تسوية اختلال الامن الدستوري (دراسة في الجوانب القضائية)

المدرس الدكتور مروان حسن عطيه العيساوي

جامعة جابر بن حيان الطبية/ كلية الطب

marwan.h@jmu.edu.iq

07812957004

The settlement of the constitutional security imbalance (A study in judicial aspects)

الكلمات الافتتاحية :
الامن الدستوري، القضاء الدستوري، الاستقرار النسبي، التوقع المشروع.

Keywords :
settlement , constitutional, security, imbalance , judicial aspects

Abstract

The principle of constitutional security is built on the idea of finding a higher framework of texts and extracted from the constitutional principles that cannot be compromised to protect the political, economic, social and cultural standards that are regulated by the content of the constitution and its apparent and implicit connotations, from the possibility of being compromised by its sponsors, in the sense of devising an idea of high content and sanctification that includes providing supervision over the authorities concerned with the protection of constitutional texts, as a result of the increase in constitutional violations and circumventing the supremacy of constitutional texts with legal stratagems, especially from the constitutional judiciary, specifically through the mechanism of interpretation, on which constitutional standards are built, which requires finding the necessary means and mechanisms to restore the quorum for this security and its settlement. Based on that, the focus has been done on studying the constitutional judicial aspects to clarify the means of settling the prejudice to constitutional security.

الملخص

يبنى مبدأ الامن الدستوري على فكرة ايجاد اطار اعلى من النصوص ومستخلص من المبادئ الدستورية لا يمكن المساس به لحماية المعايير السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنتظم بمضمون الدستور ودلالاته الظاهرة والضمنية، من إمكانية المساس بها من قبل الجهات الراعية

له، بمعنى استنباط فكرة عالية المضمون والتقديس تتضمن توفير الرقابة على الجهات المعنية بحماية النصوص الدستورية، نتيجة زيادة الخروقات الدستورية والالتفاف على سمو النصوص الدستورية بحيل قانونية، ولا سيما من القضاء الدستوري، وتحديداً عبر مكنة التفسير، التي تبتنى عليها المعايير الدستورية، ما يتطلب إيجاد الوسائل والاليات اللازمة لإعادة النصاب لهذا الامن وتسويته، وانطلاقاً من ذلك تم التركيز على دراسة الجوانب القضائية الدستورية لبيان وسائل تسوية المساس بالأمن الدستوري.

المقدمة :

يكرس الامن الدستوري القدرة على توفير مصادر حماية مضاعفة لمختلف الأشخاص القانونية على مستوى الحقوق والحريات الدستورية او تنظيم السلطات والعلاقة بينها، عبر دوره في تحييد الاخطار المتأتية من النصوص ذاتها او من الجهات المراد لها توفير الحماية، ما جعل الاستفادة منه ممكن، لا بل ضروري بصفته معياراً ذا طبيعة مزدوجة لضبط كفاءة التشريعات المزمع تشريعها والممارسات من جهة، واساساً يمكن الاستناد اليه في اجراء مراجعة شاملة للمنظومة التشريعية القائمة وتهذيبها بالصورة التي تضمن فاعليتها من جهة أخرى. وتزداد أهميته عندما يكون جوهره كامن في مراعاة التوازن بين الثبات والمرونة في النظام القانوني للدولة، هذا التوازن الذي يتيح للأشخاص بالتطلع الى المستقبل وفق رؤى مدروسة، عليه فأن تكريس هذا الامن سيقود حتما الى حفظ حقوق الانسان بشكل مستقر، كما سيفتح بلا شك افاقاً واسعة لاستنباط او استحداث حريات وحقوق جديدة[1]. لا محيص عن تسوية اختلال الامن الدستوري، والتي يكمن أساسها بفكرة الشرعية الدستورية، ومن ثم يتوجب على القضاء الدستوري معالجة مظاهر هذا الاختلال، كونه الجهة التي تكمن فلسفة وجودها بحماية المعايير الدستورية الظاهرة والضمنية، غير ان هذا الدور يحمل في ثناياه مظهرين سلبي وايجابي، ومن ثم تكمن إشكالية هذا الموضوع بكون ان المساس بالأمن الدستوري قد يتأتى من أكثر الجهات الفاعلة في حمايته، اذ يمثل عدول المحكمة الاتحادية العليا عن اجتهادٍ سابقٍ لها مساساً بما تم بناؤه عليه، سواء بصدور تشريع ام حكم قضائي من المحاكم الأدنى درجة، بناءً على

الزامية الحكم القضائي الدستوري، وهو تهديد خطير لاستقرار المراكز القانونية واحترام الحقوق المكتسبة، ولطريقة ممارسة السلطات العامة لمهامها، فكيف يتم ضمان الامن القضائي الدستوري، في ظل إمكانية العدول الدستوري وعدم تقييد أثره الرجعي؟ ومن جانب اخر يثير هذا الموضوع مشكلة تتعلق بكيفية اثبات الأوضاع او المظاهر التي تمثل مساساً بالأمن الدستوري؟ وما هي المقومات المطلوبة لإعادة تقويمه؟ في سياق أهمية الموضوع واشكاليته وبهدف الوصول الى التسوية مدار موضوع البحث اتبعنا المنهج التحليلي الوصفي القائم على دراسة حيثيات الموضوع من الجانب القضائي المرتبط بقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق في ظل دستور جمهورية العراق لعام 2005 وقانونها رقم 30 لسنة 2005 عبر دراسة إمكانية تأثير هذه الاحكام في تضعيف الحماية الواجب اضفاءها على النصوص الدستورية وسبل إعادة تسويتها. سيتم معالجة إشكالية البحث عبر تقسيمه الى مبحثين سنتناول في الأول مفهوم اختلال الامن الدستوري عبر بيان مقتضى هذا الاختلال، ثم دراسة مظاهره، اما المبحث الاخر سنتطرق فيه الى المتطلبات اللازمة لتحقيق التسوية مدار البحث وعبر بيان الجوانب الذاتية المطلوبة ثم توضيح الجوانب القضائية ذات العلاقة.

المبحث الأول :مفهوم اختلال الامن الدستوري : يشير الإطار المفاهيمي الى بيان معنى المفاهيم الأساسية في الموضوع، لما لها أهمية في بناء وسائل تسهم في تحقيق التسوية المبتغاة، ولما كان بيان مفهوم الأفكار فرع من تصورها، اضحى لزاماً بحث المظاهر التي تثبت مكامن الاختلال المفترض، عبر تقسيم الموضوع الى جانبين، سنتناول في الأول مقتضى اختلال الامن الدستوري، في حين سنخصص المطلب الثاني الى بيان مظاهر الاختلال مدار الموضوع، ووفق الاتي:

المطلب الأول: مقتضى اختلال الامن الدستوري: تستند فكرة الامن الدستوري الى ضمان قدر من الاستقرار النسبي للقواعد الدستورية وحد أدنى من الثبات للمراكز القانونية للأشخاص بصفة عامة، ولا يعني ذلك بأي حال من الأحوال ان تبقى تلك القواعد جامدة

لا يمسها التغيير والتطور، وانما يعني ان السلطات العامة يتوجب عليها حين ممارستها لاختصاصاتها ذات الصلة بالقواعد المنظمة لعلاقات الأشخاص ومراكزهم القانونية المنشئ او المعدلة او الملغية لها، الا تقوم بذلك بشكل مفاجئ وبدون سابق انذار، كأن تقوم بتطبيق حكماً معيناً باثر رجعي، او تعدل هذه السلطات القواعد القانونية بالصورة التي تمس المراكز القانونية، ولاسيما تلك المرتبطة بالحقوق والحريات العامة. هذا المفهوم العام لمبدأ الامن الدستوري يشير الى صعوبة وضع تعريف محدد له، نتيجة ما يكتنفه من غموض، الامر الذي يقود الى إمكانية استنباط مجموعة من المباني والمعاني للمصطلح. ولما كان بيان معنى الاختلال يرتبط ارتباطاً لا يقبل الانفصال عن بيان مدلول الامن الدستوري، اذ ان الاختلال يقابل انعدام الامن الدستوري، بعبارة أخرى ان فقدان الامن الدستوري كليا او جزئيا، سيقود حتماً الى الاختلال مدار الموضوع، ومن ثم يقابل الاختلال فقدان الامن الدستوري ولو بنحوٍ نسبي لا مطلق. عليه توجب بالضرورة بيان معنى الامن الدستوري ومن ثم يكون عكسه هو المقصود بالاختلال مدار البحث، وانطلاقاً من ذلك يمكن تصنيف أبرز ما قيل في تعريف الامن الدستوري الى عدة جوانب يعتمد كلا منهما على زاوية نظر مختلفة، يمكن ردها الى ثلاثة وجهات نظر، ثم بيان رأينا وفق الاتي:

