

محاضرات في المبادئ العامة لقانون العقوبات

أ.د. مازن خلف ناصر

الجامعة المستنصرية - كلية القانون

المحاضرة الثانية

تفسير قانون العقوبات

تكون نصوص القانون أي قانون، أما واضحة فلا تثير لبسا في التطبيق، أو غامضة فتحتاج الى تفسير لفك ذلك الغموض.

٥- فماذا نعني بالتفسير؟ ((هو تحديد المعنى الذي قصده المشرع من الفاظ النص لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة أو هو البحث عن معنى الألفاظ التي يتكون منها النص القانوني)). وهذا يقتضي تحليل هذه الالفاظ والكشف عن مدلولها، والمعنى الذي أراده المشرع في النص هو التنظيم القانوني لموضوع معين، وللتفسير هدف هو جعل النص صالحا للتطبيق على ما يعرض على القضاء من وقائع.

وقد أنفرد قانون العقوبات، بالنص على مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات دون غيره من القوانين الأخرى كالقانون المدني والقانون التجاري وغيرها حيث يكون للمبدأ المذكور أثره الواضح البين في مجال التفسير، وهكذا أصبح للنصوص الجنائية طريق تفسير معين هو غير الطريق المتبع في تفسير النصوص المدنية أو التجارية.

٦- ما هي مصادر التفسير وما هي مذاهبه وما هي قواعده وما هي وسائله؟

أ - مصادر التفسير

والتفسير بالنظر الى مصدره ثلاثة أنواع هي:

١- التفسير التشريعي

ويراد به التفسير الذي يصدر عن المشرع ويتخذ صورة النصوص القانونية ويستهدف تفسير نصوص سابقة قدر المشرع أنها في حاجة الى التوضيح، ويتم ذلك عادة بأن يصدر المشرع تشريعا جديدا يوضح فيه النص أو النصوص الغامضة.

والتفسير التشريعي يلزم المحاكم بإجراء حكمه على الوقائع المشمولة به فيتقيد به القاضي وليس له مخالفته البتة لأنه تشريع. ويعتبر التفسير التشريعي نافذا من تاريخ صدور القانون الذي جاء لأجل أن يفسره، وبذلك يكون أثره رجعيا على الماضي ليشمل جميع الاحكام التي لم تكتسب بعد الدرجة القطعية عند نفاذه.

٢- التفسير القضائي

ويقصد به التفسير الذي يصدر عن القاضي للنص القانوني أثناء تطبيقه له وبمناسبة هذا التطبيق وهو يفصل في القضية المعروضة عليه، مما يعني أن القضاء ليس مرجعا يلجأ إليه لتفسير القانون وإنما يحصل هذا التفسير بمناسبة النظر في قضية معروضة عليه ينطبق عليها القانون أو النص والتفسير القضائي غير ملزم فهو لا يقيد قاضيا اخر، بل أنه لا يقيد نفس القاضي. فله أن يعدل عنه الى تفسير آخر إذا عرضت عليه واقعة مماثلة للواقعة التي أصدر بسببها التفسير السابق، ومع ذلك فإن المحاكم الجزائية في العراق غالبا ما تستأنس برأي محكمة التمييز بخصوص فهمها لمحتوى القانون وحكمه.

بيد أن المشرع العراقي قد أدخل على هذا الأصل استثناء مهما، في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل وذلك في المادة (٤/ثانيا) بأنه ((تختص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير نصوص الدستور....))، ومن ثم فإن التفسير القضائي الذي يصدر عن هذه المحكمة في العراق يعد تفسيراً ملزماً على خلاف الأصل المقرر في شأن التفسير القضائي.

٣- التفسير الفقهي

ويقصد به التفسير الذي يصدر عن شرائع القانون أثناء شرحهم له. ورغم أن هذا النوع من التفسير لا يتعدى ابداء الراي بخصوص هذا النص أو ذاك من نصوص القانون ومن ثم فإنه غير ملزم للقضاء أو آية جهة أخرى فإن فائدة تبدو في إعانة القضاء على تطبيق القانون وفي توجيه المشرع لاستكمال ما في التشريع من نقص، ولذلك كثيرا ما تستأنس محاكم بما يكتبه علماء الفقه وأحيانا ترجع عن مسلكه لتتبع ما قالوا به من رأي.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع حيث قد يتدخل لإصلاح ما في التشريع من نقص أو عيب أو غموض يظهره له الفقهاء في كتاباتهم وشروحهم.

