بحث مرشح للنشر بعنوان

الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وآلية تطبيقه

ضمن متطلبات الحصول على درجة دكتوراه في الحقوق

مُقدم من الباحثة

ولاء أحمد رشيد العكيدي

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور

محمد فوزي نويجي

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق–جامعة بنها

الأستاذ الدكتور

ماجدة عبد الشافي منصور

مدرس القانون العام

كلية الحقوق–جامعة بنها

١٤٤٤ ٢٠٢٢

الملخص

الاصل ان الأحكام القضائية كاشفة وليست منشئة إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستورأوالقانون في المنازعات المطروحة على القضاء، وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره، الأمرالذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة وهو ما يؤثر بطبيعة الحال على النطاق الزمني الذي يمتد إليه أثر الحكم بعدم الدستورية والوقوف على ما إذا كانت هذه الأحكام تنفذ بالنسبة للمستقبل فقط أم أنها تنفيذ بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته، وحقيقة الأمر أن لهذه الاحكام أثر رجعي، على أن يستثنى منها بعض الحالات التي لا تراعى اعتبارات العدالة فحسب، بل يجب أن تراعى إلى جانب ذلك الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها المجتمع، كما أنها مرتبطة بفكرة الأمن القانوني للمجتمع التي تعني ضرورة التزام السلطات بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية.

الكلمات الدلالية: الأثر الرجعي – الحكم بعدم الدستورية – التقادم – الأمن القانوني – استقرار المراكز القانونية

Summary

The principle is that judicial rulings are revealing and not generating, as they do not create anything new and do not create centers or situations that did not exist before. Rather, they reveal the rule of the constitution or the law in disputes submitted to the judiciary, and return it to its correct concept that accompanies it since its issuance, which entails that the ruling not be Constitutionalism has a retroactive effect as an inevitable consequence of its revealing nature, which naturally affects the time scale to which the effect of the ruling of unconstitutionality extends and whether these provisions are implemented for the future only or are they retroactive implementation that extends to the date of the issuance of the legislative text ruled unconstitutional, and the truth of the matter These provisions have a retroactive effect, with the exception of some cases that do not only take into account considerations of justice, but must also take into account the political, economic and social considerations that society is going through. Relative stability of legal relations.

Keywords: retroactive effect - ruling of unconstitutionality - statute of limitations - legal security - stability of legal centers

مقدمة

أن موضوع الدعوى الدستورية هو المطالبة بإبطال نص قانوني أو لائحي لمخالفته الدستور شكلا أو موضوعا وبالتالي لا يقبل من صاحب المصلحة في الدعوى الدستورية أن يطلب فقط في دعواه مجرد وقف النص القانوني أو اللائحي.

ولقد قضت المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن بأن الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستور بافتراض مطابقتها للدستور ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها مسترخيا، بل يكون إنفاذها – واعتباراً من تاريخ العمل بها – دوما، ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفا لأحكامها أو مانعا من فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور، فان هي انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية، كان ذلك استصحابا لأصل صحتها لتزول الشبهة التي كانت عالقة بها، ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا لا يجوز بحال وقف تنفيذها، بل يجب إعمال أثارها كاملة دون انقطاع بوقف سريانها والا عد ذلك عدوانا على الولاية التي اثبتها الدستور للسلطة التشريعية وإسباغا لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا، دون سند من الدستور أو القانون، ومن ثم يتعين الالتفات عن هذا الطلب [١].

جدير بالذكر أن هناك بعض الأحكام يسري الحكم بعدم الدستورية فيها بأثر رجعي، وأخري تسري بأثر فوري، وهي تلك التي حددها القانون على سبيل الحصر، فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها، وتنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر سنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١ على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة ويتم نشرها في الجريدة الرسمية ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم فاذا تعلق هذا الحكم بنص جنائي اعتبرت الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن.

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٧ مايو ١٩٩٤ في القضية رقم ٦ لسنة ١٢ق دستورية، مجلة المحاماة، س٧٣، ١٩٩٤، ج٣، ص١٢٦.

وتطبيقا لذلك فقد استقرت المحكمة الدستورية العليا في أحكامها على القضاء بأن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة هو إلغاء قوة نفاذ هذا النص المقضي بعدم دستوريته [١]، وان إبطال المحكمة لنص معين مؤداه تجريده من قوة نفاذه وزوال الأثار القانونية المترتبة عليه منذ إقراره [٢]، وان إبطال المحكمة للنصوص القانونية المخالفة للدستور يعتبر تقريرا لزوالها نافيا وجودها منذ ميلادها [٣]، بل أن المحكمة الدستورية العليا ذهبت في احد أحكامها إلى ابعد من ذلك، مقررة أن الحكم بعدم دستورية نص يترتب عليه انعدام هذا النص [٤]، وزوال الأثار القانونية لهذا النص لتؤول عدما، فلا تولد حقا لاحد ولا يقوم بها مركز قانوني لا للمدعي ولا لغيره[٥]، كما قضت كذلك بأن النص التشريعي المتعارض مع الدستور ينسلخ وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره [٦].

أهمية البحث

تتبدى أهمية البحث في بيان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية إذ انه يمس النص المطعون به من تاريخ صدوره وليس من تاريخ الحكم، الأمر الذي يؤثر من خلاله في مراكز قانونية عديدة قد تكون استقرت أعمالا للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح، كذلك تظهر أهمية البحث في كيفية تطبيق الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية والحالات التي تخرج عن نطاقه.

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في ٥ أكتوبر ١٩٩١، المجموعة، الجزء ٥، المجلد ٢، ص١٤. حكمها الصادر في ٧ إبريل ١٩٨٤، المجموعة، الجزء الثالث، ص٤٩. حكمها الصادر في ١٧ مارس ١٩٨٤، المجموعة، الجزء الثالث، ص٤٩. حكمها الصادر في ٥ نوفمبر ١٩٨٣، المجموعة، الجزء الثالث، ص١٧٢. وحكمها الصادر في ٦ فبراير ١٩٨٢، المجموعة، الجزء الثاني، ص١٨.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٣ يونية ١٩٩٥، المجموعة الجزء السابع، ص٤٥،

[٣] حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦، في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٨ق الجريدة الرسمية، العدد ٤٩ بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٩٦، ص٢٨١٥.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠، المجموعة، الجزء الرابع، ص٢٥٦.

[٥] حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر ٨ إبريل ١٩٩٥ في الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٤ق دستورية.

[٦] حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠ في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ق دستورية.

نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث بحث عنوانه وهو" الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وآلية تطبيقه" من ثم فإنه يدور حول تحديد مفهوم الأثر الرجعي للأحكام الصادر بعدم الدستورية، وبيان الحالات التي يتم فيها أعمال الأثر الرجعي لهذه الأحكام وكذلك الحالات التي تخرج عن الأثر الرجعي، فضلا عن ذلك يتناول البحث أثر الحكم بعدم الدستورية على النص الطعين، غير أنه يخرج عن نطاق البحث الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية، وإجراءات استصدرات هذا الحكم وغيرها من المسائل الإجرائية الأخرى.

أهداف البحث

يهدف البحث إلى بيان القواعد القانونية للحكم بعدم الدستورية من حيث مفهومه وطبيعته القانونية التي تميزه عن غيره، والحالات التي يتحقق فيها الأثر الرجعي لهذا الحكم والحالات الأخرى التي تخرج عنه، فضلا عن بيان مصير النص المحكوم بعدم دستوريته.

إشكالية البحث وتساؤلاته

تتجسد إشكالية البحث في ماهية الأثر الرجعي وطبيعته القانونية من ناحية وكيفية تطبيقه من ناحية أخرى، ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات يجاب عليها من خلال البحث من بينها؛

ما المقصود بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، وهل الأثر الرجعي هو القاعدة العامة لسريان هذا النوع من الأحكام؟
ما هي الحالات التي تدخل في نطاق إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وما هي الحالات التي تخرج عنها؟
ما هو مصير النص المحكوم بعدم دستوريته هل يتم إبطاله أم اعتباره كأن لم يكن أم يتم إلغاؤه؟

منهجية البحث

عمد البحث نحو تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالحكم بعدم الدستورية وخاصة ما يتعلق بإعمال الأثر الرجعي فيها وذلك في النظامين القانونين المصري والعراقي، من ثم تكون منهجية البحث تحليلية مقارنة.

خطة البحث

تناول البحث تحديد المقصود بالأثر الرجعي وطبيعته القانونية، ثم كيفية تنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية. من خلال المبحثين التاليين؛

المبحث الأول: ماهية الأثر الرجعي وطبيعته القانونية.

المبحث الثاني: كيفية تطبيق الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية.

المبحث الأول

ماهية الأثر الرجعي وطبيعته القانونية

تمهيد:

يقصد بالمدى الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية تحديد التاريخ الذي تمتد إليه أثار الحكم، ومن ثمّ الوقوف على ما إذا كانت هذه الأحكام تنفذ إلى المستقبل فقط أم يكون لها أثر رجعي، ولا تثور هذه الفكرة بطبيعة الحال إلا بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، باعتبارها أحكاماً كاشفة للعوار الذي يعيب التشريع، عدا ذلك من أحكام كتلك الصادرة بعدم القبول أو الرفض فإنها لا تمس دستورية التشريع الطعين [١]، ومن ثم فلا تثور في هذه الحالة أية تساؤلات حول مدى تنفيذها زمنياً [٢].

وقد بينا فيما تقدم أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون عليه يؤدي إلى أثر قاعدي يفيد إدخال قاعدة قانونية جديدة في مجال النظام القانوني بدلا من القاعدة المحكوم بعدم دستوريتها. وهو ما يعني أن القاعدة المحكوم بعدم دستوريتها سوف تزول من النظام القانوني. فما هو نطاق هذا الأثر القانوني، وهل ينحصر في المستقبل التالي لتاريخ نفاذ الحكم أم يمتد إلى قبل سابقة الحكم أي ترتد إلى ميلاد القاعدة المحكوم بعدم دستوريتها.

أن الإجابة على هذا السؤال تتوقف على امرين:

أولهما، يتعلق بطبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية، فان كان كاشفا للعيب الدستوري منذ مولد النص المحكوم بعد دستوريته، اتسع نطاق أثار هذا الحكم لكي يشمل جميع الأثار القانونية المترتبة على النص المذكور منذ تاريخ العمل به. فان كان الحكم المذكور منشئا أي مقررا إلغاء النص من النظام القانوني، رتب أثار هذا الإلغاء منذ العمل بالحكم الصادر بعدم الدستورية.

---

[١] الدكتور/ محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٢٥٩.

[٢] الدكتور/ عادل عمر شريف: قضاء الدستورية، دار الشعب، ١٩٨٨، ص ٤٧١.

وثانيهما، يتعلق باعتبارات النظام العام التي قد تحول دون اتساع نطاق أثار الحكم بعدم الدستورية عند اعتباره كاشفا لما كان قد أصاب النص التشريعي من عوار. وهذه الاعتبارات تمس أما الحقوق المكتسبة، أو الأمن القانوني.

وقد اختلفت أنظمة القضاء الدستوري في شأن أثر الحكم بعدم الدستورية على بنيان القاعدة القانونية سواء من حيث صحتها ابتداء من تاريخ مولدها، أو من حيث العمل بها بعد انتهاء تاريخ العمل بها. وفيما يلي نعرض لمختلف اتجاهاته في هذا الشأن.

وغني عن البيان أن الأثر الرجعي يُعد القاعدة العامة في سريان أثر الحكم بعدم الدستورية من حيث الزمان، الأمر الذي يستتبع معه بطلان النص المحكوم بعدم دستورية من تاريخ صدوره وليس من تاريخ الحكم. وقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، هل يصاحبه أثر كاشف أم منشئ؟

لذا نتناول في هذا المطلب أولا، تحديد ماهية الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وحالاته، كذلك الطبيعة القانونية للأثر الرجعي لهذا الحكم في فرعين متتاليين، على النحو التالي؛

المطلب الأول: مفهوم الأثر للحكم بعدم دستوريته وحالاته.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية.