أولا: المعيار الشكلي : يقوم هذا المعيار في تعريف الامن الدستوري بالدرجة الأساس على الجوانب الذاتية والشخصية للأشخاص المخاطبين بالقواعد الدستورية، فتستند وجهة النظر هذه على الأثر الذي يمكن ان يحدثه الامن الدستوري بالنسبة للأشخاص المخاطبين بقواعده، والذي ينحصر بوجوب توفير المكنة لتوقع النتائج القانونية للتصرفات بكل وضوح، فأن تحقق ذلك تحقق لزاماً الامن الدستوري. بناء على هذا المفهوم عُرف الامن الدستوري بكونه المبدأ الذي ينجم عن القواعد القانونية النموذجية المفهومة والسهلة الوصول اليها، التي تتيح للمخاطبين توقع النتائج القانونية لسلوكياتهم، وعُرف ايضاً بأنه النظام القانونية الذي يضمن حُسن تنفيذ الالتزامات القانونية، مع وجوب ضمان قدراً معيناً من الاستقرار والثبات النسبي للعلاقات والمراكز القانونية.[2] كذلك تم بيان الامن

الدستوري وفق هذا المعيار بكونه كل ما شأنه ان يوفر للمخاطبين بالقواعد الدستورية الامكانية لمعرفة النتائج المترتبة على تطبيق النصوص، وحماية المراكز القانونية المكتسبة اصوليا من الناحية الزمنية متى ما توافرت لها عناصر صحتها.[3]

ثانيا: المعيار الموضوعي

يعتمد هذا المعيار في بيانه للأمن الدستوري على صياغة القواعد القانونية أكثر من عنصر التوقع الذي استند عليه المعيار السابق، فهو يعتمد على أسس ومعطيات القواعد الدستورية بالدرجة الأساس، فيرى هذا الاتجاه ان معنى الامن الدستوري يشير الى الفاعلية القانونية المستندة على صياغة النصوص بشكل واضح لا غموض ولا لبس فيه، مع ضرورة الرقابة على تنفيذ مضمونها، كذلك انه التزام السلطات المعنية بإصدار الأطر القانونية السليمة، وفي الاطار ذاته يفهم الامن الدستوري على انه حالة وجود او عدم وجود جوانب التأكيد لمراكز قانونية محددة.[4]

ثالثا: المعيار المختلط: جمع رأيٌ في الفقه بين مدلول كلا المعيارين السابقين في معرض بيانه لمعنى الامن الدستوري، فحسب وجهة النظر هذه فان الامن الدستوري يتحدد مدلوله بوضوح القواعد الدستورية وسهولة الوصول العقلي والمادي لمضامينها وسريانها بنحو مباشر، بما يحقق جودة النظام القانوني، وبالشكل الذي يسمح للمخاطبين والمعنين بتحديد مراكزهم القانونية والاطر التي تحكمها.[5] على الرغم من التعريفات التي طرحت للأمن الدستوري التي بينت بعض جوانبه، الا انه يتضح عدم إمكانية الإحاطة بالمضمون المتكامل له[6]؛ وتعود هذه الصعوبة في تحديد معنى هذا المبدأ؛ لكونه متنوع الدلالات ومتعدد المظاهر ويحمل في طياته عدة ابعاد، وهو ما يجعل هذا المدلول غير واضح وتحديده امرا صعباً، اذ لا يمكن سوى التحقق من وجوده في ظروف معينة وليس تعريفه بشكل مجرد.[7]

وفي ضوء الآراء السابقة يمكن ان نؤيد بقدرٍ ما، رأياً في الفقه بشأن بيان هذا المعنى، بكون الامن الدستوري هو كل ما تنطوي عليه القواعد التي تتضمن وجود إطار دستوري وقانوني متوقع يتمتع بقدر نسبي من الثبات للمراكز القانونية والضمان للحقوق المكتسبة، او انه الاطار الذي ينحصر اجمالاً بين عنصرين هما: المعرفة والتوقع او الاحتياط.[8] يمكن القول ان الدستور يمثل مجموعة من المعايير السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لمجتمع ما خلال حقبة زمنية معينة والمصاغة قانونياً (معظمها او بعضها حسب ديمقراطية الدستور) بشكل ارادة ظاهرة وضمنية، ولما كان الامن الدستوري يرتبط وجوداً بالدستور، فيمكن ان يكون هذا الامن بمثابة القدر المتوازن من الضمان والحماية التي يوفرها الدستور لتلك المعايير، بما يحفظ ثقة الجماعة والديمومة، او هو منهج الحماية اللازم توافره لكفالة الأسس والقواعد الدستورية الأساسية وكفالة الحقوق والحريات العامة، ومن ثم يكون الامن الدستوري وظيفي أكثر منه تصوري. لا تعبئ الجماعة في الاغلب الاعم بالإطار النظري او الواقع القانوني المجرد الذي تقوم عليه الاحكام الدستورية، بقدر ما تحتسب اثار هذا الحكم في اطارها العملي وضرورات الواقع، فعادة ما يتم النظر الى متولي الاحكام الدستورية بكونه ملزم بتحقيق نتيجة لا بذل عناية، وهذا النتيجة هي مدار الاحتياط لثقة الجماعة بدستورها او ما يعرف بالمشروعية السياسية للدستور، وهذه المشروعية التي لا يحوزها الدستور لمجرد وصفه حسب طريقة تكوينه بانه ديمقراطي (من قبيل دستور جمهورية العراق لعام 2005)، انما هذه المشروعية مرتبطة بتلبية حاجات الجماعة، عله فان فكرة تأسيس الاحكام الدستورية على مبدأ الامن الدستوري ينعكس إيجابا على تعزيز الثقة المشروعة (احد اركان الامن الدستوري) بالدستور، ليكون الامن الدستوري هو امن الدستور ذاته، وتكريس هذا المبدأ هو ضمان للشرعية الدستورية نفسها، عليه يكون الدستور مصدر الامن الدستوري ومرجعيته القانونية.

في ختام بيان هذا المعنى لابد ان نشير الى وجود رأياً يشكك بوجود الامن الدستوري أصلا؛ بالنظر لكون القواعد الدستورية تكون جامدة في الاغلب الاعم، ومن ثم فهي مستقرة من

ناحية المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، ولا داعي لبحث فكرة وجود الامن الدستوري من عدمه. بالإمكان القول ان وجهة النظر هذه فيها جوانب من الصحة، لكنها لا تحمل على اطلاقها، بل ان الامن الدستوري موجود وضروري للنظام القانوني في الدولة ككل، لكونه يضمن استبعاد عدم استقرار القواعد الدستورية والانعكاسات السلبية لجمودها او لتغييرها ولو بشكل غير مباشر -قضائي- على العلاقات والمراكز القانونية، وهو بذلك يشكل ضمانة ضد مزاجية التشريعات واعتباط السلطات، ومن جانب اخر يلزم النصوص بالتطور بما يتلاءم وتطور الحاجات لمواجهة المستجدات، وبذلك يحكم الامن الدستوري عمل النصوص الدستورية ولا سيما عن طريق القضاء الدستوري فيمثل هذا النوع من الامن ضابطاً وقيداً غاية في الأهمية والضرورة لآلية عمل القواعد الدستورية وبالأخص في مجال الحقوق والحريات العامة، كما ان وجود هذا النوع من الامن ضروري للقول بوجود بقية الأنواع التي تجد أساسها فيه من قبيل الامن القانوني والقضائي، اسوة بالنصوص الدستورية التي تمثل عماد واساس التشريعات والاحكام القضائية الدستورية في الدولة.

