وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون والعلوم السياسية
قسم القانون

# اثر الحكم بعدم دستورية القوانين

بحث تقدمت به الطالبة ( زمن محمد جليل ) إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية
وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بأشراف
م . م . شهلاء سليمان محمد

١٤٣٨ هـ

٢٠١٧ م

بسم الله الرحمن الرحيم

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

صورة النساء ( ٥٧ – ٥٨ )

# الإهداء

إلى مصباح الهدى وبدر التمام سيد الخلق

(( سيدنا محمد ( صلى الله عليه وسلم ) ))

إلى التي لولا حبك وعطفك وسهرك لما وصلت إلى ما أنا عليه ألان

(( أمي الغالية ))

الى الذي لولا رعايتك وتشجيعك لما برزت هذه الكلمات على هذه الصفحة

(( عمي الغالي ))

الى شمعة حياتي وربيع قلبي

(( أخي وأخواتي ))

إليكم يا من قدمتم لنا العلم والإرشاد في السنوات الدراسية

(( أساتذتي الأفاضل ))

## شكر وتقدير

قبل كل شي لا بد أن نشكر الذي وفقنا لإتمام هذا البحث ( الله سبحانه وتعالى جل جلاله ) وفي هذا المقام وبعد الانتهاء من كتابة البحث أتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذتي الفاضلة الست **( شهلاء سليمان محمد )** والتي أشرفت على بحثي هذا ، إذا لولا جهودها وتوجيهاتها معي لما خرج بحثي بهذا الشكل فجزاها الله خير الجزاء الوافي وبارك لمسعاها معي ومع زملائي الطلاب وعظم الله أجرها في الدنيا والآخرة .

كما أتقدم بالشكر الجزيل لجميع أساتذة كلية القانون لما قدموه لنا خلال سنوات تعليمهم لنا

وكما أتقدم بوافر الشكر إلى موظفي كلية القانون والعلوم السياسية لمساهمتهم في توفير المصادر .

وأخيراً وليس أخراً اشكر كل من قدم لي التسهيلات خلال أعداد وكتابة هذا البحث

الباحثة

زمن محمد جليل

# المحتويات


| | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|
| المقدمة | | ١ - ٣ |
| المبحث الأول | مفهوم الحكم بعدم دستورية القوانين وصوره وحجية الحكم بعدم الدستورية والنتائج المترتبة عليها | ٤ - ١١ |
| المطلب الأول | مفهوم الحكم بعدم دستورية القوانين وصوره | ٤ - ٨ |
| المطلب الثاني | حجية الحكم بعدم دستورية القوانين والنتائج المترتبة عليها | ٩ - ١١ |
| المبحث الثاني | النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية | ١٢ - ١٨ |
| المطلب الأول | الأثر المباشر ( المنشئ ) للحكم الصادر بعدم الدستورية | ١٢ - ١٤ |
| المطلب الثاني | الأثر الكاشف ( الرجعي ) للحكم الصادر بعدم الدستورية | ١٥ - ١٨ |
| المبحث الثالث | النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية | ١٩ - ٢٦ |
| المطلب الأول | النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في نظام الولايات المتحدة الأمريكية | ١٩ - ٢٠ |
| المطلب الثاني | النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في النظام المصري | ٢١ - ٢٥ |
| المطلب الثالث | النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في النظام العراقي | ٢٥ - ٢٦ |
| الخاتمة | | ٢٧ - ٢٨ |
| المصادر | | ٢٩ |

## المقدمة

### أولاً : - موضوع البحث

ينظم الدستور القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الدولة ، ويحدد لكل سلطة من سلطاتها وظائفها ويقرر الحقوق والحريات للمواطنين ويكفل لها ضماناتها ، ونتيجة لكل هذا فان الدستور يتبوأ مكان الصدارة على غيره من القواعد التي تنظم المجتمع ولهذا يعرف الدستور بأنه القانون الاسمى والأعلى في الدولة ، وضماناً لاحترام الدستور لابد من البحث عن وسيلة معينة تضمن عدم مخالفة أحكام الدستور وترتيب الجزاء على مخالفة أحكامه .

لذلك فان الدستور يعد التشريع الأساسي في بناء دولة القانون ، فهو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني فانه يحتل قمة التنظيم القانوني وتتركز في نصوصه الأحكام التي تتضمن المقومات الأساسية للمجتمع سياسياً واقتصادياً واجتماعياً ، فان النظم الدستورية تحرص على الكفالة نوع من الرقابة على العمل التشريعي التي تسنه سلطة التشريع صوناً لأحكام الدستور وتحصيناً لها من الاعتداء عليها .

### ثانيا:- سبب اختيار البحث وأهميته

إن مشكلة حجية الحكم بعدم الدستورية والأثر القانوني المترتب عليه والنطاق الزمني لسريانه وكيفيه تنفيذه بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره والمراكز القانونية اللاحقة عليه تعد من أكثر الأمور أهمية وإثارة للجدل الفقهي وذلك للمشاكل العملية المترتبة على صدور هذه الأحكام واختلاف الأنظمة الدستورية المختلفة بشان تنظيمها والغموض الذي قد تتعرض له النصوص الدستورية والقانونية التي تتولى هذا التنظيم .

إن وجود المحكمة الاتحادية العليا في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً يعد تطوراً دستورياً وديمقراطياً مهماً فهو يلزم المحكمة على تنفيذ أحكامها بصورة صحيحة ولا سيما أحكامها بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة في الدولة والكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية ضماناً لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم .

**ثالثاً :- مشكلة البحث**

تأتي الإشكالية في بحث هذا الموضوع من اختلاف الأنظمة الدستورية المختلفة التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية ، ففي مسالة حجية الحكم بعدم الدستورية تقرر بعض الأنظمة الدستورية الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية في حين يقرر البعض الأخر الحجية النسبية له ، ولا شك إن النتائج المترتبة على نوعي الحجية مختلفة تماماً وهي نتائج غاية في الأهمية والخطورة . وكذلك اختلاف الأنظمة الدستورية التي أخذت بنظام الرقابة اللاحقة على دستورية التشريعات في تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية فبعض الأنظمة قررت الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية أو قررت الأثر المباشر لهذا الحكم ، في حين البعض الأخر من الأنظمة قرر الجمع بين القاعدتين على أساس اعتبار أحداهما قاعدة والأخرى استثناء .

لذلك يثير موضوع البحث غموض النصوص الدستورية والقانونية وتقصيرها في بعض الأحيان بشان تنظيم حجية الحكم بعدم الدستورية والأثر القانوني المترتب عليه والنطاق الزمني لسريانه أو سكوت المشرع في بعض الأحيان عن التصدي لمسالة من المسائل على الرغم من أهميتها وخطورة الآثار المترتبة عليها ، مما يؤدي إلى أثارت الجدل الفقهي حول تنظيمها وظهور أراء فقهية لكل من حججها وأسانيدها .

**رابعاً :- منهج البحث**

إن المنهج المتبع في دراسة موضوع البحث ( الحكم بعدم دستورية القوانين ) هو منهج الدراسة المقارنة بين النظام الأمريكي والمصري والعراقي وكذلك بيان موقف المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية وموقف المحكمة الاتحادية العليا المصرية وموقف المحكمة الاتحادية العليا العراقية في ظل ( القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ ) وكذلك ( دستور جمهورية العراق النافذ حالياً لعام ٢٠٠٥ ) من حيث حجية الحكم بعدم الدستورية والنطاق الزمني لتنفيذه وكيفية هذا التنفيذ .

