

# الحجية والنفاز لقرارات المحكمة الاتحادية العليا (دراسة مقارنة)

م.د هشام جليل إبراهيم

جامعة الإمام جعفر الصادق (ع) / كلية القانون

The validity and enforceability of the decisions of  
the  
Federal Supreme Court  
(Comparative study)

Preparation

Prof. Dr. Hisham Jalil Ibrahim Al-Zubaidi

Imam Jaafar Al-Sadiq University (peace be upon him)/

College of Law

تعد القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا باثة وملزمة للسلطات للكافة، إلا أنه يجب التمييز بين نوعين من القرارات الصادرة من المحكمة، الأولى أحكام وقرارات ترجع إلى عيب شكلي أو إجرائي في الدعوى الدستورية، والثانية أحكام وقرارات ترجع إلى عيب موضوعي، فالأولى تحوز حجية نسبية، وأما الثانية فلها حجية مطلقة. ولما كانت قرارات المحكمة الاتحادية العليا تتمتع (بقوة الشيء المحكوم به) في القرارات المتخصصة بالرقابة على الدستورية أو تفسير نصوص الدستور، فقد تدارسنا في البحث النفاذ للقرارات من حيث الزمان والأثر المترتب عليه، سواء على القانون المقضي بعدم دستوريته، ومدى الحجية التي يتمتع بها اتجاه الأفراد والسلطات، إذ توصلت الدراسة إلى نتائج مهمة منها ما يتعلق بالحجية أو النفاذ وكذلك أهمية النشر للقرار محل الطعن وفق المنهج التحليلي للقرارات.

## Abstract

The decisions issued by the Federal Supreme Court are final and binding on the authorities for all. However, a distinction must be made between two types of decisions issued by the court. The first is judgments and decisions that refer to a formal or procedural defect in the constitutional case, and the second is judgments and decisions that are due to an objective defect. The first has relative authority. As for the second, it has absolute authenticity.

And since the decisions of the Federal Supreme Court enjoy (the power of the thing judged) in decisions specialized in oversight of constitutionality or interpretation of the provisions of the constitution, we have studied in the research the enforcement of decisions in terms of time and their impact, both on the law declared unconstitutional, and the extent of the authority it enjoys in the direction of Individuals and authorities, as the study reached important results, including those related to authenticity or enforceability, as well as the importance of publishing the decision in question according to the analytical approach to decisions.

## المقدمة

إن قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق تصدر باثة وملزمة للسلطات كافة وغير مقبول الطعن فيها، وتعد ملزمة لجميع المحاكم في العراق، وأيضاً تعد ملزمة للسلطة التشريعية، التي يجب عليها أن تعيد النظر في القانون الذي حكم بعدم دستوريته، حتى يتفق مع نصوص الدستور، وتعد كذلك ملزمة للسلطة التنفيذية التي يجب عليها عدم تطبيق القانون أو النظام التي قضى بعدم دستوريته على الحالات الفردية، كما يجب عليها أيضاً أن تلغي الأنظمة التي قررت المحكمة عدم دستوريته. وإن الدساتير لم تتفق على تاريخ محدد لنفاذ قرارات المحاكم الدستورية العليا والمتعلقة بعدم دستورية القوانين أو جزء منها. ومنها الدستور العراقي، حيث إن الأثر المترتب على صدور الحكم بعدم الدستورية، هو إلغاء القوانين المخالفة للدستور، لذلك إن طبيعة رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين هي رقابة إلغاء لاحقة لصدور التشريع، إلا أن المشرع العراقي لم يحدد النطاق الزمني لسريان حكم الإلغاء.

**أهمية الموضوع:** تعد قرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا باثة وملزمة للسلطات للكافة، إلا أن ذلك يقتضي علينا أن نميز بين نوعين من الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة، الأولى أحكام وقرارات ترجع إلى عيب شكلي أو إجرائي في الدعوى الدستورية، والثانية أحكام وقرارات ترجع إلى عيب موضوعي، كما إن القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا المستندة على عيب شكلي أو إجرائي مثل عدم قبول الدعوى لعدم توافر المصلحة أو الصفة لدى رافعها، أو لعيب في صحيفة الدعوى بسبب رفعها بعد الميعاد، أو لتغيير موضوع الدعوى تغييراً جوهرياً، هنا يعد القرار الصادر في الدعوى الدستورية له حجية نسبية، حيث يجوز تصحيح العيب الشكلي عن طريق إجراءات جديدة وصحيحة. كذلك تعد مسألة تحديد النطاق الزمني لسريان حكم الإلغاء من الأمور الضرورية والمهمة، وهل أن المشرع العراقي قد نص على سريان حكم الإلغاء اعتباراً من تاريخ صدور الحكم من المحكمة الاتحادية العليا، أو نص على سريان حكم الإلغاء وانعطافه إلى تاريخ صدور التشريع المخالف للدستور مع مراعاة الحقوق المكتسبة، والمراكز القانونية المستقرة.

**إشكالية الدراسة:** تكمن مشكلة البحث في حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا والآثار المترتبة عليها، حيث إن بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة المذكورة تحوز حجية نسبية، والبعض الآخر يحوز على حجية مطلقة من حيث الأثر المترتب على هذه الأحكام والقرارات. كذلك عدم نص المشرع العراقي على نشر الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا تعتبر من المسائل المهمة وما يتبع ذلك من تقييد للسلطات العامة والأفراد بالأحكام الصادرة عن المحكمة. كذلك إشكالية سريان الحكم الصادر بعدم دستورية قانون أو

جزء منه، هل تسري بأثر رجعي أي أن أثر حكم الإلغاء ينعطف إلى تاريخ صدور التشريع؟ أم له أثر فوري فقط أي إن حكم الإلغاء يرتب آثاره اعتباراً من تاريخ صدور الحكم ولا ينسحب إلى الماضي وذلك حفاظاً على الحقوق المكتسبة؟

**منهجية الدراسة:** سيتقيد البحث في نطاق الحجية والنهائية ونفاد القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا وأثرها، وفق المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، حيث كان عرض الموضوع مبنياً على اعتماد أسلوب المقارنة حيثما أمكن ذلك .