ب - ما هي المذاهب الفلسفية المعتمدة في تحليل ألفاظ النص عند تفسيرها؟

أن الغاية من التفسير هي التعرف على نية المشرع التي عبر عنها بالنص القانوني. ولكن كيف يمكن تحليل ألفاظ النص عند تفسيرها لمعرفة نية أو قصد المشرع؟ للإجابة على هذا السؤال اختلفت وجهات النظر فظهرت ثلاث مدارس هي:

١ - مدرسة الشرح على المتون

ويقول أنصارها بلزوم تفسير النص القانوني عن طريق الكشف عن نية المشرع الحقيقية وقت وضع القانون، ويمكن معرفة هذه النية من معاني الفاظ النص ومفرداته مع الاستعانة بقواعد المنطق واللغة.

فاذا أنتفى وجود نص لحالة معينة، فينبغي البحث عندئذ عن إرادة المشرع المفترضة وقت وضع التشريع أي يتعين معرفة ارادته التي يفترض أنه كان يعبر عنها لو عرضت عليه الحالة عند التشريع في ذلك الوقت، تلك الحالة التي فاته أن ينظمها بنص.

وهذا يعني أن هذا المذهب يغفل التطور الذي يطرأ على المجتمع ويعود بالفكر الى الوراء حيث ذلك الزمن الذي تقرر فيه قواعد تنظيم هذا المجتمع بالقانون المطلوب تفسيره.

٢ - المدرسة التاريخية

لا يقبل أنصار هذه المدرسة ما قال به أصحاب مدرسة الشرح على المتون من أن التعرف على نية المشرع و ارادته تكون بالرجوع الى الوقت الذي شرع فيه القانون أنما ينبغي البحث عن هذه النية والادارة في الوقت الذي يتطلب التفسير بحيث يمكن التساؤل عن نيته المحتملة وفقا للظروف الاجتماعية والاقتصادية الجديدة لو أنه وجد فيها.

مما يعني أن هذا المذهب يؤمن بالتطور ويسبغ على الحاجات المتغيرة في المجتمع قيمة خاصة هي موضع لاعتبار في تقدير النص الذي أنفصل عن ارادته واضعه وأصبح له كيان خاص يخضع للظروف المتغيرة المتطورة.

ويؤخذ على هذا المذهب أنه يؤدي الى التحكم فيزعم المفسر أن ما يقوله هو الارادة المحتملة التي كان يقول بها المشرع لو شرع القانون في الظروف الجديدة فتترتب على ذلك موجة من القلق وعدم الاستقرار.

٣- المدرسة العلمية

أن هذه المدرسة لا تختلف وجهة نظرها عن وجهة نظر مدرسة الشرح على المتون من حيث ضرورة تقصي إرادة المشرع الحقيقية عند وضع التشريع أي في الوقت الذي تم فيه صدور القانون محل التفسير ولكنها لا تتفق معها في مسألة الإرادة المفترضة للمشرع التي تقول به المدرسة الأولى عند تعذر العثور على الإرادة الحقيقية له، مما يعني أنها ترفض افتراض شيء ونسبته إلى واضع التشريع.

فإذا كان هذا التشريع خاليا من القواعد التي تقتضي الحالة تطبيقها فينبغي البحث عنها في المصادر الرسمية الأخرى كالعرف وقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي. فإذا لم توجد فيها فعندئذ يلزم اتباع نهج البحث العلمي الحر.

بمعنى وجوب تلمس الحكم بالرجوع إلى جوهر القانون ودراسة مصادره الحقيقية وما تتضمنه من عوامل مختلفة يقضي تفاعلها إلى ظهور القاعدة القانونية المطلوبة لتلك الحالة.

ج - هل يخضع تفسير النصوص الجنائية لقواعد خاصة؟

القاعدة أن قانون العقوبات طالما نص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فلا بد من أن يكون تفسير نصوصه مقيدا بهذا المبدأ، حتى لا يؤدي التفسير إلى تجريم صور من السلوك لم يقصد المشرع تجريمها أو فرض عقوبات عليها تختلف عن تلك التي قررها لها. لذلك ذهب بعض الفقهاء القدامى إلى القول بعدم جواز تفسير النصوص الجنائية بدعوى أن صيغة النص الجنائي تتضمن أقصى ما يريده المشرع.

