



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ميسان
كلية القانون

مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية (دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

وفاء داخل اعويطر الكعبي

إلى مجلس كلية القانون - جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

أ.م.د. علاء نافع كطافه

أستاذ القانون الإداري المساعد

٢٠٢١م

١٤٤٢هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَقَفَّوْهُمْ إِيَّاهُمْ مَسْئُولُونَ

صدق الله العلي العظيم

(سورة الصافات: الآية/٢٤)

الإمام

إلى من علم الانسان ما لم يعلم...

إلى سيدي ومولاي بقية الله في أرضه

الحجة بن الحسن (عجل الله فرجه)

أضع هذه البضاعة المأجاة بين يديه أمله أن تكون موضع رضاه وقبوله

إلى من أوصاني ربي بهما خيرا

أمي الحبيبة وأبي الغالي

إحساناً واجلالاً ووفاءً

إلى من كانوا ولا يزالون يضيئون لي الطريق

ويساندونني ويتنازلون عن حقوقهم

لإرضائي والعيش في هناء ... إخوتي

أهديكم ثمرة من ثمار غرسكم

الباحثة

شكر وعرفان

انطلاقاً من قوله تعالى {رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ
وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ} {سورة النمل / آية ١٩}

أشكر الله العليّ القدير الذي مَنَّ عليّ برحمته في إتمام عملي هذا بأذنه وتوفيقه،
وأتقدم بالشكر والامتنان الى استاذي الفاضل الدكتور (علاء نافع كطافه) على تفضله
بالإشراف على هذه الرسالة ومتابعته وتوجيهاته القيّمة طوال مرحلة إعدادها وسأبقى مدينة
له بالعرفان.

كما واتقدم بالشكر والعرفان الى أعضاء لجنة المناقشة المحترمين لتفضلهم بقبول
مناقشة هذا العمل المتواضع والذين تجشموا عناء قراءة الرسالة وتتبعها بالملاحظات العلمية
القيّمة.

وعرفاناً بالجميل أعرب عن شكري وتقديري لعميد كلية القانون الأستاذ الدكتور
(عامر زغير محيسن) لما بذله من جهود متميزة كان خير عوناً لي، ولتدريسيي السنة
التحضيرية المحترمين والى كل العاملين في مكتبة كلية القانون/ جامعة ميسان، جامعة
بغداد، جامعة النهرين، جامعة البصرة، جامعة ذي قار، وكذلك العاملين في مكتبة المعهد
القضائي ومكتبات العتبات المقدسة العلوية والحسينية والعباسية لما قدموه من عون في
تهيئة المصادر والبحوث فلهم مني الشكر والامتنان.

وفي الختام اشكر جميع الذين مدوا لي يد العون وساندوني ولو بكلمة لما كان لذلك
من دعم وحافز لإكمال هذه الرسالة ونسأل الله التوفيق.

الباحثة

المستخلص

ان موضوع التعويض عن القوانين غير الدستورية وامكانية مساءلة الدولة عن ذلك يعد من الموضوعات التي اثارت مشكلات متعددة تستوجب الوقوف عندها؛ وذلك لان القوانين تصدر من سلطة عليا والتي تمثل ارادة عليا، الا انه يمكن ان يتم ابطالها وتكون غير دستورية، حيث ناقشت هذه الرسالة مدى امكانية الاخذ بمسؤولية الدولة وتطورها من خلال بيان المحاولات التي جاءت لإقرار المسؤولية بعد ان كانت تأخذ بعدم المسؤولية ولأجل ذلك تطرقنا من خلال رسالتنا الى كيفية التطورات وما جاءت به لإقرار هذه المسؤولية.

وان مناقشة امكانية الاخذ بالتعويض رجعت الى الالهمية التي تتمتع بها تلك القوانين التي تسببت بالأضرار للمواطنين الذين استوجب القانون حمايتهم، إضافة الى المبادئ العليا والتي جاءت من اجل التأكيد على تلك الحماية، حيث اسبغ الدستور حمايته على تلك المبادئ من خلال النص عليها في نصوصه الا وهي مبادئ العدالة والمساواة امام القضاء ووفق القانون.

ان الدول اختلفت في اطار الحماية من تلك الاضرار وذلك من خلال تلك المبادئ ففي فرنسا يعد القول بالتعويض هو تطور لمبدأ المشروعية والذي جاء التعويض على اساس التطورات عام ٢٠٠٨، وفقاً للتعديل الصادر عام ٢٠٠٨ والذي اصبح نافذاً في عام ٢٠١٠، اما في مصر والعراق فأن ذلك يمثل اغفلاً تشريعياً يستوجب تدخلاً من اجل تلافي اعاقا التطور في المجتمع والبحث في إمكانيه التعويض وفق ما جاء في فرنسا حيث بالإمكان اللجوء اليه والاخذ به وفق الشروط والاسس التي جاء بها مجلس الدولة الفرنسي في قراره الاخير الصادر في عام ٢٤/١٢/٢٠١٩ وتطويعها بما ينسجم مع دستور كل من تلك الدول ومواكباً للتطورات الحاصلة في المجتمعات الحديثة.

ومن هنا فقد توصلت رساله الى مجموعة من النتائج والمقترحات التي تتعلق بتطوير الاختصاص بالرقابة وامكان معالجته بما ينسجم والمبادئ الدستورية.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
١	مقدمة
٥	مبحث تمهيدي: التعريف بمسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية
٥	المطلب الأول: تعريف مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية
٥	الفرع الأول: تعريف مسؤولية الدولة
٨	الفرع الثاني: خصائص مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية
١٢	المطلب الثاني: التعريف بأعمال السلطة التشريعية واسباب مسؤولية الدلة عنها
١٢	الفرع الأول: التعريف بأعمال السلطة التشريعية
٢٠	الفرع الثاني: الأساس النظري لمسؤولية الدولة في التعويض عن الاضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية
٢٠	الفصل الأول: وسائل إثارة مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية
٢١	المبحث الأول: الرقابة على دستورية القوانين وأثر الحكم بعدم الدستورية
٢١	المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين وانواعها في الدول المقارنة والعراق
٢٢	الفرع الأول: الرقابة على دستورية القوانين في الدول المقارنة

٢٩	الفرع الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في العراق
٣٣	المطلب الثاني: أثر الحكم بعدم دستورية القوانين
٣٣	الفرع الأول: أثر الحكم بعدم دستورية في الرقابة السابقة
٣٦	الفرع الثاني: أثر الحكم بعدم دستورية القانون في الرقابة اللاحقة
٤١	المبحث الثاني: تطور مبدأ مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية
٤١	المطلب الأول: مرحلة انكار مسؤولية الدولة عن القوانين
٤١	الفرع الأول: فكرة عدم المسؤولية عن القوانين في فرنسا
٤٧	الفرع الثاني: عدم مسؤولية الدولة عن القوانين في كل من مصر والعراق
٥٢	المطلب الثاني: محاولات إقرار مبدأ مسؤولية الدولة عن القوانين
٥٣	الفرع الأول: تطور مسؤولية الدولة عن القوانين في فرنسا
٥٨	الفرع الثاني: تطور مبدأ المسؤولية في مصر والعراق
٦٤	الفصل الثاني: القواعد الموضوعية والإجرائية لتعويض الضرر الناجم عن القوانين غير الدستورية
٦٥	المبحث الأول: أسس وشروط مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية
٦٥	المطلب الأول: أسس التعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية
٦٥	الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية في فرنسا
٧٥	الفرع الثاني: أسس التعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية في مصر والعراق

٨٢	المطلب الثاني: شروط تعويض الاضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية
٨٢	الفرع الأول: شروط التعويض عن القوانين غير الدستورية في فرنسا
٨٧	الفرع الثاني: شروط التعويض عن القوانين غير الدستورية في مصر والعراق
٩٣	المبحث الثاني: التعويض عن القوانين غير الدستورية
٩٣	المطلب الأول: مفهوم التعويض وأنواعه
٩٣	الفرع الأول: تعريف التعويض عن القوانين غير الدستورية وتقديره
٩٧	الفرع الثاني: أنواع التعويض
١٠٤	المطلب الثاني: الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية
١٠٥	الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية في فرنسا
١٠٨	الفرع الثاني: الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية في مصر والعراق
١٩٩	الخاتمة
١٢٣	المصادر والمراجع
A-B	Abstract

مقدمة

أولاً- موضوع الدراسة:

إن المنظومة التشريعية لكي تعطي ثمرتها، لا بد أن تكون الغاية من وضعها هي تحقيق الصالح العام، وفي حال اختلال واحدة من الشروط التي تؤدي لتحقيق تلك الأهداف، فإن ذلك يؤدي إلى إحداث فجوة وفقدان الجوهر المتمثل بتحقيق الغايات المرجوة، وبذلك يصبح القانون لا يحقق مبتغاه، ويمكن الاستناد إلى هذه الحجة للقول بعدم الدستورية أي أن القصد منها ليس معارضة الدستور بذاته، وإنما المبادئ التي اسبغ الدستور عليها الحماية وتتمثل هذه الحماية من خلال تشريع القوانين التي تتمثل في تحقيق تلك الأهداف والمبادئ.

فالنقص التشريعي الحاصل في النصوص الدستورية ليس بالضرورة أن يكون نقصاً حقيقياً أو أن هناك اختلالاً في القانون الصادر، وإنما قد يتمثل في عدم تحقيق القانون للأهداف التي شرع من أجلها، لذلك فلا داعي لجعل النقص التشريعي معياراً من أجل قياس كل شيء، وإنما ينظر إلى القصد من وراء تشريع القانون بالإضافة إلى تحقيقه للمبادئ الدستورية، وبالتالي فإنه يجب أن تتم المعالجة للسياسة التشريعية ككل وليس فقط للقانون محل الطعن، وذلك من أجل الوصول إلى الغاية المبتغاة من جراء الطعن بالقانون المطلوب، ومواكبة التطورات.

ومن هنا جاء التطرق إلى القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية والتي تكون نافذة ومطبقة، إلا أنها تسببت بالإضرار للأشخاص وعلى هذا الأساس تم الطعن بدستوريتها، أي أن القوانين المذكورة والتي تم وضعها من أجل تحقيق أهداف وغايات معينة، تم الطعن بدستوريتها وذلك لعدم مطابقتها للدستور، وإثبات عدم الدستورية قد يكون لنقص تشريعي، مما يؤدي بالضرورة إلى عدم إمكانية القوانين من مواكبة التطورات وتحقيق الغايات، وبذلك يتم النظر إلى تلك القوانين وذلك من خلال البحث في دستوريتها وبالتالي يتم إلغاءها أو الامتناع عن تطبيقها أو إبطال قوة النص بحسب دستور البلاد، مما يؤدي بالضرورة إلى إزالة الآثار المترتبة عن تطبيق القانون المحكوم بعدم دستوريته إلا أن هذا الأمر يواجه بعض الصعوبات في التطبيق؛ وذلك لعدم تطرق دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إلى بيان الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية.

فالقول بإمكانية مساهمة الدولة عما تسببه القوانين من أضرار لفئة معينة أو لشخص معين، يمكن الاستناد به لمبادئ المساواة أمام الأعباء العامة وكذلك مبدأ العدالة، وعلى ضوء ذلك نستند إلى التعويض عما تسببه القوانين من أضرار، حتى لو لم يتم النص عليها في صلب الدستور أو في القانون نفسه في حالة حصول الأضرار، وذلك لأن الدولة التي تنص على الرقابة الدستورية عن القوانين فإنها بالإمكان أن تأخذ بمبدأ التعويض وذلك على أسس ومبادئ دستورية، فإن البحث بدستورية القوانين يقتضي إزالة الآثار المترتبة على القانون محل الطعن.

ثانياً - أهمية الدراسة:

يمكن القول بان دراسة موضوع مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية، يعد من الموضوعات التي تتال أهمية كبيرة من الناحيتين النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية أن هذا الموضوع يمكن عده من المواضيع التي لم تتال البحث الكافي وخاصة في العراق، لذلك فإن البحث فيه يسهم في إغناء المكتبة القانونية بمثل هكذا موضوعات حديثة، أما من الناحية العملية فإن البحث فيه يرسم الأسس والملاحم العامة في حماية حقوق الإنسان وحرياته في العراق، والتي نص عليها الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، إضافة إلى ذلك فإن التطورات الحاصلة في المجتمع والحياة السياسية تبرز الأهمية الكبيرة لمساهمة الدولة ومطالبتها بالتعويض عما تسببه قوانينها من أضرار، إضافة لذلك فإن الأخطاء الشائعة في الحياة القانونية وعدم تكيفها مع الواقع السياسي والاجتماعي وعدم مواكبتها للتطورات مما يؤدي بالضرورة إلى حدوث نقص في التشريع، وبالتالي يؤدي إلى معاناة الحياة السياسية وعدم تكامل نظامها القانوني والدستوري مع ما يتفق والتطورات الحاصلة.

ثالثاً - أسباب اختيار موضوع الدراسة:

مما لا شك فيه أن أهمية الموضوع التي ذكرت أعلاه تعطي المسوغ والسبب الأساسي لاختيار هذا الموضوع، حيث أن البحث في مسؤولية الدولة وتعويضها عن القوانين لم تتال أهمية البحث وخاصة في الدراسات العراقية، وبهذا فإن البحث فيها يساهم في توضيح الأسس والمبادئ التي يمكن الاستناد إليها بتأسيس الأطر الصحيحة، لإمكانية تقرير تلك المسؤولية عندما تسبب القوانين بالإضرار للمواطنين، وتستوجب التعويض عنها مع ما يتفق واحترام حقوق الأفراد وكفالة حرياته وتعزيز المبادئ الديمقراطية التي نادى بها الدستور العراقي.

رابعاً- مشكلة الدراسة:

نتناول في هذه الدراسة مشكلة في غاية الأهمية، والتي تمثل في اغفال النصوص الدستورية في دستور جمهورية العراق عن تنظيم مسألة التعويض عن الاضرار الناجمة عن تطبيق القوانين غير الدستورية وما يتبع ذلك من اهدار للحقوق ومجانبة للعدالة بالإضافة إلى عدم تحديد الجهة المختصة بالفصل في هذا الموضوع وذلك على اعتبار ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إضافة إلى قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ ونظامها الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ لم يتطرق إلى الإشارة لبيان الأثر المترتب على عدم دستورية القوانين.

ومن هنا فأن مشكلة الدراسة تؤدي إلى طرح التساؤلات حول الآتي وهي:

- ما الأساس الذي يمكن الاستناد إليه في التعويض في حالة تم الإقرار بمسؤولية الدولة عما تسببه من اضرار؟
 - من هو القضاء المختص في النظر بهذا النوع من قضايا التعويض؟
- هذا ما سنحاول الإجابة عليه في طيات الدراسة.

خامساً- منهج الدراسة ونطاقها

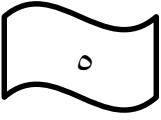
ان ما نتبعه في دراستنا لموضوع (مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية -دراسة مقارنة-) هو منهج الدراسة التحليلية المقارنة وذلك من خلال استقراء وتحليل النصوص القانونية والاحكام القضائية التي تناولت موضوع المسؤولية في التعويض عن القوانين غير الدستورية في كل من فرنسا ومصر والعراق للوصول إلى النتائج المطلوبة من الدراسة، والوقوف كذلك سنعرض آراء الفقهاء ووجهات نظرهم حول موضوع الدراسة والوقوف على تطبيقات القضاء الدستوري في الدول محل المقارنة.

وسيكون نطاق الدراسة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ إضافة إلى نظامها الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، وقانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، ودستور فرنسا الصادر عام ١٩٥٨ وتعديلاته عام ٢٠٠٨، والدستور المصري النافذ عام ٢٠١٤ المعدل إضافة إلى المذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨.

ويمكن اختيارنا للدول المقارنة لما لها من اثاره لموضوع الدراسة وآراء الفقه والقضاء من أجل الاستفادة منها في التجربة العراقية لموضوعنا محل الدراسة.

سادساً - خطة الدراسة:

ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مبحث تمهيدي وفصلين، حيث خصصنا المبحث التمهيدي للتعريف بمسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية، وتكلمنا في الفصل الأول حول وسائل اثاره مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية وذلك من خلال مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول منه إلى الرقابة على دستورية القوانين وأثر الحكم بعدم الدستورية، وقسمناه إلى مطلبين خصصنا الأول إلى الرقابة على دستورية القوانين، اما المطلب الثاني تم تخصيصه لأثر الحكم بعدم الدستورية، اما المبحث الثاني فقد كان تحت عنوان تطور مبدأ مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية، وذلك من خلال مطلبين الأول بحثنا فيه مرحلة انكار مسؤولية الدولة عن القوانين، اما المطلب الثاني كان المحاولات التي جاءت لاقرار المسؤولية، اما الفصل الثاني فقد كان بعنوان القواعد الموضوعية والإجرائية لتعويض الضرر الناجم عن القوانين غير الدستورية، وذلك من خلال مبحثين الأول بعنوان التعويض عن القوانين غير الدستورية، وبحثناه من خلال مطلبين تناولنا في المطلب الأول مفهوم التعويض وانواعه، اما المطلب الثاني بحثنا فيه شروط التعويض عن القوانين غير الدستورية، اما المبحث الثاني جاء بعنوان أسس التعويض عن القوانين غير الدستورية وموقف الجهة القضائية المختصة منه، تناولنا في المطلب الأول أسس التعويض عن القوانين غير الدستورية، اما المطلب الثاني خصصناه لبيان الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية، ثم ننهي دراستنا لخاتمة نستعرض من خلالها أهم النتائج والمقترحات حول موضوع الدراسة محل بحثنا.



المبحث تمهيدي

التعريف بمسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية

من أجل البحث في موضوع مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية يستوجب التطرق في هذا المبحث التمهيدي للتعريف بمسؤولية الدولة عن القوانين والوقوف على خصائصها وعناصرها وذلك من خلال المطلب الأول، ثم التطرق في المطلب الثاني إلى بيان مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية ومنها مسؤوليتها عن القوانين وبيان كفييتها والنظريات التي جاءت لتأسيس المسؤولية والآراء الفقهية وكما سنوضحه ادناه:

المطلب الأول

تعريف مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية

للإحاطة بالموضوع يجب التطرق إلى التعريف بمسؤولية الدولة عن القوانين وذلك من خلال تعريف مسؤولية الدولة عن القوانين وبيان أهم الخصائص التي تتمتع بها المسؤولية ومعرفة إمكانية حصولها عن القوانين وكونها نفس الخصائص ام مختلفة عنها وذلك من خلال فرعين نتطرق في الفرع الأول لتعريف المسؤولية وعناصرها، اما الفرع الثاني نتطرق إلى خصائصها للوقوف على أهم ما يميز هذه المسؤولية عن غيرها وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف مسؤولية الدولة

يمكن القول ان هناك العديد من الاجتهادات في الفكر القانوني التي قيلت بشأن تحديد المسؤولية بشكل عام. حيث عرفت المسؤولية بانها تلك التقنية القانونية التي تتكون من تدخل ارادي ينقل بمقتضاه عبء الضرر الذي وقع على الشخص مباشرة^(١)، كذلك عرفت بانها حالة الشخص الذي يرتكب فعلاً يستوجب المؤاخذه^(٢)، وقيل أيضاً بانها حالة الشخص الذي يرتكب أمراً يستوجب التعويض^(٣).

(١) د. سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، دار المعارف، ط٣، ١٩٧٣، ص٧.

(٢) محمد سعيد سرحان، المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي والقانون المعاصر، بحث في برنامج الأنظمة بمعهد الإدارة العامة في الرياض، ١٩٨٩، ص٣٧.

(٣) د. عادل احمد الطائي، المسؤولية المدنية للدول عن أخطاء موظفيها، دار الثقافة، ١٩٩٥، ص٧.

وكذلك عرفت بأنها ما يكون الإنسان به مسؤول ومطالباً عن أفعال اتاها^(١).

وبناء على ما تقدم يلاحظ ان المسؤولية بمعانيها وتعريفاتها السابقة تتنوع بحسب القاعدة التي يخالفها الشخص اما المسؤولية القانونية فهي التي تكون داخلة في دائرة القانون ويترتب عليها جزاء قانوني كما في حالة المسؤولية الجنائية التي يمكن ان يؤاخذ مرتكب الجريمة على الفعل الذي ارتكبه بشكل مخالف للقانون.

وبذلك فان المسؤولية القانونية بشكل عام هي المسؤولية القائمة على أساس ارتكاب الشخص أموراً تستوجب التعويض عنها، اما عن مسؤولية الدولة بشكل خاص فانه يمكن القول بإمكانية قيام المسؤولية للشخص المعنوي، على اعتبار ان الدولة تعد من أبرز الأشخاص المعنوية، فالأشخاص المعنوية هي مجموعة من الأشخاص او الأموال التي تقوم من اجل تحقيق اهداف معينة، وبذلك فانه بالإمكان الرجوع على الشخص المعنوي ومساءلته قانونياً عن الاعمال التي تصدر باسمه، فالشخص المعنوي تقوم من اجل تحقيق اهداف معينة ويعترف له القانون بأهلية يتمتع من خلالها بالذمة المالية وبالمقابل تترتب عليه المسؤولية سواء كانت مسؤولية مدنية (عقدية أو تقصيرية) ام مسؤولية جنائية في الحدود التي يسمح بها القانون^(٢).

ومن الملاحظات ان الفقه يشير الى المحاولات التي جاءت في تعريف المسؤولية حيث اعتمدت على الجوانب الفلسفية^(٣) وان هذه المعلومات لا تصلح لتوضيح المسؤولية وذلك لعدم اهتمامها بالجوانب القانونية فضلاً عن ذلك عدم بساطتها واغفالها الخطأ كركن أساسي في المسؤولية وكذلك فان المحاولات الأخرى التي جاءت في تعريف المسؤولية لم تتضمن الإشارة الى ركن الضرر والعلاقة السببية بينه وبين الخطأ وأيضاً عدم شمولها على حالات المسؤولية دون خطأ حيث ان التعريفات جاءت معظمها في اطار القانون المدني، حيث عرفت بانها الالتزام بتعويض الاضرار التي تصيب الغير بسبب الفعل غير المشروع او بسبب اخلال المدين بالتزامه، وكذلك عرفت بانها تعويض الضرر الذي يسببه اخلال المدين بالتزاماته^(٤).

(١) حسين عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، دار الفكر العربي، ١٩٧٠، ص ١٠.

(٢) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار السنهوري، بغداد، ط ١، ٢٠١٥، ص ٩٢.

(٣) محمد احمد عبد الرحيم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٥، ص ٧١ وما بعدها.

(٤) د. احمد حشمت أبو سنين، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول - مصادر الالتزام، ط ٢، مطبعة مصر،

القاهرة، ١٩٥٤، ص ٣٧.

ولما كان الموضوع يدور حول مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية فيمكن القول أيضاً: ((ان الدولة تلتزم بدفع تعويض لاحد الافراد عن الاضرار التي تصيبه من اعمال السلطات العامة))^(١)، كذلك هي التزام الدولة بتعويض كل من يصيبه ضرر نتيجة نشاط الإدارة سواء كان من المضرور شخصاً طبيعياً ام شخصاً معنوياً وسواء كان النشاط قرار اداري ام عمل مادي^(٢).

ان التعريفات السابقة لمسؤولية الدولة عما يصيب الافراد من جراء اعمال سلطاتها وذلك بحسب الأحوال بعضها تعاقدي وبعضها ناتج عن خطأ، وان التعريف السابق لم يذكر حالة قيامها بعمل غير مشروع فيمكن القول بهذه الحالة بان مسؤولية الدولة هي التزامها بالتعويض عما يصيب الأشخاص من ضرر نتيجة نشاط الإدارة وسواء كان المضرور شخصاً طبيعياً ام معنوياً وسواء كان النشاط قراراً ادارياً ام عملاً مادياً مشروعاً او غير مشروع، حيث يتضمن مسؤولية الدولة على أساس الخطأ او بدون خطأ^(٣).

مما تقدم نجد ان التعريفات السابقة التي ذكرت المسؤولية أنها تطرقت بشكل عام او في اطار القانون الخاص في المسؤولية المدنية والتقصيرية لتعويض الأشخاص المتضررين جراء عدم الالتزام بتنفيذ التزاماتهم، اما المسؤولية في الاطار الذي نبحت فيه فان ما ذكر حوله في القانون العام ضمن القانون الإداري حيث ذكرت كمسؤولية الدولة عن اعمال سلطاتها العامة فأنها وان تطرقت الى ذلك الا انه ذكر بشي من عدم الإحاطة بكل مفاصل الموضوع الرئيسية لان مسؤولية الدولة بوصفها شخصاً معنوياً له كيانه الخاص فيكون مسؤولاً عما يصدر عنه من اعمال قد تكون قوانين او أنظمة أو قرارات أو أعمال مادية فأنها تسبب الاضرار فيما لو صدرت عنها بخطأ او على أساس المخاطر (بدون خطأ) فالدولة تكون مسؤولة عن تلك الأعمال والأنشطة، وفي هذا الخصوص فانه المسؤولية التي تهمنا في مجال بحثنا هي مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية أي في اطار القانون الدستوري فالدولة بوصفها مسؤولة عن قوانينها الصادرة عنها والتي تكون غير دستورية تستوجب التعويض وبيان الأثر المترتب عنها وهل يكون الأثر من اختصاص الدولة كشخص معنوي يمكن مساءلته عما يصدر عن الأشخاص القائمين بهذا الاطار عن اعماله ام مسائلة الأشخاص القائمين بالعمل بذواتهم؟

(١) نهى الزيني، مسؤولية الدولة عن اعمال السلطة التشريعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣.

(٢) د. محمد الشافعي أبوراس، القضاء الإداري، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص ٣٢٠.

(٣) د. فوزي احمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي - ، دار

النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٤.

وفي اطار المسؤولية للدولة عن القوانين غير الدستورية التي تسبب الاضرار والتي تستوجب التعويض فأنها قد تكون ناتجة عن خطأ او بدون خطأ كونها تسبب بضرر جسيم وسواء اكان الضرر الواقع على الصالح العام ام الصالح الخاص أي فرد ام مجموعة افراد محددين نتيجة القانون نفسه وعليه فانه يمكن القول بإمكان مناقشة مدى مساءلة الدولة عما يصدر عن سلطاتها من قوانين قد تسبب اضرار تمس المصلحة العامة او المصلحة الخاصة او تسبب بضرر جسيم لشخص معين من جراء صدور قانون معين، فمسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية يمكن القول بانها التعويض الصادر عن الدولة نتيجة للأضرار الناشئة عن تطبيق قوانين غير دستورية لشخص او مجموعة محددة من الأشخاص.

الفرع الثاني

خصائص مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية

من خلال بيان تعريف المسؤولية بالإمكان القول بأن خصائصها يمكن ان تبرز في كون المسؤولية قد تكون نتيجة خطأ أو تكون ناتجة بدون خطأ أي على أساس المخاطر، ويمكن توضيح ذلك من خلال بيان كل من المسؤولية دون خطأ والمسؤولية على أساس الخطأ وكالاتي:

أولاً/ المسؤولية على أساس الخطأ

أن قيام المسؤولية على أساس الخطأ لا يمكن تحققها دون توفر ثلاثة اركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، فالمسؤولية في هذه الحالة تبنى على أساس الخطأ القائم كما في نص المادة (١٣٨٢) من التقنين المدني الفرنسي على أن (كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر ان يقوم بالتعويض)^(١). فقد عرف الخطأ بأنه العمل الضار غير المشروع أي المخالف للقانون^(٢).

وبذلك فيمكن القول ان المسؤولية الناتجة عن الخطأ تجد آثارها في مسؤولية الإدارة عن أعمالها؛ وذلك بشأن تقرير مسؤولية الإدارة عن أعمالها، حيث ام المسؤولية الإدارية هي التزام من جانب الدولة بتعويض الضرر الناشئ عن خطأ أحد اشخاصها الاعتيادية أو العامة أو نشاط الغدارة المشروع، فعلى الرغم من ان المسؤولية الإدارية هي إحدى النظريات المستوحاة من القانون المدني إلا أنها اكتسبت المعالم

(١) د. نهى الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مصدر سابق، ص ١٥٥.

(٢) حسن عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، مصدر سابق، ص ٢٨ وما بعدها.

الخاصة بها عن طريق الاجتهاد القضائي^(١)، وان ركن الخطأ وحده لا يكفي لقيام المسؤولية وانما يجب اقترانه بالضرر والذي يعتبر عنصر رئيسي لقيام المسؤولية والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص سواء كان مادياً أو معنوياً، وفي هذا المقام فإن الضرر يكون ناتجاً عن القوانين، ومن اجل إمكانية قيام المسؤولية يشترط في الضرر ان يكون مباشر ومحققاً وخصوصاً إضافة إلى اخلاله بمركز قانوني وقابلاً للتقويم بالنقود، وهذا أمر منطقي طالما ان المسؤولية مبنية على خطأ وقد تسبب ضرراً للأفراد^(٢).

ولأجل اكتمال المسؤولية يشترط توفر الركن الأخير وهو الرابطة السببية فيما بين الخطأ والضرر ويقصد بها وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر وهذا شرط ضروري لتعويض المضرور وإذا تعذر اثبات رابطة السببية كقيام سبب أجنبي أو سبب آخر غير منتج للضرر فلا يمكن تحمل الاضرار التي تتسبب إليها. مما تقدم يلاحظ ان المسؤولية في هذه الحالة ناتجة عن الخطأ الذي سبب ضرر ووجود علاقة تربط الخطأ بالضرر وتسمى رابطة السببية ويمكن القول بإمكانية مساءلة الدولة الناشئة عن القوانين نتيجة خطأ المشرع.

ثانياً: المسؤولية القائمة على أساس المخاطر

هالك حالات للمسؤولية لا تعد قائمة على الخطأ وانما تكون على أساس مفاهيم أخرى أي دون خطأ وهو ما يسمى مسؤولية الدولة على أساس المخاطر تحقيقاً لمبدأ المساواة اما الأعباء العامة^(٣)، فالمسؤولية على أساس المخاطر هي احدى العلاقات الواضحة للمسؤولية في مجال القانون العام^(٤).

وباء على ذلك فإن المسؤولية الإدارية في فرنسا كان لقضائها الدور الكبير في إرساء قواعدها، حيث تدخل القضاء الإداري الفرنسي وقرر مبدأ مسؤولية الإدارة وبصورة واضحة في الحكم الفرنسي الشهير بلانكو (Blanco)^(٥)، لهذا جرى الفقه في فرنسا على نسبة القواعد الإدارية ونشأتها إلى هذا الحكم وحده

(١) كامل عبد السميع محمود، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٤.

(٢) عمر محمد السيوي، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، جامعة قاريونس، ٢٠٠٩، ص ٢٤٩.

(٣) د. زكريا خليل، مسؤولية الدولة عم اعمال التشريع بين المقترضات القانونية والاجتهاد القضائي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالعدد الثاني، الجزء الثاني، ٢٠١٧، ص ٣٧٥.

(٤) صبري محمد السنوسي، مسؤولية الدولة دون خطأ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٥.

(٥) يتلخص الحكم بأن مقطورة مملوكة لمصنع التبغ التابع للدولة يجرها بعض العمال التابعين للمصنع (بيوردا) اصابت الطفلة (بلانكو) بجراح فرفع والدها دعوى ضد مقاطعة الجيرونند امام المحكمة المدنية على الدولة ذاتها مطالباً بتقرير ==

لما يتضمنه من تأصيل رصين وموجز للمبادئ التي يقوم عليها النظام الفرنسي لمسؤولية الإدارة، وبهذا اقتضى الحكم على تنازع الاختصاص الذي كان قائماً بين القضاء المدني والقضاء الإداري بخصوص قضايا المسؤولية التي يقوم بها الأفراد ضد الدولة باعتبارها مسؤولة عن الاعمال التي تقع من قبل موظفيها، فأصبحت هذه المبادئ المقررة في حكم بلانكو هي المرجع في توزيع الاختصاص بين القضائين وكذلك لتحديد القواعد القانونية التي تطبق على دعاوى المسؤولية المقامة امام القضاء واطلق عليها (قواعد القانون الإداري)^(١).

اما في مصر فان المسؤولية الإدارية فيها تكون بناء على نصوص تشريعية واضحة^(٢) بعكس نشأتها في فرنسا التي كان للقضاء الدور الكبير بإرساء قواعد المسؤولية وهذا الفارق بين نشأتها في كل من الدولتين وعلى الرغم مما ظهر في الفترة بين ١٧٩٨ و ١٨٧٥ من تشريعات وتنظيمات إدارية وقضائية الا ان الحكم في مصر ظل مطلقاً ولم تكن الإدارة تخضع لأي رقابة قضائية، سواء كانت رقابة الغاء ام تعويض فلم يكن هناك طريق قضائي يصل من خلاله الفرد الى الغاء التصرف الصادر عن الإدارة (التصرف غير المشروع) والحصول على التعويض الذي يجبر ضرره الذي نشأ عن التصرف^(٣)، حيث بقي الحال على ما كان عليه الى ان اتفقت مصر مع الدول الأجنبية بأثناء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥، ثم أنشأت المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ حيث وضعت نصوص كل من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والأهلية الضوابط العامة للرقابة على اعمال الإدارة، وعند انشاء مجلس الدولة بالقانون المرقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦ عهدت عليه مهمة الفصل في بعض المنازعات الوظيفية العامة وقضايا التعويض عن الضرر لكنه لم يصبح صاحب الاختصاص العام للمنازعات الا وفق القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ حيث اصبح المجلس صاحب الاختصاص للفصل في المنازعات الإدارية الغاءً او تعويضاً الا ما استثنى منه بنص خاص^(٤).

==مسؤولية الدولة عن اعمال موظفيها، فدفعت الإدارة بعدم الاختصاص وتمسكت محكمة بورديو باختصاصها فرغ الأمر لمحكمة التنازع فايدت وجهة نظر الإدارة. الخ، راجع مارسون وآخرون، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة احمد يسري، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص١٩، بند ١.

(١) محمود عمر معتوق علي، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، جامعة قاريونس، ص٢٧.

(٢) د. أنور احمد رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص١٠.

(٣) د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري (مسؤولية السلطان العامة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٩٩.

(٤) حميدة احمد خليفة الساعدي، مسؤولية الإدارة عن اعمال موظفيها في القانون الليبي والمقارن، كلية القانون، جامعة الفاتح، ليبيا، ٢٠٠٩، ص٣٩.

أما في العراق فقد نظمت المسؤولية على أساس الخطأ تحت عنوان (المسؤولية عن عمل الغير) في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ في المادة (١/٢١٩) حيث نصت على ((الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستعمل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدٍ وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم))، وبذلك أخضعت المتبوع عن أعمال تابعه والتي تقوم ببناء على ما يملكه من حق الرقابة والإشراف والتوجيه وحق إصدار الأوامر اليهم^(١).

ويلاحظ مما تقدم ان المسؤولية القائمة على أساس المخاطر (دون خطأ) تستند إلى مبادئ منها المساواة امام الأعباء العامة ولا يمكن القول بالمسؤولية الناتجة عن الخطأ فقط كأساس للمسؤولية؛ وذلك لأنه في كثير من الأحيان قد تكون المسؤولية ناتجة على أساس مخاطر وليس خطأ المشرع مما يستوجب النظر في تلك الحالة لقيام المسؤولية وعدم اهدار حقوق الافراد ومجاافة العدالة.

(١) انظر حكم محكمة التمييز الصادر في ١٩/٢/١٩٦٨ حيث قضت بان مديرية مصلحة نقل الركاب مسؤولة عن الضرر الذي وقع من قبل سواق سيارات المصلحة بما لها من سلطة فعلية تخولها حق الرقابة والتوجيه وإصدار الأوامر اليهم، مجلة العلوم القانونية، ١٩٦٩، العدد الأول، ص ١٩٢.

المطلب الثاني

التعريف بأعمال السلطة التشريعية وإسناد مسؤولية الدولة عنها

المقصود بالأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية هو ما يصدر عنها من تشريعات ومنها القوانين وبذلك سوف نتطرق في هذا المطلب للتعريف بأعمال السلطة التشريعية وذلك من خلال الفرع الأول، أما الفرع الثاني سوف نتكلم فيه عن الأساس النظري لمسؤولية الدولة في التعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية وكما يلي:

الفرع الأول

التعريف بأعمال السلطة التشريعية

والمقصود هنا هو ما يصدر عن السلطة التشريعية المتمثلة بالبرلمان سواء كانت متعلقة بالتشريعات التي يقرها أو الأوامر التي تصدر عنه وليس لها صفة إدارية ويطلق عليها الأعمال البرلمانية، وهي أعمال قانونية ومادية تصدر عن البرلمان أو هيئاته أو أعضائه في إطار أدائهم لوظائفهم ما عدا تلك الصادرة في صورة قوانين، وبذلك فهي تشمل القرارات الصادرة من البرلمان في علاقته بالسلطة التنفيذية كالسؤال والاستجواب وإجراء التحقيق وطرح الثقة وكذلك تشمل القرارات التي تصدر من البرلمان في شأن أعضائه^(١)، ولقد كان المستقر عليه هو عدم مساءلة الدولة عن أعمالها التشريعية سواء ما يصدر عن البرلمان من قوانين أو ما يسمى بالأعمال البرلمانية وهذه الأعمال تكون متنوعة بحيث تشمل أعمالها القانونية والمادية التي تكون صادرة من البرلمان وأعضائه خلال تأديتهم لوظائفهم كذلك من خلال علاقتها بالسلطة التنفيذية كالاستجواب أو السؤال، حيث يرجع عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية إلى عدم اختصاص قضاء مجلس الدولة بالنظر في القضايا للمسؤولية عن الأعمال البرلمانية وكما أن المحاكم الإدارية غير مختصة بدعوى المسؤولية عن أعمال البرلمان، حيث استندوا لتبرير عدم مسؤولية الدولة إلى حجج وتبريرات ومنها مبدأ الفصل بين السلطات وكذلك القول بأن البرلمان هو صاحب السيادة^(٢) فالبرلمان لا يسأل عن أعماله ويعد أعلى سلطة سياسية في الدولة وتكون الأعمال التي تصدر عنه خارجة عن رقابة المحاكم لأن السيادة

(١) عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية، مقال منشور على الموقع <https://konouz.com>

(٢) شريف أحمد الطباخ، موسوعة المسؤولية الإدارية في ضوء القضاء والفقهاء وأحكام المحكمة الإدارية، الجزء الثاني، ٢٠١٤،

تتناهى مع المسؤولية حيث حكمت محكمة استئناف مصر في ٢٨ ابريل سنة ١٩٣٠ بأن ((البرلمان وهو ممثل الأمة التي هي مصدر السلطات يعتبر صاحب السيادة العامة فأعماله خارجة عن رقابة المحاكم بمقتضى المادة (١٥) من اللائحة التي حظرت على المحاكم النظر في اعمال السيادة))^(١)، حيث ارجع السبب الرئيسي بعدم المسؤولية الى عدم وجود قاضي مختص بالنظر في قضايا المسؤولية عن الاعمال الإدارية البرلمانية إضافة الى ان هذا المبدأ يبرر في فرنسا لأسباب تاريخية حيث فسر رجال الثورة مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره مانعاً للقضاء من التعدي لأعمال الإدارة وقد حاول القضاء ان يحدد من المبدأ ويحصره في اضيق نطاق فاستبعد القضاء المصري من نطاق عدم المسؤولية القرارات الإدارية التي تصدر من المجلس في شؤون الوظيفة وان هذه المسألة تثور في الواقع بشأن دعاوى المسؤولية التي يصدرها البرلمان من اجل الفصل في صحة نيابة أعضائه حيث ذهبت محكمة القاهرة الابتدائية في الدعوى (٤٢٧٦) لسنة ١٩٧٣ مدني جنوب القاهرة المؤيد استئنافياً بتاريخ ١٩/٤/١٩٧٦^(٢) إلى تقرير المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها مجلس الشعب عند النظر في صحة نيابة احد الأعضاء بالاستناد الى ان المدعي لا يعترض لقرار المجلس ولا يطالب بإلغائه او تعديله وكل ما يطلبه بذلك هو التعويض عن الاضرار التي نتجت عن الأخطاء التي ارتكبها اثناء الانتخابات وان الفصل بالتعويض لا يعد تدخلاً في شؤون السلطة التشريعية ما دام القضاء لم يتناول قرار المجلس ذاته، حيث ان القرار الصادر عن الهيئة التشريعية يتعين على القضاء احترامه اما اذا شابه عيب جوهري بالشكل او بالموضوع حيث يفقده صفته فلا يكون جديراً بالاحترام وتزول عنه بذلك حصانته ويصبح تعدياً وينتهي القضاء إلى اعتباره عملاً مادياً وليس قانونياً ويستطيع الحكم على من أصدره بالتعويض لمن أصابه ضرر^(٣).

حيث انتهى الحكم إلى الزام كل من رئيس مجلس الشعب ووزيري الداخلية متضامنين بان يقوموا بدفع مبلغ عشرة الاف جنيه^(٤).

(١) شريف أحمد الطباخ، موسوعة المسؤولية الإداري، مصدر سابق، ص ١٠.

(٢) د. رمزي الشاعر، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية، اتحاد مكاتبات الجامعات المصري، ١٩٨٠، ص ٤٢.

(٣) شريف أحمد الطباخ، مصدر سابق، ص ١٢.

(٤) د. نهى الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مصدر سابق، ص ٢٢٦؛ وينظر: د. ماجد راغب الحلو،

القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٤٥١.

وبالرغم من ذلك فإنه لا يوجد تحديد كافي لما يسمى بالأعمال البرلمانية إلا ما أشير إليه بالاستناد إلى المعيار العضوي من أنها الأعمال التي تصدر عن هيئات برلمانية^(١) ولما كانت هذه الأعمال أي أعمال البرلمان هي القرارات التي ليس لها صفة العمومية والتجريد وتصدر من أحد مجلسي البرلمان أو لجانه أو أعضائه من أجل تنفيذ الاختصاصات الممنوحة لهم بموجب الدستور وبذلك فإنه من الطبيعي أن تختلف هذه الأعمال القانونية من دولة إلى أخرى وفي الدولة الواحدة من دستور إلى آخر^(٢).

لذلك فإن المحاولات الفقهية لحصر الأعمال البرلمانية لم تستقر عليها إلا من خلال الإشارة لأهم الأعمال وأكثرها شيوعاً في العمل^(٣) إضافة إلى ذلك فإن الخلط بين التشريع والأعمال البرلمانية يتجاهل اختلاف الطبيعة القانونية بينهما كما ويتجاهل اختلاف نظرة القضاء إلى التشريع عن نظريته إلى العمل البرلماني بالرغم من صدور كلاهما من البرلمان^(٤).

وبذلك فإن الأعمال التي تكون صادرة عن السلطة التشريعية وتسبب ضرراً في حال تحققه هل يمكن أن يؤدي إلى مسؤولية الدولة؟ ومن هنا يتبين أن مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها العامة جاء نتيجة للحرص

(١) وبحسب مفهوم المخالفة لا تعتبر الأعمال الصادرة من هيئات أخرى أعمالاً برلمانية

Auby:Lecontentieux des actes parlementaires A.J.D.A, 1959, P102.

(٢) والمثال على ذلك أن (دوجي) كان يعرف القرارات البرلمانية وهي من أنواع الأعمال البرلمانية بأنها صادرة عن أحد مجالس البرلمان. ينظر: د. محمد بن براك الفوزان، مصدر سابق، ص ٢٦١ وما بعدها.

(٣) في ظل دستور ١٨٧٥ الفرنسي استند فيه إلى ضرورة صدور التشريع بناء على موافقة مجلسي البرلمان معاً فقد قيمته بعد أن قرر دستور ١٩٤٦ صدور التشريع بموافقة أحد مجلسي البرلمان فقط وهو الجمعية الوطنية ينظر: د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٥٤، ص ٦٣٣.

(٤) قسمت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها بتاريخ الأول من ديسمبر ١٩٤٨ أي في ظل دستور ١٩٢٣ الأعمال الصادرة من البرلمان إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: يشمل الأعمال التشريعية المحضة الخاصة بتقرير القوانين.

القسم الثاني: يشمل بعض تصرفها أوجب الدستور عرضها على البرلمان للموافقة عليها أما لأهميتها الخاصة أو لتأثيرها على أموال الدولة أو لمساسها بالمصالح العامة.

القسم الثالث: يشمل الأعمال المتعلقة بالنظام الداخلي لكل مجلس وبحقوق الأعضاء وواجباتهم ومكانتهم والمحافظة على النظام داخل كل مجلس.

القسم الرابع: يشمل تصرفات كل مجلس في رقابته للسلطة التنفيذية.

ينظر: حكم محكمة القضاء الإداري، ١٩٤٨/١٢/١ في القضية رقم (٢٠٠)، مجموعة مجلس الدولة، السنة الثالثة، ص ١٠٦، رقم ٢٦.

على الحقوق والحريات العامة للأفراد ومن أجل الموازنة بين الحقوق والحريات من جهة وسيادة الدولة من جهة أخرى وإن الحاجة لحماية الحقوق والحريات أصبح أكثر إلحاحاً بعد التطورات التي حصلت في الدول المعاصرة والذي أدى إلى تدخل الدولة في درجات متفاوتة بأنشطتها منها الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية... الخ، وعليه فإن السلطة التشريعية في الدولة وهي تمارس اختصاصاتها الدستورية تقوم بنوعين من الأعمال النوع الأول هو الذي يكون متمثلاً بالقوانين أما النوع الآخر فإنه يتمثل بالأعمال البرلمانية فحين تقوم السلطة التشريعية بإصدار قانون أو تقوم بعمل برلماني فإنه من الجائز أن تسبب ضرراً لفرد أو لمجموعة من الأفراد^(١)، ولما كان الأصل بأن السلطة التشريعية كغيرها من سلطات الدولة تمارس أعمالها من أجل الصالح العام فإن الأفراد المضرورين من هذه الأعمال تحملوا أضراراً في سبيل مصلحة عليا فإنه بالإمكان التعويض في مقتضى العدالة وبذلك فإن التعويض يكون من أجل إعادة التوازن الذي سببه الضرر وادى إلى الإخلال ما بين الحقوق والالتزامات فإن أهمية المسؤولية عن الأعمال التي تصدر من السلطة التشريعية تمثل إرادة الأمة وبما أن الأمة لا تخطئ فإن ممثليها لا يخطئون أيضاً^(٢).