المطلب الأول

مفهوم الأثر للحكم بعدم الدستورية وحالاته

أولا: مفهوم الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية:

غني عن البيان أن الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية "مؤداه إبطالها بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ العمل به" [١] أي أن "مؤدي عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون [٢] – لا يقتصر على المستقبل فحسب، وإنما ينحسب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي للحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم" [٣].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في أحكامها على أنه " ليس مفهوماً أن تكون واقعة نشر الأحكام الصادرة بعدم دستورية بعض النصوص القانونية – في ذاتها – حداً زمنياً فاصلاً بين صحتها وبطلانها، فلا يكون النص الباطل منعدماً إلا من اليوم التالي لهذا النشر. والقول بذلك مؤداه أن يكون التقاضي جهداً ضائعاً وعملاً عبثياً، وأن للنص القانوني الواحد مجالين زمنيين، يكون صحيحاً في أحدهما، وباطلاً في ثانيهما، حال أن بطلان النصوص القانونية لا يتجزأ

---

[١] المحكمة الدستورية في ١٩٩٨/١/١٣، الجريدة الرسمية العدد ٣ في ١٩٩٨/١/١٥، ص ٢١٦.

[٢] هذا في ظل نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديله بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٩٨ حيث كان يجري على النحو التالي: "يترتب على الحكم بعدم دستوريته نص في قانونٍ أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم" فإذا كان الحكم بعد الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى هذا النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

[٣] وهو ما قضت به محكمة النقض في الطعن رقم ٨٧١٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٩/٣/١٤ س ٥٠ ع١ ص ٣٨٨، الطعن رقم ٣٩٠٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٩/٨/٣٠ س٥٠ ص ١٠٤، وكتمن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية في محكمة النقض قد انتهت إلى هذا في حكمها الصادر في الطعن رقم ٧٧٧ لسنة ٦١ ق، جلسة ١٩٩٩/٥/١٨، وانظر مناهضة بعض الفقهاء للأثر الرجعي لبطلان النصوص القانونية نتيجة للحكم بعد دستوريتها سمير تناغو، إبطال التشريع بأثر رجعي هو كل المشكلة، مقال منشور في جريدة الأهرام في ١٩٩٨/٢/٢٧.

ويستحيل أن ينقلب العدم وجوداً، ولا أن يكون مداه متفاوتا أو متدرجاً، فالساقط لا يعود أبداً " [١].

بعد تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ لتصبح على النحو التالي: – " يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم مالم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر..... " فنحن نعتقد أن هذا التعديل لا يغير من طبيعة الحكم بعدم دستورية نص من النصوص أو المفهوم الحقيقي لواقعة النشر في الجريدة الرسمية، وإنما اقتصر فقط على تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعى لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها، وقدر الخطورة التي تلازمها، وذلك تحقيقاً لدواعي الاستقرار القانوني [٢]، أو استقرار الأوضاع [٣]، وذلك على سبيل الاستثناء.

ثانيا: حالات الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية:

بموجب الدستور الدائم للعراق أصبحت تمارس المحكمة الاتحادية العليا اختصاصات واسعة جدًا تتجاوز ما كانت عليه في قانون إدارة الدولة العراقية، فهي غير محصورة في الرقابة على دستورية التشريعات بل تشمل صلاحيات مراقبة الاتحاد وسير العمل فيه، وحفظ التوازن بينه وبين سلطات الأقاليم، وذلك من خلال فض المنازعات الدستورية الناشئة بينها مما يؤدي في نهاية الأمر إلى أن الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية تكون متنوعة في مواضيعها، وبالتالي فإن النطاق الزمني لتنفيذ هذه الأحكام يختلف باختلاف موضوع الدعوى (موضوع الحكم الصادر) ويمكن تقسيم الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية على ثلاثة أقسام هي:

---

[١] المحكمة الدستورية في ١٩٩٦/١١/٣٠، الجريدة الرسمية العدد ٤٩ في ١٩٩٦/١٢/١٢، ص ٢٨١٤ – ٢٨١٦.

[٢] بإبقائها على ما صدر عن مجلس الشعب من قوانين وقرارات إجراءات إبان وجوده صحيحة ونافذة برغم الإبطال الرجعى لتكوينه حكم المحكمة في ٢٠٠٠/٧/٨ الجريدة الرسمية العدد ٢٩ مكرراً، في ٢٠٠٠/٧/٢٢ ص ١٥ وحكمها بصدد مجلس الشعب الأخير في عام ٢٠١٢ والذي أثار جدلا قانونيً كبيراً.

[٣] حكمها في ٢٠٠٢/١١/٣ المتعلق بنص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٩٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

١. النطاق الزمني لنفاذ الأحكام الصادرة في الدعاوي ذات الخصومة الدستورية:

إن المقصود بالدعاوي ذات الخصومة الدستورية، هي الدعاوي التي تباشرها المحكمة للفصل في القضايا الناشئة عن تطبيق قوانين المحكمة الاتحادية، والمنازعات التي تحصل بين السلطات في الدولة على كافة مستوياتها وكذلك الفصل في الاتهامات الموجهة لرئيس الجمهورية والوزراء والمنازعات الحاصلة بين السلطات القضائية المختلفة والمشار إليها في الفقرات ثالثاً ورابعاً وخامساً وسادساً وثامناً، من المادة 93 من الدستور الدائم.

وإن النطاق الزمني لتنفيذ هذه الأحكام واحد ولا فرق بينهم، فإذا ما عرضت منازعة دستورية أمام المحكمة الاتحادية في هيأة المحكمة ستباشر النظر في هذه الدعاوي بعد استكمال الدعوى الإجراءات المطلوبة قانوناً لرفعها وبعد ذلك تصدر المحكمة حكمها الخاص فيها، وكذلك فإن مسألة نفاذ هذا الحكم الصادر عن المحكمة لم يعالجه المشرع في قانون المحكمة ولا في نظامها الداخلي مما يؤدي إلى ضرورة تطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 وذلك حسب ما نص عليه نظام المحكمة الداخلي [١]، وعليه فإن قرارات المحكمة المتعلقة بدعاوي فض المنازعات الدستورية تكون نافذة من اليوم التالي لليوم المحدد فيه إصدار القرار، حيث أن قانون المرافعات المدنية العراقي أعطى للخصم الذي صدر الحكم ضده في الدعوى حق الطعن في القرار الصادر من محكمة الموضوع خلال مدة زمنية تبدأ من اليوم التالي لتبليغ الحكم أو اعتباره مبلغاً [٢]، ويعتبر الطرفان مبلغين بالحكم تلقائياً إذا جرت المرافعة حضورياً، سواء حضر الطرفان أم لم يحضرا في الموعد الذي عين لتلاوة القرار [٣]، وبما أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية قد أعطى الحق لهيأة المحكمة بالنظر في المنازعة المعروضة أمامها سواء حضر الخصوم أم لم يحضروا، وذلك بعد التحقق من صحة تبلغهم [٤]، أي أن قرارات المحكمة جميعها تعتبر حضورية، وبالتالي فإن تبليغ الأطراف بمضمون الحكم الصادر تكون متحققة حكماً بموجب نص قانون المرافعات المدنية المشار إليه أعلاه، وبما أن قرارات المحكمة الاتحادية. هي قرارات باتة غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن القانونية، فيكون

---

[١] نص المادة: 19/النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.
[٢] نص المادة: 172/ قانون المرافعات المدنية النافذ.
[٣] نص المادة: 161/ قانون المرافعات المدنية النافذ.
[٤] نص المادة: 11/ النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

تاريخ نفاذ الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا في الدعاوي الخاصة بفض المنازعات الدستورية (بكل أشكالها) هو تاريخ اليوم التالي ليوم إصدار الحكم القضائي النهائي.

٢. النطاق الزمني لنفاذ الأحكام الصادرة في دعوى الرقابة على دستورية التشريعات:

إنَّ الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية تكون إمّا رفض الدعوى الدستورية، أي الحكم بدستورية النص التشريعي المطعون فيه، أو الحكم بعدم دستورية النص التشريعي، محل الطعن والجدير بالذكر أن الحكم الصادر برد الدعوى الدستورية، أي الإقرار بدستورية التشريع لا يثير أية مشكلة بصدد تحديد النطاق الزمني لتنفيذه، ذلك لأنه في هذه الحالة تبقى الأوضاع مستقرة كما هي ويستمر تطبيق النص على العلاقات الجديدة في المستقبل وتطبقه المحاكم فيما يعرض عليها من منازعات ويظل النص موجودًا ونافذاً إلى أن يلغى بالطرق المقررة قانوناً [١].

ويقصد بتحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية، هو تحديد ما إذا كان الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر رجعي على العلاقات والأوضاع السابقة على صدور هذا الحكم، أي يمتد أثره إلى الماضي على العلاقات والأوضاع التي تمت وفقا للنص الذي قضى بعدم دستوريته، وبالتالي تعد هذه العلاقات والأوضاع باطلة لتأسيسها على نص ثبت عدم دستوريته أو أن الحكم بعدم دستورية القانون يسري بأثر مباشر يقتصر نطاقه على العلاقات والأوضاع التي تنشأ من تاريخ صدور هذا الحكم، وبالتالي تبقى العلاقات والأوضاع التي تمت في الماضي وفقاً للنص المقتضى بعدم دستوريته صحيحة [٢].

ولقد اختلفت الأنظمة التي أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين والأنظمة في هذا الشأن ما بين مقرر لقاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وبين مقرر لقاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم، وما إذا كان يعد كاشفاً عن مخالفة النص المقضي بعدم دستوريته منذ صدوره لأحكام الدستور، فيكون لهذا الحكم أثر رجعي يرتد إلى صدور النص المقضي بعدم

---

[١] الدكتور/ مها بهجت الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تقرير دولة القانون، بيت الحكمة، 2009، ص229.

[٢] الدكتور/ عبد العزيز محمد سالمان: رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، ١٩٩٥، ص283.

دستوريته، أو أن الحكم بعدم دستوريته يعد حكماً منشأً لعدم الدستورية، وبالتالي للحكم أثر مباشر يطبق فورًا من تاريخ صدوره [١].

جدير بالذكر أن ممارسة حق إصدار الحكم بعدم الدستورية يجب أن يتقيد باعتبارات المصلحة العامة، وقد استثنت معظم الدساتير التي تأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد استقرت عند صدور هذه الأحكام، وعلى ذلك أن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن . وفقاً للقاعدة العامة . أن تنتقص من حقوق مكتسبة طبقاً لقانون لم يحكم بعدم دستوريته، وكذلك يتمتع أصحابها بمراكز قانونية تامة لم ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الأمر المقضي [٢].

وهو ما ذهب اليه قضاء المحكمة الاتحادية عندما قضت بعدم رجعية قراراتها بالنسبة للأحكام المكتسبة للدرجة القطعية حيث قضت: (ويكون القرار قد أكتسب الدرجة القطعية وليس من صلاحية المحكمة الاتحادية العليا النظر في حجية القرارات المكتسبة درجة البتات) [٣].

ولا شك أن المشرع في تقريره لهذه الاستثناءات على قاعدة الأثر الرجعي للأحكام بعدم الدستورية قد وقف موقفاً متوازناً ما بين تقرير الأثر الرجعي الذي تفرضه الطبيعة الكاشفة للأحكام وبين

---

[١] الدكتور/ مها بهجت الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تقرير دولة القانون، المرجع السابق، ص180.

[٢] الدكتور/ مها بهجت الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، المرجع السابق، ص186.

[٣] قرار الصادر عن المحكمة الاتحادية 5/ اتحادية / 2006 في 2006/5/29، منشور على موقع المحكمة الاتحادية.

www.irqiudicature، org

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

رغبته في الحفاظ على استقرار الأوضاع والمراكز التي ثبتت واستقرت فقرر عدم المساس بها خشية حدوث فراغ تشريعي فضلاً عن الارتباط الذي يحدثه المساس بمبدأ حجية الأمر المقضي به للأحكام، وهو ما ذهب اليه قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق، وذلك من خلال تطبيقاتها، حيث قضت بعدم رجعية قراراتها بالنسبة للمراكز قانونية المستقرة عند حكمها بعدم دستورية قانون الانتخابات، فقد اشترطت على أن لا يمس الإجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة العراقية الانتقالية [١].

جدير بالذكر أن الأحكام الصادرة بالإدانة استنادًا لنص مخالف للدستور لا تنال أية حجية ولو حازت قوة الأمر المقضي، وذلك لأن اعتبارات الشرعية الدستورية تتفوق على قوة الأمر المقضي، وعليه فإذا صدر حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون ففي هذه الحالة تعد الأحكام الجنائية الباتة التي صدرت استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن، وذلك لكون الأحكام الجنائية تمس بطريق مباشر الحرية الشخصية للمواطن أما ماله أو حياته، فإذا أتضح أن النص الذي طبق عليه كان غير دستوري. فالعدالة تقضي أن يغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية، وفي هذا أعمال كامل لمبدأ الشرعية [٢]. وهو ما سنوضحه بالتفصيل لاحقا.