وقد ظهر ذلك في كتاب (بكاريا) عن الجرائم والعقوبات، كانت هذه الخشية بمثابة رد فعل لما كان يتمتع به القضاة في الماضي من سلطة تحكيمية واسعة، ولذلك حاولت بعض التشريعات العقابية أن تجعل نصوصها شاملة لكل ما يحتاج إليه القاضي وأكثر من التعريفات وضرب الأمثلة، وهي خطة واضحة في التشريعات الأنجلوسكسونية والتشريعات التي أخذت منها كالقانون السوداني وهذه الخطة منتقدة في فن التشريع، إذ ليس من وظيفة المشرع أن يعرف ويضرب الأمثلة فمهما فعل لن يستطيع أن يحيط بكل الظروف التي تعرض أمام المحاكم ومن ثم يكون التفسير عملا ضروريا.

ويذهب البعض الى أبعد من ذلك بالقول أن تفسير النصوص الجنائية ينبغي أن يكون ضيقا (حرفيا) ولا يجوز التوسع فيه، وذلك خوفا من أن يؤدي التوسع الى خلق جرائم تخرج عن نطاق النص.

وهو قول لا نؤيده لأنه يجعل القانون عاجزا عن مواجهة الظروف المستحدثة ومن ثم عاجزا عن حماية المجتمع من الظروف التي وضع فيها، كما أن القول به تغليب للألفاظ على قصد المشرع. وهو نتيجة لسوء الظن بالقضاء.

والرأي الراجح لدى الفقه الحديث هو أن يكون الغرض من التفسير الكشف عن قصد المشرع، فإن جاء التفسير مطابقا لذلك القصد فلا أهمية لكونه قد جاء ضيقا أو واسعا، فالقيمة القانونية للنص تنحصر في كونه تعبيرا عن قصد المشرع، والتفسير الذي يطابق هذا القصد يعد هو التفسير الصحيح للنص شرط ألا يؤدي الى خلق جرائم أو عقوبات جديدة أي ألا يتعارض مع مبدأ الشرعية وهو ما يسميه البعض بالتفسير المقرر، وفي ذلك يقول **فوستان هيلي** (أن تفسير القانون الجنائي ينبغي ألا يكون ضيقا ولا واسعا بل مقرا).

ودرج كثير من الفقهاء على القول، بأن في مجال التفسير ينبغي الأخذ بقاعدة ((أن الشك يفسر في مصلحة المتهم)).

ويؤخذ على هذا القول إن هذه القاعدة تطبق غالبا في مجال وزن الأدلة وتقدير قيمتها وليس في مجال تفسير نصوص القانون ففي مجال الإثبات مثلا إذا ما عرض للقاضي دليل وثار في نفسه شك في قيمته وتعادلت لديه أدلة الإدانة وأدلة البراءة فترجح أدلة البراءة، وذلك لأن الأصل في الإنسان البراءة وهذا الأصل لا يزول بمجرد الشك وإنما يزول باليقين فقط.

ومع ذلك ففي حالات نادرة قد يكون النص غامضا ويتعذر على المفسر الاهتداء الى قصد المشرع، ففي هذه الحالات إذا احتمل النص تفسيراً في مصلحة المتهم وتفسيراً في غير مصلحته فعليه أن يطبق هذه القاعدة ويؤول النص في مصلحة المتهم ذلك لأن الأصل في الأفعال الإباحة.

د- ما هي وسائل التفسير للقاعدة الجنائية؟

للتفسير وسيلتان لغوية ومنطقية

أما الوسيلة اللغوية أو اللفظية، كما يسميها البعض فهي الخطوة الأولى التي ينبغي البدء بها عند التفسير، والمفروض أن لكل لفظ وارد في النص ضرورته ولا يجوز اعتباره نافلة من القول

فالمشرع منزه عن اللغو، ومن ثم لا يجوز للمفسر أن يهدر المعنى المستخلص من صريح عبارات النص زعماً بأن ذلك أقرب للعدالة أو أدعى لتحقيق المصلحة، لأن تغيير معنى النص يعدّ وضعاً للقانون وليس تفسيراً له، وإذا كان النص يتضمن عبارات ذات معنى اصطلاحية فينبغي التقيّد بهذا المعنى حتى وأن خالفاً المدلول الدارج لهذه العبارات.