فالسلطة التشريعية هي السلطة المختصة بإصدار القوانين وإن القانون بمعناه الضيق هو يمثل التعبير عن الإرادة العامة^(٣)، فإنه بذلك واعتباراً للعدالة يستوجب إيجاد النظام الذي بواسطته يمكن الحصول للمضروور على تعويض عن أعمال السلطة التشريعية بالاستناد إلى الأساليب التقليدية حيث كان الفقيه الفرنسي (بارتملي) من المؤيدين لمبدأ عدم المسؤولية وهو يستند إلى أن القانون يمثل إجراء عام ولا تنطوي قواعده على مساس بالمراكز القانونية إلى مجموعة معينة من الأفراد وبالتالي لا يمكن لهؤلاء الأفراد الادعاء بوجود حقوق مكتسبة لهم في مواجهة القانون، إلا أن (بارتملي) لا ينكر إمكانية أن يصيب قانون ما مجموعة معينة من الأشخاص، هؤلاء الأشخاص يجوز لهم أن يحصلوا على التعويض المناسب الذي يكون متناسباً مع الأضرار التي أصابهم حيث يؤسس (بارتملي) الحق بالتعويض على أساس العدالة والسياسة التشريعية فإذا كان القانون الصادر من البرلمان يمنع نشاط ما بصفة مطلقة فإن ذلك يمثل مساساً بمبدأ

(1) G.Debeyre: Laresponsabilite dela puissance publique en france eten Belgiaue, paris,1936, P236.

(٢) د. عبد الحميد متولي، الإسلام ومشكلة السيادة في الدولة، مقال بمجلة الحقوق، السنة الثانية عشر، ٦٢، ١٩٦٣، العدد الثالث، ص ١٩.

(٣) تنص المادة السادسة من اعلان الحقوق الفرنسي الصادر عام ١٧٩١ على ذلك

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٢، س ٥٠:٠٠. <https://m.marefa.org>. (La loi l'expression de la volonte generale).

المساواة بين الافراد امام الأعباء العامة وهذا يعد جوراً على العدالة اما اذا كان القانون قرر احتكار الدولة نشاط كانت ممارسته مباحة قبل ذلك فان العدالة للدولة على حساب مجموعة معينة من الأشخاص^(١).

الفرع الثاني

الأساس النظري لمسؤولية الدولة في التعويض عن الاضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية

سنتطرق للنظريات الفقهية التي جاءت لتأسيس المسؤولية وأهمها:

أولاً: نظرية الاثراء بلا سبب:

أي ان كل من اثرى على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم بان يرد لهذا الغير قد ما اثرى به في حدود ما لحقه من خسارة^(٢)، وهذا الاثراء هو في القانون المدني، فقد انتقلت النظرية الى مجال القانون العام مع بعض التعديلات التي جعلها مناسبة لتحكم العلاقات بين الدولة وهيئاتها من جهة وبين الافراد من جهة أخرى.

فقد وجدت هذه النظرية أساسها في دعاوى المسؤولية في نطاق القانون العام بحيث يمكن معها إلزام السلطات العامة بالتعويض عن الاضرار التي تحدث للغير على أساس الاثراء بلا سبب في الحالات التي تقوم فيها علاقة سببية بين الزيادة في الذمة المالية للسلطة العامة وبين الضرر الحادث لشخص في صورة افتقاره بذمته المالية وهذا جعل الكتاب يجدون فكرة الاثراء بلا سبب اساساً لمسؤولية الدولة عن القوانين ومن هؤلاء الفقيه الفرنسي (هوريو) حيث كان يعترف في بادئ الأمر بمبدأ عدم المسؤولية ثم قرر بعد ذلك بان هناك استثناء على ذلك المبدأ وبذلك فالدولة تلتزم بالتعويض اذا ترتب على صدور قانون جديد زيادة في ذمتها المالية وسبب اضراراً بمصالح بعض الافراد فأساس الالتزام بالتعويض هو وجود اثناء للذمة المالية للدولة وعلى ذلك فان صدور قانون جديد دون ان يرتب اثناء لذمتها المالية فالدولة لا تكون ملزمة بالتعويض حتى لو رتب هذا القانون اضراراً بمصالح الافراد والاثراء يتحقق ليس فقط بإضافة الأموال لذمة الدولة المالية وانما أيضاً اذا كان صدوره قد تسبب في خفض النفقات العامة مضرراً بمصالح الأشخاص^(٣).

(١) د. نهى الزيني، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ١٩٥٢، ص ١١٠٣؛ د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات الجزء الثاني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٣٣٢.

(٣) د. مصطفى كامل، القواعد العامة في مسؤولية الدولة، مطبعة السريان، بغداد، ١٩٤٧، ص ٢٦.

فبذلك لهذه النظرية الفضل الكبير لإمكانية الاعتراف بمسؤولية الدولة عن القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية ولو كان ذلك استثناء من الأصل العام وهو مبدأ عدم المسؤولية الا انه بالرغم من ذلك لا تصلح ان تكون الأساس لمسؤولية الدولة عن القوانين لانه قصر المسؤولية على الاثراء للذمة المالية للدولة اما في حال عدم وجود اثراء في ذمتها فلا تكون الدولة مسؤولة عنها.

ثانياً: نظرية القوانين الانشائية:

لجأ (جورج سل) الى التمييز بين نوعين من القوانين وهي القوانين الأصولية والتي تعتبر قواعد موجودة في الأصل في الضمير العام للجماعة فيقتصر بذلك عمل المشرع على ابرازها فقط وصياغتها كما هو الحال لو صدر قانون يحرم نشاط ما بصفة مطلقة اما النوع الاخر هو القوانين الانشائية فهذه ينحصر دورها بوضع المبادئ الواردة في القوانين الأصولية ووضعها موضع التطبيق مثل القوانين الصادرة بتنظيم ممارسة نشاط معين ومنها عمليات الاحتكار فالقوانين الأصولية بنظر (سل) هي لا تقرر شيئاً وانما هي موجودة اما الانشائية فهي من صنع المشرع فالأصولية لا مسؤولية عليها اما الانشائية فعليها المسؤولية أي ان مبدأ عدم المسؤولية لا يزال قائماً عند (سل) فمن يصيبه ضرر من جراء القوانين الانشائية له ان يطالب بالتعويض امام القضاء، لقد وجد البعض انه في حالة التمييز بين النوعين من القوانين الأصولية والقوانين الانشائية فان الغالبية العظمى تعد قوانين انشائية^(١).

ثالثاً: فكرة نزع الملكية من اجل المنفعة العامة:

حق الملكية يعد عامل مهم من بين العوامل التي أدت الى التطور بموضوع مسؤولية الدولة بوجه عام، والحرص على ضرورة احترام هذا الحق ابرز نظام يمكن من خلاله مسائلة الدولة عما تسببه من اضرار جراء الاعمال التي تقوم بها^(٢).

وعلى ضوء ذلك فاذا اقتضت المنفعة العامة ان تقوم بنزع الملكية من قبل الأشخاص او أحد معين وذلك بحسب الأحوال التي يقررها قانون نزع الملكية^(٣)، حيث حاول بعض الفقهاء ان يستخلصوا أساس

(١) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري ورقابة على أعمال الإدارة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٥٥، ص ٥٢٩.

(٢) المادة (١٧) من الاعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ متاح على الرابط www.uobabylon.edu.iq تاريخ الزيارة ١٤/١/٢٠٢١، ص ١٥:٧.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٦٣٠.

مسؤولية الدولة من فكرة المنفعة العامة ومن ضمنهم (دوجي) حيث قال بنظرية التمييز بين القوانين التي تقوم بتجريم نشاط مشروع والقوانين التي تحرم نشاط غير مشروع. حيث يجب على هذا الأساس ان يقوموا بتعويض الشخص الذي تم نزع ملكيته للمنفعة العامة وعلى هذا الأساس يتحدد مدى مشروعية النشاط الذي يمس به التشريع الذي يصدر من البرلمان فاذا صدر القانون الخاص بتجريم نشاط ما لكونه مخالف للقواعد القانونية العليا أي الدستور فانه من المؤكد ان صاحب النشاط لا يستحق أي تعويض اما اذا صدر قانون يحرم او يقيد نشاط مشروع أي كون القانون مطابق للدستور فان ذلك يمثل تنظيماً له أي احتكاراً فهذا التقييد نلتزم من خلاله الدولة بتعويض الافراد الذين اضرهم القانون الصادر بنزع ملكيتهم للمنفعة العامة^(١).

رابعاً: نظرية الانحراف في استعمال السلطة:

تعتبر هذه النظرية من النظريات المسلم بها في الفقه والقضاء وهي الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، ويقصد به ان يقوم المختص بإصدار القرار لتحقيق أهداف مختلفة عن الأهداف المحددة له، فأن انحراف السلطة الإدارية باستعمال السلطات المخولة لها هي من ابتكار قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فجزء عيب الانحراف يكون ببطلان القرار الإداري، اما في حال تم تنفيذ هذا القرار وتسبب بالضرر لشخص معين، فيكون لذلك الشخص ان يطالب بالتعويض، وبذلك تكون هذه الأسس النظرية للانحراف في استعمال السلطة الإدارية^(٢).

ويلاحظ في هذا الشأن ان هنالك تساؤلاً حول مدى امكانية القول بتلك الأسس لانحراف السلطة التشريعية بعملها؟ من المعروف ان التشريع في حال مخالفته للدستور فإنه يكون باطلاً، فالمشرع في اطار عمله التشريعي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وعندما يكون هناك انحراف في استعماله لسلطته فيكون قد حقق غايات أخرى وهنا يكون التشريع باطلاً^(٣).

حيث تم تحديد مجال الانحراف في استعمال السلطة التشريعية فلا يتحقق خارج الدائرة التي يمارس فيها المشرع سلطة تقديرية وهذه الدائرة تكاد تستغرق النشاط التشريعي برمته ذلك ان الدستور يقوم بمنح المشرع سلطة تقديرية في هذا المجال الا في حالات استثنائية، وبذلك فان مخالفة القانون الصادر من السلطة التشريعية للدستور تتحقق بحالتين الأولى اذا كان التشريع مخالفاً لنص دستوري حيث تكون مسألة

(١) د. نهى الزيني، مسؤولية الدولة عن اعمال السلطة التشريعية، مصدر سابق، ص ١٤٦.

(٢) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، ط ٣، ١٩٧٦، ص ٨٠.

(٣) د. نهى الزيني، مصدر سابق، ص ١٤٦.

مخالفة دستورية اما الحالة الثانية تتحقق اذا انصبت المخالفة على روح الدستور والاهداف التي يرمي لتحقيقها وهنا نكون بصدد انحراف باستعمال السلطة التشريعية^(١).

مما تقدم نجد ان مسؤولية الدولة عن اعمال السلطة التشريعية وتحديد مسؤوليتها عن القوانين لا زالت من المواضيع التي تثير العديد من الإشكاليات والتساؤلات عن أساسها وسبل إقرارها والتطورات التي لحقت بها، وهو ما سوف نتناوله في فصول الدراسة القادمة

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة، ١٩٥٠-١٩٨٠، ص ٧٢.

الفصل الأول

وسائل إثارة مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية

من الثابت ان القوانين تتمثل بمجموعة من القواعد العامة المجردة التي يضعها المشرع من أجل تنظيم المجتمع وهي تفرض على الأفراد وجوب احترامها حتى لو تحملوا اعباءً تقع على بعض حرياتهم التي كفلها الدستور، وذلك لكون الغاية الأساسية من تلك القواعد هي تحقيق الصالح العام. لكن ما يلاحظ في هذا الشأن ان وجوب احترام الأفراد للقواعد القانونية والزامهم بعدم مخالفتها يقتضي ان تكون تلك القواعد منسجمة ومتطابقة وغير مخالفة ومتناقضة مع الدستور الذي يعد القانون الأسمى في أغلب الدول، من هنا فقد أثيرت النقاشات حول مدى إمكانية مسائلة الدولة عن القوانين التي تشكل انتهاكاً لحقوق الأفراد وخاصةً ان كانت غير دستورية، وفي هذا الشأن نجد ان المبدأ الذي كان سائداً يتمثل بعدم المسؤولية ولكن التطور الذي لحق بالمفاهيم الأساسية للمسؤولية يقر بإمكانية ترتيب المسؤولية، ومن أجل بيان تطور مسؤولية الدولة عن القوانين يجب التطرق إلى بيان آلية الرقابة على دستورية القوانين وأثرها المترتب على القانون ثم بيان تطور مبدأ مسؤولية الدولة على القوانين من خلال المبحثين الآتيين، حيث نتطرق في المبحث الأول منه إلى الرقابة على دستورية القوانين وأثر الحكم بعدم الدستورية، اما المبحث الثاني سوف نتطرق فيه إلى تطور مبدأ مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية وكما يلي:

المبحث الأول

الرقابة على دستورية القوانين وأثر الحكم بعدم الدستورية

تعد الرقابة على دستورية القوانين الضمانة الواردة من اجل احترام القواعد الدستورية وعدم مخالفتها وهي من اهم الوسائل القانونية التي تكفل تنفيذ القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً، والرقابة تتحقق عن طريق نوعين اما رقابة قضائية او سياسية وفاعلية أنواع الرقابة تقاس بمدى صون النصوص الدستورية وعدم تجاوزها، ومن هنا يجب بيان الرقابة والتطرق الى أنواعها من اجل الوقوف على ما يمكن القيام به عند الحكم بعدم الدستورية والأساليب المتبعة في القيام بها وكما يأتي:

المطلب الأول

الرقابة على دستورية القوانين وانواعها في الدول المقارنة والعراق

تعد الرقابة على دستورية القوانين وسيلة مهمة من اجل ضمان مطابقة القوانين الصادرة للدستور وعدم مخالفتها له، من هنا توجهت غالبية الدول الى إقرار وتنظيم الرقابة على دستورية القوانين صراحة او ضمناً وان كانت قد اختلفت كونها سابقة ام لاحقة على صدور التشريعات، ومما لاشك فيه ان الرقابة السابقة على صدور القوانين تمنع الكثير من المشاكل التي قد تكون ناجمة عن تطبيقها اما كون الرقابة لاحقة فأنها تكشف العيوب التشريعية من خلال التطبيق^(١).

ومن هنا يتضح ان الرقابة على الدستورية تكون بحسب الدستور المتبع لدى الدول فقد تكون سابقة او لاحقة وعليه سوف نوضح ذلك من خلال الفرعين الآتيين ونتطرق الى الرقابة في الدول المقارنة في الفرع الأول ثم بيان نوع الرقابة في دساتير العراق في الفرع الثاني وكما يلي:

(١) د. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٠.

الفرع الأول

الرقابة على دستورية القوانين في الدول المقارنة

أشرنا أن الرقابة على دستورية القوانين قد تكون رقابة سابقة أو رقابة لاحقة، فالرقابة السابقة هي الرقابة التي تكون سابقة لصدور القانون وتعتبر رقابة وقائية لأنها تحول دون صدور القانون المخالف للدستور؛ وذلك بالنظر إلى وقت ممارستها، فالدول اختلفت بالرقابة على دستورية القوانين باختلاف دساتيرها وكيفية الأخذ بالرقابة سواء كانت سابقة أو لاحقة، ومن هنا سوف نبحت الرقابة في الدول المقارنة محل الدراسة ومعرفة أهم ما تتميز به وكما سنوضحه ادناه:

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا

لقد أخذت الرقابة في فرنسا منحى مختلف وذلك لأنها مرت بمراحل أي مرحلة ما قبل التعديل الدستوري الثامن في عام ٢٠٠٨ والمرحلة اللاحقة له، وبذلك سوف نبحت الرقابة في مرحلتين:

١ - الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا قبل التعديل الدستوري الثامن عام ٢٠٠٨

أخذت فرنسا بالرقابة على دستورية القوانين لأول مرة في نصوص صريحة في دستور السنة الثامنة سنة ١٧٩٩ في عهد نابليون حيث قاموا بإسنادها الى هيئة سياسية وبذلك تعتبر فرنسا النموذج الأمثل للدول التي اخذت بالرقابة السياسية واسندتها الى هيئة سياسية^(١)، حيث اطلق عليها اول مرة مجلس الشيوخ الحامي للدستور حيث يملك حق الرقابة على دستورية القوانين الصادرة من المجلس النيابي والمراسيم التي تصدر من السلطة التنفيذية وبذلك اعطى للمجلس الحق بإلغائها قبل إصدارها في حال مخالفتها للدستور^(٢).

اما دستور سنة ١٨٥٢ ايضاً فشل في ممارسة مهمته في الرقابة وذلك لان المجلسين الحاميين للدستور في كل من دستور السنة الثامنة ودستور ١٨٥٢ لم يمارسا الرقابة ولم يقررا عدم

(١) للمزيد ينظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الدستوري - المبادئ العامة - الدستور اللبناني، الدار الجامعية، بلا سنة نشر، ص ١٩٠.

(٢) د. محمد عبد الحميد ابو زيد، القضاء الدستوري شرعاً ووصفاً، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٢٨؛ و د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة "دراسة مقارنة"، مطبعة الاسراء، سوريا، ص ١٨٤.

دستورية أي نظام أو مرسوم^(١)، حيث بين الفقه سبب فشلها واسناده الى عاملين الأول أسلوب تعيين أعضاء المجلس الذي يؤدي الى الخضوع للسلطة التنفيذية اما العامل الثاني هي طريقة تحريك الطعن بعدم الدستورية فلم يكن بإمكان الهيئة ان تتصدى لموضوع بحث دستورية القوانين الا بناء على طلب يقدمه المجلس النيابي والذي لا يمكن تصور ان يدعو للرقابة على اعماله او اعمال السلطة التنفيذية وايضاً لا يمكن تصوره عن طريق السلطة التنفيذية للرقابة على المراسيم التي تصدرها. إلا ان نابليون قد ضمن نصاً يقضي بإنشاء هيئة سياسية مماثلة للهيئة السابقة على ان تكون تملك بالإضافة إلى اختصاصها اختصاص مراجعة جميع القوانين وإلغاء القوانين التي ثبت عدم دستورتها، إلا ان حظ الرقابة لم يكن أفضل من سابقتها على الرغم من الضمانات المعطاة لأعضائها^(٢).

اما دستور الجمهورية الثالثة لسنة ١٨٥٧ جاء خالياً من أي نص يعالج الرقابة، وعند صدور دستور الجمهورية الرابعة لسنة ١٩٤٦، أنشئت هيئة سياسية عهدت اليها مهمة الرقابة على القوانين واطلق عليها (اللجنة الدستورية) حيث لم تكن الرقابة من بين اختصاصاتها الا ان القضاء الفرنسي لم يتردد في فرض رقابته على مشروعية الأنظمة والقرارات بالرغم من رفضه ممارسة الرقابة على دستورية القوانين^(٣).

اما بالنسبة الى الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ اخذ بدوره بنظام الرقابة السياسية على الدستورية وعهد بها الى هيئة سياسية تسمى (المجلس الدستوري) ويختص بجملة من الاختصاصات^(٤).

فالرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور ١٩٥٨ قبل التعديل الثامن في عام ٢٠٠٨ هي رقابة سابقة، حيث جعلت المادة (٦١) الرقابة على الدستورية من اختصاص المجلس الدستوري وطبقاً لهذه المادة فالقوانين تعرض على المجلس قبل إصدارها ولوائح المجالس البرلمانية قبل تطبيقها فضلاً عن

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢١٣.

(٢) د. سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٥٣.

(٣) عبد الغني محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٠٧.

(٤) من الاختصاصات ١- الاشراف على سلامة اجراء انتخابات رئيس الجمهورية وفحص الطعون وإعلان نتائج الاقتراع ٢- الفصل في منازعات صحة انتخابات النواب والشيوخ. (٣) الاشراف على صحة عمليات الاستفتاء وإعلان نتائجه. د. نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط ٧، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص ٤٩.

مشروعات القوانين المذكورة بالمادة (١١) طبقاً للتعديل في ٢٠٠٨ حيث قبل ذلك فأنها تستبعد من رقابتها على اعتبار انها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية^(١).

٢- الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا بعد التعديل الدستوري الثامن عام ٢٠٠٨

ان التطور المستمر هو أهم صفة لدستور الجمهورية الخامسة والذي طالت تعديلاته ما يقارب الـ ٤٠% من نصوص الدستور وبذلك ينبغي القول ان تعديل ٢٣ تموز ٢٠٠٨ يعتبر الأهم في تاريخ هذا الدستور. وان إضافة المادة (١/٦١) للدستور يمثل جوهر هذا التعديل حيث دخلت هذه المادة حيز التطبيق في الأول من آذار عام ٢٠١٠ وذلك بعد صدور القانون التنظيمي الخاص به في ١٠/١٢/٢٠٠٩، حيث تتمثل أهمية هذه المادة ولأول مرة في تاريخ الدستور الفرنسي يمنح الأفراد الحق بالطعن بدستورية القوانين امام القضاء مباشرة^(٢)، وبذلك فأن المشرع الفرنسي ومن خلال التعديل الثامن عام ٢٠٠٨ أشار إلى الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين^(٣).

حيث تمت إضافة فقرة إلى المادة (١/٦١) والتي تنص على انه ((عندما يتبين من خلال دعوى قضائية مرفوعة امام احدى المحاكم ان نصاً تشريعياً نال من الحقوق والحريات التي ضمنها الدستور يمكن للمجلس الدستوري في هذه المسألة بناء على إحالة من مجلس الدولة او محكمة النقض الذي يتخذان قرارهما خلال فترة محددة ويحدد بقانون تنظيمي شروط تطبيق هذه المادة)) وبذلك صدر القانون التنظيمي في ١٠/١٢/٢٠٠٩ حيث اطلق على هذه الرقابة بالأولوية الدستورية ليضع م (١/٦١) موضع التطبيق^(٤). حيث اخذ الدستور الفرنسي ولأول مرة بالرقابة اللاحقة على صدور التشريع^(٥).

(١) د. حميد حنون الساعدي، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص١٦١.

(2) FERINAND, melin- soucramanien. La consitution de la Republique francais pxxvii.

(٣) علي عيسى اليعقوبي، تعديل (٢٣) تموز ٢٠٠٨ الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٢٧، العدد ٢، ٢٠١٢، ص٣٨٩.

(٤) د. محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية أثاره، حجيته، وتنفيذه، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٤، ٢٠٠٥، ص١٧٦ وما بعدها.

(٥) د. رفعت عبد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الامريكية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٦٣.

وبذلك فإن المشرع الدستوري والعادي أحاط الرقابة بعدد من الضوابط تتعلق بالقواعد الدستورية التي يجوز للخصوم التمسك بها والمحاكم التي يجوز اثاره المسألة الدستورية امامها ومحل الرقابة على الدستورية وانه يمكن اجمالها بالآتي^(١):

١- من حيث أصحاب الحق بالدفع بعدم الدستورية يكفل المجلس الدستوري لجميع الأشخاص طبيعية او معنوية وسواء كانت الأشخاص المعنوية عامة ام خاصة لهم الحق بالدفع بعدم الدستورية للنص التشريعي بمناسبة دعوى مرفوعة امام احدى الجهات القضائية.

٢- ان يتضمن النص المطعون فيه اعتداء على احدى الحقوق او احدى الحريات الأساسية التي كفلها الدستور.

٣- ان يتم التأكيد على مساس النص المطعون فيه بالحق او الحرية او ان تتم بالإحالة من قبل مجلس الدولة او محكمة النقض.

٤- اما بخصوص محل الرقابة فقد اخضع المشرع بموجب القانون الأساسي المنظم لرقابة المجلس الدستوري بطريقة الدفع أي نص له قيمته التشريعية، فيندرج تحت هذه الرقابة ما يلي^(٢):

أ- التشريعات الصادرة عن البرلمان والتي لم تخضع للرقابة المسبقة للمجلس الدستوري.

ب- اللوائح التفويضية بعد إقرار البرلمان لها.

ج- الأوامر ذات القيمة التشريعية التي أصدرتها الحكومة بالاستناد الى المادة (٩٢) من دستور ١٩٥٨ في الفقرة الانتقالية التالية لصدوره.

د- اما القرارات الرئاسية التي لم يصادق عليها البرلمان والاورام والقرارات الفردية لن تكون محلاً للطعن لأنها خاضعة لرقابة القضاء الإداري^(٣).

(١) د. محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في ٢٣ تموز ٢٠٠٨، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة الرابعة والثلاثون، ٢٠١٠، ص ٤٩.

(٢) د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٣٢.

(٣) علي عيسى اليعقوبي، مصدر سابق، ص ٣٩١.

وبهذا فقد شرعت المحاكم الفرنسية بتطبيق نص المادة (١/٦١) ودخلت حيز النفاذ في الأول من آذار سنة ٢٠١٠، وبذلك صدر أول قرار من المجلس الدستوري بخصوص أولية دستورية برقم (١) لسنة ٢٠١٠ بتاريخ ١٤/٤/٢٠١٠ بموجب القرار رقم (٣٣٦٧٥٣)^(١).

ومن خلال ذلك يتضح بأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا قبل التعديل الأخير كانت رقابة سابقة على صدور القوانين، وكانت هذه الرقابة اما وجوبية أي تحرك وجوبياً من قبل الوزير الأول الملزم من قبل الدستور بعرض القوانين الأساسية إضافة إلى مشروعات القوانين على المجلس الدستوري قبل طرحها للاستفتاء الشعبي، أو يتم تحريكها من قبل رئيسي الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ والملزمين بعرض لوائح مجلسي البرلمان على المجلس الدستوري قبل ان يتم تطبيقها من أجل تقرير مطابقتها الشكلية والموضوعية للدستور، أو تكون الرقابة السابقة اختيارية حيث أجاز الدستور لكل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيس أي من مجلسي البرلمان أو من خلال ستين عضو على الأقل من أعضاء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ ويتم البت فيه بعد شهر من تاريخ عرضه على المجلس أو حالته عليه، اما بعد التعديل الذي حصل في عام ٢٠٠٨ على الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ فإنه أدخل الرقابة اللاحقة وذلك عن طريق الدفع بعدم الدستورية، أي فسخ المجال امام الأشخاص الطبيعية والمعنوية لتحريك الرقابة امام جهات القضاء العادي والإداري والذي اطلق عليه المسألة الدستورية الأولوية الدستورية؛ وذلك حسب المادة (٦١ - ١) والتي تنص على ((إذا ثبت إثناء النظر في دعوى امام جهة قضائية ان نصاً تشريعياً يخرق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز اشعار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض بهذه المسألة ضمن أجل محدد، ويحد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة))^(٢)، أي ان القانون إذا كان فيه انتهاكاً للحقوق والحريات المكفولة دستورياً فإن يتم الطعن على أساسها بدستورية القوانين، وبذلك فإن الرقابة في فرنسا تعتبر مواكبة

(١) كان قرار الإحالة يتعلق بالمعاشات التقاعدية لقدامى المحاربين ومدى دستورية المادة (٢٦) من القانون رقم (٧٣٤) لسنة ١٩٨١ الصادر في ١٣ اب ١٩٨١ بخصوص الميزانية التكميلية لعام ١٩٨١، والمادة (٦٨) من القانون رقم (٥٧٦) لسنة ٢٠٠٢ الصادر في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٢ بخصوص الميزانية التكميلية لعام ٢٠٠٢، وانتهى المجلس الدستوري بعدم دستورية تلك المواد باستثناء الفقرة السابعة من المادة (٦٨) المشار إليها والفقرة الخامسة من المادة (١٠٠) سالفة الذكر د. محمود صبحي علي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح - دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والكويت، ط١، بدون جهة ومكان نشر، ٢٠١١، ص ٤٣١.

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٥٠.

للتطورات الحاصلة في المجتمعات فأصبحت سابقة - لاحقة بحسب التعديل الأخير وذلك بحسب القوانين^(١).

ثانياً: الرقابة على دستورية القوانين في مصر

الدساتير المصرية السابقة على صدور قانون المحكمة العليا لم تتضمن أي نصوص بشأن موضوع الرقابة، أما دستور مصر سنة ١٩٧١ والذي نص على انشاء المحكمة الدستورية العليا منحها الحق في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح^(٢).

فالفقه المصري ذهب الى اتجاهين: الاتجاه السائد هو الاتجاه الذي ايد حق القضاء في ممارسة الرقابة على القوانين والتشريعات المخالفة للدستور حيث برروا رأيهم بضرورة حماية المشروعية وسيادة القانون إضافة الى المحافظة على علو القواعد الدستورية، أما الاتجاه الآخر منع القضاء من ممارسة الرقابة على الدستورية حيث استندوا الى الحجج الفرنسية نفسها وهي ان الوظيفة القضائية هي تطبيق القانون وليس الحكم عليها^(٣).

وعند صدور القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ الذي يتضمن انشاء المحكمة الدستورية العليا المعمول به نص على اختصاصات المحكمة وجعلها مختصة وحدها بالرقابة اللاحقة على الدستورية حيث نصت المادة (٢٧) منه على (يجوز للمحكمة في جميع الحالات ان تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون او لائحة يعرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية)^(٤).

ثم تناولت الدساتير المتلاحقة لدستور عام ١٩٧١ الحماية الدستورية بشكل أكثر استقلالية فصدر دستور عام ٢٠١٠ محدداً الحماية الدستورية في المادة (١٧٥) منه ونص في المادة (١٧٧) منه على

(١) المادة (٦١-١) من تعديل الدستور الفرنسي الصادر سنة ٢٠٠٨.

(٢) المادة (١٧٥) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ الملغي.

(٣) د. محمود عاطف الينا، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، السنة (٤٨)، ١٩٧٨، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٩، ص ٢١٥؛ فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، بلا جهة ومكان نشر، ١٩٦٥-١٩٦٦، ص ٢٤٧-٢٤٨؛ د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة)، بلا جهة ومكان نشر، ١٩٧٨، ص ٤٨٥.

(٤) د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٧٢ وما بعدها؛ وينظر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل بتاريخ ٢٦/يوليو/ ٢٠١٩ بقانون رقم (٧٨).

الرقابة السابقة وذلك على غرار المجلس الدستوري الفرنسي، ثم صدر دستور عام ٢٠١٤ ونص في المواد (١٩١-١٩٢) منه وافر العودة للعمل بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين وفق دستور عام ١٩٧١ وبذلك انتقلت الرقابة وفق قانون المحكمة العليا من مرحلة التشريع العادي إلى مرحلة التشريع الدستوري بعد صدور قانون المحكمة الدستورية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩^(١).

اما بالنسبة الى موقف القضاء المصري من الرقابة على دستورية القوانين فمن خلال تتبع الاحكام الصادرة عن المحاكم المصرية بعد صدور دستور ١٩٢٣ يلاحظ بانه بالرغم من ان المحاكم قبل عام ١٩٤٨ لم تقطع بشكل واضح بحقها في الرقابة الا انها لم تتردد في المراقبة على اللوائح بدون سند دستوري يخولها ذلك، الا ان القضاء العادي المصري بالرغم انه ليس له سلطة الغاء لائحة او قرار مخالف للدستور او القانون الا انه كان يمتنع عن تطبيقه^(٢).

اما القضاء الإداري المصري فكان خلافاً للقضاء العادي أي أنه يقرر الغاء اللوائح التي تكون مخالفة للدستور أو القانون ولو لم يكن هنالك نص يقضي بذلك؛ وذلك لأن الأصل ان تتولى السلطة القضائية اختصاص بحث الدستورية للقوانين واللوائح وهو اختصاص يعد من صميم وظيفة القضاء وليس هناك اعتداء على السلطات الأخرى، وبذلك فهو يفصل بين قاعدتين متعارضتين ويقرر تطبيق القاعدة الأولى منه^(٣).

وبعد انشاء المحكمة الدستورية العليا نصت المادة (٢٥) على انها تتولى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، لكن جعل الاختصاص الشامل للرقابة على الدستورية للمحكمة لم يكن مقبولاً عند الفقه^(٤) حيث ذهب بعض الآراء الى ان ذلك يتعارض مع ما يقرره الدستور من اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات الإدارية حيث ان مجلس الدولة المصري طبق المادة (١٧٢) يختص بالنظر في المنازعات الإدارية كافة وبذلك فان التصدي لشرعية اللائحة للقضاء الإداري اما الجانب الاخر من الفقه فذهب الى تأييد الاتجاه السابق حيث ان الاقتصار في مجال الرقابة يقتصر على تلك المتمتعة بالصفة التشريعية

(١) د. ياسر سيد حسين، تطور الاليات الرقابية للقضاء الدستوري، مجلة كلية الآداب، جامعة بني سويف، ٢٠١٩، ص ٢٤٠.

(٢) د. وسام صبار العاني، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية، ط١، مطبعة الميناء، بغداد، ٢٠٠٣، ص ٢٢٥.

(٣) د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٢٦٦.

(٤) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المطول في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٧٦ وما بعدها.

والقوة الملزمة للتشريع، اما البعض الاخر ذهب الى ان عمومية نصوص الدستور يجعل اختصاص المحكمة الدستورية العليا مطلقاً وشاملاً لجميع أنواع اللوائح بدون استثناء^(١).

الفرع الثاني

الرقابة على دستورية القوانين في العراق

يعد القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ من الدساتير التي نصت على الرقابة على الدستورية وبشكل واضح وصريح^(٢)، حيث عهدت الرقابة الى هيئة سميت بالمحكمة العليا ولم يكن اختصاصها فقط الرقابة على التشريعات العادية وانما تشمل ايضاً التشريعات الفرعية التي تصدر عن السلطة التنفيذية على شكل مراسيم^(٣) اما مهمة الرقابة على الأنظمة انيطت الى هيئة تسمى بالديوان الخاص في المادة (٨٤)^(٤)، فالقانون الأساسي لسنة ١٩٢٥ اناط اختصاص الرقابة على الدستورية للمحكمة العليا بموجب المادة (٨٣) فكان اختصاصها شاملاً للقوانين والتشريعات التنظيمية سواء كانت صادرة في الظروف العادية (الانظمة) او الصادرة في الظروف الاستثنائية (المراسيم) التي تكون لها قوة القانون الا ان التعديل الثاني رقم (٦٩) لسنة ١٩٤٣ للقانون الأساسي جعل اختصاص المحكمة مقتصر على فحص دستورية القوانين والمراسيم التي في حكمها^(٥)، وتختص المحكمة إضافة الى فحص دستورية القوانين بموجب المادة (٢٦) بمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الامة الذين يتهمون بالجرائم السياسية او الجرائم المتعلقة بوظائفهم وكذلك تختص بمحاكمة قضاة محكمة التمييز عن الجرائم التي تنشئ عن ممارسة الوظائف^(٦).

(١) د. محمود عاطف البناء، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح، المصدر السابق، ص٢٢٨؛ د. سعد عصفور، النظام الدستوري المصري (دستور ١٩٧٠)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص٣١٤.

(٢) احمد العزي النقشبي، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص١٧.

(٣) د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، النظرية العامة في الدساتير، ط٢، دار ورد الأردنية، ٢٠١١، ص٢٠٥.

(٤) نصت المادة (٨٤) من القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥ ((إذا اقتضى تفسير القوانين أو الانظمة في غير الأحوال المبينة في المادة السابقة بناء على طلب الوزير المختص يؤلف ديوان خاص برئاسة رئيس محكمة التمييز المدنية ينتخب اعضائه ثلاثة من بين حكام التمييز وثلاثة من كبار موظفي الإدارة وفقاً لقانون خاص)).

(٥) د. مها بهجت الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، إصدارات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩، ص٨٦.

(٦) المادة (٨١) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥.

بعد اعلان النظام الجمهوري في العراق توالت الدساتير المؤقتة عليه من ذلك دستور عام ١٩٥٨ الذي لم يتضمن نظام الرقابة على دستورية القوانين لأنها لم تكن من الدساتير الجامدة التي تفرق فيما بين القوانين العادية والدستورية، حيث وان دستور ١٩٥٨ كان دستوراً مرناً، الا ان الفقه رأى بان عدم وجود قاعدة تنظم موضوع الرقابة لا يمنع المحاكم العادية من ممارسة الرقابة بطريق الدفع في صورة الامتناع عن تطبيق القانون المخالف لأحكام الدستور^(١)، وقد خالف هذا الرأي اخرون عندما قالوا بان السكوت عن الرقابة لا يعني ان تكون هناك إجازة بتطبيقها أي إجازة ضمنية فاذا كان اعتبار السكوت إجازة في النظام الليبرالي فانه لا يمكن إعطاء الاجازة في النظام الذي يعطي للسلطة التنفيذية والتشريعية الى هيئة واحدة^(٢).

اما الدساتير التالية لهذا الدستور فأنها لم تنظم الرقابة على دستورية القوانين حتى صدور دستور عام ١٩٦٨ الذي نظم الرقابة القضائية وبنى لها نظام خاص، حيث نص على تشكيل محكمة دستورية عليا تختص بتفسير نصوص الدستور إضافة إلى البت في دستورية القوانين ويكون قرارها ملزم^(٣)، في حين ان دستور عام ١٩٧٠ لم يتضمن أي إشارة للرقابة على الدستورية وهذا ما أثير الخلاف حوله في ظل دستور ١٩٧٠ حيث تضمنت نص يقضي بإبقاء جميع القوانين والقرارات التي تكون لها القوة القانونية بما فيها قانون المحكمة رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨، ومع هذا فانه لم يؤخذ بالرقابة على الدستورية ولم تشكل المحكمة الدستورية العليا كذلك الحال بالنسبة لمشروع دستور ١٩٩٠ فانه ايضاً لم ينظم الرقابة على الدستورية^(٤).

وبعد تغيير النظام السياسي في العراق عام ٢٠٠٣ وتحول العراق من دولة بسيطة الى دولة اتحادية، صدر قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية الذي حدد اختصاصات المحكمة قبل انشاؤها في حين ان الانشاء يتم قبل تحديد الاختصاصات، فقد نصت المادة (٤٤/ب) ((اختصاصات المحكمة الاتحادية: ٢- الاختصاص الحصري والاصيل وبناء على دعوى من مدعٍ او بناء على إحالة من محكمة

(١) د. علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية - دراسة مقارنة في ضوء التجربة العراقية، دار واسط، لندن، بلا سنة نشر، ص ٤٥.

(٢) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية، ط ٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٦٦، ص ١٥٩ وما بعدها.

(٣) ينظر: المادة (٧٨) من دستور ١٢ / ايلول لسنة ١٩٦٨ المؤقت.

(٤) ازهار هاشم احمد الزهيري، الرقابة على دستورية الأنظمة والقرارات الإدارية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠١٥، ص ١١٨.

أخرى في دعاوى بان قانوناً او نظاماً او تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية او الحكومات الإقليمية او إدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية لا تتفق مع هذا القانون))^(١).

لقد انتقد الفقه موقف المشرع الدستوري لتوسعه في تحديد نطاق الرقابة على الدستورية وذلك لإدخاله التعليمات تحت مظلة الرقابة لان الدستور هو سند القوانين العادية اما التعليمات فالمهمة متروكة للقضاء الإداري^(٢).

اما الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ فقد اناط بالمحكمة الاتحادية العليا في المادة (٩٣) منه اختصاصاتها ومن بينها الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، ويلاحظ هنا ان الرقابة القضائية على الدستورية قد تكون لا مركزية تعهد الى جميع الهيئات التي تمارس الوظيفة القضائية ومن الدول التي اخذت بها الولايات المتحدة الامريكية او قد تكون رقابة مركزية تعهد الرقابة فيها الى جهة قضائية واحدة أي قد تكون محكمة دستورية متخصصة او المحكمة العليا في النظام القضائي، ومن الدول التي اخذت بذلك مصر^(٣)، اما المشرع العراقي انحاز ايضاً للرقابة المركزية على دستورية القوانين في دستور العراق سنة ٢٠٠٥ وهذا الموقف للمشرع العراقي الدستوري هو موقف حميد لانه يجنبه مساوئ الرقابة اللامركزية متمثلة بعدم استقرار المراكز القانونية عندما تتضارب احكام المحاكم في دستورية او عدم دستورية قانون ما، وبذلك فان الرقابة الدستورية تهدف الى حماية الدستور القائم بغض النظر عن تاريخ صدور القانون، والرقابة القضائية المباشرة من قبل المحكمة الاتحادية العليا بشأن الدستورية فان مناطها النصوص المخالفة لقاعدة تضمنها الدستور^(٤).

حيث بين قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ في المادة السادسة منه اختصاص ومهام المحكمة الاتحادية بما فيها الفصل بالمنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والأنظمة والتعليمات والتي تصدر من جهة تملك الحكم بإصدارها، كذلك أشار قانون المحكمة إلى الآليات المتبعة للرقابة على

(١) د. سعد عبد الجبار العلوش، نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهدين، المجلد (٨)، العدد (١٤)، ٢٠٠٥، ص ١٦.

(٢) د. حميد حنون الساعدي، قراءة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد (٢٠)، العدد (١)، ٢٠٠٥، ص ٣٤.

(٣) د. عثمان عبد الملك صالح، الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت، دراسة نقدية - مقارنة، ط ١، بلا جهة ومكان نشر، ١٩٨٦، ص ٢٠.

(٤) د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٠٨.

الدستورية وذلك خلال الطلب الذي يتقدم به أحد الأشخاص المعنوية أو الطبيعية حسب المادة (٤/ثانياً)^(١).

حيث تكون هناك إقامة دعوى أصلية أمام المحكمة الاتحادية العليا وفي حال عدم وجود نصوص تقضي بذلك فإنه يتم العودة إلى قانون المرافعات فيما يتعلق بقواعد الإجراءات^(٢)، إضافة لذلك فإن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ فصل الدعوى وكيفية اقامتها وفق المادة (١) من النظام الداخلي للمحكمة، وكذلك بين الجهات التي يحق لها ان تطالب بالنظر بعدم الدستورية، حيث بين المادة (٤) الجهات التي يحق لها ذلك، فأعطت الحق في الطعن لثلاث جهات وهي: المحكمة والجهة الرسمية والمدعي بالمصلحة اما ان يكون شخص طبيعي كأبي فرد يرى ان القانون قد مس حقوقه الدستورية، اما المحكمة وهي التي تطبق قانون ما وبأي درجة من درجات التقاضي سواء كانت محكمة تمييز أو محكمة أخرى في القضاء الاعتيادي أو القضاء الإداري أو القضاء العسكري وكذلك قضاء منتسبي قوى الأمن الداخلي فلهم ان يطلبوا من المحكمة الاتحادية العليا ان تنظر بعدم الدستورية لقانون ما، وذلك من خلال تقديم طلب مباشر إلى المحكمة، وبالنسبة إلى الجهة الرسمية والتي قد تصادفها أثناء تنفيذ القوانين وهي الوزارات والجهات غير المرتبة بوزارة قد تعتقد اقناء ذلك التنفيذ بان القانون غير دستوري وانها لم تقم دعوى أصلية فالقانون في هذه الحالة منح رئيس الجهة الرسمية ان تطلب النظر في عدم دستورية القوانين، ونظمت هذه الآلية المادة (٥) من النظام الداخلي^(٣).

ما تقدم نجد ان الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا في العراق هو طريق يمكن ان تسلكه الجهات والأشخاص الذين يجيز لهم القانون ذلك بقصد المطالبة بإلغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته من أجل ضمان مبدأ المشروعية الذي يفضل ضرورة مطابقة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه في المرتبة.

(١) نصت المادة (٤/ثانياً) على أنه ((... ويكون ذلك بناء على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدعي بالمصلحة)).

(٢) القاضي سالم رمضان الموسوي، طرق الطعن بعدم دستورية القوانين أمام المحكمة الاتحادية العليا، متاح على الرابط www.m.ahewar.org.

(٣) نصت المادة (٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على انه ((إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا معللاً مع اسانيده ولك بكتاب بتوقيع الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة)).

المطلب الثاني

أثر الحكم بعدم دستورية القوانين

ان الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للدول التي تأخذ بالرقابة على القوانين بصورتها السابقة (الوقائية) فان ذلك لا يثير الخلاف لان ذلك يتم قبل إقرار القوانين وفي حال بيان عدم دستوريته فانه يتم الغائه وعدم اقراره، اما الخلاف فانه يثار في حالة الرقابة اللاحقة على الدستورية حيث يرتبط بطبيعة الحكم هل كونه كاشف ام منشيء؟ وهل يطبق الحكم بأثر رجعي للقانون من وقت صدوره ام فوري أي الغاء القانون فقط؟ وهذا ما يثار في حالة تطبيق القانون والكشف بعدم دستوريته ام قبل تنفيذ القانون وكسب الحقوق والامتيازات وبذلك سوف نتطرق الى اثر الحكم بعدم الدستورية للقانون قبل تنفيذه، ام بعده وكسب الحقوق والامتيازات وذلك لبيان الأثر المترتب على ذلك وكما يلي:

الفرع الأول

أثر الحكم بعدم دستورية القوانين في الرقابة السابقة

من الواضح انه في حالة الحكم بعدم دستورية القوانين فانه يجب التطرق لبيان ومعرفة هذا القانون، وذلك من خلال تطبيقه وفي حالة الرقابة السابقة على دستورية القوانين فان القانون لا يتم تطبيقه وذلك على أساس عدم تطبيق القانون المخالف للدستور^(١).