**خطة الدراسة:** تأسيساً على ما سبق، فإنه سوف يتم تقسيم الدراسة على مطلبين وعلى النحو الآتي:

**المطلب الأول:** حجية القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا.

**المطلب الثاني:** نفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وآثارها.

### المطلب الأول حجية القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا

إن بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية تحوز على حجية نسبية مقصورة على أطراف النزاع، والبعض الآخر يحوز على حجية مطلقة من حيث الأثر المترتب على هذه الأحكام والقرارات، حيث أن الأحكام تكون على نوعين، فمثلاً النوع الأول يتعلق بالأحكام الصادرة بعدم الدستورية، هنا يكون لهذا الحكم حجية مطلقة. أما الثاني فيضم الأحكام الصادرة بدستورية القانون أو اللائحة، وهذه الأحكام لها حجية نسبية. لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، وعلى النحو الآتي:

#### الفرع الأول الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الاتحادية العليا

إن القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، وعلى سند ما أقرته المادة (٩٤) من الدستور التي نصت على أنه، ((قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة))<sup>(١)</sup>، فالنص بهذا الإطلاق يعني أن التقاضي أمام المحكمة أعلاه يكون على درجة واحدة، وقرارات المحكمة تصدر باتة وحاسمة للدعاوى التي صدر فيها، وغير مقبول الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن<sup>(٢)</sup>. وأن نهائية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، وعدم قابليته للطعن يرجع إلى أكثر من مبرر، فمن ناحية أولى طبيعة النظام الذي تبناه المشرع العراقي، من جعل الرقابة على دستورية القوانين رقابة مركزية تنحصر في يد قضاة المحكمة الاتحادية العليا وحدهم باعتبار أن هذه المحكمة هيئة قضائية مستقلة وقائمة بذاتها يدعم نهائية الحكم، ولأن القول بجواز الطعن في الحكم سيحصل على كلمة الفصل في المسألة الدستورية من نصيب محكمة الطعن وليس للمحكمة الاتحادية العليا، ومن ناحية ثانية، أن طبيعة الدعوى الدستورية باعتبارها دعوى عينية وما يفرضه ذلك من أن القاضي الدستوري يتجاوز نطاق الخصومة وينظر في جميع العيوب التي تشوب القانون المطعون فيه من دون التوقف عند الأسباب التي تمسك بها الخصم<sup>(٣)</sup>. ومما تقدم يمكن القول بان طبيعة هذه الدعوى سوف يفقد الطعن في الحكم الصادر فيها أية فائدة، حيث نتساءل عن الأسباب التي يمكن أن تعتمد عليها محكمة الطعن في حكمها وقد أوصد القاضي الدستوري الباب أمام أي محكمة أخرى بنظره في جميع الأسباب المؤدية إلى عدم الدستورية، من هنا كانت القاعدة انه لا يجوز الطعن في الحكم الصادر بالدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا. وبالنسبة لنص المادة (٩٤) من الدستور والتي قضت بأن ((قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة))، يمكن القول بأن حجية القرار الصادر بعدم الدستورية يؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون أو النظام مرة واحدة وبصفة نهائية<sup>(٤)</sup>، ومن ثم لا يسمح في المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد بصدد الحالات الجزئية التي يمكن أن يحكمها هذا القانون أو ذلك النظام، وتعد لذلك القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا في هذا الشأن ملزمة لجميع المحاكم في العراق، كما تعد ملزمة للسلطة التشريعية، بحيث يجب عليها أن تعيد النظر في القانون الذي حكم بعدم دستوريته، حتى يتفق مع نصوص الدستور، وتعد ملزمة كذلك للسلطة التنفيذية بحيث يجب عليها عدم تطبيق القانون أو النظام التي قضى بعدم دستوريته على الحالات الفردية، كما يجب عليها أيضاً أن تلغي الأنظمة التي قررت المحكمة عدم دستوريته، وفضلاً عن ذلك فهي ملزمة لجميع الأفراد والهيئات، فهم ملزمون قانوناً بالتعامل وفقاً للنص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته، سواء كانوا خصوصاً في الدعوى الدستورية أم لا، ودون حاجة لإدخالهم فيها<sup>(٥)</sup> ومن ثم لم يكن بدعاً من القول أن تتمتع قرارات المحكمة الاتحادية العليا بقوة الأمر المقضي به ((قوة الشيء المحكوم به))<sup>(٦)</sup>، في القرارات الصادرة في اختصاصها بالرقابة على الدستورية أو تفسير نصوص الدستور، أما بالنسبة للقرارات الصادرة في مسائل، تنازع الاختصاص القضائي أو الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الحكومة الاتحادية والأقاليم أو فيما بين الأقاليم، بحكم أن طبيعة المنازعة المثارة أمام المحكمة الاتحادية العليا، ليست عينية ومقصورة على أطراف النزاع كالأقاليم، أو الجهات القضائية في حالة تنازع الاختصاص فإنها تحوز حجية نسبية (حجية الأمر المقضي به) من حيث أثر القرار الصادر من المحكمة الاتحادية<sup>(٧)</sup>.

