن وسعدية مجيد ياسين، المعالجة القضائية للإغفال التشريعي، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية، العدد 41-42، 2019، ص268.

ثالثاً: دور القضاء الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي الكلي وأثره في ضمان الأمن القانوني

في مستهل الحديث عن دور القضاء الدستوري في معالجة الإغفال، لا بد ان نعلم ان فلسفة القضاء الدستوري تقوم على أساس الرقابة على الدستورية، وليس الرقابة على الكفاية كمبدأ عام، ومن ضوابط الرقابة الدستورية عدم مناقشة مدى كفاية التشريع أو دوافعه أو احتياجاته، إلا أنّ غياب السياسة التشريعية معناه فقدان المشرع مكنة تحديد الأهداف بسبب غياب القدرة على إدراك الواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، ومن ثم فإنّ النتائج التشريعي سيكون قاصراً عن إدراك هذا الواقع وتنقسم عروة العلاقة بين المشرع و بين الواقع الاجتماعي، فهذا يكون دافع إلى اقرار الرقابة على الإغفال التشريعي، إلا أنّ هذه المسألة قد آثرت الخلاف بين الفقه في هذا الشأن⁽¹⁾، اذ يرى البعض ان الرقابة الدستورية تنتهك من السلطة التقديرية للمشرع⁽²⁾، كما انها تؤدي إلى حلول القاضي محل المشرع، ويرد على هذا القول بأن احد أهداف الرقابة على الإغفال التشريعي هي تحقيق مبررات مبدأ الفصل بين السلطات، من حيث تحقيق فوائد تقسيم العمل، والإدارة السليمة، والحفاظ على الحرية ومنع الاستبداد، وتحقيق سيادة القانون، وضمان مبدأ الشرعية⁽³⁾، ونرى أنّ هذا الاتجاه غير مقبول لأن هذا سيؤدي إلى اساءة المشرعين لهذه السلطات المناطة بهم فضلاً عن اعتداءهم على الحقوق والحريات نفسها.

كما يرى جانب من الفقه بأن لا شك في أن مجال تحرك المحكمة الدستورية يتسم بالسعة، وليس (بالامحدودية)، فالمحكمة تستطيع أن تهدم ما أقامه البرلمان من مخالفة لأحكام الدستور، لكنها بالتأكيد لا تستطيع اقامة ما لم يقره البرلمان ذاته⁽⁴⁾، بينما ذهب اتجاه اخر إلى امتداد رقابة القضاء الدستوري على الإغفال الكلي للمشرع وبرروا ذلك بأنه لا يجوز للمشرع أن يتجاهل المبادئ الدستورية متذرعاً بسلطته التقديرية، كما ان الصمت المطلق من جانب المشرع يعد مخالفاً للدستور وينتهك مبدأ التعاون بين

(1) صدر حكم محكمة القضاء الإداري المصري بوقف نظر الدعوى وبإحالة أوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية المواد (19، 20، 21، 22، 23، 24، 52، 54) من قانون التأمين الاجتماعي رقم (79) لسنة 1975 فيما لم يتضمنه من النص على تحديد حد ادنى للمعاشات يضمن الحياة الكريمة. وبعد هذا الحكم أول حكم بالإحالة إلى المحكمة الدستورية لمباشرة رقابة الإغفال بعد نفاذ الدستور المصري لعام 2014 ينظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى المرقمة (18414) لسنة 68 قضائية الصادر بجلسة 2015/7/27 اورده د. الحسين عبد الدايم، المصدر السابق، ص792.

(2) د. زكي محمد محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص228.

(3) د. منى السيد عمران، تطبيق مبدأ الفصل بين النظامين البرلماني والرئاسي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2012، ص12.

(4) د. سناء طعمة مهدي، المصدر السابق، ص116.

السلطات⁽¹⁾، وهذا يقوض الديمقراطية نفسها، ويؤدي إلى استبداد إحدى هيئات الدولة على الحقوق والحريات، وهذا يؤثر على الدستور نفسه، لأنها ليست مجرد نصوص صماء بل تحتاج إلى تنشيط فعلي و ترجمة لتحقيق الغرض المقصود منها⁽²⁾، كما ان رقابة القضاء الدستوري لا تعد تشريعاً ولا يخلق قاعدة قانونية جديدة، وانما هو تقرير حكم الدستور في قاعدة قانونية ضمنية مخالفة لمبادئه⁽³⁾.

وبهذا يؤدي الإغفال التشريعي التام إلى عدم استقرار المجتمع والقانون، فيكثر التعديل على القانون والترقيع التشريعي كمعالجات آنية للمشاكل المستحدثة، ولذلك فإنه فلسفه التشريع تقتضي أن تحدد مقدمة قبل وضع القاعدة القانونية الهدف الاجتماعي الذي يستهدفه المشرع من وراء هذه القاعدة، ويتجه الاتجاه الدستوري الحديث إلى خروج الإغفال الكلي عن رقابة القضاء الدستوري⁽⁴⁾، وقد ابتعدت أغلب الدساتير عن مسألة النص على الرقابة على الإغفال التشريعي، مكتفية بالنص على الرقابة على دستورية القوانين فقط، إلا أنّ هذا لم يمنع القضاء الدستوري من ممارسة تلك الرقابة، اذ لا يمكن ترك مسألة الإغفال دون رقابة، وان كان لا يمكن الحكم بعدم الدستورية لعدم وجود النص التشريعي، اذ يمكن في هذه الحالة اخطار المشرع بوجود تبني الاجراءات اللازمة وإصدار التشريع، كما ان المطالبة المتكررة من قبل القضاء الدستوري مع الامتناع المستمر من قبل المشرع العادي من شأنها آثارة الرأي العام، واظهار السلطة التشريعية امام الشعب بصورة المعتدية والمنتهكة للدستور⁽⁵⁾.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا الأمريكية في احد قراراتها بأنه "ليس بمقدورها ان تفعل اكثر من اخطار السلطة التشريعية المختصة التي يجب عليها تبني اجراء تشريعي، وذلك بهدف جعل هذه السلطة التشريعية على وعي كامل بعدم الدستورية، لكي تقوم بتنظيم الموضوع الذي تطلب الدستور تنظيمه، من دون تدخل القضاة"⁽⁶⁾.

(1) د. وليد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع ايجابي (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2016، ص343

(2) د. عبد الرحمن عزاوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 130 وما بعدها.

(3) د. سناء طعمة مهدي، المصدر السابق، ص117.

(4) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مكتبة السنهوري، بغداد، 1982، ص239 ص240.

(5) عبد القادر عبد اللطيف الجنابي، المصدر السابق، ص96.

(6) د. وليد محمد الشناوي، المصدر السابق، ص706

اما المحكمة الدستورية العليا المصرية قد تعرضت للامتناع التشريعي في العديد من أحكامها⁽¹⁾، ومن الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، وراقبت من خلالها سكوت المشرع عن التدخل لتنظيم مسألة غدت من المسائل واجبة التنظيم بموجب التزام دولي مترتب على اتفاقية دولية أبرمتها مصر، وأصبح واجباً على المشرع أن يتدخل لإنفاذ أحكامها هي مسألة الجنسية المصرية، و أحقية الأولاد القصر للأمم الأجنبية التي اكتسبت الجنسية المصرية تبعاً لأهمهم وبقوة القانون، أسوة بالأب الأجنبي الذي يكتسب الجنسية المصرية، وقد أكدت المحكمة أن تراخي المشرع في تعديل نص المادة (6) من القانون رقم (26) لسنة 1975 من شأنه انتهاك الدستور⁽²⁾.

(1) ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا المصرية في مجال رقابة الإغفال التشريعي ضمن نطاق نصوص الدستور لا خارجه ما جاء بحكمها الصادر عام 2007 بعدم دستورية الفقرة (1) من المادة (112) من لائحة العاملين بالهيئة القومية لسكك حديد مصر الصادرة بقرار وزير النقل والمواصلات والنقل البحري رقم (17) لسنة 1982 لإغفالها النص على وجوب انذار العامل كتابه قبل إنهاء خدماته لانقطاعه عن العمل بغير إذن أكثر من ثلاثين يوماً متتالية، إذ جاء في حكمها (... فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً وذلك بأن أغفل أو أهمل جانب من النصوص القانونية التي لا يكتمل التنظيم إلا بها كان ذلك اختلالاً بضماناتها التي هيئها الدستور لها وفي ذلك مخالفة للدستور...) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية (رقم 197 لسنة 29/قضائية/دستورية) في 14/يناير/2007 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/9/11.

(2) وجاء في حيثيات هذا الحكم " حيث إن الدستور قد حرص في العديد من مواده على التأكيد على مبدأ مساواة المرأة بالرجل، فاعتمد بمقتضى نص المادة (4) مبدأ المساواة إلى جانب مبدأي العدل وتكافؤ الفرص، أساساً لبناء المجتمع وصيانة وحدته الوطنية، كما ساوى بينهما طبقاً لنص المادة (6) في مجال منح الجنسية المصرية الأصلية للأبناء، فاعتبر الجنسية حقاً لمن يولد لأب مصري أو لأم مصرية، وجعل بمقتضى نص المادة (11)، كفالة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التزاماً دستورياً على عاتق الدولة، وحظر بموجب نص المادة (53) التمييز بينهما في مجال حقوقهم وحررياتهم، على أساس الجنس، بما مؤداه: تكامل نصوص الدستور المتقدمة جميعاً واتجاهها لتحقيق الأغراض عينها التي رسدها المشرع، لتجمعها جميعاً تلك الوحدة العضوية التي تقيم بنيانها نسيجاً متضافراً، غايته تحقيق مقاصد الدستور، في إقامة المساواة بين أبناء الوطن الواحد رجالهم ونسائهم، دون تمييز لأى سبب، والذي اعتبره الدستور اقترافه جريمة يعاقب عليها القانون،...إلا أنّ ممارسة المشرع لسلطته التقديرية في هذا المجال يحدها القيد العام الذي ضمنه الدستور نص المادة (92) والذي بمقتضاه لا يجوز لأى قانون ينظم ممارسة الحقوق والحرريات أن يقيد بها بما يمس أصلها وجوهرها، بما لازمه وجوب التزام التنظيم الذي يقره المشرع بالمبادئ الضابطة لسلطته في هذا الشأن، والتي يُعد تحقيقها غاية كل تنظيم يسنه، وفي المقدمة منها العدل والمساواة وتكافؤ الفرص، خاصة بين المرأة والرجل في كافة الحقوق والحرريات، والقضاء على كافة أشكال التمييز بينهما، فضلاً عن الحفاظ على تماسك الأسرة المصرية واستقرارها باعتبارها أساس المجتمع، والذي جعله الدستور بمقتضى نص المادة (10) التزاماً على الدولة، والتي يتصادم معها جميعاً حرمان الأولاد القصر للأمم الأجنبية من اكتساب الجنسية المصرية بقوة القانون، تبعاً لاكتسابها هذه الجنسية، إسوة بالأب الأجنبي الذي قرر المشرع بالنص المحال حق أولاده القصر في ذلك،...فوق كونه يُعد مجاوزة من المشرع لنطاق السلطة التقديرية المقررة له بمقتضى نص المادة (92) من الدستور، في مجال تنظيم الحقوق والحرريات، هذا فضلاً عن أن النص في الفقرة الثانية من المادة (9) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز....." ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (6) لسنة 20 قضائية جلسة 2002/4/14 اشار اليه د. عبد العزيز سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، بحث منشور في المجلة الدستورية، العدد(15)، 2009، ص67 وما بعدها.

كما ذهب بعض من الفقهاء المصريين إلى تأييد سياسة المجلس الدستوري الفرنسي، بشأن بسط الرقابة على الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق، عندما يغفل النص الجديد الضمانات التي يتضمنها التشريع القديم و دعوا المحكمة الدستورية العليا إلى تبني السياسة ذاتها، إلا أنّ جانب من الفقهاء المصريين قد اكدوا على ضرورة ارتقاء السياسة التشريعية، والدفع بها قدماً نحو مزيد من الضمانات التي تحيط بحقوق الأفراد وحرّياتهم، لكنهم اختلفوا عن الراي السابق في الوسيلة المستخدمة، الا وهي دعوة المحكمة الدستورية العليا لبسط رقابتها على الإغفال التشريعي المخالف لنص تشريعي سابق، فذهبوا إلى ان القاعدة التي لا جدال فيها، أن ما تقرر بتشريع يجوز تعديله بتشريع، أو الغاؤه بأداة مكافئة لاي تشريع اخر، ولا ينهض في مجال تبرير مخالفة هذه القاعدة والخروج عنها، القول باحتواء التشريع السابق على ضمانات أكبر، إذ إنّ نيل الهدف لا يبرر اقتقاد وسيلة تحقيقه لأي أساس قانوني معقول⁽¹⁾.

ولو عدنا إلى دستور العراق لسنة 2005 لوجدنا أنه مليء بالإحالات إلى المشرع العادي لتنظيم مختلف المسائل دون أن يحدد وقت معين لذلك، وهذا لا يتفق تماماً مع مقتضيات الأمن القانوني، لأن مرور مدة طويلة على تشريع الدستور دون ان يصدر المشرع التشريعات التي يتطلبها البناء القانوني للدولة، فنرى أنّ المشرع قد اغفل إغفالاً كلياً عن الكثير من القوانين ذات الاهمية البالغة منها القانون الخاص بإنشاء مجلس الاتحاد، اذ نص الدستور على أنّ يتم انشاء مجلس تشريعي يدعى بـ (مجلس الاتحاد)، يضم ممثلين عن الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وينظم تكوينه وشروط العضوية فيه واختصاصاته وكل ما يتعلق به بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب⁽²⁾.

ونجد أن تشريع هذا القانون قد أصبح امراً لازماً، وذلك استناداً إلى ما نصت عليه المادة (137) من الدستور "يؤجل العمل بأحكام المواد الخاصة بمجلس الاتحاد ايما ورت في هذا الدستور إلى حين صدور قرار من مجلس النواب بأغلبية الثلثين بعد دورته الانتخابية الأولى التي يعقدها بعد نفاذ هذا الدستور".

كما عمل المشرع في الكثير من الاحيان عن الإغفال عن التشريعات النافذة اذ نصت المادة (130) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على أنّ تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تلغ أو تعدل وفقاً لأحكام هذا الدستور"، وهذا النص يجسد أحد مظاهر تحقيق (اليقين القانوني) في معرفة القوانين النافذة أو القوانين الملغية، إلا أنّ المشرع خالف أحكام هذا النص الدستوري، كما لم يصدر المشرع قانون ينظم

(1) د. عبد العزيز سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص 69.

(2) ينظر: المادة (65) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

الحريات العامة الواردة في المادة (38) من الدستور الخاص بحرية الرأي والتعبير، وحرية الصحافة والطباعة والإعلان وحرية الاجتماع و التظاهر السلمي"، على الرغم من مرور مدة.

اما بالنسبة لموقف المحكمة الاتحادية العليا العراقية من الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، فقد لوحظ منذ البداية أن إفراط المشرع الدستوري العراقي في إحالة قضايا مهمة للغاية إلى المشرع العادي، جعل موضوع الإغفال التشريعي أحد الموضوعات التي يجب ان تعالج، فلم يعد دور المحكمة الاتحادية العليا يقتصر على اعلان عدم الدستورية، وانما اصبح لها دور ايجابي في ترشيد السياسة التشريعية، بهدف مساعدة المشرع في وظائفه، ومن خلال استقراء وتحليل قرارات المحكمة الاتحادية التي اتخذتها في ممارسة صلاحياتها لضبط الامتناع عن التشريع، نرى أنّ المحكمة الاتحادية العليا قد جعلت في كثير من الاحيان إصدار القانون خياراً تشريعياً ، أو ان المحكمة لا شأن لها بإلزام البرلمان الامتناع التشريعي الكلي كما ارست في بعض قراراتها عدم خضوع امتناع المشرع للرقابة الدستورية⁽¹⁾.

ففي القضية رقم (105/اتحادية/2019) حين تم الطعن بقانون التعديل الأول لقانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية رقم (12) لسنة 2018، والذي انهى عمل مجالس المحافظات والأقضية، وبدل ان تلزم البرلمان بسن قانون يعالج حالة تعطيل المادة (122) من الدستور الخاصة بمجالس المحافظات بوصفها تطبيقاً من تطبيقات الديمقراطية المحلية، وضرورة حتمية لرقابة المحافظ وتقديم الخدمات المحلية للمواطنين الا انها بينت انها لا تملك اختصاص النظر في رقابة تعارض قانون الانتخابات مع قانون المحافظات، والأصل ان النص محل الطعن خالف الدستور وعطل أحكامه⁽²⁾.

(1) ومن أهم هذه القرارات قرار المحكمة الاتحادية العليا بشأن تشريع قانون مجلس الاتحاد، حيث ذهبت إلى ان: " طلب المدعين بإلزام المدعى عليه رئيس مجلس النواب اضافة لوظيفته بتطبيق أحكام المادتين (48 و 65) من الدستور بتشريع ((قانون مجلس الاتحاد)) لا يجد له سند من الدستور فيما يخص اختصاصات المحكمة الاتحادية المنصوصة عليها في المادة 93 من الدستور ولان ذلك يتعلق بأمور تنظيمية تخص رئيس مجلس النواب اضافة لوظيفته، ولتعارض الطلب مع أحكام المادة (47) من الدستور التي تخص الفصل بين السلطات فيما يتعلق باختصاصها ومهامها وبناء على ما تقدم قررت المحكمة رد الدعوى لعدم الاختصاص ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (116/ اتحادية إعلام / 2017) بتاريخ 2017/11/27 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/17.

(2) د. علاء ابراهيم الحسيني، دور المحكمة الاتحادية العليا لامتناع المشرع في العراق عن القيام بواجباته الدستورية، مقال منشور على شبكة النبا المعلوماتية على الرابط <https://annabaa.or.g> تاريخ الزيارة 2022/9/5.

إلا أنّ المحكمة الاتحادية ذهبت في قرار آخر لها إلى الرقابة على الامتناع التشريعي، إذ استجابت لطلب التفسير ووضحت مفهوم (الكثافة السكانية)⁽¹⁾ وذهبت الى: " أنها تجد، تطبيقاً لأحكام الفقرة رابعاً من المادة (4) من الدستور، امكانية كتابة لوحات الدلالة على الدوائر في مركز المحافظة والقضاء والناحية باللغات العربية والكردية والتركمانية والسريانية" وهنا وعلى الرغم من ان المسألة تعد من المسائل التنظيمية، والتي خص الدستور بها مجلس النواب لتنظيمها وسن قانون خاص بذلك⁽²⁾، إلا أنّ المحكمة حاولت سد الفراغ التشريعي من خلال إصدارها القرار بإمكانية وضع وكتابة لوحات الدلالة..

وتأسيساً على ما تقدم ذكره انه بالإمكان فرض جزاء متمثل بالحكم بعدم الدستورية، في حال تم تحديد ميعاد معين للمشرع لإصدار القانون، وتجاهل هذا الميعاد، وقد حددت المحكمة الدستورية العليا الالمانية مدة (4) سنوات يجب على المشرع إصدار القانون خلالها⁽³⁾.

خلاصة القول فإن الأساس الذي يستند اليه القضاء الدستوري في الرقابة على الإغفال التشريعي، يتمثل بما يستمد منه القضاء الدستوري شرعيته، وهو الدور المناط به في كفالة احترام القضاء الدستوري، فإذا كانت السلطة التشريعية تستمد سلطتها من الشعب، فالقضاء الدستوري بدوره في حماية النصوص الدستورية يمثل التعبير الاسمي لإرادة الشعب، كما يستمد هذا الدور من العبارات الأمرة التي يوجهها الدستور للمشرع العادي مثل (ينظم بقانون أو يسن بقانون أو وفقاً للقانون) فكل هذه العبارات تلزم المشرع بإصدار التشريعات، وامتناعه عن إصدار التشريع يعد انتهاكاً للدستور وانتهاكاً للأمن القانوني، إذ إنّ الدستور يحدد اختصاص السلطات العامة، وامتناع سلطة من السلطات عن ممارسة اختصاصها يعد مساساً بالأمن القانوني بلا شك لانه يعطل النص الدستوري ذاته.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا التفسيري في الدعوى رقم (15/ اتحادية/ 2008) الصادر في 2008/4/21 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/17.

(2) نصت الفقرة الثانية من المادة (4) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 على أن: " يحدد نطاق المصطلح لغة رسمية وكيفية تطبيق أحكام هذه المادة بقانون..".

(3) وهذا ما انتهجته المحكمة العليا الاتحادية في ألمانيا عندما وجهت نداء عام 1969 إلى المشرع لإصدار قانون ينظم الشروط الواجب توافرها في الأطفال الطبيعيين والأطفال الشرعيين لمرور مدة عشرين سنة على صدور الدستور الاتحادي" ينظر: درفعت عيد سيد- الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة القضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص200.

الفرع الثاني

دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الإغفال الجزئي (1)

لا يُعد الإغفال الجزئي المتمثل بالقصور التشريعي، اقل مساساً بالأمن القانوني من الإغفال التشريعي

الكلي، فكلاهما يؤثران بلا شك في الحقوق والحريات التي اوردتها النصوص الدستورية، ويؤثران في المساس بتلك النصوص وتجاوزها، فأذا اغفل المشرع في تنظيم ما احال الدستور له تنظيمه، أو عمل على تنظيمها بشكل قاصر، ففي كلا الحالتين يعد تجاهلاً للنصوص الدستورية، وعدم مراعاة لها ومن ثمّ مساساً بالثقة المشروعة بتلك النصوص وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

اولاً: مفهوم القصور التشريعي

يرجع القصور التشريعي إلى نقص في جانب من جوانب الموضوع محل التنظيم سواء كان موضوعياً ام اجرائياً ، بما يؤدي إلى الحد من فاعليته، وعرف بأنه "فجوة في القانون تمنع الممارسة السليمة للحق المكفول دستورياً"، أو انه "الفجوة التشريعية الناجمة عن عدم امتثال المشرع للالتزام دستوري صريح، يلزمه بالتدخل لجعل القواعد الدستورية فعالة"⁽²⁾، كما عُرف بأنه "التشريع الذي لا يكفي للتعامل مع قضايا بصورة جيدة من حيث التنظيم"⁽³⁾.

والقصور التشريعي يتم دون أن يكون مصحوباً بإحالة التنظيم إلى سلطة أخرى، عكس حالة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، فإنه يشمل تخلي المشرع عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية دون سند من الدستور⁽⁴⁾، وتستند فكرة القصور التشريعي إلى عدم كفاية النصوص القانونية الحالية لمعالجة وتغطية الموضوعات أو القضايا بشكل جيد، بموجب الأحكام التشريعية من حيث الصياغة القانونية، وبذلك يختلف الإغفال التشريعي عن القصور التشريعي، إذا ان الإغفال التشريعي يعني عدم صدور التشريع اصلاً، نتيجة إجماع البرلمان عن ممارسة سلطته التشريعية، أو فشل

(1) يتمثل الإغفال الجزئي بحالة القصور التشريعي الذي يقصد به" عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيقه، بمعنى آخر عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية أو جزئية، في ظل التغييرات الجوهرية التي يشهدها المجتمع، ينظر: د. عثمان سلمان العبودي، اصول الصياغة التشريعية، بحث منشور في المجلة البرلمانية، العدد الأول، 2010

(2) عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع الإغفال التشريعي نموذجاً، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الادارية والسياسية، الجزائر، العدد 10، 2010، ص87.

(3) المصدر نفسه ، ص88 وما بعدها.

(4) فراس عيسى الحميري، أثر الإغفال التشريعي في مبدأ سمو الدستور (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام، جامعة اهل البيت، العراق ، كربلاء ، العدد 29، 2021، ص 107.

البرلمان في ممارسة هذه السلطة⁽¹⁾، اما القصور التشريعي يتجلى في حالة أن المشرع في تنظيم قضية معينة أهمل في تنظيم جانب من جوانبها مما قد يؤدي إلى الحد من فاعلية موضوع النص القانوني من جهة، ومن جهة أخرى عدم تفعيل النص الدستوري⁽²⁾. وللقصور التشريعي عدة أسباب منها:

اولاً- إن النص التشريعي ينظم مجتمع متطور، وهو محدود ولا يمكن للمحدود أن يكون كاملاً في مواجهة غير المحدود، وبذلك يبقى التشريع عاجزاً عن مواكبة ومسايرة التطور المستمر في حياة المجتمع الذي يطبق فيه⁽³⁾.

ثانياً- إن النص التشريعي من وضع البشر وإن الأعمال الإنسانية تتصف بالقصور، فلا يمكن للمشرع مهما بذل من جهد أن يتصور ويستوعب جميع الحالات المستقبلية التي قد تحصل لاحقاً، بعد صدور التشريع فان ما يضعه الإنسان من تشريعات لا بد أن تكون قاصرة وغير كاملة⁽⁴⁾، فعن طريق التشريع الايجابي يقوم القاضي الدستوري بسد النقص الذي يعتري القانون الصادر عن السلطة التشريعية، اما بإضافة قواعد جديدة أو استبدال بعض القواعد بأخرى أكثر اتساقاً مع الدستور⁽⁵⁾.

لكن ما معيار تحديد القصور؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من بيان الأساس الذي يستند إليه في تحديد الإغفال، اي بيان الحالة التي يكون فيها المشرع قد وقع في الإغفال، اذ يلاحظ ان القضاء الدستوري قد استند إلى العديد من المبادئ الدستورية التي إذا ما خالفها المشرع وقع في الإغفال التشريعي، ومن هذه المبادئ مبدأ المساواة، وهذا ما استندت عليه المحكمة الاتحادية العليا العراقية في قرارها الذي قضت فيه

(1) محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، المصدر السابق، ص103.

(2) مثال ذلك حق الدفاع فإن المفترض في التنظيم التشريعي لهذا الحق أن يكون فعالاً وبيطل كل تنظيم قانوني يحد من هذه الفعالية كأن يخلو من النصوص التي تكفل ائصال المتهم بمحاميه ليس فقط وقت توجيه التهمة بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي ومرحلة الاتهام التي أعقبها حتى صدور الحكم وبما أن حق الدفاع يعد من القواعد الموضوعية التي يترتب على إغفالها كلياً أو جزئياً المساس بالسماح الموضوعي لقواعد الدستور، فنجد انه يعد من بين المبادئ التي نص عليه دستور جمهورية العراق لسنة 2005 اذ نصت المادة (19/ رابعا) منه على أن "حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة"، وما يمكن ملاحظته على هذا النص أن المشرع قد قلل من فاعلية هذا النص الدستوري وذلك عندما منح قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل في المادة (75) منه لقاضي التحقيق حق منع المتهم ووكيله من الكلام وهذا النص من شأنه تقليل حق الدفاع فممنع المتهم ووكيله من حضور إجراءات التحقيق ومنعه من الكلام يشكل انتهاكاً خطيراً لحق الدفاع، فالدستور الذي صدر في ظل هذا القانون تضمن نصاً يكفل حق الدفاع، لذلك نجد أن هذا النص يكون بحاجة إلى التعديل نتيجة لإغفال المشرع تنظيم هذا النص بصورة دقيقة وواضحة تكفل حق الدفاع وتزيد من فاعليته ينظر: ميثم فالح حسين، القصور التشريعي في قانون العقوبات العراقي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة النهدين، 2018، ص 67 وما بعدها.

(3) عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص263.

(4) باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنين القانوني للنص العقابي، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2000، ص72 وما بعدها.

(5) د. ليلي حنتوش ناجي، دور القاضي الدستوري في الإصلاح التشريعي، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، الجزء (3)، العدد (36)، 2018، ص252.

بعدم دستورية نص المادة (25) من قانون هيئة دعاوى الملكية المرقم (13) لسنة 2010 لإغفالها للقواعد الموضوعية الواردة في دستور 2005، اذ نصت على أنّ " يحق للذين وقع عليهم حيف نتيجة تطبيق القانون رقم (2) لسنة 2006 بما يخص التعويض وقت إقامة الدعوى ولهم الحق بإقامة الدعوى بموجب القانون الجديد باثر رجعي لرفع الحيف عنهم " اذ تتعارض مع أحكام المادة (2/ ج) التي نصت على انه "لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور"، وتتعارض ايضاً مع المادة (14) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 التي نصت على أنّ "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي" وحيث ان الغاية المنشودة من تشريع القانون رقم (13) لسنة 2010 هو ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عقاراتهم خلافاً للقانون وتعويضهم تعويضاً عادلاً، بما يحقق جبر الضرر عنهم، ولحماية المال العام والحفاظ عليه، ولا بد ان يكون هذا التعويض مراعيًا للمواطنين كافة بصورة متساوية دون تمييز بين مواطن وآخر.. كما ان المادة (25) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 جاءت بمبدأ يتعارض مع مبدأ حجية الأحكام المنصوص عليه في المادة (105) من قانون الاثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل والتي تنص على "الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت على درجة البنات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحدت أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً" وان المادة (106) منه نصت على "لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة" وللأسباب المذكورة عدت المحكمة نص المادة (25) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 معطلاً لمخالفتها للدستور استناداً للمادة (14 و 19/ سادسا) وقررت عدم دستورتيتها⁽¹⁾.

وهنا نرى أنّ التنظيم التشريعي الناقد للحق الدستوري، يؤدي إلى ضياع الحماية الدستورية لهذا الحق، ومن ثمّ يشكل مساساً بالأمن القانوني بتلك النصوص فلا تحقق الغاية المبتغاة منها.

ثانياً: الأساس الفلسفي لرقابة القضاء الدستوري على القصور التشريعي

تباينت مواقف الفقه حول قصور التشريع وكمال التشريع بين مؤيد ومعارض، فاتجاه ذهب إلى فكرة كمال التشريع نوالذي يقصد به ان التشريع كامل ولا يوجد فيه نقص، كما انه يستوعب كل ما يطلب منه ويتضمن الحلول لكل ما يطرح على القاضي من قضايا ويجد فيه ما يبيغيه⁽²⁾، وقد استندت فكرة كمال التشريع

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (114/ اتحادية / 2013) في 4/ 12/ 2013 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/9.

(2) ان من أنصار هذا المذهب هم الفقهاء الالمان ومنهم بيكر وايرباخ وأنصار مدرسة الشرح على المتون ينظر: حسين الظريفي، مدى حرية القاضي ازاء القانون، مجلة القضاء، العدد2-3، بغداد، 1953، ص540 وما بعدها.

إلى نظريتين هما نظرية الحيز القانوني الخالي ونظرية القاعدة العامة المانعة، فنظرية الحيز القانوني الخالي تذهب إلى جواز تقسيم نشاط الأفراد إلى قسمين: أحدهما تحكمه قواعد قانونية ويسمى بالقسم المليء، أما القسم الثاني فيكون نشاط الأفراد فيه حراً، ويسمى بالقسم الخالي، فعندما يسلك فرد سلوكاً منتمياً إلى القسم المليء كان ذا أهميته، وإن انتمى إلى القسم الخالي، فلا تكون له أهمية من الناحية القانونية، إذ لا تحكمه قواعد قانونية، ومن ثم فلا يمكن وفقاً لهذه النظرية أن يوجد قصور في التشريع⁽¹⁾.

أما أصحاب نظرية القاعدة العامة المانعة، فيذهبون إلى أن كل نظام قانوني يشتمل على قواعد عامة وقواعد خاصة، وتبين القواعد العامة الحل الواجب تقديمه للحالات التي لا تشملها النصوص التشريعية، فإذا عرضت حالة لم يرد بشأنها نص تشريعي فإنه يصار إلى تطبيق القاعدة العامة، أي ان التشريع يحتوي على حل يعالج جميع الحالات التي تقع، ولذلك فإنه لا يمكن أيضاً أن يوجد تبعاً لهذه النظرية قصوراً أو نقصاً في التشريع⁽²⁾. أما المذهب الآخر من الفقه فقد ذهب إلى ان التشريع كأى عمل من أعمال الإنسان لا بد وأن يكون غير كامل، وذلك لان عقل الإنسان مهما بلغ من الذكاء والفتنة فإنه يظل غير قادر وغير متمكن من استيعاب كل المتغيرات في العالم، فيتعذر عليه التوقع أو التنبؤ بالعلاقات القانونية المستقبلية لكي ينظمها ومن أشهر مؤيدي وأنصار هذه النظرية هما الفقيه جيني ودايان⁽³⁾.

وعلى الرغم من اتجاه المذاهب الفقهية واختلافهم إلا أن الأساس الفلسفي لرقابة القضاء الدستوري على القصور التشريعي تنبع من عدة اعتبارات، تتمثل في انه عندما يتناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بتنظيمها، ويأتي هذا التنظيم سواء عن عمد أو إهمال غير مكتمل أو قاصراً عن أن يحيط بكافة جوانبه، بما يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للحق محل التنظيم⁽⁴⁾، وإذا نظم حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيماً قاصراً، بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، يعني ذلك اخلاله بسمو الدستور وبالضمانات التي هيأها الدستور لها، وهنا يجب ان تعالج تلك المخالفة عن طريق الرقابة القضائية لان تدخل المشرع بالتنظيم لحق معين يجب أن يكون متكامل الجوانب، مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق، لأنه إذا قصر فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور، فضلاً عن ذلك فإن القاضي الدستوري عندما يراقب النشاط الإيجابي للمشرع، ويهدر التشريع المخالف للدستور، فمن باب أولى انه

(1) حسين الظريفي، المصدر السابق، ص 543.

(2) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص 540-542.

(3) محمد أحمد رمضان، المصدر السابق، ص 72-79.

(4) Josseline de clusqde et autre "Lasecurite juridique et i acomplexite du droit" etudes et documents du conseil detqt, ja documentation Francaise, paris,2006,P10..

يستطيع أن يراقب القصور التشريعي، إذا كان من شأنه أن يتضمن مخالفة دستورية⁽¹⁾.

فضلاً عن ذلك فإن أهم أهداف التشريع تحقيق نظام الحياة الاجتماعية، واستقرار العلاقات والروابط الاجتماعية التي تحقق الأمن اذ كان القانون كاملاً، وهذا يتطلب من المشرع أن يكون قادراً على تحديد الأهداف التي يسعى إليها القانون الوضعي، وهو ما يسمى ب(السياسة التشريعية)، لذلك فإن غياب السياسة التشريعية يعني أن المشرع يفقد مهمة تحديد الأهداف لأنه لم يدرك الواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، فيكون الناتج التشريعي غير مكتمل و يغيب استقرار الاوضاع القانونية اذ تتطلب الفلسفة التشريعية أنه قبل صياغة قاعدة قانونية، فإن الأهداف الاجتماعية التي يريد المشرع تحقيقها من وراء القاعدة يجب ان تكون محددة سلفاً، ويعد الأمن القانوني القيمة الاجتماعية الأساسية لكل مجتمع سليم وهي أساس التقدم، وهذا يتطلب أن يكون للأساس القانوني شكلاً أو مظهراً خارجياً وان يتعهد المشرع نفسه بعدم المساس بالحقوق الأساسية التي يمنحها الدستور للأفراد، ويؤدي قصور النص التشريعي أو عيبه إلى انتهاك الحد الأدنى من قواعد الاستقرار في العلاقات القانونية⁽²⁾.

كما ان فلسفة الرقابة على دستورية القوانين تقوم على عنصر استقرار القواعد القانونية والمراكز القانونية والاستقرار المتوقع ليس الاستقرار المطلق، بل الاستقرار النسبي على مدى زمنية معقولة، لأن الاستقرار المطلق للقواعد القانونية يتعارض مع تغيير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصاد والتكنولوجيا، إلخ. بسبب هذا التطور⁽³⁾، وهذا الاستقرار لا يمكن أن يتحقق إلا في ظل وجود ضمانات ناجعة لحماية الاستقرار القانوني وفي مقدمة هذه الضمانات الرقابة على دستورية القوانين التي يصدرها المشرع أو التي يتمادى المشرع في سكوته عن تنظيمها، أو لجوء المشرع لتنظيم بعض المواضيع بطريقة لا تحيط بجوانب الموضوع كافة أو إجراء التعديلات على التشريعات ، وأن ما يساعد القاضي الدستوري على المضي قدماً في أعمال فكرة الرقابة على حالة القصور التشريعي، هو أن قواعد توزيع الاختصاصات بين السلطات تتعلق بالنظام العام، ومن ثمّ فإن الدفع بإدانة قصور المشرع بجزء منها، يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي ينبغي على القاضي الدستوري أثارها من تلقاء نفسه، حتى وإن لم يطلب المدعين ذلك لأن القواعد القانونية الأدنى لا يجوز لها أن تخالف نصوص الدستور، كما لا يجوز لها أن تعدلها، ومن ثمّ فإن بطلان

(1) د. عبد العزيز محمد سالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، دراسة فقهية قضائية مدعمة بجميع ما أصدرته المحكمة الدستورية العليا من أحكام، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2021 ، ص 80 وما بعدها.

(2) سري حارث عبد الكريم ود. حيدر طالب الامارة، آثار الإغفال التشريعي الاجتماعية دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2019، ص38.

(3) د. مصدق عادل طالب، القضاء الدستوري في العراق دراسة تطبيقية لدور المحكمة الاتحادية في الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص جمهورية العراق لعام 2005، دار السنهوري، بيروت، 2017، ص165 وما بعدها.

القوانين المخالفة لأحكام الدستور نتيجة ترتبط أساساً بتقرير مبدأ سمو الدستور⁽¹⁾.
 مما تقدم نرى أنّ كل مخالفة للدستور سواء تعمد المشرع أو انزلق سهواً فيها لابد من مواجهتها،
 فمثلما يراقب القاضي الدستوري النشاط الايجابي للمشرع لا بد ان يراقب القصور في هذا النشاط حماية لمبدأ
 الأمن القانوني واستقرار المراكز القانونية المحمية بموجب الدستور.
 وبذلك فإن رقابة القضاء الدستوري للقصور التشريعي تنبع من ضرورة ضمان جودة ووضوح
 وشمولية التشريعات، حماية للحقوق والحريات العامة التي اهدرها المشرع، ولو بالقدر الكافي لممارسة هذه
 الحقوق وضمن تلك الحريات.

ثالثاً: موقف القضاء الدستوري من الرقابة على القصور التشريعي

منحت السلطة التشريعية متمثلة بالكونغرس الأمريكي سلطة واسعة فيما يتعلق بسن القوانين، إلا أنّ
 المحكمة العليا الأمريكية قضت بأن هذه السلطة يجب ان تكون في سن قوانين ملائمة، وهذا ما اوضحته في
 حكمها في قضية (united states v. comstock) عام 2010 اذ بينت "أن منح السلطة التشريعية
 الاتحادية سلطة واسعة في مجال من القوانين يلزم أن تكون هذه السلطة محددة بسن قوانين ملائمة، و مفيدة و
 نافعة، وأنه من الممكن ملاحظة أن الوسائل المعتمدة محسوبة فعلاً لتحقيق الغاية، فإن درجة حاجتها، ومدى
 وصولها إلى الغاية، وقرب العلاقة بين الوسائل المعتمدة والغاية التي سيتم تحقيقها، فهذه المسائل يحددها
 الكونغرس وحده... وأنه من الممكن أن يستنتج الكونغرس بشكل معقول أن السجناء الفيدراليين الذين يعانون
 من مرض عقلي يسبب لهم صعوبة كبيرة في الامتناع عن السلوك الجنسي العنيف، وأن ذلك قد يشكل خطراً
 كبيراً على الجمهور إذا تم إطلاق سراحهم، كما أنه بإمكان الكونغرس أيضاً أن يستنتج بشكل معقول أن عدداً
 معقولاً من هؤلاء الأفراد لن يحتمل على الأرجح احتجازهم من قبل الولايات إذا تم الإفراج عنهم من الحجز
 الفيدرالي، وإن رغبة الكونغرس في معالجة هذه التحديات المحددة، التي تم اتخاذها وفقاً لمسؤولياته كجهة
 راعية فدرالية، تنسم بكونها مراجعة عقلانية في نهاية المطاف"⁽²⁾، وبذلك فالمحكمة العليا لم تترك المجال
 واسعاً ومفتوحاً امام الكونغرس في إصدار أي قانون، اذ يجب ان يكون هذا القانون ملائماً، ومن ثمّ فهي
 اكدت على مسألة تجنب إصدار قانون يعاني من القصور من قبل الكونغرس.

(1) د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع (دراسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص129.

(2) حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية united states v. Comstock عام 2010 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة العليا الأمريكية على الرابط <https://supreme.justia.com/cases/federal/us> تاريخ الزيارة 2023/2/7.

اما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد ترددت في البداية في مسالة الرقابة على القصور التشريعي، اذ عدت قصور المشرع في التنظيم لأحد الموضوعات من قبيل الملائمات التي يستقل بتقديرها المشرع، إلا أنّها عدلت عن اتجاهها، وتغيرت سياستها في مواجهة القصور التشريعي، وباشرت رقابتها الكاملة على ما قصر المشرع في تنظيمه، باعتبار أن التنظيم القاصر في ذاته يشكل مخالفة دستورية، ويحد من فاعلية الحقوق والحريات العامة التي ينظمها المشرع تنظيمًا قاصراً⁽¹⁾.

ومن اهم المبادئ التي يؤثر إغفالها إلى المساس بمبدأ الأمن القانوني هو مبدأ عدم رجعية القوانين على الماضي، فقد استقر القضاء الدستوري المصري بدءاً من المحكمة العليا مروراً بقضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية النصوص القانونية التي اغفلت مبدأ عدم رجعية القوانين على الماضي، لأنه مبدأ ورد النص عليه في صلب الدستور⁽²⁾، إذ جاء في حيثيات احدي قراراتها بأن (... الأفعال التي حكم بإدانة المتهمين فيها وقعت خلال سنة 1971 قبل صدور القانون المرقم (33) لسنة 1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي والذي عمل به من تاريخ نشره في 1978/6/30 ومن ثم فإن العقوبة الجنائية التي تضمنتها المادة الخامسة من القانون المشار إليه في البند (أ) منها تكون قد فرضت على فعل سابق على نفاذ القانون الذي قررها بالمخالفة للمادتين في الدستور، مما يتعين الحكم بعدم دستوريته...)⁽³⁾.

اما المشرع العراقي فقد اصدر بعض القوانين الغامضة، ومنها قانون العفو رقم (27) لسنة 2016، اذ كانت نصوصه غير واضحة بشكل دقيق، لأنه لم يحدد وصف الأفعال المشمولة بالعفو بشكل دقيق، وآلية نفاذ العفو وتطبيقه، مما دفع ذلك إلى طلب إجراء التعديل على قانون العفو بعد مدة وجيزة من صدوره، مما أثر تأثيراً كبيراً على استقرار الأمن القانوني، ودفع هيئة النزاهة إلى اقامة دعوتين أمام المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون العفو الصادر في 2016/8/25، لأن القانون المذكور قد شمل معظم جرائم الفساد بالعفو، ولكون مشروع قانون العفو الذي أقره مجلس النواب، هو غير مسودة قانون العفو المرسل من الحكومة، حيث كانت مسودة القانون المرسل من الحكومة قد استئنفت جرائم الفساد المالي والإداري من العفو

(1) من الأحكام واضحة الدلالة في رقابة المحكمة الدستورية العليا على القصور التشريعي حكمها الصادر بشأن المحميات الطبيعية، حيث أكدت على أنّ إغفال نشر خريطة المحميات التي تبين حدود كل محمية من شأنه أن يجهل بالركن المادي لجريمة الاعتداء على المحميات، بما يفقد التجريم خاصية اليقين ويجعله مخالفاً للدستور ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (20 لسنة 15 قضائية دستورية)، جلسة 1 أكتوبر 1990، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/9/10.

(2) نصت المادة (95) من دستور جمهورية مصر العربية 2014 على أنّ (العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولا توقع العقوبات الا بحكم قضائي ولا عقاب الا على الافعال اللاحقة بتاريخ نفاذ القانون).

(3) إذ ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية نصوص قانونية لأنها اغفلت مبدأ عدم رجعية النصوص العقابية وسمحت بتجريم أفعال بأثر رجعي خلافاً للدستور في القضية رقم (29 لسنة 18 قضائية/ دستورية) في 1997 /1/3 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/9/11.

العام، وأن البرلمان قد أجرى تعديلات على مسودة الحكومة من دون الرجوع إليها، كما جرى الطعن بالأسباب الموجبة للقانون، لعدم وجود فلسفة أو حكمة تسوغ إيراد جرائم الفساد في قانون العفو العام، وأن الإصلاح يستوجب دعم جهود مكافحة الفساد وتشديد العقوبات على مرتكبي جرائم الفساد، والقول بخلاف ذلك سيؤدي إلى إجهاض تطلعات المجتمع، كما أن شمول جرائم الفساد بالعفو سيؤدي إلى الإساءة إلى سمعة العراق الدولية وجهوده في مكافحة الفساد، وعلى هذا الأساس طلب وكيل هيئة النزاهة الحكم بعدم دستورية النصوص الخاصة بشمول جرائم الفساد المالي والإداري بقانون العفو حفاظاً على المصلحة العامة، ويلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا على الرغم من أنها قد ردت الدعوى لعدم الاختصاص وعدت شمول جرائم الفساد الإداري والمالي بالعفو العام خيار تشريعي للمشرع⁽¹⁾، إلا أنها أقرت ضمناً بضرورة إجراءات تعديل على القانون بموجب مشروع تعديل قانون العفو وهذه إشارة ضمنية إلى وجود قصور في التنظيم ينبغي للمشرع الانتباه له وتلافيه.

ونجد أن موقف المحكمة لم تساير موقف القضاء الدستوري في مصر واعتمدت المحكمة الاتحادية العليا وردت الدعاوى المقامة بمعالجة القصور التشريعي⁽²⁾.

فهي جعلت من سريان أحكام قانون بآثر رجعي لمدة سابقة من دون مدة أخرى خياراً تشريعياً للمشرع، فقد سبق أن جرى الطعن بعدم دستورية المادة (5) من قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (4) لسنة 2006، كونها نصت على سريان أحكام هذا القانون على السجين والمعتقل السياسي من العراقيين في ظل أنظمة البعث البائد فقط الذي بدأ في 17/ تموز / 1968، من دون أن يشمل القانون من نطاق سريانه بآثر رجعي على السجناء والمعتقلين السياسيين قبل هذا التاريخ، وعد الطاعن أن هذا النص يشكل خرقاً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين العراقيين، إذ ذهبت المحكمة في قرارها إلى "... أن المادة (5) من قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (4) لسنة 2006 لا يخالف نص المادة (2 / أولاً / ج) من الدستور التي نصت على أن " لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (71 / اتحادية / 2016) وموحدتها (83 / اتحادية / 2016) في 20/12/2016. منشورات على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/13.

(2) إذ قررت المحكمة الاتحادية العليا باستبعاد النظر في دعوى دستورية مقدمة بشأن وجود نقص تشريعي في القانون المرقم 17 لسنة 2005 (قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى)، إذ جاء في حيثيات الدعوى أن القانون المذكور اغفل النص على سريانه على الماضي ويجب معالجة هذا النقص بتعديل القانون وإطلاق سريانه على الماضي، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قررت رد الدعوى بحجة أن: "اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا محددة بالمادة (93) من دستور جمهورية العراق وليس من بينها تعديل القانون والذي هو عمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية فيكون طلب المدعي خارج اختصاص هذه المحكمة كون المحكمة ليست بجهة تشريعية" ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (6 / اتحادية / 2007) بتاريخ 2007/7/2 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/9/13.

والحريات الأساسية الواردة في الدستور"، بل على العكس جاء منسجماً مع المادة المذكورة، كما أن النص المذكور لا يتعارض مع المادة (14) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي نصت على أن "العراقيون متساوون أمام القانون..."⁽¹⁾.

إلا أن للمحكمة قرارات عملت فيها على سد النقص الجزئي للنص، إذ إنها اجتهدت لإكمال النقص الجزئي الذي اعترى النص الدستوري في الوثيقة الدستورية، فقد قضت في قرارها الخاص بطلب مجلس النواب تفسير المقصود بالأغلبية المطلقة الواردة في المادتين 61/ثامناً و 76/رابعاً من الدستور، فيما إذ كانت تعني أغلبية عدد أعضاء مجلس النواب أو أغلبية عدد الأعضاء الحاضرين عند تحقق نصاب الانعقاد المنصوص عليه في المادة (5/أولاً) منه، إذ تجد المحكمة أن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 قد عرف بتعابير متعددة لأغلبية المطلوبة من أصوات أعضاء مجلس النواب عند إداء مهامه وذلك تبعاً لدرجة أهمية الموضوع المطروح للتصويت في المجلس فقد تطلب في المادة (61/ثامناً/ب/3) منه الحصول على أصوات (الأغلبية المطلقة) لعدد أعضاء مجلس النواب عند سحب الثقة من رئيس الوزراء، أما في حالة سحب الثقة من مجلس الوزراء فلم تطلب المادة (61/ثامناً/أ) منه إلا الحصول على الأغلبية المطلقة، وهي غير (الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه) الوارد ذكرها عند سحب الثقة من رئيس الوزراء، لأن النص قد ذكرها مجردة من (عدد الأعضاء)، وهي تعني أغلبية عدد الحاضرين في الجلسة بعد تحقق النصاب القانوني المنصوص عليه في المادة (59/أولاً) من الدستور ولو أراد واضع الدستور الأغلبية المطلقة لعدد الأعضاء لأوردها صراحة كما فعل في المواد (55) و (59/أولاً) و (61/سادساً/أ) و (61/سادساً/ب) و (61/ثامناً/ب/3) و (64/أولاً) من الدستور ومن ثم خلصت المحكمة الاتحادية ان المقصود بالأغلبية المطلقة الواردة في المادتين 61/ثامناً/أ) و (76/رابعاً) من الدستور هي أغلبية عدد الحاضرين في الجلسة بعد تحقق النصاب القانوني للانعقاد المنصوص عليه في المادة (59/أولاً) منه⁽²⁾.

صفوة القول ان المحكمة الاتحادية العليا تملك بلا شك حق إصلاح القصور التشريعي، اذ لا تتحقق الغاية الأساسية من الرقابة إذا التزمت المحكمة الصمت من القصور التشريعي.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (53/ اتحادية /2012) في 2012/12/18 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/15.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (23/ اتحادية / 2007) في 2007/10/21 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/16.

رابعاً: صور معالجة القضاء الدستوري للإغفال والقصور التشريعي

هناك طرق عديدة للتعامل مع الإغفال التشريعي، إذ إنّ بالإمكان معالجة الإغفال التشريعي بصورة ثنائية، أي عن طريق تعاون السلطتين التشريعية والقضائية لمعالجة هذا الإغفال، وقد تكون المعالجة انفرادية، أي تنفرد السلطة القضائية متمثلة بالقضاء الدستوري بمعالجة هذا الإغفال، وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية.

1- المعالجة الثنائية للإغفال التشريعي: تتمثل المعالجة الثنائية للإغفال التشريعي بعدة صور وهي:

أ- الأحكام الكاشفة: يقتصر دور القاضي الدستوري هنا على الكشف عن الإغفال، وتتولى السلطة التشريعية معالجته، وهذه الوسيلة وإن كانت تصور القاضي الدستوري بأنه مشرع سلبي ليس له أن يحل محل السلطة التشريعية، إلا أنه يجب أن يؤدي دوراً إبداعياً باستخدام الوسائل التقنية القانونية للحد من سلطته لتجنب الصدام مع الهيئة التشريعية⁽¹⁾، وتعد هذه الرقابة من اضعف صور الرقابة التي يمارسها القاضي للإصلاح⁽²⁾.

ب - الرقابة الاعلانية: هنا يقوم القاضي الدستوري بالإعلان عن عدم دستورية الإغفال التشريعي، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا الألمانية، أي إن دور القاضي فقط الاعلان بعدم الدستورية، ولا يتضمن الاعياز لمعالجة الامتناع⁽³⁾.

ت - الأحكام الاعيازية: وهنا يصدر القاضي الدستوري خطاباً اعيازيّاً للسلطة التشريعية مطالباً اياها بسد هذه الفجوة أو الإغفال، وهذا الخطاب له طرق وأشكال متعددة منها التوصية أو النصيحة⁽⁴⁾، وقد يتضمن تحذيراً

(1) أخذ الدستور البرتغالي بهذه النظرية إذ نصت المادة (2 / 283) منه على أنّ "يقوم القاضي الدستوري بإخطار السلطة التشريعية المختصة بوجود إغفال تشريعي مخالف للدستور".

(2) وهذا ما سلكته المحكمة الاتحادية العليا العراقية عندما اقيمت دعوى دستورية من قبل احد الأفراد لمساءلة رئيس الجمهورية عن بعض الافعال التي نسبت اليه ومنها ارتكابه الحنث باليمين الدستورية واصدرت حكمها برد الدعوى وذلك لعدم صدور قانون ينظم عملية الاتهام والمحكمة لرئيس الجمهورية ولم تتطرق المحكمة إلى عدم دستورية امتناع مجلس النواب العراقي عن إصدار القانون المذكور. ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (41 / اتحادية/2017) في 2017/6/3 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/16.

(3) فقد اصدرت المحكمة الدستورية العليا في المانيا عام 1971 بأن المشرع أصدر قانون ينظم الحق في المعاش وينص هذا القانون بأن من حق الارملة في استرداد جميع الاقساط المؤداة إلى صندوق الخدمات الاجتماعية إذ لم يكن قد ثبت بالفعل هذا الحق وكان النص قد أغفل اقرار نفس المبدأ للأرامل وانتهت المحكمة إلى وجود إغفال تشريعي في هذا النص وأشارت انها لا تملك ان تحدد الحل الذي يجب اتباعه لمعالجة الإغفال التشريعي ينظر: د. افين خالد عبد الرحمن وسعدية مجيد ياسين، المصدر السابق، ص276.

(4) د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، الرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد 3، العدد 3، 2018، ص185.

عن فشل الهيئة التشريعية في معالجة هذا الإغفال في غضون فترة زمنية معقولة، يؤدي إلى بطلان النص الذي يحتوي عليه هذا النقص⁽¹⁾.

وقد أخذت المحكمة الاتحادية العليا العراقية بهذه الوسيلة، حينما أوعزت في إحدى قراراتها إلى مجلس النواب بإصدار تشريع ينظم كوتا الاقليات من مكونات الشعب العراقي⁽²⁾.

وتعد طريقة إلزام المشرع بمعالجة الإغفال التشريعي خلال فترة معينة، والا حكم ببطلان ذلك التشريع، انجع الطرق لمعالجة هذا الإغفال بسبب خوف المشرع من الحكم بالبطلان⁽³⁾، ومن ثم تعد من أفضلها لحماية الأمن القانوني.

خامساً : المعالجة الفردية للإغفال والقصور التشريعي

تبنى القضاء الدستوري صوراً أخرى لمعالجة الإغفال التشريعي وهي المعالجة الفردية، وهنا لا يتوجه القاضي الدستوري بخطابه إلى المشرع، وإنما يعالج هو بنفسه الإغفال التشريعي إما بالحكم بعدم دستورية النص القانوني الضمني، أو يقوم بإبطاله ومد النص التشريعي الصريح على الحالات المسكوت عنها أي أنه يحل محل السلطة التشريعية الممتنعة عن معالجة الإغفال، ويصدر حكماً مكملاً، كما هو الشأن بالنسبة للتفسير القضائي المضيق فتكون للقرارات الصادرة منه وجهين الأول يتمثل في بطلان النص التشريعي الضمني المسكوت عنه والمخالف للدستور، والآخر يتمثل في إعادة بناء أو تكوين هذا النص الملغي بإضافة القاعدة المغفلة حتى يصبح النص موضوع الرقابة مطابقاً للدستور⁽⁴⁾.

ونرى أنّ هذه الوسيلة مهمة للغاية لكنها تشكل اعتداءً على اختصاص المشرع، وخاصة الإغفال الكلي، فلا يمكن للقاضي الدستوري أن يحل محل المشرع ويعمل على تشريع القانون.

ويثار التساؤل حول جواز الرقابة على إغفال المشرع الدستوري ذاته؟ وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد من أن نبين بأن ضوابط الإغفال أنه لا يمتد ليشمل الإشراف على إغفال الدستور لتحديد أحد الحقوق أو الحريات، ما لم يؤثر هذا الإغفال على الحقوق الدستورية الراسخة⁽⁵⁾، كما أن الرقابة على دستورية القوانين كمبدأ أصلي لا تقتصر على ثقل التشريع الخاضع للرقابة في التوازن الدستوري، لأن هناك حقوقاً وحريات لا

(1) عادل جلال حمد امين، دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين، 2015، ص 112 .

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية (6/ اتحادية/ 2010) في 2010 /3/11 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022 /9/21.

(3) جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 195 وما بعدها.

(4) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، المصدر السابق، ص 159.

(5) سري حارث عبد الكريم ود. حيدر طالب الامارة، آثار الإغفال التشريعي الاجتماعية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد 34، العدد الثاني، 2019، ص 40.

تتطلب تعداداً صريحاً في الوثيقة الدستورية، فهي حقوق دائمة ولا يمكن حرمان أي إنسان منها، ومن هنا فإن عدم ذكر المشرع الدستوري لبعض الحقوق والحريات لا يمكن قبوله⁽¹⁾.

وقد أوقفت المحكمة الاتحادية العليا الخرق الدستوري الخاص بعدم التزام مجلس النواب بالمدد الدستورية التي نص عليها الدستور، لضمان استمرارية أداء السلطات للقيام بواجبها ومنعاً للفراغ الدستوري، فقد أقرت بعدم دستورية الجلسة المفتوحة مستندة في ذلك إلى القراءة التكاملية لنصوص الدستور، إذ كانت مدة تعطيل عمل السلطة التشريعية قد تجاوزت (145) يوماً، واثراً ذلك على بقاء عمل حكومة تصريف الأعمال لمدة طويلة⁽²⁾، ومس بالأمن القانوني والثقة المشروعة من قبل المواطنين بالتصرفات القانونية الصادرة من الدولة.

وأشارت المحكمة الاتحادية في قرارها المرقم (132) وموحدتها (18 112 و 185)، فيما يتعلق بحل مجلس النواب العراقي بأن "دستور جمهورية العراق لعام 2005 لم يغفل عن تنظيم أحكام حل البرلمان، ولذلك فلا مجال لتطبيق نظرية الإغفال الدستوري" .. ومن هذا المنطلق فإن المادة (64/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 والتي تتضمن الآلية الدستورية لحل مجلس النواب العراقي، قد تضمنت عدة مبادئ جوهرية من أهمها: 1- عدم تدخل السلطة القضائية في مسألة حل مجلس النواب باعتبارها منبثقة من الإرادة الشعبية وهو ما تتطلبه الأنظمة الديمقراطية وتؤكد عليه المادة (5) من الدستور العراقي والتي تنص على أن "السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها، يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية" وقد ردت المحكمة طلب الحل مستندة إلى ان اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا محددة في صلب الدستور وليس من ضمنها حل مجلس النواب ولا يمكن لها ممارسة هذا الاختصاص حماية لمبدأ الفصل بين السلطات واحترام نصوص الدستور.