المطلب الثاني: مظاهر اختلال الامن الدستوري : تتشكل تجليات المساس بفكرة الامن الدستوري من جانب السلطة القضائية بمجموعة من التصرفات التي تأخذ مظاهر تتباين درجة قوتها، ويمكن اجمال هذه التجليات بأبرز التوجهات، وحسب الاتي:

الفرع الأول: العدول القضائي الدستوري : يعد العدول القضائي في نطاق الاحكام الدستورية، بمثابة مظهراً لاختلال الامن الدستوري، اذن ان هذا الأخير يقوم على مرتكزين يندمجان في ماهيته هما: الاستقرار النسبي والتوقع المشروع، ولما كان العدول القضائي يشير الى معنى مكنة القضاء الدستوري باستبدال الفقرة الحكمية في قرار سابق له بفقرة حكمية جديدة مغايرة للأولى في قرار جديد في الموضوع ذاته، فمن هذا المنطلق يمثل العدول مساساً باركان الامن الدستوري، فمنطقاً يعد استعمال هذه المكنة -العدول- بمثابة هدم لمرتكزات الامن، ومن هذا الباب يمثل العدول مظهراً من مظاهر الانتقاص من

الامن الدستوري. انسياقاً مع ذلك، لو قام القضاء الدستوري بتفسير نصاً معيناً ينتج عنه حكماً معيناً، فينتج هذا التفسير الدستوري معناً يندمج بتكوين النص الدستوري فيكون ملحقاً واجباً به، ويمثل صورته الظاهرة التي يبنى عليها الامن الدستوري بركنيه الثبات والتوقع المشروع. فتعمل السلطات والأشخاص عموماً على هذا المعنى الناجم عن التفسير في تنظيم العلاقات والقرارات، وبتحقق عنصر التكرار ينشئ الامن الدستوري، فان عدل القضاء الدستوري عن هذا المعنى الى معنى اخر مغاير، فيتوجب قطعاً تغيير الحكم وإعادة تنظيم العلاقات الدستورية وفق المعنى الجديد الناتج عن العدول القضائي -طبقاً لإلزامية احكام القضاء الدستوري-. من تطبيقات هذه الحالة عدول المحكمة الاتحادية العليا في العراق فيما يتعلّق بالحصانة البرلمانية، اذ في قرارها المرقم (90/اتحادية/2019) الصادر في 2021/4/28 عدلت المحكمة عن اتجاهاتها السابقة بتفسير معنى الحصانة البرلمانية لأعضاء مجلس النواب عند ارتكاب جرائم معينة، بموجب قرارها المرقم (34/اتحادية/2008)، وقصرت وجوب استحصال موافقة مجلس النواب على القبض على النائب في جريمة من نوع الجنايات غير المشهودة.

من التطبيقات الأخرى للعدول القضائي الذي يشكل مساساً بالأمن الدستوري، ما ذهب اليه المجلس الدستوري في فرنسا فيما يخص حماية الحرية الفردية، فقد أشار الى ان "... المادة (66) من الدستور عندما قضت بحماية الحرية الفردية فأنها عهدت الى السلطة القضائية بهذه المهمة الدستورية، ... ومع أهمية القضاء السابق فقد عدل المجلس الدستوري في عام 1986 عن هذا التوجه وذلك بمناسبة الإجراءات المتخذة ضد الأجانب، اذ انتهى الى ان المادة (66) من الدستور لا تحول دون النص من جانب المشرع على الإجراءات التي يجدر على السلطة الإدارية القيام بها لتوقيف الأجنبي الذي يوجد في حالة غير شرعية على إقليم الدولة الفرنسي..."[9] من هنا سيترتب حتماً مساس بعنصر الاستقرار النسبي والتوقع المشروع اللازمين لتحقيق الامن الدستوري، وبعد المساس بركن الاستقرار نتيجة التغيير بفعل العدول القضائي، سيهتز بالضرورة التوقع المشروع،

وعليه سنكون امام وضع يمثل اختلالاً للأمن الدستوري. تزداد وجهة النظر هذه بصفة خاصة اذا استعمل القضاء الدستوري مكنة العدول القضائي بشكل مفرط، فأي مؤسسة تغيير رأيها بشكل مستمر ومتكرر لا يمكن ان تكون محلا للثقة المشروعة.[10] يكمن أساس التعارض بين الفكرتين في نقطة غاية بالأهمية، الا وهي قوة الامر المقضي فيه، اذ تبنى فكرة الامن بصفة عامة بركنه -الاستقرار- على أساس التمسك بمبدأ قوة الامر المقضي فيه، بينما تقوم فكرة العدول القضائي على أساس نسخ هذا المبدأ، اعتماداً على تبني فكرة الأثر الرجعي لأحكام القضاء الدستوري. عليه يتمثل اساس علاقة التعارض بين الفكرتين مدار الموضوع، بمبدأ قوة الامر المقضي فيه، الذي يتحدد مفاده بـ "اعتبار الاحكام الصادرة من القضاء قرينة الحقيقة القانونية التي لا تقبل اثبات العكس، ولا الطعن بأي طريقة، فيما فصلت فيه من ناحية صحة شكله واحقية مضمونه"[11]. نجد باستقراء الأساس الدستوري لهذا المبدأ، ان فكرة الامر المقضي فيه تبنى على درجة البتات التي يكتسبها الحكم القضائي، اذ يتم التقاضي أمام المحكمة الاتحادية العليا على درجة واحدة، وهذا يعني أنَّ الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية غير قابلة للطعن فيها وبأي وجه من أوجه الطعن، وهذا المبدأ قد أرست قواعده المادة (48) من قانون المحكمة التي نصت على: " أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن"، كما قررت هذا المبدأ المادة (17) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا بنصها على أنَّ " الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن..... "، يتضح من ذلك أنَّ الحكم الصادر في الدعوى الدستورية يكون باتاً، والبتات هنا يدور بين معنيين: الأول هو قطعية قرارات المحكمة الاتحادية العليا؛ فهي لا تقبل أية وسيلة أو طريق للطعن، فلا يمكن مثلاً الاعتراض على الحكم الغيابي أو إعادة المحاكمة أو تصحيح القرار التمييزي، أما البتات بالمعنى الثاني فمؤداه أنَّ قرارات المحكمة الاتحادية نهائية، أي لا تتغير اتجاهات المحكمة التي استندت إليها قراراتها في المستقبل، كما أنَّ عدم القابلية للطعن تشمل جميع طرق الطعن العادية وغير العادية وسواء أكان الحكم بعدم الدستورية أم برفض

الدعوى، وبصدور الحكم تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة للمسألة الدستورية المعروضة عليها. على الرغم من ذلك فإنَّ هذا لا يمنع أن تكون للمحكمة الاتحادية العليا ولاية تكميلية في النظر في طلبات الخصوم المتعلقة فقط بتصحيح ما يقع من أخطاء مادية أو حسابية بحتة في منطوق الحكم وفقاً للمادة (167) من قانون المرافعات المدنية، فضلاً عن النظر في طلب موضوعي تكون قد أغفلته بناء على طلب صاحب الشأن وفقا للمادة (203) من قانون المرافعات المدنية، ما دام النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا قد أشار صراحة في المادة (19) منه إلى تطبيق قانون أحكام المرافعات المدنية فما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي، كما أنَّ نهائية الأحكام وعدم قابليتها للطعن لا تمنع من المطالبة ببطلان أحكام المحكمة الاتحادية العليا بسبب مخاصمة أعضاء المحكمة أو عدم صلاحيتهم [12]. في الختام يتوجب القول بان الامن الدستوري في نطاق علاقته بالعدول القضائي الدستوري لا يعني اجمالا الامن القضائي الدستوري، فهذا الاخير يتعلق بالقضاء الدستوري حصراً ويشمل القوانين العادية في علاقتها بالدستور فضلا عن التفسير، اما الامن الدستوري فيتعلق بنصوص الدستور والقوانين الأساسية فحسب، ومن هنا يلتقي الامن الدستوري بالأمن القضائي الدستوري في مجال الاحكام القضائية المتعلقة بالتفسير وفي مجال الرقابة الدستورية التي يكون محلها القوانين المُنظم أساسها في الدستور ذاته.[13]

الفرع الثاني: عدم تحديد النطاق الزمني لنفاذ الحكم بعدم الدستورية : تُعدَّ مسألة عدم تحديد نطاق سريان هذا الحكم من حيث الزمان من أهم الموضوعات التي تثار في العلاقة مع الأمن الدستوري، إذ أنَّه لا تثور أي مشكلة بشأن تحديد النطاق الزمني للحكم الصادر بدستورية القانون، أو في حال عدم قبول الدعوى الدستورية أو رفضها كونها لا تمس دستورية النص محل الطعن، أما الحكم الصادر بعدم دستورية القانون، فإنَّ هذا معناه إخراج هذا القانون من الخدمة وإدخال قانون جديد أو إحياء القانون القديم الذي ألغاه القانون المحكوم بعدم دستوريته. [14] قد يثار التساؤل عن الوقت الذي يخرج فيه القانون