إذا كانت الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الاتحادية العليا الصادرة بعدم الدستورية، لا تثير خلافاً فإن القول بهذه الحجية قد يكون محل خلاف في ما يخص القرارات الصادرة برفض الطعن بعدم الدستورية، بحيث يثور التساؤل عما إذا كانت هذه القرارات بالرفض تتمتع بالحجية المطلقة أم بالحجية النسبية؟ حيث ذهب بعض الفقهاء<sup>(٨)</sup>، إلى التمييز بين نوعين من الأحكام، النوع الأول يتعلق بالأحكام الصادرة بعدم الدستورية، هنا يكون للحكم حجية مطلقة. أما النوع الثاني فيضم الأحكام الصادرة بدستورية القانون أو اللائحة، وهذه الأحكام لها حجية نسبية، ومن ثم يمكن إثارة عدم دستورية هذا القانون أو اللائحة من جديد بناءً على مبررات وأسباب أخرى. كما دعم التطبيق العملي لقضاء المحكمة العليا في مصر (قبل إلغائها في عام ١٩٧٩) هذا الترخيص، حيث جاء في حكمها الصادر في ١١ كانون الأول سنة ١٩٧٦ أن، ((الأمر يختلف بالنسبة إلى حجية الحكم الذي يصدر من المحكمة العليا، برفض الطعن لعدم دستورية نص تشريعي، فهذا الحكم لا يمس التشريع الذي طعن بعدم دستوريته، فيظل هذا التشريع قائماً بعد صدور الحكم، ولا يحوز الحكم المذكور سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع، لذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع القائم مرة أخرى))<sup>(٩)</sup>. بيد أن هذا الاتجاه الفقهي والقضائي<sup>(١٠)</sup>، قد تعرض لهزات مهدت السبيل للاتجاه الثاني، فإذا كانت الحجية النسبية بالنسبة للأحكام الصادرة بالرفض من القضاء الإداري<sup>(١١)</sup> الذي يقاس عليه، أنه قد توجد أسانيد أخرى لا تملك المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها تقطع بعدم مشروعية القرار، فإن هذه الحجة لا وجود لها فيما يخص الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا، فللقاضي الدستوري أن يستظهر أسباباً أخرى ويبسط رقابة كاملة في هذا الشأن، في حين لا يستطيع قاضي الإلغاء أن يتعرض لأسباب لم ترد في لائحة الدعوى بإستثناء تلك المتعلقة بالنظام العام<sup>(١٢)</sup> وعلى ضوء ما تقدم فإن قرارات المحكمة الاتحادية العليا الصادرة في المسائل الدستورية تكون ملزمة لجميع السلطات وللکافة، استناداً لنص المادة (٩٤) من الدستور والتي نصت على أنه، ((قرارات المحكمة الاتحادية العليا باثة وملزمة للسلطات كافة))، والنص على هذا النحو لم يفرق بين نوعية القرار، وهل هو بعدم الدستورية أو برفض الطعن، مما يدل على أن المشرع قد أراد أن تكون الحجية واحدة سواء في ما يخص قرارات القبول أو الرفض الموضوعي<sup>(١٣)</sup>. نلاحظ إن قرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا باثة وملزمة للسلطات وللکافة، إلا أن ذلك يقتضي علينا أن نميز بين نوعين من الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة، الأولى أحكام وقرارات ترجع إلى عيب شكلي أو إجرائي في الدعوى الدستورية، والثانية أحكام وقرارات ترجع إلى عيب موضوعي. فالقرارات المستندة على عيب شكلي أو إجرائي مثل عدم قبول الدعوى لعدم توافر المصلحة<sup>(١٤)</sup> لدى رافعها، أو لعب في صحيفة الدعوى بسبب رفعها بعد الميعاد<sup>(١٥)</sup> أو لخلوها من البيانات التي أوجبه القانون، أو لتغيير موضوع الدعوى تغييراً جوهرياً، هنا يعد القرار الصادر في الدعوى الدستورية له حجية نسبية، حيث يجوز تصحيح العيب الشكلي عن طريق إجراءات جديدة وصحيحة. فالمحكمة الاتحادية العليا لم تنتظر في مضمون التشريع المطعون فيه، بل اكتفت بإكتشاف العيب الاجرائي الذي كفاها عن الاستمرار في نظر الدعوى، من هنا يجوز لذوي الشأن أن يعيدوا طرح المسألة الدستورية ذاتها على المحكمة بإجراءات سليمة من حيث الشكل<sup>(١٦)</sup>، أما القرارات التي استندت على عيوب موضوعية، فإن لها حجية مطلقة سواء أنتهت هذه القرارات إلى دستورية النص التشريعي الطعين أم عدم دستوريته. وعند الرجوع إلى تحليل الرأيين السابقين لوجدناهما قد تغافلا عن الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري إزاء دعوى لها طبيعة عينية، فالقاضي الدستوري لا يكتفي بفحص الأسباب التي استند إليها الخصوم في دعواهم، بل يتجاوزها إلى غيرها من الأسباب التي يمكن أن تعيب القانون الطعين، وبهذه الطريقة يصبح القانون محل الطعن وقد خضع لرقابة كاملة من القاضي الدستوري، مما يستحيل معه أن يأتي خصوم آخرون بأسباب أخرى جديدة لم يتعرض لها القاضي، فمن المتصور أن يطرح على المحكمة الاتحادية العليا عدم دستورية نص لأسباب معينة، ولا تكون تلك الأسباب مؤدية إلى القضاء بعدم دستوريته، ولو اقتضت المحكمة على الأسباب المعروضة عليها، فإن القرار برفض الدعوى وحجيته النهائية سيحول دون العودة إلى النص على الرغم من وجود دواعي، بخلاف تلك المثارة من شأنها القضاء بعدم دستوريته<sup>(١٧)</sup>.

### المطلب الثاني نفاذ قرارات المحكمة الاتحادية العليا وآثارها

يترتب على صدور الحكم بعدم دستورية قانون معين أو جزء منه هو إلغاء القانون المخالف للدستور، وتحديد النطاق الزمني لنفاذ حكم الإلغاء بعد أمر ضروري ومهم، وكذلك أهمية نشر الحكم بكونه الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها افتراض علم الكافة بمضمون الحكم، إلا إن المشرع العراقي أغفل مسألة تحديد النطاق الزمني لسريان الإحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية، وكذلك مسألة نشر الإحكام في الجريدة الرسمية. لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، وعلى النحو الآتي:

تأسيساً على الحجية المطلقة لقرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا، وينص المادة (٩٤) من الدستور، فإن هذه الحجية تتعدى آثارها إلى غير الخصوم وتلزم كافة بها، وهو ما يتطلب بالضرورة علمهم بها والذي لا يفترض حصوله إلا بالنشر<sup>(١٨)</sup>، وبالرغم من أهمية نشر الحكم بكونه الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها افتراض علم كافة بمضمون الحكم، على نحو يكفل إستقرار المعاملات والأحكام القضائية، وتوكيداً لنص المادة (٩٤) من الدستور، إلا أن نصوصه وكذلك نصوص قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي لم تتضمن نشر الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة في المسائل الدستورية مما يقتضي على المشرع العراقي مراعاة ذلك في قانون المحكمة عند تعديله وبخلافه كيف سنضمن ترتب الحجية المطلقة لقرارات المحكمة وتحقق كامل آثارها من دون النشر؟ وما يستتبعه ذلك من ضرورة تحديد مدة لنفاذ قرارات المحكمة بعد النشر في الجريدة الرسمية<sup>(١٩)</sup> حيث تترشح لنا نتيجة مفادها عدم نص المشرع العراقي على نشر الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا في المسائل الدستورية وما يستتبعه من الزام للسلطات العامة والأفراد بمقتضى الحكم بعدم دستورية النص التشريعي، بل إن المشرع العراقي لم يساير حتى بعض الأنظمة الدستورية المقارنة فيما يتعلق بتصحيح المخالفة الدستورية نتيجة الحكم بعدم الدستورية<sup>(٢٠)</sup>. كذلك توجيه السلطة التشريعية لإزالة وتصحيح المخالفة الدستورية من دون تحديد مدة زمنية لذلك قد جانبه الصواب، فالمدة الزمنية قد تطول وقد تقصر، وفي الحالة الأولى سيؤدي الأمر إلى توقف نفاذ قرار المحكمة بعدم الدستورية حتى صدور القانون من السلطة التشريعية، وهذا كله يخالف نص المادة (٩٤) من الدستور التي تقضي بأنه، ((قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة))، وإن القانون أو النظام المقضى بعدم دستوريته يظل قائماً حتى تتخذ السلطة التشريعية لإجراءات اللازمة لإلغائه أو تصحيحه، ولا يعني هذا القول إن النص المخالف للدستور يظل نافذاً أو مطبقاً إلى أن تتخذ السلطات المختصة إجراءاتها، إذ إن قرارات المحكمة نهائية وملزمة، مما يؤدي إلى عدم جواز إثارة النزاع بالنسبة للنص المقضى بعدم دستوريته مرة أخرى، وبذلك يعد النص في هذه الحالة على الرغم من بقاءه مجرداً من كل قيمة أو أثر قانوني، لأن الحكم بعدم الدستورية قد سلبه كل آثاره وجّده من قوته الملزمة فأصبح غير قابل للتطبيق<sup>(٢١)</sup>، فالحكم بعدم دستورية نص تشريعي لا يلغي النص، وإنما يلغي قوة نفاذه، وذلك حتى لا نصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات ولأن القول بخلاف ذلك يعد اعتداءً واضحاً من المحكمة على السلطة التشريعية، كما أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع من درجته، إعمالاً للقاعدة الخاصة بتقابل الإجراءات<sup>(٢٢)</sup>.