أما في مصر؛ فقد زادت المحكمة الدستورية العليا مفهوما لنص المادة ٤٩ من قانونها – قبل تعديلها عام ١٩٩٨ – إيضاحاً وتحديداً مقررة "أن ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون هذه المحكمة من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها، لا يجوز تطبيقها اعتباراً من نشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، لا يعني أن لهذه الأحكام أثراً مباشرا لا تتعداه، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها. ذلك أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة ٤٩ المشار إليها، لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضي بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها منذ إقرارها أو إصدارها، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها.

---

[١] قرار الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 15/ اتحادية / 2006 في 2006/4/26، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية.

www.irqiudicature، org

[٢] الدكتور/ مها بهجت الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تقرير دولة القانون، المرجع السابق، ص189.

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أثر الحكم بعدم الدستورية قائلة (بعدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص). واستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في تفسير النص سالف الذكر على ما أسمته بالأثر الرجعي اعتمادا على أن عيب المخالفة الدستورية يولد مع القاعدة ذاتها.

والقاعدة القانونية بطبيعتها ملزمة للمخاطبين بها، وهو ما يفترض قابليتها للتطبيق، فلا إلزام بغير تطبيق. ولا تطبيق بغير إلزام، ومن ثم، فان النص على عدم جواز تطبيق نص في قانون أو لائحة قضى بعدم دستوريته يعنى تجريد القاعدة القانونية التي يحتويها هذا النص من خاصية الإلزام، الأمر الذي يفقدها ركنا من أركان صحتها. ولهذا نرى أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد وصفت في بعض أحكامها النص القانوني المقضي بعد دستوريته بالبطلان[1]. ولما كان البطلان بحسب طبيعته ليس إلا نتيجة قانونية لعدم صحة العمل القانوني، فان وصف النص غير الدستوري بالبطلان يفيد عدم صحته منذ تاريخ العمل به. ويرجع عدم الصحة إلى عدم مطابقة النص التشريعي (في قاعدة أو لائحة) للدستور في إطار نظام قانوني واحد يضم قواعد قانونية متدرجة يعتبر توافق كل منها مع المستوى الأعلى شرطا لصحته.

ويؤدي ذلك أن الأثار التي ترتبها الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية لا يمكن فصلها عن الأوضاع والعلائق السابقة عليها بعد أن مسها النص المطعون فيه مؤثراً في بنيانها. ومن ثم كان تصويبها من خلال الدعوى الدستورية لازماً لرد الأضرار التي لحقتها أو التي تتهددها، ويقتضي ذلك بالضرورة أن يكون قضاء المحكمة الدستورية العليا بإبطال النص المطعون فيه منسحباً إليها، ليعيدها إلى الحالة التي كانت عليها قبل سريان النص الباطل في شأنها".

ولا مجافاة في ذلك لقواعد الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية ولا لمقاصد الدستور، ذلك أن مباشرة هذه المحكمة لتلك الرقابة غايتها تقرير اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور أو مجاوزتها للضوابط التي فرضها، وتقييمها لهذه النصوص لا ينفصل عما يكون قد

[1] دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٥ (المجلد رقم ١) ص٨٩، ودستورية عليا في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤، المجموعة السابقة ج٦ ص٤٨.

اعتراها من عوار عند إقرارها أو إصدارها، فلا تكون عيوبها آمراً طارئاّ عليها، بل كامناّ فيها، ولصيقاً بها منذ ميلادها، ومتصلاً بها – لزوماً– اتصال قرار بما يشوهها، وكشفها عن عيوبها هذه ليس إلا إعلاناً عن حقيقتها، وإثباتاً لها، ولا يتصور بالتالي أن تضيفها إليها، ولا أن تكون من خلقها أو من تصورها، ولا أن تقحمها على نصوص قانونية خلت منها، بل هي تجليها، محددة من خلال حكمها – وعلى ضوء أحكام الدستور– القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها في النزاع الموضوعي، وهي بعد قاعدة ينبغي إعمالها بافتراض النص الباطل منعدم ابتداء وانتهاء، فلا يكون قابلاً للتطبيق أصلاً منذ أن نشأ معيباً [١].

"ذلك أن إبطال هذه المحكمة للنصوص القانونية المخالفة للدستور يعتبر تقريراً لزوالها نافياً وجودها منذ ميلادها، وقضاؤها بصحتها يؤكد استمرار نفاذها تبعاً لخلوها من عوار يدينها..."[٢].

وقد جاء تعديل نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ ليؤكد ما ذهبت إليه المحكمة في رجعية أثر حكمها إلى تاريخ العمل بالنص الذي قضي بعدم دستوريته فجاءت الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ بعد تعديلها على النحو التالي:

"يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثراً مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص [٣].

نخلص من كل ما سبق بخصوص نطاق السريان الزماني لحكم عدم الدستورية إلى ما يلي:

---

[١] الدكتور/ نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص ٢٦٣.

[٢] المحكمة الدستورية في ١٩٩٦/١١/٣٠، الجريدة الرسمية، العدد ٤٩ في ١٩٩٦/١٢/١٢، ص٢٨١٤ وما بعدها.

[٣] الجريدة الرسمية العدد ١٨ مكرر في ١٩٩٨/٧/١١ هي، وقد أفاضت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون في مبررات هذا التعديل وانظر في تفصيل ذلك الدكتور/ محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ١٠٠٤ وما بعدها وبصفة خاصة ١٠١٩.

(أولاً) أن لحكم المحكمة الدستورية بعدم الدستورية أثراً رجعياً كأصل عام ويرد على هذا الأصل العام قيدان: – (١) عدم المساس بالحقوق والمراكز القانونية المستقرة بحكم حائز لقوة الأمر المقضي. (٢) انقضاء مدة التقادم.

(ثانياً) يعمل الأثر الرجعى على إطلاقه بالنسبة للمسائل الجنائية.

(ثالثاً) لا رجعية على الإطلاق بالنسبة للمسائل الضريبية فيما عدا المدعى في الدعوى الدستورية وحده حيث إنه يستفيد من الحكم بعدم الدستورية [١].

(رابعاً) أن الأصل أنه " يترتب على الحكم بعدم الدستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر [٢].

ثانيا: حالات تخرج عن نطاق الحكم بعدم الدستورية:

تختص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على القواعد القانونية للتحقق في مشروعيتها الدستورية، سواء كانت هذه القواعد القانونية قد تضمنتها تشريع أصلي، أو فرعي (أي لائحة). فمناط الرقابة الدستورية هو قيام تعارض بين قاعدة تشريعية وقاعدة دستورية [٣]، وتكون الرقابة على القاعدة التشريعية أيا كان موضعها أو مصدرها أو نطاق تطبيقها. وفي هذا الصدد نصت المادة ٢٥ (أولا) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن تختص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح. ولا صعوبة في تحديد التشريع الأصلي، فهو الذي يقره مجلس الشعب يصدره رئيس الجمهورية. أما التشريع الفرعي فهو اللائحة التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها بإصدار اللوائح كما حدده الدستور. وتطبيقا لذلك، قررت المحكمة الدستورية العليا بأن قرارات الشركة القابضة في قطاع الأعمال العام لا تعتبر تشريعا فرعي (أي لائحة)، نظرا لكونها من أشخاص القانون الخاص طبقا للمادة الأولى من قانون إصدار قانون شركات

---

[١] وهو ما نصت به محكمة النقض في الطعن رقم ٣٩٠٨ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٨/٨/٣٠، الطعن ١٧١٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٩/٣/١٤.

[٢] وقد استعملت المحكمة هذه الرخصة في حكمها الشهير المتعلق بنص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في فقرتها الأولى والأخيرة والصادر في ٢٠٠٢/١١/٣ انظر الدكتور/ نبيل سعد، نطاق الامتداد القانوني لعقود الإيجار المساكن من حيث الأشخاص، منشأة المعارف، ٢٠٠٠، ص ٧٢.

[٣] دستورية عليا في ١٥يونيه سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧، قاعدة رقم ٤٧ ص٧١٦.

قطاع الأعمال العام الصار بالقانون رقم ٢٠٣ سنة ١٩٩١ [١]. ولا يتغير الحال إذا كانت اللائحة التي صدرت من احد أشخاص القانون الخاص قد صدرت عن مجلس إدارة هيئة عامة، لأن سريانها على شخص القانون الخاص يعني أن هذا الشخص هو الذي قرر تطبيقه [٢]. ولا شأن للرقابة الدستورية بالتناقص بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة أو من مرتبتين مختلفتين [٣].

ولا يمتد اختصاص المحكمة لحالات التعارض بين اللوائح والقوانين، ولا بين التشريع ذات المرتبة الواحدة. وتطبيقا لذلك قضى بأن النص بمخالفة بعض مواد المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ لبعض نصوص القانون المدني وقانون المرافعات – أيا كان وجه الرأي في قيام هذا التعارض– لا يعدو أن يكون نصا بمخالفة قانون لقانون، وهو ما لا تمتد اليه ولاية المحكمة[٤].

وبطبيعة الحال لا يندرج الدستور في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية الرقابة عليه [٥]، مما لا يجوز النعي على نصوص الدستور أمام هذه المحكمة ورميها بالتعارض أو التنافر، وإنما تمتد ولايتها إلى تفسير نصوص الدستور بما يكفل التوفيق بين مجموع أحكامها.

وغنى عن البيان كذلك، أن القرارات الإدارية الفريدة لا تخضع للرقابة على دستوريتها، لأنها ليست قواعد قانونية، وتخرج بطبيعتها عن التنظيم اللائحي ذي الطبيعة العامة المجردة. وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن عموم القاعدة القانونية، لا يعني انصرافها

---

[١] دستورية عليا في ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧، قاعدة رقم ١٣ ص٢٢٦.

[٢] دستورية عليا في ١٥ ١٥ نوفمبر ١٩٩٧، القضية رقم ١٠٦ سنة ١٨ دستورية ويتعلق بلائحة أصدرتها الهيئة العامة للبترول لتسري على الجمعية العامة للبترول.

[٣] دستورية عليا في ١٥ يونية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٤٧ ص ٧١٦، وانظر ٤ مايو سنة ١٩٩٦، المجموعة السابقة ج٧ قاعدة رقم ٣٤ ص٥٧٤.

[٤] دستورية عليا في ١٩ يونية سنة ١٩٨٨ في القضية رقم ٢٦ سنة ٢ قضائية "دستورية"، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج٤ قاعدة رقم ٢١ ص ١٤٠، أول يونية سنة ١٩٩١ في القضة رقم ٩ سنة ٢ قضائية، المجموعة السابقة رقم ٤٣ص ١٤، أول يونية ١٩٩١ في القضية رقم ٩ سنة ٢ قضائية' المجموعة السابقة رقم ٤٣ص ٣٥٨، ١٩ يونية سنة ١٩٩٣ في القضية رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية "دستورية"، المجموعة السابقة ج٥ (المجلد الثاني) قاعدة رقم ٣٠ ص٣٥٩.

[٥] دستورية عليا في ٥ فبراير سنة ١٩٩٤ في القضية رقم ٢٣ سنة ١٥ قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية العدد ٨ في ٢٤ فبراير ١٩٩٤، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج٦ قاعدة رقم ١٥ ص١٤٠.

إلى من يقيمون على امتداد الإقليم بأسرهم، ولا تعلقها بأفعالهم وتصرفاتهم جميعها أو انبساطها عليها، وإنما تتوافر للقاعدة القانونية مقوماتها، وتتكامل خصائصها، بانتفاء التخصيص، ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة عن الاعتداد بشخص معين أو بواقعة بذاتها معينة تحديدا بما لا يلبسها بغيرها [١].

فيتمحض النص عن قاعدة عامة مجردة متى انسحب إلى أشخاص بأوصافهم، وتعلق بوقائع غير محددة بذواتها [٢].

وقد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا أن مرحلة نفاذ القانون أو اللائحة بالنشر تعتبر جزءا من تكوين كل منهما على أساس أن الصفة الإلزامية للقاعدة القانونية تتوقف على نفاذها بالنشر. وبناء على هذا التأصيل ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى مباشرة رقابتها على القواعد القانونية التي لم يتم نشرها، على أساس أن إخضاع المخاطبين بها لأحكامها ضررا بمصالحهم[٣].

