وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأنبار
كلية القانون والعلوم السياسية
الدراسات العليا/ الماجستير

طبيعة الدعوى الدستورية

(دراسة مقارنة)

في

القضاء الدستوري

رسالة تقدم بها الطالب

عبد الحليم قاسم محمد العبيدي

إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية / جامعة الأنبار
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بأشراف الأستاذ المساعد الدكتور

عواد عباس الحردان

١٤٣٢ هـ ٢٠١١ م

UNIVERSITY OF ANBAR

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ
أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ ﴾

الأنبياء (١٠٥)

الإهداء

إلى روح والدي الشهيد ...

إلى أغلى من في الوجود والدتي الحنون ...

إلى حبيبتي ورفيقة دربي زوجتي العزيزة ...

إلى أخوتي وأخواتي ...

أُهدي ثمرة جهدي المتواضع

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله الذي يسّر لنا أمرنا وأتمم علينا نعمه، والصلاة والسلام على أفضل الخلق وحبيب الحق محمد بن عبد الله وعلى آله الأطهار وصحبه الأبرار..

وبعد فانطلاقاً من قول الرسول الأعظم محمد ﷺ : ﴿ **من لا يشكر الناس لا يشكر الله** ﴾ * فأنه لابد لي من تقديم وافر الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل الدكتور عواد عباس الحردان لتفضله مشكوراً بقبول الإشراف على هذه الرسالة، ولما بذله من جهود مخلصة وصادقة ولما قدّمه من نُصح وإرشاد، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بوافر الشكر والعرفان إلى أستاذتنا الفضلاء وأخصُّ بالذكر منهم الأستاذ الدكتور حمدي صالح مجيد عميد كلية القانون والعلوم السياسية جامعة الأنبار والدكتور عارف صالح مخلف، والدكتور نعمان عطا الله الهيتي والدكتور مفيد نايف تركي والدكتور مصلح شويش. ولا ننسى أستاذنا المرحوم الدكتور قاسم شاحوذ (رحمه الله تعالى) وأسكنه فسيح جناته.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى زملاء الدراسة وهم كلّ من عبد أرزيج وخالد أحمد وعبير عبد العزيز فضلاً عن الزميلين أحمد عودة ودريد عيسى الذين ساعدوني كثيراً برفدي بالمصادر المتعلقة بموضوع البحث.

وأخيراً فلا بد أن أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان الكبير إلى شيخنا الدكتور ماهر ياسين الفحل أستاذ علم الحديث في كلية العلوم الإسلامية الذي أكن له شديد الاحترام. لما له من فضل علي في توجيهي فكان بمثابة الأخ الكبير.

الباحث

---

* محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير المسمى "سنن الترمذي"، المجلد الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا ت، ص: ٣٣٩، رقم الحديث (١٩٥٤). قال الترمذي: ((هذا حديث حسن صحيح)).

الفهرست

الموضوع	رقم الصفحة
آية من القرآن الكريم	أ
الإهداء	ب
شكر وعرفان	ج
الفهرست	د
المقدمة	٢
الفصل الأول: مفهوم وأركان الدعوى الدستورية	١١
المبحث الأول: مفهوم الدعوى الدستورية	١٢
المطلب الأول: تعريف الدعوى الدستورية	١٣
أولاً : المعنى اللغوي للدعوى الدستورية	١٣
ثانياً : المعنى الاصطلاحي للدعوى الدستورية	١٥
ثالثاً: تعريف الدعوى الدستورية	١٦
المطلب الثاني: الأساس القانوني للدعوى الدستورية	٢٠
المطلب الثالث: الخصائص المميزة للدعوى الدستورية	٢٤
أولاً : الدعوى الدستورية دعوى عينية	٢٥
ثانياً: الدعوى الدستورية دعوى مستقلة ذات طبيعة خاصة	٢٩
ثالثاً: الدعوى الدستورية دعوى ضد قانون	٣١
المبحث الثاني: أركان الدعوى الدستورية	٣٣
المطلب لأول:الركن الأول من أركان الدعوى الدستورية وجود دستور ذي سمات خاصة	٣٤
أولاً : مدلول الدستور الذي يعد وجوده ركناً من أركان الدعوى الدستورية	٣٥
ثانياً : سمة الدستور الذي يعد وجوده ركناً من أركان الدعوى الدستورية	٣٩
المطلب الثاني: الركن الثاني من أركان الدعوى الدستورية وجود هيئة قضائية للنظر في الدعوى الدستورية	٤٢
أولاً : لماذا يعد وجود هيئة قضائية ركناً من أركان الدعوى الدستورية؟	٤٢
ثانياً: كيف تنشأ الهيئة المكلفة بالنظر في دستورية القوانين ؟ وممن تتكون؟	٤٧
١. (المحكمة الفدرالية) في سويسرا كمثال للهيئة القضائية غير المتخصصة المكلفة بالنظر بدستورية القوانين	٤٩
٢.المحكمة الدستورية العليا في مصر كمثال للهيئة القضائية المستقلة المكلفة بالنظر بدستورية القوانين	٥٠
ثالثاً : القضاء الدستوري في العراق	٥٢

١. القضاء الدستوري في العراق من عام ١٩٢٥ ولغاية عام ٢٠٠٣	٥٢
٢. القضاء الدستوري في العراق بعد عام ٢٠٠٣	٥٦
المطلب الثالث: الركن الثالث من أركان الدعوى الدستورية: الإيمان بمبدأ المشروعية الدستورية	٦١
أولاً: مبدأ المشروعية الدستورية	٦٢
ثانياً: مبدأ سيادة القانون	٦٥
الفصل الثاني: صور الدعوى الدستورية وطرق اتصال المحكمة بالدعوى	٦٨
المبحث الأول: صور الدعوى الدستورية	٦٩
المطلب الأول: دعوى الإلغاء	٧١
أولاً : ماهية دعوى الإلغاء (الدعوى المباشرة)	٧٢
ثانياً: أهم خصائص الدعوى المباشرة	٧٣
المطلب الثاني: دعوى الامتناع	٧٦
أولاً : ما هي دعوى الامتناع؟	٧٧
ثانياً: خصائص دعوى الامتناع	٧٨
ثالثاً: دعوى الامتناع في الولايات المتحدة الأمريكية كمثال لدعوى الامتناع	٨١
١. تشكيل المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية	٨١
٢. "رقابة الامتناع" في الولايات المتحدة الأمريكية	٨٢
أ. دعوى أمر المنع (الأمر القضائي)	٨٤
ب. دعوى الحكم التقريري	٨٥
المبحث الثاني: طرق اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية	٨٦
المطلب الأول: طريقة الدفع الفرعي المتضمن الإحالة إلى محكمة الدستورية	٨٧
أولاً: كيفية تقدير جدية الدفع	٨٩
ثانياً: طريقة الدفع الفرعي وفق قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر	٩١
ثالثاً: الإحالة من المحكمة بناءً على طلب أحد الخصوم على وفق نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق	٩٢
المطلب الثاني: طريقة الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع	٩٥
أولاً: طريقة الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع على وفق قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر	٩٦
ثانياً: الإحالة التلقائية من أحدى المحاكم على وفق نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق	٩٨
المطلب الثالث: طريقة التصدي التلقائي	١٠٠
أولاً: التصدي على وفق قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر	١٠١
ثانياً: طريقة التصدي على وفق نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق	١٠٤

المطلب الرابع: طريقة الدعوى المباشرة	١٠٦
أولاً: الدعوى المباشرة في المحكمة الدستورية العليا في مصر	١٠٧
ثانياً: الدعوى المباشرة على وفق نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق	١٠٨
١. الدعوى من إحدى الجهات الرسمية	١٠٨
٢. الدعوى الأصلية المباشرة المقدمة من الأفراد	١٠٩
الفصل الثالث: الحكم في الدعوى الدستورية	**١١٤**
المبحث الأول: شروط قبول الدعوى الدستورية	١١٦
المطلب الأول: شرط المصلحة	١١٨
أولاً: طبيعة شرط المصلحة في الدعوى الدستورية	١١٩
١. شرط المصلحة في حالة الدعوى الدستورية المباشرة	١٢٠
٢. شرط المصلحة في حالة الدفع الفرعي المقترن بالإحالة من محكمة الموضوع	١٢١
٣. شرط المصلحة في حالة الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع	١٢٢
٤. شرط المصلحة في حالة تصدي القاضي الدستوري	١٢٣
ثانياً: مدلول شرط المصلحة أمام القضاء الدستوري	١٢٥
المطلب الثاني: شرط الصفة	١٢٨
أولاً: ماهية شرط الصفة	١٢٨
ثانياً: التداخل ألانضمامي في الدعوى الدستورية	١٣٠
المطلب الثالث: ميعاد رفع الدعوى	١٣٣
أولاً: كيف يتحدد ميعاد الدعوى الدستورية؟	١٣٣
ثانياً: ظروف قطع الميعاد أو وقفه	١٣٥
ثالثاً: شرط الميعاد أمام المحكمة الاتحادية العليا في العراق	١٣٦
المبحث الثاني: وجه المخالفة الدستورية التي يراقبها القاضي الدستوري	١٣٨
المطلب الأول: المخالفات الشكلية	١٣٩
أولاً: مخالفة قواعد الاختصاص	١٤٠
ثانياً: مخالفة قواعد الشكل الواجب إتباعه	١٤٣
المطلب الثاني: المخالفات الموضوعية	١٤٥
أولاً: مخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور	١٤٥
ثانياً: الانحراف بسلطة التشريع	١٤٨
المبحث الثالث: حجية الحكم في الدعوى الدستورية وآثاره	١٥٢
المطلب الأول: حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية	١٥٣
أولاً: أحكام المحكمة الدستورية المختصة نهائية ولا تقبل الطعن	١٥٤
ثانياً: الحكم في الدعوى الدستورية له حجية مطلقة	١٥٦
١. الحكم بعدم الدستورية	١٥٧

٢. الحكم الصادر برفض الطعن ورد الدعوى	١٥٩
المطلب الثاني: أثر الحكم بعدم الدستورية	١٦٥
أولاً: الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية	١٦٥
ثانياً: أثر الحكم بعدم دستورية نص جنائي	١٧١
ثالثاً: أثر الحكم بعدم دستورية النص الضريبي	١٧٣
الخاتمة	١٧٨
قائمة المصادر	١٨٣
Abstract	a-c

المقدمة

المقدمة

إن الدستور هو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني في أي بلد إذ إنه يحتل مرتبة القمة في التنظيم القانوني، وتحتوي نصوصه على الأحكام التي تتضمن المقومات الأساسية للمجتمع اقتصادياً وسياسياً واجتماعياً، كما تتحدد بموجبه الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد. وبتعاظم دور قواعد الدستور وأهميتها في الدول الحديثة وجب أن تحيط بأحكامه هالة من القدسية تمنع أي أحد من محاولة المساس به سواء أكان هذا المساس صادراً من الأفراد أم من مؤسسات الدولة وسلطاتها الحاكمة، ولذلك وجد القضاء الدستوري الذي صار شغله الشاغل محاولة تدعيم ركائز احترام الدولة للقانون من خلال احترام قواعد الدستور. ولما كان القضاء الدستوري شأنه شأن أي جهاز قضائي لا يمكن أن يقحم نفسه في المنازعات تلقائياً وإنما وجب أن يتصل بأي نزاع عبر القنوات القانونية؛ لذا فإن الدعوى الدستورية تعد القناة القانونية الوحيدة التي تمكن القضاء الدستوري من خلالها التدخل في المنازعات ذات الطابع الدستوري. ولما كان أهم اختصاص يمارسه القضاء الدستوري في الوقت الراهن هو الرقابة على دستورية التشريعات فإن الدعوى الدستورية تُعدُّ الوسيلة القانونية التي تمكن القضاء من فرض هذه الرقابة فضلاً عن كونها الضمان الحقيقي للأفراد والمؤسسات لضمان احترام أحكام الدستور من سلطات الدولة المختلفة. وهذه الدراسة تسلط الضوء على طبيعة هذه الدعوى وماهيتها وما يميزها عن الدعاوى القانونية الأخرى التي تنظر أمام القضاء العادي والإداري.

ويمكن إبراز الطبيعة القانونية الخاصة للدعوى الدستورية من خلال إيضاح مفهومها العام وذلك بمحاولة حصر تعريف شامل للدعوى الدستورية ومن ثم الوقوف على أهم ما يميزها من خصائص عامة وصولاً للتعرف على الأساس القانوني الذي تستند إليه. كما يجب الوقوف على الأركان الأساسية للدعوى الدستورية التي لا يمكن أن تقوم الدعوى بدونها .

كما إن إيضاح صور الدعوى الدستورية يُعدُّ أهم ما يبرز الطبيعة الخاصة لها فضلاً عن شرح الآلية التي تتصل بها الدعوى الدستورية بالمحكمة المختصة فهي تتعلق بدعوى أخرى أحياناً في حين يتصدى لها القاضي تلقائياً في أحيان أخرى. ويمكن أن ترفع بدعوى مستقلة مباشرة إذا سمح النظام الدستوري بها.

ومن الأمور الأخرى التي تميز الدعوى الدستورية والتي تبرز الطبيعة القانونية الخاصة بها شروط قبولها أمام القضاء إذ إنها تتميز بشروط خاصة تختلف عن شروط قبول الدعوى العادية. كما إن القاضي الدستوري لا يتقيد بالطلبات المدرجة في صحيفة الدعوى كما هو الأصل العام في قانون المرافعات وإنما يتصدى لفحص المخالفات الدستورية التي وقع فيها النص التشريعي المطعون به سواء أكانت مخالفات شكلية أم موضوعية. وأخيراً فإن للحكم في الدعوى الدستورية حجيةً وأثاراً خاصة ومميزة ومختلفة من نظام دستوري إلى آخر.

كل ما تقدم يميز الدعوى الدستورية ويعطي لها طبيعة قانونية خاصة تميزها عن الدعوى القضائية العادية أو حتى الإدارية منها. ولتوضيح موضوع هذه الرسالة سنتطرق بشيء من الإيجاز إلى عدة محاور تساعد القارئ على فهم فحوى الموضوع.

أولاً: عنوان البحث

إن سبب اختيار عنوان البحث (طبيعة الدعوى الدستورية دراسة مقارنة في القضاء الدستوري) كان على التفصيل الآتي:

١. فمن خلال (طبيعة الدعوى الدستورية): يحاول الباحث تسليط الضوء على الطبيعة القانونية المميزة للدعوى الدستورية عن الدعاوى القانونية الأخرى ويظهر ذلك جلياً بتوضيح مفهوم الدعوى الدستورية وأركان وجودها ومن ثم التطرق لصور الدعوى الدستورية وطريقة اتصال المحكمة المختصة بها، وشروط قبولها وأوجه المخالفة التي يراقبها القاضي الدستوري وأخيراً حجية وآثار الحكم فيها.

٢. وهي (دراسة مقارنة) بين النظام الدستوري المصري والعراقي مع التطرق للنظام الأمريكي قدر تعلق الأمر بموضوع الرسالة، فضلاً عن التطرق لبعض الأمثلة لدول أخرى في أثناء المواضيع المطروحة.

٣. وهي دراسة في القضاء الدستوري من خلال الإشارة لما أمكن جمعه من أحكام القضاء الدستوري وقراراته سواء في مصر في ظل المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا أو في العراق في ضوء أحكام المحكمة الاتحادية العليا وقدر تعلق الأمر بالموضوعات المطروحة.

ثانياً: فرضية البحث.

يفترض الباحث أن للدعوى الدستورية طبيعة قانونية خاصة ومميزة عن الدعاوى القانونية الأخرى ويتضح هذا الأمر من خلال محاولة الباحث التطرق لأهم ما يميز الدعوى الدستورية، فسيتم التطرق لعدة مواضيع يعتقد أنها تعطي للدعوى طبيعة خاصة مع الاحتفاظ بصفات الدعوى القضائية. ويتضح ذلك من خلال الوقوف على إجابات واضحة ومحددة للأسئلة الآتية:

ألمصطلح "للدعوى الدستورية" معنى واحد محدد أم أنه متعلق بمعنى عام يشمل جميع الدعاوى التي ينظرها القضاء الدستوري بعدِّه قضاءً متخصصاً. ومعنى أخر خاص يشمل الرقابة على دستورية التشريعات بعدِّه أهم اختصاص من اختصاصات القضاء الدستوري ؟

هل إن للدعوى الدستورية طبيعة قانونية خاصة؟ وكيف يمكن أن تتضح هذه الطبيعة هل من خلال توضيح خصائصها والأساس قانوني الذي تستند عليه والأركان الواجب توافرها لقيامها ؟

أجميع صور الرقابة القضائية على دستورية التشريعات متعلقة بدعوى أم أن إطلاق كلمة الدعوى لا يعدو أن يكون مصطلحاً مجازياً؟

ما هي الكيفية التي يتم من خلالها اتصال الدعوى الدستورية بالهيئة القضائية المختصة؟ وما هي الشروط الواجب توافرها لقبولها أمام القضاء الدستوري وما هي المخالفات التي يراقبها القاضي الدستوري؟

ما مدى الحجية التي تتمتع بها القرارات الصادرة في الدعوى الدستورية هل هي مطلقة وملزمة للسلطات كافة، وهل أن هذه الحجية تفرض لكافة أنواع القرارات؟ وما هو الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية أهو أثر فوري أم إنه أثر رجعي؟

يعتقد الباحث أن الإجابة عن الأسئلة أعلاه يمكن أن تحدد وتشخص الطبيعة القانونية المميزة للدعوى الدستورية.

ثالثاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من الناحية العلمية في أن الدعوى الدستورية تعد من أهم عناصر القضاء الدستوري خصوصاً مع تعاظم دور هذا القضاء وتوجه أغلب دول العالم إلى إنشاء قضاء دستوري متخصص ومنها العراق، إذ تم إنشاء المحكمة الاتحادية العليا بموجب الدستور الدائم لعام ٢٠٠٥ والتي تُعدُّ مثالاً للقضاء الدستورية المتخصص.

ولما كانت الرقابة على دستورية التشريعات هي من أهم الاختصاصات التي يضطلع بها القضاء الدستوري فإن الأهمية العملية من هذا البحث تكمن في توضيح طبيعة الدعوى المتعلقة بالرقابة على دستورية التشريعات مع إيضاح دور القاضي

الدستوري في الوقوف على أوجه المخالفات التي تقع في التشريعات. ويعتقد الباحث أن هذه الرسالة ستعين القاضي الدستوري العراقي ولاسيما أن مسألة الرقابة على دستورية التشريعات لازالت حديثة النشأة.

رابعاً: منهج البحث

إن منهج البحث الذي سيتبعه الباحث في هذه الرسالة هو المنهج القانوني المقارن بين النظام الدستوري المصري، والعراقي، مع التطرق للنظام الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية بقدر تعلق الأمر بموضوعات الرسالة. كما سيتم التطرق لموقف القضاء الدستوري من خلال التطرق لأهم قرارات المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في مصر، والمحكمة الاتحادية العليا في العراق.

خامساً: تبويب البحث

سوف يتم تقسيم هذا البحث على ثلاثة فصول وعلى التفصيل الآتي:

الفصل الأول: مفهوم وأركان الدعوى الدستورية.

ويقسم على مبحثين: يتضمن المبحث الأول: مفهوم الدعوى الدستورية بمناقشة تعريف الدعوى الدستورية وبيان أساسها القانوني وأهم الخصائص المميزة لها. أما المبحث الثاني: فسيدرس أركان الدعوى الدستورية.

الفصل الثاني: صور الدعوى الدستورية وطرق اتصال المحكمة المختصة بها.

يقسم هذا الفصل على مبحثين: ندرس في الأول صور الدعوى الدستورية وهي دعوى الإلغاء ودعوى الامتناع. وندرس في المبحث الثاني طرق اتصال الدعوى

بالمحكمة المختصة. سواء من خلال الدفع الفرعي المتضمن الإحالة من محكمة الموضوع والإحالة التلقائية وطريقة التصدي وطريقة الدعوى المباشرة.

الفصل الثالث: يتضمن الحديث عن الحكم في الدعوى الدستورية.

وسيتم تقسيم هذا الفصل على ثلاثة مباحث. سنتناول في الأول شروط قبول الدعوى أمام القضاء المختص. وفي الثاني أوجه المخالفات الدستورية الشكلية والموضوعية وفي الثالث حجية الحكم في الدعوى الدستورية وآثاره.

سادساً: تحليل المصادر والمراجع.

لما كان موضوع الدعوى الدستورية حديث النشأة، فتكاد تكون التجربة المصرية في هذا المجال هي من أكثر التجارب ثراءً وتطوراً في الوطن العربي إذ يتجاوز عمر القضاء الدستوري في هذا البلد أربعين عاماً كانت حافلة بالتطور في جميع جوانبه، لذا فإن الباحث لم يقف على الكثير من المصادر التي تناولت موضوع الدعوى الدستورية فضلاً عن طبيعتها. ومع ذلك فتوجد بعض المراجع في هذا المجال وهي كالآتي:

أهمها كتاب الدكتور رفعت عيد سيد "الوجيز في الدعوى الدستورية" طبعة دار النهضة العربية القاهرة سنة ٢٠٠٤. فقد أحاط هذا الكاتب بموضوع الدعوى الدستورية إحاطة شاملة وتضمن أيضاً الإشارة إلى القضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة إلا أن الكاتب تناول الدعوى الدستورية بموجب النظام الدستوري المصري؛ لذا فإن موضوع الكتاب محصور في القضاء الدستوري المصري.

كما وقف الباحث على كتاب المستشار عز الدين الدناصوري والدكتور عبد الحميد الشواربي "الدعوى الدستورية" طبعة منشأة المعارف في الإسكندرية سنة ٢٠٠١. وتضمن الكتاب موضوع الدعوى الدستورية من خلال أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر.

وكتاب ثالث للدكتور محمد المنجي "دعوى عدم الدستورية" طبعة منشاة المعارف في الإسكندرية سنة ٢٠٠٢. وتضمن التنظيم القانوني والإجرائي لدعوى عدم الدستورية ومراحل الدعوى من الدفع وتحرير الصحيفة إلى صدور الحكم فيها، إلا أن موضوع الكتاب محدد أيضاً في ضوء أحكام القضاء وآراء الفقه الدستوري المصري.

ومن هنا جاءت رسالة الباحث لتعالج موضوع الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية في سياق دراسة مقارنة تم التطرق فيها إلى الأحكام العامة للدعوى الدستورية مع توضيح التطبيقات العملية في القضاء الدستوري المصري والعراقي مع التطرق للقضاء الدستوري الأمريكي في بعض الجوانب.

ومع ما تقدم فقد اطلع الباحث على عدّة مصادر تناولت موضوع الدعوى الدستورية في أثناءها دون أن يخصص المصدر كله للدعوى الدستورية بالتحديد. ومنها على سبيل المثال كتاب المستشار الدكتور منير عبد المجيد "أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح" طبعة منشأة المعارف سنة ٢٠٠١. الذي تطرق فيه إلى موضوع الدعوى الدستورية على وفق النظام الدستوري المصري.

سابعاً الصعوبات التي واجهت الباحث.

إن أهم الصعوبات التي واجهت الباحث هي شحة المصادر المتعلقة بموضوع الدعوى الدستورية ولاسيما تلك المتعلقة بالدعوى الدستورية في ظل النظام الدستوري العراقي الجديد وذلك لحداثة نشأة هذا القضاء من جهة، ولقلة الباحثين في جانب القضاء الدستوري من جهة أخرى.

وفي الختام فإنه لا يسع الباحث إلا أن يتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة للجهود التي سيبذلونها في قراءة الرسالة وتأشير الأخطاء وهي كثيرة قطعاً لأن هذه الرسالة كانت البحث البكر في هذا الجانب.

وأخيراً فإن ما ورد من خطأ في أثناء هذا البحث فمني ومن الشيطان، وإن أحسنت فمن الله عز وجل.

الباحث

الفصل الأول

مفهوم الدعوى
الدستورية وأركانها

الفصل الأول

مفهوم وأركان الدعوى الدستورية

لما كانت للدعوى الدستورية أهمية بالغة؛ لأنها تعد السور الحامي للمبادئ والقيم التي يضمّها الدستور، إذ هي وسيلة بيد الأفراد لضمان حماية حقوقهم وحرياتهم، إضافة إلى أنها وسيلة لحماية القيم والمبادئ العليا للمجتمع، إذ إن السلطات العامة مهما كانت محايدة في عملها وملتزمة بالصلاحيات الممنوحة لها من قبل الدستور، لابد وأن تحاول بوسيلة أو بأخرى التجاوز على بعض الأحكام الدستورية، لذا فقد وجب وجود رقيب يراقب –ويحاسب إذا اقتضى الأمر– الهيئات التي تحاول تجاوز أحكام الدستور، والوسيلة المثلى لهذه الرقابة هي الدعوى الدستورية التي تعد بحق وسيلة ناجعة لضمان احترام نصوص الدستور ومبادئه، وذلك؛ لأنّها تهاجم النص القانوني الذي خالف نصاً أعلى منه درجة في هرم النظام القانوني، فضلاً عن أنها ترفع أمام السلطة القضائية التي تعد جهة حيادية؛ لأنها سلطة مكلفة بتطبيق القوانين، فهي تتعامل بمهنية مع النصوص القانونية بعيداً عن التأثيرات السياسية[1].

ولأجل فهم فحوى الدعوى الدستورية، لابد من توضيح مفهومها، من خلال الوقوف على معنى الدعوى الدستورية واستخراج تعريفٍ لها، ومن ثم التطرق لأهم الخصائص المميزة لها. وبعدها سنتطرق للأركان الأساسية الواجب توافرها حتى يمكن الحديث عن وجود رقابة على دستورية القوانين وبالتالي وجود دعوى دستورية. لذا سنقسم هذا الفصل على مبحثين اثنين:

الأول: يتضمن توضيح مفهوم الدعوى الدستورية.

والآخر: يتطرق إلى الأركان الأساسية لقيام الدعوى الدستورية.

---

(١) د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوة الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص: ٩.

المبحث الأول

مفهوم الدعوى الدستورية

للتعرف على مفهوم أي مصطلح يجب التطرق لتعريفه، ومن ثم محاولة حصر أهم الخصائص التي تميزه عن ما يشابهه من المصطلحات، وللوصول لمفهوم شامل للدعوى الدستورية لابد أن نتطرق أولاً إلى تعريف الدعوى الدستورية من خلال بيان معناها اللغوي والاصطلاحي، ومن ثم سنبين الأساس القانوني للدعوى الدستورية، وبعدها سنذكر أهم الخصائص التي تميزها. لذا سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب.

الأول : سنتناول فيه تعريف الدعوى الدستورية .

والثاني : لبيان الأساس القانوني للدعوى الدستورية .

والثالث : نبين فيه أهم الخصائص التي تميز الدعوى الدستورية .

المطلب الأول

تعريف الدعوى الدستورية

لتعريف الدعوى الدستورية ينبغي أولاً أن نوضح المعنى اللغوي لها. ومن ثم سنتطرق للمعنى الاصطلاحي، وصولاً إلى محاولة حصر تعريف جامع يوضح المعنى العام للدعوى الدستورية.

أولاً : المعنى اللغوي للدعوى الدستورية.

لتعريف الدعوى الدستورية لغوياً يجب تفكيك المصطلح إلى ما يحويه من كلمات، لمعرفة معنى كل كلمة على حدا ومن ثم التعرف على معنى المصطلح بصورة مجتمعة؛ إذ جرت عادة المنطقيين في تعريف المصطلح المركب إلى تعريف أجزائه ومن ثم تعريفه كعلم دال على مفرداته.

فكلمة: "الدعوى" هي اسمٌ من الإدعاء، وهو المصدر، أي الاسم لما يدعى، وتجمع على دعاوي بكسر الواو وفتحها، وقال بعضهم الفتح أولى؛ لأن العرب آثرت التخفيف، والادعاء هو المصدر ومنه الاشتقاق وادعيت الشيء زعمته لي حقاً كان أم باطلاً ، وتداعوا الشيء : ادعوه ، وادعاه مدعاة : حاجّه[١].

