محاضرات الفصل الدراسي الثاني 2021/2020 إعداد / م.م زينب كاظم مطلك

المادة / مدخل قانون المحاضرة الأولى / الرقابة على صحة التشريع , ونطاق تطبيق التشريع

الرقابة على صحة التشريع

إن التشريع يتدرج من حيث القوة الملزمة إلى ثلاثة أنواع يأتي التشريع الدستوري في المرتبة الأولى , ثم التشريع العادي ((القانون)) , ثم التشريع الفرعي هو أدنى أنواع التشريعات مرتبة , وإن التدرج بين التشريعات يعني خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى الذي يعلوه ويستمد قوته من مطابقته لأحكامه , وهذا يقتضي عدم مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الذي يعلوه مرتبة , فالتشريع العادي ينبغي أن لا يخالف أحكام التشريع الدستوري لأنه أعلى منه مرتبة , كما أن التشريع الفرعي يجب أن لا يخالف أحكام التشريعين الدستوري والعادي , وعليه إذا تعارض تشريعان من درجتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الأعلى درجة .

وإن الوسيلة لضمان عدم التعارض هو فرض رقابة على كل من التشريعين العادي والفرعي , وتتمثل الرقابة بـ

أولاً / تحديد جزاء يُفرض على التشريع الأدنى المخالف , وهذا الجزاء يتمثل بإلغاء أو عدم تطبيق القواعد القانونية التي تضمنها التشريع المخالف الأدنى .

ثانياً / تحديد جهة مختصة بتطبيق هذا الجزاء وممارسة الرقابة , وهذه الجهة هي غير الجهة التي وضعت قواعد التشريع المخالف , وهي تتمثل بجهة قضائية لأن مهمة الرقابة تتضمن تفسير قواعد قانونية تتضمنها التشريعات الدستورية والعادية والفرعية لمعرفة ما إذا كان هناك تعارض في الأحكام فيما بينها , ولذا يجب أن تتولى الرقابة جهة مختصة بتفسير القواعد القانونية وتطبيقها , فهي مهمة قضائية تمارسها المحاكم . ومع ذلك فأن بعض الدساتير أعطت مهمة الرقابة لجهة غير قضائية .

والرقابة على صحة التشريع الأدنى تتضمن رقابة على شكل التشريع وموضوع التشريع .

أولاً / الرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل – يقصد بشكل التشريع هو صدوره من قِبل سلطة مختصة وإستيفاؤه إجراءات سنه ونفاذه , فسن التشريع العادي في الغالب يمر بثلاث مراحل هي (اقتراح وتصويت وتصديق) , أما التشريع الفرعي فتضعه السلطة التنفيذية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في التشريع الأعلى منه , أما نفاذ التشريع فيكون بإصداره من قبل السلطة التنفيذية ونشره في الجريدة الرسمية للدولة , وإذا لم يستوفِ التشريع إجراءات السن ينعدم وجوده القانوني وإذا لم يستوفِ التشريع إجراءات النفاذ يفقد قوته الملزمة .

* إذا لم يستوفِ التشريع الشكل المطلوب وجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيقه لإنعدام وجوده القانوني ولإفتقاده قوته الملزمة سواء تنبهت المحكمة إلى وجود المخالفة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم , وحق المحكمة يقتصر على الإمتناع عن التطبيق دون أن تقوم بإلغاء التشريع مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات .

ثانياً / الرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع - يقصد بذلك هو عدم تعارض أحكام التشريع الأدنى مع أحكام التشريع الأعلى منه , وتسمى الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الموضوع بـ (الرقابة على دستوريته) لأنه يجب أن لا يخالف أحكام التشريع الدستوري , وتسمى الرقابة على صحة التشريع الفرعي من حيث الموضوع بـ (الرقابة على دستوريته أو بالرقابة على قانونيته) لأنه يجب أن لا يخالف أحكام التشريع الدستوري والتشريع العادي (القانون) .