المحكوم بعدم دستوريته من دائرة النظام القانوني للدولة، فهل يخرج هذا القانون من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، أم من يوم صدوره، ومن ثم فإنَّه يُعدَّ كأنه لم يصدر أصلاً ومن ثم تلغى جميع الآثار القانونية المترتبة عليه منذ تاريخ العمل به؟

إزاء خلو دستور العراق لسنة 2005 وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 من تحديد الأثر الزمني للحكم الصادر بالإلغاء، وهل هو يسري بأثر رجعي أم بأثر مباشر، فإنَّنا سنتناول ما درجت عليه المحكمة الاتحادية العليا في أحكامها الصادرة في الدعاوى الدستورية، فالقاعدة العامة بالنسبة للأحكام القضائية أنَّها كاشفة وليست منشئة، فهي لا تنشئ الحق وإنَّما تكشف عن وجوده، ومن هنا فإنَّ المنطق القانوني المجرد يحتم أن يكون للحكم الذي يصدر مقرراً عدم الدستورية بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور القانون غير الدستوري. يعد الحكم الصادر بعدم الدستورية هو كاشف عن حقيقة القانون المعروض على المحكمة، وهذا يعني أنَّ العيب الدستوري الذي لحق بالقانون موجود فيه منذ ميلاده، وما الحكم الصادر بعدم الدستورية إلا كاشف له، وهذا يعني أنَّ هذا القانون لم يكن قانونا بالمعنى الصحيح، فهو مخالف للدستور، والنتيجة المترتبة على ما سبق هو الأثر الرجعي للحكم الصادر بالإلغاء؛ فيعدُّ القانون منعدم القيمة القانونية لا من وقت صدور الحكم، وإنَّما من وقت صدوره هو، ويتضح من هذا الاتجاه أنَّ مبدأ الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية لا يسري في جميع الأحوال، فإنَّه قد يصطدم باعتبارات الواقع، كما أنَّه قد يؤدي تطبيقه في بعض الأحيان إلى نتائج غير مقبولة أو غير عادلة مما يقتضي التغاضي عنه تفادياً لتلك النتائج، إذ إنَّ تطبيق المبدأ بكل أبعاده يمكن أن يخلق أوضاعاً غير مرضية أو تؤثر تأثيراً سيئاً على أوضاع مستقرة[15]، ومن جانب آخر فقد استقرت أحكام المحكمة الاتحادية العليا بأنَّ الحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه، ينتج أثره اعتباراً من يوم صدوره، وهو ما يسمى بالأثر المباشر، بمعنى أنَّ القاعدة القانونية التي تضمنها النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته تظل حاكمة للوقائع التي حدثت في الماضي، أي قبل نشر الحكم بذلك ولما كانت شرعية الجرائم

والعقوبات تمثل أحد ملامح الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، فإن الحكم الصادر بالإدانة بالمخالفة لهذه الشرعية لا ينال أية حجية ولو حاز قوة الأمر المقضي، وذلك لأن اعتبارات الشرعية الدستورية تتفوق على اعتبارات قوة الأمر المقضي، وعليه فاذا صدر حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون، ففي هذه الحالة تعد الأحكام الجنائية الباتة التي صدرت استناداً إلى ذلك النص – الذي حكم بعدم دستوريته – كأن لم تكن. يمثل هذا الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه –باستثناء الأحوال الجنائية المذكورة سلفاً، اهم المخاطر التي تؤدي الى الاخلال بمتطلبات الامن الدستوري، ويقصد به تطبيق الحكم القضائي الجديد على جميع الخصومات دون مراعاة لتاريخ وقائعها، بالنظر لان المفروض في الحكم القضائي انه يعكس حالة الدستور دائماً، ومن ثم فأنه يسري على جميع المنازعات بما فيها التي وقعت قبل صدوره. تجدر الإشارة الى ان نطاق العلاقة بين الأثر الرجعي للأحكام الدستورية وبين الامن الدستوري يتحدد في مجال الاحكام المتضمنة عدم الدستورية او الرفض الموضوعي للدعوى؛ لان الاحكام التي تقر الدستورية لا تؤثر حتماً على المراكز القانونية الحقوق المكتسبة، ومن ثم لا يكون هناك مساساً بمتطلبات الامن الدستوري، بخلاف الاحكام التي تقر عدم الدستوري، اذ سيكون هناك فارقاً زمنياً بين نفاد القانون وتطبيقه وبين تقرير عدم دستوريته من القضاء الدستوري، الذي يتطلب إقامة دعوى دستورية التي تمر بمراحل خلال فترات زمنية، سينشئ او يعدل خلالها مراكز قانونية، فان صدر الحكم بعدم الدستورية واقر اثره الرجعي، سيكون هناك اختلالا بتلك المراكز ومساساً بالحقوق، لذا سيتحدد مجال بحثنا في دراسة علاقة تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية بالأمن الدستوري. تتمثل ابرز سلبيات تقرير هذا الأثر في نقطة مساسه بمتطلبات الامن الدستوري، في المساس بالحقوق المكتسبة، ويراد باحترام هذه الحقوق "كل وضع قانوني تتحصن بموجبه المنفعة التي يحصل عليها الشخص وفق تقرير قضائي دستوري". ومن ثم لا يجوز لأي من سلطات الدولة سلب او انتهاك هذه الحقوق، التي استمدها الأشخاص بطريق مشروع؛ لان اكتساب

الحقوق عبر احكام القضاء الدستوري عن طريق تقرير عدم الدستورية، لا يمكن وفقاً للقواعد العامة ان ينتقص من حقوق مكتسبة طبقاً لتقرير قضائي لم يحكم بعدم الدستورية، ويتمتع أصحابها بمراكز قانونية لا ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الامر المقضي فيه. بناءً على ذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بضرورة مراعاة الحقوق المكتسبة، من ذلك قرارها بعدم دستورية المادة (35/رابعا/ب) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014، اذ ورد فيه "...لمخالفتها لأحكام المواد (19/عاشرا) و (2/ثالثا) و (130) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 من حيث المضمون والهدف المتمثل بعدم التعرض للحقوق المكتسبة، إضافة الى ما استقر القضاء العراقي عليه من احترام هذه الحقوق وعدم المساس بها..."[16] على الرغم من عدم نص الدستور على ذلك. ويعد تقييد عدم رجعية الاحكام المتضمنة عدم الدستورية امراً بالغ الصعوبة، لكون ذلك يتطلب موازنة دقيقة بين متطلبات الامن الدستوري من جانب ومتطلبات النصوص الدستورية التي ترتب هذا الأثر من جانب اخر، فقد يورد المؤسِس الدستوري بأراداته الظاهرة حكماً يشير الى تقرير الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، الان ان ذلك لا يمنع القضاء الدستوري من الاجتهاد بالاستناد الى الإرادة الضمنية الدستورية ان كان لها مقتضى لتحديد هذا الأثر لضمان استقرار المراكز وحفظ الحقوق وفق المعطيات والمستجد. من تطبيقات ذلك ما ذهبت اليه المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في تقرير نظرية الموظف الفعلي للحد من الأثر الرجعي للأحكام الدستورية التي تنص على بطلان الاعمال والقرارات التي تصدر من غير صاحب الاختصاص، لان الموظف الذي يماس مهامه وفق القانون وبموجب قرار اداري صحيح ظاهراً يكتسب مركزاً حقيقياً لا يمكن الانتقاص منه، وكذا الحال بالنسبة لقراراته خلال فترة قيام مركزه القانوني، ولو كان ذلك بناءً على حكم صادر بعدم دستورية القانون او القرار الذي يمثل أساس تعيينه، احتراماً لمبدأ الامن الدستوري وحفظاً للحقوق واستقرار المعاملات المبنية على حُسن النية.[17] اما في العراق، فمن الناحية التشريعية لا يوجد في دستور جمهورية العراق لعام

2005 ولا في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل نصاً يشير الى سريان احكام المحكمة بأثر رجعي من عدمه، وبذلك يكون الامر متروكاً لاجتهاد القضاء الدستوري، الا ان الاغلب الاعم تسري من تاريخ صدور الحكم.