ولكلمة "الدعوى" عدة معان إلا أنه عادة ما يدل على الطلب: فقد يأتي معناها: متعلق بالطلب والتمني كقوله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَّا يَدَّعُونَ﴾[٢]، أو قد يأتي بمعنى الدعاء الذي هو الرغبة إلى الله والابتهال إليه كقوله تعالى: ﴿وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ

(١) محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، المجلد العاشر، دار الحياة، بيروت، بلا ت. ، ص: ١٢٨. ومحمد بن بكر بن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، بلا د. ، بلا م. ، بلا ت. ، ص: ٩٨٧.

(٢) سورة يس، الآية: (٥٧).

الحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ العَالَمِينَ﴾[1]، أو قد يأتي معنى الدعوى الزعم والادعاء إلا أن العرب لا تطلقه على القول المدعوم بالحجة والبرهان وإنما على مجرد الزعم[2]. وتأتي بمعان أخرى عديدة. ولكن محور هذه المعاني هو الطلب

أما كلمة "الدستورية" فتأتي كصفة توصف فيها الدعوى وتتميز عن غيرها، وهي مشتقة من كلمة "الدستور" والدستور: كلمة فارسية تعني سجل الأساس، أي السجل الذي كان يدون فيه أسماء الجنود، وقد أُخذت هذه الكلمة واستخدمت في اللغة العربية. وقد جاء في معجم تاج العروس: ((الدستُورُ هو اسم النسخة المعمولة للجماعات كالدفاتر التي منها تحريره، ويجمع فيها قوانين الملك، وضوابطه. فارسية معربة. استعمله الكُتاب في الذي يدير أمر المُلك تجوزاً .. والدستور نسخة الجماعة، ثم لقب به الوزير الكبير الذي يرجع إليه فيما يرسم في أحوال الناس لكونه صاحب هذا الدفتر .. وأصله الفتح وإنما ضم لما عرب ليلتحق بأوزان العرب فليس الفتح فيه خطأُ محضٌ . وولعت العامة في إطلاقه على معنى الإذن))[3].

أما في اللغة الفرنسية والإنكليزية فقد درج استخدام مصطلح (Constitution) الذي يعني التكوين أو التأسيس أو الإنشاء، و(Constitution Law) هو القانون الأساسي[4].

---

(١) سورة يونس، الآية: (١٠).

(٢) محمد مرتضى الزبيدي، المجلد العاشر، مصدر سابق، ص: ١٢٧.

(٣) نفس المصدر، المجلد الأول، ص: ٢٨٢٥.

(٤) د. عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، دار الكتاب العربي، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤. ص: ١٣٢.

وعلى ما تقدم فإن المعنى اللغوي للدستور هو: القانون الأساسي الذي يبين أصول نظام الحكم[١].

ويرى الباحث أن المعنى اللغوي لمصطلح "الدعوى الدستورية" هو: الطلب القائم على حق متعلق بالوثيقة الدستورية، فهو طلب يوصف بصفة الدستورية لتعلقه ببنود الدستور.

ثانياً : المعنى الاصطلاحي للدعوى الدستورية.

لقد أوضح البعض أن معنى الدعوى بصورة عامة هو: الطلب المقترن باللجوء إلى القضاء للوصول إلى الحق المدعى به[٢]. وبذلك فإن معنى الدعوى الاصطلاحي لا يختلف كثيراً عن معناه اللغوي.

أما كلمة الدستور: فقد استقر الأمر على أن مقصود هذا الاصطلاح في المجال القانوني هو: الوثيقة التي تحوي على كل ما يتصل بالدولة في أساسها وتكوينها وشكل الحكم المتبع فضلاً عن كل ما يتعلق بمقوماتها وعناصرها وطرق ممارسة السلطة فيها[٣].

وطبقاً لما تقدم يرى الباحث أن المعنى الاصطلاحي للدعوى الدستورية هو: الطلب المقترن باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحق متعلق بنصوص الوثيقة الدستورية.

---

(١) د. دعاء الصاوي يوسف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩. ص: ١١.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بلا ت. ، ص: ١٠٧.

(٣) د.حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨. ص: ٣١٢.

ثالثاً: تعريف الدعوى الدستورية

للوقوف على تعريف الدعوى الدستورية ينبغي التطرق إلى التعريف العام للدعوى الدستورية والتعريف الخاص المتعلق بالرقابة على دستورية التشريعات.

١. **التعريف العام للدعوى الدستورية.** يمكن تعريف الدعوى القضائية بصورة عامة بأنها: عبارة عن سلطة قانونية يتمتع بها الأفراد ويتمكنون بمقتضاها من الالتجاء إلى القضاء طلباً لحماية حقوقهم المعتدى عليها[١].

أما الدعوى الدستورية فلم نرَ فيما اطلعنا عليه من المصادر أن أحداً عرّف الدعوى الدستورية إلا في إطار الرقابة على دستورية التشريعات. وبتتبع اختصاصات القضاء الدستوري يتضح لنا أن للدعوى الدستورية تعريفاً عاماً يشمل جميع ما ينظره القضاء الدستوري سواء ما يتعلق بالرقابة على دستورية التشريعات أو الاختصاصات الأخرى، وهذا التعريف لا يخرج عن تعريف الدعوى بصورة عامة مع وجود خصوصية متعلقة بالدفاع عن حقوق سياسية لهيئات الدولة وللأفراد في بعض الأحيان.

وعلى ما تقدم يرى الباحث أنه يمكن تعريف الدعوى الدستورية بصورة عامة بأنها: سلطة قانونية تتمتع بها بعض هيئات الدولة العامة والأفراد في بعض الأحيان تمكنهم من اللجوء إلى القضاء للدفاع عن حقوقهم السياسية المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية.

---

(١) ولتفصيل أكبر في موضوع تعريف الدعوى القضائية ينظر: د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص: ١١٣-١١٦. وعبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ط. ٢، المجلد الأول، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٨. ص: ٣٢-٣٨.

٢. **تعريف الخاص للدعوى الدستورية.** إن الدعوى القضائية قد تتعلق بالتعرض للحقوق القانونية للفرد سواء أكانت مالية أم شخصية وفي هذه الحالة نكون أمام دعوى متعلقة بحق شخصي لأحد الأفراد أي دعوى مدنية نطاقها القانون المدني، وتختص المحاكم المدنية بالنظر فيها.

وقد تتعلق بحقوق تمس أمن المجتمع وسلامته بأن يعكر أحدهم الأمن العام أو أمن الأشخاص بالاعتداء على أرواحهم أو أموالهم فنكون حينئذ أمام دعوى جنائية، وتنظر بها المحاكم الجنائية(١).

أما في الدعوى الدستورية فإن الإخلال يكون تجاه نصوص الدستور التي تتمتع بحماية وقدسية متمثلة برفعة قواعده وسموها على باقي القواعد القانونية في الدولة، وهذا الإخلال لا يقع من فرد، وإنما يقع من مؤسسة مكلفة بتشريع نصوص قانونية، إلا أنها ومن خلال ممارسة هذه الصلاحية قد تحاول التجاوز على نصوص الدستور الذي منحها هذه الصلاحية فتقع في المحذور. فالإخلال يحدث غالباً من السلطة المختصة بالتشريع وهي غالباً متمثلة بالبرلمان وذلك من خلال تشريع قانون يحوي على نصوص تتعارض مع الدستور في حين أنه ملزم بالتقييد بقواعده التي لا يجوز له الخروج عنها في أي تشريع صادر من قبله وإلا عد المشرع العادي معدلاً لأحكام الدستور وهذا أمر يتنافى مع مبدأ سمو الدستور الذي يعني: أن القواعد الدستورية تتمتع برفعة على باقي القواعد القانونية في الدولة، وإن جميع القوانين والأنظمة واللوائح يجب أن تكون خاضعة لأحكام الدستور(٢).

---

(١) عبد الأمير العكيلي ود. سليم إبراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، بلا د. ، بلا م. ، بلا ت. ، ص: ٢٣.

(٢) د. نزيه رعد، القانون الدستوري العام، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط. ٢، لبنان، ٢٠٠٨. ص: ١١٧.

أما بشأن الحق في تحريك الدعوى الدستورية فأنه يعطى في الغالب إلى مؤسسات معينة (كالمحاكم بمختلف درجاتها، أو الهيئات العامة ...)، وقد يمنح الحق في رفع الدعوى الدستورية للأفراد أيضاً وهذا ما عليه الحال في بعض البلدان[١].

وعلى ما تقدم فقد عرف بعضهم الدعوى الدستورية بأنها : دعوى تقيمها بعض الهيئات في الدولة أو من الأفراد على نص في قانون أو نظام أو لائحة يعتقد أنه يناقض أو يخالف الدستور[٢].

ويلاحظ في هذا التعريف أنه لم يتطرق للصفة القضائية للدعوى الدستورية، إذ إن هذا التعريف يصدق على حالة كون الرقابة على دستورية التشريعات مخولة لجهة غير قضائية.

وبذلك فقد أضاف البعض العنصر القضائي للتعريف بعدِّهم أن الدعوى الدستورية هي دعوى قضائية تُقام أمام هيئة قضائية، فضلاً عن كون الهدف من إقامة الدعوى الدستورية توقيع الجزاء المناسب على النص التشريعي المخالف لنصوص الدستور. فعرفت الدعوى الدستورية بأنها: وسيلة اختيارية خولها القانون لصاحب الحق سواء أكان فرداً أم هيئة سياسية أم قضائية في اللجوء إلى القضاء

---

(١) كما هو الحال في العراق ، فقد أعطى قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية، وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ الحق لكل مواطن بعد توافر الشروط معينة أن يقدم دعوى مستقلة مباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا يطلب فيها البت بشرعية نص في قانون أو نظام أو تعليمات أو أمر. ينظر: د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد (١١) العدد (٢١) كانون الأول/٢٠٠٨. ص: ١٦٦.

(٢) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، المجلد الثاني، ط. ٢، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص: ٥٨. ود. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ١١٩.

لإيقاع الجزاء القانوني على إخلال السلطة المكلفة بالتشريع الواجب الذي تنطوي عليه القاعدة الدستورية[١].

ومع ذلك فإن التعريف السابق لم يحط بكل معنى الدعوى الدستورية؛ إذ إن الاعتداء على قواعد الدستور لا يأتي من السلطة التشريعية فحسب بل يمكن أن يأتي الاعتداء من السلطة التنفيذية المتمثلة بالحكومة من خلال إصدار نظام أو تعليمات أو حتى قرار تنظيمي أو فردي يخالف قاعدة دستورية أو قانونية قائمة. وبذلك فإن الدعوى الدستورية وجدت لرد الاعتداء الواقع على نصوص الدستور أو القوانين النافذة وبالتالي هي وسيلة لضمان مشروعية التشريعات سواء أصدرت من السلطة التشريعية أم من السلطة التنفيذية، وإن كان مجالها أوسع وأكبر في نطاق القوانين الصادرة من السلطة التشريعية[٢].

لذا يرى الباحث أنه يمكن تعريف الدعوى الدستورية بأنها: وسيلة قانونية اختيارية خولت –بموجب القانون– لهيئة أو فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لإيقاع الجزاء الذي يقرره القانون على إخلال السلطة التشريعية أو أي سلطة أخرى لها الحق بإصدار تشريعات عامة مجردة بالواجب الذي تنطوي عليه القاعدة القانونية الدستورية.

---

(١) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق، ص: ١٩٠.

(٢) عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١. ص: ١٣.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للدعوى الدستورية

إن القواعد القانونية ليست على مستوى واحد من القوة والإلزام وإنما تتدرج بحسب مكانة الجهة التي أصدرتها فضلاً عن إجراءات إصدارها. ومن المعلوم أن القواعد الدستورية تحتل مكان القمة في سلم النظام القانوني[١].

إلا أن هذه الرفعة لا يكون لها معنى وبالتالي لا يكون لها فائدة عملية ما لم يكن هناك جزاء على مخالفتها. فإن السلطة المكلفة بالتشريع عادة ما تحاول تجاوز القواعد المقيدة لصلاحياتها في إصدار التشريعات ومن هنا وجب وجود وسيلة لضمان علوية قواعد الدستور وعدم الخروج عليها. وهذه الوسيلة تتمثل في الرقابة على دستورية التشريعات والتي تعني وجود هيئة تراقب مدى تطابق التشريعات مع نصوص الدستورية وتفرض الجزاء المناسب على النصوص المخالفة من خلال إلغائها أو عدم تطبيقها[٢].

إنَّ فكرة الرقابة على دستورية التشريعات قائمة أساساً من أجل حماية علوية نصوص الدستور التي توزع الاختصاصات بين السلطات وتوضح طريقة عمل الهيئات العامة فضلاً عن إقرار الحقوق والحريات الخاصة بالإفراد. والاعتداء عادة ما يصدر من السلطة التشريعية لما لها من صلاحية إصدار التشريعات المختلفة. ولضمان حيادية جهة الرقابة وجب أن تكون الهيئة المختصة بالرقابة مستقلة عن السلطة التشريعية وإلا كانت خاضعة لها ومنقادة لأمرها. وأفضل من يقوم بهذا الدور هو القضاء لما له من حيادية وخبرة عملية لذلك وجدت الرقابة القضائية وبالتالي

---

(١) د. منذر الشاوي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص: ٥٥.

(٢) د. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ١١٧.

وجدت الدعوى الدستورية التي تعد الوسيلة الأفضل لضمان الحفاظ على علوية القواعد الدستورية[١].

وعلى هذا فإن الأساس القانوني للدعوى الدستورية هو مبدأ علوية القواعد الدستورية على القواعد القانونية الأخرى على ما سنرى من خلال التفصيل الآتي:

فمبدأ علوية القواعد الدستورية. يفترض وجود هرم من القواعد القانونية تعلو قمته قواعد الدستور في حين تتدرج أسفله قواعد القانون العادي الصادرة من السلطة التشريعية، ومن ثم تليها الأنظمة الصادرة من السلطة التنفيذية، وتتسلسل بعدها التعليمات والقرارات الإدارية التنظيمية وصولاً إلى القرارات الإدارية الفردية التي تقع في قاعدة الهرم. ويفترض هذا الهرم القانوني خضوع القاعدة الدنيا للقاعدة التي تعلوها مرتبة. فلا يجوز لأي قاعدة قانونية أن تخالف القاعدة التي تعلوها مرتبةً في الهرم القانوني وإلا عدت غير مشروعة، والقاعدة القانونية يجب أن تخضع للقاعدة التي تعلوها مرتبتاً شكلاً وموضوعاً[٢].

ويلاحظ أن تسلسل الترتيب الهرمي للقواعد القانونية مرتبط ارتباط وثيق بالإجراءات المتبعة في إصدار وتعديل القاعدة، فكلما كانت إجراءات إصدار القاعدة القانونية وتعديلها يتسم بالصعوبة والتعقيد سمت وعلت على مثيلاتها وصولاً إلى قمة الهرم القانوني، ولا نجد أدنى شك في أن إجراءات إصدار وتعديل القواعد الدستورية هي الأشد تعقيداً من بين إجراءات تعديل القواعد القانونية الأخرى، وهذا ما يفرضه

---

(١) د. منذر الشاوي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص: ٥٧.

(٢) ينظر: د. سامي جمال الدين. القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥. ص: ١٢٣. ود. أشرف فايز اللمساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩. ص: ١٢. ولمزيد من التفصيل حول مبدأ علوية الدستور ينظر: د.منذر الشاوي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص: ١٢-٣٠. ود. فائز عزيز أسعد، المفهوم السياسي لعلو الدستور، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد، ٢٠٠٤. ص:١٢.

جمود الدستور، هذا الجمود الذي يعني أن قواعد الدستور لا تصدر أو تعدل إلا بإتباع إجراءات أشد تعقيداً من تلك المتبعة في إصدار أو تعديل القانون العادي؛ وهذا ما يسمى بالسمو الشكلي الدستور، وهذا السمو يجعل القاعدة الدستورية في قمة الهرم القانوني[١].

ومن خلال توضيح فحوى المبدأ أعلاه نجد الأساس القانوني للدعوى الدستورية والمبرر من وجودها، ذلك لأنها تعد الوسيلة الأفضل لضمان التزام السلطات العامة ولاسيما السلطة التشريعية بأحكام القانون الأسمى (الدستور) فمبدأ علوية القواعد الدستورية لن يكون له معنى، ويبقى في إطار البحث النظري ما لم توجد وسيلة ناجعة لضمان إلزام سلطات الدولة به من خلال احترام قوة القاعدة القانونية الذي يفرضها موقعها في سلم الهرم القانوني، فالدعوى الدستورية تثار ضد أي سلطة تحاول أن تتجاوز الصلاحيات التي أُعطيت لها بموجب الدستور، كما تُثار ضد أي قاعدة قانونية تخالف قاعدة أعلى وأقوى منها مرتبة[٢].

ومن خلال الدعوى الدستورية نظمن التزام جميع الهيئات بالقانون ومن ضمنها السلطة التشريعية، لأن عملها مقيد بأحكام الدستور الذي أعطى لها الصلاحيات وقيدها بإتباع إجراءات محددة لإصدار التشريعات، وهي لا تستطيع أن تخالف

---

(١) ينظر: أحمد العزي النقشبندي، الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقتها في الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٨٩. ص: ٧. ود. عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مطبعة السعدني، بلا مكان نشر، ٢٠٠٤. ص: ٥٣٧-٥٣٨. ود. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧. ص: ١٨. ود. محمد محمد عبده إمام، الوجيز في شرح القانون الدستوري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧. ص: ١٠١.

(٢) ينظر: عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١. ص: ٢٠. ود. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣. ص: ١١٧.

الأطر العامة المحددة في الدستور في أي تشريع يصدر منها وإلا عد عملها هذا غير مشروع ويكون مثاراً لقيام دعوى دستورية[1].

(١) ينظر: د. حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص: ٤١٩.

المطلب الثالث

الخصائص المميزة للدعوى الدستورية

إنَّ الخصائص المميزة التي يتمتع بها نوع ما يمكن أن تميزه عن أي نوع آخر يمكن أن يكون مشابهاً له من خلال اندراجه معه تحت جنس واحد. لذا تلعب الخصائص المميزة لأي نوع من أنواع الدعوى القضائية دور "الفصل" بأسلوب منطقي يميزها عن باقي أنواع الدعاوى القضائية(١).

والدعوى الدستورية هي دعوى قضائية، وهي بذلك لا تختلف عن أي دعوى أخرى ترفع أمام القضاء سواء أكانت دعوى مدنية أم جزائية، كما إنها قد تكون مشابهة بشكل كبير لدعوى الإلغاء في القضاء الإداري والتي تمثل أسلوباً من أساليب الرقابة على تصرفات الإدارة؛ إذ هي توجه نحو قرار إداري معيب مستهدفةً إلغاءه(٢).

إلا أن للدعوى الدستورية خصائص تميزها عن الدعوى العادية وذلك نتيجة لطبيعة الحق الذي تحميه، فالذي يرفع الدعوى الدستورية وإن كان في الغالب يهدف إلى رفع ضرر أصابه من جراء إصدار قانون مخالف للدستور أي أنه يرفع الدعوى الدستورية لمصلحة شخصية، بل إن وجود هذه المصلحة هو شرط أساسي لقبول الدعوى الدستورية كما سنرى ذلك في حديثنا عن شروط قبولها، إلا أنه ومع ذلك يبقى هناك جانب عيني للدعوى الدستورية؛ لأنَّها لا ترفع بمناسبة واقعة قانونية بين

---

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المنطق القانوني، منشورات مكتبة السنهوري، بغداد، بلا سنة طبع. ص: ٨٩.

(٢) لقد عرفت دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري بأنها: دعوى قضائية يقيمها أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة ممن له مصلحة أمام القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء قرار إداري تنفيذي لصدوره مخالفاً للقواعد القانونية. ولتفصيل أوسع حول دعوى الإلغاء ينظر: أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، حدود سلطة القضاء الإداري في دعوى الإلغاء(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥. ص: ٩-١٠.

شخصين وإنما هي تستهدف البت في مشروعية نص قانوني، أي أن الخصم فيها هو القانون، فضلاً عن أنها دعوى مستقلة لا يمكن عدَّها تبعية أو عرضية[١].

ويمكن إجمال الخصائص المميزة للدعوى الدستورية بثلاث نقاط، وهي عينية الدعوى الدستورية، وكونها دعوى مستقلة ذات طبيعة خاصة، فضلاً عن أنها دعوى ضد قانون. وسنتناول هذه الخصائص بالبحث فيما يأتي:

أولاً : الدعوى الدستورية دعوى عينية.

تقسم الدعوى بصورة عامة تبعاً لطبيعة الحق الذي تستند إليه على دعوى عينية ودعوى شخصية.

فالدعوى الشخصية: يكون الغرض من إقامتها إقرار حقٍّ شخصي متعلق برابطة شخصية بين طرفين.

في حين أن الدعوى العينية: يكون الغرض من إقامتها إقرار حق عيني أو حالة قانونية معينة[٢].

---

(١) ينظر: عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٣٩-٤٢. ود. محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢. ص: ٩٩-١٠٣. ود. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٣. ص: ١٥٠-١٥٣. ود. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ١٩١-١٩٧.

(٢) ومن هنا فالمعول عليه باعتبار الدعوى عينية أم شخصية هو طبيعة الحق المتنازع عليه في الدعوى فيما إذا كان حقاً شخصياً أم عينياً . ويمكن تعريف الحق الشخصي بأنه: رابطة قانونية بين شخصين يكون أحدهم دائن والأخر مدين ويطالب بمقتضى هذه الرابطة الدائن مدينه بأن يقوم بعمل معين كدفع مبلغ من المال أو أن يمتنع عن عمل ويلاحظ أن الحقوق الشخصية مطلقة وليس لها حصر في القانون. أما الحق العيني فيعرف بأنه: سلطة مباشرة تثبت لشخص ما بموجب القانون على شيء ما ومثالها حقوق الانتفاع والاستعمال.. إلخ ويلاحظ أن الحقوق العينية وردت في القانون على سبيل الحصر. ولمزيد من التفصيل في موضوع الدعوى

والدعوى الدستورية من هذا الجانب هي دعوى ذات طبيعة عينية كون الخصومة فيها متجهة إلى النصوص التشريعية أي أن الخصم فيها هو نص التشريع المخالف لأحكام الدستور، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن آثارها ذات حجية مطلقة على الكافة أي إن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية لا يقتصر على أطرافها فحسب بل يشمل جميع الهيئات والأفراد الخاضعين للقانون سواء أكانوا مخاطبين بالنص التشريعي المطعون به أم لا، فضلاً عن إلزام الهيئات القضائية كافة بالحكم الصادر فيها[١].

ويؤيد هذا الطرح أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر إذ ينص أحد أحكامها على: ((الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية هي بطبيعتها دعاوى عينية، توجه الخصوم فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري تكون لها – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة– حجية مطلقة، حيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته، ورفض الدعوى على هذا الأساس))[٢].

ومع ما تقدم فقد ذهب الدكتور رفعت عيد سيد إلى رأي آخر بهذا الصدد، إذ إنه يرى أن للدعوى الدستورية طبيعة مختلطة؛ فإن الطاعن يخاصم القانون الذي هو

عينية ودعوى شخصية ينظر: د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص: ١٢٧. وعبد الرحمن العلام، مصدر سابق، المجلد الأول، ص: ١٤٩–١٥٠.

(١) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٩٩–١٠٠.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى المرقمة (٩) لسنة (٨) ق بتاريخ ١٩٨٧/٦/٦. نقلاً عن: د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص:١٠٠.

إرادة المؤسسة التشريعية، والطريقة التي تمارس بها هذه السلطة اختصاصاتها الدستورية بقصد التفاعل مع المراكز القانونية القائمة أو إنشاء مراكز قانونية جديدة، وبهذا فهو يخاصم المجلس النيابي نفسه، وفي بعض الأحيان قد يؤدي هذا الاختصام إلى الطعن بعضوية أعضاء البرلمان وإنهاء خدماتهم في حالة إذا ما طعن بالقانون الذي هو أساس عضوية البرلمان والوسيلة التي وصل بها النواب إلى قبته، من خلال الطعن بدستورية قانون الانتخابات الذي من شأنه أن يجعل البرلمان خصماً في الدعوى الدستورية، فيرى أن حل المجلس النيابي نتيجة لعدم دستورية قانون الانتخابات هو أفضل تجسيد لفكرة اختصام البرلمان. إذ إن صاحب الدعوى الدستورية لم يطعن بقانون الانتخابات فقط. بل تجاوز الأمر إلى محاولة إخراج أعضاء هذه المؤسسة التي أصدرت هذا التشريع من الخدمة ولو مؤقتاً[1].

وفضلاً عمّا تقدم ومن ناحية أخرى فإن قصد المشرع الدستوري من إسناد الرقابة على دستورية القوانين إلى محكمة دستورية مختصة يكشف عن حقيقة لا مجال لإنكارها وهي ممارسة نوع من الرقابة على البرلمان لكي يحترم نصوص الدستور. ولتحقيق هذا الأمر تم إنشاء محكمة متخصصة في المسألة رقابة دستورية التشريعات وهي لا تنتمي إلى التنظيم القضائي العادي ضماناً لعدم إثارة فكرة تدخل المحكمة في نشاطها في مجال السلطة التشريعية، الذي يمثل تجاوزاً على مبدأ الفصل بين السلطات، وهذا الاتجاه من المشرع الدستوري يمثل دليلاً على أن الدعوى الدستورية إنما تهدف حماية المراكز القانونية المقررة للأفراد وضمان مصالحهم تجاه تعسف السلطة التشريعية بخروجها على مقتضى الدستور.

---

(١) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ١٩٤.

وينتهي الدكتور رفعت بعد عرضٍ الموسعٍ لتسويغ رأيه في هذا المجال أن للدعوى الدستورية طبيعة مختلطة تجمع بين الطبيعة العينية المتمثلة بالشرعية الدستورية من ناحية والطبيعة الشخصية المتمثلة في ذاتية المركز القانوني الذي تحميه من ناحية أخرى(١).

ويرى الباحث: أن على الرغم من الحجج التي ساقها الدكتور رفعت عيد سيد في تسويغ موقفه من جعل الدعوى الدستورية ذات طبيعة مختلطة فإنه يبقى الجانب العيني للدعوى الدستورية هو القائم، وذلك لأن المحكمة المختصة بالنظر في دستورية القوانين تنظر بالدعوى الدستورية بتجرد تام عن الدعوى الأصلية التي ثار فيها الدفع بعدم دستورية النص المراد تطبيقه في الواقعة، فالمحكمة الدستورية هي "محكمة قانون لا محكمة موضوع" وهذا يعني أن المحكمة الدستورية تنظر فقط في دستورية النص المطعون به، وليس لها أن تتدخل في موضوع الدعوى الأصلية التي أثير خلالها الدفع بعدم الدستورية. لذا فلا وجود لجانب شخصي في الدعوى التي تنظرها المحكمة الدستورية، فضلاً عن أن حكمها مقتصر فقط على كشف مدى دستورية النص، دون الدخول في فحوى النزاع في الدعوى الأصلية هذا من جانب.

ومن جانب آخر أن أغلب المحاكم التي تنظر في دستورية القوانين منحت الحق في النظر في دستورية القوانين تلقائياً ومن دون وجود دعوى وفي هذه الحالة لا نكون أمام أي جانب شخصي ، لذا يرجح الباحث الجانب العيني للدعوى الدستورية.

---

(١) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق ، ص: ١٩٤-١٩٧.

ثانياً: الدعوى الدستورية دعوى مستقلة ذات طبيعة خاصة.

إن الدعوى الدستورية هي دعوى مستقلة تُرفع أمام هيئة قضائية متخصصة غير الهيئة القضائية التي تنظر الدعوى الأصلية المرفوعة أمامها. إلا أنه يلاحظ أن أغلب الدول لا تعطي الحق للأفراد في رفع الدعوى الدستورية مباشرة أمام الهيئة القضائية المكلفة بالنظر في دستورية القوانين، وإنما تشترط ابتداءً وجود دعوى تنظر أمام المحاكم العادية فيقوم أحد الخصوم بالدفع بعدم دستورية النص المراد تطبيقه في النزاع موضوع الدعوى، فتقوم محكمة الموضوع بعد اقتناعها بجدية الطلب بتأجيل الدعوى الأصلية وتعطي لمقدم الدفع موعداً محدداً لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية، أو تقوم هي بإحالة الدفع عن طريق دعوى إلى المحكمة الدستورية، إلا أن الدعوى الدستورية لا تكون دعوى تبعية للدعوى الأصلية، كما هو الحال في الدعوى حادثة[١]، وإنما هي دعوى أصلية مستقلة عن الدعوى المرفوعة أمام محكمة الموضوع[٢].