وإذا شاب النص خطأ مادي للطباعة أو كان راجعاً لسوء اختيار اللفظ فأن للمفسر أن يصحح هذا الخطأ بشرط أن يكون قصد المشرع واضحاً كل الوضوح يدل على أن الخطأ مرجعه السهو أو عدو الدقة.

أما **الوسيلة المنطقية**، فيلجأ إليها إذا كانت ألفاظ النص لا تكشف ولا تحدد قصد المشرع بوضوح وبدقة على أنه ينبغي التفرقة بين المشرع وبين أشخاص واضعي النص، ذلك أن القاعدة القانونية بعد إصدارها تنفصل تماماً عن أشخاص واضعيها وتتجرد عن رأي كل منهم بل حتى عن آرائهم مجتمعين.

وإذا كان من الممكن الاستئناس بهذه الآراء، إلا أنها لا تكشف بالضرورة وفي كل الأحوال عن قصد المشرع، ولذلك قيل إن المقصود بإرادة المشرع هي إرادة القانون وليس إرادة واضعيه، وأفضل وسيلة للكشف عن قصد المشرع، هي التعرف على الهدف الذي عناه بوضعه للنص المراد تفسيره. وللمفسر أن يستعين للكشف عن هذا الهدف بكل الوسائل مثل البحث في تاريخ النص والرجوع إلى مصدره التاريخي والاستهداء بالأعمال التحضيرية والمناقشات التي صاحبت وضع النص وأعمال اللجان التي عهد إليها بوضعه.

كما ينبغي على المفسر مراعاة مختلف الظروف الاجتماعية والسياسية للدولة، ذلك أن التنظيم القانوني وحدة متكاملة ينبغي الحفاظ على التجانس بين مختلف القواعد القانونية التي تساهم في خلق هذا التنظيم، كما على المفسر ألا يقف عند الهدف المقصود بلوغه من هذا النص بمفرده بل أن يفسره في ضوء سائر نصوص القانون حتى يأمن ألا يناقض تفسيره نص آخر.

وعنوان النص جزء منه ينبغي أخذه في الاعتبار عند تفسيره النص، غير أنه عند وجود تعارض بين العنوان و متن النص فينبغي الاعتداد بما جاء بالمتن لأن ما ورد فيه هو الذي يحدد صور السلوك التي يعينها المشرع بالتجريم والعقاب.

هـ - ماذا نعني بالقياس وما هو دوره في تفسير نصوص قانون العقوبات؟

القياس هو اعطاء حالة غير منصوص عليها في القانون حكم حالة منصوص عليها فيه لاتفاق الحالتين في العلة.

و - هل يجوز القياس في القواعد الجنائية الإيجابية ولماذا؟

من أبرز الآثار المترتبة على الأخذ بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات هو حرمان القاضي الجنائي من اللجوء الى القياس، عند تطبيقه لقانون العقوبات، ذلك أن الأخذ بالقياس قد يؤدي أحيانا الى خلق جرائم أو عقوبات لم يرد فيها نص في القانون، وهذا أمر القاضي منهي عنه بموجب مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، مما يترتب عليه أنه يجوز للقاضي أن يقيس سلوكا لم يرد نص بتجريمه على سلوك آخر ورد نص بتجريمه مهما كان التماثل بين السلوكيين ومهما كانت المصلحة التي يمكن أن تتحقق بتجريم السلوك الأول وإنما عليه في هذه الحالة أن يحكم بالبراءة. وقاعدة حظر القياس بالنسبة للقواعد الجنائية الايجابية، أي الخاصة بالتجريم والعقاب مطردة لا استثناء عليها.

ز - هل يجوز القياس في القواعد الجنائية السلبية ولماذا؟ وما هو موقف القضاء والفقهاء الجنائي من ذلك؟

نعني بالقواعد الجنائية السلبية هي القواعد التي تبيح السلوك أو ترفع مسؤولية مرتكبه أو تعفه من العقاب، فأن القياس فيها جائز اذ لا تعارض في ذلك مع مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، لأن القياس في هذه القواعد يخرج المتهم من دائرة العقاب والتجريم ويوسع من نطاق حريته حيث لا ينشأ جرائم أو عقوبات.