وهنا نرى أنّ قرار المحكمة برد طلب حل البرلمان، قد حافظت فيه المحكمة على الأمن القانوني، من خلال احترام نصوص الدستور، وعدم الخروج على الآليات التي حددها لحل المجلس.

وفي سياق ما تقدم فإن المحكمة الاتحادية العليا لم يقتصر دورها على سد الفراغ الحاصل في الدستور، وإنما أيضاً الفراغ الحاصل في القوانين، ومنها قرارها الخاص بطلب مجلس النواب تفسير امكانية فرض نسبة تمثيل للنساء في قانون المحافظات، وفقاً للمادة (14) من الدستور وغيرها من المواد التي نصت على تكافؤ الفرص، فقد وجدت المحكمة الاتحادية أن من القواعد التي تتبع في تفسير أي مادة في تشريع ما، وجوب دراسة كل مواد ذلك التشريع للوصول إلى فلسفة وهدف ذلك التشريع، إذ تناولت في قرارها المادة

(1) د. مجيد ابراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص 361.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (56/ اتحادية/2010) في 2010/10/24 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/22.

(14) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 المتعلقة بتكافؤ الفرص لجميع العراقيين، والمادة (49/ رابعا) من الدستور التي تستهدف وجوب تحقيق نسبة تمثيل النساء لا تقل عن ربع من عدد أعضاء مجلس النواب، فقد قضت أن يكون تمثيل النساء في مجالس المحافظات مشابهة لتمثيله في مجلس النواب، نظرا لوحدة الهدف والاختصاصات التشريعية لكلا المجلسين، على الرغم من غياب النص الدستوري في ذلك⁽¹⁾.

خلاصة القول ان الإغفال التشريعي سواء كان كلياً أو جزئياً يمس مساساً مباشراً بالأمن القانوني، فالأمن القانوني يعد القيمة الاجتماعية الأولى في كل مجتمع سليم، وهذا يستوجب أن يكون للقاعدة القانونية شكل أو مظهر خارجي بحيث يؤمن الهيكل التشريعي حماية الأفراد، وتوفير الحصانة لهم لاستحصال حقوقهم، فغياب النص القانوني أو قصوره ونقصه أو عدم وضوحه يؤدي إلى خرق الحد الأدنى لقاعدة الثبات والاستقرار في العلاقات القانونية، للحالات التي شرع من أجلها مع إصابة غاية أو هدف التشريع، وعليه فإن القانون الوضعي الذي يضع القواعد القانونية الرصينة، ويسد الثغرات التشريعية التي تظهر عند التطبيق مستقبلاً، يؤدي إلى تحقيق القانون غاياته الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وهذا يقتضي أن يكون المشرع ذا تصور مسبق عن هذه الأهداف والغايات، ومواءمتها مع الواقع و التطورات، وإذا فقدت تلك السياسة التشريعية وجاء التشريع قاصراً أو انعدم التشريع تماماً، تاركاً فراغاً تشريعياً بشتى المجالات، فلا بد أن تنصب رقابة الإغفال التشريعي على مراقبة إغفال المشرع أو قصوره في تنظيم مسألة أو موضوع، خلافا لما ورد في الدستور، بحيث أن هذا الإغفال أو القصور من شأنه الانتقاص أو تجاهل الضمانات التي قررها الدستور، ويؤثر بلا شك على الأمن القانوني.

المطلب الثاني

دور الاجتهاد القضائي الدستوري في معالجة الغموض التشريعي

يعد البناء المؤسسي للدولة من أهم عناصر تقدم الأمم والمجتمعات الحديثة و رقيها، ويقاس مدى تمدن الدولة من ناحية قانونية بمدى وضوح الأسس التشريعية فيها وتوافقها مع أحكام الدستور، وهذا الأمر لا يمكن تحقيقه إلا من خلال خلق منظومة تشريعية متكاملة الملامح والأطر في سن وإنشاء القواعد القانونية، وتنظيم مسارها دون عوائق أو عقبات تعطل مسيرتها، أو تنقص من كفاءتها وذلك ضمن سياسة عامة تشريعية تراعي تحقيق المصلحة العليا للدولة، كما يعد التشريع الجيد أداة لدعم الإدارة الرشيدة وتعزيزها والمحافظة

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (13/اتحادية/2007) في 2007/7/31 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/27.

على مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون، فتكون الإدارة مستندة في القرارات التي تصدر عنها إلى قواعد قانونية محددة وواضحة المعالم، ولا تكتسب القواعد القانونية هذه الصفات إلا إذا صدرت بشكل منهجي واضح يفي بالغرض الذي من أجله تم إصدارها، والمتمثل في المحافظة على المصلحة العامة للدولة.

في المقابل، فإن الصياغة التشريعية المعيبة تسهم في عرقلة الجهود نحو تطبيق الإدارة الرشيدة والتنمية، لذلك كان لا بد من تدخل القضاء الدستوري لفرض رقابته على الصياغة التشريعية ضماناً لمبدأ المشروعية والأمن القانوني وهذا ما سنوضحه في الفروع الآتية:

الفرع الأول

اثر الصياغة التشريعية في الأمن القانوني

ان تحقيق الاستقرار القانوني يتطلب من السلطة التشريعية سن قوانين تتمتع بالثبات النسبي، وهذا لا يتحقق ما لم تكن صياغة هذه القوانين جيدة وبصورة واضحة لا يشوبها الغموض، وان بيان ذلك يتطلب منا ايضاح مفهوم الصياغة التشريعية، فضلاً عن بيان معايير الصياغة التشريعية ومن ثم بيان الأسس التي يستند إليها القضاء الدستوري في الرقابة عليها وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

اولاً: تعريف الصياغة التشريعية: ان الصياغة التشريعية هي علم وفن قانوني مهم، كما انها عملية قانونية معقدة بالغة الدقة تتطلب من القائم بها أن يكون له كفاءة قانونية، وإحاطة شاملة بالقوانين والتشريعات النافذة وتعرف الصياغة بأنها (فنون ومهارات بناء النصوص وتحرير القوانين)⁽¹⁾، كما عرفت بأنها "فن يتكون من مجموعة من الوسائل المستخدمة لصياغة الافكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقة التعاون على تطبيق القانون من الناحية العملية مما يحقق استيعاب متطلبات الحياة في قوالب تشريعية"⁽²⁾ وعرفها جانب من الفقه على أنها(عملية ضبط الأفكار في عبارات محكمة موجزة وسليمة لكي تكون قابلة للتنفيذ)⁽³⁾، فالصياغة التشريعية تتمثل في تحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى مادة صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها عن طريق اختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة

(1) د. مروان محمد محروس المدرس، رقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، 2017، ص 498 وما بعدها.

(2) د. محمد احمد شحاته حسين، الصياغة القانونية لغة وفقهاً، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2014، ص248.

(3) د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني وبخاصة المصري واللبناني (النظرية العامة للحق)، ط2، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1986، ص599.

لمضمون القاعدة وإعطائها الحل العملي الذي تصلح به للتطبيق⁽¹⁾، فصيافة اي نص سواء دستوري أو قانوني تعتمد على الالفاظ والكلمات في إطار تحويل الافكار الجوهرية إلى قواعد صالحة للتطبيق⁽²⁾. ويذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بالصياغة التشريعية هي صياغة القوانين العادية فقط، في حين درج جانب آخر من الفقه على اعتبار الصياغة التشريعية هي صياغة التشريع العام اي تشمل صياغة الدستور والقوانين العادية واللوائح والقرارات والأنظمة⁽³⁾، ونرى أنّ هذا الاتجاه هو الاصوب إذ إنّ الصياغة التشريعية السليمة للدستور هي الأساس لما يتمتع به هذا الدستور من سمو فيجب ان تكون صياغته بصورة سليمة ليحقق الضمان الكافي للحقوق والحريات اذ لا يمكن تصور دستور بصياغة قانونية ركيكة أو غامضة، فالتشريعات الجيدة في الصياغة يجب أن تكون جيدة في مضمونها والقاعدة القانونية يجب أن تعكس القيم التشريعية الأصلية كقيم العدل والعمومية⁽⁴⁾ والرشد القانوني والالتزام بالمبادئ القانونية العامة، وهذه القيم التشريعية تعكس كفاءة العملية التشريعية التي من شأنها بناء علاقة نفسية متوازنة بين المواطن والتشريع فلا يسعى للتهرب من حكم القانون بالتحايل⁽⁵⁾.

ثانياً: أنواع الصياغة التشريعية: للصياغة التشريعية أنواع عدة تتمثل بالصياغة المادية فضلاً عن الصياغة المعنوية والصياغة الجامدة والمرنة وهذا ما سنوضحه تباعاً:

1 - الصياغة الجامدة: هي الصياغة التي تحقق التحديد الكامل للحكم القانوني أو من يخضع له من اشخاص ووقائع على نحو لا يترك مجالاً للتقدير، سواء بالنسبة للمخاطب بالتشريع أو بالنسبة لمن يطبق هذا التشريع كالقاضي ورجل الإدارة⁽⁶⁾، ويلجأ المشرع إلى هذا النوع من الصياغة إذا قَدّر ان المصلحة العامة واستقرار المعاملات تستلزمان تجريد مطبق التشريع من السلطة التقديرية، وجعل مهمته تحويل اقوال المشرع إلى التطبيق العملي⁽⁷⁾، وترد الصياغة الجامدة بأساليب مختلفة منها التعبير بالأرقام أي

(1) د. سعيد السيد علي، مجلس الدولة ودوره في صياغة التشريعات والرقابة الدستورية، دار الكتاب الحديث، الاسكندرية، 2009، ص23.

(2) John Alder, constitutional and administrative law, Red Globe Pressed, eleventh (43) edition, 2017, P.8

(3) د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية، 1990م، ص 164.

(4) د. خالد روشو، دور القاعدة الدستورية في ارساء الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المجلد3، العدد الأول، 2018، ص113.

(5) د. ضاري خليل محمود، الصياغة القانونية علم وفن، بحث منشور في مجلة دراسات دستورية، البحرين، المجلد الأول، العدد الأول، 2013، ص 73.

(6) د. حسن كبيرة، المصدر السابق، ص 183 وما بعدها.

(7) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج1، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972، ص 284.

يكون حكم القاعدة التشريعية برقم معين، وهو ما يسميه الفقه (بإحلال الكم محل الكيف) أو (هي الصياغة التي يعدل فيها عن وصف الشيء بكيفه إلى تقديره بكمها)⁽¹⁾، ومن أمثلة هذه الصياغة المادة (171) من قانون المرافعات العراقي التي نصت على أنّ "المدة المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدة القانونية".

وتؤدي الصياغة المادية إلى افراغ التصرف القانوني في شكل خارجي معين حتى يترتب عليه الأثر القانوني وهو ما يطلق عليه الصياغة الشكلية⁽²⁾، والمعيار الآخر الذي يستخدم في إطار الصياغة الجامدة هو معيار الحصر، وهو أمر غاية الصعوبة ويتطلب نوع من الدقة في مواجهة الظروف الاجتماعية المتعددة والمستجدة لان النصوص التشريعية متناهية إما الواقع فغير متناهي ومن أمثلة الصياغة على سبيل الحصر المادة (211) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه "إذا اثبت الشخص إن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهره أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

ومن مزايا الصياغة الجامدة انها تؤدي إلى استقرار المعاملات، وسهولة الفصل في المنازعات، فهي تمكّن كل فرد من معرفة مركزه القانوني معرفة اكيدة، فيستطيع من البداية ترتيب سلوكه على أساس هذا المركز، دون خشية المفاجأة وهو ما يتطلبه مبدأ الأمن القانوني⁽³⁾، إلا أنّ عيوبها انها تؤدي إلى إصدار الحكم دون مراعاة الظروف الواقعية التي تحيط بكل حالة اذ تعامل كل الحالات معاملة واحدة وهو ما قد لا يؤدي إلى تحقيق العدالة في الحياة الاجتماعية ومع ذلك فان مدى التوفيق في اختيار الصياغة الجامدة يتوقف في النهاية على نتيجة الموازنة بين ما تحققه من مزايا وما تجلبه من اضرار⁽⁴⁾.

مما تقدم نرى أنّ الصياغة القانونية الجامدة لا تمنح القاضي أو المطبق للقانون سلطة تقديرية، فبمجرد تحقق الواقعة القانونية ينزل حكم القاعدة القانونية، وهذا يحقق الاستقرار لكنه لا يتجاوب مع تطورات الحياة الاجتماعية فالصياغة القانونية الجامدة تحقق العدالة الظاهرية.

(1) د. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية (تشريعاً وفقهاً وقضائياً)، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، عمان، 1995، ص28.

(2) د. مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص288.

(3) د. ضاري خليل محمود، المصدر السابق، ص77.

(4) د. رشا محمد جعفر، (أوجه القصور في الصياغة التشريعية لقوانين الوظيفة العامة) دراسة تطبيقية في القوانين الصادرة في ظل دستور (2005)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 30، العدد2، 2015، ص8.

2- الصياغة المرنة

تعرف الصياغة المرنة بأنها الصياغة التي يتم التعبير عنها في القاعدة القانونية فرضاً وحكماً أو احدهما، بصورة معيارية تفسح المجال لسلطة القاضي التقديرية عند تطبيقها لمراعاة الفروق الفردية ومن مزايا هذه الصياغة انها تترك مجالاً مفتوحاً لكي تستجيب القاعدة لظروف الواقع وملايساته، فهي لا تقيد القاضي إذ بموجبها يمكنه ان يصدر أحكاماً مختلفة وفقاً لكل حالة، وما يحيط بها من ظروف، فهي تجعل من القاعدة القانونية تستجيب لظروف العمل المختلفة عند التطبيق، لأنها تحاكي ظروف الواقع التي تتطلب غالباً المرونة حتى يكون لها حل معين⁽¹⁾.

نستنتج مما تقدم ان الصياغة القانونية المرنة تحقق العدالة القائمة على المساواة الحقيقية التي تراعى الظروف، وبذلك يتحقق الهدف الأسمى ويشيع الأمن والاستقرار أفضل من الصياغة الجامدة.

ثالثاً- عيوب الصياغة التشريعية وأثرها على الأمن القانوني

ان الصياغة التشريعية المعيبة لها أثر مباشر على ضمان مبدأ الأمن القانوني، فكلما كان النص التشريعي غامضاً أو متعارضاً مع غيره من النصوص، كلما كان الأمن القانوني مهدد وتبرز عيوب الصياغة التشريعية بالآتي:

1- الغموض: الغموض هو خفاء معنى النص أو عدم فهم مقصده ويعاب النص التشريعي بالغموض، إذا كان غير واضح الدلالة في معناه أو مبناه، وعندما لا تدل صيغته على مضمونه والغاية منه⁽²⁾، وسبب الغموض ممكن ان يكون بسبب ضعف لغة النص أو ضعف الإمكانيات اللغوية لمن يكلف بصياغة التشريع، وقد يرجع إلى أسلوب النص نفسه، وذلك عندما يصاغ بأسلوب معقد في التركيب واللفظ فيصعب تصور قصد المشرع⁽³⁾، ويمكن لعيب غموض الصياغة أن يؤدي إلى مخالفة دستورية فيما لو أدى غموض النص إلى الإخلال بضمانات أو جب الدستور على المشرع العادي احترامها ومراعاتها⁽⁴⁾، ويمكن ان يكون الغموض في النص التشريعي غموضاً خفياً وهو الغموض الأكثر شيوعاً أي أن النص يتضمن لفظاً يدل على معناه من حيث تطبيقه على بعض الأفراد دون بعضهم الآخر، أي أن النص يتضمن لفظاً يدل على معناه من حيث الظاهر، لكنه في انطباق معناه على بعض الأفراد يكون غامضاً بالنسبة لهم⁽⁵⁾، وقد يكون الغموض مشكلاً وهو النص الذي يشكل على السامع الوصول إلى معناه، فلا يدل على معناه ويحتاج إلى قرينة خارجية تبين المراد منه، وقد اعترى دستور جمهورية

(1) د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968، ص147.

(2) د. محمود فريد عبد اللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الحيزة، 2018، ص97.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2014، ص212.

(4) د. ليلي حنتوش ناجي الخالدي، التفسير القضائي لنصوص الدستور، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، السنة الرابعة عشر، العدد 1، 2022، ص336.

(5) د. حيدر ادهم عبد الهادي، اصول الصياغة القانونية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص100 وما بعدها.

العراق لسنة 2005 العديد من النصوص الغامضة مثال ذلك صياغة نص المادة (55) والمتعلقة بانتخاب رئيس مجلس النواب ونائبيه الأول والثاني، إذ إن صياغتها غامضة، حيث لم تحدد جلسة انتخابهم، فهل ينتخبون في الجلسة الأولى لمجلس النواب حصراً؟ أم يمكن انتخاب الرئيس في الجلسة الأولى ومن ثم انتخاب نواب الرئيس في الجلسات التالية؟⁽¹⁾.

ومن النصوص الغامضة في دستور 2005 التي شكلت فراغاً دستورياً النص الدستوري الخاص بمنح الاقاليم المتضررة في النظام السابق حصة مضافة من النفط والغاز⁽²⁾، إذ جاءت خالية من تحديد مقدار الحصة المضافة وتحديد المدة التي تنحصر فيها تقديم الحصة المضافة، فضلاً عن بيان عدم بيان الجهة التي تقرر ان هذا الإقليم متضرر أو لا⁽³⁾، ونرى أنّ هذا النص لم يعتريه هذا الغموض فقط وإنما هو جاء بعبارة الاقاليم وما متواجد هو إقليم واحد فكان الأولى ذكر الاقاليم والمحافظات المتضررة، إذ إنّ هنالك الكثير من المحافظات التي حرمت من ثروة النفط والغاز، إذ إنّ وضوح النص التشريعي وامكانية فهمه يمثل عنصر من عناصر الأمن القانوني وجزء من اجزاء العدالة التشريعية.

وقد ينشأ الإشكال في النص من لفظ يدل على أكثر من معنى، كالألفاظ التي لها معان لغوية وأخرى اصطلاحية قانونية، والتي يجب حملها على معناها الاصطلاحي، ما لم يتبين أن المشرع قصد المعنى اللغوي فيه، واحياناً يتعمد المشرع ان يجعل النص القانوني غامض لكي يتسنى له حل جميع المشكلات المستجدة بشأن تطبيق ذلك النص مثال ذلك: ما ورد في المادة (20/ رابعاً) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (3) لسنة 2006 حيث نصت على أنّ "يعامل موظفو المؤسسة معاملة الجهة التي ترتبط بها المؤسسة".

ومن المعروف أن المادة (2) من القانون المذكور نصت على أنّ "تؤسس هيئة تسمى (مؤسسة الشهداء) ترتبط بمجلس الوزراء وتتمتع بالشخصية المعنوية ويمثلها رئيس المؤسسة أو من يخوله ويكون مقرها في مدينة بغداد".

وهنا يمكن التساؤل لماذا لم ينص المشرع صراحة على أنّ يعامل موظفو مؤسسة الشهداء معاملة موظفي مجلس الوزراء؟ نرى أنّه بما لا شك فيه أن الهدف من صياغة النص بهذا الشكل وجعله غامضاً كان الغرض منه جعل النص متاحاً للتفسير⁽⁴⁾، إلا أنّ هذه الصياغة الغامضة تؤدي إلى ارباك الجهات المخاطبة

(1) اذ نصت المادة (55) من الدستور على أنّ (ينتخب مجلس النواب في اول جلسة له رئيساً، ثم نائباً أول ونائباً ثانياً بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس بالانتخاب السري المباشر).

(2) ينظر: المادة 112/اولاً من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(3) د. علي هادي عطية الهلالي، غموض النصوص الدستورية (دراسة تحليلية في ضوء نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ)، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، المجلد (2)، العدد(3)، 2006، ص50.

(4) د. مازن ليلو، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، المصدر السابق، ص6.

بهذا القانون والمسؤولة عن تنفيذها، إذ إنّ النص الغامض يحتاج بلا شك إلى تفسير لكي يطبق، وقد يؤدي هذا التفسير إلى افرغ النص من محتواه ويمكن ان يؤدي تفسيرات متناقضة تؤدي إلى الاخلال بالأمن القانوني.

2- التكرار

يقصد بالتكرار هو اعادة الحكم ذاته في اكثر من نص من نصوص التشريع وقد يكون التكرار في التشريع الواحد، بأن يرد الحكم ذاته في التشريع ذاته اكثر من مرة، أو يرد في اكثر من تشريع في الوقت ذاته ومن الامثلة على ذلك التكرار في صياغة نصوص قانون الإدارة المالية والدين العام العراقي رقم(95) لسنة 2004، حيث أورد القانون تعريفين للموازنة، اذ عرف الموازنة في الفقرة 4 من القسم (2) بالنص على أنّ (الموازنة: برنامج مالي يقوم على التخمينات السنوية الإيرادات والنفقات والتحويلات والصفقات العينية للحكومة)، ثم عاد في الفقرة (17) من القسم نفسه لينص على تعريف الموازنة الفدرالية، حيث نص على أنّ (الموازنة الفدرالية: تخمين أجمالي لإيرادات والواردات السنوية كما مصادق عليها من قبل الحكومة الفدرالية)⁽¹⁾، فالتكرار يمس بالوضوح فممكن ان يحصل اختلاف بين النصوص ذاتها مما يؤثر على سهولة بلوغ النص القانوني ويؤدي إلى المفاجآت التي تؤثر على الاطمئنان للنصوص التشريعية وتطبيقها من قبل المخاطبين به ومن ثمّ عدم فهم المخاطبين بها لهذه النصوص مما يؤدي بهم إلى عدم تطبيقها.

3- التعارض بين النصوص

يتحقق تعارض النصوص عندما يصطدم نص تشريعي مع نص تشريعي آخر ويتعارض معه بصورة تجعل الجمع بينهما مستحيلاً، على الرغم من وضوح كلاً منهما، وقد يقع التعارض في تشريع واحد أو في تشريعات مختلفة والحل في حال اذ ما وقع التعارض بين تشريعات متباينة في الدرجة، فهنا يغلب التشريع الأقوى وفقاً لمبدأ تدرج التشريع، اما إذا وقع التعارض في تشريعات متساوية في قوتها فالقاعدة أن التشريع اللاحق يلغي السابق، أما التعارض الذي يحصل بين نصين تشريعيين متساويين في القوة وصادرين في وقت واحد، ففي هذه الحالة ينبغي العمل على رفع التعارض بينهما، إذا لم يوجد بينهما ما يرجح أحدهما على الآخر بالالتجاء إلى طرق التفسير الخارجي⁽²⁾، ومن امثلة الصياغة التشريعية المتناقضة: في دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ما نصت عليه المادة (2) منه على ان:(الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس

(1) حيدر وهاب عبود، صياغة الموازنة العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، بغداد، المجلد: 4، العدد: 18، 2012، ص 15.

(2) ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، الصياغة القانونية لنصوص التشريع، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2019، ص 169.

للتشريع: أ. لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام. ب. لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية)، فهنا كيف يتم التوفيق بين ثوابت أحكام الإسلام وبين مبادئ الديمقراطية في ظل التناقض بين النصوص؟ إذ إنّ الحياة الديمقراطية تؤسس على النشاط الاقتصادي الحر والتعامل اليومي مع اقتصاديات السوق القائمة على المعاملات الربوية المحرمة لثوابت أحكام الإسلام"، ويظهر التعارض في نصوص الدستور أيضاً بين نص المادة الخامسة عشر والمادة السادسة والأربعون، إذ نصت المادة الخامسة عشر على أنّ " لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة"، في حين نصت المادة السادسة والأربعون "على أنّ لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على أنّ لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية"، فالتعارض بين هذين النصين يتمثل في إمكانية حرمان حق الحياة وفقاً للمادة الخامسة عشرة، ولكن المادة السادسة والأربعون تنص على القيد العام مع وجوب عدم المساس بجوهر الحق، وإن الاعتداء على حق الحياة هو اعتداء على جوهر الحق ذاته، بمعنى أن حرمان شخص معين من حق الحياة، هي الاعتداء على جوهر حق الحياة فضلاً عن ذلك فإن المادة الخامسة عشر تجيز تقييد الحق والحرية بموجب امر اداري وهذا الامر يمثل انتهاكاً خطيراً للحقوق والحريات⁽¹⁾.

ولابد من التأكيد على أنّ النصوص الدستورية تتناقض لا تتناحر كما يقال، فما الحل إذا كان التعارض بين نص دستوري ونص قانوني، أو بالأحرى إذا كان النص القانوني يقدم حماية اكبر للحقوق والحريات من النص الدستوري، كما هو الحال بنص المادة (الأولى) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل التي نصت على "لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون" هي ادق في التعبير من نص المادة (19) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي نصت على أنّ " لا جريمة ولا عقوبة الا بنص" إذ إنّ نص قانون العقوبات يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من فهم الواقعة بما يمكنه من تفريد العقوبة وتطبيق الظروف المخففة والمشددة فإذا طبق القاضي النص الدستوري هنا سيتقيد بالعقوبة المقررة بالنص اما إذا طبقنا نص المادة الأولى من قانون العقوبات فالقاضي ستكون له حرية الاختيار بشأن العقوبة التي ممكن ان يطبقها ويمس التعارض بين النصوص مساساً مباشراً بمبدأ الأمن القانوني، إذ إنّ في حال تم التطبيق ومن ثم

(1) د. معمر خالد عبد الحميد، مبدأ المشروعية بين النص الدستوري والقانوني، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، الجزء 1، العدد 2، 2017، ص305.

تم كشف التعارض ممكن ان يمس بالحقوق المتحصلة من تطبيق النص وهذا يشكل بمجمله مساساً بمبدأ الأمن القانوني.

اما المحكمة الاتحادية العليا فيلاحظ من قراراتها انها لم تجعل من التعارض بين نصوص قانونين مختلفين مخالفة دستورية توجب الحكم بعدم الدستورية، وهذا ما قضت به في القضية التي رفعت بشأن عدم دستورية الفقرة (ثاني عشر) من المادة (5) من قانون الادعاء العام رقم (49) لسنة 2017، التي تضمنت اختصاصات الادعاء العام والتي جاء نصها بالآتي: (التحقيق في جرائم الفساد المالي والإداري و وكافة الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة المنصوص عليها في قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل) بحجة أنها تتعارض مع الأمر رقم (57) لسنة 2004 الصادر من سلطة الائتلاف المؤقتة القسم (1) لان التحقيق في جرائم الفساد الاداري والمالي من اختصاص مكتب المفتش العام⁽¹⁾.

خلاصة ما تقدم يتبين لنا ان التعارض بين النصوص التشريعية يؤدي إلى ارباك المخاطبين بهذه النصوص وجهلهم في أي النصوص هو الأولى بالتطبيق، وهذا بلا شك يشكل اهداراً لمبدأ الأمن القانوني، فكان لابد من ان تتخذ المحكمة الاتحادية العليا الاجراء المناسب لحل اشكالية التعارض لا ان تترك المسألة بدون حل.

رابعاً: معايير بناء التشريع السليم وأثره في جودة الصياغة التشريعية

بما ان الصياغة التشريعية المعيبة تؤدي إلى كثرة التعديلات التشريعية و تؤدي إلى تضخم المنظومة التشريعية، الذي يعني وجود عدد كبير من القوانين المتشابهة غير محددة الصياغة، والتي تختلف المحاكم في تفسيرها في قضايا متشابهة، ويتسبب التضخم التشريعي في مشكلة كبيرة تتعلق بتحقيق الأمن القانوني، فهو يتنافى مع الوضوح اللازم للتشريعات، كما يتعارض مع سهولة الوصول إليها، كما أن الصياغة التشريعية الجيدة تتطلب الاكتفاء بنص أو قاعدة قانونية واحدة، ودمج التشريعات التي تعالج موضوعات متشابهة في قانون واحد، لذلك لابد من مراعاة الضوابط الخاصة بالصياغة التشريعية وهي:

1- الدقة والوضوح

يجب ان تكون لغة النص التشريعي واضحة ودقيقة فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقاً، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهماً، فضروري أن تصاغ النصوص التشريعية بدقة وعناية باختيار الكلمات وتركيب الجملة وانشاء النص إذ إنّ النص الذي يحتوي على تزيد أو عبارات لا لزوم لها يؤدي إلى صعوبة تفسيره أو

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (43/اتحادية/اعلام/ 2017) في 20/6/2017 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/25.

تفسيره تفسير غير دقيق⁽¹⁾، ودقة الصياغة التشريعية تتطلب ان لا يتغير اللفظ إذا اريد التعبير عن المعنى نفسه مرة أخرى في ثنايا القانون والا احدث اضطراباً في استقرار الاوضاع القانونية، ولا تتعارض الدقة في الصياغة مع ان تكون لغة التقنين غنية، وفي الوقت ذاته بسيطة تنزل إلى مستوى فهم الجمهور⁽²⁾، ولأهمية الوضوح فقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن «الأصل في النصوص العقابية هو أن تصاغ في حدود ضيقة لضمان أن يكون تطبيقها محكماً ومن ثم يجب إجمالاً استخدام اللغة البسيطة التي تستعصي على التأويل والبعد عن التراكيب اللغوية والجمل المعقدة، ذلك أن عموم عباراتها واتساع قوايلها قد يصرفها إلى غير المقصود منها⁽³⁾».

وقد عانى دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في بعض الاحيان من عدم دقة الصياغة ففي المادة (111) منه التي نصت على ان: (النفط والغاز هو ملك كل الشعب العراقي في كل الأقاليم والمحافظات)، فقد كان هذا النص غير دقيق في صياغته إذ إن الملكية حقاً عينياً لا يتقرر الا لشخص القانون سواء اكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وبما ان الشعب العراقي لا يتمتع بالشخصية المعنوية، فإن ملكية النفط والغاز للشعب تعد مجازاً، فالملكية الحقيقية هي للدولة التي تعد شخصاً معنوياً وفقاً لأحكام المادة (47) من القانون المدني العراقي⁽⁴⁾.

2- الإيجاز

بما ان النص التشريعي ينظم الظواهر الاجتماعية والسياسية والاقتصادية فلا بد من ان يكون تنظيمه لها تنظيمياً دقيقاً بصورة لا اسهاب فيها ولا استطراد، فالأسلوب الموجز يعبر عن أعماق المعاني بأقل الكلمات، كما ان الإطالة تفتح باباً للتأويلات، فكل كلمة في النص التشريعي لها معنى مقصود لذاته، واحياناً قد يؤدي حرص الصانع على دقة النص إلى تعقيد النص وعدم وضوحه، وذلك بسبب اسرافه في استخدام العبارات التي تقيد المعنى لكي يحقق الدقة التي يقصدها، كما انه قد يعمل على اطالة النص التشريعي سعياً منه إلى الاحاطة بكل جوانب المعنى المقصود لكن النتيجة تكون عكسية تماماً وتؤدي إلى صعوبة فهمها⁽⁵⁾.

(1) فهيمة أحمد على القماري، أساسيات الصياغة القانونية، دار الكتب والدراسات القانونية، الإسكندرية، 2019، ص 3.

(2) غازي إبراهيم الجنابي، دليل الصياغة التشريعية، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، المجلد: 4، العدد 18، 2012، ص6.

(3) د. ليث كمال نصرآوين، متطلبات الصياغة الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع القانون.. أداة للإصلاح والتطوير الجزء الأول، العدد 2، 2017، ص415.

(4) تغريد عبد القادر علي، اشكالية الصياغة في النص الدستوري (دراسة عن دستور جمهورية العراق لسنة 2005)، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، السنة السادسة، العدد الرابع، 2016، ص207.

(5) د. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص90 وما بعدها.

وما هو بارز في المنظومة القانونية في العراق انها تعاني من تضخم قوانينها وأنظمتها وكثرة تعديلاتها، في ظل انظمة حكم مختلفة ومتباينة من حيث النهج والفلسفة، وهذا يعد عاملاً مساعداً للجهل بالقانون وتطبيقه من جهة الإدارة والأفراد على حد سواء والأمثلة على ذلك عديدة مثال ذلك: قانون التقاعد رقم (27) لسنة 2006، الذي شرع لكنه لم ينفذ إلا بعد تعديله ومن ثم صدر قانون جديد للتقاعد رقم (1) لسنة 2014 الذي تم تعديل بموجب قانون التعديل الأول رقم (26) لسنة 2019، وهذا يدل على شئ فيدل على انعدام السباسبية التشريعية وضعف جودة النصوص التشريعية وعدم انسجامها مع بعضها البعض⁽¹⁾، مما تشكل تهديداً خطيراً لمبدأ الأمن القانوني، مما يتطلب من المشرع أن يبدي كل الحرص في وضع التشريعات، وعدم التسرع في تعديلها الا بعد الاحاطة بموضوعاتها، وأخذ الاحتياطات اللازمة للتنبؤ بالظروف المحيطة بتطبيقها في المستقبل، فضلاً عن ضرورة مراعاة المشرع للمراجعة التشريعية، إذ إنّ لها علاقة تكاملية بالأمن القانوني، لأن المراجعة التشريعية تعزز مبدأ الأمن القانوني، والأمن القانوني يقتضي مباشرة المراجعة باستمرار حتى لا يختل البناء القانوني للدولة.

نرى مما تقدم ضرورة عمل مراجعة شاملة للقوانين من قبل لجنة من ذوي الخبرة والمتخصصين من نخبة (أساتذة القانون والقضاة والمحامين وعدد من أهل الخبرة المنوط بهم إصدار التشريع)، وان تكون هذه اللجنة تابعة للسلطة التشريعية لكي لا تتنازع السلطات، ويكون عمل هذه اللجنة قائم على مراجعة القوانين وازالة التناقض بين جميع التشريعات مع بعضها البعض، سواء السابقة أو اللاحقة وعمل توافق بين التشريعات، وازالة جميع التشريعات التي لا جدوى منها لضمان تحقيق الأمن القانوني.

3- مراعاة المبادئ الدستورية

إن الغاية المتوخاة من أي تنظيم قانوني في تعزيز وحماية الحقوق والحريات، على اعتبار أن التشريعات على اختلاف أنواعها هي احتياجات مدنية وسياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، وبما ان الدستور يأتي في قمة الهرم التشريعي، فيجب ان يراعي أي تشريع في أحكامه المبادئ العامة للدستور وجوهرها، كما يجب أن تكون الغاية الأسمى من إصدار القوانين والأنظمة، هو التطبيق السليم لأحكام الدستور والتفعيل الحقيقي لمحتوى نصوصه، فالنصوص التشريعية يجب أن تشكل الروح التي تبث في النصوص الدستورية، وأن تسري فيها بشكل موضوعي وتتفاعل معها في بلوغ الغاية المثلى التي جاء النص

(1) ينظر: كلا من فاطمة درو ملوح، د. عادل كاظم سعود، أثر التضخم التشريعي في الاخلال بمبدأ الأمن القانوني الجنائي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 24، العدد 4، 2022، ص58 ود. عبد الكريم صالح عبد الكريم، و د. عبد الله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية التشريعية (دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة (6)، العدد(23)، 2014، ص152 وما بعدها.

الدستوري لترسيخها، وهنا يجب ان لا يؤخذ بظاهر النصوص الدستورية، وانما بمضمونها⁽¹⁾.

4- الالتزام بالسياسة التشريعية

يقصد بالسياسة التشريعية "مسلك الجهة المختصة بالتشريع أو خطتها نحو تطبيق السياسة العامة العليا بمجالاتها المتنوعة كالسياسية والاقتصادية والاجتماعية من خلال التشريعات التي تضعها"، و ان لكل دولة سياسة تشريعية خاصة بها، تتحدد ملامحها وفقا للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمجتمعية، فالسياسة التشريعية لكل دولة تعد حجر الأساس في عملية الصياغة التشريعية، فيجب إصدار القوانين والأنظمة بما يتوافق مع هذه السياسة، كما أن السياسة التشريعية لكل دولة هي في حقيقتها انعكاس لسياستها العامة، ومن ثم فإن الاهتمام بمسألة الصياغة القانونية ليس مجرد اعتناء بالجانب الشكلي والإجرائي، إنما الهدف منه هو الوصول إلى تطبيق دولة القانون، من خلال سن تشريع جيد ومتطور في منتهى الوضوح والدقة منسجم مع الدستور وغير متعارض مع القوانين الأخرى ومفهوم لدى عامة الناس وقابل للتطبيق"⁽²⁾، ولأهمية الصياغة التشريعية فقد بادرت الولايات المتحدة الأمريكية إلى انشاء لجان إصلاح القوانين وتنقيحها فتم انشاء لجنة تنقيح القوانين في ولاية نيويورك عام (1921)، عندما دعا القاضي (بنيامين كاردوزو) إلى انشاء وزارة العدل لتراقب تنفيذ القوانين وملاحظة تحقيق أهدافها وتقديم التقارير عن التعديلات الضرورية لها لكي لا تجد المحاكم نفسها عاجزة أو مقيدة بقوانين ركيكة الصياغة ثم انشأ المجلس التشريعي في نيويورك عام 1934 لجنة تنقيح القانون تتولى اجراء دراسات دائمة لأحكام والتشريعات ولتكشف عيوبها أو عدم ملائمتها للتطور⁽³⁾.

مما تقدم نرى أنّ للمشرع دور فاعل في ضمان جودة التشريع من عدمه، لذلك لا بد من توافر شروط في المشرع، إذ إنّ الصياغة التشريعية تحتاج اشخاص يتمتعون بالدقة والخبرة القانونية، فضلاً عن الاطلاع الواسع على تجارب الدول المتقدمة في الصياغة، كما لا يمكن تجاهل الخبرة اللغوية، لان العيوب التي تعاني من الكثير من القوانين سببها الصياغات والعبارات الركيكة المستخدمة في التشريعات، كل ذلك يلقي على عاتق المشرع الالمام بكل الأمور التي تحسن من الصياغة التشريعية، وتسير فيها بعيداً عن العيوب التي تؤثر في وضوح القوانين وتهدر حقوق الأفراد وتقودهم إلى التهرب من تطبيقها، ومن ثمّ عدم مراعاة الأمن القانوني.

(1) عليوة مصطفى فتح الباب، أصول سن وصياغة التشريعات وتفسير التشريعات، دراسة فقهية علمية مقارنة، مطبعة كوميت، ج1، ط1، الكويت، 2007 ص70.

(2) غازي ابراهيم الجنابي، المصدر السابق، ص2.

(3) الان فارنسويرث، المصدر السابق، ص94.

الفرع الثاني

أساس الرقابة الدستورية على الصياغة التشريعية

نظراً لما تحمله الصياغة التشريعية من أهمية كان لا بد من ان تصاغ العبارات في النصوص التشريعية على نحو يحافظ على المعنى الذي تحمله، وإن تصل بوضوح إلى القارئ المتلقي، لكي تؤدي وظيفتها، فلا يكف اهتمام القائم بالصياغة القانونية بمحسنات اللغة من دون المعنى القانوني المطلوب، لأن ذلك سيصيب المعنى القانوني بالغموض وإذا كان النص غامضاً، أو ركيكاً، أو متعارضاً مع نصوص أخرى كيف يمكن معالجة ذلك دون اقرار الرقابة عليه من القضاء الدستوري لكن ما هو الأساس الذي يتم الاستناد إليه لإعمال رقابة القضاء الدستوري؟ وهذا ما سنوضحه تباعاً:

اولاً: الأساس الفلسفي لرقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية

يجب أن يمتاز أسلوب صياغة التشريعات بسهولة وسلامة الألفاظ، واختيار الجمل المستخدمة في التعبير وصحة بنيانها واستخدام الألفاظ والجمل في مكانها المناسب، وتجنب الفصل الطويل بين الجمل وتجنب الجمل الاعتراضية قدر الإمكان⁽¹⁾، فضلاً عن ذلك يجب أن تكون النصوص التشريعية موجزة وعميقة متصلة بالواقع وغير افتراضية، وخالية من القيود والاستثناءات إلا للضرورة، ومراعاة عدم التعارض مع القوانين الأخرى، وأتباع قواعد اللغة السليمة وخلوه من عيوب الصياغة التشريعية (الخطأ والنقص والغموض و التعارض))، وإن إخضاع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري لا بد أن يستند على أساس دستوري، فالتشريع المبهم أو الغامض أو غير الواضح قد لا يتضمن مخالفة مباشرة لنص من نصوص الدستور، ولذا نتساءل ما هو الأساس الذي يستند إليه القضاء الدستوري في رقابة الصياغة التشريعية؟ وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من ان نعلم ان تكريس القضاء الدستوري لمبدأ الأمن القانوني من منظور شكلي يكون بالإقرار والعمل بمبدأ (جودة القانون الذي من مقتضاه التزام المشرع بممارسة الوظيفة التشريعية طبقاً للدستور وضوابطه)، إلا أن استيفاء التشريع للحدود الشكلية والموضوعية اللازمة لتأمين دستوريته لا يكفي لعد القانون دستورياً بل يجب أن يكون محتواه واضحاً ومحددأً وخالياً من الغموض بما يسهل انطباقه وفهمه ووضوح المراكز القانونية مع وضوح أحكامه ووصف وشروط من ينطبق عليهم بدقة⁽²⁾.

(1) د. ضاري خليل محمود، الصياغة القانونية علم وفن، مجلة دراسات دستورية، تصدرها المحكمة الدستورية، البحرين، المجلد الأول، العدد الأول، 2013، ص 73.

(2) د. اكرم الوتري، فن اعداد وصياغة القوانين، مطبعة العاني، بغداد، بدون سنة نشر، ص 16.

وقد آثر موضوع خضوع الصياغة التشريعية لرقابة القضاء الدستوري جدلاً فقهيًا وقضائيًا واسعاً، ومرد ذلك هو طبيعة موضوع الصياغة التشريعية فذهب جانب من الفقه إلى عدم إخضاع الصياغة التشريعية لرقابته بحجة أنها تعد جزء من السلطة التقديرية للمشرع⁽¹⁾، ونرى أنّ هذا الاتجاه غير مقبول لأن السلطة التقديرية للمشرع يجب ان لا تكون مطلقة وان تكون هنالك ضوابط يتقيد بها المشرع عند سنه للقاعدة القانونية

في حين ذهب جانب آخر إلى اعتبار وضوح التشريع مبدأ دستوري، يجب مراعاته عند مباشرة القضاء الدستوري لدوره في الرقابة، لأن وضوح التشريع يحقق الأمن القانوني، ويوفر الحماية لحقوق وحرريات الأفراد، فغاية القانون والهدف الذي يسعى لتحقيقه هو إشاعة الطمأنينة والثقة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص، وهذا هو ذاته الأمن القانوني. وهذا ما يتطلب سن تشريعات تتسم بالوضوح والدقة في قواعدها⁽²⁾، وبما إن من أبرز متطلبات الأمن القانوني هو وضوح القواعد القانونية وعدم تناقضها، وسهولة فهم واستيعاب القواعد القانونية من قبل المخاطبين فيمكن الاستناد إلى حماية الأمن القانوني في إعطاء القضاء الدستوري الرقابة على الصياغة التشريعية فالقضاء الدستوري يستطيع أن يصدر حكماً بإيقاف نفاذ قانون مصاغاً صياغة مبهمّة بالاستناد إلى عدم تحقيقه للأمن القانوني وعدم تحقيق الأمن القانوني تجعل التشريع مصاباً بعيب دستوري⁽³⁾.

ويمكن إعطاء القضاء الدستوري حق الرقابة على عيب الصياغة التشريعية استناداً إلى حماية الحقوق والحرريات وأبرز صورة لحمايتها هو أن يتم النص عليها في متن الوثيقة الدستورية، لكن يجب ان تكون هنالك جهة تراقب وتمنع القواعد القانونية الأدنى من المساس بهذه الحقوق والحرريات المنصوص عليها في الدستور واستناداً لما سبق يجب على المشرع العادي عندما ينظم الحقوق والحرريات أن يراعي ذلك فيجب عليه ان يقوم بصياغة القوانين المنظمة للحقوق والحرريات بعبارات واضحة، وبكلمات محددة لا تحتمل التفسير أو التأويل وان يتجنب العبارات الغامضة لأن ذلك سيؤدي إلى إفراغ هذه الحقوق من مضمونها، والمساس بجوهرها⁽⁴⁾.

(1) د. مروان محمد محروس المدرس، المصدر السابق، ص510.

(2) د. مروان محمد محروس المدرس، المصدر نفسه ، ص522 وما بعدها.

(3) د. محمد محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص108 وما بعدها.

(4) د. مروان محمد محروس المدرس، المصدر السابق، ص524.

وإذا سلمنا بأن الصياغة التشريعية غير الجيدة عيب يوجب الحكم بعدم الدستورية فما هو طبيعة هذا العيب؟ وأي ركن من أركان التشريع يمس؟، وما هو الأساس الذي يستند إليه القضاء الدستوري في مراقبة الصياغة التشريعية؟

وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من بيان موقف الفقه منها إذ يذهب الفقه إلى أن للقانون خمسة أركان، وهذه الأركان هي ركن الاختصاص وركن الشكل وركن السبب وركن المحل وركن الغاية، ويتم تقسيم هذه الأركان إلى قسمين هي الأركان الخارجية (الاختصاص والشكل) والأركان الداخلية (السبب والمحل والغاية) و يعتقد البعض بأن موضوع الصياغة التشريعية يتعلق بركن الشكل، ومن ثم فإن أي عيب يصيب الصياغة تجعل التشريع معيباً من الناحية الشكلية، معللين ذلك بأن الصياغة تؤدي الدور الذي يؤديه نشر القانون في الجريدة الرسمية، إذ إنّ النشر هدفه إيصال مضمون القاعدة القانونية للمخاطبين بها، والصياغة التشريعية أيضاً تهدف إلى إيصال مضمون القاعدة القانونية إلى علم المخاطبين بها بوضوح وبلغة سهلة ومفهومة⁽¹⁾، وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن قوانين التصحيح التشريعي التي يصدرها المشرع و هي عبارة عن تدخلات تشريعية بواسطة القانون ذات أثر رجعي ووقائي من شأنها أيضاً المساس بالحقوق والحريات والمصالح الاجتماعية لأن الهدف من التصحيح التشريعي ليس تعديل القواعد القانونية لتدارك الإغفال التشريعي أو سد النقص والقصور في القانون وإنما بهدف التأثير في القرارات القضائية على اعتبار أن القضاء هو المسؤول عن تطبيق القانون وإن لجوء المشرع لتعديل القانون هو لتلافي نزاع قائم أمام القضاء لمصلحة من صدر التعديل لجانبه وهذا يشكل تدخلاً من جانب المشرع في العمل القضائي وخرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات وحق التقاضي المكفول دستورياً.

ثانياً: موقف القضاء الدستوري من الرقابة على الصياغة التشريعية

اتجه المجلس الدستوري الفرنسي في عام 2004 إلى مراقبة نوعية الصياغة التشريعية، إذ لم يكتفِ بمراقبة مدى وضوح أو عدم وضوح التشريع الذي استمده من المادة (34) من الدستور و أعطى القيمة الدستورية لإمكانية الوصول للقانون باعتبارها من عناصر مبدأ الوضوح الذي يستند إليه في المواد (4-5-6-16) من إعلان الحقوق 1789 الذي يهدف إلى حماية الأشخاص ضد أي تفسير للقانون يتعارض مع الدستور أو التعسف من

(1) د. صبري محمد السنوسي، أركان صحة التشريع، مجلة القانونية، التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد الثاني السنة الأولى، 2014، ص 61.

خلال الرجوع إلى السلطات الإدارية أو السلطات القضائية، لوضع القواعد التي أوكلها الدستور إلى القانون فقط⁽¹⁾.

ولم يثر الطعن بعدم الدستورية استناداً إلى عدم قابلية القانون للأدراك أمام المجلس الدستوري، إلا بشأن قوانين تم تمسك الطاعنون بعدم قابلية فهمها، وانها تتميز بالتعقيد، إلا أنّ هذا التعقيد لم يدفع المجلس أن يقضي بعدم دستوريته، إذ قرر المجلس في احد أحكامه انه "ولئن كان القانون المحال اليه يتميز بتعقيد الدوائر المالية بين النظم الأساسية للتأمين الاجتماعي والهيئات التي انشئت للمساهمة في تمويلها والدولة إلا أنه يعلن بشكل محدد القواعد الجديدة للتمويل التي فرضها كما يحدد الايرادات الجديدة لكل هيئة ويحدد أسس توزيع الحصيلة الضريبية المخصصة كما يحدد بدقة التحويلات بين مختلف الصناديق الخاصة والنظم الإلزامية الأساسية للتأمينات الاجتماعية والدولة"⁽²⁾. وبذلك فقد ربط المجلس الدستوري الفرنسي القيمة الدستورية لمبدأ وضوح القانون بامتناع المشرع عن مباشرة وظيفته التشريعية⁽³⁾.

وكذلك أقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية مبدأ (جودة القانون) بطريقة غير مباشرة، و هذا ما يمكن أن نستشفه في احد قراراتها الذي جاء فيه(ان اهمال المشرع في ضبط النصوص العقابية بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل جدل حول حقيقتها يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها وهما متطلبان فيها فلا تقدم للمخاطبين بها اخطاراً معقولاً بما ينبغي عليهم ان يدعوه أو يأتيه من الافعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبهم منهم)⁽⁴⁾، وقد اكدت المحكمة الدستورية المصرية على ضرورة ان يكون النص العقابي واضحاً لا غموض فيه اذ قضت بأن (غموض النص العقابي يعني أن يكون مضمونة خافياً في اوساط الناس باختلافهم حول فحواه ومجال تطبيقه وحقيقة ما يرمي اليه فلا يكون محددًا بطريقة قاطعة الافعال المنهى عن ارتكابها بل مجهلاً بها ومؤدياً إلى ابهامها إذ إنّ غموض النص العقابي يعوق محكمة الموضوع عن اعمال

(1) أكد المجلس الدستوري الفرنسي على مبدأ وضوح النص القانوني وسهولة الرجوع إليه وذلك لضمان سهولة وصول المواطنين سواء أكان هذا الوصول مادياً أو فكرياً إلى القانون وهذا ينبغي أن تكون النصوص مفهومة حيث اعتبر المجلس الدستوري في قراره الصادر في 12/يناير/2002 مبدأ وضوح التشريع مبدأ دستوري وان هذا المبدأ مستفاد من نص المادة (34) من الدستور الفرنسي لعام 1958 التي حددت مجال الاختصاص التشريعي للبرلمان الفرنسي، فوضوح التشريع يعني عدم غموض الفاظه وضرورة تحديدها، ولربط مبدأ وضوح التشريع بنص المادة (34) سابقة الذكر فإن المجلس يرى ان مبررات اعتماد مبدأ وضوح التشريع ترجع إلى ضرورات حماية اصحاب الحقوق ضد أي تفسير يخالف الدستور أو ضد مخاطر التحكم ينظر: د. مروان محمد محروس المدرس، المصدر السابق، ص512.

(2) د. محمد محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص112 وما بعدها.

(3) إذ أخذ بوجود عدم سكوت المشرع وضرورة التدخل بتعديلات تشريعية في مجال المدد القانونية مستعملاً تقنيات أو وسائل تشريعية يراها مناسبة بما لا يخرج عن اختصاصه المحدد في الدستور ينظر: قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم (98-01) في 1/6/1998 اورده د. مروان محروس، المصدر السابق، ص514.

(4) ينظر: حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (33 لسنة 16 قضائية) في 3 /2/ 1996 اشار اليه د. مروان محمد محروس المدرس، المصدر السابق، ص510

قواعد صارمة جازمة تحدد لكل جريمة اركانها وتقرر عقوبتها بما لا لبس فيه⁽¹⁾، فالنصوص العقابية والمتعلقة بالحقوق والحريات يجب أن تكون محددة بصورة يقينية لا التباس فيها ولا غموض.

وبالرجوع إلى المحكمة الاتحادية العليا العراقية فأنها قد ذهبت إلى تبني مبدأ (وضوح التشريع)، واعتبرت عمومية النص التي من شأنها جعل النص غامضاً صعب الفهم والتطبيق من المخاطبين به عيباً تشريعياً يستوجب الحكم بعدم دستوريته⁽²⁾، كما نجدتها تميل إلى الأخذ بمبدأ رقابة الملاءمة وتعتمد على فكرة الخطأ في التقدير من قبل المشرع عند ممارسته لسلطته التقديرية في اختيار البدائل لإيجاد الحلول التشريعية، ويمثل تطور في الرقابة الدستورية⁽³⁾.

(1) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (183 لسنة 31 ق دستورية) بتاريخ 2012/4/1 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/9/27.

(2) ذهبت في قرارها الخاص بالطعن بعدم دستورية المادة (1/97) من قانون إدارة البلديات رقم (165) لسنة 1964 التي أجازت تسجيل كافة الشوارع الواقعة داخل حدودها المتروك استعمالها للنفع العام الموجودة عند نفاذ هذا القانون أو التي تحدث بعد ذلك وفق القوانين المرعية أو التي تدخل ضمن حدودها عند تغييرها بدون عوض وألزمت دوائر الطابو تصحيح تسجيل هذه الشوارع باسم البلدية مباشرة إذا كانت مسجلة باسم غيرها لمخالفتها لأحكام المادة (23) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، ولكون بعض هذه الممتلكات تعود للأفراد كملكية خاصة والتي اسبغ عليها المشرع الحماية القانونية في المادة (1050) من القانون المدني التي نصت بعدم جواز حرمان احد من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها القانون وذلك مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما، كما حددت المادة (1/ثانياً) من قانون الاستملاك رقم (12) لسنة 1981 أسس موحدة للتعويض العادل عن العقارات المستملكة تضمن حقوق اصحابها دون الاخلال بالمصلحة العامة حيث جاء في حيثيات قرارها (...ان عمومية نص المادة (1/97) من قانون إدارة البلديات بعدم تشخيصه صنف وجنس وملكية تلك العقارات التي تذهب أو جزءاً منها إلى شوارع حادثه قبل نفاذ القانون المذكور أو بعد نفاذه وتسجل بدون عوض باسم البلديات ما دامت واقعه داخل حدودها، وان هذه العمومية جعلت نص المادة (1/97) من قانون إدارة البلديات مخالفاً لأحكام المادة (23) من الدستور التي حصنت الملكية الخاصة ولم تجوز نزعها الا لأغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل لتلك العقارات، وعليه قرر الحكم بعدم دستورية نص المادة (1/97) من قانون إدارة البلديات رقم (165) لسنة 1964 بقدر تعلق الامر بالملكية الخاصة للعقارات التي تذهب أو جزءاً منها إلى شوارع حادثه قبل نفاذه أو بعد نفاذه داخل حدود البلديات...) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (108) وموحدتها (124/ اتحادية / 2019) في 20/ 1/ 2020 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/9/29.

(3) اوجب قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل على الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة إرسال القوانين إلى مجلس الدولة لدراستها وإعادة صياغتها عند الاقتضاء، واقتراح البدائل التي يراها ضرورية وإذا كان عدم عرض مشروع القانون لا يشكل مخالفة شكلية تستوجب إلغائه وفقاً للثابت في رأي الفقه وقضاء المحكمة الاتحادية العليا فإن الأمر مختلف بالنسبة للقرارات الإدارية ذات الطبيعة التشريعية، فعدم عرضها على مجلس الدولة وإصدارها بشكل مباشر يعد مخالفة لإجراء جوهرية تستوجب البطلان، وهذا الجزء يمكن استخلاصه بالرغم من عدم نص المشرع عليه صراحة من روح التشريع والحكمة من عرضها على مجلس الدولة هو التأكد من مطابقتها للقواعد الأعلى منها وضمان وحدة التشريع وتوحيد أسس الصياغة التشريعية، فضلاً عن كون هذا الإجراء له أهمية كبيرة في ضمان وضوح هذه القرارات بل بلوغها من قبل المخاطبين بها واستيعابهم وفهمهم لحقوقهم بما يحقق الأمن القانوني. ينظر: د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015، ص263.

لأنها ترى ان النصوص القانونية يجب أن تكون بصورة كافية تزيل الغموض عنها حتى لا يصبح القانون عرضة لتفسيرات متضاربة، وليكون المتقاضون على بينة من حقوقهم وواجباتهم، وعدم وضوح النص وقابليته على الفهم من الأفراد أو على الأقل من المختصين فيه يقع تحت طائلة المخالفة لأن القانون افترض علم الجميع بالقانون تحت قاعدة الجهل في القانون لا يعد عذرا وهذا ما ورد في المادة (1/37) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل اذ نصت على انه: (ليس لأحد أن يحتج بجهله، بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي آخر، ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة)، لذلك فان غموض النص يؤدي إلى فقدان النص لقيمه الدستورية وينحرف بالتشريع عن غاية الدستور وغاية المشرع أحيانا⁽¹⁾، وليس من العدل أن يلزم الأفراد بقاعدة (الجهل بالقانون ليس بعذر) فهو مبدأ صارم يقوم على قرينة معرفة القاعدة القانونية من قبل الخاضعين لها وأن أي واحد منهم لا يمكن أن يفلت من تطبيق القانون بحجة جهله له، وهذا الافتراض لا يمكن اثبات عكسه فلا يمكن للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الذين يوجه إليهم القانون أن يقدموا دليلاً على افتقارهم إلى المعرفة القانونية أو الجهل بالقانون، لأن ذلك من شأنه أن يعيق تطبيق القانون واستقرار المركز القانوني، وهذا يمس مساساً مباشراً بالأمن القانوني، لأن سهولة الوصول والفهم للقانون يفرضان التزاماً أوسع على المشرعين من المبادئ القانونية، والتشريع الواضح هو تشريع يمكن فهمه، ويمكن تطبيقه لذا فإن القواعد القانونية الغامضة تقلل من فعالية التشريع لأنه لا يمكن تنفيذه، وقد أشارت المحكمة الاتحادية العليا في بعض أحكامها إلى وضوح القانون ومنها حكمها الصادر عام 2013 حيث قررت المحكمة عدم دستورية الفقرتين (أولاً وثانياً) من المادة (23) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والاقضية والنواحي رقم (36) لسنة 2008، بسبب أن هاتين الفقرتين نصتا حصرياً تقاسم السلطة الإدارية، والأمنية، والوظائف العامة في محافظة كركوك بالتساوي بين المكونات الرئيسية في المحافظة، ومن ثم يحرم من لم يكن من المكونات الرئيسية من حق اشغال الوظائف المذكورة وهذا يخالف مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه في المادة (16) من الدستور.... وفي النص المذكور بعض الإبهام إذ وردت فيه عبارة (المكونات الرئيسية) ولم يحدد المكونات أو المعيار لتحديدها...."، وهذا يتعارض مع مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة (14) من الدستور كما أن محافظة كركوك لم يجري فيها إحصاء سكاني، ولم يتم معرفة عدد كل مكون، ولذلك قررت المحكمة عدم دستورية هاتين الفقرتين⁽²⁾.