وقد استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر على اعتبار الدعوى الدستورية دعوى مستقلة، إذ نصَّ أحد أحكامها على: ((لكل من الدعويين الموضوعية والدستورية ذاتيها ومقوماتها، ذلك أنهما لا تختلطان ببعضهما ولا تتحدان في شرائط لقبولهما، بل تستقر كل منهما عن الأخرى في موضوعها، وكذلك في

---

(١) الدعوى الحادثة : هي دعوى تقدم لمحكمة ما أثناء نضرها في دعوى معينة تؤدي إلى تعديل نطاق الأخيرة من حيث الموضوع أو السبب أو الأشخاص. ويلاحظ هنا أنها تختلف عن الدعوى الدستورية؛ وذلك لأن الدعوى الحادثة ترفع أمام نفس المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية في حين أن الدعوى الدستورية تقدم إلى محكمة مختصة بالنظر بدستورية القوانين. كما أن الدعوى الحادثة تتعلق بذات موضوع الدعوى الأصلية، في حين أن الدعوى الدستورية ترفع للطعن بدستورية النص المراد تطبيقه في موضوع الدعوى. ولتفصيل أكثر في موضوع الدعوى الحادثة ، ينظر: د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص: ٢٤٠.

(٢) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ١٠٢.

مضمون الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها، فالدعوى الدستورية تتوخى الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي وقاعدة في الدستور، في حين تطرح الدعوى الموضوعية –في صورها الأكثر شيوعاً– الحقوق المدعي في نزاع يدور حول إثباتها أو نفيها عند وقوع عدوان عليها))[1].

وذا كانت الدعوى الدستورية دعوى مستقلة، فهي في الوقت نفسه دعوى ذات طبيعة خاصة؛ إذ إنها تجمع بين خصائص أسلوب الدعوى المستقلة من جانب، وخصائص أسلوب الدفع الفرعي من جانب آخر. ويتضح ذلك من خلال كون الدعوى الدستورية في أغلب البلدان لا ترفع ابتداءً وبصورة مستقلة أمام المحكمة الدستورية وإنما يشترط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء العادي كما تم بيانه أعلاه. والدعوى الدستورية بهذه الطريقة لا ترفع بصورة مباشرة وإنما ترفع بأعقاب دفع أمام محكمة الموضوع، وبعد تأكد قاضي الموضوع من جدية هذا الدفع – من خلال كون الفصل في دستورية النص المراد تطبيقه لازماً للفصل في النزاع موضوع الدعوى العادية– يؤجل الدعوى الأصلية ويعطي لمقدم الدفع أجل محدد لرفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية[2].

ويلاحظ هنا أن الهيئة القضائية المختصة ليس لها إلا الفصل في دستورية النص المطعون به دون أن يكون لها التدخل في موضوع الدعوى العادية، إلا أنه ومع هذا فإن قاضي الموضوع سيقوم بالفصل في موضوع النزاع في ضوء هدي

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى المرقمة (١٠) لسنة (٣) ق الصادر بجلسة ١٩٩٤/٥/٧ . نقلاً عن: عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٤١.

(٢) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٥١.

حكم الهيئة القضائية المختصة، إذ إنه في الغالب سيتوقف عن نظر الدعوى الأصلية لحين حسم أمر دستورية النص المطعون به[١].

ويتبين لنا مما تقدم أن الدعوى الدستورية هي دعوى مستقلة ذات طبيعة خاصة تجمع بين أسلوب الدفع الفرعي والدعوى الأصلية[٢].

ثالثاً: الدعوى الدستورية دعوى ضد قانون.

من المعلوم أن الدعوى بصورة عامة ترفع ضد شخص ما سواء أكان هذا الشخص حقيقي أم معنوي، إلا أن ما يميز الدعوى الدستورية أنها دعوى ترفع ضد قانون، إذ إن الدعوى الدستورية هي الطريقة الطبيعية للطعن بدستورية القوانين واللوائح، وذلك بأن الفرد إذا ما أراد أن يطلب من القاضي الدستوري الحكم بعدم دستورية نص معين في قانون أو لائحة فعلية أن يستعمل طريقة الدعوى الدستورية. إذن فالدعوى الدستورية تُعدُّ تجسيداً لفكرة الرقابة على دستورية القوانين، والطريقة المثلى لضمان احترام أحكام الدستور[٣].

وقد يدخل الخصوم في الدعوى الأصلية أطرافاً في الدعوى الدستورية، ومع ذلك لا يخرق هذا الأمر كون الدعوى الدستورية دعوى ضد قانون. وقد أيدت المحكمة العليا التي سبقت وجود المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا الاتجاه في أحد أحكامها؛ بقولها: ((ومن حيث أن النص المطعون فيه ليس نصاً عقابياً ومن ثم فلم يكن هنالك محل أصلاً لاختصام النائب العام في الدعوى، وكذلك لم يكن ثمة محل لإدخال المدعى عليهم من الثالث إلى الأخير بمقولة إنّهم مزارعون ممّن أصابهم ضرر من النص المطعون به وذلك؛ لأن الخصوم إنما يستهدفون من الاختصام

---

(١) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ١٧٠.

(٢) ينظر: د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ١٩٢.

(٣) نفس المصدر، ص: ١٩٧.

أصلياً عن طريق الإدخال أن تكون للحكم حجية بالنسبة إلى من يختصم أصلياً أو يختصم عن طريق الإدخال على السواء.

ولما كان شأن الدعوى الدستورية غير شأن الدعوى العادية في هذا الصدد؛ لأنّ الخصومة فيها عينية تستهدف الطعن في نص قانوني للحصول على حكم بعدم دستوريته، ويكون الحكم الصادر فيها حجة على الكافة ..))[١].

ومن الجدير بالذكر أن الدعوى الدستورية توجه ضد نص تشريعي ينتجُ عنه مراكز قانونية عامة مجردة، سواء كانت هذه النصوص في تشريعات أصلية كالقوانين أو فرعية كاللوائح والأنظمة والقرارات التنظيمية[٢]، وهي بهذا لا تتعلق بالقرارات الإدارية الفردية مهما بلغ خطرها أو درجة انحرافها عن أحكام الدستور؛ وذلك لأن القرارات الفردية لا ينتجُ عنها إلا مراكز فردية أو خاصة تقتصر على أشخاص معينين بذواتهم، وهي بذلك تختلف عن التشريعات التي ينتج عنها مراكز قانونية عامة مجردة[٣].

---

(١) حكم المحكمة العليا المصرية في الدعوى المرقمة (٢) لسنة (٢) ق في جلسة ١٩٧٥/٣/١. نقلاً عن: د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ١٩٦.

(٢) القرارات التنظيمية: هي قرارات التي تتضمن قواعد موضوعية لها صفة عامة مجردة كونها تتعلق بعدد غير محدد من الأفراد، وذلك من خلال مخاطبتهم بأوصافهم لا بذواتهم، وهي تطبق على عدد غير محدد من الحالات متى توافرت أحكام تطبيقها. ومثال ذلك الأنظمة والتعليمات الخاصة بالمرور. ولتفصيل أوسع ينظر: فارس عبدالرحيم حاتم، حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠٠٣. ص: ٢٢-٢٣.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣. ص: ١٦٢.

المبحث الثاني

أركان الدعوى الدستورية

إنّ الدعوى الدستورية تستقل بأركان خاصة بها تميزها عن الدعوى العادية، وهذه الأركان أو المقومات هي ذاتها التي يتوجب توافرها لوجود رقابة على دستورية القوانين أساساً فضلاً عن وجود دعوى دستورية، ويمكن أن نلخص الأركان الأساسية للدعوى الدستورية بثلاثة أركان هي: وجود دستور ذي سمات خاصة، ووجود هيئة مستقلة للنظر في الدعوى الدستورية، وأخيراً الإيمان بمبدأ "الشرعية الدستورية"[١]. وسنناقش هذه الأركان في ثلاثة مطالب.

الأول: وجود دستور ذي سمات خاصة.

الثاني: وجود هيئة قضائية متخصصة.

والثالث: الإيمان بمبدأ المشروعية الدستورية.

---

(١) ينظر: د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ١٩٨. ود. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دراسة منشورة على شبكة الانترنت على موقع البوابة القانونية على الرابط التالي:www.tashreaat.com

المطلب الأول

الركن الأول من أركان الدعوى الدستورية

وجود دستور ذي سمات خاصة

إن وجود وثيقة دستورية تنظم الحياة السياسية في أي دولة يعد الركن الأساسي لوجود دعوى دستورية فيها إلا أن مجرد وجود دستور لا يعني بالضرورة وجوداً للرقابة على دستورية القوانين وبالتالي وجود الدعوى الدستورية إذ لا بد من توافر سمات خاصة في الدستور لكي يكون ركنا من أركان الدعوى الدستورية هذا فضلاً عن توافر الأركان الأخرى[١].

ولكن هل مجرد وجود مثل هذه الوثيقة يكفي لعدِّه أحد أركان الدعوى الدستورية؟

للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نتوقف عند مدلول كلمة الدستور وما هو المعيار الذي يحدد وجود دستور بالمعنى المراد في هذا الجانب من عدمه؟ وبهذا الصدد فقد عرّف فقهاء القانون الدستوري "الدستور" من جانبين: جانب شكلي، وآخر موضوعي[٢]. وسنتطرق في هذا المطلب إلى مدلول الدستور الذي يُعدُّ ركناً من أركان الدعوى الدستورية، ومن ثم سنتطرق إلى السمة الأساسية الواجب توافرها في هذا الدستور.

---

(١) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٠.

(٢) ينظر: د. محمد محمد عبده إمام، المصدر السابق، ص: ٧-٨.

أولاً : مدلول الدستور الذي يعد وجوده ركناً من أركان الدعوى الدستورية.

لقد درج فقهاء القانون الدستوري على تعريف القواعد الدستورية على وفق مدلولين اثنين، ويرجع هذا الاختلاف إلى اختلاف المدارس القانونية، فالمدرسة الشكلية التي تركز على الجانب الشكلي عرّفت القواعد الدستورية بالنظر إلى شكل القاعدة القانونية. في حين أن أنصار المدرسة الموضوعية التي تركز على الجانب الموضوعي للنصوص عرّفت القواعد الدستورية بالنظر إلى موضوع القاعدة القانونية وفحواها[١]. وسنتطرق لكلا المدلولين لمعرفة أيهما يمثل شرطاً لوجود الرقابة على دستورية القوانين، وبالتالي وجود الدعوى الدستورية.

فالدستور بموجب المدلول الشكلي يعني تلك القواعد التي تحتويها الوثيقة الدستورية بغض النظر عن الموضوع الذي تتضمنه سواء أتعلقت بموضوع وفحوى الدستور أم لا وبذلك فإن أي قاعدة يحتويها الدستور تعدّ قاعدة دستورية حتى ولو كانت غير متعلقة تماماً بما تعالجه القواعد الدستورية إذ إن هناك بعض القواعد الموجودة في صلب الوثيقة الدستورية تتعلق بأمور لا دخل لها بموضوع ممارسة السلطة أو تنظيم شكل الحكم والنظام السياسي، بل يمكن أن توجد بعض النصوص التي تُحشر حشراً في الدستور لاعتبارات سياسية أو اجتماعية معينة ومع ذلك فإنها تُعدُّ قواعد دستورية بموجب المدلول الشكلي للدستور[٢].

---

(١) ينظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص: ٤٢٣-٤٢٨.

(٢) ومن ذلك ما تضمنه الدستور السويسري بالنص على مسألة تنظيم عملية ذبح الحيوانات وهو أمر لا علاقة له لا من قريب ولا من بعيد بموضوع القواعد الدستورية، ومع هذا فهو يعد نصاً دستورياً لا يجوز للتشريعات العادية مخالفته . ينظر: د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص: ٨.

إنّ ما يميز الأخذ بالمعيار الشكلي في تعريف القانون الدستوري هو توضيح وبيان القاعدة الدستورية بشكل واضح ومحدد على سبيل الحصر، إذ إنها مدونة في الوثيقة الدستورية التي عادة ما تكون وثيقة واحدة[١].

أما المدلول الموضوعي: فإنه يعرف القانون الدستوري بالنظر إلى موضوع القاعدة القانونية وفحواها دون اعتبار إلى وجودها في الوثيقة الدستورية من عدمه، وبهذا فإن الدستور يعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم شكل الحكم في الدولة واختصاصات وصلاحيات السلطات المختلفة وطريقة مزاولتها، بصرف النظر عما إذا كانت هذا القواعد موجودة في صلب الوثيقة الدستورية أو أنها صدرت بتشريع قانوني عادي من السلطة المختصة بتشريع القوانين . أو حتى لو أنشأت عن طريق تداول العمل بها والشعور بإلزامها أي بعدّها قواعد عرفية[٢].

وهنا يبرز التساؤل الذي هو محور هذا الموضوع: ما هو مدلول الدستور الذي يهم في جانب الدعوى الدستورية؟ أ إن المدلول الشكلي أم الموضوعي هو الذي يعول عليه في اشتراط وجود دستور كركن من أركان الدعوى الدستورية؟

وللإجابة على هذا التساؤل يجب النظر إلى الهدف الذي وجدت الرقابة على دستورية القوانين لأجله وبالتالي هدف الدعوى الدستورية. وهنا نجد أن الهدف الأساسي من إقامة الدعوى الدستورية هو ضمان التزام السلطة التي أصدرت النص القانوني بمبدأ "علو أو سمو الدستور". هذا المبدأ الذي يفرض عدم مخالفة القاعدة الأدنى للقاعدة التي تعلوها مرتبة وبالتالي ضمان احترام التشريعات بمختلف درجاتها للدستور كما قدمنا ذلك في معرض الكلام عن الأساس القانوني للدعوى الدستورية.

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص: ٤٢٤.

(٢) د. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ٦٣.

وبهذا الفهم للدعوى الدستورية يتضح لنا أن المدلول الشكلي للدستور هو الذي يتناسب مع الرقابة على دستورية القوانين وبالتالي يتناسب مع الدعوى الدستورية أي أن الدستور الواجب توافره كركن من أركان الدعوى الدستورية يجب أن ينظر إليه من خلال المدلول الشكلي ويمكن تعليل هذا الأمر بسببين:

الأول: يكمن في أن كل نص قانوني صادر من أي جهة على اختلاف درجتها تولد معه قرينة قانونية وهي أن هذا القانون صدر مراعياً لمبدأ المشروعية الدستورية وأنه موافق للدستور، إلا أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وهنا تقع مهمة الرقابة على دستورية القوانين، فالرقابة تنصب هنا على هذه القرينة، وبما أن الرقابة موجهة في الغالب على نص تشريعي صادر من البرلمان، فيجب والحالة هذه أن تكون الرقابة على قرينة المشروعية في أضيق حدودها؛ لأنّها رقابة على عمل البرلمان الذي هو ممثل إرادة الشعب، والأخذ بالمدلول الشكلي للدستور سيؤدي إلى مطابقة النص التشريعي مع نصوص الوثيقة الدستورية فقط دون أي نص قانوني آخر خارج الوثيقة الدستورية، وهذا يؤدي إلى تضييق مجال الرقابة، وبالتالي الوقوف على المطلوب من الرقابة[1].

أما السبب الآخر، فيكمن في أن القاضي وهو يراقب دستورية النصوص إنما هو يرجح النص أو القاعدة الأعلى مرتبة على النص أو القاعدة الأدنى[2]، وبذلك وجب أن يكون هناك تعارض بين قاعدتين مختلفتين بالدرجة، وهذا بدوره يبرر الأخذ بالمدلول الشكلي للدستور؛ لأنّه فرض وجود قاعدة دستورية تعلو وتسمو على القواعد

(١) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ١٩٩.

(٢) د. خليل حميد عبد الحميد، القانون الدستوري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٩. ص: ٨٣.

القانونية فإذا ما خالفت النصوص القانونية الدستور أمكن للقاضي الوقوف على اختلاف الدرجات بين النصين المتعارضين[١].

فضلاً عمّا تقدم فإن الأخذ بالمدلول الموضوعي للدستور سيؤدي إلى أن التشريعات ذات الطابع الدستوري الذي يصدرها البرلمان بتشريعات عادية لا يستطيع القاضي الدستوري النظر بدستوريتها؛ لأنّها على وفق المدلول الموضوعي تعدُّ جزءاً من الدستور، والقاضي لا يمكنه النظر بدستورية القواعد الدستورية[٢].

ولتوضيح هذا الأمر نفترض أن البرلمان أصدر قانوناً ينظم مسألة دستورية كقانون الانتخابات مثلاً، ففي حالة مخالفة نص من نصوص هذا القانون للدستور، فإن القاضي الدستوري لا يستطيع أن يبت في دستورية هذا النص لأن قانون الانتخابات على وفق المدلول الموضوعي يعدُّ جزءاً من الدستور. أما إذ أخذنا بالمدلول الشكلي فإننا نكون أمام نص قانوني عادي مخالف لنص دستوري وبذلك يمكن للقاضي الدستوري النظر بدستورية هذا النص[٣].

ومن خلال ما تقدم نصل إلى نتيجة أساسية هي أن المدلول الشكلي للدستور هو الذي يعول عليه في الرقابة على دستورية القوانين[٤].

---

(١) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢٥.

(٢) د. منير عبد المجيد، أصول الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١. ص: ٧٠.

(٣) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق، ص: ١٩٩-٢٠٠ .

(٤) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢٤-٢٥.

ثانياً : سمة الدستور الذي يعد وجوده ركناً من أركان الدعوى الدستورية:

قدمنا أن أهم ركن من أركان الدعوى الدستورية هو: وجود دستور وتطرقنا إلى مدلول كلمة الدستور وأننا نلتزم بالجانب الشكلي منه والذي يحصر الدستور بنصوص الوثيقة الدستورية. إلا أننا لا يمكننا الحديث عن وجود رقابة على دستورية القوانين وبالتالي وجود دعوى دستورية، ما لم نبين السمة الأساسية الواجب توافرها في الدستور لكي يمكن أن يكون ركناً من أركان الدعوى الدستورية. إن هذه السمة أو الصفة هي: جمود الدستور(١).

إن الدساتير تقسّم من حيث قابليتها للتعديل إلى دستور مرن ودستور جامد.

فالدستور المرن: هو الدستور الذي يمكن تعديله بسلوك الإجراءات المتبعة نفسها في تعديل أحكام القانون العادي ومن نفس الهيئة المكلفة بإصدار القانون العادي(٢).

ومن مزايا جعل الدستور مرناً هو التوجه نحو تسهيل إجراءات تعديل الدستور لمسايرة تطور الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية. ومع هذا فإن هذه الميزة تعد عيباً في الوقت نفسه؛ إذ إنّه يؤدي إلى إضعاف هيبة الدستور تجاه مؤسسات الدولة، فالسلطة التشريعية مثلاً غير مقيدة بأحكام الدستور، إذ بإمكانها مخالفته دون أن تكون هذه المخالفة عيباً في عملها، وإنما تعد مجرد تعديلاً له. فضلاً عن أمكانية تعديله من الأغلبية في السلطة التشريعية الأمر الذي يؤدي إلى عدم استقرار

---

(١) ينظر في هذا الموضوع: د. منذر الشاوي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص: ٣١. ود. حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص: ٣٧٨. ود. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص:٥٠٣. ود. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص: ١٨.

(٢) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ١٠٩.

أحكامه؛ لأنّه سيكون عرضة للتغير بتغير الأغلبية المسيطرة على السلطة التشريعية[١].

ومن الأمثلة على الدساتير المرنة الدستور الإنكليزي العرفي إذ يُعدُّ المثال الحي الباقي للدساتير المرنة إذ بما أنه دستور عرفي فيمكن تعديله بمجرد استقرار عرف جديد يخالف عرفاً سابقاً. وبذلك فإن الدساتير العرفية غالباً ما تكون مرنةً، ومع ذلك يمكن أن توجد دساتير مرنه مدونة ومن أمثلة ذلك دستور فرنسا لعام ١٨١٤، ودستور ايرلندا الحرة سنة ١٩٢٢[٢].

أما الدستور الجامد: فهو ذلك الدستور الذي لا يمكن تعديله إلا بإتباع إجراءات وطرق خاصة تختلف عن تلك الإجراءات المتبعة في تعديل القانون العادي، وقد تشمل هذه الإجراءات الهيئة المكلفة بالتعديل كاشتراط صدور التعديل من السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور أولاً. وفي حالات أخرى يعطى حق تعديل الدستور للجهة نفسها التي تشرع القوانين العادية إلا أنه يشترط لنفاذ التعديل موافقة أغلبية معينة في المجلس النيابي كنسبة ثلثي عدد المقاعد أو عرض التعديل للاستفتاء الشعبي، أو إجراء كلا الأمرين[٣].

وعلى كل حال فإن الدستور الجامد يتمتع بحرمة وقدسية لأحكامه وهذا ما يسمى بمبدأ سمو أو علو الدستور، فلا مجال للحديث عن وجود مبدأ سمو الدستور في ظل دستور مرن؛ وذلك لأن القواعد الدستورية هي القواعد العليا في البلد التي تسمو على جميع القواعد القانونية وعلى جميع القواعد الدنيا أن لا تخالف أحكام

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص: ٥٠٥.

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص: ٣٧٩.

(٣) د. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ٨٥.

الدستور، وبهذا فإن لا معنى لمبدأ سمو الدستور في ظل الدساتير المرنة لكون السلطة المختصة بإصدار التشريعات يمكنها تعديل الدستور بالطريقة التي تعدل فيها التشريعات العادية الأمر الذي يمكنها من مخالفة الدستور كيف شاءت[١].

والذي يهمنا من خلال متطلبات هذه الدراسة هي السمة التي يجب أن يتمتع بها الدستور الذي يعد ركناً من أركان الدعوى الدستورية.

يتضح مما تقدم أنه يجب أن يكون الدستور جامداً لا يمكن تعديله إلا بإجراءات خاصة لعدِّه ركناً من أركان الدعوى الدستورية؛ لأنه متى قامت الهيئة المختصة بالتشريع بإصدار نص قانوني ما مخالفاً للدستور عُدَّ عملها هذا انتهاكاً لمبدأ سمو الدستور الذي هو نتيجة لجمود الدستور وبالتالي يكون هذا النص المخالف للدستور مثاراً لإقامة دعوى دستورية[٢].

ونستخلص مما تقدم أن أهم ركن من أركان الدعوى الدستورية هو وجود الدستور جامد لا يمكن تعديله إلا بإتباع إجراءات خاصة تختلف عن تعديل القوانين العادية .

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص: ٥٠٤.

(٢) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢٥.

المطلب الثاني

الركن الثاني من أركان الدعوى الدستورية

وجود هيئة قضائية للنظر في الدعوى الدستورية

قدمنا في المطلب السابق أن أهم ركن من أركان الدعوى الدستورية هو وجود دستور ذي سمات خاصة، إلا أن وجود مثل هذا الدستور لا يكفي لوجود رقابة على دستورية القوانين وبالتالي وجود دعوى دستورية، إذ لا بُدَّ من وجود هيئة قضائية يعهد إليها النظر بدستورية القوانين، ويمكن أن ترفع الدعاوى الدستورية أمامها[١].

وللوقوف على ما يعنيه هذا الركن وجب علينا التطرق لعدة أمور، أولها: السبب كون وجود هيئة قضائية مستقلة ركناً من أركان الدعوى الدستورية. وثانياً: سنناقش كيفية تكوين مثل هذه الهيئة مع ذكر بعض التطبيقات بهذا الصدد. وأخيراً: سنتطرق بشي من الإيجاز للقضاء الدستوري في العراق.

أولاً : لماذا يعد وجود هيئة قضائية ركناً من أركان الدعوى الدستورية:

يعد وجود هيئة قضائية يعهد إليها النظر بدستورية القوانين ركناً من أركان الدعوى الدستورية؛ لأن القضاء هو السلطة الوحيدة التي يمكن ضمان مهنيتها واستقلالها وعدم انحيازها لحساب أي هيئة أو سلطة أخرى[٢].

ويتضح هذا الأمر من خلال متابعة ما عليه الحال في الدول الديمقراطية، ففي الغالب تكون السلطة التنفيذية (الحكومة) منبثقة من السلطة التشريعية (البرلمان)

---

(١) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢٦.

(٢) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ٨٣.

ولاسيما في الدول التي تأخذ بنظام الجمعية، وعلى هذا فالرقابة بين السلطتين تكون ضعيفة، كما إن ضمان عمل السلطة التشريعية على وفق ما حدد لها الدستور وعدم تجاوزها صلاحياتها أمر بعيد المنال من الناحية التطبيقية[١].

ويرجع السبب في ذلك في أن السلطة التنفيذية في الغالب هي التي تقترح القوانين والسلطة التشريعية – المكونة من أغلبية من الاتجاه الحزبي نفسه للسلطة التنفيذية – هي التي تقرها، وغالباً ما تقوم هاتان السلطتان بمحاولة القفز على أحكام الدستور الذي يقيد من صلاحيتهما. لذا وجب وجود سلطة ثالثة تكبح جماح السلطة التشريعية وترجعها إلى جادة الصواب، ووجب أن تكون هذه السلطة مستقلة وغير خاضعة لأي جهة أو حزب[٢]، وأن تقوم بمهام عملها بكل مهنية وحيادية، هذه الصفات لا تتوافر إلا في السلطة القضائية، كونها هيئة مستقلة غير خاضعة للسلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية، وتتعامل مع القوانين بصفة مهنية بحتة، لأنها مكلفة بتطبيق القوانين[٣].

---

(١) د. حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص: ٢٩٠.

(٢) يتمتع القضاء بمبدأ أساسي إلا وهو مبدأ "استقلال القضاء" والذي يعني أن للقضاء قاعدة داخلية تنطبق بخصوص علاقة السلطة القضائية بغيرها من سلطات الدولة، وتقوم هذه العلاقة على عدم جواز التدخل من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية في أمور القضاء، إضافة إلى إعطاء القضاء سلطة دستورية منفصلة ومستقلة عن السلطات الأخرى.

إلا أن هذا المبدأ قد يتعرض في بعض الأحيان للانتهاك من قبل السلطة التشريعية إذ غالباً ما تحيل الدساتير للمشرع العادي سلطة تنظيم جهات القضاء وبيان كيفية تشكيلها، وبيان أنواعها ودرجاتها، والشروط والإجراءات الخاصة بتعيين القضاة ونقلهم، ومن خلال هذه التشريعات التي تنظم سلك القضاء فقد تقوم السلطة التشريعية بالتدخل في شؤون القضاء وتحاول التقييد من صلاحيات السلطة القضائية والتأثير على استقلال القضاء. ولمزيد من التفصيل ينظر: سيبان جميل مصطفى الأتروشي، مبدأ استقلال القضاء (دراسة دستورية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة الموصل، ٢٠٠٣. ص: ٣ و٤٣.

(٣) د. يحيى الجمل ، مصدر سابق.

فضلاً عمّا تقدم فإن إسناد هذه المهمة لهيئة سياسية، سيوقعنا بتشكيلة سياسية للمجلس المكلف بالنظر بدستورية القوانين؛ لأنّه سيشكل من السلطتين التنفيذية والتشريعية وسيسيطر عليه الاتجاه الحزبي نفسه صاحب الأغلبية السياسية مما سيجعل عمله مسيّساً، وخاضعاً لأهواء القابضين على السلطة، وسيفقده الحيادية والاستقلال المطلوبين بشكل ملح في هذه المهمة الخطيرة، والأدلة على هذا الأمر واضحة وغنية عن البيان من خلال تجارب الدول التي تأخذ بالرقابة السياسية، والتي غالباً ما يكون فيها مجاملة لعمل السلطة التشريعية، ومحاولة تسويغ المخالفات الواضحة للدستور بحجة وأخرى(١).

أما ما قيل من انتقادات للرقابة القضائية في أنها تصنع "حكومة قضاة"(٢) كون القضاء سيتدخل بشكل مباشر في عمل السلطة التشريعية، وسينصب نفسه سلطة عليا فوق السلطات بحجة الرقابة على دستورية القوانين. فإنها في الغالب انتقادات فقدت قيمتها الحقيقية بعد ما أثبت الهيئات القضائية أنها تتصرف بهذا الجانب بكل حيادية ونزاهة بعيداً عن التأثيرات السياسية ، وإثباتاً لمبدأ "المشروعية الدستورية"(٣).

ويجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن تكون هناك هيئة قضائية تنظر في دستورية القوانين إلا أنه لا نكون بصدد هيئة مستقلة بل يعهد بالرقابة للهيئات القضائية بصورة عامة، وهذا الفرض يتمثل في حالة عدم النص على الرقابة على دستورية التشريعات في الدستور أساساً، أو وجود ذلك النص إلا أنه لم يتطرق الدستور للهيئة

---

(١) ينظر: د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص: ٢٤.

(٢) د. حسن زكريا، المحكمة العليا الأمريكية، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، السنة الخامسة، العدد الأول، حزيران/١٩٦٦. ص: ١.

(٣) د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس– لبنان، ٢٠٠٢. ص: ١١٣.

المكلفة بهذا الأمر ولم يصدر قانون بإنشاء هيئة مختصة بالنظر بدستورية التشريعات[١].

ففي الفرض الأول (أي في حالة عدم النص على الرقابة على دستورية القانون في الدستور) يبرز تساؤل حول مدى أمكانية القاضي العادي في النظر بدستورية القوانين؟

فيذهب البعض إلى تأييد لهذه الرقابة؛ كون القاضي حين ينظر في نزاع يتعارض فيه القانون الواجب التطبيق مع أحكام الدستور فإنه يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور من باب ترجيح القانون الأعلى على القانون الأدنى[٢].

ونلاحظ ذلك جلياً في الولايات المتحدة الأمريكية؛ إذ استندت المحكمة الفدرالية العليا إلى نص المادة الثالثة من الدستور التي تقضي: ((أن السلطة القضائية الاتحادية تشمل كل خصومة يمكن أن تنشأ عن تطبيق هذا الدستور أو قوانين الولايات المتحدة)) فضلاً عن نص المادة السادسة التي تقضي بأن : ((الدستور وجميع المعاهدات التي أبرمتها أو التي تبرمها الولايات المتحدة تعد القانون الأعلى للدولة))[٣] فاستندت المحكمة الفدرالية العليا على هذه النصوص في الحكم على عدّة قوانين بمخالفتها للدستور، وللمحكمة الفدرالية العليا تطبيقات عدّة بهذا الجانب[٤].

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص: ٥٥٤.

(٢) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ٩٠.

(٣) للإطلاع على النص بالغلة الإنكليزية ينظر:

James Q. Wilson and John J. Dilulio, Jr., American Government, Houghton Mifflin com. Boston, New York, Eighth Edition 2001. P.: A10 & A12.

(٤) ينظر بهذا الصدد: خليل جريج، الرقابة القضائية على أعمال التشريع، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١. ص: ٢٠١-٢٠٨. ود. حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص:٤٣٣-٤٣٤.

في حين يرى اتجاه آخر أنه ليس من حق القاضي العادي أن يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور في حالة عدم النص على الرقابة على دستورية القوانين في الدستور؛ لأنه تجاوز لصلاحيات القاضي الذي يكون من واجبه الفصل في النزاعات دون أن يتوسع في تفسيرها ومقارنتها مع نصوص الدستور، وذلك لأن القضاة إذا ما امتنعوا عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور فأن في هذا الأمر تدخل في عمل السلطة التشريعية وتجاوز على صلاحية إصدار القوانين الذي هو من اختصاص السلطة التشريعية حصراً، الأمر الذي يخرق مبدأ الفصل بين السلطات[١].

أما في الفرض الثاني (أي وجود النص على الرقابة على دستورية القوانين مع عدم إصدار قانون بإنشاء الهيئة المختصة بالنظر في دستورية القوانين) فإننا نكون أمام تفويض ضمني للقاضي بالامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لأحكام الدستور في أثناء النظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق القوانين. ونجد هذا الأمر جلياً وواضحاً في دستور البرتغال لسنة ١٩٣٣ الذي نص في المادة ١٢٢ منه على : ((لا تستطيع المحاكم أن تطبق في الدعاوى التي تنظر فيها القوانين التي تخرق نصوص هذا الدستور أو تناقض المبادئ التي تضمنها)) وهذا نص واضح في إعطاء الحق للمحاكم بعدم تطبيق القوانين المخالفة للدستور، بل هو يجبرها على ذلك[٢].

وعلى العموم ففي كلا الفرضين السالفين نجد أن القاضي يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور دون أن يتعرض له بالإلغاء، وأنه في الوقت نفسه لا ينظر أو يفحص دستورية القوانين تلقائياً أنما يفعل ذلك إذا ما قام أحد الخصوم بالدفع بعدم

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص: ٢٦.

(٢) د. منذر الشاوي ، مصدر سابق، المجلد الثاني، ص: ٦٩.

دستورية القانون الواجب التطبيق في النزاع فإذا ما تأكد القاضي من جدية الدفع وصحته، فإنه يمتنع عن تطبيق القانون المطعون به دون أن يتعرض له بالإلغاء وهذا ما يُسّمى بالرقابة على دستورية القوانين بطريقة الامتناع[١].

وهنا لا نكون أمام دعوى دستورية بل نكون فقط أمام دفع فرعي في دعوى اعتيادية تنظر أمام القضاء العادي[٢]، لهذا لا يمكن التطرق لوجود دعوى دستورية بالمعنى الصحيح ما لم تكن هناك هيئة قضائية مستقلة تكلف بالنظر بدستورية القوانين لكي ترفع الدعوى الدستورية أمامها أصولياً[٣].

ثانياً: كيف تنشأ الهيئة المكلفة بالنظر في دستورية القوانين ؟ وممن تتكون؟

قدمنا فيما سبق أن إسناد مهمة الرقابة على دستورية التشريعات للهيئة القضائية هو الاتجاه الأفضل. ولكن هل تعهد مهمة النظر في دستورية القوانين لهيئة متخصصة بهذا المجال أم أنها تعهد إلى هيئة غير متخصصة؟

والمتتبع لمنهج الدول في هذا المجال يجد أن بعض الدول تعهد هذه المهمة إلى أعلى سلطة قضائية في سلم القضاء العادي فضلاً عن مهام عملها الاعتيادية، وهذا ما عليه الحال في سويسرا في ظل دستورها لعام ١٨٧٤ الذي عهد بمهمة الرقابة على دستورية التشريعات إلى (المحكمة الفدرالية) التي تُعدُّ أعلى درجات المحاكم الاعتيادية، وكذلك الحال في السودان بموجب دستور سنة ١٩٧٣. وأهم ما يميز هذه الطريقة هو سير الأمور بطريقة طبيعية تبعاً للنظام القضائي القائم ، فضلاً عن أن

---

(١) د. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ١٢١.

(٢) وسنتطرق لهذا الأمر بشكل مفصل أثناء التطرق لصور الدعوى الدستورية ينظر ص: .

(٣) ينظر: د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٢٠٢-٢٠٤. ود. دعاء صاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢٦-٢٨.

الحكم الصادر من هذه المحكمة لا يؤدي إلى إثارة حساسية السلطة التشريعية كما لو أنشأت هيئة قضائية متخصصة بالنظر بدستورية القوانين؛ لأنها تكون مُنشأً خصيصاً لمراقبة السلطة التشريعية[١].

أما في أغلب دول العالم فإنه يعهد بمهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة قضائية متخصصة ، وهذا ما نجده في النمسا بموجب دستور سنة ١٩٢٠ الذي أنشأ (محكمة القضاء الدستوري)، وفي ألمانيا بموجب دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية سنة ١٩٤٩ إذ أنشأ (المحكمة الدستورية الفدرالية)، وفي مصر بموجب دستور سنة ١٩٦٩ الذي أنشأ (المحكمة العليا)، وبموجب دستورها النافذ لسنة ١٩٧١ الذي أنشأ (المحكمة الدستورية العليا) التي صدر قانونها سنة ١٩٧٩[٢].

وأهم ما يميز الأخذ بهذا الأسلوب : توافر عنصري الكفاءة والتخصص، فضلاً عن أن المحكمة تكون هيئة قضائية مستقلة يراعي فيها الجانب السياسي مما يكسبها هيبة ويجعل أحكامها أكثر قبولاً[٣].

إلا أن ما يؤخذ على المحكمة المختصة ما قد يحدث من حالات صِدَام بينها وبين السلطة التشريعية لما قد يثيره إنشاء محكمة مختصة من مخاوف لدى السلطة التشريعية بعدَّها رقيبة على عملها، خاصة في حالة إفراط المحكمة وتشددها في القيام بمهامها[٤].

---

(١) د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ١٥٣-١٥٤.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص:٥٥١.

(٣) د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص: ١٢٥. ود. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ١١٩-١٢٠. ود. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ١٥٤.

(٤) د.عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص:٥٥٢.

والحقيقة أنه حتى في حالة إنشاء هيئة قضائية متخصصة للنظر في دستورية القوانين فإن مهمة هذه الهيئة لا تنحصر في النظر في دستورية القوانين بل يعهد لها مهام أخرى تكون ذات طابع دستوري وهذه المهام هي ما يميز القضاء الدستوري عن القضاء العادي، وأهم هذه المهام بصورة عامة فضلاً عن النظر بدستورية التشريعات هي: تفسير النصوص الدستورية، والنظر في تنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام، والفصل في النزاعات التي تحدث بين السلطات العامة في الدولة أو بين السلطات المركزية والإقليمية[١].

والذي يهمنا من عمل هذه الهيئات هو الرقابة على دستورية القوانين، وسنتطرق هنا لمثالين: أحدهما للهيئات القضائية غير المتخصصة ومثالنا على ذلك المحكمة الفدرالية في سويسرا. والآخر للهيئات القضائية المتخصصة ومثالنا على ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر .

١. (المحكمة الفدرالية) في سويسرا كمثال للهيئة القضائية غير المتخصصة المكلفة بالنظر بدستورية القوانين

أُنشأت المحكمة الفدرالية في سويسرا بموجب الدستور الصادر سنة ١٨٧٤ بعدَّها أعلى هيئة قضائية في البلد، ويتم تعين أعضائها من الجمعية الفدرالية عن طريق الانتخاب ولمدة ست سنوات قابلة للتجديد وقد عهد لهذه المحكمة عدة مهام، فهي تبت في المنازعات الجزائية والمدنية وتنظر في دستورية التشريعات الفدرالية فضلاً عن التشريعات الصادرة من المقاطعات السويسرية التي تُدعى: بـ(الكانتونات) والتي تخالف الدستور الفدرالي للدولة السويسرية، أو دساتير المقاطعات[٢].

---

(١) ينظر: دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٠٧.

(٢) د. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ٢٧٠.

والدعوى الدستورية هنا مفتوحة لجميع الأفراد الذين لهم مصلحة أو ستكون لهم مصلحة في إلغاء القانون المخالف للدستور، إلا أنه يشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة الفدرالية، أن تقدم خلال ستين يوماً من تأريخ صدور القانون المشكوك في دستوريته[١].

٢. (المحكمة الدستورية العليا) في مصر كمثال للهيئة القضائية المستقلة المكلفة بالنظر بدستورية القوانين

لقد نص الدستور المصري لسنة ١٩٧١ على إنشاء المحكمة الدستورية العليا وذلك بموجب نص المادة (١٧٤) وما بعدها ، وبعد ثمان سنوات صدر قانون المحكمة الدستورية العليا المرقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ ، وبموجب هذا القانون فإن المحكمة تشكل من الرئيس وعدد كاف من المستشارين ، أي أعضاء المحكمة [٢].

ولم يعرض القانون لعدد أعضاء المحكمة وإنما تركهم بغير تحديد حتى يمكن أن يزداد ذلك العدد لمواجهة أعباء المحكمة ومسؤوليتها دون حاجة إلى تعديل تشريعي. ويرى الدكتور يحيى الجمل أن عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية يجب أن لا يقل عن سبعة أعضاء معتمداً في ذلك على نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المحكمة التي تقول: ((وتصدر أحكامها

---

(١) د. منذر الشاوي، مصدر سابق، ص: ٥٩ . ولمزيد من التفصيل حول المحكمة الفيدرالية في سويسرا ينظر: نبيل عبد الرحمن حياوي، اللامركزية والفدرالية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧. ص: ٨٢.

(٢) فايز اللمساوي وأشرف فايز اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، عماد للكتب القانونية، بلا م بلا ت . ص: ٢٩.

وقراراتها من سبعة أعضاء)) وهذا يعني أن هذا هو الحد الأدنى لعدد أعضاء المحكمة[١].

وفي المحكمة الدستورية العليا دائرة واحدة. أي أنه لا تتعدد الدوائر في المحكمة وفي هذا حرصٌ على أن تكون الجهة التي تقضي في دستورية أو عدم دستورية التشريعات جهة واحدة. ويشترط فيمن يعين عضوا في المحكمة أن تتوافر الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقا الأحكام قانون السلطة القضائية، وإلا يقل سنّهُ عند تعيينه عن خمس وأربعين سنة، ويكون اختيار أعضاء المحكمة من الفئات الآتية:

أ. أعضاء المحكمة العليا الذين كانوا موجودين عند إنشاء المحكمة الدستورية العليا .

ب. أعضاء الهيئة القضائية الحاليون والسابقون ممن امضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصل علي الأقل.

ج. أساتذة القانون الحاليون والسابقون بالجامعات المصرية ممن امضوا في وظيفة أستاذ ثماني سنوات متصلة على الأقل.

د. المحامون الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل[٢].

ويظهر من الفئات التي تتكون منها المحكمة أنه روعي فيها أن يكون ثلثي عدد أعضاء المحكمة على الأقل من الهيئات القضائية ، ويشترط فيهم الشروط العامة

---

(١) د. يحيى الجمل، مصدر سابق .

(٢) د. أشرف فايز اللمساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، مصدر سابق، ص: ٤٤.

اللازمة لتولي القضاء . وتضمن قانون المحكمة الدستورية العليا عدم قابلية عزل أعضائها وعدم جواز نقلهم إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم؛ وذلك لضمان حياديتهم وعدم خضوعهم لأي تأثير[١].

ثالثاً : القضاء الدستوري في العراق

للتعرف على القضاء الدستوري في العراق سنتطرق إلى تاريخ الرقابة على دستورية القوانين في العراق منذ تأسيس الدولة العراقية الحديثة وبموجب القانون الأساسي لسنة ١٩٢٥ وصولاً إلى العهد الجمهوري ولغاية عام ٢٠٠٣، ومن ثم سنناقش القضاء الدستوري العراقي بعد عام ٢٠٠٣ .

١. القضاء الدستوري في العراق من عام ١٩٢٥ ولغاية عام ٢٠٠٣.

كان أول دستور لدولة العراق الحديثة هو "القانون الأساسي" الذي صدر في ١٩٢٥/٣/٢١ بعد تأسيس الدولة العراقية الحديثة ، إذ أقرَّ هذا القانون نظام الحكم الملكي البرلماني الدستوري[٢].

كما تضمن النص على تشكيل محكمة عليا عُهِد لها مهمات ذات طابع دستوري، وتألفت هذه المحكمة من تسعة أعضاء. ينتخبهم مجلس الأعيان: أربعة من أعضائه، وأربعة من قضاة محكمة التمييز أو من كبار القضاة ويترأسها رئيس مجلس الأعيان أو نائبه إذا تعذر حضوره، ويعين أعضاء المحكمة بناءً على قرار صادر من مجلس الوزراء بعد موفقة الملك بإرادة ملكية، وفي حالة عدم اجتماع

(١) د. عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠. ص: ٣٣.

(٢) د. فائز عزيز أسعد، نظرة في النظم الدستورية والسياسية العراقية، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد، ٢٠٠٥. ص: ١٢-١٣.

مجلس الأعيان فيتم تعيين أعضاء المحكمة من مجلس الوزراء بعد موافقة الملك بإرادة ملكية على أن يترأسها رئيس مجلس الأعيان أو نائبه[١].

ويعهد لهذه المحكمة مهمة تفسير النصوص الدستورية والرقابة على دستورية القوانين والمراسيم التنظيمية، ويلاحظ هنا أن هذه المحكمة لا تشكل بشكل دائم وإنما عند الحاجة لمهامها، وتحرك الدعوى الدستورية أمام هذه المحكمة من أحد المجلسين التشريعيين: مجلس الأعيان أو مجلس النواب، ويشترط لإلغاء القانون المخالف للدستور أن يصدر قرار المحكمة بأغلبية ثلثي الأعضاء، وعلى السلطة التشريعية أن تقرر التدابير اللازمة لإزالة الأضرار التي نتجت عن تطبيق القانون المخالف للدستور[٢].

ولم تمارس هذه المحكمة الرقابة على دستورية القوانين إلا مرة واحدة ، إذ أُحيل إليها دعوى للنظر بدستورية قانون منع الدعايات المضرة رقم (٢٠) لسنة ١٩٣٨، وصدر قرار المحكمة بإلغاء المادتين الرابعة والخامسة من القانون أعلاه لمخالفته القانون الأساسي[٣].

وبعد الانقلاب العسكري لسنة ١٩٥٨ وقيام الجمهورية العراقية لم تنص الدساتير المتلاحقة على تشكيل محكمة للنظر في دستورية القوانين، ومع ذلك فقد

---

(١) ينظر: د. عارف صالح مخلف، دور المحكمة الدستورية في الرقابة على الدستور، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، العدد الأول، أيار/٢٠٠٦. ص: ٣٣٢. وعلي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١. ص: ١٧٧. وعبد الغني الدلي، نظرة مقارنة في دستور ١٩٢٥ ودستور ٢٠٠٥، بحث منشور مع مجموعة من البحوث باسم مأزق الدستور، من منشورات مركز الدراسات الإستراتيجية، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٠٦. ص: ٢٥.

(٢) خليل جريج، مصدر سابق، ص: ٢٣٤.

(٣) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه، كلية القانون/جامعة بغداد، ٢٠٠٦. ص: ٣٦.

امتنعت إحدى المحاكم من تطبيق نص قانون الإصلاح الزراعي رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٩ لمخالفته أحكام دستور عام ١٩٥٨ المتعلقة بالعدالة[١].

وبعد الانقلاب العسكري في عام ١٩٦٨ نص دستور ٢١ أيلول لسنة ١٩٦٨ المؤقت في المادة (٨٧) منه على أن: ((تشكل بقانون محكمة دستورية عليا يعهد لها النظر في دستورية القوانين)) وصدر بالفعل قانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ المتضمن تشكيل المحكمة الدستورية العليا، ونص هذا القانون على أن تشكل هذه المحكمة من تسعة أعضاء: ثلاثة منهم أعضاء بحكم مناصبهم وهم كل من: رئيس محكمة تمييز العراق رئيساً، ورئيس مجلس الرقابة المالية، ورئيس ديوان التدوين القانوني، أما الستة الآخرون فيعينهم مجلس الوزراء باقتراح من وزير العدل ويصدر أمر تعينهم بمرسوم جمهوري: وهم ثلاثة من الأعضاء الدائمين لمحكمة التمييز، وثلاثة من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن مدير عام، وللمحكمة أربعة أعضاء احتياط: اثنان منهم من قضاة محكمة التمييز، والاثنان الآخران من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن مدير عام، وتكون مدة العضوية للأعضاء: ثلاث سنوات قابلة للتجديد عدا رئيس مجلس الرقابة المالية ورئيس ديوان التدوين القانوني[٢].

ويكون تحريك الدعوى أمام هذه المحكمة من صلاحيات رئيس الجمهورية، ورئيس الوزراء، ووزير العدل، والوزير المختص، ومحكمة التميز، وتنعقد المحكمة

---

(١) ينظر: مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها، دار الضياء للطباعة والتصميم، النجف ٢٠٠٧. ص: ٣١. وخالد عيسى طه، نأمل أن يكون التشريع الأمريكي منفذا" يؤدي إلى الاستقرار، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني لصحيفة بحزاني الالكترونية في ٢٠٠٧/١١/٨. http:// www.bahzani.net/services/forum/showthread.php/?=18316

(٢) علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص: ١٧٩.

بدعوة رئيسها، وتصدر قراراتها بالأغلبية، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس، ويكون أثر قراراتها إلغاء القانون أو النص المخالف للدستور من تاريخ صدور حكم المحكمة. إلا أن هذه المحكمة لم تشكل بشكل فعلي؛ إذ صدر دستور ١٩٧٠ المؤقت الذي لم ينص على تشكيل المحكمة كما لم ينص على مسألة رقابة دستورية القوانين، لذا فقد سقط السند الدستوري لهذه المحكمة مما عطل تشكيلها[١].

وبرزَ خلاف في الفقه الدستوري العراقي في إمكانية المحاكم العراقية الامتناع عن تطبيق قانون يتعارض مع الدستور في ظل عدم وجود هيئة قضائية مستقلة مكلفة بالنظر بدستورية القوانين بين مؤيد لهذه الرقابة وبين نافٍ لهذا الحق وقد سيقت حجج ودلالات لكلا الفريقين[٢].

وعلى العموم فإن هناك سابقة لإحدى المحاكم العراقية التي امتنعت عن تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٥٨١) الصادر في ١٩٨١/٥/٥ لمخالفته لحكم الفقرة ب من المادة (١٦) من دستور ١٩٧٠ المؤقت[٣].

---

(١) د. عارف صالح مخلف، مصدر سابق، ص: ٣٣٤.

(٢) ينظر: د. رعد الجدة وآخرون، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، جامعة بغداد ،١٩٩٠. ص: ١٩٢. ود. سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١. ص: ٢٢٤.

(٣) ينظر: حكم محكمة بداءة الكرخ في الدعوى المرقمة (٨٠/ب/١٩٩٠) الصادر بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٣١. وقد تم المصادقة على هذا الحكم بقرار محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية المرقم (٥٠٧/حقوقية/١٩٩١). ينظر: مكي ناجي، مصدر سابق . ص: ٣٣. ود. 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 الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ٨ العدد ١٤ أيلول ٢٠٠٥. ص: ٢٠.

٢. القضاء الدستوري في العراق بعد عام ٢٠٠٣.

بعد الاحتلال الأمريكي للعراق عام ٢٠٠٣، وحل جميع مؤسسات الدولة العراقية، تم أولاً تشكيل سلطة الائتلاف المؤقتة كإدارة مدنية عهد لها حكم العراق في المرحلة الانتقالية، إلا أنه ما لبث الأمر حتى قامت هذه السلطة بتشكيل مجلس حكم مكون من ٢٥ عضواً غلب عليه الطابع الطائفي، وقام أعضاء هذا المجلس بالتوقيع على قانون سمي بـ"**قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية**" الذي عُدَّ بمثابة دستور جديد للبلاد بعد إلغاء الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ بصورة فعلية بعد حل جميع المؤسسات التي نص عليها، وقد تضمن قانون إدارة الدولة اعتماد النظام الاتحادي الفدرالي وأقر واقع إقليم كردستان كإقليم فدرالي اتحادي، كما نص على جواز تشكيل الأقاليم(١).

وللضرورة وجود هيئة قضائية مستقلة للنظر في المنازعات التي من الممكن أن تحدث بين حكومة المركز وحكومات الأقاليم، فضلاً عن ضمان احترام المبادئ الدستورية المقرة بموجب قانون إدارة الدولة؛ فقد نصت المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة على إنشاء محكمة اتحادية عليا مهمتها الرقابة على دستورية القوانين، والنظر في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، واستناداً إلى نص المادة أعلاه وبناءً على موافقة مجلس رئاسة الجمهورية أصدر مجلس الوزراء وبحسب صلاحياته التشريعية قانون المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ وجاء في المادة الأولى منه: ((تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها

(١) ينظر: د.فائز عزيز أسعد، نظرة في النظم الدستورية والسياسة العراقية، مصدر سابق،ص:٣٥-٥١. ونبيل عبد الرحمن حياوي، دولة العراق الديمقراطية، العتك لصناعة الكتب، القاهرة،الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧. ص: ١٢١.

في بغداد تمارس مهامها بشكل مستقل ولا سلطان عليها لغير القانون)) وتضمن هذه القانون أيضاً طريقة تكوين المحكمة الاتحادية العليا[١].

أ. تشكيل المحكمة الاتحادية العليا:

تشكل المحكمة الاتحادية العليا بموجب قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥ من تسعة أعضاء (رئيس وثمانية أعضاء) ورئيس المحكمة يشغل منصب رئاسة مجلس القضاء الأعلى في الوقت نفسه[٢].

ويلاحظ أن عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا مطابق لعدد الأعضاء في المحكمة الدستورية العليا التي أُنشأت بموجب قانون (١٥٩) لسنة ١٩٦٨. ويتم تعيين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا من مجلس رئاسة الجمهورية بناءً على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم وعلى وفق ما منصوص عليه في الفقرة (هـ) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، وقد تم اختيار رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية فعلاً من مجلس القضاء الأعلى بعد تقديم (٢٧) مرشحاً لعضوية المحكمة، وقد صدر المرسوم الجمهوري المرقم (٣٩٨) في ٢٠٠٥/٣/٣٠ بتعين رئيس المحكمة الاتحادية العليا وأعضائها[٣].

وبعد صدور دستور جمهورية العراق الدائم لعام ٢٠٠٥، نصَّ في المادة (٩٢) منه على أن تشكل المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء الفقه

---

(١) مكي ناجي، مصدر سابق، ص: ٣٨.

(٢) علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص: ١٨٥.

(٣) مكي ناجي، مصدر سابق، ص: ٤٠.

الإسلامي، وفقهاء القانون يحدد عددهم وطريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية الثلثين.

والذي يلاحظ على طريقة تشكيل المحكمة الاتحادية العليا على وفق الدستور الدائم يجد هناك تساؤلات عدّة منها: ما هو دور خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون في المحكمة أهو دور استشاري أم مشاركة الهيئة القضائية في القرارات؟ وكذلك الكيفية التي يتم بها اختيار هؤلاء الخبراء؟ وترك هذين الأمرين الخطيرين لقانون يقر بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، وكان الأفضل لو حدد هذين الأمرين في الوثيقة الدستورية كما هو الحال في تشكيل مجلس القضاء الأعلى ومحكمة التميز[١].

وعلى العموم فإن تشكيلة المحكمة الاتحادية العليا لاتزال مستندة إلى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ولقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، ولم تشكل المحكمة على وفق الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ لعدم صدور قانون المحكمة الاتحادية العليا على الرغم من بداية الدورة الثانية للبرلمان العراقي[٢].

ب. اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا :

نصت المادة الرابعة والأربعون من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بقولها: ((ب. اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا هي:

---

(١) ينظر: قاسم العبودي، القضاء الاتحادي، مقالة منشورة في موقع الكاتب العراقي، منشور بتاريخ ٢٠١٠/٦/٦ على الرابط التالي// http://iraqiwriter.com/iraqiwriter/azad/a306.htm. ود. فائز عزيز أسعد، دراسة ناقدة لدستور جمهورية العراق، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد، ٢٠٠٥. ص: ٦٧. وناثان براون، ملاحظات تحليلية حول الدستور، بحث منشور مع مجموعة من البحوث باسم مأزق الدستور، من منشورات مركز الدراسات الإستراتيجية، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٠٦، ص: ٤٨ – ٤٩.

(٢) علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص: ١٨٤.

١. الاختصاص الحصري والأصيل في الدعاوى بين الحكومة العراقية الانتقالية وحكومات الأقاليم وإدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية.

٢. الاختصاص الحصري والأصيل , وبناءً على دعوى من مدع أو بناءً على إحالة من محكمة أخرى ,في دعاوى بأن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية أو الحكومات الإقليمية أو إدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية لا تتفق مع هذا القانون.

٣. تحدد الصلاحية الاستئنافية التقديرية للمحكمة العليا الاتحادية بقانون إتحادي)).

وأعاد قانون المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ النص على اختصاصات المحكمة وذلك بموجب نص المادة الرابعة منه، إلا أنه أضاف اختصاص جديد للمحكمة وهو: النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري[١].

إلا أن الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥، نص على اختصاصات أخرى للمحكمة، إذ نصت المادة (٩٣) منه على أن اختصاصات المحكمة هي: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وتفسير نصوص الدستور، والفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء، والمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب، والفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، والفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة من السلطة الاتحادية، والطعن بقرار مجلس النواب بشأن صحة عضوية أعضائه[٢].