**خامساً : - خطة البحث**

تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول مفهوم الحكم بعدم دستورية القوانين وصوره وحجية الحكم بعدم الدستورية والنتائج المترتبة عليها ونوزعه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم الحكم بعدم دستورية القوانين وصوره أما المطلب الثاني حجية الحكم بعدم دستورية القوانين والنتائج المترتبة عليها أما المبحث الثاني فنخصصه للنطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية وقد نقسمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الأثر المباشر ( المنشئ ) للحكم الصادر بعدم الدستورية أما المطلب الثاني فنخصصه للأثر الكاشف ( الرجعي ) للحكم الصادر بعدم الدستورية والمبحث الثالث والأخير نخصصه للنطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية ونوزعه إلى ثلاث مطالب نتناول في المطلب الأول النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في نظام الولايات المتحدة الأمريكية وفي المطلب الثاني نتناول النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في النظام المصري ، أما المطلب الثالث فنتناول النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في النظام العراقي .

## (( المبحث الأول ))

## مفهوم الحكم بعدم دستورية القوانين وصوره وحجية الحكم بعدم الدستورية والنتائج المترتبة عليها

إن الحكم بعدم دستورية القوانين هو بحد ذاته موضوع متشعب وشائك لما يثيره من مشاكل عديدة وكيفيه تنفيذه بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره . وبالنسبة للمراكز القانونية اللاحقة على صدوره . لذلك سنتطرق في هذا المبحث مفهوم الحكم بعدم دستورية القوانين وصوره وحجيته والنتائج المترتبة عليها . وذلك من خلال المطالب : -

### (( المطلب الأول ))
### تعريف مفهوم الحكم بعدم دستورية القوانين وصوره

**أولاً : - <u>تعريف الحكم بعدم الدستورية</u>**

الحكم ، لغة ، هو العلم والفقه والقضاء بالعدل ، وهو مصدر ( حَكَمً ) ( يَحْكُم ) . وقيل في صفة القران بأنه المحكم الذي لا اختلاف فيه ولا اضطراب [١] ، بدليل قوله تعالى (( انَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً )) [٢].

والعرب تقول ( حَكَمتْ ) و ( أَحْكَمتْ ) و ( حُكِمتْ ) بمعنى منعت وترددت ومن هنا قيل للحاكم بين الناس ( حاكم ) لأنه يمنع الظالم من الظلم واستحكم الرجل .

وقيل أيضاً عن الحكم ، لغة ، القضاء وقد ( حَكَمَ ) بينهم يَحكُم بالضم ( حُكماً ) و ( حَكَم ) له و ( حَكَمَ ) عليه [٣] .

أما الحكم ، اصطلاحاً ، هو قرار مكتوب مكتمل التوقيع صادر من ذي ولاية قضائية في فصل خصومة قضائية بالشكل الذي حدده القانون لإصدار الأحكام [٤] .

---

(١) ابن منظور ، لسان العرب : دار إحياء التراث - بيروت ، المجلد الثاني - ط ١ – ١٩٩٧ ، ص١٥٢
(٢) سورة النساء الآيات ( ٥٧ - ٥٨ )
(٣) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص١٤٨
(٤) د. سعيد خالد جباري ، الموجز في أصول قانون القضاء المدني ، ط ٢، البحرين ٢٠٠٤ ، ص٥١٤

وفي تعريف أخر ، الحكم القضائي ، هو قرار صادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت إليها على وفق قواعد المرافعات سواء أكان صادراً ً في موضوع الخصومة أم في شقٍ منها أم في مسالة متفرعة عنها .

لذلك فان تعريف الحكم بعدم دستورية القوانين هو حكم كاشف لعيب صاحب النص منذ بداية وجوده وللحكم بعدم الدستورية اثر رجعي على كافة نصوص القانون عدا النصوص الضريبية فيسري اثر الحكم بعدم الدستورية عليها بأثر فوري كذلك لا ينسحب اثر الحكم على المراكز القانونية المستقرة التي حصنت بقضاء بان قبل صدور الحكم بعدم الدستورية [١].

والملاحظ على التعريفات السابقة أنهم قد اظهروا بجلاء الطبيعة الإجرائية للحكم القضائي وان تفاوتت في ذلك إلا أن الشكل الإجرائي واضح ، فالحكم ما هو إلا أجراء من إجراءات الخصومة تم في شكل قانوني معين يحدده قانون المرافعات وذلك عبر ضمانات لا توجد في غيره من القرارات التي يصدرها القاضي ولأنه ذو طبيعة إجرائية فهو يخضع في صحته وبطلانه للقواعد العامة لإجراء القضائي فقد يكون صحيحاً أو باطلاً أو منعدماً وفقاً لتوافر أو انعدام أو احتلال عنصرين من عناصره الشكلية [٢]

---

(١) د. احمد أبو الوفا ،المرافعات المدنية والتجارية ، ط ١٧، منشأ المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠، ص ٦٥٧-٦٥٨

(٢) د. سعيد خالد جباري ، المصدر نفسه ، ص ٢٣٥

**ثانياً : - صور الحكم بعدم دستورية القوانين**

للأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في الأنظمة الدستورية ، بوجه عام ، ثلاثة صور هي الأحكام البسيطة ، والأحكام الوسيطة ، والأحكام الاستبدالية والتي يتم تناولها في ثلاث نقاط وهي : -

( أ ) الأحكام البسيطة : - وهي الأحكام التي تتضمن الحكم الخالص الغير مركب والذي يتبع عنه أثارها بغير شروط ، وقد يظهر هذا الحكم بأحد الصورتين التاليتين : -

١- الأحكام بعدم الدستورية :- وهو إعلان بعدم الدستورية . والذي ترتب عليه نتائج غاية في الخطورة في النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته ، وقد تختلف أثارها بحسب نظام الرقابة الدستورية المتبعة في الدول [١] .

تعد نصوص الحكم بعدم الدستورية عائقاً دون إصدار النص التشريعي المغاير عن الدستور أما في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة اللاحقة فان منطوق الحكم بعدم الدستورية يكون محدداً لبقاء أو حذف النص التشريعي للدولة . وفي بعض الدول لا تقضي المحكمة ببطلان التشريع أو إلغائه وإنما يقف عند إهمال القاضي للحكم القانوني غير الدستوري [٢].

٢- الأحكام الرافضة للدعوى الدستورية :- إذ لم ترى المحكمة في النص التشريعي المطعون في عدم دستوريتهُ بناء على الأسباب التي قدمها الخصوم ، شائبة عدم الدستورية ، في هذه الحالة على المحكمة الدستورية أن تقضي برفض الدعوى [٣] .

---

(١) د. مها بهجت يونس ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٥

(٢) د. محمد جمال عثمان، اثر الحكم الصادر في المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ١٩

(٣) د. مها بهجت يونس ، المصدر نفسه ، ص ٤٦

( ب ) الأحكام الوسيطة :- وهي الأحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية تفادياً للحكم بعدم الدستورية لأسباب تراها المحكمة للمحافظة على الأمن القانوني ، بحيث يستطيع القضاء من خلال هذه الأحكام إلزام المشروع بإعادة فحص القانون بما يتفق بأحكام الدستور من دون الإعلان عن عدم دستوريته [١] .