* الرقابة من حيث الموضوع قد تكون في دور إعداد التشريع الأدنى قبل إصداره قانوناً , وقد تتحقق هذه الرقابة بعد إصدار التشريع ونشره , والرقابة على صحته بعد نفاذه قد تكون رقابة سياسية وقد تكون رقابة قضائية , والرقابة القضائية قد تناط بهيئة مختصة أو بمحكمة خاصة وقد تناط بالقضاء العادي .

نطاق تطبيق التشريع .

يعني تحديد مكان وزمان تطبيق التشريع بعد نفاذه .

أولا/ سريان القانون من حيث المكان / يقصد به تحديد الإقليم الذي يسود فيه تطبيق القانون , ولا يثير هذا الأمر أي إشكال إذا كانت العلاقة خالية من عنصر أجنبي , كما لو نشأت علاقة قانونية بين مواطنين عراقيين فالقانون العراقي هو الذي يطبق على هذه العلاقة , أما إذا كان هناك عنصر أجنبي في العلاقة كما في حالة إرتكاب أجنبي جريمة في اقليم العراق أو كان هناك عقد بين عراقي وأجنبي , فهل يخضع الجاني لقانون الدولة التي ارتكبت الجريمة على اقليمها أم يخضع ويطبق عليه قانون دولته ؟ وهل يخضع العقد لقانون الدولة التي تم فيها ابرام العقد أم لا , هذا الموضوع يتنازعه ويحكمه مبدآن هما :-

1- مبدأ إقليمية القوانين / يستند هذا المبدأ على سيادة الدولة على إقليمها , ويعني تطبيق قانون الدولة على كل من يوجد على اقليمها من أشخاص بغض النظر عن جنسيتهم سواء كانوا مواطنين أو أجانب , وعدم تعدي القانون حدود الإقليم فلا يطبق على رعايا الدولة القاطنين خارج الإقليم والمقيمين في دولة أجنبية .
2- مبدأ شخصية القانون / يعني هذا المبدأ سريان قانون الدولة على جميع الأشخاص التابعين لها أي مواطني الدولة سواء كانوا مقيمين في إقليم الدولة نفسها أو في إقليم دولة أجنبية .

* إن التغيير الحاصل في المجتمع الدولي من ازدهار العلاقات التجارية والاقتصادية واستقرار كثير من الجاليات الاجنبية في اقاليم دول اخرى أدى ذلك الى أن تأخذ الدول بهذين المبدأين في حدود متفاوتة ومتغيرة حسب ما تقتضيه مصلحتها , لذا سار تطبيق هذين المبدأين جنباً الى جنب , الا انه يمكن القول بان الاصل في التطبيق هو مبدأ إقليمية القوانين لإرتباطه بسيادة الدولة واستقلالها , اما الاستثناء على هذا الأصل فهو مبدأ شخصية القانون وهذا الإستثناء يتسع نطاقه في بعض فروع القانون ويضيق في فروع أخرى وكما يأتي.

أ- مدى تطبيق المبدأين في فروع القانون العام / تعرف قواعد القانون العام الداخلي بأنها القواعد التي تنظم العلاقات التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة السيادة في المجتمع طرفاً فيها , والأصل في قواعد القانون العام الداخلي هو تطبيق مبدأ الإقليمية ولكن هناك إستثناءات هي

- في دائرة القانون الدستوري – يحرم الدستور الأجانب من التمتع ببعض الحقوق العامة والسياسية كحق الانتخاب والترشيح للهيئات النيابية وبعض الواجبات الوطنية مثل أداء الخدمة العسكرية لأنها تعد من مظاهر الانتماء للوطن
- في دائرة القانون الإداري – يحرم الأجانب من حق تولي الوظائف العامة وإن أجاز ارتباطهم بعقود شخصية
- في دائرة القانون المالي – يُعفى الأجانب من دفع الضرائب لرؤية المشرع في تحقيق المصلحة العامة أو على سبيل المجاملة
- في دائرة القانون الجنائي – يطبق قانون العقوبات العراقي خارج العراق ...
  - على جرائم معينة بسبب خطورتها وقد حددتها المادة (9) من قانون العقوبات هي الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي أو الجرائم ضد نظامها الجمهوري أو سنداتها المالية أو طوابعها أو تزوير محرراتها أو تزوير أو تقليد أو تزييف عمله ورقية أو مسكوكات معدنية متداولة قانوناً أو عرفا في العراق أو خارجه .
  - على جرائم تضر بمصلحة المجتمع الدولي حددتها المادة (13) من قانون العقوبات هي جرائم تخريب أو تعطيل وسائل المخابرات والمواصلات الدولية , و جرائم الإتجار بالنساء أو الصغار أو الرقيق أو بالمخدرات .