---

[١] دستورية عليا في ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا ج٧ قاعدة رقم ٩، ص١٧٦.

[٢] دستورية عليا في ١٤ مارس سنة ١٩٩٢، في القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية"، مجموعة احكم المحكمة الدستورية العليا ج٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٢٨ ص٢٤٤.

[٣] دستورية عليا في ٣ يناير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية".

المطلب الثاني

التكييف القانوني للأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية

نصت المادة (٣/٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المعدل بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١ على انه "ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم". وكما هو واضح من صياغة النص فان حكم المحكمة الدستورية العليا لا يلغي نص القانون أو اللائحة المقضي بعدم دستوريته وإنما يوقف نفاذه أو يفقده قوته الإلزامية. وتطبيقاً لحكم نص المادة (٤٩)، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو الغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته [١]، مما يعني أن النص المحكوم بعدم دستوريته وإن كان يمتنع على الكافة تطبيقه لمخالفته للدستور إلا أنه ومع ذلك يظل من الناحية النظرية قائماً إلى أن تلغيه السلطة المختصة بذلك، فإعدام النص أو الغائه ليس من سلطة المحكمة الدستورية العليا [٢].

وإذا كان هذا موقف القضاء فإنه يلاحظ أن الفقه الدستوري في مصر قد انقسم إلى ثلاثة اتجاهات بصدد إجابته على هذا التساؤل:

الاتجاه الأول من الفقه ذهب إلى أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى الامتناع عن تطبيق النص من دون إلغائه [٣].

وقد ذهب هذا الاتجاه إلى أنه لا يستفاد مما ورد في المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المعدل بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١، وفي المذكرة الإيضاحية له أن المشرع قد رتب

---

[١] الدكتور/ إبراهيم محمد حسنين، أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠، ص٢١٩

[٢] وفي هذا تقول المحكمة في حكمها الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ ".. أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة ٤٩، لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضي بعدم دستوريتها من قوة نفاذها، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعاً فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها". القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ ق "دستورية"، جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الثامن، ص١٩٥ وما بعدها وبنفس المعنى القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ق "دستورية"، جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء السادس، ص٥٩٧ وما بعدها، القضية رقم ١٠ لسنة ٨ ق "دستورية"، جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩١، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الخامس – المجلد الأول –، ص١٥ وما بعدها

[٣] الدكتور/ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، بدون ذكر دار نشر، ١٩٧٠، ص٦١٣

على الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون أو اللائحة، وإنما يقتصر أثر هذا الحكم على عدم جواز تطبيق النص على الوقائع والمراكز القانونية التي يحكمها، فالمحكمة الدستورية العليا ليست لها سلطة إلغاء القانون (أو اللائحة) المخالف للدستور وإنما لها مجرد تقرير ما شابه من عيب عدم الدستورية فقط.

ويضيف هذا الاتجاه إلى أن حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتقرير عدم دستورية قانون أو لائحة معينة يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق هذا القانون أو تلك اللائحة. وإذا كان القانون أو القرار بقانون يبقى من الناحية النظرية المجردة قائماً حتى يلغيه المشرع، وتبقى اللائحة حتى تلغيها جهة الإدارة، فإن النص غير الدستوري يفقد قيمته من الناحية التطبيقية، لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه إذا ما دفع أمامها بعدم دستوريته في قضية أخرى، إعمالاً للحجية المطلقة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون أو اللائحة [١].

وتدعيما لوجهة النظر السالفة، أكد بعض الفقه [٢] أن النص الذي تقرر عدم دستوريته سوف يبقى قائماً من الناحية النظرية، لأن المحكمة الدستورية العليا لا تملك ولاية النطق بإلغائه، إلا أنه بسبب الحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم، فإن هذا النص سوف يفقد كل قيمته القانونية، إذ يلزم جميع جهات القضاء بالامتناع عن تطبيقه. فالقاعدة العامة بالنسبة للأحكام القضائية بصفة عامة إنها كاشفة وليست منشئة، فهي لا تنشئ الحق وإنما تكشف عن وجوده[٣].

---

[١] رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٩٢، ١٩٣.

[٢] الدكتور/ طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص٢٧١

[٣] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١١/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٨/٢٤. " هذا وإن قرارات المحكمة الاتحادية العليا قد سايرت هذا الاتجاه، حيث نقرأ في إحدى قراراتها (لدى تدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي يطلب في دعواه إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٢٢١ والمؤرخ في ٢٠٠١/١٠/١٤ بالنسبة إلى حرمانه من حقه الشرعي كوارث لوالدته المتوفية (ز) وذلك لمخالفته للدستور ولدى الرجوع إلى القرار المذكور وجد بأن الفقرة (الثالثة) منه نصت بان (يحرم (ن) ابن المنصوص عليها في البند (ثانياً) من هذا القرار من وراثتها بعد وفاتها، عقاباً له على عقوقه لها، وتوزع حصته على بقية وراثتها كل حسب استحقاقه الشرعي) وحيث أن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ٢٢١ والمؤرخ في ٢٠٠١/١٠/١٤ قد صدر في ظل الدستور المؤقت وانه أي الدستور المؤقت كان قد تبنى في أحكامه الشريعة الإسلامية وعدم مخالفة أحكامها وحيث أن الشريعة الإسلامية حددت الحالات التي يحرم فيها الوارث من الإرث وليس من بينها عقوق الوالدين وبذلك تكون الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المشار إليه أعلاه قد جاء خلافاً لأحكام الدستور وحيث أن من اختصاص هذه المحكمة استناداً للفقرة الثانية من المادة الرابعة من

وفي الاتجاه نفسه يرى بعض الفقه [١]: أن أثر الحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ينحصر بصريح نص المادة ٤٩ من قانون تلك المحكمة في عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ومن ثم فان النص يفقد قوته العملية في التطبيق، ولكن ذلك لا يعني بحال، ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها – الحكم الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠ [٢]، الذي أثار جدلاً واسعاً من أن الحكم بعدم دستورية نص " يترتب عليه انعدام هذا النص"، فهذا الرأي الذي ضمنته المحكمة حيثيات حكمها، لا يجد له أي سند من الدستور أو القانون، بل ويخالف صراحة أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، فضلاً عن أن مسايرة هذا المنطق من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بأحكام الدستور. ومن ناحية أولى، وطبقاً لصريح نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، يقتصر أثر الحكم بعدم دستورية نص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره، ولو أراد المشرع ترتيب الانعدام، وهي نتيجة قانونية خطيرة، لنص على ذلك صراحة. ومما يعزز الرأي في عدم صحة ما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا، أن المشرع ذاته في المادة ٤٩ من قانون المحكمة بعد أن قرر الأثر العام المترتب على الحكم بعدم دستورية النص، عالج في الفقرة الأخيرة من تلك المادة الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص جنائي، فقرر صراحة أن الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعد كأنها لم تكن، فهذا الحكم الصريح إنما يجد تبريره في أن المشرع قد قصر أثر الحكم بعدم دستورية النص على عدم جواز تطبيقه، ولكنه لم يقرر انعدامه، بحيث يصبح قانوناً كأنه لم يكن ويفقد كل آثاره القانونية. ومن ناحية أخرى، فان وصف العمل التشريعي بالانعدام أمر ينبغي التحوط في شأنه. فاذا كانت فكرة الانعدام يطبقها القضاء الإداري بحذر شديد في مجال رقابته على قرارات الإدارة، فان وصف التشريع الذي يصدر عن السلطة

القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أي جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام الدستور عليه، واستناداً إلى ذلك قررت هذه المحكمة الحكم بإلغاء الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ٢٢١ والمؤرخ في ٢٧/رجب/١٤٢٢ هـ الموافق ٢٠٠١/١٠/١٤ بحيث ينال المدعي من ارث والدته المتوفية (ز) من الدار موضوع الدعوى وفقا للاستحقاق الشرعي وتحميل المدعى عليهما مصاريف الدعوى والرسوم القانونية وصدر الحكم بالاتفاق حكماً باتاً لا يقبل الطعن استناداً لأحكام الفقرة (ثانيا) من المادة (٥) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ وافهم علنا في ٢٠٠٦/٨/٢٤ ".

[١] محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص١٦١

[٢] القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية"، حكمت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الرابع، ص٢٥٦ وما بعدها.

التشريعية بالانعدام يمثل إفتئاتاً من المحكمة الدستورية العليا على السلطة التشريعية، يخرج المحكمة الدستورية العليا عن نطاق الصلاحيات التي حددها لها القانون الصادر بشأنها من هذه السلطة التشريعية ذاتها [١].

في حين ذهب الاتجاه الثاني من الفقه إلى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي النص التشريعي ويبطله. حيث يري أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي يبطله ويلغيه ويفقد النص قوته التشريعية، وبالتالي لا يمكن للمحاكم أن تطبقه، فالحكم يهدر القاعدة القانونية في كل ما نشأ عن تطبيقها من آثار [٢]، ومن أنصار هذا الاتجاه أيضاً الدكتور محسن خليل الذي يرى أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون معين هو في حقيقته إلغاء لهذا القانون استناداً إلى الحجية المطلقة لحكم المحكمة، والتزام السلطات العامة والكافة بهذا الحكم، وعدم جواز تطبيق نص القانون غير الدستوري من اليوم الثاني لنشر الحكم [٣].

أما الاتجاه الثالث من الفقه فيذهب إلى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي قوة نفاذ النص التشريعي. ويري هذا الاتجاه أن الحكم الصادر بعدم الدستورية لا يؤدي بذاته إلى إلغاء النص، وإنما يقتصر أثره على إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته [٤].

كما يرى بعض الفقه الآخر أن ما يترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية، ونشره طبقاً لما أوجبه الدستور في المادة ١٧٨ منه، وبينته المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المعدل بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١، وما استقر عليه قضاء المحكمة هو الغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته، وهذا الأثر يتساوى عملاً مع الإلغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقاً للتحديد الذي رسمه المشرع، بحيث لا يكون بوسع أية جهة تطبيقه خلافاً لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم دستوريته [٥]. ويؤكد ذلك الدكتور يحيى الجمل إذ

---

[١] الدكتور/ محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص١٦٢-١٦٣.

[٢] الدكتور/ عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص١١٧. الدكتور/ شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص٦١

[٣] الدكتور/ محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بدون سنة النشر، ص٤٧٧

[٤] الدكتور/ نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص٢٤٠

[٥] الدكتور/ عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، المرجع السابق، ص٤٧٠

يذهب إلى أن إلغاء قوة نفاذ النص يعني من الناحية العملية إلغاء النص نفسه ذلك أن النص المحكوم بعدم دستوريته سيفقد كل قيمة عملية تطبيقية مما يبرر أنه يصبح وكأنه غير موجود[١].

من هذا المنطلق نجد الاتجاه الغالب في الفقه [٢] والتشريع [٣] والقضاء [٤] يذهب إلى المناداة بالطبيعة الكاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية. فالنص التشريعي لا ينشأ صحيحاً إلا باتفاقه مع الدستور، والحكم بعدم دستورية هذا النص يعني تعارضه مع الدستور ومن ثم سقوط الأساس الذي أنبنى عليه، وهذا يعني أيضاً أن النص المطعون عليه قد ولد ومعه العوار الدستوري، والحكم بعدم الدستورية يعد كاشفاً لهذا العيب لا منشأ لهُ، الأمر الذي يمس صحة هذا النص منذ تاريخ العمل به، فهذا الحكم يقرر حقيقة واقعة قبله إلا وهي نشأة النص القانوني وبه العيب الدستوري [٥].

وترى الباحثة رجحان رأي الاتجاه الثالث من الفقه في 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 الدستورية العليا على السلطة التشريعية، كما أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع من درجته نفسها إعمالاً للقاعدة الخاصة بتقابل الإجراءات. ومن

---

[١] الدكتور/ يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، المرجع السابق، ص٢١٧، وبنفس المعنى الدكتور/ محمد جمال عثمان جبريل، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٢١

[٢] الدكتور/ طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص ٤٩٣؛ الدكتور/ محمود محمد حافظ، الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٩٧ ؛ الدكتور/ شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٣٥؛ الدكتور/ عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، المرجع السابق، ص ٤٧١؛ الدكتور/ رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص ٨٥٢.

