الموازنة بين الحجية المطلقة وإمكانية التحول في أحكام القضاء الدستوري

د. أحمد أمين عارف

تدريسي في جامعة الإمام جعفر الصادق/ فرع كركوك

Balancing Absolute Authority and the Possibility of Transformation in Constitutional Court Rulings

Dr. Ahmed Amin Arif

Lecturer at Imam Ja'far al-Sadiq University, Kirkuk Branch

المستخلص: تعدّ وسيلة التحول في أحكام القضاء الدستوري من الوسائل الفنية التي تساعد القاضي الدستوري في تأكيد مبدأ المشروعية الدستورية، ولأن النظم القانونية كافة نصت على أن أحكام الأقضية الدستورية نهائية ولا يجوز الطعن فيها، وباتة وملزمة للسلطات العامة والأفراد كافة، فان المنطق القانوني يقضي بأن هذه الأحكام لا تعدّ ملزمة للمحكمة التي أصدرتها، عليه يمكن أن تقضي بما يخالفها ولاسيما إذا كان النظام القانوني لا يأخذ بالسوابق القضائية، وفي مجال التحول عن الأحكام المتعلقة بنصوص الدستور فالمسألة يجب أن تكون أكثر مرونة من التحول عن الأحكام التي تتعلق بالتشريعات العادية، ولاسيما أن التشريعات العادية إذا ما تضمنت خطأ فأنها يمكن أن تُعدل من قبل سلطة أخرى غير القضاء وهي السلطة التشريعية، أما الأحكام الدستورية التي يُقرها القضاء الدستوري فلا يمكن تعديلها إلا عن طريق تعديل دستوري للنص الدستوري الذي اعتمده القضاء الدستوري أساساً في إصدار حكمة أو عبر حكم جديد للمحكمة ذاتها، والتحول في أحكام القضاء الدستوري أمر مستحسن إذا كان محدوداً، واستثنائياً، وتم وفق شروط محددة ولأسباب معينة، إلا أن هذا الموضوع لا يمكن الأخذ به على إطلاقة ، فلا يمكن حصول التحول القضائي الدستوري من دون شرط أو قيد ، فالتحول له ضوابطه، ومبرراته، ومعوقاته.**الكلمات المفتاحية:** القضاء، التحول، الاحكام.

Abstract: The means of transformation in constitutional court rulings is one of the technical means that help the constitutional judge in confirming the principle of constitutional legitimacy. Because all legal systems stipulate that constitutional court rulings are final and cannot be appealed, and are binding on all public authorities and individuals, legal logic dictates that these rulings are not binding on the court that issued them. Therefore, it can rule in violation of them, especially if the legal system does not take into account judicial precedents. In the field of transformation from rulings related to constitutional texts, the issue must be more flexible than transformation from rulings related to ordinary legislation, especially since ordinary legislation, if it contains an error, can be amended by an authority other than the judiciary, which is the legislative authority. As for the constitutional rulings approved by the constitutional judiciary, they cannot be amended except by a constitutional amendment to the constitutional text that the constitutional judiciary adopted as a basis in issuing its ruling or through a new ruling by the court itself. Transformation in constitutional court rulings is desirable if it is limited, exceptional, and is done according to specific conditions and for specific reasons. However, this issue cannot be taken into account. In general, constitutional judicial transformation

cannot take place without a condition or restriction. Transformation has its controls, justifications, and obstacles. **Keywords**: judiciary, transformation, rulings.

المقدمة

أولاً: أهمية موضوع البحث: إن أهم ما يميز العمل القضائي هو تمتعه بالحجية ، وهي الصفة التي تميزه عن غيره من الأعمال، وخاصة الأعمال الصادرة عن الإدارة ، والحجية تعني أن الحكم القضائي هو عنوان للحقيقة وأنه لا يجوز المساس به إلا من خلال وسائل الطعن المقررة قانوناً حماية لاعتبارات معنية ، منها تحقيق مصالح الجماعة ، وتجنب تعارض الأحكام ، وتحقيق الأمن القانوني، كما تعرف الحجية القضائية الأثر القانوني للحكم القضائي القطعي، لأنه الواقعة الأساسية المنشئة للحجية ، وأن القوة الملزمة للحكم القضائي القطعي لا تخرج من نطاق تلك الحجية ، عليه فإنها تخضع للقواعد العامة للقوة الملزمة، وهي الحماية القضائية التي يمنحها الحكم القضائي للمحكوم له ، لتمنع خصمه من إعادة طرح النزاع من جديد أمام محكمة أخرى موازية للمحكمة التي أصدرت الحكم .

ثانياً: مشكلة البحث: إن أغلب ما ذكره الفقه بشأن تعريف حجية الحكم القضائي ، استندت إلى أسس فنية وقانونية تتعلق بتوفر الحماية القانونية للحقوق والحريات ، التي يقع على عائق الأحكام القضائية إقرارها وحمايتها ، بعدّها أثراً قانونياً وإجرائياً للحكم القضائي الصادر من المحاكم ، والأصل في الأحكام أنها ذات حجية نسبية تقتصر فقط على اطراف النزاع بشرط وحدة المسألة المحكوم فيها ، أي وحدة المحل والسبب في موضوع الدعوى ، وقد استقرت

الأحكام القضائية على ذلك ، بيد أن الأحكام الصادرة بالإلغاء تم استثنائها من تلك الأحكام ، واعتبارها حجة على الكافة، وهذا الأمر بحاجة إلى مزيد من التفصيل والتوضيح.

ثالثاً: فرضية البحث: إن الأحكام المتعلقة بالمنازعات ذات الطابع الشخصي بحسب الأصل تكون لها حجية نسبية ، لأنها تتعلق بمراكز قانونية شخصية ، لا تُستمد مباشرة من القانون ، بيد أن هناك بعض الأحكام تكون لها حجية مطلقة وتسري في مواجهة الكافة ، وسلطات الدولة ، لأنها تتعلق بمراكز قانونية عامة ، مستمدة من القانون مباشرة ، وتطبق على الجميع، وتتصف بانها ذات طبيعة موضوعية أو عينية وتثبت هذه الحجية المطلقة غالباً بالنص الصريح عليها في القانون ، أو إجماع الفقه القضاء بشأنها مثل طعون الإلغاء، ولما كان الأصل في المنازعات الدستورية أنها ذات طبيعة موضوعية وعينية ، الأمر الذي يستتبع معه التسليم بالحجية المطلقة للأحكام الصادرة من المحاكم الدستورية.

رابعاً: خطة البحث: لغرض توضيح مضمون البحث سنقوم بتقسيمه على مطلبين:

الأول: الطبيعة القانونية لحجية أحكام القضاء الدستوري.

الثاني: إمكانية التحول في أحكام القضاء الدستوري ومبرراته.

المطلب الأول/ الطبيعة القانونية لحجية أحكام القضاء الدستوري: انقسم حول طبيعة الحجية لأحكام القضاء الدستوري الاتجاه الأول ، قاعدة قانونية موضوعية ، أما الاتجاه الثاني فيعدّها قاعدة قانونية إجرائية، وهناك آخرون يعدّونها ذات طبيعة مزدوجة (موضوعية وإجرائية) في الوقت ذاته، وهذه الاتجاهات استندت إلى النظريات والأسس القانونية والفنية التي تحكم العمل القضائي، وهنا سنحاول توضيحه على الفروع التالية :

الفرع الأول/ حجية أحكام القضاء الدستوري هي قواعد موضوعية: يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن حجية أحكام القضاء الدستوري هي قواعد موضوعية ، لأن القاعدة القانونية الموضوعية هي الخطاب الموجه إلى الأشخاص لور ليشعرهم بترتيب التزامهم وفق نتيجة محددة على حدوث واقعة معينة ، بغية ضبط النظام في المجتمع وتحقيق الأمن القانوني بين روابطه ، ولتكون القاعدة القانونية موضوعية ، يجب أن تكون قواعد سلوك اجتماعية آمرة عامة ومجردة ، لتنظيم سلوك الأشخاص وعلاقاتهم ، على وفق لمبدأ الشرعية[١]على وفق هذا الاتجاه ، الذي يقد الحجية من القواعد القانونية الموضوعية ، فيجب أن تتوافر فيها الصفة الآمرة ، فضلاً على العمومية والتجريد ، والصفة الآمرة تعدّ من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه ، وكل اتفاق من هذا القبيل يعدّ باطلاً ، لأن تلك القواعد تمثل الحد الأدنى من القواعد الواجب توفرها للمحافظة على المجتمع وحقوقه وحرياته[٢]،

أما بخصوص عمومية القاعدة الموضوعية ، فيجب أن تصافح القاعدة بصيغة العموم ، لكي تستوعب كل ما تواجهه من فروض ، وحالات غير منتهية ، عند توفر ما حددته القاعدة القانونية من أحكام . للكافة[٣]، أما القاعدة القانونية الموضوعية ، لكي تكون مجودة لا بد أن تعني بـ (الوضع الغالب) وهو الظروف المشتركة بين مجموعة لا حصر لها من الأشخاص والوقائع الموضوعية ، وبقدر ما تتوجه به من تكليف موضوعي ، لا تكليف شخص، ولا مناص من القول بأن العمومية والتجريد خصيصتان ملازمتان وللقاعدة القانونية المتعلقة بحجية الحكم

(١) د. عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ب ت ، ص٣١.

