Al-rafidain of Law (ARL)
ISSN: 1819-1746
E-ISSN: 2664-2778
https://alaw.uomosul.edu.iq

Constitutional judiciary and Democracy (Formation and restrictions of work)

Tawfiq Abdel Hafez Tawfiq[1]
Legal Official/ Al-Hamdaniya University
tawfeq_abd89@yahoo.com

Dawlat Ahmed Abdullah[2]
College of Law/ University of Mosul
dowlat1961@Uomosul.edu.iq

Article information

Article history
Received 6 July, 2022
Revised 2 August, 2022
Accepted 8 August, 2022
Available Online 1 June, 2025

Keywords:
- Constitutional judiciary
- Democracy
- Formation of the constitutional judiciary
- Parliament
- Restrictions the work of the constitutional judiciary

Correspondence:
Tawfiq Abdel Hafez Tawfiq
tawfeq_abd89@yahoo.com

Abstract

The system of governance that depends on democracy has several pillars, including the existence of a constitution that affirms the supremacy of law and the principle of separation of powers. This principle contributes to the establishment of a state of institutions, in which the constitutional judiciary serves as a cornerstone. This central role is attributed to the constitutional judiciary due to the supervisory functions it performs, which significantly influence the state and are entrusted to it under the constitution. However, several factors affect the scope of judicial independence and the effectiveness of constitutional oversight. Among the most important are the mechanisms of its formation, how its members are selected, the extent to which public authorities accept its role, as well as the rules it follows and the procedures for issuing rulings.

Doi: 10.33899/arlj.2022.134602.1209
© Authors, 2025, College of Law, University of Mosul This is an open access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

القضاء الدستوري والديمقراطية (التشكيل ومحددات العمل)

توفيق عبد الحافظ توفيق
موظف قانوني/ جامعة الحمدانية

دولة احمد عبد الله
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

معلومات البحث

تاريخ البحث

الاستلام ٦ تموز, ٢٠٢٢

التعديلات ٢ آب, ٢٠٢٢

القبول ٨ آب, ٢٠٢٢

النشر الإلكتروني ١ حزيران ٢٠٢٥

الكلمات المفتاحية

- القضاء دستوري
- الديمقراطية
- تشكيل القضاء الدستوري
- المجلس النيابي
- محددات عمل القضاء الدستوري

المستخلص

ان نظام الحكم الذي يقوم على الديمقراطية له عدة مرتكزات منها وجود دستور الذي يؤكد على سيادة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات، الامر الذي بدوره يسهم في قيام دولة المؤسسات التي يعد القضاء الدستوري ركناً أساسياً فيها، يرجع هذا التركيز على القضاء الدستوري نظرا للوظائف الرقابية التي يقوم بها والمؤثرة في الدولة، التي تم توكلها له بموجب الدستور، الا انه مع ذلك هنالك عوامل مؤثرة عديدة على مدى استقلاليته و فعالية الرقابة الدستورية التي يقوم بها اهمها آلية تشكيله وكيفية اختيار اعضاءه ومدى تقبل السلطات العامة لدوره، كذلك القواعد التي يسير عليها واجراءات اصداره للأحكام .

المقدمة

يلعب القضاء الدستوري دورا هاما في تعزيز سيادة القانون ومنع الخروج عن مضمون الدستور وضمان التزام السلطات العامة بمحتوى القانون الاعلى، كما ان هذا القضاء مر عبر فترات زمنية طويلة لحين وصوله للموقع المتميز الذي يتربع عليه الان، حيث يحكم تشكليه عدة قواعد دستورية وقانونية التي تختلف من دولة لأخرى من خلال اختيار اعضائه والجهة المسؤولة عن ذلك والتي قد ينفرد فيها شخص معين او سلطة واحدة او اكثر، كما ان القضاء الدستوري لم يكن بالسهولة بمكان ان يتخذ مكانه الفعال بالدولة من دون مواجهة، فقد تعرض لمعارضة شديدة من فقهاء القانون التقليدي، ان هذا القضاء في مجال السعي لتقبل دوره وضع عدة محددات تحكم عمله وتقلل من شدة المعارضة له، يظهر مفعول الدور الذي يؤديه من خلال الاحكام التي يصدرها والاثر المترتب عليه في الرجعية او النفاذ بالنسبة بالمستقبل بما يتعلق بالدستورية او عدمها للقوانين واللوائح والاعمال الصادرة من السلطات العامة، لأجل الاحاطة بموضوع بحثنا من جوانبه المختلفة سوف نتناول بالشرح من خلال النقاط الاتية :

اولا: اهمية البحث

ان القضاء الدستوري من خلال وظيفته الرقابية اصبح ركيزة اساسية بالدولة ومؤسسة ضرورية لا غنى عنها ، يأتي هذا البحث لتسليط الضوء على كيفية انشاء القضاء الدستوري ومحددات عمله في ظل النظام الديمقراطي .

ثانيا : اهداف البحث

يهدف هذا البحث بالأساس الى تبيان طرق تشكيل القضاء الدستوري ومدى مشاركة المجلس النيابي، ما الذي يحكم القضاء الدستوري في مجال اداء وظيفته الرقابية .

ثالثا : مشكلة البحث

نحاول في هذا البحث الاجابة عن جملة تساؤلات وهي :

١- اي اسلوب يكون فيه تشكيل هذه الجهة القضائية بما يحقق الديمقراطية على اكمل وجه، هل للمجلس النيابي دور ايجابي ام سلبي في هذا المجال ؟

٢- ماهي الوسائل التي تمكن من خلالها القضاء الدستوري تجنب النقد الموجه اليه، ما اثر الديمقراطية والتطور المصاحب للحياة في تغيير هذه الوسائل ؟

رابعا : فرضية البحث

تقوم فرضية البحث ان هنالك علاقة ما بين القضاء الدستوري والديمقراطية .

خامسا : نطاق البحث

يشتمل نطاق البحث على دراسة بعض الامثلة الموجودة في الدول العربية اهمها مصر والكويت و العراق، بعض الدول الاجنبية اهمها الولايات المتحدة الامريكية وفرنسا والمانيا .

خامسا : منهجية البحث

اتبعنا في هذا البحث المنهج الوصفي والتحليلي للنصوص الدستورية والقانونية والمنهج المقارن لدساتير بعض الدول الاجنبية والعربية .

خامسا : خطة البحث

خطة البحث تضم ثلاثة مباحث رئيسية، على النحو الاتي:

المبحث الاول: تشكيل القضاء الدستوري ومساهمة المجلس النيابي فيه

المبحث الثاني: محددات عمل القضاء الدستوري

المبحث الثالث: حجية الحكم الصادر من القضاء الدستوري واثاره

المبحث الاول

تشكيل القضاء الدستوري ومساهمة المجلس النيابي فيه

تعد المحاكم والمجالس الدستورية مؤسسات دستورية نبغي تأسيسها وفق نص دستوري، كغيرها من المؤسسات، كمجلس النواب والحكومة، حيث يكرس هذا النص وجودها كجزء لا يتجزأ من النظام الدستوري، بحيث لا يمكن التعرض لها بالإلغاء حتى ولو ضمنيا من خلال تقليل صلاحياتها الدستورية، يجب تأسيسها بشكل يضمن استقلاليتها عن سائر سلطات في الدولة، بحكم المهام المعطاة لها.

سنحاول في هذا المبحث مقدما ان نذكر الالية المتبعة في تشكيل القضاء الدستوري في عدة دول، ثم نقتصر على تبيان كيفية تدخل السلطة التشريعية في هذا الامر نظرا لأنها التي تضع قوانين القضاء وعملها بالأخص بما يتعلق بالقضاء الدستوري، من خلال مطلبين على النحو الاتي:

المطلب الاول

طرق تشكيل القضاء الدستوري

ان الدول تختلف بما يتعلق بتشكيل القضاء الدستوري، يرجع ذلك للنظام الدستوري والسياسي السائد في الدولة والذي له تأثير على كيفية اختيار اعضاء هذه الجهة، في سياق ذلك سنقوم بذكر عدة امثلة لدول اجنبية وعربية اشارت الى ذلك بشكل مفصل في دساتيرها، من خلال فرعين على النحو الاتي:

الفرع الاول: الدول الاجنبية

نجد من الدساتير التي نصت على تشكيل هذه الهيئات الدستورية، الدستور الفرنسي حيث نص على أنه (يتألف المجلس الدستوري من تسعة أعضاء ... يتم تعيين ثلاثة من أعضائه من قبل رئيس الجمهورية، ثلاثة من قبل رئيس الجمعية الوطنية وثلاثة من قبل رئيس مجلس الشيوخ. يجب أن ينطبق الإجراء المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ على هذه التعيينات. تحال التعيينات التي قام بها رئيس كل من مجلسي البرلمان فقط لأخذ رأي اللجنة الدائمة ذات الصلة بذاك المجلس...)[١]، كما ذكر الدستور ايضا انه (... ولا يجوز لرئيس الجمهورية أن يقوم بأي تعيين إذا كان مجموع عدد الأصوات المعارضة في كل لجنة يمثل على الأقل ثلاثة أخماس الأصوات المدلى بها داخل اللجنتين. ويحدد القانون اللجان الدائمة المختصة بحسب المناصب أو الوظائف المعنية.)[٢]، يتبين لنا ان تشكيل المجلس الدستوري ينحصر بين رئيس الجمهورية و"السلطة التشريعية"، المعروف ان هذا التشكيل يطغى عليه الجانب السياسي نظرا لان الاختيار ينحصر بالسلطة التشريعية دون ان يكون فيه للسلطة القضائية دور في ترشيح القضاة او تعينهم نظرا لإبعادهم عن موضوع الرقابة للأسباب التاريخية سابقة الذكر في الفصل الاول.

بينما نجد ان دستور الولايات المتحدة الامريكية نص على انه رئيس الجمهورية (...تكون له السلطة، بمشورة مجلس الشيوخ وموافقته، لعقدِ معاهدات، شرط أن يوافق عليها ثلثا عدد أعضاءَ المجلس الحاضرين، كما له أن يرشح، بمشورة مجلس الشيوخ

(١) المادة (٥٦)، الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ المعدل لسنة ٢٠٠٨ النافذ.

(٢) المادة (١٣)، الدستور نفسه.

وموافقته، أن يعين، سفراء ووزراء مفوضين آخرين وقناصل وقضاة للمحكمة العليا...)[١]، يتبين لنا ان "رئيس الجمهورية" له الدور الاكبر في تشكيل المحكمة الاتحادية العليا كما انه يتباحث بالأمر مع احد مجلسي السلطة التشريعية وهو مجلس الشيوخ، بذلك ليس للسلطات الاخرى اي دور في الاختيار .

هناك من يرى انه لكي يتحقق الاستقلال "للجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية القوانين" أن يكون اختيار أعضاءها من قبل السلطات الثلاث (التشريعية، التنفيذية، القضائية) أو على الأقل للسلطتين التشريعية والتنفيذية الا ان هذا الامر يفترض وجود مناخ ديمقراطي حقيقي لا تهيمن فيه احدى السلطات على الاخرى[٢] .