وفي القضاء الفرنسي أحكام على هذا النحو منها تلك التي توسع نطاق المادة (٣٨٠) عقوبات التي تنص على مانع العقاب في السرقة بين الازواج لتجعلها تشمل النصب وخيانة الأمانة. وقد وضع الفقه الإيطالي والألماني لنفسه قاعدة في هذا الصدد تقضي بالترفة بين نوعين من القياس هما قياس لصالح المتهم وقياس لغير صالحه، فالأول جائز والثاني غير جائز مع وجود مبدأ قانونية الجرائم أو العقوبات.

ح - ماذا نعني بالتضارب الظاهري للنصوص الجنائية وكيف يعالج؟

يقصد بالتضارب الظاهري للنصوص، الحالات التي يبدو فيها لأول وهلة أن واقعة ما ينطبق عليها أكثر من نص، ويرجع ذلك الى وجود عامل مشترك متصل بذات الموضوع الذي تتناوله عدة

نصوص، وتجري أغلب التشريعات على ترك حل هذا التضارب للفقهاء والقضاء على أساس قواعد التفسير دون أن تورد نصا بشأنه.

هناك مبادئ ثلاثة يؤخذ بها في فض هذا التضارب أو التنازع الظاهري للنصوص وهي:

١- أن النص الخاص يغلب على النص العام

وهذا المبدأ يطبق كلما كان النص الخاص يحتوي على جميع عناصر النص العام الى جانب اشتماله على عنصر أو أكثر يكون لازما لتطبيق النص الخاص، وسواء في ذلك أن يكون النص الخاص والنص العام واردين في قانون واحد أو أن يرد كل منهما في قانون وسواء صدرا في نفس الوقت أو صدر احدهما في وقت لاحق لصدور الآخر فيكفي أن يكون كل من النصين نافذا وقت التطبيق على الواقعة.

مثال ذلك أن المادة (٤٠٥) عقوبات عراقي بشأن القتل العمد تعتبر نصا عاما بالقياس الى النص الخاص الوارد في المادة (٤٠٦) فقرة ب بشأن القتل بالسم، فإذا ارتكبت جريمة قتل بالسم فلا تطبق المادة (٤٠٥) وإنما المادة (٤٠٦/ب) عقوبات عراقي.

٢- أن النص المستوعب يطبق دون النص قصير المدى

هذا المبدأ يطبق في حالتي الجريمة المتدرجة والجريمة المركبة، أما الجريمة المتدرجة فهي التي يقتضي تنفيذها بحسب طبيعة الأمور التدرج في جسامته السلوك من جريمة الى أخرى أكثر منها جسامته، ومثالها تدرج سلوك القاتل من ضرب وجرح للمجني عليه في عدة مواضع الى الهدف المقصود والاكثر جسامته وهو ازهاق روحه.

ففي هذه الحالة يطبق على الفاعل نص جريمة القتل، ومن هذا القبيل أيضا أن الجريمة التامة تستوعب الشروع فيها، وأما الجريمة المركبة فهي التي تتكون من أكثر من عنصر كل منها بمفرده يحقق جريمة مستقلة، كالسرقة باستعمال مفاتيح مصطنعة فهي لا تقع تحت طائلة المادة الخاصة بعقوبة السرقة البسيطة ولا المادة الخاصة بحيازة مفاتيح مصطنعة وإنما تحت طائلة النص الخاص الذي يعاقب على السرقات المقترنة بظرف استعمال المفاتيح المصطنعة المشددة والذي العقوبة فيه أشد من عقوبة كل من الجريمتين السابقتين.

٣- أن النص الأصلي يعني عن النص الاحتياطي

فنص الاتفاق على الجرائم يعتبر احتياطي بالنسبة لنص الجريمة التي ترتكب تنفيذا للاتفاق، فلو اتفق عدة أشخاص على القيام بتمرد أو عصيان مسلح ضد سلطان الدولة قامت جريمة الاتفاق الجنائي.