(٢) د. حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ ، ص ٣٤ .

(٣) المصدر نفسه ، ص٢٧.

القضائي الدستوري ، والتي نجد أن مضمونها ينصرف إلى تطبيق الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الدستورية ، فضلاً عن الالتزام بمضامينها ، بيد أن بعض الفقه يرى بأن الحجية تستمد الطبيعة الموضوعية من نظرية العقد القضائي الذي يستند إلى وجود عقد بين أطراف الدعوى القضائية ، ويتم بموجبه الاعتزام بقبول الحكم الصادر في الدعوى، لأن فكرة الحجية هي محل اتفاق مبدئي بين أطراف الدعوى القضائية ، بخصوص ماهية إصدار الحكم القضائي الدستوري ، وحتمية الزام الكافة بمنطوقه وما تضمنه من أسباب ولاسيما أن الحجية تثبت للمنطوق والأسباب الخاصة بالحكم القضائي[١]، ولأن حجية أحكام القضاء الدستوري (قواعد موضوعية) بحسب رأيهم ، ستكون مستندة إلى النظرية السائدة في فقه المرافعات ، المتمثلة بأن ما يصدره القاضي بصدد الدعوى من أحكام وما ينتج عنها من مراكز قانونية ، ستكون متوافقة مع الحقيقة القانونية ، لأن الحكم القضائي هو عنوان للحقيقة[٢].

الفرع الثاني/ حجية أحكام القضاء الدستوري هي قواعد إجرائية

استناداً إلى هذا الاتجاه فإن حجية حكام القضاء الدستوري تعدّ قواعد إجرائية ، لأن القانون يرتبط بشكل أساسي بفكرة الأمن القانوني ولأن لا قانون دون قضاء ، فأنه لا قضاء دون أمن قانوني ، فإن حجية الحكم القاضي الدستوري هي أحد أوجه القاعدة القانونية الإجرائية ، والتي تستند بشكل أساسي على فكرة انقضاء حق الدعوى القضائية ، وعدم تجديد النزاع ، الأمر الذي يعني بأن الحجية هي صفة تلحق بمضمون العمل القضائي ، وما يصدر عنه من أحكام ليكون

(١) د. وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٤ ، ص٣٤ .

(٢) المصدر نفسه ، ص١٩٣.

غير قابل للتغيير أو تجديد المنازعة[١]، ولأن الحجية قاعدة إجرائية على وفق هذا الاتجاه ، فهي تجسيم للنظام القانوني الموضوعي لأنها، تُعدّ أمراً تكميلياً للقواعد القانونية الموضوعية[٢].

وتعدّ الحجية مظهراً من مظاهر انقضاء الدعوى ، ولان الدعوى هي وسيلة قانونية للدفاع عن حق تم الاعتداء عليه ، فالنشاط القضائي مكرس لحماية هذا الحق ، عن طريق إصدار المحاكم الدستورية أحكام قضائية تقابل إداء الالتزام الناتج عن الحكم القضائي واستنفاد غايته ، ولأن إداء هذا الإلزام يتم عن طريق الحكم النهائي في الموضوع ، فهو يعدّ (حجية الأمر المقضي به) ، عليه فأن انقضاء الدعوى وانقضاء الالتزام القضائي ، هي من نتائج مضمون حجية أحكام القضاء الدستوري ، والرابطة الإجرائية المترتبة عليهما ، على وفق القواعد القانونية الإجرائية والتي تستند آثارها للحكم القضائي إلى واقعة إجرائية[٣]، وما يميز الحكم الدستوري عن الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الأخرى على اختلاف درجاتها ، أن الحكم القضائي الدستوري منذ صدوره يتمتع بحجية مطلقة مستندة في الأساس على قاعدة قانونية إجرائية وتطبيقاً لها ، ولا سيما أن الحكم القضائي العادي يفقد قوته بمجرد تطبيقه على من أقتصر الحكم عليه[٤]، وأن الطبيعة الإجرائية لحجية أحكام القضاء الدستوري ، تتمثل بكونها أحكاماً إلزامية تستند إلى الحكم القضائي الدستوري الإلزامي ، وما يمتاز به من طبيعة موضوعية وتنفيذية ، ولاسيما أن إلزامية الحكم الموضوعي تكون لها قوة تنفيذية بغض النظر عن الشكل

(١) د . أحمد محمد حشيش ، نظرية وظيفة القضاء ، دار الفكر الجامعية، الاسكندرية ، ٢٠٠٢، ص١٢٦.

(٢) د . وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، مصدر سابق ، ص٢٠٦.

(٣) د . أحمد محمد حشيش، نظرية وظيفة القضاء ، مصدر سابق ، ص١٢٨.

(٤) د . عصام أنور سليم ، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، ٢٠١٨ ، ص ١٣.

الذي تصدر فيه الأحكام ، لأنها تفصل في النزاع والخصومة المعروضة أمام المحكمة الدستورية ، وبعبارة أخرى إن مضمون الحكم القضائي الدستوري هو أساس تمتعه بالحجية ، لأنه عملاً قضائياً خاضعاً لإجراءات الأحكام وقوتها التنفيذية بقوة القانون[١].

ويرى فقهاء هذا الاتجاه إن ما يميز حكم الإلزام الموضوعي ، المتمثل بالحجية المطلقة للأحكام الدستورية ، هو عدّه جزاء قانونياً مستندين إلى ذلك بأن حكم الإلزام لا يقتصر على تأكيد الحقوق والمراكز القانونية فقط ، ولكن يؤكد الإلزام الذي يعرضه القانون أجزاء على الاعتداء على تلك الحقوق والمراكز القانونية.

عليه تؤدي حجية الحكم القضائي الدستورية وظيفة الحكم الموضوعية والتنفيذية ، في أطار القانون الإجرائي [٢]، ونافلة القول: إن أحكام الإلزام المترتبة على القوانين الإجرائية والتي تؤكد حجية الأحكام القضائية ، وبضمنها أحكام القضاء الدستوري ، تعدّ أحكاماً تتحقق حماية تكميلية للقواعد الموضوعية ، لأن هذا من الأحكام يتمتع بطبيعة مزدوجة في إطار الحماية القضائية ، فهو إضافة إلى تقرير الحقوق والمراكز القانونية ، فأنه يتضمن الزام الكافة بالتنفيذ ، عليه فالحكم يبدأ بالتقرير وينتهي بالتنفيذ[٣].

الفرع الثالث/ حجية أحكام القضاء الدستوري ذات طبيعة مزدوجة

(١) د. أحمد السيد الصاوي ، الوسيط في شرع قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٢٧٨.

(٢) د . وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي مصدر سابق ، ص٥٢.

(٣) د . أحمد السيد الصاوي ، في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص٢٧٠.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن حجية أحكام القضاء الدستوري ذات طبيعة مزدوجة (خاصة)، لأن القاعدة القانونية الإجرائية تضمن حماية قوة القواعد الموضوعية في الحالات الواقعية، الأمر الذي يقضي بأن القواعد الإجرائية هي حماية النفاذ القضائي للقواعد الموضوعية، بمعنى أن الأخيرة تعدّ (الأصيلة) ، كونها تنظيم وتحدد النشاط الأصيل، وتستتبعها في ذلك القواعد القانونية الإجرائية، لتنظيم نشاطاً ثانوياً يتبع الأصيل (القواعد الموضوعية) لغرض تطبيقها[١]، بيد أن حجية الحكم القضائي الدستوري تكتسب عن طريق الأمر القانوني العام المجرد الذي تحتويه القواعد الموضوعية ، عند تطبيق تلك القواعد من قبل القضاء والبت في موضوع النزاع، ولاسيما أن الحجية تتحقق في المرحلة التي يتحول فيها الأمر القانوني إلى أمر واقعي هو (الحكم القضائي) القابل للتنفيذ ، والذي يساهم في تحقيق المصالح القانونية ، وذلك بتطبيق القواعد الموضوعية ، واستنفاد القواعد الإجرائية ، بعد صدوره من قبل المحكمة[٢].