هذا ما ذهبت اليه عدة دساتير دولية، منها دستور إيطاليا تضمن انه (تتكون المحكمة الدستورية من خمسةِ عشر قاضيا يتم ترشيح ثلثهم من قبل رئيس الجمهورية، ثلث من قبلِ البرلمان في جلسة مشتركة، ثلث من قبل المحاكم العليا العادية والإدارية)[٣]، يتم انتخاب قضاة المحكمة من رئيس الجمهورية و البرلمان في جلسة مشتركة، بالاقتراع السري وبأغلبية ثلثي لأعضاء البرلمان[٤]، يتم انتخاب بقية قضاة المحكمة بالأغلبية المطلقة لأعضاء المحاكم العادية[٥].

(١) المادة (٢/٢)، دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة ١٧٨٩المعدل لسنة ١٩٩٢ النافذ.

(٢) كاروان عزت بربهاي،| "الضمانات الاساسية لاستقلال القضاء الدستوري في الانظمة الفدرالية" |(٢٠١٥)، المجلد ٤، العدد ١٢ |، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية جامعة كركوك، العراق، ص١١٩ .

(٣) المادة (١٣٥)، دستور إيطاليا لسنة ١٩٤٧ المعدل سنة ٢٠٢١ النافذ.

(٤) المادة (٣)، قانون المحكمة الدستورية الايطالية رقم ٢ لسنة ١٩٦٧ النافذ.

(٥) المادة (٤)، القانون نفسه.

اما دستور إسبانيا نص على انه (١- تتألف المحكمة الدستورية من اثني عشر عضواً يعينهم الملك، يقترح مجلس النواب أربعة منهم بأغلبية ثلاثة أخماس أعضائه وبنفسِ الأغلبية يقترح مجلس الشيوخ أربعة أعضاء آخرين، كما تقترح الحكومة عضوين ويقترح المجلس العام للسلطة القضائية عضوين) [١]، يتبين لنا ان السلطة التشريعية لها الدور الاكبر في مسالة اختيار اعضاء القضاء الدستوري، حيث اشتراط اغلبية مشددة موصوفة، مع مشاركة نسبية من قبل الحكومة والسلطة القضائية.

الفرع الثاني: الدول العربية

نلاحظ ان الدستور المصري تضمن فيه انه (تؤلف المحكمة من رئيس، عدد كاف من نواب الرئيس... ويختار رئيس الجمهورية رئيس المحكمة الدستورية من بين أقدم خمسة نواب لرئيس المحكمة. يعين رئيس الجمهورية نواب رئيس المحكمة من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة...)[٢]، يتبين لنا ان رئيس الجمهورية له التأثير الاكبر في تشكيل المحكمة الدستورية وتساهم السلطة القضائية بإعطاء اسماء مرشحين فقط، يختار منهم الرئيس وفق من ما يراه مناسبا .

كذلك في نفس الاتجاه ذهب دستور الاردن الذي نص انه (١- تنشأ بقانون محكمة دستورية ... وتؤلف من تسعةِ أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك)[٣]، يظهر لنا من خلال النص ومراجعة الدستور الاردني ان الملك ينفرد بمسالة تشكيل القضاء الدستوري دون اشتراك اي جهة اخرى في هذا الامر.

يبدو لنا من خلال ما تقدم ان اشتراك اكثر من جهة متمثلة بالسلطات الثلاث في الدولة بتكوين القضاء الدستوري يصب في تحقيق الديمقراطية بما يضمن تمثيل الكل بذلك يكون لدور القضاء قبولا من الكل، ايضا المزج بعدة اساليب معا للخروج بأنسب طريقة لهذا التشكيل، اولا ما هو متبع في الدستور الايطالي باختيار عدد فردي خمسة عشر قاضيا تفاديا لحصول معضلة تساوي الاصوات، ثانيا اعتماد الاغلبية الموصوفة التي تم الاخذ بها بالدستور الاسباني من حيث التشديد بما يضمن التوافق عليهم.

---

(١) المادة (١٥٩)، دستور إسبانيا لسنة ١٩٧٨ والمعدل سنة ٢٠١١ النافذ.

(٢) المادة (١٩٣)، دستور مصر ٢٠١٤ المعدل لسنة ٢٠١٩ النافذ.

(٣) المادة (٥٨)، دستور الاردن ١٩٥٢ المعدل سنة ٢٠٢٢ النافذ.

المطلب الثاني

دور المجلس النيابي في تشكيل القضاء الدستوري

ان القضاء الدستوري يعمل غالبا في ظل نظام ديمقراطي فإنه يكون مسؤولا تجاه الشعب، ذلك لأن أهم مهامه هي التأكد من دستورية القوانين التي توضع من قبل ممثلي الشعب المعبر عنهم بالبرلمان، ان قرارات القضاء الدستوري تأثر كذلك على هذه السلطة السياسية فلذلك يكون لها دور في تعيين أعضاء هذه الهيئة الدستورية، مما يخلق حافزا لدعم قراراته وقبولها والخضوع لها ولو كان في غير صالحها[١] .

مقابل ذلك يكون القاضي الدستوري الحارس للدستور من امكانية خروج القانون عليه، يتأكد ان اصداره كان في اطار الضوابط الدستورية التي يضمن القاضي فرض احترامها من قبل المشرع، الا سوف يبطل هذا القانون المخالف للقانون الاعلى المتمثل بالدستور[٢] ، كذلك حالة اصدار البرلمان لتشريعات قد تكون غير كاملة فتقوم السلطة التنفيذية متجاوزة لاختصاصها بإكمال النقص عن طريق تعليمات تصدرها لتنفيذ القانون، فهنا يبرز دور القضاء الدستوري مدافعا عن السلطة التشريعية ويبطل هذه القوانين [٣].

كما ان دور السلطة التشريعية يظهر بشكل واضح عندما يترك الدستور للمشرع العادي سلطة تنظيم جهات القضاء وكيفية تشكيلها، الا ان انفراد تشكيل القضاء الدستوري بيد السلطة التشريعية، سوف يكون معرض للخضوع لها، تحت تأثير الاتجاهات

(١) قاسي نجاة، |" مبدأ استقلالية القضاء الدستوري، الاتحاد الفدرالي الروسي نموذجا "| (٢٠٢٠)، المجلد ٤، العدد ١ | المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية الجزائر)، ص ٢٤٩.

(٢) زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري (ط١، ج١، دار بلال للنشر والطباعة، لبنان|٢٠١٤)، ص ٣٦.

(٣) ماز حسن،| " القضاء الدستوري بين اكراهات الديمقراطية وحقوق الانسان " |(٢٠١٥)، العدد ٣ | مجلة الندوة للدراسات القانونية الجزائر، ص١٨٣.

المسيطرة على البرلمان، الأمر الذي يؤثر فعالية الرقابة على دستورية القوانين الصادرة من السلطة التشريعية[١] .

هنالك دساتير احالت موضوع تشكيل القضاء الدستوري الى السلطة التشريعية، منها الدستور اللبناني حيث تضمن فيه بشان موضوع تشكيل المجلس الدستوري انه (..." تحدد قواعد تنظيم المجلس أصول العمل فيه وكيفيةَ تشكيله ومراجعته بموجب قانون")[٢] .

كذلك نرى ان الدستور الكويتي بخصوص تشكيل المحكمة الدستورية العليا نص انه (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، يبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها...)[٣] .

بيمنا نلاحظ ان الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ في المادة (٩٢) منه اشار الى ان القضاء الدستوري يتكون من عدة اعضاء وهم القضاة ورجال القانون وخبراء في الفقه الاسلامي دون ذكر كيفية اختيارهم واحال الموضوع الى قانون يسن من البرلمان.

يبدو لنا ان المشرع الدستوري العراقي قد قصر في عدم ذكر كيفية التشكيل من حيث الجهة المسؤولة عن ذلك وكيفية الاختيار والشروط اللازمة و ترك الامر لقانون عادي، كان لزاما عليه ان يذكر ذلك نظرا للأهمية التي يجب ان تعطى لهذه الجهة الرقابية، عند مراجعة التعديل الاول رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١ التعديل الاول لقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ الخاص بالمحكمة العليا في المادة (١/ثانيا) منه نرى اشتراك كل من رئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس المحكمة الاتحادية العليا ورئيس جهاز الادعاء العام ورئيس جهاز الاشراف القضائي في اختيار رئيس المحكمة ونائبه والاعضاء من بين القضاة المرشحين مع اخذ بالاعتبار تمثيل الاقاليم في تكوين المحكمة وترفع اسماؤهم الى رئيس الجمهورية لإصدار المرسوم الجمهوري بالتعيين خلال مدة أقصاها (١٥) خمسة عشر يوما من تاريخ اختيارهم، يتبين لنا من ذلك ان البرلمان ليس له اي دور في اختيار اعضاء هذا التشكيل، كما لفت انتباهنا انه في التعديل المذكور ورد في المادة (٦) منه انه يحفظ التوازن

(١) محمد صالح صابر، القضاء الدستوري والاداري في العراق بين الابقاء والالغاء (ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر |٢٠٢٢)، ص١١٩.

(٢) المادة (١٩)، دستور لبنان لسنة١٩٢٦ المعدل سنة ٢٠١٤ النافذ.

(٣) المادة (١٧٣)، دستور الكويتي لسنة ١٩٦٢ اعيد العمل فيه سنة ١٩٩٢ النافذ.

الدستوري بين مكونات الشعب العراقي، ان ذلك يتماشى مع الديمقراطية الا ان القانون لم يحدد كيف يمكن انجاز ذلك، ما هي الطريقة، نرى في ذلك قصورا من المشرع العادي يجب عليه ان يتفاداه بالتعديل بما يبعد عنه الغموض .

ان العلاقة ما بين البرلمان والقضاء غالبا ما يحكمها الخلاف، ممكن ملاحظته من خلال ما قد ينتج عن تدخل السلطة التشريعية في شؤون القضاء، تحت ذريعة انحراف القضاء أو حاجته إلى التطوير فتصدر قوانين ترفع الحصانة عن القضاة او تقصي العناصر المدعى بانحرافها أو القيام بالأعمال التي تمثل تدخلا في تنظيم القضاء، او اعطاء الصلاحية لوزير العدل او للجنة معينة يكون الهدف منها اخراج القضاة المختلفين معهم، لا شك بأن مثل هذه القوانين تعد غير دستورية لتعارضها مع مبدأ استقلال القضاء في مواجهة السلطات كافة[١] .

قد يتدخل المشرع في استقلال القضاء من خلال وضع قوانين تعطل اثار الأحكام الصادرة من السلطة القضائية بضمنها القضاء الدستوري مثال لذلك ما قام به مجلس الامة الكويتي من اجراء محاولات لتعديل القانون الخاص بالمحكمة الدستورية الكويتية بسبب بعض الاحكام الصادرة منها، بحيث يتم اخراج اختصاص تفسير الدستور من صلاحياتها، كما قد يتجه المشرع العادي احيانا لتعديل عدد اعضاء المحكمة الدستورية من خلال تقليل او زيادة الاعضاء، من اجل التأثير على اتجاهات المحكمة لتلائم ما يراه البرلمان، مثال ذلك محاولة رئيس الولايات المتحدة الامريكي ليندون جونسون الذي تولى الرئاسة عام ١٩٦٣ بعد اغتيال جون كيندي الرئيس الاسبق له، التأثير في المحكمة العليا الاتحادية عن طريق تعيين أنصاره له فيها، باستصدار قانون يمنع التعيين في المقاعد

(١) ماجد نجم عيدان، محمد صالح صابر، |" دور المحكمة الاتحادية العليا في الحفاظ على استقلال القضاء"| (٢٠١٩)، المجلد ٨، العدد٣٠| مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية جامعة كركوك، العراق ص٢٧٢، ينظر فاخر صابر بايز مخموري، استقلال القضاء بين الشريعة والقانون، (بدون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر| ٢٠١٠)، ص١٥٥.