فإذا قام هؤلاء بتنفيذ ما اتفقوا عليه تحققت جريمة التمرد وفي هذه الحالة لا يعاقب هؤلاء عن جريمة الاتفاق الجنائي اكتفاء بالمعاقبة عن جريمة التمرد، وكذلك النص الخاص بإخفاء الأشياء المسروقة، إذ يعتبر نصا احتياطيا بالنسبة للنص الخاص بجريمة السرقة.

ز- من له سلطة الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة والتعليمات؟ وما هي الآراء الفقهية التي طرحت في كل من فرنسا ومصر والعراق بهذا الصدد؟

كثيرا ما يناقش الفقه مسألة موقف المحاكم من القوانين والأنظمة والتعليمات المخالفة لأحكام الدستور على أساس أن المفروض هو أن تكون هذه موافقة للدستور، فإن لم تكن كذلك أو ظن ذلك فلا بد من بحث دستوريته ومن ثم رفض تطبيقها أن ظهر ذلك، فهل هذا يدخل ضمن اختصاص المحاكم باعتبارها هي المطبقة للقانون؟

الوضع في فرنسا

يرى الفقه والقضاء، أنه لا يجوز للمحاكم أن ترفض تطبيق القوانين والأنظمة بحجة عدم دستوريته ويعللون ذلك بأن بحث مثل هذه المسألة يعد عملا من اختصاص السلطة التشريعية فقط، والا فإن قيل به فإن ذلك يؤدي الى خلق نوع من الاشراف القضائي على أعمال المشرع.

الوضع في مصر

وقبل صدور القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ الذي أنشئت بموجبه المحكمة العليا لتتولى الرقابة على دستورية القوانين، فقد ذهب الفقه الى أن القضاء سلطة مراقبة مدى شرعية اللوائح والقرارات الادارية، والامتناع عن تطبيقها متى وجد بها عيب شكلي أو موضوعي.

ومن ثم فهو من حقه أن يمتنع عن تطبيق اللائحة إذا وجدها مخالفة لقانون نافذ أو صدرت من سلطة غير مختصة بإصدارها أو خرجت عن حدود التفويض، ولكن ليس له إلغائها، أما بالنسبة لرقابة القضاء على القوانين، فالأمر يختلف حسب التفصيل التالي: -

أ - من الناحية الشكلية، أي من حيث توافر الشروط الشكلية التي نص عليها الدستور لصدور القانون فإن هناك اتفاق على حق القضاء في الرقابة ومن ثم فإنه يتمتع عن تطبيق القانون الذي لم يستوف الشكل الدستوري المقرر لصدور القوانين.

ب - من الناحية الموضوعية، أي في حالة ما إذا كان القانون مخالفا لأحكام الدستور فهناك خلاف في الفقه.

فثمة رأي تقليدي يرى أنه تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات لا يجوز للسلطة القضائية أن تمارس أي نوع من الرقابة على السلطة التشريعية بل عليها أن تنفذ القوانين دون البحث في دستورتها.

وثمة رأي آخر أنه ليس في رقابة السلطة القضائية على دستورية القوانين أي مساس بمبدأ الفصل بين السلطات ذلك لأن السلطة القضائية لا تلغي القانون غير الدستوري وإنما تمتنع عن تطبيقه فقط ترجيحاً للقاعدة الدستورية على القاعدة القانونية المخالفة لها ومن ثم تبرئة المتهم وذلك تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

وذهب القضاء الإداري إلى الأخذ بمبدأ رقابة القضاء لدستورية القوانين استناداً إلى عدم وجود نص في القانون المصري يمنع القضاء من ذلك.

أما المحاكم العادية فليس لها اتجاه واضح في هذا الشأن، فقد ناقشت محكمة النقض المصرية دستورية القوانين في بعض الأحوال وامتتعت عن ذلك في أحوال قليلة. حتى صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ الذي أنشأ المحكمة العليا وعهد إليها الفصل دون غيرها في دستورية القوانين وبذلك حسم الخلاف.

أما الوضع في العراق

فمن المعلوم أنه نص لأول مرة على مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات في الدستور المؤقت للجمهورية العراقية الصادر عام ١٩٦٤، حيث لم يكن لهذا المبدأ من وجود قبل ذلك في الدستور أو قانون العقوبات ولذلك لا بد لإغناء الموضوع بحثاً من تناول أحكامه قبل عام ١٩٦٤ وبعده.