المبحث الثاني :متطلبات تحقيق الامن الدستوري : تقوم وسائل تحقيق الامن الدستوري ابتداءً واستمراراً على مجموعة من العوامل او الأساسيات التي تشكل قواعده الأصولية والمتعلقة بصناعة النص الدستوري وتطوير المنظومة الدستورية، والجهة الحامية لتلك المنظومة. بالإمكان تصنيف هذه الوسائل الى جانبين: يتمثل الاول بالمعايير الذاتية في النصوص الدستورية، اما الثاني فيتعلق بالوظيفة المفروضة على القضاء والمتعلقة بواجب حماية الامن الدستوري، ويمكن بيان أبرز تلك الوسائل عبر الاتي:

المطلب الأول : الجوانب الذاتية

يقصد بهذه المتطلبات هي تلك الوسائل التي ترتبط بالأمن الدستوري ذاته وما يجب ان يتوافر فيه من مقومات ومتطلبات لكي يقوم بشكله ومضمونه الصحيح، وهذه المتطلبات تصنف فقهاً الى جانبين، يمكن بيانها وفق الاتي:

الفرع الأول

الاستقرار النسبي

من القواعد الأساسية لنجاح أي منظومة قانونية وبضمنه الدستور لحكم العلاقات المبتغاة على نحو من الكفاءة، ان تكون قواعده على قدر من الاستقرار والثبات، اذ ان الغاية من التنظيم هو نقل الأوضاع من العشوائية الى الاستقرار، وهذا المبدأ يتسم بالديمومة.

يعني مبدأ الاستقرار النسبي ان تكون المراكز القانونية والعلاقات على مستوى السلطات والأشخاص -بالنسبة للحقوق والحريات- واضحة وفاعلة وغير معرضة للإلغاء والتعديل بشكل مفاجئ، ولا يعني ذلك ان يكون النص الدستوري جامداً بشكل مطلق

وتام، وانما المراد من ذلك هو الثبات النسبي بحيث يكون تعديله او الغاؤه على شكل مراحل زمنية وموضوعية تتدرج لعدم المساس بالاستقرار، او هو تجنب احداث تغييرات جوهرية للأوضاع السائدة الا وفق ضوابط معينة تستند الى المستجدات العملية، او هو الملائمة المستمرة بين الاحكام الدستورية والتغييرات المستجدة.[18] بناء على المعنى المتقدم يشكل مبدأ الاستقرار النسبي ضمانة فاعلة ضد اعتباط السلطة ومزاجية التشريعات والاحكام القضائية، فالاستمرار في تطبيق القواعد الدستورية بالحكم ذاته، دون تغييرها سواء بالتعديل او التفسير المغاير المفاجئ، سيمنح الجهات المعنية بالرقابة العامة او الخاصة على هذه القواعد الفاعلية في مواجهة أي حالة خروج عن هذه الاحكام او محاولة تطويعها خلاف غاياتها المبتغاة دستورياً.

يتجلى تحقيق هذا المبدأ بمجموعة من الضوابط، ان تحققت ثبت هذا المبدأ الذي يقوم عليه الامن الدستوري، وأبرز تلك الضوابط هي[19]:

أولا: الوضوح: ويراد بها ان تكون النصوص الدستورية مصاغة بشكل واضح من ناحية معنى الفاظها ومن ناحية صحيح مبناها، مما يتيح التعرف على مضمونها واستخلاص حكمها وما تقرره من حقوق والتزامات، بشكل جلّي غير غامض بحيث تكون على وجه واحد وليس حمالة أوجه متعددة غامضة، وسيحقق ذلك حتماً قدراً كبيراً من الاستقرار لهذه النصوص والقواعد الدستورية وسيقود الى تحقيق الامن الدستوري.

ثانيا: الثبات: يرجع أصل هذا الضابط الى خصائص صياغة القاعدة الدستورية التي تستوجب ان تكون عامة ومجردة، وتأتي ضمن سلسلة مبنية على سياسة ورؤية تأسيسية تشكل تلبية الحاجات والمستجدات المتوقعة، فمتى ما تحقق ذلك تمتع المضمون الحكمي الدستوري للثبات والاستقرار، ومن ثم يعني ضابط الثبات هو استمرار الاحكام المنبثقة من القواعد الدستورية بتلبية حاجات والمستجدات دون ان يمس التعديل او الإلغاء جوهرها، بتصور اخر ان مجرد تضمين النص لألفاظ

عمومية قد لا يكون كافياً لتحقيق الثبات في النص الدستوري، بل يجب ان يكون الحكم الدستوري مستوعباً للمتغيرات المستقبلية والتطورات[20].

ثالثا: الفاعلية: يعد ضابط الفاعلية من اهم الضوابط التي تسهم بتحقيق الاستقرار في الاحكام الدستورية، ويشير الى ضرورة ان يكون الدستور مؤثراً في المجتمع على نحو يضمن استقرار المراكز القانونية للسلطات والأشخاص، وتتجلى هذه الفاعلية في تحقيق عدة أمور أهمها[21]:

١. استيعاب الحقائق السياسية والاقتصادية والاجتماعية الانية والمستقبلية والقيم العليا والنظم العامة التي تسود في مجتمع معين وتعبر عن مصالحه الواقعية.

٢. القدرة على تحقيق الأهداف مناط القواعد الدستورية بشكل واضح وصريح.

الفرع الثاني :التوقع المشروع : يعد تكريس فكرة التوقع المشروع واحدة من اهم مقومات الامن الدستوري، يشير معنى هذه الفكرة الى القدرة على توقع عواقب التصرف مقدماً، فيكون الشخص على دراية كافية بالتصرف على نحو معين تكفله القواعد المنظمة لتصرفه. [22] ينصرف مدلول هذه الفكرة دستورياً الى قدرة ذوي الشأن في مجال الدستورية على التنبؤ بمآلات تصرفاتهم على وفق ضوابط الدستورية ثابتة وواضحة وغير مفاجئة ومغايرة لتقديراتهم المشروعة او المعقولة، فالدستورية وان كان يصعب تأطيرها بقوالب قانونية، الا ان الإحاطة بضوابطها ومن ثم توقعها، يمكن ان يستفاد مما ثبت عليه القضاء الدستوري من مبادئ ومتطلبات أصولية تحكم التشريعات او الممارسات، ما يفرض على القضاء الدستوري عدم مباغتة ذوي الشأن بتفسيرات خارج فهم النصوص في أوسع معانيها، ومن جانب اخر فان التوقع المشروع يتوجب ان يكون مبني على أسس موضوعية لا شخصية، مناطها بذل العناية اللازمة. من الأهمية بمكان القول بان القابلية للتوقع يقابلها التعسف في تغيير الضوابط والمبادئ التي تنظم السلوك السياسي او الاقتصادي

او الاجتماعي، وهو ما يمثل تهديداً حقيقياً لفكرة الامن الدستوري، لا سيما في ظل مبدأ قوة الامر المقضي فيه وحجية الاحكام الدستورية، بالنظر لان جُّل هذه الضوابط هي من صنع القضاء الدستوري.

ولأجل عدم المساس بفكرة التوقع المشروع في مجال الدستورية، ينبغي ان تتحقق الضوابط الاتية:

أولا: عدم الرجعية: بمعنى ان جميع المعايير والضوابط (تشريعات او احكام قضائية في مجال الدستورية) المتضمنة احكاماً جديدة ينبغي ان تسري بأثر مباشر على المستقبل، لا ان تقر لتسري بأثر رجعي لتحكم الوقائع والتصرفات الواقعة قبل صدورها، لان ذلك سيقود حتماً للمساس بفكرة التوقع المشروع ومن ثم اختلال الامن الدستوري.