[٢] السريان الرجعي من تاريخ العمل بالنص المقضي بعدم دستوريته هو المبدأ العام في إيطاليا، تفسيراً لنص المادة (٣٠) من القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٣، ينظر: المستشار محمد السيد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مج ١٤، ع ٢، ١٩٧٠، ص ١٤٠، ١٤٢.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق.د، جلسة ١٩٩٠/٥/١٩، أشارت للحكم مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، الأحكام التي أصدرتها المحكمة من يناير ١٩٨٧ حتى أخر يونية ١٩٩١، ص ٢٥٦.

[٥] الدكتور/ رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، المرجع السابق، ص ٢٩٧; الدكتور/ رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ٤٢٦.

الناحية العملية فانه لا فارق بين إلغاء النص أو إلغاء قوة نفاذه، ذلك أن إنهاء قوة نفاذ النص تعني فقدان النص لقيمته القانونية وصفته الإلزامية وبالتالي يغدو من الناحية التطبيقية أو العملية ملغياً أو معدوماً ذلك أن على جميع السلطات العامة بما فيها المحاكم الامتناع عن تطبيقه مما يعني أن الأمر واحد في النهاية. وهو ما يفسر استخدام العديد من الفقهاء المصريين والمحكمة الدستورية العليا ذاتها تعبير" إنهاء قوة نفاذ النص" و" إلغاء أو انعدام النص" كمترادفات للدلالة على ما يرتبه حكم عدم الدستورية من أثر. وإن كان الأمر يقتضي تدخل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية – بحسب نوع التشريع – لإلغاء أو تعديل النص القانوني أو اللائحي المحكوم بعدم دستوريته إعمالاً للحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا. ولأن ذلك هو من صميم عملها وفقا لأحكام الدستور [١].

بيد أن المذكرة الإيضاحية قيدت الأثر الرجعي للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص غير جنائي بقيدين هامين أو ردتهما بقولها "يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم".

أولا: انقضاء مدة التقادم:

قيدت المذكرة الإيضاحية الأثر الرجعي للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص غير جنائي بقيدين هامين – حرصا على استقرار المعاملات وتعاملا مع حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها وهي الوجود المادي للقانون أو اللائحة في الفترة ما بين صدوره وبين القضاء بعدم دستوريته [٢].

والقيد الأول الخاص بالحقوق والمراكز المستقرة بحكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي فقد سبق الكلام عنها أنفا، أما عن القيد الثاني، انقضاء مدة التقادم كقيد على الأثر الرجعي لحكم

---

[١] الدكتور/ عبد العزيز محمد سالمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، سعد سمك، ٢٠٠٠، ص٩٥

[٢] الدكتور/ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص١١٠. الدكتور/ عبد المنعم جيره، أثار حكم الإلغاء، جامعة القاهرة، ١٩٧٠، ص١٥١. الدكتور/ على السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، بدون ذكر دار نشر، ١٩٧٨، ص١٣٥. الدكتور/ حاتم على لبيب جير، الخطأ والصواب في مضمون القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٧.

المحكمة الدستورية العليا، حيث أكدت المحكمة الدستورية العليا على الاعتداد بانقضاء مدة التقادم كقيد على الأثر الرجعي، متى توافر مانع يمنع سريان الحكم الصادر بعدم الدستورية على المركز المستقر بانقضاء مدة التقادم. ومن ذلك حكمها الصادر بجلسة ١٩٨٢/٦/٥ في القضية رقم ١٦ لسنة ٣ق. دستورية بقولها: "..... وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن مؤدى عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي للنشر ليس عدم تطبيقه في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعد الدستورية، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادمه"[١].

ولعل هذا القيد له أثر مهم حيث انه يحافظ على فكرة الأمن القانوني أي يحقق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة مما يساعد على إشاعته الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة. وهو ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في أحد أحكامها [٢].

---

[١] مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، ص٦٣.

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ١٥/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٤/٢٦. " قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق هذه الأفكار بقولها (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة وجد أن وكلاء الجهة المدعية طلبوا الحكم بعدم دستورية نص المادة (١٥/ثانيا") من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لمخالفة المادة (٣١/أ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية التي نصت على أنه (تتألف الجمعية الوطنية من ٢٧٥ مقعدا" وتقوم بسن القانون الذي يعالج استبدال أعضاؤها في حالة الاستقالة أو الوفاة) بعد أن طلبوا في عريضة دعواهم الحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانيا") من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لمخالفتها للمادة ٤٩ من الدستور، ولدى التمعن في الدعوى وفي طلبات وكلاء المدعية تبين أن الانتخابات التي جرت في العراق لانتخاب أعضاء مجلس النواب قد جرت في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وأن الفقرة /ثانيا" من المادة ١٥من قانون الانتخابات نصت بأن تكون كل محافظة وفقا" للحدود الإدارية الرسمية دائرة انتخابية تختص بعدد من المقاعد يتناسب مع عدد الناخبين المسجلين في المحافظة حسب انتخابات (٣٠/كانون الثاني/٢٠٠٥ (المعتمد على نظام البطاقة التموينية) يتضح مما تقدم آنفا" أن المادة (٣١/أ) من قانون إدارة الدولة العراقية لم تعتمد معيار عدد نفوس العراق عند توزيع مقاعد مجلس النواب ولم تتطرق إلى ذلك وإنما سكتت عنها وأن المادة (١٥/ثانيا") من قانون الانتخابات المشار إليه أعلاه اعتمدت معيار عدد الناخبين المسجلين في كل محافظة حسب انتخابات (٣٠/كانون الثاني/٢٠٠٥) المعتمد على نظام البطاقة التموينية لذا فليس هناك ثمة تعارض بين نص المادة (١٥/ثانيا") من قانون الانتخابات وبين نص المادة (٣١/أ) من قانون إدارة الدولة بل أنها جاءت متفقة مع حكم المادة (٣١/أ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لذا يكون طلب وكلاء المدعية بالحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانيا") من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لا يستند على أساس قانوني سليم مما يقضي رده لذا قرر رده، أما بخصوص طلبهم الوارد في عريضة الدعوى المتضمنة طلب الحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانيا") من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لمخالفتها للمادة (٤٩) من الدستور النافذ فقد وجد أن المادة (٤٩/أولا") من الدستور نصت بأنه (يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر ويراعى تمثيل سائر مكونات الشعب فيه) وحيث أن المادة (٤٩/أولا") من الدستور اعتمدت معيار عدد نفوس العراق في الانتخابات بنسبة واحد لكل مائة ألف نسمة من سكان العراق بخلاف المعيار المعتمد في المادة (١٥/ثانيا") من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ حيث اعتمدت

واتجه بعض الفقه [١] إلى "أن عدم إطلاق فكرة الأثر الرجعي لحكم عدم الدستورية وتعطيل مبدأ المشروعية بحجة حماية الحقوق المكتسبة إذا اصطدم حكم عدم الدستورية بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو المراكز التي استقرت بانقضاء مدة التقادم، حيث يري أن تعطيل مبدأ المشروعية في هاتين الحالتين هو مظهر ووجه من أوجه القصور في نظام رقابة الدستورية الحالي.

وعلى الرغم من رجاحة الرأي السابق إلا أن الباحثة تعتقد أن مثل هذه الضوابط والحدود التي تحد من الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية تعد ضوابط سليمة ومقبولة، إذ أن الأمر يقتضي في بعض الأحوال الحد من فكرة الأثر الرجعي، لكن ليس معنى ذلك – بطبيعة الحال – شل أثار الحكم كلية بحجة احترام الحقوق المكتسبة، إذ يجب في الوقت نفسه احترام مبدأ الشرعية بما يتضمنه من ضرورة احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، وإيجاد التوازن بين حماية الحقوق المكتسبة وحماية الشرعية يتطلب إلا يطبق أحدهما تطبيقاً يؤدي إلى إهدار الآخر كلية.

بيد أن بعد أن استقرت أحكام المحكمة الدستورية على أن هناك استثناءات على مبدأ الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية العليا، منها الحقوق والمراكز المستقرة بانقضاء مدة التقادم، فقد

معيار عدد الناخبين المسجلين في السجلات في كل محافظة وفقا" لما ذكر آنفا" لذا فأن نص المادة (١٥/ثانيا") من قانون الانتخابات أصبح متعارضا" مع نص المادة (٤٩/أولا") من الدستور وحيث أن المادة (١٣/ثانيا") من الدستور نصت على أنه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلا" كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه) وأن الفقرة (أولا") من المادة نفسها نصت بأنه (يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزما" في أنحائه كافة وبدون استثناء) لذا ولما تقدم أعلاه قررت المحكمة الحكم بعد دستورية المادة (١٥/ثانيا") من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لتعارضها مع أحكام المادة (٤٩/أولا") من الدستور وللسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقا" أحكام المادة (٤٩/أولا") من الدستور على أن لا يمس الإجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية".

[١] الدكتور/ إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٣، ص٤٥٠، ٤٥١. ويستطرد بالقول؛ فمن ناحية الحقوق التي أنقضت بالتقادم – انه لأمر عجيب ومثير للدهشة أن التقادم على الرغم من انه أصلاً ليس من النظام العام ولا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويسقط إذا لم يتمسك به صاحب المصلحة في الدفع به -. من الغريب أن هذا التقادم يعطل حكم المحكمة الدستورية العليا، ثم أي حق هذا الذي كسب بالتقادم ويستحق الحماية، أليس هو حق كسب بالمخالفة للدستور، هل هذا هو حق يستحق الحماية؟!! أن مثل هذه المغالطات تستخدم لقتل مبدأ الشرعية. أما عن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي، انه لأمر غاية في الغرابة أن تتحصن الحقوق التي اكتسبت بالمخالفة للدستور لمجرد إنها صدر بها حكم حاز قوة الأمر المقضي. ألسنا نلغي القانون إذا قضي بعدم دستوريته؟ لماذا تتحصن الأحكام هل الأحكام أقوى من القانون وهي التي صدرت تطبيقاً له؟ أن من المستغربات أن المشرع شرع التماس إعادة النظر كطريقة للطعن في الأحكام إذا استبانت وقائع بعد صدور الحكم تستدعي إعادة النظر فيه فكيف يتحصن الحكم بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون الذي صدر هذا الحكم تطبيقاً له، اليس هذا تحايلاً – شرعياً - على مبدأ الشرعية"؟!!.

عدلت مؤخرا عن قضائها المستقر السالف الإشارة اليه، وأغفلت تماما قيد انقضاء مدة التقادم، واقتصرت في بيانها لما يقيد الأثر الرجعي إلى انه الحكم القضائي البات والذي يكون قد صدر قبل حكم الدستورية [١].

وقد بدأ هذا الاتجاه يظهر في أحكام المحكمة الدستورية العليا بداية من حكمها الصادر بجلسة ١٩٩٦/١١/٣٠م في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية. والقضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية دستورية بجلسة ٢٠٠١/٦/٢، حيث حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ٤٨ من قانون العقوبات. وكذلك حكمها في القضية رقم ١٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية بجلسة ٢٠٠٢/٧/٧[٢] وقد حكمت برفض الطعن على الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات.

وقد أكدت المحكمة في حيثيات هذه الأحكام السابق الإشارة اليها في انه "حيث أن قانون المحكمة الدستورية العليا– ضمانا لصوت الحرية الشخصية التي كفلها الدستور واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها عدوانا – قد نص في المادة ٤٩ منه على انه "إذا كان الحكم بعدم دستوريته متعلقا بنص جنائي فان أحكام الإدانة الصادرة استنادا اليه تعتبر كأن لم تكن وهو ما يعني سقوطها بكل أثارها ولو صار الطعن فيها ممتنعا وحاز قوة الأمر المقضي[٣].

وتلك هي الرجعية الكاملة التي أثبتها قانون المحكمة الدستورية العليا المعدل بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١ لأحكامها الصادرة بإبطال النصوص العقابية وهي بعدم رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها بل يكون أثرها جارفا لكل عائق على خلافها ولو كان حكمها باتا.

فاذا كان قضاؤها مبطلا لنص غير جنائي أثره الرجعي يظل جاريا منسحبا إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثرا فيها حتى ما كان منها سابقا على نشرة الجريدة الرسمية ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان

---

[١] الدكتور/ فتحي فكري، القاضي الدستوري ثلاث تحولات في خمس سنوات، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ٢٠٠٣م.

[٢] الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٤ بتاريخ ٢٠٠٢/٩/١٤. مجلة الدستورية، العدد الثالث، يوليو ٢٠٠٣.

[٣] الدكتور/ صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص١٩٩. الدكتور/ شوقي السيد، أحكام الدستورية لا تسمو على الدستور، جريدة الأخبار القاهرية، ١٩٩٨/٨/٢١.