وقد تظهر هذه الأحكام بأحد الصور الثلاثة التالية : -

١- أحكام المطابقة بشرط التفسير :- هذا النمط من الأحكام يمثل خروجاً عن الإطار المعتاد برقابة دستورية متمثلة دستورية النص التشريعي المطعون عليه أو عدم دستوريته متمثلاً بنمط جديد يقضي بدستورية النص محل الرقابة شرط مراعاة التفسير الذي تراه المحكمة موافقاً لأحكام الدستور ، وقد يتفادى الكثير من المشاكل العملية الناجمة عن الحكم بعدم الدستورية كعدم الاستقرار في المراكز القانونية [٢].

٢- أحكام مشروطة : - وهي الأحكام التي تدعو إلى تعديل النص التشريعي المطعون عليه لما يتفق مع الدستور وهذا النوع من الأحكام لا يؤدي إلى عدم تطبيق القاعدة القانونية المعلن عدم دستوريتها [٣] .

أن المحكمة الدستورية ميزت بين أثار الحكم بالبطلان والحكم بعدم الدستورية فجعلت الحكم الأول كاشفاً لعدم صحة التشريع منذ بدايته ، والحكم الثاني منشأ لإلغاء النص الغير دستوري منذ صدور هذا الحكم [٤] .

٣- أحكام الإلغاء الجزئي : - وهو الحكم بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي المطعون عليه ، وقد تنتهي المحكمة من بحثها للقانون إلى أن تعرف أن في جزء من أجزائه أو في بعضها تعارض مع نص من نصوص الدستور .

---

(١) د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية القاهرة ،٢٠٠٠، ص ٤٥٥

(٢) د. شعبان احمد رمضان ، المصدر نفسه ، ص ٤٤٢

(٣) د. مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ٤٩

(٤) د. صبري محمد السنوسي ، أثار الحكم بعدم الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ١٠٠

فالقضاء لا يملك في مثل هذه الحالة إلا عدم دستورية الإجراء المتعارضة مع الدستور وحده دون أن يمس سائر أجزاء المتفقة مع الدستور ويتعرض لها ، إذ يجب الإبقاء على النصوص الصحيحة المطابقة للدستور والتي تقبل التجزئة ، وهذا لا يتأثر أطلاقاً بالنصوص المقضي بعدم دستوريتها [١] .

جـ - الأحكام الاستبدالية :- هذه الأحكام ذو طابع خاص ، فهي اقرب إلى أن تكون أحكاماً مكملة للنصوص التشريعية لأنها تكمل بالتفسير الذي تقرره المحكمة ما تنطوي عليه هذه النصوص من نقص تشريعي مع بقاء مبنى النصوص وهو بهذه الحالة سوف يبقى المبنى ويغير المعنى بحيث يكتمل التفسير الذي يجعل النص يقرا بمعناه الجديد تجنباً لوقوع النص في حماة عدم الدستورية .

إن أتباع المنهج الاستبدالي في التفسير يؤدي إلى هذا النوع من الأحكام عادة ، وهذا المنهج يتميز باستيفاء متطلبات مبدأ الدستورية ، هو تجنب استخلاص قاعدة مخالفة للدستور أو جزء منها من النص التشريعي المطعون عليه ، واستخلاص قاعدة أخرى تتفق مع متطلبات مبدأ الدستورية .

ويلاحظ أن النص لا يعد مخالفاً للدستور بعد أن يخضع لهذا النوع من منهج التفسير لذا فان تفسير النص الذي ينتهي إلى المطابقة مع الدستور يعد شرطاً لهذه الدستورية ، وطالما أن هذا التفسير كان خطوة لازمة للرقابة الدستورية على النص ، فانه يعد ملزماً وحجة بكل ما يتمتع به الحكم من قوة إلزامية [٢].

---

(١) د. مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ٤٨

(٢) د. مها بهجت يونس ، المصدر نفسه ، ص ٥٠

## (( المطلب الثاني ))
## حجية الحكم بعدم الدستورية القوانين والنتائج المترتبة عليها

**أولاً : - <u>حجية الحكم بعدم دستورية القوانين</u>**

وهو الحكم القضائي أذا صدر وانه يكون حجة فيما فصل فيه من الحقوق وقد يعتبر القضاء الدستوري في الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي رقابة امتناع فقط ، فهي لا تلغي ولا تبطل القانون ، فكل ما يقوم به القاضي هو عدم تطبيق النص أذا ما حكم بعدم دستوريته [١] .

<u>وحجية الأحكام نوعان</u> :-

١- <u>حجية نسبية</u> :- وهي الحجية التي يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدر بشأنها الحكم وعلى ذات النزاع الذي فصل فيه محلاً وسبباً ، ويشترط في هذه الحجية اتحاد الخصوم واتحاد الموضوع واتحاد السبب .

٢- <u>حجية مطلقة</u> :- وهي لا تخضع أعمالها لأي شرط من الشروط السابقة أي الخصوم وغير الخصوم في الدعوى وحتى سلطات الدولة وتكون متحررة من شرط اتحاد السبب ، وان الحكم في الحجية المطلقة يحق التمسك به في أي دعوى حتى وان اختلفت في سببها عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم الحائز [٢].

**ثانياً : - <u>نتائج حجية الحكم بعدم الدستورية</u>**

إن للحجية المطلقة على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية تظهر من خلال دراسة النتائج العديدة لحجية تلك الأحكام والتي تشمل : -

١- <u>الحكم بعدم الدستورية ملزماً لكافة سلطات الدولة والأشخاص</u> :- إن هذه الأحكام يحتج فيها مواجهة الكافة ، أي لا تقتصر حجيتها على أطراف الدعوى أو من صدرت في مواجهتهم ، وإنما تتعداهم إلى غيرهم ، أي من كانوا أطرافاً في الدعوى ومن لم يكونوا طرفاً فيها ، حتى أنها تواجه جميع سلطات الدولة . وهي تمثل نتيجة منطقية للحجية المطلقة على الأحكام بعدم الدستورية [٣] .

---

(١) د. عمار كوسة ، منازعات القانون العمومي ، رسالة ماجستير ، جامعة محمد لمين ، دباغين سطيف ، الجزائر ٢٠١٤ ، ص ٨٤

(٢) د. صبري محمد السنوسي ، المصدر السابق ، ص ٨

(٣) جورجي شفيق ساري ،أصول وأحكام القانون الدستوري،ط٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ،ص٥٣٢

إن هذه الحجية تؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية النص الشرعي مرة واحدة وبصفة نهائية مما لا يسمح لأي احتمالات لاختلاف الاجتهادات في شانها أو للتناقض بين الآراء حوله .وبالتالي لا يمكن لأي فرد أن يثير مستقبلاً نزاعاً حول نص قضي بعدم دستوريته ، وان المحاكم جميعاً ملتزمة بالامتناع عن تطبيق النص الذي قضي بعدم دستوريته حتى انه يصبح من واجب المشرع أن يعيد النظر في النص الذي قضي بعدم دستوريته فيعدله أو يلغيه ليحقق اتفاقهُ مع الدستور ، كما أن من واجب السلطة التنفيذية أن تمتنع عن تطبيق هذا النص مستقبلاً من حالات فردية يمكن أن يحكمها هذا النص [١] .