ثانيا: النشر المسبق: يمثل أسلوب النشر المسبق، اهم الوسائل الفاعلة في عدم التعسف بفكرة التوقع المشروع، وبموجبه تتولى السلطة او المحكمة اصدار تقرير سنوي دوري في بداية كل سنة يمثل خارطة طريقها في بناء قراراتها واحكامها، ويتضمن رغبتها مستقبلاً في العدول عن بعض القرارات والاجتهادات لظهور مستجدات جديدة، لأعلام الفاعلين والسلطات بهذا العدول الذي يقتضيه تطوير الحلول الدستورية، وهو ما يسهم في تحقيق الثقة المشروعة الى حد كبير. في هذا المقام يمكن ان يذهب البعض الى التشكيك بفكرة التوقع المشروع في مجال الدستورية، بالقول ان تجمع ظروف معيناً يتطلب من السلطة العامة اتخاذ إجراءات مباغتة ومغايرة لمباني ورؤى ذوي الشأن، من قبيل قيام السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في عام 2021 في العراق نتيجة انتشار وباء كوفيد- 19 (كورونا) برفع سعر صرف الدينار العراقي مقابل الدولار بدون تمهيد للموضوع بموجب المادة (1/ أولا/ب) من قانون رقم (23) لسنة 2021 قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق. من المسلم به ان قانون موازنة الدولة من القوانين الأساسية التي ترتبط بفكرة الامن

الدستوري، وان وضع ضوابط مفاجئة ومغايرة لتوقعات ذوي الشأن سيؤثر حتماً على معطياتهم الحاضرة والمستقبلية بشكل ملفت وبنحو سلبي في الاغلب الاعم، ما يؤدي الى المساس بكفالة الحقوق والحريات العامة الدستورية، ومنها الحق في عيش حياة حرة كريمة م (30/ اولاً)، ولا يقلل من ذلك علم المكلفين بالظروف ومنها وباء كوفيد- 19؛ لان ذلك لا يعد ذريعة كافية لإفلات السلطة من المسؤولية، فلا يكون موجباً للتعسف في تغيير المعايير الدستورية الا اذا كان هو البديل الأخير، وبشكل مراحل زمنية وموضوعية، اما ان توافرت البدائل (وهي كثيرة في العراق) فلا يمكن اللجوء لمخالفة فكرة التوقع المشروع. من جانب اخر لا يلزم ان يشكل تصرف السلطة العامة مخالفة لفكرة التوقع المشروعة ان تكون القواعد الجديدة مفاجئة بشكل يستحيل تنفيذها من قبل المخاطبين، بل يكفي ان يجعل تنفيذها امراً مرهقاً، على ان تقدير تلك الظروف والملابسات يخضع بكل حالة على حدة للقضاء الدستوري. **المطلب الثاني :الجوانب القضائية** : يرتبط تقويم الامن الدستوري بتدخل القضاء الدستوري لإعادة نصابه المختل، كونه الجهة الحامية له ضد تعسف باقي السلطات، اذ لابد ان يتدخل هذا القضاء في إعادة النصاب وتقويم الاختلال الذي يصيب الامن الدستوري، فدور هذا الأخير يتضمن جوانب فنية غاية في الاهمية لتسوية اختلال الامن الدستوري، انتهاءً لتقريره وتحقيق ركنيه (الاستقرار النسبي والتوقع المشروع)، ومن ثم يكون للقضاء الدستوري دوراً وظيفياً في تحقيق هذا الامن، لذلك سنتناول هذه الوسائل من جانب الدور القضائي ووفق الاتي:

الفرع الأول :تقييد إمكانية العدول القضائي الدستوري: لا شك ان اللجوء الى العدول في الاحكام الدستورية، عبر اصدار حكماً معيناً ثم استبداله بحكم مغاير اخر، يؤدي الى المساس بالأمن الدستوري، الا انه في الوقت ذاته يمكن التوفيق بين مكنة العدول من ناحية والحفاظ على الامن الدستوري من ناحية أخرى، ويمكن ان يتحقق هذا الامر إذا ما تم مراعاة عدة اعتبارات، شكلية وموضوعية[23].

الا انه يمكن القول بان أساس تقييد سلطة العدول القضائي يكمن في بحث العلاقة بين الأصل والاستثناء، تطبيقاً لقاعدة (الضرورة تقدر بقدرها) التي تقوم على الموازنة بين الاثار السلبية والايجابية، اذ ان الأصل في احكام القضاء الدستوري ان تكون باتة وملزمة على الجميع بما فيها المحكمة ذاتها بوصفها سلطة من السلطات الدستورية، ومن ثم عدم جواز او إمكانية العدول القضائي بالنظر لكونه يهدد الاوضع والمراكز القانونية المستقرة من جانب، وينتقص من الحقوق المكتسبة من جانب اخر، الا ان ذلك غير مطلق انما ترد عليه بعض الاستثناءات للضرورة الحاكمة، لكن هذا الاستثناء ينبغي ان يُقيد في اضيق الحدود، والتي نرى إمكانية تحديد هذه الحدود في وجوب مراعاة وجود خطأ جوهري ظاهر في الحكم السابق. لقد تم اعتماد نظرية الخطأ الجوهري بوصفها سبباً لإعادة النظر في التقدير التشريعي ابتداءً ثم للتقدير القضائي حديثاً، وقد برزت اول الامر ضمن احكام مجلس الدولة الفرنسي في نطاق رقابة القضاء الاداري عام 1961، ثم تم استعمالها بعد ذلك في ميدان الرقابة الدستورية عام 1981، ويتجلى مضمونها في وجود نوع من عدم التناسب بين مقتضى الاحكام القضائية الدستورية مع الهدف الذي يسعى النص الدستوري إلى تحقيقه بصورة ظاهرة وجسيمة، فعن طريق الخطأ الجوهري الجسيم يدخل القضاء الدستوري رقابة الملائمة على احكامه السابقة؛ لان هذه الوسيلة تسمح له في اطار عملية موازنة بقياس المصلحة المبتغاة في النصوص من جانب، مع انتهاك هذه المبدأ الدستوري أو ذاك من جانب آخر، وفي ضوء النتيجة المتحصلة من هذه المقابلة، سيكون الحكم، بملائمة الحكم القضائي السابق لمتطلبات النص ومقتضياته الحالية أم لا. يطلق الفقه والقضاء على هذا الامر تسميات متعددة منها "الخطأ الظاهر أو عدم التناسق أو الاخلال الواسع" ويمكن القول ان جميع هذه المصطلحات متفقة في جوهرها المتضمن عدم صواب التقدير السابق متى ما كان مشوباً بغلطٍ جسيم ظاهر؛ اي ان توضح المحكمة وقوعها في خطأ جوهري في قرارها السابق الذي عدلته عنه في حكمها الجديد. غير ان هذا المعيار يثير عدة إشكاليات، منها كيف نحدد بشكل موضوعي وجود خطأ

جوهري جسيم في الاحكام السابقة، والتي ربما تكون صحيحة والعدول عنها يمثل الخطأ الجسيم؟

تتحدد الإجابة عن هذه الإشكالية بالرجوع الى طبيعة هذا المعيار الحاكم؛ لكونه يستبعد من ذاتيته الجوانب النفسية بمناسبة تنظيم موضوع ما والرقابة عليه، فلا يتم الاعتماد على حسن النية أو سوئها من جانب، ولا يكون امراً متروكاً للآراء الشخصية للقاضي من جانب آخر، إنما يستند الى عناصر موضوعية[24] وتكون هذه العناصر الموضوعية نسبية؛ بمعنى انها مختلفة من قضية إلى اخرى، ويمكن الكشف عنها وإثباتها عن طريق مراجعة ديباجة الحكم والمداولات بشأنه والظروف السائدة حين نظر الدعوى الخاص به، كما يتوسع جانب آخر بشأن ذلك إلى عدم الاكتفاء بالاستدلال الداخلي للإثبات، بل يرى امكانية اللجوء في إثبات الخطأ الجوهري الجسيم إلى الطريق الخارجي والذي يتمثّل بالقرائن، وهو ما ينطوي على البحث عن الغايات الحقيقية التي اخفاءتها المحكمة، بلحاظ عدم وجود قرينة قاطعة بان الحكم استهدف المصلحة العامة حتماً[25]، وهذا الامر لا يتصور الا في حال تغير تشكيل القضاء الدستوري بالكامل او في معظمه. في هذا الإطار ذهب الفقيه الفرنسي "Baudouin" إلى انه لا يجدر البحث عن معيار الغلط البين في مداه أو خطورته، أو وضوحه، إنما يستلزم التحري عن معياره في "درجة عدم الانضباط، أو عدم الكفاية بالنسبة للعوامل التي كانت تحت نظر القاضي عند تقديره".[26]