الأول: أن يكون باتا وذلك باستنفاذه لطرق الطعن جميعا. الثاني: أن يكون صادرا قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحمولا على النصوص القانونية عينها التي قضى ببطلانها".

من خلال ما سبق يتضح لنا أن تنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية يثير مشاكل كثيرة بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره، فقد يصدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون، أو لائحة، أو نص في إيهما، والسؤال هنا يتعلق بالوضع بالنسبة للمراكز القانونية التي ترتبت على هذا النص المقضي بعدم دستوريته.

وفي ضوء التعديل الوارد بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ فإن الحكم الصادر بعدم الدستورية ينفذ بأُثر رجعي مطلق، أو مقيد يحدده حكم المحكمة الدستورية العليا – وذلك بالنسبة للمواد الغير ضريبية، وبأثر فوري بالنسبة للأحكام الصادرة في المواد الضريبية، وبأثر رجعي مطلق وبالنسبة للأحكام الصادرة في المواد الجنائية.

وبالنسبة لعدم دستورية النصوص الجنائية فإن العقوبة الموقعة استناداً إلى نص جنائي قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته، تعتبر كأن لم تكن، حتى ولو كان الحكم الجنائي باتاً، أما بالنسبة للمسائل غير الجنائية فتصطدم الرجعية بالحقوق، والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم.

وعلى ذلك فلو كانت الحقوق، والمراكز التي ترتبت بالتطبيق للنص المقضي بعدم دستوريته قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو انقضت بالتقادم فلم ينفذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة لها، وستبقى على حالها، كما لو لم يصدر حكم بعدم الدستورية بشأنها، وبذلك يوجد نوع من التوازن بين الشرعية، والحقوق المكتسبة، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يستطيع المضرور من النص المقضي بعدم دستوريته أن ينفذ هذا النص بمقابل، أي هل يستطيع من سلبت حقوقه بنصوص قضى بعدم دستوريتها أن يلجأ إلى طريق التعويض، إذا استحال عليه التنفيذ العيني لاصطدامه بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو لانقضاء هذه الحقوق بالتقادم؟ والإجابة التي تتفق هنا مع طبائع الأمور، ومسار العدالة لابد وأن تكون بالإيجاب [1]، وأن كان هذا يعد تطورا لتقرير نظام مسئولية الدولة عن أعمال السلطات العامة. ويحتاج إلى وقت كبير

[1] الدكتور/ إبراهيم محمد حسين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص٦٣١وما بعدها.

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

لذلك ترى الباحثة أنه يتعين تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا ليسمح لمن أضير من النص الذي قضى بعدم دستوريته، وتعذر عليه التنفيذ – للأسباب السابق الإشارة إليها بطلب التعويض عما أصابه من ضرر – وهذا بالطبع بالنسبة للأحكام الصادرة في المواد غير الضريبية – على أن يقام هذا الطلب أمام المحكمة الدستورية العليا بحسبانها الأقدر من غيرها على نظر مثل هذه الدعوى لكون التعويض يتعلق بتعذر تنفيذ حكم صادر منها، هذا بالإضافة إلى أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة وفقاً لنص المادة ١٩١ من الدستور المصري المعدل في ٢٠١٩ ومن ثم فلا يجوز في ضوء ذلك أن يعقد نظر طلب التعويض المذكور إلى أن محكمة أخرى سواها.

لذلك نهيب بالمشرع أن يأخذ هذا الاقتراح في اعتباره لكونه خطوه أن تمت لكانت بمثابة تطور كبير، ودليل حرص على تنفيذ الأحكام الدستورية سواء تنفيذا عينيا، أو تنفيذا بمقابل عند تعذر التنفيذ العيني.

ثانيا: الحكم القضائي الحائز لقوة الأمر المقضي به:

لم يتضمن قانون المحكمة الدستورية العليا نصا صريحا يقرر الأثر الرجعي للحكم وقيوده حتى بعد تعديله بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١، وان كان البعض يفسر نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا تفسير يستظهر منه القول بالأثر الرجعي [١].

لكن مما لا شك فيه انه حتى لو أخذنا بمثل هذا التفسير المذكور، فان نص المادة ٤٩ – مع تفسيرها تفسيرا واسعا – فلا يمكن القول باستخلاص قيود الأثر الرجعي من هذا النص.

[١] الدكتور/ عبد العزيز محمد سالمان، قيود الرقابة الدستورية، دار نهضة القانون للمطبوعات القانونية والاقتصادية، ١٩٩٩، ص٢١١.

والواقع أن المذكرة الإيضاحية هي المرجع الأول والأخير لتحديدها ما يستثنى من الأثر الرجعي للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، أي قيود الأثر الرجعي، وأول هذه القيود هو الحكم القضائي والمذكرة الإيضاحية تنعت الحكم بأنه (الحائز لقوة الأمر المقضي).

والمستخلص من ذلك هو أن كل حكم يكون حائزا لقوة الأمر المقضي تستقر به الحقوق والمراكز القانونية لا يجوز المساس به عن طريق إعمال الأثر الرجعي لحكم المحكمة الدستورية.

وقوة الأمر المقضي هي المرتبة التي يصل اليها الحكم إذا أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريقة من الطرق العادية، ويكون له هذا الوصف حتى ولو كان قابلا للطعن عليه بطرق الطعن غير العادية [١].

ونذكر – هنا– أن كل حكم يحوز قوة الأمر المقضي. والعكس غير صحيح. وحجية الأمر المقضي لا تتوافر للحكم إلا إذا توافر فيه شروط ثلاثة هي:

أن يكون حكما قضائيا.
أن يكون صادرا من محكمة في حدود ولايتها القضائية لا الولائية.
أن يكون حكما قطعيا. والحكم القطعي هو الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى كليا أو جزئيا أو يفصل في دفع من الدفوع الشكلية أو الموضوعية.
أما في الأحكام الجنائية، فلا يعتد في هذا المجال بغير الحكم البات، وهذا الأمر خارج نطاق الجدل ولا يحتاج إلى مناقشة ومستقر عليه من الفقه والقضاء.

وعن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم المدني قضت محكمة النقض بأن: "قوة الأمر المقضي مرتبة يصل اليها الحكم إذا أصبح أثره الملزم نهائيا غير قابل للطعن فيه بالطرق

---

[١] الدكتور/ محمد مجدي مرجان، مقال عن المحكمة الدستورية والمزايدات الفاشلة – منشور بالأهرام في ١٩٩٨/٨/٥.
الدكتور/ هشام محمد فوزي، بحث بعنوان- اقتراحات لتدعيم دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في مصر، مقدم إلى المؤتمر الذي أقامه المركز العربي للاستقلال القضاء والمحاماة- ١٩٩٨/١٠/١م.

العادية بأن يكون صادرا بصفة انتهائية أو صدر ابتدائيا وفاتت مواعيد الطعن فيه بالاستئناف أو صدر من محكمة الطعن الأخيرة" [١].

وعن قوة الأمر المقضي التي يحوزها الحكم الجنائي أمام القضاء المدني قضت بأن: "مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية أن الحكم الجنائي تكون له حجية أمام المحكمة المدنية كلما فصل فصلا لازما في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله، ولا تكون له قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية إلا إذا كان باتا لا يقبل الطعن فيه، أما لاستنفاد طرق الطعن الجائزة فيه، أو لفوات مواعيدها" [٢].

والخلاصة أن الحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي وهو الحكم النهائي – وليس البات بالنسبة للأحكام المدنية – لا يجوز المساس به، ولا يجوز أن تمس المراكز القانونية والحقوق المستقرة بمقتضاه عن طريق سريان الأثر الرجعي للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، وهذا هو الأمر المنطقي والصحيح من وجهة النظر القانونية البحتة.

كذلك استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا منذ بداية أحكامها ولفترة طويلة على أن الحكم القضائي النهائي يقيد الأثر الرجعي لحكم الدستورية إذا استقرت بمقتضاه حقوق أو مراكز قانونية [٣]. وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن مؤدى عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي للنشر ليس عدم تطبيقه في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور

---

[١] نقض مدني، الطعن رقم ٩١٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٠، مجموعة أحكام النقض س ٤٥ ج٢ ص١٤١٧.

[٢] نقض جنائي، الطعن رقم ١٢١٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٠/١١/١٧مجموعة أحكام النقض س ٤١ ج٢ ص١٤٠٨.

[٣] حيث قضت المحكمة الدستورية في القضية رقم ١٦ لسنة ٣ق. دستورية بجلسة ١٩٨٢/٦/٥، حيث قررت: "نظمت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ في فقرتيها الثالثة والرابعة الأثار التي تترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي فنصت على أن: "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم. فاذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن".

الحكم بعدم الدستورية، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدى تقادم" [١].

ولما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي فانه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص إلا ينزل حكم القانون المقضي بعد دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل، وذلك يؤكد قصد المشرع من تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضى بعدم دستوريته.

وقد أعملت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضي لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية. أما في المسائل الأخرى – غير الجنائية – فيسري عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانوني أخر ترتكن اليه ويحد من إطلاق الرجعية عليها. وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تعليقها على نص المادة ٤٩ منه، حيث جاء بها: "أن القانون تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص. على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز بقوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم" [٢].

---

[١] مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، ص٦٣. ويراجع كذلك في ذات المجموعة الحكم الصادر في القضية رقم ٤٨ لسنة ٣ق. دستورية بجلسة ١٩٨٣/٦/١١ ص١٤٨.

[٢] الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٩ لسنة ٣٦ قضائية "منازعة تنفيذ" بجلسة ٢٠١٤/١١/٨. على الموقع التالي:

https://manshurat.org/node/70396

المبحث الثاني

مصير النص المحكوم بعدم دستوريته

تمهيد:

انقسم الفقه الدستوري في مصر في شأن كيفية تطبيق الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية إلى فريقين، منهم يري أن النص المشوب بعيب عدم الدستورية يُعد منعدما من تاريخ الحكم بعدم دستوريته، ومنهم من يري أن هذا النص موقوف نفاذه. وأسس الفريق الأخير رأية على أن الرقابة التي تمارسها المحكمة تعتبر رقابة امتناع. أما الفريق الأول أسس رأية على أن رقابة المحكمة الدستورية العليا رقابة إلغاء.

ونتناول ذلك في مطلبين متتاليين، على النحو التالي؛

المطلب الأول: اعتبار النص المحكوم بعدم دستوريته كأن لم يكن.

المطلب الثاني: تعطيل النص المحكوم بعدم دستوريته.

المطلب الأول

اعتبار النص المحكوم بعدم دستوريته كأن لم يكن

فكرة انعدام النص المقضي بعدم دستوريته مفادها؛ اعتبار النص كأن لم يكن، ويزول بكل ما له وما عليه، ويلغي من التشريع. فما فائدة الامتناع عن تطبيقه طالما حكم بعدم دستوريته، ولن يرى النور مرة أخري؟

من ثم ذهب جانب من الفقه [١] إلى أن رقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا هي رقابة إلغاء للنص القانوني أو اللائحي المحكوم بعدم دستوريته. حيث أن ما يترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية ونشره طبقا لما أوجبه الدستور في المادة ١٩٢ من دستور ٢٠١٤، والمادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا وما استقر عليه قضاء المحكمة هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته، وهذا الأثر يتساوى عملا مع الإلغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقا للتحديد الذي رسمه المشرع، بحيث لا يكون بوسع أية جهة تطبيقه خلافا لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم دستوريته.

كما اتجه بعض الفقه إلى أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته يبطله ويلغيه ويفقد النص التشريعي قوته التشريعية [٢].

بيد أن إلغاء قوة نفاذ النص يتساوى حكمه من الناحية العملية مع إلغاء النص ذاته، لذا فان المحكمة الدستورية العليا دأبت على استخدام هذه التعابير " إنهاء قوة نفاذ النص" و" إلغاء أو انعدام النص " كمترادفات للدلالة على ما يرتبه حكم عدم الدستورية من اثر، بل واحياناً تستخدم المحكمة هذه التعبيرات في العبارة الواحدة نفسها، من ذلك حكمها الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠ حيث تقول فيه: " لما كان ذلك وكان القضاء بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ ... يترتب عليه انعدام هذا النص وإبطال العمل به فيما قرره من أن...، ومن ثم يكون النعي على نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المشار إليه قد

---

[١] الدكتور/ عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، المرجع السابق، ص٤٧٠.