حيث تمارس الرقابة السابقة من خلال إحالة القوانين إلى المجلس الدستوري للنظر في دستورتها بعد التصويت على القانون في البرلمان وقبل إصداره من رئيس الجمهورية وهو ما يعرف بالاحالة السابقة وذلك اما ان تكون إحالة وجوبية أو اختيارية، وبذلك فعلى رئيس الجمهورية أو الجهات المخولة دستورياً ان تقدم طلب إلى المجلس الدستوري للانعقاد وذلك من أجل النظر بدستورية القوانين إذا وجدت مبرراً لذلك وبعد اقراره في البرلمان بمجلسيه (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) وقبل صدوره من قبل رئيس الجمهورية الذي يصدر القوانين التي يقرها الشعب عن طريق الاستفتاء حيث لا يختص المجلس الدستوري في النظر بدستورية هذه القوانين بعد فوزها^(٢).

(١) مها بهجت الصالحي، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٢) د. علي عبد العال، فكرة القوانين الأساسية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص.

وان القرارات الصادرة من المجلس الدستوري لها آثار مهمة فإذا كان القرار يتضمن ان القانون المخالف للدستور يشمل على نص مخالف ويمكن فصله عن بقية النصوص فيكون بهذه الحالة الحق لرئيس الجمهورية اصدر القانون بعد استثناء النص الغير دستوري اما إذا كان لا يمكن فصله فعندئذ يعتبر القانون باجمله مخالف للدستور ولا يمكن تصديقه^(١)

وبالنسبة لطبيعة الحكم في فرنسا فانه من المعروف ان الرقابة فيها هي رقابة سياسية وليست قضائية فهي تهدف الى فحص القوانين قبل إصدارها للتأكد من عدم مخالفتها للدستور من جانب السلطة التشريعية وبالتالي فهي ليست رقابة إلغاء او بطلان للنصوص كما هو الحال في العراق ومصر غير انه وبعد إقرار الرقابة اللاحقة من قبل المجلس الدستوري الفرنسي وفقاً للقانون رقم (٧٢٠) الصادر في سنة ٢٠٠٨ الخاص بتحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة حيث تضمنت ادراج فقرة جديدة إلى المادة (٦١) تنص على ((إذا ثبت أثناء النظر في دعوى امام جهة قضائية ان نصاً تشريعياً يخرق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز اشعار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض بهذه المسألة ضمن أجل محدد ويحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة))^(٢).

فيستخلص من هذه المادة انه إذا كان أي قانون عادي مخالف للدستور وكذلك ينتهك الحقوق والحريات التي يحميها الدستور لابد من اخطار المجلس الدستوري وبناءً على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض وخلال مدة محددة^(٣).

وبالرغم من ان الرقابة في فرنسا سياسية أي غسب قضائية الا ان البعض ينظر للمجلس الدستوري على انه محكمة قضائية وليس هيئة سياسية لأسباب منها تمتع القرار الصادر من المجلس بالحجية مثل العمل القضائي وان أعضاء المجلس ليسوا ممثلي للشعب ولا يساءلون امام أي جهة أي تمتعهم بالاستقلال التام إضافة إلى ذلك قراراته يتم نشرها بالجريدة الرسمية^(٤).

(1) MICHEL verpeaux. Annales droit constitutional, p206.

(٢) المادة (٦١-١) من الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ وتعديلاته ٢٠٠٨

(٣) نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في الحقوق والحريات العامة، مجال محدود ومحدد، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معموري، الجزائر، ٢٠١٠، ص٢.

(٤) د. محمد صيري السنوسي، اثار الحكم بعدم الدستورية، مصدر سابق، ص ٢١.

اما بالنسبة الى اثر الحكم بعدم الدستورية في مصر كانت المحاكم قبل تقرير رقابة الدستورية تمتنع عن تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته على النزاع المعروض امامها فالنص يبقى سارياً ومطبّقاً ويمكن الاستناد عليه في موضوع آخر، وبعد انشاء المحكمة العليا فانه تحدثت عن حجية الحكم فقط وجرى على تقرير عدم الدستورية أي عدم نفاذ القانون او النص المقضى بعدم دستوريته فقررت المحكمة العليا ((... لما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة الى التشريع ذاته فان مقتضى ذلك ان الحكم الذي يصدر بعدم دستورية نص تشريعي يلغي قوة نفاذ النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة))^(١).

حيث تم الاختلاف حول الأثر المترتب فيما لو كانت المحكمة تملك الغاء القانون ام ان اثر الحكم يتوقف على الامتناع عن تطبيق القانون المحكوم بعدم دستوريته.

ومن هنا يتضح ان الحكم الصادر بعدم دستورية قانون معين يكون هذا القانون غير مطبق وغير نافذ فإنه من السهولة ان يتم إزالة هذا القانون لأنه لم يرتب أي آثار، إضافة إلى عدم ترتيبه حقوق للأشخاص المستفيدين منه، فالقوانين والحالة هذه لا ترتب صعوبة من حيث الحكم بعدم دستوريته أو في حال يكون القانون قد صدر ونشر إلا انه لم يتم العمل به وكان في بداياته ففي هذه الحالة لا يرتب صعوبة من ناحية الغاءه؛ لأنه لم يرتب أثراً أيضاً.

الفرع الثاني

أثر الحكم بعدم دستورية القانون في الرقابة اللاحقة

عند صدور قانون معين ويتم تطبيقه فان القانون في هذه الحالة يرتب حقوق وامتيازات إضافة الى اكتساب القانون نفسه القوة الملزمة لنفاذه، لذلك فان الحكم بعدم دستوريته إضافة الى إزالة الآثار المترتبة عليه من شأنه أن يثير خلاف حول إزالة القانون من وقت صدوره أي بأثر رجعي وإزالة كافة الحقوق التي يرتبها ام تكون بأثر فوري ومباشر فقط من تاريخ الحكم بعدم الدستورية وعدم الرجعية.

(١) ينظر: د. محمد عبد اللطيف، إجراءات القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١١ وما بعدها،

وبهذا فان المنطق القانوني يقتضي ان يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي يمتد الى تاريخ صدور التشريع غير الدستوري وليس تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية وهذا يقضي عدم جواز تطبيق النص ليس للمستقبل وحسب وانما ازالة آثاره بالاستناد الى النص المقضي بعدم الدستورية، وكذلك إلا يتعارض ذلك مع مبدأ الأمن القانوني واستقرار المراكز والأوضاع القانونية^(١).

فالقاعدة العامة للأحكام القضائية هي كاشفة وليست منشئة أي لا تنشئ الحق وانما تكشف وجوده فالمحكمة حيث تقضي بالبطلان فأنها لا تنشئ هذا البطلان وانما تكشف عن وجوده وتقرره بحكم الدستور القائم، عكس ذلك فأن الفقيه كيلسن يرى النظام القانوني هو نظام اختصاصات مستمدة من مصدر واحد وتقوم على أساسه صحة القواعد وسلامتها والقواعد التي تشكل جزء من هذا النظام لا يمكن ان تكون باطلة منذ قيامها ووجودها وانما تكون قابلة للإلغاء وحتى الحكم بالإلغاء فالقانون يكون سارياً وليس باطلاً منذ البداية فالحكم الذي يقرر عدم دستوريته ليس تقيري وانما يحدث اثرًا انشائيًا عندما يلغي قانوناً قائماً^(٢).

وبهذا يتضح ان الحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور باثر رجعي يجعل من المشرع ملزماً بتنفيذ حكم الإلغاء بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل صدور القانون وإلغاء كافة الآثار المترتبة على القانون وكأنه لم يصدر من الأصل فيرتب الحكم بذلك بإعادة الطاعن لمركزه القانوني والرد له ما فاتته^(٣).

فالإتجاه الذي اخذ بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية استند الى الحجج منها ان سكوت الدستور العراقي وقانون المحكمة من تحديد الأثر الزمني يتم الرجوع فيه الى القواعد العامة والتي تقتضي بعدم الدستورية هو حكم كاشف للمخالفة الدستورية وبذلك فان رجعية الحكم يقضي وجود موازنة ما بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية أي وجود استثناءات لمبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية للقوانين المخالفة للدستور، فالمحكمة في حال لم تقرر الرجعية ستجد نفسها ملزمة بتطبيق النصوص المقضي بعدم دستوريته على النزاع المعروض عليها لأنها متعلقة بوقائع سابقة على الحكم بعدم الدستورية وتلك نتيجة تعارض مع المحكمة من رقابة الدستورية^(٤).

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستور في مصر، المصدر السابق، ص ٩ وما بعدها.

(٢) مها بهجت الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، المصدر السابق، ص ١٨٢.

(٣) نقلاً عن: د. هاشم محمد البديري، الأثر الرجعي والأمن القانوني، ط ١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٥، ص ١٦٢ وما بعدها.

(٤) سالم روضان الموسوي، الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية (احكام المحكمة الاتحادية العليا أنموذجاً)، مقال منشور

في جريدة المدى، العدد (٢٦٣٩)، ٢٠١٢.

فالأثر الرجعي امر يفرضه مبدأ المساواة بين المواطنين امام القانون اذ لا يجوز التمييز بين من تتساوى مراكزهم القانونية وبذلك فان المشرع اذا كان يخاطب الكافة لعمومية القواعد القانونية فهذه نتيجة يجب ان يتساوى من اجلها المواطنون في تطبيق اثر الحكم بعدم الدستورية فلا يكون الأثر مقتصرًا على المستقبل فقط وانما يمتد الى الماضي ليشمل تاريخ العمل بالقانون^(١).

وهذا يختلف بدوره عن الحكم الصادر باثر فوري ومباشر والذي استند أنصاره الى حجج معينة حيث قالوا بان الأثر الرجعي من شأنه ان يهدم المراكز القانونية المستقرة لان الاثار أصبحت جزء من الواقع وبذلك فانه في حال صدور الحكم بعدم الدستورية يجب ان يؤدي فقط الى الغاء القانون من وقت او تاريخ صدور الحكم فقط وليس من تاريخ صدور القانون^(٢) فالمحكمة الاتحادية العليا في العراق كان توجهها يجعل حجية القرارات والنفوذ والالزام ذات اثر فوري أي لا تسري على الوقائع السابقة على اصدار القرار للمحكمة، وبهذا يتضح ان المحكمة ضيقت من حجية القرارات من حيث الالتزام بالأثر المباشر^(٣) وايضاً ان الأثر الرجعي للحكم المقضي بعدم دستورية القانون يتسبب في زعزعة النظام القانوني، لذلك فان اعمال الأثر المباشر يحافظ برأيهم على الثبات النسبي للعلاقات القانونية والاستقرار للمراكز القانونية وعدم المساس بالحقوق المكتسبة^(٤). غير أنه هنالك رأي اخذ بسريان الإلغاء باثر رجعي حيث استندوا بجملة من الحجج منها سكوت المشرع وقانون المحكمة من تحديد الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية حيث يتم الرجوع الى القواعد العامة القاضية بان حكم المحكمة هو كاشف وليس منشئ ويجب سريانه باثر رجعي مع مراعات الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة باستثنائها من الأثر الرجعي وفق ضوابط معينة وذلك لأنها حازت قوة الامر المقضي به^(٥) إضافة الى ان الاعمال بالأثر الرجعي من

(١) القاضي سالم روضان الموسوي، الأثر الرجعي لأحكام القضاء الدستوري، مقال منشور في جريدة الحوار المتمدن، العدد (٤٣٤١) في ٢٠١٤.

(٢) نقلاً عن: د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد ٢٠٠٨، ص ٦٨.

(٣) د. ميثم حنظل شريف و د. علي هادي عطية وعلا رحيم كريم، حجية قرارات المحكمة الاتحادية على قرارات المحكمة نفسها في ضوء احكام الدستور والقضاء والفقهاء، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١)، العدد (٧)، ٢٠١٣، ص ١٩-٢٢.

(٤) د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاتها بالرقابة على دستورية القوانين، ندوة علمية عقدها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٦٣.

(٥) مها بهجت، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، المصدر السابق، ص ١٢٠.

شأنه دعم الفائدة العلمية المرجوة من دعوى الخصم الدستورية لان المنازعات الموضوعية المثار فيها دفع دستوري هي منازعات حول علاقات وأوضاع سابقة على الحكم بعدم الدستورية فاذا لم يكن للحكم اثر رجعي لا يصبح الزاماً على القاضي ان يطبق القانون نفسه بعد الحكم بعدم دستوريته ولا يحقق لمبدأ الدفع أي فائدة عملية مما يجعل الحق بالتقاضي وهو حق مكفول دستورياً في المادة (١٩/ثالثاً)^(١) للكافة غير مجدي حيث ان المحكمة في حال عدم الرجعية ستجد نفسها ملزمة بتطبيق النصوص المقضي بعدم دستوريته وهذه نتيجة لا تناسب المنطق ومتعارضة مع الحكمة من الرقابة الدستورية^(٢).

وعلى هذا الأساس هنالك حكم للمحكمة الاتحادية العليا بخصوص إمكانية سريان ما يصدر عنها بأثر رجعي مبينة ان احكامها وقراراتها تعد نافذة من تاريخ صدورها ما لم تنص على تاريخ آخر للسريان، وذلك بحكمها الصادر بخصوص تعطيل المواد (١٣، ١٥، ١٦) من قانون تنظيم الاستثمار المعدني رقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ المعدل بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤ لمخالفتها للدستور استناداً للمواد (١٩) خامساً وسادساً، (٣٧، ٤٧، ٨٧) منه، حيث طلبت وزارة الصناعة والمعادن باعلامها عن مدى سريان حكم المحكمة الاتحادية العليا بتعطيل المواد المشار إليها بأثر رجعي والتي سبق للمحكمة وان أصدرت حكم بخصوصها بالعدد (١٠، اتحادية، ٢٠١٣) والتي حكمت بعدم دستوريته، والتي أوضحت بسريان أحكامها من تاريخ صدورها ما لم ينص على سريانها من تاريخ آخر وحيث ان الحكم المشار إليه لم ينص على ذلك فيكون نافذاً من تاريخ صدوره في ٢٠١٣/٣/١٢. وان احكام المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة وفق المادة (٩٤) من الدستور^(٣).

حيث يرجع الإقرار بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية الى الطبيعة العينية للدعوى الدستورية حيث تكون الطعون موجهة الى النصوص التشريعية فاذا قضت المحكمة العليا بعدم دستورية القانون فذلك يعني ان القانون ولد مخالفاً للدستور منذ تاريخ صدوره وليس من تاريخ الحكم عليه^(٤)، ان الأثر الرجعي امر يفرضه مبدأ المساواة للمواطنين امام القانون وان التمييز بين المواطنين لا يستند الى مبررات عملية^(٥).

(١) نصت المادة (١٩/ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على انه ((التقاضي حق مصون ومكفول للجميع)).

(٢) سالم روضان الموسوي، الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية مصدر سابق.

(٣) أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا على الرابط www.iraqdc.iq تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/٢، ١٥:١٢ م.

(٤) د. جواد الهنداوي، الرقابة على الدستورية وضرورة ممارستها من قبل مجلس دستوري، المؤسسة الوطنية للتنمية والتطوير،

عمان، بلا تاريخ نشر، ص٢٧، ومؤلفه القانون الدستوري والنظم السياسية، العارف للمطبوعات، بيروت، ٢٠١٠، ص٣٤٣.

(٥) القاضي سالم روضان، الأثر الرجعي لأحكام القضاء الدستوري، مصدر سابق.

وعلى ضوء ذلك فإن الاعتراف بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يمثل تبريراً للطبيعة الكاشفة للحكم وكذلك عدم رجعية أثر الحكم يتناقض مع حق التقاضي.

ان للقضاء الدستوري الدور الرئيسي والجوهرى في تحديد الأثر الزمني للحكم الصادر بإلغاء القانون وهل سريانها يكون ذا أثر رجعي ام مباشر وبما ان القاعدة العامة للأحكام القضائية بانها كاشفة وليست منشأة فأنها لا تنشئ الحق وانما تكشف عن وجوده فقط، حيث ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ والنظام الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ جاءت خالية من أي إشارة للأثر الرجعي لان يعتبر استثناء من الأصل العام وتغييره من اختصاص ومهام المشرع الدستوري وان الاعمال بالأثر الرجعي كاستثناء من الأصل يمثل تحقيقاً للمصلحة العامة في إقامة المدعي لدعواه الدستورية^(١).

ولقد أوجد القضاء الدستوري نمط جديد من الأحكام تتضمن الإعلان عن عدم مطابقة النص المطعون به للدستور مع دعوة المشرع لمعالجة عيوبه كشرط لعدم الحكم بعدم الدستورية، وهذا النوع يرتب على المشرع:

١- تعديل النص ليتفق مع الدستور.

٢- ترتيب أوضاع المراكز والحقوق التي تنشأ في ظلها احتراماً لمبدأ المساوات امام القانون.

فالمحكمة الاتحادية أخذت بهذا الاتجاه في قرارها المرقم (٤/ اتحادية، ٢٠٠٧) عندما قررت عدم دستورية الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٥ إلا انها لم تلغيها وانما دعت المشرع وبصفة الالزام إلى تعديلها بما يتفق مع الدستور وفعلاً عدله مجلس النواب بالقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٨^(٢).

ومن هنا يتضح بان الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية قد يؤدي الى عدم استقرار المراكز القانونية التي أعطاها القانون لأشخاص معينين وان الأثر المباشر مقابل ذلك قد يؤدي الى تطبيق القانون المحكوم بدستوريته كون الحكم الصادر بعدم الدستورية لا يسري اثره على الماضي لذلك ومن وجهة نظر اقرب الى الصواب أي تطبيق الحكم بعدم دستورية قانون ما باثر رجعي أي من تاريخ

(١) أحمد علي عبود الخفاجي، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بإلغاء القانون غير الدستوري، النجف الاشرف، مجلة اهل البيت، العدد (٢٣)، ص ٤٠٤.

(٢) أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا على الرابط www.iraqdc.iq تاريخ الزيارة ٣/٤/٢٠٢١، ١٢:٥٥ م.

صدور القانون وإزالة كافة الآثار المترتبة عنه باستثناء المراكز القانونية المستقرة والحقوق المكتسبة للأفراد لأنه من غير العدالة والمساواة الأضرار بتلك الحقوق التي اكتسبت سواء بالتقادم أو بطرق أخرى.

وبذلك يتبين لنا ان الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي يجب ان يتم فيه الغاء القانون وبأثر رجعي أي من تاريخ صدور القانون ومن دون المساس بالمراكز القانونية والحقوق المكتسبة مع وجود بعض الاستثناءات من اجل حماية الحقوق المكتسبة من جراء تطبيق القانون المطعون بدستوريته، كما في حالة الأضرار التي قد تنجم عن تطبيق قانون أو نصوص غير دستورية تتطلب العدالة والمساواة ضرورة رفعها والتعويض عنها للأشخاص والجهات التي تحملت اعباءها، وهو الأمر الذي يسوغ الأساس الذي يمكن ان تقوم عليه مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية.

المبحث الثاني

تطور مبدأ مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية

تعددت المراحل التاريخية بشأن تطبيق مبدأ مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية، حيث كانت الفلسفة السائدة هي الفلسفة التقليدية القائمة على أساس التسليم الكامل بعدم المسؤولية بصدد كافة الآثار المترتبة على مختلف أعمال سلطاتها؛ ذلك أن الدولة ممثلة في شخص رئيسها والتي لا يتصور أنها تخطئ وذلك لا تكون محل للمسائلة عما تسببه تصرفاتها من اضرار، إلا ان تلك الفلسفة التي سادت أصابها التغيير مع بداية النص الثاني من القرن التاسع عشر، حيث امكن القول بوجود نوع من المسؤولية الجزئية عن اعمال السلطات عامة، حيث كانت نقطة البداية في كافة الدول سواء كانت الدول المعتمدة لمبدأ وحدة القانون والقضاء (الانكلوسكسونية) أو الدول التي تأخذ بثنائية ازدواج القضاء (الدول اللاتينية) وان هذا التطور كان نتيجة للحقوق والحريات والمساواة امام القانون، ومن هنا سوف نبحت في هذه المراحل وذلك من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول منه مرحلة انكار مسؤولية الدولة عن القوانين، اما المطلب الثاني سوف نبحت فيه محاولات إقرار مبدأ مسؤولية الدولة وكما يأتي

المطلب الأول

مرحلة انكار مسؤولية الدولة عن القوانين

كان المبدأ السائد هو عدم مسؤولية الدولة عن الاضرار التي تحدثها تشريعاتها بالاستناد إلى عدة مبررات لهذا الشأن وقد ساد ذلك لمدة طويلة من الزمن، وبذلك فقد مرت ملحمة عدم المسؤولية سواء كان ذلك في فرنسا أو مصر أو العراق بمراحل، وعلى الرغم من هذا المبدأ إلا انهم لم يأخذوه على اطلاقه، حيث ورد عليه استثناءان وهما وجود نص على التعويض وبحالات محددة في القانون والاستثناء الآخر هو ان يكون بين المضرور والدولة رابطة عقدية، وعليه سوف نبحت ذلك سواء في فرنسا ام مصر والعراق وكما يأتي:

الفرع الأول

فكرة عدم المسؤولية عن القوانين في فرنسا

كان هذا المبدأ هو السائد في فرنسا ولمدة طويلة من الزمن لأنه يتناسب مع فكرة السيادة المطلقة التي تتمتع بها السلطة العامة وخاصة في ظل تطبيق نظام الدولة الحارسة آنذاك، فهذه المرحلة تزامنت مع النظام

الملك القديم في فرنسا فلم تكن المسؤولية بمفهومها الحالي حيث كان المبدأ السائد هو عدم المسؤولية اما المسؤولية كانت الاستثناء، فقاعدة عدم المسؤولية تستند إلى عدة منها ما يأتي:

أولاً- **عدم مسؤولية الملك:** أي ان الدولة تكون متمثلة في شخص الملك والملك لا يخطئ وهم بذلك لا يفرقون بين الملك والحاكم وهذا الامر طبيعياً بالنسبة لهذه الخصيصة وعلى هذا الأساس فقد اصبح كل من الوزراء والموظفين وكذلك القضاة غير مسؤولين عما يجرونه من الاعمال بالنيابة عن الملك صاحب السلطة العامة والذي يكون غير مسؤول^(١).

فالملك يكون هو صاحب جميع السلطات في الدولة، وبذلك فإنه يكون المشرع والقاضي والحاكم في نفس الوقت، والحكم قد يكون مطلق أي ان الملك يختص بكافة الاختصاصات فيصدر القوانين ويفسرها إضافة إلى القيام بتنفيذها، ومن أشهرها الملكية الفرنسية في عهد لويس الرابع عشر والذي قام بإعلان (الدولة هي انا)، أو ان تكون الدولة مقيدة وهي ملكية يقودها الدستور وتعتبر تطوراً للملكية المطلقة أي يضطر الملك للتنازل عن بعض الحقوق الدستورية للشعب مضطراً أو اختياراً^(٢).

ثم تطور بعد ذلك هذا الشكل من أشكال الحكم، حيث أصبح الملك يحكم وفق سلطات يحددها الدستور، فيعد شكل من أشكال الحكم المنشأ بموجب النظام الدستوري، حيث تتخذ معظم الملكيات الدستورية شكلاً برلمانياً مثل المملكة المتحدة، كندا أو اسبانيا أو اليابان^(٣).

ثانياً- **نظرية السيادة:** ان أساس هذا المبدأ هو ان الدولة لا يمكن اخضاعها لقاعدة قانونية، فالهيئة الحاكمة وسلطتها تكون لها الحق الكامل دون تدخل من الجهات أو الهيئات الخارجية، وبناء على ذلك لا يجوز للأفراد المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تسبب بها نتيجة لأعمالها وذلك استناداً الى تمتعها بالسيادة حيث يرونها تتنافى مع مبدأ المسؤولية؛ حيث ان سيادة الدولة تفرض على الجميع سيادتها دون اعطائهم الحق للمطالبة بالتعويض من قبل افراد المجتمع هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الضرر الذي تسببه القوانين لا يكون محل للتعويض وذلك على أساس ان القوانين هي قواعد عامة مجردة فيقتصر اثرها على المراكز العامة فلا يعوض

(١) د. أنور احمد رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، مصدر سابق، ص٧.

(٢) الملكية والنظام الملكي، ٢٠١٥، مقال منشور على الرابط www.lazemtefham.com. تاريخ الزيارة ٢٧/٤/٢٠٢٠، ص٣٥:١١م.

(٣) الموسوعة العربية، متاح على الرابط <https://www.arab-ency.com>. تاريخ الزيارة ٢٥/٢/٢٠٢٠، ص١٥:١٢.

عن الاضرار التي تنشئ جراء تطبيق القوانين على اعتبار ان الضرر عام يصيب كافة^(١)، وعلى ضوء ذلك فالمسؤولية والسيادة لا يلتقيان فالدولة تتمتع بالحقوق في مواجهة المواطنين دون ان تلتزم هي من جانبها بأي التزام او واجبات، وبذلك فان العدول عن المسؤولية على أساس مبدأ السيادة تناول عدم مسؤولية المشرع عما يصدره من اعماله التشريعية وذلك ان السلطة التشريعية هي المختصة بتشريع القوانين^(٢) وهناك اتجاه تزعمه دوجي يهدف الى القضاء على الاعتقاد الذي ساد لمدة طويلة في النظام الدستوري الفرنسي بان البرلمان هو صاحب السيادة العليا ذلك انه يخضع كغيره للقانون الأعلى الذي يسبق وجوده وجود الدولة ويسمو عليها وان ما يصدر عن القضاء لا يعبر عن إرادة عامة وانما يعبر عن إرادة مجموعة من الافراد لذا من الضروري خضوعه للقانون وبهذا المعنى فان عدم شكوى الافراد ضد اعمال السلطة العامة (الدولة) وعدم قبول حق المضرورين كان قبل انتهاء القرن التاسع عشر وبذلك لم يتصور قيام المسؤولية الا اذا كانت بين شخصين متكافئين أي لا يتصور قيامها ضد الدولة صاحبة السلطان فلم يكن امامهم الا الدعوى الشخصية ضد ما يصيبهم من جراء اعمال الدولة وانهم في الغالب يواجهون اعسار الموظفين وبذلك تكون الدعوى مقيدة بأذن الدولة^(٣).

فعدم مسؤولية الدولة عن اعمال السيادة يرجع إلى ان السلطة التنفيذية تمارس وظيفة الحكم ووظيفة الإدارة، فعندما تمارس هذه السلطة اعمالها في اطار الحكم فإنها لا تخضع لقضاء المسؤولية وان كانت تخضع للرقابة السياسية، إما الأعمال التي تمارسها في نطاق وظيفتها الإدارية فتكون خاضعة لرقابة وقضاء المسؤولية، ولكن يجب ان لا يكون ذلك تبريراً للسلطة التنفيذية على حساب الأفراد فيحرمهم من الأضرار من التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية^(٤)، إلا ان هنالك حالات أقر فيها المسؤولية عن بعض أعمال السيادة منها مسؤولية الدولة في مجال العلاقات الدولية إضافة إلى مسؤولية الدولة بسبب العمليات الحربية واعمال الحرب، حيث استندوا إلى مبدأ مساواة كل المواطنين تجاه الأعباء العامة، فكل مخالفة لهذا المبدأ يسبب أحداث ضرر يرتب تعويضاً والالتزام به^(٥).

(١) شريف أحمد الطباخ، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٢) خليل جريح، الرقابة القضائية على اعمال التشريع، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٧١، ص ١٠٢.
(٣) السيد محمد مدني، مسؤولية الدولة عن اعمالها المشروعة في القانون المصري، أطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٢.

(٤) د. أنور رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٦٦١ وما بعدها؛ و د. حمدي علي عمر، الاتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على اعمال السيادة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٤٩.

(٥) رأي للفقهاء دوجي، أشار إليه د. محسن عبد الحميد، النظرية العامة للمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال يحظرها القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٨ وما بعدها.

ثالثاً- سيطرة احكام القانون المدني: لم يكن القانون الإداري قد ارسى مبادئه الخاصة، لذلك نشأت المسؤولية الإدارية في ظل المسؤولية المدنية، فقد اتجه القضاء الإداري الى تطبيق قواعد القانون المدني إلا ان مجلس الدولة الفرنسي رفض هذا الاتجاه في حكمه الصادر عام ١٨٥٥ حيث قرر ان العلاقة بين الدولة وموظفيها من ناحية وبين الافراد من ناحية أخرى لا تخضع للقانون المدني، وان المسؤولية الناتجة عن اهمال الدولة او الناتجة عن أخطاء الموظفين لا تكون عامة او مطلقة بل تتغير تبعاً لطبيعة المرافق العامة^(١).

ومن هنا أضحت قواعد القانون المدني مسيطرة قبل نشوء القانون الإداري؛ وذلك لتناسيها مع بعض علاقات القانون الإداري^(٢)، إلا ان التطور الذي حصل بعد قيام الثورة الفرنسية بعد عام ١٧٨٩ أدى إلى نشوء فكرة القانون الإداري، حيث قبل تلك المرحلة لم تكن الدولة تخضع إلى المسائلة أو الرقابة امام القضاء بواسطة دعاوى الأفراد وان تعاملت معها فأنها تخضع للقانون المدني، والتي على ضوءها مر القضاء الإداري بمراحل متطورة، وهي مرحلة الإدارة القاضية حيث كان للأفراد اللجوء إلى الإدارة لتقديم الشكوى فكانت الإدارة الحكم والخصم في نفس الوقت، أما في مرحلة انشاء مجلس الدولة الفرنسي أو ما يسمى بمرحلة القضاء المحجوز، فقد كان عمل المجلس يقتصر على فحص المنازعات الإدارية واعداد مشروعات الأحكام فلم يكن يملك سلطة اصدار الاحكام أو سلطة القضاء، واستمرت هذه المرحلة إلى عام ١٨٧٢ حيث أصبح القضاء تام وهو ما ساهم في إرساء مبادئ القانون الإداري وقواعده المتميزة عن قواعد القانون الخاص، إضافة إلى ابتداع الحلول المناسبة لمقتضيات سير الإدارة العامة وإضافة إلى ذلك تأكيده على وجود واستقلال القانون الإداري^(٣).

رابعاً- التطبيق الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات:

وهو المبدأ الذي نادى به مونتسكو في القرن الثالث عشر والذي أخذ التطبيق به في دساتير الثورة الفرنسية؛ وذلك لأنهم آمنوا بمبدأ الفصل بين السلطات كوسيلة لعدم التدخل في أعمال التشريع بصورة نهائية، ويعني المبدأ عدم تركيز وظائف الدولة في يد واحدة وانما توزيعها على سلطات متعددة^(٤).

(١) د. أنور احمد رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، المصدر السابق، ص ١٨٥.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ط ١، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٢، ص ٣٧.

(٣) زانا جلال سعيد، المبادئ العامة في القانون الإداري، جامعة جيهان، السليمانية، ٢٠١٩، ص ١٨.

(٤) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، النظم السياسية والقانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، من دون سنة طبع،

ان مبدأ الفصل بين السلطات لا يعني الفصل التام واستقلال كل سلطة عن الأخرى بصورة تامة وإنما يوجد هناك تعاون وتوازن ما بين السلطات من أجل تحقيق الشرعية القانونية^(١). ويعتبر هذا المبدأ ركيزة مهمة في الأنظمة الديمقراطية الحديثة وفي كل مجتمع له سلطة واحدة أو عدة قابضين^(٢).

ان تعدد السلطات والهيئات كان حديث فلاسفة الاغريق امثال افلاطون وارسطو^(٣)، حيث ذهب افلاطون على انها ست هيئات في حين حصرها ارسطو في ثلاث هيئات وهي الأولى تتمثل بالهيئة التشريعية للمداولة ووضع القوانين، اما الثانية الهيئة التنفيذية والتي تتولى تنفيذ القوانين والثالثة هي الهيئة القضائية والتي تتكون من المحاكم والقضاة واجبهم تطبيق القوانين^(٤). ان أساس هذا المبدأ والذي يقضي فهمه بصورة صحيحة والذي يعتبر أحد الأعمدة المهمة للديمقراطية الليبرالية وهو أهم مقومات الدولة القانونية^(٥).

ومن مؤيدي هذا المبدأ هو الفقيه (ايسمان) والذي اكد على انفصال السلطة القضائية بصورة تامة عن السلطة التشريعية والتي لا يحق لها ان تتدخل في أعمال السلطة التشريعية، وعلى هذا الأساس فهم ينظرون إلى دعوى المسؤولية بانها تدخل صريح في الأعمال التشريعية، فمن الجدير بالإشارة إليه ان المحاكم كانت تابعة وتحكم باسمها وتكون مقيدة بقواعد القانون المدني والتي لم تأخذ بمسؤولية السلطات العامة، على هذا الأساس فالقضاء العادي لم يكن له دور مؤثر في إقرار مبدأ المسؤولية على أساس حكمه من قبل القانون المدني من جهة وخضوعه للسياسة من جهة أخرى^(٦).

(١) د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط١، دار الثقافة والنشر، الأردن، ٢٠٠٦، ص١٨٤.

(٢) نقلاً عن: سمير خيرى توفيق، تقديم د. منذر الشاوي، مبدأ سيادة القانون، منشورات وزارة الثقافة والفنون، بغداد، ١٩٧٨، ص٥٠.

(٣) د. عادل طبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية "دراسة مقارنة"، ط١٠، الكويت، ٢٠٠٠، ص٧.

(٤) صالح جواد الكاظم و د. علي غالب العاني، الأنظمة السياسية، بغداد، ١٩٩١، ص٦٣.

(٥) د. مازن ليلو، اشكالية التوازن في الدستوري العراقي، محاضرات القيت على طلبة كلية القانون، جامعة دهوك، ٢٠٠٧/٢٠٠٨.

(٦) محمد بن براك الفوزان، مصدر سابق، ص٤١.

فلم يكن غريباً على النظام الفرنسي اعتناق مبدأ بعيداً عن المسؤولية، حيث استقر عدم المسؤولية استناداً إلى الحجج التي نادوا بها لمدة طويلة إلا أنه وبالرغم من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بحالات معينة بالاختصاص لنفسه من أجل الفصل في دعوى المسؤولية ويتوفر شروط خاصة^(١).

ومن خلال الخصائص الواردة على عدم المسؤولية فإنه يمكن القول بأن القضاء الإداري الفرنسي لم يلتزم بالتعويض وإنما حكم بعدم التعويض عن آثار القوانين التي تحرم الصناعات المضرة بالمصلحة العامة، ولكي يتم التعويض عنها يجب أن يكون القانون قد أضر بصورة مباشرة بفرد واحد دون غيره، فالأصل هو عدم المسؤولية وهناك أسس تتعلق بعدم توفر أركان المسؤولية وهي عمومية التشريع أن التشريع يخاطب الأشخاص كافة، فاستند الفقه إلى انتفاء ركن الخطأ كأساس للمسؤولية، وكذلك الحال بالنسبة للقانون فهو الذي يحدد الخطأ والصواب ولا يمكن اسناد الخطأ إليه، بالإضافة إلى ذلك فإنهم اعتبروا المواطن غير أجنبي عن القانون وكانت هذه حججهم بعدم مسؤولية الدولة، حيث برزت اعتبارات تؤيد مبدأ عدم المسؤولية عن القوانين منها الهدف من تشريع القوانين، فإنه في حال تم إلغاء قانون معين بحسب هذا الرأي فإما أن يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، إلا أن ما يعيق التقدم في حال إقرار مسؤولية الدولة هو عدم تخصص القضاء على أساس أن القضاء بنوعيه الإداري والعادي غير مختص بالنظر فيما يصدر عن البرلمان من قوانين، وعلى هذا الأساس فإن مرحلة ما قبل عام ١٩٣٨ في فرنسا بدأ في الحكم لمجلس الدولة الشهير والذي صدر في يناير ١٩٣٨ في قضية (Duchatelier) حيث تتلخص وقائع هذه القضية بأنه صدر بتاريخ ١٢/ فبراير/ ١٨٣٥ قانون يحظر صناعة التبغ المقلد مما أدى إلى توقف القائمين على هذه الصناعة ومنهم (Duchatelier)، فأقام دعوى أمام مجلس الدولة يطالبه بالحكم له بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة صدور هذا القانون ولكن مجلس الدولة رفض طلبه وأصدر حكمه الذي يقضي بأن الدولة لا يمكن أن تكون مسؤولة عن نتائج القوانين التي تحرم صناعة معينة باطار المصلحة العامة^(٢)، ولا يمكن المطالبة بأي تعويض من الخزنة العامة إلا بناءً على عقود مبرمة مع الدولة أو نصوص قانونية صريحة تقضي بمثل هذا التعويض، وحيث أن المدعي لم يشر إلى أي التزام من جانب الدولة تجاهه وأن القانون الذي حرم مثل هذه الصناعة لم يعطي أي حق بالتعويض لصالح الأفراد الذين كانوا يقومون بها، فالمدعي لا يستطيع بذلك أن يطالب بالتعويض عن أي أضرار

(1) C.E. II Jan 1838, Duchatelier

أشار إليه: شريف الطباخ، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٢) د. رمزي الشاعر، مصدر سابق، ص ٩٤.

اصابته أو لحقت به جراء ذلك، حيث ان مضمون قرار مجلس الدولة في هذه المرحلة كان كذلك، فلا تعويض عن الآثار الضارة للقوانين بدون ان يكون هناك نص صريح، وفي حال صمت النص فلا يمكن الحكم بالتعويض وقد تأكد ذلك للقضاء بأحكام تالية^(١).

نستخلص مما تقدم ان مرحلة عدم الاعتراف بمسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية في فرنسا على الرغم من أنه لم يتجسد كمبدأ عام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إلا انه جاء كنتيجة طبيعية للفهم الخاطئ لهذا المبدأ أي مبدأ الفصل بين السلطات وان هذا الخطأ هو الذي منع من تحمل الدولة مسؤولية اعمال السلطة التشريعية بسبب الفصل التام ام ما ينجم عن الفهم غير السليم للمبدأ، بالإضافة إلى ذلك المبادئ التي كانت سائدة منها اعمال فكرة السيادة وبالإمكان القول ايضاً بعدم وجود رقابة لاحقة والاقتصار على الرقابة السائدة على القوانين يمكن ان يعد مسوغاً لعدم إمكانية الاعتراف بمسؤولية الدولة عن الإصرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية.

الفرع الثاني

عدم مسؤولية الدولة عن القوانين في كل من مصر والعراق

لقد استقر مبدأ عدم المسؤولية لمدة طويلة من الزمن مما يقتضي البحث في هذا الاتجاه في كل من مصر والعراق وكما يأتي:

أولاً- عدم مسؤولية الدولة عن القوانين في مصر

يعتبر مبدأ عدم مسؤولية الدولة في مصر من المبادئ التي استقرت ولمدة طويلة من الزمن فأنها لم تأخذ بمبدأ المسؤولية عن اعمالها المادية وغير المادية يعتبر نتيجة منطقية لمبدأ السيادة الذي يؤدي الى عدم مساءلة الدولة عن اعمالها في تلك الفترة^(٢) فكان وجود الدول الأجنبية ذات الامتياز والتي تأبى الخضوع للرقابة من قبل القضاء المصري لأنه يتعارض مع مبدأ السيادة حيث كانت تلك المرحلة سابقة على انشاء مجلس الدولة المصري فقد قامت بإنشاء المحاكم الاهلية في عام ١٨٧٥، حيث تنص المادة

(١) شريف الطباخ، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٢) د. عبد السلام ذهني، مسؤولية الدولة عن اعمال السلطات العامة من الناحيتين الفقهية والقضائية، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٩، ص ٣٣.

(١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الالهية على (ليس لهذه المحاكم ان تحكم فيما يتعلق بالأحكام الاميرية من حيث الملكية ولا ات تؤول معنى امر يتعلق بالإدارة ولا ان توقف تنفيذه ... انما تختص بالحكم في الدعوى المدنية او التجارية التي تقع بين الأهالي والحكومة بشأن المنقولات والعقارات وكذلك كافة الدعاوى التي ترفع على الحكومة والناشئة عن الإجراءات الإدارية التي تكون مخالفة للقوانين)^(١).

اما المحاكم المختلطة المنشئة في عام ١٨٨٣ فكانت تختص بالنظر في القضايا التي ترفع ضد الدولة بصورة محدودة فقد نصت المادة (١١) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على انه (ليس لهذه المحاكم ... ان تفسر امراً او توقف تنفيذه انما لها ان تنتظر في الضرر الذي يلحق من ذلك العمل بحق الأجنبي الذي اكتسبه بمقتضى المعاهدات او القوانين او التعهدات). ومن هنا يتبين ان للمحاكم المختلطة كانت مختصة بالنظر في المسؤولية وان التعويض مقتصر على الاعمال الإدارية دون اعمال السلطة التشريعية التي كانت تعد بمثابة أعمال سيادة) فالقواعد التي تحكم مسؤولية الإدارة هي قواعد القانون المدني، ومن هنا يتضح ان مصر في ظل مبدأ عدم المسؤولية كانت تستند الى المبادئ التقليدية المتعلقة بالسيادة وقواعد القانون المدني التي تسيطر على احكامه^(٢)، اما بالنسبة للقضاء المصري فقد طبق قاعدة المسؤولية الناشئة عن الخطأ الذي ينتج عن حراسة الأشياء قبل انشاء مجلس الدولة المصري الا انه لم يذهب ابعد من ذلك فلم يأخذ بنظرية المخاطر او كما تسمى بالفقه الحديث بنظرية تحمل التبعة والتي كان مصدرها الشريعة الإسلامية^(٣). فقد رفض التعويض عن الاضرار الناتجة عن صدور وتطبيق قانون معين الا في حالتين: الحالة الأولى: ان يكون المدعي متعاقداً مع الإدارة وقد أصابه القانون الجديد بالضرر ويطبق في هذه الحالة نظرية فعل الأمير اما الحالة الثانية هي ان ينص القانون نفسه على التعويض وفي غير هاتين الحالتين فالدولة تكون غير مسؤولة عن تعويض الاضرار التي تحدثها بعض القوانين^(٤)، من هنا فقد بينت محكمة القضاء الإداري هذا المبدأ وتبريراتها في حكمها الصادر في ٣ آذار سنة ١٩٥٨ الذي يشير إلى المسؤولية عن الاضرار التي تسببها القوانين هي مسؤولية دون خطأ أي انها تكون على أساس المخاطر وهذا النوع من المسؤولية غير معروف

(١) د. محمد ميرغي خيري، القضاء الإداري وقضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، قضاء التعويض ومبدأ المسؤولية المدنية للدولة والسلطات العامة، ١٩٩٤، ص ٢٤.

(٢) د. فوزي احمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٣) د. فوزي احمد شادي، المصدر نفسه، ص ٦٩.

(٤) د. عبد السلام ذهني، مصدر سابق، ص ٣٣.

في القانون المصري فذهبت إلى انه ((متى كان الامر بين الشركة والحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية فان طلب التعويض عن الاضرار التي تترتب على التشريع الجديد استناداً الى نظرية (عمل الامير) يكون على أساس غير سليم من القانون ...)) ان ما تذهب اليه الشركة من احقيتها في التعويض بسبب التشريع الجديد حتى لو لم تكن تربطها رابطة عقدية مع الدولة استناداً الى نظريات المخاطر الاجتماعية والمساواة امام التكاليف العامة فمقتضى النظر بقيام مسؤولية الحكومة يكون على أساس تبعة المخاطر وهذا لا يمكن الاخذ به كأساس عام لان نصوص القانون ونصوص قانون مجلس الدولة المصري قاطعة الدلالة على انها عاجت المسؤولية على أساس قيام الخطأ^(١).

وبالرجوع إلى نصوص القانون الأخير (مجلس الدولة) نجد أنها عاجت أوجه الخطأ في القرار الإداري بان يكون معيب بعيب عدم الاختصاص او الشكل او مخالفة القوانين او اللوائح او الخطأ في تطبيقها وتأويلها او الإساءة باستعمال السلطة بحيث يمكن وهذه الحالة ترتيب المسؤولية على أساس تبعة المخاطر كأصل عام بل يلزم لذلك نص تشريعي خاص حيث اخذ المشرع المصري على سبيل الاستثناء وبقوانين خاصة ببعض التطبيقات لفكرة المخاطر وتحمل التبعة كالقانون الخاص بإصابات العمل رقم (٨٩) لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٥٠ الخاص بالتعويض عن التلف الذي يصيب المباني والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب، وفي مجال القانون العام اخذ المشرع بهذه الفكرة على سبيل الاستثناء بنصوص خاصة في بعض القوانين كما في المرسوم بقانون رقم (١٨١) لسنة ١٩٥٢ بشأن فصل الموظفين بغير الطرق التأديبية، ويلاحظ ان تلك التشريعات الخاصة وردت على سبيل الاستثناء من الأصل العام ولا يجوز التوسع في تطبيقها وكذلك لا يجوز من باب أولى اعتبارها كأصل عام وعلى ذلك فمبدأ عدم المسؤولية عن الاضرار التي تسببها القوانين هو مبدأ مطلق في مصر ولا يستثنى عليه الا اذا نص القانون نفسه على التعويض او كان المضرور بمركز قانوني مع الدولة أي كان متعاقداً معها وتوفرت فيه شروط تطبيق نظرية فعل الأمير^(٢). وبالنسبة إلى فقهاء القانون العام في مصر رفضوا مبدأ التعويض عن الاضرار في غير الحالتين السابقتين لأنه اذ كان من سلطة المشرع اصدار ما يشاء من القوانين فليس من المساواة ان يتحمل بعض المواطنين دون غيرهم الأعباء امام السلطات العامة ويجب

(١) ينظر: د. جورجي شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن اعمال سلطاتها قضاء التعويض، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص٤٦.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط٣، ١٩٦٦، ص٩٠٠؛ و د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام، ١٩٧٧، ص٥١.