التي تخلو من الاعضاء في المحكمة، حتى يقل عدد القضاة من تسعة إلي سبعة، لكن مجلس الكونجرس لم يوافق على الامر[١] .

يبدو لنا ان تشكيل القضاء الدستوري ولما يقوم به من دور مهم يوجب ان يكون منصوص عليه في مضمون الدستور الذي يحدد عدد الاعضاء والاطراف المسؤولة عن هذا الامر بما يوفر اقصى درجة من الاستقلالية لهذه الجهة الرقابية، عدم ترك الامر واحالته لتشريع يصدر عن البرلمان مما قد يجعله تابعا لها ويفقد الغرض والفائدة من الرقابة الدستورية الذي من اجلها وضع هذا الجهاز.

المبحث الثاني

محددات عمل القضاء الدستوري

نظرا للمعارضة الشديدة للقضاء الدستوري من قبل اصحاب الفقه القانوني التقليدي سابقا وخصوصا الموجودين في فرنسا، اتجه القضاء الدستوري الى وضع جملة من المحددات التي عليه ان يأخذه بنظر الاعتبار في ممارسة اختصاصه، لتقليل من شدة النقد الموجه لعمله الرقابي، بحيث يتجنب الاصطدام مع السلطات الاخرى، خصوصا السلطة التشريعية، تتمثل هذه الحدود بعدد من الضوابط والقيود، تحكم عمله وتبعده عن الافراط او التفريط في الرقابة، هذا ما سنحاول شرحها في هذا المبحث وتبيان المتغيرات التي طرأت عليها بما يخدم الديمقراطية، من خلال مطلبين على النحو الاتي:

المطلب الاول

ضوابط الرقابة

يقصد بها الحدود العامة التي تقترن بالفهم الصحيح لفكرة الرقابة، او هي تلك التي تعد التفسير الحقيقي لفكرة الرقابة السليمة وهي لصيقة بها، لا يستطيع القضاء الدستوري

(١) محمود علي احمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية (بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر| ٢٠١٦) ص٩٢١.

ان ينكر وجودها او ينكر التزامه بها حتى ولو خرج عليها لا يصرح بذلك [١]، سنعرج الى ذكر هذه الضوابط من خلال ثلاث فروع على النحو الاتي:

الفرع الاول: الرقابة تكون في إطار الدستور

الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة فنية ذات شكل قانوني، حيث يجري القاضي مقارنة بين النص التشريعي والنص الدستوري، بحيث يهمل التشريع العادي في حالة مخالفته للدستور، القاضي خلال عمله هذا عليه الا يخرج عن حدود الدستور [٢] .

الا ان هذه النظرية لم تحصل على رضا الكثير من الفقه، نظرا لغموض النظرية التي جاءوا بها وعدم وجود معايير موضوعية يمكن معرفتها، ما هي الطريقة التي تمكن القاضي من معرفتها، ما الجزاء على مخالفتها من قبل المشرع [٣] .

ان السماح للقاضي باستخدام المبادئ العليا غير المكتوبة والزام المشرع بها، يخرج القاضي من وظيفته وتجعله يمارس عمل المشرع[٤]، في سياق هذا الموضوع نرى المحكمة الدستورية العليا المصرية جاء في حكمها الخاص بالدعوى الدستورية رقم (٣) لسنة (١) القضائية عليا بجلسة (٢٦) ابريل (١٩٦٠) الذي تضمن (ان الرقابة على دستوريةِ القوانين تستهدف اصلا صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على احكامه، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام ... باعتبارِ ان نصوص الدستور تمثل القواعد والاصول

(١) عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية (ط١، سعد سمك للمطبوعات القانونية، مصر| ٢٠١١)، ص٩٠، ص٩١، وينظر علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر (بدون طبعة، دار الجامعات المصرية، الاسكندرية، مصر |٢٠٠١)، ص ٦٢٨.

(٢) عبد الله المنصوري، |"ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في الفقه الدستوري المقارن"| (٢٠١٦)، العدد ٣٧، ٣٨| مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد المغرب، ص ١٠٨.

(٣) رائد صالح احمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر| ٢٠١٠)، ص ١٦٧.

(٤) رومان خليل رسول، اختصاص القضاء الدستوري برقابة الانحراف التشريعي (ط١، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر|٢٠١٩)، ص١٢٧.

التي يقوم عليها نظام الحكم، وباعتبارها اسمى القواعد الامرة)، يتبين ان المحكمة تلتزم اطار الدستور دون الاخذ بالمبادئ العليا الغير مكتوبة[١].

اخذت المحكمة الاتحادية العليا في العراق بنفس الاتجاه ويظهر ذلك في حكمها رقم (٢١/اتحادية /٢٠١٤) الصادر في (٢٠١٤/١٢/١٨) [٢]، كذلك المحكمة الدستورية في كل من المانيا الاتحادية وايطاليا، اتجهت في نفس السياق بضرورة الالتزام باطار الدستور في مجال الرقابة على دستورية القوانين وعدم الاخذ بالمبادئ العليا غير المكتوبة [٣].

يظهر مما تقدم ان القضاء ليس بحاجة الى هذه النظرية التي تقوم على اخذ المبادئ العليا غير المكتوبة نظرا لأنها غير منضبطة **و هذا ما نؤيده**، كما انها سوف تتسبب في الانزلاق الى حفرة عميقة لا يمكن الخروج منها، كما انه لا توجد وسيلة علمية لالتزام بهذا الطريق، فالمرجع يكون للقضاء نفسه والى التقييد الذاتي للرقابة والتزام الحدود الطبيعية للوظيفة القضائية[٤].

الفرع الثاني: الرقابة لا تشمل الاعمال السياسية

تعد نظرية الاعمال السياسية وكما يطلق عليها اعمال السيادة، من خلق قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي اتجه للأخذ بها ليتجنب الاصطدام بنظام الحكم الملكي الذي عاد بعد سقوط نابليون، ولأجل البقاء في منصبه وضعها، واخرج اعمال السلطة التنفيذية من رقابته[٥].

---

(١) رائد صالح صالح احمد قنديل، المصدر نفسه، ص ١٦٨.

(٢) الموقع الالكتروني للمحكمة:

<https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php> > تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/٣٠

(٣) علي الباز، مصدر سابق، ص ٥٨١.

(٤) عبد العزيز محمد سلمان، مصدر سابق، ص ١٢٢ .

(٥) مصطفى صالح العماوي، الرقابة على دستورية القوانين، (رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، مصر|٢٠٠٠)، ص٦٨.

يرجع السبب في عدم خضوع الاعمال السياسية للرقابة، لأنها تتصل بسيادة الدولة الداخلية والخارجية ولا يمكن ان تكون محلا للتقاضي [١] .

كما لاقت نظرية اعمال السيادة اهتمام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، مثال على اخذها بهذه النظرية ما جاء في حكمها المتعلق بقضية (Luther v. Borden **)**[٢].

كما استبعدت المحكمة الدستورية العليا المصرية اعمال السيادة من اختصاصها، من الامثلة على ذلك الحكم رقم (٢٢ لسنة ٦ القضائية سنة ١٩٧٧) التي قضت الاستبعاد من خلال (... ان هذه الأعمال تتصل بسيادةِ الدول في الداخل والخارج، ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا للنقاضى ...)[٣].

ان هذه النظرية فرنسية الاصل، الا انه لم يشر اليها في اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في احكامه بصورة مباشرة او غير مباشرة، السبب في ذلك إلى أن رقابة المجلس تقتصر على أعمالِ الصادرة عن البرلمانِ، بالمقابل أن أعمال السيادة تصدر عن

---

(١) محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا (بدون طبعة، عالم الكتب، الاردن |١٩٨٩)، ص ١٤٤

(٢) ملخص القضية (أن المتهمين اقتحموا منزل المدعي وقبضوا عليه فرفع دعواه يطلب التعويض عن ذلك الفعل، فدفع المدعى عليهم الدعوى بأنهم اقترفوا الفعل الآنف باعتبارهم ممثلين عن حكومة ولاية رود أيلاند، لتأدية واجبهم نظرا لاشتراك المدعي في العصيان المسلح ضد الحكومة الشرعية، بعد بحث وقائع القضية توصل رئيس القضاة إلى أن مقطع الفصل في هذه القضية هو تحديد من هي الحكومة الشرعية و ان بحث هذه الامور الخطيرة يجب ان يوكل للسلطة السياسية التي تقرره وليس للمحكمة دخل فيه) ينظر ضياء الدين سعيد المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، (رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة الاقصى، فلسطين | ٢٠١٤)، ص٢١٦، ٢١٧ .

(٣) عادل عمر شريف، قضاء الدستورية (القضاء الدستوري في مصر)، (اطروحة مقدمة الى مجلس جامعة عين شمس، مصر| ١٩٨٨)، ص١٦٦.

السلطة التنفيذية، يذهب رأي في الفقه الدستوري ان المجلس إذا ما اخذ بهذه النظرية في المستقبل فلن يستطيع ان يدخل في اختصاصه الاعمال التي تمس الحقوق والحريات [١] .

اما في العراق اخذ سابقا بنظرية اعمال السيادة ويظهر ذلك في قانون التنظيم القضائي لسنة (١٩٧٩) وقانون مجلس شورى الدولة لسنة (١٩٧٩) والمعدل سنة (١٩٨٩) [٢]، الا ان دستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ في المادة (١٠٠) نص على أنه (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار أداري من الطعن)، في مجال التوافق مع ما ورد في الدستور صدر القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٥ التعديل الاول للقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥ الخاص بإلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعوى، نظرا لان القانون الاخير نص في المادة (٣) الملغية منه على انه (تستثنى قوانين وزارة التعليم العالي ووزارة التربية والضرائب وقرارات منع التجاوز على اراضي الدولة من احكام هذا القانون)[٣].

نؤيد اتجاه المشرع الدستوري العراقي في عدم استثناء اي قانون او قرار او عمل صادر من السلطات العامة من قابلية الطعن، لأنه قد يسوء استخدام ذلك ويكون طريقا للاستبداد بخروجه من نطاق الرقابة، هذا يصب في الاتجاه نحو الديمقراطية والحفاظ على حقوق وحريات الاشخاص، ليست هناك حاجة لبقاء هذه النظرية التي كانت سابقا تراعي

---

(١) ابراهيم محمد صالح نعمو الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، (اطروحة مقدمة الى مجلس جامعة صلاح الدين، اربيل، العراق |٢٠١٣)، ص ١٣٤.

(٢) ينظر المادة (١٠) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩، والمادة (٧) الفقرة/ خامساً من قانون مجلس شورى الدولة رقم لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٠٦)، لسنة ١٩٨٩.