٢- الحجية المطلقة للأحكام بعدم الدستورية تثبت للمنطوق والأسباب المرتبطة به : - يشترط لقيام هذا الأساس أن يكون هناك ترابط بين المنطوق والأسباب وإذا ما حدث غير ذلك يحدث هناك تعارض والذي يقضي إلى بطلان الحكم ذاته ، إذ إن حجية الحكم تكون لمنطوقه وهذا هو الأصل غير أنها قد تمتد إلى الأسباب أيضاً إذا ارتبط منطوق الحكم بها ارتباطاً وثيقاً بحيث تصبح هذه الأسباب مكملة ومفسرة للحكم [٢].

وقد ينتظم الحكم الدستوري أياً كانت نوعية المحاكم التي أصدرتها ، قاعدة أصولية ان تكون الأحكام مسببه ، وعدم شمول الأحكام على مسبباتها يقود إلى تقرير بطلانها ، كما ينبغي ان لا تكون الأسباب غامضة وإلا يقع في الحكم تناقض بين الأسباب ، وان بين الأسباب والمنطوق يجب أن يتغير منطوق الحكم بالأسباب الواردة فيه [٣].

وهذا ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد جاء في منطوق الحكم في المحكمة الدستورية العليا في ١٩ مايو لعام ١٩٩٠ القضاء بعدم دستورية المادة الخامسة مكرر من قانون رقم ( ٣٨ ) لعام ١٩٧٢ بشان مجلس الشعب المعدل في قانون رقم ( ١٨٨ ) لعام ١٩٨٦ فيما تضمنته من نص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد ينتخب عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي

---

(١) د.مها بهجت يونس، المصدر السابق ، ص ٦٢ – ٦٣
(٢) د. صبري محمد السنوسي ، المصدر السابق ، ص ٦٨
(٣) د. مها بهجت يونس ، المصدر نفسه ، ص ٦٤

الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية ، ألا أن هذه المحكمة قد خرجت عن هذا المنهج في حكم مهم إذ حدث تناقض بين منطوق هذا الحكم وأسبابه وقد حدث لهذا المنطوق أمرين متعارضين :-

( أ ) بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه .

(ب) بقاء القوانين والقرارات والإجراءات التي اتخذها المجلس قبل صدور الحكم وقبل تاريخ نشره في الجريدة الرسمية [١] .

٣- عدم جواز العدول عن الحجية المطلقة للأحكام بعدم الدستورية إلا في حالات محددة :- اتجهت بعض المحاكم الدستورية في أوروبا إلى العدول عن مبادئها القانونية السابقة والتي اعتمدتها بمناسبة الفصل في موضوع عدم دستوريتها أو برفض الدعوى مما يعني نقض الحجية المطلقة لإحكامها وذلك في حالة واحدة هي أذا تغيرت الظروف للمجتمع باتخاذه أفكار جديدة تؤدي إلى أمكانية تغيير الاتجاه في الحكم في المسالة الدستورية [٢].

---

(١) قضية رقم ( ٣٧ ) ،جلسة ١٩ مايو عام ١٩٩٠ ، مجموعة أحكام قضائية دستورية ، الجزء الرابع ، ص ٢٥٦ ، نقلاً عن د. مها بهجت يونس ، ص ٦٥

(٢)د. محمد صبري السنوسي ، المصدر السابق ، ص٣٣

## (( المبحث الثاني ))

## النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية

يقصد بفكرة النطاق الزمني لتنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوي الدستورية تحديد التاريخ الذي تمتد إليه أثار الحكم وبالتالي الوقوف على ما إذا كانت تلك الأحكام تنفذ بالنسبة للمستقبل فقط أم يكون لها اثر رجعي في بعض الحالات ، لذلك فان سريان الحكم الصادر بعدم الدستورية انه يسري بأثر مباشر وفوري من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية ، أو من التاريخ اللاحق الذي تحددهُ المحكمة ولا يسري بأثر رجعي إلا بالنسبة للأحكام الصادرة في المجال القضائي [١] .

وبناءاً عليه لابد من التوضيح المقصود بالأثر الكاشف والمنشئ للحكم بعدم الدستورية وذلك من خلال مطلبين : -

### (( المطلب الأول ))
### الأثر المباشر ( المنشئ ) للحكم الصادر بعدم الدستورية

نعني بالأثر المباشر ، أن كل تشريع جديد يطبق فوراً منذ تاريخ سريانه أي وقت نفاذه ، فتحدث أثاره مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين به وعلى الحالات التي وقعت عقب نفاذه بصفة فورية ومباشرة ، فالقانون الجديد يصدر ويطبق على الحاضر والمستقبل لا على الماضي[٢].

إن أحكام المحكمة وقراراتها الصادرة في المسائل الدستورية تكون ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، وتنشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها ويكون الحكم الصادر بعدم دستورية نص في القانون أو لائحة في جميع الأحوال ، له اثر مباشر ويمنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم تحدد المحكمة تاريخاً لاحقاً لذلك .

مما مفاده عدم تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم إلا إذا حددت المحكمة في حكمها الصادر بعدم الدستورية لسريانه تاريخاً لاحقاً لذلك .

---

(١) د. شعبان احمد رمضان ، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري ، دراسة مقارنة ، ط١، جامعة أسيوط ٢٠١٤ ، ص ٢٠٧

(٢) د صبري محمد السنوسي ، المصدر السابق ، ص ٩٣

وهذا ما نصت عليه المادة ( ١٠٦ ) من الدستور المعدل [١]

لذلك فان الحكم الذي يكون له اثر منشئ يضعنا أمام وضع تناقضي إذ سنواجه تمييزاً بين المراكز القانونية التي تكونت قبل الحكم بعدم الدستورية وأخرى تكونت بعد الحكم ، فالمراكز الأولى التي تكونت قبل الحكم لا يمسها الحكم الصادر بعدم الدستورية ، بينما المراكز القانونية الثانية التي تكونت بعد صدور الحكم بعدم الدستورية عليها أن تعمل اثر هذا الحكم ، فضلاً عن ذلك فان الأثر المنشي للحكم الصادر بعد الدستورية من شانه أن يضعف فعالية الرقابة على دستورية القوانين .

فهذه الرقابة تهدف إلى حماية الدستور من خروج القانون عليه ، وهذا الهدف يقلل من أمكانية إصدار قوانين غير دستورية ، حتى تثبت الطبيعة المنشئة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، فان ذلك معناه بقاء تطبيقات تلك القوانين غير الدستورية سارية في الماضي ، وفي ذلك أهدار واضح لمبدأ الشرعية القانونية [٢] .

وقد وضعت المذكرة التفسيرية للدستور قيد على الأثر المباشر لأحكامها بعدم الدستورية ، إذ قررت أن الأثر المباشر للحكم لا يؤثر على حق من دفع بعدم الدستورية في الاستفادة من الحكم الصادر بعدم دستورية القانون في دعواه الموضوعية ذلك إن الفائدة العملية للخصومة القضائية يجب أن يجنيها كل ذي شأن ، ضماناً لفاعلية حق التقاضي ، ولان الترضية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية ، بمعنى سريان الحكم في حقه فقط بأثر رجعي .

ومن أهم الدول التي أخذت بقاعدة الأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية ( اسبانيا ، اليونان ، تركيا ، ورومانيا ) [٣] .