ان يتحمل ذلك جميع المواطنين وعلى مجلس الدولة في حدود اختصاصاته ان يقبل طلبات التعويض حتى لو سكتت المشرع بحسب ظروف الحال^(١).

وعلى أساس ذلك يمكن القول بان القضاء المصري سواء كان القضاء العادي أم الإداري اخذ بقاعدة عدم المسؤولية للدولة عن القوانين وكان أكثر تمسكاً بها من نظيره الفرنسي، وكذلك اعتبر القضاء الإداري المصري ان سكوت المشرع عن تقرير التعويض هو قرينة على الرفض حيث انه سلك مسلك مجلس الدولة الفرنسي الذي سبق الحرب العالمية الأولى والذي كان يعتمد لتقرير التعويض على الإرادة الصريحة للبرلمان، إضافة الى اعتماده لتقرير مبدأ عدم المسؤولية على أساس مزدوج وهو مبدأ سيادة الدولة وصفه العمومية للقانون. وإضافة لذلك فأن القضاء الإداري المصري اخذ بالمفهوم التقليدي المطلق للسيادة وان السيادة تفرض على الجميع دون الحق لاحد بطلب التعويض وهو ما رفضه الفقه الحديث وقد رفض مسؤولية الدولة على هذا الأساس أي مبدأ السيادة وعدم امكان نسبة الخطأ إليها وهو ركن أساسي للمسؤولية^(٢).

وبذلك فقد قضى حكم المحكمة الإداري في الإسكندرية بأنه ((ومن حيث ان المسلم به كقاعدة عامة عدم مسائلة الدولة عن أعمالها التشريعية لأن التشريع يجب ان تكون له الكلمة العليا في تنظيم المجتمع عن طريق وضع قواعد عامة مجردة، فإذا ترتب على التشريع ضرر لبعض المواطنين فأن الصالح العام يقضي لان يتحملوا عبء ذلك، ومبدأ عدم مسؤولية الدولة عن النشاط التشريعي وما تسببه القوانين من أضرار هو مبدأ تقليدي يقوم على مبدأ سيادة الدولة وهي تفرض سيادتها وسلطتها على المجتمع دون ان يكون لأحد الحق بطلب التعويض عنها))^(٣).

ثانياً: عدم مسؤولية الدولة عن القوانين في العراق

يمكن القول بان القضاء الإداري في العراق لم يخرج عن الاتجاه المأخوذ به في مصر بشأن عدم المسؤولية ورفضه لها، بل وأخرج من رقابته النظر باللوائح وأعتبرها من ضمن الأعمال التشريعية وأخرجها من عداد القرارات الإدارية^(٤).

(١) د. دجورجي شفيق ساري، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٢) د. عثمان خليل عثمان، عهود القانون الإداري في فرنسا، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، ١٩٥٠، ص ١٩٢.

(٣) مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة الحادية عشر، ص ٢٢٩؛ أشار إليه: اسلام توفيق الشحات، الأحكام الكبرى في قضاء مجلس الدولة من عام ١٩٥٥ إلى عام ٢٠١٠،

(٤) ينظر: د. وسام صبار العاني، المصدر السابق، ص ٦٧.

وباستثناء ما تضمنه القانون الأساسي العراقي الصادر عام ١٩٢٥، وتضمنه إمكانية معالجة آثار القوانين غير الدستورية فإن بقية الدساتير لم تشير لذلك، ومنها الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٩٣) والذي يبدو واضحاً بتحديد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا، في مجال الرقابة على دستورية القوانين.

حيث نص فيها ((أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة..)) فيتبين بذلك أن المشروع العراقي عد الأنظمة من ضمن الأعمال التشريعية، والتي تنظر فيها وفي مدى مطابقتها للدستور، أما القضاء الإداري فهو صاحب الولاية العامة للنظر في صحة القرارات الاتحادية ومشروعيتها^(١).

ومن هنا يتضح بأنه لم يكن من المنتظر من قبل القضاء الإداري العراقي أن يقبل بمسؤولية الدولة عما تسببت بها تشريعاتها، وهذا يتبين من خلال قراراته والتي يرفض فيها النظر بصحة القرارات الصادرة بالإستناد إلى مجلس قيادة الثورة المنحل، والتي تكون لها قوة القانون على اعتباره عمل تشريعي، وفي هذا الإطار قضت محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (٢٠٠٤/٨٥) في تاريخ ١٣/٤/٢٠٠٥، حيث طالبت من خلالها المدعية بإعادة مخشلاتها الذهبية التي كانت مودعة في خزانة شركة أعلاف العطفية العائدة لزوجها، الذي تمت مصادرة أمواله من قبل مديرية الأمن العامة والتي سلمتها إلى وزارة المالية، وبما أن المخشلات لا تعود لزوجها ولم يصدر بخصوصها حكماً قضائياً، وحيث أن مجلس قيادة الثورة المنحل القاضي بمصادرة المصوغات، جاء مخالف للدستور، فقد طالبت المدعي عليه وزير المالية بإعادة المصوغات، فقضت المحكمة برد دعوى المدعية مستندة في قرارها إلى أن المصادرة كانت وفق القرار رقم (١٢٠) لسنة ١٩٩٦، والصادر عن مجلس قيادة الثورة المنحل والذي له قوة القانون ولم يتم ذلك بناء على قرار إداري، حيث أن المحكمة تختص بالنظر في صحة القرارات والأوامر الإدارية، والتي تصدر عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة^(٢).

ومن هنا يتضح أن العراق في هذه المرحلة لم يقر بمبدأ المسؤولية، حتى في القضاء الإداري فإنه لا يستطيع المتضرر أن يطالب محكمة القضاء الإداري، إذ أن المشرع أجاز في المادة (السابعة) من قانون مجلس الدولة الجمع بين دعوى الإلغاء والتعويض بطلب واحد، ولا تختص محكمة القضاء الإداري

(١) د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٦١.

(٢) ينظر: حكم محكمة القضاء الإداري، عدد (٨٥)، ٢٠٠٤، بتاريخ ١٣/٤/٢٠٠٥، غير منشور.

أن تنظر بطلبات التعويض في حال رفعت لها بصفة أصلية، وإنما تكون من اختصاص القضاء العادي، فلا يتصور التعويض والحالة هذه أمام هذه المحكمة.

أما في العراق وقبل صدور التعديل رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ لقانون مجلس الدولة العراقي والذي قضى بتشكيل محكمة للقضاء الإداري فإنه قبل ذلك كان القضاء المدني يتولى النظر في القرارات الإدارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات الرسمية للدولة، وعليه فإن تشكيل القضاء الإداري في عام ١٩٨٩ بموجب التعديل رقم (١٠٦) كان الخطوة المتقدمة لاجاد قضاء مختص بالنظر في الطعون التي تقدم على القرارات والأوامر الصادرة عن السلطة التنفيذية^(١).

وبالنسبة للتعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ والذي أشار إلى اختصاصات المجلس وكذلك بين اختصاص المحكمة الإدارية العليا، إضافة إلى اختصاص قضاء الموظفين، حيث أشار في المادة (٥/رابعاً) على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في الأوامر والقرارات الإدارية التنظيمية والفردية الصادر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة^(٢).

المطلب الثاني

محاولات إقرار مبدأ مسؤولية الدولة عن القوانين

أدت الجهود التي بذلها القضاء إلى مناقشة إمكانية تقرير مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية، مما أدى إلى وجود مبادرات للتخلي عن المبدأ السابق الذي كان سائداً لمدة طويلة من الزمن، وهو مبدأ عدم المسؤولية.

أن مسؤولية الدولة عما يصدر عنها من قوانين تطورت في نواحي كثيرة، وسوف نتطرق إليها في كل من فرنسا ومصر والعراق، ولمعرفة مدى التطور الذي أصابها وإلى أي حد وصل إليه التطور في تلك البلدان ومعرفة مداه، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

(١) زانا جلال سعيد، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٢) التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٨٣) في ٢٩/٧/٢٠١٣.

الفرع الأول

تطور مسؤولية الدولة عن القوانين في فرنسا

إن المحاولات التي جاءت من أجل الحد من مبدأ عدم المسؤولية منها ما يميز بين القوانين الأصولية والقوانين التكميلية، حيث قالوا بأن القوانين الأصولية هي القوانين التي تضع قواعد عامة ولا ترتب مسؤولية المشرع^(١).

أما القوانين التكميلية فهي من صنع المشرع وبالتالي يمكن ترتيب مسؤولية الدولة عنها، فذهب هوريو إلى أن المسؤولية هي استثناء من نظرية الإثراء بلا سبب، وهناك رأي آخر للفييه (ديجي) والذي جاء على أساس المصالح التي يضرها القانون المعني كما لو كان القانون الصادر هو من أجل تحريم صناعة تضر بالمجتمع وهذا لا يؤدي إلى مسؤولية المشرع، لأن تلك الصناعات كالبيعاء والميسر تؤدي إلى الأضرار بالمجتمع أو تحريم أنشطة غير مضرّة للمجتمع، فهنا يجب التعويض لأصحاب تلك الصناعة أو المهنة كما هو الحال في نزع الملكية للمنفعة العامة^(٢).

بالإضافة إلى ذلك فإن التطور الذي أصاب مبدأ المشروعية أدى بالضرورة إلى تطور فكرة المسؤولية، وذلك لأن تقرير مبدأ المشروعية يمثل ضماناً للأفراد في مواجهة السلطة العامة، وعليه فيكون الأفراد بذلك في أمان من اعتداء الهيئات العامة عليها^(٣).

إن تقرير مبدأ مسؤولية الدولة هو نتيجة لمجموعة من العوامل منها ما يتعلق بتطور نشاط الدولة ومدى تدخلها في الأمور الحياتية، مما يؤدي بالتالي إلى إحداث أضرار للأفراد سواء كان الفعل مشروع أم غير مشروع، حيث برزت ملامح التطور في اتجاهات متعددة من أبرزها تقرير الرقابة على دستورية القوانين، فخضعت السلطة التشريعية للرقابة على أعمالها والتي تتمثل بسن القوانين، ومن الملاحظ بأن المسؤولية عن القوانين قد وجدت أثرها في بادئ الأمر في نطاق المسؤولية العقدية وكذلك المسؤولية عن المعاهدات، بحيث اعتبرت جوهرًا لأعمال نظرية المسؤولية عما تحدثه القوانين، وهو بذلك أعتد بالضرر وسيّد نظريته عليها وذلك على أساس المخاطر، مما

(١) د. مصطفى كامل، القواعد العامة في مسؤولية الدولة، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي، ٢٠٠٦، ص ١٩٨.

(٣) د. طعمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣، ص ٥.

أضفى عليها في بادئ الأمر مسحة من إرضائه للمشرع، إلا أنه ما لبث أن تخلص منها لنظرية إرادة المشرع ثم بعد ذلك إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة استناداً إلى أحكام الدستور ومبادئ حقوق المواطنين^(١).

وبذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي وعلى هذا الأساس أقر لنفسه بالاختصاص في دعاوى المسؤولية، على الرغم من أن تلك المنازعات ليست من المنازعات الإدارية والتي يختص بها مجلس الدولة الفرنسي، وبهذا فإن اختصاص مجلس الدولة الفرنسي هو وليد الأفكار التي نادى بها الفقه القانوني ومقتضاه الاضطلاع بدور قاضي الشريعة العامة من جهة ودوره بحماية الحقوق والحريات من جهة أخرى، بحيث جاءت المسؤولية على أنقاض مرحلة عدم المسؤولية^(٢).

من هنا قام مجلس الدولة الفرنسي للعمل بمسؤولية الدولة عن القوانين، لعدم كفاية النظام السياسي للرقابة على الدستورية هذا من جانب، وتزايد القوة التي تتمتع بها السلطة التشريعية من جانب آخر، وذلك من خلال العمل بدستور عام ١٩٥٨ الذي قام بقلب ميزان القوى لصالح السلطة اللاتحجية لمواجهة السلطة التشريعية، وذلك من خلال تحديد اختصاصات السلطة التشريعية وأطلق عمل السلطة اللاتحجية، مما أدى إلى احتضان المسؤولية عن القوانين بديلاً لغياب الرقابة القضائية اللاحقة^(٣).

ومن هنا نجد أن القضاء الفرنسي عدل عن موقفه السابق وحكم بالتعويض عن قضية (لافلوريت)، حيث تتلخص وقائع الحكم بأن المشرع الفرنسي أصدر في ١٩٣٤/٦/٢٩ قانون يجرم صناعة الكريمة من اللبن الخالص بنسبة ١٠٠/١٠٠، ولم تكن هذه الصناعة مؤذية في ذاتها وإنما تم منعها لأنها تحتوي على كمية ضعيفة من الحليب، وهذا القانون أصاب شركة (لافلوريت) بصورة رئيسية إن لم تكن حصرية والتي طالبت بالتعويض، وذلك عن طريق منازعة قضائية وحكم لها مجلس الدولة بالتعويض، وذلك استناداً لعدة اعتبارات منها سكوت المشرع وعدم تصريحه أو رفضه للتعويض، فالحكم المذكور لم يثبت أنه سبب أخطار على الصحة العامة، وإنما لحماية مصلحة المنتجات الغذائية المشتقة من الحليب وتحسينها^(٤).

(١) د. جورج شفيق مساري، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة العامة، مصدر سابق، ص ١٥٨.

(٢) حنفي الجبالي، المسؤولية عن القوانين أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص ٦٩٨.

(٣) د. محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة، الكتاب الثاني، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٩٤٢.

(٤) جورج فوردي آل دلقوييه، القانون الإداري، الجزء الأول (ترجمة منصور القاضي)، المؤسسة الجامعية للدراسات، ٢٠١٦، ص ٥٢٩.

وتم أعترف مجلس الدولة الفرنسي وبعد ست سنوات من حكم لافلوريت بالحق بالتعويض على مؤسسة لحقها ضرر، بسبب منع سكر العنب في صنع الجعة، وهو ما أملتة مصلحة منتج الزروع^(١).
ومن خلال هذين الحكمين السابقين يبدو أن مجلس الدولة الفرنسي قد حكم بالتعويض عن القوانين، ولكن في حالات وشروط^(٢) كما سنوضحه في الفصل الثاني.

كما أدى التطور الحاصل في قرارات مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير المسؤولية عن المعاهدات والالتزامات الدولية، وذلك من خلال مخالفة التشريع الفرنسي للقانون الأوربي، وذلك من خلال إثارة مسؤولية الدولة على أساس الخطأ في حال إصدار تشريع مخالف لقواعد القانون الأوربي، فمن الملاحظ أن القضاء الفرنسي قد تحول تحولاً مهماً، حيث قضى في حكم صادر عام ١٩٨٩ بأنه يجوز للمجلس أن يمارس الرقابة على القانون من أجل تقدير مدى مطابقته للمعاهدة المنعقدة في ٢٥ آذار ١٩٥٧، والتي هي خاصة بإنشاء المجموعة الاقتصادية الأوربية^(٣).

وبذلك فإن مسؤولية الدولة قد تكون ناجمة على أساس احترامها للاتفاقيات التي أنظمت إليها، فالدولة تكون مسؤولة عن جبر الضرر الناجم عن خرقها لقانون المجموعة الأوربية، وذلك عند سنها لنص تشريعي يخالفها، حيث يرى أحد الشراح من الفقه أن الاعتماد على خرق اتفاقية دولية لقيام مسؤولية الدولة ليس سندا قوياً، وذلك على أساس أن الاتفاقيات لا تهم فئة معينة وإنما تكون عامة ومجردة^(٤).

وفي حكم آخر لها قضت المحكمة الإدارية بباريس عام ١٩٩٩ بشأن التنظيم الذي تضمنه قانون الميزانية التكميلي، وذلك بشأن قيمة الديون الروسية على الرعايا الفرنسيين تطبيقاً للاتفاق المبرم فيما بينهما في مايو ١٩٩٧، لا ينطوي على تمييز الأسس الموضوعية وكذلك لا ينطوي على أساس مخالفة نصوص الاتفاقية الأوربية، وإنما طالبت الشركة المدعية بانتهاك قانون الميزانية استناداً إلى مخالفة المعاهدات الدولية^(٥).

(١) مجلس الدولة ٢١ كانون الثاني ١٩٤٤، مجلة القانون العام في العلم السياسي، ١٩٤٥ ص ٣٦٦، تعليق Je'ze.

(٢) ينظر: جورج فودال، القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، المصدر السابق، ص ٥٣٥.

(٣) د. ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة، المصدر السابق، ص ٩٤٧.

(٤) د. محمد مياد العربي، مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية، ط ١، مطبعة المعارف الجديدة، ٢٠١٥، ص ١٣.

(٥) د. محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري - مسؤولية السلطة العامة، الكتاب الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٣٤.

مما يعني أن الحكم جاء استناداً لمخالفة الدولة للمعاهدات المبرمة بينها وبين الدولة التي تكون طرفاً آخر في المعاهدات المبرمة.

ومن خلال التطور الواضح في أحكام المجلس الفرنسي، فإنه قضى في حكم له في قضية تعاونية أكسيون عام ٢٠٠٥^(١).

حيث تتلخص وقائع هذه القضية بأن تعاونية أكسيون هي منشأة كانت تستثمر في وسط حضري صوامع لتخزين الحبوب ومنشأة احتراق، وبسبب عدم تعهد التعاونية بإتخاذ الإجراءات اللازمة والضرورية من أجل منع حدوث مخاطر الانفجار وتهديد السكان المقيمين بالقرب منها، واستناداً إلى قانون (١٩) تموز ١٩٧٦، أصدرت الإدارة قرار بإزالة هذه المنشأة مما أدى إلى مطالبة التعاونية بالتعويض عن الضرر الذي تحمته، حيث قدرته بأكثر من ١٨ مليون فرنك، إلا أن محكمة الدرجة الأولى رفضت الطلب بداعي المصلحة العامة التي يهدف إليها المشروع، وأن الإجراءات الصادر بغلق المنشأة لا يمكن أن ينشأ عنه أي تعويض نظراً لغياب الأحكام التشريعية التي تنص عليه صراحة^(٢).

كل ذلك أدى إلى قيام التعاونية بالطعن أمام مجلس الدولة، حيث أصدر المجلس قراره في ٢ تشرين الثاني ٢٠٠٥ ينقض فيه حكم أول درجة، حيث جاء في حكمه ((حيث أنه ينجم عن المبادئ المنشأة التي تحكم إلزام مسؤولية الدولة بلا خطأ إن صمت القانون عن النتائج التي يمكن أن يتضمنها وضعه موضع التنفيذ، لا يمكن تفسيره على أنه يستبعد من حيث المبدأ كل حق بالتعويض عن الأضرار التي يمكن لتطبيقه أن يسببها وهكذا، فإن لمستثمر المنشأة التي أمر بإغلاقها أو إزالتها على أساس قانون ١٩ تموز ١٩٧٦، بسبب الأخطار أو المساوئ التي كانت تمثلها أسباباً وجيهة حتى في غياب أحكام تنص بصراحة على ذلك لطلب التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة لذلك، حيث يتجاوز المخاطر التي يتضمنها بالضرورة مثل هذا الإستثمار، ويكتسب طابعاً جسيماً وخاصاً ولا يمكن النظر إليه بعد ذلك كعبء متوجب بشكل طبيعي على المعني بالأمر، وحيث أن محكمة الإستئناف الإدارية بتقديرها أن قانون

(١) في حكم محكمة ميان الابتدائية بتاريخ ٣٠/ نيسان/ ٢٠٠٢ الخاص برفض تعويض تعاونية أكسيون ((أنه نظراً لكون قانون ١٩/ تموز/ ١٩٧٦ قد بين لمصلحة عامة وعليه فإن مسؤولية الدولة لا يمكن ان تجد نفسها ملزمة بفعل إجراءات تطبيقه لهذا التشريع إلا إذا كانت غير قانونية)) متاح على الرابط

تاريخ الزيارة ١٨/٧/٢٠٢٠ س ١٥:٧م <http://FallaitpasFairredudroit.Frlco,entaire-icole-axion.doc>.

(٢) ينظر: تقرير نيوماس غيومار في قضية تعاونية أكسيون، هنري وآخرون، مجلة القانون العام وعلم السياسة، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، لبنان.

١٩ تموز ١٩٧٦، كان يستبعد بصمته كل حق بالتعويض على مستثمر المنشأة التي شكلت موضوعاً لإجراء إقفال أو إزالة أصابت الحكم المطعون به بخطأ قانوني، وأن تعاونية أكسيون الزراعية لديها أسباب وجيهة لطلب إلغائه لهذا السبب^(١).

ومن خلال الحكم أعلاه يتضح أن مجلس الدولة الفرنسي سمح بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تطبيق القانون حتى لو لم يسمح المشرع به ودون الحاجة لتغيير صمته للموافقة على التعويض.

وهذا ما يوضح لدينا بأن مجلس الدولة الفرنسي قد تطور في ضوء إقرار مبدأ المسؤولية عن القوانين، وذلك من خلال استقراء أحكامه الصادرة في هذا الخصوص وصولاً إلى قراره الأخير الصادر عام ٢٠١٩ في ٢٤ ديسمبر وعليه فإنه بالإضافة إلى ما تقدم فإن ما ينبغي الإشارة إليه هنا، هو أن مجلس الدولة الفرنسي وبالرغم من تبنيه مبادئ قانونية جديدة تتعلق بإمكانية الاعتراف بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين، إلا إنه لم تنتج له الفرصة بإعلان موقفه عن مدى إمكانية التعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية، إلا في وقت قريب وتحديدًا في حكمه الحديث الصادر في قضية شركة باريس كليشي الصادر بتاريخ ٢٤/١٢/٢٠١٩^(٢).

ويتعلق هذا الحكم بقضية مطالبة شركة Paris Clichy بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها من تطبيق أحكام الفقرة الأولى المادة (١٥) من المرسوم المؤرخ ٢١ أكتوبر ١٩٨٦، والتي أعلن المجلس الدستوري بعدم دستوريته بموجب قرار المجلس الدستوري الصادر في ١/٨/٢٠١٣^(٣).

وبالرغم من عدم حصول الشركة على التعويض بسبب عدم توافر شروطه كما نبين لاحقاً، إلا أن مجلس الدولة أقر بموجب هذا الحكم بإمكانية حصول أي مواطن على تعويض عن الضرر الناجم عن تطبيق قانون أعلن المجلس الدستوري عدم دستوريته، ولا شك أن هذا التوجه يشكل مسلكاً جديداً وصريحاً بشأن تطور وإقرار مبدأ مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية، يمكن عده إضافة

(١) د. مازن ليلو راضي، التطور الحديث في مسؤولية الدولة عن القوانين، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٢) ينظر: قرار مجلس الدولة الفرنسي <http://www.legifrance.gouv.fr/> CE,24December 2019, available on تاريخ الزيارة ١١٨/٧/٢٠٢٠، س ٨:٣٠.

(٣) ينظر قرار المجلس الدستوري

decision du conseil constityionnel 2013-336 QPC 1er aout 2013, available on: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/> تاريخ الزيارة ١٩/٧/٢٠٢٠، س ١٥:٤م.

نوعية لدور مجلس الدولة الفرنسي في خلق وإنشاء المبادئ القانونية إنسجاماً مع دوره الإنشائي في مجال تعزيز حقوق المواطنين وتعزيز سيادة القانون^(١).

كما يمكن القول أيضاً أن مجلس الدولة الفرنسي في قراراته ومبادئه الجديدة في الاعتراف بإمكانية تقرير المسؤولية عن القوانين غير الدستورية لم تكن غير متوقعة، حيث إنها تعد جزء من التسلسل المنطقي في خلق المبادئ القانونية في مجال القانون الإداري والقانون الدستوري^(٢).

فهو لم يتأخر في إقرار هذا المبدأ إلا بسبب ظروف الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين لم تقرر إلا في وقت حديث، إذ لم تقرر للمجلس الدستوري - كما لاحظنا - إلا حديثاً بموجب التعديل الصادر عام ٢٠٠٨، ولا شك أن ذلك يعبر عن الرؤية المتطورة لمجلس الدولة في مواكبة التطورات في المجالات الاجتماعية والسياسية والقانونية، والتي تتجسد دائماً في خلق مبادئ تتسجم مع تلك التطورات، ومنها ما يتعلق بالإقرار بمسؤولية الدولة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية.

الفرع الثاني

تطور مبدأ مسؤولية الدولة في مصر والعراق

بعد البحث في التطور الحاصل في فرنسا ومعرفة كيفية التطور وإمكانيته بإقرار مبدأ المسؤولية، سنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة التطور في مصر والعراق والوقوف على أهم التطورات التي جاءت في كل من البلدين، وذلك من خلال الفقرتين الآتيتين:

أولاً: تطور مبدأ مسؤولية الدولة في مصر

كما ذكرنا أن القضاء الإداري في مصر قد درج باستمرار وإطراد على الحكم بعدم التعويض عن الأضرار التي تسببت بها القوانين، وذلك على اعتبار أن الأعباء التي تنتج عن تطبيق القوانين يجب أن

(1) Par severine leroyer: La Reconnaissance D'une Responsabilite' De L 'e'tat Du Fait Des Lois De'clare'es. Inconstitutionnelles: Un Cadeau Empoisonne? available on <http://blog.juspoliticum.com>

(2) Thomas Portelli: La RESPONSABILITE' DE L'ETAT DU FAIT D' UNE LOI INCONSTITUTIONNELLE, available on <http://www.village-justice.com/articles/>

See also: Responsabilite' de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles, CE, 24 December 2019, req. available on: <http://www.itineraires-avocats.fr/2020/01/27/>

يتحملها المواطنون من أجل تحقيق المصلحة العامة^(١).

وقد أسس القضاء المصري توجهه على أساس القواعد العامة المستقرة لقيام المسؤولية على أساس الخطأ وهذا يعني عدم نسبه الخطأ للمشرع، إضافة لذلك فإن الأخذ بمسؤولية الدولة على أساس المخاطر لا يمكن الأخذ به كأصل عام للتعويض عن القوانين التي تسبب الأضرار، إلا في حالتين وهما: أن يكون المدعي متعاقداً مع الإدارة تطبيقاً لنظرية (فعل الأمير)، فإنه بإمكانه المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة للقانون الصادر، أما في الحالة الثانية هي النص في القانون نفسه على التعويض^(٢).

فيتضح مما سبق أن التعويض في غير الحالتين السابقتين غير ممكن، إلا أن المشرع المصري أخذ على سبيل الاستثناء بقوانين خاصة ببعض التطبيقات لفكرة المخاطر، وتحمل التبعة كالقانون الخاص بإصابات العمل رقم (٨٩) لسنة ١٩٥٠، والقانون رقم (١١٧) لسنة ١٩٥٠ بشأن تعويض التالف الذي يصيب المباني والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحروب، وفي مجال القانون العام أخذ المشرع بفكرة المخاطر على سبيل الاستثناء وينصوص خاصة في بعض القوانين، كما في المرسوم بقانون رقم (١٨١) لسنة ١٩٥٢، بشأن فصل الموظفين عن غير الطريق التأديبي، وقد ورد ذلك استثناء من الأصل العام فمن غير الممكن التوسع بتطبيقها^(٣).

وبالنسبة إلى الفقه يرى بأن ترسيخ الرقابة القضائية على مبدأ الدستورية في مصر من شأنه أن يبرر وضع وتقرير المسؤولية عن القوانين، وذلك على أساس أن القضاء بعدم الدستورية يجعل الخطأ متوفراً للمسؤولية التشريعية^(٤).

حيث أن الحق بالرقابة على الدستورية هو وسيلة لإثارة المسؤولية، وبالتالي فإن تقرير عدم دستورية قانون ما يستوجب تعويض الشخص الذي أضره القانون، وذلك بتأسيس مسؤولية الدولة عن الخطأ، أي من خلال توافر الشروط العامة للضرر وتحقق رابطة السببية فيما يبين الضرر والقانون غير الدستوري، ومن الواضح أن المسؤولية عن القوانين في مصر ليس لها أساس قانوني، إلا أنه يمكن للقضاء المصري وفيما يتمتع به من سلطان إزاء القوانين، بإمكانية إقرار نظام المسؤولية على أساس خطأ

(١) د. جورجى شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها، المصدر السابق، ص ٤٥.

(٢) د. مصطفى عفيفي، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة العامة قضاء التأديب، ٢٠٠٣، ص ١٠٨.

(٣) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض، مصدر سابق، ص ٥١.

(٤) حنفي الجبالي، المسؤولية عن القوانين، مصدر سابق، ص ٦٩٤.

المشروع في تلك الحالات، وعلى أساس المخاطر في حالات استثنائية منصوص عليها في القانون، حيث أن المسؤولية على أساس خطأ المشروع هي تقرير لمخالفة النصوص الدستورية أو مخالفة لمقتضياته، وهو بالحالتين يكون مخالفاً للدستور^(١)، وكذلك فيما يخص مسألة قانون الضريبة في مصر رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٥ فإنه يفرض تعويض إضافة إلى الغرامة لمن يخالفه.

ومن هنا يتضح بأن التطور الذي أصاب المسؤولية في مصر لم يكن كسابقه في فرنسا، وإنما بقي متردداً وفي حدود معينة، إلا إنه يمكن القول بإمكانية التوسع في إطار تقرير المسؤولية، وذلك على أساس التعويض القائم على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وذلك استناداً إلى مبدأ العدالة التي تستلزم تعويض الأفراد عن الأضرار التي تصيبهم من القوانين، حتى لو لم يحكم القضاء بعدم دستورتها، ومما يسترعي التطرق إليه أن المصالح التي أصابها القانون والتي أضرها من خلال تطبيقه، يجب أن تكون مصالح مشروعة، وهنا تتأسس المسؤولية على أساس المساواة أمام الأعباء العامة^(٢).

ثانياً: تطور مبدأ المسؤولية في العراق

بالنسبة إلى الموقف في العراق فيلاحظ بأنه لم يخرج عن موقف القضاء المصري برفضه للمسؤولية عن أعمال السلطات العامة ومنها الأعمال التشريعية، حيث أخرج اللوائح من رقابة القضاء الإداري واعتبرها من الأعمال التشريعية وليس من القرارات الإدارية^(٣).

ومن الملاحظ في التشريعات العراقية وتطورها، فانه من حيث الأصل هنالك قوانين أقرت بمسؤولية الدولة وتحمل تبعاتها التشريعية منذ عام ١٩٦٩ وفق أحكام قانون رقم (١٦) لعام ٢٠١٠، حيث نص على (لغرض تعويض المواطنين العراقيين عن الحيف الذي أصابهم جراء مصادرة أو إتلاف أو تجميد أو حجز ممتلكاتهم، بسبب الممارسات التعسفية من قبل النظام البائد شرع هذا القانون)^(٤).

حيث يلاحظ بأن القانون أشار إلى تعويض المواطنين من جراء الضرر الذي لحقهم من خلال تحمل الدولة لمسؤولياتها عن تلك التشريعات، بتعويض مالي يدفع للمتضررين من خزينة الدولة، وذلك

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، ١٩٥٢، ص ٦٤.

(٢) د. نهى الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، المصدر السابق، ص ٢١٦.

(٣) ينظر: وسام صبار العاني، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية، المصدر السابق، ص ٦٧.

(٤) قانون تعويض ممتلكات المتضررين من قبل النظام البائد رقم (١٦) لسنة ٢٠١٠، نشر في جريدة الوقائع العراقية الرسمية.

على أساس ارتكاب الدولة لأخطاء تشريعية متمثلة بسلطتها التشريعية آنذاك، وهي (مجلس قيادة الثورة المنحل) والذي كان له سلطة إصدار القرارات والتي لها قوة القانون وفق أحكام المادة (٤٧) من دستور العراق لعام ١٩٧٠ الملغي، وذلك وفق ما جاء بالأسباب الموجبة للقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠١٠، إضافة لذلك قانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠، حيث نص على (بهدف ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عقاراتهم خلافاً للقانون وبغية حماية المال العام والحفاظ عليه شرع هذا القانون)، حيث أشار قانون هيئة دعاوى الملكية العقارية إلى تعويض الأشخاص الذين انتزعت منهم عقاراتهم لحماية المال العام، فانه تم تشريع هذا القانون من اجل حماية حقوق أولئك الأشخاص وتعويضهم من اجل ذلك^(١).

بالإضافة إلى ذلك فان هنالك أحكام قانونية عديدة تنظم أحكام المسؤولية وتحمل تبعاتها، مثل القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وقوانين أخرى، حيث لا فرق بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين بحسب المواد من (٣٤ إلى ٤٦) من القانون المدني التي نصت على الأشخاص الطبيعيين والمواد (٤٧-٦٠) والتي نصت على المؤسسات والشركات وغيرهم، فالدولة واحدة من الأشخاص وذلك لأنها كيان مستقل وان الشخص سواء كان طبيعي أو معنوي، فانه يكون ملزم بان يتحمل المسؤولية عن الأعمال التي تشكل اعتداء على الآخرين وإلحاق الضرر بهم، وذلك عندما تمارس السلطة التنفيذية أو باقي السلطات أعمالها، وذلك بوصفها احد أشخاص القانون العام أو الخاص وليس وفق نظرية أعمال السيادة، فإنها تكون خاضعة لأحكام المسؤولية عن أفعالها وأفعال التابعين لها من الموظفين والعاملين معها، وفق أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه وذلك بحسب المادة (٢١٩) من القانون المدني^(٢).

ففي حال أثبات ذلك الضرر فالشخص المتضرر يطالب بالتعويض، والملاحظ انه يتم رجوع المتضرر في الغالب على المتبوع لأنه أكثر قدرة مالية، أما في حال كان الخطأ مشترك بين المتبوع والتابع فلا يتم الرجوع على التابع إلا بنسبة الخطأ الصادر وتقييم مبلغ التعويض فيما بينهم وذلك تحقيقاً للعدالة^(٣).

(١) قانون هيئة دعاوى الملكية العقارية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠.

متاح على الرابط arb.parliament.iq، تاريخ الزيارة ٢٠/٣/٢٠٢٠ الساعة 1:39 p.m.

(٢) تنص المادة (٢١٩) على انه (١- الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمات عامة وكل شخص يستغل احد المؤسسات الصناعية أو التجارية، مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئاً عن تعدد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم).

(٣) د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في شرح القانون المدني العراقي، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار،

متاح على الرابط www.uoanbar.pdu.iq.

وبخصوص القضاء الإداري فإنه لا يتعامل مع العمل التشريعي، حيث يمنع المساس بكل عمل له صلة بالقانون، فيما لو كان اعتباره عمل يمثل سيادة الأمة ولا يمكن الطعن به إلا بالطرق الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، فلا يمكن السماح بالتعويض عن الأضرار، وذلك لان القبول بالتعويض يؤدي إلى نسبة الخطأ للسلطة التشريعية، ويؤدي إلى وضع القضاء بمنزلة الرقابة والتعقيب على أعمال السلطة التشريعية، فيما لو كان القانون لا ينص على التعويض وبالتالي فان القول بذلك يتنافى مع ما صدر في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والتي تنص على (لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون)^(١).

ومن خلال استقراء نصوص الدستور لسنة ٢٠٠٥ نجد أن عدم وجود نص يعطي للشخص الحق في المطالبة لحقه، نتيجة الضرر الذي أصابه من التشريع^(٢).

ومن الناحية الفقهية فإنه لم يحسم الأمر فهناك رأي يرى عدم المسؤولية وذلك لان القانون يعد من مظاهر سيادة الدولة، وان المسؤولية لا يمكن وقوعها على أعمال السيادة وذلك لأنها تمثل سلطة عليا تسمو على الجميع، أما آخرون رأوا بأن تحمل المسؤولية يستوجب الفصل فيه من القضاء وهذا لا يتوافق مع مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك لأن القضاء في هذه الحالة يكون رقيب على أعمال البرلمان، إلا أن هنالك آراء على العكس من الآراء السابقة وترى بان الدولة مسؤولة عن تشريعاتها، وذلك لان أعمال السيادة ليس مطلقة وأنها مسؤولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد لان مبدأ المشروعية يوجب خضوع الجميع للقانون^(٣).

ومن خلال التطرق إلى الموقف الفقه والقضاء في العراق، فقد تبين لنا أن الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥ لم يتطرق إلى بحث مسؤولية الدولة في حال صدور قانون وتطبيقه، ومن ثم الطعن بعدم دستوريته، وفي حال تم الرجوع إلى نص المادة (٨٦) من دستور عام ١٩٢٥ لتبين لنا أن المشرع أشار إلى التعويض عن القوانين الصادرة والمطعون بدستوريتها، فالدستور الحالي لم يتطرق إلى هذا الموضوع،

(١) المادة (٨١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في كانون الأول/١٩٤٨، متاح على الرابط <https://www.oic-iphrc.iq> ، تاريخ الزيارة ٢٣/٣/٢٠٢٠، الساعة ٨:٣٠ مساءً.

(٢) د. مازن ليلو راضي و د. حيدر ادهم عبد الوهاب، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، دار القنديل، الأردن، ٢٠٠٧، ص ٢٠٠.

(٣) نقلاً عن: سالم روضان الموسوي، مسؤولية الدولة عن تشريعاتها، مقال منشور على الرابط www.damascusbar.org ، تاريخ الزيارة ٢٣/٣/٢٠٢٠، الساعة ٨:٣٣ مساءً.

لان مسالة التعويض يعني إزالة آثار القانون التي رتبها أثناء تطبيقه والآثار تكون أضرت وبشكل كبير، حيث أن المادة (٩٣) من دستور عام ٢٠٠٥ أشارت فقط إلى اختصاص المحكمة بالرقابة دون التطرق إلى الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية، بالإضافة إلى ذلك فإن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، أشار أيضا في المادة (٤) إلى اختصاص ومهام المحكمة بما فيها الفصل من القوانين والقرارات والأنظمة من حيث شرعيتها، ولم يشر أيضاً إلى الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية، أما النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، لم يشر أيضاً إلى الأثر المترتب على دستورية، وإنما أشار إلى كيفية الطعن وإجراءاته أمام المحكمة العليا.

ومن هنا يثار تساؤل حول صمت الدستور عن التعويض عن الضرر الناشئ عن تطبيق القوانين غير الدستورية، هل بالإمكان القول بأنه إقرار ضمني بإمكانية التعويض وذلك بالاستناد إلى المبدأ القائل بأن الأصل في الأشياء الإباحة.

وبالتالي فإن عدم وجود نص يقضي بعدم التعويض، يعني ان وجود إمكانية اللجوء إلى التعويض عن الأضرار التي تصيب الأفراد من القوانين يحتاج إلى تدخل تشريعي وقضائي يعالج هذا القصور وفق المبادئ والشروط والأسس التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي في مجال تقرير مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية والتي سنوضحها في الفصل القادم.

الفصل الثاني

القواعد الموضوعية والإجرائية لتعويض الضرر الناجم عن القوانين غير الدستورية

يمكن القول أنه في حال الإقرار بالمسؤولية للدولة عن الأضرار التي تسببها القوانين التي تصدر عنها فإنه يستوجب بيان آثار تلك القوانين وما يمكن العمل به من أجل تعويض الأضرار الناجمة عنها، ومن هنا يجب التطرق إلى بيان أهم القواعد التي تحكم التعويض عن القوانين وبيانها سواء كانت موضوعية أو قواعد إجرائية وهذه نتيجة لما بيناه سابقاً من خلال البحث في مفهوم المسؤولية وكيفية تطورها مما يؤدي بالنتيجة إلى التطرق لامكانية التعويض ومسائلة الدولة عن القوانين، مما يستدعي بنا البحث في الأسس والشروط لأجل تطبيق التعويض وكيفية احتسابه وبالحدود المبينة في هذا الإطار وبيان أنواع التعويض وأي الأنواع يتناسب والأخذ به في إطار بحثنا ضمن القانون الدستوري، ومن ثم التطرق إلى موقف الجهة المختصة من ذلك ويكون هذا من خلال بحثين، نتناول في الأول منه أسس وشروط مسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية، أما المبحث الثاني منه فنستطرق فيه إلى الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية وكما يلي:

المبحث الأول

أسس وشروط مسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية

تعد الأسس من الركائز المهمة التي يستوجب النظر فيها ومعرفتها لأجل البحث في إمكانية التعويض عن الاضرار الناشئة عن تطبيق القوانين وذلك لان الأسس هي ما يبنى عليه ويستند إليه في التعويض بالإضافة إلى الشروط التي يجب مراعاتها اثناء البحث في ذلك على اعتبار ان هكذا مسائل لا تكون مطلقة وانما توجد شروط تحدها وترسم طريقة العمل بها، ومن خلال هذا المبحث سوف يتم البحث في أسس وشروط التعويض عن القوانين غير الدستورية وذلك من خلال مطلبين، حيث نخصص المطلب الأول إلى تحديد اسس التعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية، أما المطلب الثاني سوف نتناول فيه شروط التعويض عن القوانين غير الدستورية، ومن هنا يمكن التوصل إلى الأسس الخاصة بالتعويض والمصلحة المتوخاة من القيام بالتعويض، وهل هناك مصلحة متحققة أم لا؟ وكما سنوضحه ادناه:

المطلب الأول

أسس التعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية

يتطلب البحث في أسس تعويض الدولة عن الاضرار التي تنشئ عن تطبيق القوانين إلى البحث في ذلك من خلال الدول المقارنة؛ وذلك على اعتبار ان التجربة في الدول المقارنة جاءت بالاسس الخاص بالتعويض وحددت كيفية الأخذ بها، ومن ثم بيانها وتوضيحها في العراق، لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تحديد أسس المسؤولية في التعويض عن أضرار القوانين في فرنسا من خلال الفرع الأول، ثم البحث فيها في كل من مصر والعراق وذلك من خلال الفرع الثاني وكما يلي:-

الفرع الأول

الأساس القانوني للتعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية في فرنسا

مما لا شك فيه ان الأسس التي اعتمدت في فرنسا لأجل التعويض عن الاضرار الناشئة عن القوانين غير الدستورية لن تنشأ مباشرة، وانما كانت مرتبطة بالتطور التشريعي والقضائي للرقابة على أعمال السلطات العامة ومنها القوانين الصادرة من السلطة التشريعية. وبذلك لاحظنا ان مجلس الدولة الفرنسي

كان له الأثر الواضح في إقرار التعويض ليس عن القوانين غير الدستورية فقط وإنما القوانين التي يجد ان هناك مصلحة معتبرة للأفراد في منحهم التعويض عنها. ويمكن ان نبين هذه الأسس من خلال النقاط الآتية:

أولاً: الاعتماد على نص القانون نفسه في إمكانية التعويض.

الجدير بالإشارة إلى ان هنالك قوانين تصدر وتكون غير دستورية، إلا أنه لا تثار معها مسؤولية الدولة في التعويض عنها مباشرة، فقد تكون هناك قوانين تنص على إعطاء الحق للأشخاص المتضررين من القوانين الصادرة بالتعويض عنها؛ وذلك من خلال النص عليها، كما في قانون ١٨ يوليو ١٨٦٦، حيث نص هذا القانون على منح حرية ممارسة مهنة السماسرة للتجارة والتعويض عن الاضرار الناجمة عن القانون والتي تسببت لهم باغلاق المكاتب الخاصة بهم نتيجة هذا القانون، كما ان القانون الصادر في ٢ أغسطس ١٨٧٢ والذي قضى بالتعويض للمضرورين نتيجة لما نص عليه من احتكار الدولة لصناعة وبيع اعواد الثقاب^(١).

إضافة إلى ذلك فقد نصت المادة (٣٠) من قانون ٩ مارس ١٩١٩ على تعويض الملاك عما اصابهم من اضرار نتيجة لإعفاء المجندين وعائلاتهم من تسديد قيمة الايجار لمساكنهم، بحيث وضع المشرع في الاعتبار ما يصيب المالك نتيجة لهذا الاعفاء من الايجار والذي نص عليه في القانون أعلاه، حيث نص على التعويض عن الاضرار بصورة صريحة في القانون المشار إليه، بالإضافة إلى ذلك وبمقتضى قانون الضمان الاجتماعي الصادر في ٣ يوليو ١٩٤٧ حيث قررت الدولة القيام بعمليات التأمين بحسب المادة (٢) من هذا القانون تعويض الشركات الخاصة التي كانت تمارس النشاط خلال تلك الفترة والتي كانت الدولة تحتكره لها فقط بمقتضى ذلك القانون المذكور.

ومن خلال ذلك يتضح ان الدولة ومن خلال القوانين المذكورة أعلاه فأنها تكون نصت على التعويض، وذلك من خلال النص عليه صراحة في القوانين أي بصورة صريحة، وعليه فالدولة تقوم بالتعويض بناء على النص القانوني المذكور.

(1) Duvergier; 1918, p327 – HO. 12-3 – 1918.

نقلاً عن محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير المشروعة، ط١، الرياض، ٢٠٠٩، ص٢٤٦.

ثانياً: الاعتماد على مصلحة الأفراد المتعاقدين مع الدولة

هناك حالات أخرى قد يكون التعويض المنصوص عليه في القانون من خلال التعاقد مع الدولة، حيث تقضي الدولة بالتعويض للأشخاص الذين تربطهم معها رابطة تعاقدية، وذلك على أساس حسن النية في العقود، حيث ان القضاء انتهى إلى تعويض المتعاقدين معها إذا كان تفسير بنود العقد او الشروط الملحة به تسمح بالتعويض^(١)، وذلك على أساس القاعدة القاضية بتفسير العقد بحسن النية، وليس بالاستناد إلى المسؤولية عن القوانين التي تكون صادرة عن السلطة التشريعية^(٢).