(1) وهيب عبد الوهاب، الأمن القانوني وتأثيره على استقرار المعاملات القانونية، متاح على الرابط الالكتروني: <https://www.droitetetreprise.com20823> تاريخ الزيارة 2022/10/1.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (24/اتحادية/ 2013) في 2013/8/26 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/10/1.

وهذا الحكم يكشف تبني الاتحادية العليا لوضوح القانون، وربطه بمبدأ المساواة من أجل استجلاء القيمة الدستورية له به من الضوابط المهمة لسن القوانين، وهو اتجاه مهم من قبل المحكمة في تقييد السلطة التشريعية، إلا أنّ المحكمة الاتحادية العليا لم تضع لمجلس النواب ضوابط يتقيد بها عند تحديد تاريخ نفاذ القانون⁽¹⁾.

ومن الاجدر بالمحكمة الاتحادية العليا ان تقوم بإرساء هذه الضوابط في أحكامها بحيث تكون القوانين نافذة بعد مدة زمنية معقولة من تاريخ نشرها حسب طبيعة المسألة موضوع التنظيم ففي قرارها الصادر بناء على دعوى رئيس ديوان الوقف السني (إضافة لوظيفته) ضد المدعى عليه رئيس مجلس النواب (إضافة لوظيفته) بشأن الطعن بدستورية المادة (2) من قانون إدارة العتبات المقدسة والمزارات الشيعية الشريفة رقم (19) لسنة 2005، اذ ذكرت المحكمة فيه بأنه " .. ولدى التأمل في هذه المادة من القانون رقم (19) لسنة 2005 نجد أن المشرع وان لم يكن دقيقاً في صياغتها واعتمد في صياغتها على الفاظ ومصطلحات عامة غير محددة إلا أنّ عدم دقة المشرع في صياغة المادة القانونية لا يجعل منها مخالفة لأحكام الدستور"⁽²⁾.

حيث يلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا لم تحكم بعدم دستورية هذه المادة على الرغم من إقرارها بمخالفتها لليقين القانوني وهو بلا أدنى شك يمس بالأمن القانوني.

وكما هو معلوم ان الصياغة التشريعية الغامضة لا تشمل فقط القوانين، فقد يكون النص الدستوري ايضاً غامض مما يؤدي إلى مساسه مباشرة باستقرار المراكز القانونية، وقد كانت صياغة الدستور العراقي لعام 2005 فيما يتعلق بالمصلحة العامة للاتحاد الفيدرالي يتضمن إخلالاً بالأمن القانوني؛ لأنه جاء بتنظيم أعلى فيه مصلحة الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم على المصلحة العامة للاتحاد، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم الاستقرار، وأخذ بأسلوب مغاير للأساليب التقليدية في توزيع الاختصاصات الدستورية بين السلطة الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، فقد حدد الدستور اختصاصات الحكومة

(1) اصدرت المحكمة الاتحادية العليا قراراً قضت فيه بدستورية المادة (19) من قانون البنك المركزي رقم (65) لسنة 2004 التي أوجب الطعن بقرارات البنك المركزي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها، وهو ما اعتبره المدعي تحصيماً ضمناً لقرارات البنك، لأن تحديد مدة الطعن تكون على من التبليغ بها، فرفضت المحكمة الاتحادية العليا ذلك مبينة أنه ".... جاء خياراً تشريعياً لا مخالفة للدستور فيه ويستند إلى مبدأ قانوني هو مبدأ (العلم المفترض) لدى ذوي العلاقة ولا يتضمن تحصيماً لقرارات البنك المركزي.... مما يقتضي ممن صدر قرار من البنك المركزي ضده متابعته بدء الاجراءات إلى حين صدوره والطعن به....."

ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (53/ اتحادية/ 2018) بتاريخ 15/5/2018 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/10/2.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى المرقمة (62/ اتحادية/ 2012) في 15/1/2013 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/20/3.

الاتحادية على سبيل الحصر⁽¹⁾، وحدد اختصاصات مشتركة بين السلطة الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم⁽²⁾، وجعل الغلبة في الاختصاصات المشتركة عند التعارض لقانونيهما إذ جعل الدستور الاختصاص العام للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم⁽³⁾، وهذا يؤدي إلى إضعاف الدولة ويهدد كيانها ووحدتها بلا شك⁽⁴⁾، كما أنه نظم الاختصاصات المشتركة العامة في المادة (114) من الدستور والاختصاصات المشتركة المتعلقة بالنفط والغاز والآثار والمواقع الأثرية التي نظمتها المادة (113) مما يشكل إخلالاً بالأمن القانوني من ناحية التوقع والوضوح والاستقرار، ففي حال رفضت الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم التعاون فإن هذا التنظيم يؤدي إلى عدم الاستقرار، وحدثت مشاكل كبيرة، وخلافات عميقة، بين السلطة الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم⁽⁵⁾، فضلاً عن أن الصياغة كان لها دور في دفع سلطة الإقليم بإصدار قانون النفط والغاز الخاص بإقليم كردستان، مما دفع المحكمة الاتحادية العليا إلى إصدار قرارها بعدم دستورية قانون النفط والغاز لحكومة إقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007 والغائه لمخالفته أحكام المواد (110 و111 و112 و115 و121/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، كما أن النص الدستوري قد قصر الثروات الطبيعية **بالنفط** والغاز، إلا أن هذه الموارد ليست هي الموارد الطبيعية الوحيدة، فلماذا تم الاقتصار عليهم من قبل واضع النص كما تمت الإشارة إلى استخراج هذين العنصرين (النفط والغاز) من الحقول (الحالية) وأن من المحتمل اكتشاف حقول مستقبلية وهو وارد جداً وهذا ما حصل بالفعل في إقليم كردستان العراق، إذ أورد وكيل المدعى عليه في هذه الدعوى دفع تشير إلى أن التصرف بالنفط والغاز لا يخص الحقول القائمة وقت وضع النص (الحالية) وإنما استخرجت من حقول مكتشفه لاحقاً (مستقبلية)⁽⁶⁾.

(1) ينظر: المادة (110) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(2) ينظر: المادة (114) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(3) ينظر: المادة (115) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(4) د غانم عبد دهش، ضعف المركز الدستوري للسلطة الاتحادية وأثره على وحدة الدولة الفيدرالية، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 12، العدد 1، 2021، 2021، ص56.

(5) زينب طالب سلمان، الفيدرالية واشكالية الدستور العراقي لعام 2005 في توزيع الصلاحيات بين المركز والإقليم والمحافظات غير المرتبطة بإقليم، بحث منشور في مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، المجلد 19، العدد 80، 2022، ص301 وما بعدها.

(6) ينظر: قرارها في الدعوى (59/ اتحادية /2022) وموحدتها (110/اتحادية / 2019) في 15 / 2 / 2022 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/10/4.

نرى أنّ لو كان النص الدستوري واضحاً لما تم إصدار قانون النفط والغاز ولكن الصياغة الدستورية الغامضة قد فتحت المجال واسعاً امام إصدار القانون ومصادرة النفط والغاز، فالاجدر بالحكومة الاتحادية تفعيل قانون الهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 والاستفادة من الوسائل المنصوص عليها في هذا القانون (التحقق، المتابعة، التحري، الاستشارة، مفاتحة الجهات المعنية) لتحقيق أهداف هذا القانون المتمثلة بعدالة توزيع الواردات الاتحادية.

مما تقدم نرى أنّ احاطة الأفراد بالقواعد القانونية القابلة للتطبيق عليهم تتطلب وضوح تلك القواعد، كما ان قوانين التصحيح التشريعي التي يصدرها المشرع ذات أثر رجعي ممكن ان تمس بالحقوق والحريات المكتسبة، لذلك يجب على المشرع السعي إلى جودة الصياغة التشريعية لتلافي تلك التعديلات أو التصحيحات، لما لها من أثر في استقرار المراكز القانونية، ولا يكفي فقط وضوح القانون لضمان الأمن القانوني، لكن استقرار السياسة التشريعية لها أثر مباشر وكبير على الأمن القانوني، إذ إنّ الوضوح والثبات للصياغة التشريعية احدهما يكمل الاخر، فيجب ان تتعاون كافة السلطات في سبيل تحقيق ذلك، فيجب ان يتقيد مجلس النواب بصياغة مجلس الدولة ولا يخرج عليها الا لأسباب محددة تذكر في محاضر الجلسات، ويجب ان تنشر تلك المحاضر لضمان وضوح القانون وامكانية بلوغه، كما يجب ان يعد وضوح التشريع مبدأ دستورياً يجب احترامه نظراً لدوره الفاعل في تحقيق الأمن القانوني، لان التشريع الغامض لا يحقق الاستقرار القانوني، ولا يستطيع الأشخاص المخاطبون به الالتزام بنصوصه، لذا فإن الصياغة التشريعية لأي قانون تعد معياراً للحكم على مدى كفايته، لان من مزايا التشريع الجيد وضوح قواعده.

الفصل الثالث

آثار نفاذ وتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا على الأمن القانوني

الفصل الثالث

آثار نفاذ وتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا على الأمن القانوني

يمارس القضاء الدستوري دور الحامي للحقوق والحريات الأساسية، من خلال تحديد اطر الحقوق وما تستلزمه من حقوق أخرى، لكي تسمو وتحقق كما يحمي سلطات الدولة من تعسف بعضها على البعض الآخر، فلا نغالي إذا ما قلنا ان القضاء الدستوري يهدف لتحقيق العدالة الدستورية، والتي تتحقق ليس فقط بتطبيق النصوص القانونية المجردة، إذ إنّ تطبيق القانون يحقق العدل فحسب، اما القاضي الدستوري فيبحث في مدى مطابقة التشريع مع نصوص الدستور، وليس هذا فحسب بل ينظر في عدم مطابقة تلك النصوص لروح الدستور، وان من اهم الآثار التي يتمتع بها الحكم بعدم الدستورية، هي ما تتعلق بموضوع الحكم ذاته، اي ما يتمتع به من حجية ونفاذ على كافة السلطات في الدولة والأفراد، فأن ما يصدر عن القضاء الدستوري يتمتع بالحجية، حماية لاعتبارات قانونية منها الاستقرار القانوني، إلا أنّ ذلك الحكم والقرار لا تمتد آثاره إلى تعديل القانون المحكوم بعدم دستورية، لان ذلك الاختصاص مناط بالسلطة التشريعية، فالقاضي الدستوري وسعيًا منه لحماية الأمن القانوني في كل ما يصدره من قرارات، لا بد ان يعمن النظر قبل إصداره للقرارات في المسائل التي تمنعه من إصدار اي قرار في الدعوى المعروضة عليه، وتتعدد آثار الحكم الصادر من القضاء الدستوري، إذ إنّ لها آثار موضوعية تتمثل بالامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور أو بإلغاء ذلك القانون، أو بفقده لقوة النفاذ دون إلغائه، كما ان القرارات التفسيرية تملك ذات الحجية التي تملكها القرارات بعدم الدستورية، كما تملك تلك القرارات والأحكام اثرًا زمنيًا، وقد اختلفت الانظمة الدستورية في تحديد ذلك الأثر، فالبعض حدد ذلك الأثر بأنه أثر كاشف للعيب الدستوري، ومعناه ان النص القانوني لا يعمل به اعتباراً من تاريخ صدوره، وإلغاء جميع الآثار التي رتبها ذلك النص منذ ذلك الحين، والبعض بين بأن أثر القرار هو منسئ للعيب الدستوري، ومن ثمّ فإن النص المطعون بعدم دستوريته يسري من تاريخ الحكم بعدم الدستورية، لكن هذه الحجية وتلك الآثار التي ترتبها القرارات بحماية استقرار المراكز القانونية لا تحقق مبتغاها مالم تنفذ من قبل المخاطبين بها من سلطات وأفراد، اذ قد يعاني القرار الدستوري من عقبات كثيرة في تنفيذه قد تصدر من سلطات الدولة ذاتها، سواء التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، كما يمكن ان يؤثر عدول القضاء الدستوري ذاته على حجية وإلزامية تلك القرارات، والتي من الممكن ان تؤثر على الأمن القانوني، اذ يكون المخاطبين بتلك القرارات قد رتبوا اوضاعهم على ما صدر فيها، فعند العدول يخل هذا الأمن وذلك الاستقرار، بغض النظر عن نوع تلك القرارات سواء كانت تفسيرية أو خاصة بعدم الدستورية، لكن التنفيذ لقرارات القضاء الدستوري لا تتحقق بتلك السهولة، وان كانت تمتلك الحجية فمن الممكن ان تتوان

السلطات عن تنفيذ تلك القرارات، وما يشدد من صعوبة الأمر في ان وسائل التنفيذ التي من الممكن ان تطبق في مجال القانون الخاص، كالتنفيذ الجبري لا يمكن استخدامها في مواجهة السلطات العامة، كما ان القرار الدستوري له خصوصية، كما ان تنفيذ تلك القرارات تحتاج إلى رقابة واشراف من قبل القضاء الدستوري ذاته، لذلك كان ولا بد من وجود ضمانات تضمن تنفيذ تلك القرارات، حماية لما تحميه قرارات القضاء الدستوري من حقوق وحرريات ومراكز قانونية تحتاج إلى استقرار، لا يتحقق ما لم يضمن تنفيذ تلك القرارات، وهذا ما سنوضحه في ثنايا هذا الفصل الذي ارتأينا تقسيمه على مبحثين خصصنا المبحث الأول لآثار نفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا من حيث الموضوع والزمان في ضمان الأمن القانوني، اما المبحث الثاني فخصصناه لآثار تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان الأمن القانوني.

المبحث الأول

اثر نفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا من حيث الموضوع والزمان في ضمان الأمن القانوني

ان المحاكم الدستورية العليا، لا تتبع سياسة واحدة إزاء الآثار الموضوعية والزمنية المترتبة على الحكم الصادر بعدم دستورية التشريع المعيب، فهي أحيانا تقضي بعدم دستورية نص من النصوص وأخرى تقضي بعدم دستورية القانون بأكمله، وتختلف اتجاهات الفقه الدستوري حول الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية، فاتجاه يذهب إلى أن الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ، وأن النص المطعون به لا يعمل به اعتبارا من تاريخ الحكم بعدم دستوريته فحسب، أما الآثار التي رتبها النص التشريعي قبل الحكم عليه تبقى قائمة وصحيحة، أما جانب اخر منه فيذهب إلى أن للحكم الصادر بعدم الدستورية أثرا كاشفا للعيب الدستوري، اي أن النص محل الطعن لا يعمل به اعتبارا من تاريخ صدوره، وتلغى جميع الآثار التي رتبها منذ صدوره وهذا ما سنوضحه في المطالب الآتية:

المطلب الأول

الاثار الموضوعية لنفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق الامن القانوني

تعد حجية القرارات الصادرة من القضاء الدستوري أحد الآثار التي تترتب على تلك القرارات، فهي تثبت لكل ما يصدر عن القضاء الدستوري، ويتصف بالصفة القضائية ويخرج من نطاق الحجية ما يصدر من القضاء الدستوري في حالات الامر الولائي، فهي لا تحوز تلك الحجية من حيث المبدأ، وتسهم تلك الحجية بإضفاء الاستقرار للمراكز القانونية التي تتضمنها تلك القرارات، وقد تحوز هذه القرارات الحجية المطلقة فتكون ملزمة لجميع المخاطبين بها، وقد تكون لها حجية نسبية تقتصر على أطراف الدعوى، وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

الفرع الأول

حجية قرارات القضاء الدستوري واثرها في الامن القانوني

المقصود بحجية القرار القضائي؛ أنه إذا ما صدر قرار من المحكمة المختصة فإنه يكون حجة فيما فصل فيه، إذ لا يجوز التعدي عليه مع وجوب الالتزام به من جميع سلطات الدولة، فإذا آثار الخصوم رفع دعوى النزاع من جديد في الموضوع المقضي فيه؛ يحق للطرف الآخر أن يدفع بعدم جواز النظر به، ويمكن آثاره هذا الدفع في اي مرحلة من مراحل التقاضي، لأنه من النظام العام، فالحجية تعني أن المركز القانوني محل الدعوى أصبح يحوز الحماية القضائية، وللأحكام الدستورية نوعان من الحجية هما الحجية المطلقة

والحجية النسبية وهذا ما سنوضحه تباعاً.

أولاً- الحجية المطلقة لقرارات وأحكام القضاء الدستوري:

عرفت الحجية بأنها" نوع من الحرمة تختص بها الأعمال القضائية دون سائر الأعمال القانونية وتعني أن الحكم متى صدر فإنه يعتبر حجة فيما قضى به⁽¹⁾، كما عرفت بأنها "مركز قانوني إجرائي مضمونه تقييد الخصوم بالرأي القضائي في الدعوى، ويبدو دورها في أي إجراءات جديدة يثار فيها الموضوع الذي سبق الفصل فيه بمقتضاها، يعتبر الحكم متضمناً قرينة لا تقبل الدليل العكسي على أنه صدر صحيحاً من حيث إجراءاته، وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع، فالحجية قرينة ذات شرطين أحدهما الصحة والآخر الحقيقة"⁽²⁾.

واختلفت الآراء بمسألة إلزامية قرارات القضاء الدستوري، فقد ينظر إلى القرار الدستوري على انه عقد بين أطراف الدعوى القضائية، ففكرة الحجية هي محل إتفاق مبدئي بين أطراف الدعوى القضائية، بخصوص ماهية إصدار القرار القضائي الدستوري، وبما ان هذه القرارات ذات طبيعة موضوعية، ومن ثم يكون له حجية استناداً إلى النظرية السائدة في فقه المرافعات، المتمثلة بأن ما يصدره القاضي بصدد الدعوى من أحكام وما ينتج عنها من مراكز قانونية، ستكون متوافقة مع الحقيقة القانونية، لأن الحكم القضائي هو عنوان للحقيقة⁽³⁾، واتجاه آخر يأخذ بإلزامية قرارات القضاء الدستوري انطلاقاً من ان هذه القرارات ذات طبيعة اجرائية، وبما ان الاستقرار القانوني لا يتحقق ما لم تكن القرارات ملزمة لكل فهنا لا بد من ان تكتسب قرارات القضاء الدستوري الحجية، فيرى هذا الاتجاه بأن ما يميز الحجية المطلقة للقرارات الدستورية ان هذا الإلزام يعد جزءاً قانونياً، لان حكم الإلزام لا يقتصر على تأكيد الحقوق والمراكز القانوني، ولكن يؤكد ايضاً جزاء الاعتداء على تلك الحقوق والمراكز⁽⁴⁾، اما الاتجاه الاخير فيرى ان قرارات القضاء الدستوري تكتسب الحجية من طبيعتها المزدوجة التي تجمع بين الطبيعة الموضوعية والاجرائية، لان هذه الطبيعة المزدوجة تعد قوة قانونية موضوعية ذات فاعليه داخلية للحكم ليس تجاه الخصوم فحسب وانما تجاه الكل⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الله ناصف، حجية وأثار أحكام المحكمة الدستورية قبل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص19.

(2) د. احمد هندي، اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002، ص938.

(3) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2018، ص186.

(4) د. عصام انور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2018، ص17.

(5) المصدر نفسه، ص39.

ويقصد بالحجية المطلقة لأحكام وقرارات القضاء الدستوري هو ان يكون لهما القوة التي تمنحها القدرة على الثبات ليس فقط بين الخصوم أنفسهم، بل في مواجهة الكافة، بحيث تمنع طرح ذات الخصومة فيما بعد، فحجية الامر المقضي به هي قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها، لان الحكم متى ما فصل في الخصومة لا بد من الوقوف عنده لوضع حد لتجدد الخصومات والمنازعات، فلا يمكن للمحكوم عليه ان يعيد طرح النزاع لان هذا الامر سيؤدي إلى ابدية الخصومات، فضلاً عن ذلك لو سمح القانون بتجدد النزاع لحصل الخصوم على حكمين متعارضين في النزاع نفسه و الخصوم ذاتهم، ومن ثمّ يؤدي إلى استحالة تنفيذ اي من الحكمين على المنازعة⁽¹⁾، وهذا يؤثر على مبدأ الأمن القانوني اذ لا يمكن ان تبقى المنازعات دون حل إلى اجل غير مسمى.

ولأهمية الحجية سعت الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من أخذها برقابة الامتناع لكنها في الوقت ذاته أخذت بالسوابق القضائي، وهذا ما يلزم المحاكم الأدنى درجة باحترام أحكام المحاكم الأعلى درجة ومن ثمّ فتكون لأحكام المحكمة العليا الأمريكية حجية، إذ إنّ أحكام المحكمة العليا باتة وملزمة⁽²⁾.

اما النظام القضائي المصري فأن الأصل فيه ان الحكم القضائي يملك الحجية النسبية وفقاً لأحكام القانون رقم (25) لسنة 1968، المتعلق بالأثبات في المواد المدنية والتجارية، الذي بين الأحكام التي حازت قوة الامر المقضي به تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقص هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا في نزاع قائم بين الخصوم انفسهم دون ان تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً، وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها⁽³⁾.

اما قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (48) لسنة 1979 فقد أخذ بالحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية، اذ تكفلت المادة (49) منه بتحديد حجية أحكام المحكمة الدستورية، وقضت بأن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة، ويترتب على

(1) د. ميثم حنظل شريف ود. علي هادي عطية وعلاء رحيم، حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا على المحكمة نفسها، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد السابع، 2013، ص 11 وما بعدها.

(2) على الرغم من ان أحكام المحكمة العليا الأمريكية باتة إلا أنّ تلك الأحكام ممكن ان تكون معرضة لإعادة النظر فيها بشكل غير مباشر ولا يجوز ممارسة هذا الحق الامرة واحدة ويتم ذلك بتقديم عريضة مطبوعة بأربعين نسخة وتنظرها المحكمة العليا بذات الطريقة التي تنظر الدعوى الأصلية. ينظر: د. لمى علي فرج، العلاقة بين سلطة التشريع والقضاء، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد 35-36، 2017، ص 690 ص 691.

(3) ينظر: المادة (101) من قانون الاثبات في المواد التجارية والمدنية المصري رقم (25) لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم (23) لسنة 1992 والقانون 18 لسنة 1999.

الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم⁽¹⁾. كما أكد القانون على نهائية أحكام وقرارات المحكمة، إذ نصت المادة (48) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن "أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة لأي طعن"، وجاء الدستور المصري لعام 2014 ليؤكد حجية أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، إذ جعل منها ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة⁽²⁾، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على حجية أحكامها في العديد من القرارات⁽³⁾، إذ ردت على القول بأن لأحكامها حجية نسبية وفقاً للمادة (101) من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 بالقول "بأن الأحكام التي تعنيها تلك المادة لا تسري إلا في حق من كان طرفاً فيها ولا تمتد آثارها إلى الأغير شأنها في ذلك شأن العقود، ذلك لأن قضاء المحكمة سواء كان متعلقاً بالعيوب الشكلية أو المطاعن الموضوعية، يحوز الحجية المطلقة في مواجهة الكافة، وهي حجية تحول دون المجادلة فيه أو السعي لنقضه من خلال إعادة طرحه على المحكمة لمراجعته"⁽⁴⁾، وقد انقسم الفقه المصري في تقرير الحجية المطلقة لجميع الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا سواء بعدم الدستورية أو برفض الدعوى بين مؤيد ومعارض، فالبعض يرى أن جميع أحكام المحكمة الدستورية سواء برفض الدعوى أو الحكم بعدم الدستورية ملزمة للسلطات وللکافة، أما البعض الآخر فيميزون بين حجية الأحكام برفض الدعوى إذ يرون أن لها حجية نسبية أما الأحكام الصادرة بعدم الدستورية فيرون أن لها حجية مطلقة⁽⁵⁾.

أما في العراق فقد جاء دستور جمهورية العراق لسنة 2005 بنص يلزم السلطات بقرارات المحكمة الاتحادية العليا إذ نصت المادة (94) منه على أن "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات

(1) ينظر: المادة (48) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979 المعدل.
(2) إذ نصت المادة (195) من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 المعدل على أن "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وهي ملزمة للکافة وجميع سلطات الدولة وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم".
(3) إذ أكدت المحكمة الدستورية العليا في إحدى أحكامها على أن "الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية وهي بطبيعتها دعاوى عينية، توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري، تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته، ورفض الدعوى على هذا الأساس، وذلك لعموم نصوص المادتين (175، 178) من الدستور والمادة (1/49) من قانون المحكمة المشار إليها، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي قوة نفاذه، أو إلى تقرير دستوريته، ومن ثم سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان. ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (136 لسنة 5 قضائية) بجلسة 1984/3/17 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/11/10.
(4) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (3) لسنة 14 / قضائية / تنفيذ في 1993 /3/6 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/11/10.

(5) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المصدر السابق، ص 850 ص 851.

كافة⁽¹⁾، كما جاءت المادة (5/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل على أنّ "الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة" ونصت المادة (36) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022 بأن "قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات والأشخاص كافة ولا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن، وتُنشر القرارات التي تقضي بعدم دستورية القوانين والانظمة والقرارات الأخرى التي ترتأى المحكمة نشرها في الجريدة الرسمية والموقع الإلكتروني للمحكمة، ويُعرض الممتنع عن تنفيذها للمسائلة الجزائية"، وأيضاً ما تضمنته المادة (105) من قانون الإثبات العراقي المرقم (107) لسنة 1979، التي تنص على أنّ "للأحكام الصادرة من المحاكم العراقية، التي حازت درجة البتات، تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم، وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً"، وكذلك المادة (106) من القانون ذاته والتي نصت على انه "لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة"، وهذا ما اكدته المحكمة الاتحادية العليا في بعض قراراتها بانه لا يجوز الطعن في مسألة تم الفصل فيها من قبل المحكمة الاتحادية العليا اذ قضت بأن "..... وكيل المدعي يطعن بعدم دستورية الفقرة (ثالثاً) من المادة (38) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 بحجة مخالفتها للمادتين (14 و 16) من الدستور، وحيث ان هذه المحكمة سبق وان قضت في الدعوى المرقمة (36 / اتحادية / 2014) المقامة امامها قبل هذه الدعوى زمانا وبنفس المآل بالحكم بعدم دستورية الفقرة (ثالثاً) من المادة (38) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014، لذلك اصبح النظر في هذه الدعوى غير ذي موضوع حيث تحقق ما اراده المدعي في دعواه وهو اقرار عدم دستورية الفقرة ثالثاً من المادة (38) المنوة عنها اعلاه لسبق الفصل في موضوعها⁽²⁾، وهذا ما اكدته المحكمة الاتحادية العليا في العديد من قراراتها اذ قضت بأن قراراتها باتة وملزمة⁽³⁾.

(1) يُعرف الحكم القضائي بأنه (القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكياً صحيحاً ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أم في شق منها أم في مسألة متفرع عنها)، اما القرار القضائي فهو مصدر من مصادر الأحكام القضائية يصدر بعد اجتماع لمجموعة من القضاة في المحاكم العليا لإبداء الرأي في واقعة معينة، وتطلق عبارة قرار قضائي على تلك التي تصدر عن قضاة محاكم الاستئناف والنقض، ويُعرف بأنه القرار الحاسم والنهائي الذي لا يمكن الرجوع عنه. ينظر: د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي اركانه وقواعد إصداره، ط1، دار الحلبي، بيروت، 2011، ص25.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (47 / اتحادية / اعلام / 2014) في 13/7/2014 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط الإلكتروني <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/3.

(3) ينظر: قرارات المحكمة الاتحادية (1 / اتحادية / تمييز / 2012) في 31/1/2012 والقرار رقم (113 / اتحادية / اعلام / 2013) في 30/10/2013 والقرار رقم (63 / اتحادية / 2019) في 2/7/2019 والقرار رقم (87 / اتحادية / 2019) في 28/7/2019 منشورات على موقع المحكمة الاتحادية العليا منشورات على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/3.

ويقصد بالحكم البات بأنه "الحكم الذي لا يقبل اي طريق من طرق الطعن سواء العادية أو غير العادية فهو يتحصن ضد امكانية المساس به"، اما الحكم الملزم فهو "الحكم الذي يصلح ان يكون قابلاً للتنفيذ أو مشمولاً بالنفاذ المعجل"⁽¹⁾.

ويقصد بالبتات في أحكام المحكمة الاتحادية العليا، ان قرارات المحكمة قطعية لا يمكن الطعن بها بأي طريقة من طرق الطعن، كالاعتراض على الحكم الغيابي أو تصحيح القرار التمييزي، اما المعنى الآخر للبتات هو عدم تغيير مضمون قراراتها أو توجهاتها التفسيرية في المستقبل، لكن هذا الامر غير مقبول لان النصوص الدستورية مهما كانت صياغتها غير قادرة على استيعاب كل المستجدات، فبالتالي لا بد من القيام بتفسير يواكب تلك المتغيرات، إذ إنّ التفسير المتطور هو الوسيلة المتطورة والسريعة والمطورة للدستور في حال استخدام منهج علمي مدروس يتم تحديثه بمرور الوقت، ليواكب التغييرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ومن هنا يجب ان يحمل بتات قرارات المحكمة الاتحادية العليا معنى القطعية، اي عدم جواز الطعن بتلك القرارات وليس معنى النهائية في التفسير وعدم تغييره⁽²⁾.

وقد اكدت المحاكم الاتحادية حجية وبتات قرارات المحكمة الاتحادية العليا ومثال ذلك: محكمة التمييز الاتحادية التي اصدرت حكماً قضت فيه بأن "... أن المادة (25) من قانون هيئة دعاوى الملكية وحينما صدر قرار النقض كانت المادة اعلاه فاعلة ونافذة، إلا أنّ المادة تعطلت بموجب قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد (114/اتحادية في 2013/12/4)، وان هذا القرار بات وملزم للجميع على وفق حكم المادة (94) من دستورها لسنة 2005 وبذلك فإن تلك المادة أصبحت بحال العدم، وكأنها لم تكن، ولا يجوز الاستناد إليها، للمطالبة بحق كانت قد أقرته للمدعين؛ لأن الحق حتى يكون فاعلاً وتمتع بالحماية، ومنها المطالبة القضائية أن يستند إلى مصدر، إما قانوني أو تعاقدي أو بموجب إرادة منفردة، وبما أن ذلك الحق المطالب به محل بحث هذه الدعوى، كان بموجب المادة (25).. وأنها عطلت لعدم دستوريتها، فإن ذلك الحق يُعد فاقدا لمشروعيته لانعدام مصدره..."⁽³⁾.

فقد رفضت المحكمة الاتحادية العليا تصحيح قراراتها، اذ رفضت الطعن الذي قدم لها المتضمن طلب تصحيح احد القرارات الصادرة منها فقضت بأن "القرار المطعون فيه والصادر من هذه المحكمة غير

(1) د. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2009، ص218.

(2) د. ميثم حنظل شريف ود. علي هادي عطية وعلا رحيم، المصدر السابق، ص10 وما بعدها.

(3) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (4752، 4753/مدنية عقار /2013) في 2013/9/17. منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة التمييز الاتحادية على الرابط <https://iraqcas.e-sjc-services.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/4.

قابل للطعن به عن طريق طلب التصحيح، لأن الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة⁽¹⁾.

ونجد هنا ان صفة الإلزام في قرارات المحكمة الاتحادية العليا، وان كان يعمل على تصفية النزاع حول دستورية النص التشريعي مرة واحدة وبصفة نهائي، وبما لا يؤدي إلى اختلاف الاجتهاد بشأنه أو تغيير الآراء، مما يؤدي إلى استقرار الأوضاع القانونية واستقرار الحقوق، إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذا الامر على إطلاقه، لأنه ممكن ان يصدر عن القاضي القرار مشوباً بخطأ، فلا يمكن عدم السماح بطلب تصحيح قرارات المحكمة الاتحادية العليا، لان الأمن القانوني لا يتطلب فقط استقرار القرارات، بقدر ما يتطلب ان تكون هذه القرارات صائبة لا يشوبها خطأ لكي تكون قارة على حماية حقوق الأفراد.

وفي السياق ذاته ليس كل ما يصدر عن المحكمة الاتحادية العليا له حجية مثال ذلك: الاوامر الولائية، إذ إن هذه الاوامر مؤقتة تصدر بدون خصومة في الحالات التي يصح فيها إصدار الامر بدون دعوة الخصم وسماعه، وبذلك يكون الأمر الولائي غير ذي حجة تجاه الخصوم، لأنه غير فاصل في الدعوى من جهة الموضوع، ويصدر بناء على طلب وخصومة متحققة ومرافعة تجري بين الأطراف على وفق تشكيل صحيح من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً، بينما الأمر الولائي لا يكون بمواجهة الخصوم، وبذلك فان الأمر الولائي حجتيه مؤقتة قابلة للنقض، وبما ان المحكمة الاتحادية العليا تطبق قانون المرافعات المدنية فيما لم يرد في قانونها نص وان قانون المرافعات المدنية أجاز الطعن بالأمر الولائي وما يصدر عن القضاء المستعجل اذ نصت المادة (216) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه "1- يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي الحجز الاحتياطي والقرارات الصادرة في التظلم من الأوامر على العرائض والقرارات الصادرة بإبطال عريضة الدعوى أو بوقف السير في الدعوى واعتبارها مستأخرة...".

إلا أنّ المحكمة الاتحادية العليا اصدرت في احدى قراراتها والذي قضت فيه بعدم قبول التظلم المقدم من المدعى عليه في الدعوى الأصلية لرئيس مجلس الوزراء إضافة لوظيفته، من قرارها الولائي الصادر في الدعوى المقامة أمامها، وجاء في حيثيات وأسباب عدم قبول التظلم أن المادة (1/153) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل ليس لها محل للتطبيق أمامها، وان الأمر الولائي غير قابل للطعن

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (7/ اتحادية / تمييز/2006) في 28/3/2006 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/4.

والتظلم الوارد لا يستند إلى سند في القانون مما يوجب رفضه وقرارات المحكمة الاتحادية العليا قطعية وباتة وغير قابلة للطعن بأي طريق من طرق الطعن وأنها ملزمة للسلطات كافة⁽¹⁾.

لذلك فإن توجه المحكمة الاتحادية العليا إلى اعتبار قرارها في وقف التنفيذ (الأمر الولائي)⁽²⁾ بأنه بات ونهائي يتقاطع مع جوهر الأحكام القانونية للأوامر على العرائض، التي تتميز عن سواها بصفقتها الوقتية وعلى الرغم من أن حظر الطعن بالقرارات الوقتية إلا أن المشرع اباح الطعن في بعض القرارات التي تصدر خلال سير الدعوى إذا كانت هذه القرارات تؤثر في مسار الدعوى وخشية أن يكون هذا المسار قد جانب الصواب⁽³⁾، ومثال ذلك: لو قضت المحكمة ببرد الدعوى فهل يبقى قرار وقف التنفيذ قائماً، لأنه بات ونهائي مثلما صرحت بذلك المحكمة ذاتها في قرار رفض التظلم بالأمر الولائي، أم ينتهي ولا يكون له أي أثر؟ بالتأكيد الجواب يكون بأنه يعد منتهياً ولا عبرة لما ورد فيه، وهذا ما يسمى بالصفة الوقتية لحجيته، وبذلك لا يمكن الاحتجاج بنص المادة (94) من الدستور لإضفاء درجة البتات عليه، ومن ثم يجوز التظلم منه وللمحكمة أن تنظر فيه ومن ثم تصدر قرارها الذي يكون باتاً ونهائياً لعدم وجود جهة طعن اعلى من المحكمة الاتحادية العليا، ونرى أن الاوامر الولائية بحجيتها المؤقتة تحمي الأمن القانوني اذ من الممكن من خلالها تفادي اجراء تصرف قانوني ممكن ان يمس بالحقوق أو يمس بالنصوص الدستورية إلى حين فصل المحكمة بموضوع النزاع مثلما حدث في إصدار المحكمة الاتحادية العليا لأمرها الولائي الخاص بمنع اجراء استفتاء انفصال إقليم كردستان⁽⁴⁾، فحاولت المحكمة الاتحادية حماية الأمن القانوني بإصدارها للأمر الولائي لمنع اجراء الاستفتاء القاضي بانفصال إقليم كردستان حماية منها لنصوص دستور جمهورية العراق التي قضت بحماية الوحدة الوطنية.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (97/اتحادية/امر ولائي/2021) في 2021/8/1 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/1.

(2) عرف الإستعجال بأنه (الخطر الحقيقي المحدق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درئه عنه بسرعة لا تكون في القضاء العادي ولو قصرت مواعيده) اما الامر الولائي فقد عرف بأنه (القرار الذي يصدره القاضي دون مرافعة أو تكليف بالحضور وبناء على طلب الخصم وفي غيبة الخصم الاخر، ويصرح فيه بأجراء عمل مؤقت تحفظي في الحالات التي تقضي بطبيعتها السرعة ودون المساس بأصل الحق) ينظر: كلا من محمد علي راتب ومحمد نصر الدين ومحمد فاروق، قضاء الأمور المستعجلة، القاهرة، 1968، ص 30 ود. عباس العبودي شرح أحكام قانون المرافعات، الموصل، 2000، ص 333.

(3) مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات، ط1، بغداد، 2008، ص 169.

(4) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (91، 94، و 96 / امر ولائي / 2017) في 2017/9/18 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/9.

ثانيا- الحجية النسبية لقرارات وأحكام القضاء الدستوري:

يقصد بالحجية النسبية الحجية التي يقتصر فيها أثر الحكم الصادر من المحكمة بحق ذوي الشأن ولا يلزم سوى اطراف الدعوى، وفي ذات النزاع الذي فصل فيه، مما يترتب عليه عدم نظر النزاع مرة أخرى لذات الحق محلاً وسبباً، ولذات الخصوم أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، لكن لا يمنع الطعن أمام أي جهة قضائية أخرى، بطرق الطعن العادية أو غير العادية، طبقاً للقانون⁽¹⁾.

وان من الدول التي أخذت بالحجية النسبية لأحكام القضاء الدستوري الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من عدم نص الدستور الأمريكي على حجية قرارات المحكمة العليا، لكن بما ان رقابة المحكمة العليا الأمريكية رقابة امتناع، فهذا يجعل لقراراتها حجية نسبية يقتصر أثرها على ذوي الشأن، ويمكن لأي محكمة النظر في الدعوى التي يطعن فيها بقانون امتنع عن تطبيقه سابقاً⁽²⁾، نجد مثلاً ان القضاء الأمريكي في صدد رقابته للدستورية؛ لا يقضي ببطلان القوانين المخالفة للدستور ولا بإلغائها، اذ بينت المحكمة العليا في العديد من أحكامها: أن القوانين المخالفة للدستور لا يقضي ببطلانها، ولا بإلغائها على ما جرى به التعبير دائماً، بل لا يترتب على مخالفتها للدستور أي جزاء عام يمسها في كيانها وإنما كل ما يفعله إذا اكتشف تعارضها مع الدستور أن يمتنع عن تطبيقها في النزاع المعروض أمامه⁽³⁾، مؤثراً طاعة النصوص الدستورية على التزام أوامر المشرع التي تخالفها وتخرج عن حدودها، ويترتب على ذلك أن تقضي المحكمة في الخصومة الموضوعية متجاهلة تماماً وجود القانون المخالف للدستور، وقد برزت الحجية النسبية لأحكام المحكمة العليا الأمريكية في بعض قراراتها⁽⁴⁾.

(1) د. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص21.

(2) مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص123.

(3) وهذا ما ايدته المحكمة العليا الأمريكية في عام 1939 في قضية (United States V. Butler) من أنه "يجب ألا يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين، إذ كثيراً ما يقال أن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور، وهو قول غير صحيح، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه، لتحديد حقيقة ما بينهما من توافق أو تعارض، فإذا فصلت في هذه المشكلة، ورتبت عليها نتيجتها في خصوص الدعوى المعروضة أمامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون) ينظر: د. شعبان احمد رمضان، المصدر السابق، ص575.

(4) ونجد ذلك في حكم المحكمة العليا الأمريكية عام 1972، عندما قررت عدم دستورية عقوبة الإعدام ثم عادت وقررت دستوريته عام 1976، وهو ما يتفق مع القول بالحجية النسبية لأحكامها. ينظر: د. مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت، ط1، القاهرة، 1990، ص 109.

اما بالنسبة للقرارات التفسيرية للمحكمة العليا الأمريكية، فهي تعد احد المهام الأساسية التي تمارسها المحكمة العليا، فقد استشهدت المحكمة العليا في احد قضاياها بتفسير التعديل الرابع عشر للدستور وبينت بأن (الدستور هو القانون الاعلى في الدولة وان المادة السادسة من الدستور جعلت هذا التفسير ملزماً للولايات)⁽¹⁾، وهذا يعني أن للقرارات التفسيرية للمحكمة العليا حجية مطلقة تلتزم بها جميع الولايات، إلا أن وبالرغم من ان أحكام المحكمة العليا الأمريكية ذات حجية نسبية كما بينا، إلا أن رأي في الفقه ذهب إلى أنه نظراً للأهمية الخاصة للمحكمة العليا في النظام القضائي الأمريكي، ونظراً للأخذ بالسوابق القضائية، فإن الناحية العملية تجعل من المحكمة العليا صاحبة الكلمة النهائية، ويجب على كافة المحاكم احترام أحكامها، اذ يترتب على قضائها بعدم الدستورية في مواجهة قانون ما، ما يعادل إبطال أو إلغاء ذلك القانون، وعلى الرغم من عدم إبطاله نهائياً لكنه يكون في حكم الملغى، وتغفل مجموعات القوانين الأمريكية الإشارة إليه، كونه عديم الفاعلية، وبذلك تتحول الحجية النسبية إلى حجية مطلقة من الناحية الفعلية⁽²⁾.

مما تقدم نرى أن الحجية المطلقة لقرارات القضاء الدستوري هي الضمان الحقيقي للأمن القانوني، لان منح تلك الأحكام والقرارات حجية نسبية، سيؤدي إلى امكانية اعادة النظر في الموضوعات ذاتها التي تم النظر فيها سابقاً من قبل القضاء الدستوري، مما يؤدي إلى تقليل ثقة المواطنين بتلك الأحكام والقرارات، فضلاً عن إعطاء أكثر من حكم الموضوع ذاته، مما يؤدي إلى الاخلال باستقرار الاوضاع القانونية ومن ثم الاخلال بمبدأ الأمن القانوني.

ثالثاً- أثر تصحيح الاخطاء المادية والموضوعية في قرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا على الأمن القانوني

نظراً للطبيعة الخاصة التي تتمتع بها القرارات الصادرة بعدم الدستورية، لكون هذه القرارات والأحكام باتة وملزمة كما بينا سابقاً، اي ان التقاضي يكون امام القضاء الدستوري على درجة واحدة، لكن هذا لا يمنع من تصحيح الاخطاء المادية الصادرة من المحكمة الدستورية ذاتها، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا الأمريكية، اذ أجازت تقديم التماس اعادة النظر في أحكامها وفق شروط منها ان يقدم الالتماس من الطرف الخاسر حصراً، ولا يحق للطرف الذي صدر الحكم لصالحه تقديمه وان يتم تقديم الطلب خلال (25)

(1) د. محمد فوزي نويجي، المصدر السابق، ص207.

(2)- د. مصطفى محمود عفيفي، المصدر السابق، ص111.

يوماً من تاريخ صدور الحكم وان يحصل الالتماس على موافقة أغلبية أعضاء المحكمة العليا⁽¹⁾.

كما تملك المحكمة الدستورية العليا المصرية الولاية التكميلية، التي تتمثل في جواز قيامها بتصحيح الأخطاء المادية البحتة في الحكم، وتفسير ما قد يعترضه من غموض، أو ابهام، أو النظر في طلب موضوعي قد أغفلته سهواً بناءً على طلب صاحب الشأن، ومصدر هذه الولاية هي القواعد والأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، التي تعد جزءاً من النظام القانوني للمحكمة والذي نص على ان: "تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء املائية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب احد الخصوم من غير مرافعة، ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة، ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه في الفقرة السابقة وذلك بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح اما القرار الذي يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال"⁽²⁾، فهنا يمكن ان يلجأ اطراف الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا مباشرة بعد صدور الحكم لطلب تفسيره أو تصحيح ما شابه من أخطاء مادية بحتة، أو البت في طلب موضوعي اغفلت النظر فيه⁽³⁾.

اما المشرع العراقي فقد اكد على انه بالإمكان اجراء التصحيحات المادية والحسابية في الأحكام القضائية، اذ لا يؤثر التصحيح في صحة الحكم وقضت المادة (1/167) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل⁽⁴⁾ بأنه "لا يؤثر في صحة الحكم ما يقع فيه من أخطاء مادية بحتة كتابية أو

(1) يلاحظ ان المحكمة العليا وضعت شروطاً مشددة لقبول الالتماس لإعادة النظر في أحكامها، ونعتقد أن ذلك بمثابة وسيلة لتلزمها المحكمة للموازنة بين فاعلية أحكامها في عدم تعطيل آثارها على رغبات ومزاجات المتضررين منها، وبين مواجهة ما قد تنطوي عليه أحكامها من الأخطاء بسبب السهو أو العجلة. وقد عبر القاضي (Bradley) وهو أحد أعضاء المحكمة العليا عن الطبيعة القانونية لطلب الالتماس بقوله ان المحكمة العليا بصفتها الملجأ الاخير للمتقاضى تولى عادة القضايا التي تدخل في أساسها اهتماماً بالغاً وقيماً كبيراً من الدراسة والتأمل ولذلك فان التقدم بطلبات إعادة النظر لا ينبغي تشجيعه أو الترحيب به. ومع ذلك فأنا من الجائز طبعاً ان نسهي عن بعض النقاط عندما نكون في عجلة من أمر البيت في القضايا المعروضة علينا، ولذلك فأنا لا نمانع في هذه الحالة بالاستماع إلى من يبنينا إلى ذلك. ولكن الاعتقاد بان ذلك يكفي لحمل المحكمة على أن تعيد النظر في القضية وان تبدل حكمها فيها هو اعتقاد في غير محله ولا ينسجم مع الفكرة الصحيحة عن مركز هذه المحكمة وطبيعة عملها..).

Lenoir, Entretien avec Sandra Day O'Connor et Ruth Ginsburg, Cahiers du Conseil constitutionnel. 1998. p. 44.

(2) ينظر: المادة (191) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968.

(3) د. مها بهجت يونس ومحمد سالم كريم، طبيعة أحكام القضاء الدستوري ودورها في تحقيق استقلاله، بحث منشور في مجلة جامعة واسط، كلية التربية، الجزء الثاني، العدد التاسع والثلاثون، 2020، ص538.

(4) نصت المادة (1) من قانون المرافعات المدنية العراقي بأن (يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والاجراءات إذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة).

حسابية، وإنما يجب تصحيح هذا الخطأ من قبل المحكمة بناء على طلب الطرفين أو احدهما".

وقد جاء النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022 لينص في المادة (40) منه على أن "للمحكمة تصحيح الأخطاء المادية التي تشوب أحكامها أو قراراتها تلقائياً أو بطلب من إحدى السلطات أو الأطراف". ومن ثمّ فمن الممكن تصحيح الأخطاء المادية الواردة في قرارات المحكمة الاتحادية العليا وكان اتجاه المشرع هنا محموداً لأن الأحكام التي يشوبها خطأ مادي لا يمكن ان تبقى دون تصحيح بحجة بناتها اذ ان الغاية الاساسية من الاحكام ان تصدر صحيحة خالية من العيوب لكي تكون مفهومة وسهلة التطبيق .

وحرى بالذكر ان الاخطاء الموضوعية في أحكام وقرارات المحاكم الدستورية، لا بد ان تعالج ايضاً مثل حالات إغفالها للفصل في مسائل كان من الواجب عليها الفصل فيها، فالأصل ان النزاع لا يخرج من ولاية المحكمة، الا إذا كانت المحكمة قد فصلت فيه أيّاً كان حكمها، وهذا يعني أن استنفاد ولاية المحكمة يكون فقط بالنسبة للمسائل التي فصلت فيها فقط، ولا يمتد إلى المسائل التي اغفلت الفصل فيها، اذ يتعين الرجوع إلى نفس المحكمة، بالنسبة للمسائل التي اغفلت الفصل فيها حتى لا تفوت درجة من درجات التقاضي على الخصم بالنسبة لهذه المسائل، فقد سار المشرع المصري على خطى المشرع الفرنسي مقررراً بلزوم أن يكون علاج الإغفال هو الرجوع لذات المحكمة، لتستدرك ما فاتها الفصل فيه ولا يتقيد صاحب الطلب بأي ميعاد من المواعيد المحددة في القانون للطعن في الحكم، وهناك شروط عدة لقبول الطعن ومنها أن يكون هناك عدة طلبات سبق وأن تم طرحها أمام المحكمة، وتولت هذه المحكمة الفصل في بعضها وأغفلت تماماً الفصل في البعض الآخر، وان يكون الإغفال قد تم سهواً أو خطأً، وليس عن بينة وادراك، فضلاً عن ذلك يجب أن يكون قد صدر عن المحكمة حكم قطعي يستنفذ ولايتها في بعض الطلبات وأغفلت البعض الآخر، كما يجب أن يكون الطلب الذي أغفلت المحكمة الفصل فيه طلباً موضوعياً، و أن يكون الخصم قد قدم طلبه الموضوعي في عريضة الدعوى، وأثناء نظر الدعوى ولم يتنازل عنه⁽¹⁾، وبذلك يكون تصحيح المحاكم الدستورية، ومنها المحكمة الاتحادية العليا العراقية للأخطاء المادية والموضوعية، التي شابت قراراتها غير ماس بحجية تلك القرارات، لان حماية الأمن القانوني تتطلب ان يتم الفصل بكل الطلبات التي قدمت، والا يكون القرار قاصراً عن حماية المصلحة العامة، خصوصاً وان الدعوى الدستورية هي دعوى عينية تهدف لحماية المصلحة العامة وحماية مبدأ المشروعية ومن ثمّ فإن تصحيح ما شاب القرار الدستوري من خطأ شكلي

(1) د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص96 وما بعدها.

أو موضوعي من خلال عد الفصل بالطلبات كافة يكون حماية للأمن القانوني وليس العكس لأن الاستقرار المطلوب هو الاستقرار الذي يحمي المراكز حماية جيدة.

رابعاً- مخاصمة قضاة المحاكم الدستورية وأثرها على حجية أحكامها:

إن مسؤولية القاضي يمكن أن تثار عن فعل وقع منه خارج نطاق عمله، بينما تتمثل الحالة الثانية في إمكان مساءلته بسبب خطأ وقع منه في أثناء أو بمناسبة تأديته لعمله القضائي، ودعوى المسؤولية في الحالة الأولى تخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، أما دعوى مخاصمة القضاة فهي دعوى ترفع من أحد الخصوم على القاضي إذا توافرت أحد الأسباب التي حددها القانون، وقد اختلف الرأي حول طبيعة هذه الدعوى فأعتبرها البعض دعوى بطلان وعدها البعض الآخر دعوى تأديبية⁽¹⁾، في حين يرى آخرون أنها دعوى مسؤولية⁽²⁾، و نرى بأنها دعوى مسؤولية، إذ إنّ الغاية الأساسية من مخاصمة القضاة هو منع القاضي من نظر الدعوى في حال توافرت شروط المنع، فإذا ما خالف ما هو محدد سيعرض نفسه للمساءلة. ويثار هنا تساؤل هل يمكن مخاصمة قضاة المحكمة الاتحادية العليا عما يصدر عنهم من قرارات؟ وهل من الممكن معاملة الدعوى الدستورية معاملة الدعوى العادية مع اختلاف طبيعتهما؟.

للإجابة عن هذا التساؤل لا بد ان نجيب عن سؤال مؤداه هل من الممكن ان تحصل اخطاء من قضاة المحكمة الاتحادية العليا؟ الجواب نعم، وللإجابة على السؤال الآخر وهو هل يمكن معاملة الدعوى الدستورية معاملة الدعوى العادية؟ إذ إنّنا نعلم ان الدعوى الدستورية دعوى عينية عكس الدعوى العادية ذات الطبيعة الشخصية⁽³⁾، لكن هذا لا ينف من ان يصدر قانون يتم فيه مراعاة فئات معينة وهذا وارد كثيراً، وبذلك

(1) أن بعض الأخطاء والمخالفات التي قد يرتكبها القضاة في مجال وظائفهم لا بد من محاسبتهم عليها وذلك بهدف تأمين أقصى درجات الانضباط بين حقوق القضاة، كي لا تضيق حقوق المتقاضين لهذا تم تشريع نظام الدعوى التأديبية ويقصد بالدعوى التأديبية (سلوك ايجابي أو سلبي إرادي يتنافى مع قواعد وأصول وظيفة القضاء ويجافي واجباتها القانونية ويقرر القانون لمثل هذا السلوك عقوبة تأديبية) وتتشابه الدعوى التأديبية مع الشكوى في أن كل من حالات الشكوى والدعوى التأديبية واردة على سبيل الحصر، إذ إنّ قانون التنظيم القضائي حدد واجبات القاضي على سبيل الحصر فإذا خالف القاضي احد هذه الواجبات يعد القاضي مرتكباً لمخالفة قضائية وتختلف الدعوى التأديبية عن الشكوى في أن الأولى تهدف إلى التزام القاضي بالواجبات المفروضة عليه أما الشكوى فإنها تهدف إلى تعويض المضرور عن أخطاء القضاء كما أن الدعوى التأديبية تنتهي بالعزل أو الاستقالة أو الإحالة على التقاعد أما الشكوى فتنتهي في حالة ثبوت صحتها إلى إلزام القاضي بالتعويض عما ارتكبه من أخطاء. ينظر: بان بدر حسن، الشكوى من القضاة ومسؤولية القاضي المدنية عن أخطائه، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهدين، 2009، ص 53 وما بعدها.

(2) د. أنور رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 647.

(3) تعرف الدعوى الدستورية (هي كل دعوى متعلقة بمسألة من مسائل الدستور، أما معناها الخاص فيتمحور حول دعوى دستورية القوانين، ويراد بها مخاصمة القانون المخالف للدستور بدعوى أصلية يرفعها الطاعن أمام القضاء أن وجد القاضي مخالفة القانون المطعون به للدستور، يصدر الحكم بإلغائه كلاً أو جزء، أو بعكس ذلك يقرر رد الدعوى) ينظر: د. غني زغير

فالأمر ليس بمستحيل، وبذلك لا بد من إيجاد تنظيم لمخاصمة قضاة المحكمة الاتحادية العليا، وبالرجوع إلى القواعد العامة لمخاصمة القضاة فقد سعت القوانين إلى إيراد نصوص خاصة لتنظيمها، فمثلاً قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 نص في المادة (146) منه على أسباب عدم صلاحية القاضي بقوله: "يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها، ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال التالية:

"أولاً- إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة. ثانياً- إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى ومع زوجته ثالثاً- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية، أو وصياً عليه أو قيماً أو مظنوناً وراثته له، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم، أو بالقيم عليه، أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة، أو بأحد مديريها، وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى 1- إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب، أو لمن يكون وكيلاً عنه، أو وصياً، أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة 2- إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها، ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها".

إن هذه الأسباب التي إذا وجدت جعلت القاضي أياً كانت درجته أو درجة محكمته غير صالح لنظر الدعوى، وإذا تحقق أي سبب من هذه الأسباب، فإنه يجب على القاضي أن يتنحى عن نظر الدعوى¹ فما الحكم إذا تحقق سبب من هذه الأسباب، ولم يتنح القاضي عن نظر الدعوى؟

يقع باطلاً عمل القاضي، أو قضاؤه في كل الأحوال المتقدمة، حتى ولو اتفق الخصوم على غير ذلك، وحتى لو اتفقوا على قبول حكم القاضي، ذلك أن هذا البطلان يتعلق بالنظام العام.

ولكن المحكمة الدستورية العليا المصرية ليس لديها دوائر لذلك أفرد قانونها نظام خاص لمخاصمة قضاة المحكمة الدستورية العليا على أن "تسري في شأن عدم صلاحية عضو المحكمة وتنحيته ورده ومخاصمته الأحكام المقررة بالنسبة إلى مستشاري محكمة النقض وتفصل المحكمة الدستورية العليا في طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل اعضائها عدا العضو المشار إليه، ومن

عطية، الدعوى الدستورية بين القانون وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، المجلد 11، العدد 2، 2016، ص 56.

(1) د. ادم النداوي، قانون المرافعات المدنية، ط3، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011، ص 54.

يكون لديه عذر، ويراعي ان يكون عدد الأعضاء الحاضرين وتراً بحيث يستبعد أحدث الأعضاء، ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقين منهم عن سبعة".

فإذا ابدى احد أعضاء المحكمة رأيه بشأن احد القوانين المطعون بها امام المحكمة الدستورية العليا فهنا يجوز الطعن بالحكم لأن ابداء الراي المسبق يتعارض مع شرط ان يكون القاضي خالي الذهن عن موضوعها لكي يستطيع وزن الحجج وزناً صحيحاً مجرداً من اي محاباة⁽¹⁾، وهذا بلا شك ينطبق على أعضاء المحكمة الدستورية العليا.

اما قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 فقد حدد حالات مخاصمة القضاة في المادة (91) منه والتي نصت على أن "لا يجوز للقاضي نظر الدعوى في الأحوال الآتية:

- 1- إذا كان زوجاً أو صهراً أو قريباً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.
- 2- إذا كان له أو لزوجه أو لأحد أولاده أو أحد أبويه خصومة قائمة مع أحد الطرفين أو مع زوجة أو أحد أولاده أو أحد أبويه.
- 3- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم أو وصياً عليه أو قيماً أو وارثاً ظاهراً له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوكيل أحد الخصوم أو الوصي أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة التي هي طرف في الدعوى أو أحد مديريها.
- 4- إذا كان له أو لزوجة أو لأصوله أو لأزواجهم أو لفروعه أو أزواجهم أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة.

5- إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الطرفين في الدعوى أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها." إذا نظر القاضي الدعوى في الأحوال المذكورة في المادة السابقة واتخذ أية اجراءات فيها أو أصدر حكمه بها يفسخ ذلك الحكم أو ينقض وتبطل الاجراءات المتخذة فيها⁽²⁾، وحرى بالذكر ان الشروط انفة الذكر هي لمخاصمة القضاة بصورة عامة، وبما ان المحكمة الاتحادية العليا تطبق قانون المرافعات المدنية فيما لم يرد نصاً في قانونها، فهذه الشروط تنطبق ايضاً على قضاة المحكمة الاتحادية العليا بلا شك، فقد أقيمت دعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا للطعن بقرار مجلس الوزراء رقم (380) لسنة 2021 الذي منح قضاة المحكمة الاتحادية العليا ورئيس وأعضاء مجلس القضاء الأعلى وممن هم بدرجة

(1) د. فتحي والي، الوسيط في القانون المدني، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص177.