---

(١)حكم المحكمة الدستورية في الدعوى الدستورية،جلسة ٢٠٠٥/٦/١٣،الجريدة الرسمية ، العدد ٢٦٩٢ ، بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٢،نقلاً عن د. شعبان احمد رمضان ،الدعوى الدستورية في النظام الدستوري،المصدر السابق ، ص ٢١٠

(٢) د. مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ٩٤

(٣) د. شعبان احمد رمضان ، المصدر السابق ، ص ٢١١

إذ تلجأ دساتير الدول التي أخذت بالأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية ، إلى الحد من السلبيات الناتجة عن تنفيذ الحكم بأثر فوري ومباشر وذلك من خلال :-

* سريان الحكم بعدم الدستورية على محكمة الموضوع والتي أثير بشأنها الدفع بعدم الدستورية والتي أحيلت إلى المحكمة الدستورية وأصدرت هذه المحكمة حكمها بعدم الدستورية بغرض استفادة المدعي في الدعوى وفي ذلك كفالة لحق التقاضي .

* يجوز للمحكمة الدستورية أن تحدد تاريخاً أخر لنفاذ حكمها غير الأثر المنشئ بان تشمل حكمها بالأثر الرجعي في هذه الحالة ، فان النص المحكوم بعدم دستوريته لا ينتج أثره وتزول قوته القانونية منذ صدوره [1].

---

(١) د. مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ٩٥

## (( المطلب الثاني ))
## الأثر الكاشف الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية

يقصد بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية أن القانون المحكوم بعدم دستوريته يعتبر منعدم القيمة القانونية من وقت صدوره لا من وقت صدور الحكم أي إن أثرهُ ينسحب على كافة المراكز القانونية التي أنشأت بموجبه وعلى الأوضاع والحقوق والواجبات التي تقررت في ظلهِ[١].

إن الأحكام القضائية بصورة عامة تعتبر كاشفة وليس منشئة ، فهي لا تنشئ الحق وإنما تكشف عن وجوده ، لذلك فان المحكمة حين تقضي بعدم دستورية تشريع معين مع ما يترتب على ذلك من إلغائهِ وبطلانه ، فإنها لا تنشئ هذا البطلان وإنما تقرر شيئاً قائماً بالفعل بحكم هذا الدستور ، فالتشريع الباطل لمخالفته الدستور يعتبر باطلاً منذ وجوده لأنه انشأ مخالفاً للدستور والنص التشريعي لا ينشأ صحيحاً إلا باتفاقهُ مع الدستور والحكم بعدم دستورية هذا النص يعني تعارضهُ مع الدستور ، لذلك فان الحكم بعدم الدستورية يعد كاشفاً وليس منشأ فان هذا الحكم يقرر حقيقة وهي نشأة النص التشريعي وبه العيب الدستوري [٢] .

ذهب غالبية الفقهاء إلى القول إن الحكم بعدم الدستورية له اثر رجعي فهو النص الذي يقضي بعدم الدستورية كأن لم يكن ، أي كأن لم يصدر مطلقاً ، ويجب تحديد اثر الحكم من تاريخ صدور النص ، وليس من تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية ، لذلك فان أنصار هذا الرأي ذهبوا إليه قبل التعديل الذي حصل على المحكمة الدستورية العليا ومازالوا متمسكين به بل أكثر إصراراً عليه .

فان أهم حجج هذا الرأي هي : -

١-إن المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا جاءت حاسمة في التعبير عن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية .

٢-إن الأحكام القضائية هي كاشفة بطبيعتها وليست منشئة .

٣- إن عدم الرجعية تؤدي إلى وجود أوضاع غير مقبولة منطقياً .

٤- إن أحكام القضاء سواء الدستوري أو الإداري قد أقرت بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية [٣].

---

(١) د. عامر زغير محيسن ، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية ، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ٥

(٢) د. مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ٩١ – ٩٢

(٣) د. جورجي شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص ٥٤٣ – ٥٤٤

على الرغم من إن للطبيعة الكاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية من أهمية ، إلا أن هذه الطبيعة تصطدم بالنظام العام وما يفرضه من ضرورة حماية الأمن القانوني في الدولة فان الحكم له اثر رجعي بحيث يرجع أثره إلى تاريخ أنشاء القانون المقضي بعدم دستوريته وقد يتسبب في أحداث ثغره في النظام القانوني لهذه الدولة ، فالحكم بعدم الدستورية ينشأ عنه فراغ تشريعي نتيجة زوال القانون المقضي بعدم دستورية هذا الفراغ بتكرار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية سوف تتسع دائرتهُ وفي النهاية سنكون أمام نظام قانوني سرعان ما سوف تتساقط قواعده [١] .

أما بالنسبة للأحكام الجنائية فان قانون المحكمة الدستورية العليا قد أشار إلى الأثر الرجعي بالنسبة لهذه النصوص لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية للأفراد ، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية قد أصاب نصاً جنائياً لصالح متهم كان قد طبق عليه وصدر تطبيقاً له حكم جنائي حاز قوة الأمر المقضي به ، فعلى القاضي العادي أن يلتزم بتطبيق القانون الأصلح للمتهم فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون رجعنا إلى القانون الأسوأ ، وهو مالا يجوز تطبيقه على أساس أن النص الجنائي الأصلح للمتهم يجب الاستمرار في تطبيقه أعمالاً لمبدأ عدم رجعية نصوص التجريم وبناءاً على ذلك يطبق الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائي أصلح للمتهم[٢] .

---

(١) د. مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ٩٤

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين، ط١، دار الجامعة الجديدة ، جامعة الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٩٨

إن الاعتراف بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية مسالة ثابتة تقررها جملة من المبررات وهي :-

**أولاً : - <u>الطبيعة الكاشفة للحكم</u> :-**

إن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية لا تختلف عن غيرها من أحكام المحاكم الأخرى بأنها ذات طبيعة كاشفة ، فالمحكمة حينما تقضي بعدم دستورية تشريع أو لائحة فهي بذلك لا تستحدث ولا تنشئ مركزاً أو وضعاً لم يكن موجوداً من قبل ، بل أنها تقرر شيئاً قائماً فعلاً يكشف عن حكم الدستور في النص المطعون فيه والمعروض عليها لبيان مدى مطابقته للدستور فقد بينت المحكمة الدستورية في مصر بقولها ( الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة مما يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثراً رجعياً كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة )

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد بينت بقولها ( إن الحكم يكشف عن حقيقة العمل التشريعي المعروض على المحكمة فإذا تعارض مع الدستور بمعنى انه لم يكن قانوناً بالمعنى الفني وان النتيجة الحتمية لهذا التصور هو القول بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية [١].

**ثانياً : - <u>الأثر الرجعي يفرضه مبدأ جدية الدفع بعدم الدستورية</u> :-**

أن الدول التي تأخذ بالرقابة الدستورية بطريق الدفع الفرعي فان الحكم بعدم الدستورية لكي يكون جدياً أو منتجاً يجب أن تكون المسالة الدستورية متعلقة بنصوص قانون أو لائحة يراد تطبيقها على الدعوى الأصلية على وجه من الوجوه ، وان الحكم بعدم الدستورية يجب أن ينتفع منه صاحب الشأن في دعوته بشكل موضوعي وان عدم تبني رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية معناه عدم استفادة رافع الدعوى الدستورية من الحكم الصادر بعدم دستورية النص الذي يحكم دعواه الأصلية ، ويتعين على قاضي الموضوع أن يطبق النص التشريعي أو اللائحي الذي يقضي بعدم دستوريته على الدعوى المطروحة أمامه لكونها تتعلق بوقائع سابقة على صدور حكم المحكمة ، فلا معنى لوقف أو تأجيل الدعوى أمام محكمة الموضوع وإحالة الأمر للمحكمة الدستورية إذا كان صاحب الدعوى الأصلية سوف لا ينتفع من الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص الذي يحكم دعواه الموضوعية [٢] .