وإن ما يؤيد تكييف حجية الحكم القضائي الدستوري بأنها ذات طبيعة مزدوجة ، هو أن القواعد الإجرائية تحقق الإلزام الذي تتضمنه القواعد القانونية الموضوعية ، عليه تشترك كل من القواعد (الموضوعية والإجرائية) في الوحدة الوظيفية ، إذ يعمل كل منهما على تحقيق غاية واحدة هي ضمان الأمن القانوني ، وهو ما ينطبق على الحجية المطلقة لأحكام القضاء الدستوري[٣]، لذلك فإن طبيعة حجية حكم القضاء الدستوري المزدوجة ، تُعد قوة قانونية موضوعية ذات فاعلية داخلية للحكم ، ليس تجاه الخصوم فحسب ، ولكن تجاه الجهاز القضائي وما يحتويه من محاكم

(١) د. أحمد محمد حشيش ، نظرية وظيفة القضاء ، مصدر سابق، ص١٠٩.

(٢) د . وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي ، مصدر سابق ، ص٦٠.

(٣) د . عصام أنور سليم ، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون ، مصدر سابق ، ص٣٩.

على اختلاف درجاتها ، وهذه الفاعلية لها وجهان متقابلان لحقيقة واحدة ، ألا وهي أن حجية الحكم القضاء الدستوري وإن كانت أثراً قانونياً إجرائياً تلحق بالحكم القضائي ، فهي تحقق فاعلية الحق الموضوعي بموجب القانون في الوقت ذاته ، إذ تعمل على حماية الحقوق الموضوعية والمراكز القانونية ، عليه تعدّ الحجية بطبيعتها عن نظرية القانون بمعناه الموضوعي ، فضلاً عن انعكاس أثرها لمصلحة القانون الإجرائي[١].

ولابد من الإشارة إلى أن القانون الإجرائي المنظم للحجية القضائية لا يعطي أثراً مباشراً ، ولا تعدّ (الحجية) عملاً إجرائياً بحد ذاتها ، ما لم ينص على الحق الموضوعي (محل الدعوى) ، على اعتبار أن الأثر الإجرائي لحجية الحكم القضائي ، يترتب كنتيجة مباشرة للأثر الموضوعي وهو الحق (موضوع الحماية القانونية) بانقضاء الدعوى[٢] ، ونحن نؤيد الاتجاه الثالث الذي عدّ حجية أحكام القضاء الدستوري ذات طبيعة مزدوجة، لأن الصفة الآمرة التي ما تقررها القواعد القانونية الموضوعية تستلزم قوة لإلزام المتخاطبين بها على عدم الخروج عن إطارها، وهذه القوة نلتمسها عن طريق أنواع مختلفة من الجزاءات التي تفرضها القوانين الإجرائية بصورة عامة ، كقانون المرافعات والإثبات وغيرها من القوانين الإجرائية الأخرى .

المطلب الثاني/ إمكانية التحول في أحكام القضاء الدستوري ومبرراته

إن فكرة التحول في أحكام القضاء الدستوري هي ذات أصل قضائي وليس تشريعي ، ومما لاشك فيه إن أحكام القضاء الدستوري من حيث الأصل كاشفة وليست منشئة ، لأنها لا تنشئ

(١) د . أحمد محمد حشيش ، نظرية وظيفة القضاء ، مصدر سابق، ص٤٣.

(٢) د . آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، ط١ ، بغداد، ١٩٨٨، ص١٣.

أوضاعاً جديدة أو تستحدث مراكز قانونية ، ولكنها تعمل على إزالة إبهام النصوص الدستورية والكشف عن مضمونها الصحيح ، ولذلك ينبغي أن يكون الحكم الدستوري بأثر رجعي كنتيجة لطبيعته الكاشفة ، فيجب إزالة النص التشريعي وآثاره بأثر رجعي منذ صدوره ونفاذه، إذا ما صدر حكم بعدم دستوريته ، وإن الموازنة بين مبدأ الأثر الرجعي لأحكام القضاء الدستوري ، ومبدأ الأمن القانوني، تقتضي منا الموائمة بين الجانبين ، الجانب الأول أن الحياة القانونية تتطور تبعاً للتغير والتطور السريع في الحياة العامة ، أما الجانب الآخر فمن حق الأفراد ضمان الثبات والاستقرار النسبي لمراكزهم القانونية ، لا سيما وأن التطور في الحياة القانونية يتطلب التحول والتعديل سواء أكان في الأحكام القضائية الدستورية أم في القواعد القانونية ، ولعل من المفيد أن تؤكد بأن الأخيرين ما هما إلا ضمانة لتحقيق العدالة وحماية مبدأ المشروعية ، لكي لا يطغى أي المبدأين على الأخر ، وبناء على ما تقدم فتقسم الحديث في هذا المطلب إلى الفرع الآتيين : –

الفرع الأول/ مفهوم التحول القضائي وأهميته

أولاً : مفهومه

إن التشريعات الخاصة بالقضاء خلت من تعريف التحول القضائي ، سواء العادي أم الدستوري ، وعلى الرغم من أن فكرة التحول القضائي هي من إنشاء القضاء إلا أنه لم يضع بدوره تعريفاً للتحول القضائي ، بيد أنه ينظر إلى فكرة التحول في الأحكام بغض النظر عن طبيعتها على أنها تستند إلى الواقع ، وهي فكرة للوهلة الأولى قد تكون مشابهة لفكرة تحول التصرف القانوني والتي استحدثها الفقه وانتقلت لتجد لها تنظيماً تشريعياً محدداً في أغلب القوانين الوضعية ، لاسيما وأن الكتّاب الألمان قد اهتموا بدراسة موضوع التحول في أواسط القرن الماضي ،

واستندوا في دراستهم إلى القانون الروماني واعتمدوا على نصوص رومانية تؤيد هذا الأسناد ، ومن الأمثلة التدليل على معرفة الرومان نظام التحول ، تحول الزواج إلى خطبة ، وتحول الوصية إلى إلحاق وتحول المبارأة إلى اتفاق بعدم المطالبة [١].

بيد أنه لا يوجد تعريف مُحدد للتحول سواء في الدستور أم في التشريع العادي أم اللائحي ولا حتى في القضاء [٢]، وقد استمدت فكرة التحول شرعيتها من القاعدة الفقهية (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان)، لأن تغير الزمن يضفي أثره في كثير من الأحكام الاجتهادية ، وإن ما كان منها مبنياً على أعراف وعادات الناس يتغير بتغير تلك الأعراف وبمرور الوقت [٣].

وقد أشارت المادة (٥) من القانون المدن العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، إلى هذه القاعدة مما أعطى للقضاء الرخصة للتحول في أحكامه (تغيير اجتهاده) بتغير الظروف وقد نصت المادة (١) من القانون المدين العراقي على "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها " .

(١) د . محمد عبد الله حمود الديلمي ، تحول القرار الإداري ، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص١٩.

(٢) - وعلى خلان القانون الفرنسي حيث يوجد نص في قانون مجلس الدولة المصري يجيز للمحكمة الإدارية العليا بالتحول في الأحكام ، وقد أضيف هذا النص إلى قانون مجلس الدولة . قم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بالقانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٤٨ ، وقد جاء في الفقرة الأولى منه إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر الطعون بأنه صدرت منها أو من أحد دوائر المحكمة أحكاماً سابقة يتخالف بعضها البعض ، أو رأت العدول عن مداً قانوني قررته أحكام سابقة صادرة عن المحكمة الإدارية العلياء تعنى عليها إحالة الصف إلى هيئة لتشكلها الجمعية العامة لتلك المحكمة في كل عام قضائي من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة.

(٣) محمد صدقي ال بورنو أبو حارث ، الوجيز في إيضاح تواعد الفقه الكلية ، ط٤، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ١٩٩٦ ، ص٣١٠.