الفرع الثاني

اعتماد التفسير المتطور الدستوري

ينطلق مضمون هذه الوسيلة من خصيصة الجانب الاجتماعي للقاعدة الدستورية، لكونها حدث اجتماعي وليد تفاعل مجموعة من العناصر الفاعلة في المجتمع، فالعلاقات الاجتماعية ونمط الروابط السياسية والاقتصادية جميعها متغيرة وتستبطن

عنصر الصيرورة والتحوّل، الامر الذي يستدعي نظاما منسجماً مع هذا التحوّل المستمر، ومن ثمَّ تتطور القواعد الدستورية تبعاً لتطور متطلبات الجماعة، لذا يكمن مصدر القواعد الدستورية في الجماعة ذاتها، وينصرف هذا المضمون ايضاً إلى ان مقياس الحكم القضائي الدستوري متطور بشكل مستمر، تبعاً لتغير الظروف الواقعية.[27] بناء عليه لا يمكن الوصول إلى الإرادة الدستورية بالعودة إلى وقت وضعها، لان حكمها حينها مختلف لتغيير الظروف في وقت بيان حكمها عن وقت صياغتها، لذلك يقتضي النظر إلى حكم هذه القواعد وقت تطبيقها لا وقت وضعها، اي ان المؤسِس عند صياغة نصوصه الحاكمة لم يقصد حصرها بمعاني الفاظها التي وضعت فيه بشكل جامد وحرفي، إنما قصد تمكين الفاعل المعني المتمثل بالقضاء الدستوري في الاعم الاغلب من ابدال هذا المعنى بمعنى جديد يتلاءم مع واقع حال تطبيقها، فيقابل هذا القصد المتطور الإرادة الضمنية للسلطة التأسيسية الأصلية[28]. مقابلاً لوجهة النظر هذه هناك من رأى ان التفسير ما هو الا استجلاء لإرادة المؤسِس، فيكون دور المفسر منحصرا ببيان المعنى ولا يكون له دوراً في تعديله ومنحه معنى اخر لم يكن يقصده الواضع او يتوقعه عند وضع النص، وسار بهذا الرأي أصحاب وأنصار منهج القصد الأصلي في التفسير.[29]

يمكن الرد على منهج القصد الأصلي المطروح في الفقرة السابقة، بالقول ان اعتناقه بشكل مطلق سيقود حتماً الى اختلال الامن الدستوري، اذ ان التطورات والوقائع متغيرة باستمرار ولا يمكن إبقاء معاني النصوص الدستورية ساكنة بمحلها بالشكل الذي يجعلها متخلفة عن مواكبة واقع فروضها، ومحصورة في زوايا الفاظ مبانيها، ما سيجعل احكامها غير ملائمة لكفالة الحقوق والحريات، وهو ما سيُفقد ثقة المكلفين بالنصوص، ومن ثم سيختل الامن الدستوري، بخلاف لو تم تبني المعنى المتطور المواكب للمتغيرات والمستجدات عبر تبني أسلوب الإرادة الضمنية التي تقود الى استنباط معاني ملائمة لواقع التطبيق ولا تخرج عن نطاق النص. في الوقت ذاته فان تبني وسيلة التفسير المتطور يستغرق حالات إيضاح الغموض ورفع التعارض واكمال القصور التشريعي، وحينئذ

تتسع وظيفة التفسير وتزداد أهميته في تحقيق الامن الدستوري. لقد تمكن القضاء الدستوري من تسخير وسيلة التفسير المتطور للنصوص الدستورية للتوفيق في وظيفته بين الغاء النصوص غير الدستورية، وبين حماية الامن الدستوري، من ذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم (115/اتحادية/2019) الذي ورد فيه الاتي "... وجد ان المدعي يطعن بعدم دستورية الفقرة (2) من المادة الثانية عشر من قانون الأوقاف رقم (64) لسنة 1966 التي تُضمّن المتجاوز على العقار ضعف اجر المثل بخلاف المتجاوز على العقارات الأخرى، غير عقارات الوقف، ويطلب مساواة حكم المادة موضع الطعن مع حكم المادة (197) من القانون المدني التي تُضمّن المتجاوز اجر المثل، وقد استند المدعي في دعواه الى احكام المادتين (14) و(16) من الدستور، وتجد المحكمة الاتحادية العليا... واقعة التجاوز... لا تستوجب المساواة بين الاثار المالية المترتبة على كل منهما وذلك بصرف النظر عن شخص المتجاوز، لذا لا ينبغي المساواة بين المتجاوزين في هذه الحالة.... لان العقار المتجاوز عليه يختلف في طبيعة الأهداف المخصص لها...".

لا شك ان المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، تعد عماد ومهد هذا المنظور المتطور، من ذلك حكمها بقضية "Berger v. New York في عام 1967"، المبني على تطور تفسير لفظة "التفتيش" الواردة في التعديل الرابع للدستور، اذ أقرت المحكمة عدم دستورية قانون ولاية نيويورك الذي يسمح بالتنصت على المكالمات الهاتفية، وقررت ان التنصت على المكالمات الهاتفية يشكل انتهاكاً للحق في الخصوصية الشخصية ومن ثمَّ يدخل ضمن مفهوم التفتيش فيحتاج إلى اصدار مذكرة.[30]

الخاتمة

أولا: النتائج:

١. تم استحداث فكرة الامن الدستوري فقهياً بمواجهة الخروقات المتكررة من أبرز الجهات الحامية للدستور وهي السلطة القضائية والسلطة التشريعية، لإعادة

احياء القدسية المفروضة عبر سمو الدستور، وتتمثل أبرز مظاهر خرق الامن الدستوري، بالعدول القضائي الدستوري الذي يمس بشكل مباشر الثقة المشروعة والاستقرار النسبي اللذان يمثلان ركنا الامن الدستوري.

٢. لما كان الامن الدستوري إطار عام لتوفير الحماية بمواجهة السلطات المتعسفة، فيكون تقويمه من قبل القضاء الدستوري بمواجهة هذه الجهات او بمواجهته هو ذاته، أكثر فاعلية من إصلاحه من بقية الجهات، وقد تمثل هذا الدور القضائي الهام عبر جانبين، الأول بوساطة التوفيق بين مكنة العدول التي يمتلكها والامن الدستوري، والثاني عر اعتماد التفسير المتطور للنصوص، ما اكسبها قوة إضافية تعزز امنها بمواجهة المستجدات الواقعية.

٣. توضح جوانب المقارنة بين مجمل الاحكام القضائية المطروحة، اقتصار المحكمة الاتحادية العليا في العراق في بناء احكامها على الجوانب العملية المجردة، وعدم خوضها بالجوانب الفلسفية والمبادئ ذات القيمة العليا الا ما ندر، وهو ما أفقد قضاء هذه المحكمة التأصيل لمبادئ عامة، يمكن بواسطتها تعزيز الامن الدستوري، ونعزو ذلك إلى الحداثة النسبية في تشكيلها، فضلاً عن تباين التكوين.

٤. توصلنا عبر البحث الى امكانية تطبيق نظرية الخطأ الجوهري الجسيم على التقديرات القضائية السابقة وإعادة النظر فيها ان ثبت وقوعها في غلط بين اسوة بتطبيقها على التقديرات التشريعية، لاتحادها في السبب والمضمون، وهو ما يجعل القضاء الدستوري يبسط رقابة الملائمة على الاحكام القضائية الدستورية وفق ضوابط معينة.

ثانيا: المقترحات:

١. نأمل من المؤسَس الدستوري في دستور جمهورية العراق ملاحظة مسألة العدول الدستوري وأثرها في انتهاك الامن القضائي، عبر إضافة فقرة (ثانيا) الى المادة (94)

من الدستور تنص على ان "لا يجوز للمحكمة ان تعدل عن اجتهادٍ سابقٍ لها، الا بعد مرور مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ الحكم السابق".

٢. نود ان نلفت عناية المؤسَس الدستوري الى ضرورة النص على حماية الحقوق المكتسبة بوصفها من اهم الفواعل المؤثرة في تعزيز الثقة بالمؤسسة القضائية، لذا نقترح إضافة فقرة (ثالثاً) الى المادة (94) من الدستور تنص على الاتي: " لا يجوز ان يمس عدول المحكمة عن اجتهادها السابق، الحقوق المكتسبة الخاصة او العامة".

٣. ندعو المشرع العادي الى وضع نص في قانون المحكمة الاتحادية العليا، ينص على ان "تنشر المحكمة ما يصدر عنها بشكل دوري شهري، مع وجوب إصدارها تقرير خلال الشهر الأول من كل سنة يشير الى رغبتها في العدول عن بعض احكامها السابقة والأسباب الداعية لذلك، على ان يتحمل رئيس المحكمة تنفيذ ذلك".