---

(١) د. بشير علي الباز ، اثر الحكم بعدم الدستورية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٣٠

(٢) د. عامر زغير محيسن ، المصدر السابق ، ص ٦

**ثالثاً : - <u>عدم رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية يتناقض مع حق التقاضي</u> :-**

إن مقتضى حق التقاضي أن يكون لكل فرد حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي لعرض مظالمه بغية الحصول على حقوقه كاملة وفقاً للقانون ، أي إن الغاية النهائية التي يحققها حق التقاضي تتمثل بالترضية القضائية ، فالخصومة القضائية غايتها اقتضاء منفعة أقرها القانون ، ولان أعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية هو الذي يحقق لصاحب الطعن الفائدة العملية من دعواه الدستورية فانه بذلك يحقق الفائدة من الخصومة القضائية في دعواه بعدم دستورية النص التشريعي أو اللائحي والقول بخلاف ذلك يجعل من حق التقاضي غير مجد ومجرداً من مضمونه [١].

إن المشرع أجاز للمحكمة أن تحدد تاريخاً أخر لسريان اثر حكمها الصادر بعدم الدستورية ويكون غير تاريخ صدور القانون ،سواء كان هذا التاريخ سابقاً على صدور الحكم ، أو لاحقاً لصدور الحكم أو القانون ، بمعنى إن رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية قد تكون رجعية جزئية أو نسبية وليست مطلقة فتلغي بذلك أثار القانون التي رتبها بالماضي لا كلها أو أنها تقرر لحكمها اثر فوري وان تجعل من هذا الأثر موقوف على اجل معين ومن الدول التي أخذت بالأثر الرجعي هي ( الولايات المتحدة الأمريكية ، ايطاليا ، ألمانيا ، البرتغال ، الكويت ) [٢] .

---

(١) د. بشير علي الباز ، المصدر السابق ، ص ٣٨

(٢) د. عامر زغير محيسن ، المصدر السابق ، ص ١٣

## (( المبحث الثالث ))

## النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية

سنتطرق في هذا المبحث إلى النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية القوانين في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية وقضاء المحكمة الاتحادية العليا في مصر وقضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق وذلك من خلال ثلاث مطالب : -

### (( المطلب الأول ))

### النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في نظام الولايات المتحدة الأمريكية

إلى غاية سنوات الثلاثينيات من القرن العشرين كانت معظم الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا تسري بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النص الذي تم الحكم بعدم دستوريته، إلا انه بعد هذا التاريخ أصبحت غالبية الأحكام تصدر بأثر فوري ومستقبلي ، خاصة بدءاً من سنوات الستينيات لما كانت المحكمة العليا تحت رئاسة القاضي وارن (warren ) حيث أصبحت الأحكام تنظر إلى الأضرار الجسيمة التي خلفتها الآثار الرجعية لإلغاء النصوص ، خصوصاً في النصوص المتعلقة بالعقود والقضايا الجنائية والأحوال الشخصية ولم يكن هذا الموقف القضائي يختلف من زمن لأخر إلا في غياب نص صريح في الدستور الأمريكي ، لذلك كانت ظروف كل قضية هي المتحكمة في الأثر الرجعي أو الفوري [1].

عبرت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في حكم صادر لها عام ١٨٨٦ حيث بينت ، إن التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الإطلاق فهو لا ينشي حقوقاً ، ولا يرتب واجبات ، ولا يمنع حماية ، ولا ينشئ وظيفة .

---

(١)د.عمار كوسة ، المصدر السابق ، ص ١٠٦

وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً وكأنه لم يصدر أصلا وقد عملت المحكمة الاتحادية العليا بقاعدة الأثر الرجعي في معظم أحكامها حيث قررت براءة المتهمين استناداً إلى عدم دستورية قانون الإصلاح الصناعي وما يترتب عليه من سقوط التنظيم اللائحي الصادر في ظله [١] .

إن من أهم ايجابيات وسلبيات الأثر الرجعي والفوري للحكم بعدم الدستورية فقد كان للمحكمة الاتحادية العليا موقفاً من عدم الرجعية حيث بينتها في ثلاث نقاط : -

١- القرار الذي لا يطبق بأثر رجعي يكون مؤكداً لمبدأ قانوني جديد .

٢- يجب اخذ المزايا والعيوب لكل قضية على حدا ، وهل تطبيق الأثر الرجعي سيخدم القرار بعدم الدستورية أم سيعرقله .

٣- إن أعمال الأثر الرجعي سيؤدي إلى نتائج ظالمة بحق من اعتمدوا على وجود القانون قبل تقرير عدم دستوريته .

وخلاصة لهذه الدراسة فان الرأي الغالب في الفقه الأمريكي يرى أن الدستور لم ينص على تطبيق قرار عدم الدستورية بأثر فوري أم رجعي وان كلاهما يتفق مع المادة الثالثة من الدستور الأمريكي وهو ما يتيح للمحكمة التعامل بمرونة مع كل قضية على حدا ، ولو مع وجود نظام السوابق القضائية الذي يعد مبدأ مرناً وليس جامداً [٢] .

---

(١) د. مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ١٠٠

(٢) د. عمار كوسة ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ – ١٠٨

## (( المطلب الثاني ))
## النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في النظام المصري

إن التاريخ الذي يبدأ منه أعمال اثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية قانون أو لائحة يمر بمرحلتين : -

**المرحلة الأولى :- <u>النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في نص المادة ( ٤٩ ) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها</u> .**

نصت المادة ( ٤٩ ) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ( ٤٨ ) لسنة ١٩٧٩ على ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من أثار ، إذ قضت هذه المادة من قانون المحكمة إن (( يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كان لم يكن ، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لأجراء مقتضاه )) ظاهر هذا النص يبين إن الحكم الصادر بعدم الدستورية في غير المجال الجنائي ، لا يسري سوى بأثر مباشر أي إن النص المقضي بعدم دستوريته يظل صحيحاً منتجاً لكافة أثاره من تاريخ صدوره وحتى اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، أما النصوص الجنائية تنطبق بصورة استثنائية بأثر رجعي [١] .

يثار التساؤل عما إذا كان الحكم الصادر بعدم الدستورية يطبق بأثر رجعي أي له طبيعة كاشفة أم يسري بأثر فوري وينفذ بالنسبة للمستقبل فقط أي له طبيعة منشئة ؟ وللإجابة على التساؤل يقتضي بيان موقف القضاء الدستوري في مصر وموقف المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن :-

---

(١)د مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ١٠١ – ١٠٢

**أولاً :- موقف القضاء الدستوري في مصر :-**

انقسم القضاء الدستوري في مصر بشأن تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا إلى فريقين نادى الفريق الأول بالأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية ، بينما نادى الفريق الثاني بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية .

**الاتجاه الأول :- الأثر الفوري المباشر بعدم الدستورية :-**

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الحكم بعدم الدستورية يعد منشئاً وليس كاشفاً فان هذا الحكم يسري بأثر فوري ومباشر من اليوم التالي لنشره ولا يسري بأثر رجعي أي لا ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره إلا إذا كان متعلقاً بنص جنائي وان أهم الحجج التي استند أليها :-

١- أن نص المادة (٤٩) واضح وهو يفرق بين النصوص الجنائية أي تطبق بأثر رجعي وبين النصوص الغير جنائية أي تطبق بأثر فوري ومباشر .