ولا مناص من القول إن المتشرع يقر صراحة بسلطة القاضي التقديرية ، التي تستند المشرع عن إرادة التحديد ، ومنح القاضي هذا الدور بدلاً عنه في تفسير النصوص وملائمة تطبيقها على الوقائع التي تعرض عليه عن طريق التحول في أحكامه ، وما يؤكد ذلك المادة (٣) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ والتي نصت على "الزام القاضي بأتباع التفسير المتطور للقانون ... " بيد أن هذه السلطنة ليست مطلقة وإنها محكومة بضوابط يجب على القاضي التقيد بها ، فتحول القاضي الدستوري ليس من نظام العام والسوابق القضائية ليست ثابته ، ولكن يجوز الرجوع عنها كلما تطلب الأمر ذلك ، فلو كان التحول أو الاجتهاد القضائي من النظام العام المملح القانون للمحاكم بالحكم بحجية الأمر المقضي فيه للقرارات من تلقاء نفسها [١].

إذن فالتحول حالة صحية للقضاء الدستوري إذ يسمح له بمراجعة أحكامة حيثما وجدها غير ملائمة للظروف ، لأن بقاءها يؤثر سلباً في العلاقات القانونية للأفراد ويزعزع الثقة بالقضاة واستقرار القانون . وقد استعمل الفقه الفرنسي مصلح (revirement jurisprudence) للأشارة إلى التحول القضاء الدستوري [٢]، وهو التعبير الأكثر استخداماً من قبل الفقهاء وأساتذة القانون في الجامعات الفرنسية وبالرجوع إلى قرارات المجلس الدستوري يجد أنه لم يستخدم على

(١) د . جمال مولود ذيبان ، ضوابط صحة عدالة الحكم القاضي في الدعوى المدنية ، ط١ ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ط١١٤.

(2) par sarge Braudo conseiller a la cour dapple de Versailles - Definition de Revirtment: http : // www.dictionnaire-juridique.com/ definityong revirement . pbp.

الأطلاق تعبير التحول ، ولكن يستخلص هذا التعبير بصورة ضمنية من قراراته ، عليه فإن القضاء بدوره كان متردداً ومتحفظاً في الإعلان الصريح عن التحول في أحكامه [١].

بيد أن هذا الاتجاه لم يكن مانعاً لوجود تحول حقيقي في قرارات المجلس الدستوري ، ومن هذا المنطق، ولأن القاضي الدستوري لم يعرف التحول في الأحكام أو يعلن عنه صراحةً ، ما هو السند لوجود التحول في أحكام القضاء الدستوري ، إن الإجابة على هذا التساؤل تستنبط من القرارات الصادرة عن القاضي الدستوري والتي تحمل تناقضاً فيما بينها ، وفي الحالات القليلة التي استخدم فيها القضاء تعبير التحول فإنه لم يضع تعريفاً له ، وإزاء غياب التعريف التشريعي أو القضائي لتعبير التحول في الأحكام ، فإن الفقه حاول وضع تعريف لتحول القضاء عن أحكامه [٢].

وقد تغايرت التعريفات الفقهية للتحول القضائي ، إذ يذهب رأي فقهي إلى أن التحول في أحكام القضاء الدستوري يفترض وجود حكمين قضائيين مختلفين، الأول يمثل الحكم القديم، والآخر يمثل الحكم الجديد والذي يعني تحولاً عن الحكم السابق أو القديم .

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق، ص١٣.

(٢) وجاء تعبير التحول(revirement) في بعض القواميس العامة بصورة غامضة وموجزة ففي قاموس (روبين) يقصد به تغيير في المعاني والمفاهيم كنتيجة للتطور ، وفي قاموس (لاروس) يقصد به التغيير الكامل والمفاجئ في الآراء والتصرفات ، أما معنى التحول في القاموس القانوني للاستاذ (cornu) فو هجر بواسطة المحاكم ذاتها لحل كان مقبولاً أمامها حتى ذلك الحين. وتبنى حل آخر مناقض لما كانت تأخذ به ، وهو تحول أو ميل في طريقة الحكم .

عبد الحفيظ على الشيمي ، التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق، ص١٤.

وذهب رأي آخر إلى أن القرارات القضائية يتم التحول عنها إذا ما صدر القرار اللاحق من المحكمة نفسها أو من محكمة أعلا منها ، فيصدر الحكم في ذات المسألة القانونية الذي تعارض القرار السابق وبتلك الوسيلة يتحول عنه وينتزع منه حجيته كسابقة قضائية.

ويرى آخرون أن التحول عن مبدأ أقرته المحكمة الدستورية العليا في بعض أحكامها السابقة [١].

وهناك رأي يذهب إلى أنه نقض للقرار السابق بواسطة قانون دستوري ملزم وساري المفعول أو بإصدار حكم قضائي بواسطة المحكمة نفسها أو أعلى منها درجة.

ولقد أتسمت معظم التعريفات الفقهية للتحول القضائي الدستوري بأنها عامة ، وفي هذا الصدد ذهب رأي إلى تعريف التحول بأنه كل حكم يعرض قاعدة تختلف عن تلك المتبعة في القضية السابقة ، لأن القاعدة التي كان معمولاً بها في القضايا السابقة قد تعدّ نتاجاً لسياسات قضائية أو عملية عامة ، أو نتجت عن اتجاهات حكومية أو فقهية [٢].

ويرى آخرون أنه تغيير السابقة القضائية من قبل القاضي نفسه يتحرر من حكم السابق ويتحول منه إلى حكم آخر جديد ، ليكون الحكم الجديد متعارض مع السابق أو القديم . وقيل إنه هجر القاضي وبصورة إرادية الله لحل قضائي سابق لصالح حل قضائي جديد يتعارض معه ، وإن هذا التعريف أضاف لما سبقه عنصر الإرادة في التحول ، مما يعني إن التحول يتم

(١) د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، مكتبة النهضة المصري ، سنة ١٩٦٠ ، ص١٤.

(٢) د . عبد الحفيظ علي الشيمي ، التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص ٢٢.

بإرادة القاضي الدستوري لا بقوة القانون ، فضلاً عن تعارض الحكم القضائي القديم مع الجديد من حيث النتيجة .

وقيل إنه تحول غير مفروض وواضح في الحلول القضائية وأنه تحول كلي أو جذري [1]، وإن أفضل تعريف للتحول القضائي الدستوري (من وجهة نظرنا هو إحلال إرادي جلي مؤكد لحكم جديد محل حكم سابق في موضوع معين مع اتحاد عناصر الدعوى وتماثلها في الدعويين ما عدا الخصوم) .

ثانياً : أهمية التحول القضائي : يؤدي التحول القضائي دوراً بارزاً بالنسبة للتشريع والقضاء وتعزيز مبدأ الفصل بين للسلطات وحتى لأطراف الدعوى وتكمن أهميته فيما يأتي :-

١-معالجة القصور التشريعي : إن التحول القضائي يسهم في تكميل التشريع عن طريق تغير الغامض من النصوص والمجمل منها، والعمل على استنباط الأحكام من النصوص التي اكتنفها الغموض والتي تم تفسيرها بطريقة معينة وبمرور الوقت تحتاج إلى تفسير آخر لغرض استيعاب الحالات المستجدة في المجتمع والتي تتطلب تفسيراً آخر وجديد النصوص، ويذهب الفقه الفرنسي إلى القول إن التشريع إذا كان واضحاً يجب إتباعه، وإذا كان غامضاً يجب تعميق النظر في نصوصه، وإذا لم يكن هناك تشريع يتوجب الرجوع إلى العرف والعدالة، أما العدالة فهي الرجوع إلى القانون الطبيعي عند غموض التشريعات أو سكوتها ، الأمر الذي سيسهم في سد النقص الذي تعاني منه النصوص لمعالجة مثل هذه الحالات، وهو ما يتحقق بالتحول عن المبدأ القضائي الذي صدر بمناسبته الحكم الأول إلى مبدأ أخر ساهمت الأوضاع الجديدة في

(١) د . هديل محمد حسن المياحي ، العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه ، جامعة النهرين ، ٢٠١٥، ص٦٥.

تكوينية، مما يشكل خروجاً استثنائياً عن مبدأ الفصل بين السلطات، لمعالجة الغموض أو تكملة النص ولاسيما أن أراء القضاء في هذه الحالة تعد حلاً جديداً لتراع قائم وبشكل عادل، وعن طريق ذلك يمكن الاعتراف للقضاء بالحق في تأدية دور تكميلي لنصوص التشريع[١].