ومن الملاحظ ان القضاء لا يكتفي بإرادة المتعاقدين الصريحة وانما يلجأ إلى البحث عن الإرادة الضمنية أو الإرادة المفترضة، حيث اتجهت للتعويض في حالة الزيادة للأعباء التي تقع على المتعاقد جراء القانون الصادر والذي أدى الى التسبب بأضرار، فإذا تبين ان المتعاقدين توقعوا زيادة في الأعباء ولم ينص على ذلك في العقد أي أنهم لم ينصوا على حقهم في طلب التعويض فبذلك لا يتم الحكم لهم بالتعويض أو قد تحكم الدولة بالتعويض في حالات تؤسسها على أساس التوازن المالي للعقد أي حق يتضمنه كل عقد إرادي ولم لم ينص على ذلك بصورة صريحة في القانون، بحيث يقصد به ان يظل التعادل قائماً فيما بين الانتفاع بالمزايا والاعباء التي يتحملونها ويتم التقدير لها، وذلك عند ابرام العقد القائم بينهم، أي انه حتى في حال لم ينص القانون على ذلك التعويض بصورة صريحة فأن ذلك يتم من أجل الحصول على التوازن المالي للعقد^(٣) وبالمقابل فإنه من أجل الحصول على التوازن المالي والحقاق ذلك بالمتعاقد مع الدولة فقد اعترف للدولة بالسلطة في تعديل بعض الشروط الموجودة بالعقد، وذلك دون الزام من جانب الدولة بالقاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين^(٤).

(١) ينظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٨ ديسمبر ١٨٥٣ والذي قضى بتعويض أحد موردي الشعير عن الاضرار التي اصابته من جراء صدور قانون ١١ يناير ١٨٥١ والذي زاد من رسوم الجمارك على الشعير المورد للجزائر حيث استند مجلس الدولة في حكمه هذا على تفسير كراسة الشروط الخاصة بتوريد الشعير والذي يسمح بمنح التعويض في حالة زيادة الرسوم الجمركية، متاح على الرابط

تاريخ الزيارة ٢٤/٣/٢٠٢٠، س ١:٣٠ مساءً . www.nippon.com

(٢) د. مصطفى كامل، مجلس الدولة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٤، ص ١٧٨.

(٣) د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، ج ١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٨١٤ وما بعدها.

(٤) جرى الفقه على تقسيم شروط العقد إلى نوعين الأول هي الشروط اللائحية وتعني الشروط المتعلقة بتنظيم المرفق العام وسيره والشروط هذه يجوز للإدارة تعديلها دون رضا المتعاقد، أما النوع الثاني هي الشروط التعاقدية وهي الشروط التي لا يجوز للإدارة تعديلها بغير رضا المتعاقد، ويعد التعديل اخلالاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ينظر: د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، ١٩٦٨ وما بعدها؛ ود. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، ١٩٧٦، ص ١١١، وما بعدها.

وعلى هذا الأساس فإن نظرية فعل الأمير تجد أساسها القانوني في فكرة التوازن المالي للعقد؛ وذلك باعتبارها إحدى الخصائص الذاتية للعقود الإدارية والتي تهدف إلى تحقيق الصالح العام من خلال سير المرفق العام، ولكي يستحق المتعاقد التعويض على أساس نظرية عمل الأمير يشترط لذلك توفر مجموعة من الشروط منها:

- ١- ان يكون الإجراء الصادر والذي أدى إلى الأضرار من جهة الإدارة.
 - ٢- يشترط في الإجراء الصادر عن الإدارة ان يكون بحدود السلطات الخاصة بها وليس نتيجة خطأ وذلك لأن المسؤولية على أساس نظرية عمل الأمير تكون مسؤولية عقدي.
 - ٣- يكون الإجراء الصادر غير متوقع عند القيام بإبرام العقد أي ان العقد لم يقوم بتنظيم كيفية القيام بإجراء التعديل والحدود الخاصة به^(١).
 - ٤- ترتيب ضرر للمتعاقد يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية له ما يعني أنه يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد
- فإن قيام السلطة التشريعية بإصدار قانون جديد وكان تطبيق هذا القانون يؤدي بالنتيجة إلى الزيادة في الأعباء الملقاة على عاتق الشخص الذي يكون متعاقداً مع الدولة وبالتالي أدى إلى اختلال التوازن المالي بسبب ذلك وعليه فإنه من العدالة أن يقضي بمنح التعويض للمتعاقدين وان يكون تعويضاً عادلاً، وبذلك يؤدي إلى عودة التوازن المالي لما كان عليه^(٢)، هذا ما نص عليه القضاء الإداري من خلال احكامه بحيث ترتب على تطبيق القانون الفرنسي الصادر عام ١٨٨٠ والذي قضى بمنح الاشغال التي تتم تحت الأراضي المجاورة للسكك الحديدية بحيث قام المجلس الفرنسي بتقرير منح شركات المناجم التي لها عقد مع الدولة وتكون ملتزمة معها بالمطالبة بالتعويض عن تلك الأضرار والتي قد تكون غير متوقعة جراء ما أصابها من منع نتيجة لتطبيق ذلك القانون، وفي هذه الحالة يكون الاخلال بالتوازن المالي في الأساس للتعويض عن الاضرار التي يربتها القانون المطبق للمتعاقدين مع الدولة^(٣).

(١) د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١١٢؛ و د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٦٢٤.

(٢) د. عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، علام الكتب، ١٩٦٢، ص ١٠٩.

(٣) د. عثمان خليل عثمان، المصدر نفسه، ص ١١٠.

ومما لا شك فيه ان المتعاقد مع الإدارة يرمي إلى تحقيق مصالح شخصية حتى لو كان هناك تحقيق مصالح عامة، بالإضافة إلى سير وتنظيم المرافق العامة، فأن حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر لأول مرة عام (١٩١٠) يلخص فكرة التوازن المالي للعقد الإداري وذلك بمناسبة تدخل الإدارة في أحد عقود الامتياز بحيث أصبحت هذه الفكرة لاحقاً نظرية عامة تتلخص في التزام الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد الإداري أو ما يعرف بالتوازن الشريف لحقوق المتعاقدين والتزاماتهم وذلك لكل حالة من شأنها ان تؤدي إلى الاخلال بالتوازن المالي للعقد سواء كان بفعل الإدارة ام أمراً خارجاً عن إرادتها، أي أن للمضور الحق بالتعويض على أساس المخاطر أي بدون خطأ من الإدارة كما حصل عام ١٩١٥^(١).

وبذلك هناك من التطبيقات التي توجب التعويض للمتعاقد مع الإدارة من دون حاجة في أثبات الخطأ للإدارة؛ وذلك بالاستناد إلى نظرية فعل الأمير أو ما يعبر عنه بنظرية المخاطر الإدارية وهي من النظريات القديمة التي ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي وذلك لايجاد ثغرة تغرق قوة العقد الملزمة من أجل إعادة التوازن المالي للعقد الإداري^(٢).

نلاحظ مما تقدم ان نظرية تطبيق فعل الأمير المبتدعة من قبل مجلس الدولة الفرنسي وبالنظر إلى شروطها فإنه لا يمكن القول معها بتطبيقها فيما لو صدر الخطأ من السلطة التشريعية أي عن القوانين وذلك لأنها تشترط ان يكون عقداً إدارياً وبذلك فلا يمكن القول بهذه النظرية في مجال القوانين غير الدستورية.

ثالثاً: اعتماد أساس انتهاك القانون للالتزامات الدولية

من الملاحظ انه قد يتم الركون إلى إقرار مسؤولية الدولة؛ وذلك على أساس خرق الدولة للالتزامات القائمة على احترام المعاهدات الدولية، حيث أن القرار الذي صدر عام ١٩٩٤ (Gardedieu) سمح لمجلس الدولة الفرنسي بإقرار مسؤولية الدولة، وذلك نتيجة للأضرار الصادرة عن القوانين التي تؤدي إلى تجاهل مقتضيات الاتفاقيات الدولية وصادقت عليها فرنسا وذلك خلال الاتفاقيات والتوجيهات الأوروبية^(٣)، إلا أنه وبالرغم من ان مجلس الدولة

(١) مارسو لون وآخرون، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة: أحمد يسري، ط ١٠، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٢٦٧.

(٢) د. محمود عبد المجيد مغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها "دراسة مقارنة بين النظرية والتطبيق"، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ١٩٩٨، ص ٧٩-٨١.

(٣) ينظر: المادة (٥٤) من الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ وتعديلاته.

الفرنسي أقر مسؤولية الدولة، حيث لم يتم بتكليف خرق المشرع لتلك الاتفاقيات المتوجبة للتعويض وإنما يحكم بها بناء على خطأ الجهة الإدارية، وبذلك فإن التعويض يكون على أساس صدور قانون للإدارة، وهذا القانون يكون مخالف للمعاهدات الدولية وليس نتيجة لخطأ المشرع لإصداره قانون مخالف لتلك المعاهدات^(١).

يتضح مما تقدم ان فرنسا وفي مجال ابطال القوانين المخالفة بالإضافة إلى كون المعاهدات ذات قيمة قانونية اعلى من القانون وفي مجال اثاره مسؤولية الدولة عن الاضرار التي تنشئ عن تطبيق القانون المخالف للمعاهدة فإنه يتم ابطال القانون المخالف على هذا الأساس.

رابعاً: اعتماد أساس المساواة امام الأعباء العامة

أكد القضاء الإداري الفرنسي على أساس التعويض بناء على المسؤولية الناجمة عن الاخلال بمبدأ المساواة امام الأعباء العامة، حيث تعتبر المادة (١٣) من اعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الذي صدر في ١٧٨٩/٨/٢٦ المصدر القانوني لمبدأ المساواة امام الأعباء العامة رغم ان مجلس الدولة الفرنسي لم يشر للمصدر عندما طبق المبدأ، وإنما قرر ان الإعلان يحظر على القوانين استبعاد التعويض عن الاضرار الناجمة عنها فيما لو كانت تلك الاضرار تتميز باضرار جسيمة^(٢).

حيث أن مبدأ المساواة امام الأعباء العامة استند في ذلك إلى ان الأشخاص لم يعد بإمكانهم تحمل الاضرار التي تسببت بها السلطات الإدارية حتى لو كانت الأنشطة مشروعة، بحيث أن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية تهدف إلى تحقيق مصالح عليا ومصالح للأفراد أيضاً، أي أنها تتفق المصلحتين معاً، وان التعويض يكون من باب أولى أي تحقيقاً للعدالة، فقيام المسؤولية عن القوانين والتعويض عنها يستوجب تحقيق تلك المصالح وحمايتها في اطار الدستور، وان حمايتها تستوجب تحقيق مبدأ المساواة، وهذا يتحقق من خلال التعويض عن القانون المقضي بعدم دستوريته، فمبدأ المساواة هو المبدأ الذي يحكم الحقوق والحريات للأفراد، بمعنى أن الأفراد في المجتمع متساوون بالحقوق والحريات، وبالمقابل فإنهم يكونون متساوون في تحملهم للأعباء التي تفرضها الحياة في ذلك المجتمع^(٣). حيث أن التوازن يواجه اختلال في حالة عدم الموازنة بين تحمل الأعباء للأفراد أمام تحمل الأعباء للدولة، حيث ظهر لدى مفكرو

(١) نور الدين زرقون، المسؤولية عن فعل القوانين، جامعة قاصدي، متاح على الرابط <https://manifest.univ.ouargla.dz> تاريخ الزيارة ١٨/١٠/٢٠٢٠، الساعة ٩:١٥م.

(٢) عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، ٢٠٠٩، ص ١٧٨.

(٣) د. ثروت بدوي، النظم السياسية، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٤٠٤.

الثورة الفرنسية أن الهدف الأساسي للدستور هو ضمان الحقوق الفردية، وهذا ما أكدته المادة (١٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي عام ١٧٨٩، حيث نص على (أن لكل جماعة سياسية... لا توفر الضمانات الأساسية للحقوق والحريات العامة في جماعة بغير الدستور)، ومن هنا أتى الترابط ما بين فكرة الدستور وما يتضمنه من نصوص وأحكام وكون النصوص بذاتها ضمانات فعالة لمبدأ المساواة^(١).

أن حماية مبدأ المساواة لا يمكن تحقيقه بصورة ناجحة إلا إذا تبناه الأفراد، ولا يمكن لهم تبنيه إلا إذا عرفوه بشكل واضح وثابت في الدستور المكتوب؛ لأنه يعتبر ضمان للحقوق والحريات بشكل عام والمساواة بشكل خاص، ومن ثم تجسيده في الواقع العملي^(٢).

فلقد كان للنصوص الدستورية الدور الكبير والفعال في حماية الحريات العامة وأن النصوص التي تتعلق بمبدأ المساواة لها قيمة خاصة، حيث يعتبر هذا المبدأ من أعلى القيم التي تكون مرتبطة بالإنسان وأن مكانها الطبيعي في صلب الدساتير وأن المكانة الرفيعة لهذا المبدأ دفعت عدد من الدول الديمقراطية إلى إصدارها في إعلانات دستورية مثل إعلان فيلاديفيا ١٧٧٦ والإعلان الفرنسي ١٧٨٩، حيث يرى الفقه أن إيراد النصوص المتعلقة بهذا المبدأ في صلب الدستور يعطيها قيمة قانونية ترتفع إلى مرتبة النصوص الدستورية، وتعد قيد على سلطة المشرع العادي^(٣).

فالنص على مبدأ المساواة في القوانين العادية دون أن يتم ذكرها في الدستور نفسه يجعل من تلك الحقوق في حالة عدم الاستقرار نتيجة إلى التغييرات التي تحدث على القوانين العادية خلافاً لما تتطلبه الدساتير من شروط خاصة لأجل تعديلها^(٤). ولهذا المبدأ خاصية معينة عند إيراده في نصوص دستورية، حيث يجعل من مبدأ المساواة مبدأ قانوني ولا يحتاج إلى تدخل المشرع العادي ويؤكد الفقه على (أن هناك من الحريات والحقوق ما هو مطلق بطبيعته ولا يقبل التقييد والتنظيم، فلو صدر تشريع يقيدها كان التشريع باطل لأنه يخالف نص دستوري)^(٥).

(١) د. محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٦٩.

(٢) د. نفيس المدانات، دراسات معمقة في القانون العام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤، ص ١٣٨، ود. أمين عاطف صليب، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٨٧.

(٣) د. نعمان الخطيب، النصوص الدستورية أهم ضمانات حقوق الإنسان، موسوعة حقوق الإنسان، ط ١، إعداد محمود شريف بسيوني، المجلد (٣)، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٨٨.

(٤) جعفر صادق علي، ضمانات حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص ٣٢.

(٥) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٢٧٨.

ففي دستور فرنسا ١٩٥٨ نجد الضمانة الأكيدة لهذا المبدأ، حيث تمثلت المساواة فيه على عدم التمييز بين المواطنين، ومبدأ المساواة يمثل جزءاً لا يتجزأ من شعار الجمهورية (الحرية، الإخاء، المساواة)، حيث أن الدستور الفرنسي سجل كافة تطبيقات مبدأ المساواة في نصوص دستوري مما أكد بذلك على أهمية النص الدستور وكونه ضماناً فعالة لهذا المبدأ.

بالإضافة إلى ما تقدم فإن تحقيق مبدأ المساواة يتطلب كذلك تحقق مبدأ التناسب، وهو من المبادئ الدستورية العامة، والمعياري في تقدير المشروعية من أجل تدخل الدولة في تقييد الحقوق والحريات، فالقضاء الدستوري عندما يستعمل مبدأ التناسب في حدود السلطة التقديرية للمشرع للقيام بتنظيم التقييد للحقوق والحريات فهذا يشكل تبريراً قوياً لاستخدام القاضي رقابته على سلطة المشرع التقديرية، ومن الملاحظ أن الدساتير لا تنص في الغالب على مبدأ التناسب إلا أن القضاء عده جزءاً من مفهوم الدولة القانوني بوصفه من المبادئ العامة^(١).

فالمجلس الدستوري الفرنسي اعتنق رقابة التناسب وفي مجالات متعددة، حيث راقب مدى التناسب في الإجراءات والتدابير التي تضمنتها التشريعات التي تكون مقترحة لمواضيع الحرية العامة والملكية والاضراب والعدالة الضريبية وغير ذلك، ولقد أطلق عليه عبارات عديدة منها عدم التناسب أو التفاوت الواضح أو الخطأ الواضح في التقدير، حيث يتم من خلال ذلك التوازن ما بين سبب التشريع ومحل التشريع باعتبار العمل التشريعي كما هو العمل الإداري يبدأ بالسبب ومروراً بمحله حتى الانتهاء بالعرض من التشريع^(٢)، وعلى ضوء ذلك اتجه الفقه الدستوري إلى الأخذ باتجاهين حول امتداد إلى ملائمة التشريع وتناسبه، فالأول يرى بأن الرقابة القضائية على الدستورية هي رقابة مشروعية ولا يجوز ان تتناول ملائمة التشريعات؛ وذلك لأن وظيفة القضاء الدستوري تنحصر بمطابقة النص المطعون به مع النص الدستوري دون التعرض إلى الوقائع والبواعث التي دفعت المشرع إلى إصدار التشريع المعروض أمامه، أي أن القضاء ليس له السلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة التشريعية، بحيث يكون ذلك تجاوزاً لحدود اختصاصه الدستوري واعتداء على اختصاصات السلطة التشريعية^(٣).

(١) خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٧٢٢.
(٢) حسين جبر الشويلي، الرقابة على مبدأ التناسب، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨، ص١٥٢.
(٣) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص٤٦٠ - ٤٦١؛ ود. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٠.

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى القول بإمكانية القضاء على ملائمة التشريع مع ضرورة الملاحظة أن المؤيدين لهذا الرأي اختلفوا بتبرير رأيهم، فمنهم من ذهب إلى أن الرقابة تمتد إلى الملائمة، وذلك بالاستناد إلى دليل ثابت عبر عنه الفقيه ريفيرو، حيث يتمثل بالمنطق الابتدائي لكل نشاط يتعلق بالقاعدة القانونية التي تصاغ من المشرع حيث تكون متحصلة بدراسة الوقائع^(١)، أما الرأي الآخر المؤيد فيذهب إلى أنه إذا كانت ضرورة التشريع وعدم ضرورته تخرج من الرقابة الدستورية باعتبارها ترخيص للدستور فإنه إذا تدخل المشرع وسن التشريع فإن التقدير بالمفاضلة يكون للبدائل واختيار أحدها تتوقف على اختيار المشرع للمصلحة العامة^(٢).

ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه الأول القائل بأن رقابة القضاء هي رقابة مشروعية؛ وذلك على أساس أن القضاء مختص بالنظر في الطعون ومطابقة القوانين فقط ولا يتعرض إلى الوقائع والبواعث لذلك.

أما مجلس الدولة الدستوري الفرنسي فلقد أشار في قرار له بأنه لا يملك السلطة العامة للرقابة على التناسب للضرورة، فأجاز لنفسه رقابة الخطأ البين في التقدير كما في قرار له في سنة ٢٠١١ حول قانون التوجيه والتخطيط لحماية الأمن الداخلي، حيث كان القانون يهدف لوضع وسائل تحول دون الإذاعة على الشبكات الإلكترونية وأنها تنطوي على صوراً لفساد أخلاقي وأعمال أخرى ضرة بالأمن الداخلي للبلاد وان الأمر لم يتعلق بحكم بين في التقدير وإنما عدم دستورية نصوص محددة في القانون لمخالفتها للدستور، إلا أن هذا الحكم فيه فقرة مهمة متصلة بحدود رقابته الدستورية على وسائل المشرع لبلوغ غاية التشريع طالما تكون الوسائل لا تتلاءم مع الغرض من التشريع^(٣).

وهذا ما جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي بخصوص قضية تعاونية أكسيون والذب جاء نتيجة لتحقيق مصلحة عامة أي تحقيق لمبدأ المساواة وملائمة التشريع، وبناء على ما تقدم نجد أن تقرير مسؤولية الدولة في تعويض الأضرار الناجمة عن القوانين قد تأسس على وفق احترام مبدأ مساواة الأفراد في تحمل الأعباء العامة فضلاً عن ملائمة وتناسب التشريع.

(1) JEAN JACQUES PARDINI, LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE, L'ÉTAT DE DROIT, UNIVERSITÉ DE TOULON, 2000, P.17-19.

(٢) د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والتنفيذية والقضائية، ط١، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٨٤، ٤٩٢.

(٣) د. عماد محمد أبو حليمه، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٨٠٩ وما بعدها.

خامساً: اعتماد مبدأ سمو الدستور وسيادة الدولة

مما لا شك فيه ان مبدأ سمو الدستور يعتبر من المبادئ المهمة في اطار القانون الدستوري؛ وذلك لان المبدأ يقصد به علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد المطبقة في الدولة مما يؤدي بالضرورة إلى تأكيد ودعم مبدأ المشروعية وتطبيقه أي احترام القوانين للدستور والتزام جميع السلطات بالدستور، ومن الملاحظ ان مبدأ سمو الدستور لا يمكن له ان ينتج أثره ما لم يتم تنظيم الرقابة على دستورية القوانين^(١).

ومن الملاحظ ان القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في عام ٢٠١٩ الخاص بإمكانية تعويض الأفراد عن القوانين غير الدستورية وإمكانية حصول الأفراد على هذا التعويض كان له اتجاهين:

الاتجاه الأول: ارجع أساس التعويض إلى إمكانية التعامل بين المجلس الدستوري ومجلس الدولة وذلك في تطبيق الدستور مما يؤدي بالضرورة إلى تطبيقه بشكل يتلاءم والتطورات الحاصلة مع مراعاة حقوق الأفراد واتفاقها مع المبادئ الدستورية إضافة إلى سمو الدستور والذي يؤدي بالضرورة إلى خضوع السلطات له، مما يؤدي إلى القول بالتعويض، **اما الاتجاه الآخر** ارجعه إلى حماية مبدأ المشروعية وتطبيقه وذلك من خلال خضوع القوانين للدستور وعدم مخالفة نصوصه وهذا بدوره يؤدي إلى حماية المشروعية، وذلك بتطبيق الدستور وسموه تطبيقاً حقيقياً ومراعاة ما جاء بهذا القرار من شروط خاصة^(٢).

وبناء على ما تقدم يجد الفقه الفرنسي ان أساس مبدأ المسؤولية في التعويض عن القوانين غير الدستورية، كأساس قانوني ينشئ تفويضاً للقاضي الإداري (مجلس الدولة) بتوصيف عدم الدستورية باعتباره سلوك يمكن ان يثير مسؤولية الدولة، وهذه المسؤولية لا تختلف عن مسؤولية السلطة العامة عن الاضرار التي تسببها للأفراد والتي تستوجب التعويض استناداً لمبدأ المشروعية سيادة القانون والدستور^(٣).

ومن خلال ذلك يتضح بأن فرنسا ومن خلال هذا تروم إلى تحقيق المصالح العليا إضافة إلى المصالح الفردية، وذلك من خلال المبادئ المشار إليها ومنها مبدأ المساواة، أي مساواة الأفراد جميعاً أمام

(١) حسن البحري، سمو الدستور - الموسوعة القانونية المتخصصة، متاح على الرابط arab-ency.com,sy تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/١٥ س ١٢:٣٣ مساءً.

(٢) نقلاً عن: توماس بورتيلي، مقال حول حكم مجلس الدولة الفرنسي الحديث، لتوماس بورتيلي، متاح على الرابط tportelli@hotmail.fr. تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/١٥، س ١:١٥ مساءً.

(٣) Sevrine Leroyer L.A Re connaissance D'une Responsabilite' De L'e'tat DU Fait Des:un

أعباء السلطات العامة، إضافة إلى مبدأ التناسب بين التشريع وملائمته للدستور بما يتناسب وتحقيق المصلحة التي تم تعويض الأشخاص عن الأضرار التي لحقت بهم جراء القانون غير الدستوري وبحسب الأسس المبينة فيه، وهذا يرمي إلى تحقيق العدالة المتوخاة من التعويض عن القانون المطعون به، وبعد صدور القرار الأخير من مجلس الدولة الفرنسي والذي أقر فيه صراحة إمكانية التعويض عن القوانين غير الدستورية، نجد أن الأساس الذي اعتمده مجلس الدولة هو صيانة واحترام مبدأ سمو الدستور وسيادة القانون على اعتبار أن القضاء بصفة عامة والقضاء الإداري المتمثل بمجلس الدولة لا يخضع إلا لسيادة القانون والدستور وهو يحكم ويقضي باسم الشعب الذي يمثل الأساس في سيادة الديمقراطية الممثلة من قبل البرلمان.

الفرع الثاني

أسس التعويض عن الأضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية في مصر والعراق

من أجل الوقوف على إمكانية التعويض في كل من مصر والعراق يستوجب التطرق إلى الأسس التي تصلح أن تكون أساساً للمسؤولية من أجل القيام بالتعويض عما تسببه القوانين من أضرار سواء كانت تلك الأضرار أصابت مجموعة من الأفراد أو فرد معين، وأن المبادئ العامة لقيام التعويض يمكن القول بأنها تأتي تحقيقاً للمصالح العامة والمساواة بين المواطنين أمام القانون وفكرة مبدأ سمو الدستور، وبذلك سوف نبين تلك الأسس في كل من مصر والعراق وكما يلي:-

أولاً:- أسس تعويض الأضرار الناجمة عن القوانين في مصر

من خلال البحث في القضاء المصري وتطبيقه لقاعدة عدم مسؤولية الدولة للتعويض عن القوانين وجد أنه أكثر تشدداً من القضاء الفرنسي، حيث أنه اعتبر سكوت المشرع عن إقراره للتعويض واعتبر ذلك قرينة لعدم ترتيب التعويض على المشرع، ومن خلال بيان الأسس المعتمدة في تقرير التعويض من خلال القضاء الفرنسي فإنه بالإمكان القول بإمكانية الأخذ بتلك الأسس وتحديدها للتعويض عن القوانين المطعون بعدم دستورتها، خصوصاً وأن القضاء المصري أخذ بالرقابة على دستورية القوانين وأشار إلى الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية القوانين وذلك في المادة (٣/٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أنه (يترتب على الحكم بعدم الدستورية، عدم جواز تطبيق النص ومن اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم)، وبذلك يتضح أن الأثر المترتب على عدم دستورية القوانين هو إلغائه قوة نفاذه وزوال الآثار القانونية التي يربتها وأن كان من الناحية النظرية يبقى قائماً، لأن مهمة إلغائه من اختصاص السلطة التشريعية، وبالإضافة إلى ذلك فإنه من ناحية الأخذ بأسس

التعويض يؤدي إلى تحقيق العدالة والمساواة، وهذه المبادئ أشار إليها أيضاً في الدساتير المصرية، حيث أقرت مبدأ المساواة في الحقوق والحريات دون تمييز بالأصل أو اللغة أو الدين^(١).

فبالرجوع إلى دستور ١٩٧١ الملغى نجد أنه أشار إلى مبدأ المساواة في المادة (٤٠) منه والذي نص على أنه (المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة)، ثم جاءت الإشارة إليه في الإعلان الدستوري لسنة ٢٠١١^(٢) في المادة (٧) حيث نصت على أنه (المواطنين لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة)، أما دستور ٢٠١٢ أشار إلى التزام الدولة بتوفير الطمأنينة والأمن بالإضافة إلى تكافؤ الفرص للجميع دون تمييز^(٣)، بالإضافة إلى المساواة في الحقوق والواجبات العامة في ما بينهم^(٤)، أما الدستور النافذ لسنة ٢٠١٤ فقد نص في ديباجته على أنه (... نكتب دستوراً يحقق المساواة في الحقوق والواجبات دون أي تمييز)، وكذلك في المادة (٩) منه نص على أن (تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز...)^(٥).

إضافة إلى ذلك فقد أشارت المادة (٥٣) من دستور مصر ٢٠١٤ على مبدأ المساواة، بحيث نصت على (المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين أو العقيدة أو الجنس أو الأصل أو العرق أو اللون أو اللغة أو الإعاقة أو المستوى الاجتماعي أو الانتماء السياسي أو الجغرافي أو لأي سبب والحض على الكراهية جريمة يعاقب عليها القانون تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على أشكال التمييز كافة وينظم القانون انشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض)، ومن خلال ذلك يتضح أن دساتير مصر تضمنت مبدأ المساواة ضمن النصوص بحيث اعتبر

(١) المادة (٣) من دستور ١٩٢٣ و ١٩٣٠ المصري (المصريون لدى القانون سواء وهم متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة لا تمييز بينهم بسبب الأصل أو اللغة أو الدين...).

(٢) أصدر المجلس الأعلى للقوات المسلحة هذا الاعلان الدستوري بعد يومين من تنحي الرئيس حسني مبارك عن الحكم وتكليفه للمجلس العسكري بإدارة شؤون البلاد وفيه أعلن المجلس العسكري التزامه للبرلمان والرئاسة كما قام المجلس العسكري فيه بتعطيل مجلسي الشعب والشورى المنتخبين في عام ٢٠١٠ وتعليق العمل بدستور ١٩٧١.

(٣) المادة (٩) من دستور عام ٢٠١٢.

(٤) المادة (٣٣) من دستور عام ٢٠١٢.

(٥) المادة (٩) من الدستور المصري النافذ لعام ٢٠١٤.

المشرع ان مبدأ المساواة هو مفتاح للحقوق والحريات والذي تجسد بميثاق الأمم المتحدة وفي العديد من المعاهدات الدولية^(١).

وبذلك يمكن القول بإمكانية التعويض عن القوانين والتي تشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة امام الأعباء العامة، وهذا ما يعني معه القول بإصلاح النتائج والتي تنجم عن تشريع أدى إلى الاضرار حتى لو كانت تلك الاضرار غير مقصودة مما يستوجب التعويض عنها؛ وذلك على أساس مبدأ العدالة والانصاف بالأخص فيما لو كان التشريع منافياً لمقتضيات اتفاقيات دولية للدولة المعنية بالتعويض^(٢).

بالإضافة إلى مبدأ المساواة فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في سنة ١٩٩٥ بتوفير ضابط لتناسب وحكمت برفض الدعوى المطعون بعدم دستورية نصوص المواد (١٠، ٢٥، ١٦) من القانون رقم (٣٩) لسنة ١٩٧٥ الخاص بتأهيل المعوقين حيث قضت بأن ((الأصل في كل تنظيم تشريعي منطوي على تصنيف أو تمييز من خلال الأعباء الملقاة على البعض أو المزايا الممنوحة لفئة دون غيرها وضمن توافق هذا التنظيم مع الدستور، وتكون هناك علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع بموضوع محدد وفاءً بمصلحة عامة لها اعتبارها وتقف مع الوسائل المتبعة لبلوغ هذه المصالح))^(٣).

ومن خلال ذلك يتضح بأن التناسب يمثل العلاقة بين الوسائل والقيود المتبعة إضافة إلى الأهداف والغايات المتوخاة من قبل المشرع لهذه القوانين، فمبدأ التناسب هو مبدأ دستوري من أجل تحقيق العدالة الدستورية، بحيث أن المشرع يملك سلطة تقديرية واسعة في تنظيم الحقوق وتقييدها بما يناسب ويلاءم تحقيق العدالة الدستورية المراد تحقيقها من أجل المصالح العليا المتوخاة من التشريع، وبالنتيجة فإن التشريع المطعون بدستوريته لا يتلاءم ولا يتناسب مع الأهداف المطلوبة، وفي هذه الحالة ينبغي الركون إلى التعويض من أجل تحقيق العدالة أولاً ثم الأغراض المطلوبة من التشريع ثانياً كأثر مترتب على عدم الدستورية، إذن فإن ذلك يعني أن تكون هناك ملائمة للقانون سواء مع وقت صدوره أو مع الظروف السائدة أثناء صدور

(١) شهاب أحمد عبد الله، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة تكريت، السنة (٣)، المجلد (٣)، العدد (٢)، ٢٠١٩، ص ٩١.

(٢) محمد ميماد العربي، مسؤولية الدولة عن اعمالها التشريعية، ط١، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ٢٠١٥، ص ١٣.

(٣) نقلاً عن: د. جابر محمد جمعي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا -دراسة مقارنة-، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٤٥٧ وما بعدها.

هذا القانون المطعون بدستوريته، وعليه فالملائمة هي ((توافق القانون وقت صدوره وتوافقه مع الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية المحيطة به))^(١).

فيتضح مما تقدم ان الدستور المصري في المادة (١٥١) من دستور ٢٠١٤ المعدل نص على المعاهدات والالتزام بها حيث أعطاها قوة ومرتبة القانون إلا ان القضاء الدستوري وفي العديد من احكامه قد قرر صراحة ان المرتبة التي تتمتع بها المعاهدات الدولية هي مرتبة القانون مع الأفضلية للمعاهدات وذلك في حال تعارضها مع القوانين العادية، وبهذا يمكن ترتيب المسؤولية على ضوء ذلك ووفقاً لمبدأ سمو الدستور وسيادة القانون المنصوص عليهما في الدستور المصري^(٢).

نستنتج مما تقدم إمكانية القول بالتعويض سواء كان عن القوانين التي تنتهك المواثيق الدولية أو الالتزامات الدولية أو بناء على مبدأ المساواة امام الأعباء العامة وخصوصاً ان الدستور المصري الحالي أشار إلى تلك المبادئ في صلب الدستور ومنها مبدأ المساواة للمواطنين وبذلك فتماشياً مع دور القاضي الإداري في خلق وانشاء القواعد وذلك على اعتبار ان القضاء الإداري هو قضاء متطور وعليه فبالإمكان تقرير المبادئ القانونية بما ينسجم ودورها في تقرير مبدأ المشروعية وحماية الدستور من أجل تحقيق المساواة والعدالة وعدم مجافاتها من أجل تحقيق المصالح العامة على حساب مصالح الأشخاص.

ثانياً: أسس تعويض الاضرار الناجمة عن القوانين في العراق

إذا كان المشرع والقضاء العراقي لم تثبت لديه تطبيقات حول إمكانية التعويض عن القوانين غير الدستورية، فإنه يمكن القول بالإمكان تلافى هذا القصور باللجوء إلى للمبادئ المستقر عليها في فرنسا حول تقرير أسس التعويض عن القوانين غير الدستورية.

فمن الملاحظ المشرع العراقي أشار أيضاً إلى الحقوق والحريات من أجل صيانة مبدأ المساواة وصولاً إلى تحقيق العدالة والملائمة المتوخاة من ذلك، حيث أشار إلى مبدأ المساواة في المادة (١٤) من الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥، حيث نص على أنه (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الدين أو العرق أو القومية أو

(١) نقلاً عن: د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري "دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٢.

(٢) فيصل عقلة شطناوي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد (٤٢)، العدد (١)، ص٤٩.

الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي^(١)، كذلك أشار إلى حق الأفراد بالأمن والحرية وعدم جواز حرمان أي فرد من الحقوق إلا وفق القانون وقرار صادر من الجهة المختصة^(٢)، وكذلك التكافؤ في الفرص وعدم تمييز أحد لأنه حق مكفول للجميع^(٣).

وبهذا فإن الدستور العراقي أشار إلى مبدأ المساواة للمواطنين أمام القانون سواء كانت الحقوق مدنية أم سياسية، حيث أشار إلى حق المشاركة بالشؤون العامة للمواطنين سواء رجالاً أم نساء والتمتع بتلك الحقوق السياسية منها الانتخاب، التصويت، الترشيح^(٤).

ومن هنا يتضح أن الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ أشار إلى هذا المبدأ أي مبدأ المساواة بما يحقق العدالة والمساواة للمواطنين من أجل صيانة الحقوق والحريات بما يخدم ويحمي وأاصر المجتمع ويحقق مصالحه العليا من ناحية مصالح الأفراد من جهة أخرى، أي تحقيق التوازن بين كلا المصلحتين والمحافظة عليهما معاً، وبالاستناد إلى هذا المبدأ يمكن القول بأنه من الضروري الاعتراف بإمكانية تعويض الأفراد عن الأضرار التي تنجم عن تطبيق قوانين تنتهك هذه الحقوق، والاساس الذي يمكن الاستناد إليه هو ان الدستور يشكل القانون الأعلى والذي يمكن للقضاء تقرير تطبيقه دون النصوص التي تخالفه.

أما بالنسبة إلى مبدأ التناسب في إطار دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، فإن الدستور العراقي وبالرجوع إلى نصوصه نجد أنه أشار إلى الرقابة على دستورية القوانين إضافة إلى الأهمية التي أعطاها للمحكمة العليا، مما أكد في ديباجته على احترام قواعد القانون بما يحقق العدل والمساواة، ومن أجل تحقيق ذلك أعطى السلطة القضائية أهمية في النصوص إضافة للاختصاصات المعطاة لها، منها الرقابة والتفسير وبذلك فالتفسير للنصوص الدستورية ليس فقط البحث عن إرادة المشرع فقط، وذلك استناداً إلى الفقه التقليدي وإنما يبحث عن الإرادة الغاية من النص الدستوري، وهذا أما يستطيع الكشف عنه من خلال ربط النصوص ببعضها البعض والنظر للغاية التي يراد تحقيقها من خلال تلك النصوص^(٥).

(١) دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٢) المادة (١٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٣) المادة (١٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٤) المادة (٢٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٥) محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،

وبذلك يمكن الاستنتاج ان القواعد التي جاء فيها مجلس الدولة الفرنسي من خلال الاجتهادات لبناء أسس تدعم فكرة التعويض عن القوانين فإنه بالإمكان الاستناد إليها في التشريع العراقي، والقول بإمكانية ذلك التعويض؛ وذلك على أساس ان القوانين التي تصدر وتؤدي بالتالي إلى الاضرار بالأفراد قد خالفت قواعد القانون العام، ومن ذلك مخالفتها للمبادئ العامة التي وضع الدستور من أجل حمايتها منها مبادئ العدالة والمساواة امام الأعباء العامة وفق ما يتناسب مع أحكام الدستور ومقتضيات المجتمع.

إلا أنه وبالنظر إلى نص المادة (٩٣/ثانياً) فإنه بالإمكان الاستناد إلى الرقابة كاختصاص للمحكمة الاتحادية، ومن خلاله ذلك نستطيع أن نراقب عنصر التناسب سواء داخل النص أو بين ركنا السبب والمحل، وذلك من أجل تحقيق التوازن ما بين المصلحة العامة وحقوق الأفراد وحررياتهم^(١).

وبذلك فإن القانون الصادر وبيانه فيما لو كان يمس الحقوق والحرريات في جوهرها أم لا فإنه أمر متروك للقضاء الدستوري المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا، وأن سلطة المشرع التقديرية لا تخرج عن نطاق القضاء مهما كان لها من الاتساع؛ وذلك للحفاظ على النصوص الدستورية، إلا أن هذه الولاية يجب أن تكون على درجة من التوازن ولا تقوم بتوجيه المشرع، وأن مبدأ التناسب إذا تمت ممارسته بما يتفق مع المبادئ العامة للقانون فتكون رقابة مشروعية وليس ملائمة، أي لا تتعدى إلى سلطة المشرع^(٢).

ومن الجدير بالإشارة إلى أنه وبالعودة إلى القضاء العراقي نجد أنه قد أشار إلى حالة التوازن المالي بالنسبة إلى المتعاقدين؛ وذلك في حال وجود أعباء على أحد الأطراف دون الآخر، وذلك ما أقره القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة (٢/١٤٦) مما وضحت بأنه في حال حدوث أي أعمال أو أحداث لم تكن متوقعة وتؤدي إلى ارهاق للمدين فإن للمحكمة في هذه الحالة ان توازن بين مصلحة كل من الطرفين حسب مقتضيات العدالة^(٣).

(١) نص المادة (٩٣/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أنه (تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة)

(٢) زياد طارق خضير عباس، رقابة التناسب في القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، كلية القانون، جامعة النيلين، السودان، ٢٠١٨، ص ١١١ وما بعدها.

(٣) نصت المادة (٢/١٤٦) على أنه (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

ومن هنا يتم اللجوء لذلك إذا كان هنالك استثناء أي ظرف غير متوقع (طارئ) ويبدو انها لا تختلف عن نظرية فعل الأمير والتي يتم اللجوء إليها جراء العمل الصادر من السلطة العامة والذي يستوجب تعويضاً، إلا انها تختلف عنها من حيث التعويض يكون كاملاً في نظرية فعل الأمير اما بالنسبة إلى الظروف الطارئة فإنه يكون جزئياً إضافة إلى كون السبب في فعل الأمير هو الإدارة المتعاقدة وكذلك عدم اشتراط جسامه الضرر من أجل تحقيقها^(١).

بالإضافة إلى ما تقدم نستطيع القول بإمكانية الاستناد إلى ما استقر عليه الموقف الفرنسي من إمكانية التعويض عن انتهاك المواثيق الدولية وانتهاكها وذلك على اعتبار ان العراق من الدول التي لديها اتفاقيات ومعاهدات مع الدولة الأخرى، وان انتهاك هذه المواثيق والمعاهدات يمكن الاستناد إليها من أجل الحصول على التعويض وفق ما جاء به القضاء الفرنسي، كذلك يمكن القول بإمكانية ذلك التعويض من أجل حماية مبدأ سمو الدستور، وتحقيق المشروعية وذلك من خلال التعويض عن القوانين غير الدستورية من أجل احياء هذا المبدأ، وهذا ما أكدته دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، حيث نص من خلال الدستور على الالتزام بالمعاهدات الدولية بين الدول المتعاقدة معها العراق، وذلك من خلال النص على تنظيم المعاهدات من خلال التفاوض بشأنها والتوقيع عليها^(٢) بالإضافة إلى المصادقة عليها وذلك من خلال قانون يسن بئثي أعضاء مجلس النواب^(٣).

ومما تقدم يتضح ان الدستور ومن خلال ذلك يرمي إلى حماية مبدأ سمو الدستور والذي أشار إليه الدستور النافذ لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٣) منه والذي أوضح فيه ان الدستور هو القانون الأعلى والأسمى في العراق وملزماً للكافة دون استثناء ولا يجوز سن قانون يتعارض معه^(٤).

بالإضافة إلى ذلك يتم تفعيل دور القضاء لحماية هذا المبدأ وانشاء المبادئ والقواعد القانونية، مما يردي بالضرورة إلى سد النقص والقصور التشريعي وإمكانية معالجة ذلك من خلال القانون الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا خصوصاً وان قانون المحكمة في المادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم

(١) د. حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٦)، العدد (٥٨)، ٢٠١٣، ص ١٦٦.

(٢) المادة (٦١/رابعاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٣) المادة (٨٠/سادساً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٤) المادة (١٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٣٠) لسنة ٢٠٠٥ والتي أشارت إلى الفصل بشرعية القوانين وإلغاء ما يتعارض منها واحكام قانون إدارة الدولة وذلك بناء على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من ذي مصلحة، مما لاحظ بأنه لم يبين الأثر المترتب على عدم دستورية القانون المطعون به.

ومن خلال بيان ما جاء في كل من مصر والعراق، وبالرجوع إلى فرنسا يمكن الرجوع والركون إلى الأسس المأخوذ بها في فرنسا والتي اعتبرها كأسس للتعويض، أي من أجل المساواة، أمام الأعباء العامة إضافة إلى مبدأ سيادة القانون، وكل تلك الأسس فإنه بالإمكان الرجوع إلى ذلك والتأسيس عليها في العراق من أجل إمكانية التعويض عن القوانين التي يحكم بعدم دستورتها، وذلك تأسيساً على مبدأ السيادة للدستور على القوانين إضافة إلى مبدأ العدالة والمساواة، إلا أنه يمكن الإشارة من خلال ذلك بأنه بالإمكان تحقيق المساواة من خلال النصوص الدستورية، إلا أنه ليس كل تحقيق مساواة يؤدي إلى تحقيق العدالة المطلوبة، وإنما نلاحظ بأنه فقط يمكن تحقيق التوازن المطلوب بين المصالح، وذلك من خلال المحافظة على المصالح العامة من جهة، ومصالح الأفراد من جهة أخرى، وبذلك بالإمكان القول أن التعويض يؤدي إلى تحقيق المصلحة المعتمدة من التعويض عن القوانين غير الدستورية.

المطلب الثاني

شروط تعويض الاضرار الناجمة عن القوانين غير الدستورية

بعد التطرق إلى الأسس التي جاءت للقول بإمكانية التعويض يستوجب التطرق إلى أهم الشروط في هذا المقام ومن خلال هذا المطلب سوف نبحت في شروط ومسؤولية الدولة من أجل إمكانية مساءلتها للتعويض عما تسببه القوانين غير الدستورية من اضرار وذلك من خلال بيانها في فرنسا إضافة إلى الشروط الحديثة التي اقترتها فرنسا من خلال آخر قرار لمجلس الدولة الفرنسي وإمكانية تأسيس التعويض بناء على تلك الشروط والأخذ بها في كل من مصر والعراق وكيفية احتسابها وكما موضح ادناه:

الفرع الأول

شروط التعويض عن القوانين غير الدستورية في فرنسا

بالرجوع إلى ما استقر عليه الفقه وقضاء مجلس الدولة الفرنسي وصولاً إلى القرار الأخير نجد أنه يشترط لإمكانية التعويض عن القوانين بصفة عامة والقوانين غير الدستورية بشكل خاص مجموعة من الشروط يمكن مناقشتها وفقاً لما يأتي:

أولاً- يجب ان لا يكون المشرع قد منع التعويض عن الاضرار الناجمة عن القانون

أن الأصل في تطبيق أي قاعدة أو مبدأ هو احترام إرادة المشرع ووضع تلك الإرادة موضع التطبيق في حال تم الإفصاح عن تلك الإرادة صراحة، إذ لا يمكن للقاضي الخروج عنها والالتزام باحترامها سواء كانت صريحة أم ضمنية^(١).