(٣) المادة (١)، التعديل الاول رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ لقانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعوى التي نصت على انه (يلغى نص المادة (٣) من قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ وتسري احكام هذا القانون باثر رجعي) وجاء في الاسباب الموجبة للتعديل انه (نظرا لما جاء بأحكام الدستور العراقي بحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل او قرار اداري من الطعن وحق التقاضي مكفول للجميع، شرع هذا القانون).

جانب السلطة ، مع التطور الحاصل على صعيد الدولة المتجهة نحو اشاعة جو من الحريات التي يضمنها الدستور .

الفرع الثالث: الرقابة لا تمد الى ملائمة التشريع او ضرورته او بواعثه

الاصل ان يحدد الدستور اختصاصات السلطـــات العامة في الدولة، استنادا الى مبدا الفصل بين السلطات لا يجوز لها ان تمارس اختصاصا لا يدخل ضمن عملها، كما ان منح البرلمان سلطة تقديرية في وضع القوانين تعطيه الحرية في ممارسة عمله ، الا ان هذه السلطة غير مطلقة فقد يلزمه الدستور بشيء معين أو الامتناع عن شيء، نجد ان الفقه سلك مسلكين حول هذه القاعدة، حيث ذهب جانب منه الى معارضة الامر وارتكز في رأيه ان هذا النطاق من اختصاص السلطة التشريعية حصرا، بينما جانب اخر من الفقه ذهب الى تأييد امكانية امتدادها الى هذا المجال واعتبروا ان ذلك لا يخل بمبدأ الفصل بين السلطات، انما يدخل ضمن وظيفة القاضي القائمة على حماية الدستور من كل انتهاك يمسه [١].

اما موقف القضاء من هذه القاعدة كان متذبذبا، حيث نرى ان المحكمة العليا الأمريكية ذهبت في احكامها إلى التأكيد على عدم امتداد رقابتها لملائمة التشريع ، مثال ذلك حكمها في قضية فلتشر ضد بيك (Fletcher vs Peck) عام (١٨١٠) حيث ذهبت الى انه اذا كان "التشريع مستوفي لكل الشروط والأشكال القانونية، فأن المحكمة لا تستطيع ان تؤيد أحد الخصوم في طعنه بعدم دستورية ذلك القانون، بحجة انه صدر عن بواعث غير شريفة اثرت على بعض اعضاء الهيئة التشريعية التي سنته"، الا ان المحكمة نفسها قد خرجت عن ذلك في قضية هامر ضد داجنهارت (Hammer vs

(١) باسل عبد الله، عيد احمد الحسبان |" النظام القانوني للقضاء الدستوري"|(٢٠١١) المجلد ١٧، العدد ٣| مجلة المنارة للبحوث والدراسات جامعة ال البيت الأردن، ص ٢٦٦، ٢٦٧.

Dagenhardt) سنة ١٩١٨، حيث مدت الرقابة الى الملائمة الا ان ذلك واجه معارضة شديدة من داخل المحكمة مما ارجع الى الاخذ به مجددا[١] .

نجد المجلس الدستوري الفرنسي يذهب ان ضرورة التشريع من اختصاص السلطة التشريعية، الا ان اننا نرى حديثا اخذ بالملائمة يظهر ذلك في القرار (٢٠١٦-DC٧٣٨)، حيث ألغى المجلس المادة (٤) من قانون تعزيز الحرية والاستقلال والتعددية في وسائل الاعلام، الذي عدل من نظام حماية سرية مصادر الصحفيين، مما سمح بانتهاك هذه السرية في حالة وجود مصلحة العامة تبرر ذلك، بحسب المجلس لم يحدد المشرع توازنا بين حرية التعبير والتواصل والعديد من المتطلبات الدستورية الأخرى، لا سيما الحق في الحياة الخاصة وسرية المراسلات والحفاظ على المصالح الأساسية للأمة [٢] .

كما نجد ان المحكمة الدستورية الايطالية اخذت بالملائمة في بعض الحالات، يظهر ذلك في حكمها رقم (٥٨) لسنة (٢٠١٨)، حيث استمعت المحكمة إلى أمر إحالة يطعن في دستورية قانون يمكن المنشآت الصناعية ذات المصلحة الوطنية الاستراتيجية من مواصلة العمل على الرغم من مصادرة المحاكم لها نتيجة مخالفات تتعلق بالصحة والسلامة، بعد هذا الاجراء ألغى البرلمان القانون المتنازع عليه بموجب قانون اخر الا انه في مضمون القانون البديل ايد الاعمال التي نفذت في وقت القانون السابق، بذلك ذهبت المحكمة الى اعتبار التشريع الجديد غير دستوري، معتبرةً أن حقيقة أن القاعدة المخالفة قد أُدرجت الآن في قانون مختلف عن القانون المطعون فيه، ان المشرع لم يمتثل لشرط تحقيق توازن معقول ومتناسب بين جميع المصالح الدستورية ذات الصلة، بالتالي تصرف بشكل غير دستوري

(١) اشارت اليه ازهار هاشم احمد الزهيري، الرقابة على دستورية الانظمة والقرارات الادارية في ظل جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، (اطروحة مقدمة الى مجلس جامعة بغداد، كلية القانون| ٢٠١٥)، ص ٧٨، ٧٩ .

(2) French Constitutional Council site: http://www.conseil-constitutional.fr/en/decision/2016/2016738DC.htm accessed 15 February 2022

في عدم مراعاة متطلبات حماية الصحة على النحو الواجب، سلامة العمال وسلامتهم الجسدية عند مواجهة ظروف تعرضهم لخطر الموت [١].

الاتجاه الغالب "ان المحكمة الدستورية المصرية" لا تمد رقابتها الى الملائمة، الا ان هناك حالات استثنت ذلك فيما يتعلق بحقوق الافراد، حيث تضمن الحكم في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية في ١٩٨٦/٦/٢١ (... أن الرقابة على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملائمة تشريعها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الانتماء إلى الأحزاب السياسية يجب أن لا يعصف بهذه الحقوق... إذ إن حرمان فئة من المواطنين حرمانا مطلقا ومؤبد على ما سلف بيانه مجاوزا بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق...)[٢] .

اما في العراق نرى ان الدستور قد افسح مجالا امكانية القضاء الدستوري مد رقابته الى ملائمة القوانين حيث نص على (ان لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها، إلا وفقا للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)[٣]، تضمن ايضا على انه (تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب :أولا : حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل، ثانيا :حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر، ثالثا :حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتنظم بقانون)[٤]، حسنا فعل المشرع الدستوري في انتهاجه هذا المسلك .

(1) Italian Constitutional Court site: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_2018_58_EN.pdf - accessed 15 February 2022

(٢) اشار اليه محمد عبد الرحيم حاتم، اتجاهات القضاء الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين، (ط١،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر| ٢٠١٩)، ص ٣٨٠.

(٣) المادة (١٥)، الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

(٤) المادة (٣٨) ، الدستور نفسه .

نرى من خلال ما تقدم انه لا مانع من ان يمد القاضي الدستوري رقابته الى الملائمة بالرغم من ان سلطة المشرع فيها تقديرية الا ان ذلك لا يعني ان له مطلق الحرية فهو محدد بنصوص الدستور وان اعطي له مجالا في تحديد الظروف والاسباب التي من اجلها يصدر القوانين، فعليه ان يضعها بما يتوافق مع القانون الاعلى، لأنه قد يستغل المشرع صلاحياته ويصدر قوانين ويقيد الحريات والحقوق او يعطيها لمن لا يستحق على حساب الاخرين، وهنا يقوم القاضي بفحص الملائمة التي استند عليها المشرع لتبيان مدى توافقها مع الدستور ويصدر حكمه اما " بدستورية او عدم دستورية القانون" وهذا ما يدخل في عمل القضاء المتمثل بحماية الدستور من المخالفات التي تخرج عن نصوصه .

المطلب الثاني

قيود الرقابة

ان هذه القيود تم وضعها من قبل القضاء الدستوري حصرا، كما انها تختلف من دولة لأخرى، بحيث تحكم القضية المعروضة امام القضاء مدى الالتزام بها او الخروج عنها، سنقوم بشرحها ومن خلال ثلاث فروع على النحو الاتي:

الفرع الاول : قرينة الدستورية لمصلحة التشريع

تقوم هذه القاعدة على اساس ان كل ما يصدر من المشرع العادي من قوانين، يكون صحيحً وصادرً في الحدود التي وضعها الدستور، يتوجب على القاضي عند نظره في دستورية القوانين ان يرى هذا الاثر و لا يخرج عن هذه القرينة الا اذا وجد تعارض واضح وصريح بين القانون العادي والدستور لا يمكن التقريب بينهما [١] .

قد حكمت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في "عدة قضايا مستخدمة قرينة الدستورية، منها "قضية الولايات المتحدة ضد كونجرس التنظيمات الصناعية عام ١٩٤٨ [٢] .

اخذت المحكمة الدستورية الايطالية ايضا بهذه القاعدة، ويظهر ذلك في حكمها رقم ١٧٩ سنة ٢٠١٧، حيث ذهبت المحكمة ان ما يتعلق بالقوانين التي تجرم الافعال تعود"

(١) عبد الله المنصوري، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٢) للمزيد ينظر شعبان احمد رمضان، ضوابط الرقابة القضائية على دستورية القوانين، (اطروحة مقدمة الى مجلس (جامعة أسيوط | ٢٠٠٠)، ص ٥٢٤،٥٢٣.

للسلطة التقديرية للبرلمان"، مع ذلك لها ان تتدخل في الحالات التي تكون فيها القوانين التشريعية تعسفية أو غير معقولة بشكل واضح [١] .

كما اشارت المحكمة الدستورية العليا المصرية الى القرينة الدستورية في احكامها، مثال ذلك الحكم الصادر في ١٩٩٤/٧/٥ الذي تضمن (أن الأصل في النصوصٍ التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور ... أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل على مخالفتها للدستور ...) [٢].

كما اهتم المجلس الدستوري الفرنسي بهذه القاعدة ، من خلال تطبيقه مذهب الشك الدستوري بطريقة اطلق عليها تسمية (التحفظات التفسيرية)، حيث تسمح للمجلس بأن يتجنب الخيار الخاص بعدم المطابقة أو بمجرد المطابقة مع الدستور، بحيث يعلن أن النص التشريعي يكون مطابقا للدستور شريطة أن يفسر ويطبق بالشكل الذي يشير إليه المجلس في قراره .

اما المحكمة الاتحادية العليا في العراق لم تشير صراحة الى هذه القاعدة، الا انها اخذت بها في العديد من احكامها[٣] ، مثال ذلك حكمها رقم ١/اتحادية /٢٠١٢، في ٢٠١٢/١٢/٥ عند نظرها في الطعن المقدم ضد قانون دعاوى الملكية العقارية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ المادة (٢١) منه [٤] .

نلاحظ ان جانب من الفقه يذهب ان قاعدة قرينة الدستورية تتسم بعدم المعقولية لسببين: الاول أن السلطة التشريعية ليست بالسذاجة لتخالف الدستور بشكل صريح، قد يصدر القانون صحيحا الا انه قد يكون مبطن بالفساد ، مما يحتاج الى بحث اعمق،

(1) Italian Constitutional Court No.179 .2017 available on court site https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S_179_2017_EN.pdf - date of visit 15\4\2022

(٢) اشار اليه عصام سعيد عبد العبيدي، الرقابة على دستورية القوانين، (اطروحة مقدمة الى مجلس جامعة الموصل كلية الحقوق |٢٠٠٧)، ص٤١١ .