٢- إن المرجع في فهم نصوص القانون ليس المذكرة الإيضاحية الأولى التي صاحبت المشروع والتي تأتي من المحكمة وإنما تقرير اللجنة التشريعية التي ضمنت التصور النهائي لمشروع القانون .

٣- إن تطبيق الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يهدد الاستقرار القانوني والمراكز القانونية المستقرة منذ زمن طويل [١] .

**الاتجاه الثاني :- الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية :-**

يذهب الاتجاه الغالب بالقضاء الدستوري المصري إلى أن الحكم الصادر بعدم الدستورية كباقي الأحكام القضائية يكون ذو طبيعة كاشفة وليست منشئة فهو يكشف عن النص الدستوري الذي يلازم النص التشريعي منذ صدوره ولا ينشئه ومن ثم إن الحكم بعدم الدستورية لا يقتصر على المستقبل فقط وإنما ينسحب بأثر رجعي ليعمل بشان الوقائع التي نشأت في ظل التشريع المحكوم بعدم دستوريته [٢] .

---

(١) د. مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ – ١٠٤

(٢) د. مها بهجت يونس ، المصدر نفسه ، ص ١٠٤

إن من أهم حجج هذا الاتجاه :-

١- إن نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية يؤكد إن الأثر الرجعي لهذا الحكم وما ورد في نص المادة (( عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية )) لا يعني إن لهذا الحكم اثر فوري ومباشر وإنما هو نص موجه لجميع سلطات لدولة .

٢- إن النص الذي يقضي بعدم دستوريته لا يطبق من اليوم التالي لنشر الحكم ليس بالنسبة للمستقبل فقط وإنما للوقائع والعلاقات السابقة لا يطبق عليها أيضاً .

٣- إن القول بان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يهدد الاستقرار القانوني والمراكز القانونية المستقرة منذ زمن طويل ، فهو قول مردود لان نص المادة ( ٤٩ ) قد اخرج الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة بأحكام قضائية نهائية أو بالتقادم من نطاق الأثر الرجعي وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء [١] .

لذلك فان الرأي السائد في القضاء الدستوري في مصر هو التمسك بالأثر الرجعي للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وهذا ما جاء في نص المادة ( ٤٩ ) من قانون المحكمة قبل تعديله .

**ثانيا :- <u>موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر</u>:-**

إن الاتجاه التي ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا والتي أكدت على إن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ أنها لا تستحدث ولا تنشئ مراكز أو أوضاع لم تكن موجودة من قبل بل تكشف عن حكم الدستور في القانون وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره ، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثراً رجعياً كنتيجة حتمية للطبيعة الكاشفة وبيان وجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره [٢] .

لذلك فقد استقر الفقه والقضاء على رجعية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية

---

(١) د.شعبان احمد رمضان ، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠

(٢) د. عامر زغير محيسن ، المصدر السابق ، ص ١٤

**المرحلة الثانية : - <u>النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ضوء المادة ( ٤٩ ) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها</u> :-**

إن المشرع المصري عبر عن مخاوفه من خلال تعديله لنص المادة ( ٤٩ ) من قانون المحكمة الدستورية العليا بموجب قانون رقم ( ١٨٦ ) لسنة ١٩٩٨ لتكون بالشكل التالي (( يترتب على الحكم بعدم الدستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم تاريخاً أخر ، على إن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثراً فورياً وذلك دون الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص )) .

من خلال المذكرة الإيضاحية لقانون التعديل يتبين إن الغاية من هذا التعديل هو وضع حد للمحكمة الدستورية العليا في تطبيق الأثر الرجعي وإيجاد حلول للصعوبات التي يثيرها هذا المبدأ في مجال التطبيق [١] .

لذلك سوف نعرض موقف القضاء الدستوري في مصر من هذا التعديل ومن ثم موقف المحكمة الدستورية العليا : -

**أولاً :- <u>موقف القضاء الدستوري في مصر</u> : -**

اختلف القضاء بشان الإضافة أو التعديل التي ادخلها نص المادة ( ٤٩ ) فبعضهم يرى إن المشرع ذهب للاتجاه الذي كان يرى إن نص المادة ( ٤٩ ) لا يرتب على الحكم بعدم الدستورية سوى اثر مباشر بحيث أصبح الأصل بعد التعديل هو الأثر المباشر لحكم عدم الدستورية والاستثناء هو الأثر الرجعي الذي يجوز للمحكمة أن تقرره في حكمها طبقاً للنص بعد تعديله ، فالتعديل بالنسبة لهذا الجانب منع الأثر الرجعي والتي استقرت المحكمة الدستورية العليا على الأخذ بها في أحكامها الصادرة بعدم الدستورية بينما يرى البعض الأخر إلى انه حتى بعد التعديل فان ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا من سريان أحكامها الصادرة بعدم الدستورية بأثر رجعي مازال هو الأصل والاستثناء هو ما يحدده الحكم من تاريخ أخر لسريان أثره ، فالتعديل لم يمس القاعدة الأصلية التي استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا وإنما وسع من اختصاصها حيث منح تحديد تاريخ أخر لبدء أعمال اثر حكمها .

---

(١) د.عامر زغير محيسن ، المصدر السابق ، ص ١٥

**ثانياً : - موقف المحكمة الدستورية العليا : -**

إن المحكمة الدستورية العليا لم توضح صراحة موقفها من مضمون هذا التعديل وحقيقة تفسيرها له ومدى تمسكها بقاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية أو تحولها إلى قاعدة الأثر الفوري المباشر لهذا الحكم ، لكن مع ذلك يمكن أن نبين إن أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بعد التعديل أخذت بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية كنتيجة حتمية لطبيعتها الكاشفة [1] .

## (( المطلب الثالث ))

## النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في النظام العراقي

إن النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا العراقي مرَّ بعدة قوانين ومنها :-

**أولاً : - القانون الأساسي لعام ١٩٢٥ : -**

كانت المادة (٨٦) من القانون الأساسي قبل التعديل نص على أن (( لكل قرار يصدر من المحكمة العليا مبيناً مخالفة احد القوانين أو بعض أحكامه لإحكام هذا القانون الأساسي يجب أن يصدر بأكثرية ثلثي أراء المحكمة وإذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون أو القسم المخالف منه لهذا القانون الأساسي ملغياً من الأصل ))

أثار نص المادة ( ٨٦ ) من القانون الأساسي تساؤلاً في القضاء الدستوري العراقي حول المقصود بهذا التعبير فهل يقصد به أن يصبح القانون المحكوم بعدم الدستورية باطلاً وملغياً من يوم صدوره وبالتالي ينفذ الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة العليا بأثر رجعي ؟ أم يقصد به إلغاء القانون يكون قطعياً وباتاً من تاريخ صدور المحكمة بعدم دستوريته بمعنى أن ينفذ الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري ومباشر .

إذ اتجه بعض الفقهاء إلى ترجيح الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية أي إن الإلغاء يكون من تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية ، لكن اتجه البعض الأخر من الفقهاء إلى أن إلغاء القانون المخالف للدستور يجب أن يكون بأثر رجعي .