### الفرع الثاني أثر تحديد النطاق الزمني على نفاذ الحكم

تعد مسألة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو تحديد نطاق سريان هذا الحكم من حيث الزمان، من أهم الموضوعات التي تثيرها الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون<sup>(٢٣)</sup>، وعند هذه الجزئية التي احتدم الخلاف بشأنها بين أكثر من اتجاه، فهناك من يرى أن الحكم الدستوري يجب سريانه بأثر رجعي، وهناك من يرى أنه لا يسري سوى بأثر فوري، وهذا ما سنلمسه من خلال بحث المدى الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية. ويقصد بالمدى الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية، هو تحديد التاريخ الذي تمتد إليه آثار الحكم، ومن ثمّ الوقوف على ما إذا كانت هذه الأحكام تنفذ إلى المستقبل فقط أم يكون لها أثر رجعي، ولا تتور هذه الفكرة بطبيعة الحال إلا بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، باعتبارها أحكاماً كاشفة للعوار الذي يعيب التشريع، ما عدا ذلك من أحكام كتلك الصادرة بعدم القبول أو الرفض فإنها لا تمس دستورية التشريع الطعين<sup>(٢٤)</sup>، ومن ثم فلا تتور في هذه الحالة أية تساؤلات حول مدى تنفيذها زمنياً<sup>(٢٥)</sup>. وعند الاتجاه الفقهي المؤيد للأثر الفوري للأحكام الدستورية<sup>(٢٦)</sup>، أي أن الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه، وهذا معناه أن النص محل الطعن يعمل به اعتباراً من تاريخ الحكم بعدم الدستورية، ويترتب على ذلك أن جميع الآثار التي رتبها النص التشريعي قبل الحكم عليه بعدم الدستورية تبقى صحيحة وقائمة، فكل ما هنالك أن هذا النص لا ينتج آثاره القانونية بالنسبة للمستقبل فقط، لأنه خرج من النظام القانوني للدولة<sup>(٢٧)</sup>. وهذا التصور لطبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية من حسناته أنه يحافظ على حد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة، بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص القانون عامة وخاصة، بحيث تتمكن هذه الأشخاص من القيام بإعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها من دون التعرض لمفاجآت صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة، كأن تقرر تطبيق قواعد قانونية جديدة بأثر رجعي يرد إلى الماضي، أو أن تقرر المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد<sup>(٢٨)</sup>؛ إلا أن القول السابق (فقهاً وتشريعاً وقضائياً) بأن الحكم له أثر منشئ سيضعنا أمام وضع متناقض حيث سنواجه تمييزاً بين مراكز قانونية تكونت قبل الحكم بعدم الدستورية، وأخرى تكونت بعده، فالمراكز الأولى لا يمسه الحكم الصادر

بعدم الدستورية، بينما الثانية فعليها أن تعمل إثر هذا الحكم<sup>(٢٩)</sup>. فضلاً عما تقدم فإن الأثر المنشئ للحكم الصادر بعدم الدستورية من شأنه، أن يضعف من فعالية الرقابة على دستورية التشريعات، فهذه الرقابة تهدف إلى حماية الدستور من خروج التشريع عليه، وهذا الهدف يقلل من إمكانية إصدار القوانين غير الدستورية، وحين تتأكد تلك الوصمة بأحكام قضائية، تنزل تطبيقاتها في الماضي سارية، بل محصنة من المساس بها<sup>(٣٠)</sup>. من هذا المنطلق نجد الاتجاه الغالب في الفقه<sup>(٣١)</sup>، والتشريع<sup>(٣٢)</sup>، والقضاء<sup>(٣٣)</sup> يذهب إلى المنادة بالطبيعة الكاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية. فالنص التشريعي لا ينشأ صحيحاً إلا إذا كان متوافق مع أحكام الدستور، والحكم بعدم دستورية هذا النص يعني تعارضه مع الدستور، ومن ثم سقوط الأساس الذي أنبنى عليه، والحكم بعدم الدستورية يعد كاشفاً لهذا العيب لا منشأ له، الأمر الذي يمس صحة هذا النص منذ تاريخ العمل به، فهذا الحكم يقرر حقيقة واقعة قبله ألا وهي نشأة النص القانوني وبه العيب الدستوري<sup>(٣٤)</sup>.

واعتبار الحكم الصادر بعدم الدستورية له طبيعة كاشفة من شأنه أن يدعم الفائدة العملية التي يريدها الخصم من دعواه الدستورية، فالمنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري<sup>(٣٥)</sup>، هي منازعات تدور حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، لا تصبح لزاماً على قاضي الموضوع، الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته، أن يطبق ذات القانون نفسه بعد القضاء بعدم دستوريته ولا يتحقق لمبدئ الدفع أي فائدة عملية، مما يجعل الحق في التقاضي، وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة (١٩/٣) منه للكافة، بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجدٍ، فإذا لم تنظر هذه الرجعية فستجد محكمة الموضوع نفسها ملزمة بتطبيق النصوص المقضي بعدم دستوريته على النزاع المعروض عليها، لأنها تتعلق بوقائع سابقة على الحكم بعدم الدستورية، وتلك لا شك نتيجة شاذة يأبأها المنطق، وتتعارض مع الحكمة من رقابة الدستورية<sup>(٣٦)</sup>. وعلى الرغم مما للطبيعة الكاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية من أهمية، إلا أن هذه الطبيعة قد تصطدم بإعتبارات معينة وما تفرضه من وجوب حماية الحقوق المكتسبة واستقرار للمراكز القانونية، فالقول بأن الحكم له أثر رجعي بحيث ينسحب أثره إلى تاريخ مولد القانون المقضي بعدم دستوريته، قد يتسبب في زعزعة وعدم استقرار النظام القانوني، حيث ينشأ عن الحكم بعدم الدستورية فراغ تشريعي نتيجة لزوال القانون المقضي بعدم دستوريته. إلا أن هذا البطلان لا يؤدي البتة إلى وقوع انهيار دستوري ولا يستتبع إبطال ما أقره المجلس من قوانين وما اتخذته من إجراءات في خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات صحيحة ونافذة، وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة<sup>(٣٧)</sup>.