٢- إضفاء المرونة على النصوص المكتوبة : إن التحول القضائي يضفي بعض المرونة على مدى الالتزام بالمبادئ القضائية التي تم استنباطها من النصوص القانونية ، والتي استقر العمل بها من قبل المحاكم العليا على اعتبار إن النصوص تعالج حالات صريحة وان قواعدها عامة ومجردة وملزمة لا يمكن تغييرها إلا على وفق إجراءات محددة، الأمر الذي يعطي القضاء الحرية بعدم التقيد بالمبادئ القضائية التي سبق وأن استقر عليها في تلك تفسير النصوص، ولكن ضمن الإطار القانوني المسموح به للتحول القضائي لمحاولة للتخفيف من جمود هذه النصوص، وجعلها تستوعب أكبر عدد ممكن من الحالات المتجددة والتي يمكن توظيف تلك النصوص لحلها[٢].

٣- اصلاح وتطوير عمل القضاء: إن تحول القضاء عن أحكامه في الحالات التي يكون فيها الحكم القديم مبنياً على أساس خاطئ ولاسيما في الأنظمة التي تضفي صفة الإلزام على سوابقها القضائية، سيجعل من التحول القضائي وسيلة إصلاح للمنظومة القضائية وتحسين جودتها، ولاسيما أن السوابق القضائية ستكون مرجعاً يتم اللجوء إليه لاستنباط الصالح من المبادئ فيها وتلاقي أخطائها، الأمر الذي سيخفف عن القاضي مشقة البحث والتقصي في كل حالة جديدة،

(١) د . انتصار حسن عبد الله محيميد، التنظيم الدستوري والقانوني للعلاقات بين السلطتين التشريعية والقضائية في العراق، أطروحة دكتوراه، جامعة، ٢٠١٧، ص٢٥٧.

(٢) د. بو بشير مجند أمقران ، تعبير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، ع (٢)، جامعة مولود معمري تيزي، الجزائر، ٢٠٠٤، ص١٦١.

مما سينعكس بدورة على التعجيل في سرعة حسم الدعاوي والتقليل من فرص تعرض الأحكام للإلغاء [١]، ما يسهم في تحقيق الاستقرار في العلاقات القانونية بين الأفراد محققاً الأمن القانوني.

٤- التحول القضائي وسيلة لتطوير الاجتهاد : التحول القضائي وسيلة لتحفيز الجهاز القضائي على تطوير اجتهاداته بما يتلاءم ومستجدات الحياة، وما يعزز فكرة التحول القضائي المادة (٣) من قانون الأثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، بنصها على وجوب التزام القاضي باتباع التفسير المتطور[٢]، الأمر الذي لن يتحقق إلا يمنح الاجتهاد مرونة تجعل من عملية التحول عنه كلما اقتضت الحاجة، وعملية بسيطة بدون إجراءات قانونية معقدة ، وعدم المساس بالحقوق المكتسبة في ظل الاجتهاد القديم.

أما في الدول التي تتبع النظام اللاتيني كالعراق ، يكون دور القاضي محدداً في استنباط قواعد قانونية جديدة، لأن مهمة القاضي تنحصر في تطبيق القانون، بيد أن التعمق في عمل القاصي وهو بصدد تطبيقه للنصوص المحددة، وبيان عجزها عن استيعاب الوقائع والحالات المتطورة والمستجدة ، يكشف عن الضرورة بالزام القاضي بإصدار حكمه على الوقائع المستجدة لحسم النزاع وفقاً للتغيرات الحاصلة لاسيما عند عدم وجود نص قانوني يطبقه، ويلجأ عن طريق الاجتهادات المتلاحقة إلى تكييف تلك النصوص وبحسب ما يستجد من حالات، ويعدّ التفسير المتجدد والمتطور المتمثل بالتحول خير وسيلة تُسعف القاضي لا يجاد حلول للنزاعات

(١) د. محمد سليمان محمد عبد الرحمن، إصلاح القضاء في ضوء معايير الجودة الشاملة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٧ ، ص٣٠٦.

(٢) التفسير المتطور للقانون ؟ هو تفسير القاصي للنصوص القانونية بحيث تتلائم مع ما يستجد من تغيرات على المجتمع.

المعروضة أمامه، الأمر الذي يساعد على خلق قواعد قانونية جديدة، وتطوير النصوص الموجودة التي يعتريها الغموض، فالتحول هو الوجه الإيجابي للاجتهاد[١].

٥- التحول القضائي يعزز مبدأ الفصل بين السلطات : إن الالتزام بالسوابق القضائية يجعل القضاة يؤدون مهمتي القضاء والتشريع معاً الأمر الذي يتخالف مبدأ الفصل بين السلطات[٢]، الذي تنص عليه أغلب التشريعات فكلما كان القضاء حراً في اجتهاداته بتغييرها أو تعديلها أضحى مستقلاً عن التشريع، فالتشريع له دورة في منع القواعد العامة المجردة لفض النزاعات، أما دور القضاء فهو توظيف هذه القواعد الاستنباط الحلول لمختلف الحالات دون أن يكون اجتهاده ملزماً مثل التشريع.

٦- التحول القضائي يتحقق العدالة القضائية واستقرار المعاملات: يؤدى التحول القضائي دوراً مهماً في تحقيق العدالة التي يتوخاها الأفراد عند اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم ، وبالتحول يستطيع القضاء أن يصدر أحكاماً أكثر موضوعية وواقعية إذا ما استجدت أمور جديدة في الدعوى، ومعنى ذلك أن التحول سيكون وسيلة لتطوير الأحكام القضائية عن طريق الأخذ بالوسائل الجديدة التي ستعيد ترتيب نطاق الأحكام الصادرة في الدعوى[٣]، عن طريق التحول القضائي وصولاً إلى تحقيق الأمن القانوني.

---

(١) د. أحمد عبد السادة حسن الشويلي ، التفسير المتطور القانون وأثره في الإثبات المدني، رسالة ماجستير ، كلية الإمام الكاظم للعلوم الإسلامية الجامعة، ٢٠١٨ ، ص١١٥.

(٢) د. عبد العزيز بن سعد القيشري ، حجية السوابق القضائية ، شبكة الأولفة الألكترونية

(https:www.alukahn. net).

(٣) د. رشيد المدور ، تأويل الدستور دراسة تطبيقية على اجتهادات القضاء الدستوري في المغرب، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، ع (١) ، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، برلين، ٢٠١٨ ، ص١١٢.

الفرع الثاني/ مبررات التحول القضائي الدستوري

إن مبررات التحول القضائي الدستوري يمكن حصرها بعدد من الأمور تتسم جميعها بأهمية كبيرة ومنها : تغير الواقع، وتفادي إنكار العدالة، وعدم توافق الحكم السابق مع أحكام المحكمة ذات الصلة بموضوعها، وأخيراً وسيلة لتصحيح أحكام دستورية سابقة، فإذا كانت هذه هي مبررات التحول القضائي الدستوري فأنها من الممكن أن تكون مجالاً لتحول القضاء الدستوري وكوسيلة قضائية استثنائية ، وفيما يلي بيان هذه المبررات على طريق المسائل التالية:

المسألة الأولى: تغير الواقع : إن فهم قضاة المحاكم الدستورية للحقائق المحيطة بالأحكام والمبادئ القضائية السابقة التي أدت إلى إصدار الأحكام على نحو معين، بسبب التغير في فهم المجتمع، يمكن أن يؤدي إلى تغيير رؤية المحكمة ومن ثم الشمول على تلك الأحكام[1]، ويرتبط هذا الفهم بفكرة الدستور الحي التي يكون الدستور على وفقها وثيقة حية تتطور بتطوير ظروف المجتمع.

فالدستور وللوهلة الأولى يبدو بانه سهل التفسير، بيد أن الأمر على خلاف ذلك فالنصوص الدستورية لها من الخصوصية ما يجعلها تختلف عن باقي التشريحات الأخرى، لأنها (النصوص الدستورية) مجموعة رؤى سياسية وطموحات وضعت على هيئة نصوص قانونية واضحة وسهلة التطبيق غايتها أن تدوم إلى زمن غير محدد، إلا أن بعض النصوص الدستورية ليست بهذا الوضوح ، لأنها مفتوحة النهاية وقابلة للتأويل ولا اختلاف وجهات النظر عند التفسير .

(1) د. عبد الحفيظ علي الشيمي ، التحول في أحكام القضاء الدستوري، مصور سابق، ص٣٥.