٤. لئن اتفقنا مع مضمون أحقية القضاء الدستوري في بسط رقابته على مدى ملائمة الاحكام القضائية السابقة لغايات الدستور، فنأمل من لجنة التعديلات الدستورية إعادة النظر في صياغة المادة (93) من الدستور لتقرير رقابة الملائمة على نحو متوازن، ونقترح إضافة فقرة جديدة لهذه المادة مفادها الآتي: "الفصل استثناءً في حالات عدم الملائمة الدستورية"، وهو نص مطلق يشمل عدم الملائمة التشريعية والقضائية، وقد تم وصفه بالاستثنائي لغرض عدم التوسع في اللجوء إليه الا في حال عدم كفاية طرق رقابة المشروعية من جانب، ومن جانب آخر ان الاستثناء يقدر بقدره، اي ان ممارسته تتم ضمن حدود كفيلة بعدم إساءة استعماله.

الهوامش

[1] Elian paunioi Beyond predictabitty – Reflections on Legal certainty and the discourse theory of law in the Eu legal order, German law Journal, Vol. 10 No. 11, 2009, p.1469.

[2] د. يسرى محمد العصار: دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص243.

[3] د. رجب محمود طاجن: ملامح عدم الرجعية في القضاءين الدستوري والإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2011، ص145.

[4] Over, K. Garcia, Le droit Civil europian, Nouvelle maciere, Nouvcau concept, Lacier, 2008, n128, p.105.

[5] Voir, G. coynu, vocabulaire juridique, op. cit, p776.

[6] Voir M. khdir, vers la fin de lasecurite juridique en droit francais? Rev. Adm. 1993, p.538.

[7] Cathy Pomart – La magistrature amiliale: Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille. Editions L'Harmattam, 2004, Collection Logiques Juridiques, p.190 et p. 192.

[8] Volley, B. pactueau La Securite jurdique, un prncipe quinous nanqu, AJDA, n special, 1995, p.154.

[9] Contentieux constitutionnel, press universitaire de France, 2 edition, 1994, p.135.

[10] Th. Plazzon, La securite juridique, deferions, Coll. Doctorat – et Notariat, LGOJ, 2009, spec. n48.

[11] د. فراس كريم شيعان وخير الدين كاظم عبيد: حجية الحكم الأجنبي المقضي فيه، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، العدد الأول، المجلد الأول،2009، ص224.

[12] د. طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1994، ص280.

[13] للمزيد حول فكرة الامن القضائي الدستوري يمكن مراجعة بحثنا المشترك مع د. عماد كاظم دحام الموسوم وسائل التوفيق بين الامن القضائي والعدول القضائي الدستوري المنشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، مقبول للنشر، 2021، ص3.

[14] د. رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص498

[15] أحمد علي عبود الخفاجي: آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بابل، 2015، ص 266.

[16] قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم (42/اتحادية/اعلام/2014).

[17] د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، مصر، ط2، 2000، ص342.

[18] مروان حسن عطية: الإرادة الضمنية للسلطة التأسيسية الاصلية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة كربلاء، 2020، ص 128.

[19] محمد سالم كريم: الامن القانوني معيار للمراجعة التشريعية، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الإنسانية، جامعة واسط، المجلد 17، العدد 47، 2021، ص 763.

[20] د. روبرت الكسي: فلسفة القانون، ترجمة كامل فريد السالك، منشورات لحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2006، ص 14.

[21] د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص8.

[22] د. وليد محمد الشناوي: حماية التوقعات المشروعة في القانون الإداري، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، بلا دار نشر، بلا سنة نشر، ص21.

[23] سبق وان تم بيان هذه الاعتبارات الشكلية والموضوعية بالتفصيل في بحثنا (وسائل التوفيق بين الامن القضائي والعدول لقضائي الدستوري)، مرجع سابق، ص80-82.

[24] د. يحيى الجمل: رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع، مجلة القانون والاقتصاد والبحوث القانونية والاقتصادية، العددان 3 و4، السنة 41، 1971، ص 444.

[25] د. زكي محمد النجار: فكرة الغلط في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص202.

[26] د. عبير حسين السيد حسين: دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 275-276.

[27] مروان حسن عطية: الإرادة الضمنية للسلطة التأسيسية الاصلية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص93.

[28] د. احمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 51، ص177.

[29] Bernard Schwartz: History of the supreme court, New York, Oxford University press,1993, P.3.

[30] هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998، ص562.

المراجع

- في اللغة العربية

أولا: الكتب

١. د. احمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، مصر، ط2، 2000.

٢. د. حفيظة السيد الحداد: النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ط1، 2004.

٣. د. رجب محمود طاجن: ملامح عدم الرجعية في القضاءين الدستوري والإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2011.

٤. روبرت الكسي: فلسفة القانون، ترجمة كامل فريد السالك، منشورات لحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2006.

٥. د. زكي محمد النجار: فكرة الغلط في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة.

٦. د. عبد الحفيظ علي الشيمي: التحوّل في احكام القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

٧. د. عبير حسين السيد حسين: دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

٨. د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

٩. د. محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.

١٠. د. وليد محمد الشناوي: حماية التوقعات المشروعة في القانون الإداري، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، بلا دار نشر، بلا سنة نشر.

١١. د. يحيى الجمل: رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع، مجلة القانون والاقتصاد والبحوث القانونية والاقتصادية، العددان 3 و4، السنة 41، 1971.

١٢. د. يسرى محمد العصار: دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

ثانيا: الاطاريح والبحوث

١. د. دلال لوشن وفتيحة بوغقال: الامن القضائي بين ضمانات التشريع ومخاطر الاجتهاد، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، جامعة باتنة، الجزائر، العدد 12، 2018.

٢. د. فراس كريم شيعان وخير الدين كاظم عبيد: حجية الحكم الأجنبي المقضي فيه، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، العدد الأول، المجلد الأول،2009، ص224.

٣. محمد سالم كريم: الامن القانوني معيار للمراجعة التشريعية، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الإنسانية، جامعة واسط، المجلد 17، العدد 47، 2021.

٤. د. مروان حسن عطية ود. عماد كاظم دحام: وسائل التوفيق بين الامن القضائي والعدول القضائي الدستوري المنشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، مقبول للنشر، 2021.

٥. مروان حسن عطية: الإرادة الضمنية للسلطة التأسيسية الاصلية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة كربلاء، 2020.

٦. هشام محمد فوزي: هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998.

ثالثا: الدساتير والقوانين والقرارات القضائية

١. دستور جمهورية العراق لعام 2005

٢. الدستور التونسي لعام 2014

٣. قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (30) لسنة 2005.

٤. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم (7/اتحادية/تمييز/2006)

٥. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم (34/اتحادية/2008)

٦. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم (42/اتحادية/اعلام/2014).

٧. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم (21 و29/اتحادية/2015)

٨. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم (90/اتحادية/2019)

٩. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم (115/اتحادية/2019)

- **في اللغات الأجنبية**

1. Bernard PACTEAU, La sécurité juridique, un principe qui nousmanque? voir: AJDA, 1995.
2. Bernard Schwartz: History of the supreme court, New York, Oxford University press,1993.
3. Cathy Pomart – La magistrature amiliale: Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille. Editions L'Harmattam, 2004, Collection Logiques Juridiques, p.190 et p. 192.

4. Contentieux constitutionnel, press universitaire de France, 2 edition, 1994.
5. Elian paunioi Beyond predictabitty – Reflections on Legal certainty and the discourse theory of law in the Eu legal order, German law Journal, Vol. 10 No. 11, 2009.
6. Over, K. Garcia, Le droit Civil europian, Nouvelle maciere, Nouvcau concept, Lacier, 2008, n128.
7. Th. Plazzon, La securite juridique, deferions, Coll. Doctorat – et Notariat, LGOJ, 2009, spec. n48.
8. Voir M. khdir, vers la fin de lasecurite juridique en droit francais? Rev. Adm. 1993.
9. Voir, G. coynu, vocabulaire juridique, op. cit.
10. Volley, B. pactueau La Securite jurdique, un prncipe quinous nanqu, AJDA, n special, 1995.