(٣) ابراهيم محمد صالح نعمو الشرفاني، مصدر سابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٤) موقع المحكمة الاتحادية العراقية

<https://www.iraqfsc.iq/s> < تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/٣٠

والسبب الثاني: ينتج عن الاخذ بهذه القاعدة وقوف القضاء عند ظاهرة النص، مما يفسح المجال أمام المشرع للعدوان على حريات وحقوق الافراد [١].

هناك من يرى ان قرينة الدستورية لمصلحة التشريع يجب ان تكون قرينة عكسية في مقابل المبادئ الدستورية وخاصة مبدا دستورية الحقوق والحريات الاساسية، لان الدستور عندما منح المشرع صلاحية تنظيم الحقوق والحريات لغرض تمكين الافراد من ممارستها بشكل افضل، لا من اجل تقيدها او انقاصها[٢].

يتبين لنا انه في مجال تأكيد الديمقراطية يجب ان تكون قرينة الدستورية في مجال عمل القاضي تقوم على اتخاذ التفسير الذي يحمي الحقوق والحريات التي اقرها القانون الاعلى في الدولة باعتباره الحامي الفعال له والمدافع عن الافراد ضد استبداد السلطة .

الفرع الثاني : عدم التعرض للمشكلة الدستورية الا عند الضرورة

أن القضاء الدستوري يعمل على وضع حل للنزاع المعروض عليه، لا يجوز له أن يتصدى للبحث في دستورية التشريع إلا إذا كان ذلك "البحث مسألة أولية يتوقف الفصل في موضوع الخصومة على الفصل فيها"، إذا كانت هناك أمكانية للفصل في الدعوى على أساس أخر وجب اللجوء إلى هذا الأساس[٣].

اشترطت المحاكم الدستورية للنظر في الدعوى توفر المصلحة الشخصية والصفة لرافع الطعن بدستورية القوانين، ان تكون المصلحة قانونية تستند لحق او مركز قانوني ، مادية او ادبية غير مخالفة للنظام العام او الآداب، الصفة قد يكون الافراد او جهات رسمية معينة او كلاهما الحق بمراجعة المحكمة الدستورية[٤] ، هذا ما سلكه "القضاء الدستوري" في عدة دول، مثال عليها ما ذهبت اليه المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية أنها لا تفصل في دستورية القانون في الحالات التالية (إذا لم يكن الفصل في الدستورية علاقة كافية بالنزاع، أو إذا كانت هناك وسيلة أخرى تحقق مطلب الطاعن، أو إذا القانون لم

(١) عبد العزيز محمد سلمان، مصدر سابق، ص٢٤٣ .
(٢) ابراهيم محمد صالح نعمو الشرفاني، المصدر نفسه، ص ١٢٧.
(٣) رومان خليل رسول، مصدر سابق، ص ١٨٤.
(٤) محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين (بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ٢٠١٣)،ص٥٦٦.

يلحق بالفعل ضررا بحقوق أحد الأطراف في الدعوى، أو سوى ضرر ضئيل، أو الضرر يمكن أن يحدث مستقبلا، أو إذا كان الطرف الذي يمسك بعدم دستورية قانون قد سبق أن تمسك بدستورية من القانون لصالحه) [١].

كذلك نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر، في حكمها الصادر بتاريخ ١٨ أبريل سنة ١٩٩٢ الذي جاء فيه " ... حيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد لقبول الدعوى الدستورية ... " [٢].

كذلك اتجهت المحكمة الاتحادية العليا في العراق، على رد الدعاوى التي لا تتوفر في مقدمها مصلحة شخصية، مثال ذلك حكمها في الدعوى المرقمة (١٣/ اتحادية /٢٠٠٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢٤) [٣].

كما اشار النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العراقية ان يكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثره في مركزه القانوني او المالي او الاجتماعي، على ان تكون من وقت رفع الدعوى وتبقى لحين اصدار الحكم فيها [٤] .

نذهب من خلال ما تقدم الى تأييد ضرورة توفر المصلحة وتحقق الضرر لدى رافع الطعن، ان تدخل القضاء الدستوري يكون بناء على هذا الطعن احتراما لمبدا الفصل بين السلطات، باعتباره الملتجئ الاخير للطعن اذا ما كانت هنالك طرق اخرى يلجئ اليها الطاعن اولا، مما يخفف عن كاهل المحاكم الدستورية ويقلل من عدد الدعاوى المنظورة امامها مما يفسح المجال لها للانشغال بدعاوى اخرى ممكن تكون ذات اثر واهمية بالغة تؤثر على الدولة كلها مثل تلك المتعلقة بالانتخابات .

---

(١) علي الباز، مصدر سابق، ص٦٣٤.

(٢) اشار اليه فهد ابو العثم النسور، القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق (ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن| ٢٠١٦) ص٢٧٣.

(٣) اشار اليه عبد الحليم قاسم محمد العبيدي، طبيعة الدعوى الدستورية، (رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة الانبار، كلية القانون والعلوم السياسية، العراق |٢٠١١) ص١١٦.

(٤) المادة (٢٠)، النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية للعليا العراقية رقم ١ لسنة ٢٠٢٢.

الفرع الثالث: مراعاة الامن القانوني

الأمن القانوني مصطلح لم تشر اليه القوانين مباشرة وكذلك غالبية الدساتير، إنما يستدل عليه من خلال المبادئ القانونية التي تلتزم بها السلطة التشريعية عند وضع القوانين و القضاء عند اصداره الاحكام، كذلك تبرز صعوبة وضع تعريف له يرجع السبب إلى أن الأمن القانوني متعدد المظاهر ومتنوع الدلالات [١] .

الا انه كانت هناك محاولات لتعريفه، منها ان الامن القانوني هو (كل ضمانة، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف الى تامين ودون مفاجئة، حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي او على الاقل، الحد من عدمِ الوثوق في تطبيق القانون) [٢]

كما عرف الامن القانوني بانه (هو استبعاد خطر عدم الاستقرار وانعكاسات التغيير المفاجئ للقاعدةِ القانونية، على حياةِ الفرد، لاسيما متى تعلق الامر بالحقوق والحريات، عليه فهو ضمانة وحماية ضد اعتباط السلطة ومزاجية الاحكام عبر رسم الحدود بين الممنوع والمسموح) [٣] .

ان فكرة الامن القانوني يقصد بها ان السلطات العامة عليها ان تأخذ بنظر الحسبان تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، ذلك من اجل توفير جو من الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية اكانت بين الافراد او بينهم وبين الدولة، عدم تعريضهم لمفاجئات او تصرفات سريعة تصدر من السلطات العامة تخل بهذا الامان والاستقرار، كأن تصدر قانون باثر رجعي يمس الحقوق المكتسبة [٤] .

---

(١) فاطمة العلوي،|" دور الامن القانوني في دعم مشاريع الاستثمار في الجزائر "| (٢٠١٦) المجلد ٢، العدد ٤ | مجلة البشائر الاقتصادية جامعة طاهري محمد الجزائر ص ١٤٩

(٢) زكريا العماري، |"تراجع الامن القانوني للقاعدة العقابية في القانون الجنائي للأعمال"| (٢٠١٨) العدد ١٠| مجلة القضاء التجاري المغرب، ص ١١١

(٣) سيروان عثمان فرج، الامن القانوني الجنائي، (رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة السليمانية، كلية القانون|٢٠١٩)، ص ٧

(٤) يوسف عيسى الهاشمي، رقابة دستورية القوانين واللوائح (ط١، المكتب الجامعي الحديث، مصر|٢٠١٥)، ص ١٤٢،١٤١.

اول دستور نص على هذا المصطلح هو الدستور الالماني لسنة ١٩٤٩، كما اكدت عليه المحكمة الدستورية الفدرالية في المانيا سنة ١٩٦١ [١]، كذلك ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم ٥١٩–٢٠٠٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/٢٩ اللذان اكدوا على هذا المصطلح [٢].

أما في العراق لم تحتوي الدساتير السابقة حتى الدستور الحالي على هذا المصطلح بشكل مباشر، الا انه يمكن تبيان بعض من العناصر التي تشير اليه على سبيل المثال تضمن انه (ليس للقوانين اثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك , لا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم. عاشرا :لا يسري القانون الجزائي باثر رجعي الا اذا كان اصلح للمتهم) ، تضمن ايضا ان (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية , ويعمل بها من تاريخ نشرها , مالم ينص على خلاف ذلك) [٣] .

يظهر الترابط ما بين الامن القانوني و الأمن القضائي، يقصد به الشعور بالثقة بالسلطة القضائية بما يصدر عنها من احكام والذي يتم من خلال نص الدستور على حق الافراد في اللجوء إليه، كذلك السعي إلى سرعة الفصل في القضايا المعروضة عليه، تسهيل إجراءات التقاضي وضمان التنفيذ، حق الافراد في محاكمة عادلة وتوفير الاستقلالية للقضاة والمحاكم [٤] .

يتجه القضاء الدستوري في عمله اتخاذ سبل الموازنة بين الامن القانوني والاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وتقييده اذا احدث اضرارا بمصالح الافراد اكثر من الفائدة

(١) بدوي عبد الجليل،|" مفهوم مبدأ الامن القانوني ومتطلباته "|(٢٠٢١) العدد ٨| مجلة دراسات في الوظيفة العامة الجزائر، ص ٦.

(٢) مازن ليلو راضي،|" من الامن القانوني الى التوقع المشروع | (٢٠١٩) المجلد ٢١، العدد ١ | مجلة كلية القانون، جامعة النهرين العراق، ص ٦.

(٣) المادة (٩/١٩) والمادة (١٢٩)، دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

(٤) عليان بوزيان، بوراس عبد القادر، |"اثر الدفع بعدم الدستورية في تحقيق الامن القضائي لحقوق المواطنة دراسة مقارنة لدساتير الدول المغاربية "|(٢٠١٨) المجلد ١٥، العدد ٢| مجلة البحوث والدراسات الجزائر، ص١١٨.

المرجوة من تطبيقه [١]، **نرى** ضرورة الاخذ بهذا المبدأ والنص عليه في الدساتير بما يحقق اقصى درجات الثقة في الدولة وقوانينها ويحقق الاستقرار للحقوق والحريات .

المبحث الثالث

حجية الحكم الصادر من القضاء الدستوري واثاره

سنقوم في هذا المبحث بذكر ما المقصود بحجية الحكم واجراءات اصداره من القضاء الدستوري والنطاق الزمني لنفاده، للوصول لأفضل الوسائل التي تحقق الديمقراطية من خلالها يمكن حماية حقوق وحريات الافراد بشكل افضل، عبر ثلاثة مطالب على النحو الاتي:

المطلب الاول

حجية الحكم

ان الحكم في الدعوى الدستورية هو إعلان لفكر القاضي الدستوري إزاء القضية الدستورية المعروضة امامه ، **حيث تعني الحجية** أن الحكم الصادر من المحكمة هو عنوان الحقيقة المحقق للعدالة، لا يمكن المساس به إلا من خلال طرق الطعن التي يحددها القانون، من اجل وضع حد للنزاعات ومنع حصول تناقض بالأحكام وتحقيق استقرار المراكز القانونية ، **كما ان الحجية قد تكون** : نسبية تنحصر في "اطراف الدعوى الدستورية التي صدر فيها الحكم " وتكون بالدول التي تأخذ برقابة الامتناع ، او مطلقة تسري على الجميع تمنع النظر في الموضوع مرة اخرى تكون بالدول التي تأخذ برقابة الالغاء [٢] .