* لا يطبق قانون العقوبات العراقي على بعض الفئات من المسؤولين وهم الأشخاص الذين يتمتعون بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقات الدولية أو القانون الدولي العام والقانون الداخلي وفي مقدمة هؤلاء رؤساء الدول وأعضاء البعثات الدبلوماسية

- أخذ المشرع العراقي بمبدأ شخصية القانون في ثلاثة حالات :-

1- العراقي الذي يرتكب جريمة خارج العراق إذا وجد في العراق وكانت الجريمة جناية أو جنحة ومعاقب عليها بمقتضى قانون محل ارتكابها ويطبق القانون حتى لو اكتسب الجاني الجنسية العراقية بعد ارتكاب الجريمة , وحتى لو كان يتمتع بالجنسية العراقية وقت ارتكاب الجريمة وفقدها

2- موظفي جمهورية العراق والمكلفين بخدمة عامة إذا ارتكبوا خارج العراق جناية أو جنحة أثناء تأدية أعمالهم أو بسببها
3- موظفي السلك الدبلوماسي العراقي الذين يرتكبون خارج العراق جناية أو جنحة فهؤلاء لا يخضعون لأحكام القانون الجنائي في الدولة التي يقيمون فيها لتمتعهم بالحصانة الدبلوماسية .

ب - مدى تطبيق المبدأين في فروع القانون الخاص / تعرف قواعد القانون الخاص بأنها مجموعة القواعد التي تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع أو بينهم وبين الدولة بأعتبارها شخصاً معنويا اعتياديا //// وقد أخذ المشرع العراقي بمبدأ شخصية القانون على نطاق واسع في مجال الأحوال الشخصية أما في دائرة القانون المدني والتجاري فقد تمسك بمبدأ الإقليمية ولكنه سمح ببعض الاستثناءات التي يطبق فيها قانون أجنبي .

ثانيا/ سريان القانون من حيث الزمان / يعني أن القانون بعد نفاذه يطبق على الوقائع والروابط القانونية التي تحدث بعد نفاذه وهذا يسمى بالأثر الفوري أو المباشر للقانون , وإذا اعقب نفاذه صدور قانون جديد يعدل أو يلغي القانون الأول فأنه يسري على الوقائع التي تلي نفاذه دون أن ينسحب إلى الوقائع التي تمت قبل نفاذه وهذا يسمى بمبدأ عدم رجعية القانون ويعرف بأنه عدم سريان حكم القانون على الوقائع والتصرفات وآثارها التي تمت قبل نفاذه وفقاً للمنطق والعدل والمصلحة .

* مدى صعوبة تطبيق مبدأ عدم رجعية القانون / تثور الصعوبة بالنسبة للمراكز القانونية التي تنشأ بعض عناصر تكوينها في ظل قانون ما ثم تتوافر العناصر الأخرى في ظل قانون لاحق كالتقادم والوصية , كما تثور الصعوبة بالنسبة للمراكز القانونية التي تم تكوينها في ظل قانون ولكن آثارها أستمرت وامتدت حتى صدور قانون لاحق يغير في أحكامها كالزواج والقرض والايجار , فالصعوبة تتمثل بمدى تطبيق القانون الجديد على الوقائع والمراكز من حيث تكوينها أو آثارها ومثال على ذلك (بلغ شخص كامل أهليته في ظل قانون يحدد سن البلوغ بتمام 18 سنة وبعد عام من بلوغه صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى 21 سنة , فهل ينقلب الشخص من كامل الأهلية حسب القانون القديم إلى شخص ناقص الأهلية حسب القانون الجديد)

الحلول الفقهية لتحديد مدى تطبيق مبدأ عدم الرجعية / وتتمثل بظهور نظريتين هما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة .

1- النظرية التقليدية (التمييز بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل)/ إذا اكتسب شخص حق في ظل قانون قديم فلا يسري عليه القانون الجديد أما إذا مس القانون الجديد مجرد أمل نتج عن واقعة نشأت في ظل قانون قديم فهنا يسري القانون الجديد على الماضي .
- يقصد بالحق المكتسب مصلحة مالية تدخل في ذمة شخص يمكن الدفاع عنها بدعوى أو دفع , ويقصد بمجرد الأمل أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق .

2- النظرية الحديثة / تقوم هذه النظرية على مبدأين أحدهما يكمل الآخر هما مبدأ الأثر المباشر للقانون ومبدأ عدم الرجعية ونلخص هذه النظرية في النقاط الآتية .
- القانون الجديد يحكم ما يعقب نفاذه من وقائع وتصرفات
- لا يحكم القانون الجديد الوقائع التي تكونت وتمت آثارها قبل نفاذه
- إذا توافرت عناصر في ظل القانون القديم وتوافرت عناصر أخرى في ظل قانون جديد فأن القانون القديم يحكم العناصر التي تكونت في ظله , ويحكم القانون الجديد العناصر التي تكونت في ظله
- إذا إكتملت العناصر في ظل القانون القديم إلا ان آثارها ظلت مستمرة إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد كالزواج والقرض والايجار فأن الآثار التي تمت في ظل القانون القديم فأنها تخضع لها ويسري حكم القانون الجديد على الآثار التي تمت بعد نفاذه .

الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم الرجعية / هي أربعة إستثناءات –

1- النص الصريح / وهو أن يقضي المشرع بنص صريح في القانون الجديد على سريانه على الوقائع والتصرفات التي حدثت قبل نفاذه

2- **القانون التفسيري / وهو التشريع الذي يصدر لإزالة غموض في نص قانون نافذ وأدى الى ارتباك القضاء في تطبيقه فإذا صدر القانون التفسيري سرت أحكامه على الوقائع القائمة وقت نفاذه دون الوقائع التي حسمت من قبل القضاء قبل صدوره**

3- **القانون المتعلق بالنظام العام / تسري أحكامه على الماضي وليس لأحد حق الاعتراض على ذلك حتى وإن مس بحقوقهم , ففي مسائل الأحوال الشخصية تسري على الماضي في المسائل الموضوعية كالجمع بين الأختين الذي حرمه الاسلام بأثر رجعي دون المسائل الشكلية فمن أسلم لا يطلب منه اعادة عقد زواجه بالشكل الذي يتطلبه الاسلام .... أما إذا تعلق القانون بالمعاملات المالية فإذا استهدف القانون تحقق مصلحة عامة فأنه يطبق على الماضي أما اذا استهدف حماية المصالح الفردية فأنه يحكم الآثار التي تتحقق بعد نفاذه.**

4- **القانون الجنائي الأصلح للمتهم / هذا المبدأ أقرت به كثير من القوانين واسلم به الفقه والقضاء بسريان القانون الجنائي الاصلح للمتهم على الجرائم التي ارتكبت قبل نفاذه ولم يصدر الحكم النهائي فيها , كأن يبيح القانون الجديد الفعل الذي ارتكبه المتهم أو يخفف من عقوبة الجريمة التي ارتكبها مادام الحكم النهائي لم يصدر فيها والحجة في رجعية القانون هو مراعاة العدل والمصلحة ولأن المشرع هو الذي يقدر مدى خطورة الفعل المرتكب على أمن المجتمع**

أما اذا صدر الحكم النهائي قبل نفاذ القانون الجديد الذي اعتبر الفعل مباحاً فعلى السلطة المختصة ان توقف تنفيذ الحكم وتطلق سراح المحكوم عليه , وإذا صدر القانون الجديد مخففاً من عقوبة الجريمة وجب على المحكمة المختصة إعادة النظر في العقوبة لتخفيفها عن طريق طلب يقدم وموافقة المحكمة عليه .