والسؤال الذي يثار في هذا السياق، ما الذي يمكن للقضاء الدستوري أن يعتمده في تفسير المنازعات المعروضة أمامه استناداً إلى تلك النصوص، إن نظرية الأصولية (originalism) هي واحد من النظريات التي تجيب عن هذا التساؤل، إذ تُثير بأن على المحكمة الرجوع إلى ما أرادة واضعوا الدستور، لأن ترك مسألة استنباط القواعد للسلطة التقديرية للمحكمة يمكن أن يأخذ النصوص بعيداً عما أرادة واضع النص[١].

بيد أن هناك عدد من الانتقادات التي ستثور عند اعتماد وجهة النظرية الأصولية ، ومنها ما يدور حول صعوبة تحديد فهم أفكار الناس في العصور السابقة، وسينقسم القضاة في ذلك الفهم حسب توجهاتهم مع أطراف الدعوى، أما الانتقاد الثاني فيتعلق بتغير المفاهيم مع تغير الزمن ، مما يعني لو سلمنا جدلاً بأن القضاة قد تعرفوا على مضمون ما أرادة واضعو النص ، بيد أن ذلك المضمون سيطبق على ذلك الزمن وليس هذا الزمن ، ومن بين تلك الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الأصولية ما يتعلق بالتزام الأجيال، فلا يمكن الزام جيل تا فكار مضى عليها عقود من الزمن الراهن أو لربما قرون، وهو ما سيثير مسألة شرعية الدستور لأن الشرعية تكون مستمدة من رضا الجيل الراهن ، لأن الفرق بين جيل وجيل كالفرق بين أمة وأمة[٢].

لذلك فقد أقر الفقه الدستوري بأن عامل تغيير الوقائع المحيطة بالفضة أو فهم الحقائق، يمكن أن يكون مؤثراً في تحول القضاء عن سابق أحكامه.

---

(1) David A streuss, The Living constitution, oxford university Press, 2007, p23.

(٢) رياض القيسي، علم أصول القانون، ط١، منشورات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص٣٢٧.

المسألة الثانية : تفادي إنكار العدالة: إن إنكار العدالة يعني امتناع القاضي عن إصدار الحكم تحت ذريعة سكوت القانون، ولاسيما إن من واجبه الفصل فيما يعرض عليه من منازعات[١]، وقد نصت المادة (٣٠) من قانون المرافقات المدينة العراقي (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل بأنه " لا يجوز لأي محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عدّ القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعدّ التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق"، وحيث إن المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، قد أحال كل ما لم ينص عليه قانون المحكمة إلى قانون المرافعات المدنية فإن القاضي الدستوري العراقي أضحى ملزم بالنظير والفصل في كل ما يعرض عليه وفقاً لاختصاصه وإلا اعتبر منكراً للعدالة، وممتنع عن إحقاق الحق بموجب قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

وإن فكرة إنكار العدالة في القضاء الدستوري ذات صور عديدة ولا تنحصر في الامتناع عن الفصل في الدعوى الصالحة للحكم كما في القضاء العادي، ولكن تشمل تقييد الفاضي الدستوري لاختصاصية دون سند قانوني ورفضه لقبول الدعوى الدستورية دون أي أساس قانوني، بيد أن القاضي يمكنه عن طريق استعمال مكنة التحول القضائي الدستوري من أن يضع نهاية لما يتعارض مع مبادئ العدالة ، من خلال تحوله عن قضاء سابق قد يتعارض بصورة مباشرة أو غير مباشرة مع مبادئ العدالة[٢].

(١) د. رياض القيسي ، علم أصول القانون ، مصدر سابق، ص٣٢٧.

(٢) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، مصدر سابق ، ص١٢٠.

هذا وإن المحكمة الاتحادية العليا العراقية قد قررت عدم اختصاصها بالنظر في عديد من الدعاوي المرفوعة أمامها، وإن بعضاً من هذه الدعاوى كان بسبب خطأ يرد في صياغة طلب المدعي، ولابد من الإشارة إلى أن المحكمة الاتحادية العليا مقيدة بقانون المرافعات المدينة العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، وليس لها قانون إجرائي أو قانون مرافعات خاص بها، وبناء على ذلك ليس لها أن تبت يطلب المدعي الذي ورد وفي صياغته خطأ، مما يجعل الأمر غير منوط بالمحكمة الاتحادية العليا، ولأنها قيدت اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين عن طريق عليه البت بدستورية القوانين ليس إلا، الأمر الذي يجعلها مؤسسة لا تحمي الدستور عن طريق تخليها عن حقها في التصدي للقوانين غير الدستورية، لتكون هيئة قضائية تبت بالدعاوي المرفوعة أمامها وتجد تطبيق ذلك في قرارها المرقم (٤٨ / إتحادية /٢٠١٣ في ٢٠١٣/٧/٢٣ [١] الذي جاء فيه .. "وجد أن المدعي بدعواه من المحكمة الاتحادية العليا الحكم بتعديل الخطوة الثالثة من خطوات نظام توزيع المقاعد على الفائزين والخاصة باحتساب (كوتا النساء) في قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم (١٩) لسنة ٢٠١٣ ... وليس من بينها البت يطلب المدعي بالتعديل وبناءً عليه يكون البت بطلب المدعي خارج اختصاص المحكمة..) ، وفي قرارها المرقم (٣٦/ اتحادية /٢٠١٣ في ٢٠١٣/٨/٢٦) [٢] الذي جاء فيه ".. قرر الحكم بعدم دستورية الخطوة الثالثة (احتساب كوتا النساء) من نظام توزيع مقاعد مجالس المحافظات والأقضية – النواحي) : وعند ملاحظة الدعويين يتبين بأنها يتشابهان في موضوعهما وهو (احتساب كوتا النساء) في مجالس المحافظات، بيد إن الطلب الثاني جاء على

(١) منشور في حكام وقرارات المحكمة الاتحادية العلياء لعام ٢٠١٣ ، المجلد السادس، ص٢٨.

(٢) د. عبد الحفيظ الشمي : التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق، ص٥٤.

وقت صيغة مقبولة من قبل المحكمة الاتحادية العلياء على العكس من الطلب الأول الذي جاء وفق صيغة مقبولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا، على العكس من الطلب الأول الذي جاء وفق صيغة تجعل المحكمة الاتحادية العليا غير مختصة بنظر الدعوى ، لأن المحكمة الاتحادية العليا تعمل على وفق قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، ونعتقد بأنه على المحكمة الاتحادية العليا العراقية أن لا تقيد نفسها حرفياً بقانون المرافعات سالف الذكر، لأنه ينظم إجراءات الدعاوى المدينة التي يتساوى المركز القانوني للخصوم فيها، بينما الحكم القضائي الدستوري يمتاز بطبيعة تختلف عن الحكم في الدعاوى المدينة، ونرى أن تجعل المحكمة الاتحادية العليا لجوئها إلى إجراءات قانون المرافعات متصلاً بالحق المتمثل في دعاوى المصلحة الدستورية (المصلحة العامة) وأن لا تتقيد بالتعابير في الدعاوى إذا كان القصد واضحاً، فالعبرة بالمقاصد والمعاني إذا كانت جلية واضحة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نقد نصت المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على "إن للمحاكم من تلقاء نفسها إذا رأت أن قانون ما يتعارض مع الدستور لها أن تتأخر الدعوى وتقدم طلب للمحكمة للبت في دستورية القانون" فإذا كان للمحاكم العادية أن تتأخر الدعوى وتقدم طلب للمحكمة للبت في دستورية القانون، فمن باب أولى أن تقوم المحكمة الاتحادية العليا بالتصدي للقانون غير الدستوري، ومن ناحية أخرى إن نص المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، جاء واضحاً حيث أناط بالمحكمة الاتحادية العليا مراقبة الدستورية وليس (البت بدستورية القوانين) أي مجرد محكمة موضوع تبت في الدعاوى المرفوعة ،أمامها، والتساؤل الذي يُثار حول سبب اختيار المشرع الدستوري العبارة الرقابة على الدستورية بدلاً من البت بدستورية القوانين؟

نعتقد بأن السبب هو لأن المشرع الدستوري العراقي أراد للمحكمة الاتحادية العليا أن تمارس الرقابة على دستورية القوانين وهو دور أوسع من البت بدستورية القوانين ، لأن البت ينصرف إلى الأحكام القضائية في حين أن المحكمة تمارس الرقابة الدستورية عن طريق اختصاصين أحدهما قضائي يتمثل بالدعاوى الدستورية والآخر تفسيري يتضمن الاستفسارات المقدمة لها وحتى لا تحسب على الأول دون الآخر جاء بعبارة تضع تحت كنفها كل عمل رقابي على الدستورية وهي ليست مقتصرة على القوانين ولكن تشمل القرارات والإجراءات.