ويلاحظ ان مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب في بادئ الأمر إلى اعتبار كل قانون يستهدف تحقيق مصلحة عامة يؤدي إلى استبعاد التعويض مع تغيير المصلحة العامة تغييراً واسعاً، حيث رفض المجلس التعويض عن الاضرار الناتجة عن القوانين التي تستهدف المصلحة العامة، فإذا كان النشاط الذي منعه المشرع هو نشاط غير مشروع أو فيه مساس بالأخلاق أو بالصحة العامة، فأن مجلس الدولة الفرنسي يجد ان الاضرار الناجمة من منع ذلك النشاط قانوناً لا يبرر التعويض للأفراد الذين يمس القانون مصالحهم، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ((stambouli frered)) التي طالبت بالتعويض عن الضرر الناشئ عن القانون الصادر ١٢ يوليو ١٩٨٣ والذي منع بعض العاب القمار في الأماكن العامة. حيث علل رفض التعويض بسبب سكوت المشرع، مما ترجم هذا السكوت بأنه رفض للتعويض، وبذلك يتضح أن إرادة المشرع تمثل الإرادة العليا، فإذا قرر التعويض أو منعه فلا يجوز له أن يقرر التعويض؛ وذلك على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة للمواطنين^(٢).

ثانياً- مشروعية المصالح المتضررة بسبب القوانين

من المبادئ والشروط التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي أيضاً لإمكانية التعويض عن القوانين هو شرط ان تكون المصالح المتضررة من القوانين هي مصالح مشروعية، ويقصد بذلك أن تكون المصالح جديرة بالحماية القانونية، إما إذا كانت تلك المصالح غير مشروعية فلا تكون جديرة بالحماية، ولا يمكن الحكم لها بالتعويض، ولقد أتضح من خلال نقض مجلس الدولة الفرنسي الحكم بالتعويض لشركة ((Lagrande)) ((peche)) وذلك لممارستها نشاط غير مشروع وتتلخص وقائع هذه القضية في ان الشركة كانت تقوم بتهرب المشروبات الكحولية إلى الولايات المتحدة الأمريكية، حيث قامت بتخزين كميات كبيرة منها في جزيرتين تمهيداً

(1) C.E 22 nov. 1957, compagnie denavigation fraissinet Lebon 635.

أشار إليه: د. زكريا خليل، مصدر سابق، ٣٨٥.

(٢) د. وجدي ثابت غيربال، مبدأ المساواة امام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية نحو أساس دستوري للمسؤولية دون خطأ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ١٣٥.

للقيام بعملية التهريب إلا انه صدر بتاريخ ١٩ ابريل ١٩٣٥ مرسوم منظم لعملية تصدير المشروبات الكحولية مما ترتب عليه عدم إمكانية الشركة المذكورة من تهريب تلك المشروبات للولايات المتحدة وعند مطالبتها بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بها قبل صدور القانون في عام ١٩٣٥ فان مجلس الدولة رفض الحكم لها بالتعويض على أساس ان نشاط الشركة لم يكن مشروعاً ولا يحق لها المطالبة بالتعويض^(١).

ثالثاً- يجب أن يكون الضرر خاص ومحقق ومباشر

ومن الشروط الواجب توافرها ايضاً إمكانية التعويض عن القوانين غير الدستورية هو أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عنه أمام القضاء محققاً وحالاً، أي ان لا يكون الضرر احتمالي، إضافة إلى إمكانية تقدير الضرر بالنقود، فكون الضرر خاص فإنه يكون عندما يلحق الضرر بفرد أو مجموعة من الأشخاص، ولما كان الأصل هو عمومية القانون، أي أن يكون الضرر عاماً بالنسبة للكافة إلا أنه من الممكن أن يرتب ضرر خاص بعدد محدود من الأفراد، كما هو الحال في قضية (لافلوريت) إلا أن حكم مجلس الدولة الفرنسي في حكم (BOVERO) كشف عن اتجاه المجلس من أجل التخفيف من شرط الخصوصية، اما بالنسبة إلى كون الضرر محققاً أي مؤكداً يكون من أجل تقدير التعويض، حيث يكون على أساس الواقع وليس على أمور احتمالية^(٢).

وعلى هذا الأساس فإن قضية (BOVERO) كان الضرر الناتج عن القانون المانع لطرد العسكريين من مساكنهم ضرر عام لحق بفئة غير محدودة من المواطنين، وبالرغم من ذلك حكم المجلس بالتعويض، فيشترط أن يكون مباشر أي كون الضرر مترتباً عن القانون، أما الضرر غير المباشر فلا يعرض عنه بالإضافة إلى كون الضرر جسيماً، فالضرر العادي لا يتم التعويض عنه أي ينبغي أن يكون على درجة من الجسامه، فالضرر اليسير والمحتمل لا يمكن التعويض عنه^(٣).

(1) C.E 14 janv. 1983 compagnie General De Grande peche precite; Expor – tetion Frauduleuse Dalcool Lebon 23,s1938,note Labroque, D.1938, 3,4,1. NOTE Rolland.

أشار إليه د. زكريا خليل، مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين المقننات القانونية والاجتهاد القضائي، مصدر سابق، ص ٣٨٧.
(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري - قضاء التعويض، ط ١، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٢٧٦ وما بعدها.

(٣) فقرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ ٢٧/١/١٩٦١، في قضية (vannier) رفض الحكم بالتعويض مؤسساً حكمه على أن الضرر لم يكن جسيماً بل هو مجرد ضرر عادي لا يؤدي لقيام مسؤولية الدولة.

Set.27 janv.1961, vannier, Lebon 60, concl, Kahm AJSA 1961. 74. Chr. Galabert et Gentot.

رابعاً: شروط أخرى ينبغي توافرها لإمكانية التعويض عن القوانين غير الدستورية

ان مجلس الدولة الفرنسي في قراره الحديث الصادر في ٢٤/١٢/٢٠١٩ اشترط بعض الشروط من أجل إمكانية مساءلة الدولة بسبب القوانين غير الدستورية، بحيث حدد مجلس الدولة الشروط التي تخضع لها مسؤولية الدولة ومن هذه الشروط:

١- **كون القانون المراد التعويض عنه دخل حيز التطبيق والنفاد**، هذا يعني أن من أجل إمكانية التعويض والمطالبة له أن يكون القانون منفذ ومطبق أي أن القانون الذي لم يدخل حيز التطبيق وغير منفذ لا يمكن الحكم من أجله بالتعويض^(١)، ويلاحظ هنا ان القانون يبدأ بالنفاذ ويصبح ملزماً للمكلفين به وذلك من خلال اتاحة الفرصة لهم بأن يعلموا بوجود القانون الذي اكتسب الوجود من خلال مراحل الثلاث وهي اقتراحه للتشريع ومرحلة التصويت عليه ثم المرحلة الأخيرة وهي مرحلة التصديق، و ثم يكون اصدار التشريع أي خروجه لمرحلة التطبيق وتنفيذه من خلال السلطة التنفيذية، وبذلك يصبح عملاً مادياً، وبعد نشر القانون عن طريق الجريدة الرسمية للدولة مع عدم اشتراط العلم به من قبل الكافة^(٢).

٢- **أن يكون التعويض عن القانون في الحدود المقررة من المجلس لعدم دستورية القانون**، وهذا يعني أن لا يجوز اتخاذ أي إجراءات إلا ضمن الحدود المسموح بها بموجب قرار المجلس الدستوري والذي يحدد تأثير إعلان عدم الدستورية بمرور الوقت.

مما يلاحظ على ضوء ذلك أنه لا يوجد هنالك مانع من التعويض وفق حكم المجلس الدستوري الفرنسي وفق الشروط المحددة، حيث ان المجلس قد يرفض كلياً أو جزئياً المطالبة بالتعويض فيما لو كانت غير ملتزمة بالشروط. ومعنى ذلك ان مجلس الدولة الفرنسي يمكن ان يقرر التعويض طالما لم يكن هناك ما يمنع ذلك في قرار المجلس الدستوري المتعلق بتقرير عدم الدستورية^(٣).

أشار إليه: د. زكريا خليل، مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع، المصدر السابق، ص ٣٨٩.

(١) د. زكريا خليل، المصدر نفسه، ص ٣٩٠.

(٢) سلام عبد الزهرة، نفاذ التشريع العادي، كلية القانون، جامعة بابل، محاضرة متاحة على الموقع الالكتروني uobabylon.edu.iq تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/٢ ص ٣:٠٥ م.

(٣) الاعتراف بمسؤولية الدولة المعلنة عن القوانين غير الدستورية متاح على الرابط <http://blog.jlog.juspoliticum.com> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٧، ص ١٠:٣٠ مساءً.

٣- أن تكون هنالك علاقة سببية مباشرة بين القانون غير الدستوري والضرر الناشئ

إذ يشترط للتعويض عن القانون غير الدستوري ان تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الضرر الواقع جراء القانون المطبق والمطعون بدستوريته، أي أن لا يكون الضرر متوقع أو ضرر احتمالي لأنه لا يمكن الحكم بالتعويض له إلا إذا كان الضرر مباشر، أي توجد علاقة سببية مباشرة بين القانون والضرر الناشئ، إضافة إلى ذلك أن تكون المصلحة الناشئة عنها الضرر هي مصلحة مشروعة^(١).

وترتيباً على ذلك نجد ان مجلس الدولة الفرنسي رفض التعويض لشركتين عن الاضرار التي لحقت بها نتيجة تطبيق نصوص تشريعية قرر المجلس الدستوري مخالفتها للدستور في عام ٢٠١٣، وقد برر مجلس الدولة الفرنسي قراره بانقطاع العلاقة السببية بين عدم دستورية النصوص والضرر الذي لحق بالمدعين وبذلك رفض مطالبتهم بالتعويض^(٢).

مما يتضح من ذلك ان التعويض قد يكون ناشئاً عن الأضرار التي جاءت في القانون، وذلك بصورة مباشرة ونتيجة حتمية، حيث ان وفق ما جاء في القرار الفرنسي فإن عمومية القانون لم تعد تمثل عارضاً في وجود الضرر الناتج عن القانون مما يؤدي بالتالي إلى التعويض عنه ومطالبة المتضررين منه بذلك التعويض، إضافة إلى عدم عد القانون عملاً من أعمال السيادة البحتة والتي تجعل من القانون غير قابل للتعويض عنه، وبذلك وعلى فكرة العدالة والمساواة منح الحق للمتقاضين في حال اصابهم الضرر من القانون المطعون به ان يطالبوا عما اصابهم من ضرر بتعويض مناسب وفق ما جاء به قرار مجلس الدولة الفرنسي^(٣).

٤- شرط المدة

من الشروط التي أكدها مجلس الدولة الفرنسي إمكانية التعويض عن القوانين غير الدستورية هو ضرورة مراعاة مدة معينة والتي ينبغي التقيد بها لقبول المطالبة بالتعويض، حيث يشترط ذلك في غضون

(١) نور الدين قاصدي، المصدر السابق، متاح على الرابط <http://hmanif.univ,ouargla.dz> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٣، س ٣:٣٠ م.

(2) Thomas portelli, Laresponsabilite de letat Du Fait Dune Loi in constitutionnelle op. cit. avalabio onivillage – Justice. Com.

(3) Resume de these: laresponsabilite de l Etat du Fait des lois de clares contraires a constitution.

ملخص أطروحة للتعويض عن القوانين غير الدستورية متاح على الرابط

أربع سنوات من تاريخ حصول الضرر الذي يخلق بالإفراد، وبذلك فإن حكم مجلس الدولة الفرنسي أضاف هذا الشرط لإمكانية التعويض والحكم به من خلال تلك المدة^(١).

حيث ان الملاحظ على مجلس الدولة الفرنسي باشرطه للمدة المذكورة يكون نابغاً من الأهمية بالنسبة إلى استقرار الأوضاع والمراكز القانونية سواء كان ذلك بالنسبة إلى الدولة أو الأفراد، خاصة وان التعويض يترتب عليه التزامات مالية يتطلب تغطيتها من جانب الدولة وبقاء المطالبة بالتعويض مفتوح وغير محدد بالمدة من شأنه ان يسبب ارباك وتجاوز على الأموال المخصصة للالتزامات الإدارية، إضافة إلى أن عدم تقييد المدة يجعل من الأفراد في مركز يمكنهم ويسمح لهم بأن يطالبوا بالتعويض في أي وقت يشاءون مما يترتب عليه إعاقة التقدم والتطور للأوضاع الاقتصادية من خلال ارباك خزينة الدولة المالية مما يعني ان وضع مدة محددة للمطالبة بالتعويض من الأمور الحسنة.

الفرع الثاني

شروط التعويض عن القوانين غير الدستورية في مصر والعراق

من خلال النظر إلى الاتجاه السائد في مصر والعراق وهو عدم الأخذ بمسؤولية الدولة عن القوانين فإنه يمكن القول ان معالجة هذا القصور يدعوا إلى إمكانية الاعتماد في تحديد وتطبيق شروط المسؤولية والنظر إلى إمكانية الأخذ بهذه الشروط من عدمها وذلك في مصر والعراق وكما سنوضحه فيما يأتي:

أولاً: شروط التعويض عن القوانين غير الدستورية في مصر

ان القضاء المصري لم ينص على مسؤولية الدولة عن القوانين فيما لو ثبت ان تلك القوانين أن القانون مخالف للدستور وذلك بالاستناد إلى فكرة عدم وجود مسؤولية في الأساس عن القوانين بالإضافة إلى الأساس السائد على فكرة السيادة للسلطة التشريعية هذا ما يجعل الدولة تتشدد كثيراً في حال كان هناك احتمال لرفع دعاوى التعويض استناداً إلى مبادئ المشروعية والعدالة تطبيقاً للمبادئ العامة في القانون.

وأن الأصل كل ما يصدر من السلطة التشريعية وهو القانون فإنه يمثل التعبير عن مصلحة عليا وان الجهة التشريعية لها الكلمة الفاصلة في ذلك من أجل تنظيم المصلحة العامة من خلال هذه القوانين

(١) مقال حول حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٤/١٢/٢٠١٩ حول السماح بالتعويض عن القوانين غير الدستورية.

متاح على الموقع

والتي تساعد في تطور ونمو المجتمع، إلا أنه قد يترتب على صدور تلك القوانين تقييد أو الحد من نشاطات أو بعض نشاطات الأفراد كما في تقييد حرية الصناعة أو التجارة وان هذا التقييد أو الحد يمثل احتكاراً لنشاط معين ومما يؤدي إلى التسبب بالأضرار لبعض الأفراد أو التسبب في أضرار جسيمة لمجموعة محددة من الأفراد^(١).

فالقضاء الإداري المصري مازال يعتقد عدم التعويض عن اصدار القوانين وهو ما استقر عليه، بحيث لا يمكن التعويض عن القوانين حتى لو ثبت مخالفتها للدستور وانما يتم فقط الغاء القوانين المخالفة دون التطرق إلى الآثار المترتبة على هذا الإلغاء وذلك بالاستناد إلى فكرة عدم وجود مسؤولية عن القوانين وان السلطة التشريعية ذات سيادة وان الإقرار بمبدأ التعويض يؤدي بالتالي إلى تعطيل الإصلاح والتشريع وتطوير القوانين، وذلك يقضي مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي تحدث في المجتمع مما يقضي إلى الإقرار بمسؤولية الدولة ولكن القضاء المصري لم يقر ذلك يواكب التطور إضافة إلى عدم العمل بالقاعدة الشرعية القائلة (لا ضرر ولا ضرار)^(٢).

وقد تطور مجلس الدولة في مصر إلى التطرق للقرارات والاعمال التي تمت للقانون الذي يحكم عليه بعدم الدستورية فإنه يستوجب الفصل معه بهذه الإجراءات لأنها تمت إلى القانون المطعون به.

وبهذا فقد اتجه الفقه المصري بخصوص الأثر المترتب على عدم الدستورية ما ينتج عنه من آثار بعد الحكم، يرى اتجاه بأن بأن الحكم يترتب فقط ان القانون المطعون به يتم الامتناع عن تطبيقه فقط دون الغائه وهذا يعني عدم وجود إمكانية حول التعويض عن القانون المطعون به وقد ذهبوا إلى إمكان بقاء القانون قائم من الناحية النظرية، اما الاتجاه الآخر يرى بأنه يتم الغاء النص وابطاله وفقده القوة التشريعية التي يتمتع بها وهذا يؤدي بالضرورة إلى إهدار كل الآثار المترتبة عليها مما يستدعي بالضرورة إزالة كافة الآثار المترتبة^(٣).

اما الاتجاه الأخير يرى ان الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى الغاء قوة نفاذ النص التشريعي أي عدم الغاء النص بذاته وانما قوته الملزمة وهذا يعني ان الغاء القوة يعني الغاء النص وبالتالي إلى إزالة كافة

(١) د. عبد اللطيف القرني، التعويض عن اضرار اصدار القوانين، مقال منشور في الانترنت على صحيفة الاقتصادية، ٢٠١٤، على الرابط <https://www.aleqt.com> تاريخ الزيارة ٥/٩٧/٢٠٢٠ الساعة ١٢:٢٤ م.

(٢) نقلاً عن: د. محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن اعمال السلطات العامة، المصدر السابق، ص ٩٧٠.

(٣) د. محمد ماهر أبو العينين، المصدر نفسه، ص ٩٧٠ وما بعدها.

الآثار، وذلك لأن الغاء قوة النص تضيي عليه من الناحية العملية فقدانه لكافة قيمه القانونية وكأن القانون لا وجود له^(١). ونحن بدورنا نرجه الرأي الأخير القائل بإلغاء قوة النص القانونية وإزالة آثاره.

ونستج مما تقدم انه بالإمكان الاستناد إلى الشروط العامة للتعويض وتطبيقها على القوانين غير الدستورية، وذلك من خلال الرجوع إلى الضرر وتطبيقه على القانون غير الدستوري وهي متمثلة بوجود خطأ وضرر وعلاقة سببية، فالخطأ هو الذي يمثل المخالفة لأحكام الدستور وذلك في إطار القوانين غير الدستورية، ومن ثم الركون إلى الضرر الناجم عن تلك القوانين، ويجب في الضرر ان يكون محقق أي واقع فعلاً وليس مفترضاً إضافة إلى كونه خاص بفرد أو مجموعة من الأفراد وكون الضرر واقعاً على حق مشروع أو مصلحة لذلك الفرد أو لتلك المجموعة، إضافة إلى ذلك فإن القاعدة العامة بالضرر يجب ان يكون قابلاً لتقديره بالنقود وهذا ما يدعى بالضرر المادي وهناك ما يسمى بالضرر المعنوي أو الأدبي سواء كان ما يصيب جسد الإنسان أو كرامته واحاسيسه، ويشترط ان تكون بين ذلك الخطأ والضرر علاقة مباشرة مما يؤدي إلى المساءلة على أساس ذلك الخطأ المباشر والنتيجة الحتمية له عما أصابه من الأضرار، وفي إطار القانون غير الدستوري وإضافة لما جاء به مجلس الدولة الفرنسي وإدخال شروط معينة إضافة للشروط العامة فبالإمكان القول بإمكانية التعويض عن القوانين التي تسبب الاضرار للأفراد من جراء تطبيق القوانين والتي تكون غير دستورية (مطعون بدستوريتها، وكون الاضرار الناجمة عنها اصابت الافراد ولحقت بمصالحهم اضرار جسيمة ومباشرة من هذه القوانين فإنه بالإمكان المطالبة بالتعويض على أساس ذلك وكذلك استناداً إلى مبادئ العدالة والمساواة امام الأعباء العامة.

وبذلك ومع التطورات الحاصلة في ظل المجتمعات المعاصرة وإضافة إلى ما جاء به مجلس الدولة الفرنسي فإنه يمكن القول بإمكان الأخذ بتلك الشروط من أجل تحريك دعوى المسؤولية عما تصدره من قوانين تؤدي إلى الاضرار بالأفراد ووفق المدة المناسبة؛ لأن شرط تحديد المدة من الأمور والشروط الضرورية للمساءلة واستقرار الأوضاع القانونية.

ثانياً: شروط التعويض عن القوانين غير الدستورية في العراق

كما هو الحال بالنسبة إلى مصر فإنه الأمر كذلك في العراق، فليس هناك تطبيقات عملية تبين وتوضح الأخذ بالتعويض وتحديد شروطه والأسس التي بني عليها كما فعل المشرع الفرنسي لذلك فإن الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية كانت في الماضي بالنسبة إلى الدستور الأساسي لعام ١٩٢٥ بحسب نص المادة

(١) د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢١٧.

(٨٦) أنه اعتبر القانون المخالف للدستور ملغياً من الأصل أي ملغي من وقت صدوره إلا ان الالتباس الذي حصل حول تلك المادة هو أن البعض رأى أن الإلغاء يكون من تاريخ صدور القانون والآخر اختلف حول ذلك بأنه من حكم المحكمة، وبعد التعديل رقم (٦٩) لسنة ١٩٤٣^(١) اعتبر الإلغاء من تاريخ صدور حكم المحكمة، وهذا يعني عدم سريان الحكم على الماضي وسريانه بأثر رجعي أي أنه يسري بأثر مباشر ويزيل القانون ويؤدي إلى الغاءه ويجب ان تقوم الحكومة بإصدار تشريع بلغي الاضرار الناتجة عن تطبيق القانون الذي تم الغاءه، اما دستور العراق الحالي لسنة ٢٠٠٥ فإنه لم يبين الأثر المترتب كما بينا ذلك واكتفى بذكر اختصاص المحكمة العليا ومنها الرقابة على الدستورية ولكن الأثر المترتب بعد الحكم بعدم الدستورية لم يتم التطرق إليه، فالمحكمة ومن خلال التطبيقات أخذت بالأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية وهذا بدوره يعني عدم سريان الحكم إلى الماضي بأثر رجعي وذلك لاعتبارات المصلحة العامة والاستقرار القانوني^(٢).

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن الاستناد للشروط العامة وهي بصفة عامة تتمثل في وجوب كون الضرر حالاً ولا يكون احتمالي؛ لأن الاحتمالي لا يتم التعويض عنه، وكذلك يجب ان يكون الضرر مباشراً أي ان الضرر الواقع هو نتيجة مباشرة وحتمية للفعل الحاصل أي هنالك علاقة سببية بين الضرر والقانون غير الدستوري، إضافة إلى كون الضرر أصاب مصلحة مشروعة وان تكون هذه المصلحة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة وإلا لا يمكن إقامة دعوى التعويض ما لم تتوفر تلك المصلحة، ومن خلال ذلك يجب القول ان شروط التعويض في اطار الحكم بعدم دستورية قانون معين لا يختلف عن المبادئ العامة لشروط التعويض ولم تذهب بعيداً عنها، وبالتالي يمكن القول بان الشروط المحددة في القرار الذي جاء به مجلس الدولة الفرنسي في عام ٢٠١٩^(٣).

يلاحظ مما تقدم بانه يمكن الاخذ بها وتطويرها في القول بتقرير إمكانية التعويض عن القوانين غير الدستورية وهذا ما أكده أحد الآراء والذي يرى ضرورة اتاحة المجال من أجل إمكانية التعويض عن القوانين غير الدستورية؛ وذلك لأجل الوصول إلى تشريع ينسجم مع الحاجة الفعلية للمواطنين^(٤).

(١) قانون التعديل الثاني رقم (٦٥) لسنة ١٩٤٣ للقانون الاساس عام ١٩٢٥ في ٢٧/١٠/١٩٤٣.

(٢) د. مها بهجت الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩ ص ٢٧٥. وكذلك ينظر: د. محمد عبد الرحيم حاتم، المحكمة الاتحادية العليا في الدستور، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٨، ص ١٦٤.

(٣) الاعتراف بمسؤولية الدولة عن القوانين المعلنة غير الدستورية، متاح على الرابط <http://blog.juspoliticum.com>

، تاريخ الزيارة ٧/٩/٢٠٢٠، الساعة ١٠:٣٠ م.

(٤) سالم روضان، مسؤولية الدولة عن تشريعاتها، متاح على الرابط www.damascusbar.org.

ومن هنا يمكن القول بإمكانية الأخذ بالشروط الواردة في قرار مجلس الدولة الفرنسي بناء على المبادئ العامة للمسؤولية والشروط العامة للتعويض فبالإمكان تطبيق هذه الشروط من أجل الحصول على التعويض عن اضرار القوانين المطبقة، فبالنسبة إلى الشرط القائل بعدم منع المشرع التعويض عن تلك الاضرار أي يجب ان لا يكون المشرع قد منع التعويض عن ذلك بصورة صريحة ومباشرة في الدستور عن القوانين التي تسبب الاضرار إلى الأشخاص، اما في حال سكوت المشرع عن التعويض من عدمه فإنه لا يمكن القول بعدم التعويض وانما في تلك الحالة نستطيع ان نأخذ بالتعويض من أجل تحقيق مبدأ العدالة والمساواة امام القانون والاعباء العامة، فالدستور العراقي في المادة (٩٣) منه لم يشير إلى إمكانية التعويض ولم يشر لذلك بصورة صريحة أو ضمنية وانما اكتفى فقط بالإشارة إلى الرقابة على الدستورية وهذا يعني أنه بالإمكان اللجوء إلى التعويض عن القوانين وذلك بالاستناد إلى المبادئ التي استندت إليها فرنسا في القرار الأخير لها وذلك من أجل تحقيق العدالة والمساواة امام الأعباء العامة للمواطنين^(١).

اما بالنسبة إلى الشرط الثاني أي مشروعية المصالح التي سبب القانون المطعون لها الضرر فإن هذا الشرط يستوجب ان تكون المصالح التي يستوجب الضرر عنها هي مصالح مشروععة وتلك المصالح هي التي يحميها القانون ويسبغ عليها الحماية من خلال فرض عقوبات في حال انتهاكها، ومع ذلك فإن تلك الحقوق والحريات والمصالح لا تكون مطلقة وانما تتدخل السلطات العامة من أجل وضع اطار لها وتقييدها وتحقيق التوازن لحمايتها وعدم استغلالها^(٢).

اما بالنسبة إلى الشرط القائل بخصوصية الضرر وتحققه بصورة مباشرة أي ان التعويض الذي يمكن ان يطالب عنه يجب ان يكون خاص ومحقق أي حال وليس محتمل لأن الضرر الاحتمالي لا يمكن التعويض عنه، وكونه خاص بفرد أو مجموعة من الأفراد، فالحكم بالتعويض لا يمكن القيام به إلا إذا كان الضرر مباشر ووجود بذلك علاقة مباشرة وهذه العلاقة مباشرة بين السبب والضرر، وفي هذه الحالة تكون مباشرة بين القانون المحكوم بعدم دستوريته والضرر الذي لحق بالأفراد بسبب هذا القانون^(٣).

(١) دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ منشور في الجريدة الرسمية للوقائع العراقية.

(٢) عواد عباس الحردان، الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد ١٣، ص ١٤٩.

(٣) مقال حول حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٤/١٢/٢٠١٩ للسماح بالتعويض عن القوانين غير الدستورية على الموقع

وبالنسبة إلى شرط المدة هو اشتراط تقديم طلب التعويض من تاريخ حصول الضرر الذي يلحق بالأشخاص، وذلك من خلال أربع سنوات وهذا الشرط هو ما اضافته مجلس الدولة الفرنسي في قراره الأخير من أجل إمكانية التعويض والحكم به، والذي يمكن الاستفادة منه في التجربة العراقية لتحديد مدة للمطالبة بالتعويض.

من خلال ذلك يتضح انه بالإمكان الأخذ بتلك الشروط لدى المشرع العراقي والقيام بالحكم بالتعويض عن القوانين غير الدستورية وذلك وفق الأسس والشروط التي جاء بها قرار مجلس الدولة الفرنسي وإمكانية الأخذ بها مع مراعاة الشروط وذلك وفق أحكام الدستور، وذلك على أساس مراعاة مبادئ العدالة والمساواة امام الأعباء العامة، إضافة لذلك فأن القول بالتعويض بالاستناد لما جاء به مجلس الدولة الفرنسي على الرغم من عدم النص عليه صراحة في العراق إلا انه القول بإمكانية تطبيقه يمكن ان يسند على الحجج التي وجدناها من خلال التطرق لمجلس الدولة الفرنسي وهي متمثلة بكون العراق يأخذ بنظام الرقابة على دستورية القوانين، وهذا بدوره يؤدي إلى إلغاء القانون المطعون بدستوريته مما يستوجب من باب العدالة إزالة الآثار المترتبة على ذلك الإلغاء مع مراعاة الشروط العامة للتعويض إضافة لإمكانية وضع الشروط الخاصة التي جاء بها مجلس الدولة الفرنسي وتنظيمها وفق احكام الدستور العراقي.

المبحث الثاني

التعويض عن القوانين غير الدستورية

قبل التطرق إلى إجراءات التعويض المتبعة في التعويض عن القوانين غير الدستورية يستوجب التطرق إلى مفهوم التعويض وبيانه إضافة إلى أنواعه ومن ثم بيان إجراءاته وذلك من خلال هذا المبحث والذي سنبين ذلك من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول منه مفهوم التعويض وأنواعه، أما المطلب الثاني سوف نتطرق لبيان الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية وكما يأتي:

المطلب الأول

مفهوم التعويض وأنواعه

نتطرق من خلال هذا المطلب حول مفهوم التعويض وبيان أنواعه في إطار الموضوع ووفق ما يخص موضوع الدراسة إضافة لذلك سوف نبين أنواع التعويض وضمن إطارها المحدد وفق الأسس المرسومة له وهذا سوف يكون من خلال فرعين، نبين في الفرع الأول منه تعريف التعويض عن القوانين غير الدستورية، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى أنواع التعويض وكما يلي:

الفرع الأول

تعريف التعويض عن القوانين غير الدستورية وتقديره

المقصود بالتعويض في إطار بحثنا هو جبر الضرر الذي يحصل من جراء تطبيق قانون يحكم بعدم دستوريته وان هذا القانون المحكوم بعدم دستوريته قد أدى وتسبب بالأضرار لفرد أو مجموعة من الأشخاص وعليه فالضرر في هذا الحال يحتاج إلى جبر وهذا الجبر للضرر يسمى بالتعويض، فالتعويض الذي يتم منحه للمتضررين يجب ان يكون عادلاً، وأن العدالة تمثل أحد المبادئ الدستورية مما يعني ان التعويض يجب ان يكون كاملاً، والضرر بطبيعته الحال يعتبر عنصراً رئيسياً لقيام المسؤولية سواء كانت على أساس المخاطر أو على أساس المساواة امام الأعباء العامة فالمسؤولية وظيفتها جبر الضرر^(١).

(١) عمر محمد السيوي، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، جامعة قاريونس، ليبيا، ص ٢٤٣.

ومن خلال ذلك نبين أن الضرر يمكن تعريفه بأنه جبراً للضرر الحاصل نتيجة لتطبيق القانون المطعون بدستوريته والذي يستوجب التعويض.

وعلى ضوء ذلك فإن قاعدة العدالة التعويضية ترجع إلى النصوص الدستورية وتكون نتيجة منطقية لمبدأ احترام حقوق الأفراد وخاصة حق الملكية.

فالحالات التي يكون فيها التعويض على الخطأ يجب ان يكون التعويض عادلاً إلا أنه حتى لو لم ينص على ان يكون التعويض عادلاً فإنه يتم تطبيق هذه القاعدة، فقد اشترط ايضاً اعلان حقوق الإنسان والمواطن في فرنسا الصادر في ١٧٨٩ في التعويض عن نزع الملكية ان يكون (عادلاً وسابقاً)^(١).

فالأصل في التعويض ان يكون عادلاً وهذه احدى القواعد الدستورية كأساس للتعويض عن الاضرار، فقد يكون التعويض كاملاً للأضرار أي ان يكون التعويض متكافئ مع قيمة الضرر الحاصل، إلا ان تطبيق قاعدة التعويض الكامل مقيد بقيدين: القيد الأول يتمثل بأن المضرور لا يستحق التعويض الكامل إلا عن الاضرار الفعلية التي اصابته، اما القيد الثاني ان القضاء الكامل بالتعويض يقوم بتحديد الحد الأقصى في قيمة التعويض المطالب به إضافة إلى تقدير الضرر الحاصل للمضرور^(٢).

اما في إطار المسؤولية دون خطأ والتعويض الكامل عنها والذي يكون محدد بنصوص تشريعية يتمتع المشرع في تحديده بسلطة تقديرية واسعة أي يمكن ان يكون كامل ويمكن ان يكون جزئياً، حيث كان التعويض بداية الأمر تعويض رمزي أي مجرد اعانة أو مساعدة فلم يكن تعويض ولا يشبه التعويض. فالمشرع يقر مبدأ التعويض الكامل ويفسره في بعض الحالات دون خطأ إلى سببين، السبب الأول ان المجتمعات المتقدمة لم تقبل بالأوضاع الظالمة وان الاضرار التي تصيب الأشخاص تنشئ نوع من المسؤولية التي لا بد من استبعادها، أما السبب الثاني هو الذي يتمثل بأن المجتمعات تستطيع وقادرة على تحمل عبء التعويض، وبالنسبة إلى القاعدة الأساسية للتعويضات هو الحصول على تعويض واحد ويكون متكافئ مع الأضرار التي اصابته أي عدم جواز الجمع بين التعويضات وذلك لأن الغاية من التعويض هو

(١) المادة (١٧) من اعلان حقوق الانسان والمواطن في فرنسا عام ١٧٨٩ ((بحكم كون التملك حقاً مقدساً فلا يمكن تجريد أي فرد من ممتلكاته إلا حين يقر القانون بوجود ضرورة عمومية واضحة وذلك مشروط ايضاً بتعويض مسبق وعادل)). متاح على الرابط <http://neorevivalism.files.wordpress.com> تاريخ الزيارة ١٠/٩/٢٠٢٠ س ٤٠٢١ م.

(٢) عمر محمد السيري، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض) "دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

جبر الضرر بصورة متكافئة وليست زائدة مما تؤدي إلى إثراء المضرور، وبذلك لا يمكن القول بإمكانية تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في تلك المسؤولية^(١).

وقد يكون التعويض بصورة جزئية إلا أن ذلك لا يكون متعارضاً مع العدالة في التعويض فقد يكون التعويض الجزئي هو ما يمثل تعويض تقويت الفرصة وهذا النوع من التعويض يكون من خلال المجال الطبي، حيث يتحدد بجزء من مختلف عناصر الضرر التي أصابت المريض ويأخذ القاضي في الاعتبار الأضرار التي تنشئ عن التدخل الطبي بالمقارنة مع الأضرار التي كان يمكن أن تقع في حالة العدول عن هذا التدخل^(٢).

أو قد يكون التعويض هو الاقتصار على ما يصيب الشخص المضرور من خسارة، حيث أن هذا النوع من التعويض للإدارة لا يشمل ما لحق الإدارة من تقويت الكسب، وقد يكون التعويض يشمل الأضرار غير العادية وذلك في مجال المسؤولية دون خطأ، حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي أن الضرر على أساس المسؤولية دون خطأ يستند إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، حيث يجب أن يكون الضرر غير عادي حيث لا ينشأ الحق بالتعويض إلا من اليوم الذي يصبح فيه الضرر غير عادي؛ لأن الصفة غير العادية تمثل الشرط الذي يحقق هذه المسؤولية^(٣).

ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يتميز بتحديد وقت من أجل تقدير التعويض، حيث ميز بين الأضرار وكيفية حدوثها كما في الأضرار الناشئة عن الاعتداء على الأموال، حيث تكون العبرة من صدور قرار أو حكم قضائي يقضي بتقدير التعويض ويكفل هذا التقدير للمضرور تعويضاً كاملاً؛ وذلك من أجل تعويضه عن الخسارة الفعلية عما فقده^(٤).

إن المحكمة واثناء تقدير التعويض قد تضع حداً أقصى أو قد تقوم بتقديره جزافاً، حيث تضع المحكمة حداً أقصى للتعويض في مجال المسؤولية دون خطأ، ففي فرنسا أن تعويض ضحايا الجرائم مثلاً

(١) د. السيد محمد المدني، مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة (القوانين واللوائح)، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٢، ص ٣٣٢.
(2) ((l'indemnité. Doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice subi...)).

أشار إليه د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٥٠٨.

(٣) د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، مصدر سابق، ٤٢٦ وما بعدها؛ وكذلك د. رمزي الشاعر، قضاء التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٨٢٤.

(٤) د. منصور محمد أحمد، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٠١، ص ٢٩٣.

فأنه يوضع من أجل ذلك حد أقصى وذلك بالنسبة إلى طائفة محددة من المضرورين وهم ضحايا السرقة والنصب وخيانة الأمانة وابتزاز الأموال وتدمير الأموال أو اتلاف الأموال^(١).

حيث ان الحد الأقصى للتعويض يعادل ثلاثة أضعاف الموارد الشهرية بالنسبة للمضرور، فقد رأى مجلس الدولة أنه لا مجال للنظر في تحديد التعويض على أي أساس آخر من أجل المطالبة بأن يشمل التعويض على ما لحق من خسارة وما فات من كسب، حيث توجد في فرنسا نصوص عديدة تفرض الحد الأقصى للتعويض. أو يحدث ان يقوم القاضي بتقدير التعويض بصورة جزافية كما في التعويض عن الاضرار الأدبية أو تلك الناشئة عن الاضرار المعيشية الا ان القضاء المصري يرى ان التعويض الأدبي ما هو الا تعويض رمزي يهدف إلى حماية ما أصاب المضرور من ظلم جراء ذلك الضرر اللاحق به وذلك وفق أحقية التعويض^(٢).

إضافة إلى قاعدة العدالة التعويضية من أجل قيام التعويض فأن هنالك قاعدة أخرى وهي المساواة التعويضية أي ان تكون هنالك مساواة في التعويض، وذلك من خلال النظام التشريعي أي في وحدته لمستحقي التعويض، وبالتالي لا يمكن مخالفة النظام وسوءا كان ذلك من جانب المشرع أو الإدارة، ويعتبر مبدأ المساواة في التعويض من المبادئ الدستورية ويقضي المبدأ ان توضع قواعد وتكون متماثلة للمراكز المتشابهة، وعليه فإنه لا يمكن للمشرع أن يعامل أصحاب تلك المراكز بصورة مختلفة فالمبدأ أصبح وسيلة لتقرير الحماية والتي لا يكون فيها تمييز بين المراكز القانونية^(٣).

وان لمبدأ المساواة مجالات كثيرة ومتنوعة منها المساواة امام القضاء والمساواة امام الوظائف، والمساواة امام الضرائب وعلى المشرع ان يحترم مبدأ المساواة في التعويض عن مسؤولية السلطة العامة وبالتالي مسؤولية الدولة عام يصدر من قوانين غير دستورية وذلك مراعاة لمبدأ المساواة، بالإضافة إلى ذلك عدم تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في منح التعويض، حيث ليس للإدارة ممارسة السلطة التقديرية لمنح التعويض إلى شخص معين، ومن ذلك يتضح ان مبدأ المساواة كما هو الحال بالنسبة إلى مبدأ العدالة وهذه المبادئ الدستورية تعتبر كأساس من أجل القول بإمكانية التعويض عما تصدره من قوانين والحكم بعد

(١) د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، مصدر سابق، ص ٥٠٨.

(٢) د. عمر محمد اليسري، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

(٣) م. د. ع. ٦ ديسمبر، القضية رقم (١١) لسنة ١٥ المجموعة، الجزء ٦، ص ٩٤، أشار إليه د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٥١٩.

دستورية تلك القوانين النافذة والتي أدت إلى القول بأن الحكم غير دستوري ومن ثم فإنه يستوجب التعويض وبذلك فإن التعويض عند عدم النص عليه صراحة في القانون أو الدستور فإنه يتم على أساس العدالة والمساواة كمبادئ دستورية^(١).

الفرع الثاني

أنواع التعويض

التعويض يمثل الجزاء للمسؤولية أي هو الحكم أو الأثر المترتب على المسؤولية وهو الزام الشخص المسؤول بأن يقوم بجبر الضرر الذي أصابه للشخص المضرور، وهي حالة القيام بالمسؤولية عن القوانين غير الدستورية فإن الجبر يتمثل عن الأضرار الحاصلة عن القوانين المطبقة والمحكوم بعدم دستورتيتها، فإن التعويض في هذه الحالة يتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القانون المطعون به، ومن هنا سوف نتطرق والحالة هذه إلى بيان أنواع التعويض بصورة عامة ثم بيان ذلك من خلال القوانين غير الدستورية وإمكانية الأخذ بها في هذا المجال أي عما يصيب الأفراد من اضرار جراء تطبيق هذا القانون ومن هنا سوف نبحث في أنواع التعويض وكما يلي:

أولاً: التعويض عن الأضرار المادية

يقصد بالأضرار المادية هو ما يصيب الانسان في ماله أو جسمه مما سبب له خسارة للأموال أو العجز أو النقص^(٢).

وبذلك فإن الضرر المادي الذي يصيب الشخص قد يكون في أمواله ويؤدي إلى خسارة الشخص لتلك الأموال أو في جسمه ويسبب له العجز مما يمنعه من أداء وظائفه بصورة صحيحة.

وعلى ضوء ذلك فإن التعويض عن الأضرار المادية قد يكون تعويضاً عينياً أو تعويضاً بمقابل وكما يأتي:

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢٣٩.

(٢) طارق علي أبو عريان، تعويض الضرر الناشئ عن الخطأ في القصاص في الشريعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٥، ص ١٧.

١ - التعويض العيني:

يتمثل التعويض العيني بإعادة الحال لما كان عليه قبل قيام المسؤولية ووقوع الخطأ والضرر^(١) أو هو اصلاح الضرر اصلاً تماماً وذلك بإعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان عليه قبل الضرر.

وبذلك فإن ارجاع الحال لما كان بالرغم من الصعوبة بالرجوع إلى الماضي حيث ان التعويض العيني يكون وبحالات كثيرة اصلاً وجبراً للضرر الحاصل الذي يلحق بالمتضرر من جراء تطبيق القانون فالتعويض في هذه الحالة يكون عن القوانين المحكوم بعدم دستورتيتها^(٢).

فمن الناحية العملية فإن سلوك التعويض العيني إذا كان ممكناً فإنه سوف يتم على حساب المصلحة العامة، إذ يجب بذلك ان يهدم كل ما تم من تصرفات من أجل تحقيق منفعة خاصة وازافة لذلك فإنه يكون مصحوب بتعويض نقدي وذلك لأنه بالإمكان إزالة الآثار بالنسبة للضرر في المستقبل فإنه لا يتم ذلك بالنسبة إلى الأثر الماضي، وهذا يعني بالإمكان التعويض من اجل تحقيق المصالح العامة أو الخاصة وذلك بإزالة الآثار المترتبة عليه والناجئة عنه^(٣).

ويمكن القول بإمكانية التعويض العيني في مجال القانون الإداري وذلك في حالة الاعتداء المادي الذي يصدر عن الإدارة، حيث ان هذا الاعتداء يمس الحقوق الفردية ويفقد المشروعة وبذلك يجدر للإدارة بالحالة هذه الأمر بإعادة الحالة لما كان عليه، وذلك لفقدان العمل مقوماته المشروعة^(٤).

ومن خلال ذلك يتضح ان بالإمكان الرجوع إلى التعويض العيني في هذا الاطار، وذلك ضمن الحدود المسموح بها في اطار القوانين غير الدستورية وذلك من خلال إمكانية الأخذ بها في مجال القانون الإداري فمن باب أولى إمكان الأخذ بها في الاطار الدستوري ولكن ضمن الأسس الخاصة بذلك وفي الحدود المسموحة، وذلك لأن إعادة الحال لما كان عليه يستوجب الرجوع إلى الماضي للأثر المرتب عن القانون ومن ثم تطبيق ذلك مع مراعاة المراكز القانونية المكتسبة عن القوانين الصادرة^(٥).

(١) محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ١٣.

(٢) محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٩، ص ١٦١.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام "دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص ٤١٣.

(٤) د. عمر محمد السيوي، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض) "دراسة مقارنة"، مصدر سابق، ص ٢٧٣.

(٥) د. أشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٢٠١.

٢- التعويض بمقابل

القاعدة هي ان يكون التعويض نقدياً بكل الأحوال، وان اللجوء إلى التعويض النقدي يكون عندما يتعذر التعويض العيني، حيث يعتبر التعويض النقدي نوعاً من أنواع التعويض بمقابل وهي القاعدة العامة في مجال المسؤولية التقصيرية وهو ما يقصد به التعويض ببديل لتقدير العمل غير المشروع وان الحكم بهذا النوع من أنواع التعويض يسهل عملية تنفيذه^(١).

وان أداء التعويض النقدي اما ان يكون على شكل مبلغ مالي يدفع بصورة اجمالية إلى الشخص المتضرر وعلى شكل دفعة واحدة أو ان يكون على شكل ايراد يدفع على شكل دفعات وان القاضي في هذه الحالة هو الذي يقوم بتحديد الطريقة لدفع التعويض وفق كل ظرف^(٢).

إلا ان هنالك أسس في تقدير التعويض ومبادئ معينة يجدر الأخذ بها بنظر الاعتبار في تقدير التعويض وهي:

أ- تقدير التعويض يراعى فيه الضرر وجسامته وليس الخطأ وجسامته، أي التعويض يتم على أساس تقدير الأضرار التي تصيب الأفراد وتسبب لهم أضرار كبيرة، اما الخطأ يؤخذ به من أجل قيام المسؤولية.

ب- الحالة المادية بالنسبة للشخص المسؤول عن الضرر أو الشخص المتضرر ليس له ضرورة في تقدير التعويض فالعبرة بالضرر نفسه ومدى جسامته الضرر^(٣).