(2) ينظر: المادة (92) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

وزير قطع أراضي استثناء من بعض الضوابط التي تفرض على غيرهم من المواطنين والموظفين وسجلت الدعوى بالعدد (145/اتحادية/2021) وعين لها يوم 2022/2/14 موعداً للمرافعة الأولى، إلا أن الدعوى أبطلت دون بيان أسباب ابطال هذه الدعوى، وكان الاجدر بيان الأسباب ومجريات هذا القرار لان قضية المحكمة الاتحادية العليا من المنتفعين من هذا القرار وسجلت أراضي بأسمائهم بموجبه، وأصبحت لهم مصلحة في بقائه وعدم الغائه وقانون المرافعات يمنع على القاضي نظر الدعوى في حال إذا كان له أو لزوجته أو لأصوله أو لأزواجهم أو لفروعه أو أزواجهم أو لمن يكون هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة في الدعوى القائمة وعلى وفق نص المادة (3/91) من قانون المرافعات المدنية⁽¹⁾ إلا أن المحكمة الاتحادية العليا في قرار سابق لها امتنعت عن ابداء رأيها التفسيري حيث جاء في حيثيات قرارها "... بموجب أحكام المادة (3/93) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 يمتنع على المحكمة الاتحادية العليا بيان الرأي في النقطة (3)... لان موضوعها يشكل دعوى قد تقدم إلى المحكمة مستقبلاً"⁽²⁾ ومن ثم راعت المحكمة في هذا القرار ما ورد في قانون المرافعات لكي لا يتم التشكيك في قرارها لاحقاً إذا ما كانت قد منحت تفسير سابق للقضية المعروضة عليها حماية لاستقرار التفسير وحياد المحكمة وضماناً للأمن القانوني في القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا.

ومن الجدير بالإشارة اليه ان كلاً من المشرع العراقي والمصري لم ينصا على امكانية الطعن بالقرارات والأحكام الدستورية بعد صدورها، وان كانت هنالك أسباب تؤدي إلى تنحية القاضي أو رده لتعارض تلك المسألة مع بتات القرارات والأحكام وحجيتها، إذ إن المشرع المصري وان كان قد ذكر في المادة (15) من قانون المحكمة الدستورية العليا سالف الذكر، إلا أن هذا الامر يسري على رد القضية قبل نظر الدعوى وليس بعد إصدار الحكم بدستورية أو عدم دستورية التشريع، ونرى أنه كان من الاجدر بالمشرع العراقي ان يبين حالات رد القضية ويجعلها سبباً من أسباب اعادة النظر في الدعوى لان حجية الحكم أو القرار لا يمكن ان تكون بمنزلة اعلى واهم من حماية الثقة والاطمئنان بقرارات القضاء الدستوري، وعدم تأثر القاضي الدستوري بأي مؤثرات ممكن ان تخل بحياديته وبالثقة بالأمن القانوني، التي تتحقق عند الثقة بحياد الجهة التي تصدر تلك القرارات.

(1) سالم روضان الموسوي، هل يجوز إبطال عريضة الدعوى في القضاء الدستوري؟، مقال منشور على الموقع الالكتروني

<https://www.azzaman.com> تاريخ الزيارة 2022/11/11.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (19/اتحادية/2007) في 2007/9/16 منشور على الموقع الالكتروني

للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/21.

فلا يمكن التمسك بذريعة ان مخاصمة القضاة يخل باستقرار القرارات والأحكام الصادرة من القضاء الدستوري، لان الغاية الأساسية من الأمن القانوني ليس الاستقرار والثبات فقط، وانما الثقة والاطمئنان بمن يصدر هذه القرارات، فإذا كان هنالك أسباب تجعل من القاضي الدستوري غير مؤهل لنظر الدعوى للأسباب الواردة في القانون فهذا يؤثر باستقرار الأمن القانوني لأنه من الممكن التشكيك بتلك القرارات.

وليس هذا فحسب فمن الممكن ان تصدر من قضاة المحكمة الاتحادية العليا افعال توجب المسؤولية، فكيف يتم الشكوى من قضاة المحكمة؟ وامام اي جهة تتم؟، لأنه كما نعلم لا يمكن ان تتحقق الثقة الكافية بما يصدر من قرارات المحكمة الاتحادية العليا، سواء قرارات خاصة بالرقابة على شرعية القوانين والانظمة، أو قرارات تفسيرية مالم يتم ضمان ان تكون تلك القرارات صدرت بحيادية تامة.

وقد نظم دستور الولايات المتحدة الأمريكية الجانب التنظيمي للمحكمة العليا وبين ان قضاة المحكمة العليا أو قضاة المحاكم الأخرى يشغلون مناصبهم، كلما بقيت خدماتهم حسنة ولا يعزلون الا في حالة سوء السلوك⁽¹⁾، ومن الملاحظ أن تأطير عمل قضاة المحكمة العليا بنص دستوري كانت الغاية منه هو أبعاد المحكمة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، خوفاً من أن يؤدي خضوع العدالة للتأثيرات اللامشروعة لهاتين السلطتين، إذ إن القضاء لا يمكن أن تقوم له سلطة بدون توافر مقومات متماسكة تجعل منه سلطة قائمة على قدم المساواة مع السلطتين الأخرين، فإذا لم يكفل لهذه السلطة حيادها فلا جدوى من الاعتراف بها كسلطة أو حتى باستقلاليتها⁽²⁾.

وفيما يتعلق بعزل القضاة فلم تكن عملية اجتهادية قابلة للتأويل، وإنما جاءت في صلب الدستور، فالمادة الثانية من الدستور تنص على أن المسؤولين المدنيين في الولايات المتحدة ومن بينهم القضاة يمكن عزلهم من مناصبهم بعد اتهامهم وإدانتهم بالخيانة، أو الرشوة، أو ارتكاب الجرائم الكبرى أو الجنح، وبموجب تلك المادة يمكن عزل وإزاحة القضاة عن المناصب القضائية بأسلوب الاتهام البرلماني "اتهام بوساطة مجلس النواب، وإدانتهم بوساطة مجلس الشيوخ، الذي خول بموجب دستور الولايات المتحدة البند (السادس) من الفقرة الثالثة من المادة الأولى على أنه لمجلس الشيوخ وحده سلطة إجراء المحاكمة في جميع قضايا الاتهام النيابي ولا تثبت إدانة القاضي وأبعاده عن المنصب إلا بموافقة ثلثي

(1) ينظر: المادة الأولى/ الفقرة الثالثة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787.

(2) د. عاصم حاكم عباس الجبوري، د. حاكم فنيخ علي الخفاجي، سمات النظام القضائي الأمريكي ومبررات تشكيل المحكمة العليا 1789، بحث منشور في مجلة بابل للدراسات الإنسانية، المجلد 7، العدد 1، 2017، ص 447.

أعضاء مجلس الشيوخ الذي يقوم بدور هيئة المحلفين⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل فقد نظم الشكوى من القضاة ضمن الباب الرابع منه في المواد (286 – 292)، إذ تسري هذه الأحكام بحق جميع القضاة وإن كانوا يعملون في المحكمة الاتحادية العليا، لكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات، إذ يجوز للخصوم أن يشكو القاضي، أو هيئة المحكمة أو احد قضاتها وفقاً لحالات بينها قانون المرافعات وهي إذا وقع من المشكو منه غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم عند قيامه بأداء وظيفته بما يخالف أحكام القانون أو بدافع التحيز أو بقصد الأضرار بأحد الخصوم...⁽²⁾، وإذا قيل المشكو منه منفعة لمحاباة احد الخصوم⁽³⁾، ويقصد بالمنفعة المادية هي استحصال القاضي أو أحد أفراد عائلته أو أقربائه على شيء نافع أو وعد بمنفعة من احد الخصوم ويرتب على ذلك الإضرار بالخصم الآخر وتحقق هذه الحالة عند تصرف القاضي بتعمد الحصول لنفسه أو لغيره على منفعة مادية مستخدماً بذلك سلطته كقاضي⁽⁴⁾، ولا يشترط أن يحصل القاضي على المنفعة قبل صدور الحكم في الدعوى بل يكفي أن يتفق القاضي على حصوله عليه بعد صدوره⁽⁵⁾.

وقد جرم المشرع العراقي فعل الرشوة في الباب السادس من قانون العقوبات تحت عنوان الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة في المادة (307) وما بعدها إذ نصت المادة المذكورة على أن " 1- كل موظف أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو منفعة أو ميزة أو وعدا بشي من ذلك لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجبات الوظيفة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس والغرامة على أن لا تقل عما طلب أو أعطي أو وعد به ولا تزيد بأي حال من الأحوال على خمسمائة دينار. 2- وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس إذا حصل الطلب أو القبول أو الأخذ بعد أداء العمل أو الامتناع عنه أو بعد الإخلال بواجبات الوظيفة بقصد المكافأة على ما وقع من ذلك"، فإذا ما قدمت هذه الشكوى مُنع القاضي (المشكو منه) من النظر في الدعوى الخاصة بالمشتكى، أو في أي دعوى تتعلق بأقاربه أو أصحابه إلى حين نتيجة الشكوى، فإذا لم تقبل الشكوى أو عجز المشتكي عن إثبات ما نسبه فيتم استئناف النظر في الدعوى من قبل القاضي المشكو منه، ولا يمنعه من الاستمرار في نظرها تقديم شكوى أخرى من قبل المشتكي⁽⁶⁾.

(1) Charles Evans Hughes, Supreme Court of the United States, Washington, Henry Holt and Company. 1998, P.78; Max Farrand , Vol 1, PP.34- 36.

(2) ينظر: الفقرة (1) من المادة (286) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل

(3) ينظر: الفقرة (2) من المادة 286 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(4) لؤي عبد الحق اسماعيل، الخطأ العمدي للقاضي المدني وأثره بين القانون والقضاء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة 4، ج4، المجلد 4 العدد4، 2020، ص255.

(5) د. ذكي محمد النجار، الوجيز في القضاء الاداري، المبادئ في التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص57.

(6) ينظر: المادة (289) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

والحالة الاخيرة التي حددها قانون المرافعات للشكوى من القضاة هي حالة امتناع القاضي عن إحقاق الحق (إنكار العدالة)، ويكون القاضي منكراً للعدالة إذا امتنع عن الإجابة على عريضة قدمت إليه أو عن الفصل في قضية صالحة للفصل فيها⁽¹⁾، وقد يظهر امتناع القاضي عن الفصل في الدعوى بصورة ايجابية، بإعلانه صراحة عن عزمه عن عدم الإجابة عن الفصل في الدعوى، أو يكون امتناعه بصورة سلبية بحيث لا يبذل أي جهد أو نشاط يدل على نيته في الفصل في الدعوى⁽²⁾، فيجب على القاضي الفصل في الدعوى المعروضة امامه والا كان منكراً للعدالة وعليه التقيد بنص المادة (1/الفقرة 2) من القانون المدني التي نصت على أنّ "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة".

وبالرجوع إلى قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 نجد بأنه قد نص على أنّ "لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق، ويعد ايضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق"⁽³⁾، وبذلك كان بإمكان المحكمة الاتحادية العليا ان تستند إلى هذا الأساس القانوني للبت في حل مجلس النواب إذا لم يمثل مجلس النواب لقرار المحكمة رقم (23/ اتحادية/ 2022) وموحدتها (25/ اتحادية/ 2022)، والتي جاء في منطوق القرار (إلزام رئاسة مجلس النواب بعرض قرار فتح باب الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية على مجلس النواب والتصويت عليه من عدمه وفقاً لما جاء في المادة (59/أولاً وثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ولمرة واحدة،.... على أنّ يتم انتخاب رئيس الجمهورية خلال فترة وجيزة"، وهنا يكون من حق المحكمة الاتحادية أن تتخذ القرار الحاسم الذي يحفظ ضمان سير المرافق العامة وهدم تعطيلها بحل مجلس النواب أو اعتباره منحلًا لعدم تقيده بالمدد الدستورية وعدم امتثاله لقرارها الملزم⁽⁴⁾.

كما ان التأخر في حسم الدعوى الدستورية ممكن ان يصل إلى اتهام القاضي الدستوري بجريمة انكار العدالة، فالتأخير في حسم الدعاوى المطروحة على المحاكم الدستورية قد تسبب اضراراً بالحقوق والحريات، وارباكاً في عمل مؤسسات الدولة، وتهديد وحدة الدولة ونظامها السياسي، لأن أغلب القضايا التي تنظرها المحاكم الدستورية ذات طبيعة خاصة، وهناك أسباب تؤثر على انعقاد المحكمة الاتحادية العليا العراقية ومن

(1) د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، الشكوى من القضاة في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2019، ص252.

(2) ينظر: المادة (3/286) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(3) ينظر: المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(4) عباس العلي، المحكمة الاتحادية ودعوات حل البرلمان، مقال منشور على الرابط

<https://www.alarabiya.net/politics> تاريخ الزيارة 2022/12/9.

ثم يؤدي إلى التأخر في حسم الدعاوى ومنها اشتراط حضور جميع أعضائها، فقد نصت الفقرة (أولاً) من المادة (5) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل على أنه يشترط لصحة انعقاد المحكمة الاتحادية العليا حضور جميع أعضائها وهذا الامر غاية في الصعوبة، ولم يتلاف المشرع هذا القصور في تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا فكان الاجدر به ان لا يشترط حضور جميع أعضاء المحكمة وانما يكفي بحضور الأغلبية لكي لا يتم استغلال ذلك وتعطيل حسم الدعاوى (1).

لكن المشكلة التي تبقى هنا إذا ما طبقنا النصوص العامة الخاصة بالمخاصمة، هي ان العقوبات الانضباطية التي من الممكن ان تطال اي قاضٍ، إذا ما ارتكب خطأً وظيفياً، والتي نص عليها قانون التنظيم القضائي في المواد (58، 59، 60، 61، 62) من الصعوبة تطبيقها على قضاة المحكمة الاتحادية العليا لاستناد قضائتها إلى المادة (92) من الدستور والتي وصفت المحكمة الاتحادية العليا بأنها هيئة مستقلة مالياً وادارياً ولا تتبع مجلس القضاء (2).

ونجد هنا بأن الاجدر بالمشرع ان ينص على كافة العقوبات التي تترتب على قضاة المحكمة الاتحادية العليا، وان لا يترك تلك المسألة للقواعد العامة، للمكانة الخاصة للقضاء الدستوري، ويمكن حل مشكلة الجهة التي من الممكن ان تنظر في الشكوى المقدمة ضدهم، واجراءات مساءلتهم من خلال انشاء لجنة متخصصة داخل المحكمة الاتحادية العليا، تتولى النظر في كافة الاعمال الموجبة لمسؤولية قضائتها.

الفرع الثاني

نطاق الأثر الموضوعي في التشريع المحكوم بعدم دستوريته

ان للقرارات التي تصدر من القضاء الدستوري، بشأن عدم دستورية قانون أو نظام معين اثرًا موضوعياً، يتمثل اما بالإلغاء الجزئي لذلك النص أو بالإلغاء الكلي له وبطلانه (3)، ويختلف موقف القضاء الدستوري بهذا الشأن، فقد يحاول التقليل من أثر الحكم بعدم الدستوري لحماية لاستقرار المراكز القانونية

(1) ينظر: د. حيدر عبد الرضا عبد علي ود. مثنى عباس عبد الكاظم، آليات المراجعة والإصلاح لدور المحكمة الاتحادية العليا في العراق على المستوى القانوني والدستوري في الدولة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد (23)، العدد 1، 2021، ص 279.

(2) د. سعد غازي طالب، المركز القانوني لأعضاء المحكمة الاتحادية العليا العراقية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة عشر، العدد الثاني، 2022، ص 360.

(3) يقصد بالبطلان (العيب الذي يصيب التصرف فيحرمه من آثاره التي كان يجب انتاجها وفقاً لطبيعته وموضوعه) ينظر: د. ياسر عطوي الزبيدي، فكرة بطلان النص الدستوري (دراسة تحليلية في ضوء دستور جمهورية العراق لسنة 2005، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، السنة الثالثة عشر، العدد الرابع، 2021، ص 2446. ويختلف

التي رتبها النصوص المحكوم بعدم دستوريتهما ليقدر هنا إلغاء جزئي لها أو يقدم حماية مبدأ المشروعية على استقرار المراكز القانونية فيقرر إلغاء كلي لها وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

أولاً- الإلغاء الجزئي لنصوص التشريع غير الدستوري:

أحياناً يتبين للمحكمة بعد الانتهاء من بحثها للقانون محل الرقابة أن جزء من أجزائه معيب، أما سائر أجزائه الأخرى سليمة من كل عيب دستوري، فيصدر قرارها بعدم دستورية الأجزاء المشوبة بالعيب وحدها، وهو ما يطلق عليه بـ(أحكام الإلغاء الجزئي)، أي أن لا يمس الحكم ببقية أجزاء القانون المتفقة مع الدستور، وفي حالات أخرى قد تقرر المحكمة عدم دستورية القانون محل الرقابة بأكمله، وذلك عندما تجد أن جميع أجزائه معيبة، أو نصاً من نصوصه إلا أنه يتعذر فصلها عما سواها، لارتباط بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة، أما إذا كانت النصوص قابلة للتجزئة فيمكن الإبقاء على النصوص الصحيحة المطابقة للدستور والتي تقبل التجزئة، إذا كانت لا تتأثر إطلاقاً بالنصوص المقضي بعدم دستوريتهما.

وأحياناً يجد القاضي الدستوري نصوصاً أخرى مرتبطة بهذا النص، فيقرر عندئذ عدم دستورية ذلك النص أو تلك النصوص إذ ينصب منطوق الحكم فيها بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي المطعون به⁽¹⁾.

وجرت المحكمة العليا الأمريكية منذ أول عهدا بالرقابة القضائية بعدم دستورية الأجزاء المتعارضة مع الدستور وحدها، من دون أن يمس حكمها بقية النصوص على أن المحكمة تشترط لإعمال هذه القاعدة أن تكون الأجزاء المتفقة مع الدستور مستقلة عن الأجزاء المخالفة له، إذ يمكن الإبقاء عليها وحدها، وأن يتصور بعد ذلك تنفيذها على نحو يحقق الغرض الأساسي من التشريع ولو تحقيقاً جزئياً ناقصاً⁽²⁾، إلا أن المحكمة لم تلتزم في كثير من المناسبات هذا المعيار الذي وضعته لنفسها، فأغفلت في كثير من الأحيان نية المشرع الحقيقية مستغلة في ذلك، السلطة التقديرية الواسعة التي منحها لنفسها، إذ تتوصل إلى إبطال ما ترى إبطاله من نصوص القانون التي لا تتفق مع اتجاهها السياسي، أو الاقتصادي، إذ يكفيها أن تعتمد على تعارض جزء صغير من أجزاء القانون مع الدستور

البطلان عن الانعدام بأن الانعدام يحكم القانون أصلاً دون الحاجة على النص عليه كما أن الانعدام لا يقبل التصحيح بعكس البطلان فضلاً عن أن الانعدام أشد خطورة من البطلان لأن في الانعدام يكون النص القانوني غير موجود أصلاً ينظر: د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط2، دار الطباعة الحديث، القاهرة، 1997، ص534.

(1) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، المصدر السابق، ص47.
(2) عبرت عن هذا المعيار بوضوح في حكمها الصادر عام 1924 في قضية (Dorchy v Kasas)، إذ بينت "أن الجزء السليم من القانون لا يعتبر ممكن الانفصال عن الأجزاء المخالفة للدستور إلا إذا تحقق فيه شرطان"؛ الشرط الأول: أن يتضح أنه يستطيع وحده إنتاج أثر قانوني، والشرط الثاني: أن يظهر أن المشرع لو علم بسقوط الأجزاء المخالفة للدستور، لاختار مع ذلك بقاء هذا الجزء) ونحن نؤيد رأي المحكمة العليا الأمريكية في قرارها هذا ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد، المصدر السابق، ص229..

لنقضي عليه كله بالبطلان، وقد شعر الكونغرس بالخطر الذي يتهدد قوانينه من جراء سلطة المحكمة الواسعة في تقدير مدى الارتباط بين أجزاء التشريع فلجأ إلى تضمين تشريعاته المهمة بما يسمى (بشرط التجزئة) (وهو ما يعني أن أجزاء القانون منفصل بعضها عن بعض، إذ لا يؤثر الحكم بعدم دستورية بعضها منها على باقي أجزاء القانون الأخرى)⁽¹⁾ وكان الكونغرس الأمريكي موفقاً في الأخذ بشرط التجزئة لأنه حمى العديد من القوانين من الإلغاء وبالتالي حافظ على استقرار الأمن القانوني.

أما موقف القضاء الدستوري العراقي من البطلان الجزئي للتشريع المعيب، فرى أنّ المحكمة الاتحادية العليا عندما تجد بأن هنالك جزء من النص هو المعيب من دون بقية الأجزاء، تذهب إلى عدم دستورية هذه الجزء دون غيره، فقد قررت المحكمة الاتحادية العليا في احد قراراتها بإلغاء بعض مواد قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (22) لسنة 2012 ومنها ما نصت عليه المادة (50) والمتضمنة مناقلة تخصيصات مالية من أبواب مهمة من رئاسة الجمهورية أكثر من (31) مليار دينار؛ ومن مجلس الوزراء بحدود (5) مليار دينار ومن دائرة نزع السلاح ودمج المليشيات بحدود (29) مليار دينار وتحويلها إلى المادة (50/ب) من القانون ضمن تخصيصات المالية لمجلس النواب لإنشاء بناية و دار سكن لمجلس النواب، وزيادة النفقات التشغيلية لمجلس النواب⁽²⁾، كما ان المحكمة الاتحادية العليا قد تقضي بعدم دستورية نص دون بقية النصوص إذا لم يكن هنالك ارتباط بين النصوص أو ان الارتباط يقبل التجزئة منها قرارها في بعض مواد قانون الموازنة العامة الاتحادية للسنة المالية 2018، بعد أن نظرت دعوى شملت ثمانية طعون، اثنان منها تم ردها، وستة تم الحكم بموجبها بعدم الدستورية، وكان من المواد المطعون بها هي المادة (7/اولا) من القانون محل الطعن، والتي تخول مجلس النواب تشييد مبني له بملياري دينار، إذ نصت على تخصيص نحو(300) مليار دينار، موازنة مجلس النواب لعام 2018 من بينها مليارا دينار إلى الموازنة الاستثمارية تخصص لتشييد مبني جديد لمجلس النواب⁽³⁾.

ونرى أنّ هذا النوع من القرارات يمثل مرحلة متطورة من قضاء المحكمة الاتحادية العليا تجاه تحقيق مبدأ الأمن القانوني وحمايته اذ سعت جاهدة إلى المحافظة على استقرار القوانين وعدم المساس بمبدأ الأمن القانوني من خلال تضيق نطاق الحكم بعدم الدستورية.

(1) د. ابراهيم درويش، القانون الدستوري، النظرية العامة والرقابة الدستورية، ط4، دار النهضة العربية، 2004، ص312.
(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 20/اتحادية/2012 في 2012/10/22 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/25.
(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 92/ اتحادية/2018 في 2018/5/28 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الموقع <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/25.

ثانياً- الإلغاء الكلي للتشريع المحكوم بعدم دستوريته:

قد يقرر القضاء الدستوري عدم دستورية القانون محل الرقابة برمته، عندما تجد المحكمة أن سائر أجزائه غير دستورية أو عندما تجد المحكمة أن نصاً من نصوصه، غير دستورية إلا أنه يتعذر فصلها عما سواها، لارتباط بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة أو أن فصل الأجزاء المعيبة والحكم بعدم دستوريتهما يخل بمقاصد التشريع وغاياته.

فمثلاً في مصر فقد تنتهي المحكمة الدستورية العليا من بحثها للقانون إلى أن نصاً من نصوصه، أو جزء منه غير دستوري، وترى مع ذلك أن سائر أجزائه الأخرى خالية تماماً من كل عيب دستوري، إلا أنه يتعذر فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها، فالمحكمة هنا لا تملك إلا أن تحكم بعدم دستورية القانون برمته أو تبقيه بأكمله، إذ يمكن القول إن النصوص المرتبطة برابطة حتمية لا تقبل التجزئة، أما أن تبقى في مجملها، أو تزول في مجملها، كما ان المحكمة الدستورية العليا المصرية تبسط رقابتها كذلك على النصوص الواردة في القانون المعروض عليها، وليس فقط النص المطعون به امامها، إذ كانت تلك النصوص مرتبطة بالنص الأصلي موضوع الطعن ارتباطاً لا يقبل الانفصال، وتستند سياسة المحكمة الدستورية العليا إلى طبيعة الدعوى الدستورية⁽¹⁾.

ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في هذا المجال حكمها بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 208 لسنة 1994 بفرض ضريبة على أجور ومرتبات العاملين المصريين في الخارج وسقوط باقي نصوصه، تبين للمحكمة أن " القضاء بعدم دستورية الفقرة الأولى لعيب الانحراف التشريعي... يؤدي بحكم اللزوم العقلي إلى سقوط باقي نصوص القانون رقم 208 لسنة 1994 برمتها، ومن دون حاجة إلى بيان المثالب الدستورية الأخرى التي اعترتها، وذلك لارتباط هذه النصوص بالفقرة الأولى ارتباطاً لا يقبل التجزئة، إذ تكون معها كلا واحداً لا يتجزأ، مما لا يتصور معه أن يقوم لهذه النصوص قائمة بغير تلك الفقرة، أو إمكان إعمال أحكامها في غيبتها"⁽²⁾.

اما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد استقرت في أغلب قراراتها على أن الحكم بعدم دستورية تشريع ما يترتب عليه إلغاء هذا التشريع واعتبار التشريع كأن لم يكن، فيغدو معدوماً، وهذا الأثر مستنداً إلى نص المادة (13/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 والتي نصت على أن "لا يجوز سن تشريع

(1) د. حامد راشد؛ دور المحكمة الدستورية العليا في إقرار مبادئ العدالة، دار النهضة العربية، القاهرة، 201، ص190.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم (65) لسنة 3 قضائية دستورية في 11/6/1995 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/12/4.

يتعارض مع هذا الدستور، ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو أي نص تشريعي آخر يتعارض معه"، وقد استخدمت المحكمة الاتحادية العليا العراقية عدة أساليب في إصدار الحكم بعدم الدستورية فتارة استخدمت عبارة إلغاء النص المخالف للدستور فقد اصدرت قرارها الخاص بعدم دستورية قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء رقم (27) لسنة 2011 اذ جاء فيه "... ولكل ما تقدم وحيث أن القانون رقم (27) لسنة 2011" قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء "قد شرع من دون إتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها لذلك فإنه قد جاء مخالفاً للدستور قرر الحكم بعدم دستوريته والغائه⁽¹⁾، وحيثما تذكر المحكمة الاتحادية العليا على إلغاء آثار القانون غير الدستوري كما جاء في قرارها الذي اوضحت فيه "وحيث تم إقرار هذا القانون من مجلس النواب ومجلس الرئاسة ونشر في الجريدة الرسمية من دون أن تبدي السلطة التنفيذية الرأي فيه ضمن التزاماتها السياسية الداخلية منها والدولية وهذا مخالف للطريق المرسوم لإصدار القوانين من الناحية الدستورية... قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بإلغائه وإلغاء الآثار المترتبة عليه..."⁽²⁾.

واحياناً أخرى اصدرت المحكمة لاتحادية العليا قرارها بإلغاء النص غير الدستوري وإلزام الجهات المختصة باتخاذ الاجراء اللازم⁽³⁾، وسعت في قرارات أخرى إلى اعتبار النص غير الدستوري معطل⁽⁴⁾.

مما تقدم نرى أنّ لجوء المحكمة إلى عبارات مختلفة قد تثير مشكلة خصوصاً إذا كان النص أو النصوص المحكوم بعدم دستوريته معدلة، أو اعادت تنظيم ما كانت تنظمه النصوص السابقة، إذ إنّ سكوت المحكمة عن بيان مصير النص المحكوم بعدم دستوريته يؤدي بالنتيجة إلى الجهل بأثر الحكم بعدم الدستورية، فضلاً عن ان اختلاف النتائج المترتبة على الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى عدم استقرار الوضع القانوني، اذ يؤدي إلى جهل المطالب بالحكم بعدم الدستورية بالنتيجة المترتبة على ذلك الحكم، فهل سيتم ابطال هذا النص ام الغائه أو هل سوف يترك مصيره دون تحديد؟.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 19/اتحادية/اعلام/2013 في 2013/5/6 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/22.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (44/ اتحادية 2010) في 2010/7/12 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/22.

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (60/ اتحادية 2009) في 2010/7/ 12 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/13.

(4) اذ قررت المحكمة الاتحادية في قرارها المرقم (15/اتحادية 2011) في 2011/2/22 باعتبار ان نص المادة (237/ثانياً) من قانون الجمارك رقم (23) لسنة 1984 معطل بحكم المادة(37/اولاًب) من الدستور العراقي لعام 2005

منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/11/13.

وبالعودة إلى الإلغاء الكلي للقانون المعيب فإنه وان كان يضمن مبدأ المشروعية، فإنه يمس بلا شك بالأمن القانوني، لأن القانون الملغي كلياً قد رتب بلا شك حقوق وفرض التزامات لا يمكن المساس بها كما ان البطلان الكلي للتشريع قد يخلق فراغاً تشريعياً، لذلك سعت أغلب التشريعات في الدول المقارنة إلى معالجة الفراغ الحاصل بعد الحكم بعدم الدستورية، فمثلاً في مصر فقد ظهرت العديد من الآراء لمعالجة الفراغ التشريعي، اذ يرى البعض ان الحكم بعدم الدستورية تجعل من القانون كأن لم يكن، ويرى البعض الآخر بأن الحكم بعدم الدستورية يعني عدم اعتداد السلطة التشريعية بالقانون أو النص الطعين ويجب استبداله بقانون أو نص اخر اذ ما رأت موجباً لذلك في حين يرى آخرون بأنه يفرض على البرلمان عند إلغاء القانون غير الدستوري ان يصدر قانون اخر يسد الفراغ الذي احده الغائه⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها بأن: (ابطال هذه المحكمة للنص الطعين يقتضي تدخل السلطة التشريعية لإقرار نص بديل يتلافى العوار الدستوري السابق بيانه، إعمالاً للحجية المطلقة التي اسبغها قانون المحكمة الدستورية على أحكامها في المسائل الدستورية، والتي لازمها نزول الدولة بكامل سلطتها عليها لتعمل بوسائلها وادواتها، ومن خلال سلطة التشريع اصلياً كان أو فرعياً، كلما كان ضرورياً. لتطبيقها)⁽²⁾، وفعلاً تمت معالجات حقيقة الفراغ التشريعي الذي يترتب على الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الدستورية العليا عندما قضت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الاخيرة من المادة (98) من قانون السلطة القضائية الصادرة بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 46 لعام 1972 تم استبدالها بالقانون رقم (142) لسنة 2006، ومن ثم تم معالجة الفراغ الذي احده الحكم بعدم دستورية الفقرة انفة الذكر⁽³⁾.

اما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فنرى إنها في قراراتها لها لم تطالب بتعديل القانون المطعون فيه فقد قضت في احدي قراراتها بأن: (لا تختص المحكمة الاتحادية العليا بطلبات تعديل القوانين المطعون فيها أو التغيير في بعض نصوصه لان ذلك من اختصاص السلطة التشريعية)⁽⁴⁾، وهذا مثلما حصل عند صدور قرار المحكمة الاتحادية القاضي بإلغاء المادة (3) من الأمر رقم (30) لسنة 2005، وهو النص الوحيد النافذ في حينه

(1) د. عصام انور سليم، المصدر السابق، ص175.

(2) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (84) لسنة 19 قضائية دستورية في 6/تشرين الثاني 1999/ منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط:

<http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/12/14.

(3) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 151 لسنة 21 في 9/9/2000 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022 /12/14.

(4) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (83/اتحادية/2014) في 25/12/2014 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/16.

وكان معمولاً به منذ سنة 2005 والذي بموجبه يتم ترشيح وتعيين رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر ان ما ذكر سابقاً يمثل اثرأ مباشراً للحكم بعدم دستورية التشريع، إلا أن هنالك آثاراً غير مباشرة لهذا الحكم، تتمثل في احتمالية عودة قانون سابق، حيث إن الحكم أو القرار الصادر من القاضي الدستوري، قد يترتب عليه في بعض الأحيان إحياء قانون سبق إلغاؤه مرة أخرى، كون أن القانون الذي قضي بعدم دستوريته قد يترتب عليه فراغ تشريعي وقانوني إلى حين صدور قانون يعالج المسألة⁽²⁾.

كما ان الحكم بعدم دستورية قانون قد يؤدي إلى إلغاء القوانين المرتبطة به وهذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية⁽³⁾.

من كل ما تقدم نرى ضرورة ايجاد معالجات حقيقية للفراغ التشريعي، الذي يحدثه إصدار الحكم بعدم دستورية قانون، مثال ذلك: العمل على الاسراع في تعديل القانون المحكوم بعدم دستوريته، إذا كان التعديل يفي بالغاية الأساسية من الحكم بعدم الدستورية، أو استبدال النص المخالف للدستور بنص اخر تجنباً للمشاكل التي يترتبها الفراغ التشريعي حماية لمبدأ الأمن القانوني.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (38/اتحادية / 2019) في 2019/5/21 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/12/17.

(2) ففي حكم صادر عن المحكمة الدستورية العليا في 3 يونيو عام 2000، قضت بان القانون رقم (153) لسنة 1999 الخاص بالمؤسسات والهيئات الخاصة غير دستوري، خاصة وأن المادة السادسة من هذا القانون قد ألغت القانون رقم (32) لسنة 1994 والمتعلق بالهيئات والمؤسسات الخاصة، وعليه فإنه يترتب على إلغاء القانون رقم (153) لسنة 1999 تطبيق أحكام القانون الملغي رقم (36) لسنة 1964 ويمثل هذا الحكم صورة واضحة من صور السلطة المنشأة القاضي الدستوري، كون أن القانون رقم (32) العام 1964 تم إلغاؤه بشكل صريح من قبل المشرع وباتت أحكامه والعدم سواء) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى المرقمة (153 لسنة 21) في 30 يونيو عام 2000 نقلا عن عادل محمود احمد عمار، المصدر السابق، ص285.

(3) فقد اصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها بشأن قانون نزع الملكية وعدم تعويض المالكين والصادر بالقانون رقم 144 لسنة 1964. وقضت المحكمة بحسب الطلبات ببطلان المادة الأولى المبادرة في القانون رقم 11 لسنة 1999 بيد أن المحكمة لم تقف عند حدود الطلبات وانما قضت أن باقي مواد القانون مرتبطة من حيث الأثر بالمادة الأولى، فقضت ببطلان القانون كله ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 3 السنة الأولى بجلسة 1983/7/25، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، المصدر السابق، ص155 وما بعدها.

المطلب الثاني

الآثار الزمنية لنفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا في تحقيق الامن القانوني

ان تحديد النطاق الزمني للقرارات الصادرة من القضاء الدستوري يحتل اهمية بالغة، لأنه يحدد طبيعة ذلك القرار هل هو كاشف ام منشئ؟، وان مسألة تحديد النطاق الزمني للقرارات الصادرة من القضاء الدستوري لا تثار في الدول التي تأخذ بالرقابة السياسية، ولا في الدول التي تأخذ بالرقابة القضائية السابقة، واختلفت تشريعات الدول في منهجها المتعلق بإقرار الأثر الكاشف أو المنشئ للقرارات الدستورية، فالبعض جعلت للحكم بعدم الدستورية أثراً كاشفاً يمتد إلى تاريخ صدور النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته، والأخرى جعلت له أثراً منشئاً يطبق بأثر فوري من تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية، دون ان يمتد إلى تاريخ صدور النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته، إيماناً منها بأن الأثر المنشئ يحمي الحقوق المكتسبة، ويساهم في استقرار المراكز والاضاع القانونية، ووفقاً لما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، يتضمن الفرع الأول مبدأ الأمن القانوني والأثر المنشئ والكاشف لقرارات المحكمة الاتحادية العليا، اما الفرع الثاني فستناول فيه أثر العدول عن قرارات المحكمة الاتحادية العليا في الأمن القانوني.

الفرع الأول

الآثار المنشئ والكاشف لقرارات المحكمة الاتحادية العليا في ضمان الامن القانوني

يقصد بالنطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية، تحديد الوقت أو التأريخ الذي يمتد إليه أثر الحكم بعدم الدستورية، بمعنى انه هل يمتد أثره إلى الماضي على العلاقات والأوضاع التي تمت وفقاً للنص الذي قضى بعدم دستوريته، أم أن الحكم بعدم دستورية القانون يسري بأثر مباشر فيقتصر نطاقه على العلاقات والأوضاع التي تنشأ من تأريخ صدوره؟ وهذا ما سنوضحه تباعاً:

أولاً- الأثر الفوري (المنشئ) للحكم بعدم الدستورية ودوره في ضمان الأمن القانوني:

يقصد بالأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية أي ان النص التشريعي المطعون به يلغى اعتباراً من تأريخ نشر الحكم بعدم دستوريته، وتبقى جميع الآثار التي رتبها قبل الحكم عليه بعدم الدستورية صحيحة

وقائمة⁽¹⁾، ولما كان الدستور الأمريكي لم يحدد أثر الحكم بعدم الدستورية هل هو منشئ أو كاشف؟ لذلك اختلفت آراء الفقهاء بهذا الشأن، فاتجاه ايد الأثر الكاشف الرجعي واتجاه اخر ايد الأثر المنشئ الفوري، مستنديين في ذلك إلى تقليد قديم سائد في القانون الدستوري في الولايات المتحدة كان يدعم الأثر المباشر الفوري فيما يتعلق بالتشريعات المدنية⁽²⁾، ولم تأخذ المحكمة العليا الأمريكية في أحكامها بشكل مطرد بالأثر الرجعي أو الأثر المباشر وإنما حاولت ان تزن حالة كل قضية على حده، وأصدرت المحكمة العليا الأمريكية قراراً اعتمدت فيه الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص تشريعي، وهي قضية (Commonwealth v. Leamer) عام 1972 اذ قضت بأن "هذا القرار مبني على اعتناق المحكمة مبدأ الأثر المباشر للحكم، بعدم الدستورية التي تستخدم أحياناً، استناداً إلى الحقوق الدستورية القديمة والجديدة، ومن ثم فليس بمقدور المحكمة، أن تمنع بعض المطالبات الدستورية التي قدمها المدعى عليه" إلا أنها أخذت بالأثر الرجعي في اكثر من قرار لها مثال ذلك قرارها في قضية (Judulang v. Holder) في 12 / كانون الأول / 2011، اذ قررت بالإجماع عدم دستورية قانون الهجرة الاتحادية (Federal immigration law) لعام 1996 بأثر رجعي، وجاء فيه: "هناك انتقادات موجهة لسياسة الحكومة للإجراءات المنصوص عليها في قانون الهجرة، باعتبار أن هؤلاء المهاجرين غير مؤهلين لمقابلتهم بمثل هذه الإجراءات التعسفية، ومن ثم تُعدّ مثل هذه الإجراءات انتهاكاً للقانون"، وقد أعادت المحكمة هذه القضية للحكومة، لتبني نهجاً جديداً لا يُنكر حقوق المهاجرين المقيمين الدائمين على المدى الطويل⁽³⁾، وكذلك حكمها في قضية Edie. Brundage Co عام 1982 الذي وضع معايير، لتحديد أن للحكم القضائي الجديد أثر مباشر أم لا، حيث قررت أولاً؛ لتطبيق القرار بأثر مباشر يتوجب إنشاء مبدأ جديد للقانون، إما عن طريق نقض سابقة ماضية، كانت قد اعتمدت من قبل المتقاضين؛ لأن الأثر الرجعي هو القاعدة وعدم الرجعية هو الاستثناء، والطرف الذي يلتمس التطبيق الفوري، يتحمل عبء إقناع المحكمة أن عدم الرجعية له ما يسوغه. ثانياً؛ أن على المحكمة أن تزن مزايا

(1) أخذ بهذا الاتجاه الفقيه Kelsen، إذ إنّ النظام القانوني من وجهة نظره (هو نظام اختصاصات مستمدة جميعاً من مصدر واحد، والذي تقوم على أساسه صحة كل القواعد وسلامتها ووحدها المنطقية، والقواعد التي تشكل جزء من هذا النظام لا يمكن ان تكون باطلة منذ قيامها ووجودها، وإنما تكون فقط قابلة للإلغاء، وحتى الحكم بالإلغاء، فإن القانون كان سارياً، ولم يكن باطلاً منذ البداية، ومن ثمّ ليس صحيحاً أن يكون الحكم الذي يقرر عدم الدستورية هو حكم تقريري، إنه على العكس حكم إنشائي يحدث أثراً إنشائياً عندما يلغي قانوناً قائماً) ينظر: مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، المصدر السابق، ص93.

(2) -Danil E.troy، toward a definition and critique of retroactivity، The American Institute of Legislation، Vol 51، 2000، p66.

(3) Muriel L. Dubois، the U.S. Supreme Court (The U.S. Government)، Indiane Printing house، 2000. p. 161.

وعيوب كل حالة، من خلال النظر إلى تاريخ سابق للحكم في المسألة⁽¹⁾.

اما فيما يخص المحكمة الدستورية العليا المصرية، ومن أجل تحقيق الموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع، والحفاظ على أمنه الاجتماعي والاقتصادي⁽²⁾، فقد تم تعديل الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانونها لتصبح كالآتي: "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد لذلك تاريخاً آخر، على أنّ الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الاحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص"⁽³⁾.

ان فكرة فورية الحكم بعدم الدستورية لا تمثل عقاباً لمن امتثل لحكم التشريع طوعاً دون مهاجمته لان الالتزام الطوعي بالقانون لا يدل على علمهم بعواره الدستوري.

ومن الجدير بالذكر انه يمكن ان يتم تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمستقبل، من خلال اضافة اجل معين لسريان هذا الحكم أو ان يعلق على شرط، فيمكن للمحكمة الدستورية ان تحدد تاريخاً آخر لبدء سريان أثر الحكم بعدم الدستورية، ويمكن ان تلجأ المحكمة إلى تحديد هذا التاريخ نزولاً إلى مقتضى مبدأ الأمن القانوني، وفكرة المصلحة العامة الاجدر بالرعاية اذ تفتح عبارة (مالم يحدد الحكم لذلك تاريخاً اخر) المجال واسعاً للقاضي الدستوري للمفاضلة بين الفورية والرجعية أو الاستقبال⁽⁴⁾.

اما المشرع العراقي فلم يحدد النطاق الزمني لسريان آثار الحكم بعدم الدستورية، اذ لم يرد النص على هذا الأثر في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، ولا في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل⁽⁵⁾، إلا أنّ النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022 نظم تاريخ سير

(1) د. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، المصدر السابق، ص906.

(2) ينظر: المذكرة الإيضاحية لقرار رئيس الجمهورية المصري بالقانون رقم 168 لسنة 1998.

(3) انقسم الفقه المصري إلى اتجاهين احدهما منكر لتعديل المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية اذ يرون ان هذا التعديل غير موفق لأنه يمثل انتهاكاً صريحاً للشرعية الدستورية واهدافاً لمبدأ المساواة بين المواطنين امام القانون اما الاتجاه الآخر فجاء مؤيداً لهذا التعديل اذ يرونه خطوة موفقة ويتفق مع روح الدستور ويساعد على تحقيق الاستقرار القانوني داخل المجتمع ومحافظاً على الاقتصاد في الدولة مؤكداً ان الأصل العام هو سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري والاستثناء هو الأثر الرجعي ينظر: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص74 وما بعدها.

(4) د. حسين احمد مقداد، المصدر السابق، ص791 ص793.

(5) فقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا العراقية إلى تحديد النطاق الزمني لسريان قراراتها تلافياً لهذا الإغفال، اذ قضت بأن (...لدى التدقيق والمداولة حول الطلب الوارد إلى المحكمة الاتحادية العليا من الامانة العامة لمجلس الوزراء/ الدائرة القانونية بالكتاب المشار اليه في اعلاه تجد المحكمة الاتحادية العليا ان الأحكام والقرارات التي تصدر من المحكمة الاتحادية العليا تكون

قرارات المحكمة الاتحادية العليا، اذ نصت المادة (37) منه على أن "أولاً: يسري أثر الحكم الصادر من المحكمة في غير النصوص الجزائية من تأريخ صدوره، إلا إذا نص الحكم على خلاف ذلك. ثانياً: يسري الحكم الصادر بعدم دستورية النصوص الجزائية من تاريخ نفاذ أحكام النص موضع الحكم." اما المادة (38) منه بينت تاريخ سريان القرارات التفسيرية للمحكمة الاتحادية العليا اذ نصت على أن "تسري آثار القرار التفسيري من تأريخ نفاذ أحكام النص موضوع التفسير، ما لم ينص القرار على خلاف ذلك" ..

وهنا نرى أنّ كان الاجدر بالمشرع العراقي ان ينص على سريان قرارات المحكمة الاتحادية العليا في قانون المحكمة ذاته، وان لا يقتصر النص عليه في النظام الداخلي، ومن الجدير بالذكر ان تحديد تاريخ سريان قرارات المحكمة الاتحادية العليا قد ورد في النظام الداخلي الحالي، لكن سابقاً لم يكن هنالك نص يحدد هذا التاريخ لا في النص الدستوري ولا في قانون المحكمة الاتحادية العليا ولا في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا السابق رقم (1) لسنة 2005، فهنا يثار التساؤل من اي تاريخ كان يسري القرار بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا؟ وللإجابة على ذلك يستلزم الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بأن القرار الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون أو نص في قانون هو حكم كاشف وليس منشئ اي انه يسري بأثر رجعي، ولكن المحكمة الاتحادية العليا سارت خلاف ذلك، حيث جعلت سريان الأحكام والقرارات التي تصدر من المحكمة نافذة من تاريخ صدورها، إلا أنّها أوردت استثناءين على هذا المبدأ وهما: -

الأول: إما أن ينص في الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا على تاريخ محدد لسريانها.

الثاني: ان ينص في الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا على سريانها على واقعة محددة⁽¹⁾. والمحكمة الاتحادية العليا لم تجعل من قاعدة الأثر الرجعي قاعدة جامدة، بل قررت حالات محددة يسري الحكم بموجبها بأثر مباشر وفي حالات أخرى يسري بأثر رجعي سعياً منها إلى مراعاة التوازن بين مبدأ الشرعية الدستورية ومبدأ الأمن القانوني وبرز ذلك في تطبيقات عدة للمحكمة الاتحادية العليا ومن التطبيقات التي احترمت فيها الاوضاع الظاهرة احدى قراراتها الذي قضت فيه "بعدم دستورية المادة

نافذه اعتباراً من تاريخ صدورها مالم ينص في تلك الأحكام على سريان نفاذها من تاريخ محدد بالحكم أو القرار أو ينص على سريانها على واقعه محددة كما هو وارد بالحكمين بالعدد (6/ اتحادية/2010) والعدد (7/ اتحادية/2010) المؤرخين في 2010/3/3 وفي الحكم المرقم (12/اتحادية/2010) في 2010/6/14 المشار اليه في الطلب المنوه عنه في اعلاه... " ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (28/اتحادية/2018) في 2018/2/12 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/12/19.

(1) د. عامر زغير محيسن، المصدر السابق، ص219.

(15/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (16) لسنة 2005 لتعارضها مع نص المادة (49/ اولاً) من الدستور.. على أن لا يمس الاجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية"⁽¹⁾، وهنا سعت المحكمة إلى احترام مبدأ الأمن القانوني فسعت إلى الحفاظ على شرعية المجلس النيابي بعدم شمول اجراءات انتخابه بعدم الدستورية، لكي تحافظ على ما صدر عن هذا المجلس من تصرفات قانونية وحماية للمراكز القانونية التي رتبها هذه التصرفات.

إلا أن المحكمة الاتحادية العليا لم تعطِ للأحكام الصادرة استناداً إلى قانون غير دستوري حجية وان اكتسب قوة الامر المقضي به، لان اعتبارات الشرعية الدستورية تفوق اعتبارات قوة الامر المقضي به، ومن ثم فإن اي حكم جنائي بات صدر بموجب قانون حكم بعدم دستوريته يعد باطلاً من تاريخ صدوره ولم تتردد المحكمة الاتحادية العليا من الحكم بعدم دستورية اي نص جنائي مخالف للدستور⁽²⁾.

واحياناً أخرى أخذت المحكمة الاتحادية العليا بأن أثر الحكم بعدم الدستورية، يتتمثل بإعلان عدم مطابقة النص المطعون به للدستور، مع دعوة المشرع إلى معالجة عيوبه كشرط لعدم الحكم بعدم الدستورية، وهذا ما سارت عليه المحكمة في قرارها المرقم (4/اتحادية/2007) عندما قررت عدم دستورية الفقرة (رابعاً) من المادة (11) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل، لمخالفتها لنص المادة (100) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، إلا أنها لم تلغيها وانما دعت المشرع بصفة الإلزام إلى تعديلها بما يتفق مع الدستور⁽³⁾، وفعلاً ذهب مجلس النواب لتنفيذ هذا القرار، وشرع قانون التعديل الأول لقانون انضباط موظفي الدولة رقم (5) لسنة 2008، إلا أن المحكمة الاتحادية اكدت في العديد من قراراتها بأن قراراتها تسري من تاريخ صدورها ما لم ينص في تلك القرارات على تاريخ اخر لسريانها⁽⁴⁾، وهنا حاولت المحكمة الاتحادية العليا من الحفاظ على الحقوق المكتسبة للموظفين ووضع ضوابط جديدة تقلل من حالات الحكم بعدم الدستورية تتمثل بدعوة المشرع إلى إصلاح العيوب في القانون وكانت المحكمة الاتحادية العليا موقفة في هذا القرار.

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (15/ اتحادية /2006) الصادر في 2007/4/26 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/23.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (46/ اتحادية/ 2011) في 22 / 8 / 2011 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/23.

(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (4/ اتحادية/ 2007) في 2007/7/2 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/23.

(4) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (6/اتحادية/2010) وقرارها المرقم (7/اتحادية/ 2010) في 2010/3/3 وقرارها المرقم (12/اتحادية/ 2010) في 14/اتحادية/ 2010 منشورات على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/12/23.

مما تقدم نرى أنّ الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية يحمي مبدأ الأمن القانوني، ممكن ان يؤدي إلى التجزئة، من حيث إن القانون المحكوم بعدم دستوريته يكون صحيحاً بالنسبة للماضي، ويكون معيباً بالنسبة للمستقبل، وهذا من شأنه ان يمس بالثقة بالقوانين لدى الأفراد.

كما انه يمكن أن يضعف فعالية الرقابة على دستورية القوانين، ويؤدي إلى إمكانية إصدار قوانين غير دستورية، إذ إنّ هذا يسمح ببقاء تطبيقات تلك القوانين غير الدستورية سارية في الماضي ومحصنة من المساس بها، وفي ذلك إهدار لمبدأ الشرعية الدستورية، وحماية للأمن القانوني، لان الأمن القانوني لا يتحقق بمجرد استقرار القوانين وانما بحماية الشرعية الدستورية ايضاً وهي الالهة والأولى بالاهتمام.

ثانياً- الأثر الرجعي الكاشف للحكم بعدم الدستورية ودوره في ضمان الأمن القانوني:

يقصد بالأثر الرجعي الكاشف لقرارات وأحكام القضاء الدستوري، ان تسري تلك الأحكام والقرارات من تاريخ صدور القانون المحكوم بعدم دستوريته، ولا يقتصر آثار هذا الحكم على المستقبل، لأن الأحكام القضائية لا تنشئ الحق وانما تكشف عن وجوده، فعندما تقضي المحكمة بعدم دستورية تشريع معين ويترتب على ذلك إلغاءه وبطلانه، فإنها لا تنشئ هذا البطلان، وإنما تقرر شيئاً قائماً بالفعل بحكم الدستور القائم، فالتشريع المعيب بعدم الدستورية باطل منذ وجوده لأنه ولد مخالفاً للدستور والحكم بعدم الدستورية يعد كاشفاً لهذا العيب لا منشأ له⁽¹⁾.

ويستند مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على مبدأ المساواة امام القانون، فلا يجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل هذا الحكم وأخرى تكونت بعده، إذ إنّ الأثر الكاشف وان كان في حد ذاته يعكس قيمة دستورية معينة، إلا أنّ إقرار هذه القيمة لا يجوز أن يكون على حساب قيم دستورية أخرى، وفقاً لنظام المراكز القانونية المستقرة وحماية الحقوق المكتسبة، ومن الدول التي اعتنقت قاعدة الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية الولايات المتحدة الأمريكية⁽²⁾، ولنا هنا تساؤل هل ان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يمس بمبدأ الأمن القانوني؟ للجواب على هذا التساؤل لا بد ان نبين ماهي أسمي مبادئ الأمن القانوني؟ نرى أنّ أسمي مبادئ الأمن القانوني ان لا يقر تصرف مخالف للدستور ولو طال مدة اكتشافه لكي تنبني المراكز على ما يوافق الدستور ليسود الاخير حقيقة لا حكماً.

(1) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص426.

(2) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص17 وما بعدها.

إذ إنّ مطابقة الدستور تبث الطمأنينة في نفوس المخاطبين بها وتوعز اليهم الامتثال لها فإن مبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية لا تخالف الأمن القانوني بالمعنى السابق⁽¹⁾.

وعلى الرغم من المحكمة العليا الأمريكية حاولت ان تزن كل حالة على حدة في اقرار الأثر الرجعي، أو المنشئ لأحكامها، إلا أنها أخذت في أغلب الاحيان على أنّ الحكم الصادر بعدم الدستورية هو حكم كاشف وليس منشئ، وبعبارة أخرى فانه إذا اكتشفت المحكمة أن ذلك العمل التشريعي يتعارض مع الدستور يعد القانون منعدم القيمة من تاريخ صدوره⁽²⁾، إلا أنّ المحكمة العليا الأمريكية وفي سبيل الاعتراف بالآثار القانونية المترتبة على الوجود المادي للقانون قبل القضاء بعدم دستوريته، لجأت إلى وسائل قانونية منها نظرية الموظف الفعلي لتصحيح نشاط الموظفين والهيئات الإدارية التي أقيمت بمقتضى القانون المطعون عليه⁽³⁾.

اما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد بينت في مذكرتها الايضاحية بأنه: (يستثنى من هذا الأثر الرجعي للحكم الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم)، إلا أنّها قضت في الكثير من أحكامها بأبطال القانون غير الدستور باثر رجعي، فقد قضت في احد أحكامها بأن "إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص الفقرة الثانية من المادة (15) من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم (4) لسنة 1977، مؤداه تجريدها من قوة نفاذها وزوال الآثار القانونية المترتب عليها منذ اقرارها"⁽⁴⁾.

إلا أنّها ذهبت في أحكامها إلى احترام الحقوق المكتسبة المترتبة قبل صدور الحكم بعدم الدستورية، في حكمها الخاص بعدم دستورية القانون الذي تم الاستناد اليه في انتخابات مجلس الشعب اذ قضت بأن " إجراء انتخابات مجلس الشعب بناء على نص تشريعي قضى بعدم دستوريته، يؤدي إلى بطلان تكوينه منذ انتخابه، إلا أنّ هذا البطلان لا يترتب عليه البتة اسقاط ما اقره ذلك المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه

(1) د. حسين احمد مقداد، المصدر السابق، ص779.

(2) وقد عملت المحكمة العليا قاعدة الأثر الرجعي في معظم أحكامها ومنها حكمها في قضية Schechter Poultry Corp v. U.S. حيث قررت براءة المتهمين استناداً إلى عدم دستورية قانون الإصلاح الصناعي وما يترتب على ذلك من سقوط التنظيم اللائحي الصادر في ظله)

Cadart (J.), Institutions Politique et Droit Constitutionnel , T.1 , 2 eme Ed Paris , 1979,p30.

(3) من ذلك حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية State v. Gardner عام 1896، حيث استندت المحكمة صراحة إلى نظرية الموظف الفعلي مشيرة إلى الآثار الخطيرة التي تترتب على تجاهلها عند تحديد الآثار القانونية للأعمال التي تمت في ظل قانون غير دستوري د. عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص237.

(4) د. حسين احمد مقداد، المصدر السابق، ص784 وما بعدها.

من إجراءات خلال الفترة السابقة على تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى نافذة ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يقضي بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم يصدر من هذه المحكمة إن كان لذلك وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم⁽¹⁾.

وهنا نرى أنّ المحكمة الدستورية العليا قد راعت نظرية الأوضاع الظاهرة⁽²⁾، لتقييد الأثر الرجعي لأحكامها الصادرة بعدم الدستورية وذلك حماية لمبدأ الأمن القانوني، ولم تلغ ما صدر عن مجلس الشعب، وإن كان يلزمه أن يكون المجلس المذكور باطلاً منذ انتخابه، إلا أنّ هذا البطلان لا يستتبع البتة إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات، وما اتخذته من إجراءات خلال المدة السابقة، وحتى تاريخ حكمها بعدم الدستورية ونشره في الجريدة الرسمية، إذ تبقى هذه القوانين والأعمال صحيحة ومنتجة، استناداً إلى نظرية الأوضاع الظاهرة وقرينة الصحة التي تتمتع بها هذه الأعمال والقرارات، إذ إنّ هذه النصوص كانت حقيقة واقعية لا يمكن تجاهلها بأي حال من الأحوال، ومن ثمّ يجب مراعاة مراكز الأفراد الذين تصرفوا على أساس تلك النصوص وعدم تحميلهم مسؤولية خطأ المشرع في إصداره تشريعات مخالفة لأحكام الدستور، وبذلك فالنص غير الدستوري ينتج أثراً عرضياً على التصرفات القانونية للأفراد لتُعد صحيحة حتى تاريخ نفاذ الحكم بعدم الدستورية، فيجب الاعتراف بالآثار القانونية المترتبة على الوجود المادي للنص المقضي بعدم دستوريته.

أما الحكم بعدم دستورية نص جنائي فقد أخذت المحكمة الدستورية العليا بالأثر الرجعي له، فإن له دون استثناء وبدون ضوابط أو قيود أثراً رجعياً استناداً لنص المادة (49) التي نصت على أنه " فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك كأن لم تكن، حتى ولو كانت أحكاماً باتة".