[٢] الدكتور/ عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص١١٧. الدكتور/ فتحي عبد الصبور، الرقابة الدستورية، بحث منشور في جريدة الأهرام بتاريخ ١٦ مايو ١٩٩٠، ص٦.

أضحى غير مجد وبالتالي غير مقبول، إذ لم يعد له مجال في التطبيق بعد أن ألغى نفاذ النص على كيفية توزيع المقاعد النيابية.." [١].

كما قضت في حكمها الصادر في ٣ مايو ١٩٩٥ بأن" إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، مؤداه تجريدها من قوة نفاذها، وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها منذ إقرارها وامتناع متابعة الإتهام الجنائي بمناسبة تطبيقها" [٢].

وفي حكم أخر تقرر" أن إبطال هذه المحكمة للنصوص القانونية المخالفة للدستور، يعتبر تقريراً لزوالها نافياً وجودها منذ ميلادها" [٣]. بل أن المحكمة الدستورية العليا قد ذهبت في أحد أحكامها إلى أبعد من ذلك مقررة "أن الحكم بعدم دستورية نص يترتب عليه انعدام هذا النص، وزوال الأثار القانونية لهذا النص لتؤول عدماً، فلا تولد حقاً ولا يقوم بها مركز قانوني لا للمدعي ولا لغيره" [٤]. إلا أن لجوء المحكمة إلى مثل هذه التعبيرات المترادفة قد يثير مشكلة في حالة ما إذا كان النص أو النصوص المحكوم بعدم دستوريتها كانت معدلة أو أعادت تنظيم ما كانت تنظمه النصوص السابقة على صدورها [٥]، ذلك أن القول بانعدام النص المقضي بعدم دستوريته أو زواله قد يفهم منه أن ذلك يعني إحياء النص القديم بحيث يصبح حكمه هو الواجب التطبيق وهو بالفعل ما اتجهت إليه بعض المحاكم من ذلك محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٧ سبتمبر ٢٠٠٠ [٦]، على إثر قيام المحكمة الدستورية العليا بالحكم بعدم دستورية قانون

---

[١] القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق "دستورية"، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الرابع، ص٢٥٦ وما بعدها.

[٢] القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق "دستورية"، جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء السابع، ص٤٥ وما بعدها.

[٣] القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ ق "دستورية"، جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الثامن، ص١٩٥ وما بعدها

[٤] القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق "دستورية"، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الرابع، ص٢٥٦ وما بعدها، وبنفس المعنى القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ق "دستورية"، جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء السادس، ص ٥٩٧ وما بعدها

[٥] الدكتور/ محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، بدون ذكر دار نشر، ١٩٩٤، ص٣٧٤، ٣٧٥، الدكتور/ صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٦٨.

[٦] الدعوى رقم ١٠٤٤٧ لسنة ١ قضائية، نقلاً عن الدكتور/ محمد عبد الواحد الجميلي، أثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٥٠ هامش رقم (٢).

الجمعيات والمؤسسات الأهلية الصادر بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ [١]، والذي كان قد حل محل القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة حيث نجدها تقرر صراحة بأن "مؤدى ذلك الحكم هو إعمال أحكام قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ على النزاع الماثل بحسبان أن الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية الصادر بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ قد بعث الروح من جديد في قانون الجمعيات والمؤسسات الصادر بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض". ويرى الدكتور محمد عبد الواحد الجميلي أن اتجاه محكمة القضاء الإداري كان يمكن قبوله وبأثر رجعي لو أن المشرع كان قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء أو إعدام التشريع المخالف ولكنه لم يرتب هذا الإلغاء أو الإعدام وكل ما رتبه على نشر الحكم في الجريدة الرسمية "عدم جواز تطبيقه" أي الامتناع عن تطبيق النص، مما يعني أن التشريع أو النص المخالف يظل باقياً إلى أن تلغيه أو تعدله السلطة التشريعية أو التنفيذية حسب طبيعة النص وهي ملزمة بذلك لما يتمتع به حكم الدستورية من حجية مطلقة. أن بقاء النص على الرغم من فقدانه لقوة نفاذه يقف حائلاً يمنع من إعادة النص القديم إلى الحياة مرة أخرى. باعتباره هو القانون الواجب التطبيق [٢].

وترى الباحثة أن اتجاه محكمة القضاء الإداري لا يمكن قبوله بأي حال من الأحوال سواء أكان المشرع قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون المخالف للدستور أم مجرد إلغاء قوة نفاذه أم الامتناع عن تطبيقه. ففي كل الأحوال لا يمكن ترتيب إعادة النص القانوني القديم إلى الحياة مرة أخرى باعتباره هو الواجب التطبيق بعد الحكم بعدم دستورية القانون الذي طبق بعده، إلا إذا تدخلت السلطة التشريعية في إعادة إحياء هذا القانون وذلك إذا ارتأت صحته ومطابقته للدستور، ويكون ذلك عن طريق سن قانون جديد يعمل على إحياء العمل بالقانون القديم، أما القول بان هذا القانون القديم يعود من تلقاء نفسه إلى الحياة ويطبق من جديد بمجرد إصدار

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ ق "دستورية"، جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٠، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء التاسع، ص٥٨٢ وما بعدها، حيث عدت المحكمة هذا القانون من القوانين المكملة للدستور ومن ثم كان يتعين عرضه على مجلس شورى الدولة لأخذ رأيه فيه عملاً بنص المادة ١٩٥ من الدستور.

[٢] الدكتور/ محمد عبد الواحد الجميلي، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص ص٥٠-٥١

المحكمة الدستورية لحكمها بعدم دستورية القانون الذي طبق بعده، فهذا قول منافٍ للمنطق القانوني ولا أساس له من الصحة. ومن جانب أخر نحن لا نؤيد مسلك المحكمة الدستورية العليا في استعمالها لتعابير مثل إلغاء قوة نفاذ النص وإلغاء أو إبطال النص أو انعدامه كتعابير مترادفة، لأن ذلك يثير نوعاً من الالتباس والغموض ويوقعها في مثل القضية السابقة الشائكة. هذا ومما يمكن إثارته بصدد موضوع الأثر القانوني المترتب على الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي، فرض خاص يتعلق بحالة إذا ما انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أن نصاً واحداً فقط من نصوص التشريع المطعون بعدم دستوريته هو المشوب بهذا العيب من دون بقية النصوص الأخرى، أو أن جزءاً فقط من النص هو المعيب من دون بقية الأجزاء. فما هو قضاء المحكمة الدستورية العليا في مثل هذه الحالة؟ القاعدة التي أرستها المحكمة الدستورية العليا بهذا الصدد هي أن الحكم الصادر بعدم الدستورية يقتصر أثره على إبطال أثر النص الذي قضي بعدم دستوريته من دون بقية النصوص الأخرى للقانون أو اللائحة الذي اشتمل على هذا النص غير الدستوري، والتي تبقى صحيحة ونافذة قانوناً، ومع ذلك يرد على هذه النتيجة استثناءان هما:

أ. إذا كانت نصوص القانون أو اللائحة يرتبط بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، فإن عدم دستورية أحد هذه النصوص أو إبطال أثره يستتبع بحكم هذا الارتباط إبطال باقي نصوص هذا القانون أو اللائحة ولو لم تتضمنها صحيفة الدعوى الدستورية مما يستوجب الحكم بعدم دستورية القانون برمته [١].

[١] وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٢ يناير ١٩٩٩ بأنه "وحيث أن العوار الدستوري الذي يضم الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الطعين، يهدم بنيان هذه الضريبة من أساسه، ذلك أن تصحيح نطاقها ليشمل كل من يتوافر فيه مناط استحقاقها، ينعكس تأثيره حتماً على سائر نصوصه، وعلى الأخص تلك المتضمنة تعيين وعائها وتحديد سعرها وشرائحها وحدود وأحوال الإعفاء منها وبيان طرائق وإجراءات تحصيلها. وحيث أن القضاء بعدم دستورية الفقرة الأولى المشار إليها، يؤدي – بحكم اللزوم العقلي – إلى سقوط نصوص القانون رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ برمتها، ودون حاجة إلى بيان المثالب الدستورية الأخرى التي اعتورتها – وذلك لارتباط هذه النصوص بالفقرة الأولى ارتباطاً لا يقبل التجزئة بحيث تكون معها كلاً واحداً لا يتجزأ مما لا يتصور معه أن تقوم لهذه النصوص قائمة بغير تلك الفقرة، أو إمكان إعمال أحكامها في غيبتها " القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ ق "دستورية"، جلسة ٢ يناير ١٩٩٩، أحكام م.د.ع، الجزء التاسع، ص١٤٧ وما بعدها، وفي المعنى نفسه انظر القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ ق "دستورية"، جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء السادس، ص٤٩٤ وما بعدها.

وترتيباً على ما تقدم، إذا كان النص الذي قضي بعدم دستوريته يرتبط ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة بنصوص أخرى، فإنه يترتب لزوماً على القضاء بعدم دستورية هذا النص سقوط النصوص الأخرى المرتبطة به [١].

ب. إذا كان متعذراً بعد إبطال المحكمة الدستورية العليا للنصوص المخالفة للدستور، أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته، فانه يترتب على ذلك بطلان التشريع برمته قانوناً كان أم لائحة [٢].

[١] وبذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٢ أغسطس ١٩٩٧ " فلهذه الأسباب حكمت المحكمة أولاً: بعدم دستورية ما تضمنته المواد ٣٧ و٣٨ و١١٧ من قانون الكمارك الصادر بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣..، ثانياً: بعدم دستورية ما تضمنته المادة ١١٩ من ذلك القانون، من تخويل مدير الكمارك الاختصاص بفرض الغرامة..، ثالثا: بسقوط الأحكام الأخرى التي تضمنتها النصوص المطعون عليها، والتي ترتبط بأجزائها المحكوم بعدم دستوريتها ارتباطاً لا يقبل التجزئة " القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ ق "دستورية"، جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الثامن، ص٧٤٩ وما بعدها، وانظر بنفس المعنى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق "دستورية"، جلسة ٢ يناير ١٩٩٣، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص١١٤ وما بعدها، القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق "دستورية" جلسة ١٥ إبريل ١٩٩٥، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء السادس، ص٦٣٧ وما بعدها

[٢] وبذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٢ يناير ١٩٩٣ والذي تقول فيه" النصوص التي ينظمها العمل التشريعي لا تعتبر من زاوية العيوب الموضوعية، مهدرة بتمامها إلا في احدى حالتين: -
أولهما: إذا كان فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها متعذراً، وكان ملحوظاً عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ما بينها من صلة حتمية تجعل ترابطها معاً واتصال أجزائها ببعض، حقيقة قانونية لا مراء فيها.
ثانيهما: إذا كان متعذراً بعد إبطال المحكمة للنصوص المخالفة للدستور أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع، وغاياته" القضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق "دستورية"، جلسة ٢ يناير ١٩٩٣، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص١١٤ وما بعدها

المطلب الثاني

تعطيل النص المحكوم بعدم دستوريته

ذهب جانب من الفقه [١] إلى أن رقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا هي رقابة امتناع وليست رقابة إلغاء للنص المقضي بعدم دستوريته. حيث أن حكم المحكمة العليا – في فترة وجودها قبل إلغائها – بتقرير عدم دستورية قانون معين يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق هذا القانون ولكن القانون يبقى من الناحية النظرية المجردة قائما حتى يلغيه المشرع، إلا انه يفقد قيمته من الناحية التطبيقية لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه إذا ما دفع أمامها بعدم دستوريته في قضية أخرى إعمالا للحجية المطلقة للحكم الصادر من المحكمة العليا بعدم دستورية القانون.

كما انه لا يستفاد مما ورد في المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا وفي المذكرة الإيضاحية له أن المشرع قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون أو اللائحة، وإنما يقتصر أثر هذا الحكم على عدم جواز تطبيق النص على الوقائع والمراكز القانونية التي يحكمها، فالمحكمة الدستورية العليا ليست لها سلطة إلغاء القانون أو اللائحة المخالف للدستور وإنما لها مجرد تقرير ما شابه من عيب عدم الدستورية فقط [٢].

فضلاً عن ذلك فإن النص الذي تقرر عدم دستوريته سوف يبقى قائما من الناحية النظرية، لأن المحكمة الدستورية العليا لا تملك ولاية النطق بإلغائه، إلا انه بسبب الحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم، فان هذا النص سوف يفقد كل قيمته القانونية، حيث يلزم جميع جهات القضاء بالامتناع عن تطبيقه [٣].