تشير الدساتير كذلك قوانين المحاكم الدستورية على حجية الاحكام التي تصدر من القضاء الدستوري وتقرر فيها الزام سلطات الدولة والافراد بضمون ما جاء فيها، مثال ذلك ما ورد في دستور العراق حيث نص انه (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة)[٣]، دستور مصر ايضا نص فيه ان (...الأحكام والقرارات الصادرة من

---

(١) عامر زغير محيسن،|" الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية"| (٢٠١١) العدد ١٨| مجلة مركز دراسات الكوفة العراق، ص٢٠٨.

(٢) رائد صالح احمد قنديل، مصدر سابق، ص١٨٦،١٨٧.

(٣) المادة (٩٤)، دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

المحكمة الدستورية العليا، هي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، تكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم) [١] .

نرى ان الصياغة بما يتعلق بدستور العراق فيها قصور، الا انه تم تدارك هذا النقص في النظام الداخلي الجديد للمحكمة الاتحادية العليا حيث نص على انه "قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات والاشخاص كافة ولا تقبل الطعن باي طريق من طرق الطعن"[٢] .

المطلب الثاني

اجراءات اصدار الحكم في الدعوى الدستورية

تمر مرحلة اصدار الحكم بعد الانتهاء من المرافعة بثلاث مراحل وهي المداولة والتسبيب والنشر، سنقوم بذكرها على النحو الاتي:

الفرع الاول : المداولة

المداولة يقصد بها التشاور بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه، بعد سماعهم لمرافعة الخصوم واطلعوا على مذكراتهم القانونية، والاختلاء فيما بينهم لإعداد الحكم الذي سوف يصدروه في القضية المنظورة امامهم للفصل فيها [٣] وغالبا ما تكون المداولة سرية، مثال ذلك ما متبع في المحكمة الدستورية الاردنية والذي نص قانونها على انه (تكون مداولات المحكمة سرية) [٤]، تكون جلسة النطق بالحكم غالبا علنية الا اذا ما وجدت المحكمة اسبابا معينة تستوجب جعلها سرية، نرى ذلك ايضا في مسلك المحكمة الدستورية في الكويت[٥]، اما النظـــام الداخلي للمحكمة الاتحـــادية العليا العراقية رقم(١) لسنة (٢٠٢٢) في المادة (٥٠) احال هكذا امور الى قانون المرافعات المدنية الذي نص على

(١) المادة (١٩٥)، دستور مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل لسنة ٢٠١٩ النافذ.

(٢) المادة (٣٦)، النظام الداخلي الجديد للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ النافذ

(٣) فهيمة احمد علي القماري، المحكمة الدستورية العليا كنموذج للتخصص القضائي (ط١، دار الكتب والدراسات العربية، مصر| ٢٠١٨)، ص١٨٣.

(٤) المادة(١٨)، قانون المحكمة الدستورية في الاردن رقم ١٥ لسنة ٢٠١٢ النافذ.

(٥) المادة (١١)، النظام الداخلي للمحكمة الدستورية في الكويت الصادرة في ١٢/٥/ ١٩٧٤ النافذ.

انه (١- تكون المرافعة علنية الا اذا رات المحكمةُ من تلقاءِ نفسها او بناءً على طلب احد الخصوم اجراءها سرا محافظة على النظامِ العام او مراعاة للآداب ولحرمةِ الاسرة ...)[١] .

اما بخصوص اتخاذ قرار الحكم والتصويت عليه فيكون اما بالأغلبية او الاجماع مع تثبيت راي المخالف، نلاحظ ان المحكمة الدستورية في الكويت تصدر الاحكام بأغلبية اراء الحاضرين[٢]، اما المحكمة الدستورية في مصر تحيل الموضوع الى قانون المرافعات المدنية والتجارية بخصوص هذا الشي حيث تضمن انه (تصدر الأحكام بأغلبية الآراء فإذا لم تتوفر الأغلبية وتشعبت الآراء لأكثر من رأيين وجب أن ينضم الفريق الأقل عددا أو الفريق الذي يضم أحدث القضاة لأحد الرأيين الصادرين من الفريق الأكثر عددا وذلك بعد أخذ الآراء مرة ثانية) [٣]، في حين نرى قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية اخذ بالأغلبية البسيطة بما يتعلق بالأحكام الصادرة منها عدا الاحكام المتعلقة بالفصل بين النزاعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية والاقليم والمحافظات والادارات المحلية في ذلك السياق تستوجب ان تصدر بأغلبية الثلثين [٤]، ذكر النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية انه تصدر قراراتها بالأكثرية، عدا الاحكام والقرارات المتعلقة بالفصل بين النزاعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية والاقليم والمحافظات والبلديات الادارات المحلية في ذلك السياق تستوجب ان تصدر بأكثرية الثلثين [٥] .

(١) المادة (٦١)، قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٦ النافذ

(٢) ينظر المادة (٣)، قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ المعدل بالقانون رقم ١٠٤ لسنة ٢٠١٤ النافذ.

(٣) ينظر المادة (١٦٩)، قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والمعدل في ٥ سبتمبر سنة النافذ٢٠٢٠.

(٤) ينظر المادة (٥)، قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل عليه بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢١ النافذ.

(٥) ينظر المادة (٣٣)، النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ النافذ.

يتبين لنا من خلال ما تقدم ان الاجماع بين اعضاء المحكمة عند اصدار الحكم صعب المنال في جميع الحالات التي تكون فيها النزاع معروضا على المحكمة، نظرا لاختلاف الافكار والسبب في ان كل قاضي يحكم عقله ويوجه تفكيره باتجاه معين قد يتفق او يختلف مع البقية، كما ان الاختلاف بالآراء وعدم الاجبار على اتجاه معين هو الذي يحقق الديمقراطية، مع التأكيد على تسجيل اسباب الاعتراض في مضمون الحكم، نرى ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية قد اختلف بما يتعلق بالتصويت على الاحكام والقرارات اذا اخذ بالأكثرية على خلاف قانون المحكمة رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ النافذ الذي اخذ بالأغلبية وهناك فرق بين اللفظين اذا ان الاغلبية تعني اي عدد يفوق النصف، في حين الاكثرية تعني اي عدد اكبر يتفق على راي حتى لم يتجاوز النصف، كان يتوجب على النظام الداخلي ان لا يختلف عن القانون باختيار لفظ مغاير، في راينا يفضل الصياغة انه في حالة عدم تحقق الاتفاق الكلي ان يتم الاخذ بأغلبية الثلثين لأعضاء المحكمة واما في حالة تساوي الاصوات وعدم امكانية الوصول للأغلبية يصار الى اتباع الطريقة التي يعمل فيها كل من المحكمة الدستورية في مصر سابقة الذكر، وصولا الى حصول توافق بين الآراء بما يخدم الديمقراطية وتحقيق افضل الوسائل لتحقيق العدالة الدستورية .

الفرع الثاني : التسبيب

يقصد به الاستنتاج الذي وصلت اليه المحكمة بعد تكييف الوقائع للقاعدة القانونية، وتعطي وصفا للمنطق القانوني الذي سارت عليه وصولا الى الحكم [١]، حيث يثبت في مضمون الحكم الاسباب التي ارتكز الحكم عليها من نصوص الدستور التي تحكم عمل المحكمة .

غالبا ما تشير قوانين المحاكم الدستورية او نظامها الداخلي الى هذا الجزء، من حيث ان يتضمن الحكم الاسباب الدستورية التي استند عليها، مثال ذلك ما نراه في قانون المحكمة الدستورية الاردنية والذي تضمن انه (تصدر المحكمة احكامها مسببة بشان

(١) قصي علي عباس،|" حسين جبر حسين الشويلي، العوامل المؤثرة في عدول المحكمة العليا الامريكية عن سوابقها الدستورية" |(٢٠٢٠) العدد ٢| مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العراق، ص١٧٢.

الطعون المقدمة ...) [١]، كما اشار النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق على ان يشتمل الحكم على الاسباب التي قام عليها الحكم [٢].

الفرع الثالث : النشر

تشير الدساتير و اغلب قوانين المحاكم الدستورية على ان تنشر الاحكام في الجريدة الرسمية للدولة، بما يصب في مجرى الشفافية والنزاهة ويبين عمل القضاء الدستوري، كما يساهم الامر في سهولة الوصول الى الاحاكم الدستورية الصادرة والاطلاع عليها ومعرفة مضمونها بما يحقق علم الكافة بها، مع التقدم التكنولوجيا الذي يشهده العالم وفر امكانية نشر هذه الاحكام على المواقع الرسمية الالكترونية للمحاكم الدستورية نفسها اضافة الى النشر بالأسلوب التقليدي مما ساعد الى الاطلاع عليها في اي مكان واي بلد يكون فيه الشخص، كما ان النشر يكون خلال مدة معينة وبشكل مجاني بدون اي اعباء مصرفية يتحملها طرفا الدعوى الدستورية .

مثال ذلك ما نص عليه الدستور المصري والذي تضمن على ان "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا"[٣] ، كما ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق اشار الى موضوع نشر القرارات التي تقتضي بعدم دستورية القوانين والانظمة والقرارات الاخرى التي ترتاي المحكمة نشرها في الجريدة الرسمية والموقع الالكتروني للمحكمة [٤]، ايضا اشار الى انه تنشر جميع الاحكام والقرارات الصادرة عنها في مجلة خاصة بها تحت عنوان القضاء الدستوري العراقي [٥] .

يظهر لنا ان النظام الداخلي الجديد اعطى خصوصية اكبر للمحكمة بحيث لها الحق بوضع مجلة تنشر فيها جميع الاحكام والقرارات الصادرة عنها ، بل وحتى الابحاث والاجتهادات الناتجة عن عملها، **نؤيد** هذا التوجه من المحكمة بما يعطيها الاستقلالية بشكل

---

(١) المادة (١٤)، قانون المحكمة الدستورية في الاردن رقم ١٥ لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٢) المادة (٣٤) ، النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ النافذ.

(٣) المادة (١٩٥)، دستور مصر ٢٠١٤ المعدل لسنة ٢٠١٩ النافذ.

(٤) المادة (٣٦)، النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ النافذ.

(٥) المادة (٤٧) ، النظام الداخلي نفسه.

افضل ومكانة رفيعة، كما يساهم بتوسيع الوصول والاطلاع على ما يصدر عنها والوقوف على اخر اجتهادات القضاء الدستوري، بذلك تكون مرجع للكل وبالأخص فئة الباحثين وطريقا نيراً في نشر الثقافة القانونية والدستورية .