إلا أنّ تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة في غير المسائل الجنائية، قد أدى إلى صعوبات متعددة منها الإخلال بالمراكز القانونية التي مضى زمن طويل على استقرارها.

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (11 لسنة 13 قضائية دستورية) في 2000/7/8 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022/12/22.

(2) عرف الوضع الظاهر بأنه وضع مخالف للحقيقة القانونية، قد نشئ نتيجة أفعال وتصرفات محسوسة مقترنة بعوامل محيطية من شأنها أن توقع الغير في التعامل مع هذا الوضع الظاهر كما لو كان وضعاً حقيقياً) د. نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015، ص35.

ومن الجدير بالإشارة إليه نجد أن مفهوم الموازنة بين مبدأ الأمن القانوني ومبدأ الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، لا يستوجب بالضرورة مراعاتهما معا في كل قضية تعرض على القاضي الدستوري، إذ إنّ مفهوم الموازنة يستوجب أن يتم الترجيح بين المبدأين وذلك من خلال الأخذ بأحدهما وطرح الآخر، وفقا لمجريات كل قضية والظروف المحيطة بها⁽¹⁾، إلا أنّ القاضي الدستوري لا يقوم بالترجيح بين مبدأ الأمن القانوني ومبدأ المشروعية، بناءً على اعتبارات شخصية بل يقوم بدراسة حيثيات القضية المعروضة عليه بشكل دقيق، والإحاطة بكافة تفاصيلها وظروفها، ليتسنى له بعد ذلك تحقيق الموازنة بين مبدأي المشروعية والأمن القانوني، من خلال ترجيح كفة أحدهما على الآخر، فيقوم بإقرار الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، عندما يرى بأن أعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية لا يعصف باستقرار المراكز والحقوق⁽²⁾.

مما تقدم نرى أنّ تقييد الأخذ برجعية القرارات والأحكام الصادرة بعدم الدستورية وإن كانت الغاية الأساسية منها هي حماية الحقوق والمراكز المستقرة، لكي لا يتم انتهاك مبدأ الأمن القانوني، لكن في الوقت ذاته يجب احترام مبدأ المشروعية، إذ يقتضي أعمال فكرة الأمن القانوني الحد من هذا الأثر الرجعي وضبطه، لكي 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 لحمايتها⁽³⁾.

ونحن نؤيد منح القاضي الدستوري صلاحية تحديد تاريخ اخر لنفاذ أحكامه وقراراته، إذ إنّ هذا يتلائم مع الصلاحية التقديرية له، والطبيعة العملية للقضاء الدستوري التي تستوجب استيعاب كافة المستجدات في القضايا المنظورة، فإن الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي، وإن كان من زاوية يهدد الثبات والاستقرار في المعاملات والتي يستند عليها الأمن القانوني، بهدمه القواعد القانونية المستقرة لدى الناس لمدة زمنية طويلة؛ فإنه من زاوية أخرى يحمي فكرة الأمن القانوني من نواح متعددة، كما أنه لا وجود للأمن القانوني في أي مجتمع، لا توجد فيه رقابة دستورية حقيقية وفعالة، إذا العلاقة بين الرقابة الدستورية وبين الأمن القانوني هي علاقة مطردة متى ما كانت الرقابة الدستورية فعالة وحقيقية، ففكرة الأمن القانوني ستؤتي أكلها، والعكس صحيح إذ إنّ سلامة القواعد القانونية من برائن عدم الدستورية يكون من متطلبات ثبات واستقرار المعاملات والعلاقات

(1) د. جميلة السيوري، الأمن القضائي وجودة الأحكام، دار القلم للطباعة، الرباط، 2013، ص45.

(2) محمود صبحي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح (دراسة مقارنة بين مصر ودول مجلس التعاون الخليجي وفقاً لأحدث التعديلات الدستورية والتطبيقات القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 997.

(3) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر الإسلامي، ط3، دار الفكر العربي، 1974، ص448.

القانونية في المجتمع، والتي يجب أن تقام على قواعد دستورية سليمة فالإبقاء على قواعد غير دستورية يعرض الامن القانوني الى خطر محقق .

الفرع الثاني

أثر العدول عن قرارات المحكمة الاتحادية العليا في الأمن القانوني

لما كان لجوء الأفراد إلى القضاء حق من الحقوق المكفولة لهم، فالأمر يستوجب توفير الثقة والاطمئنان لما ينتج عنه من أحكام، فالاجتهاد القضائي احد أهم الحلول القانونية المتبعة لتفادي القصور والنقص التشريعي، وبذلك فإن القضاء يؤدي دوراً أساسياً في سلامة تطبيق القانون وضمان سيادته، ومن ثم تحقيق الأمن القانوني، عن طريق توحيد الاجتهادات الصادرة من القضاء، وهذا لا يتحقق إلا من خلال الحرص على جودة الأداء وضمان استقرار الاجتهاد القضائي، بالشكل الذي يتوازن مع روح التشريع ويحقق العدل والمساواة بين مكونات وأطراف المجتمع، وتوفير قدر من الاستقرار والثبات للنصوص القانونية لأن انعدامه يعصف بالأمن القانوني فظهر في مسألة العدول عن قرارات القضاء الدستوري اتجاهين اتجاه رافض للعدول واتجاه مؤيد للعدول وهذا ما سنتناوله تباعاً.

أولاً- الاتجاه الرافض للعدول عن قرارات وأحكام القضاء الدستوري:

عرف العدول القضائي بتعريفات عدة فقد قيل بأنه " هجر القاضي لمبدأ دستوري من ابداعه كان يستند اليه في الأحكام الصادرة في مسائل معينة واستحداث مبدأ دستوري جديد عند حكمه في مسألة مطابقة في ظروفها وملاساتها للمسألة الأولى"⁽¹⁾، وقد ذهب انصار الاتجاه المنكر للعدول إلى أن التزام المحاكم الدستورية بقراراتها السابقة يجد سنده في الدستور، فمثلاً الدستور الأمريكي أكد في المادة؛(الثالثة) منه على أن "تناط السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة وغيرها من المحاكم الأدنى منها في الدرجة التي يرتأى الكونجرس انشاءها"، وهنا يجب أن لا ينصرف مدلول هذه المادة إلى المدلول الضيق وانما يجب صرفه إلى مدلوله الواسع، الذي يقصد به احترام الممارسات والاعراف القضائية التي تمارسها المحاكم سابقاً، حيث ان ارادة واضعي الدستور انصرفت إلى اعتبار السوابق القضائية مصدراً للفصل فيما يعرض امام المحاكم من منازعات⁽²⁾، وقد حددوا عدة أسباب لتأييد رأيهم المنكر للتحويل في قرارات القضاء الدستوري والتي تمثلت بالاتي:

(1) د. عماد كاظم دحام ود مروان حسن عطية، وسائل التوفيق بين الأمن القضائي والعدول القضائي الدستوري، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد (12)، العدد (2)، 2021، ص77.
(2) د. إسلام إبراهيم شيحا، المصدر السابق، ص187 وما بعدها.

1- تعارض فكرة العدول عن القرارات والأحكام الدستورية السابقة مع مبدأ استقرار الأمن القانوني:

بما ان الأمن القانوني يقوم على مسألة وضوح واستقرار القواعد والمراكز القانونية، وحمائتها من التغييرات المفاجئة، وحماية توقعات الأفراد المشروعة لآثار تصرفاتهم القانونية، فهذا كله يقتضي إلزام المحاكم الدستورية بما هو مستقر من سوابقها القديمة لإشاعة الطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية⁽¹⁾، وبما ان التحول عن قرارات القضاء الدستوري يمس بالأمن القانوني فيجب اللجوء اليه في اضيق الحدود، لذلك يرى بعض الفقه بأن ثبات المحكمة على حكمها السابق بدستورية قانون ما افضل من عدولها إلى عدم دستوريته، لان حجية الحكم عنصر من عناصر استمرار القانون واستقراره لان العدول يحدث صدمة تنذر بتهديد الأمن القانوني واستقرار الاوضاع والمراكز⁽²⁾، إلا أننا نجد بان إصلاح المحاكم الدستورية لأحكامها وقراراتها الخاطئة افضل بكثير من حماية الأمن القانوني فالأمن القانوني لا يعني استمرا المحاكم على أحكامها الخاطئة بل على العكس من ذلك لا يمكن ان يتحقق الأمن القانوني بأحكام وقرارات تحمي قوانين أو نصوص قوانين معينة.

2- تعارض العدول مع مبدأ المساواة:

لا تتوقف وظيفة القضاء على حد الفصل في الدعوى المطروحة، وانما يجب حماية مبدأ المساواة بين المتقاضين، فعدول المحاكم عن سوابقها القضائية يمس بمبدأ المساواة بين المتقاضين، فإذا حكمت المحكمة الدستورية بحكم ثم عدلت عن حكمها في قضية أخرى، فهذا يمثل مساساً مباشراً بالمساواة بين المتقاضين وهذا يمس بحقوق وحرريات الأفراد⁽³⁾.

3- تعرض العدول مبدأ حجية الأحكام القضائية:

بما ان الحكم والقرار الصادر من القضاء الدستوري يغدو حجة لما قضى به من حقوق كما انه يصبح حائز على قوة الامر المقضي به فهو بذلك يكون ملزماً للمحكمة الدستورية ولسائر المحاكم وبذلك لا يجوز للمحكمة اعادة النظر في المسألة المحكوم بها مرة ثانية كما ان هذه الأحكام والقرارات ملزمة للسلطة التنفيذية فلا يجوز لها ان تطبق النص المقضي بعدم دستوريته على الحالات التي تنشأ مستقبلاً⁽⁴⁾، وقد ميز الفقه

(1) Geoffrey R. Stone, Precedent, the Amendment Process and Evolution in constitutional Doctrine, Harv. J.L. and pub poly, 1988. P.67

(2) د. غانم عبد دهش الشباني، أهمية مبدأ العدول القضائي في تقويم أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد (13)، العدد (1)، 2022، ص203.

(3) د. عبد الحفيظ الشيمي، المصدر السابق، ص96 وما بعدها.

(4) د. غانم عبد دهش الشباني، المصدر السابق، ص202 وما بعدها.

القانوني بين حجبة الحكم القضائي وبين قوة الامر المقضي به فالحجبة ان يمنع اعادة النظر في المسألة التي فصل فيها مرة أخرى والحجبة تثبت لكل حكم وقرار يفصل في نزاع ولا تزول الا بأبطال الحكم أو فسخه أو نقضه اما قوة الامر المقضي به فتثبت لكل حكم أو قرار يكون نهائياً أي غير قابل للطعن فيه لذلك ينتقد أغلب الشراح عدول المحاكم عن قراراتها السابقة ويعدوه نكوصاً عن حجبة قراراتها⁽¹⁾.

ثانياً- الاتجاه المؤيد للعدول

يرى انصار هذا الاتجاه ان العدول عن السوابق القضائية له ما يبرره واستندوا إلى المبررات الآتية:

1- تطبيق مبدأ السوابق القضائية يشل ارادة القاضي الدستوري: يرى انصار هذا الاتجاه بأن التقيد بالسوابق القضائية يشل من ارادة القضاة الدستوريين اللاحقين، ويرددون اراء من سبقوهم بدون مراجعة، فالقاضي الدستوري عندما يفصل في المنازعات، يتعين عليه ان يبحث دائماً عن معايير وضوابط مختلفة، ويجب مراعاة الظروف والمستجدات، إذ إن النصوص التشريعية بصورة عامة والنصوص الدستورية بصورة خاصة تبدو سهلة الفهم في الوهلة الأولى، إلا أن الحقيقة خلاف ذلك وخاصة بالنسبة للنصوص الدستورية، فهي تمثل رؤى سياسية وطموحات وضعت لكي تدوم لزمان غير محدد، إلا أن نصوصها تعاني كثيراً من الغموض، وهذا ما يؤدي إلى اختلاف التفسير مما يؤدي إلى العدول عن القرارات التفسيرية السابقة لاختلاف فهم القضاة لتلك النصوص⁽²⁾.

وهذا ما لجأت اليه المحكمة العليا الأمريكية عندما الغت سابقتين قضائيتين لها اقرت بموجبهما بان بند التجارة بين الولايات يمنع سلطات الولايات من فرض الضرائب على تجار التجزئة ممن لا وجود شخصي لهم داخل أرض الولاية عند بيعهم للبضائع على المواطنين القاطنين فيها في حكمها لعام 2018 في قضية (South Dakota v. Wayfair)، وبررت هذا العدول بالتغيير الواقعي الكبير المتمثل بانتشار شبكة الانترنت والزيادة الكبيرة في المبيعات عن بعد والذي رافقه فقدان الولايات لعائد الضرائب على المبيعات⁽³⁾.

2- عدم تعارض فكرة العدول عن السوابق القضائية مع مبدأ الأمن القانوني: لا يعني أن لجوء القاضي الدستوري إلى السوابق القضائية ان يسهب في ذلك فيمكن ان يُمارس العدول في اضيق نطاق فيمكن التقليل من التخوف من العدول في أحكام القضاء الدستوري اذ أمكن التوفيق بين التحول في أحكام القضاء الدستوري والأمن القانوني ويتحقق ذلك من خلال مراعاة مشروعية العدول في أحكام القضاء الدستوري فيجب ان يكون

(1) عبد الحكيم فودة، حجبة الامر المقضي به في المواد التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999، ص13 وما بعدها.

(2) David A. Strauss، 'The Living Constitution', Oxford University Press، 2010، p23.

(3) د. حسين جبر حسين الشويلي ود. قصي علي عباس، العوامل المؤثرة على عدول المحكمة العليا الأمريكية عن سوابقها الدستورية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد (2)، 2020، ص183.

التحول له ما يبرره فلا يمكن ان يلجأ القاضي الدستوري إلى التحول في أحكامه من أجل التحول ذاته وإنما يجب ان تكون هنالك أسباب لهذا التحول فالتحول يكون مقيد بحماية المبادئ الدستورية، فلا يقبل اي تحول ينتقص من الحريات الأساسية فلا يمكن له ان يتحول عن اي قرار قضائي سابق فعّل من حماية الحقوق والحريات الأساسية والا عد متخلفاً عن سبب وجوده وهو حماية الدستور.⁽¹⁾

وقد سعت المحكمة العليا الأمريكية إلى مسألة العدول عن أحكامها السابقة، مستعينة بما اسمته بالأثر المستقبلي لأحكام العدول، اي سريان آثار الحكم القضائي بالعدول على المستقبل فقط دون الماضي، وبهذا يتم حماية المتقاضين في الدعوى التي صدر فيها الحكم القضائي بالعدول وغيرها من المنازعات المماثلة المنظورة بالفعل امام القضاء، ابان صدور هذا الحكم من التغيير المفاجئ في القواعد القانونية التي لم يكونوا على علم بها⁽²⁾.

إلا أننا نرى أنّ مسألة تأثير العدول على مبدأ الأمن القانوني، فهو يختلف فيما إذا كانت الدولة تأخذ بالرقابة السابقة عنها في الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة، ففي الدول التي تأخذ بالرقابة السابقة لا يكون هنالك ضحايا للأثر الرجعي للعدول، لأنها تمس مشروع قانون وليس قانون، اما الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة، فالتحول يمس بقانون ومن ثم يمس بالأفراد والسلطات العامة ويمس بحقوقهم، ومراكزهم التي ضمنتها تلك القوانين.

بيد أن تلك الإلزامية للسوابق القضائية لا تطبق بصورة جامدة وتنسم بالمرونة عند تطبيقها، وظهرت مرونة المحكمة العليا الأمريكية بشأن فكرة السابقة القضائية لاحقاً في حكم لها سنة 1899 ورد فيه بان "يجب أن يكون معلوماً أن القاعدة التي تجري عليها هذه المحكمة هي أن آرائها في تفسير الدستور تظل دائماً مفتوحة للبحث، لإعادة النظر فيها إذا تبين أنها أقيمت على أساس خاطئ، وحجية هذه الآراء يجب أن تعتمد على قوة ما تستند إليه من منطق ودليل" فالمحكمة العليا حين تعدل فإنما يكون لأجل المصلحة العامة⁽³⁾، وقد استمرت المحكمة العليا الأمريكية بتطوير قضائها، فتغير الظروف وسرعة التطورات الاجتماعية

(1) د. نورة فرغلي عبد الرحمن، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 107.
(2) وللأثر المستقبلي الذي سعت المحكمة العليا الأمريكية إلى تطبيقه صورتان الأول الأثر المستقبلي الخالص والذي يقصد به ان الأثر الذي تضيفه المحكمة العليا على أحكامها القاضية بالعدول تطبق باثر مباشر على ما قد يثار مستقبلاً من منازعات مماثلة دون انطباقها على المنازعة التي صدر بها الحكم أو غيرها من المنازعات المشابهة المرفوعة بالفعل امام المحاكم من تاريخ سابق على صدور هذا الحكم اما الأثر المستقبلي المعدل أو الانتقائي فيقصد به انطباق القواعد أو المبادئ التي تضمنها الحكم القضائي بالعدول عن المنازعة الصادر بها الحكم وكذلك ما يثار مستقبلاً من منازعات مماثلة من دون ان تطبق هذه القواعد على المنازعات المماثلة التي تم رفعها بالفعل قبل صدور هذا الحكم. ينظر د. إسلام ابراهيم شيجا، المصدر السابق، ص 210 وما بعدها.

(3) د. عزيزة الشريف، المصدر السابق، ص 212.

والاقتصادية في أمريكا أو نظرتها للموضوع أو احتمال الخطأ في الحكم، كلها أسباب تستدعي العدول عن توجه بالحكم بدستورية قانون بعد أن حكمت بعدم دستوريته أو تغيير المفاهيم المجتمعية العامة والحقائق المحيطة بها وهذا كله يدفع باتجاه عدم تمسك الدولة والأفراد بتلك السابقة⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر انه من الممكن ان يتم التوفيق بين العدول القضائي وبين فكرة الأثر الرجعي لهذا العدول، من خلال سريان العدول باثر مباشر وليس بأثر رجعي، ومن ثم يتم تفادي رجعية العدول على الأقل بالنسبة للدعاوى المعروضة امام القضاء، والوسيلة الأخرى تتم من خلال تبني سياسة القوانين المؤقتة، والذي أخذت به المحكمة العليا الأمريكية، ويقصد بهذه الوسيلة ان تقوم المحكمة بأخطار الخصوم بأنها سوف تأخذ بهذا الحل للمرة الاخيرة في هذه القضية ثم يتم التحول والعدول عنه في القضايا اللاحقة⁽²⁾، ومن ثم تضمن المحكمة عدم مساس العدول بالأمن القانوني.

3- تحقيق مرونة النصوص القانونية:

يمنح العدول للقاضي الحرية بعدم التقيد بالمبادئ القضائية، التي سبق وأن استقر عليها في تفسير النصوص القانونية والمبادئ القضائية التي تم استنباطها من تلك النصوص، لكن بحدود معينة للتخلص من الجمود الذي تعاني منه تلك النصوص، وجعلها تستوعب أكبر عدد ممكن من الحالات المتجددة والتي يمكن توظيف تلك النصوص لحلها⁽³⁾.

كما يعمل العدول على تطوير عمل القضاء اذ ممكن ان تكون قراراته وأحكامه السابقة خاطئة فالعدول هنا يكون وسيلة لإصلاح المنظومة القضائية وتحسين جودتها، لاسيما في الدول التي تأخذ بالسوابق القضائية اذ ستكون تلك السوابق مرجعاً يتم اللجوء إليه لاستنباط الصالح من المبادئ فيها وتلافي أخطائها، ومن ثم ستعمل على التخفيف على القاضي وعدم تحمله مشقة التقصي عن حكم لكل حالة جديدة، مما يحقق السرعة في حسم الدعاوى، والتقليل من فرص تعرض الأحكام للإلغاء مما يسهم في تحقيق الأمن القانوني من خلال استقرار العلاقات القانونية⁽⁴⁾.

(1) د. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق، ص232.

(2) د. شورش حسن عمر ود. خاموش عمر عبد الله، دراسات في القضاء الدستوري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، ط1، 2021، ص93 وما بعدها.

(3) بوبشير محند امقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد (2)، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2004، ص161.

(4) محمد سليمان محمد عبد الرحمن، إصلاح القضاء في ضوء معايير الجودة الشاملة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص206.

4. العدول وسيلة لتصحيح الأحكام والقرارات الدستورية السابقة:

بما ان الأحكام والقرارات هي من اعمال البشر فقد يشوبها الخطأ وبذلك فمن المفترض ان تقوم المحاكم الدستورية بتصحيح الاخطاء في قراراتها، لان هذه القرارات تتمتع بالحجية المطلقة بما يجعلها سابقة قضائية في الدول التي تأخذ بالسوابق القضائية، أو تقوم المحاكم الدستورية لتحقيق الاستقرار والأمن القانوني بتوحيد أحكامها في موضوع معين، فلا يمكن ان يتم الاصرار على القرارات الخاطئة من قبل المحاكم فلا بد من اجراء التعديل فيها⁽¹⁾.

لذا نرى عدول المحاكم الدستورية عن أحكامها حتى في الدول التي أخذت بالسوابق القضائية فمثلا المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية عدلت عن الكثير من أحكامها⁽²⁾، إلا أنها اشترطت عدة شروط منها، ان تحافظ المحكمة على الخط الأساس الذي تبنته منذ نشأتها وان لا يكون في عدولها مساس بمبدأ الشرعية الدستورية وان تضع نصب عينيها الصالح العام⁽³⁾، والشرط الآخر هو ان تتحرر السلطة القضائية من تأثير السلطتين التشريعية والتنفيذية، لان القاضي الدستوري هو حامي الشرعية، لذلك لا بد من ان يكون القاضي الدستوري كامل الحرية وان لا يتم التأثير عليه من اية جهة⁽⁴⁾.

(1) هديل محمد حسن المياحي، العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2015، ص82.

(2) ففي قضية (Irvine V. California) رفضت المحكمة العليا الأمريكية سابقة روشين الذي رأته فيها المحكمة ان اقتحام منزل والهجوم على صاحب المنزل في فراشه لضبط مخدر يحتفظ به إلى جواره ثم نقلة إلى المستشفى عنوة واخراج المخدر عن طريق إعطاء محلول مقيء إلى جوفه يعد خروج صارخ عن الوسائل القانونية السليمة إلا أن المحكمة العليا عدلت عن ذلك على الرغم من ان رجال البوليس لجأوا إلى اثبات ادانة المتهم من خلال اللجوء إلى اصطناع مفتاح المنزل والدخول في غيبة صاحب المنزل وتثبيت جهاز تسجيل في احدى الغرف ينظر هديل محسن محمد ، المصدر السابق ، ص84.

(3) قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بان حرق العلم الأمريكي لا يشكل جريمة جنائية واطلقت هذا المبدأ حتى ان العلم الأمريكي اهبين في مرات كثيرة جدا، إلا أنها عدلت عن هذا المبدأ مفررة ان حرق العلم الأمريكي ليس جريمة حامل الجنسية الأمريكية إذ إن في اهانتته للعلم الأمريكي اهانة له هو نفسه فتشجع له من الجزاء الجنائي، اما غير الأمريكي فالأمر مختلف فحرقه للعلم الأمريكي جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي الأمريكي

Connor (Karen O.) and Sabato (Larry J.) , The Essentials of American Government (Continuity and Change) , Longman Inc , 2002,p15.

(4) اشترطت المحكمة العليا الأمريكية في الحكم القضائي لكي يعد سابقة قضائية أن يكون قد صدر موافقا للقانون وبترو وتمعن. فاذا لم يصدر بترو يمكن ان تعدل المحكمة عنه وحالة أخرى يمكن للمحكمة ان تعدل عن حكمها القضائي ولا يعد سابقة قضائية في حال كانت القضية المعروضة امام القاضي تتشابه في وقائعها مع وقائع قضيتين سابقتين صدرت فيهما أحكام أسست على مبادئ تتعارض فيما بينها فأن المحكمة المعروض امامها النزاع لها الحق ان تختار أي من الحكمين ينظر كلا من: د. محمد عبد الحميد ابو زيد، القضاء الدستوري شرعاً ووضعاً، دار النهضة العربية، القاهرة، ص315 ود. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص562.

فإذا قام حكم السابقة القضائية على مبادئ قانونية متعددة، فإن للقضاة اللاحقين الحق في أن لا يتقيدوا بكل هذه المبادئ جميعاً وأن يختاروا من بينها المبدأ القانوني الذي يتلائم تطبيقه مع القضية المعروضة امامهم.

اما المحكمة الدستورية العليا المصرية فليس بمقدورها ان تنظر في ذات الموضوعات التي اصدرت فيها حكماً دستورياً أو النصوص التي فسرتها⁽¹⁾.

أما الاستثناء قبول المحكمة لطلب التفسير أو الطعن والذي يعني أن المحكمة تنوي العدول عن تفسير أو حكم سابق، أي لا تنوي الالتزام بتوجهها السابق وتنوي العدول عنه بما لا يتفق مع صفة الإلزام التي منحها القانون للأحكام التفسيرية للمحكمة الدستورية العليا⁽²⁾.

اما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد بينت معنى العدول وعرفته بأنه " احلال لحكم جديد محل حكم سابق في ذات الموضوع (ويقضي أن يكون العدول من مبدا قضائي إلى مبدا قضائي اخر"، وبينت المحكمة ان العدول لا يكون الا في القرارات والأحكام ذات الطبيعة الشخصية التي تتعلق بالشخص أو عدد محدد من الأشخاص، وورد ايضا في القرار "ويكون ذلك استجابة للظروف والمتغيرات التي تفرض على القضاء الدستوري وزن الأمور الحادثة بمعايير المتغيرات التي تقع بعد صدور الحكم والتي تقتضي من المحكمة الدستورية اتخاذ رؤية جديدة تنسجم مع الظروف الحادثة من أجل المصلحة العليا للبلد"⁽³⁾.

فقد عدلت المحكمة في احد قراراتها التفسيرية ان مجلس المحافظة لا يتمتع بصفة تشريعية⁽⁴⁾، إلا أنّها عدلت عن ذلك في قرارات لاحقة واعطت له صفة تشريعية لسن القوانين المحلية لتنظيم الشؤون الادارية والمالية⁽⁵⁾، وفي قرار اخر لها عدلت المحكمة عن قرارها القاضي بعدم اختصاصها بالفصل في عدم دستورية الخطوة الثالثة من خطوات توزيع المقاعد الخاصة بـ(كوتا) النساء في قانون مجلس المحافظات

(1) ينظر: المادة (44) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 المعدل.

(2) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية التفسيري ذي العدد 2 لعام 1980 ، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية الالكتروني الاتي: <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2022 / 12/22.

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم (158/اتحادية/ 2022) بتاريخ 2022 / 8/16 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/24.

(4) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (9/اتحادية/ 2007) في 2007/7/16 <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/24.

(5) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (13/ اتحادية/ 2007) في 2007 /7/31 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/26.

رقم (1) لسنة 2013⁽¹⁾، إلا أنها عادت وقضت بعدم دستورية الخطوة الثالثة في حساب كوتا النساء من نظام توزيع المقاعد في مجالس المحافظات والاقضية والنواحي⁽²⁾.

ونرى أنه وعلى الرغم من ان العدول لا يمس بمبدأ الأمن القانوني لكن يجب ان لا يكون مفاجئ، ففي قرار المحكمة الاتحادية العليا انف الذكر الخاص بمنح مجلس المحافظة صلاحية التشريع فكان عدولها عن قرارها مفاجئ فقرارها الأول كان قد صدر بتاريخ 2007/7/16، والقرار الآخر صدر بتاريخ 2007/7/31، فالأفضل ان يكون العدول عدولاً تدريجياً لكي لا يتضمن عنصر المفاجأة التي تخل بالأمن القانوني لانها تذبذبت في قراراتها هنا.

ومن الجدير بالإشارة اليه ان العدول في أحكام القضاء الدستوري، قد يكون عدول واقعي عندما يعدل القاضي عن قراره السابق بسبب تغير الظروف والواقع في المجتمع، لان الأحكام يجب ان تتناسب مع الواقع، إذ إن الاستقرار القانوني لا يعني عدم الخروج عن الأحكام أو عدم التغيير فيها مطلقاً، بل على العكس من ذلك ان الاستقرار القانوني يتحقق بتطابق وانسجام تلك القرارات مع الواقع، وهذا النوع من العدول مارسه المحكمة العليا الأمريكية بكثرة في قراراتها⁽³⁾.

وهناك نوع اخر وهو العدول القانوني الذي لا يحدث بإرادة القاضي، وانما بسبب إصدار السلطة التشريعية لتشريع ينتهج حلاً معين لمسألة معينة تخالف ما يطبقه القضاء، فلا يملك القاضي في هذه الحالة إلا أن يطبق القاعدة القانونية الجديدة، ومن السوابق القضائية للمحكمة العليا الأمريكية التي تم تعديلها بموجب التعديل الدستوري حكمها في قضية (Oregon V Mitchell)، والتي قضت فيها المحكمة العليا بعدم دستورية النصوص القانونية في قانون حق التصويت (Voting Rights Act) والتي تم الغاؤها عن طريق التعديل الدستوري السادس والعشرون⁽⁴⁾.

(1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (48/ اتحادية /2013) في 2013/7/23 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/26.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (36/ اتحادية /2013) في 2013 /8/26 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/26.

(3) في قرار للمحكمة العليا قضت فيه بأن صفة دافع الضرائب لا تخول صاحبها الحق في ان يطعن بدستورية التشريعات التي تتضمن اوجه الانفاق الحكومي وعدلت فيما بعد عن ذلك وقررت بأن صفة دافع الضرائب كافية للطعن بدستورية التشريع إذا تضمن هذا التشريع انفاقاً حكومياً يتعارض مع مبدأ الفصل بين الدين والدولة ينظر: هديل محمد حسن، المصدر السابق، ص92.

(4) هديل محمد حسن ، المصدر السابق ، ص94.

وإذا سلمنا بعدم مساس العدول بالأمن القانوني، إلا أنّ هذا المساس ممكن ان يحصل في بعض أنواع العدول، فمن الممكن ان يختلف كل نوع في قوة تأثيره على الأمن القانوني، اذ قد يكون العدول صريح وقد يكون ضمنياً، ويقصد بالعدول الصريح ان يذكر القاضي المبدأ السابق الذي عدل عنه وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا الأمريكية في أغلب قراراتها، اما العدول الضمني هو ان يعدل القاضي الدستوري عن مبدأ سابق استند عليه في قرار سابق له دون ذكره، وهذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية في احد قراراتها المتعلقة بالطعن بعدم دستورية ما تقرره المادة (226) من القانون المدني من فوائد يدفعها المدين بمبلغ من النقود معلوم نظير تأخره عن السداد وهي فوائد مقدارها 4% من المسائل المدينة و5% من المسائل التجارية، وكان من أسباب الطعن مخالفة هذا الحكم لأحكام الشريعة الإسلامية التي أصبحت منذ عام 1980 المصدر الرئيس للتشريع، يقتضي التعديل الذي تقرر في تلك السنة للمادة الثانية من الدستور واستندت المحكمة في رفض هذا الطعن إلى ان المادة (226) المطعون بعدم دستورتها قد صدرت 1948 أي قبل نفاذ المادة (2) من الدستور حتى قبل تعديل نصها الأصلي الذي تضمنه دستور 1971 وان القيد الذي فرضه المشرع الدستوري على المشرع العادي بمقتضى المادة (2) من الدستور لا ينصرف إلى التشريعات التي تصدر تلك المادة وهذا القرار مخالف تماماً لما سبق ان قضت به المحكمة في أحكام متعددة لها بعدم دستورية عدد من النصوص التشريعية الصادرة قبل تاريخ العمل بدستور 1971 لمخالفتها لنص المادة (34) من الدستور المصري⁽¹⁾، ونرى أنّ العدول الصريح يكون اكثر ضماناً للأمن القانوني، اذ يكون المبدأ السابق الذي سار عليه القاضي الدستوري، فضلاً عن المبدأ الحالي الذي عدل اليه على قدر من الوضوح، مما يؤدي إلى وضوح هذه المبادئ وعدم خفيتهما على اصحاب الحقوق، مما يحقق الاطمئنان لدى الأفراد بحيث يعلم المطلع على قراراتها ما هو المبدأ الذي استندت عليه سابقاً؟ ولأي مبدأ عدلت؟

فضلا عن الأنواع سألنا الذكر هنالك عدول ايجابي وعدول سلبي، ويقصد بالعدول الايجابي هو عدول المحاكم الدستورية عن أحكامها وقراراتها التي لم تصب بها ولم تحقق العدالة، ولعل المثال الأبرز للعدول الايجابي الضمني عدول المحكمة الاتحادية العليا عن قرارها الذي قضت فيه "ان مشروعات القوانين تختص بتقديمها السلطة التنفيذية، ويلزم أن تقدم من جهات ذات اختصاص في السلطة التنفيذية، القوانين لتعلقها بالتزامات مالية وسياسية ودولية واجتماعية، وان الذي يقوم بإيفاء هذه الالتزامات هي السلطة التنفيذية وذلك حسبما نص عليه الدستور في المادة (80) منه وليست السلطة التشريعية وحيث ان دستور العراق رسم في المادة (60) منه منفذين تقدم من خلالهما مشروعات القوانين وهذان المنفذان يعودان حصراً للسلطة

(1) د. غانم عبد دهش، المصدر السابق، ص203.

التنفيذية وهما رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء وإذا ما قدمت من غيرهما فإن ذلك يعد مخالفة دستورية لنص المادة (60) من الدستور وان الفقرة ثانياً من المادة (60) من الدستور أجازت لمجلس النواب تقديم مقترحات القوانين عن طريق عشرة من أعضاء مجلس النواب أو عن طريق احدى لجانه المختصة ومقترح القانون لا يعني مشروع القانون لان المقترح فكرة والفكرة لا تعد مشروعاً ويلزم ان يأخذ المقترح طريقه إلى احد المنفذين المشار اليهما لأعداد مشروع القانون...."⁽¹⁾، وقد اصدرت المحكمة قرار جديد يصحح القرار السابق وهو قرارها المتعلق بقانون استبدال أعضاء مجلس النواب رقم (6) لسنة، 2006 والذي جاء فيه ان "...السلطة التشريعية تمارس مهامها واختصاصاتها المنصوص عليها في المواد(60، 64، 62، 61/اولاً) من الدستور وفي مقدمة هذه المهام القيام بتشريع القوانين الاتحادية التي تقتضيها المصلحة العامة وفقاً للسياقات الدستورية، وممارسة هذه الاختصاصات والصلاحيات يلزم أن يكون مراعيًا لمبدأ الفصل بين السلطات- الذي مرت الإشارة اليه- وأن لا يكون من بين القوانين التي يشرعها مجلس النواب مباشرة ما يمس هذا المبدأ، ومن تلك القوانين التي ترتب التزامات مالية على السلطة التنفيذية، لم تكن مدرجة في خطتها أو في موازنتها المالية دون المشاورة معها وأخذ الموافقة بذلك، وكذلك القوانين التي تتعارض مع المنهاج الوزاري الذي نالت الوزارة ثقة مجلس النواب على أساسه، وكذلك أن لا تكون ماسة بمهام السلطة القضائية دون التشاور معها لان في ذلك تعارض لمبدأ استقلال القضاء، وفيما عدا ما تقدم ذكره من القوانين فإن السلطة التشريعية تمارس اختصاصها الأصلي في تشريع القوانين الاتحادية"⁽²⁾.

وهنا نلاحظ عدول المحكمة الاتحادية العليا عن قرارها السابق هو عدولاً ضمناً فلم تصرح المحكمة بذلك فهنا أطلقت من سلطات مجلس النواب بتشريع القوانين بعد ان كانت قد قيدته بقرارها السابق.

وقد حافظت المحكمة الاتحادية العليا في عدولها احياناً عن بعض القرارات على المبادئ الدستورية مثل: مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ استقلال القضاء الوارد في المادة (88) من الدستور العراقي

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (44/ اتحادية/ 2010) في 2010/7/12 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/12/28.

(2) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (21/اتحادية/ اعلام/ 2015) وموحدتها (29/اتحادية/ اعلام/ 2015) منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/12/29.

لعام 2005، عندما منعت مجلس النواب من إصدار قوانين تمس بمهام السلطة القضائية دون التشاور معها⁽¹⁾.

كما عدلت المحكمة الاتحادية العليا عن قرارها التفسيري الصادر بناءً على استفسار من محكمة تحقيق الكرخ، لبيان هل أن ارتكاب عضو مجلس النواب فعلاً يشكل جنحة أو مخالفة يستوجب رفع الحصانة البرلمانية عنه، إذ اتجهت المحكمة في الحكم إلى أن المادة (63/ثانياً/أ) من الدستور أوردت المبدأ العام الخاص بحصانة عضو مجلس النواب، وهو عدم جواز مقاضاته أمام المحاكم عما يدلي به من آراء أثناء دورة انعقاد المجلس، وحيث أن الفقرتين (ب - ج) من نفس المادة والبند أعلاه فصلت الأحوال التي لا يجوز فيها القاء القبض عليهم خلال مدة الفصل التشريعي أو خارجه إلا إذا كان متهماً بجناية، وهنا يتوجب أخذ موافقة الأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس النواب أن أرتكبها خلال الفصل التشريعي، أو بموافقة رئيس مجلس النواب لو ارتكبها خارجه، باستثناء حالة التلبس بالجرم المشهود فهي لا تحتاج لموافقة من احد، أما لو كان عضو المجلس متهماً بجريمة دون الجنايات فأن المبدأ العام الوارد في الفقرة (أ) من المادة (63/ ثانياً) يبقى مرعياً ولا يجوز مقاضاته أمام المحاكم إلا إذا رفعت الحصانة عنه وذلك تقديراً لما يقوم به من مهام تتعطل عند مقاضاته دون موافقة المجلس الذي له تقدير الحالة وأنزال حكم الدستور عليها⁽²⁾.

إلا أنها وبعد تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 وتغيير أعضائها حيث أعلنت المحكمة صراحة عدولها عن التوجه الخاص باستحصال موافقة مجلس النواب بشكل مطلق، عن أية جريمة يتهم بها أي من أعضاء مجلس النواب، واقتصار ذلك بحالة واحدة فقط وهي "عدم جواز تنفيذ مذكرة القبض الصادرة عن جريمة جنائية غير مشهودة متهم بها عضو مجلس النواب، خلال مدة الفصل التشريعي أو خارجه إلا بعد استحصال الأذن بذلك من مجلس النواب بالأغلبية المطلقة خلال مدة الفصل التشريعي، أو من رئيس مجلس النواب إذا كان ذلك خارج مدة الفصل التشريعي، وفيما عدا ذلك تتخذ الاجراءات القانونية بدون موافقة مجلس النواب أو رئيسه، في حالة اتهامه بارتكاب جريمة من جرائم الجرح والمخالفات التي لا

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (21/اتحادية/2015) وموحدتها رقم (29/اتحادية/2015) بتاريخ 2015/4/14 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/2.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (134/اتحادية/2017) في 2017/11/27 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/12/29.

علاقة لها بعمله داخل مجلس النواب أو احدى لجانه والموصوفة بالحصانة الموضوعية⁽¹⁾، واعتبرت المحكمة ذلك صراحة بمثابة مبدأ جديدا وعدولا عن المبدأ السابق⁽¹⁾.

ونرى أنّ ان المحكمة الاتحادية العليا في عدولها هذا أرادت تضيق نطاق الحصانة البرلمانية لأعضاء مجلس النواب التي قد تستغل لارتكاب أفعال جرمية تضر بالأفراد والأموال العامة أو الخاصة، والتقليل من نطاق الحصانة البرلمانية بما يسمح للقضاء من تحريك اجراءاته دون الاصطدام بعقبات تحول دون محاسبة النواب مرتكبي الجرائم تحت مظلة الحصانة البرلمانية، وكذلك قرارها الذي عدلت فيه عن رأي سابق الذي يوجب قيام رئيس الجمهورية بتكليف مرشح الكتلة النيابية الاكثر عدداً في الجلسة الأولى، حيث ذهبت إلى عدم اشتراط تكليف مرشح الكتلة النيابية الاكبر عددا في الجلسة الأولى، حيث جاء هذا القرار استجابة للظروف السياسية التي رافقت جلسة انتخاب رئيس الجمهورية الذي يرشح بدوره رئيس الكتلة النيابية الاكبر عددا لتشكيل الكابينة الوزارية وما رافق ذلك من اضطرابات سياسية⁽²⁾.

خلاصة القول نجد انه بإمكان المحكمة الاتحادية العليا العدول عن قراراتها لان النظام الدستوري العراقي لم يأخذ بالسوابق القضائية، كما ان عدول المحكمة عن قراراتها يتعلق بالسياسة القضائية للمحكمة وعلاقتها بالسلطات، ودورها في تثبيت دعائم الدستورية، وقدرتها على التوفيق بين اعتبارات الاستقرار والاستمرار والرجوع، للكشف عن وجود الخطأ ومقدار الضرر الذي سببه الحكم السابق لها وسعيها لتلافيه.

كما ان عدول المحكمة عن قراراته يكون امر لا بد منه، لأسباب منها ان الدستور لا يستطيع ان يواكب جميع المستجدات، بل يجب ان يكون متناغماً مع روح العصر، ومن ثم تكون امام احد الاحتمالات اما اللجوء إلى التعديل الدستوري، سواء بالإضافة أو الحذف، مع صعوبة هذا الاجراء وما له من مساس بالأمن

(1) أوردت المحكمة تسبباً لعدولها في الحكم الجديد أعلاه بان الدستور وضع قيوداً على السلطة القضائية في حالة واحدة فقط، وهي حالة عدم جواز تنفيذ مذكرة القبض على عضو مجلس النواب الا إذا كان متهماً بجناية وهي لا تشمل حالة التلبس بها وبالجرم المشهود، أما جرائم الجرح والمخالفات فلا حصانة لعضو مجلس النواب، وبالإمكان اتخاذ الاجراءات القانونية بحقه ومسائلته لعدم ذكرها من قبل المشرع الدستوري ضمن نص المادة (93/ثانياً)، فعدم ذكر المشرع الدستوري لها لا يعني أن ما يرتكبه النائب فعلاً مباح لا سيما أن منها ما يشكل خطراً على حياة الناس وأمنهم وسلامتهم، وأن معظمها متعلق بالاعتداء على الأموال العامة والخاصة، فالحصانة البرلمانية ليست امتيازاً شخصياً للنائب ولا حقاً مقررراً لمصلحته، وحيث أن عدم مسائلته يعد أخلاً مبدءاً المساواة الجنائية ومظهراً من مظاهر عدم المساواة أمام القانون، فلا يجوز وضع عضو مجلس النواب فوق القانون واستثناءه من حق التقاضي إذ يجب معاملته معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والادارية. ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (90/اتحادية/2019) في 2021/4/28 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/5.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (7، 9 وموحدتها 9 و10/ اتحادية/2022) في 2022/2/3 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2022/12/27.

القانوني بصورة اشد من العدول أو اعلان تعطيل الدستور سواء بصورة رسمية أو تعطيل فعلي، وكما نعلم مدى خطورة التعطيل الدستوري وما يمثله من عدوان على الدستور⁽¹⁾.

والخيار الثالث هو التفسير الدستوري لإمكانية مساهمته في مواكبة النصوص الدستورية لتلك المستجدات، ويمكن أيضاً العدول عن القرار التفسيري من أجل تطوير التفسير ذاته، اما عن طريق الاضافة للتوصل إلى قاعدة دستورية تستوعب أحكاماً جديدة.

المبحث الثاني

آثار تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا في الأمن القانوني

لتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية اثرأ بالغا في ضمان الأمن القانوني، إذ إنّ الغاية الأساسية للقرارات لا تتحقق الا بتنفيذها، لما تحمله تلك القرارات من مبادئ تقرر حماية الحقوق والمراكز القانونية واستقرارها، إلا أنّ تنفيذ تلك القرارات ليس بهذه السهولة، إذ إنّها ممكن ان تواجه كثيراً من المعوقات في تنفيذها سواء عمداً أو اهمالاً أو حتى استحالته، وما يزيد تلك الأمور تعقيداً احالة تنظيم المسائل التي لم تنظم في قانون المحكمة الاتحادية العليا أو نظامها الداخلي إلى قانون المرافعات المدنية، التي قد لا تتناسب جميع أحكامه مع القضاء الدستوري، فكان لا بد من وجود ضمانات كافية لتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا لتحقيق الغاية الأساسية من إصدارها، وهذا ما سنتناوله في مطالب هذا المبحث اذ سنخصص المطلب الأول لتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وأثرها على الأمن القانوني اما المطلب الثاني فسنتناول فيه الامتناع عن تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وأثره على الأمن القانوني.

المطلب الأول

تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وأثرها في الأمن القانوني

تتمثل فاعلية قرارات المحكمة الاتحادية العليا في مواجهة من تصدر بحقه وبحق السلطات العامة إذ إنّ عدم تنفيذ قرارات المحكمة يجرّد تلك القرارات من أهميتها فما هي الفائدة من إصدار قرارات لا تنفذ؟ فعدم التنفيذ يخل باستقرار المراكز القانونية التي تضمنتها تلك القرارات فمجرد النص على إلزامية هذه القرارات دون التنفيذ يجرّد تلك النصوص من محتواها ما سنوضحه في الفروع الآتية:

(1) د. رافع خضير شبر، انتهاك الدستور، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013، ص23.

الفرع الأول

اثر إلزامية قرارات المحكمة الاتحادية العليا واثرها في توثيق علاقة السلطات العامة

تتفق الانظمة الدستورية بأن ما يصدر عن القضاء الدستوري من قرارات فهي ملزمة للسلطات العامة في الدولة والكافة، سواء اكانوا اشخاص طبيعية أو اعتبارية، فكل ما كانت تلك القرارات محترمة من قبل وجهت لهم كلما كانت العلاقات بينها واثق وامتن، فلا يخفى على احد ما يسببه التهرب من تنفيذ قرارات القضاء الدستوري من مشاكل تهدد استقرار الاوضاع القانونية، وتهدد المبادئ الدستورية التي نصت واکدت على مبدأ الفصل بين السلطات، وحددت اختصاصات كل سلطة ومنها اختصاص سلطة القضاء الدستوري منها، فلا يمكن التغاضي عن تلك النصوص واهدار ما يصدر منها لذلك كان من اللازم لحماية تلك العلاقة بين السلطات ان تحترم قرارات القضاء الدستوري وتطبقه وهذا ما سنوضحه تباعاً:

اولاً- فاعلية تنفيذ قرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا في مواجهة السلطة التشريعية:

يُعرف التنفيذ بأنه (اتخاذ اجراءات بموجب حكم قضائي قطعي صادر في الموضوع بإلزام)، اما في فقه القانون العام المصري فيعرف التنفيذ بأنه (حق الإدارة في ان تنفذ اوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية، إذا رفضوا تنفيذها اختياراً دون حاجة إلى اذن سابق من القضاء والذي هو من أهم وأخطر حق وامتياز تمتلكه الإدارة في مواجهة الأفراد)⁽¹⁾.

وعند البحث عن أساس الإلزام لأحكام وقرارات القضاء الدستوري، سنجد عدداً من النصوص التشريعية التي أشارت إلى هذا الأساس، فأن أساس الالتزام بقرارات وأحكام القضاء الدستوري راجع إلى الالتزام بالنصوص التشريعية ذاتها إذ اوضحت تلك الأحكام والمبادئ الصادرة عنه بمرتبة القاعدة التشريعية⁽²⁾، ملزمة للسلطة التشريعية ذاته فيما ان الحكم بعدم دستورية قانون ما لا يعني إلغاء ذلك القانون من قبل المحاكم الدستورية، لذلك لا بد من تدخل السلطة التشريعية في تنفيذ ذلك الحكم وإلغاء القانون غير الدستوري، ففي الولايات المتحدة الأمريكية يساعد الكونغرس في تنفيذ أحكام المحكمة العليا عن طريق إصدار التشريعات للتأثير وإلزام كل مؤسسات الدولة⁽³⁾.

(1) احمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1996، ص144.

(2) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص193.

(3) من أبرز تلك التشريعات ما يتعلق بالتحكم في الميزانية من خلال تقديم الأموال اللازمة لتنفيذ حكم من الأحكام أو يمتنع عن تقديمها بحسب الحال، كما يمكن له أن يمنع الأموال الفيدرالية عن حكومات الولايات التي ترفض تنفيذ أحكام المحكمة العليا

وقد يلجأ الكونغرس لإعاقه تنفيذ حكم المحكمة العليا بعدم الدستورية من خلال التعديل على دستور الولايات المتحدة، إلا أنه ليس من السهل الحصول على نسبة ثلثي الأصوات داخل مجلس الكونغرس وهي النسبة اللازمة لاقتراح التعديل ثم عقب ذلك الحصول على تصديق ثلاثة أرباع مجالس الولايات التشريعية لإقرار هذا التعديل⁽¹⁾ فالسلطة التشريعية لا تستخدم هذه الوسيلة في أغلب الأحيان لصعوبتها.

وتتولى السلطة التشريعية في مصر تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا من خلال إلغاء القانون المقضي بعدم دستوريته من تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية، والعمل على إصدار قانون جديد ينظم المجال الذي كان القانون غير الدستوري ينظمه لملى الفراغ القانوني الذي ينجم من الحكم بعدم الدستورية⁽²⁾.

إلا أنّ السلطة التشريعية تبنت مبدأ أن "البرلمان هو سيد قراراته"، أي أن له القول الفصل في جميع الأمور المتعلقة بشؤونه، فأن اعلان هذا المبدأ هو أمر خطير في حد ذاته، ويهدد صميم حياة الدستور، ومبدأ الأمن القانوني ولهذا يلجأ رئيس الجمهورية أحياناً إلى التدخل وحل (مجلس الشعب) نفسه، للسماح باستمرار الحياة الدستورية، لأن ما يضمن سلامة الحياة الدستورية هو تحقيق حسن النية، من قبل جميع السلطات في

المرتبة عليها هذه السلطة التي يتمتع بها الكونغرس كانت عاملاً مهماً في تحقيق العديد من سياسات المحكمة العليا منها التزامه بتنفيذ حكم المحكمة في عام 1946 عندما رأت بضرورة أن يدفع الكونغرس مستحقات الرواتب للموظفين الفيدراليين التي أوقفها بتهمة صلاتهم بأنشطة تخريبية واد وافق على صرفها بأغلبية صوت واحد. أيضا في قضية (Brown v. Board of Education of Topica) عام 1954 اذ قضت فيها المحكمة بالحكم على منع المدارس من الفصل بين الأجناس على أساس عرقي إلا أنّ الكونغرس بادر إلى إصدار لائحة رقم (6) للحقوق المدنية لعام 1964 التي أعطى الحق فيها لوزارة العدل برفع الدعاوى ضد المناطق التعليمية التي تمارس التمييز العنصري ولوزارة الصحة والتعليم والتأمينات سلطة تجميع إرشادات عدم الفصل وزيارة المناطق التعليمية لمراقبة مدى تطبيق الإرشادات والالتزام بالقانون، وفي عام 1975 ساهم الكونغرس في ردف أحكام وقرارات المحكمة العليا من خلال إصدار لائحة التعليم الابتدائي والثانوي التي تمنع الفصل والتمييز العنصري ينظر: مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، المصدر السابق، ص250.

(1) تم إلغاء بعض قرارات المحكمة العليا الأمريكية من خلال تعديلات دستورية فمثلاً الغى التعديل الحادي عشر للدستور الأمريكي الصادر عام (1795) القرار الذي اتخذ في قضية (Chisholm V Georgia) عام 1793 (المتضمن إمكانية مقاضاة الولاية من قبل مواطني ولاية أخرى)، وألغى التعديل الثالث عشر للدستور الأمريكي الصادر عام 1865 القرار الصادر في قضية Dred Scott v. Sad Ford عام (1857) (المتضمن عدم إمكانية حرمان الملاك من ملكية الرقيق)، وألغى التعديل السادس عشر للدستور الصادر عام 1913 القرار المتخذ في قضية Pollock v. Farmers Loan and Trust Company عام 1895 (المتضمن عدم دستورية تشريع ضريبي يفرض ضريبة مباشرة على الولايات)، وألغى التعديل السادس والعشرين الصادر عام 1971 القرار الصادر في قضية Oregon V. Mitchell عام 1917 (المتضمن إعطاء الذين بلغوا سن الثامنة عشرة حق التصويت في انتخابات الولاية).

Heatchook and Claude ،The U.S.A Constitution in Perspective 1st. Ed, The Curtis Publishing Company, 1962, P. (265-266).

(2) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، المصدر السابق، ص310.

تنفيذ التزاماتها، دون الانتقاص من تنفيذ الدستور بأي وسيلة⁽¹⁾، وبرز مثال على ذلك هو ما حدث أثر صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في 19 مايو 1990 بعدم دستورية المادة (5) مكرر من القانون رقم (38) لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم (188) لسنة 1986 فيما تضمنه من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد ينتخب عن طريق الانتخاب الفردي، ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية "فمع الخوف من عدم تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا نتيجة الخشية من قبل مجلس الشعب من بطلان تشكيله وبما انه لم ينفذ أغلب أحكام القضاء الإداري مما افقد المواطنين الثقة بأحكام القضاء، لذلك فقد وجه رئيس الجمهورية بياناً إلى الشعب بتاريخ 1990/9/26 ضمنه " قراره بوقف جلسات مجلس الشعب، وتحديد يوم 11 أكتوبر 1990 موعداً للاستفتاء على حله، مع إفصاحه عن عزمه خلال ايام إصدار قرارات بقوانين (لغية مجلس الشعب عملاً بالمادة 147 من الدستور) بتعديل القانون رقم (38) لسنة 1972 المعدل بالقانون رقم (188) لسنة 1986 بشأن انتخابات مجلس الشعب والعودة إلى نظام الانتخاب الفردي وكذلك قانون مباشرة الحقوق السياسية. وهذا ما عد تنفيذاً دقيقاً لمنطوق حكم المحكمة الدستورية العليا"⁽²⁾، وهنا كان لقرار رئيس الجمهورية دور بأعاده ثقة المواطنين وتحقيق الأمن والاطمئنان بأحكام القضاء وان لا تبقى تلك الأحكام حبراً على ورق دون تنفيذ من قبل السلطة التشريعية من خلال الاجبار اذ لا يمكن للسلطة التشريعية ان تستند إلى سلطتها التقديرية لتعرق تنفيذ أحكام القضاء الدستوري.

كما ان أحكام المحكمة الدستورية العليا ملزمة للكافة اي ملزمة للأفراد ايضاً ويتحقق الإلزام من خلال ترتيب الأفراد لتصرفاتهم القانونية على أساس الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فضلاً عن عدم جواز الأفراد الطعن بعدم دستورية قانون تم صدور حكم بعدم دستوريته وان هذا الدفع يجب ان يواجه بالرفض من المحكمة الدستورية العليا⁽³⁾.

(1) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (37) لسنة 9 قضائية " دستورية "، جلسة 19 مايو 1990 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.socourt.gov.eg>. تاريخ الزيارة 2023/1/5.

(2) د. عبد الحميد حسن محمد، حماية الحقوق والحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا، مكتبة الامام البخاري للنشر والتوزيع، 2000، ص458 وما بعدها.

(3) وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية عندما رفضت الدعوى المقامة بصدد عدم دستورية القانون رقم 134 لسنة 1964 الخاص بتعويض أصحاب أسهم ورؤوس أموال الشركات والمنشآت التي آلت ملكيتها إلى الدولة وفقاً لأحكام القوانين (117، 118، 119) لسنة 1961 والقوانين التالية لها تعويضاً إجمالياً لأنها سبق وان حكمت بعدم دستوريته ونشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ 31 مارس 1985، وحيث أن الفقرة الأولى من المادة (17) من الدستور قد نصت على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، كما قضت المادة 178 من الدستور بأن تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في دعاوى الدستورية ... ونصت المادة

اما السلطة التشريعية في العراق فقد التزمت في بعض الاحيان بتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية سواء الخاصة بالحكم بعدم الدستورية أو القرارات التفسيرية مثال ذلك تنفيذ مجلس النواب لقرار المحكمة الاتحادية العليا التفسيري، المرقم (13/اتحادية/2007) في 2007/7/31، الذي أوجب على المشرع أن يراعي نسبة 25% للنساء، من عدد أعضاء مجلس المحافظة المنتخب، على الرغم من أن الدستور لم يذكر ذلك، وإنما تطرق إلى نسبة 25% للنساء من أعضاء مجلس النواب فقط، وفق النص الوارد، فقانون الانتخابات ينص على تحقيق نسبة تمثيل للنساء، لا تقل عن الربع من أعضاء مجلس النواب) وأصبح هذا القرار التفسيري ملزم لمجلس النواب؛ لأن القرار صدر بمناسبة طلب مجلس النواب، الاستفسار عن إمكانية فرض نسبة تمثيل للنساء عند تشريع قانون الانتخابات لمجالس المحافظات، وفعلا تضمن قانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية والنواحي رقم 12 لسنة 2018 هذه النسبة (كوتا) وفق ما جاء في المادة (12) الفقرة ثانياً من القانون أعلاه، والتي جاء فيها الآتي: (توزع المقاعد على مرشحي القائمة استناداً لعدد الأصوات التي يحصل عليها المرشح ويكون الفائز الأول هو من يحصل على أكثر عدد من الأصوات ضمن القائمة المفتوحة وهكذا بالنسبة لبقية المرشحين على أن تكون امرأة بعد نهاية كل ثلاثة فائزين بغض النظر عن الفائزين من الرجال)، وهنا نرى أن السلطة التشريعية أخذت بالرأي التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا إلا أنه ولا شك ان تمثيل النساء والنسبة المعطاة لا تتناسب مع مبدأ المساواة الذي أكد عليه دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

ثانياً- فاعلية تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا من قبل السلطة التنفيذية:

إن أساس فلسفة إلزام السلطة التنفيذية بالقواعد التشريعية، قائم على مبدأ تدرج التشريع، عليه فإن ما يصدر من (السلطة التنفيذية)، يجب أن يتفق مع القواعد التشريعية الأسمى درجة منها، وان الإلزام الذي تتمتع به تلك الأحكام والمبادئ وإن كان يعطيها قوة ترتب آثاراً توازي القواعد القانونية التشريعية، إلا أن ذلك لا يحولها لتشريع، فيبقى الاختلاف واضحاً من حيث طبيعة كليهما، لأن هذه الأحكام والمبادئ، كاشفة للقواعد القانونية، ولا تنشأ من حيث الأصل، فالمصدر الكاشف، لا يعني إلغاء المصدر

(1/49) من قانون المحكمة الدستورية الصادرة بالقانون رقم 48 لسنة 1979 على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ... ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة... " ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 11 لسنة 4 قضائية "دستورية"، جلسة 1985/12/21 وحكمها في القضية رقم (5 لسنة 2 قضائية " دستورية ")، جلسة 1985/12/21 نقلاً عن د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص138.