المسألة الثالثة : عدم توافق الحكم السابق مع أحكام المحكمة ذات الصلة بموضوعه:

من المبررات الأخرى لتحول القضاء الدستوري عن أحكامه، هو عدم إتمام الحكم السابق مع أحكام المحكمة الأخرى التي تعالج المسألة الدستورية ذاتها، وأحد الصور التي يكون الحكم السابق غير منسجم مع أحكام المحكمة ذات الصلة هي أن تكون أسس الحكم السابق بما فيها حجية ومبادئه وقواعده قد أصبحت متآكلة ومهجورة بفعل أحكام أصدرتها المحكمة في قضايا لاحقه عليه ، ويمكن أن يجد صورة ثانية لعدم الانسجام عندما تعيد المحكمة نظرها في حكم سابق أصدرته ورأت بأنه غير منسجم وتوجه سابق عليه للمحكمة ، ونافلة القول يمكن للمحكمة أن تتحول عن حكمها السابق وتعود بحكم جديد موافق لتوجهها الأول على نحو يعيد اتساق وتماسك القانون[١].

المسألة الرابعة : وسيلة لتصحيح أحكام دستورية سابقة: إن العظيم القانونية كافة تنص على إن أحكام المحاكم الدستورية نهائية ولا يجوز الطعن فيها وملتزمة للسلطات كافة ، ومثال ذلك

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق، ص١١٦.

المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، بيد إن المنطبق القانوني يقضي بأن هذه الأحكام لا تعدّ ملزمة للمحكمة التي أصدرتها ويمكنها أن تقضي بما يخالفها، ولا يمكن للمحاكم الدستورية التقيد بهذه الأحكام بحمة تهديد الأمن القانوني للمراكز القانونية المرتبطة بهذه الأحكام ، لا سيما وإن هذا التخوف يمكن تفاديه عن طريق جعل أثار الأحكام الجديدة سارية على المستقبل فقط.

بيد أن أحكام القضاء الدستوري قد يشوبها قصور أو خطأ لأن الذين صاغوها هم قضاة من البشر يصيبون ويخطئون، عليه يجب على القضاء الدستوري أن يصحح الخاطئ من أحكامه وتطوير ما لا يتماشى منها مع تطور الظروف السياسية والأجنبية والاجتماعية والاقتصادية، لتحقيق الأمن القانوني، لأن الحكم الدستوري مرتبط بصورة مباشرة بالدستور من حيث التفسير وتطبيق مبدأ المشروعية، ومما لا شك فيه إن التحول عن المبادئ القانونية الخاطئة التي تضمنتها الأحكام السابقة هو الوسيلة القانونية الأنجع لتصحيح تلك الأخطاء.

ومن الأحكام التي تم التحول عنها حكم المحكمة العليا الأمريكية عام ١٩٥٤في قضية (Irvinev.california) [١] ، إذ رفضت المحكمة السابقة (روشين) على الرغم من أن رجال البوليس قد لجأوا لإثبات إدانة المتهم باصطناع تقليد لمفتاح منزله ودخول المنزل في أثناء غيبته وتثبيت جهاز التسجيل في إحدى الغرف لتسجيل المناقشات التي تدين المتهم[٢].

(١) د. هديل محمد حسنى المياحي ، العدول في أحكام القضاء الدستوري، في العراق، مصدر سابق، ص٨٣.

(٢) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري، مصدر سابق، ص٣٠٣.

أما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد قضت في قرارها المرقم (٩/ اتحادية / ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/١٦)[١]، بأن ".... وعن طريق تدقيق أحكام المادة ١١٥ والمواد الأخرى من دستور ٢٠٠٥ تبين إن مجلس المحافظة لا يتمتع بصفة تشريعية لسن القوانين المحلية ولكن يمارس صلاحية الإدارية والمالية الواسعة استناداً إلى أحكام الفقرة الثالثة من المادة (١٢٢) من الدستور بما يمكن من المحافظة من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية وطبقاً لأحكام القانون الذي سيشرع وفق مقتضياتها ...".

في حين ذهبت المحكمة في قرار لاحق لها لتثبت حق مجالس المحافظات في إصدار التشريعات بقرارها المرقم (١٦ / إتحادية / ٢٠٠٨ في ٤/٢١ / ٢٠٠٨ [٢]، الذي نص على ".... لذا يكون لممالس المحافظات غير المنتظمة بإقليم حق من القوانين الخاصة بفرض وجباية واتفاق الضرائب المحلية ومن القوانين الخاصة بفرض وجباية واتفاق الرسوم والغرامات وبما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية التي تمنحها المادة (١١٥) من الدستور حق الأولوية في التطبيق..." مما يعني بأن المحكمة الاتحادية العليا في العراق استندت في حكمها الأول إلى المادة (١١٥) في منع مجالس المحافظات من إصدار التشريعات واستندت في قرارها الثاني إلى ذات المادة لمنح مجالس المحافظات ما المغربي هذا الحق، مما يدعيه يعنى بأن المحكمة تحولت عن حكمها السابق إلى حكم آخر صحيح ومتوافق مع أحكام الدستور. ولا مناص من القول بأن التحول يعدّ عاملاً أساسياً لتصحيح السابق من المبادئ الدستورية الخاطئة التي تبناها القاضي الدستوري ، لأن أحكام القضاء الدستوري ملزمة

(١) د. علاء صبري التميمي، قرارات وآراء المحكمة الاتحادية العليا، بغداد، ٢٠٠٩، ص٢٤٦.

(٢) منشور في المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والمقرارات الصادرة على المحكمة الاتحادية العليا للسنوات (٢٠٠٥ – ٢٠١٩)، إصدارات المحكمة الاتحادية العليا.

للسلطات كافة من ناحية، واستحالة تصحيح هذه المبادئ الدستورية تصحيحاً تشريعياً، كون حكم القضاء الدستوري ملزم للسلطة التشريعية على اعتبارها إحدى السلطات المخاطبة بالحكم القضائي الدستوري. ونافلة القول إذا كان باب التصحيح الحكم بالطعن أمام القاضي الدستوري مغلقاً ، وباب التصحيح التشريعي للتحكم القضائي الدستوري أمراً مستحيلاً، فمن باب العدالة الاعتراف بالتحول القضائي الدستوري لتصحيح الخاطئ من المبادي الدستورية[1].

الخاتمة:

أولاً : الاستنتاجات

١- إن الزامية أحكام القضاء الدستوري تجاه الكافة وتمتعها بالنهائية والبتات المطلقة ، وهي أدنى مرحلة لتحصين الأحكام القضائية من الطعن ومن المقضي به، والقوة التنفيذية للأحكام على اعتبارها المرحلة النهائية لتحصين الأحكام النهائية ضد الطعن بأية طريقة من طرائق الطعن ، بيد أنه وعن طريق تتبع نصوص دستور العراق لعام ٢٠٠٥م، وجد أن هناك تعارضاً بين نص المادة (٩٤) والمادة (٦١ / سادساً /ب) ولا سيما أن المادة (٩٤) ألزمت السلطات والكافة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، أما المادة (٦١) أشارت على أعفاء رئيس الجمهورية بعد إدانته من قبل المحكمة الاتحادية العليا ، لاسيما وإن المادة قررت عدم إمكانية تنفيذ حكم المحكمة إلا بعد التصويت عليه بنسبة الأغلبية المطلقة لمجلس النواب .

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص١١٦.

٢- يعدّ التحول الوسيلة الوحيدة لتصحيح الحكم الدستوري في الحالات التي يكون فيها الحكم القديم مبنياً على أساس خاطئ، لأن التحول عن المبادئ القانونية الأنجع لتصحيح تلك الأخطاء، ليكون التحول وسيلة لإصلاح المنظومة القضائية وتحسين جودتها، فضلاً عن أن التحول وسيلة لتفادي إنكار العدالة عند امتناع القاضي عن إصدار الحكم تحت ذريعة سكوت القانون، ولاسيما إن من واجبه الفصل فيما يعرض عليه من منازعات.