المطلب الثالث

النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية

يقصد بفكرة النطاق الزمني لتنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية تحديد التاريخ الذي تمتد إليه أثار الحكم، اذا كانت تنفذ بالنسبة للمستقبل او تكون ذا أثر رجعي [١]، فاذا تضمن الحكم الرجوع للماضي بذلك تكون العلاقات التي اوجدها القانون الغير دستورية معدومة، أم أذا كان الحكم بعدم الدستورية للقانون ذا أثر مباشر من تاريخ صدوره، فيقتصر على العلاقات والأوضاع التي تنشأ من هذا التاريخ فقط وتبقى العلاقات والأوضاع التي السابقة للحكم [٢]، نرى ان قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية تضمن انه يترتب على الحكم بعدم الدستورية لقانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم مالم يحدد لذلك تاريخ اخر، كما ان الاحكام الخاصة بعدم دستورية نص ضريبي يكون ذا اثر مباشر، واذا تعلق الحكم بعدم دستورية نص جنائي فتعتبر الاحكام التي تضمنت الادانة كان لم تكن ولها اثر رجعي [٣].

(١) شعبان احمد رمضان، |"الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني"| (٢٠١٤) العدد١| المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، مصر، ص ٢٠٧.

(٢) فيصل شطناوي، سليم حتامله، |"الرقابة على دستورية القوانين والانظمة امام المحكمة الدستورية في الاردن"| (٢٠١٣) المجلد ٤٠، العدد٢| مجلة علوم الشريعة والقانون الجامعة الأردنية، الأردن، ص٦٢٩.

(٣) المادة (٤٩)، قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة المصرية ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١ النافذ.

نلاحظ في حكم للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية قيدت الاثر بالرجعية، لأنه من غير الممكن الغاء جميع الحقوق السابقة للأفراد مما قد ينتج عنه اثار جسيمة تفوق بقاء القانون المخالف للدستور، يظهر ذلك في حكم صادر لها عام ١٩٤٠ [١].

أما موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق بشان اثر الحكم بعدم الدستورية يتبين ظاهرا في قرار تفسيري لها صادر رقم ١٤/اتحادية /اعلام /٢٠١٩ في٢٠١٩/٢/١٤ الذي تضمن فيه انه (... **فتجد المحكمة الاتحادية العليا ان الاحكام والقرارات التي تصدر منها تكون نافذة اعتبارا من تاريخ صدورها مالم ينص في تلك الاحكام والقرارات على سريانها على تاريخ اخر ...**)[٢] .

ثم جاء النظام الداخلي الجديد للمحكمة الاتحادية العليا العراقية ليؤكد ما ذهبت اليه سابقا في احكامها وقراراتها بحيث نص على انه (اولا: يسري اثر الحكم الصادر من المحكمة في غير النصوص الجزائية من تاريخ صدوره، الا اذا نص الحكم على خلاف ذلك . ثانيا : يسري الحكم الصادر بعدم دستورية النصوص الجزائية من تاريخ نفاذ احكام النص موضع الحكم.) [٣]، كذلك نص على انه (تسري اثار القرار التفسيري من تاريخ احكام النص موضوع التفسير، مالم ينص القرار على خلاف ذلك)[٤]، **نؤيد** هذا التوجه من المحكمة الذي يصب في تحقيق الامن القانوني والعدالة ايضا بما يتعلق بالقوانين الجزائية .

ان الاخذ بالأثر المباشر في أحكام عدم الدستورية، ينطوي على شيء مهم والذي يتمثل في استقرار المعاملات وتحقيق الامن القانوني، الذي له انعكاسات على الجوانب السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية في الدولة، حيث ان الدولة غالبا ما تدخل في اتفاقيات دولية ، فاذا ما وجد الطرف الاخر، ان القوانين تنعدم فيها صفة الاستقرار في مجال المالي

---

(١) أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري (بدون طبعة، مكتبة النهضة المصرية، مصر| ١٩٦٠) ص٢٢٤.

(٢) موقع المحكمة الاتحادية العليا في العراق:

< https://www.iraqfsc.iq/t.2019/page_2> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٢١

(٣) المادة (٣٧)، النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ النافذ.

(٤) المادة (٣٨)، النظام الداخلي نفسه.

والاقتصادي المتمثل بالعقود تعزف عن الدخول بالتزامات قانونية معها، الا ان هذا التوجه قد ينظر اليه انه يخالف دولة القانون ويعطي شكلا بان التشريع يعلو على الدستور[١].

نرى ان الدستور في الدول الديمقراطية يسعى الى اشاعة الحقوق والحريات الا انه يشير اليها بشكل عام ويظهر دور القانون العادي في تنظيم كيفية ممارستها دون ان يقيدها بشكل يفقد الفائدة منها، وبذلك يكون الهدف من الاثنين واحدا، لذلك فاذا جاء الحكم بعدم الدستورية باثر رجعي سوف يسلب الحقوق والمراكز القانونية التي قامت في ظله سيفقد الافراد ثقتهم بالدولة بعدم وجود امن قانوني ويفاجئ توقعاتهم المشروعة ويزعزع الاستقرار وينشر الفوضى، هذا ما يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار عند اصدار الحكم وهنا يجب على القاضي ان يوازن بين الامرين وبيان اي اتجاه يصب في تحقيق المصلحة العامة بين الغاء القوانين باثر رجعي او باثر مباشر وصولا لأفضل تحليل يخدم الجميع.

لذا نذهب الى اعطاء المحاكم الدستورية صلاحية تحديد تاريخ نفاذ الحكم بعدم الدستورية ، مثلا اذا صدر الحكم فيما يتعلق بقانون الانتخابات البرلمانية يؤدي لعدم بقاء البرلمان الذي تشكل بموجبه، كذلك اذا كانت عملية انتخاب رئيس الجمهورية تضمنت مخالفات دستورية، لذا في سبيل التخفيف من الاثار الخطيرة للحكم بعدم الدستورية يتم تأخير تنفيذ الحكم لحين استقرار الاوضاع [٢] .

(١) صالح بن هاشل بن راشد المسكري، الرقابة على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي (ط١، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان| ٢٠١٣) ص ٤٨١ وما بعدها.

(٢) محمد عبد العال، القضاء الدستوري المقارن (ط١، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٧)، ص١٦٧.

الخاتمة

توصلنا من خلال بحثتنا هذا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات، سنقوم بذكرها على النحو الاتي:

اولا: الاستنتاجات

١- ان تشكيل القضاء الدستوري امر يحدده الدستور غالبا وهناك من الدول تحيل الامر لقانون يوضع من السلطة التشريعية، قد يكون المسؤول عن التشكيل اما جهة واحدة او اكثر، ان ما يصب في تحقيق الديمقراطية هو مشاركة السلطات العامة الثلاث في الدولة بحيث يكون للقضاء الدستوري قبولا لدى الجميع وكما يساهم في ابعاد هيمنة او تأثير جهة معينة عليه ويساهم بتحقيق قدر من الاستقلالية له .

٢- ان للمجلس النيابي تأثير في مسالة تشكيل القضاء الدستوري خصوصا عندما يحيل الدستور ما يتعلق بهذه المؤسسة من اختيار الاعضاء وشروطهم واجراءات سير الدعوى الدستورية وغيرها من الامور الى قانون يوضع من المجلس النيابي، ان العلاقة بين السلطة التشريعية والقضاء الدستوري غالبا ما كان يحكمها الخلاف نظرا لما يصدر من احكام تقضي بعدم دستورية القوانين، التي قد لا يتقبلها المجلس النيابي، بالمقابل قد يضع قوانين تحكم القضاء لأجل تطويعه لجانبها.

٣- ان القضاء الدستوري لم يلاقي ترحيبا بمجال دوره الرقابي ، لذا ولتجنب الانتقادات الموجه اليه، وضع عدة قواعد يسير عليها تختلف من دولة لأخرى في مدى الالتزام بها، منها ان الدستور هو المرجع الاساسي في مجال عمله الرقابي، لا تشمل رقابته الاعمال السياسية الصادرة من البرلمان او الحكومة الا ان هذه القاعدة لم تعد لها وجود في بعض الدول منها العراق الذي منع تحصين القرارات والقوانين من امكانية الطعن فيها وبذلك يحقق الديمقراطية ويحمي الحقوق والحريات للأفراد، ان الرقابة لا تشمل ملائمة القانون او ضرورته او بواعثه التي توضع من السلطة التشريعية ، راينا ان للقاضي له القدرة لمد رقابته على تقدير المشرع ومدى التزامه بالدستور، كذلك من القواعد ان

يتبع القاضي التفسير الذي يتفق مع الدستور و يتجنب الحكم بعدم الدستورية الا ثبت وجود مخالفة لا تتحمل الشك وواضحة بشكل لا يمكن نكرانها، ضرورة ان يكون لصاحب الطعن مصلحة مباشرة، كما ان القضاء الدستوري يحقق نوع من الثبات والاستقرار النسبي بما يصدر عنه بحيث يكون للأمن القضائي الذي يتفرع من مبدا الامن القانوني بما يوفر لهذه المؤسسة الرقابية ثقة الافراد فيها باعتباره المدافع عن حقوقهم وحرياتهم التي تقوم عليها الديمقراطية .

٤- ان الحكم الصادر في الدعوى الدستورية له حجية قد تكون نسبية محصورة بين اطراف الدعوى، او حجية عامة تشمل الكافة، ان عملية اصدار الحكم تمر بمراحل بعد انتهاء المرافعة، اولها تشمل المداولة حيث يتشاور اعضاء هذه الجهة الرقابية فيما بينهم والتي غالبا تكون سرية، ثم النطق بالحكم والذي يكون علنا ما لم يستوجب المصلحة العامة او الآداب العامة ان يكون سريا، كما ان عملية التصويت على الحكم و تختلف من مجلس ومحكمة دستورية منها تأخذ بالأجماع والاخرى تأخذ بأغلبية الثلثين او البسيطة، بنظرنا نرى في وجوب الاخذ بالأجماع اولا وحالة عدم التحقق يؤخذ بأغلبية الثلثين واذا لم يتم الاتفاق يتم الاخذ بما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا في مصر حيث ينضم الفريق الاقل عددا او الفريق الذي يضم احدث القضاة لاحد الرأيين الصادرين من الفريق الاكثر عددا بعد اخذ الآراء مرة ثانية، بذلك يتحقق التوافق وبما يخدم تعدد الآراء وتحقق الديمقراطية، والمرحلة الثانية هي التسبيب ويقصد بها الاساس الذي استند عليه الحكم، واخيرا ان يتم نشر ما يصدر من احكام في الجريدة الرسمية بذلك يسهل على الكافة العلم بها

٥- ان الحكم الصادر من القضاء الدستوري يتضمن اثر قد يكون رجعي بحيث ان المراكز القانونية التي انشائها القانون الذي ثبت عدم دستورية تصبح في حكم المعدومة ولا يبقى لها وجود، او يكون للحكم اثر مباشر يعني ان المراكز القانونية التي تسبق الحكم بعدم الدستورية تبقى موجودة وما بعد تاريخ الحكم تنعدم، ان الدول تختلف

بخصوص هذا الامر في دساتيرها وقوانين القضاء الدستوري منها ما اقتصر على الاثر المباشر، منها حدد لها اثر رجعي والذي قد يكون مقصورا على النصوص الجنائية والضريبية، ترك تحديد الامر للقضاء الدستوري نفسه الذي نرى فيه الافضلية بحيث يحدد أي تاريخ يسري فيه الحكم الصادر منها .