المنشئ، لأنه يدور في إطاره ولا يخرج عنه⁽¹⁾.

ويشير الواقع العملي إلى أن المحكمة العليا الأمريكية تملك الجراً الكافية في تنفيذ قراراتها فالسلطة التنفيذية هي الأخرى مسؤولة عن تطبيق قرارات المحكمة العليا، إذ إنّ من المعروف أن أوامر المنع التي تصدرها المحكمة العليا يترتب عليها منع السلطة التنفيذية من متابعة تنفيذ القوانين التي تصدر فيها تلك الأوامر، لأنها تتضمن جزاء زجري بحق من يخالفها، يتمثل بالعقوبة التي تفرض على الموظف التنفيذي لأهانتته القضاء، فضلا عن الالتزام بالتعويض، أما الأحكام التقريرية فأنها طريقة توضيحية لا يترتب على عدم احترامها أي جزاء زجري⁽²⁾.

كما تملك اساليب عدة لضمان فاعلية تنفيذ أحكامها من خلال إصدار أوامر الامتثال أو التنفيذ في مواجهة موظفي ومؤسسات السلطة التنفيذية عند عدم التزامهم بتنفيذها، كما يجوز لمن وقع عليه الضرر بسبب عدم تنفيذ أحكام المحكمة من قبل هيئات السلطة أن يقيم دعوى أمام المحكمة العليا يطلب فيها إصدار امر بامتثال الهيئة المعنية بتنفيذ الحكم وإلزامها بذلك، ويجوز للمحكمة أن تأمر الهيئة بدفع تعويض لصاحب دعوى الامتثال⁽³⁾.

كما تملك المحكمة العليا سلطة إلزام المحاكم الدنيا بالامتثال أو التنفيذ متى ما ثبت لها أن تلك المحاكم تعيق عملية تنفيذها، وفي حال عدم امتثال تلك المحاكم لأوامر المحكمة الاتحادية العليا في التنفيذ، يجوز لها أن توجه اتهام للقضاة بإهانة المحكمة العليا، وهي من التهم الخطيرة وذات التأثير المباشر على مسيرة القضاة وسلوكهم القضائي⁽⁴⁾، والمثال الصريح والواضح على ذلك هو موضوع التكامل في المدارس، وذلك عندما

(1) د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 116.
(2) مما دفع المشرع إلى تعديل قانون الأحكام التقريرية لعام 1934 وذلك في عام 1994 لفرض جزاء زجري مناسب للحكم التقريري ضد أي شخص يناهض مصلحة من تقررت له الحقوق بموجب ذلك الحكم مما يعني أن امتناع الموظف عن تنفيذ هذا الحكم التقريري واستمراره في تنفيذ القانون غير الدستوري يعد اهانة للمحكمة.

LENOIR N, Entretien avec Sandra Day O'Connor et Ruth Ginsburg, Cahiers du Conseil constitutionnel, 1998. p. 44.

(3) يعد الحكم في قضية (the United States, Nix v) لعام 1974 من أكثر السوابق القضائية أهمية في استخدام المحكمة العليا لوسيلة الامتثال لتنفيذ أحكامها، فقد اصدرت بإجماع أعضاءها امرا بوجوب امتثال السيد (نيكسون) رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بتسليم أشرطة التسجيل المتعلقة بتوجيه الاتهام لبعض المسؤولين الحكوميين للهيئة القضائية التي تتولى محاكمتهم، وقد اضطر الرئيس للاذعان لقرار المحكمة أن امتثاله وان كان يترتب عليه احتمال استبعاده من منصبه بسبب طبيعة المخالفات القانونية التي انطوت عليها تلك الأشرطة، إلا أنه في كل الأحوال يكون اقل ضررا من عدم الامتثال الذي كان سيصدر شرعيته قبل منصبه، وبالفعل امتثل الرئيس (نيكسون) لقرار المحكمة وتنازل عن منصبه في عام 1974 ينظر: د. مها بهجت يونس ومحمد كريم سالم، طبيعة أحكام القضاء الدستوري ودورها في استقلاله، المصدر السابق، ص 532.

(4) د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 117.

بدأت المحاكم الفيدرالية تأمر بإلغاء الفصل العنصري في المدارس الحكومية بعد عام 1954 تيمنا بحكم المحكمة العليا في قضية (Brow v. Board of Education of Topic) حيث قبلت بمعارضة لا يستهان بها، ففي عام 1957، سعي أورفيل فوباس حاكم ولاية أركنسو إلى منع تنفيذ حكم المحكمة بتحقيق التكامل في المدرسة الثانوية لبلدة ليتل، الأمر الذي أضطر الرئيس أيزنهاور في ذلك الوقت إلى إرسال قوات الحرس الوطني واستخدم بالفعل القوة الفيدرالية لتنفيذ حكم المحكمة⁽¹⁾.

وبالتأكيد شجع تأييد السلطة التنفيذية للمحكمة العليا وللهيكل القضائي الأدنى على الاستمرار في جهودهم لإنهاء الفصل العنصري في المدارس، من خلال مد يد المساعدة والعون لتنفيذ أحكام المحكمة العليا.

أما إلزام السلطة التنفيذية في مصر يتمثل بالامتناع عن تنفيذ القانون غير الدستوري من تاريخ صدور حكم المحكمة القاضي بذلك، إذ إن امتناع السلطة التنفيذية عن تنفيذ القرارات القضائية أو رفض دعمها يشكل خطأ موجبا للمسؤولية⁽²⁾، كما ان المادة (123) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 نصت على انه " يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ... أو امر صادر من المحكمة أو من اية جهة مختصة"، لكن فاعلية أحكام المحكمة الدستورية العليا من الناحية العملية تتطلب وجود وسائل قانونية يمكن بواسطتها إلزام أي سلطة في تنفيذ أحكام المحكمة عند امتناعها تتمثل بالجزاء العقابي الذي اكد عليه الدستور المصري لعام 2014، كما اكدت المحكمة الدستورية العليا على هذه الوسيلة في حكمها الصادر عام 1993 الذي جاء تطبيقا لحكم المادة (72) من دستور 1971 الملغي التي كررت مضمون المادة (100) من دستور 2014، وذلك بقولها ان " الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية أيا كانت الجهة التي اصدرتها من قبل المسؤولين عن أعمال مقتضاها يعد جريمة معاقبا عليها قانونا وفقا لنص المادة (72) من الدستور، ذلك ان اهدار الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية أو التقاعس عن تنفيذها إنما ينحل إلى انكار حجيتها المطلقة ويشكل ركن الخطأ في المسؤولية التي يقوم الحق في التعويض بتوافر اركانها، دون ما اخلال بالحق في اقتضاء تنفيذ قضاء هذه المحكمة عينا، كلما كان ذلك ممكنا وكلا الأمرين (التعويض والرد) منوط بمحكمة الموضوع وحدها، ولكل ذي شأن ولو لم يكن طرفا في الدعوى الدستورية أن يقيم دعواه أمام محكمة الموضوع التي تتولى بنفسها انزال قضاء المحكمة الدستورية العليا عليها... "، أما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فقد أخذ بثنائية السلطة التنفيذية إذ تتكون السلطة التنفيذية من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء الذي يرأسه رئيس الوزراء وهذه السلطة يقع على عاتقها تنفيذ السياسة العامة للدولة والسهر

(1) د. هشام محمد فوزي، المصدر السابق، ص 312.

(2) د. إبراهيم حسنين، المصدر السابق، ص 118.

على سلامة العراق وضمان استقلالة وحماية النظام الدستوري ويبرز التزام السلطة التنفيذية بقرارات المحكمة الاتحادية العليا في حالتين الأولى عند صدور قرار منها يتضمن إلغاء قانون أو أي نظام، وعندئذ يجب على هذه السلطة الامتناع عن تنفيذ هذه القوانين والقرارات التي حكمت المحكمة بعدم دستوريته، أما الحالة الثانية تتجسد عند صدور قرار عن المحكمة يقضي بدستورية قانون او نظام ورفض الدعوى المقامة فهنا يجب على السلطة التنفيذية وبجميع فروعها الاستمرار في تنفيذ هذه القوانين و القرارات⁽¹⁾.

اما قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل فقد نص في المادة (2/329) على أنّ "يعاقب بالعقوبة ذاتها كل موظف أو مكلف بخدمة عامة امتنع عن تنفيذ حكم أو امر صادر من احدى المحاكم أو من ايه سلطه عامة مختصه بعد مضي ثمانية ايام من اذاره رسمياً بالتنفيذ متى ما كان تنفيذ الحكم أو الامر داخلاً باختصاصه" كما نصت المادة (36) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على أنّ قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات والأشخاص كافة ولا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن.....، ويُعرض الممتنع عن تنفيذها المسائلة الجزائية"، إلا أننا لنا تساؤل عن صياغة هذا النص في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا وهو ماهي طبيعة المسائلة الجزائية؟ وهل المقصود بها ما ورد في نص المادة (329/ ثانياً) سألقة الذكر؟ إذا كان الجواب نعم فأننا نرى أنّه لا يمكن تطبيق نص المادة المذكورة على جميع المخاطبين بقرارات المحكمة الاتحادية العليا لان هذه المادة تطبق على الموظف والمكلف بخدمة عامة إلا أنّ قرارات المحكمة الاتحادية العليا تطبق على كافة فما هو الجزاء الذي يطبق على الفئات الأخرى من غير الموظفين والمكلفين بخدمة عامة؟ فهذا النقص التشريعي لا بد من ايجاد تنظيم قانوني لمعالجته.

مما تقدم نرى أنّ العقوبة المقررة في قانون العقوبات العراقي لمخالفة قرارات القضاء ومنها قرارات المحكمة الاتحادية العليا غير ملائمة لجسامة الفعل، إذ إنّ اعتبار الفعل جنحة اتجاه غير محمود، لأنه لا يحفظ للقضاء هيئته، فضلاً عن ذلك كان الاجدر بالمشرع الدستوري ان ينص صراحة على الجزاء المترتب على مخالفة أو الامتناع عن تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا بصورة صريحة في الدستور، لضمان احترام وتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا، لضمان مبدأ الأمن القانوني، ونرى أنّ من الافضل ان تحدد آليات تنفيذ الحكم الدستوري بموجب قانون، وألا تترك لتفسير واجتهاد المُطبق أو المُنفذ من خلال ايراد نص في قانون المحكمة الاتحادية العليا على الشكل الاتي "تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة

(1) د. عمار طارق عبد العزيز وكمال مرضي علاوي، دور السلطات العامة في تنفيذ أحكام القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الثانية عشر، 2020، ص 114 وما بعدها.

منها، وتسري على هذه المنازعات الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة".

ثالثاً- فاعلية تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا من قبل السلطة القضائية:

في النظام الدستوري الأمريكي تُعد الأحكام التي تصدرها المحكمة العليا الأمريكية نهائية"، حيث تلتزم جميع المحاكم في النظام القضائي، بعدم تطبيق القانون المحكوم بعدم دستوريته، وإن الأحكام التي تصدرها تلك المحكمة، تلتزم المحاكم الأخرى، والرئيس، ومسؤولي الهيئة التنفيذية، والكونغرس⁽¹⁾.

اذ تتولى المحاكم الدنيا في الولايات المتحدة الأمريكية تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا، وخاصة محاكم الاستئناف إذ إنّ لها دوراً في صنع السياسة، أما محاكم الموضوع، فإنها تقوم بتنفيذ القواعد بدلاً من كونها صانعة سياسة، لكن مع ذلك فالمحاكم الدنيا تملك قدرًا من الحرية إلا أنّ الواقع العملي يشير في الغالب ان المحاكم الدنيا لا تعارض المحكمة العليا فيما تصدره⁽²⁾، لكن هذا لا يمنع من ان المحاكم الدنيا الأمريكية قد حاولت في بعض الاحيان التنصل عن تطبيق أحكام المحكمة العليا من خلال التمسك بحرفية نص الحكم وليس بروحه مثال ذلك الحكم الصادر من المحكمة العليا في قضية **Brown v. Board of Education of Topica** حيث ذهبت إلى أن هذا الحكم يتعلق بالتعليم فقط، ومن ثم سمحت بصور من التمييز في غير التعليم كالمواصلات العامة وحمامات السباحة⁽³⁾.

وهذا ما سار عليه الاتجاه في مصر فالحكم الصادر بعدم الدستورية من المحكمة الدستورية العليا يلزم سائر المحاكم، فلا يلزم المحكمة التي اثير امامها الدفع بعدم الدستورية وقررت الاحالة إلى المحكمة الدستورية العليا بل يلزم جميع المحاكم فهو يلزم المحكمة الدستورية العليا مصدره الحكم ذاتها لان الصيغة التي جاءت بها المادة (1/49) من قانون المحكمة الدستورية العليا جاءت عامة فلا يجوز للمحكمة الدستورية العليا ان تفصل في دعوى سبق لها وان قالت بشأنها كلمتها كما انها تلتزم بالحكم الذي اصدرته بعدم الدستورية في حال مباشرتها لاختصاصاتها الأخرى غير الرقابة الدستورية كتفسير النصوص التشريعية أو

(1) جيروم ا. بارون وس. توماس دينس، الوجيز في القانون الدستوري المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة محمد مصطفى غنيم، ط1، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1998، ص52.

(2) لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة جابر سعيد عوض، ط1، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1996، ص228.

(3) د. هشام محمد فوزي، المصدر السابق، ص312.

حل التنازع⁽¹⁾، كذلك وأن أعمال آثار أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية من اختصاص محكمة الموضوع باعتبار أنها هي التي تنزل على الوقائع المطروحة عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في احد أحكامها " بأنه لا يجوز لمحكمة الموضوع، التي أحالت الدعوى الموضوعية المنظورة أمامها، إلى المحكمة الدستورية العليا عملاً للمادة (1/29) من قانون المحكمة الدستورية العليا أو صرّحت للمدعي برفع دعواه الدستورية بعد أن قدرت جدياً دفعه ان تتجاهل من بعد الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، بل عليها أن تمتنع عن تطبيق النص المحكوم عليه بعدم الدستورية، دون قيد أو شرط...."⁽²⁾.

اما بالنسبة لإلزام السلطة القضائية بتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية فهو مستند إلى نص المادة (94) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي نصت على أنّ " قرارات المحكمة الاتحادية العليا ملزمة للسلطات كافة " وبذلك فجميع المحاكم سواء محاكم القضاء العادي والاداري ملزمة بتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وملزمة بعدم تنفيذ التشريع المحكوم بعدم دستوريته لكن السؤال الذي يثار هنا هل ان المحكمة الاتحادية العليا ملزمة بقراراتها؟ وهل يمكن ان تنظر في دعاوى الطعن بقراراتها بذاتها؟

نرى أنّ المحكمة الاتحادية العليا قد نظرت بدعوى الطعن بقرار صادر منها بعدم دستورية بعض مواد النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا⁽³⁾، ومن الدعاوى التي ألزمت السلطة القضائية بتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا الدعوى التي تضمن الطعن بالمادة (2/ثانياً) و(3/اولاً، وسابعا) من قانون هيئة الاشراف القضائي رقم 29 لسنة 2016، ولدى التدقيق والمداولة توصلت المحكمة إلى عدم دستورية المادة (2/ثانياً) والتي تنص (يعين نائب رئيس هيئة الاشراف القضائي بمرسوم جمهوري بناءً على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى وموافقة مجلس النواب العراقي.....) وهو ما يتعارض مع المادة (61 / خامساً) من الدستور والتي جاءت استثناء من أحكام المادة (47)، وأن الاستثناء من هذه المادة يضمن اخضاع عناوين محددة للمناصب القضائية وليس من بينها (نائب رئيس هيئة الاشراف القضائي) كذلك عدم دستورية المادة (3/ اولاً) والتي ينص (تتولى الهيئة المهام الآتية: أولاً: الرقابة والاشراف على حسن الأداء في المحاكم الاتحادية، ما عدا المحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز

(1) ينظر كلا من: روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام، الاجراءات القضائية في أمريكا، ترجمة علا ابو زيد، ط1، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1997 ، ص431 ود. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص66.

(2) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (16 لسنة 3 قضائية) جلسة 5 يونيه 1982 منشور على الموقع الالكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2023/1/7.

(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (155) وموحدتها (163/اتحادية/2022) في 2022/9/13 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/7.

الاتحادية وهو يتعارض مع السياقات والاعراف القضائية، حيث أن قضاة محكمة التمييز الاتحادية من ذوي الدرجات الخاصة، ورئيسها بدرجة وزير ويعينون بمرسوم جمهوري، بترشيح من مجلس القضاء الأعلى وبموافقة مجلس النواب، ويكون الأشرف عليها بموجب المادة (15/ أولاد) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 من صلاحية رئيس المحكمة وليس من هيئة الاشراف القضائي، كذلك عدم دستورية الفقرة سابعاً من المادة (3) والتي نصت على احالة رئيس مجلس القضاء الاعلى معاملة على احد أعضاء مجلس النواب لان عضو مجلس النواب من أعضاء السلطة التشريعية ولتعارضه مع أحكام المادة (47) من الدستور والتي تنص على مبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁾، وبذلك قررت المحكمة عدم دستورية المادتين المذكورتين دون تعديلها لأنه يدخل في اختصاص السلطة التشريعية وبذلك حمت المحكمة مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد الضامن الأكبر للعلاقة الفاعلة بين سلطات الدولة من خلال حماية استقرار العلاقات وعدم تداخل الاختصاصات بينهم.

خلاصة القول أن إلزام السلطات بقرارات المحكمة الاتحادية العليا يضمن العلاقة بينهم بما يحقق حسن استقرار العلاقات وتحقيق الأمن القانوني.

الفرع الثاني

إثر إلزامية قرارات المحكمة الاتحادية في حماية المبادئ الدستورية

يؤدي مبدأ الفصل بين السلطات إلى حماية مبدأ سيادة القانون في الدولة ومن ثمّ حماية مبدأ الأمن القانوني، بحيث نضمن خضوع السلطات الحاكمة للدستور والقانون، وليس فقط الأفراد، لأنه إذا اجتمعت وتركزت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في هيئة واحدة فلا ضمان لاحترام القانون، لان هذه الهيئة ستقوم بوضع القوانين وتعديلها بناء على الحالات الفردية الطارئة، مما يفقد القانون صفة العدالة لأنه لن يصبح قواعد عامة ومجردة⁽²⁾.

ويعمل القضاء الدستوري على حماية المبادئ الدستورية في قراراته ومن ثمّ لا يمكن تجاهل تلك القرارات والا كان ذلك تجاهلاً للدستور ومن ثمّ تجاهلاً لمبدأ الأمن القانوني كونه من المبادئ التي تضمنها الدستور بصورة صريحة تارة وبصورة ضمنية تارة أخرى ومن المبادئ التي سعت المحاكم الدستورية على

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (85/ اتحادية/ اعلام / 2016)، في 2016/11/8 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا العراقية على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/9.

(2) د. شهاب احمد عبد الله، دور المحكمة الاتحادية العليا في تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2018، ص414.

حمايتها هي مبدأ الفصل بين السلطات ويسعى هذا المبدأ إلى تحقيق شرعية الدولة على أساس خضوع الحاكم والمحكوم للقانون وحسن تطبيقه⁽¹⁾، وتبادل الرقابة بين السلطات وبيان حدود العلاقة بينها أي لا تقوم على التفرد بالسلطة والهيمنة على باقي السلطات، فالمحكمة العليا الأمريكية ضمنت مبدأ الفصل بين السلطات في قراراتها وان كان هذا المبدأ غير منصوص عليه بصورة صريحة في الدستور، إلا أنّ المادة الأولى منه قررت ان السلطة التشريعية يختص بممارستها الكونغرس، وتعد المادة الثانية السلطة التنفيذية إلى رئيس الولايات المتحدة، أما المادة الثالثة بينت أنّ السلطة القضائية تمارسها محكمة عليا وعدد من المحاكم⁽²⁾، أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد أشارت في قراراتها إلى مبدأ الفصل بين السلطات فقد اكدت في قرار لها "أن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءاً بدستور سنة 1923 وانتهاء بالدستور القائم دستور (1971) تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمينها لأحكامها في صلبها تمكيناً للسلطة التنفيذية إلى حال غيبة السلطة التشريعية من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير في شأنها، وقد حرص المشرع الدستوري على أنّ يضع لهذه السلطة الاستثنائية في مجال ممارستها الوظيفة التشريعية من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها إلى ممارسة تشريعية مطلقة، تتغول بها السلطة التنفيذية على الولاية التشريعية المعقودة دستورياً لمجلس الشعب؛ فقد تعين على كل السلطات في الدولة أن تلتزم تلك الحدود الضيقة، وأن تردّها إلى ضوابطها الدقيقة الصارمة التي عينها الدستور، وإلا كان عملها مخالفاً للدستور مما يخضعه للرقابة القضائية التي عهد بها إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها..."⁽³⁾.

أما المحكمة الاتحادية العليا فقد اكدت في قراراتها على مبدأ الفصل بين السلطات اذ قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية المادة (3/ خامساً) من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (45) لسنة 2017، المتضمنة الموافقة على تعيين المرشحين لمنصب نائب رئيس هيئة الاشراف ونائب رئيس محكمة التمييز ورئيس الاستئناف، لأن هذا الاختصاص لم يرد في أحكام المادة (61 / خامساً)، والمادة (91 / ثانياً) من الدستور، وأنها

(1) د. رفعت عيد السيد، اطلالة على الدفع بعدم الدستورية في تشريعات مصر ودول المغرب العربي والكويت (دراسة تحليلية نقدية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2020، ص 44 ص 46.

(2) ارست المحكمة العليا الأمريكية مبدأ الفصل بين السلطات، إلى جانب العديد من المبادئ والقواعد الدستورية والقانونية استخلصتها من روح الدستور والقيم العليا، ويعود الفضل في إقراره بشكل صريح لاجتهاد المحكمة العليا الأمريكية، التي أكدت على ترسيخه في العديد من قراراتها، منها ما جاء في قرار لها أن السلطة المفوضة لا يمكن أن يعاد تفويضها، ذلك المبدأ الذي يقوم على أساس أن اختصاص السلطات الثلاثة كل حسب ما نص عليه الدستور مفوض إليها من الشعب صاحب السيادة، ومن ثم لا يجوز أن تعيد تفويضه إلى سواها) ينظر: كلا من د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ج 1، ط 1، دار ابو المجد، القاهرة، 2006، ص 431 ود. د. أحمد كمال، المصدر السابق، ص 119 وما بعدها.

(3) ينظر قرار المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (15 لسنة 18 قضائية دستورية) بجلسة 1999/1/2، منشور على الموقع الالكتروني لمكتبة حقوق الإنسان. على الرابط. <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2023/1/9.

تمثل اختصاصاً جديداً لمجلس النواب لم ينص عليه الدستور، ولا يجوز التوسع في اختصاصات مجلس النواب المنصوص عليها الدستور؛ فإنه يشكل خرقاً لأحكام الدستور وتدخلًا في عمل السلطة القضائية، ويتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في الدستور⁽¹⁾، كما حمت المحكمة الاتحادية العليا مبدأ الفصل بين السلطات عندما منعت تجاوز السلطة التشريعية على اختصاص السلطة التنفيذية إذ تلخصت هذه القضية بقيام رئيس مجلس الوزراء برفع دعوى ضد رئيس مجلس النواب ورئيس الجمهورية حيث اصدر مجلس النواب قانون هيئة النزاهة رقم (30) لسنة 2011، وقد نصت المادة (4/اولاً) منه على أنّ "يشكل مجلس النواب لجنة مؤلفة من (9) أعضاء من لجنة النزاهة والقانونية لاختيار (3) مرشحين لمنصب رئيس الهيئة. ودفع رئيس مجلس الوزراء ان المادة مخالفة للدستور الذي اقر نظاما برلمانيا قائما على مبدأ الفصل بين السلطات وكذلك تخالف المادة (61/خامسا/ب) من الدستور وتشكل خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات فالمادة (61/خامسا/ب) من الدستور نصت على انه من صلاحيات مجلس النواب "الموافقة على تعيين كل من (السفراء واصحاب الدرجات الخاصة باقتراح من مجلس الوزراء). وكذلك المادة (80/خامسا) من الدستور نصت على أنّ يمارس مجلس الوزراء صلاحياته ب (التوصية إلى مجلس النواب بالموافقة على تعيين وكلاء الوزارات والسفراء واصحاب الدرجات الخاصة...) وان مهمة مجلس النواب فقط التصويت على هؤلاء أي المصادقة على الترشيح من المؤهلين للمناصب المذكورة لذا لا يجوز إعطاء حق الترشيح والمصادقة عليه لجهة واحدة إذ إنّ ذلك يعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي نصت عليه المادة (47) من الدستور، ايدت المحكمة الدفع المقدم من مجلس الوزراء وذهبت المحكمة في حيثيات قرارها "... ان المادة (47) من الدستور قد نصت على مبدأ الفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وقضت بان تمارس كل سلطة اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات... وان المادة (4/اولا) هو تجاوز على اختصاص السلطة التنفيذية مما يقتضي الحكم بعدم دستورية المادة (1/4اولا) من قانون هيئة النزاهة رقم (30) لسنة 2011.

و نستخلص من هذا القرار تأكيد المحكمة على احترام مبدأ الفصل بين السلطات عندما عدت المادة اعلاه المطعون بها غير دستورية⁽²⁾، كما قضت بعدم جواز تدخل السلطة التنفيذية بعمل السلطة القضائية في احدي قراراتها الذي جاء في حيثياته انه "ادعى وكيل المدعي وهو رئيس ديوان رئاسة الجمهورية ان المدعي عليه (رئيس مجلس الوزراء) اضافة لوظيفته قد اصدر تعليمات (كشف الذمة المالية) رقم (2) لسنة 2017، ولان

(1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (19/اتحادية/2017) بتاريخ 2017/9/11، منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/9.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (105/اتحادية/2011) في 2011/1/30 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/15.

التعليمات يجب ان تكون لتيسير تنفيذ القانون وتوضيحه حسبما تقتضي المادة (80/اولا) من الدستور لذلك لا يجوز ان تتضمن ما يخالف الدستور أو القانون الذي صدرت لتسهيل تنفيذه ومن هذه المخالفات ما ورد بالبند (اولاً) من المادة (11) التي نصت على (وقف راتب ومخصصات من لم يقدم استمارة الكشف عن ذمته المالية...) وفي هذا النص خرق دستوري لان حجز راتب الموظف لا يكون الا بقرار قضائي ويشكل ذلك خرقاً للمادة (47) من الدستور كما ان راتب الموظف من حقوقه القانونية فقانون انضباط موظفي الدولة لم يجز حرمان الموظف من كل راتبه حتى في حالة اتهامه وسحب يده وانما تصرف له إنصاف راتبه وحتى لو صدر قرار قضائي بحجز راتبه فلا يجوز حجز اكثر من خمس الراتب كل ذلك لكي لا يحرم الموظف وعياله من مصدر رزقه وحتى لا يضطر للانحراف، كما استحدثت التعليمات بالبند (رابعاً) من المادة (12) جريمة لا وجود لها في أي قانون وهي (اذا كان هناك تضارب للمصالح المالية للمكلف بكشف ذمته المالية) فهذه الجريمة لا وجود لها في قانون هيئة النزاهة رقم (30) لسنة 2011 ولا في أي قانون عقابي ويخالف هذا النص المادة (19) من الدستور كما يخالف المادة (1) من قانون العقوبات حيث قضت بعدم دستورية البندين المعترض عليهما⁽¹⁾.

مما تقدم نرى أنّ المبادئ الدستورية مثل مبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن حمايته مالم تطبق قرارات المحكمة الاتحادية العليا، فلا فائدة من تلك القرارات مالم يتم تطبيقها كما بينا سابقاً، افليس من الممكن ان يستقر مالم يتم تستقر العلاقات بين السلطات، وتلتزم كل سلطة من سلطات الدولة حدود اختصاصاتها، دون التعدي من احدهما على الأخرى، ومن المبادئ الأخرى التي يسهم القضاء الدستوري في حمايتها هو مبدأ الشرعية، إذ إنّ مما لا شك فيه إن سيادة القانون تستمد من سيادة الدستور، فالدستور هو الذي يضع الأسس التي يقوم عليها القانون في كل فروعها، ولذلك يتمتع بالسمو على جميع القواعد القانونية، ويتربع على قمة الهرم القانوني في الدولة، ويكفل الدستور حماية الحقوق والحريات ويحافظ على جوهرها في النص الدستوري الذي يمارس تأثيراً فعالاً على جميع فروع القانون، وتساعد أحكام الدستور على تحقيق الانسجام والترابط في بنية النظام القانوني، ويمكن للقانون الجنائي أن يحمي الحقوق المنصوص عليها في الدستور، بل على العكس من ذلك، يرفع الدستور بعض قواعد القانون الجنائي إلى قمة المبادئ الدستورية، وبما أن الحقوق والحريات في النظام القانوني هي في المقدمة وتعد محور كل نشاط قانوني، وبما إن الوظيفة الأكثر أهمية للدستور هي حماية الحقوق والحريات، فالنصوص الدستورية التي تحمي هذه الحقوق تؤثر على سائر فروع القانون فيباشر المشرع سلطته في الإطار الذي يرسمه الدستور لتلك الحقوق⁽²⁾، ويعد القانون الجنائي، أحد أهم فروع القانون

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (55/ اتحادية/ اعلام/ 2016) في 2016/8/23 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.Iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/10.

(2) د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام (المسؤولية الجنائية أساسها - عوارضها) الجزء الجنائي العقوبة والتدبير الاحترازي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص35.

التي تتطلب الاستقرار القانوني (التوازن بين المصلحة العامة والحرية)، نظراً لخطورة عواقب إنكار هذا الاستقرار، فيجب أن تكون هنالك موازنة بين القيم الدستورية للحقوق والحريات والقيمة الدستورية للمصلحة العامة، ويعد مبدأ شرعية الجريمة والعقاب صمام الاستقرار القانوني الذي يجب أن يأخذ في الاعتبار من قبل المشرعين الجنائيين في حماية حرية الفرد، وهو مبدأ يضمن الحصانة من الإدانة الجنائية ومخاطر رد الفعل أو القياس في المجال العقابي⁽¹⁾، وقد حمى دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 مبدأ الشرعية إذ نص على أنّ "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة التاريخ نفاذ القانون"⁽²⁾.

وبذلك أكد الدستور على عدم رجعية القوانين الجنائية، فضلاً عن بيان أن العقوبة شخصية، وكل تلك المبادئ هي مكونات مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وقد اكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على مبدأ الشرعية في أحكامها منها حكمها الذي قضت فيه بأن " .. الدستور إذ نص في المادة (66) منه على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، قد دل على أنّ الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها – ومن خلال قانون بالمعنى الضيق تفره وفقاً للدستور تحديد الجرائم وبيان عقوباتها، وليس لها بالتالي أن تتخلى كلياً عن ولايتها هذه، بأن تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية، وإن كان يكفيها وفقاً لنص المادة (66) من الدستور أن تحدد إطاراً عاماً لشروط التجريم وما يقارنها من جزاء لتفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، فلا يعتبر تدخلها عندئذ في المجال العقابي إلا وفقاً للشروط والأوضاع التي نظمها القانون، بما مؤداه أن النصوص القانونية وحدها بعموميتها وانتفاء شخصيتها هي التي يدور التجريم معها، ولا يتصور أن ينشأ بعيداً عنها، ولا يعني ذلك أن للسلطة التنفيذية مجالاً محجوراً تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلا زال دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ومحددًا على ضوء قوانينها فلا تتولاه بمبادرة منها لا سند لها من قانون قائم"⁽³⁾، وفي الشأن ذاته أيضاً سلكت المحكمة الاتحادية العليا العراقية في قراراتها طريقاً يحمي (مبدأ الشرعية) فقد جاء في إحدى قراراتها "بأن نص المادة (237/ثانياً) من قانون الكمارك معطلاً عملاً بحكم المادة (37/أولاً/ب) من دستور جمهورية العراق لسنة (2005)، لأن المادة المذكورة أعطت صلاحية توقيف المتهمين إلى المدير العام أو من يخوله بذلك وهو ليس بقاض لذا فإن النص المذكور جاء مخالفاً

(1) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المصدر السابق، ص88.

(2) ينظر: المادة (95) من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014.

(3) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (24 لسنة 18 قضائية /دستورية) جلسة 1997/7/5

منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة

ومتعارضاً مع أحكام الدستور⁽¹⁾. وبهذا تجد المحكمة الاتحادية وسيلة غير مباشرة من أجل حماية مبدأ الشرعية الجنائية إذ إنّ منح جهات ادارية سلطة فرض عقوبات على الاشخاص يعدّ مساساً بحقوق وحرّيات الأفراد.

مما تقدم نرى أنّ تطبيق قرارات المحكمة الاتحادية العليا يعدّ تطبيقاً للمبادئ الدستورية ذاتها ومن ثمّ تطبيقاً لمبدأ الأمن القانوني الذي يعدّ من ضمن تلك المبادئ.

المطلب الثاني

الامتناع والتأخير في تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وأثره في الأمن القانوني

ان للامتناع عن تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا أو التأخر في تنفيذها تأثير كبير على الأمن القانوني إذ إنّ اهدار ما جاء في تلك القرارات يُعدّ مساساً لعلوية الدستور، ونظراً للدور البالغ الذي تمارسه المحكمة الاتحادية العليا في حماية الشرعية الدستورية واحترام سمو الدستور فضلاً عما تتضمنه قراراتها التفسيرية من اهمية لإيضاح ما جاء في ثنايا النصوص الدستورية، فإنّ عدم التنفيذ يهدم تلك العلوية ويحد من دور المحكمة الاتحادية العليا، اذ قد يواجه تنفيذ تلك القرارات عقبات لا بد من معالجتها، فضلاً عن ضرورة توفير ضمانات تحمي تلك القرارات من التجاوز عليها أو اهمالها من قبل المخاطبين بها وهذا ما سنوضحه في الفروع الآتية:

الفرع الأول

حالات الامتناع والتأخير عن تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا

يعرف الامتناع بأنه "حركة سلبية دفعت لها ارادة مانعة تنحصر وظيفتها في ربط الحركة أو السكنة بإنسان معين"، ويرى اخرون ان المقصود به امتناع الجاني عن القيام بعمل يوجبه القانون عليه ويعاقبه إذا امتنع عن القيام به⁽²⁾، اما العقوبات التي تعترض تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية فتبرز في عدة أمور، منها الطابع السياسي لعملية التنفيذ، فبما ان طبيعة عمل المحكمة الاتحادية العليا يتمثل بالنظر في دستورية القوانين، ومدى مطابقتها للمبادئ الواردة في الدستور، فضلاً عن قراراتها التفسيرية، فإن مادتها الرئيسية

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (4/ اتحادية / 2007) في 2007/7/2 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2023/1/2.

(2) د. علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد 1996، ص139.

تكون الدستور، وهذا مما يبرز الكثير من العقبات في طريق تنفيذ مثل تلك القرارات من خلال التأثيرات التي تبرز من قبل السلطة التنفيذية في سبيل عرقلة تنفيذ القرارات وتظهر حالات الامتناع اما بصورة امتناع صريح أو امتناع ضمني وقد تكون هنالك عقبات تؤثر فعلا في صعوبة تنفيذ قرارات المحكمة وهذا ما سنوضحه تباعاً:

اولاً- الامتناع الصريح عن تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا:

يبرز الامتناع الصريح عن تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا في صور عدة تتمثل بما يأتي :

1- صدور قرار من السلطة التنفيذية: قد يؤدي صدور قرار من السلطة التنفيذية، إلى عرقلة تنفيذ الحكم بعدم الدستورية، وسواء أكان قراراً سليماً أو معيباً وقد ادت القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية في بعض الاحيان إلى عرقلة تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية مثال ذلك الحكم الذي اصدرته المحكمة في الدعوى رقم (20) لسنة 34 ق دستورية"، بجلسة 2012/6/4 بحل وزوال وجود مجلس الشعب 2011، وبعدها أصدر رئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة (الذي كان يتولى إدارة البلاد بعد ثورة 2011 القرار رقم 350 لسنة 2012 باعتبار مجلس الشعب منحلًا منذ 2012/6/5 أي منذ اليوم التالي لصدور الحكم، وليس من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية كما هو متبع في تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية، ثم أصدر رئيس الجمهورية القرار رقم (11) لسنة 2012، في 2012/7/8 بسحب قرار المجلس الأعلى للقوات المسلحة السابق رقم (350) لسنة 2012، والذي تضمن أيضاً عودة مجلس الشعب لعقد جلساته وممارسة اختصاصاته مما أدى إلى رفع منازعة تنفيذ بتاريخ 2012/7/9 باعتبار قرار رئيس الجمهورية عقبه في تنفيذ حكم المحكمة الدستورية رقم (20) لسنة 34 وتضمنت الدعوى طلباً مستعجلاً بوقف قرار رئيس الجمهورية)، وحكمت المحكمة بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم (11) لسنة 2012، وأمرت بتنفيذ الحكم بموجب مسودته، وبغير إعلان ويعد أسرع حكم تصدره المحكمة⁽¹⁾، ومما يلاحظ على السلطة التنفيذية في العراق انها خالفت في بعض الاحيان قرارات المحكمة الاتحادية العليا مثال ذلك قيام حكومة إقليم كردستان بأجراء استفتاء انفصال إقليم كردستان على الرغم من صدور قرار من المحكمة يقضي بعدم دستورية الاستفتاء⁽²⁾، وليس هذا فحسب بل ان قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد

(1) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 6 لسنة 34 جلسة 2012/7/10 منشور على الموقع

الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2023/1/12.

(2) د. ياسر عطوي الزبيدي، الامر الولائي الصادر من المحكمة الاتحادية العليا (دراسة تحليلية في ضوء قرارها المتعلق باستفتاء انفصال إقليم كردستان العراق، المصدر السابق، ص 18.

(59/اتحادية/ 2012 وموحداتها 110/اتحادية/ 2019) في 2022/2/15 الذي قضت فيه المحكمة بعدم دستورية قانون النفط والغاز لإقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007 والغائها لمخالفتها لأحكام المواد(110، 111، 112، 115، 121، 130) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ، مع عدة فقرات حكمية تتضمن إلزام الجهات التنفيذية والتشريعية في إقليم كردستان بتنفيذها⁽¹⁾ من القرارات التي تواجه مشاكل كثيرة في التنفيذ سواء بعدم تنفيذ الحكم كلياً أو جزئياً ضمناً أو علنياً، نتيجة امتناع سلطات الإقليم عن التنفيذ وان كان عدم تنفيذ السلطة التنفيذية في الإقليم للحكم يخضعها تحت طائلة التجريم استناداً لأحكام من قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل التي نصت على أنّ "يعاقب بالعقوبة ذاتها كل موظف أو مكلف بخدمة عامة امتنع عن تنفيذ حكم أو امر صادر من احدى المحاكم أو من ايه سلطه عامة مختصه بعد مضي ثمانية ايام من اذاره رسمياً بالتنفيذ متى ما كان تنفيذ الحكم أو الامر داخلاً باختصاصه"⁽²⁾، فقد اصدر مجلس الوزراء قرارات عرقلت من تنفيذ قرار المحكمة الاتحادية العليا واستناداً لذلك اصدرت المحكمة قرارها المرقم (170/اتحادية/ 2022)

في 2023/1/25 بعدم صحة القرارات الصادرة من مجلس الوزراء المرقمة (194) في 2021/6/15 و(257) في 2021 /8/3 و(335) في 2021 /9/22 و(401) في 2021/11/2 و(8) في 2022/1/11⁽³⁾.

وكان قرار المحكمة هذا بمثابة سعي للمحكمة الاتحادية العليا بمتابعة تنفيذ قراراتها بنفسها على الرغم من انها قضت في قرارات سابقة لها بأنها غير مختصة في النظر في قرارات مجلس الوزراء، ومنها

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (59/اتحادية/ 2012) وموحداتها (110/اتحادية/ 2019) في 2022/2/15 منشورات على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2023/1/15.

(2) ينظر: المادة (2/329) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.

(3) وقد اوضحت المحكمة في قرارها بأنه سبق وان تم تشريع قانون الموازنة لعام 2021 واكدت المادة 11 منه انه تلتزم الحكومة الاتحادية بتسديد مستحقات الإقليم بعد ان يقوم الإقليم بتسديد واردات النفط البالغة 250 الف برميل يوميا وبسعر شركة سومو، اي ان رواتب الإقليم تبقى موقوفة لحين تسليمهم واردات النفط لكن مجلس الوزراء انفرد في مجموعة قرارات خالفت قانون الموازنة وقرار المحكمة الاتحادية قرار رقم 194 لعام 2021 والذي يلزم وزارة المالية دفع رواتب بقيمة (200) مليار دينار شهريا إلى إقليم كردستان من 1/1/2021 إلى نهاية العام على شكل (دين) على أنّ يتم استيفائها من حصة الإقليم بعد تسديدهم واردات النفط وصدر قرار لاحق يقضي بصرف 3 مليار دينار إلى الإقليم تعويضا للأضرار التي لحقت بهم من الامطار وادركت وزارة المالية هذه المخالفة وطلبت من مجلس الوزراء إصدار قرار بحماية وزارة المالية وموظفيها من اي ملاحقة قانونية كونهم قاموا بصرف هذه المبالغ بناءً على طلب من مجلس الوزراء " وبذلك قررت المحكمة الاتحادية بعدم دستورية قرارات مجلس الوزراء: ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (170/اتحادية/ 2022) في 2023/1 /25 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2023/2/14.

قرارها في الدعوى التي اقيمت للطعن في قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (300) لسنة 2015 والذي قدر بموجبه بدلات الايجار في العقارات الواقعة في المنطقة الخضراء ومجمع الوزراء في القادسية خلافاً لقانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (21) لسنة 2013، اذ بينت المحكمة الاتحادية العليا في حيثيات قرارها بأن الرقابة الدستورية المقررة للمحكمة الاتحادية العليا تمتد إلى القوانين والانظمة النافذة فقط ولا يمتد إلى القرارات الصادرة من أي سلطة من السلطات ومنها القرارات الصادرة عن مجلس الوزراء⁽¹⁾، وكان الاجدر بالمحكمة الاتحادية العليا ان تحدد مسار واحد لعملها اما بقبول النظر في دستورية قرارات مجلس الوزراء أو عدم قبوله ، كي لا تكون ذريعة يمكن التمسك بها للتهرب من تنفيذ قراراتها بحجة عدم ثبات المحكمة على رأي واحد في تلك المسألة، فقد جوبه بالفرض ايضاً والتهرب من تنفيذه وهذا بلا شك يمس باستقرار الأمن القانوني اذ لا يمكن لأي سلطة من السلطات ان تتجاهل قرارات المحكمة الاتحادية العليا لأنها بهذا العمل تكون قد انتهكت حرمة الدستور.

2- صدور تشريع يعرقل التنفيذ: يظهر التشريع المعرقل لتنفيذ أحكام القضاء الدستوري بصورة تشريع يتضمن الأحكام التي كانت في التشريع المحكوم بعدم دستوريته بشأن نص دستوري قضت بعدم دستوريته، وقد ساعد الكونغرس الأمريكي في عرقلة تنفيذ قرارات المحكمة العليا من خلال سحب القانون غير الدستوري وتعديله، ومن خلال تقديم تشريع جديد يتفق في مضمونه مع التشريع القديم الذي قضت المحكمة العليا بعدم دستوريته⁽²⁾.

اما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد اصدرت حكماً بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (29) من القانون رقم (49) لسنة 1997 بشأن بيع وتأجير الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في ان

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (268/اتحادية/ 2022) في 2023/1/22 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2022/2/15.

(2) ففي 21 يونيو 1989 امتنعت المحكمة العليا في قضية (Texas v. Johnson) عن تطبيق تشريع لولاية تكساس يتعلق بتدنيس العلم والذي كان يقضي بعدم قانونية اسباغ الازدراء على العلم من خلال تمزيقه أو طمس معالمه أو حرقه أو وطئه بالأقدام علناً، ولقد أدين جريجوري لي جونسون بانتهاك هذا القانون عندما قام بحرق علم أمريكا أثناء المؤتمر القومي الجمهوري المنعقد في دالاس عام 1984، وبالرغم من أن الرئيس جورج بوش وبعض المشرعين كانوا في صف إصدار تعديل دستوري لإلغاء قرار المحكمة، إلا أن آخرين فضلوا ألا يقوموا بأي تعديل في الدستور، وقد سن الكونغرس تشريعا صُمم بطريقة يتم فيها تجنب المشاكل الدستورية لقانون تكساس من خلال إزالة أي أشاره لدوافع الشخص الذي يقوم بالإضرار بالعلم الأمريكي، ولقد أصدر الكونغرس قانون حماية العلم في 13 تشرين الأول 1989 وأصبح القانون ساري المفعول في 28 أكتوبر 1989 ينظر كل من: مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعد دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، المصدر، ص 247 وما بعدها د. مها بهجت يونس ومحمد سالم كريم، طبيعة أحكام القضاء الدستوري ودورها في تحقيق في تحقيق استقلاله، المصدر السابق، ص 530.

العين التي استأجرها لمزاولة نشاط حر أو تجاري لصالح ورثته بعد وفاته"⁽¹⁾، وقد بادرت الدولة بعد صدور الحكم بإصدار القانون رقم (1) لسنة 1997 ألغت بمقتضاه آثار حكم المحكمة الدستورية العليا"، اذ نصت المادة الأولى من القانون رقم (6) لسنة 1997 على إهدار الحكم وآثاره كلياً، فنصت على أن يستبدل بنص الفقرة الثانية من المادة (29) من القانون رقم (49) لسنة 1997 في شأن تأجير المؤجر والمستأجر بالنص الآتي: فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجاري أو صناعي أو مهني أو حرفي، فلا ينتهي العقد بموت المستأجر. ويستمر لصالح الذين يستعملون العين من ورثته في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي، طبقاً للعقد أزواجاً وأقارب حتى الدرجة الثانية، ذكوراً وإناثاً من قصر وبلوغ، يستوي في ذلك أن يكون الاستعمال بالذات أو بواسطة نائب عنهم.... واعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشر القانون المعدل؛ لا يستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء في العين إلا لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلي، دون غيره ولمرة واحدة"، فيعد هذا الفعل تحايلاً تشريعياً والذي يقصد به إصدار تشريع يعطل تنفيذ الحكم.⁽²⁾

فإذا صدر تشريع جديد يحمل ذاتها المبادئ لنص قضى بعدم دستورية يعد سنداً لمنازعة تنفيذ تجعل لصاحب الشأن الحق في اللجوء للمحكمة الدستورية العليا، باعتبار أنه يمثل عقبة في تنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية، ويشمل ذلك جميع ما يصدر عن السلطة التشريعية من تشريعات، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن "منازعات التنفيذ تتعدد صورها، وتتنوع تطبيقاتها، وإن كان يجمعها أن تطرح عوائق التنفيذ سواء كانت معطلة له أو مقيدة لمداها، ويندرج ضمن هذه المنازعات إصدار تشريع يعطل نفاذ حكم أو قرار صادر من المحكمة الدستورية العليا بما يشكل اعتداء على الشرعية الدستورية، ومن ثم يعد هذا التشريع عقبة من عقبات التنفيذ مما تختص به المحكمة الدستورية العليا طبقاً للمادة (50) من قانونها وحيث إنه لما كان ما تقدم فإن إغفال سلطة التشريع إعمال أثر قرار المحكمة الدستورية العليا في طلب الرقابة السابقة، وعودها عن إعمال مقتضاه، وإقرارها للقانون رقم 2 لسنة 2013 متضمناً المثالب ذاتها التي حددتها

(1) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (44) لسنة (17 / قضائية / دستورية) في 1997/2/22 منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg>. تاريخ الزيارة 2023/1/20.

(2) د. رفعت عيد السيد، اطلالة على الدفع بعدم الدستورية في تشريعات مصر ودول المغرب العربي والكويت (دراسة تحليلية نقدية)، المصدر السابق، ص105.

المحكمة الدستورية العليا في قرارها الصادر بجلسة 2013/2/17، المشار إليه يعد عقبة في تنفيذ هذا القرار⁽¹⁾.

ولم تقتصر المحكمة الدستورية على أن تجعل من صدور تشريع يعطل حكمها عقبة في التنفيذ وإنما بينت بأن عوائق تنفيذ أحكامها تتمثل أيضاً بتبني المشرع لتشريع جديد ذو أحكام مشابهة لنص تشريعي سبق لهذه المحكمة القضاء بعدم دستوريته، فضلاً عن إصدار السلطة التشريعية لنص قانوني جديد موجه لذات المخاطبين انفسهم بحجة أنه نص جديد مستترة في ذلك وراء فكرة استقلال النصوص القانونية؛ إذ يدعو ذلك تحايلاً على أحكام الشرعية الدستورية، ومن ثم يعتبر هذا التشريع الجديد أو ما يصدر من قرارات تنفيذاً له عقبة من عقبات التنفيذ لأحكام المحكمة⁽²⁾.

وفي سياق ما تقدم يثار تساؤل مؤداه هل ان تغير الظروف مثل اجراء تعديل دستوري يجعل من القانون المحكوم بعدم دستوريته قانوني ممكن ان يعيد ذلك النص إلى الوجود؟ نرى أن القوانين التي حكم بعدم دستوريته تخرج من النظام القانوني ولا تعود بصفة تلقائية لمجرد تغير الظروف القانونية بتعديل النص الدستوري بما يجعلها موافقة للدستور، فلا تعود الا بنفس الطريقة التي وضعت به سابقاً أي من قبل السلطة التشريعية وهنا لا يمكن اعتبار موقف السلطة التشريعية عند اعادة إصدارها لتلك النصوص القانونية المطابقة للدستور في تعديله الجديد مساساً أو ايقافاً لتنفيذ أحكام وقرارات القضاء الدستوري لان هذا يمس باستقرار الأمن القانوني .

3- امتناع المحاكم عن تنفيذ قرارات وأحكام القضاء الدستوري:

يظهر امتناع المحاكم عن تنفيذ أحكام وقرارات القضاء الدستوري من خلال تطبيق القانون أو النص المحكوم عليه بعدم الدستورية، على وقائع الدعوى المعروضة عليها، وعند ذلك يحق للمدعي بالدعوى الدستورية وفقاً للتشريع المصري ان يطعن في الحكم الصادر أمام المحكمة الأعلى، ويدفع أمامها بالحكم بعدم

(1) - ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (9/ لسنة 35/ قضائية) منازعة تنفيذ جلسة 2015/3/14 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg>. تاريخ الزيارة 2023/1/25.

(2) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (5 لسنة 22/ قضائية / تنفيذ) جلسة 2001/8/4 وحكمها في القضية رقم (38/ لسنة 38 / قضائية/ تنفيذ) جلسة 2017/4/1 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 2023/1/22.

الدستورية، حتى ولو كانت محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا، باعتبار ذلك من النظام العام⁽¹⁾.

كما يمكن لصاحب المصلحة التوجه إلى محكمة الموضوع المختصة، بطلب تنفيذ الحكم بعدم الدستورية عيناً، أو رفع دعوى منازعة تنفيذ أمام المحكمة الدستورية العليا، أو رفع دعوى تعويض بطريق (دعوى المخاصمة)، وفقاً لنص المادة (1/494) من قانون المرافعات المصري التي نصت على أن " إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملهما، غش أو تدليس أو عذر أو خطأ مهني جسيم، ولأن الامتناع عن تنفيذ الحكم بعدم الدستورية، هو خطأ مهني جسيم، يستوجب مسائلة القاضي، بشرط إثبات وقوع الضرر مادياً كان أو أدبياً وتوافر العلاقة السببية بين هذا الخطأ وإحداث الضرر، ولأن هذا الامتناع يقع ضمن المسؤولية الشخصية للقاضي عن الأضرار التي لحقت بالخصوم نتيجة لخطئه"⁽²⁾، وهذا ما فعلته المحكمة الإدارية العليا بعد أن أحالت أوراق الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا، للنظر في مدى دستورية المواد المطعون فيها، بعد أن ساورها الشك في عدم دستورتها إلا أنها عادت والتقتت على حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر بجلسة 1998/12/5 بعدم دستورية المواد لمطعون فيها، وتجاهلته تماماً وصدر حكمها في 1999/9/27 برفض الدعوى، مبررة بأن المدعية قد استقر مركزها القانوني بالحكم المطلوب إبطاله، وأن حكم المحكمة الدستورية العليا لا ينسحب أثره على المدعية، ويكون حكم المحكمة الإدارية العليا في هذه الدعوى انكار وتجاهل لحكم المحكمة الدستورية العليا⁽³⁾.

نرى مما تقدم بأن المحاكم لا يمكن لها ان تتجاهل تنفيذ أحكام وقرارات القضاء الدستوري بحجة استقرار المراكز القانونية فاستقرار تلك المراكز لا يمكن ان يكون اهم من المشروعية الدستورية، فضلاً عن ان القضاء الدستوري هو الأولي والاجدر والاعلم بحماية تلك المراكز، فإذا قضى بعدم الدستورية فهو هنا قرر عدم صلاحية هذا القانون لحماية المراكز، فلا يمكن الاحتجاج بحماية المراكز المستقرة بموجب قانون غير دستوري، وجدير بالذكر ان الواقع السياسي قد يكون سبباً في تأخر تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وليس هذا فحسب بل قد يكون سبباً في تأخر حسم القضايا من قبل المحكمة الاتحادية العليا، فالضغط الذي يمارس من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية على سير اجراءات المحكمة ووقت حسم الدعوى يؤثر تأثيراً واضحاً على استقرار عمل المحكمة، وعلى الثقة المشروعة بالمحكمة ذاتها، مثال ذلك: قرارها ببرد دعوى الطعن بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بتكليف رئيس مجلس الوزراء لتشكيل الحكومة، كون الاخير

(1) مصعب محمد مهدي، أثر الحكم بعدم الدستورية دراسة في النظام الدستوري العراقي والمقارن، اطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 2019، ص149.

(2) د. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذه وآثارها، 2009، بلا دار نشر، ص294.

(3) مصعب محمد مهدي، المصدر السابق، ص124.

يحمل جنسية اجنبية لمخالفته للمادة (18/رابعاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي توجب من يتولى منصباً سيادياً ان يتخلى عن جنسيته الأخرى المكتسبة، وبرتت المحكمة رد الدعوى بعدم تشريع القانون من مجلس النواب⁽¹⁾.

وتخلت في بعض الاحيان عن اختصاصها في التفسير ولم تفسر المقصود بالمنصب السيادي والأمني الرفيع، وبرتت ذلك بأن تعبير المنصب السيادي والأمني الرفيع مناط تحديده إلى التوجهات السياسية في العراق والقائمون عليها هم من يحدد هذه المناصب ومدى تأثرها في السياسة العامة للدولة⁽²⁾، وعلى القاضي الدستوري ان يعمل على الموازنة بين الوضع المحيط به وبين ما ينظره من دعوى لانه لا يمكن له ان يعيش بمعزل عن الظروف المحيطة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية⁽³⁾.

ثانياً- الامتناع الضمني عن تنفيذ قرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا.

إن هذه الصورة هي الأكثر شيوعاً في مجال عدم تنفيذ الإدارة للأحكام والقرارات القضائية، فهي تلجأ إلى هذه الوسيلة دون الحاجة إلى إصدار قرار صريح بالرفض بل تكتفي بالسكوت عن اتخاذ الإجراءات اللازمة للتنفيذ، فالأصل مثلاً أن صدور حكم بإلغاء قرار إداري، يجعل من القرار كأن لم يكن، وهذا يستلزم تحمل الإدارة للالتزامين أحدهما سلبي بالامتناع عن اتخاذ أي إجراء تنفيذي يترتب عليه حدوث أثر للقرار بعد إلغائه، وثانيهما إيجابي باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذ منطوق الحكم مع تطبيق نتائج القانونية⁽⁴⁾، وقد تبرز هذه الصورة من الامتناع في مجال تنفيذ قرارات القضاء الدستوري فقد تتغاضى الجهات الملزمة بتنفيذ تلك القرارات وتستمر بأعماله وكأن الحكم بعدم دستورية القانون أو القرار التفسيري لم يصدر ويكون في صورة الاستمرار بتنفيذ القانون أو النظام المحكوم بعدم دستوريته والاستمرار في تطبيق الإجراءات المترتبة عليه، رغم صدور الحكم بإلغائه من أخطر المخالفات التي ترتكبها السلطات.

وقد يبرر البعض عدم الالتزام الحرفي للجهات الادارية التنفيذية بتنفيذ الأحكام القضائية بالقول انه إذا كان الأفراد ملزمين بطاعة الحكم القضائي حرفياً، أليس من المسموح للإدارة ألا تطيعه الا روحاً؟ قد تجيب الإدارة بالإيجاب، ولكن يوجد أيضاً المحكوم له وهو صاحب مصلحة أيضاً ويضره أن يجد ما قضى له

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (8/اتحادية / 2015 في 2015/5/4) منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2023/1/5.

(2) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (100/ اتحادية/ 2013) في 2015/1/19 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2023/1/24.

(3) د. عدنان عاجل عبيد، جودة أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، المصدر السابق، ص73 وما بعدها.

(4) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الاداري (قضاء الإلغاء)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص331.

به لا ينفذ الا جزئياً، أو على غير ما أراد الحكم⁽¹⁾، وكيف إذا كان الحال بتنفيذ قرارات وأحكام القضاء الدستوري التي لا تتعلق بمصالح شخصية وانما بمصلحة عامة ، فضلاً من ان تنفيذ قرارات القضاء الدستوري تمثل احتراماً للقواعد الدستورية الحامية للحقوق والحريات، وللأمن القانوني، فالتعسف كما يقال يجد ملاذه في التنفيذ ولكن الجهات المخاطبة بالقرارات الدستورية قد لا تلجأ إلى الرفض الواضح لتنفيذها إلى ان التراخي الممل يفقد القرارات الدستورية قيمتها ايضاً.