---

(١) علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص: ١٩٨-١٩٩.

(٢) قاسم العبودي، مصدر سابق. ومكي ناجي، مصدر سابق، ص: ٨١.

ويلاحظ أن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا متنوعة بين اختصاصات ذات طبيعة سياسية، كتفسير الدستور والرقابة على دستورية التشريعات، وأخرى ذات طبيعة قضائية بحتة كالفصل في المنازعات[١].

(١) د. فائز عزيز أسعد، دراسة ناقدة لدستور جمهورية العراق، مصدر سابق، ص: ٦٦.

المطلب الثالث

الركن الثالث من أركان الدعوى الدستورية

الإيمان بمبدأ المشروعية الدستورية

لا يكفي وجود دستور ذي سمات خاصة، ووجود قضاء مستقل لكي يكون هناك دعوى دستورية. فأغلب البلدان فيها دساتير جامدة ولكن مع ذلك لا يوجد فيها رقابة قضائية على دستورية القوانين. فالسلطة كانت في الماضي ولا تزال في بعض البلدان تختلط بشخص الحكام، إذ إن إرادة الحاكم كانت هي الفيصل وهي القانون، كما قال لويس الرابع عشر : ((أنا الدولة والدولة أنا)).

إلا أنه وبعد تطور طويل في سبيل تأكيد حرية الشعوب، وبعد أن استقر مبدأ أن الشعب هو صاحب السلطة ومصدرها الأصيل، وان الحاكم إنما يمارس السلطة باسم الشعب ويستمدها منه، واستقر الأمر في الفصل بين شخصية الدولة وشخصية الحاكم، إذ أصبح الحاكم يمثل الدولة في النطاق الذي يحدده الدستور والقوانين فقط، دون أن يعد هو الدولة كما كان يقول لويس الرابع عشر.

والأنظمة الدستورية تهدف في جوهرها إلى السعي لتأسيس دولة المؤسسات وإنهاء مفهوم دولة الفرد، والإيمان بان السلطة يمارسها أشخاص معينون وفقا لقواعد معينة وان هؤلاء الأشخاص إن خرجوا على القواعد القانونية المنظمة لاختصاصهم فقد خرجوا علي مبادئ الدستور التي منحتهم هذه الاختصاصات[١].

وسنتطرق لمبدأ المشروعية الدستورية، ومبدأ سيادة القانون

---

(١) تغريد عبد القادر علي، الاختصاصات التشريعية الاعتيادية لرئيس الدولة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٣. ص: ٦.

أولاً: مبدأ المشروعية الدستورية.

إن مبدأ المشروعية بصورة عامة يعني مطابقة العمل الذي تقوم به أي مؤسسة من مؤسسات الدولة لأحكام قواعد النظام القانوني في الدولة. وتعني المشروعية الدستورية بهذا الصدد خضوع الحكام والمحكومين للدستور واحتكامهم لنصوصه التي تنظم عمل مؤسسات الدولة فضلاً عن لحقوق والحريات العامة للأفراد وما عليهم من التزامات تجاه الدولة، وإذا كان خضوع المحكومين للدستور والقوانين الأخرى التي تشرعها المؤسسات ذات الاختصاص أمراً بديهي وذلك لما تملكه تلك المؤسسات من وسائل ضغط على الأفراد للانصياع لأحكام القانون، وكذلك لما لها من فرض تدابير واسعة على الأفراد إذا ما سولت لهم أنفسهم مخالفة القوانين(١).

إلا أن هذا الأمر لا ينطبق على الحكام الذين يمسكون بزمام السلطة فقد أثبتت التجارب التاريخية عبر الزمن أن ديدن القابضين على السلطة هو محاولة التهرب من الخضوع للقانون تارة بالقوة وتارة بالبيان، فالقانون بالنسبة لطبقة الحكام هي وسيلة لفرض ما يريدونه على المحكومين دون أن يكونوا هم خاضعين لأحكامه، فهم أساس القواعد الملزمة في المجتمع ومصدرها، إلا أنهم غير خاضعين أو مخاطبين بأحكام هذه القواعد(٢).

إلا أن تطور مفهوم الدولة الحديثة والضرورات الملحة لتقييد سلطة الحكام والحد صلاحياتهم، أوجد على الدولة الحديثة إلزاماً مزدوجاً الأول إيجابي: تقوم بمقتضاه

---

(١) ينظر: أكرم فالح أحمد الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة، رسالة ماجستير كلية القانون/ جامعة الموصل، ٢٠٠٣. ص: ٤٠. ود. أشرف اللمساوي، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٧. ص: ٩. ود. سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩. ص: ٤٠.

(٢) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٢٠٥.

باتخاذ كافة التدابير اللازمة لضمان حقوق الأفراد وحرياتهم وتقديم ما يلزم لاستخدام هذه الحقوق والحريات بسهولة ويسر، والالتزام الآخر سلبي: يتضمن امتناع مؤسسات الدولة من القيام بأي تصرف مادي أو قانوني من شأنه أن يباعد بين الأفراد وبين حقوقهم وحرياتهم، أو من شأنه أن ينقص أو يضيق تلك الحقوق والحريات، ومن ضمن مؤسسات الدولة التي يقع على عاتقها هذين الالتزامين "السلطة التشريعية" لما لهذه السلطة من اختصاصات خطيرة خصوصاً وأنها هي المكلفة بإصدار التشريعات، وعلى هذه السلطة أن تتقيد بأحكام الدستور الذي وضع لها أدوات عملها واختصاصاتها والأمور التي تخرج عن نطاق سيطرتها؛ لذا فإن على السلطة التشريعية لكي يكون عملها مشروعاً أن تلتزم بأحكام الدستور وأن تتقيد به ولا تخرج على أحكامه سواء إيجاباً كأن تصدر تشريعاً فيه مخالفة لأحكام الدستور، أو سلباً بأن تمتنع عن عمل مكلفة به بناءً على أحكامه[١].

ولضمان مبدأ المشروعية وجب أولاً معرفة كيف يمكن إخضاع المؤسسات الحكومية للدستور. وتكمن الإجابة في مبدأ علوية القواعد الدستورية: هذا المبدأ الذي يعني أن هناك هرماً قانونياً تعلو قمته القواعد الدستورية ومن ثم القوانين العادية وبعدها القرارات التنظيمية وصولاً إلى القرار الإداري الفردي الذي يقع في قاعدة الهرم القانوني[٢]، ولكن السؤال الذي يظهر هنا هو ما السبب في وضع القواعد الدستورية في أعلى قمة الهرم القانوني ؟

والجواب على هذا السؤال يكمن في النقاط الآتية:

---

(١) نفس المصدر، ص: ٢٠٥.

(٢) د. فائز عزيز أسعد، المفهوم السياسي لعلو الدستور، مصدر سابق، ص: ١٢.

١. إن السلطة المختصة بوضع قواعد الدستور هي سلطة عليا، فالجمعية التأسيسية أو السلطة المؤسسة التي تضع أحكام الدستور تعلو مرتبةً على كل سلطات الدولة الأخرى؛ لأنها هي التي أنشأت هذه السلطات وهي التي أعطتها الصلاحيات. لذا فإن الدستور يأخذ علوه من سمو السلطة التي وضعته وعلوها[١].

٢. إن الدستور لما له من جمود نسبي ممثلاً بالإجراءات المعقدة الواجب إتباعها في تعديله يسمو على باقي القواعد القانونية الصادرة من مؤسسات الدولة؛ لأنّه كلما كانت إجراءات إصدار وتعديل القاعدة القانونية أشد وأصعب اتصفت القاعدة بالسمو الشكلي الذي يفرض لها هيبة وعلوية على باقي القواعد القانونية العادية[٢].

٣. إن المبادئ الأساسية التي يحملها الدستور فضلاً عن مضمون القواعد الأخرى التي يكون الهدف منها رسم الإطار القانوني إضافة إلى إعطاء الصلاحيات والاختصاصات للهيئات المختلفة في الدولة، ويثبت الحقوق والحريات ووجبات على الأفراد، كل هذه المبادئ تجعل من الدستور قانوناً أسما وأعلى مرتبةً من باقي القواعد القانونية[٣].

كل الأسباب المتقدمة تجعل الدستور في أعلى قمة الهرم القانوني في الدولة وهذه العلوية تفرض على جميع الهيئات احترامها خصوصاً السلطة التشريعية المكلفة بمهمة إصدار القوانين هذه المهمة الخطيرة التي إذا ما أُسيء استخدامها قد تغير النظام القانوني والسياسي للدولة بالكامل.

---

(١) د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ١٢٣.

(٢) د. منذر الشاوي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص: ٧٠.

(٣) د. أشرف اللمساوي، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، مصدر سابق، ص:١٧.

ولضمان التزام السلطة التشريعية بأحكام الدستور وجب وجود هيئة مختصة للنظر بمدى مطابقة أعمال السلطة التشريعية للدستور وبالتالي قياس "**المشروعية الدستورية**". والقضاء الدستوري هو الذي يؤدّي هذا الدور المهم، وبذلك فإنه متى ما صدر حكم قضائي بعدم دستورية نص قانوني معين فإن على السلطة التشريعية أن تتخذ الإجراءات التي تؤدي إلى تعديل هذا الوضع الخاطئ، وإزالة كافة الآثار المترتبة عليه، وإلا عُدّ عملها بالامتناع عن إلغاء القوانين المخالفة للدستور انتهاكاً لمبدأ "المشروعية الدستورية"[١].

ثانياً: مبدأ سيادة القانون.

وهنا لا بد أن نتطرق إلى توضيح مبدأ ساد اليوم لدى الباحثين في مجال القانون الدستوري إلا وهو مبدأ "سيادة القانون" والذي يعني سيادة أحكام القانون على جميع مؤسسات الدولة سواء التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، وهذه السيادة تفرض عدم الخروج على أحكام القانون.ويذهب الدكتور يحيى الجمل إلى أن مبدأ سيادة القانون: يعني أن القاعدة القانونية تأتى فوق إرادات الإفراد جميعا حاكمين أو محكومين وتلزمهم جميعا بإتباع أحكامها. فان لم يلتزموا – خاصة الحكام – بالقاعدة القانونية انقلب تصرفهم المخالف للقانون إلى تصرف غير قانوني وغير مشروع[٢]، وإذا ما التزمت الدولة بمبدأ سيادة القانون كانت دولة قانونية، لذا فقد اتضح بهذا الصدد مصطلح جديد آخر إلا وهو "دولة المؤسسات" وهي الدولة التي تنشأ السلطات فيها وفقا لقواعد قانونية سابقة يحدد فيها كيفية إسناد السلطة إلى فرد ما أو أفراد معينين. ثم تحدد القواعد القانونية بعد ذلك اختصاصات كل فرد أو مجموعة

---

(١) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص: ٢٠٦.

(٢) د. يحيى الجمل ، مصدر سابق.

من الأفراد أو جهة من الجهات أو هيئة من الهيئات تحديداً واضحاً بحيث يكون أي تصرف داخل هذه الاختصاصات قانونياً ومشروعاً في حين يكون أي تصرف خارج هذه الاختصاصات غير قانونية وغير مشروع[١].

وعلى نقيض دولة المؤسسات أو دولة القانون نجد "الدولة البوليسية" والتي يمثل النمط العام فيها خروج سلطات الدولة على أحكام القانون كما هو الحال في كثير من بلاد العالم الثالث[٢].

ومما تقدم يتبين أن مبدأ "المشروعية" ومبدأ "سيادة القانون" وجهان لعملة واحدة. ولا فرق بينهما إلا من حيث التعبير، فكلاهما يصل إلى نتيجة واحدة إلا وهي احترام الدولة للقانون. إذ لا يعد الحاكم فيها فوق القانون وإنما القانون هو فوق الإرادات جميعا ، فهو – أي القانون– الذي يحكم جميع الإرادات ويحدد لها أدوارها والنطاق الذي تعمل فيه بحيث إذا تجاوزت الإرادة ذلك النطاق لم تستطيع أن تحدث أثرا قانونيا يعتد به وعُدَّ عملها نوعا من تجاوز السلطة أو حتى اغتصابها[٣].

---

(١) د. يحيى الجمل ، مصدر سابق.

(٢) ينظر: د. عبد الكريم محمد محمد السروي، الرقابة الشعبية على سلطة رئيس الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٩. ص: ٤٧٣.

(٣) ينظر: د. سحر محمد نجيب، مصدر سابق، ص: ١٠٩–١١٧.

الفصل الثاني

صور الدعوى الدستورية وطرق اتصال المحكمة بالدعوى

الفصل الثاني

صور الدعوى الدستورية وطرق اتصال المحكمة بالدعوى

إن الدعوى الدستورية هي الطريقة المثلى للوصول إلى رقابة دستورية مضمونة على صحة التشريعات، فهي أداة بيد الأفراد والهيئات لكبح جماح السلطة التشريعية ومحاولة منعها من تجاوز الدستور، وكما هو معلوم فإن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات تأخذ صور متعددة ومختلفة من بلد إلى آخر فهي إما أن تقام عن طريق دعوى مباشرة أمام هيئة قضائية مختصة بالنظر بدستورية القوانين، أو أن تقوم من خلال دفع فرعي أمام محكمة ما وفي أثناء نظرها في دعوى اعتيادية. ومن خلال هاتين الطريقتين للرقابة تكمن صور الدعوى الدستورية[١].

وإذا كانت الدعوى الدستورية تقام أمام هيئة قضائية مختصة فإن اتصال تلك الهيئة بالدعوى يختلف أيضاً من دولة إلى أخرى، فيكون اتصالها تارة من خلال الإحالة من محكمة أو هيئة ما أو من خلال دعوى مباشرة، وفي أحوال أخرى تتصل المحكمة بالدعوى الدستورية عن طريق التصدي التلقائي[٢].

ومن خلال ما تقدم فيمكن تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين :

الأول: يتضمن توضيح صور الدعوى الدستورية.

والآخر: يتطرق إلى طرق اتصال محكمة الدستورية بالدعوى .

---

(١) د. مصطفى صالح العماوي، التنظيم السياسي والنظام الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/ الأردن، ٢٠٠٩. ص: ٤١.

(٢) ينظر: د. محمد محمد عبده إمام، مصدر سابق، ص: ٢١٥.

المبحث الأول

صور الدعوى الدستورية

كما قدمنا فإن للدعوى الدستورية صوراً عدّة ومختلفة ويكمن اختلافها في اختلاف الطريقة التي يتم من خلالها رقابة القضاء على دستورية التشريعات، فكما هو معلوم أن طرق الرقابة القضائية أما أن تكون من خلال دعوى الإلغاء أو من خلال الدفع الفرعي أو ما يُسمّى بدعوى الامتناع.

وبذلك فإن الدعوى الدستورية إما أن تكون دعوى مباشرة تُرفع ضد التشريع المخالف للدستور وأمام الهيئة القضائية التي تملك حق النظر في دستورية التشريعات فإذا اقتنعت المحكمة بصحة الدعوى أصدرت قراراً بإلغاء التشريع المخالف للدستور ومحو أي أثر له. وهنا نكون أمام دعوى الإلغاء وأمام رقابة الإلغاء[١].

أو أن تكون عن طريق دفع فرعي يتقدم به أحد الأطراف في دعوى اعتيادية (جنائية أو مدنية أو إدارية ...) وأمام محكمة ما وفي أثناء نظرها في تلك الدعوى. يطلب هذا الطرف من خلال دفعه عدم تطبيق النص المراد تطبيقه في النزاع بحجة أنه مخالف للدستور، فإذا اقتنعت المحكمة بطلب الطرف المدعي امتنعت عن تطبيق القانون دون أن تتعرض له بالإلغاء مع اقتصار أثرِ حكمها على أطراف الدعوى فقط. وفي هذه الحالة نكون أمام رقابة قضائية بطريقة الامتناع[٢].

---

(١) د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/ الأردن، ٢٠١٠. ص: ٣١٥.

(٢) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ٨٩.

وفي بعض الأحيان يقوم أحد أطراف الدعوى بالدفع بعدم دستورية النص أمام المحاكم الاعتيادية وبعد اقتناع هذه الأخيرة بصحة طلب المدعي تقوم بإحالة الدعوى المحكمة المختصة بالنظر في صحة التشريعات وقد عدَّ البعض هذه الطريقة صورة ثالثة من صور الدعوى الدستورية[١].

ولدراسة هذه الصور للدعوى الدستورية ينبغي تقسيم هذا المبحث على مطلبين اثنين ندرس فيهما :

الأول: دعوى الإلغاء .

والآخر: دعوى الامتناع .

(١) ينظر: د. حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص: ٤٣٤.

المطلب الأول

دعوى الإلغاء

تُعدُّ دعوى الإلغاء من أخطر صور الدعوى الدستورية ؛ إذ إنها تهاجم وبشكل مباشر التشريع المخالف للدستور من خلال دعوى قضائية ترفع أمام المحكمة المختصة بالنظر في دستورية التشريعات(١).

والدول تتردد كثيراً في الأخذ بهذه الصورة من صور الدعوى الدستورية وبالتالي هذه الطريقة من طرق الرقابة القضائية على دستورية القوانين وذلك لأمرين أساسيين:

الأول: يكمن من خشية تدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية من خلال السماح لها بالنظر بصورة مباشرة بالدعوى التي تقام ضد التشريعات المختلفة الأمر الذي يؤدي إلى تدخل السلطة القضائية بصورة مباشرة في عمل السلطة التشريعية بحجة رقابة صحة التشريعات مما يؤدي إلى هدم مبدأ الفصل بين السلطات الذي ترتكز عليه الدول الديمقراطية، وإن كان هذا التخوف يشمل كافة صور الدعوى الدستورية إلا أنه يكون أشد وأظهر إذا ما أُخذ بصورة الدعوى المباشرة(٢).

والآخر: يتعلق في أن الدعوى المباشرة تعطي الحق للأفراد بالطعن في دستورية التشريعات بصورة مباشرة ولا تشترط لإقامة الدعوى سوى توافر المصلحة وفي بعض الأحيان لا يطلب حتى توافر شرط المصلحة. الأمر الذي يؤدي للجوء إلى هذه الدعوى بشكل متزايد من الأفراد وينتج عن هذا عدم استقرار النظام القانوني في الدولة، لذا فإن اتجاه أغلب دول العالم بهذا الصدد هو عدم إعطاء الحق للأفراد في

---

(١) د. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ١١٩.

(٢) ينظر: د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص: ٢٥.

تقديم الدعاوى الدستورية بصورة مباشرة أمام المحكمة المختصة بالنظر في دستورية التشريعات[١] وحتى الدول التي تعطي الحق للأفراد في تحريك الدعوى الدستورية بصورة مباشرة فإنها تضع شروط عدّة لإقامتها[٢].

ومع كل ما تقدم تبقى دعوى الإلغاء المباشرة أهم وسيلة من وسائل الرقابة على دستورية القوانين لما لهذه الدعوى من مميزات خاصة سنناقشها في إطار خصائص دعوى الإلغاء، إلا أنه يجب التطرق أولاً إلى ماهية دعوى الإلغاء.

أولاً : ماهية دعوى الإلغاء (الدعوى المباشرة)

ويمكن توضيح هذه الصورة من صور الدعوى الدستورية من خلال كونها دعوى مستقلة تقدم بصورة مباشرة للهيئة القضائية المختصة بالنظر في صحة التشريعات، وترفع هذه الدعوة من هيئات سياسية أو قضائية معينة وقد ترفع في بعض الأحيان من الأفراد العاديين. وتقدم هذه الدعوى إلى الهيئة القضائية المختصة. وهذه الهيئة القضائية قد تكون هيئة متخصصة بالنظر في دستورية التشريعات أي أنها محددة بمهام معينة على سبيل الحصر ومنها الرقابة على دستورية التشريعات وهنا نكون أمام قضاء دستوري متخصص[٣]، وفي أحيان أخرى تعهد هذه المهمة إلى الهيئة

---

(١) مع ذلك فإن للأفراد حق الطعن بدستورية أي نص يراد تطبيقه على نزاع متعلق بحقوقهم معروض أمام أي محكمة، فإذا اقتنعت المحكمة بجدية الطلب أحالة الدعوى إلى الهيئة القضائية المختصة للبت في صحة النص المطعون به. ينظر: د. حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص: ٤٣٤.

(٢) د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق ، ص: ١٢٨.

(٣) كما هو الحال في ألمانيا بموجب دستورها لسنة ١٩٤٩ إذ تم إنشاء المحكمة الدستورية الاتحادية . انظر: د.منذر الشاوي، مصدر سابق، ص: ٦١. وخليل جريج، مصدر سابق، ص: ٢١١.

القضائية الأعلى في سلم المحاكم الاعتيادية فضلاً عن مهامها الأخرى[١] كما مر توضيحه في الفصل السابق.

وفي حال توصل المحكمة إلى أن التشريع المطعون به مخالف للدستور، فإنها تصدر حكمها يقضي بعدم صحة التشريع، إلا أن أثر هذا الحكم يختلف باختلاف النصوص الدستورية .

فبعض الأنظمة الدستورية تعدُّ هذا الحكم بمثابة إلغاء القانون تماماً وبأثر رجعي أي من تأريخ صدوره ، ويعد كأن لم يكن أساساً[٢].

في حين أن بعض الأنظمة الأخرى لا تعطي إلا الأثر الفوري المباشر للحكم بحيث أنه لا ينسحب إلى الوقائع السابقة لصدور الحكم[٣].

ثانياً: أهم خصائص الدعوى المباشرة .

من خلال ما تقدم يمكن حصر أهم خصائص الأخذ بصورة الدعوى المباشرة بما يأتي:

١. يجب أن ينص الدستور على جواز الرقابة على دستورية القوانين حتى يمكن الحديث عن وجود دعوى الإلغاء، فإذا ما تجاهل الدستور النص على جواز الرقابة

---

(١) كما هو الحال في سويسرا، إذ عهدت مهمة الرقابة على دستورية التشريعات للمحكمة الفدرالية التي تمثل على درجات المحاكم الاعتيادية. انظر: د. منذر الشاوي، مصدر سابق، ص: ٥٩. ود. عبد الكريم علوان، مصدر سابق، ص:٣١٦.

(٢) كما هو الحال في ايطاليا وفق دستورها لسنة ١٩٤٨ الذي أنشأ المحكمة الدستورية التي يعد قرارها بعدم دستورية قانون ما عدم وجوده أساساً . انظر: خليل جريج، مصدر سابق، ص: ٢١٨.

(٣) كما هو الحال في مصر إذ نص تعديل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم رجعية الحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي. ينظر: د. عصام أنور سليم، موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٠. ص: ٢١٠.

على دستورية التشريعات، والجهة القضائية التي تتولى النظر في هذه المسألة فإنه والحالة هذه لا يمكن أن توجد دعوى الإلغاء بل حتى ولو نص الدستور على جواز الرقابة على دستورية التشريعات دون أن يحدد الهيئة المختصة بهذا الأمر فلا يمكن الحديث عن وجود دعوى الإلغاء. إذ لابد أن ينص الدستور صراحة على جواز الرقابة على دستورية التشريعات وأن يحدد الهيئة القضائية المختصة بهذا الأمر. كما يشترط أيضاً وجود تشريع يحدد صلاحية ممارسة هذه الرقابة وينضم طريقة عملها على أقل تقدير؛ لأنّ عدم وجود مثل هذه النصوص يؤدي إلى عدم تمكن القضاء من النظر في دستورية القوانين بطريقة الإلغاء، وإلا عد عملها غير مشروع لعدم وجود التخويل القانوني بهذا الصدد(١).

٢. إن الرقابة على دستورية التشريعات من خلال دعوى الإلغاء رقابة مركزية أي أن هناك هيئة قضائية واحدة هي التي تقوم بممارسة الرقابة، ولها وحدها الحق بالفصل في مدى مطابقة التشريعات للدستور، وعلى المحاكم كافة وبمختلف درجاتها احترام قرار الهيئة القضائية المختصة وعدم الخوض في نقاش دستورية التشريع المطعون به مرة أخرى. وبهذا فإنه إذا تم الطعن بدستورية أي تشريع أمام أي محكمة فليس لها أن تنظر في هذا الدفع، وإنما وجب إحالة الأمر إلى الهيئة القضائية المختصة بالنظر في دستورية التشريعات(٢).

٣. إن القرار الصادر من الهيئة القضائية المختصة بالنظر في دستورية التشريعات يتضمن في الغالب إلغاء التشريع المخالف للدستور وليس فقط بيان عدم دستوريته، وهذا يعني أن قرار المحكمة المتضمن عدم دستورية التشريع المطعون به

---

(١) د. عبد الكريم علوان، مصدر سابق، ص:٣١٤

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص: ٤٣٢.

يؤدي إلى سقوط التشريع بشكل نهائي وليس لأي هيئة سياسية أو قضائية أن تعيد العمل به وبذلك، فهي تنهي مسألة دستورية هذا النص مرة واحدة وبشكل نهائي ويكون على السلطة التي أصدرت النص إما إصدار قرار بإلغاء التشريع المخالف للدستور أو تعديل فقراته المخالفة بما يتلاءم مع نصوص الدستور وحكم الهيئة القضائية المختصة[1].

وسنتطرق لمثال على دعوى الإلغاء في معرض حديثنا عن طرق اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى.

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص:٥٥١.

المطلب الثاني

دعوى الامتناع

إن الهدف الأساسي من الدعوى الدستورية ومن الرقابة على دستورية التشريعات بصورة عامة هو ضمان مبدأ علوية قواعد الدستور، وهذا المبدأ يعطي السمو لقواعد الدستور الواجب إتباعها من كافة السلطات في الدولة لضمان تحقيق مبدأ "المشروعية الدستورية" وأهم هذه السلطات التي يجب أن تخضع لهذا المبدأ السلطة التشريعية التي لابد أن لا تصدر أي تشريع يتعارض مع أي نص من نصوص الدستور، وإلا عُدَّ عملها غير مشروع، وفي حالة حدوث هذه المخالفة فعلاً من المؤسسة المختصة بالتشريع، وجب التدخل لحماية مبدأ المشروعية الدستورية عن طريق التخلص من التشريع المخالف لأحكام الدستور[١].

إذا فالهدف الأساسي للدعوى الدستورية هو عدم تطبيق القانون المخالف للدستور، وإذا كان بالإمكان تحقيق هذا الهدف دون أن يمس التشريع المخالف ودون إلغائه، فلا مانع من إتباع هذه الوسيلة خصوصاً في حالة عدم احتواء الدستور على نصوص تنظم الرقابة على دستورية القوانين، وهذه الوسيلة هي ما تسمى "بدعوى الامتناع"[٢].

إلا أننا نلاحظ أن إطلاق تسمية دعوى على هذه الوسيلة هو إطلاق مجازي إذ إن دعوى الامتناع لا تعدو كونها مجرد دفع فرعي يقوم به أحد الخصوم في دعوى مرفوعة أمام محكمة معينة يطلب فيها عدم تطبيق التشريع المتعلق بالنزاع، بحجة أن هذا التشريع مخالفٌ للدستور، فلا مجال للحديث عن دعوى عدم دستورية في ظل

---

(١) ينظر: د. أشرف اللمساوي، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة، مصدر سابق، ص: ٩.

(٢) د. محسن العبودي، المبادئ الدستورية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦. ص: ٩٧.

رقابة الامتناع. فلو نأخذ الولايات المتحدة على سبيل المثال فإن دعوى عدم الدستورية ليست من الدعوى التي يمكن أن تنظر أمام المحاكم الأمريكية ، وهذا ما أيدته اجتهادات المحكمة الفدرالية العليا[١].

ولدراسة دعوى الامتناع سنتطرق أولاً إلى معنى دعوى الامتناع ومن ثم سنتطرق إلى أهم خصائصها، وأخيراً سنتطرق لدعوى الامتناع في الولايات المتحدة الأمريكية كمثال على ذلك.

أولاً : ما هي دعوى الامتناع .

كما قدمنا فإن الرقابة بطريقة دعوى الامتناع لا تتضمن أقامة دعوى مستقلة على التشريع المخالف للدستور، وإنما هي طريقة للتخلص من تطبيق التشريع المخالف للدستور دون المساس به، وذلك عن طريق الامتناع عن تطبيقه فحسب[٢].