ويستطاع القول بالرغم من إقرار هذه الرجعية إلا أنه لم يتم إباحتها إطلاقاً في جميع الحالات، وإنما شرط إعمالها بعدم المساس بالحقوق والمراكز المستقرة، بأحكام باتة حازت قوة الأمر المقضي به، أو بإنقضاء مدة التقادم، وذلك حماية للحقوق المكتسبة وتجنباً لإهدارها<sup>(٣٨)</sup>. فالأحكام القضائية لا تنشئ الحقوق أو الالتزامات التي تنطق بها، ولكنها تكشف عن هذه الحقوق والالتزامات الثابتة لأصحابها أو في مواجهتهم قبل النطق بالحكم<sup>(٣٩)</sup>، وتأسيساً على ذلك فإن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي لا ينشئ بذاته وصفاً قانونياً جديداً لهذا النص، ولكنه يكشف عن هذا الوصف اللصيق بالنص منذ صدوره، وهو ما يعني أن هذا النص كان منذ صدوره مخالفاً للدستور، وأنه كان مجرداً من قوة النفاذ منذ هذا التاريخ، وهذا هو الأثر الرجعي للحكم<sup>(٤٠)</sup>. وإذا كنا نتعرضنا للأثر المترتب على الحكم الدستوري، والمدى الزمني لهذا الحكم وإنهينا إلى ترجيح وتأبيد الرأي القائل بسريانه بأثر رجعي، إلا أن المشرع والقضاء العراقيين قد سارا على خلاف ذلك، وليس أدل على ذلك من أن نصوص الدستور وقانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي، لم تنص على الأثر المترتب بسريان الحكم سواء كان رجعياً أو مباشراً، وكل ما قرره في هذا الشأن ما نصت عليه المادة (٩٤) من الدستور، ولو أن الدستور قد حسم هذه المسألة لكان أقوم قليلاً، حتى لا يكون هذا الأمر الخطير في سلطة المشرع العادي حيث يملك تعديله والحد منه، كما أن التطبيقات التي درج عليها قضاء المحكمة الاتحادية العليا تصرح بميل الرجحان إلى الاتجاه المؤيد للأثر الفوري للأحكام الدستورية<sup>(٤١)</sup>. وهنا يمكن تناول الأثر المترتب على إلغاء بعض نصوص قانون أسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ في العراق وذلك لعدم دستوريته. وما هو مصير الحقوق المستولدة من تطبيق من تطبيق المواد الملغاة من القانون المذكور؟ حيث أصدرت المحكمة الاتحادية حكماً بالدعوى المرقمة (٤٦/اتحادية/٢٠٢٠) في ٢٧/١٠/٢٠٢١ ويقضي بعدم دستورية عدد من النصوص الواردة في قانون أسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠<sup>(٤٢)</sup>. وهنا يثار تساؤل على الأثر المترتب من إلغاء هذه النصوص ونطاقه الزمني؟ ولغرض الإجابة على هذا التساؤل يمكن القول بأنه تختلف آثار الأحكام القضائية تبعاً لطبيعة الحكم فيما إذا كاشفاً أو مقررراً لحق قائم من قبل ولا ينشئ وضعاً جديداً، أو إذا كان منشئ لحق أو حالة قانونية لم تكن موجودة قبل صدور الحكم، ففي الحالة الأولى فإن الأثر الكاشف للحكم القضائي

يرتبط بموضوع الرجعية ، فالحكم عندما يكشف عن حق قائم فإن ذلك ينسحب إلى وقت نشوء الحق، ويذهب البعض الآخر إلى يوم رفع الدعوى ،في حين أن الحكم المنشئ تترتب آثاره من وقت صدور الحكم ،واستناداً لنص المادة (٤/أولاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل، فإن الأثر المترتب على صدور الحكم بعدم الدستورية هو إلغاء القوانين التي تتعارض مع الدستور ،لذا فإن طبيعة رقابة المحكمة الاتحادية على دستورية القوانين هي رقابة إلغاء لاحقة لصدور التشريع ،إلا إن المشرع العراقي لم يحدد النطاق الزمني لسريان حكم الإلغاء ،فذهب جانب من الفقه إلى إن الإلغاء يرتب آثاره اعتباراً من تاريخ صدور الحكم ،في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة إعمال القواعد العامة في حالة سكوت المشرع وهذه القواعد تقضي بأن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية هي أحكام كاشفة للمخالفة الدستورية وبالتالي فإن أثر الإلغاء ينعطف إلى تاريخ صدور التشريع مع مراعاة الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة. كذلك نود إن نبين إن الدساتير لم تتفق على تاريخ محدد لنفاد قرارات المحاكم الدستورية ،فمن باب المثال فإن المادة (١٠٦) من دستور البحرين قضت بأن يكون الحكم بعد الدستورية ذا أثر مباشر ما لم تقرر المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً. أما المادة (١٧٣) من الدستور الكويتي فأنها قضت بأن النصوص المقضي بعدم دستورتها تعد كأن لم تكن .أما المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد أكدت بأن الحكم الصادر بعدم الدستورية يتمتع بأثر رجعي باعتبار إن الحكم الصادر بعدم الدستورية يعني تجريد النص من قوته التنفيذية اعتباراً من تاريخ صدوره .وهذا ما ورد في المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل. أما الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ فإنه جاء خالياً من نص يشير إلى تاريخ نفاذ حكم المحكمة بعدم الدستورية والوصف ذاته ينطبق على قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل، ونظامها الداخلي الصادر بنفس السنة والمحصلة من ذلك إن تاريخ نفاذ الحكم بعدم الدستورية يكون من تاريخ صدوره ولا ينسحب على الماضي ،علماً إن الفقه الدستوري مختلف في هذه المسألة كما بينا سابقاً بشأن ما إذا كان الحكم القضائي منشئاً أو كاشفاً ، وعلى أية حال فإنه في ضوء المعطيات القانونية فإن قرار المحكمة الاتحادية والذي قضى بعدم دستورية بعض مواد قانون أسس معادلة الشهادات ينفذ من تاريخ صدوره ،علماً أن الصيغة الصحيحة للقرار هي أن تقضي المحكمة بإلغاء المواد المخالفة للدستور وتسبب ذلك بأنها خارقة له وهذا ما أشارت إليه المحكمة في المادة (٤/ثانياً) من قانونها رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥. وهذا وبما أن هناك مدة تم تطبيق المواد الملغاة فيها مما اكسب المشمولين بها حقوقاً، فإن هذه الحقوق تبقى مصونة لا يجوز إلغاؤها لأنها اكتسبت من تطبيق لصحيح حكم القانون ، وهذا لعمرى يحقق استقرار المراكز القانونية وبخلافه فإنها تترزع فتحدث الفوضى في العمل الإداري ، وأن تطبيق القانون المخالف للدستور لا يولد حقوقاً وكفى بل قد يورث إضرار للمشمولين به وهذه الإضرار يجب إزالتها ،لأن القاعدة العامة تقضي بأن الضرر يزال إلا أنه لا يوجد نص في الدستور يسمح بالتعويض كما فعل القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ وهذا مناهض للعادلة، لهذا فإن الحري بلجنة التعديلات الدستورية أن تضيف نصاً إلى الدستور يسمح بتعويض الإضرار التي يسببها القانون المخالف للدستور .