إلا أنّ قرارات وأحكام القضاء الدستوري قد لا تنفذ بسبب عقبات تمنع، أو تجعل من تنفيذها صعباً، ومن هذه العقبات ما يأتي:

1- عدم إمكانية الإكراه على تنفيذ قرارات القضاء الدستوري:

لعل تنفيذ الحكم والقراري في مجال القضاء الدستوري يختلف عن القضاء العادي بالنظر إلى طبيعة المصلحة أو المركز القانوني الذي يحميه الحكم الدستوري، وكذلك طبيعة المحكوم ضده في الدعوى الدستورية؛ فوسائل التنفيذ الجبري بمعناه الدقيق في قانون المرافعات المدنية، والمتمثل في حمل المحكوم ضده على التنفيذ بالقوة، لا يمكن إعمالها في مجال الحكم الدستوري، فلا يمكن استخدام طرق التنفيذ العادية ضد أشخاص القانون العام، ذلك أن المعنى بتنفيذ الحكم الدستوري ليس المدين الملزم بالوفاء بالتزامه، وإنما قد يكون القاضي الذي ينظر الدعوى التي استلزمت تطبيق نص قضي بعدم دستوريته، وقد يكون جهة الإدارة التي تصر على إعمال حكم نص قضي بعدم دستوريته، وقد يكون السلطة التشريعية التي تتجاهل حكماً دستورياً يوجب إجراء تعديل تشريعي بإضافة نص بديل للنص المقضي بعدم دستوريته أو ما شابه، فالملتزم بتنفيذ الحكم الدستوري بهذا التصور لا يستقيم استعمال وسائل التنفيذ العادية في مواجهته، إذ إنّ تلك الوسائل رغم اختلافها بحسب طبيعة الالتزام وما إذا كان بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بالوفاء، إلا أنّها تصب جميعها في نهاية واحدة وهي التنفيذ بالقوة الجبرية وذلك إما عيناً متى سمحت طبيعة الالتزام بذلك أو بمقابل إذا لم تسمح طبيعة الالتزام بأن تنفذ عيناً جبراً أو بالإكراه البدني، وهو ما لا يستقيم مع الحكم الدستوري حيث إن طبيعة الالتزام تقتضي أن ينفذها الملتزم بها طواعية، فلن تتحقق الغاية من الحكم بعدم دستورية نص تشريعي بالإكراه البدني لشخص المنوط به تنفيذه ولا يتصور أن يتم التعويض المادي بدلا من تنفيذ الحكم بعدم دستورية النصوص، كما أن أموال الدولة لا تقع تحت الحجز وفقا لطرق التنفيذ في قانون المرافعات،

(1) رافت فودة، دروس في قضاء المسؤولية الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص32.

فهي تتضمن الحجز بمختلف أنواعه سواء كان حجزاً تحفظياً أو تنفيذياً سواء كان حجزاً عقارياً أو على منقول أو حجزاً على ما للمدين لدى الغير⁽¹⁾.

ومن المبررات التي قيلت بشأن عدم امكانية اتباع التنفيذ الجبري بحق الاشخاص العامة انها تملك من الأموال ما هو مخصص لخدمة الصالح العام، ونرى أنّ هذا الرأي غير موفق لان المصلحة العامة إذا كانت تأبى تغليب الصالح الخاص هذا يخل باستقرار الصالح العام لان الغاية الأساسية والمهمة التي يجب ان تراعى هي التزام الدولة بكافة سلطاتها بأحكام قضائها، فلا يمكن ان يتحقق الأمن القانوني باتخاذ ذريعة حماية الصالح العام من التنفيذ الجبري فالموازنة هنا ليس بين مصلحة عامة وخاصة وانما بين مصلحتين عموميتين احدهما الالتزام بأحكام وقرارات القضاء الدستوري والثانية الحماية من طرق التنفيذ الجبري والمصلحة الأولى هي المصلحة الاجدر بالحماية لضمان مبدا الأمن القانوني من خلال تنفيذ ما يصدر من القضاء الدستوري.

وقد يتساءل البعض هل ان إلزامية تنفيذ أحكام وقرارات القضاء الدستوري تشمل فقط الحكم بعدم الدستورية؟ والجواب عن ذلك: كلا، لان جميع ما يصدر عن القضاء الدستوري سواء بالحكم بعدم دستورية القوانين أو دستوريته أو تفسير الدساتير أو القوانين أو حل المنازعات فهو ملزم، فلا يمكن الأخذ بإلزامية بعض من تلك الأحكام والقرارات واهدار الأخرى، لان النصوص الدستورية والقانونية جاءت عامة بشأن امتلاكها الحجية المطلقة.

2- غموض قرارات وأحكام القضاء الدستوري:

قد يكون قرار المحكمة الدستورية غير واضحاً مما يؤثر في تطبيقه، فمن الممكن ان تكون الدعوى المعروضة في غاية التعقيد مما يؤدي صعوبة رسم سياسة واضحة، ومن ثمّ يصدر الحكم أو القرار غامض مما يعرقل تنفيذه مثال ذلك حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Fourman v. Gorgia* سنة 1972، اذ اصدرت هذا الحكم بأغلبية خمسة أصوات ضد أربعة بعدم دستورية عقوبة الإعدام كما تقررها القوانين القائمة في ولاية جورجيا، وذلك انطلاقاً من ان القوانين قد تميز تمييزاً عنصرياً ضد الاقليات والفقراء، ووصفت عقوبة الإعدام بانها عقوبة وحشية وقاسية مما يخالف التعديلين الثامن والرابع عشر وكتب كل قاضٍ من القضاة الخمسة المشكلين للأغلبية رأياً منفصلاً مما أثار الخلاف، والخلط الذي نشأ نتيجة قرار 1972 أثر ليس فقط على قضاة المحاكم الأدنى ولكن كذلك على الهيئات التشريعية بالولايات، فلقد تدافعت الولايات

(1) د. عبد الباسط جمعي ود آمال الفزايري، التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1990، ص14.

لتجيز تشريعات خاصة بعقوبات الإعدام متفاوتة في شدتها وأحدثت بذلك عدداً جديراً بالاعتبار من الخصومات القضائية الجديدة، واكتشف بعضهم انهم أخطئوا لما أوضحت المحكمة العليا⁽¹⁾.

وبذلك يكون غموض قرارات وأحكام القضاء الدستوري احد عقبات التنفيذ، اذ لا يمكن للأفراد ان يتحقق لهم الاطمئنان بها مالم تكن واضحة وسهلة التطبيق، كما يجب ان يكون تسبيب الأحكام والقرارات واضحاً قد نص قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (159) منه باعتباره يمثل القانون العام في جميع اجراءات المحاكم بما فيها المحكمة الاتحادية العليا في حال تعذر وجود نص في النظام الداخلي للمحكمة:

1- يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون 2- على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول اورد الادعاءات والدفع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استند إليها"، فبذلك يجب ان يكون تسبيب المحكمة الاتحادية لقراراتها واضحاً لا يكتنفه الغموض لان التسبيب يضمن عدم تحيز القاضي كما انه يوصل للحجج التي رتب عليها القاضي حكمه ويوضح للخصوم القرار⁽²⁾، لان غموض القرار بأي شكل من الاشكال سيؤثر على الثقة به ومن ثمّ يؤثر على استقراره، وبذلك نجد ان الطريق الامثل لمعالجة غموض تلك القرارات هو تفسير تلك القرارات من قبل المحكمة مصدرة القرار ذاته، لذلك قرر قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بأنه يمكن الرجوع إلى ذات المحكمة، للتفسير واستجلاء ما يكون قد وقع في الحكم من غموض أو إبهام، وقوفاً على حقيقته وممرماه وتحديداً للمعنى المقصود منه دون زيادة أو نقصان⁽³⁾، ولهذا فإنه من المتفق عليه؛ أن الحكم الصادر في دعوى التفسير يعد متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره، فيسري عليه ما يسري على الحكم ويتم التفسير بطلب يقدم إلى المحكمة، وفقاً للأوضاع المعتادة لرفع الدعوى على أنّ لا يعدل القرار التفسيري القرار الأصلي والا اعتبر قراراً جديداً، كما يجب ان يتضمن القرار المفسر معنى من المعاني المحتملة للقرار الأصلي، أما إذا لم يكن المعنى الذي تضمنه القرار المفسر من المعاني المحتملة، فلا يطبق باعتباره تفسيراً للقرار الأصلي، بل يعتبر تعديلاً له يسري عليه ما يسري على القرارات الجديدة والغاية من تضمين القرار المفسر لمعنى محتمل للقرار الأصلي هو عدم مفاجأة الأفراد بما يتضمنه القرار المفسر إذا كان يحمل معنى بعيداً عن القرار الأصلي⁽⁴⁾.

(1) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص 136 وما بعدها.

(2) د. حيدر عبد الرضا علي ود. مثنى عباس عبد الكاظم، المصدر السابق ص 373 وما بعدها.

(3) ينظر: المادة (192) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(4) رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني، المصدر السابق، ص 64 وما بعدها.

كما تعد مخالفة تفسير القاضي الدستوري عقبة في تنفيذ قراراته وهذا ما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا المصرية حيث قضت بأن "إذا حددت المحكمة الدستورية العليا بطرق الدلالة المختلفة معنى معيناً لمضمون نص تشريعي منتهية من ذلك إلى الحكم برفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة التي قام عليها هذا حكم، لتمتد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل الدستورية باعتبارها متضامين وكلا غير منقسم، ولا يجوز بعدئذ لأية جهة ولو كانت قضائية أن تعطي هذا النص معنى مغايراً يجاوز تخوم الدائرة التي يعمل فيها محدد إطارها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا"⁽¹⁾، لكن الصعوبة تظهر فيما إذا كان القضاء الدستوري لا يملك تفسير ما يصدر عنه من قرارات مثال ذلك المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد رفضت طلبات تفسير أحكامها وعدت ذلك من المسائل الخارجة عن اختصاصها، حيث ذهبت في إحدى قراراتها التفسيرية بأن "موضوع الطلب يتعلق بتفسير القرار الصادر من هذه المحكمة بالعدد (16/اتحادية/2007) وحيث أن تفسير ما تقدم يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا المنصوص عليها في المادة (93) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005..."⁽²⁾، فقد تمت اناطة تفسير قرارات المحكمة الاتحادية العليا بمجلس الدولة وكان الاجدر ان يتم إعطاء تفسير قرارات المحكمة الاتحادية العليا للمحكمة ذاتها لان تفسير القرارات يعني تأكيد المعاني التي قصدتها القاضي في حكمه وتحديدتها بشكل لا يقبل اللبس والغموض، كما ان اسناد مهمة التفسير إلى جهة أخرى يفسح المجال امام ظهور تفسيرات جديدة قد تكون مغايرة لمقاصد القاضي وتوجهات المحكمة، فضلاً عما يترتب عليه من اشكالات قانونية تتعلق بقيمة القرارات التفسيرية بالنسبة للمحكمة الاتحادية العليا والجهات التي يخاطبها الحكم مما يخل بالأمن القانوني.

ويثار التساؤل هنا ما هو السند القانوني، الذي يخول مجلس الدولة تفسير أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، حيث لم تشر المادة (6) من قانون المجلس، والتي توضح اختصاصاته إلى اختصاصه بتفسير قرارات المحكمة الاتحادية وإذا كانت الفقرة خامساً من المادة السادسة من قانون مجلس الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979 تخول مجلس الدولة تفسير الأحكام القانونية إلا أنّ الهوة واسعة بين ما قصده النص من الأحكام التي تتضمنها النصوص القانونية والأحكام القضائية الصادرة من المحاكم، كما انه يجب ان يكون التفسير مقرر لما قصده المحكمة، أي يجب الا يكون واسعاً، فيدخل في معنى النص المراد تفسيره ما لا

(1) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 35 لسنة 9 قضائية دستورية جلسة 14/8/1994 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg>. تاريخ الزيارة 2023/2/7.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (62/ اتحادية/اعلام/2014) في 2/6/2014 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2023/1/7.

تقصده المحكمة، ولا ضيقاً فيضيع ما تبغيه المحكمة من مراد فهذه الطريقة الوحيدة التي تضمن تفسير قرارات المحكمة الاتحادية العليا بصورة تضمن الاستقرار لما تصدره من قرارات والا ضاعت الغاية الأساسية منها وهذا ما لا يتحقق الا بإعطاء تفسير قرارات المحكمة الاتحادية العليا للمحكمة ذاتها فنرى ضرورة اضافة نص في قانون المحكمة الاتحادية العليا بإعطاء المحكمة الولاية التكميلية لتفسير ما يصدر منها من قرارات اذ لا يكفي النص على تطبيق قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص في قانون المحكمة ونقترح ان يكون النص القانوني كالاتي " يحق للخصوم طلب تفسير قرار المحكمة الاتحادية العليا الذي يشوب منطوقه غموض أو ابهام ويتم تقديم الطلب امام المحكمة الاتحادية العليا ذاتها"

وحرى بالذكر انه ليس فقط غموض القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا تؤثر على تنفيذها فايضاً تسبب تلك القرارات بلا شك يؤثر في وضوحها ومن ثم تنفيذها ويقصد بالتسبيب " ايراد الحجج الواقعية والقانونية التي بني عليها الحكم، ومن ثم فالمحكمة الاتحادية العليا ملزمة بأيراد التسبيب في قراراتها⁽¹⁾ لأن قانون المرافعات المدنية نص على انه "1- يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون. 2- على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول اورد الادعاءات والدفع التي أوردتها الخصوم والمواد القانونية التي استند إليها⁽²⁾." ويلاحظ في قرارات المحكمة الاتحادية العليا ضعفاً في تسبيب قراراتها احياناً مثال ذلك قرارها الذي اعتبرت فيه قانون رواتب ومخصصات رئاسة الجمهورية رقم (26) لسنة 2011 غير دستوري لتشريعه دون اتباع السياقات الدستورية وحكمت المحكمة بإلغائه⁽³⁾، في حين نراها في قرار آخر لها الخاص بالظعن في قانون رواتب ومخصصاتها مجلس الوزراء رقم (27) لسنة 2011 الذي اعتبرته غير دستوري وحكمت بإلغائه لأسباب اوردتها في صلب القرار وهي عدم اعداد مشروع هذا القانون من لدن مجلس الوزراء ؛ إذ إنّ مشروع هذا القانون المقدم لهذا القانون من مجلس الوزراء يختلف عن القانون الصادر من حيث الشكل والموضوع، فلم يتم اعداد هذا المشروع من لدن السلطة التنفيذية كما استقر عليه قضاء هذه المحكمة⁽⁴⁾.

(1) د. حيدر عبد الرضا عبد علي، د. مثنى عباس عبد الكاظم، المصدر السابق، ص273.

(2) ينظر: المادة (159) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(3) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (19/ اتحادية/ 2013) في 2013/5/6 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2023/1/9.

(4) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (48/ اتحادية/ 2012) والصادر في 2012/2/25 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq> تاريخ الزيارة 2023/1/25.

فاختلاف تسبب المحكمة الاتحادية العليا لقراراتها المتشابهة في المضامين يؤثر بلا شك في فهم تلك القرارات ومن ثمّ التهرب من تنفيذها.

الفرع الثاني

ضمانات تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا واثرها في الأمن القانوني

بما ان مهمة القاضي الدستوري تنتهي بإصدار القرار، لذلك لا بد من ان تكون هنالك وسائل و ضمانات تضمن تنفيذها، لان القرار أو الحكم الدستوري وان كان يملك طبيعة تجعل منه نافذاً، إلا أنّ هذا لا يمنع من وجود عقبات تعرقل تنفيذه، كما بينا فلا بد من وجود ضمانات حقيقية تكفل تنفيذها، وتختلف الضمانات المقررة لقرارات القضاء الدستوري باختلاف الأنظمة الدستورية، وهذا ما سنوضحه في المقاصد الآتية:

أولاً- نشر قرارات وأحكام القضاء الدستوري:

ان ما يضمن تنفيذ قرارات وأحكام القضاء الدستوري هو نشر تلك الأحكام والقرارات فلا يمكن إلزام السلطات والأفراد بتنفيذها ما لم تكن منشورة، فبعض الدول وان لم تنص دساتيرها بنصوص صريحة على نشر أحكام القضاء الدستوري إلا أنّ الأحكام تنشر مثال ذلك الدستور الأمريكي لسنة 1787 المعدل، اذ لم ينص على نشر أحكام المحكمة العليا الأمريكية في الجريدة الرسمية، إلا أنّ تلك الأحكام تنشر وهنالك طريقة خاصة لنشرها فبعد ان يحدد كل قاض رأيه في القضية يتم إصدار الحكم الذي يأخذ طريقه للطبع ومن ثم توزع على قضاة المحاكم الاتحادية وقضاة محاكم الولايات ومكاتب كليات الحقوق التي يتم اختيارها، ثم بعد ذلك يتم نشرها بواسطة المجموعات الدورية المختلفة المعدة لهذا الغرض، كما تنشر أيضاً ملخصات تحليلية قصيرة حول الآراء تسمى "الخلاصات"، ويتم قراءة الآراء في القضايا قبل نشره من قبل محام ومساعد قضائي⁽¹⁾.

(1) أن تلك المجموعات لا تنشر فقط آراء الأغلبية بل تنشر كذلك جميع الآراء المخالفة والآراء المنفقة من حيث النتيجة مع ذكر اسم القاضي الذي كتب تلك الآراء مع ذكر آراء القضاة المتفقين معه، وهذه المجلدات هي نشرة رسمية للمحكمة العليا، وقبل أن تصدر المحكمة حكماً في أي قضية، ويتم دراسة كل رأي صدر حول القضية بعناية فائقة للتأكد من صحة الاستشهادات والاقتباسات، ومن صحة الأسلوب، ومن عدم حصول أخطاء مطبعية ينظر : مصعب محمد مهدي ، المصدر السابق ، ص126.

أما في (مصر) فقد جاء دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 لينص وبصراحة على نشر أحكام المحكمة الدستورية العليا في الجريدة الرسمية اذ نصت المادة (195) منه على أنّ " تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار" كما نصت المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 المعدل على أنّ " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة، وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها....."

أما دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فلم ينص على نشر قرارات المحكمة الاتحادية العليا، ولا حتى قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل اما النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2022، فقد نص في المادة (36) منه على أنّ "قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات والأشخاص كافة ولا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن وتُنشر القرارات التي تقضي بعدم دستورية القوانين والانظمة والقرارات الأخرى التي تترتأى المحكمة نشرها في الجريدة الرسمية والموقع الإلكتروني للمحكمة...."، اما المادة (47) منه فقد نصت على أنّ " تصدر المحكمة مجلة تحت عنوان (القضاء الدستوري العراقي) تعنى بنشر القرارات، والأحكام الدستورية، والدراسات والأبحاث واجتهادات القضاء الدستوري والثقافة الدستورية".

وكان لابد من المشرع العراقي ان ينص على نشر أحكام وقرارات المحكمة في الجريدة الرسمية في قانون المحكمة ذاته، وعدم الاقتصار على ذكر هذا الامر المهم في النظام الداخلي للمحكمة، كما كان من الافضل تحديد مدة لنشر تلك الأحكام والقرارات في الجريدة الرسمية، ويكون ذلك التاريخ هو تاريخ دخول القرار حيز النفاذ الفعلي، إذ إنّ المشرع بتحديد ميعادا لذلك النشر، يكون قد ساهم مساهمة فعالة في إقرار ذلك النفاذ وجعل أحكام المحكمة الاتحادية العليا حيز التنفيذ، في مواجهة السلطات العامة والكافة بشكل لا يقبل اللبس أو الغموض، ويكون بذلك قد حمى مبدأ الأمن القانوني افضل حماية.

ثانياً- تشكيل هيئة متخصصة تتولى تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا:

لأهمية أحكام وقرارات القضاء الدستوري في ضمان مبدأ الأمن القانوني، ولعدم وجود طرق طعن خاصة بتلك الأحكام والقرارات لكونها باتة كان من المفترض ان تكون هنالك جهة تتولى مراقبة تنفيذ تلك

القرارات، لضمان حسن التنفيذ لذلك تم إعطاء المحكمة الدستورية العليا في مصر تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها والنظر في كافة المنازعات المتعلقة بالتنفيذ⁽¹⁾.

وتملك المحكمة الدستورية العليا المصرية حق الفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ القرارات والأحكام الصادرة بموجب قانون المرافعات المدنية والتجارية بناءً على نص المادة (50) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 المعدل التي نصت على أنّ "تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادر منها وتسري على هذه المنازعات الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها، ولا يترتب على رفع المنازعة وقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل في المنازعة" وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في إحدى أحكامها بأن "الخصومة الدستورية هي خصومة عينية بطبيعتها، ذلك ان قوامها مقابلة النصوص التشريعية القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بالقواعد التي فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية لإلزامهما بالتقيد بها في ممارستها لاختصاصاتهما الدستورية، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية أو هي بالأحرى محلها، وهي لا تبلغ غايتها إلا بإصدار تلك النصوص بقدر تعارضها مع الدستور وقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأنها يحوز الحجية التي تطلق آثارها في مواجهة الدولة على امتداد تنظيماتها وتعدد مناحي نشاطها وكذلك بالنسبة إلى الاغيار جميعهم ومن ثم لا تنحصر آثار أحكامها فيمن يكون طرفاً في الخصومة الدستورية سواء باعتباره خصماً أصيلاً أو منضماً، بل سكون سريانها على من عداهم التزاماً مترتباً في حقهم بحكم الدستور"⁽²⁾.

أما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد تغاضت عن تنفيذ أحكامها بنفسها على الرغم من أن قانون إدارة الدولة العراقية لسنة 2004 الملغي نظم ذلك بموجب المادة (44) بقولها ".... ولها مطلق السلطة بتنفيذ قراراتها بضمن ذلك صلاحية إصدار قرار بازدراء المحكمة وما يترتب على ذلك من اجراءات" كما ان قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل لم ينص على أي جزاء لمواجهة الامتناع عن تنفيذ قراراتها إلا أنّها ذهبت في احد قراراتها إلى اعتبار عدم تطبيق قراراتها يعد خرقاً اذ قضت بأن "... ان عدم تطبيقه من قبل المفوضية رغم إلزاميته قرار المحكمة الاتحادية العليا لكافة السلطات يعد خرقاً

(1) ينظر: المادة (50) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979 المعدل.

(2) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (19) لسنة 15 قضائية /دستورية) جلسة 8 اذار 1995 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg> تاريخ الزيارة 1/3/

لأحكام المحكمة الاتحادية العليا الدستورية⁽¹⁾.."

ومن ثمّ فإن دور المحكمة الاتحادية العليا ينتهي بمجرد صدور قرارها وهذا ما يعد نقصاً تشريعياً لابد من معالجته.

ويرى البعض انه من الافضل تشكيل جهاز، يتولى تنفيذ القرارات والأحكام بشكل مستقل عن القضاء لكي يتفرغ قضاة المحكمة للعمل القضائي وحده، اذ من الممكن إعطاء مسؤولية التنفيذ إلى قاض، ويُسمى قاضي التنفيذ، اي انشاء جهاز تنفيذي يدار بإشراف قاض منتدب ومهمته تقتصر على تنفيذ القرارات الصادرة من القضاء الدستوري، وليس له أن يتدخل في منطوق الحكم أو يفسره، وإنما يُصدر الأوامر المتعلقة بتنفيذ ذلك الحكم فقط، فإذا وجد غموضاً في النص، وجب عليه الاستعانة بالمحكمة التي أصدرته⁽²⁾، وهي تماماً تماثل صلاحية المنفذ العدل في العراق؛ لأنه في بعض الأحيان، يجوز انتداب أحد القضاة ليقوم بمهام المنفذ العدل في الأماكن التي لا يتوفر فيها منفذ عدل، وفق ما جاء في نص الفقرة (خامساً) من المادة (6) من قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 المعدل، والتي جاء فيها بأنه: (يعتبر قاضي البدأة الأول المنفذ العدل، إن لم يكن لها منفذ عدل، خاص ولوزير العدل تنسيب أي قاض آخر للقيام بأعمال المنفذ العدل)، وتوجد فضلاً عن ذلك ضمانات دستورية غير مباشرة تتمثل بالرقابة المتبادلة بين السلطات التي تحد من تجاوز السلطات وتحقيق التوازن بينها، خاصة في الأنظمة البرلمانية، اذ تملك السلطة التنفيذية الحق في حل البرلمان وإجراء انتخابات جديدة، بالمقابل يملك الأخير الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في حال امتناعها عن تنفيذ أو عرقلة تنفيذ القوانين والقرارات القضائية⁽³⁾، كما يمكن ارغام الجهات الممتنعة عن تنفيذ القرارات بالقوة العسكرية اذا اقتضت الضرورة ذلك واننا نرى بأن افضل ضمان لتنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا هو بإعطاء اختصاص مراقبة تنفيذ قراراتها للمحكمة الاتحادية العليا ذاتها لأنها الاعلم بتلك القرارات ان كانت بحاجة للتوضيح فهي الإدارى بمعناها ومن ثمّ تنفذ بوقت قصير بدلاً من طول الاجراءات في حال تم إعطاء مهمة التنفيذ لجهة أخرى.

ثالثاً- وسائل الإرغام الشعبية:

يقصد بالرقابة الشعبية هي الرقابة التي يباشرها المواطنون على أجهزة الإدارة ومرافقها المختلفة بوساطة تعاملهم معها واتصالهم بها، أو عن طريق مباشرتهم لحقوقهم السياسية في اختيار كوادرها وأعضائها

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (113/اتحادية/اعلام/2013) في 2013/10/30 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/26.

(2) مصعب يوسف محمد صالح، المصدر السابق، ص113 وما بعدها.

(3) ينظر: المادة (64) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

أو في تقويم أعمالها، أو عن طريق التنظيمات السياسية والنقابية التي ينتمون إليها كالأحزاب السياسية وجماعات الضغط وتضطلع الصحافة ووسائل التعبير الأخرى بدور مؤثر وفعال في الرقابة الشعبية على ما يبشره الجهاز الإداري من نشاط أو على ما يقدمه من خدمات، وذلك بوساطة توضيح اتجاهات الرأي العام إلى السلطات المعنية في الدولة، ومراقبة ردود الفعل إزاء تصرفات تلك السلطات، نظراً لقدرتها على التعبير المستمر والدائم عن احتياجات الرأي العام وتحديد اتجاهاته⁽¹⁾، إذ يساهم الرأي العام في ضمان قيام السلطات بتنفيذ واجباتها وبذلك تحمي الأفراد من الأضرار التي يمكن أن تصيبهم من اعتداء تلك السلطات، فالسلطة التشريعية تأخذ بنظر الاعتبار ما يطرحه الرأي العام من أفكار ومقترحات بشأن مشروعات القوانين المتعلقة بالحريات، والسلطة التنفيذية تدفع إلى الالتزام باحترام تلك الحقوق والحريات والحذر في استخدام سلطاتها التي تحد منها وتظهر رقابة الرأي العام في آراء الأحزاب السياسية ومنظمات المجتمع المدني، إن هذه الرقابة هي التي تجعل اشتراك الشعب فعلياً في إدارة شؤون الدولة، وبذلك تتحقق سيادة الشعب الواردة في الدساتير ومن ثم يتحقق الأمن القانوني⁽²⁾، فقد أضحت الرأي العام يشكل أهمية بالغة جداً في الأنظمة السياسية ويقصد به " مجموعة الآراء التي تسود مجتمع معين إزاء قضية ما في وقت معين، ويعد وسيلة ضغط يمارسها الشعب على السلطات إذا ما تجاوزت المشروعية"، ويشكل الرأي وسيلة ضغط تمارس على السلطات والجهات الممتنعة عن تنفيذ قرارات وآراء المحاكم الدستورية إذ يرى القاضي ويليام رينكويس أن العدالة ذات أهمية بمكان لا يجب أن تترك للقضاة وحدهم أو حتى المحامين بل ينبغي على الشعب أن يفكر في التخطيط المستقبلي لمحاكمه بل ويناقش ويساهم فيه⁽³⁾، وقد أشارت المحكمة العليا الأمريكية في أحد قراراتها بقولها.... أن الخطاب من قبل المواطنين بشأن المسائل ذات الاهتمام العام يكمن في جوهر التعديل الأول للدستور، والتي كان قد صاغها لضمان التبادل المقيد للأفكار ولأحداث التغييرات السياسية والاجتماعية المطلوبة من قبل الشعب...⁽⁴⁾، كما أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها "إن أهم دور للديمقراطية، هو دور المواطن وأن على المرء من أجل القيام بمسؤوليات هذا الدور، المساهمة في النقاش العام حول القضايا الهامة"⁽⁵⁾.

(1) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، ط1، دار السنهوري، 2015، ص76.

(2) المصدر نفسه، ص73 وما بعدها.

(3) د. عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، ط2، المركز العربي للنشر، مصر، 2018، ص113 وما بعدها.

(4) د. حيدر محمد حسن الوزان الأسدي، حماية حرية الرأي في مواجهة التشريع دراسة فلسفية تحليلية مقارنة لأحكام القانون والقضاء الدستوري في العراق ومصر وأمريكا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص134-135.

(5) د. احمد كمال ابو المجد، المصدر السابق، ص192.

اما دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 فقد نص في المادة (65) منه على أن " حرية الفكر والرأي مكفولة ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول، أو الكتابة، أو التصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر"، كما اكد دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل بما لا يخل بالنظام العام والآداب⁽¹⁾، إلا أنّ نجاح هذه الرقابة من قبل الرأي العام على السلطات ودفعها لتنفيذ قرارات وأحكام القضاء الدستوري مرهون بدرجة الوعي والنضج التي يتمتع بها الرأي العام التي تمكنه ليس فقط من معرفة حقوقه وحرياته فحسب، وإنما تمنحه أيضا القدرة على المطالبة بها والدفاع عنها.

وتتطلب فاعلية الرأي العام الحر وجود وسائل اعلام مستقلة تكشف الحقائق للشعب لتنتج رأي عام مستنير اذ يمثل الإعلام وسيلة فعالة لحماية الحقوق من خلال التحقيقات وقدرتها على الكشف عن أخطاء وتجاوزات سلطات الدولة ومنها عدم تنفيذ قرارات المحاكم الدستورية⁽²⁾، اذ بين قانون الصحافة المصري أن الصحفي ملزم فيما ينشره بالمبادئ والقيم التي يتضمنها الدستور وأحكام القانون والقضاء، ولا يجوز له أن يتعرض لسلوكيات القائمين بالعمل العام أو ذوي الصفة النيابية العامة أو المكلفين بخدمة عامة إلا فيما يتعلق بأعمالهم وبهدف المصلحة العامة، وهذا الأمر ينصرف إلى قرارات القضاء بوجه عام والمحاكم الدستورية بوجه خاص. وأكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها أن حرية التعبير أبلغ ما تكون أثراً في مجال اتصالها بالشؤون العامة، وعرض أوضاعها تبياناً لنواحي التقصير فيها⁽³⁾.

وايماناً بأهمية وسائل الاعلام الحرة في بناء النظام الديمقراطي في العراق فقد نص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة (38) منه على انه (تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب اولاً/حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل ثانياً/حرية الصحافة والطباعة والاعلان والاعلام والنشر" اذ تمارس وسائل الاعلام النزاهة دور فاعل في كشف مخالفة السلطات العامة وحالات التقاعس عن تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وممارسة وسائل الضغط لتنفيذ تلك القرارات من خلال تصعيد الرأي العام.

ب- الأحزاب وجماعات الضغط السياسية: تحتل الاحزاب السياسية مكانة بارزة فهي "مؤسسات غير رسمية ذات تأثير وفاعلية، وذات مرجعية دستورية، ومن الأسس التي تقوم عليها الديمقراطية المعاصرة في دولة القانون، ووسيلة لاستقرار النظم السياسية وعدم تحولها نحو الاستبداد"، اذ تعد الضامن الحقيقي والفعال لحماية القوانين والقرارات لاسيما قرارات المحاكم الدستورية، شريطة أن تكون وطنية تتمتع بالكفاءة والنزاهة وبعيدة عن

(1) ينظر: المادة (38/ اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(2) د. عدنان عاجل عبيد القانون الدستوري النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق، ط2، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف، 2013، ص25.

(3) ينظر: المادة (18، 19، 20، 21) من قانون الصحافة المصري رقم (96) لسنة 1996.

المصالح، ونظراً للأهمية البالغة للأحزاب السياسية في بناء الدولة الديمقراطية وتأثيرها الفعال على اتجاهات الرأي العام وتكوينه، كفل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 وفي إطار الحريات السياسية، حق تشكيل الاحزاب السياسية في المادة (39/اولاً) بالقول بأن "حرية تأسيس الجمعيات والاحزاب السياسية أو الانضمام إليها مكفولة وينظم ذلك بقانون".

وقد نُظمت العلاقة بين الدولة ومؤسسات المجتمع المدني في العراق بموجب دستور جمهورية العراق لسنة 2005 اذ اكدت المادة (45/اولاً) منه على انه ينبغي على الدولة ان تحرص "على تعزيز دور مؤسسات المجتمع المدني، ودعمها وتطويرها واستقلاليتها، بما ينسجم مع الوسائل السلمية لتحقيق الأهداف المشروعة لها"، وإن نجاح تجربة المجتمع المدني في (العراق) في صياغة التحولات المجتمعية، يكون على مستويين رئيسيين هما:- أولاً: دور ثقافي تعبوي من خلال توعية الجماهير بأهمية الممارسة الديمقراطية في تقرير مصيرهم السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي والذي من الممكن أن يتعرض لعملية تصفية كبرى في حالة عدم مشاركتهم الفاعلة في العملية الديمقراطية وذلك من خلال إصدار النشرات واقامة الندوات السياسية التثقيفية. ثانياً: دور ميداني يتحقق من خلال الممارسة والتدريب والإشراف على سير العملية الديمقراطية، وتهيئة كوادر متخصصة لهذا الغرض. ثالثاً: التنسيق المشترك بين مؤسسات المجتمع المدني بمختلف توجهاتها ومشاريها الفكرية والسياسية على القيام بهذا العمل وعدم احتكار ساحة العمل السياسي والاجتماعي لأي سبب كان⁽¹⁾.

وتساهم منظمات المجتمع المدني بدور فاعل في تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا والسعي إلى حماية حقوق الإنسان واستقرار المراكز القانونية التي تحميها تلك القرارات، والمقصود بمنظمات المجتمع المدني هي " المجموع الكلي لتلك المنظمات والشبكات التي تقع خارج إطار الجهاز الرسمي للدولة وهو يشمل السلسلة الكاملة للمنظمات غير الحكومية بل ايضا نقابات العمال أو النقابات المهنية، الغرف التجارية، وجماعات الطلبة أو الجمعيات الثقافية، والنوادي الرياضية، والجماعات الاهلية⁽²⁾. كما جاء قانون المنظمات غير الحكومية رقم 12 لسنة 2010⁽³⁾ لينص على ان المنظمة غير الحكومية هي (مجموعة الاشخاص الطبيعية او المعنوية سجلت او اكتسبت الشخصية المعنوية وفقاً لاحكام هذا القانون تسعى لتحقيق اغراض غير ربحية)⁽⁴⁾.

(1) عباس فاضل محمود، دور منظمات المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي في العراق، بحث منشور في مجلة الأستاذ، العدد 203، 2012، ص630 وما بعدها.

(2) د. سعاد الشراوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص96.

(3) نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4147 في 2010/3/9.

(4) ينظر المادة (1) من قانون المنظمات غير الحكومية رقم 12 لسنة 2010.

ولعل من ابرز المنظمات الفاعلة في العراق هي اللجنة العراقية لدعم استقلال القضاء وهي منظمة طوعية تأسست بمبادرة مجلس القضاء الأعلى ووزارة حقوق الإنسان ومنظمات المجتمع المدني ذات العلاقة، ومنها المعهد الدولي لدعم سيادة القانون هدفها البحث في النصوص الدستورية والمسائل القانونية المتعلقة باستقلال القضاء ووضعها موضع التنفيذ والعمل على تطبيق أحكام وقرارات المحاكم⁽¹⁾.

اما جماعات الضغط فلا تقل في اهميتها عما ذكر سابقاً ويقصد بها "أي جماعة منظمة تحاول التأثير على القرار السياسي دون محاولة السيطرة على المراكز الرسمية في الدولة"⁽²⁾.

ويعد اللجوء إلى المجتمع المدني وجماعة الضغط أكثر الوسائل فاعلية في ممارسة الضغط على من يخالف القانون وقرارات القضاء، وسداً منيعاً لحماية فكرة القانون في المجتمع⁽³⁾ لما لها من دور كبير في التأثير على السلطات من خلال تأثيرها على الرأي العام الذي يزداد وعياً بوجود مثل هكذا مؤسسات ومن ثم يندفع للمطالبة بحقوقه المتمثلة بمراعاة واحترام قرارات المحكمة الاتحادية العليا.

مما تقدم نرى أنّ آليات تنفيذ الحكم الدستوري لا بد وأن تحدد بموجب قانون وألا تترك لتفسير واجتهاد المطبق أو المنفذ، وذلك للخصوصية التي تتمتع بها تلك الأحكام، ومنها الصفة العمومية، وتعلقها بمفاصل الدولة الرئيسية). فضلاً عن التنفيذ أحياناً يشكل سبباً في تحريف غاية الحكم الصادر، أو يتسبب في تعطيله.

رابعاً- اقرار مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية ودوره في ضمان الأمن القانوني:

بادئ ذي بدء لا بد من ان نوضح ان اي قانون يحكم بعدم دستوريته يمس بلا شك بحقوق الأفراد ومراكزهم المستقرة بموجب تلك القوانين خصوصاً إذا كانت الأحكام ذات أثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور الحكم أو القرار من المحاكم الدستورية لذلك فهو يعد عقبة في تنفيذ تلك الأحكام والقرارات للأفراد والسلطات قد تحاول التهرب من التنفيذ خوفاً من مساس تلك الحقوق فلضمان تنفيذ تلك القرارات والأحكام من الافضل اقرار مسؤولية الدولة عن الاخطاء الصادرة من السلطة التشريعية بإصدارها لقانون غير دستوري، إذ إنّ

(1) وقد تقدمت اللجنة بمجموعة من التوصيات تم رفعها إلى السلطة التشريعية وإلى لجنة مراجعة الدستور؛ لغرض إلغاء أو تعديل النصوص الدستورية التي تحول دون تطبيق الاستقلال الحقيقي للقضاء، فضلاً عن ادراج توصيات تتعلق بإيراد نصوصاً جديد في الدستور تسهم في تنظيم أعمال السلطة القضائية وضمان دورها بحسن تنفيذ قراراتها بما يكفل تحقيق العدالة والإنصاف). د. بتول مجيد جاسم، المصدر السابق، ص 202.

(2) علي صبحي عمران الجبوري، بطلان القاعدة الدستورية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، 2022، ص 149.

(3) عبد الزهرة الفتلاوي، استقلال السلطة القضائية وأثره في نظام دولة القانون دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 177 وما بعدها.

هذه الضمانات إن جرى احترامها فهي لا تنفع الطرف المتضرر فقط بل تنفع المجتمع أيضاً، وكذلك الطرف المسؤول عنها لأنها تضع الأطراف في حدود مالها وما عليها وبما انه يترتب على إلغاء القانون المخالف للدستور بأثر رجعي وجوب إعادة الحال إلى ما كان عليه فالأفضل اقرار مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية، وهذا يتطلب زوال الآثار القانونية التي رتبها القانون المخالف للدستور، فهل يمكن ان يتم ترتيب تعويض للمتضرر عن إلغاء هذا القانون المحكوم بعدم دستوريته؟

فقد ظهرت نظريات لإقرار مسؤولية الدولة عن اعمال السلطة التشريعية منها:

1- نظرية الخطأ أساس لمسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية:

يعمل القضاء على خلق التوازن عندما يخلت بفعل الغير فمن باب أولى أن يقوم بإعادة التوازن الذي اختل من جراء خطأ العاملين في السلطة التشريعية وتسببوا بإلحاق الضرر بحقوق الأفراد ومصالحهم، خلافاً لما يفترض بهم من رعاية لهذه المصالح⁽¹⁾، تعد هذه النظرية أساساً للمسؤولية المدنية في نطاق القانون المدني وبعدها تم تطبيقها على اعمال الإدارة واعمال السلطات وقد أخذت القوانين المدنية بهذه النظرية، فقد نصت المادة (163) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) كما نصت المادة (204) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على أن "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر... يستوجب التعويض".

وقد نظم القانون المدني العراقي في المادة (219) منه أساس المسؤولية عن أعمال الموظفين في القانون المدني، اذ نصت على ما يأتي:

1- "الحكومة (1) والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل أحد المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم.

2- ويستطيع المخدم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لا بد واقعا حتى لو بذل هذه العناية".

(1) د. طارق فتح الله خضر، القضاء الإداري (قضاء التعويض) مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص100.

وبذلك يمكن ان يسند الفعل الضار إلى الشخص العام، عندما يمكن عد الفرد الذي ارتكبه تابعا للشخص العام، وبذلك فإن المشرع العراقي وضع قاعدة عامة تقرر مسؤولية المتبوع عن الأفعال الضارة الصادرة من تابعه بشروط تتمثل اولها: بقيام علاقة التبعية بين من يراد الرجوع عليه بالتعويض وبين محدث الضرر.

وثانيها: هي وجوب توافر سلطة فعلية للمتبوع على تابعه تتمثل برقابة التابع⁽¹⁾، اما الشرط الاخير صدور خطأ من التابع. فإذا لم يصدر خطأ من التابع فأن المسؤولية، لا يمكن أن تقرر وان يكون الضرر الذي يحدثه المستخدمون ناشئة عن تعدد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم⁽²⁾.

وهذا ما نص عليه المشرع المصري صراحة في المادة (174) من القانون المدني، إذ أشارت إلى قيام مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه متى كان الخطأ واقعا في حال تأدية وظيفته أو بسببها"، ولم يأخذ المشرع العراقي بالرابطة السببية وأكتفي بعبارة أثناء قيامهم.

ولم تتجه كافة الدول بإقرار التعويض عن القانون غير الدستوري إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أجاز التعويض عن الأضرار التي تسببها القوانين المحكوم بعدم دستورتها إذا توافرت بعض الشروط منها (1)- سكوت المشرع عن منح التعويض. 2- خصوصية الضرر المترتب على تطبيق القانون، أي وقوعه على عاتق فئة قليلة من الأفراد. 3- عدم مخالفة المصالح التي لحقها الضرر للنظام العام والآداب العامة" وقد ظهرت عدة اعتبارات لعدم اقرار مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية⁽³⁾.

ومن هذه الاعتبارات ما هو دستوري وما هو قانوني وهذا ما سنوضحه تباعاً:

1- الاعتبارات الدستورية كأساس لعدم مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية:

اتجه الفقه حتى اوائل القرن العشرين إلى القول بعدم مسؤولية الدولة عن القوانين استناداً لاعتبارين دستوريين الأول هو سيادة الدولة والثاني هو مبدأ الفصل بين السلطات:

(1) لا يشترط قيام المسؤولية أن يكون المتبوع حراً في اختياره لتابعه، وليس من الضروري أن يملك حق فصله، ولكن يشترط فيه أن تكون هنالك سلطة رقابية للمتبوع على التابع. ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد، 1977، ص260 وما بعدها.

(2) د. عبد المجيد عبد الحكيم، المصدر السابق، ص260.

(3) د. جورج شفيق مساري، مسؤولية الدولة عن اعمال سلطاتها قضاء التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص158.

أ- سيادة الدولة أساس لعدم المسؤولية عن القوانين غير الدستورية: يعد هذا الأساس من أقدم الأسس التي نادى بها بعض الفقه لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن فعل القوانين، إذ يرى ان الدولة صاحبة سيادة مطلقة تتنافى مع إمكانية مطالبتها بالتعويض عما يصدر عنها من تشريعات، فالتشريع هو المظهر الأساسي للسيادة، فلها أن تصدر ما تشاء من تشريعات لتنظيم الحياة داخل المجتمع وعلى كافة المواطنين احترامها وتحمل أعبائها دون المطالبة بالتعويض عما تحدثه هذه القوانين من أضرار، إذ إنَّ البرلمان يعد نائبا عن الشعب، وان السلطة التشريعية ذات سيادة وان الإقرار بمبدأ التعويض يؤدي بالتالي إلى تعطيل الإصلاح والتشريع وتطوير القوانين⁽¹⁾، إذ إنَّ له الحق في إصدار التشريعات وهو المعبر عن الإرادة العامة فلا يمكن مطالبة الدولة بالتعويض عما يصدره البرلمان، فقد ذهب الفقيه لافيير إلى القول بان التشريع عمل من اعمال السيادة فيجب على الجميع اطاعته ولا يمكن المطالبة بالتعويض عما يحدثه الا إذا نص التشريع على ذلك إلا أنَّ هذا الاتجاه لم يذهب اليه جميع فقهاء القرن العشرين وانما بعض الفقهاء مثل دوجي فقد ذهب إلى ان التسليم بفكرة سيادة البرلمان لا يعني أنتفاء المسؤولية فممكن ان تنتقي مسؤولية أعضاء البرلمان لكن الدولة تبقى مسؤولة كما ان هنالك اتجاه اخر اصلا يشكك بسيادة البرلمان ولا يعترف بأن ما يصدر من البرلمان هو من اعمال السيادة التي لا يمكن المطالبة بالتعويض عما تسببه⁽²⁾.

ب- مبدأ الفصل بين السلطات:

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بعدم مسؤولية الدولة عن فعل القوانين على أساس مبدأ الفصل بين السلطات الذي ارتبط باسم الفيلسوف الفرنسي مونتيسكيو" الذي كان له الفضل في إبرازه كمبدأ أساسي لتنظيم العلاقة بين السلطات العامة في الدولة، وكوسيلة لتوزيع السلطة فيرى مونتيسكو ان كل شيء يهدد بالضياع إذا اجتمعت السلطات في قبضة شخص واحد وبذلك فان لا يمكن رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن فعل القوانين لتعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات، لكن وبما ان الفصل ليس هو الفصل المطلق بين السلطات بل توزيع الوظائف دون تعد من سلطة على أخرى كما ان اكثر الدول اقرت الرقابة القضائية على دستورية القوانين فبذلك لا يمكن الاعتماد على ذلك بمنع المسؤولية⁽³⁾، فمبدأ الفصل بين السلطات لا يعني الفصل المطلق وانما التعاون والتوازن بين السلطات لذلك لا يمكن التذرع بهذه الذريعة لعدم اقرار المسؤولية.

(1) د. محمد ماهر ابو العينين، التعويض عن اعمال السلطات العامة، الكتاب الثاني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص970.

(2) د. شريف يوسف خاطر، مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقات الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، 2012، ص134 وما بعدها.

(3) د. شريف يوسف خاطر، المصدر السابق، ص138 وما بعدها.

2- الاعترافات القانونية لعدم المسؤولية:

أ- عمومية التشريع:

بما ان التشريع عبارة عن قواعد قانونية عامة مجردة وهو لا يخاطب شخص واحد ولا يعالج حالة واحدة لذا لا يمكن ان يسبب القانون ضرراً لفرد واحد أو فئة محددة من الأفراد، فالضرر الناتج هو ضرر عام فلا يمكن قيام المسؤولية عن فعل القوانين لأنه يمس حالة معينة، إلا أن هذه الحجة تصطمم بالواقع العملي اذ يمكن ان يترتب على تطبيق القانون اضرار تصيب فرداً معيناً أو مجموعة معينة من الأفراد بأضرار خاصة واستثنائية وان كانت حالات نادرة⁽¹⁾، وبعد ان تطورت أحكام القضاء الفرنسي في تقرير مسؤولية الدولة عن القوانين تم عدول الفقهاء الذين نادوا بعدم المسؤولية إلى اقرار مسؤولية الدولة ومنهم الفقيه جيز وفالين الذي اشاروا إلى امكانية تحقق ضرر خاص يترتب على تطبيق القانون فيكون للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض⁽²⁾.

وبذلك فلا بد من ان تتوافر في الضرر شروطاً معينة لإقرار المسؤولية عنها ومن الشروط العامة للضرر هو ان تكون هنالك علاقة سببيه بين الضرر الذي اصاب المضرور والفعل الذي صدر من الدولة فإذا انتفت العلاقة السببية بين الفعل والضرر انتفت مسؤولية الدولة بالتعويض، اما الشروط الخاصة بالضرر فتتمثل بخصوصية الضرر اي ان يصيب عدد محدد من الأفراد بل يكون المضرور في وضع استثنائي بالنسبة لباقي الأفراد فلا يكفي الحكم بتعويض المضرور عما اصابه من ضرر إلا أن يكون الضرر على قدر من الجسامه فضرورات الحياه في المجتمع تفرض على أفراده التضحية المتمثلة بتحمل بعض الاضرار دون تعويض وتقدر جسامه الضرر بقدر ما يرتبه القانون الجديد من المزايا والحقوق للمضرور، كما يجب ان يتجاوز الضرر الحدود المعتادة التي لا يمكن تحملها الا انه لا يوجد هنالك معيار يميز بين الاضرار العادية عنها غير العادية التي تتجاوز الحدود المعقولة⁽³⁾.

وبالرجوع إلى القضاء الدستوري نرى أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية قد سعت في بعض أحكامها إلى استطلاع نية المشرع من إصدار القانون وقضت بالتعويض عن تطبيقه ان كانت نية المشرع غير سليمة⁽⁴⁾، وهذا ما سارت عليه المحكمة في قضية (Charming Besty) "السفينة الأمريكية

(1) مثال ذلك القانون الفرنسي الذي صدر عام 1903 الذي يمنع استخدام السكرين الا في الشؤون الصحية وكان الغرض من هذا القانون هو حماية صناعة السكر وزراعة البنجر ولم يضر القانون الا بمصلحة سبعة أفراد فقط فلم يمس هذا القانون الا سبعة أفراد ينظر: د. شريف يوسف خاطر، المصدر السابق، ص137.

(2) د. جورج شفيق مساري، المصدر السابق، ص161.

(3) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الاداري عن اعمال الإدارة قضاء الإلغاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر، ص94 وما بعدها.

(4) د. يحيى اكرام ابراهيم بدر، المصدر السابق، ص1221.

التي تحمل العلم الأمريكي والتي تم بيعها خارج الولايات المتحدة الأمريكية إلى مواطن دانماركي و تم تسجيل البيع في سجل السفن الدانماركية واصبحت تحمل العلم الدانماركي، وأثناء رحلتها إلى جزر الجواديلوب الفرنسية تم اعتراض السفينة والاستيلاء عليها بواسطة محاربين تابعين لحكومة الولايات المتحدة فثار النزاع بين مالك السفينة الدانمركي الذي طالب بعودة السفينة مع التعويض و بين المحاربين الذين تمسكوا بتملك السفينة على اعتبار أنها غنيمة حرب وفقا لقانون حظر التجارة مع الجمهورية الفرنسية، إذ رأت المحكمة العليا الأمريكية أن قانون حظر التجارة مع فرنسا جاءت نصوصه بعبارات عامة لا تحدد النطاق الجغرافي لتطبيق القانون، وبناء عليه قررت أن تلك النصوص بحاجة إلى تفسير، على أن يكون هذا التفسير من شأنه الحيلولة دون تطبيق التشريعات الصادرة عن الكونغرس لمخالفته للقانون الدولي العام وفي ذات الوقت لا يجب تفسير تلك التشريعات على نحو يسمح بالتعدي على حقوق الغير أو التجارة طبقا لما هو متعارف عليه في قانون الشعوب... وبعدها قررت المحكمة أن قانون حظر التجارة مع فرنسا لا ينطبق على الدعوى لأن مالك السفينة كان مواطناً دانماركياً و السفينة كانت تحمل العلم الدانماركي و بالتالي لا تخاطبهم نصوص القانون في إطار ممارسة مشروعة للتجارة بين الدانمارك و الجمهورية الفرنسية المسموح بها من قبل قانون الشعوب و من ثم وجب إعادة السفينة إلى مالكيها الشرعي و تعويضه عن الأضرار التي لحقت به "وحكم المحكمة هنا استند إلى انها وجدت ان نية الكونغرس الأمريكي اتجهت إلى مد نطاق تطبيق التشريع الفيدرالي إلى ما وراء حدود الولايات المتحدة وهذا يمس بسيادة الدول الأخرى وهنا قضت المحكمة العليا بعدم تطبيق القانون وتعويض المتضرر عن الأضرار التي لحقت به"⁽¹⁾.

ولا يشير الواقع العملي إلى أخذ المحكمة الدستورية المصرية العليا بالتعويض عن القوانين غير الدستورية إذ تقوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أساس قيام القضاء بمراقبة المشرع في وظيفته الخاصة بسن القوانين، وتنتهي هذه الرقابة بإقرار دستورية أو عدم دستورية القانون دون أن يمتد إلى بحث الأضرار المادية أو الأدبية التي قد تترتب كأثر من الآثار المباشرة لصدور هذا القانون إذ إنّ القضاء الدستوري يبحث في مدى اتفاق أو مخالفة القانون للدستور، ولا يمتد اختصاصه إلى بحث العناصر الموضوعية للدعوى الأصلية المنظورة امام محكمة الموضوع، والتي ثار بشأنها بحث عدم دستورية القانون كمسألة أولية لازمة للفصل في هذه الدعوى الأصلية⁽²⁾.

(1) حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية Charming Besty لعام 1804 منشور على الموقع الرسمي الإلكتروني للمحكمة العليا الأمريكية على الرابط <https://supreme.justia.com/cases/federal/us> تاريخ الزيارة 2023/2/12.

(2) د. حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، المسؤولية عن القوانين، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987، ص666.

اما عن توجه المحكمة الاتحادية العليا العراقية فأنها تكتفي بتقرير عدم دستورية القانون المطعون به فقط دون إزالة الآثار التي رتبها، على الرغم ان المصلحة الحقيقية من رفع الدعوى بعدم الدستورية ابتداءً هي إزالة آثار القانون المطعون بعدم دستوريته، وهذا ما اكدته المحكمة الاتحادية العليا العراقية في احدي قراراتها بأنها تختص بالطعن بعدم دستورية القوانين النافذة ولا تختص بالمطالبة بالتعويض، إذ جاء في حيثيات قرارها بأن "... كما أن المدعين يطالبون الحكم بتعويضهم بالقيمة الحقيقية للأسهم العائدة لهم في الشركة المدنية السياحية في الحبانية وقت إقامة الدعوى، وترى المحكمة بأن المطالبة بالقيمة الحقيقية لتلك الأسهم تشكل دعوى مستقلة بإمكان المدعين أقامتها لدى المحكمة المختصة ولهذا السبب أيضا تخرج هذه الدعوى عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا..."⁽¹⁾.

وكان الاجدر بالمشرع الدستوري العراقي ان يقرر التعويض عن إلغاء القوانين غير الدستورية لضمان الأمن والاستقرار القانوني، فالتعويض في هذه الحالة يكمل حكم الإلغاء وبذلك ستتحقق الحماية الكاملة لحقوق وحرريات الأفراد، فلا يتعاس احد من تنفيذ قرارات المحكمة، للأيمان ان الحقوق لا يمكن ان تهدر، وفي الوقت ذاته المشروعية الدستورية مصانة، فقد كان القانون الأساسي العراقي لعام 1925 قد حاول التخفيف من غلواء قرار المحكمة العليا بمخالفة قانون أو نص قانوني لأحكام القانون الأساسي اذ نص على أنّ "كل قرار يصدر من المحكمة العليا ينصّ على مخالفة أحد القوانين، أو نص أحكامه لأحكام هذا القانون، يجب أن يصدر بأكثرية ثلثي آراء المحكمة، وإذا صدر قرار من هذا القبيل، يكون ذلك القانون أو القسم المخالف منه ملغي من تاريخ صدور قرار المحكمة على أنّ تقوم الحكومة بتشريع يكفل إزالة الأضرار المتولدة من تطبيق الأحكام الملغاة"⁽²⁾.

ونستنتج مما تقدم أنه بالإمكان الاستناد إلى الشروط العامة للتعويض وتطبيقها على القوانين غير الدستورية، وذلك من خلال الرجوع إلى الضرر وتطبيقه على القانون غير الدستوري وهي متمثلة بوجود خطأ وضرر وعلاقة سببية، فالخطأ هو الذي يمثل المخالفة لأحكام الدستور وذلك في إطار القوانين غير الدستورية، ومن ثم الركون إلى الضرر الناجم عن تلك القوانين، ويجب في الضرر أن يكون محقق أي واقع فعلا وليس مفترضا إضافة إلى كونه خاص بفرد أو مجموعة من الأفراد وكون الضرر واقعا على حق مشروع أو مصلحة لذلك الفرد أو لتلك المجموعة، إضافة إلى ذلك فإن القاعدة العامة بالضرر يجب أن يكون قابلا لتقديره بالنقود وهذا ما يدعى بالضرر المادي وهناك ما يسمى بالضرر المعنوي أو الأدبي سواء كان ما

(1) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (103/اتحادية / 2011) في 2012/6/4 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>. تاريخ الزيارة 2023/1/27.

(2) ينظر: المادة (1/86) من القانون الأساسي العراقي لعام 1925.