٣- إن التحول في أحكام القضاء الدستوري له أثر رجعي، وهذا الأثر بدوره يهدد الاستقرار القانوني والتوقعات ندن التحول القضائي سوف يهدد الأحكام السابقة ، بيد أن القضاء الدستوري بدأ يقلل من شأن هذا التهديد عن طريق إعمال التحول القضائي بأثر مباشر، أو بتبني سياسة القوانين الموقتة على أحكام التحول القضائي.

ثانياً: المقترحات

١- نأمل من القضاء الدستوري إقامة موازنة بين ضرورة الحفاظ على مبدأ الاستقرار القانوني والتوقعات المشروعة المبنية على قواعد الحكم من جهة، والمصالح المبنية على أهمية الحق المراد الحفاظ عليه عن طريق التحول عن الأحكام السابقة.

٢- ندعو المشرع العراقي إلى ضرورة إصدار قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا العراقية، بإضافة نصوص خاصة بالقواعد الإجرائية للمحكمة الاتحادية العليا، بسبب اختلاف طبيعة الدعوى الدستورية عن الدعوى الحادية، لأن الأولى طبيعتها عينية يُخاصم فيها النص القانوني وليس الشخص بعينه، مع ضرورة تحديد التكييف القانوني الحجية أحكام القضاء الدستوري،

بكونها قواعد تتدرج ضمن القواعد الموضوعية أم الإجرائية لأنها تتمتع بمميزات خاصة تميزها من غيرها من الأحكام القضائية الأخرى.

٣- ضرورة وضع شروط للعدول عن مبدأ قانوني لصالح ميراً قانوني آخر لإعادة النظر بالمبادئ القانونية المستقرة في قرارات المحكمة الإدارية العليا بما يحقق الانسجام بينها واكمال ما اعتراها من نقص مع بيان الأسباب التي دفعت القاضي الإداري للعدول عن مبدئه القانوني السابق؛ لأن ذلك يعدّ دعامة أساسية في تحقيق العدالة ومظهراً مهماً من مظاهر المساواة أمام القانون .

المصادر:

(١) د. عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ب ت ، ص٣١.

(١) د. حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ ، ص ٣٤ .

(١) المصدر نفسه ، ص٢٧.

(١) د. وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٤ ، ص٣٤ .

(١) المصدر نفسه ، ص١٩٣.

(١) د . أحمد محمد حشيش ، نظرية وظيفة القضاء ، دار الفكر الجامعية، الاسكندرية ، ٢٠٠٢، ص١٢٦.

(١) د . وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، مصدر سابق ، ص٢٠٦.

(١) د . أحمد محمد حشيش، نظرية وظيفة القضاء ، مصدر سابق ، ص١٢٨.

(١) د . عصام أنور سليم ، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، ٢٠١٨ ، ص ١٣.

(١) د. أحمد السيد الصاوي ، الوسيط في شرع قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٢٧٨.

(١) د . وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي مصدر سابق ، ص٥٢.

(١) د . أحمد السيد الصاوي ، في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص٢٧٠.

(١) د. أحمد محمد حشيش ، نظرية وظيفة القضاء ، مصدر سابق، ص١٠٩.

(١) د . وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي ، مصدر سابق ، ص٦٠.

(١) د . عصام أنور سليم ، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون ، مصدر سابق ، ص٣٩.

(١) د . أحمد محمد حشيش ، نظرية وظيفة القضاء ، مصدر سابق، ص٤٣.

(١) د . آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، ط١ ، بغداد، ١٩٨٨، ص١٣.

(١) د . محمد عبد الله حمود الديلمي ، تحول القرار الإداري ، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص١٩.

(١) - وعلى خلان القانون الفرنسي حيث يوجد نص في قانون مجلس الدولة المصري يجيز للمحكمة الإدارية العليا بالتحول في الأحكام ، وقد أضيف هذا النص إلى قانون مجلس الدولة . قم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بالقانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٤٨ ، وقد جاء في الفقرة الأولى منه إذا تبين لإحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر الطعون بأنه صدرت منها أو من أحد دوائر المحكمة أحكاماً سابقة يتخالف بعضها البعض ، أو رأت العدول عن مداً قانوني قررته أحكام سابقة صادرة عن المحكمة الإدارية العلياء تعنى عليها إحالة الصف إلى هيئة لتشكلها الجمعية العامة لتلك المحكمة في كل عام قضائي من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة.

(١) محمد صدقي ال بورنو أبو حارث ، الوجيز في إيضاح تواعد الفقه الكلية ، ط٤، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ١٩٩٦ ، ص٣١٠.

(١) د . جمال مولود ذيبان ، ضوابط صحة عدالة الحكم القاضي في الدعوى المدنية ، ط١ ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ط١١٤.

(١) par sarge Braudo conseiller a la cour dapple de Versailles - Definition de Revirtment :

http : // www.dictionnaire-juridique.com/ definityong revirement . pbp.

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق، ص١٣.

(١) وجاء تعبير التحول(revirement) في بعض القواميس العامة بصورة غامضة وموجزة ففي قاموس (روبين) يقصد به تغيير في المعاني والمفاهيم كنتيجة للتطور ، وفي قاموس (لاروس) يقصد به التغيير الكامل والمفاجئ في الآراء والتصرفات ، أما معنى التحول في القاموس القانوني للاستاذ (cornu) فو هجر بواسطة المحاكم ذاتها لحل كان مقبولاً أمامها حتى ذلك الحين. وتبنى حل آخر مناقض لما كانت تأخذ به ، وهو تحول أو ميل في طريقة الحكم .

عبد الحفيظ على الشيمي ، التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق، ص١٤.

(١) د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، مكتبة النهضة المصري ، سنة ١٩٦٠ ، ص١٤.

(١) د . عبد الحفيظ علي الشيمي ، التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص ٢٢.

(١) د . هديل محمد حسن المياحي ، العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه ، جامعة النهرين ، ٢٠١٥، ص٦٥.

(١) د . انتصار حسن عبد الله محيميد، التنظيم الدستوري والقانوني للعلاقات بين السلطتين التشريعية والقضائية في العراق، أطروحة دكتوراه، جامعة، ٢٠١٧، ص٢٥٧.

(١) د. بو بشير مجند أمقران ، تعبير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، ع (٢)، جامعة مولود معمري تيزي، الجزائر، ٢٠٠٤، ص١٦١.

(١) د. محمد سليمان محمد عبد الرحمن، إصلاح القضاء في ضوء معايير الجودة الشاملة، طـ١، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٧ ، ص٣٠٦.

(١) التفسير المتطور للقانون ؟ هو تفسير القاصي للنصوص القانونية بحيث تتلائم مع ما يستجد من تغيرات على المجتمع.

(١) د. أحمد عبد السادة حسن الشويلي ، التفسير المتطور القانون وأثره في الإثبات المدني، رسالة ماجستير ، كلية الإمام الكاظم للعلوم الإسلامية الجامعة، ٢٠١٨ ، ص١١٥.

(١) د. عبد العزيز بن سعد القيشري ، حجية السوابق القضائية ، شبكة الألوفة الألكترونية

.)(https:www.alukahn. net

(١) د. رشيد المدور ، تأويل الدستور دراسة تطبيقية على اجتهادات القضاء الدستوري في المغرب، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، ع (١) ، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، برلين، ٢٠١٨ ، ص١١٢.

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي ، التحول في أحكام القضاء الدستوري، مصور سابق، ص٣٥.

١) David A streuss, The Living constitution, oxford university Press, 2007, p23.(

(١) رياض القيسي، علم أصول القانون، طـ١، منشورات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص٣٢٧.

(١) د. رياض القيسي ، علم أصول القانون ، مصدر سابق، ص٣٢٧.

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، مصدر سابق ، ص١٢٠.

(١) منشور في حكام وقرارات المحكمة الاتحادية العلياء لعام ٢٠١٣ ، المجلد السادس، ص٢٨.

(١) د. عبد الحفيظ الشمي : التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق، ص٥٤.

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق، ص١١٦.

(١) د. هديل محمد حسنى المياحي ، العدول في أحكام القضاء الدستوري، في العراق، مصدر سابق، ص٨٣.

(١) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري، مصدر سابق، ص٣٠٣.

(١) د. علاء صبري التميمي، قرارات وآراء المحكمة الاتحادية العليا، بغداد، ٢٠٠٩، ص٢٤٦.

(١) منشور في المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والمقرارات الصادرة على المحكمة الاتحادية العليا للسنوات (٢٠٠٥ – ٢٠١٩)، إصدارات المحكمة الاتحادية العليا.

(١) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص١١٦.