### الذاتية:

من خلال ما تقدم يمكن إن نحدد أهم النتائج التي توصلنا إليها ، وأهم التوصيات وعلى الشكل الآتي :

### أولاً: النتائج:

- ١- إن قرارات المحكمة الاتحادية العليا ذات طبيعة كاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية، شريطة عدم مساسها بالحقوق والمراكز القانونية المستقرة بأحكام باتة، كما أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي لا يلغي النص، وإنما يلغي قوة نفاذه، وذلك حتى لا نصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات ولأن القول بخلاف ذلك يعد اعتداءً واضحاً من المحكمة على السلطة التشريعية، كما أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع من درجته إعمالاً للقاعدة الخاصة بتقابل الإجراءات.
- ٢- على الرغم مما للطبيعة الكاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية من أهمية ، فالقول بأن الحكم له أثر رجعي ينسحب أثره إلى تاريخ مولد القانون المقضي بعدم دستوريته، قد يتسبب في زعزعة النظام القانوني، حيث ينشأ عن الحكم بعدم الدستورية فراغ تشريعي نتيجة لزوال القانون المقضي بعدم دستوريته.
- ٣- أن حجية القرار الصادر بعدم الدستورية يؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون أو النظام مرة واحدة وبصفة نهائية ، ومن ثم لا يسمح في المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد بصدد الحالات الجزئية التي يمكن أن يحكمها هذا القانون أو ذاك النظام ،وتعد لذلك القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا في هذا الشأن ملزمة لجميع المحاكم في العراق، كما تعد ملزمة للسلطة التشريعية، بحيث

يجب عليها أن تعيد النظر في القانون الذي حكم بعدم دستوريته، حتى يتفق مع نصوص الدستور، وتعد ملزمة كذلك للسلطة التنفيذية بحيث يجب عليها عدم تطبيق القانون أو النظام التي قضى بعدم دستوريته على الحالات الفردية.

٤- إن القرارات الصادرة عن المحكمة والمستندة على عيب شكلي أو إجرائي مثل عدم قبول الدعوى لعدم توافر المصلحة لدى رفعها، أو لعب في صحيفة الدعوى بسبب رفعها بعد الميعاد أو لخلوها من البيانات التي أوجبها القانون، هنا يعد القرار الصادر في الدعوى الدستورية له حجية نسبية، حيث يجوز تصحيح العيب الشكلي عن طريق إجراءات جديدة وصحيحة.

### ثانياً: التوصيات:

١- ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم مسألة نشر قرارات المحكمة في الجريدة الرسمية، وهذه المسألة في غاية الأهمية، لأن قرارات المحكمة لها انعكاس وتأثير في كافة مجالات الحياة.

٢- قد أحال الدستور على القانون تنظيم كل ما يتعلق بعمل المحكمة، إلا إن القانون الذي أحال إليه الدستور لم يصدر لحد الآن، ويلاحظ إن المحكمة تسير أعمالها منذ صدور الدستور حتى الآن استناداً إلى القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والذي صدر تطبيقاً لإحكام قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، وهذا يشكل مخالفة دستورية واضحة، لأن وضع المحكمة من حيث الشكل والاختصاص وفقاً لدستور ٢٠٠٥ يتباين إلى حد كبير مع قانون إدارة الدولة، وهذا ما يدفعنا إلى القول بعدم دستورية قانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ لأنه يخالف أحكام دستور ٢٠٠٥ النافذ.

٣- معالجة مسألة الأثر الذي يترتب على صدور قرار من المحكمة بعدم دستورية قانون ما، من خلال جعل القانون مخالف لنصوص الدستور ملغياً من تاريخ صدور قرار المحكمة حفاظاً على الحقوق المكتسبة.

٤- ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم مسألة التعويض عن الإضرار الناشئة عن القوانين المخالفة للدستور، حيث إن الدستور وقانون المحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠٠٥ اكتفيا بدعوى الإلغاء ولم ينصا صراحة على جواز تعويض الإضرار الناشئة عن تطبيق القانون المخالف للدستور وهذا نقص مبین يجب سده لأن دعوى التعويض مكملة لدعوى الإلغاء وهي الكفيلة بمحو الآثار الضارة التي تركها تطبيق القانون المخالف للدستور. لذلك على لجنة التعديلات الدستورية إن تتبنى المقترح المذكور وتدخله في صلب مشروع التعديل وهذا عليها جد يسير.

### قائمة المصادر:

#### أولاً: الكتب:

- ١- د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، ٢٠٠٥.
- ٢- د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق للطباعة، ١٩٩٩.
- ٣- د. أحمد مليجي، موسوعة النقض والدستورية العليا، الجزء السادس، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- ٤- د. جابر جاد الحق، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
- ٥- د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٦- د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في البحرين، بلا مكان طبع، ٢٠٠٥.
- ٧- د. رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، ١٩٧٠.
- ٨- د. زكي محمد النجار، القانون الدستوري، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.
- ٩- سمير يوسف البهي، قضاء الإلغاء، الطبعة الأولى، بدون مكان طبع، ٢٠٠٠.
- ١٠- د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠.
- ١١- د. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- ١٢- د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٢.
- ١٣- د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، ١٩٨٨.
- ١٤- د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧.



- ١٥- د.فتحي فكري، القانون الدستوري - الكتاب الأول ، بدون مكان طبع، ٢٠٠٢ .
- ١٦- د.فتحي فكري، التنظيم الدستوري للسلطات الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٠.
- ١٧- د.ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٣ .
- ١٨- د. محمد جمال عثمان جبريل، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ١٩- د.محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، قضاء الإلغاء والتعويض وأصول الإجراءات، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
- ٢٠- د.محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٢١- د.محمد ماهر أبو العينين ،الدفع في نطاق القانون العام ،الدفع أمام محكمة الطعن في القضاء الإداري ، الكتاب الثالث ، ٢٠٠٠.
- ٢٢- د.محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ، آثاره وحجبيته وتنفيذه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٥.
- ٢٣- د.محمود محمد حافظ ،الوجيز في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩.
- ٢٤- د.هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

### ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية:

- مها بهجت الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ،الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون(دراسة مقارنة )، أطروحة دكتوراه، كلية القانون -جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

### ثالثاً: الدساتير والقوانين:

- ١- القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥.
- ٢- دستور العراق لعام ٢٠٠٥.
- ٣- دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١.
- ٤- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
- ٥- قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.
- ٦- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١ لسنة ٢٠٠٥.
- ٧- قانون المحكمة الأتحادية العليا في الإمارات رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ .

### رابعاً: القرارات والإحكام القضائية:

- ١- قرار المحكمة الاتحادية العليا ،رقم ١٣/اتحادية/ ٢٠٠٦ في ٢٤/٨/٢٠٠٦ .
- ٢- قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٦/اتحادية/٢٠٠٦ في ٩/٨/٢٠٠٦ ..
- ٣- قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ١٥/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٦/٤/٢٠٠٧ .
- ٤- قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٣٩/اتحادية/٢٠٠٨ في ١٢/١/٢٠٠٩ .
- ٥- قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم،(٤٦/اتحادية/٢٠٢٠) في ٢٧/١٠/٢٠٢١.
- ٦- قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر، في القضية رقم ١١ لسنة ١٣ ق.د، بتاريخ ٨/٧/٢٠٠٠.

### هوامش البحث

(<sup>١</sup>) بنفس المعنى ينظر نص المادة (٥/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، ونص المادة (١٧) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ في العراق .

(<sup>٢</sup>) تعتبر الحجية النسبية للأحكام القضائية، هي القاعدة العامة في النظام القضائي بالعراق، على نحو ما قرره المادة (١٠٥) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ،والتي جرت على النحو الآتي، ((الأحكام 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))، وتستلزم الحجية النسبية لأعمالها وحدة الخصوم والموضوع والسبب، أما الحجية المطلقة فلا يخضع إعمالها لأي شرط من هذه الشروط، إذ تعمل أثرها في مواجهة الكافة وفي أي دعوى ولو اختلفت موضوعاً وسبباً عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم.

(<sup>٣</sup>) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤١٢.

(<sup>٤</sup>) نلاحظ إن نص المادة (٦١/سادسا/ب) من دستور ٢٠٠٥ يتعارض مع فكرة الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الاتحادية العليا، حيث نصت على ((إعفاء رئيس الجمهورية بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب بعد إدانته من المحكمة الاتحادية العليا في إحدى الحالات الآتية: ١- الحنث في اليمين الدستورية ٢- انتهاك الدستور ٣- الخيانة العظمى)) فالنص الأخير يتعارض مع حكم المادة (٩٤) من الدستور لأن قرار المحكمة بالإدانة، والذي يترتب عليه الإغفاء من المنصب لا ينتج أثره القانوني إلا بالتصديق عليه من مجلس النواب وبالأغلبية المطلقة، وفي حالة عدم توافر الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب فقرار المحكمة يفقد الزاميته وحجيته على السلطات والكافة، لذا اقتضى الأمر تعديل المادة (٦١/سادسا/ب) بما ينسجم مع حكم المادة (٩٤) من الدستور.

(<sup>٥</sup>) د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في البحرين، بلا مكان طبع، ٢٠٠٥، ص ٤١٢.

(<sup>٦</sup>) يفرق فقه القانون الخاص بين حجية الأمر المقضي به، التي تعني أن للحكم حجية بين الخصوم، تمنع من إعادة النظر أمام القضاء فيما فصل فيه، إلا من طريق الطعن فيه بالطرق التي أجازها القانون وفي المواعيد التي حددها، وتثبت الحجية لكل حكم يفصل في نزاع، إلى أن تزول بإبطال الحكم أو فسخه أو نقضه، أما قوة الأمر المقضي به، فصفة تثبت للحكم الذي يكون نهائياً، أي غير قابل للطعن فيه، فهي تعني قابلية الحكم للتنفيذ الجبري. د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧، ص ٢٣٨.

(<sup>٧</sup>) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ١٩٩٩، دار الشروق للطباعة، ص ٢٥٨.

(<sup>٨</sup>) د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٣، ص ٣٧٣، وكذلك د. زكي محمد النجار، القانون الدستوري، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ١٤٩، وكذلك د. صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٦٢.

(<sup>٩</sup>) أشار إليه د. رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري، المصدر السابق، ص ٨٤٣.

(<sup>١٠</sup>) إن الاتجاه الذي أخذت به المحكمة العليا على نحو ما سلف، خلاف ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا فيما بعد، يجد جذوره في النظام الإيطالي حيث اتجهت المحكمة الدستورية الإيطالية إلى أعمال الحجية المطلقة فقط للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي دون بقية الأحكام فيكون لها حجية نسبية تأسيساً على احتمالات الخطأ في حالة رفض الدعوى فضلاً عن إمكانية تقديم أسانيد جديدة في حالة رفع الدعوى من جديد كما هو الحال في قضاء الإلغاء أمام القضاء الإداري.

(<sup>١١</sup>) د. سمير يوسف البهي، قضاء الإلغاء، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٣٥٨؛ د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء الإلغاء والتعويض وأصول الإجراءات، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٣٣٩.

(<sup>١٢</sup>) د. محمد ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام، الدفوع أمام محكمة الطعن في القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مصدر سابق، ص ٥٣٣ وما بعدها.

(<sup>١٣</sup>) ينظر في تأييد هذا الرأي د. رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٨٤٤، وكذلك د. محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، آثاره وحجيته وتنفيذه، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥، ص ٤٧٠.

(<sup>١٤</sup>) قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ١٣/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٤/٨/٢٠٠٦.

(<sup>١٥</sup>) قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٦/اتحادية/٢٠٠٦ في ٩/٨/٢٠٠٦.

(<sup>١٦</sup>) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٤١٩.

(<sup>١٧</sup>) د. فتحي فكري، التنظيم الدستوري للسلطات الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(١) نصت المادة (٣) من قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ على أن (( تنشر الاحكام ومرفقاتها في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من صدورها ))، ونصت المادة (٤٩/ثانياً) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن (( تنشر الاحكام والقرارات في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الاكثر من تاريخ صدورها ))، كما تضمنت المادة (٣١) من قانون المحكمة الدستورية في البحرين رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢ على أنه، (( تنشر أحكام وقرارات المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الاكثر من تاريخ صدورها )).

(٩) نصت المادة (٧٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ على أنه، (( ينشر في الجريدة الرسمية للاتحاد وبغير مصاريف، منطوق احكام المحكمة العليا الصادرة في دعاوي الدستورية )).

(٢٠) حيث نص دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١، في المادة (١٠١) على انه، ((.. وإذا ما قررت المحكمة عند فصلها في دستورية القوانين والتشريعات واللوائح، إن تشريعاً اتحادياً ما جاء مخالفاً لدستور الاتحاد أو لقانون اتحادي، أو أن التشريع أو اللائحة المحلية موضوع النظر يتضمنان مخالفة لدستور الاتحاد أو لقانون اتحادي، تعين على السلطة المعينة في الاتحاد أو في الإمارات بحسب الأحوال، المبادرة إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لإزالة المخالفة الدستورية، أو لتصحيحها )) .

(٢١) د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في البحرين، مصدر سابق، ص ٢٣٦؛ د. محمد جمال عثمان جبريل، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢١.