يصيب جسد الإنسان أو كرامته وأحاسيسه، ويشترط أن تكون بين ذلك الخطأ والضرر علاقة مباشرة مما يؤدي إلى المسألة على أساس ذلك الخطأ المباشر والنتيجة الحتمية له عما أصابه من الأضرار ويمكن ان يثار التساؤل في حال ما تم اقرار التعويض عن القوانين غير الدستورية فمن هي الجهة التي تتولى مسألة اقرار هذا التعويض هل هي المحاكم الدستورية ذاتها أو محاكم القضاء العادي أو الاداري؟

وبما ان المشرع العراقي لم يمنح للمحكمة الاتحادية العليا اختصاص التعويض عن القوانين غير الدستورية، لأنه لم يرد في اختصاصات المحكمة الواردة في النص الدستوري أو قانون المحكمة الاتحادية العليا فهل يمكن منح هذا الاختصاص للمحكمة الادارية العليا؟

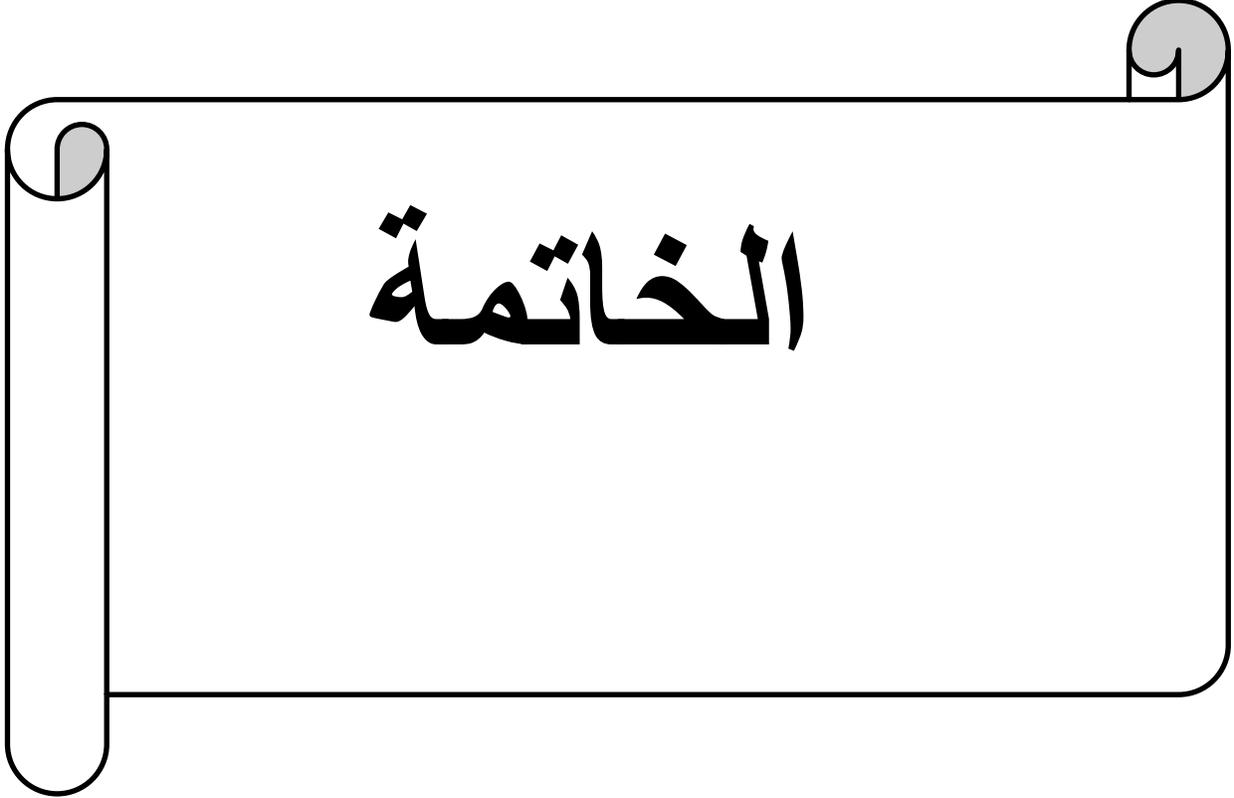
وللإجابة عن هذا التساؤل لا بد من ان نشير إلى ان اختصاصات المحكمة الإدارية العليا هو النظر في صحة الأحكام الصادرة عن محكمتي القضاء الإداري وقضاء الموظفين، وكذلك النظر في التنازع حول تعيين جهة الاختصاص في نظر الدعوى والذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين إضافة إلى النظر بالتنازع حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد بين الخصمين انفسهم أو كان أحدهم طرفاً في الحكمين وترجيح أحد الحكمين وتنفيذه دون الآخر⁽¹⁾، فهي تنظر في طلبات التعويض بصورة تبعية لدعوى الإلغاء وليس بصورة منفردة فيمكن أن نلتبس إمكانية التعويض عن القوانين غير الدستورية امام القضاء الإداري العراقي في حالة تمسك أحد الأفراد بعدم دستورية قانون أو نص قانوني صدر على أساسه قرار إداري مطعون بعدم مشروعيته، اما القضاء العادي فيمكن الركون إلى الدفع الفرعي وذلك في مناسبة قضية معروضة أمام المحاكم العادية، وارتأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم بأن القانون أو النص المطبق غير دستوري، وبذلك فإن المحكمة تستأخر النظر في الدعوى أمامها لحين البت في مسألة الدستورية بقبول الدعوى أو رفضها، فإذا اقتصت المحكمة بجدية الدفع بالنسبة إلى الدعوى المعروضة أمامها، فتكون الرقابة في هذه الحالة لاحقة لصدور القانون فمسألة دستورية النص أو القانون أمر متروك لمحكمة الموضوع حيث يرسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية فإذا رأت جدية الطلب، فإنه وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية التي تعالج الاحوال الطارئة في المادة (1/83)، نصت على (إذا رأت المحكمة أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف

(1) ينظر: المادة (2/رابعاً) من قانون التعديل الخامس رقم (17) لسنة 2013 لمجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع⁽¹⁾.

صفوة القول ان لضمان تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا من الافضل اجراء تعديل في قانون المحكمة الاتحادية العليا يتضمن إعطاء المحكمة إصلاحية اقرار التعويض عن القوانين غير الدستورية وذلك للتخفيف من غلواء الحكم بعدم الدستورية ولتحقيق ضمان حقيقي لتنفيذ قراراتها فبإقرار التعويض لا يخشى احد من تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا لان التعويض سوف يخفف من حدة إلغاء القانون غير الدستوري ومن ثمّ سوف تتحقق الثقة بقرارات المحكمة ويتحقق مبدأ الأمن القانوني للإيمان بأن قرارات المحكمة الاتحادية العليا وان كانت ممكن ان تقض بعدم دستورية القانون إلا أنّها بلا شك ستعوض المضرور عما سببه قرارها.

(1) وهذا ما جاء في قرار لمحكمة بداءة الديوانية بتاريخ 2012/11/9 بخصوص العقار العائد للبلدية، حيث ان المدعين بأجر المثل عن العقار بالنسبة للجزء الذاهب إلى الطريق العام من عام 2012 ولغاية 2017، وبما أن الجزء العائد هو اسهم لورثته فأنهم طالبوا بالزام البلدية بتأدية أجر المثل لهم، على أساس عدم دستورية النصوص التي استندت إليها البلدية في رفض التعويض، إلا أنه تم الطعن تمييزاً من قبل محامي البلدية على اعتبار أن هذه الأمور من قوانين دائرة البلدية، وعلى أساس أن القاضي الدستوري الذي فصل في هذه الدعوى هو قاضي متقاعد، إضافة إلى سريان قوانين البلدية على هذه القضية فقد تم نقضه وعلى ضوء ذلك فإن الجزء الذاهب للطريق هو من أجل المصلحة العامة وهنا تم رفض التعويض ليس على أساس عدم الاستحقاق وانما بسبب عدم مشروعية قرار المحكمة الاتحادية بنقض النص الدستوري وهنا لم تعد محكمة البداءة بقرار المحكمة الاتحادية العليا مستندة إلى التشكيك في تشكيل المحكمة كون احد قضاتها من المتقاعدين وهذا يثير كثيراً من المشاكل القانونية ومساساً بسيادة حكم القانون واحترام نصوص الدستور التي تقضي ببنات والزامية قرارات المحكمة الاتحادية العليا. ينظر: قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية، محكمة بداءة الديوانية، العدد (313 ب/2020) في 2020/11/9، قرار غير منشور .



الخاتمة

الخاتمة

تبين لنا من خلال البحث في موضوع اثر قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ضمان الامن القانوني (دراسة مقارنة) ودراسته بالشكل الذي تناولناه في الاطروحة مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات التي سندرجها في فقرتين مستقلتين نخصص اولهما للاستنتاجات ونترك الثانية للمقترحات آمين ان تجد مقبولة وتطبيق من قبل المشرع العراقي

اولاً- الاستنتاجات

1. يسهم القضاء الدستوري في حماية مبدأ المشروعية، إذ إنّ مما لا شك فيه إن سيادة القانون تستمد من سيادة الدستور، فالدستور هو الذي يضع الأسس التي يقوم عليها القانون في كل فروعها، ولذلك يتمتع بالسمو على جميع القواعد القانونية وحماية سمو الدستور يعد في حد ذاته حماية لمبدأ الأمن القانوني.
2. عمل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على جعل الشريعة الإسلامية مصدر أساس للتشريع ومن ثمّ يعد كل تشريع مخالف لها غير دستوري وبذلك يكون الدستور قد حدد احدى الأسس للرقابة الدستورية فالقاضي الدستوري قد أصبح بموجب هذا النص على بيّنة بأن مخالفة القانون للشريعة الإسلامية تحكم على هذا القانون بعدم الدستورية ومن ثمّ ضمن مبدأ القانوني بهذا التحديد الواضح.
3. ان وضوح معايير الدستورية وسهولة الوصول إليها وقابليتها للتوقع عن طريق ثباتها النسبي، يساعد المشرع والمخاطبين بالتشريع من الوقوف على محددات التشريع من جهة، وقبوله من قبل المخاطبين من جهة أخرى فوضوح معايير الدستورية تضمن الأمن القانوني فغموض المعايير يعمل على ارباك المشرع والمخاطبين.
4. ان ايراد الجهات التي يحق لها طلب التفسير يجب ان يتم ذكره في قانون المحكمة الاتحادية العليا لكي يحقق قدراً من الاطمئنان لدى طالبي التفسير ولكي لا توضع شروط مفاجأة وغير مذكورة من قبل المحكمة لكي تحمي الأمن القانوني.
5. ان تحديد القاضي الدستوري لميعاد معين يسري فيه أثر الحكم بعدم الدستورية، يفسح المجال واسعاً امامه بالموازنة بين المصلحة العامة واستقرار الأمن القانوني، وبين إلغاء القانون غير الدستوري وتغليب الكفة الاجدر بالرعاية.
6. ان الاستقرار القانوني والمساواة أمام القانون هي من غايات الاجتهاد القضائي، فالإلزام القانوني بفرض قيوداً على المحاكم الأدنى، فتلتزم تلك المحاكم بمبادئ القضاء الدستوري، كالتزامها بالنصوص التشريعية وإلا غدت أحكامها مشوية بعيب مخالفة الدستور.

7. ان التفسير المضيف له دور كبير في حماية النصوص القانونية من الحكم بعدم دستوريته كما له دور كبير في استقرار النصوص الدستورية، فهو يمنح للقاضي الصلاحية الواسعة لكي يفسر النصوص تفسيراً يواكب التطورات ومن ثم يعمل على استقرارها وحمايتها من التعديل أو التعطيل.
8. ان التفسير التكاملي يَعد الضامن الأساس للأمن القانوني، لأنه يؤدي إلى استقرار النصوص التشريعية من خلال تفسير النص التشريعي المعروف على القضاء الدستوري كوحدة متكاملة تكمل احدهما الأخرى، فلا يمكن ان يفسر نص دستوري أو قانوني بمعزل عن النصوص الأخرى، لأن ذلك سيؤدي إلى تضارب التفسيرات في حالة ما إذا تم تقديم طلب تفسيري امام ذات المحكمة بشأن نص تشريعي اخر.
9. ان تشتت التفسيرات في ثنايا قرارات المحكمة الاتحادية العليا يؤدي إلى صعوبة حصرها وامكانية تناقضها، أو تقاطعها.
10. كل مخالفة للدستور، سواء تعمدتها المشرع، أو انزلق سهواً فيها لابد من مواجهتها، لان مثلما يراقب القاضي الدستوري النشاط الايجابي للمشرع لابد ان يراقب النشاط السلبي له، والقصور التشريعي حماية لمبدأ الأمن القانوني واستقرار المراكز المحمية بموجب الدستور.
11. ان مزايا الصياغة الجامدة انها تؤدي إلى استقرار المعاملات وسهولة الفصل في المنازعات، فهي تمكن كل فرد من معرفة مركزه القانوني معرفة اكيدة، فيستطيع من البداية ترتيب سلوكه على أساس هذا المركز دون خشية المفاجأة وهو ما يتطلبه مبدأ الأمن القانوني.
12. يؤثر الغموض والتكرار على استقرار النصوص التشريعية فهذه العيوب ستؤدي بلا شك إلى ضرورة اجراء التعديلات عليها مما يؤدي إلى قصر عمرها، ومن ثمّ عدم استقرار المراكز القانونية التي نظمها.
13. ان ضمان مراعاة المشرع للصياغة التشريعية الجيدة تتطلب في أغلب الاحيان رقابة جهة قضائية تتولى توجيه المشرع إلى ضرورة مراعاة الصياغة التشريعية الجيدة ضماناً لمبدأ الأمن القانوني والثقة المشروعة.
14. لم يتضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا المعدل ولا نظامها الداخلي اي نص على العقوبات التأديبية التي تطبق على القاضي الدستوري في حالة اخلاله بمهام وظيفته، وهذا غير ممكن، فلا يمكن ان تترك هذه المسألة دون تنظيم، لكي لا يتم التشكيك في نزاهة قضاة المحكمة الاتحادية العليا لأنهم غير مسؤولين ومن ثمّ هذه التشكيك ينعكس على ما يصدر منها من قرارات وأحكام.

ثانياً. المقترحات

1. تكريس مبدأ الأمن القانوني كمبدأً دستوري من خلال النص عليه في دستور جمهورية العراق لسنة 2005 وكالاتي " العمل على توحيد المبادئ القانونية في الدولة بما يضمن تحقيق الأمن القانوني " .
2. ضرورة ايراد فصل في قانون المحكمة الاتحادية العليا لتحديد أهداف هذا القانون ويكون من ضمن هذه الاهداف تحقيق مبدأ الأمن القانوني يكون عنوانه اهداف المحكمة الاتحادية العليا .
3. يجب إعطاء مهمة صياغة القوانين إلى اشخاص يتمتعون بالدقة والخبرة القانونية، فضلاً عن الاطلاع الواسع على تجارب الدول المتقدمة في الصياغة، كما لا يمكن تجاهل الخبرة اللغوية، لان العيوب التي تعاني منها كثيراً من القوانين سببها الصياغات والعبارات الركيكة المستخدمة في عدد من التشريعات كل ذلك يلقي على عاتق المشرع الالمام بكل الأمور التي تحسن من الصياغة التشريعية، ومن ثمّ تضمن لها عمراً اطول فلا يتم تعديلها أو الغائها بعد مدة قصيرة مما يمس بمبدأ الأمن القانوني.
4. النص صراحةً في الدستور على تحديد الأثر الزمني والموضوعي المترتب على الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا، لما له من تأثير على صحة العلاقات والتصرفات القانونية التي نشأت واستقرت في ظل القانون المحكوم بعدم دستوريته .
5. نجد من الضروري ايراد نص صريح في قانون المحكمة الاتحادية العليا يمنحها الحق في كافة النصوص القانونية ذات الصلة بالنص القانوني المطعون بعدم دستوريته ، وان كان في قانون اخر ، لان ذلك يضمن للمحكمة ممارسة دورها الفاعل في حماية الامن القانوني ، ويكون النص كالاتي (للمحكمة الاتحادية العليا ان تقضي بعدم دستوريته اي نص في قانون ، او نظام آخر يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة) .
6. ضرورة ايراد نص في صلب الوثيقة الدستورية يتضمن إلزام المشرع بإصدار قانون جديد أو تعديل القانون المقضي بعد دستورية خلال مدة محددة لأن إلغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته دون إصدار اخر يحل محله يؤدي إلى فراغ تشريعي يهدد الأمن القانوني.
7. اقرار التعويض عن إلغاء القوانين غير الدستورية لضمان الأمن والاستقرار القانوني بالنص على ذلك في قانون المحكمة الاتحادية العليا ويكون النص كالاتي (عند صدور قرار من المحكمة الاتحادية العليا ينص على مخالفة احد القوانين او نص من نصوصه للدستور ، يكون ذلك القانون او القسم المخالف منه ملغي من تاريخ صدور قرار المحكمة وعلى المشرع ان يصدر قانون يكفل ازالة الاضرار ويعوض المتضررين من الاحكام المتولدة من تطبيق القانون المحكوم بعدم دستوريته) .

8. ندعو المحكمة الاتحادية العليا بعدم التردد في الرقابة على الإغفال التشريعي وعدم اعتبار امتناع المشرع عن إصدار التشريعات من قبيل الملائمات التشريعية أو الخيار التشريعي، لأن امتناع السلطة التشريعية عن إصدار قوانين نص عليها الدستور وألزمها بتشريعتها تعد مخالفة دستورية يجب ان تخضع لرقابة المحكمة الاتحادية العليا، إذ إنّ تركها دون رقابة يؤثر بلا شك في الأمن والثقة المشروعة بالسلطة التشريعية.

9. ضرورة النص على منح المحكمة الاتحادية العليا صلاحية تفسير القوانين العادية وعدم الاكتفاء بصلاحياتها في تفسير هذه القوانين عند النظر في دستورتيتها، لان قيام المحكمة في تفسير القوانين مع عدم النص على ذلك سيؤدي إلى حدوث تضارب في التفسيرات بين ما يفسره مجلس الدولة العراقي وبين تفسيراتها، ومن ثمّ يؤدي إلى عدم الاستقرار في تلك التفسيرات.

10. ضرورة ايراد نص في قانون المحكمة الاتحادية العليا يتضمن نشر قرارات المحكمة الاتحادية العليا، وعدم الاكتفاء بتنظيم تلك المسألة في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا كونها من المواضيع الهامة جدا والتي تؤثر في استقرار تلك القرارات.

11. ضرورة ان تكون قرارات المحكمة الاتحادية العليا واضحة لا يكتنفها الغموض، سواء في صيغة القرار نفسه وكذلك في التسبب، لكي لا يكون ذريعة لعدم تنفيذ تلك القرارات فضلاً عن ان الغموض يؤثر في تفسير هذه القرارات ومن ثمّ يمس بالأمن القانوني.

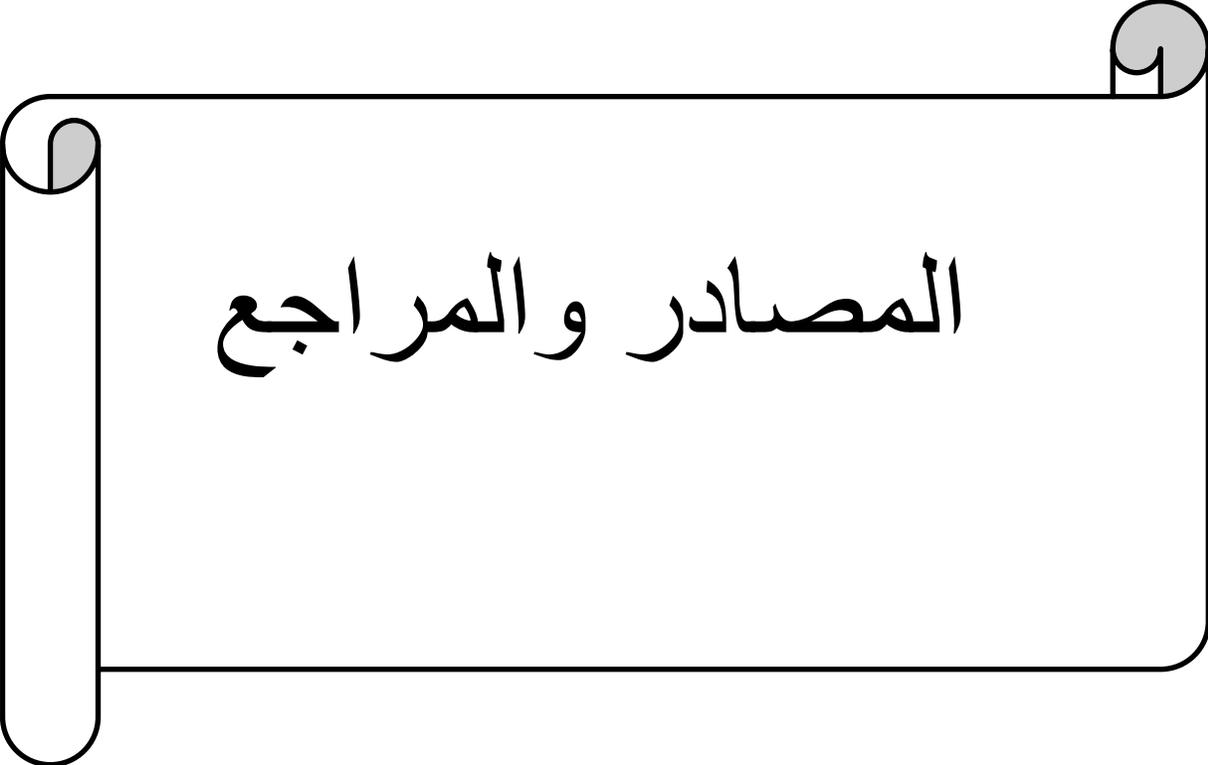
12. كان الاجدر بالمشرع العراقي ان ينص على طرق تنفيذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا في حال مخالفته دون ترك تحديد طرق التنفيذ لقانون المرافعات المدنية لخصوصية قرارات المحكمة إذ إنّ طرق تنفيذ القرارات العادية قد لا تتوافق مع قرارات المحكمة الاتحادية العليا ومن ثمّ فترك قرارات المحكمة دون ايراد طرق تنفيذ تتلائم معها يؤدي إلى المساس باستقرار تلك القرارات ويؤدي الى التهرب من تنفيذها.

13. ايراد نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا يحدد كافة العقوبات التأديبية التي من الممكن ان تفرض على قضاة المحكمة الاتحادية العليا، إذا ما ارتكبوا فعلاً يوجب المسؤولية وعدم ترك تلك المسألة للقواعد العامة، لان ذلك يشكك في قرارات المحكمة الاتحادية العليا ومن ثمّ يؤثر على استقرار الأمن القانوني، لان القرارات المشكوك في الجهة التي صدرت منها ستبقى حتماً معرضة للمطالبة بالغاءها.

14. ان نص قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 في المادة (2/329) بمعاقبة الموظف أو المكلف بخدمة عامة الذي يمتنع عن تطبيق حكم أو امر صادر من احدى المحاكم أو من اية سلطة عامة بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين لا تتناسب مع مخالفة قرارات القضاء الدستوري فالعقوبة غير

المناسبة تؤدي إلى التهرب من التنفيذ ومن ثم يؤثر ذلك باستقرار المراكز القانونية التي حمته تلك القرارات اذ يجب ان تعديل نص المادة المذكور لتكون العقوبة جنائية .

15. ضرورة ايراد نص في قانون المحكمة الاتحادية العليا يقضي بأن "تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة ((لان المحكمة الاتحادية هي الاعلم بقراراتها وترك المنازعات المتعلقة بتلك القرارات دون حل يؤثر على استقرار الأمن القانوني كما يجب ان يتم اصدار نظام اجرائي خاص بالمحكمة الاتحادية العليا لكي لا يطبق على تلك المنازعات قانون المرافعات المدنية لعدم ملائمتها في كثيراً من الاحيان مع خصوصية القضاء الدستوري.



المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

◆ القرآن الكريم

اولاً: المعاجم اللغوية

1. احمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1996.

ثانياً: الكتب القانونية

1. د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
2. د. ابراهيم درويش، القانون الدستوري، النظرية العامة والرقابة الدستورية، ط4، دار النهضة العربية، 2004.
3. د. إحسان حميد المفرجي، د. زغير نعمة، الدكتور رعد ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، ط2، بغداد، 2007.
4. د. أ حمد سلامة بدر، دور المحكمة الدستورية في تفسير النصوص القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
5. د. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2018.
6. د. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2017.
7. د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2000.
8. د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق للطباعة والنشر، القاهرة، 2005.
9. د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960.
10. د. احمد هندي، اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002.
11. د. احمد ياسين معتوق، وسائل الضمان الاجتماعي في الاقتصاد الإسلامي، منشورات دار النفائس، الاردن، 2018.
12. د. آدم النداوي، قانون المرافعات المدنية، ط3، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011.
13. د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط3، دار الفنون للاداب والنشر 2004.

14. اسماعيل نامق، العدالة وأثرها على القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013.
15. د. اكرم الوتري، فن اعداد وصياغة القوانين، مطبعة العاني، بغداد، بدون سنة نشر
16. د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت 2002.
17. د. إيناس محمد البهجي ويوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
18. د. بتول مجيد جاسم حجية القرارات والآراء التفسيرية الصادرة عن المحاكم الدستورية دراسة مقارنة، دار السنهوري، بيروت، 2019.
19. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1993.
20. د. توفيق حسن فرج، محمد يحيى مطر، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1990.
21. د. توفيق رمضان رواندي، دور المحكمة الاتحادية في الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2016.
22. ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، الصياغة القانونية لنصوص التشريع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 2019.
23. د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر، القاهرة، 1969.
24. جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
25. د. جميلة السيوري، الأمن القضائي وجودة الأحكام، دار القلم للطباعة، الرباط، 2013.
26. جواهر عادل العبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
27. د. جورج شفيق مساري، مسؤولية الدولة عن اعمال سلطاتها قضاء التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
28. د. حامد راشد، دور المحكمة الدستورية العليا في إقرار مبادئ العدالة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
29. د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2018 .

30. د. حسن زكريا، المحكمة العليا الأمريكية ، مطبعة الحكومة، بغداد، 1966.
31. د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مكتبة السنهوري، بغداد، 1982.
32. د. حسن علي عبد الحسين البديري، دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في سد الفراغ الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة)، مؤسسة العارف للمطبوعات، النجف الاشرف ، 2021.
33. حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1971.
34. د. حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، ط1، بدون دار نشر، دمشق، 2017.
35. د. حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2009.
36. د. حمدي ابو النور عويس، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الاداري، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2011.
37. د. حمدي علي عمر، سلطة القاضي في توجيه اوامر الإدارة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
38. د. حيدر ادهم عبد الهادي، اصول الصياغة القانونية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
39. د. حيدر محمد حسن الاسدي، عزل رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى (دراسة مقارنة)، ط1، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان 2012.
40. د. حيدر محمد حسن الوزان الأسدي، حماية حرية الرأي في مواجهة التشريع دراسة فلسفية تحليلية مقارنة لأحكام القانون والقضاء الدستوري في العراق ومصر وأمريكا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
41. د. خديجة عرفة محمد امين، الأمن الإنساني المفهوم والتطبيق في الواقع العربي والدولي، ط1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009.
42. خير الدين عبد اللطيف، اللجنة الدولية لحقوق الإنسان ودورها في حماية الحقوق والحريات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
43. د. ذكي محمد النجار، الوجيز في القضاء الاداري، المبادئ في التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
44. د. راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، ط 2، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2011.
45. د. رافت فودة، دروس في قضاء المسؤولية الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
46. د. رافع خضير شبر، انتهاك الدستور، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013.
47. د. رائد صالح قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

48. درفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة القضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الامريكية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،2009.
49. د. رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011 .
50. د. رفعت عيد السيد، اطلالة على الدفع بعدم الدستورية في تشريعات مصر ودول المغرب العربي والكويت (دراسة تحليلية نقدية)، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2020.
51. د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ط2، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بغداد، 1981.
52. د. زكى محمد محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
53. زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، ج1، ط1، دار بلال، بيروت، 2015.
54. د. سعاد الشرقاوي، النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
55. د. سعاد الشرقاوي، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
56. د. سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
57. د. سعد عبد الجبار العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
58. د. سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1980.
59. د. سعيد السيد علي، مجلس الدولة ودوره في صياغة التشريعات والرقابة الدستورية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.
60. د. سعيد السيد علي، حقيقة الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
61. د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، دراسة مقارنة، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.
62. د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر الإسلامي، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1974.
63. شاب توما منصور، القانون الاداري، الجزء الأول، دار الطبع والنشر الاهلية، 1970.
64. د. شعبان رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
65. د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968.

66. د. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
67. د. طارق فتح الله خضر، القضاء الإداري (قضاء التعويض) مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
68. د. عاطف امين صليبا، دور القاضي الدستوري في ارساء دولة القانون (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002.
69. د. عباس العبودي شرح أحكام قانون المرافعات، الموصل، 2000.
70. د. عبد الباسط جميعي ود آمال الفزايري، التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1990.
71. د. عبد الحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
72. عبد الحكيم فودة، حجة الامر المقضي به في المواد التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999.
73. د. عبد الحميد حسن محمد، حماية الحقوق والحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا، مكتبة الامام البخاري للنشر والتوزيع، قطر، 2000.
74. د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ج1، بدون دار ومكان نشر، 1963.
75. د. عبد الرحمن عزاوي، ضوابط توزيع الإختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
76. د. عبد الزهرة الفتلاوي، استقلال السلطة القضائية وأثره في نظام دولة القانون دراسة مقارنة بين العراق - لبنان - مصر، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2018.
77. د. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية (منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.
78. د. عبد العزيز محمد سالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي، دراسة فقهية قضائية مدعمة بجميع ما أصدرته المحكمة الدستورية العليا من أحكام، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2021.
79. د. عبد العزيز محمد سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي العام، ط1، دار الهنا للطباعة، القاهرة، 1987.
80. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الاداري (قضاء الإلغاء)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998.

81. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الاداري عن اعمال الإدارة قضاء الإلغاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر.
82. د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
83. د. عبد القادر الشخلي، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقهاً وقضاءً، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.
84. عبد القادر عبد اللطيف الجنابي، دور القضاء الدستوري في تطوير النصوص الدستورية (المحكمة الاتحادية العليا انموذجاً)، ط1، دار المسئلة، بغداد، 2022.
85. د. عبد الله ناصف، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية قبل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
86. د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد، 1977.
87. د. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق، ط2، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف، 2013.
88. د. عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، ط2، المركز العربي للنشر، مصر، 2018.
89. د. عدنان عاجل عبيد، جودة أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ط1، منشورات مكتبة دار السلام القانونية، النجف، 2021.
90. د. عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995.
91. د. عصام انور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2018.
92. د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2014.
93. د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر دراسة مقارنة، دار الجامعة، الاسكندرية، 1982.
94. د. علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد 1996.
95. د. علي خطار شنتاوي، موسوعة القانون الإداري، ج1، ط1، دار الثقافة، عمان، 2004.
96. د. علي عبد العال سيد احمد، دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية في النظامين المصري والكويتي، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1997.
97. د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام (المسؤولية الجنائية أساسها - عوارضها) الجزء الجنائي العقوبة والتدبير الاحترازي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.
98. د. علي مجيد العكلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019..

99. د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير في تفسير أحكام الدساتير دراسة دستورية فقهية قضائية مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.
100. د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، 2011.
101. د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية العليا بين عهدين، الذكرة للنشر والتوزيع، العراق ، 2018.
102. د. عليوة مصطفى فتح الباب، أصول سن وصياغة التشريعات وتفسير التشريعات، دراسة فقهية علمية مقارنة، ج1، ط1، مطبعة كوميت، الكويت، 2007.
103. د. عمار بوضياف، نظرية القانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط2، دار ريحانة ، الجزائر، 2000.
104. د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع (دراسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
105. د. غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
106. د. غازي فيصل، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، موسوعة الثقافة القانونية، ط1، بغداد، 2008.
107. د. غازي فيصل مهدي، نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في الميزان، مؤسسة الثقافة القانونية، بغداد، 2008.
108. د. فاتح خلوفي، سلطات القاضي الإداري في التفسير، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
109. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2009.
110. د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
111. د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط2، دار الطباعة الحديث، القاهرة، 1997.
112. د. فتحي والي، الوسيط في القانون المدني، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
113. فهيمة أحمد على القماري، أساسيات الصياغة القانونية، دار الكتب والدراسات القانونية، الإسكندرية، 2019.
114. د. فواد محمد النادي، مبدأ المشروعية، ط1، مطبعة دار نشر الثقافة، القاهرة، 1974.
115. د. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط1، المركز العربي للتوزيع والنشر، القاهرة، 2020.
116. د. مازن ليلو راضي، د حيدر ادهم عبد الهادي، حقوق الإنسان دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
117. د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج1، مطبعة الجامعة، بغداد، 1972.

118. د. مجيد ابراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.
119. د. محمد احمد شحاته حسين، الصياغة القانونية لغة وفقهاً، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2014.
120. د. محمد سعيد حسين امين، أثر التعديلات الدستورية في مسيرة الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
121. د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي اركانه وقواعد إصداره، ط1، دار الحلبي، بيروت، 2011.
122. د. محمد سليمان محمد عبد الرحمن، إصلاح القضاء في ضوء معايير الجودة الشاملة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
123. د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، ط2، كوردستان، 2009.
124. د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
125. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
126. د. محمد عبد الحميد ابو زيد، القضاء الدستوري شرعاً ووضعاً، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
127. د. محمد عبد العال السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة)، بدون دار ومكان نشر، 1986.
128. د. محمد علي راتب ومحمد نصر الدين ومحمد فاروق، قضاء الأمور المستعجلة، القاهرة، 1968.
129. د. محمد علي عبد السلام، دور مجلس الدولة في تحقيق الأمن الاقتصادي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
130. د. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
131. د. محمد فوزي النويجي، التفسير المنشيء للقاضي الدستوري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
132. د. محمد ماهر ابو العينين، التعويض عن اعمال السلطات العامة، الكتاب الثاني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
133. د. محمود حلمي، المبادئ العامة في القانون والإدارة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
134. د. محمود حمدي عباس، دور دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة في كفالة الأمن القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
135. د. محمود صبحي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
136. د. محمود فريد عبد اللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، 2018.

137. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات، ط1، بغداد، 2008.
138. د. مصدق عادل طالب، القضاء الدستوري في العراق دراسة تطبيقية لدور المحكمة الاتحادية في الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص جمهورية العراق لعام 2005، دار السنهوري، بيروت، 2017.
139. مصطفى ابو زيد فهمي، النظام الدستوري المصري، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2010.
140. د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1992.
141. د. مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، 1995.
142. مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام والقرارات، دار الضياء للطباعة، ط1، النجف، 2007.
143. د. منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981.
144. د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
145. د. منار الشوربجي، الكونكرس الأمريكي المؤسسة المنسية عربياً، مطبوعات مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، 2001.
146. د. مها بهجت الصالحي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2008.
147. نادر جبلي، فكرة المبادئ فوق الدستورية، مركز حرمون للدراسات المعاصرة، قطر، 2016.
148. د. نجم عليوي خلف، مبدأ عدم الرجعية في القرارات الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
149. نجوان عبد الستار علي مبارك، الوضع الظاهر في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015.
150. د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
151. د. نواف كنعان، القانون الاداري - الكتاب الأول، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
152. د. نورة فرغلي عبد الرحمن، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار الكتب، القاهرة، 2007.
153. د. هشام عبد المنعم عكاشة، المحكمة الدستورية العليا، قاضي التفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
154. د. هشام محمد البدري، الأثر الرجعي والأمن القانوني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
155. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
156. د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2018.
157. د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، ط1، دار السنهوري، بيروت، 2015.

158. د. وليد محمد الشناوي، التوقعات المشروعة والوعود الادارية غير الرسمية في قانون الاستثمار دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2013.
159. د. وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع ايجابي (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2016.
160. د. وليد عبد الصبور، التفسير الدستوري، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018..
161. د. يس محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2012.
162. د. يسري محمد العصار دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

ثالثاً: الكتب المترجمة

1. آلان فارنسويرث، المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة، ترجمة محمد لبيب شنب، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1962.
2. جيروم ا. بارون وس. توماس دينس، الوجيز في القانون الدستوري المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة محمد مصطفى غنيم، ط1، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1998.
3. روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام، الاجراءات القضائية في أمريكا، ترجمة علا ابو زيد، ط1، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1997.
4. لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة جابر سعيد عوض، ط1، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1996.

رابعاً: الرسائل والإطاريح

أ: الرسائل

1. اريان محمد علي، الدستور الفيدرالي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2007.
2. بان بدر حسن، الشكوى من القضاة ومسؤولية القاضي المدنية عن أخطائه، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير، جامعة النهريين، كلية الحقوق، 2009.
3. عادل جلال حمد امين، دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون، رسالة ماجستير، جامعة صلاح الدين، 2015.

ب: الإطار

1. احمد جابر صالح احمد، اليقين القانوني الجنائي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، 2019.
2. باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنين القانوني للنص العقابي، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2000.
3. حمد السيد بنداري، الأمن القانوني والمشروعية (دراسة مقارنة) في مجال القانون العام والفقہ الإسلامي، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2019.
4. حسام فرحات شعاع محمد، الحماية الدستورية للحق في المساواة، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004.
5. حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987.
6. عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2009.
7. علي صبحي عمران الجبوري، بطلان القاعدة الدستورية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، 2022.
8. فريد كريم علي الشيباني، دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في ضمان سيادة الدستور (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2015.
9. فهمية بلحمزي، الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية، اطروحة دكتوراه، جامعة عبد الحميد ابن باديس، الجزائر، 2018.
10. محمد جبار طالب الموسوي، السياسة القضائية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا، 2021.
11. محمد مهدي صالح، توزيع الاختصاصات الدستورية في الدولة الفدرالية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2007.
12. مصعب محمد مهدي، أثر الحكم بعدم الدستورية دراسة في النظام الدستوري العراقي والمقارن، اطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 2019.
13. منى السيد عمران، تطبيق مبدأ الفصل بين النظامين البرلماني والرئاسي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2012.
14. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.

15. ميثم فالح حسين، القصور التشريعي في قانون العقوبات العراقي (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2018.

16. هديل محمد حسن المياحي، العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2015.

خامساً: البحوث القانونية

1. د. إسلام ابراهيم شيحا، العدول عن السوابق الدستورية في القضاء الامريكي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة الثانية والستون، 2020.

2. اسماعيل نعمة عبود، وميثم حسن الشافعي، مساءلة رئيس الجمهورية امام المحكمة الاتحادية العليا في دستور جمهورية العراق لعام 2005 (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد الاول، العدد الثاني، 2009.

3. د. افين خالد عبد الرحمن و سعدية مجيد ياسين، المعالجة القضائية للأغفال التشريعي، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية، الجامعة المستنصرية، العدد 41-42، 2019.

4. د. اقبال عبد الله امين، قراءة تحليلية لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 دراسة تحليلية لقانون المحكمة النافذ والنظام الداخلي للمحكمة رقم (1) لسنة 2005 ومقترح المشروع لقانون المحكمة، بحث منشور في مجلة اكليل للدراسات الانسانية، وقائع المؤتمر الدولي الاول للجمعية العراقية العلمية للمخطوطات والموسوم فراءات في العلوم الانسانية، العدد الخاص بوقائع المؤتمر، 2021.

5. د. اقبال عبد الله امين، عزل رئيس الدولة في حالة انتهاك الدستور مقارنة مع دستور الولايات المتحدة الامريكية، بحث منشور في المجلة السياسية الدولية، الجامعة المستنصرية، السنة الخامسة، العدد العشرون، 2012.

6. د. اياد خضر عباس، العلاقة بين المحكمة الاتحادية العليا ومجلس القضاء الاعلى في ضوء قانون التعديل الاول لقانون المحكمة الاتحادية العليا، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (7)، المجلد (7)، الجزء (1)، العدد (1)، 2022..

7. بوبشير محند امقران، تغير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد (2)، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2004.

8. تغريد عبد القادر علي، اشكالية الصياغة في النص الدستوري (دراسة عن دستور جمهورية العراق لسنة 2005)، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، السنة السادسة، العدد الرابع، 2016.

9. حسين الظريفي، مدى حرية القاضي ازاء القانون، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين ، جمهورية العراق، العدد2-3، 1953.
10. د. حسين جبر حسين الشويلي، معيار المعقولية في القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، الجزء الاول، المجلد 56، العدد 1، 2022.
11. د. حسين جبر حسين الشويلي و قصي علي عباس، العوامل المؤثرة على عدول المحكمة العليا الامريكية عن سوابقها الدستورية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد (2)، 2020.
12. د. الحسين عبد الدايم صابر محمد علي، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري واثرها على الاصلاح التشريعي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الكويت، العدد 79، 2022.
13. د. حميد حنون خالد، السلطات الاتحادية في دستور العراق لسنة 2005، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 24، العدد1، 2009.
14. د. حيدر عبد الرضا عبد علي، مثنى عباس عبد الكاظم، اليات المراجعة والاصلاح لدور المحكمة الاتحادية العليا في العراق على المستوى القانوني والدستوري في الدولة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 23، العدد1، 2021.
15. حيدر وهاب عبود، صياغة الموازنة العامة، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، بغداد، المجلد 4، العدد 18، 2012.
16. د. خالد روشو، دور القاعدة الدستورية في ارساء الامن القانوني، بحث منشور في مجلة دراسات في الوظيفة العامة، الجزائر، المجلد3، العدد الاول، 2018.
17. د. داود عبد الرزاق الباز، اللامركزية السياسية الدستورية في دولة الامارات، بحث منشور في المجلة التشريعية والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد الخامس عشر، ٢٠٠١.
18. د. دويني مختار، مبدأ الامن القانوني ومقتضيات تحقيقه، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، الجزائر، 2014.
19. د. رافع خضر صالح شبر، مضمون الخيانة العظمى المنسوبة لرئيس الدولة، بحث منشور في مجلة بابل، كلية القانون، المجلد 13، العدد 6، 2006.
20. د. رشا محمد جعفر، أوجه القصور في الصياغة التشريعية لقوانين الوظيفة العامة(دراسة تطبيقية في القوانين الصادرة في ظل دستور 2005)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 30، العدد2، 2015.

21. زينب طالب سلمان، الفيدرالية واشكالية الدستور العراقي لعام 2005 في توزيع الصلاحيات بين المركز والاقليم والمحافظات غير المرتبطة باقليم، بحث منشور في مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، المجلد 19، العدد 80، 2022.
22. د. زينة صاحب كوزان، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ودورها في مساءلة رئيس الجمهورية، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، المجلد الرابع، العدد 41، 2021.
23. سامي جبار حسين، عدنان عاجل عبيد، المحكمة الاتحادية العليا في ظل دستور جمهورية العراق لعام 2005، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النجف، العدد 44، 2017.
24. د. سرهنك حميد البرزنجي، تفسير الدستور في ضوء احكام الدستور العراقي النافذ وتطبيقات المحكمة الاتحادية العليا دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك للعلوم الانسانية والاجتماعية، عدد خاص، المجلد 14، 2011.
25. سرى حارث عبد الكريم و حيدر طالب الامارة، آثار الاغفال التشريعي الاجتماعية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد 34، العدد الثاني، 2019.
26. سرى حارث عبد الكريم وحيدر طالب الامارة، ضوابط الرقابة على الاغفال التشريعي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 21، العدد 4، 2019.
27. د. سعد غازي طالب، المركز القانوني لأعضاء المحكمة الاتحادية العليا العراقية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة الرابعة عشر، العدد الثاني، 2022.
28. د. سعود نسيم، سلطات المحكمة العليا الامريكية في مجال الرقابة الدستورية بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الاول، 2020.
29. د. سناء طعمة مهدي، الاغفال التشريعي ودور القاضي الدستوري في الرقابة عليه (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (23)، العدد (2)، 2021.
30. سنبل عبد الجبار احمد، مبدأ سيادة الدستور وضمن احترامه دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للعلوم السياسية والقانونية، جامعة كركوك، الجزء الاول، المجلد 6، العدد (21)، 2017.
31. شذى فلاح حسن، مساءلة رئيس الجمهورية جنائياً (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الاسراء للعلوم الاجتماعية والانسانية، بغداد، المجلد 8، العدد 4، 2022.
32. د. شريف يوسف خاطر، مسؤولية الدولة عن القوانين المخالفة للدستور والاتفاقات الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 3، العدد 2، 2013.

33. د. شهاب احمد عبد الله، دور المحكمة الاتحادية العليا في تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الثاني، 2018.
34. د. شورش حسن عمر، ضوابط استقلال المحكمة الاتحادية العليا في العراق من حيث التشكيل (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم السياسية والقانونية، ج1، المجلد 6، العدد 21، 2017.
35. د. شورش حسن عمر و د. خاموش عمر عبد الله، أثر الحكم الصادر من القضاء الدستوري على مبدأ الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، كلية القانون، العدد 31، 2017.
36. د. شورش حسن عمر، ود. لطيف مصطفى امين، مدى دستورية تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (23)، العدد (3)، 2021.
37. د. صبري محمد السنوسي، أركان صحة التشريع، بحث منشور في مجلة القانونية الصادرة عن هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد الثاني السنة الأولى، 2014.
38. د. ضاري خليل محمود، الصياغة القانونية علم وفن، بحث منشور في مجلة دراسات دستورية، الصادرة عن المحكمة الدستورية، البحرين، المجلد الأول، العدد الأول، 2013.
39. د. طيبة جواد حمد، المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الثاني، السنة الثانية عشر، 2020.
40. د. عادل علي المانع، الامن القانوني الجنائي مفهومه واسسه، بحث منشور في مجلة الامن والحياة، العدد 248، اكااديمية نايف للعلوم الامنية، المملكة العربية السعودية، 2003.
41. د. عاصم حاكم عباس الجبوري، حاكم فنيخ علي الخفاجي، سمات النظام القضائي الامريكي ومبررات تشكيل المحكمة العليا 1789، بحث منشور في مجلة بابل للدراسات الانسانية، جامعة بابل، المجلد 7، العدد 1، 2017.
42. د. عامر الهواري، التكريس الدستوري لمبدأ الامن القانوني ضمانة لتجسيد دولة القانون الحديثة في الجزائر، بحث منشور في مجلة مدارات سياسية، الجزائر، المجلد (5)، العدد 1، 2021.
43. د. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد الثامن عشر، 2010.
44. عباس فاضل محمود، دور منظمات المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي في العراق، بحث منشور في مجلة الأستاذ، جامعة بغداد، كلية التربية للعلوم الانسانية، العدد 203، 2012.

45. د. عبد الرحمن اللثموني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل والحريات، المغرب، ع 41، 2004.
46. عبد الرحمن زهواني وبلخير محمد ايت عودية، التحليل الاقتصادي لمبدأ حماية التوقعات المشروعة، جامعة بلقايد تلمسان، بحث منشور ضمن سلسلة الندوات والملتقيات، الجزائر، 2016.
47. د. عبد الرحمن عزوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع الاغفال التشريعي نموذجاً، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الادارية والسياسية، العدد 10، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، الجزائر، 2010.
48. د. عبد العزيز سالم، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري، بحث منشور في المجلة الدستورية، مصر، العدد(15)، 2009.
49. د. عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، الرقابة الدستورية على الامتناع التشريعي دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد 3، العدد 3، 2018.
50. د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، وعبد الله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية التشريعية (دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة (6)، العدد (23)، 2014.
51. د. عبد المجيد غميحة، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي، بحث مقدم في اطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، المغرب، 2008.
52. د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، الشكوى من القضاة في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2019.
53. د. عثمان سلمان العبودي، اصول الصياغة التشريعية، بحث منشور في المجلة البرلمانية، بغداد، العدد الأول، 2010.
54. د. علي حمزة عباس وسلام صالح المعموري، رقابة القضاء على دستورية القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 26، العدد 7، 2018.
55. د. علي صاحب جاسم الشريفي، تفسير نصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة العاشرة، العدد الثالث، 2018.
56. د. علي هادي عطية الهلالي، غموض النصوص الدستورية (دراسة تحليلية في ضوء نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ)، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، المجلد (2)، العدد (3)، 2006.

57. د. علي هادي عطية الهلالي، فحص الدستورية بالية التصدي، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، كلية القانون، العدد 9، 2014.
58. د. علي يوسف الشكري وحسن علي عبد الحسين البديري، التدخل التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا العراقية ودوره في سد الفراغ الدستوري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المعهد، معهد العلمين للدراسات العليا، النجف، العدد 3، 2020.
59. د. عمار طارق عبد العزيز وكمال مرضي علاوي، دور السلطات العامة في تنفيذ احكام القضاء الدستوري، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، السنة الثانية عشر، 2020.
60. د. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 2001.
61. غازي إبراهيم الجنابي، دليل الصياغة التشريعية، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، المجلد 4، العدد 18، 2012.
62. د. غازي فيصل مهدي، التعديلات الدستورية فيما يخص رقابة القضاء، مجلة المستقبل العراقي، بغداد، العدد التاسع، آذار السنة الثالثة، 2007.
63. د. غازي فيصل مهدي، مقترحات لتعديل اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، جريدة الزمان، العدد (2149)، السنة الثامنة، 2005.
64. د. غانم عبد دهش، ضعف المركز الدستوري للسلطة الاتحادية واثره على وحدة الدولة الفيدرالية، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 12، العدد 1، 2021.
65. د. غني زغير عطية، الدعوى الدستورية بين القانون وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، المجلد 11، العدد 2، 2016.
66. الغيث مزهر الخفاجي ود، سلمى طلال عبد الحميد، الية تحريك الدعوى الدستورية امام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، بحث منشور في مجلة الشرائع للدراسات القانونية، بغداد، المجلد 3، العدد (1)، 2023.
67. فاطمة العلوي، دور الامن القانوني في دعم مشاريع الاستثمار في الجزائر، بحث منشور في جامعة بشار طاهري، كلية البشائر الاقتصادية والعلوم التجارية، الجزائر، المجلد 2، العدد 4، 2016.
68. فاطمة درو ملوح، عادل كاظم سعود، اثر التضخم التشريعي في الاخلال بمبدأ الأمن القانوني الجنائي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 24، العدد 4، 2022.

69. د. فراس عبد الرزاق حمزة وفرح جهاد عبد السلام، مناهج التفسير ودورها في تطوير القواعد الدستورية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد (23)، العدد (4)، 2021
70. د. فراس عيسى الحميري، اثر الاغفال التشريعي في مبدأ سمو الدستور (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد 29، 2021.
71. د. لمى علي فرج، العلاقة بين سلطة التشريع والقضاء، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد 35-36، 2017.
72. لؤي عبد الحق اسماعيل، الخطأ العمدي للقاضي المدني واثره بين القانون والقضاء، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة 4، ج4، المجلد 4 العدد4، 2020.
73. د. ليث كمال نصرآوين، متطلبات الصياغة الجيدة واثرها على الاصلاح القانوني، بحث منشور في ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع القانون.. أداة للإصلاح والتطوير الجزء الاول، العدد 2، 2017.
74. د. ليلي حنتوش ناجي، دور القاضي الدستوري في الاصلاح التشريعي، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، الجزء (3)، العدد (36)، 2018.
75. د. ليلي حنتوش ناجي الخالدي، التفسير القضائي لنصوص الدستور، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، السنة الرابعة عشر، العدد 1، 2022.
76. د. مازن ليلو راضي، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول الى القانون، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد 34، العدد 1، 2019.
77. د. محمد حسين الحمداني ونوفل علي الصفو، مبدأ الاقتناع القضائي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد الاول، العدد (24)، 2005.
78. محمد سالم كريم، دور القضاء الدستوري في تحقيق الامن القانوني، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، المجلد الثامن، 2017.
79. د. محمد عبد اللطيف، مبدأ الامن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 36، 2001.
80. د. محمد فوزي نويجي، عبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر الرابع (القانون اداة للإصلاح والتطوير)، الجزء الاول، العدد الثاني، 2017.
81. د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الامن القانوني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (36)، 2004.

82. د. محي الدين ابو الهول ود اديب فايز الضمور، الحقوق الاجتماعية للطفل في الشريعة الاسلامية والمواثيق الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية اصول الدين، اسبوط، العدد الثالث والثلاثون، 2015.
83. د. مروان محمد محروس المدرس، رقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، 2017.
84. د. مصدق عادل، الاصلاح الدستوري في العراق (المحكمة الاتحادية العليا انموذجاً)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الخاص لبحوث مؤتمر الفرع العام تحت عنوان (الاصلاح الدستوري والمؤسساتي (الواقع والمأمول)، 2018.
85. د. معمر خالد عبد الحميد، مبدأ المشروعية بين النص الدستوري والقانوني، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد 2، 2017.
86. د. مها بهجت يونس ومحمد سالم كريم، طبيعة احكام القضاء الدستوري ودورها في تحقيق استقلاله، بحث منشور في مجلة جامعة كلية التربية، جامعة واسط، الجزء الثاني، العدد التاسع والثلاثون، 2020.
87. د. ميثم حنظل شريف و علي هادي عطية وعلا رحيم، حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا على المحكمة نفسها، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد السابع، 2013.
88. د. ميثم حنظل شريف وصبيح وحوح حسين الصباح، دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، المجلد (25)، العدد 2، 2017.
89. د. ياسر عطويوي الزبيدي، الامر الولائي الصادر من المحكمة الاتحادية العليا (دراسة تحليلية في ضوء قرارها المتعلق بأستفتاء انفصال اقليم كردستان العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، المجلد 12، العدد 2، 2020.
90. د. ياسر عطويوي الزبيدي، فكرة بطلان النص الدستوري (دراسة تحليلية في ضوء دستور جمهورية العراق لسنة 2005، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، السنة الثالثة عشر، العدد الرابع، 2021.
91. د. ياسر عطويوي عبود، التنظيم الدستوري لمسؤولية رئيس الجمهورية امام المحكمة الاتحادية العليا (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية، 2010.
92. د. يحيى اكرام ابراهيم بدر، دور المحكمة العليا الامريكية في حل مشكلة تنازع القوانين بالولايات المتحدة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ملحق العدد الاول، 2015.

93. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني، بحث منشور في المجلة القانونية، مصر، العدد السابع، 2017.

سادساً: الدساتير

1. دستور الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1787.
2. القانون الأساسي الألماني لعام 1949 المعدل.
3. القانون الأساسي العراقي لعام 1925 (الملغي)
4. قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية عام 2004 (الملغي)
5. دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
6. دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014.

سابعاً: القوانين والأنظمة

أ- القوانين

1. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968.
2. قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979 المعدل.
3. قانون الصحافة المصري رقم (96) لسنة 1996.
4. قانون الاثبات في المواد التجارية والمدنية المصري رقم (25) لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم (23) لسنة 1992 والقانون رقم (18) لسنة 1999.
5. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل
6. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
7. قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.
8. قانون التعديل الخامس رقم (17) لسنة 2013 لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979.
9. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 2021.

ب - الانظمة

1. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (1) لسنة 2005.
2. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (1) لسنة 2022.
3. النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي رقم (1) لسنة 2022.

ثامناً: القرارات والأحكام القضائية

1. الموقع الرسمي للمحكمة العليا الامريكية على الرابط <https://supreme.justia.com/cases/federal/us>
2. الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية على الرابط <http://www.sccourt.gov.eg>
3. الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط <https://www.iraqfsc.iq>
4. موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، الجزء الثاني، دار محمود، القاهرة، بلا سنة نشر.

تاسعاً: المصادر الاجنبية

- Lenoir, Entretien avec Sandra Day O'Connor et Ruth Ginsburg, Cahiers du Conseil constitutionnel. 1998.
- Cadart (J.), Institutions Politique et Droit Constitutionnel , T.1 , 2 eme Ed Paris , 1979.
- Connor (Karen O.) and Sabato (Larry J.) , The Essentials of American Government (Continuity and Change) , Longman Inc , 2002.
- Charles Evans Hughes, Supreme Court of the United States, Washington, Henry Holt and CompanyMax Farrand , Vol 1,1998.
- Danil E.Troy ,Toward A Definition and Critique of Retroactivity, The American Institute of Legislation , Vol 51,2000.
- Muriel L. Dubois, the U.S. Supreme Court (The U.S. Government), Indiane Printing house, 2000.
- David A. Strauss, The Living Constitution, Oxford University Press ,2010.
8. Heatchoock and Claude ,The U.S.A Constitution in Perspective1st. Ed, The Curtis Publishing Company, 1962.
- Tom Ginsburg. Constitutional Courts in new Democracies ,Global Jurist Advances ,Vol.-2, Susan Welch and others,2002.
10. Steven foster, the judiciary civil liberties and human rights,edinburgh university press,2006.
- 11.John Alder, constitutional and administrative law, Red Globe Pressed, eleventh (43) edition, 2017.
- 12.Bernard Schewartz, A History of the Supreme Court, Oxford University

Press, New York, U.S.A, 1995.

13. Ronald L. Watts, Comparing Federal Systems, Second Edition, Ithaca-London, 1999.

14. Josseline de clqusqde et autre "Lasecurite juridique et i acompiexite du droit" etudes et documents du conseil detqt, ja documentation Francaise, paris,2006.

15. Richard A. Posner: The Role of The Judge in the Twenty-First Century, Boston University Law Review, Vol.86,2006.

16. Benoit Jeanneau, droit constitutionnel et institutions politiques ,Daloz,Paris ،1994.

17. Vicki Jackson, constitutional comparisons: (convergence, resistance, engagement), the supreme court — comment, harvard law review, vol. 119, 2005.

عاشراً: المواقع الالكترونية

1. عباس العلي، المحكمة الاتحادية ودعوات حل البرلمان ،مقال منشور على الرابط الالكتروني

<https://www.alarabiya.net/politics>

2- سالم روضان الموسوي، هل يجوز إبطال عريضة الدعوى في القضاء الدستوري؟، مقال منشور على

الرابط الالكتروني <https://www.azzaman.com>

3. د. علاء ابراهيم الحسيني، دور المحكمة الاتحادية العليا لامتناع المشرع في العراق عن القيام بواجباته

الدستورية، مقال منشور على شبكة النبا المعلوماتية على الرابط <https://annabaa.org> .

4. وهيب عبد الوهاب، الأمن القانوني وتأثيره على استقرار المعاملات القانونية، مقال منشور على الرابط

الالكتروني <https://www.droitetreprise.com20823>

Abstract:

Legal security is one of the main goals that legal systems aim to achieve. The state has become required to give individuals sufficient means to achieve their stability. All democratic legal systems are based on several things, including the authorities' pursuit of respect for legal rules and their relative stability. The other thing is that laws keep pace with developments. Thus, legal security is one of the features of the state of law and one of the guarantees of its continuity. The constitutional judiciary plays an active role in protecting legal security through its multiple powers. It is the safe haven for individuals and the protector of the constitution through its protection of the constitution from violating laws, as well as clarifying what has been obscured from the legislative texts to ensure their proper application to protect the rights, freedoms and legal positions protected by those texts. The constitutional judiciary also deals with the negligence of the legislator to organize the issues he is obliged to regulate constitutionally, as well as addressing the ambiguity and deficiency in the texts, as the ambiguous or incomplete legislative texts undoubtedly affect legal security, and here the constitutional judiciary intervenes in dealing with these issues. However, addressing what has been mentioned cannot be achieved unless the practice of the constitutional judiciary represented by the Iraqi Federal Supreme Court functions without obstacles, whether these obstacles are related to the formation of the Federal Court itself or related to the date of entry into force of its decisions, whether their impact is immediate or revealing constitutional defects. Since the lack of organization of these issues affects the work of the Federal Court on the one hand and affects the rights guaranteed by these laws ruled unconstitutional on the other hand. Also, the work of the Iraqi Federal Supreme Court faces other obstacles represented in the evasion of the implementation of its decisions or the delay in implementation, all of which undoubtedly affects the stability of legal

security. The decisions of the Federal Supreme Court do not achieve the basic purpose of them, which is to ensure legal security, unless sufficient guarantees for the implementation of these decisions are available in order to fulfill the purpose envisaged by them to the fullest.



University of Karbala
College of Law
Department in public law

**The Impact of the Decisions of the Iraqi Federal
Supreme Court in Ensuring Legal Security**

(A Comparative Study)

**To the Council of the college of Law, University of Kerbala, as a
partial fulfillment of the requirements to gain PHD in Philosophy
of Public Law**

A dissertation submitted by the student

Saja Falih Hussein

Supervised by

Prof. Dr . YASIR OTAIWI ABBOUD AI-ZUBAIDY

1444/ A.H.

2023/ A.D.