---

(١) د.مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ١١٢- ١١٣

وهو ما يتفق مع طبيعة الأحكام القضائية كونها كاشفة وليست منشئة ، فالمحكمة العليا حين تقضي بعدم دستورية قانون ، فهي لا تستحدث جديداً بل أنها لا تفعل سوى الكشف عن العيب الدستوري الذي لحق القانون منذ ولادته ، وبالتالي لابد أن يكون حكم الإلغاء بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور القانون الذي ولد باطلاً لمخالفته للدستور ، وهذا هو الرأي المأخوذ به وهو الرأي الراجح [١] .

**ثانياً : - <u>دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥</u> : -**

نصت المادة ( ٩٣ ) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا والتي من بينها اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ، وجاءت المادة ( ٩٤ ) من الدستور نفسه لتبين إن هذه القرارات باتة وملزمة للسلطات كافة ، إلا أنها لم ترتب حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة المخالفة للدستور .

ومن خلال الرجوع إلى نصوص هذا القانون نجد نص المادة ( ٤ / ثانياً ) أن المحكمة لها حق إلغاء القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر التي تتعارض مع أحكام الدستور ، إلا انه لم يبين النطاق الزمني لسريان حكم المحكمة فهل يكون بأثر رجعي أم مباشر ؟ في هذه الحالة يقضي أن يكون حكم الإلغاء كاشفاً وليس منشئاً وعليه يسري حكم الإلغاء بأثر رجعي يرجع إلى تاريخ صدور القانون أو النظام المحكوم بعدم دستوريته مع مراعاة المراكز القانونية عند صدورا لحكم بعدم الدستورية [٢] .

---

(١)د. مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ١١٦ – ١١٧

(٢)د.عامر زغير محيسن ، المصدر السابق ، ص ١٧ – ١٨

## الخاتمة

بعد أن وصلنا إلى نهاية البحث في موضوع ( اثر الحكم بعدم دستورية القوانين ) سنعرض أهم النتائج التي توصل إليها البحث ، وكذلك أهم التوصيات المقترحة من خلال الأتي : -

**أولاً : - <u>النتائج</u>**

١- أن الحكم بعدم دستورية القوانين هو حكم كاشف لعيب النص منذ بداية وجوده فهو يعتبر أجراء من إجراءات الخصومة تم في شكل قانوني معين يحدده قانون المرافعات عبر ضمانات لا توجد في غيره من القرارات التي يصدرها القاضي فهو يخضع في صحته وبطلانه للقواعد العامة .

٢- يعتبر القضاء الدستوري في الرقابة الدستورية رقابة امتناع فهو لا يلغي و لا يبطل القانون فكل ما يقوم به القاضي هو عدم تطبيق النص أذا ما حكم بعدم دستوريته .

٣- أن من أهم النتائج المترتبة على الحكم بعدم دستورية القوانين أن الحجية تكون مطلقة وان الحكم بعدم الدستورية يكون ملزماً لكافة سلطات الدولة والأشخاص فلا يقتصر على أطراف الدعوى فقط وإنما يشمل من كانوا أطرافاً في الدعوى ومن لم يكونوا طرفاً فيها .

٤- إن النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الدستورية يحدد التاريخ الذي تمتد إليه أثار الحكم والوقوف على أذا ما كانت تلك الأحكام تنفذ بالنسبة للمستقبل أم لها اثر رجعي فان سريان الحكم يكون بأثر فوري ومباشر من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية أو في تاريخ لاحق تحدده المحكمة ولا يسري بأثر رجعي إلا في المجال القضائي .

٥- إن موقف المشرع العراقي مازال غامضاً بالنسبة لمبدأ الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وذلك لعدم معالجته بالدستور أو في قانون المحكمة الاتحادية الأمر الذي يقضي بتغليب مبدأ رجعية اثر الحكم ما لم تجتهد المحكمة من الأحكام ما يخفف من سطوة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية .

٦- أن مسالة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية لها تأثير على صحة العلاقات والتصرفات القانونية التي نشأت واستقرت في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته فهل تبقى هذه التصرفات والعلاقات صحيحة قانوناً طبقاً لقاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية أم تصبح هذه التصرفات والعلاقات باطلة كان لم تكن طبقاً لقاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية فقد اختلفت الأنظمة الدستورية في تحديد النطاق الزمني ففي الولايات المتحدة الأمريكية فقد استقر

فقهاً وقضاءً على الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية لكن هذه القاعدة تثير العديد من الإشكالات القانونية إذ يجب أن تتقيد هذه القاعدة مع الوجود الفعلي للقانون قبل القضاء بعدم دستوريته .

أما في مصر فان تحديد النطاق الزمني للحكم بعد التعديل تقر بسريان الحكم بأثر رجعي باستثناء الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بالتقادم ما لم تحدد المحكمة الدستورية العليا تاريخاً أخر لسريان اثر الحكم في المستقبل .

أما في العراق فان النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ظل دستور جمهورية العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ يقضي بان يكون حكم الإلغاء كاشفاً وليس منشئاً أي يرجع إلى تاريخ صدور القانون المحكوم بعدم دستوريته مع مراعاة المراكز القانونية عند صدور الحكم بعدم الدستورية .

**ثانياً : - <u>التوصيات</u>**

١- أن النص صراحةً في الدستور على تقرير الحجية المطلقة لإحكام المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية لضمان احترام سلطات الدولة والكافة لهذه الحجية وعدم الخروج عليها .

٢- ضرورة النص صراحة في الدستور على تحديد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا وهو ما يتفق مع الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في ظل دستور الجمهورية العراقية لعام ٢٠٠٥ .

٣- أن يكون للحكم الصادر بعدم دستورية النص القانوني اثر رجعي من تاريخ صدور ذلك النص ما لم تقرر المحكمة تنفيذه من تاريخ صدور حكمها .

٤- في حالة تبني المحكمة للأثر المباشر يجب أن تراعي حق المدعي في الاستفادة من اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية وان يكون للحكم الصادر اثر رجعي في كل الأحوال إذا كان متعلقاً بنص جنائي واعتباره كان لم يكن ويستثنى من الأثر الرجعي الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة بحكم قضائي بات .

## قائمة المصادر


* القران الكريم
* ابن منظور ، لسان العرب : دار إحياء التراث - بيروت ، المجلد الثاني - ط ١ – ١٩٩٧
* د. احمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط ١٣ ، منشأ المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠
* د . بشير علي الباز ، اثر الحكم بعدم الدستورية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠١
* جورجي شفيق ساري،أصول وأحكام القانون الدستوري،ط٤ ،دار النهضة العربية ،القاهرة ٢٠٠٢
* د. سعيد خالد جباري ، الموجز في أصول قانون القضاء المدني ، ط ٢، البحرين ٢٠٠٤
* د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٠
* د. شعبان احمد رمضان ، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري ، دراسة مقارنة ، ط١، جامعة أسيوط ، ٢٠١٤
* د. صبري محمد السنوسي ، أثار الحكم بعدم الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠
* د. عامر زغير محيسن ، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية رسالة ماجستير، جامعة بغداد ، ٢٠١٠
* د. عمار كوسة ، منازعات القانون العمومي ، رسالة ماجستير ، جامعة محمد لمين ، دباغين سطيف ، الجزائر، ٢٠١٤
* محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣
* د. محمد جمال عثمان، اثر الحكم الصادر في المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٠
* د. محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين، ط١، دار الجامعة الجديدة ، جامعة الإسكندرية ، ٢٠٠٩
* د. مها بهجت يونس ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