ج- قاعدة التعويض انه شامل وهذا يدل على انه يغطي كافة الاضرار التي لحقت بالشخص المتضرر وكذلك جبر الضرر بصورة كاملة أي تعويض كافة الجوانب الإيجابية والسلبية، يقوم تقدير التعويض على أساس الضرر الذي يراد جبره وليس للقاضي الحكم بالتعويض من تلقاء نفسه، حيث ان القاعدة العامة هو ان القاضي يكون مقيداً بما يطلبه الخصوم فقد ولا بحكم ما لا يطلبه منه، إضافة لذلك ان الضرر الثابت يؤخذ بنظر الاعتبار في تقدير الضرر وعبء الاثبات يقع على المدعي، ويكون عدم التعويض عن الضرر من مصادر متعددة أو من جهات أخرى بالإضافة لعدم التعويض عن الضرر أكثر من مرة^(٤).

(١) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية" - مصادر الالتزام، ج١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٦، ص٤٢٨.

(٢) حكم محكمة النقض المصري، ٢٠ ديسمبر، ١٩٤٨، المجموعة س٥٠، ص٨٩.

(٣) د. جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص٣١١-٣١٣.

(٤) د. منصور محمد أحمد، مسؤولية الدولة عم اعمالها غير التعاقدية، مصدر سابق، ص٢٩٢.

وقد يكون التعويض غير نقدي وذلك من خلال أمر القضاء وعلى سبيل الترضية للمضروب من أجل إحساس المتضرر بأنه تم انصافه^(١)، إلا أن هذا النوع لا يكون تعويضاً عيني ولا نقدي ولكنه يكون أكثر ملائمة لما تقتضيه الظروف في بعض صور الضرر المعنوي.

ومن الواضح أن القاعدة المتبعة في التعويض هي إما أن يكون التعويض عيني أو نقدي، وهذا ما هو متبع في إطار القانون المدني ويمكن تطبيقه في مجال القانون الإداري، ولكن التساؤل الذي يثار هنا هو هل بالإمكان اللجوء إلى التعويض العيني أم إلى التعويض النقدي في إطار القانون الدستوري؟ أو هل من الممكن للشخص المتضرر من جراء تطبيق قانون ما ومن ثم الطعن بدستورية هذا القانون أي هل بإمكانه اللجوء إلى المحكمة والمطالبة بالتعويض عما يصيبه من أضرار عن تلك القوانين، وهل هذا التعويض الذي يعني جبر الضرر باستطاعته أن يصلح الضرر، أي هل بالإمكان اللجوء إلى التعويض العيني أم النقدي أم لا يمكن اللجوء لأي منهما؟ وإطار موضوعنا وهو التعويض عن القوانين غير الدستورية من قبل الإدارة فما هو التعويض وما هو مؤداه؟

إن إمكانية القول بالتعويض العيني في إطار القانون الدستوري يتم من خلال عودة الحالة لما كان عليه قبل الطعن بدستورية قانون ما أي الرجوع إلى الماضي وإزالة كافة الآثار المترتبة عليه قبل نفاذ القانون المطعون به وذلك لأن التعويض النقدي في هذه الحالة قد لا يؤدي إلى جبر الضرر بصورة تامة إلا أنه يمكن القول أن التعويض النقدي قد يصلح في حالات معينة ولا يصلح في أحوال أخرى ويمكن التعويض العيني في حالات ولكن ليس بمعناه المتعارف عليه في إطار القانون المدني وإنما من خلال إعادة الحال لما كان عليه وبأثر رجعي مع الاحتفاظ باستثناءات للمراكز القانونية المكتسبة والتي لا يجوز المساس بها من جانب العدالة والمساواة وتحقيق المصلحة المتوخاة من التعويض.

ثانياً: التعويض عن الضرر المعنوي

يقصد بالضرر المعنوي (هو ما يصب المغرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى من المعاني التي يحرص الناس عليها)^(٢)، حيث أن آراء فقهاء القانون المدني في هذا الخصوص أصبحت أساساً

(١) د. سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، المصدر السابق، ص ٢٦٢.

(٢) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٤٦٠، وكذلك د. محمد سعد الدين الشريف، شرح القانون العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥، ص ٣٩٥.

للنظريات التي ظهرت في القانون الإداري بعد ذلك، حيث أن جانب من فقهاء القانون العام لم يهتموا بصورة كبيرة بالنسبة إلى الضرر المعنوي، وإنما اعتمدوا في ذلك على أحكام مجلس الدولة الفرنسي^(١).

أن التعويض عن الضرر المعنوي ولكي يتم تقديره والتعويض عنه يشترط فيه عدة شروط وهي:

١- أن يكون الضرر المعنوي محقق الحدوث ويعني ذلك واقعاً وثابتاً على المدعي، حيث يكون المضرور اصابة الضرر فعلاً حتى يتم الحكم له بالتعويض وتقدير القضاء لنطاقه ومدى امكانية ذلك^(٢)، وتحقيق الضرر المعنوي لا يشترط أن يكون حالاً بل يكفي كون الضرر مستقبلاً، هذا وتطبق القاعدة أمام المحاكم العادية والقضاء الإداري على حد السواء^(٣).

ومن تطبيقات القضاء الإداري في هذا الشأن هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Bulpetire) في ٣١ ايار ١٩٥٧ والذي تم بموجبه التعويض عن الضرر الناجم عن تعويض فرصة مؤكدة من اجل الالتحاق بوظيفة ما، وكذلك في قضية (Guenin Chaulkt Min.Ed.Nat.Dlle) في ٨ شباط ١٩٨٤ والذي يتم في التعويض عن تفويت الفرصة بالنجاح بسبب قرار اداري^(٤).

ويلاحظ مما تقدم انه ومن أجل التعويض عن الضرر المعنوي الذي يكون نتيجة لفوات الفرصة يشترط فيه تحقق ثلاثة أمور رئيسية، الأمر الأول يكون من خلال توفر الفرصة فعلاً ما الأمر الثاني ان تكون الحالة وشيكة الحدوث الا ان عدم الحدوث غير مستحيلاً من العملية، اما الأمر الثالث والأخير ان يعود تفويت الفرصة إلى فعل الغير^(٥).

ومن الملاحظ انه في مصر وقبل انشاء القضاء الإداري كانت المحاكم العادية وعلى رأسها محكمة التمييز فأنها استقرت على تعويض الضرر الناتج عن فوات الفرصة، وهو ما أكدته محكمة التمييز المصرية

(١) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٦، ص ٤٥.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط ٣، دار المطبوعات الجماعية، الإسكندرية، ١٩٦٦، ص ٢٨٢.

(٣) د. وهيب عياد سلامة، الفصل بغير الطريق التأديبي ورقابة القضاء، مكتبة الانجلو مصرية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ١٠٩.

(٤) د. انور احمد رسلات، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، مصدر سابق، ص ٢٨٥ وما بعدها.

(٥) ينظر: محمد عمر عبد، تعويض الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، بحث لنيل درجة الدبلوم العالي، معهد الدراسات العربية، جامعة الدول العربية، بغداد، ١٩٨٩، ص ٦ وما بعدها.

بقولها (إذا ادخل الحكم ضمن التعويض المحكوم به ما فات على الموظف من فرص الترقى بسبب حالته على المعاش قبل الأوان فلا خطأ في ذلك..)^(١).

أما بعد انشاء القضاء الإداري بموجب احكام القانون رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦ فأن مجلس الدولة المصري اتخذ اتجاهاً مختلفاً أي انه يرى عدم التعويض عن الضرر الحاصل نتيجة لفوات الفرصة؛ وذلك لأنه يعتبر من الأمور الاحتمالية التي لا يمكن التعويض عنها^(٢).

وفي العراق وفي حكم له اقر بتعويض فوات الفرصة والتي طالب فيها احد الأفراد إدارة البلدية بأجر مثل الأرض التي قام بالبناء عليها بعد حصوله على اجازة البناء من تلك الإدارة، ثم بعد ذلك تم ايقاف البناء لان الإدارة رأت أن الاجازة الممنوحة له خلاف للقانون، حيث جاء في الحكم (... أن التعويض الذي يستحقه المدعي يقتصر على الأضرار التي اصابته فعلاً، أما الأضرار المستقبلية فانه لا يعوض عنها بل يستحق التعويض عن فوات الفرصة)^(٣).

٢- أن يكون الضرر منسوباً مباشرة لفعل الإدارة

أن تقدير مسؤولية الإدارة عن أعمالها اصبحت من القواعد المسلم بها، أما بخصوص مسألة عدم مسؤوليتها فقد اصبحت مسألة استثنائية حيث انحصرت فكرة عدم المسؤولية بطائفة الأعمال التي تسمى أعمال السيادة^(٤)، إلا أن هنالك من ينادي بخضوع أعمال السيادة إلى مبدأ المسؤولية، ودليل ذلك هو ما أجازه مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة للتعويض عن المعاهدات والتي كانت تُعد نوعاً من أنواع السيادة^(٥).

(١) د. مصطفى ابو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المصدر السابق، ص ٩٩٢؛ وللمزيد من الأحكام ينظر: سعد أحمد شعلة، قضاء التعويض المدني - دعوى الالغاء، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض في التعويض عن المسؤولية العقدية والتقصيرية خلال سنة وخمسين عاماً ١٩٣١-١٩٨٧، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١٨٩ - ١٩٤.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٩٩٣ وما بعدها.

(٣) ينظر: قرار محكمة التمييز رقم (٢٢١)، مدنية رابعة، ١٩/٥/١٩٨٢، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة (١٣١)، ١٩٨٢، ص ٢١ وما بعدها.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري محلية القضاء، العدد (١٣) و(١٤)، ١٩٦١، ص ٤١٥ وما بعدها.

(٥) د. محمد مرعني ضيري، التطورات المعاصرة في مبدأ مسؤولية الدولة في مصر والخارج، مجلة العلوم الإدارية، العدد، العدد (٢) السنة (٢٥)، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٨ وما بعدها.

وعلى ضوء ذلك يشترط توافر علاقة سببية بين الضرر والخطأ أي أن يكون منسوباً لخطأ الإدارة، وبذلك قضت محكمة التمييز في هذا الشأن (إنما تتحقق المسؤولية التقصيرية إذا توافرت أركانها الثلاثة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما فإذا لم تتوفر هذه الأركان فلا مسؤولية)^(١).

٣- أن يكون الضرر المعنوي شخصياً

يشترط في الضرر أن يكون أصاب المطالب بالتعويض بصورة شخصية، سواء كان أصاب شخصه أم حاله أو مصلحة أخرى له مشروعة ويحميها القانون، حيث لا دعوى بدون مصلحة فلا مجال للقانون المدني والاداري لدعوى الحسبة والتي تعطي الحق للمواطن بأن يطعن في أعمال الإدارة غير المشروعة، ويلاحظ مما تقدم أن فقهاء القانون الإداري لم يذكروا هذا الشرط ضمن شروط المسؤولية الإدارية، إلا أن هذا الشرط منطقي ولا يحتاج إلى تأكيد^(٢). من ذلك يتضح ان الضرر المعنوي يكون شخصياً وذلك على اعتبار ان ما أصاب الفرد في شعوره واحساسه يقتصر عليه فقط ولا يمكن القول بإمكانية مطالبة الأشخاص الآخرين على اعتبارهم خلفاء له بحقه في التعويض في حالة وفاة المضرور معنوياً.

٤- اخلال الضرر بمركز قانوني جدير بالحماية

يوصف الضرر من أركان المسؤولية الإدارية فانه يقتضي أن يكون المتضرر في دعوى المسؤولية أن يكون الضرر أصاب مركز قانوني للمضرور وكان منتقماً فيه ورتب له حقوق وامتيازات، وبذلك فان الضرر أصاب منفعة أو مصلحة مشروعة للمضرور^(٣)، إلا انه ليس كل مصلحة تمثل الحق وإنما الحق هو الذي يمثل دائماً المصلحة فوجود المصلحة لا يعني بوجود الحق دائماً، فمجرد وجود المصلحة المشروعة كافية وجديرة بالتعويض^(٤)، وبالنسبة إلى القانون الإداري فالقاعدة العامة بأنه لا يحكم بالتعويض إلا إذا كان المضرور صاحب حق جراء ما أصابه من أعمال الإدارة، أي أن يكون له وضع قانوني فردي أمام الإدارة^(٥).

(١) ينظر: قرار محكمة التمييز رقم (١٦٢٧) حقوقية ١٥/١١/١٩٦٠ ان منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع والخامس، السنة (١٨)، ١٩٦٠، ص ٦٤٤ وما بعدها.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، قضاء الالغاء، مطبعة التقدم، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر، ص ٩٤ وما بعدها.

(٣) د. ادوار غالي الذهبي، التعويض عن الاخلال بمصلحة مشروعة، مجلة مصر المعاصرة، العدد الثاني والثلاثون، السنة (٥٦)، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٩٣ وما بعدها.

(٤) د. جميل الشراوي، دروس في اصول القانون، نظرية الحق الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٩.

(٥) اسماعيل صعصاع غيدان البديري، مسؤولية الإدارة عن الضرر المعنوي في القانون العراقي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣، ص ٨٦.

أن الحق بالتعويض عن الضرر المعنوي اختلف بشأنه للشخص المضرور، فمنهم من يرى بأنه ينشأ من وقت صدور الحكم على اساس أن الحكم هو منشئ له وليس كاشفاً، والحكم يحدد مقدار التعويض ولا يكشف عنه لان الضرر حاصل ويتطلب تعويضاً عنه^(١)، حيث ذهب محكمة التمييز (النقض الفرنسية) إلى القول بأن للمضرور الحق بالتعويض من تاريخ صدور الحكم^(٢).

أما الاتجاه الآخر يرى أن منشئ الحق للتعويض يكون من وقت وقوع الضرر للشخص المتضرر، فالقضاء الفرنسي يقر بأن حكم القاضي لا يكون سوى تقرير للحق وللمضرور، أي من وقت حدوث الفعل الضار وعلى عكس اصحاب النظريات السابقة^(٣)، وفي مصر يلاحظ أن القضاء غير مستقر فتارة يقضي بأن الحق يكون في وقت وقوع الضرر وتارة أخرى يحكم به من يوم الحكم وصدور قرار المحكمة.

وبالنسبة إلى كيفية تعويض الضرر المعنوي، فيلاحظ بأن التعويض المثالي يكون من خلال ازالته ومحو آثاره كافة إذا كان ذلك ممكناً، وهو محدود النطاق في إطار التعويض عن الضرر المعنوي، حيث يتم ذلك من خلال اللجوء إلى التعويض بالمقابل؛ وذلك بدوره يكون تعويض نقدي أو تعويض غير نقدي^(٤).

المطلب الثاني

الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية

يتطلب منا البحث في هذا المطلب إلى التطرق لموقف القضاء من الجهة المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية والتي يستطيع المضرور بالمطالبة امامها بحقه جراء ما أصابه من أضرار نتيجة تطبيق تلك القوانين، وكذلك بيان ومعرفة الجهة التي تنتظر أمامها في مثل هذا النوع من التعويض سواء كان القضاء الدستوري أم الإداري أم القضاء العادي أو ان الجهة المختصة هي جهة مستقلة بذاتها، وذلك من خلال التطرق إليه في كل من فرنسا ومصر والعراق، ولمعرفة هذا الموقف سوف نقسم المطلب إلى

(١) د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الحدائق للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص٢٥٩.

(٢) د. اسماعيل صعصاع، مصدر سابق، ص٢٠٠.

(٣) د. مقدم السعيد، المصدر السابق، ص٢٦٠.

(٤) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة وزارة العدل، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص١٤٨.

فرعين، نتناول في الفرع الأول منه موقف القضاء في فرنسا، أما في الفرع الثاني سوف نتطرق إلى موقف القضاء في كل من مصر والعراق وكما يأتي:

الفرع الأول

الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية في فرنسا

يعد الحكم الصادر بعدم دستورية القانون المطعون به والمطالبة بالتعويض فإنه يستوجب معرفة الجهة التي يستطيع الفرد من خلالها المطالبة بالتعويض عما أصابه من والحصول على التعويض الذي يتلائم مع مقدار ما حصل له نتيجة القانون وهو يمثل جبراً للضرر الحاصل الذي تعرض له ومن هنا تبرز الأهمية التي يطالب الشخص أمامها بحقه عما لحقه من ضرر سواء كان أمام المحاكم الدستورية أو أمام القضاء العادي أو الإداري وموقف هذا القضاء منه ومدى اختصاصه في مثل هذا النوع من الدعاوى وكما يأتي:

أولاً: مدى اختصاص القضاء الدستوري في التعويض

منذ الإصلاح الدستوري والذي حصل عام ٢٠٠٨ حيث يمكن للمجلس الدستوري أن يفحص القانون الذي صدر وكان مخالفاً للدستور، وهذا يعد من إجراءات مسألة الأولوية الدستورية، حيث يتم بعدها فقدان القانون كافة آثاره من اليوم الأول لإلغائه، المحكمة الاتحادية العليا لا تنظر بقضايا التعويض وذلك لكونها محكمة عليا ولها اختصاصاتها في الرقابة والتفسير وليس للنظر بالتعويض، وبعد التعديل الحاصل في ٢٠٠٨ فقد أعطى المجلس الدستوري الحق لمجلس الدولة سلطة النظر في مدى حق الأفراد بالمطالبة بالتعويضات، وذلك لما توجد من علاقة بين المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسي وخصوصاً بعد التعديل، وفي حال مخالفة القانون للدستور فيتم اشعار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض ضمن مدة محددة وفق قانون أساسي يحدد شروط تطبيق المادة^(١).

فالمجلس الدستوري ينظر بالقوانين الأساسية قبل إصدارها واقتراحات القوانين المنصوص عليها في المادة (١١) من دستور فرنسا، وذلك قبل عرضها على الاستفتاء والنظام الأساسي لمجلسي البرلمان قبل تطبيقها من المجلس الدستوري الذي يفصل في مدى مطابقتها للدستور^(٢).

(١) المادة (٦١-١) من دستور فرنسا الصادر عام ١٩٥٨ المعدل عام ٢٠٠٨ وتعديلاته.

(٢) المادة (٦١) من دستور فرنسا الصادر عام ١٩٥٨ المعدل عام ٢٠٠٨، متاح على الرابط www.Constituteproject.org تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/١٧ وقت الزيارة ٤:١٨ مساءً.

وبلاحظ مما نتقدم ان المجلس الدستوري وبوصفه الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين لم يعطى حق النظر في التعويض عن الاضرار الناجمة عن القانون المطعون بعدم دستوريته ومن ثم يكون اختصاصه مقتصرًا على الرقابة على الدستورية وتفسير القوانين، وبذلك فليس للمجلس الدستوري ولاية التعويض عن القوانين لكون نص المادة (٦١) لم تمنحه هذا الاختصاص وبالتالي فلا مناص من نظره في التعويض وانما يبقى ضمن اطار الاختصاصات المحددة له.

ثانياً: مدى اختصاص القضاء الإداري في التعويض عن القوانين غير الدستورية

يتضح من خلال الأحكام القضائية السابقة بأن القضاء الفرنسي وقبل حكم (لافلوريت) أو الأحكام التالية له، لم يخرج عن مبدأ عدم المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الأفراد جراء القانون الصادر من السلطة التشريعية، مالم تتجه ارادة السلطة إلى منح التعويض بصورة صريحة أو ضمنية^(١).

وكما رأينا في أكثر من موضع ان مجلس الدولة الفرنسي ومن خلال احكام تبني الاختصاص بالنظر في مسألة التعويض عن القوانين، حيث بدأ ذلك بحكم (لافلوريت) عام ١٩٨٣ ثم توالى بعد ذلك الاحكام التي جاء بها في التعويض والقول بإمكانية التعويض عن القوانين التي تؤدي إلى الاضرار بالافراد سواء كان ذلك نتيجة خطأ أو عدم وجود خطأ وذلك على أساس تحمل تبعة المخاطر، ثم أضاف إلى ذلك احكام وكانت لاخلال بالمعاهدات والالتزامات الدولية او نتيجة المساواة امام الأعباء العامة^(٢).

وفي القرار الأخير لمجلس الدولة الفرنسي والذي صدر في ٢٤/١٢/٢٠١٩ والذي قضى به مجلس الدولة الفرنسي، حيث أوضح من خلال قراره الذي طالبت به شركة (Paris Clichy) بتسديد المبلغ البالغ ١,٧٠,٠٠٠ يورو، إضافة إلى الفوائد التي تترتب على التأخير مع تحديد الأضرار وتقديرها وفق الفقرة (١) من البند (١٥) للأمر الصادر في عام ١٩٨٦، وبهذا القرار بين مجلس الدولة الفرنسي إمكانية حصول أي مواطن على التعويض عن الضرر الناجم عن تطبيق قانون اعلن المجلس عدم دستوريته، وتمت المطالبة بالتعويض عنه وطلب التعويض وذلك من خلال الشروط التي سبق الإشارة إليها^(٣).

(١) د. ماهر ابو العينين، التعويض عن اعمال السلطة العامة، الكتاب الثاني، مصدر سابق، ص ٩٦٤.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المصدر السابق، ص ٢٨٧.

(٣) مقال حول حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٤/١٢/٢٠١٩ حول السماح بالتعويض عن القوانين غير الدستورية، متاح على الرابط <https://www.intineraires-avocats.fr/2020/01/27> تاريخ الزيارة ١٧/٩/٢٠٢٠ وقت الزيارة ٤:٢٠ مساءً.

مما تقدم يمكن القول بأن مجلس الدولة أُعطي الحق بطلب التعويض عن القوانين، وكذلك أشار من خلال قراره بإعفاء المؤسسات العامة من الالتزام بتأسيس نظام مشاركة الموظفين في نتائج المؤسسة العامة، وبهذا قرر مجلس الدولة الاعتراف بمبدأ مسؤولية الدولة مع التمييز بين ما ينشئ عن اعتماد القانون والتعرض للخطأ دون عيب، وعلى أساس المساواة بين المواطنين واعتماد مبدأ تأكيد سيادة القانون.

ثالثاً: مدى اختصاص القضاء العادي في التعويض

مما لا شك فيه ان القضاء العادي يختص بالفصل في المنازعات التي تتكون بين الأشخاص سواء كان متمثلاً بالقضاء المدني أو الجنائي بالإضافة إلى ان محاكم أخرى متخصصة بقضايا أخرى كما في محكمة العمل، المحكمة التجارية^(١).

ومن الملاحظ ان محكمة النقض وهي أعلى محكمة في النظام القضائي الفرنسي فتخضع القضايا المدنية أو الجزائية أو التجارية.. الخ لاحكام محاكم الدرجة الأولى ويجوز بعد ذلك تشكيل طلب نقض امام محكمة النقض، وعليه فلا تقوم محكمة النقض بالبت بالنزاعات المؤدية للقرارات التي تحال إليها وإنما يتم البت في القرارات بذاتها وذلك لمعرفة فيما لو تم تطبيق القانون بشكل صحيح أو غير صحيح^(٢).

ويلاحظ مما تقدم انه في حالة إحالة الدفع إلى محكمة النقض بمسألة عدم الدستورية فإن المحكمة التي قامت بالاحالة تتوقف عن نظر الدعوى المطروحة لحين صدور الحكم بعدم الدستورية من عدمه من قبل المجلس الدستوري والذي تقوم بإحالة موضوع عدم الدستورية إليه خلال مدة ثلاثة أشهر إذا تبين لها جدية الدفع بعدم الدستورية^(٣).

نستخلص مما تقدم ان القضاء العادي لا يختص بدعاوى التعويض عن مسؤولية الدولة عن القوانين وذلك لعدم ولايتها في ذلك وإنما يكون التعويض في المسائل المدنية وضمن الاطار المحدد لها، وفي حال الإحالة في

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، معضلة القيود الواردة على اختصاصات القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، مجلة جامعة جيهان، اربيل، المجلد ١، العدد ١، ٢٠١٧، ص ٢٦.

(٢) لمحة موجزة عن التنظيم القضائي في فرنسا، بواسطة الكاتب يوسف، مجلة القضاء والقانون المقارن، ٢٠١٨، متاح على الرابط www.magallah.com تاريخ الزيارة ١٩/٩/٢٠١٠، س ١٠:٥ مساءً.

(٣) د. صلاح الدين فوزي محمد، الأفراد والدفع بعدم دستورية القوانين في النظام الدستوري الفرنسي، بحص منشور في مجلة الدستورية، جامعة المنصورة، العدد (٢٥)، السنة الثانية عشر، ٢٠١٤، متاح على الرابط redamranlaw.blogspot.com تاريخ الزيارة ٢٠/٩/٢٠٢٠، س ٦:٣٠ مساءً.

موضوع عدم الدستورية فأنها تقوم بأحالتها للمجلس الدستوري ووقف الإجراءات لحين صدور قرار بالدستورية من عدمه وعليه فليس من اختصاص القضاء العادي النظر بمسألة التعويض عن القوانين غير الدستورية.

الفرع الثاني

الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية في مصر والعراق

نتناول في هذا الفرع موقف القضاء في كل من مصر والعراق ومعرفة مدى اختصاص المحاكم بالنظر في مثل هذا النوع من القضايا ووفق الآتي:

أولاً: الجهة القضائية المختصة بالتعويض في مصر

لمعرفة الجهة التي تكون مختصة بالتعويض عن القوانين في مصر يستوجب معرفة مدى اختصاص كل من القضاء الدستوري والإداري والعادي وكما سنوضحه ادناه:

١- مدى اختصاص القضاء الدستوري في مصر

يختص القضاء الدستوري المصري متمثلاً بالمحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح والفصل في تنازع الاختصاص من أجل تعيين الجهة المختصة، إضافة إلى الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين^(١).

بالإضافة إلى الاختصاص السابق تختص المحكمة الدستورية العليا بتفسير نصوص القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية والقرارات الصادرة بقوانين وفق احكام الدستور^(٢).

فلمحكمة ان تقضي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة بمناسبة ممارسة اختصاصها أو متصلاً بالنزاع المطروح بعد اتباع الإجراءات المقررة من أجل تحضير الدعاوى الدستورية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار^(٣).

(١) المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

(٢) المادة (٢٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

(٣) المادة (١٩٥) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ المعدل.

مما تقدم يلاحظ ان الدستور المصري إضافة إلى قانون المحكمة الدستورية العليا بين اختصاص المحكمة العليا إلا ان بيان الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو ما يمثل التعويض في حالة الحاق الضرر بالأفراد من قبل القانون المطعون به فأن يمكن القول بأن المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة حددت ووضحت ذلك، حيث نصت المذكرة الايضاحية على ((تناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر القضاء والفقهاء على ان مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وانما بالنسبة للوقائع السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص..)) فالمذكرة الايضاحية تقرر الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم دستورية القانون وهذا متعارضاً مع نص المادة (٤٩) اوحى بالأثر المباشر^(١).

اما بعد التعديل فقد اصدر رئيس الجمهورية في ١٠/٧/١٩٩٨ قرار بقانون رقم (١٦٨) سنة ١٩٩٨ تعديل للفقرة الثالثة من المادة (٤٩) لقانون المحكمة الدستورية العليا، حيث نصت المادة الأولى منه على استبدال الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) حيث نصت على (ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم ذلك تاريخاً آخر على ان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر وذلك دون اخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص)^(٢).

أما بالنسبة إلى المذكرة الايضاحية لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ نصت على (وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا في مجال نص المادة (٤٩) من قانونها على ان الحكم الذي تصدره بعدم دستورية نص تشريعي يكون له أثر يمتد إلى الماضي برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة).

ومن هذه المذكرة الايضاحية يتضح ان الحكم الذي تصدره بعدم الدستورية يمتد أثره إلى الماضي وبأثر رجعي وجاء هذا بصورة مطلقة لتطبيق الأثر الرجعي - في غير المسائل الجنائية- وهذا يؤدي إلى صعوبة بالتطبيق واخلال بمراكز قانونية امتد زمنها واستقرت إذا كان ذلك بهذا الاطلاق، إضافة إلى

(١) ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، ١٩٩٩، ص ٢٣٥؛ و عبد الله ناطق، حجية وأثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥٦؛ والمستشار ماهر البحيري، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية و فلسفة التشريع في الحد مداه، بحق منشور في مجلة الدستورية، العدد (١)، نيسان ٢٠٠٣، ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) الجريدة الرسمية، العدد (٢٨)، مكرر بتاريخ ١١/٧/١٩٩٨، ص ٢؛ و د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي للتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٧.

اضعاف الدولة بتحميل خزينتها مما يؤدي إلى اضعافها في القيام بمهامها للنهوض بالخدمات التي تمس مصالح المواطنين.

ان تعديل حكم الفقرة الثالثة في المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ وجد ما يكفل تحقيق الأغراض والأهداف الآتية:

١- إعطاء المحكمة سلطة تقرير الأثر الرجعي لأحكامها، وذلك بما يتلاءم وظروف الدعاوى الدستورية ومراعاتها للظروف المحيطة بها.

٢- تقرير الأثر المباشر في القانون إذا كان الحكم بعد الدستورية متعلق بنص ضريبي.

٣- حسم الخلاف بشأن الأثر المباشر للأحكام التي تنص ببطلان نص ضريبي يسحب أثره إلى ذي مصلحة بالخصومة الدستورية^(١).

ومما تقدم نلاحظ بأن عدم الاتفاق حول الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية سواء كان مباشر أم رجعي هو ما يبين بأن قانون المحكمة الاتحادية وكذلك الدستور اكتفى فقط بالإشارة إلى اختصاص المحكمة العليا بالرقابة والتفسير إضافة إلى النزاعات حول حكمين نهائيين ولم يبين أو يتطرق إلى بيان أو الإشارة للأثر المترتب على عدم الدستورية في حال سبب القانون اضراراً عند تطبيقه، وهذا يشكل خلاف حول الجهة المختصة والتي يستطيع الافراد المطالبة امامها بالتعويض مما يؤدي إلى القول بأن المحكمة الدستورية العليا ليس لها الولاية بالنظر في قضايا التعويض عن القوانين غير الدستورية.

٢- مدى اختصاص القضاء الإداري في مصر

مما لا شك فيه ان المحاكم الإدارية لم تسند حق النظر بالدعاوى المتعلقة بمراقبة العمل التشريعي، فالقضاء المصري وخلال القرن السابق أشار إلى (ان المبدأ المسلم به كقاعدة عامة عدم مساءلة الدولة عن اعمالها المشروعة لأن التشريع يجب ان تكون له الكلمة العليا في تنظيم المجتمع عن طريق وضع القواعد العامة المجردة، فإذا ترتبت على التشريع ضرر لبعض المواطنين فأن الصالح العام يقتضي ان يتحملوا عبء ذلك، ومبدأ عدم المسؤولية للدولة عن النشاط التشريعي وعمما قد تسببه من اضرار هو مبدأ تقليدي يقوم على مبدأ سيادة الدولة، وبظل مبدأ السيادة لا يحق لأي احد ان يطلب التعويض، إذ ان الضرر الذي

(١) المذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (٢٨) مكرر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١١، ص ٨٠٣.

تسببه القوانين لا تتوفر به الشروط اللازمة للحكم بالتعويض وأهمها الخصوصية فلا يتم التعويض عن الأضرار ما لم ينص القانون على ذلك وفي حال سكوت المشرع عن تقريره للتعويض فذلك يعد قرينة على انه لا يترتب على التشريع أي تعويض^(١).

فالقضاء الإداري بالنسبة إلى الاختصاص بدعوى المسؤولية عن القوانين المقضي بعدم دستوريتهما توجد عليها إشكاليات حيث ان المقرر ان القضاء بعدم الدستورية لقانون معين يجعل القرارات التي تصدر بناء على ذلك القانون منعدمة ويجوز الطعن بها في أي وقت، فأن اختصاص مجلس الدولة بدعوى التعويض عن قانون ما في هذه الحالة عندما تكون المحكمة الدستورية العليا حكمت بعدم الدستورية وانتهت إلى الحكم بذلك يمكن القول بإمكانية التعويض عن الاضرار المباشرة والتي تسبب بها القانون المقضي بعدم دستوريته، وبهذا يمكن القول ان مجلس الدولة المصري كما هو الحال بالنسبة إلى مجلس الدولة الفرنسي يمكنه التمسك باختصاصه بالتعويض على أساس ان تلك منازعة في نطاق القانون العام، ومسؤولية الدولة هي مسؤولية إدارية هنا وليست مسؤولية تشريعية لتعويض أصحاب الشأن بالنسبة للقانون المقضي بعدم دستوريته، حيث يمكن بذلك لمجلس الدولة تطبيق مبادئ التعويض إذا كانت عدم دستورية القانون راجعة إلى الشكل أو الإجراءات أو التضييق من شروط الضرر التي توجب المسؤولية^(٢).

مما تقدم نلاحظ ان القضاء الإداري المصري غير مختص بإلغاء القوانين غير الدستورية لأنها ليست من قبيل القرارات الإدارية إلا ان التعويض عنها وإمكانية القول بالسماح لمجلس الدولة المصري بإعطاء الحق للأفراد بالمطالبة بهذا التعويض كما فعل مجلس الدولة الفرنسي يمكن الركون إليه والأخذ به؛ وذلك على أساس مبادئ العدالة والمساواة امام الأعباء العامة وتأكيد سيادة القانون، إضافة إلى الأخذ بالرقابة في مصر وهذا بالتالي يمكن القول معه بالسماح لمجلس الدولة المصري بما له من اختصاص بإعطاء الحق للأفراد بالمطالبة بالتعويض فيما لو أصابهم ضرر نتيجة قانون ما وذلك اثناء النظر بالنزاع الحاصل امام القضاء الإداري وبمناسبة طرح عدم الدستورية واحالته للمحكمة الدستورية العليا، وهذا ما يمكن القول بإمكانيته في مجلس الدولة المصري انسجاماً مع مجلس الدولة الفرنسي وذلك على اعتبار ان القضاء الإداري أكثر احتكاكاً بالأفراد.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، ٣ مارس ١٩٥٧، ص ٢٣٩ اشار إليه رياض عبد عيسى الزهيري، مسؤولية الدولة عن اعمالها الضارة في القانون الجزائري، مقال على الانترنت، ص ١٥٧.

(٢) د. حنفي الجبالي، المسؤولية عن القوانين، المصدر السابق، ص ٥٧.

٣- مدى اختصاص القضاء العادي في مصر

مما لا شك فيه ان القضاء العادي يختص بالنظر بالقضايا التي تنشئ بين الأفراد والتي يتم التعويض عنها وفق أحكام القانون المدني وليس نتيجة لعدم دستورية القانون المطبق، حيث تنظم شؤونه المواد من (١٨٤-١٨٩) من دستور عام ٢٠١٤ وكذلك القانون رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ المعدل، حيث يختص القضاء العادي وفق أحكام المواد (١٨٨) من الدستور بالفصل في كل المنازعات والجرائم، حيث نصت المادة (١٨٨) على انه (يختص القضاء بالفصل في كل المنازعات والجرائم عدا ما تختص به جهة قضائية أخرى..)، وكذلك تنص المادة (١٥) من قانون السلطة القضائية على أنه (فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في كل المنازعات والجرائم الا ما استثنى بنص خاص..)^(١).

إضافة لما تقدم فإنه واثاء النظر بالدعوى امام محاكم القضاء العادي واثارة مسألة الدستورية فإن المحكمة إذا رأت جدية الدفع فإنه تحدد موعداً لرفع الدفع امام المحكمة الدستورية العليا بمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وعلى هذا الأساس فالمحكمة تنظر القرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا وارجاء النظر في الدعوى المعروضة امامها^(٢).

نلاحظ مما تقدم ان القضاء العادي غير مختص بالنظر في دعاوى التعويض الناتجة عن القوانين غير الدستورية، وذلك لعدم ولايتها للنظر في ذلك وانما اختصاصها بالنظر في المنازعات والجرائم المنصوص عليها فيها، وان التعويض الذي يكون نتيجة لمبادئ القانون المدني فإنه ليس نتيجة لعدم دستورية القانون وانما وفق احكام القانون سواء كانت مسؤولية عقدية ام تقصيرية.

نلاحظ مما تقدم ان المحكمة الدستورية العليا لها اختصاصها في الرقابة والتفسير ومهمتها مراقبة تطابق القوانين مع مواد الدستور، حيث تقوم بإلغاء القوانين المخالفة للدستور وتكون غير مختصة بطلبات التعويض على اعتبار ان المحاكم العليا لها اختصاصها، فهي تقضي فقط بالحكم بعدم الدستورية وإلغاء القانون المطعون به، اما القضاء الإداري المصري فإنه غير مختص بإلغاء القوانين لأنها لا تعتبر من قبيل القرارات الإدارية وان القضاء العادي يختص بالقضايا الناشئة بين الأشخاص والتي يتم التعويض عنها امام

(١) قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ وتعديلاته

(٢) حكم محكمة النقض المصرية رقم (٢٦٢٠)، قضائية، ٢٠١٨ متاح على الرابط www.cc.gov.eg تاريخ الزيارة ٢٢/٩/٢٠٢٠، الساعة ١٠:٣٠ مساءً.

المحاكم المدنية، ولكن التعويض في هذه الحالة لا يكون نتيجة لعدم دستورية القانون وإنما نتيجة لما يحصل من أضرار بين الأشخاص من قبل بعضهم البعض.

ثانياً: الجهة القضائية المختصة بالتعويض في العراق

لأجل معرفة موقف القضاء العراقي من الجهة المختصة بالتعويض عما يصدر من قوانين تؤدي إلى الأضرار بالأفراد يستوجب التطرق إلى معرفة ذلك في كل من القضاء الدستوري والإداري والعادي وكما يلي:

١ - مدى اختصاص القضاء الدستوري في العراق

بالنسبة إلى العراق فإن الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ حدد اختصاص المحكمة العليا ومن هذه الاختصاصات الرقابة على الدستورية والتفسير، إلا ان الدستور لم يحدد الأثر المترتب على عدم دستورية القوانين أي لم يشر إلى الأثر وهو التعويض عن الضرر الذي يتسبب به القانون المطعون بعدم دستوريته، حيث ان المادة (٩٣/أولاً) منحت المحكمة صلاحية البت في دستورية القوانين النافذة، فتمارس ذلك بناء على طلب احدى المحاكم أو إحدى الجهات الرسمية أو الأفراد، حيث ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا أشار في المادة (٣، ٤) إلى إمكانية تحريك الدعوى الدستورية امام المحكمة العليا من قبل المحاكم العدلية (المدنية والجزائية) ويكون الطلب مقدم من قبل محكمة الموضوع، ومن هنا يتضح ان المشرع العراقي منح الأفراد والأشخاص المعنوية حق رفع دعوى دستورية امام المحكمة الاتحادية العليا وبصورة مباشرة^(١)، واشترط في الدعوى ان يكون للمدعي مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني والمالي أي ان تكون له فائدة عملية من رفع الدعوى بعدم الدستورية، وإذ لم تكون هناك فائدة أي مصلحة فإنه لا تقبل الدعوى^(٢).

وبذلك يتضح ان المشرع العراقي بين الحالة التي يكون فيها القانون الصادر والذي يكون مخالفاً للدستور والمطعون بعدم دستوريته، حيث بين الدستور اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بالنظر في دستوريته وكذلك قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، إلا أنه وبالرغم من ذلك فإنه لم يبين الأثر المترتب بعد صدور حكم المحكمة يقضي به بعدم دستورية القانون المطعون به، ففي

(١) نص المادة (٤/رابعاً) قانون المحكمة الاتحادية العليا، والمادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

(٢) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠؛ وينظر: فايز واشرف المساوي، المحكمة الدستورية العليا، ص ٧٩-٨٠.

حالة اضرار القانون المقضي بعدم دستوريته والذي تسبب بضرر للأفراد فإن من العدالة ان يتمكن الطرف المتضرر من الحصول على التعويض المناسب من أجل جبر الضرر الحاصل، وبذلك وبعدم ذكر الأثر المترتب فإنه أيضاً لم يتم ذكر الجهة التي يستطيع الشخص المتضرر ان يلجأ إليها من أجل ان يطالب بالتعويض المناسب عن الضرر الذي أصابه من جراء تطبيق القانون المطعون به، فالعدالة تقتضي ان يتم تعويض الشخص عما أصابه من ضرر نتيجة لتطبيق قانون غير دستوري بعكس المشرع الفرنسي الذي اعطى للأفراد الحق بالمطالبة بالتعويض عما يصيبهم من اضرار، فالمشرع العراقي لم يبين الجهة المختصة بالتعويض إضافة إلى عدم بيان الامكانية والأثر المترتب على عدم الدستورية أي إمكانية المطالبة بالتعويض، وبالتالي فإن ذلك يدل على وجود نقص تشريعي بالنسبة إلى المشرع العراقي وينبغي القيام بسد هذا النقص وذلك من خلال التطرق إلى بيان الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية؛ وذلك لأن المحكمة الاتحادية العليا في العراق عندما تقوم بالحكم بعدم دستورية قانون ما فإن المحكمة تقوم بإلغاء القانون وبصورة مباشرة أي عدم رجعية قرار المحكمة إلى وقت نفاذ القانون وتطبيقه وانما فقط إلى الغاء القانون من وقت صدور حكم المحكمة، وهذا بدوره يؤدي إلى الاضرار التي اصابته الأفراد نتيجة القانون وقت تطبيقه لأنها سوف تبقى لم يتم الغاءها؛ وذلك لعدم رجعية أثر الحكم إضافة إلى عدم إمكانية المطالبة بالتعويض عن ذلك القانون من قبل الأطراف المتضررة منه منذ وقت صدوره وتطبيقه.

وبذلك فإن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بين في المادة (٩٣) اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا إلا انه لم يبين الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية إضافة لعدم بيانه الجهة المختصة بالتعويض، كذلك قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ أيضاً جاء خالي من أي تحديد للأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية للنص التشريعي، كذلك الحال بالنسبة للنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ أيضاً لم يشر إلى الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية.

ونظراً لخلو الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ وقانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ من أي إشارة للأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية فلقد ذهب اتجاه إلى تبني الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية بالاستناد إلى حجج منها سكوت الدستور وقانون المحكمة فيقضي بذلك العود إلى القواعد العامة

القاضية بأن الحكم هو كاشف وليس منشأ، إضافة إلى مراعاة الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة من خلال القانون وقت تطبيقه، أي تحقيق الشرعية الدستورية واستقرار المراكز أي ان التوازن قد تم تحقيقه^(١).

كذلك ان الأعمال بالأثر الرجعي يدعم الفائدة العملية التي يريدها الخصم وذلك في حال عدم الرجعية فالمحكمة ستجد نفسها ملزمة بتطبيق النص المقضي بعدم الدستورية وهذا يتعارض مع رقابة الدستورية^(٢)، اما الاتجاه الآخر فقد أخذ بالأثر المباشر للحكم الصادر استناداً إلى القول بأن الأثر الرجعي يؤدي إلى هدم المراكز القانونية التي اكتسبت من قبل القانون المطعون بدستوريته واعتبار الحكم الصادر بالإلغاء من صدور الحكم^(٣)، حيث جعلت المحكمة الاتحادية قراراتها ملزمة وذات أثر فوري ولا تسري على الوقائع السابقة^(٤).

ونستج مما تقدم ان القضاء الدستوري متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا بالإضافة إلى عدم ذكره الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية القوانين فإن ذلك يقضي عدم اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالنظر في قضايا التعويض؛ وذلك لأن المحكمة الاتحادية العليا لها الولاية والاختصاص في الرقابة على دستورية القوانين ومدى مطابقتها للدستور بالإضافة إلى التفسير والاختصاصات المحددة لها في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ إضافة إلى قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.

٢- مدى اختصاص القضاء الإداري في العراق

تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طلب من ذي مصلحة وممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن^(٥).

(١) مها بهجت يونس، الحكم بعد دستورية نص تشريعي، مصدر سابق، ص ١٢٠؛ و د. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد الأول، العدد ١٨، ص ٢١٤، ٢٠١٠.

(٢) القاضي سالم روضان الموسوي، الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية (احكام المحكمة الاتحادية انموذجاً) مقال منشور في جريدة المدى، العدد (٢٦٣٩)، ١٤/١١/٢٠١٢.

(٣) د. جواد الهنداوي، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٣٤٣.

(٤) د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٥) المادة (٧/رابعاً) من قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لمجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

وبالنسبة إلى اختصاصات المحكمة الإدارية العليا فقد اختصت بالنظر في صحة الاحكام الصادرة عن محكمتي القضاء الإداري وقضاء الموظفين وكذلك النظر في التنازع حول تعيين جهة الاختصاص في نظر الدعوى والذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين إضافة إلى النظر بالتنازع حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد بين الخصمين انفسهم أو كان أحدهم طرفاً في الحكمين وترجيح أحد الحكمين وتنفيذه دون الآخر^(١).

ويمكن القول بأن ولاية المحكمة الإدارية العليا حددها المشرع العراقي في القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ قانون التعديل الخامس لمجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، حيث بين ان المحكمة الإدارية العليا تمارس ذات الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين^(٢).

وفي اطار التعويض فإن محكمة القضاء الإداري تنتظر بدعاوى التعويض عن أعمال الإدارة، وذلك بصورة تبعية مع دعاوى الإلغاء، حيث لا تنتظر المحكمة لدعاوى التعويض بصفة أصلية، إذ يختص بذلك القضاء العادي أي أنها تبعية للدعوى الأصلية^(٣).

يمكن القول في هذا الاطار وفي مناسبة عرض الدعوى أمام المحكمة المختصة وبحسب نص المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة، حيث ينص على انه (إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص القانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو اوامر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية، فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها ثبت في قبول الدعوى، فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية، وتتخذ قرارها باستئثار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا^(٤)).