(٢٢) مها بهجت الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ٨٣. والذي يدعم هذه الفكرة قرار للمحكمة جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان المدعي طلب الحكم بتعديل القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥ وإطلاق سريانه على الماضي، وإذ ان اختصاصات المحكمة محددة بالمادة (٩٣) من الدستور وليس من بينها تعديل القوانين والذي هو عمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية فيكون طلب المدعي خارج اختصاص هذه المحكمة كون المحكمة ليست بجهة تشريعية، لذا تكون دعوى المدعي لا سند لها من القانون ومحكومة بالرد)). ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٣٩/اتحادية/٢٠٠٨ في ١٢/١/٢٠٠٩.

(٢٣) إن مسألة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية قانون لا تثار في الدول التي اعتنقت أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين، كما لا تثار في الدول التي اعتنقت أسلوب الرقابة القضائية السابقة على صدور القانون، ويرجع ذلك إلى انه في الحالة الأولى، فإن الرقابة السياسية عادة ما تكون رقابة سابقة على صدور القانون، وبالتالي تحول دون صدور القانون المخالف للدستور قبل تطبيقه على الأفراد، فإذا صدر القانون من دون المنازعة في مدى دستوريته أو بعد ثبوت دستوريته، فإن ذلك يحول دون إثارة مسألة مدى دستوريته بعد ذلك، حتى ولو كان مخالفاً للدستور، أما في الحالة الثانية، فإن الرقابة القضائية السابقة على صدور القانون تحول كذلك من دون صدور أي قانون مخالف للدستور قبل تطبيقه على الافراد، حيث تنتهي هذه الرقابة إما إلى دستورية القانون وبالتالي عدم جواز إثارة النزاع مرة أخرى حول مدى دستورية هذا القانون بعد إصداره وتطبيقه على الأفراد، وإما إلى عدم دستورية هذا القانون لثبوت مخالفته للدستور، وبالتالي عدم إصداره. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٥.

(٢٤) د. محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٢٥٩.

(٢٥) د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، ١٩٨٨ ص ٤٧١.

(٢٦) د. جابر جاد الحق، الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٢١٤.

(٢٧) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٤٢٤.

(٢٨) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ٤٢٥.

(٢٩) فالمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية باستثناء ما هو مقرر بالنسبة للرجعية في القضايا الجنائية، فإن المحكمة تحرم الفورية حيث لا تملك المحكمة سلطة دستورية تمكنها من أن تعامل ذوي المراكز المتماثلة معاملة مختلفة. د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٦٦٦.

(٣٠) د. فتحي فكري، القانون الدستوري - الكتاب الأول، ٢٠٠٢، ص ٢٨٨.

(<sup>٣١</sup>) د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، ١٩٩٣، ص ٤٩٣؛ د. محمود محمد حافظ، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٩٧؛ د. شعبان احمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة - دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٣٥ .

(<sup>٣٢</sup>) السريان الرجعي من تاريخ العمل بالنص المقضى بعدم دستوريته هو المبدأ العام في ايطاليا، تفسيراً لنص المادة (٣٠) من القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٣. المستشار محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في ايطاليا، مصدر سابق، ص ١٤٠ - ١٤٢ . والمعنى نفسه ينسحب على ألمانيا، حيث يترتب على الحكم بعدم دستورية نص معين الحكم بإلغائه، فلا يكتفى فقط بتقرير عدم دستورية النص، ويعني ذلك أن القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية، الصادر في ٢٣ أيار عام ١٩٤٩ يأخذ برجعية آثار الحكم. د. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٩٦ .

(<sup>٣٣</sup>) د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، مصدر سابق، ص ٦٦٥ وما بعدها. وينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق. د، جلسة ١٩/٥/١٩٩٠، أشارت للحكم مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١، ص ٢٥٦ .

(<sup>٣٤</sup>) د. رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، ١٩٧٠، ص ٢٩٧ .

(<sup>٣٥</sup>) ينظر نص المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .

(<sup>٣٦</sup>) المستشار محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في ايطاليا، بحث سبق ذكره، ص ١٤١ .

(<sup>٣٧</sup>) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم ١١ لسنة ١٣ ق. د، بتاريخ ٨/٧/٢٠٠٠، أشار للحكم، د. أحمد مليجي، موسوعة النقض والدستورية العليا، الجزء السادس، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ٣٠٣ .

(<sup>٣٨</sup>) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ٦٢٩، وكذلك المستشار عبد المنعم أسحاق خليل، عدم الدستورية والمانع من التقادم، مجلة قضايا الدولة، العدد الثاني السنة السابعة والثلاثون /أبريل ١٩٩٣، ص ٦٨ . وقد أنتقد بعض الفقه هذا المسلك بشأن تقييد إطلاق الأثر الرجعي للأحكام الدستورية في حالة وجود حقوق أو مراكز قانونية استقرت بانقضاء مدة تقادم أو بموجب حكم بات، فمن ناحية الحقوق التي أنقضت بالتقادم، يرى صاحب هذا الرأي، أنه لأمر عجيب ومثير للدهشة أن يكون التقادم، رغم أنه أصلاً ليس من النظام العام ولا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويسقط إذا لم يتمسك به صاحب المصلحة في الدفع، معطلاً لنفاذ حكم المحكمة، ثم أي حق هذا الذي تم كسبه بالتقادم، ويستحق الحماية، أنه حق مستند إلى نص غير دستوري، وبالتالي لا يستحق الحماية، وأكد صاحب هذا الرأي أن مثل هذه المغالطات تستخدم لقتل مبدأ الشرعية، فلو افترضنا أن المحكمة قضت الآن بعدم دستورية قانون الإصلاح الزراعي فسوف يقال بأن الحكم لا يمكن تنفيذه عيناً لأن واضعي اليد اكتسبوا ملكية الأراضي المستولى عليها بالتقادم؟ أن المشرع العادي يسحب البساط من تحت قدمي الرقابة، ويجعلها رقابة هزيلة، لاتضمن، ولا تغني من جوع . أما عن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به فمن الغريب أن تتحصن الحقوق التي اكتسبت بالمخالفة للدستور لمجرد أنها صدر بها حكم حاز قوة الأمر المقضي به، ألسنا نلغي القانون إذا قضى بعدم دستوريته، فلماذا تتحصن الأحكام، وهل الأحكام أقوى من القانون وهي التي صدرت تطبيقاً له؟ د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص ٦٨٦ .

(<sup>٣٩</sup>) د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٢، ص ٢٩٣ .

(<sup>٤٠</sup>) د. محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية - آثاره وحجتيه وتنفيذه - دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ٤٩٤ .

(<sup>٤١</sup>) وباستعارة كلمات المحكمة الاتحادية العليا نقراً ((لذا ولما تقدم أعلاه قررت المحكمة الحكم بعد دستورية المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لتعارضها مع أحكام المادة (٤٩/أولاً) من الدستور وللسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقاً" أحكام المادة (٤٩/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، رقم ١٥/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٦/٤/٢٠٠٧ .

(<sup>٤٢</sup>) قرار المحكمة الاتحادية رقم، (٤٦/اتحادية/٢٠٢٠) في ٢٧/١٠/٢٠٢١ .