---

[١] الدكتور/ رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، المرجع السابق، ص٥٤٨.

[٢] الدكتور/ رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، المرجع السابق، ص٦١٢.
الدكتور/ محمد الشافعي أبو راس، القانون الدستوري، مكتبة النصر بالزقازيق ١٩٨٤، ص٢٠٧.
الدكتور/ بكر القباني، دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص٢٣٨.

[٣] الدكتور/ طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، المرجع السابق، ص٢٧١.

وجدير بالذكر أن أثر الحكم بعدم الدستورية يتوقف عند حد الإلزام العام لجميع السلطات وللكافة بعدم تطبيق النص غير الدستوري دون أن يتضمن ذلك إلغائه فذلك امر لا تملكه المحكمة الدستورية العليا وإنما يقتصر دورها على توجيه خطاب بشأنه من خلال حكمها هذا إلى السلطة المعنية – تشريعية كانت أم تنفيذية وفقا لنوع النص قانونا كان أن لائحة – للقيام بإزالة وجه عدم الدستورية فيه وذلك أما بإلغائه وأما بتعديله ولكن دون أن تلزمها بذلك الإلغاء أو بهذا التعديل[١].

كما ذهب البعض [٢]، إلى أن أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية ينحصر بصريح نص المادة ٩٤ من قانون المحكمة في عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ومن ثم فان النص يفقد قيمته العملية في التطبيق، فضلا عن أن مسايرة هذا المنطق من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بأحكام الدستور، ولو أراد المشرع ترتيب الانعدام وهي نتيجة قانونية خطيرة لنص على ذلك صراحة.

أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي لا يبطل التشريع ولا يلغيه، وإنما يكشف عن حقيقته، واذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد أصبحت الجهة الوحيدة صاحبة الاختصاص في دستورية القوانين واللوائح، إلا أن اختصاصها يقف عند هذا الحد ولا يتعداه إلى إلغاء القانون، لأن إلغاء القانون من اختصاص السلطة التشريعية، فالمحكمة الدستورية العليا لا تقضي بإلغاء القانون المخالف للدستور ولا ببطلانه، ولا يترتب على مخالفة التشريع للدستور أي جزاء يمس كيانه، وكل ما يترتب على هذه المخالفة، ومن ثم على الحكم بعدم دستورية التشريع هو أن تمتنع محكمة الموضوع عن تطبيقه، فتقضي في النزاع متجاهلة تماما وجود التشريع المخالف للدستور[٣].

واعتبر أغلب الفقه المصري أن الحكم بعدم دستورية نص – حتى لا نصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات – لا يلغي هذا النص، وإنما يلغى قوة نفاذه، ومع ذلك من الناحية العملية فلا فرق بين

---

[١] الدكتور/ مصطفى محمود عفيفي، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، مطابع البيان التجارية، ١٩٨٨، ص٢٧٦، ٢٨٨.

[٢] الدكتور/ محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص١٦٢، ١٦٣.

[٣] الدكتور/ على حسين نجيده، المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص٥٧، ٦٠.

إلغاء النص وإلغاء قوة نفاذه، ذلك أن النص المحكوم بعدم دستوريته يفقد كل قيمة عملية تطبيقية مما يبرر انه يصبح وكأنه غير موجود [١] وسواء كان أثر الحكم بعدم دستورية نص قانون هو تقدير عدم الدستورية أو إلغاء النص غير الدستوري، فان النتيجة واحدة وهي سقوط النص من مجال التطبيق خصوصا انه لا يوجد في القانون المصري التمييز بين عدم الدستورية والإلغاء، وسيترتب على تقرير عدم الدستورية سقوط النص من مجال التطبيق بأثر رجعي، وهو الأمر الذي سيؤدي اليه إلغاء النص، لأن هذا الإلغاء هو إعدام أثار النص على النحو المقرر لأحكام إلغاء القرارات الإدارية [٢]، وان كان الأمر يقتضي – في نظرنا – تدخل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية لإلغاء أو تعديل النص القانوني أو اللائحي المحكوم بعدم دستوريته إعمالا للحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا، لأن ذلك هو صميم عملها وفقا لأحكام الدستور [٣].

وترى الباحثة أن حقيقة الحكم بعدم الدستورية هو تعطيل ووقف نفاذ النص محل الحكم، لحين تدخل السلطة التشريعية أما لتعديله أو الغاؤه، سواء سمي من جانب الفقه الغاء أم بطلان أم انعدام، فالنص في كل الأحوال موجود ولكن غير نافذ، لحين تدخل المشرع.

---

[٢] الدكتور/ يحي الجمل، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص١٤٩.
الدكتور/ فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص٢٣٣.
الدكتور/ نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص٢٤٠.

[٢] الدكتور/ محمد عبد اللطيف، إجراءات القضاء الدستوري، دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٩، ص٢٤٨ والحاشية.

[٣] الدكتور/ مها بهجت الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تقرير دولة القانون، المرجع السابق، ص ١٠٥.

الخاتمة

حرص الدستور الحالى الصادر عام ٢٠١٤، ونظيره العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ على تأكيد ولاية المحكمة الدستورية العليا، والتى تحوز حجية مطلقة بالنسبة للكافة ولجميع سلطات الدولة، إذ تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية والفصل فى المنازعات الدستورية، كما أنه تُنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة، وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم".

لا يتصور أن يتم من خلال إعمال آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، بعدم دستورية نص تشريعى، أن تعيد محاكم الموضوع، احياء ذلك النص مرة أخرى، في الأنزعة المطروحة عليها، والأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستور بافتراض مطابقتها للدستور ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها مسترخيا، بل يكون إنفاذها – واعتباراً من تاريخ العمل بها – دوما، ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفا لأحكامها أو مانعا من فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور، فان هي انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية، كان ذلك استصحابا لأصل صحتها لتزول الشبهة التي كانت عالقة بها، ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا لا يجوز بحال وقف تنفيذها، بل يجب إعمال أثارها كاملة دون انقطاع بوقف سريانها والا عد ذلك عدوانا على الولاية التي اثبتها الدستور للسلطة التشريعية وإسباغا لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا، دون سند من الدستور أو القانون

النتائج

الحكم بعدم الدستورية يترتب عليه ان يغدو النص غير الدستورى معدوماً من الناحية القانونية، ويتم تجريده من قوة نفاذه مستقبلاً، وزوال الآثار القانونية المترتبة عليه منذ إقراره فى الماضي، فيسري الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي على الحقوق والمراكز القانونية التى نشأت قبل صدوره لكن يستثنى منها بعض الحالات.

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 الدستورية العليا على السلطة التشريعية، كما أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع من درجته نفسها إعمالاً للقاعدة الخاصة بتقابل الإجراءات.

لا تنسحب أثار الحكم بعدم دستورية نص ضريبي على الماضي، إنما يقتصر الأثر الرجعى على الطاعن بعدم الدستورية وحده.

لا تنسحب أثار الحكم بعدم الدستورية على المراكز القانونية التى استقرت قبل صدوره بحكم قضائى حائز لقوة الأمر المقضي به ومحمولاً على النصوص القانونية التي قضي ببطلانها، ويستثنى من ذلك الحكم بعدم الدستورية المتعلق بنص جنائي إذ إن أحكام الإدانة الصادرة استناداً إليه تعتبر كان لم تكن، وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها ولو صار الطعن فيها ممتنعاً، لتفارقها بذلك قوة الأمر المقضي التي قارنتها منذ صدور الحكم الجنائي.

إن الضوابط والحدود التي تحد من الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية تعد ضوابط سليمة ومقبولة، إذ أن الأمر يقتضي في بعض الأحوال الحد من فكرة الأثر الرجعي، لكن ليس معنى ذلك شل أثار الحكم كلية بحجة احترام الحقوق المكتسبة، إذ يجب في الوقت نفسه احترام مبدأ الشرعية بما يتضمنه من ضرورة احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، وإيجاد التوازن بين حماية الحقوق المكتسبة وحماية الشرعية يتطلب إلا يطبق أحدهما تطبيقاً يؤدي إلى إهدار الآخر كلية.

التوصيات

أنه يتعين تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا ليسمح لمن أضير من النص الذي قضى بعدم دستوريته، وتعذر عليه التنفيذ بطلب التعويض عما أصابه من ضرر وهذا بالطبع بالنسبة للأحكام الصادرة في المواد غير الضريبية.

ضرورة النص صراحة في الدستور على تحديد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا، وهو ما يتفق مع تقرير الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

النص صراحة في الدستور على التزام المشرع الأصلي أو الفرعي بإلغاء أو تعديل النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته خلال مدة زمنية محددة من تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا، وذلك حتى يتحقق بالفعل لأحكام هذه المحكمة الحجية المطلقة والملزمة لجميع سلطات الدولة، ولتفادي حدوث أي فراغ تشريعي قد يهدد الأمن القانوني للدولة. ونقترح تعديل المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أن "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة"، وذلك بان يكون نص هذه المادة على الشكل الآتي "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات العامة والكافة".

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

قائمة المراجع

أولا: المراجع القانونية

إبراهيم حسنين: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٣.

ـــــــــــــ: أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.

أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق للنشر والتوزيع، ١٩٩٩.

بكر القباني: دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، بدون ذكر سنة نشر.

رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.

رمزي الشاعر: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

ـــــــــــــ: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، بدون ذكر دار نشر، ١٩٧٠.

شعبان أحمد رمضان: ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠.

صبري محمد السنوسي محمد: آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

صلاح الدين فوزي: الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١١.

طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

عادل عمر شريف: قضاء الدستورية، دار الشعب، ١٩٨٨.

عبد العزيز محمد سالمان: نظم الرقابة على دستورية القوانين، سعد سمك، ٢٠٠٠.

ـــــــــــــــــــ: قيود الرقابة الدستورية، دار نهضة القانون للمطبوعات القانونية والاقتصادية، ١٩٩٩.

ـــــــــــــــــــ: رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، ١٩٩٥.

عبد المنعم جيره: أثار حكم الإلغاء، جامعة القاهرة، ١٩٧٠.

عزيزة الشريف: القضاء الدستوري المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

على السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، بدون ذكر دار نشر، ١٩٧٨.

على حسين نجيده: المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، ١٩٩٨.

فتحي فكري: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١١.

محسن خليل: النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بدون سنة النشر.

محمد الشافعي أبو راس: القانون الدستوري، مكتبة النصر بالزقازيق، ١٩٨٤.

محمد جمال عثمان جبريل: أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

محمد حسنين عبد العال: القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

محمد صلاح عبد البديع السيد: قضاء الدستورية في مصر، بدون ذكر دار نشر، ١٩٩٤.

محمد عبد اللطيف: إجراءات القضاء الدستوري، دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٩.

محمد عبد الواحد الجميلي: آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢.

محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

محمود محمد حافظ: الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

مصطفى محمود عفيفي: الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، مطابع البيان التجارية، ١٩٨٨.

مها بهجت الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تقرير دولة القانون، بيت الحكمة، ٢٠٠٩.

نبيل سعد: المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.

ـــــــــ: نطاق الامتداد القانوني لعقود الإيجار المساكن من حيث الأشخاص، منشأة المعارف، ٢٠٠٠.

نبيلة عبد الحليم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

يحي الجمل: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.

ثانيا: المجلات والمنشورات والمقالات

حاتم على لبيب جير: الخطأ والصواب في مضمون القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٩٨/٧/٢٧.

شوقي السيد: أحكام الدستورية لا تسمو على الدستور، جريدة الأخبار القاهرية، ١٩٩٨/٨/٢١.

فتحي عبد الصبور: الرقابة الدستورية، بحث منشور في جريدة الأهرام بتاريخ ١٦ مايو ١٩٩٠.

فتحي فكري: القاضي الدستوري ثلاثة تحولات في خمس سنوات، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ٢٠٠٣م.

محمد السيد زهران: الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مج ١٤، ع ٢، ١٩٧٠.

محمد مجدي مرجان: مقال عن المحكمة الدستورية والمزايدات الفاشلة – منشور بالأهرام في ١٩٩٨/٨/٥.

هشام محمد فوزي: بحث بعنوان– اقتراحات لتدعيم دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في مصر، مقدم إلى المؤتمر الذي أقامه المركز العربي للاستقلال القضاء والمحاماة– ١٩٩٨/١٠/١م.