(١) المادة (٢/رابعاً) من قانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لمجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) د. عامر زغير محيسن، المحكمة الإدارية العليا بالنظر تمييزاً في القضاء الإداري في العراق "دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة ميسان، ٢٠١٥، ص ١٦١ وما بعدها.

(٣) صعب ناجي عبود الدليمي، الدفوع الشكلية امام القضاء الإداري في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ٤٢.

(٤) د. عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٣١٣.

حيث يتضح أن المشرع العراقي اجاز الحق لجميع المحاكم وعلى كافة درجاتها في السلم القضائي، تحيل من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى أو نظام أو تعليمات في إطار الدستورية، أما باستئثار الدعوى أو الفصل في الدستورية أو رفض الطلب والاكمال بإجراءات الدعوى، وذلك بحسب الأحوال، يتضح من ذلك انه يمكن ان نلتمس إمكانية التعويض عن القوانين غير الدستورية امام القضاء الإداري العراقي في حالة تمسك أحد الأفراد بعدم دستورية قانون أو نص قانوني صدر على أساسه قرار إداري مطعون بعدم مشروعيته وتمسك بالتعويض عن الاضرار الناشئة عنه.

٣- مدى اختصاص القضاء العادي في العراق

يختص القضاء العادي بالنظر في جميع المنازعات أياً كان نوعها بين الأفراد أنفسهم وكذلك النظر في جميع المنازعات بين الأفراد من جهة والهيئات وفق أساليب القانون الخاص، والتي تتمثل بحسب قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ من محاكم التمييز والاستئناف والبداءة.. الخ، حيث تختص هذه المحاكم بالمنازعات التي تحصل بين الأفراد أنفسهم وان التعويض المطالب به يكون في اطار القانون الخاص ووفق مبادئه العامة وليس نتيجة لعدم دستورية القانون وتسببه بالأضرار للأفراد ويستطيع القاضي المدني العراقي ان يحكم بالتعويض النقدي والعيني فضلاً عن التعويض الأدبي في اطار القانون الخاص ووفق احكامه^(١).

ان التعويض الذي يكون في اطار القضاء العادي سواء كان في القانون المدني أم الجزائي فإنه يكون امام محاكم القضاء المدني ونتيجة لضرر أصاب الشخص من فعل الغير وليس نتيجة لعدم دستورية القانون المطعون به وما سببه من أضرار وعلى هذا الأساس فإن القضاء ليس له ولاية بالنظر في قضايا التعويض عن الأضرار التي تتسبب بها القوانين المطعون بعدم دستورتيتها.

وكما وضحنا سابقاً بأنه بالإمكان الركون إلى الدفع الفرعي وذلك في مناسبة قضية معروضة أمام المحاكم العادية، وارتأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم بأن القانون أو النص المطبق غير دستوري، وبذلك فإن المحكمة تستأخر النظر في الدعوى امامها لحين البث في مسألة الدستورية بقبول الدعوى أو رفضها، فإذا اقتصت المحكمة بجدية الدفع بالنسبة إلى الدعوى المعروضة امامها، فتكون الرقابة في هذه الحالة لاحقة لصدور القانون^(٢)، فمسألة دستورية النص أو القانون أمر متروك لمحكمة

(١) المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

(٢) اسماعيل مرنه، القانون الدستوري، دار الملاك، بغداد، ط٣، ٢٠٠٤، ص٣٩٧.

الموضوع، حيث يرسل الطلب معلاً إلى المحكمة الاتحادية فإذا رأت جدية الطلب، فإنه وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية التي تعالج الاحوال الطارئة في المادة (١/٨٣)، نصت على (إذا رأت المحكمة أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت ايقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع)^(١).

وهذا ما جاء في قرار لمحكمة بداءة الديوانية بتاريخ ٢٠٢/١١/٩ بخصوص العقار العائد للبلدية، حيث ان المدعين بأجر المثل عن العقار بالنسبة للجزء الذاهب إلى الطريق العام من عام ٢٠١٢ ولغاية ٢٠١٧، وبما أن الجزء العائد هو اسهم لورثه فأنهم طالبوا بالزام البلدية بتأدية اجر المثل لهم، على أساس عدم دستورية النصوص التي استندت إليها البلدية في رفض التعويض، إلا انه تم الطعن تمييزاً من قبل محامي البلدية على اعتبار أن هذه الأمور من قوانين دائرة البلدية، وعلى أساس أن القاضي الدستوري الذي فصل في هذه الدعوى هو قاضي متقاعد، إضافة إلى سريان قوانين البلدية على هذه القضية فقد تم نقضه، وعلى ضوء ذلك فإن الجزء الذاهب للطريق هو من اجل المصلحة العامة، وهنا تم رفض التعويض ليس على أساس عدم الاستحقاق وإنما بسبب عدم مشروعية قرار المحكمة الاتحادية بنقض النص الدستوري^(٢).

ومما يلاحظ من خلال قرار بداءة الديوانية انها بناءً على دفع فرعي بعدم شرعية تطبيق أمر أو نص أو قانون أدى إلى الطعن بالحكم؛ وذلك على أساس ان القرار وقت صدوره كان القاضي الذي فصل في الدعوى متقاعداً، مما أدى بالتالي إلى نقض القرار لعدم اختصاص القاضي بالدعوى أعلاه، مما أثار عدم الدستورية إضافة إلى المطالبة بالتعويض وفق القانون المدني واحكامه، إلا أنه وبالرغم من اثاره موضوع عدم الدستورية من خلال الدفع الفرعي إلا ان ذلك لا يعني ان للقضاء العادي الولاية في الاختصاص بالمطالبة في التعويض عن القوانين غير الدستورية وما تسببه من اضرار، وإنما تعتبر طريقة للوصول إلى المطالبة بالتعويض من خلال الغائها بغض النظر عن بيان الأثر المترتب عن الإلغاء وذلك بطريقة غير مباشرة وهي الدفع الفرعي بعدم دستورية نص أو قانون.

(١) قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢) ينظر: قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية، محكمة بداءة الديوانية، العدد ٣١٣/ب/٢٠٢٠، غير منشور.

الخاتمة

في نهاية الرسالة توصلنا إلى مجموعة من النتائج والمقترحات الآتية وهي كما يلي:

أولاً: النتائج:

سوف نتكلم عن النتائج التي تم التوصل إليها وذلك من خلال النقاط الآتية:

١- أوضحت الدراسة أن مسؤولية الدولة عن القوانين كان ولفترة قريبة من الزمن لا يتم الحكم به حيث كان المبدأ هو الحكم بعدم المسؤولية، وذلك استناداً إلى مبدأ سيادة الدولة وأعمال السيادة والتي تقضي بدورها إلى عدم مساءلة الدولة عن التشريعات الصادرة عنها، على اعتبار أن الخطأ لا يمكن نسبته إلى المشرع باعتباره ممثل الأمة وأنه من الصعوبة نسبه الخطأ له.

٢- توصلت الدراسة إلى أنه وبالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون المدني فإن هناك نطاق للمسؤولية وذلك من خلال مسؤولية التابع عن أعمال متبوعه بالإضافة إلى المسؤولية العقدية والتقصيرية الناشئة عن الأضرار من قبل الشخص القائم بالضرر، وإن تلك القواعد يحكمها القانون المدني وليس من الصعوبة تطبيقها في مجال القانون العام.

٣- إن القضاء الإداري في إطار مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، إضافة إلى إمكان مسألتها وعن الخطأ، فإنه تتم مسألتها من دون خطأ استناداً لمبادئ أقرها القضاء الإداري، إلا أن القول بمسؤولية الإدارة دون خطأ أي المسؤولية القائمة على أساس المخاطر فإن ذلك لا يمكن إقامته في العراق، وذلك بحسب التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ (المادة ٧/ثامناً/أ) منه، الذي قضى الحكم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الأوامر والقرارات الإدارية إذا ثبت لمحكمة القضاء الإداري عدم مشروعية هذه الأوامر والقرارات وكان ذلك بناء على طلب.

٤- توصلت الدراسة إلى أن مرحلة إنكار مسؤولية الدولة عن القوانين كانت مستتدة إلى أسس ومبادئ تقليدية لا تواكب التطور الحاصل في المجتمعات والسياسات العامة للبلدان، إضافة إلى تمسك البعض من الدول بالمبادئ التقليدية من أجل عدم قيام المسؤولية.

٥- بينت الدراسة أن الأخذ بالرقابة على الدستورية في البلدان التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على القوانين، يمكن الاستناد عليها لإمكان القول بالتعويض، وعليه فإن مجلس الدولة الفرنسي وبعد التعديل الحاصل في

عام ٢٠٠٨ وإدخال الرقابة اللاحقة أمر بإمكان مسائلة الدولة والتعويض عما تسببه القوانين من أضرار للإفراد، وإعطاء الحق للأشخاص بالمطالبة بالتعويض، استناداً إلى المبادئ العامة وكذلك مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

٦- اتضح من خلال الدراسة ان تطور مراحل المسؤولية عن الاعمال التي تقوم بها السلطات العامة ازاء المواطنين لها اهمية كبيرة في الواقع العملي والتطبيقي وذلك لان الافراد يتضررون من جراء تلك الاعمال بذريعه تحقيق الصالح العام وبهذه الذريعه لا يستطيع الاشخاص ان يطالبوا بحقوقهم التي اضر بها القانون او العمل الذي تقوم به تلك السلطات.

٧- بينت الدراسة ان القول بمسؤولية الدولة عن اعمالها التشريعية بشكل عام وعن القوانين بشكل خاص تواجه صعوبات في التطبيق وتحديدًا في التشريع العراقي وذلك لعدم وجود نص يقضي بذلك، اضافة الى عدم تبني المشرع القيام بتعويضات عن القوانين المطعون بدستوريتها؛ لان القانون المطعون به يتم بإلغاء القانون دون التطرق الى الاثار التي رتبها بعكس ما فعل القانون الاساسي العراقي الصادر عام ١٩٢٥ والذي نص على تشريع قانون يعالج الاثار المترتبة على القانون المطعون به

٨- توصلت الدراسة إلى ان الأسس التي استند عليها مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية التعويض عن القوانين بصفة عامة والقوانين غير الدستورية بصفة خاصة هي من أهمها مبدأ مساواة الأفراد امام الأعباء العامة واحترام الاتفاقيات الدولية ومبدأ سيادة الدستور والقانون وحماية المشروعية.

٩- اتضح من خلال الدراسة إلى أن هنالك شروط ينبغي مراعاتها للاقرار بمسؤولية الدولة في التعويض عن القوانين غير الدستورية والمتمثلة في كون التعويض غير ممنوع من قبل المشرع إضافة إلى مشروعية المصالح المتضررة، وكون الضرر متحقق ومباشر إضافة إلى الشروط الأخرى التي جاء بها مجلس الدولة الفرنسي في آخر قرار له والمتمثلة بدخول القانون حيز التطبيق وكون التعويض في الحدود التي يقرها مجلس الدولة الفرنسي إضافة إلى شرط المدة.

١٠- بينت الدراسة إضافة إلى الشروط العامة للتعويض شروطاً خاصة جاء بها مجلس الدولة الفرنسي وذلك من خلال احكامه المتوالية في هذا المجال من حكمه الشهير في قضية (لافلوريت) عام ١٩٣٨ وصولاً إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي في عام ٢٠١٩ مع إمكانية القول بالآخذ به في التشريع العراقي.

١١- أوضحت الدراسة أنواع التعويض والتي هي متمثلة في التعويض النقدي والتعويض العيني وبيان مدى إمكانية الأخذ بأحد الأنواع لأجل التعويض عن القوانين غير الدستورية، وكون التعويض العيني متمثلاً بإعادة الحال لما كان عليه اما التعويض النقدي يتمثل ببديل يدفع في حال تعذر ارجاع الحال لما كان عليه وصعوبة تطبيقه.

١٢- تطرقت الدراسة إلى بيان الجهة القضائية المختصة بالتعويض عن القوانين غير الدستورية وذلك في كل من الدول المقارنة والعراق مع إمكانية القول بالأخذ بما جاء به المشرع الفرنسي في اطار الجهة القضائية في العراق؛ وذلك من خلال بيان موقف الجهة المختصة في كل من الدول محل الدراسة إضافة إلى التطرق لكل من اختصاص القضاء الدستوري والإداري والعادي في كل من الدول المقارنة محل الدراسة والعراق من اجل الوقوف على بيان أهم ما جاء به القضاء في هذه المسألة وبيان إمكانية القول بالتعويض من عدمه.

ثانياً: المقترحات

من خلال الدراسة والتحليل لما جاء في متن دراستنا فانه تم التوصل الى مجموعه من المقترحات وهي كالآتي:

١- نوصي بان يتم اصدار نصوص قانونية للمحكمة الاتحادية العليا بما يتلاءم ويتناسب مع الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ وليس استناداً لقانون ادارة الدولة على ان يتضمن التعديل:

أ- تحديد أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية من حيث النطاق الزمني ولا يترك ذلك للتفسيرات المختلفة.

ب- تقرير التعويض للأشخاص المتضررين من القوانين الصادر عن الدولة؛ وذلك لاعتبارها مسؤولة عن اعمال سلطاتها العامة بعد الغاء القانون المطعون به.

٢- ضرورة تعديل النظام الداخلي للمحكمة بما يتفق وتحديد مدة معينة للدفع بعدم الشرعية من خلال نص او نظام يقضي بذلك.

٣- ضرورة النص في الدستور العراقي الصادر عام ٢٠٠٥ على حماية المبادئ الدستورية العليا ومنها مبدأ العدالة والمساواة ام القانون وذلك بضرورة تشريع فقرة في نص المادة (٩٣/ثالثاً) تقضي بتشكيل هيئة مختصة بالنظر في دعاوى التعويض الناجمة عن اضرار القوانين غير الدستورية تحقيقاً للمبادئ التي وضع

الدستور من اجل حمايتها بما يتفق واحكامه وتكون كالاتي (٩٣/ثالثاً/..... مع ضرورة تشكيل لجنة لتنفيذ التعويضات الناجمة عن تلك المنازعات بما يتلائم وتحقيق المبادئ الدستورية العليا).

٤- ضرورة تمكين مجلس الدولة العراقي من قبل المجلس الدستوري بالتعويض عن الاضرار التي تكون ناتجة عن تطبيق القوانين غير الدستورية.

٥- تبني الأثر الرجعي الناجم عن عدم دستورية القوانين في بعض الحالات التي تستوجب ذلك والذي يمكن من خلاله تشريع قانون المحكمة الاتحادية العليا بالاستناد إلى المبادئ العامة لإمكانية قيام المسؤولية.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

أولاً: المعاجم اللغوية

١- المنجد في اللغة والاعلام، دار المشرق، بيروت، ط٤، ٢٠٠٣.

ثانياً: الكتب القانونية

١- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

٢- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، بلا سنة طبع.

٣- د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠.

٤- د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، النظرية العامة في الدساتير، ط٢، دار ورد الأردنية، ٢٠١١.

٥- د. أشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.

٦- د. السيد محمد المدني، مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة (القوانين واللوائح)، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٢.

٧- د. أمين عاطف صليبيا، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٢.

٨- د. أنور احمد رسلان، مسؤولية الدولة غير التعاقدية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

٩- د. أنور رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

١٠- د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، ج١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٥.

١١- د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٥٤.

- ١٢- د. ثروت بدوي، النظم السياسية، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.
- ١٣- د. جابر جاد نصار، الاستجاب كوسيلة للرقابة البرلمانية على اعمال الحكومة في مصر والكويت، دار النهضة العربية، مصر، ط١، ١٩٩٩.
- ١٤- د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا -دراسة مقارنة-، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
- ١٥- د. جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ١٦- د. جمال مولود ذيبان، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠١.
- ١٧- د. جميل الشراوي، دروس في اصول القانون، نظرية الحق الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
- ١٨- د. جواد الهداوي، الرقابة على الدستورية وضرورة ممارستها من قبل مجلس دستوري، المؤسسة الوطنية للتنمية والتطوير، عمان، بلا تاريخ نشر.
- ١٩- د. جواد الهداوي، القانون الدستوري والنظم السياسية، العارف للطبوعات، بيروت، ٢٠١٠.
- ٢٠- جورج فورد دلفوفيه، القانون الإداري، الجزء الأول (ترجمة منصور القاضي)، المؤسسة الجامعية للدراسات، ٢٠١٦.
- ٢١- د. جورج شفيق ساري، أصول وأحكام القانون الدستوري، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٢٢- د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري "دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٢٣- د. جورج شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن اعمال سلطاتها قضاء التعويض، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- ٢٤- د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي، ٢٠٠٦.
- ٢٥- حسين عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، دار الفكر العربي، ١٩٧٠.

- ٢٦- د. حمدي علي عمر، الاتجاهات الحديثة للقضاء في الرقابة على اعمال السيادة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦.
- ٢٧- د. حميد حنون الساعدي، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
- ٢٨- حميدة احمد خليفة الساعدي، مسؤولية الإدارة عن اعمال موظفيها في القانون الليبي والمقارن، كلية القانون، جامعة الفاتح، ليبيا، ٢٠٠٩.
- ٢٩- خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التنفيذية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
- ٣٠- خليل جريح، الرقابة القضائية على اعمال التشريع، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٧١.
- ٣١- د. رافع خضر صالح شبر، فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني، دار الكتب القانونية، دار شتات للبرمجيات، مصر - الامارات، ٢٠١٣.
- ٣٢- د. رفعت عبد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الامريكية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٣٣- د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.
- ٣٤- د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٣٥- د. رمزي الشاعر، مسؤولية الدولة عن اعمالها غير التعاقدية، اتحاد مكنتات الجامعات المصري، ١٩٨٠.
- ٣٦- زانا جلال سعيد، المبادئ العامة في القانون الإداري، جامعة جيهان، السليمانية، ٢٠١٩.
- ٣٧- د. زكي محمد النجار، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٣٨- د. سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، دار المعارف، ط٣، ١٩٧٣.
- ٣٩- د. سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع.

- ٤٠- د. سعد عصفور، النظام الدستوري المصري (دستور ١٩٧٠)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.
- ٤١- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة وزارة العدل، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
- ٤٢- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الاحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.
- ٤٣- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري ورقابة على أعمال الإدارة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٥٥.
- ٤٤- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة"، ط٤، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٤٥- شحاته أبو زيد شحاته، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق والواجبات وتطبيقاته القضائية، دار الجامع الإسلامي، ٢٠٠١.
- ٤٦- شريف احمد الطباخ، موسوعة المسؤولية الإدارية في ضوء القضاء والفقہ واحكام المحكمة الإدارية، الجزء الثاني، ٢٠١٤.
- ٤٧- صالح جواد الكاظم و د. علي غالب العاني، الأنظمة السياسية، بغداد، ١٩٩١.
- ٤٨- د. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
- ٤٩- صبري محمد السنوسي، مسؤولية الدولة دون خطأ "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٥٠- د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والتنفيذية والقضائية، ط١، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
- ٥١- د. عادل احمد الطائي، المسؤولية المدنية للدول عن أخطاء موظفيها، دار الثقافة، ١٩٩٥.
- ٥٢- د. عادل طبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية "دراسة مقارنة"، ط١٠، الكويت، ٢٠٠٠.

- ٥٣- د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٥٤- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.
- ٥٥- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- ٥٦- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ١٩٥٢.
- ٥٧- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
- ٥٨- د. عبد السلام ذهني، مسؤولية الدولة عن اعمال السلطات العامة من الناحيتين الفقهية والقضائية، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٩.
- ٥٩- د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٦٠- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الدستوري - المبادئ العامة - الدستور اللبناني، الدار الجامعية، بلا سنة نشر.
- ٦١- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، قضاء الالغاء، مطبعة التقدم، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر.
- ٦٢- د. عبد الغني محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٦٣- د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- ٦٤- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣.
- ٦٥- د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٦.

- ٦٦- عبد الله ناطق، حجية وأثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٦٧- د. عثمان عبد الملك صالح، الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت، دراسة نقدية - مقارنة، ط١، بلا جهة ومكان نشر، ١٩٨٦.
- ٦٨- د. عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، علام الكتب، ١٩٦٢.
- ٦٩- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار السنهوري، بغداد، ط١، ٢٠١٥.
- ٧٠- د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة)، بلا جهة ومكان نشر، ١٩٧٨.
- ٧١- د. علي سبتي محمد، وسائل حماية المشروعية - دراسة مقارنة في ضوء التجربة العراقية، دار واسط، لندن، بلا سنة نشر.
- ٧٢- د. علي عبد العال، فكرة القوانين الأساسية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
- ٧٣- د. عماد محمد أبو حليمه، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ٧٤- عمر محمد اليسري، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض) "دراسة مقارنة"، جامعة قار يونس، ليبيا، ٢٠٠٩.
- ٧٥- د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد ٢٠٠٨.
- ٧٦- طارق علي أبو عريان، تعويض الضرر الناشئ عن الخطأ في القصاص في الشريعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٥.
- ٧٧- د. طعمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ط٣، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣.

- ٧٨- د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٧٩- د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥.
- ٨٠- د. فوزي احمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٨١- كامل عبد السميع محمود، مسؤولية الإدارة عن اعمالها المادية المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٨٢- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ط١، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٢.
- ٨٣- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥.
- ٨٤- مارسو لون وآخرون، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة: أحمد يسري، ط١٠، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٥.
- ٨٥- د. مازن ليلو راضي و د. حيدر ادهم عبد الوهاب، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، دار القنديل، الأردن، ٢٠٠٧.
- ٨٦- محمد دمياد العربي، مسؤولية الدولة عن اعمالها التشريعية، ط١، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ٢٠١٥.
- ٨٧- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري - قضاء التعويض، ط١، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٥.
- ٨٨- د. محمد سعد الدين الشريف، شرح القانون العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥.
- ٨٩- د. محمد صلاح عبد البديع، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٩٠- د. محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة، الكتاب الثاني، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.

- ٩١- د. محمد مياد العربي، مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية، ط١، مطبعة المعارف الجديدة، ٢٠١٥.
- ٩٢- مجدي النهري، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مكتبة العالمية، المنصورة، ١٩٨٨.
- ٩٣- د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.
- ٩٤- د. محسن عبد الحميد، النظرية العامة للمسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال يحظرها القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٩٥- د. محمد الشافعي أبوراس، القضاء الإداري، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١.
- ٩٦- محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، ٢٠٠٩.
- ٩٧- د. محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، الرياض، ٢٠٠٩.
- ٩٨- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الدستوري شرعاً ووصفاً، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٩٩- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المطول في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ١٠٠- د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة "دراسة مقارنة"، مطبعة الاسراء، سوريا.
- ١٠١- د. محمد عبد اللطيف، إجراءات القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
- ١٠٢- د. محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري- مسؤولية السلطة العامة، الكتاب الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٠٣- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ١٠٤- د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الثاني، ١٩٦٨.

- ١٠٥- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات الجزء الثاني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥.
- ١٠٦- د. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري (مسؤولية السلطات العامة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٠٧- د. محمد ميرغي خيرى، القضاء الإداري وقضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، قضاء التعويض ومبدأ المسؤولية المدنية للدولة والسلطات العامة، ١٩٩٤.
- ١٠٨- د. محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره، حجيته، وتنفيذه، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٤، ٢٠٠٥.
- ١٠٩- د. محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٤.
- ١١٠- د. محمود صبحي علي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح - دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والكويت، ط١، بدون جهة ومكان نشر، ٢٠١١.
- ١١١- محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- ١١٢- د. محمود عبد المجيد مغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها "دراسة مقارنة بين النظرية والتطبيق، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ١٩٩٨.
- ١١٣- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط٣، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٦٦.
- ١١٤- د. مصطفى عفيفي، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة العامة قضاء التأديب، ٢٠٠٣.
- ١١٥- د. مصطفى كامل، القواعد العامة في مسؤولية الدولة، مطبعة السريان، بغداد، ١٩٤٧.
- ١١٦- د. مصطفى كامل، مجلس الدولة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٤.
- ١١٧- د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الحداثة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥.
- ١١٨- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٢.
- ١١٩- د. منذر الشاوي، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية، ط٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٦٦.

- ١٢٠- د. منذر الشاوي، مبدأ سيادة القانون، منشورات وزارة الثقافة والفنون، بغداد، ١٩٧٨.
- ١٢١- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية" - مصادر الالتزام، ج ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٦.
- ١٢٢- د. منصور محمد أحمد، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٠١.
- ١٢٣- د. مها بهجت الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، إصدارات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩.
- ١٢٤- د. نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط ٧، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.
- ١٢٥- د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط ١، دار الثقافة والنشر، الأردن، ٢٠٠٦.
- ١٢٦- د. نعمان الخطيب، النصوص الدستورية أهم ضمانات حقوق الإنسان، موسوعة حقوق الإنسان، ط ١، إعداد محمود شريف بسيوني، المجلد (٣)، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٩.
- ١٢٧- د. نفيس المدانات، دراسات معمقة في القانون العام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤.
- ١٢٨- د. هاشم محمد البدري، الأثر الرجعي والامن القانوني، ط ١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٥.
- ١٢٩- د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ١٣٠- د. وسام صبار العاني، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية، ط ١، مطبعة الميناء، بغداد، ٢٠٠٣.
- ١٣١- د. وهيب عياد سلامة، الفصل بغير الطريق التأديبي ورقابة القضاء، مكتبة الانجلو مصرية، القاهرة، دون سنة نشر.
- ١٣٢- د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢١٧.

ثالثاً: الأطاريح والرسائل الجامعية

- ١- ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، ١٩٩٩.
- ٢- احمد العزي النقشبذي، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاتها في الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩.
- ٣- ازهار هاشم احمد الزهيري، الرقابة على دستورية الأنظمة والقرارات الإدارية في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠١٥.
- ٤- اسماعيل صعصاع غيدان البديري، مسؤولية الإدارة عن الضرر المعنوي في القانون العراقي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣.
- ٥- السيد محمد مدني، مسؤولية الدولة عن اعمالها المشروعة في القانون المصري، أطروحة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٥٢.
- ٦- جعفر صادق علي، ضمانات حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠.
- ٧- حسين جبر الشويلي، الرقابة على مبدأ التناسب، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨.
- ٨- حنفي الجبالي، المسؤولية عن القوانين أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٧.
- ٩- زياد طارق خضير عباس، رقابة التناسب في القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، كلية القانون، جامعة النيلين، السودان، ٢٠١٨.
- ١٠- ساجد عبد الأمير صععب، دستور العراق لعام ٢٠٠٥ - الثغرات والنواقص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠١٩.
- ١١- محمد احمد عبد الرحيم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٥.

- ١٢- محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٩.
- ١٣- محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.
- ١٤- د. محمود عمر معتوق علي، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي في القانون الليبي - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، منشورات جامعة قاريونس، ٢٠٠٥.
- ١٥- نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في الحقوق والحريات العامة، مجال محدود محدد، اطروحة دكتوراه، جامعة مولود معموري، الجزائر، ٢٠١٠.
- ١٦- نهى الزيني، مسؤولية الدولة عن اعمال السلطة التشريعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٦.

رابعاً: البحوث والمقالات

- ١- احمد علي عبود الخفاجي، الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١)، الإصدار (٢٠) سنة ٢٠١٤.
- ٢- أحمد علي عبود الخفاجي، الأثر الزمني للحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بإلغاء القانون غير الدستوري، النجف الاشرف، مجلة اهل البيت، العدد (٢٣).
- ٣- د. ادوار غالي الذهبي، التعويض عن الاخلال بمصلحة مشروعة، مجلة مصر المعاصرة، العدد الثاني والثلاثون، السنة (٥٦)، القاهرة، ١٩٦٥.
- ٤- افين خالد عبد الرحمن، المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية في النظام البرلماني - دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ نموذجاً، بحث منشور في مجلة السياسة الدولية، الإصدار ٣٠، ٢٠١٦، الجامعة المستنصرية.
- ٥- انعام مهدي جابر الخفاجي، المسؤولية السياسية للوزارة في النظام البرلمانية في بعض الأنظمة الدستورية المعاصرة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، المجلد ٢٢، العدد الأول، ٢٠١٥.

- ٦- تقرير نيوماس غيومار في قضية تعاونية أكسيون، هنري وآخرون، مجلة القانون العام وعلم السياسة، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، لبنان.
- ٧- د. حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٦)ى، العدد (٥٨)، ٢٠١٣.
- ٨- د. حميد حنون الساعدي، قراءة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد (٢٠) ، العدد (١) ، ٢٠٠٥.
- ٩- رياض عبد عيسى الزهيري، مسؤولية الدولة عن اعمالها الضارة في القانون الجزائري، مقال على الانترنت.
- ١٠- د. زكريا خليل، مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين المقتضيات القانونية والاجتهاد القضائي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالعدد الثاني، الجزء الثاني، ٢٠١٧.
- ١١- القاضي سالم روضان، الأثر الرجعي لأحكام القضاء الدستوري، مقال منشور في جريدة الحوار المتمن، العدد (٤٣٤١) الصادر في ٢١/١/٢٠١٤.
- ١٢- القاضي سالم روضان الموسوي، الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية (احكام المحكمة الاتحادية العليا أنموذجاً)، مقال منشور في جريدة المدى، العدد (٢٦٣٩)، ٢٠١٢.
- ١٣- القاضي سالم روضان الموسوي، الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية (احكام المحكمة الاتحادية انموذجاً) مقال منشور في جريدة المدى، العدد (٢٦٣٩)، ١٤/١١/٢٠١٢.
- ١٤- د. سعد عبد الجبار العلوش، نظرات في موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق ومستقبلها في حماية الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهريين، المجلد (٨)، العدد (١٤)، ٢٠٠٥.
- ١٥- د. سليمان محمد الطماوي، مشكلة استبعاد المشرع لبعض القرارات الإدارية من رقابة القضاء الإداري محلية القضاء، العدد (١٣) و(١٤)، ١٩٦١.
- ١٦- شهاب أحمد عبد الله، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة تكريت، السنة (٣)، المجلد (٣)، العدد (٢)، ٢٠١٩.

- ١٧- د. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد الأول، العدد ١٨، ٢٠١٠.
- ١٨- د. عبد الحميد متولي، الإسلام ومشكلة السيادة في الدولة، مقال بمجلة الحقوق، السنة الثانية عشر، ٦٢، ١٩٦٣، العدد الثالث.
- ١٩- د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة، ١٩٥٠-١٩٨٠.
- ٢٠- د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، ١٩٥٢.
- ٢١- د. عثمان خليل عثمان، عهود القانون الإداري في فرنسا، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، ١٩٥٠.
- ٢٢- د. عصمت عبد المجيد بكر، معضلة القيود على اختصاصات القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مجلة جامعة جيهان، اربيل، المجلة (١)، العدد (١)، ٢٠١٧.
- ٢٣- علي عيسى اليعقوبي، تعديل (٢٣) تموز ٢٠٠٨ الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد ٢٧، العدد ٢، ٢٠١٢.
- ٢٤- د. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، ٢٠٠١.
- ٢٥- عواد عباس الحردان، الحقوق والحريات العامة، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد ١٣.
- ٢٦- د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاتها بالرقابة على دستورية القوانين، ندوة علمية عقدها قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٨.
- ٢٧- طه الراوي، اجتماع المحكمة العليا وكيفية معالجة القوانين المخالفة للقانون الأساسي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (٣)، بغداد، ١٩٣٤.
- ٢٨- القاضي فاروق السامي وآخرون، احكام المحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠١٠، اصدارات جمعية القضاء العراقي، المجلد الثالث، ٢٠١١.

- ٢٩- د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي للتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- ٣٠- د. مازن ليلو، اشكالية التوازن في الدستوري العراقي، محاضرات القيت على طلبة كلية القانون، جامعة دهوك، ٢٠٠٧/٢٠٠٨.
- ٣١- المستشار ماهر البحيري، الأثر الرجعي للحكم بعد الدستورية وفلسفة التشريع في الحد من مدهاء، بحث منشور في مجلة الدستورية، العدد (٢)، نيسان، ٢٠٠٣.
- ٣٢- محمد سعيد سرحان، المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي والقانون المعاصر، بحث في برنامج الأنظمة بمعهد الإدارة العامة في الرياض، ١٩٨٩.
- ٣٣- د. محمد محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في ٢٣ تموز ٢٠٠٨، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة الرابعة والثلاثون، ٢٠١٠.
- ٣٤- د. محمد مرعني ضيري، التطورات المعاصرة في مبدأ مسؤولية الدولة في مصر والخارج، مجلة العلوم الإدارية، العدد، العدد (٢) السنة (٢٥)، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٣٥- د. محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، السنة (٤٨)، ١٩٧٨، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٩.
- ٣٦- د. محمود عاطف البنا، المشروعية الدستورية واسباس سلطة الحكم، مقال منشور لفي جريدة الوفد بتاريخ ١٦/٧/١٩٩٨.
- ٣٧- مصطفى فاضل كريم الخفاجي، تاريخ القانون في المجتمعات القديمة (قانون حمورابي انموذجاً)، مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية، المجلد الثالث، العدد الثاني، ٢٠١٣.
- ٣٨- د. ميثم حنظل شريف و د. علي هادي عطية وعلا رحيم كريم، حجية قرارات المحكمة الاتحادية على قرارات المحكمة نفسها في ضوء احكام الدستور والقضاء والفقه، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١)، العدد (٧)، ٢٠١٣.
- ٣٩- د. ياسر سيد حسين، تطور الاليات الرقابية للقضاء الدستوري، مجلة كلية الآداب، جامعة بني سويف، ٢٠١٩.

خامساً: الأحكام القضائية

- ١- مجلس الدولة ٢١ كانون الثاني ١٩٤٤، مجلة القانون العام في العلم السياسي، ١٩٤٥ ص ٣٦٦، تعليق Je'ze.
- ٢- حكم محكمة النقض المصري، ٢٠ ديسمبر، ١٩٤٨، المجموعة س ٥٠.
- ٣- حكم محكمة القضاء الإداري، ١٩٤٨/١٢/١ في القضية رقم (٢٠٠)، مجموعة مجلس الدولة، السنة الثالثة، ص ١٠٦، رقم ٢٦.
- ٤- حكم محكمة القضاء الإداري، ٣ مارس ١٩٥٧، اشار إليه رياض عبد عيسى الزهيري، مسؤولية الدولة عن اعمالها الضارة في القانون الجزائري، مقال على الانترنت.
- ٥- قرار محكمة التمييز رقم (١٦٢٧) حقوقية ١٩٦٠/١١/١٥ ان منشور في مجلة القضاء، العدد الرابع والخامس، السنة (١٨)، ١٩٦٠، ص ٦٤٤ وما بعدها.
- ٦- انظر حكم محكمة التمييز الصادر في ١٩٦٨/٢/١٩ حيث قضت بان مديرية مصلحة نقل الركاب مسؤولة عن الضرر الذي وقع من قبل سواق سيارات المصلحة بما لها من سلطة فعليته تخولها حق الرقابة والتوجيه وإصدار الأوامر اليهم، مجلة العلوم القانونية، ١٩٦٩، العدد الأول، ص ١٩٢.
- ٧- قرار المحكمة الإدارية العليا، القضية رقم (٣٣١)، السنة الحادية عشر، منشور في مجموعة المبادئ القانونية، السنة (١٥)، ١٩٦٩، ص ١٣٣ وما بعدها.
- ٨- حكم المحكمة الإدارية العليا ١٦ اذار ١٩٧٤، د. عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٩- قرار محكمة التمييز رقم (٢٢١)، مدنية رابعة، ١٩٨٢/٥/١٩، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة (١٣١)، ١٩٨٢، ص ٢١ وما بعدها.
- ١٠- حكم محكمة القضاء الإداري، عدد (٨٥)، ٢٠٠٤، بتاريخ ٢٠٠٥/٤/١٣، غير منشور.
- ١١- مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة الحادية عشر، ص ٢٢٩؛ أشار إليه: اسلام توفيق الشحات، الأحكام الكبرى في قضاء مجلس الدولة من عام ١٩٥٥ إلى عام ٢٠١٠.

سادساً: التشريعات

أ- الاعلانات الدولية

- ١- الاعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩.
- ٢- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في كانون الأول/١٩٤٨،

ب- الدساتير

- ١- الدستور المصري لسنة ١٩٢٣.
- ٢- القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ وتعديله الثاني بموجب القانون رقم (٦٩) لسنة ١٩٤٣.
- ٣- الدستور المصري لسنة ١٩٣٠.
- ٤- الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ وتعديلاته عام ٢٠٠٨.
- ٥- دستور ١٢/ ايلول لسنة ١٩٦٨ المؤقت.
- ٦- دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١ الملغى.
- ٧- قانون ادارة الدولة العراقي للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.
- ٨- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- ٩- دستور فرنسا الصادر عام ١٩٥٨ المعدل عام ٢٠٠٨ وتعديلاته.
- ١٠- الدستور المصري عام ٢٠١٢.
- ١١- الدستور المصري النافذ لعام ٢٠١٤.

ج- القوانين

- ١- قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل بتاريخ ٢٦/ يوليو/ ٢٠١٩ بقانون رقم (٧٨).
- ٢- قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.

- ٣- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥.
- ٤- قانون هيئة دعاوى الملكية العقارية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠.
- ٥- قانون تعويض ممتلكات المتضررين من قبل النظام البائد رقم (١٦) لسنة ٢٠١٠.
- ٦- التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣ لقانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٨٣) في ٢٩/٧/٢٠١٣.
- ٧- المذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (٢٨) مكرر بتاريخ ١١/٧/١٩٩٨، ص ٨٠٣.

سابعاً: المواقع الالكترونية

- ١- احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا على الرابط www.iraqfsc-iq.
- ٢- توماس بورنييلي، مسؤولية الدولة عن القانون غير الدستوري، مقال منشور على الرابط tporte@hotMail.Fr.
- ٣- حسن البحري، سمو الدستور - الموسوعة القانونية المتخصصة، متاح على الرابط arab-ency.com, sy تاريخ الزيارة ١٥/٧/٢٠٢٠ س ١٢:٣٣ مساءً.
- ٤- حكم محكمة ميان الابتدائية بتاريخ ٣٠/ نيسان/ ٢٠٠٢ الخاص برفض تعويض تعاونية أكسيون ((أنه نظراً لكون قانون ١٩/ تموز/ ١٩٧٦ قد بين لمصلحة عامة وعليه فإن مسؤولية الدولة لا يمكن ان تجد نفسها ملزمة بفعل إجراءات تطبيقه لهذا التشريع إلا إذا كانت غير قانونية)) متاح على الرابط <http://FallaitpasFairredudroit.Frlco,entaire-icole-axion.doc>.
- ٥- د. خليفة سالم الجهمي، ملامح التجارب الكبرى في الرقابة على دستورية القوانين النموذجان الأمريكي والفرنسي، مقال منشور على الرابط kalifasalem.wordpress.com.
- ٦- سلام عبد الزهرة، نفاذ التشريع العادي، كلية القانون، جامعة بابل، محاضرة متاحة على الموقع الالكتروني uobabylon.edy.iq تاريخ الزيارة ٢/٨/٢٠٢٠ س ٣:٠٥ م.

- ٧- الاعتراف بمسؤولية الدولة عن القوانين المعلنة غير الدستورية، متاح على الرابط <http://blog.juspoliticum.com> ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٧ ، الساعة ١٠:٣٠ م.
- ٨- د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في شرح القانون المدني العراقي، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، متاح على الرابط www.uoanbar.pdu.iq .
- ٩- د. عبد اللطيف القرني، التعويض عن اضرار اصدار القوانين، مقال منشور في الانترنت على صحيفة الاقتصادية، ٢٠١٤، على الرابط <https://www.aleqt.com> تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٥ الساعة ١٢:٢٤ م.
- ١٠- قرار مجلس الدولة الفرنسي CE,24December 2019, available on <http://www.legifrance.gouv.fr/>
- ١١- عدم مسؤولية الدولة عن الاعمال البرلمانية، مقال منشور على الموقع <https://konouz.com>
- ١٢- القاضي سالم روضان الموسوي، طرق الطعن بعدم دستورية القوانين امام المحكمة الاتحادية العليا، متاح على الرابط www.m.ahewar.org
- ١٣- القاضي سالم روضان الموسوي، مسؤولية الدولة عن تشريعاتها، مقال منشور على الرابط www.damascusbar.org ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/٢٣ ، الساعة ٨:٣٣ مساءً.
- ١٤- قرار المجلس الدستوري decision du conseil constitutionnel 2013-336 QPC 1er aout 2013, available on: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/>
- ١٥- معجم المعاني الجامع متاح على الرابط <https://www.almaany.com> تاريخ زيادة الموقع ٢٠٢٠/٣/٢٤ ، الساعة ١٢:٢٢ م.
- ١٦- الملكية والنظام الملكي، ٢٠١٥، مقال منشور على الرابط www.lazemtefham.com
- ١٧- الموسوعة العربية، متاح على الرابط <https://www.arab-ency.com> .
- ١٨- مقال حول حكم مجلس الدولة الفرنسي الحديث، لتوماس بورتيلي، متاح على الرابط tportelli@hotmail.fr

١٩- مقال حول حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٤/١٢/٢٠١٩ حول السماح بالتعويض عن القوانين غير الدستورية. متاح على الموقع

<http://www.iltineraires-avocats.fr> 2020 01 27.

٢٠- مقال حول حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٤/١٢/٢٠١٩ حول السماح بالتعويض عن القوانين غير الدستورية، متاح على الرابط <https://www.intineraires-avocats.fr/2020/01/27> تاريخ الزيارة ١٧/٩/٢٠٢٠ وقت الزيارة ٤:٢٠ مساءً.

٢١- ملخص أطروحة للتعويض عن القوانين غير الدستورية متاح على الرابط

www.conseil-constitutionnel.fr تاريخ الزيارة ٣/٩/٢٠٢٠ س ٤:١٥ م.

٢٢- نور الدين زرقون، المسؤولية عن فعل القوانين، جامعة قاصدي، متاح على الرابط

<https://manifest.univ.ouargla.dz> تاريخ الزيارة ١٨/١/٢٠٢٠، الساعة ٩:١٥ م.

٢٣- يوسف، لمحة موجزة عن التنظيم القضائي في فرنسا، مجلة القضاء والقانون المقارن، ٢٠١٨، متاح

على الرابط www.magallah.com تاريخ الزيارة ١٩/٩/٢٠٢٠، وقت الزيارة ٥:١٠ مساءً.

- 1- Auby: Le contentieux des actes parlementaires A.J.D.A, 1959.
- 2- G. Debeyre: La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique, Paris, 1936.
- 3- Par Severine Leroyer: La Reconnaissance D'une Responsabilité De L'Etat
- 4- Du Fait Des Lois Déclarées Inconstitutionnelles: Un Cadeau Empoisonné? available on <http://blog.juspoliticum.com>
- 5- Thomas Portelli: La RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DU FAIT D'UNE LOI INCONSTITUTIONNELLE, available on <http://www.village-justice.com/articles/>
- 6- Responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles, CE, 24 December 2019, req. available on: <http://www.itineraires-avocats.fr/2020/01/27/>
- 7- Duvergier; 1918, p327 – HO. 12-3 – 1918.
- 8- JEAN JACQUES PARDINI, LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE LES FAULTS, UNIVERSITY DE TOULON, 2000, P.17-19.
- 9- Fraudeuse Dalcool Lebon 23, s1938, note Labroque, D.1938, 3,4,1. NOTE Rolland.
- 10- FERINAND, méliu – soucra, ancien La constitution de la République française p. xvii.
- 11- MICHEL, Verpeaux. Annales droit constitutionnel.

Abstract

There is no doubt that discussing the issue of the state's responsibility to compensate for unconstitutional laws and the possibility of being held accountable for this is among the topics that have raised multiple problems that need to be addressed. This is because laws are issued by a higher authority (the legislative authority), which represents a supreme will, however, those laws can be invalidated when they are unconstitutional. Therefore, this study discussed the extent of the possibility of adopting the responsibility of the state and its development by explaining the attempts that came to approve this responsibility after the principle was non-responsibility. Hence, this thesis discussed the developments and what it brought to approve this responsibility for unconstitutional laws.

In fact, the possibility of taking compensation is due to the importance of these laws, which may cause harm to the citizens whom the law required to protect, in addition to the supreme principles that came in order to emphasize this protection, as the constitution bestowed its protection on those principles by stipulating them in its texts such as, principles of justice and equality before the law.

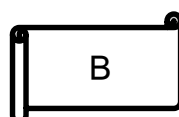
Hence, it was noticed that the countries differed in the framework of protection from such damages through these principles. In France, the claim of compensation is an evolution of the principle of legality, which compensation was based on developments and according to the amendment issued in 2008, regarding the granting of the French Constitutional Council subsequent control of the constitutionality of laws.

In Egypt and Iraq, the taking of the state's responsibility for unconstitutional laws still suffers from legislative deficiencies and requires intervention in order to avoid impeding the development of society and to

Abstract

search for the possibility of compensation for unconstitutional laws. This can be adopted according to what was stated in France regarding the possibility of compensation for unconstitutional laws, based on the conditions and foundations set by the French Council of State in its last decision issued on 12/24/2019. These conditions and foundations can be adapted in line with the constitution of each of these countries and in line with developments in modern societies.

In conclusion, the study reached a set of findings and recommendations that could contribute to the development of competence in overseeing the constitutionality of laws and the possibility of treating it in accordance with private frameworks consistent with the constitution and its general principles.



The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and scientific Research
University of Misan
College of Law



The state's responsibility in compensate for unconstitutional laws

A thesis

*Submitted to the council of college of Law/ Misan University,
in partial fulfillment of the Requirements for obtaining
Master's degree in public law*

By the student

Wafaa Dakhel Aweiter

Supervised by

Assistant Professor Dr.

Alaa Nafea Kttafah