وهنا فإنه لا بد لأعمال الدفع الفرعي من وجود دعوى ما تنظر أمام المحاكم الاعتيادية سواء كانت هذه الدعوى مدنية أم جزائية أم دعوى تنظر أمام القضاء الإداري. فيقوم أحد الخصوم –كدفاع عن حقه– بتقديم دفع متعلق بالنص المراد تطبيقه في النزاع، يزعم فيه أن هذا النص يخالف نصوص الدستور، فتتصدر المحكمة نفسها التي تنظر النزاع بالنظر في هذا الدفع من خلال فحص النص المطعون به ومطابقته مع النص الدستوري الذي يزعم أنه يتعارض معه تعارضاً لا يمكن التوفيق بينهما، فإذا ما تأكد للقاضي من صحة الدفع، فإنه يمتنع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور ويحكم في النزاع في ضوء أحكام الدستور[٣].

---

(١) د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص: ١١٧.

(٢) د.رجب عبد الحميد، القانون الدستوري النظرية العامة، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة ٢٠١٠. ص: ١٣٩.

(٣) د. فتحي فكري، القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة، ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٩. ص: ٢١٦.

ويلاحظ أن القاضي إنما يرجح النص الأعلى على النص الأدنى، فمعلوم أنه إذا ما تعارض نصان تشريعيان فإن على القاضي محاولة التوفيق بينهما، فإذا تعذر التوفيق لوضوح التعارض وعدم التمكن من الجمع بين النصين فعليه أن يرجح أحدهما، والقاضي هنا ملزم بترجيح النص الأعلى على النص الأدنى في سلم النظام القانوني، ومن البديهي أن النص الدستوري يقع في قمة الهرم القانوني، لذا فإن الامتناع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور إنما هو ترجيح النص الأعلى على النص الأدنى، وهذا الأمر هو من صلب اختصاص القضاء[1].

ثانياً: خصائص دعوى الامتناع.

من خلال ما تقدم يمكن حصر أهم الخصائص التي تتمتع بها دعوى الامتناع بما يأتي:

١. إن القاضي لا يمكنه الامتناع عن تطبيق أي تشريع مخالف للدستور، إذا ما حدد الدستور طريقة معينة للطعن بدستورية التشريعات. معنى هذا أنه إذا نظم الدستور طريقة محددة للطعن بدستورية التشريعات وجب على القاضي الالتزام بهذه الطريقة وإحالة دفع المدعي إلى الهيئة القضائية المختصة بالنظر في دستورية التشريعات بحسب الأحوال. وبهذا فإن الأخذ برقابة الامتناع وبالتالي بدعوى الامتناع يكون عادة في الدول التي يغفل دستورها عن تنظيم مسألة الرقابة على

(١) ينظر: د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص: ٢٧. ود. رجب عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ١٤٢.

دستورية التشريعات[١]. وهذا ما نلاحظه جلياً في الولايات المتحدة الأمريكية التي تعد مهد الرقابة على دستورية التشريعات بطريقة الامتناع [٢].

٢. إن القاضي يمتنع فقط عن تطبيق التشريع المخالف للدستور دون أن يتعرض له، ويبقى التشريع المخالف للدستور متمتعاً بقوته، وليس هناك ما يمنع من تطبيقه على أي نزاع آخر من محاكم أخرى أو حتى من المحكمة نفسها التي امتنعت عن تطبيقه سابقاً، وهذا يعني أن قرار المحكمة بالامتناع عن تطبيق هذا التشريع هو قرار ذو أثر نسبي، أي أنه متعلق بأطراف الدعوى فقط ولا ينسحب على الكافة كما أنه غير ملزم للمحاكم الأخرى ولا حتى للمحكمة نفسها، إذ يمكنها العدول عن حكمها السابق والحكم بدستورية النص إذا ما أُثير الدفع في دعوى أخرى[٣]. إلا أن كل ما تقدم يصدق من الناحية النظرية فقط، أما من الناحية العملية فإن المحكمة تلتزم بقراراتها التي تصدر منها خاصة في الدول التي تأخذ بنظام "السوابق القضائية"[٤]. فضلاً عن سير النظام القضائي على تميز أحكامه من محكمة عليا يؤدي إلى اعتماد قرار المحكمة العليا الذي هو واجب الاحترام من كافة المحاكم الدنيا، وبهذا فإن التشريع المخالف للدستور سيصبح تشريعاً موجوداً

---

(١) ينظر: د. صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠. ص: ١٣. ود.عبد الكريم علوان، مصدر سابق، ص:٣١٤.

(٢) ومن الدول التي أخذت بهذا النظام أيضاً كل من : اليونان والنرويج واليابان. ينظر: د.ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مصدر سابق، ص: ٢٧. ود. أشرف فايز اللمساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، مصدر سابق، ص: ٢٠.

(٣) د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص: ٢١٦.

(٤) ويعني مبدأ "السوابق القضائية" : تقيد المحاكم بالإحكام الصادرة منها إضافة إلى تقيد المحاكم الدنيا بقرارات المحاكم العليا. ينظر: د. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق، ص: ١٥.

نظرياً إلا أنه مشلولٌ ومعطلٌ عن العمل من الناحية العملية. فلا قيمة لوجود قانون لا يطبق[١].

٣. إن الرقابة على دستورية التشريعات بطريقة الدفع الفرعي هي رقابة تمارس من جميع المحاكم وعلى اختلاف درجاتها ولا تقتصر على هيئة قضائية محددة مختصة بالنظر في دستورية التشريعات كما هو الحال في دعوى الإلغاء، لذا فيصدق القول على الدفع الفرعي أنه أسلوب رقابة (لامركزية)[٢].

٤. تُعدُّ الرقابة على دستورية التشريعات عن طريق دعوى الامتناع وسيلة دفاعية هدفها التخلص من تطبيق النص المخالف للدستور دون إلغائه وبذلك فإنها تختلف عن دعوى الإلغاء التي تُعدُّ وسيلة هجومية تهدف إلى إلغاء النص المخالف للدستور[٣].

٥. أخيراً فإن إطلاق كلمة "دعوى" على هذه الطريقة من طرق الرقابة هو أمر مجازي إذ هي لا تتعدى كونها مجرد دفع أمام محكمة موضوع. كما ويعتبر هذا الدفع من الدفوع القانونية البحتة التي يجوز إثارتها في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، ويتعين الفصل في الدفع بعدم الدستورية قبل الفصل في موضوع الدعوى[٤].

---

(١) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ٧٧

(٢) د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص: ١١٧.

(٣) د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص: ٢١٦.ود. رجب عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ١٤٠.

(٤) د. عيد أحمد الغفول ، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا ت. ص: ١٠٤.

ثالثاً: دعوى الامتناع في الولايات المتحدة الأمريكية كمثال لدعوى الامتناع.

تُعدُّ الولايات المتحدة الأمريكية مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذ لها ينسب رقابة دستورية القوانين بطريقة الامتناع. إن عوامل قيام اتحاد الولايات الأمريكية وكيفية تشكيلها ووضع دستورها يفسر اتجاه المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية إلى هذا النوع من الرقابة على دستورية التشريعات فالدستور الأمريكي لم يتطرق لمسألة الرقابة على دستورية التشريعات، إلا أن المحكمة الفدرالية العليا انتزعت هذا الاختصاص انتزاعاً من خلال مراقبتها للقوانين المحلية والفدرالية[١].

وللوقوف على طريقة الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية علينا أولاً أن نتطرق إلى كيفية تشكيل المحكمة الفدرالية العليا ومن ثم سنتعرف على طريقة الرقابة.

١. تشكيل المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية[٢].

لقد تشكلت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب دستورها لسنة ١٧٨٧ لتكون أعلى سلطة قضائية في اتحاد الولايات الأمريكية، وقد حدد الكونغرس عدد أعضاء المحكمة بستة أعضاء ابتداءً إذ تتكون من رئيس وخمسة أعضاء، ثم أصبح عدد الأعضاء سبعة في عام ١٨٠٧ ، وبعدها أصبح عدد الأعضاء ثمانية عام ١٨٣٧، وفي عام ١٨٦٣ أصبح عدد أعضاء المحكمة العليا عشرة أعضاء واستمر الحال هكذا إلى عام ١٨٦٦ إذ شرع الكونغرس قانوناً قضى بأن يكون عدد

---

(١) ينظر: د. حسن زكريا، مصدر سابق، ص: ٦-١١.

(٢) لمزيد من التفصيل في موضوع المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، ينظر:

James Q. Wilson and John J. Dilulio, Jr., American Government, P. 407. Robert S. Ross, American National Government, McGraw Hill, New York, Fourth edition 1996. P.: 207. Don R. Pember , Mass Media Law, McGraw-Hill, 2003/2004. P.P: 18. Kenneth Janda, Jeffrey M. Berry & Jerry Goldman, The Challenge Of Democracy, Houghton Mifflin company, Second edition New York, 2003. P.: 276.

أعضاء المحكمة سبعة أعضاء فقط. إلا أنه ومنذ عام ١٨٦٩ أصبحت المحكمة مكونة من رئيس للمحكمة العليا في الولايات المتحدة وثمانية أعضاء[١]. ويتم تعين أعضاء المحكمة من رئيس الجمهورية وبموافقة مجلس الشيوخ[٢].

أما بخصوص اختصاصات هذه المحكمة فقد أنيط بها مهام كبيرة وخطيرة وهي: الفصل في المنازعات المتعلقة بالدستور والقوانين الاتحادية والمعاهدات المبرمة، وكذلك المنازعات التي تنشأ بين الولايات الاتحادية والحكومة المركزية وما بين الولايات الاتحادية فيما بينها. كما أنها تفصل في الجرائم التي ترتكب من رئيس الجمهورية والوزراء وأعضاء مجلسي الشيوخ والنواب. وهناك اختصاصات عدّة أخرى[٣].

٢. "رقابة الامتناع" في الولايات المتحدة الأمريكية .

علمنا فيما سبق أن الدستور الأمريكي لم ينص على مسألة الرقابة على دستورية التشريعات وإنما استندت المحكمة الفدرالية العليا إلى نص المادة الثالثة والمادة السادسة من الدستور إذ تضمنت علوية دستور الولايات المتحدة على القوانين المحلية والاتحادية، لذا فقد اتخذت المحكمة هذه النصوص في الحكم على عدّة قوانين بمخالفتها للدستور، وهذا يتضح جلياً من خلال متابعة أحكام المحكمة العليا وتطبيقات الذي تدل على نهج القضاء الدستوري الأمريكي بتنصيب نفسه والياً على حماية المبادئ الدستورية وهناك عدّة من القوانين التي حكمت المحكمة بعدم

---

(1) Don R. Pember , Mass Media Law, McGraw-Hill, 2003/2004. P.P: 18.

(٢) د. منذر الشاوي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص: ٦٦. وخليل جريج، مصدر سابق، ص: ٢٠٢.

(٣) ينظر: د. محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤. ص: ٢٠٢-٢٠٣.

And: James Q. Wilson and John J. Dilulio, Jr., American Government, P. 421.

دستوريتها[١] حتى أن بعض فقهاء القانون الدستوري ذهبَ يطلق على النظام الدستوري الأمريكي: بـ"حكومة القضاء"[٢].

إلا أنه يجب أن نعرف أن مسألة الرقابة على دستورية التشريعات مسألة غير محصورة بالمحكمة الفدرالية العليا وإنما من حق أي محكمة في الولايات المتحدة الأمريكية أن تمتنع عن تطبيق قانون ترى أنه مخالف للدستور[٣].

ويمكن حصر الرقابة التي تمارس في الولايات المتحدة الأمريكية بالفروض الآتية:

١. الرقابة التي تجريها المحاكم المحلية في كل ولاية على القوانين الصادرة من السلطات التشريعية في تلك الولايات مع الدستور الاتحادي.

٢. الرقابة التي تجريها المحكمة العليا على القوانين الصادرة من السلطات التشريعية في الولايات مع الدستور الاتحادي.

٣. الرقابة التي تجريها المحكمة العليا على القوانين الاتحادية الصادرة عن السلطة التشريعية الاتحادية بمجلسيها (الكونغرس) مع الدستور الاتحادي[٤].

---

(١) ينظر بهذا الصدد: خليل جريج، مصدر السابق، ص: ٢٠١-٢٠٨. و د.حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص: ٤٣٣.

And: James Q. Wilson & John J. Dilulio, Jr., American Government, . P.: 406.

(٢) ينظر: د. حسن زكريا، مصدر سابق، ص: ١. ود. منذر الشاوي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص: ٨٠ .

(٣) ينظر: د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص:٢٠٥.

Nasser Momayezi and authors, Texas Politics, Houghton Mifflin company, New York, 2002 P.: 256.

(٤) د. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ١٢٢.

وفي جميع الفروض السابقة فإن الرقابة تجري عن طريق الدفع الفرعي ، إذ إن يفترض أن يقوم أحد الخصوم في الدعوى المنظورة أمام المحكمة بالدفع بعدم دستورية النص المراد تطبيقه، فينظر القاضي في طلبه ويجب أن يتأكد هنا من وجود مصلحة شخصية جدية للطاعن، إذ يعد هذا شرطاً أساسياً لقبول الطعن، فلا ينظر القاضي بالطعن إذا ما تأكد له أن الطاعن لم ولن تصيبه أي أضرار شخصية من جراء تطبيق النص المطعون به، كما لا ينظر القاضي بالطعن أيضاً إذا ما وجد أن الخصومة مفتعلة أساساً كحيلة لجأ لها الأفراد للطعن بدستورية النص[١].

ويلاحظ هنا أن قرار القاضي يكون قابلاً للطعن به أمام المحكمة الفدرالية العليا، لذا فإن فموضوع الطعن بدستورية نص ما غالباً ما يتصل بالمحكمة العليا[٢].

ومن الجدير بالذكر أن الرقابة على دستورية التشريعات في الولايات المتحدة الأمريكية عرفت تطوراً جدياً من خلال طرق جديدة يمكن عدها صوراً جديدة من صور الدعوى الدستورية إلا أنها لا توجد إلا في الولايات المتحدة الأمريكية فهي أساساً من إنشاء القضاء الأمريكي[٣]. وسنتطرق لهذه الطرق بشيء من الإيجاز.

١. دعوى أمر المنع (الأمر القضائي):

تتلخص هذه الطريقة في دعوى يتقدم بها المدعي يطالب فيها من المحكمة إصدار حكم وهو عبارة عن (أمر قضائي) يقضي بمنع المدعى عليه –سواء أكان شخصاً عادياً أم موظفاً حكومياً– عن إجراء عمل أو نشاط معين بحجة أن هذا العمل أو النشاط يستند إلى قانون غير دستوري. فإذا ما صدر مثل هذا الحكم فإن

---

(١) د.أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص: ١١٩.

(٢) د. نزيه رعد، مصدر سابق، ص: ١٢٢.

(٣) ينظر: د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص: ١٢٠.

المدعى عليه لا يستطيع إجراء العمل أو النشاط الذي يستند إلى القانون غير الدستوري، أما إذا ما استمر بتنفيذه فإنه يعد مرتكباً لفعل إهانة القضاء[١].

وبسبب ما نتج عن هذه الطريقة من تعطيل عدّة من القوانين فقد حصر المشرع الأمريكي عام ١٩١٠ أوامر المنع في المحاكم الاتحادية التي تتكون من ثلاثة قضاة مع جواز الطعن بأحكام هذه المحاكم أمام المحكمة الفدرالية العليا[٢].

٢. دعوى الحكم التقريري:

وتتلخص هذه الطريقة بأنها دعوى تُقام أمام المحاكم الاتحادية يطالب من خلالها المدعي إصدار حكم قضائي يقرر فيه مدى دستورية نص قانوني معين، ويلاحظ هنا أنه لا يشترط أن تتوافر مصلحة مباشرة وجدية للمدعي، وإنما يكتفي بمجرد وجود المصلحة الاجتماعية. لقد أقر الكونغرس الأمريكي عام ١٩٣٨ قانوناً ينظم هذه الطريقة من طرق الرقابة وبمقتضاه فإن الأحكام التقريرية تصدر من المحاكم الاتحادية حصرياً[٣].

---

(١) ينظر: د. محمد أبو العينين، دور الرقابة على دستورية القوانين في دعم الديمقراطية وسيادة القانون، بحث منشور بدورية المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق/ جامعة حلوان، ٣٠-٣١/مارس/١٩٩٨. ص: ٢٧٥. ود. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق، ص: ١٣. ود. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٢٣٠.

(٢) د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص: ١٢٠

(٣) ينظر: د. منذر الشاوي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص: ٦٨. ود. محمد أبو العينين، مصدر سابق، ص: ٢٧٦. ود. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق، ص: ١٤.

المبحث الثاني

طرق اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية

وإذا كانت دعوى الإلغاء هي الصورة الأساسية للدعوى الدستورية فإنه لا بد من التعرف على الكيفية التي يتم بموجبها تحريك الدعوى الدستورية وكيفية اتصال الهيئة القضائية المختصة بالدعوى.

إنَّ الدعوى الدستورية تختلف عن الدعوى القضائية العادية في طريقة تحريكها إذ إنها تنظر أمام محكمة خاصة تكون قراراتها قاطعة، فضلاً عن أنها ترفع ضد نص قانوني وليس ضد شخصية قانونية كما أنها ترتبط في أحوال كثيرة بدعوى أخرى(١).

ولأجل ما تقدم فإن طريقة تحريكها تختلف. فهي إما أن تحرك بناءً على دفع فرعي أو عن طريق الإحالة التلقائية أو من خلال التصدي للمحكمة الدستورية، وفي أحوال أخرى عن طريق الدعوى المباشرة(٢).

وسنناقش الطرق السالفة بشيء من الإيجاز مع توضيح طريقة تحريك الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر والمحكمة الاتحادية العليا في العراق.

---

(١) ينظر: د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ١٠٢. ود. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٣. ص: ١٥٣.

(٢) ينظر: دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٤٦. ومكي ناجي، مصدر سابق، ص: ١٠٣.

المطلب الأول

طريقة الدفع الفرعي المتضمن الإحالة إلى محكمة الدستورية

تشبه هذه الطريقة من طرق تحريك الدعوى الدستورية ما عليه الحال في رقابة الامتناع التي تقدم الكلام عليها في صور الدعوى الدستورية، وهي الطريقة الأكثر شيوعاً لتحريك الدعوى الدستورية، إذ إن الأفراد بإمكانهم وبموجب هذه الطريقة الطعن في النصوص غير الدستورية خاصة في الدول التي لا تعطي الحق للأفراد الطعن في دستورية التشريعات بوساطة الدعوى المباشرة(١).

وتتلخص هذه الطريقة من طرق تحريك الدعوى الدستورية بأن الدعوى تبدأ من خلال دفع فرعي يتقدم به أحد الخصوم في دعوى تنظر أمام أي محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي يطالب فيه البت في شرعية نص تشريعي معين يراد تطبيقه في النزاع المعروض. فينظر قاضي الموضوع في هذا الدفع فإذا ما تأكد له جديته يقوم بتأجيل الدعوى الأصلية وإحالة أوراق الدعوى إلى الهيئة القضائية المختصة، وفي حالات أخرى يتم توجيه مقدم الدفع إلى رفع دعوى مباشرة أمام الهيئة القضائية المكلفة بالنظر في دستورية التشريعات خلال مدة تحددها محكمة الموضوع، وفي حالة عدم رفع هذه الدعوى يُعدُّ الدفع كأن لم يكن. وفي جميع الأحوال فإنه في حالة

---

(١) درج بعض الكتاب على اعتبار هذه الطريقة من طرق تحريك الدعوى الدستورية: صورة ثالثة من صور الدعوى الدستورية على اعتبار أنها طريقة مختلطة بين الدفع الفرعي والإحالة التلقائية إلى الهيئة القضائية المختصة، ويرى الباحث أنها لا تعد إلا طريقة من طرق اتصال الدعوى الدستورية بالهيئة القضائية المختصة وفق رقابة الإلغاء؛ وذلك لأنها تنظر أمام هيئة قضائية محددة، كما إن نتيجة الحكم فيها بعدم الدستورية تؤدي غالباً إلى إلغاء النص المطعون به. ينظر: د. حسين عثمان محمد عثمان، مصدر سابق، ص: ٤٣٤. ود. سحر محمد نجيب، مصدر سابق، ص: ٢١٢

اتصال الهيئة القضائية المختصة بالموضوع فيتم الفصل في الدعوى الأصلية في ضوء حكمها[1].

ومما تقدم يُلاحظ أمران اثنان:

الأول: هو أن قاضي الموضوع لا يستطيع أن يمتنع عن تطبيق النص المخالف للدستور إذا ما تأكد من جدية الدفع، وإنما عليه فقط تأجيل النظر في الدعوى وإحالة الدعوى أو الطلب من مقدم الدفع برفع دعوى بمضمون الدفع للهيئة القضائية المختصة. وسبب ذلك أن الرقابة على دستورية التشريعات هو أمر ليس من اختصاصا قاضي الموضوع، فالدستور حدد الجهة والطريقة التي يتم من خلالها الطعن بدستورية التشريعات[2].

أما الأمر الآخر: فهو أن لقاضي الموضوع على الرغم من ما تقدم تقدير جدية الدفع، وله في ذلك سلطة تقديرية ويمكن الطعن بقراره المتضمن عدم جدية الدفع أمام جهات الطعن وبحسب الأحوال[3].

إذا فقاضي الموضوع على الرغم من أنه من المفروض أن لا ينظر في دستورية التشريعات ألا أنه مع إعطائه حق تقرير الدفع المتضمن الطعن بالنصوص التشريعية جدياً أم لا فإنه يمارس نوعاً من الرقابة على دستورية التشريعات لأن بإمكانه أن يجهض الدعوى بالحكم بعدم جدية الدفع وبالتالي فإن المحكمة المختصة

---

(١) عز الدين الدناصوري، ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص:٥١.

(٢) ينظر: خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ٨٨.

(٣) فايز وأشرف اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص: ٥٠.

لن تتصل بالدعوى ابتداءً، وهذا أمر دقيق جداً يوجب المراجعة والتدقيق، إذ يمكن أن يعترض بأن هذا الأمر يؤدي إلى التدخل في عمل القاضي الدستوري[١].

ولكن يمكن تدارك هذا التدخل من خلال إعطاء الحق بالطعن بقرار محكمة الموضوع برفض الدفع أمام الهيئة القضائية المختصة[٢].

ولكن يبقى السؤال المطروح : هو كيف يمكن لقاضي الموضوع التأكد من جدية الدفع ؟

أولاً: كيفية تقدير جدية الدفع.

يكون الدفع المقدم من أحد الخصوم في الدعوى جدياً إذا ما تضمن أمرين أساسيين: الأول: هو أن كون الدفع الفرعي منتجٌ أثراً لصالح مقدمه في الدعوى الأصلية. والثاني: هو أن تحتمل مسألة مطابقة النص التشريعي المطعون به للدستور اختلافاً في وجهات النظر. وسنناقش فيما يلي كلا من الشرطين أعلاه.

١.الدفع الفرعي منتجٌ أثراً لصالح مقدمه في الدعوى الأصلية.

ومعنى هذا الشرط أن يكون النص المطعون به متصلاً بموضوع الدعوى الأصلية بأي وجه من الوجوه، وأن الحكم بعدم دستورية النص المطعون به سيفيد مقدم الدفع، وبهذا فإنه إذا ما اتضح لقاضي الموضوع أن النص المطعون به لا يتصل بالنزاع ولا يمكن أن يستفاد مقدم الدفع من الحكم بعدم الدستورية فإنه سيقرر عدم جدية الدفع ويستمر في نظر الدعوى . ومن الملاحظ أن قاضي الموضوع يحكم

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ، مصدر سابق، ص: ١٥١-١٥٣.

(٢) وبهذا الاتجاه أخذ المشرع العراقي على ما سنراه في دراستنا للدفع الفرعي أمام المحكمة الاتحادية العليا. ينظر: د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٦.

بعدم جدية الدفع أيضاً في حالة أنه وجد أن مقدم الدفع قد أجيبت طلباته؛ لأنّ مصلحته قد انقضت في الدفع[١].

إلا أن البعض يرى أنه يكفي لاعتبار الدفع جدياً أن يكون البحث في مسألة عدم الدستورية أمراً متصلاً بالنزاع المعروض أمام محكمة الموضوع؛ وسبب هذا الرأي هو: أن التشريعات التي تنص على طريقة الإحالة بناءً على دفع فرعي غالباً ما تعطي المحاكم بمختلف درجاتها حق الإحالة التلقائية للنصوص التي ترى أنها تتعارض مع الدستور، وبما أن للمحكمة حق الإحالة التلقائية فإنه من غير المعقول أن تمنع المحكمة من إحالة نص ترى أنه مخالفٌ للدستور لمجرد أن أحد الخصوم قدم طلباً بالإحالة وأن النص لا ينتج أثراً له في الدعوى[٢].

٢.أن يحتمل أمر مطابقة التشريع المطعون به للدستور اختلافاً في وجهات النظر.

ينبغي على قاضي الموضوع لكي يحكم بجدية الدفع أن يتأكد من وجود شبهة خروج النص المطعون به على أحكام الدستور. وليس معنى هذا أن يقوم القاضي بفحص دستورية النص المطعون به بل لا يتعدى هذا الأمر مجرد توارد الشك إلى ذهن القاضي بأن هناك شبهة واضحة تعتري دستورية النص. وبهذا فأن جدية الدفع تكون متوافرة إذا ما كان لها سندٌ واضحٌ[٣].

---

(١) د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ١٣٧.

(٢) د. أشرف فايز اللمساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، مصدر سابق، ص: ٥٦.

(٣) ينظر: د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ١٣٧. ود. أشرف فايز اللمساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، مصدر سابق، ص: ٥٦.

ثانياً: طريقة الدفع الفرعي وفق قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر:

نصت المادة (٢٩) الفقرة (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المرقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على: ((إذا دفع الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن))[١].

وهذه الطريقة تفترض وجود نزاع قائم في أحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي فيقوم أحد أطراف النزاع بالدفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يراد تطبيقها، فإذا وجدت المحكمة أن الدفع يتصف بالجدية وذلك بأن تتأكد من أن الدفع منتجٌ أثاراً في الدعوى، فضلاً عن تحمل أمر دستورية النص خلافاً في وجهات النظر. فإنها تؤجل النظر في الدعوى وتحدد لمن أثار الدفع موعداً لا يتجاوز الثلاثة أشهر لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا أي أن مقدم الدفع عليه أن يرفع دعوى مستقلة عن الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية العليا يطالب فيها بيان مدى دستورية النص المطعون به ، ويكون قرار المحكمة الدستورية قطعياً وملزماً لمحكمة الموضوع، أما إذا لم يقم مقدم الدفع برفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا خلال المدة المحددة من محكمة الموضوع عُدَّ الدفع كأن لم يكن[٢].

---

(١) عز الدين الدناصوري، ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٥٧٢.

(٢) د. محمد محمد عبده إمام، مصدر سابق، ص: ٢١٥.

ويلاحظ هنا أن لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية في النظر بجدية الدفع وهي سلطة تقديرية واسعة لا تخضع فيها إلا لسلطة المحكمة الأعلى منها درجة. فإذا قررت محكمة الموضوع أن الدفع لا يتصف بالجدية واستمرت في نظر الدعوى الأصلية فإن قرارها هذا لا يمكن الطعن به إلا أمام الجهة القضائية الأعلى في سلم درجات القضاء العادي، ولا تتصل المحكمة الدستورية العليا بالنزاع إلا إذا قررت إحدى المحاكم في سلم درجات الطعن أن الدفع يتصف بالجدية. ويرجع السبب في عدم جواز الطعن في حكم بقرار محكمة الموضوع عدم جدية الدفع أمام المحكمة الدستورية العليا، هو رغبة المشرع في عدم إغراق المحكمة الدستورية العليا بالدفوع غير الجدية التي لا يكون الهدف منها إلا مجرد تعطيل الفصل في الدعوى الأصلية[١].

إلا أنه مع ما تقدم فإن هذا الأمر منتقد من بعض فقهاء القانون الدستوري في مصر؛ وذلك لأنه يضيق من نطاق الرقابة على دستورية القوانين، فضلاً عن أنه يخل بمبدأ مركزية الرقابة الذي انتهجه المشرع في قانون المحكمة الدستورية العليا[٢].