الوضع قبل صدور الدستور المؤقت لعام ١٩٦٤

لم يكن لمبدأ الشرعية من وجود في نصوص الدستور أو نصوص قانون العقوبات وعليه يمكن القول بأنه لم يكن للمحاكم الجزائية العراقية في تلك الحقبة من الزمن الحق في فرض رقابتها القضائية على دستورية القوانين وقانونية الأنظمة.

الوضع بعد صدور دستور عام ١٩٦٤

نص المشرع الدستوري على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في المادة (٢٢) ومن ثم لم يكن ما يمنع المحاكم الجزائية من ممارسة رقابتها القضائية على دستورية القوانين ولكن بمقدار ما يتعلق الأمر بمخالفتها لمبدأ الشرعية والامتناع عن تطبيقها.

وحتى عام ١٩٦٨ عندما أنشأ المشرع المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ وأناط بها النظر في دستورية القوانين والأنظمة، لم يكن ثمة حق للرقابة القضائية للمحاكم الجزائية على دستورية القوانين أو النظر في قانونية الأنظمة.

وإنما على القاضي في حالة تقدم أحد الخصوم بدفع يتعلق في الدعوى العامة بعدم دستورية القانون أو قانونية النظام أن يوقف اجراءات الدعوى مؤقتا ويعرض الأمر على محكمة التمييز للفصل في الدفع عن طريق عرضه على المحكمة الدستورية العليا.

وفي عام ١٩٧٠ صدر الدستور المؤقت النافذ دون أن يشير صراحة الى إلغاء المحكمة الدستورية العليا التي أشار اليها دستور عام ١٩٦٨ في مادته (٨٧)، لهذا اختلف الفقه في مصير هذه المحكمة.

فيرى البعض أن إلغاء دستور عام ١٩٦٨ وعدم انطواء دستور عام ١٩٧٠ على نص مماثل بشأن المحكمة الدستورية العليا أدى الى سقوط السند القانوني لوجود المحكمة.

وهو دستور عام ١٩٦٨، ويرى البعض الاخر أنه ليست للمحاكم العادية سلطة مناقشة دستورية القوانين والأنظمة وذلك لوجود المحكمة العليا الدستورية وقيامها، حيث أن قانون تشكيلها لا يزال نافذا استنادا الى أحكام المادة (٦٦) من الدستور المؤقت الصادر عام ١٩٧٠ (الملغي) حيث جاءت تقول ((تبقى جميع القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المعمول بها قبل صدور هذا الدستور سارية المفعول ولا يجوز تعديلها أو الغائها الا بطريقة المبينة في هذا الدستور))، وأن قانون تشكيل المحكمة لم يبلغ أو يعدل.

ويرى فريق ثالث أنه ينبغي التفرقة بين وجود هذه المحكمة من جهة وتعذر ممارستها لاختصاصها من جهة أخرى، ذلك أن عدم النص صراحة في الدستور المؤقت الصادر عام ١٩٧٠ على المحكمة وممارستها لاختصاصها لا يعني انتفاء وجودها، ذلك الوجود الذي تحقق بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨ الذي كان ساري المفعول لعدم إلغائه أو تعديله استناداً للمادة (٦٦) من الدستور الملغي المؤقت لعام ١٩٧٠.

ذلك لأن هذا الدستور قد خص مجلس قيادة الثورة المنحل ببحث إلغاء أو تعديل أي تشريع يخالف الدستور نفسه، والرأي الراجح أن المحكمة العليا الدستورية كانت موجودة من الناحية القانونية، لحين صدور دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، حيث أن قانون تشكيلها كان ساري المفعول ولم يبلغ أو يعدل.

وهي لذلك تستطيع أن تمارس اختصاصاتها المنصوص عليها في قانونها، إلا ما تعارض مع نصوص الدستور، حيث أن دستور عام ١٩٧٠ الملغي قد خص مجلس قيادة الثورة المنحل بإلغاء أو تعديل أي تشريع، لذلك فإن إصدار المحكمة قرار بعدم دستورية قانون ما لا يؤدي إلى إلغائه كما نصت على ذلك المادة السادسة من قانون المحكمة، إنما يتطلب الغاؤه صدور قانون بذلك.