٦- ان الرقابة الدستورية تعتبر نتيجة اساسية للفلسفة الدستورية القائمة على تفعيل الديمقراطية والامن القانوني وحماية حقوق الانسان، باعتبارها وسيلة فعالة للإصلاح السياسي والاقتصادي لان العملية الديمقراطية في المجال التشريعي تتضمن وجود الأسس الداعمة لعمل البرلمان واول تلك الأسس الرقابة الدستورية على عمل السلطة التشريعية.

ثانيا: التوصيات

١- نوصي بتعديل نص المادة (٩٢) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ، بحيث يتضمن النص تشكيل القضاء الدستوري من القضاة ورجال القانون ورجال الدين، ويتضمن مشاركة السلطات العامة الثلاث في الدولة (التنفيذية والقضائية والتشريعية) في اختيار الاعضاء المذكورين سابقا ، بذلك يحقق التمثيل الافضل لجميع مكونات الشعب ويخدم الديمقراطية .

٢- ادخال تعديل لدستور العراق بحيث يتم النص على مبدا تحقيق الامن القانوني بشكل صريح، بما يحقق ثقة الافراد بما يصدر عن الدولة ومؤسساتها بحيث يتم توفير اقصى حماية للحقوق والحريات .

٣- تعديل نص المادة (٥) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ بحيث يتم الاخذ بأسلوب الاجماع عند المداولة للنطق بالحكم في جميع القضايا المعروضة عليها اولا، في حالة عدم تحققه الاخذ ثانيا بأغلبية الثلثين، ثالثا اذا يتم تحقق الاغلبية ينضم الفريق الاقل عددا او الفريق الذي يضم احدث القضاة لاحد الرأيين الصادرين من الفريق الاكثر عددا بعد اخذ الآراء مرة ثانية .

٤- ادخال تعديل لدستور العراق يتضمن وجود رقابة دستورية سابقة والزامية بخصوص القوانين الاساسية امثلة قانون الانتخابات والاحزاب وغيرها التي لها اثر مهم بالدولة، بحيث تعرض على المحكمة الدستورية اولا قبل صدورها من البرلمان .

The Authors declare That there is no conflict of interest

References

First: the books

1. Abdul -Magd. Ahmed, Oversight of the constitutionality of laws in the United States of America and the Egyptian region (without edition Egyptian, (Al-Nahda Library, Egypt | 1960)
2. Al-Baz. Ali, Oversight of the constitutionality of laws in Egypt (without edition, Egyptian Universities Dar, Alexandria, Egypt |2001)
3. Hatem. Muhammad, trends of the constitutional judiciary in the field of oversight of the constitutionality of laws (1st edition, Center for Arab Studies for Publishing and Distribution, Egypt |2019)
4. Rasoul. Roman, The Competence of the Constitutional Judiciary to oversight of Legislative Deviation (1st Edition, Dar Al Fikr Al Jamia, Alexandria, Egypt| 2019)
5. Salman. Abdel Aziz, terms and Restrictions of Constitutional oversight (1st Edition, Saad Sammak for Legal Publications, Egypt |2011)
6. Swailem. Mohamed, Oversight of the constitutionality of laws (without edition, University Press, Dar Egypt |2013)
7. Shukr. Zuhair, The General Theory of the Constitutional Judiciary (1st Edition, Part 1, Dar Bilal for Publishing and Printing, Lebanon |2014)
8. Saber. Muhammad, The Constitutional and Administrative Judiciary in Iraq between retention and

cancellation (1st Edition, The Arab Center for Publishing and Distribution, Egypt |2022)

9. Al-Tabtabai. Adel, The Constitutional Bounds between the Legislative and Judicial Powers (1st Edition, Kuwait University, Committee for Authoring, Defining and Publishing, Kuwait University, Kuwait| 2000)
10. Abdul-Alal. Mohamed, The Comparative Constitutional Judiciary (1st Edition, New University Dar, Egypt |2017)
11. Al-Qamari. Fahima, The Supreme Constitutional Court as a Model for Judicial Specialization (1st Edition, Dar Al-Kutub and Arabic Studies, Egypt |2018)
12. Kandil. Raied, Oversight of the constitutionality of laws (without edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Egypt |2010)
13. Kamel. Muhammad, The competence of the Supreme Constitutional Court (without edition, World of Books, Jordan |1989)
14. Makhmouri. Fakher, The Independence of the Judiciary between (Islamic Law) Sharia and Law (without edition, Dar of Legal Books, Egypt |2010)
15. Madani. Mahmoud, The Role of the Constitutional Judiciary in clarification of Constitutional Concepts (without edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Egypt| 2016)
16. Al-Maskari. Saleh, Oversight of the constitutionality of laws in the countries of the Gulf Cooperation Council (1st edition, Center for Arab Unity Studies, Lebanon| 2013)
17. Al-Nisour. Fahd, The Constitutional Judiciary between Theory and Practice (1st Edition, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Jordan | 2016)
18. Al-Hashemi. Yousif, The Constitutional oversight of Laws and Regulations (1st Edition, Modern University Office, Egypt| 2015)

Second: letters and theses

1- Ramadan. Shaaban, supervision terms and Effects on the Constitutionality of Laws, (PhD thesis (Assiut University, Egypt | 2000).
2- Al-Sharfani. Ibrahim, The Constitutional Court's Oversight of the Discretionary Authority of the Legislator, (PhD Thesis (College of Law and policy, Salah al-Din University, Erbil, Iraq| 2013)
3- Sherif. Adel, constitutional judiciary, (PhD thesis Ain Shams University, Egypt |1988)
4- Al-Obaidi. Abdul, The Nature of the Constitutional Case, (Master Thesis College of Law and Political Science, University of Anbar, Iraq |2011)
5- Al-Obaidi. Essam, supervision about constitutionality of laws, (PhD thesis College of Law, University of Mosul, Iraq|2007)
6- Al-Amawi. Mostafa, supervision about on the constitutionality of laws, (Master thesis Department of Research and Legal Studies, Institute of Arab Research and Studies, Egypt | 2000).
7- Faraj. Sirwan, Criminal Legal Security, (Master thesis College of Law, University of Sulaymaniyah, Iraq | 2019)
8- Al-Madhoun. Dia Al-Din , supervision judiciary on the Constitutionality of Laws, (Master's Thesis Academy of Political Administration for High Studies, Al-Aqsa University, Palestine | 2014).

Third: Research and sessions

1. Barbhai. Karwan, Basic Guarantees of the Independence of the Constitutional Judiciary in Federal Systems (Journal of the College of Law for Legal and Political

Sciences, University of Kirkuk, Volume (4), Number (12) , Iraq| 2015)

2. Bouziane. Alyan, & others, the impact of the confute of unconstitutionality in achieving judicial security for citizenship rights/ a comparative study of the constitutions of the Maghreb countries (Journal of Research and Studies, Vol. 15, No. 2, Algeria |2018)
3. Hassan. Maz, The Constitutional Judiciary between the Constraints of Democracy and Human Rights (Al Nadwa Journal for Legal Studies, Issue (3), Algeria|2015)
4. Radi. Mazen, From Legal Security to Legitimate Expectation (Journal of the College of Law, Al-Nahrain University, Volume (21), Issue (1), Iraq| 2019)
5. Ramadan. Shaaban, The Constitutional Case in the Bahraini Constitutional System (The Egyptian Journal of Legal and Economic Studies, issue (1), , Egypt |2014)
6. Shatnawi. Faisal, & others, Oversight of the constitutionality of laws and regulations before the Constitutional Court in Jordan (Journal of Sharia and Law Sciences, University of Jordan,, Volume (40), Issue (2), Jordan| 2013)
7. Abbas. Qusai, Factors Affecting the US Supreme Court's deviation of its Constitutional Precedents (Journal of Legal Sciences, University of Baghdad, Issue (2), Iraq|2020)
8. Abdel-Jalil. Badawi, the concept of the principle of legal security and its requirements (Journal of Studies in the Public function, Issue (8), Algeria |2021)
9. Abdullah. Basil, & others, The Legal System of the Constitutional Judiciary (Al-Manara Journal for Research

and Studies, Al Al-Bayt University, Volume (17), Number (3), Jordan|2011)

10. Al-Alawi .Fatima, The Role of Legal Security in Supporting Investment Projects in Algeria (Al-Bashaer Economic Journal, Taheri Muhammad University, Volume (2), Issue (4), Algeria| 2016)
11. Al-Ammari. Zakaria, The Regression of the Legal Security of the Punitive Rule in the Criminal Code of Business (Journal of Commercial Judiciary, Issue 10, Morocco |2018)
12. Idan. Majid, The Role of the Federal Supreme Court in Preserving the Independence of the Judiciary (Journal of the College of Law for Legal and Political Sciences, University of Kirkuk, Volume (8), Issue (30), Iraq |2019)
13. Muhaisen. Amer, Balancing the idea of legal security and the principle of Retrogressiveness impact the ruling of unconstitutionality (Journal of Kufa Studies Center, issue (18), Iraq| 2011)
14. Al-Mansoori. Abdullah, Terms for supervision the Constitutionality of Laws in Comparative Constitutional Jurisprudence (Massalak idea Journal Politics and Economics Journal, No. (37, 38), Morocco| 2016)
15. Najat. Qasi, The Principle of the Independence of the Constitutional Judiciary, the Russian Federation as a Model (Academic Journal of Legal and Political Research, Volume (4), Issue (1), Algeria| 2020)

Fourth: Constitutions

1. Constitution of the United States of America of 1789 as amended in 1992 in force
2. Lebanon's 1926 constitution, amended in 2014 in force
3. Italian Constitution of 1947, amended in 2021, in force

4. French Constitution of 1958, amended in 2008 in force
5. Kuwaiti constitution for the year 1962, which was reinstated in 1992 in force
6. Spain's Constitution of 1978, amended in 2011, in force
7. Iraq's constitution for the year 2005 in force
8. Egypt’s constitution 2014 amended for the year 2019 in force

Fifth: Laws and Regulations

1. Egyptian Civil and Commercial Procedures Law No. (13) of 1968, as amended on September 5, 2020 in force
2. Iraqi Civil Procedures Law No. (83) of 1969 amended by Law No. 10 of 2016 in force
3. Law of the Constitutional Court of Kuwait No. 14 of 1973 amended by Law No. 104 of 2014 in force
4. Internal system of the Constitutional Court of Kuwait issued on 12/5/1974 in force
5. Iraqi State Consultative Council Law No. of 1979 amended by Law No. (106) of 1989 in force
6. Iraqi Judicial Organization Law No. (160) of 1979 in force
7. Law of the Egyptian Supreme Constitutional Court No. 48 of 1979 as amended by Law No. 137 of 2021 in force
8. Law of the Iraqi Federal Supreme Court No. (30) of 2005 as amended by Law No. 25 of 2021 in force
9. Bylaws of the Iraqi Federal Supreme Court No. (1) of 2022 in force
10. Jordan Constitutional Court Law No. 15 of 2012 in force
11. Law to abolish legal texts that prevent courts from hearing Iraqi cases No. 17 of 2005 amended by Law No. (3) of 2015 in force

Sixth: Websites

1- French Constitutional Council website
http://www.conseil-constitutional.fr/
2- Iraqi Federal Supreme Court website
https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php
3- Italian Constitutional Court website
https://www.cortecostituzionale.it