ثالثاً: الإحالة من المحكمة بناءً على طلب أحد الخصوم على وفق نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق:

لقد نصت المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على: ((إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر بناءً على دفع أحد الخصوم بعدم الشرعية، فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع

(١) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٥١.

(٢) ولتفصيل أوسع راجع : د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ١٤٠.

بعدم الشرعية وتتخذ قراراً باستئخار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا)).

وبموجب هذه الطريقة يقوم أحد الخصوم سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً وفي أثناء النظر في دعوى ما أمام أحدى المحاكم بالدفع بعدم شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر. فيكلف هذا الخصم بتقديم دفعه بدعوى، جديدة : ويلاحظ هنا أن هذه الدعوى مستقلة عن الدعوى الأصلية كون المدعي فيها ملزماً بدفع رسم جديد، إلا أن هذه الدعوى تقدم حصراً أمام المحكمة التي تنظر في الدعوى الأصلية[١].

وفي هذه الحالة تقوم المحكمة بتدقيق طلب المدعي، إلا أن النص يخلو من ذكر الكيفية التي تدقق بها المحكمة لطلب المدعي أتتأكد من صحة الطلب فتتوغل في فحص دستورية النص المطعون به أم أنها تتوقف في حدود التأكد من جدية الطلب ؟

يرى الباحث: أن المحكمة يجب أن تتحقق فقط من جدية الطلب دون الخوض في فحص النص وبيان شرعيته؛ ذلك لأن الرقابة على صحة التشريعات أمر منوط بالمحكمة الاتحادية العليا حصراً وبموجب نص الدستور، ولا يجوز لأي محكمة في سلم درجات القضاء أن تتصدى لفحص صحة التشريعات حتى ولو كانت محكمة التمييز. وإنما هي تدقق جدية الدفع فقط على ما أوضحنا في مقدمة هذا المطلب. ومن جهة أخرى فإن نص المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا تضمن بت محكمة الموضوع بقبول الدعوى فقط دون أن ينص على أي أمر آخر، لذا فإن محكمة الموضوع تتأكد فقط من الشروط الشكلية لقبول الدعوى فضلاً عن التأكد من جدية الدفع.

وبعد النظر في طلب المدعي تكون المحكمة بين أمرين: فهي إما أن تقبل طلب الخصم فتقوم بإرسال الدعوى مع المستندات الأخرى إلى المحكمة الاتحادية

---

(١) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٦.

العليا للبت في شرعية النص المطعون به، ويتم هنا اتخاذ قرار بتأخير الدعوى الأصلية إلى حين البت بدعوى عدم شرعية النص من المحكمة الاتحادية العليا.

أو ترفض المحكمة طلب المدعي فيكون قرارها هذا قابلاً للطعن به أمام المحكمة الاتحادية العليا[١].

ونلاحظ هنا أن الطعن بقرار المحكمة بهذا الخصوص يكون أمام المحكمة الاتحادية العليا وهذا خلاف القاعدة العامة في الطعن بقرارات المحاكم، وهذا الاتجاه صحي؛ لأنَّ المحكمة الاتحادية هي الأجدر والأقدر على معرفة صحة القرار بقبول الدعوى الدستورية من عدمه؛ لأنّها هي المكلفة حصراً في النظر في صحة التشريعات[٢].

(١) مكي ناجي، مصدر سابق، ص: ١٠٤.

(٢) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٧.

المطلب الثاني

طريقة الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع

بموجب هذه الطريقة يكون من حق أي محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي وفي أثناء ممارسة أعمالها إحالة نص في تشريع ما إلى المحكمة المختصة بالنظر في دستورية التشريعات وذلك بعد أن تتأكد أن هذا النص مخالف للدستور. ومن الملاحظ أن هذا الحق مقرر لجميع المحاكم وبجميع درجاتها كما أن قاضي المحكمة الأعلى له حق إحالة النص المشكوك بدستوريته حتى ولو أن قاضي المحكمة الأدنى لم يتطرق لمسألة الدستورية أساساً في حكمه، وبذلك فإن قاضي المحكمة العليا لا يتقيد بحكم المحكمة الدنيا وله إثارة مسألة عدم دستورية النص التشريعي المراد تطبيقه في أية حالة كانت عليها الدعوى(١).

كما أن حق القاضي بالإحالة يبقى سارياً حتى ولو كانت الدعوى محجوزة للحكم، وذلك لأن القاضي عندما يحجز الدعوى للحكم فإنه يكون قد شكل اقتناعاً كاملاً بأن الدعوى أصبحت في حالة صالحة للفصل فيها، فإذا ما تولد له الشك في أن اقتناعه هذا غير صحيح؛ لأن النص التشريعي المراد تطبيقه يشك في مدى دستوريته فإنه والحالة هذه لن تكون الدعوى صالحة للحكم فيها، وبهذا فإن على القاضي إحالة النص المشكوك به إلى الهيئة القضائية المختصة لأجل جلاء شكه وتأكيد اقتناعه(٢).

وتُعدُّ هذه الطريقة من طرق تحريك الدعوى الدستورية من أنواع الرقابة التلقائية على دستورية التشريعات، إذ إن القاضي إذا ما تأكد له أن النص التشريعي الذي هو

---

(١) د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ١٤٥.

(٢) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٠٧.

بصدد تطبيقه على النزاع المعروض عليه تشوبه مخالفة لنصوص الدستور فعليه إحالة هذا النص إلى الهيئة القضائية المختصة، إذ إنه لا يمكنه الامتناع عن تطبيق النص، لأن الدستور قد حدد الهيئة والطريقة التي يتم بموجبها الرقابة على دستورية التشريعات ويجب أن يكون قرار الإحالة قاطع الدلالة في تحديد النصوص التشريعية المشتبه مخالفتها للدستور وكذلك النصوص الدستورية التي تم خرقها فضلاً عن أوجه المخالفة. وعلاوة على ما تقدم فيجب أن يكون الحكم الصادر في مدى دستورية النصوص المطعون بها مؤثراً في قضاء الهيئة التي أحالت النص المطعون به[١].

أولاً: طريقة الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع على وفق قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر:

نصت المادة (٢٩) فقرة (أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا المرقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على: ((إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية))[٢].

وبهذا فإن من حق أي محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي وفي أثناء نظرها في الدعاوى المرفوعة أمامها بإحالة نص قانون أو لائحة –إذا رأت أنه مخالف لأحكام الدستور– إلى المحكمة الدستورية العليا للبت بدستورية هذا النص،

---

(١) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٤٨–١٤٩.

(٢) عز الدين الدناصوري، ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٥٧٢.

بعد أن توقف الدعوى الأصلية ويكون قرار المحكمة الدستورية العليا قاطعاً وملزماً لمحكمة الموضوع[١].

ويلاحظ هنا أن القاضي إذا ما ظهرَ لديه الشك في دستورية أي نص في قانون أو لائحة، فليس له أن يمتنع عن تطبيق هذا النص وإنما عليه إحالته إلى المحكمة الدستورية العليا، وإذا كان القاضي يستطيع الامتناع عن تطبيق النص الذي يجده مخالفاً للدستور قبل إقرار قانون رقم (٨) لسنة ١٩٦٩ الذي أنشأ المحكمة العليا، فإنه لا يستطيع الامتناع بعد أن حدد قانون إنشاء المحكمة العليا الجهة والطريقة التي يتم من خلالها الرقابة على دستورية القوانين وإلا عد عمله غير مشروع ومخالفاً لنصوص الدستور[٢].

ولكن السؤال الذي يبرز هو مدى صلاحية القاضي بإحالة النص الذي طعن بدستوريته من أحد الخصوم واقتنعت المحكمة بجدية الدفع وأوقفت النظر بالدعوى وحددت لمقدم الدفع موعداً لإقامة الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا إلا أن هذا الأخير تقاعس عن تقديم الدعوى الدستورية؟

يذهب غالبية فقهاء القانون الدستوري في مصر إلى أن قاضي الموضوع لا يفقد سلطته بإحالة النص الذي يشك في دستوريته إذا ما تقاعس مقدم الدفع عن رفع الدعوى الدستورية[٣].

---

(١) د. محمد محمد عبده إمام، مصدر سابق، ص: ٢١٨.

(٢) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٩.

(٣) ينظر: د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ١٤٦.

وتبريرهم للأخذ بهذا الرأي بأن القول بنقيض ما تقدم يؤدي إلى ترجيح الجانب الشخصي للدعوى الدستورية في حين أننا قدمنا أن من أهم خصائص الدعوى الدستورية أنها دعوى عينية. كما لا يتصور أن يطبق القاضي نصاً اقتنع بجدية الدفع بعدم دستوريته لمجرد امتناع مقدمه عن رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، كما أن هذا الأمر إذا صح الأخذ به في ظل قانون المحكمة العليا الذي جعل تحريك الدعوى مقصوراً على حالة الدفع الفرعي من أحد الخصوم، فإنه لا يجوز الأخذ به في ظل قانون المحكمة الدستورية العليا الذي حدد عدة طرق لتحرك الدعوى الدستورية ومنها طرقة الإحالة من محكمة الموضوع، فضلاً عن أن الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع تدعم فكرة دولة القانون؛ لأن هذه الفكرة تقضي بعدم تطبيق نص يتعارض مع أحكام الدستور(١).

ثانياً: الإحالة التلقائية من أحدى المحاكم على وفق نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق:

نصت المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على: ((إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات تتعلق بتلك الدعوى ترسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، ولا يخضع هذا الطلب للرسم)).

ومن خلال تحليل هذا النص نجد أن النص أطلق تعبير "إحدى المحاكم" دون تحديد وهذا يدل على أن إحالة القوانين والقرارات التشريعية والأنظمة والتعليمات ثابت لجميع المحاكم وبمختلف درجاتها. كما تضمن نص المادة أعلاه أن محكمة الموضوع تقوم بتقديم طلب، وليس إحالة الدعوى مما يعني أن المحكمة الاتحادية لن

---

(١) ينظر: د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ١٤٦. ود. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٤٩. ود. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ١٠.

تطلع على أصل النزاع وإنما ستدقق في الطلب المقدم من المحكمة الذي يجب أن يكون معللاً. إلا أن نهاية المادة تضمنت عدم خضوع هذا الطلب للرسم، مما يوحي بأن هذا الطلب يجب أن يقدم بصيغة دعوى قضائية[١].

ولم تنص المادة أعلاه عن مصير الدعوى الأصلية أيجب أن يتم تأخيرها أم لا؟

ومن خلال ملاحظة نص المادة (٤) من نظام المحكمة الذي نص على تأخيرها الدعوى الأصلية وتطبيقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات، الذي تنص الفقرة (١) من المادة (٨٣) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على: ((إذا رأت المحكمة أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع))؛ لذا فإن الدعوى الأصلية تؤخر حتى يتم الفصل في مشروعية النص المشكوك بدستوريته[٢] .

(١) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٧.

(٢) د. مكي ناجي، مصدر سابق ، ص: ٤٧-٤٨.

المطلب الثالث

طريقة التصدي التلقائي

قدمنا في الفصل الأول من هذه الدراسة أن الدعوى الدستورية تنظر أمام هيئة قضائية متخصصة بالنظر في دستورية التشريعات والذي يمنح هذه الهيئة الصلاحية هو الدستور، إلا أن هذه الهيئة أما أن تكون هيئة متخصصة مستقلة عن هيكل القضاء العادي ويعهد لها باختصاصات خاصة يكون منها النظر في دستورية التشريعات، أو تكون هذه الهيئة هي أعلى محكمة في سلم القضاء العادي(١).

وأياً كان الأمر فإن الهيئة القضائية المختصة يكون لها اختصاصات أخرى مختلفة، ومن خلال نظر هذه الهيئة في الاختصاصات المحددة لها فإنه قد يتبادر إليها نصٌ تشريعيٌ مخالفٌ للدستور فهل لها أن تنظر في دستورية هذا النص؟ إن الأصل أن القاضي لا يستطيع أن يخرج عن ما طرحه الخصوم من طلبات ودفوع في الدعوى، إلا أنه يثبت للقاضي حق التصدي في بعض الأحيان بناءً على نص يخوله بذلك أو بناءً على ما منح من سلطة تقديرية لبعض المسائل والدفوع من تلقاء نفسه وذلك لتعلق هذه المسائل والدفوع بالنظام العام، وبما أن مسألة دستورية النصوص التشريعية هي من النظام العام، فللقاضي الدستوري أن يثير هذه المسألة من تلقاء نفسه(٢).

ويرجع السبب في إعطاء الهيئة المختصة بالنظر في دستورية التشريعات الحق في التصدي للنصوص التشريعية التي ترى أنها مخالفة للدستور إلى سببين أساسيين:

---

(١) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ٨٦-٨٧.

(٢) د. يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩. ص: ٢٣. ود. عيد أحمد الغفول، مصدر سابق، ص: ١٠٨-١٠٩.

الأول: هو أن الهيئة القضائية المختصة بالنظر في دستورية التشريعات هي صاحبة الولاية العامة الوحيدة في مجال الرقابة على صحة التشريعات، مما يستوجب أن يكون لها الحق بالتصدي لفحص أي نص تشك في مدى دستوريته عرض عليها بمناسبة ممارستها لأحد اختصاصاتها المحددة بموجب الدستور[١].

والسبب الآخر: هو أن أغلب الدساتير التي تأخذ بنظام الرقابة على دستورية التشريعات تمنح المحاكم بمختلف درجاتها حق الإحالة التلقائية لأي نص تشك بمخالفته للدستور للهيئة القضائية المختصة بالنظر في دستورية التشريعات ودون الحاجة لإثارة هذا الأمر من أحد المتخاصمين أمامها، وإذا كان الأمر على هذا النحو فإنه من باب أولى أن تمنح الهيئة القضائية التي تنظر في دستورية التشريعات حق التصدي التلقائي؛ لأنها أساساً صاحبة الولاية بالنظر في دستورية التشريعات بموجب الدستور[٢].

وهنا لابد من توضيح معنى التصدي، إذ هو يعني: الرخصة القانونية المخولة للمحكمة الدستورية لإثارة عدم دستورية نص ما من تلقاء نفسها والتعرض للفصل فيه، وتشترط معظم التشريعات أن يكون مناط أعمال سلطة التصدي أن يكون النص الذي ترد عليه رقابة المحكمة الدستورية متصلاً بالنزاع المطروح على المحكمة الدستورية، وبذلك فإنه إذا انتفى وجود نزاع لا يكون لرخصة التصدي مسوغ[٣].

أولاً: التصدي على وفق قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر:

هذه الطريقة أقرت بموجب نص المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا المرقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ التي نصت على: ((يجوز للمحكمة في جميع

(١) د. إبراهيم حسنين ، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ١٤٧.

(٢) ينظر: د. يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص: ٥١.

(٣) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ١٧٣.

الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية))[١].

ومن هذا النص يتضح أن المشرع قد منح المحكمة الدستورية العليا حق النظر في دستورية أي نص في قانون أو لائحة يتصل بنزاع معروض أمامها بمناسبة ممارستها لأي اختصاص من اختصاصاتها المحددة بموجب الدستور، إلا أنه يلاحظ أنه ليس للمحكمة أن تتصدى بنظر دستورية النص بصورة مباشرة، وإنما عليها بداية أن تحيل هذه المسألة إلى هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا لتحضير الدعوى وإعداد تقرير بها، وبعد إعداد التقرير تعرض الأوراق على رئيس المحكمة الدستورية العليا لتحديد جلسة يتم الفصل فيها بالدعوى الدستورية، وقد يكون قرار المحكمة بإقرار دستورية النص أو عدمه[٢]. ويلاحظ مما تقدم أن هناك ثلاثة شروط لا بد أن تتوافر لكي تمارس المحكمة الدستورية العليا اختصاصها بالتصدي للرقابة التلقائية، وهي :

١.أن يكون التصدي بمناسبة ممارسة المحكمة الدستورية العليا لاختصاصاتها، أي أن تصدي المحكمة لا يكون إلا في أثناء مباشرتها إحدى الاختصاصات الآتية: رقابة الدستورية، الفصل في تنازع الاختصاص والفصل في تنفيذ الأحكام القضائية ، والملاحظ هنا أن المحكمة الدستورية العليا أخرجت من هذه الاختصاصات ممارستها بتفسير القوانين العادية والقرارات بموجب قانون على الرغم من عمومية النص في

---

(١) عز الدين الدناصوري، ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٥٧١.

(٢) انظر: د. عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، مصدر سابق، ص : ٣٣-٣٤. ود. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين(القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣، ص: ١٦٧-١٧٦.

المادة (٢٧) من قانون المحكمة سالفة الذكر، ويرجع السبب في ذلك إلى تسويغ المحكمة نفسها لعدم جواز التصدي بمناسبة تفسير نصوص القوانين، في أن عجز المادة (٢٧) ربطت رخصة التصدي بوجود نزاع، ولما كان الاختصاص التفسيري يفتقر إلى النزاع فإن أحد الضوابط اللازمة للتصدي قد تخلف[١].

ويرى الباحث أن اتجاه المحكمة في حكمها أعلاه بإخراج اختصاصها في تفسير القوانين من الاختصاصات المنصوص عليها في المادة (٢٧) من قانون المحكمة غير موفق لسببين. الأول: إنّ اختصاص التفسير من الاختصاصات الأصيلة للمحكمة الدستورية ونص المادة أعلاه جاء على اختصاصات المحكمة بصورة مطلقة، لذا فإن اختصاص التفسير يدخل ضمن الاختصاصات التي تشترطها المادة (٢٧) أما السبب الآخر: فإنّ النزاع المطلوب توافره بموجب عجز المادة أعلاه موجود: إذ إن تفسير النصوص القانونية لا يطلب عادة إلا إذا كان هناك غموض في النص يتنازعه أكثر من تفسير وهذا التنازع يصلح؛ لأن ينطبق عليه نص المادة (٢٧) بقولها : ((ويتصل بالنزاع المطروح عليها)) .

٢.أن يتصل النص محل التصدي بالنزاع المطروح على المحكمة الدستورية العليا، أي يجب أن يكون النص محل التصدي لازماً للفصل في أصل النزاع المطروح على المحكمة. إلا أن المحكمة الدستورية قد توسعت في مفهوم اتصال النص محل التصدي بالنزاع المعروض، إذ إن هذا التوسع سمح لها بأن تمد رقابتها عن طريق التصدي لفحص دستورية نص مماثل للنص الذي تصدت له ، ويتضح ذلك جلياً في أحد أحكام المحكمة الدستورية إذ إنها تصدت لدستورية نص الفقرة

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوة رقم (٣١) لسنة (١) تفسير، جلسة ١١/يونيه/١٩٨٣. نقلاً عن: د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٢٤.

الأولى من المادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية في حين أن القضية المطروحة عليها كانت تخص الطعن بدستورية الفقرة الأولى من المادة (١٠٤) والفقرة الثانية من المادة (١١٩) من قانون مجلس الدولة [١].

٣. إتباع إجراءات تحضير الدعوى الدستورية. فيجب على المحكمة قبل أن تتصدى للنظر بدستورية النص أن تحيل هذه المسألة إلى هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا لتحضير الدعوى وإعداد تقرير يتضمن المسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأي الهيئة فيها مسبباً. وبعدها يرفع التقرير إلى رئيس المحكمة لتحديد موعد للدعوى الدستورية[٢].

ثانياً: طريقة التصدي على وفق نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق:

إن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ لم يتضمن السماح للمحكمة الاتحادية العليا النظر بشرعية نص قانون أو نظام أو تعليمات أو أمر عرض عليها في أثناء ممارستها لأعمالها ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن نص البند (٢) من الفقرة (ب) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ونص الفقرة (٢) من المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، نص فيهما على أن النظر بشرعية القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر يتوقف على وجود طلب من محكمة أو جهة رسمية أو مدعٍ ما. وبهذا فلا مجال لتصدي المحكمة الاتحادية للنظر في صحة التشريعات، كون النصوص المتقدمة اشترطت وجود طلب لتتمكن المحكمة من النظر في صحة التشريعات[٣].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوة رقم (١٠) لسنة (١ ق) ، جلسة ١٦/مايو/١٩٨٢. نقلاً عن: د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٢٦.

(٢) د. محمد محمد عبده إمام، مصدر سابق، ص: ٢٢٢.

(٣) ينظر: د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٥. ومكي ناجي، مصدر سابق ، ص: ٤٢.

ويرى الباحث أن من حق المحكمة الاتحادية العليا على الرغم من ذلك أن تنظر من تلقاء نفسها في أثناء ممارستها لأعمالها في شرعية النصوص القانونية وذلك لسببين :

الأول: لأنَّ الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ نص في البند (ثانياً) من المادة (٩٣) على أن من مهام المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، ولم يحدد طريقة هذه الرقابة. وبهذا فإن للمحكمة أن تنظر بدستورية القوانين بالطرق التي سوف تحدد بموجب قانون المحكمة الاتحادية العليا الذي يجب أن يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، أما نص الفقرة (٢) من المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الذي يشترط وجود طلب من محكمة أو جهة رسمية أو مدعٍ فقد جاء مسايراً لنص البند (٢) من الفقرة (ب) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، إلا أنه غير متناسق تماماً مع نص البند (ثانياً) من المادة (٩٣) من الدستور العراقي الدائم الذي نص على الرقابة دون أن ينص على شكلها. والسبب الآخر: أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا واستناداً إلى نصوص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، وقانون المحكمة الاتحادية العليا، أعطى الحق للمحاكم بمختلف درجاتها واختصاصاتها وفي أثناء النظر في دعوى ما أمامها أن تحيل نص قانون أو نظام أو تعليمات أو أمر إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت بشرعيته. وبذلك أعطى القانون للمحاكم العادية أن تحيل النصوص القانونية إلى المحكمة الاتحادية العليا من تلقاء نفسها ودون وجود طلب من أحد الخصوم، وبما أن حق الإحالة التلقائية أَعطي للمحاكم العادية، فإنه من باب أولى أن يعطى حق التصدي التلقائي للمحكمة الاتحادية العليا؛ لأنَّها صاحبة الولاية بالنظر في صحة التشريعات. فضلاً عن أن رخصة التصدي تثبت للقاضي الدستوري في حالة تصديه لأمر من النظام العام كما أوضحنا سالفاً[١].

(١) ينظر: د. يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص: ٢٣.

المطلب الرابع

طريقة الدعوى المباشرة

تُعدُّ طريقة الدعوى المباشرة من أخطر طرق تحريك الدعوى الدستورية، لأنها تعطي للأفراد والمؤسسات الأخرى حق الطعن المباشر في دستورية النصوص التشريعية دون انتظار تطبيقها، لذا فإن كثيراً من الدول لم تعتمد هذه الطريقة ولم تجيزها لما لها من تأثير في الهجوم المباشر على النصوص التشريعية ومحاولة إلغائها لمخالفتها الدستور[١].

والدعوى المباشرة : هي دعوى يقيمها الأفراد أو بعض الهيئات في الدولة على النص التشريعي الذي يعتقد أنه يخالف الدستور، إذن فهناك دعوى وهي لا تقام إلا من فرد أو هيئة ضد نص تشريعي معين بسبب مخالفته للدستور، فالخصم في هذه الدعوى ليس فرداً أو هيئة أخرى وإنما هو النص المشكوك في دستوريته[٢].

ولكن هل تقام الدعوى المباشرة من قبل أي فرد أو هيئة حتى ولو كان النص المطعون به لا يخاطب هذا الفرد أو تلك الهيئة؟

إن الجواب على هذا السؤال يأتي بالتأكيد بالنفي، لأن الدستور حتى لو حدد هذه الطريقة من طرق تحريك الدعوى الدستورية فإنه يقيده بضرورة أن تكون لمقدم الدعوى مصلحة جدية وواضحة في إلغاء النص المخالف للدستور، وذلك بأن يكون

---

(١) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ٨٥-٨٦.

(٢) د. منذر الشاوي، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص:٥٨.

النص المطعون بدستوريته قد أضر بمقدم الدعوى بصورة مباشرة، وبهذا فإن من مصلحته إلغاء هذا النص الذي صدر مخالفاً للدستور[١].

ومن الملاحظ أن اتجاه الدول في الأخذ بطريقة الدعوى المباشرة لتحريك الدعوى الدستورية مختلف فمن الدول من يعطي هذا الحق للأفراد ولبعض الهيئات المحددة في الدولة[٢]، في حين يقتصر هذا الحق للهيئات الرسمية في دول أخرى[٣]، وهناك مجموعة ثالثة من الدول تعطي الحق في رفع الدعوى الدستورية للأفراد والهيئات السياسية وللأحزاب السياسية وبعض الهيئات الرسمية الأخرى[٤].

أولاً: الدعوى المباشرة في المحكمة الدستورية العليا في مصر:

لم يتضمن قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر طريقة إقامة الدعوى المباشرة كإحدى طرق تحريك الدعوى الدستورية، إذن فتحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر يجري بالطرق الثلاثة المتقدمة فقط[٥].

---

(١) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٨.

(٢) ومن الدول التي أخذت بهذه الطريقة كل من النمسا وألمانيا . ينظر: د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص: ١٢٩.

(٣) ومنها سوريا بموجب دستورها الصادر ١٩٥٠، إذ أعطى حق إقامة الدعوى لربع أعضاء مجلس النواب . ينظر: د. حسن عثمان محمد، مصدر سابق، ص: ٤٣١.

(٤) كما هو الحال في تركيا بموجب دستورها لسنة ١٩٦٠ الذي سمح للأحزاب السياسية والجامعات تقديم دعوى دستورية مباشرة أمام المحكمة الدستورية وضمن شروط محددة. ينظر: د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص: ١٢٩.

(٥) د. محمد محمد عبده إمام، مصدر سابق، ص: ٢٢٢.

ثانياً: الدعوى المباشرة وفق نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق:

تضمن نظام المحكمة الاتحادية العليا طريقتين لإقامة الدعوى المباشرة للطعن في دستورية النصوص التشريعية فهي إما أن تقدم من جهة رسمية أو أن تقدم من الأفراد الاعتياديين. وسنناقش كلا الطريقتين فيما يأتي:

١. الدعوى من إحدى الجهات الرسمية:

لقد نصت المادة (٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على: ((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 أسانيده وذلك بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة)).

بموجب هذه الطريقة تقوم إحدى الجهات الرسمية (وزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة) بالطعن بعدم شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر. وذلك بمناسبة وجود منازعة ما بين هذه الجهة وأي جهة أخرى سواء كانت رسمية أم غير رسمية، فتقوم الجهة الطاعنة بإرسال طلبها بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا معللاً على أن ترفق كافة المستندات الأخرى، ويجب أن يكون الطلب موقعاً من الوزير أو رئيس الجهة غير مرتبطة بوزارة[١]. وعلى ما تقدم فإن الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى في هذه الحالة هي:

١.أن يكون هناك نزاع قائم بين الجهة الرسمية مقدمة الطلب وأي جهة أخرى سواء كانت رسمية أم لا .

٢.أن تكون الدعوى مستوفية الشروط الواردة في المواد (٤٦،٤٥،٤٤و٤٧) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

---

(١) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٧.

٣.أن تقدم الدعوى من محام بموجب وكالة أو من الممثل القانوني للجهة الرسمية على أن لا تقل درجته الوظيفية عن مدير.

٤.يجب أن ترسل الدعوى بكتاب موقع من الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة.

٥.يجب أن تكون الدعوى معللة بالأسانيد القانونية، وذلك بذكر النص التشريعي المطعون به، والنص الدستوري المدعى مخالفته[١].

٢. الدعوى الأصلية المباشرة المقدمة من الأفراد:

وهي أخطر طريقة من طرق الطعن بشرعية القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر ونص عليها النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٦) ، وبموجب هذه الطريقة فإن لكل شخص سواء كان طبيعياً أم معنوياً بعد توافر الشروط المطلوبة أن يقدم دعوى مستقلة مباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا يطلب فيها البت بشرعية نص في قانون أو نظام أو تعليمات أو أمر، وبهذا سُمح للأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة الطعن بصورة مباشرة بدستورية القوانين والأنظمة والتعليمات[٢].

ألا أنه أشترط لقبول الدعوى أن تستوفي الشروط المنصوص عليها بموجب المواد (٤٤، ٤٥، ٤٦ و٤٧) من قانون المرافعات المدنية المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، كما يشترط أيضاً أن تقدم الدعوى بوساطة محام ذي صلاحية مطلقة .

وفضلاً عمّا تقدم فقد نصت المادة (٦) من التعليمات على وجوب توافر شروط أخرى لقبول الدعوى سنتعرض لها بشيء من الإيجاز ، وهي كالآتي :

١. أن تكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي .

---

(١) مكي ناجي، مصدر سابق ، ص: ١٠٥.

(٢) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٧.

ويقصد بـ(مصلحة) الفائدة العملية التي تعود على المدعي من رفع الدعوى، إذ لا يتصور وجود دعوى دون مصلحة. كما لا يشترط أن تكون المصلحة مادية إذ يمكن تصور قبول الدعوى بناءً على مصلحة أدبية.

أما المقصود بـ(حالة) أي أن تكون هذه المصلحة موجودة وثابتة، وليست معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل.

والمقصود بـ(مباشرة) أي أنها تمس بحقوق المدعي بصورة مباشرة، وتؤثر في مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي[١].

٢. أن يقدم المدعي الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به من جراء التشريع المطلوب إلغاؤه.

أي إن المدعي مجبر على إثبات أن التشريع المطلوب إلغاءه قد ألحق به ضرراً واقعياً، وبذلك فإن الضرر المحتمل لا يكفي لتحقيق هذا الشرط.

٣. أن يكون الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره ويمكن إزالته إذا ما صدر حكم بعدم شرعية التشريع المطلوب إلغاءه .

فالضرر إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر ، والمعتد به بموجب هذا الشرط هو الضرر المباشر فقط دون الضرر غير المباشر. ولا يكون الضرر مباشراً إلا إذا كان متوقعاً أي أنه نتيجة واقعية ومتوقعة وطبيعية للخطأ الذي حدث من جراء تطبيق القانون المخالف للدستور كما يشترط أن يكون الضرر مستقلاً بعناصره. والاستقلال بالضرر يعني أن التشريع هو سبب الضرر المباشر دون اشتراك عناصر أخرى في إحداثه. ويشترط أيضاً بموجب هذا البند أن يكون الضرر الحاصل مما يمكن إزالته بإلغاء النص المخالف للدستور، فإذا كان إلغاء النص لا يجبر الضرر فلا مبرر للحكم به[٢].

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص: ١٢١-١٢٣.

(٢) مكي ناجي، مصدر سابق ، ص: ١٠٧.

٤. أن لا يكون الضرر نظرياً أو مستقبلياً أو مجهولاً .

أي يجب أن لا يكون الضرر مما لا يتصور وقوعه إلا من الناحية النظرية، أو أن يكون غير واقعي بأن لا يتصور حدوثه على وفق سياق الأحداث الطبيعية، أو أن يكون ضرراً يخشى فقط أن يقع في المستقبل مع عدم تصور وقوعه مستقبلاً، أو أن يكون غير معلوم بالتحديد. ويرى البعض أن هذا القيد لا داعي له كون النظام قد نص مقدماً أن على للمدعي تقديم ما يدل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به[١].

٥. أن لا يكون المدعي قد استفاد بجانب من النص المطلوب إلغاءه .

فإذا كان المدعي قد استفاد من النص المطعون به بأي وجه من الوجوه فليس من حقه أن يطعن بعدم دستوريته. ويرى الباحث: أن هذا الشرط لا ضرورة له لأن المدعي حين يقيم الدعوى على النص المخالف للدستور قد علم ما يعود عليه بالنفع في إلغاء النص ورجح ذلك على ما سيلحقه من فائدة في حالة تطبيقه، وهو أعرف بمصالحه الشخصية .

٦. أن يكون النص المطلوب إلغاءه قد طُبق على المدعي فعلاً أو يراد تطبيقه عليه.

إذ لا بد للمدعي أن يثبت أن النص قد طبق عليه فعلاً أو يراد تطبيقه في المستقبل القريب . أما إذا كان لا يتصور أن ينطبق النص على المدعي فلا مجال لتقديم الدعوى ضد هذا النص[٢] .

ويلاحظ مما تقدم: أن المشرع مع إعطائه للإفراد الحق بالطعن بدستورية القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر إلا أنه شدد كثيراً في الشروط الواجب توافرها لغرض قبول الدعوى بعدم الدستورية، وهذا الاتجاه مُسوّغ وصحيح؛ وذلك لكي لا تكون القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر عرضة للطعن بها بدون مسوغ قانوني

---

(١) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٩.

(٢) د. مكي ناجي، مصدر سابق، ص: ١٠٨.

جدي وواضح. فضلاً عن أنه يؤمن عدم إغراق المحكمة الاتحادية العليا بعدد كبير من طعون التي لا داعي لها[1].

(١) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٨.

الفصل الثالث

الحكم في الدعوى الدستورية

الفصل الثالث

الحكم في الدعوى الدستورية[١]

إنّ الهيئة القضائية المختصة بالنظر في صحة التشريعات تمر بمراحل عدّة لتصل إلى قناعتها في الدعوى وبالتالي تصدر الحكم فيها. ولا يلزم أن يمر القاضي الدستوري في هذه المراحل كلها بل لعله يقف عند أحدها فيصدر الحكم دون الخوض في المراحل اللاحقة[٢].

وهذه المراحل تبدأ منذ اتصال الهيئة القضائية المختصة بالدعوى وتنتهي بالحكم فيها وعلى التفصيل الآتي:

فالمرحلة الأولى: تكمن في التأكد من توافر الشروط الشكلية والموضوعية لقبول النظر في الدعوى ابتداءً فللدعوى الدستورية شروط محددة يجب أن تتوافر لكي يتم النظر بها. وهنا قد ترد الدعوى الدستورية لتخلف شرط أو أكثر من شروط قبولها، فيردها القاضي دون الخوض في فحواها[٣]. أما إذا ما توافرت هذه الشروط فينتقل القاضي إلى المرحلة التالية.

المرحلة الثانية: تكمن في النظر في التشريع المطعون به وأوجه الطعن المقدمة في الدعوى وفحص صحة التشريع من الناحية الشكلية والموضوعية. فإذا ما تأكد القاضي من صحة التشريع، أو توصل إلى صحة الدفع المقدم في الدعوى الدستورية فإنه يحكم بها بموجب اقتناعه[٤] وهنا نصل إلى المرحلة الثالثة.

---

(١) يعد الحكم الصادر في أي دعوى سواء كانت دعوى تنظر أمام القضاء العادي أو الدستوري هو النهاية السليمة للدعوى، إلا أن هذا الحكم لا يأتي إلا بعد المرور بعدة مراحل، فقد ترد الدعوى في بعض الأحيان ابتداءً لتخلف أحدى الشروط الشكلية في تقديمها، وقد تقبل الدعوى شكلياً وترد موضوعياً لتخلف الأسباب الموضوعية التي تقدم بشأنها. وفي أحوال أخرى تقبل الدعوى شكلياً وموضوعياً ويصدر الحكم فيها بتلبية طلبات المدعي وهذا هو غاية ما يرجى من رفع الدعوى الدستورية ابتداءً. ينظر: د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص: ٣٤٣.

(٢) ينظر: عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٢٧.

(٣) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٢٥٣.

(٤) زياد محمد هادي، جزاء مخالفة القاعدة الدستورية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١. ص: ٦.

المرحلة الثالثة: وهي متعلقة بحجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وأثره سواء أكان الحكم بقبول الدعوى ونقض التشريع المطعون به أم ردها وإقرار دستورية التشريع المطعون به [1].

ولهذا سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث.

نتناول في الأول: شروط قبول الدعوى الدستورية.

وفي الثاني: أوجه الطعن بعدم الدستورية.

والثالث: سنخصصه لبحث حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وآثاره.

(١) د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٢٥.

المبحث الأول

شروط قبول الدعوى الدستورية

لكل دعوى شروط خاصة يجب أن تتوافر فيها لكي تقبل الهيئة القضائية المختصة النظر بها فللدعوى المدنية شروط واجب توفرها لغرض قبولها ابتداءً لدى الهيئة القضائية وهذه الشروط هي: الأهلية، الصفة (الخصومة) والمصلحة ولا تقبل الدعوى إلا إذا توافرت هذه الشروط مجتمعة، وإلا فإن الدعوى ترد ابتداءً لتخلف شروطها دون النظر في فحواها وموضوعها[١] .

والأمر منطبق أيضاً على الدعوى الدستورية، فالقاضي الدستوري يتأكد من توافر الشروط العامة لقبول الدعوى الدستورية قبل النظر في فحواها، إلا أن للدعوى الدستورية شروطاً خاصة تختلف عن الشروط العامة في الدعوى المدنية أو الجزائية أو أي دعوى أخرى، وهذه الشروط تفرضها الطبيعة الخاصة للدعوى الدستورية، فكما قدمنا أن الدعوى الدستورية تقام ضد نص تشريعي وليس ضد شخص قانوني[٢]، كما إنها في الغالب تقام أمام هيئة قضائية مختصة، وتكون عادة مرتبطة بدعوى أخرى رفعت بمناسبة وجودها أساساً[٣].

إن الشروط الأساسية لقبول الدعوى الدستورية تختلف بحسب النظام الدستوري وكيفية معالجته لمسألة الرقابة على دستورية التشريعات، وكذلك تختلف الشروط العامة لقبول الدعوى الدستورية باختلاف طرق تحريكها على ما سنراه في شرط الميعاد.

ومع ما تقدم فإنه يمكن إجمال أهم الشروط الواجب توافرها في الدعوى الدستورية لغرض قبولها أمام المحكمة الدستورية المختصة بما يأتي:

أولاً: شرط المصلحة الذي يعد من أهم الشروط الواجب توافرها في الدعوى بصورة عامة فضلاً عن الدعوى الدستورية.

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص: ١١٩.

(٢) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ١٩٧.

(٣) د. يحيى الجمل، مصدر سابق.

ثانياً: شرط الصفة، والذي يعني وجوب توافر صفة قانونية معينة تخول المدعي تقديم الدعوى الدستورية.

ثالثاً: ميعاد رفع الدعوى الدستورية، إذ يعد الميعاد من الشروط الجوهرية التي يجب مراعاتها في تحريك الدعوى الدستورية أمام القضاء الدستوري[1].

وسنتناول بالبحث كلاً من الشروط المذكورة بمطلب خاص.

---

(١) ويلاحظ أن بعض الكتاب يكتفي بشرطين وبعضهم يكتفي بشرط المصلحة فقط، والبعض الآخر يضيف شرط الإجراءات الشكلية إلا أنه وبالإجمال يمكن أن نعد الشروط المدرجة أعلاه هي أهم ما يجب توافره في الدعوى الدستورية حتى يمكن أن تنظر أمام القضاء الدستوري.

ينظر: فايز وأشرف اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص: ٧٨. ود. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٢٥٣. ود. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٦٠. ود. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٦٢.

المطلب الأول

شرط المصلحة

إنّ ساحة القضاء ينبغي أن لا تمنع عن أي إنسان يلوذ بحماها ويتوسل فيها للوصول إلى ما يبغيه، إذ إن حق التقاضي مكفول للجميع بموجب الدستور ولا يستطيع أيُّ شخصٍ مهما كان أن يمنع إنساناً ما من اللجوء إلى حمى القضاء وإلا عُدَّ عمله هذا مخالفاً للدستور وانتهاكاً لحقوق الأفراد، ولكن مع ما تقدم فإن التقدم إلى القضاء لرفع دعوى ما لا يمكن دون أن تكون هناك مصلحة شخصية قائمة مباشرة ومشروعة للمدعي فلا يمكن للقاضي أن يقبل أي دعوى دون أن يكون لمقدمها مصلحة في إقامتها ونقصد بالمصلحة هنا: الفائدة العملية الذي تستند إليها الدعوى سواء كانت هذه الفائدة مادية أم أدبية وسواء تمثلت في صورة القيام أم الامتناع عن عمل معين[١].

ويقصد بالفائدة العملية : هي كل ما يعود على رافع الدعوى من الحكم له بما قدمه من طلبات إلى المحكمة[٢] .

ويقصد بالمصلحة القائمة: المصلحة الحاضرة الحالة بأن يكون حق رافع الدعوى قد وقع عليه اعتداء بالفعل أو حصلت منازعة بخصوص هذا الحق من شأنها إحداث ضرر يسّوغ اللجوء إلى القضاء[٣].

ويقصد بالمصلحة المشروعة: المصلحة التي يعترف بها ويحميها القانون ؛ إذ يكون الغرض من الدعوى حماية حق المدعي أو رفع العدوان عنه أو تعويض ما لحق به من ضرر[٤].

والسبب في اشتراط وجود المصلحة في الدعوى : هو تنزيه ساحة القضاء من الانشغال بدعاوى لا فائدة مرجوة من رفعها، فالدعوى التي تقدم دون أن يكون هناك

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ١٢١.

(٢) عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ٨٩.

(٣) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٢٦٠.

(٤) مكي ناجي، مصدر سابق، ص: ١٠٧.

مصلحة واضحة لمقدمها غالباً ما تكون كيدية وغير ذات نفع ، في حين أن الغرض من الدعوى هو حماية الحق واقتضائه أو الحصول على ترضية مادية وأدبية[١].

أما في مجال الدعوى الدستورية فإن وجود مصلحة مشروعة وقائمة لمقدم الدفع بعدم الدستورية يعد شرطاً من شروط قبول الدعوى الدستورية؛ وذلك لأنّ الهدف من إقامة الدعوى الدستورية هو التخلص من النص الذي ينتهك حقاً أو حرية مكفولة بموجب نصوص الدستور؛ لذا فوجود النص الدستوري الذي يكفل ذلك الحق أو تلك الحرية يكون سابقاً لوجود النص التشريعي المطعون به ، فإذا ما صدر تشريع يقيد أو يحد من حرية ما ولم تكن تلك الحرية منصوص على صيانتها بموجب نصوص الدستور فلا مجال للطعن بهذا النص؛ لأنّ الحرية التي قيدها غير محمية بموجب الدستور، وبالتالي لا مصلحة لمقدم الدعوى لعدم وجود حماية دستورية للحق موضوع النص المطعون به[٢].

وزمام إعمال شرط المصلحة يخضع لرقابة المحكمة المختصة بالنظر في صحة التشريعات دون محكمة الموضوع فالتنظيم الإجرائي للدعوى الدستورية وثيق الاتصال بشروط قبولها ومن بين أهم هذه الشروط هو شرط المصلحة[٣].

ولدراسة شرط المصلحة وجب علينا تقسيم هذا المطلب على قسمين نناقش في الأول طبيعة شرط المصلحة في الدعوى الدستورية بعدِّها دعوى ذات طبيعة خاصة، ومن ثم نناقش في الشطر الآخر مدلول شرط المصلحة أمام القضاء الدستوري.

أولاً: طبيعة شرط المصلحة في الدعوى الدستورية.

من خلال هذه الدراسة تبين وجود طبيعة خاصة للدعوى الدستورية تختلف عن الدعوى العادية في عدَّة أمور ومنها أن الدعوى الدستورية تقدم من أكثر من جهة وطريقة تحريكها تختلف في أغلب الأحيان عن تقديم الدعوى الاعتيادية؛ لذا فإن شرط المصلحة الواجب توافره كشرط لقبول الدعوى الدستورية يختلف باختلاف

---

(١) عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ٨٩.

(٢) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٣٢.

(٣) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٣٥.

الطريقة التي تم من خلالها اتصال المحكمة المختصة بالدعوى الدستورية وعلى التفصيل الآتي:

١.شرط المصلحة في حالة الدعوى الدستورية المباشرة.

علمنا أن الدعوى الدستورية المباشرة تقام من مؤسسة ما أو من الأفراد بصورة مباشرة أمام المحكمة المختصة بالنظر في دستورية التشريعات للطعن بدستورية نص تشريعي معين، وذلك بعد توافر شروط محددة على وفق القانون ومن أهم هذه الشروط هو وجود مصلحة شخصية مباشرة من إلغاء ذلك النص[١].

والحقيقة أن المحكمة الدستورية العليا في مصر فصلت مدلول هذا الشرط على الرغم من أن قانون المحكمة الدستورية العليا لم يجز طريقة الدعوى الدستورية المباشرة وذلك من خلال احد أحكامها الذي ينص على: ((.. ولا يجوز بالتالي الطعن على النص التشريعي إلا بعد توافر شرطين أولين يحددان مفهوم المصلحة الشخصية المباشرة .. وبدونهما مجتمعين لا يجوز لهذه المحكمة أن تباشر رقابتها على دستورية النصوص التشريعية. أولهما: أن يقيم المدعي – وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون عليه– الدليل على أن ضرراً واقعياً اقتصادياً أو غيره – قد لحق به، ويتعين أن يكون الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره ممكناً إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية .. وثانيهما: أن يكون مراد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينها تحتم أن يكون الضرر المدعى به ناشئاً من هذا النص مترتباً عليه . فإذا لم يكن النص التشريعي المطعون عليه قد طبق على المدعي أصلاً، أو كان من غير المخاطبين أحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه. فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتفية ...))[٢].

---

(١) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (٢٤) لسنة (١٢) ق جلسة ١٩٩٤/١/١. نقلاً عن د. إبراهيم حسنين، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ١٨٠.

ينظر: د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٦٣. ود. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٣٦.

إذن فعلى المدعي في الدعوى الدستورية المباشرة أن يقدم الدليل على أن ضرراً واقعياً مباشراً ومستقلاً قد أصابه من جراء النص المطعون به. فضلاً عن إثبات أن هذا الضرر نشأ عن تطبيق النص المطعون به وفي حالة انتفاء الشرطين أعلاه أو أحدهما فإن شرط توافر المصلحة الشخصية المباشرة من إقامة الدعوى الدستورية ينتفي[١].

وهذا هو اتجاه أغلب الأنظمة الدستورية التي أجازت إقامة الدعوى الدستورية المباشرة ومنها نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق الذي نص في الفقرة أولاً من المادة (٦) منه على: ((أن تكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي)). والفقرة الثانية والثالثة من المادة نفسها التي تنص على: ((ثانياً: أن يقدم المدعي الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به من جراء التشريع المطلوب إلغاءه. ثالثاً: أن يكون الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره ويمكن إزالته إذا ما صدر حكم بعدم شرعية التشريع المطلوب إلغائه)).

وقد درجت أحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق على رد الدعاوى التي لا تتوافر في لمقدمها مصلحة شخصية مباشرة[٢].

٢. شرط المصلحة في حالة الدفع الفرعي المقترن بالإحالة من محكمة الموضوع.

في حالة كون الدعوى الدستورية قد حركت بناءً على دفع فرعي مرتبط بدعوى مرفوعة أمام القضاء العادي فإن على مقدم الدفع أن يثبت أن هناك حقاً دستورياً تم الاعتداء عليه من مشرع النص المطعون به وأن هناك علاقة سببية بين النص المطعون به والمخالفة الدستورية. فضلاً عن ما تقدم فإن مناط قبول الدعوى الدستورية أن يكون الفصل في دستورية النص المطعون به لازماً للفصل في الطلبات المقدمة في الدعوى الأصلية المقامة أمام محكمة الموضوع، فإذا لم تكن

---

(١) مكي ناجي، مصدر سابق، ص: ١٠٧.

(٢) ينظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى المرقمة (١٣)اتحادية/٢٠٠٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢٤. نقلاً عن: علاء صبري التميمي، قرارات وآراء المحكمة الاتحادية العليا، مكتبة الصباح ، بغداد، ٢٠٠٩ . ص: ٢٠.

المخالفة الدستورية المزعومة تؤثر في الفصل في طلبات الدعوى الأصلية، فإن المصلحة في الدعوى تنتفي وبالتالي يتجرد طعن مقدم الدفع من الحماية القانونية[١].

وهذا الأمر قررته عدّة قرارات للمحكمة الدستورية العليا في مصر؛ إذ تنص في أحد أحكامها على: ((وحيث أن المصلحة الشخصية المباشرة – وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية – مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، ذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية مؤثراً في الفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع ...))[٢].

٣. شرط المصلحة في حالة الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع.

يذهب بعض إلى أن مناط المصلحة في الدعوى الدستورية في حالة تحريكها بطريقة الإحالة التلقائية هي مصلحة الطاعن نفسها بطريقة الدفع الفرعي، أي أن مناطها هي ضرورة الفصل في المسألة الدستورية قبل الفصل بالدعوى الأصلية لتعلق الحكم بالدعوى الأصلية بالمسألة الدستورية[٣].

إلا أن هذا الأمر غير مقبول لأن مصلحة الخصوم في الدعوى لا يمكن أن تتفق مع مصلحة قاضي محكمة الموضوع . وإنما لقاضي الموضوع مصلحة مستقلة وتتمثل في كونه مكلفاً بموجب القانون بالفصل في الخصومة المعروضة عليه من خلال إنزال حكم القانون فإذا ما كان في المسألة نصان قانونيان يناقض أحدهما الآخر فإن على القاضي تطبيق أحد النصين وهو النص الأعلى بالطبع، وبما أن مسألة النظر في دستورية التشريعات من اختصاص هيئة قضائية محددة كان على قاضي الموضوع إحالة أوراق الدعوى إلى تلك الهيئة للاهتداء إلى مدى دستورية

---

(١) د. إبراهيم محمد حسنين، أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٦. ص: ١١٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (١٣) لسنة (١٥) ق جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧. نقلاً عن: د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ١٧٧.

(٣) د. يسري العصار، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، بلا د.، القاهرة، ١٩٩٤، ص:٤٩.

النص. ومصلحته في ذلك الوصول إلى القانون الواجب التطبيق في النزاع المعروض عليه[١].

ومع كل ما تقدم فلا يمكن إنكار وجود التداخل بين مصلحة قاضي الموضوع من جانب ومصلحة صاحب الشأن في الدعوى الأصلية من جانب آخر، وذلك لأن النصوص التي يحيلها قاضي الموضوع إلى المحكمة المختصة بالنظر في دستورية التشريعات بصورة تلقائية يجب أن تكون مؤثرة ولازمة للفصل في الدعوى الأصلية. فإذا ما أحال قاضي الموضوع عدة نصوص إلى المحكمة الدستورية المختصة وكان بعض هذه النصوص مرتبطاً ولازماً للحكم في الدعوى الأصلية، والبعض الآخر غير لازم فيها وجب على القاضي الدستوري أن ينظر في دستورية النصوص المرتبطة واللازمة للحكم في الدعوى الأصلية دون النصوص الأخرى. مع الأخذ بعين الاعتبار أن مصلحة قاضي الموضوع متوافرة في جميع هذه النصوص على ما قدمناه. إلا أنه وجب مع وجود مصلحة القاضي وجود الارتباط والتلازم بين النص المطعون به والحكم في الدعوى الأصلية[٢].

٤. شرط المصلحة في حالة تصدي القاضي الدستوري.

علمنا أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة لمقدم الدعوى الدستورية مرتبط بتعلق الفصل في الدعوى الدستورية في الوصول إلى الحكم في الدعوى الأصلية. وهذا الأمر يكون له تأثير في اشتراط المصلحة في حالة الإحالة التلقائية أيضاً. ولكن ما هو مدار شرط المصلحة في حالة التصدي التلقائي من المحكمة المختصة في النظر في دستورية التشريعات. ففي هذه الحالة لا توجد دعوى أو نزاع معروض على المحاكم العادية. وإنما تنظر المحكمة الدستورية في دستورية نص ما عرض عليها بمناسبة ممارستها لأحد اختصاصاتها فإذا ما تراءى للمحكمة عدم دستورية نص تشريعي معروض عليها فإنها تتعرض لفحص دستوريته ولكن عن طريق

---

(١) د. رفعت عيد سيد، المصدر السابق، ص: ٣٣٦.

(٢) ينظر: د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٣٧. ود. أشرف اللمساوي، الشرعية الدستورية في التشريعات المختلفة، مصدر سابق، ص: ١١٧.

تحريك دعوى دستورية مستقلة أمامها[١]. وعلى هذا التفصيل فإن التساؤل المطروح هو أين يكمن شرط المصلحة الواجب توافره في هذه الحالة؟

ذهب البعض إلى القول إنّ شرط المصلحة لا يظهر في حالة تصدي المحكمة الدستورية، بحجة أنه في حالة التصدي لا يلزم القاضي إلا بإثبات قيام الصلة بين النص المطعون به والنص المعروض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها سواء كان عرض النص الأصلي عليها لفحص دستوريته أم لغرض التفسير أم فض التنازع القانوني والقضائي[٢].

ولكن إن أردنا أن نقول إنّ مناط شرط المصلحة في هذه الحالة : هي المصلحة المتوافرة لدى القاضي الدستوري نفسه في تنقية النصوص التشريعية من عيب مخالفتها للدستور الذي هو من صلب اختصاصه، فضلاً عن أن مسألة دستورية النص هي من النظام العام على ما تقدم، والقاضي الدستوري هو القائم على حماية نصوص الدستور ويكون له إثارة عدم دستورية النص من تلقاء نفسه، وبذلك فإن المصلحة متوافرة في تحريك القاضي الدستوري للرقابة على أي نص تشريعي يعرض عليه بمناسبة ممارسة إحدى اختصاصاته ويرى أنه ينتهك أحكام الدستور[٣].

إلا أنه نجد توافر شرط المصلحة من جهة أخرى مؤداها: أن المحكمة الدستورية المختصة عند مباشرتها لاختصاصاتها كالرقابة على صحة التشريعات عن طريق الدعوى المباشرة أو بطريقة الإحالة من محكمة الموضوع، وتراءى لها وجود نص آخر يخالف الدستور غير النص المطعون به أمامها ومشابهاً له. ففي هذه الحالة فإن المحكمة الدستورية المختصة تباشر اختصاص التصدي الذي يخولها النظر في صحة النصين، فإذا ما حكمت بعدم دستورية النص الأول فإنها تسحب هذا الحكم على النص الثاني، وبهذا فإننا نكون بصدد دعوى دستورية مطروحة أصلاً على النص الأول ودعوى دستورية أخرى أوجدها القاضي الدستوري نفسه من خلال

---

(١) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ١٧٣.

(٢) ينظر: عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٤٦. ود. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٤٤.

(٣) ينظر: د. عيد أحمد الغفلول، مصدر سابق، ص: ١٠٥. ود. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٣٨.

إعماله لسلطته بالتصدي. ومبدأ الاقتصاد في الخصومة[١] يخول القاضي الدستوري رفع الدعوى الثانية ويكون مصلحته في هذه الدعوى هو سحب الحكم على النص في الدعوى الأولى على النص المشابه له في الدعوى الثانية وإعمالاً للمبدأ أعلاه[٢].

ثانياً: مدلول شرط المصلحة أمام القضاء الدستوري.

علمنا أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة لمقدم الدعوى الدستورية هو من أهم الشروط الواجب توافرها في الدعوى الدستورية لتكون مقبولة أمام الهيئة القضائية المختصة بالنظر في صحة التشريعات ، ولكن يبقى أن نعرف مدلول هذا الشرط من خلال أحكام القضاء الدستوري بهذا الصدد . إن مدلول شرط المصلحة في الدعوى الدستورية يتمثل بالنقاط الآتية:

١. المصلحة هي الفائدة العملية من جراء عدم الدستورية.

إنّ المصلحة التي يروم تحقيقها مقدم الدعوى الدستورية هي الفائدة العملية التي يتحصل عليها من جراء الحكم بعدم دستورية النص المطعون به فالمدعي إذا لم يتحصل على أي فائدة عملية من شأنها تغير مركزه في الدعوى الأصلية فإن المصلحة الشخصية المباشرة تنتفي وبالتالي ترد الدعوى الدستورية[٣].

كما تنتفي المصلحة فيما إذا كان النص المطعون به لا ينطبق على الطاعن أو كان من غير المخاطبين به أساساً أو إذا كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا تعود إليه أو إذا كان الفصل في الدعوى الأصلية ممكناً دون الخوض بالمسألة الدستورية أو إذا كان الطاعن قد استفاد بجانب من النص المطعون به[٤]. وقد درجت أحكام القضاء الدستوري على هذا الأمر فقد ردت المحكمة الاتحادية العليا في العراق

---

(١) يعني مبدأ الاقتصاد بالخصومة أو ما يسمى (الاقتصاد بالإجراءات) : الحد من الإجراءات القضائية والاقتصاد بها جهداً ووقتاً ومالاً وتجنب تناقض الأحكام من خلال جمع عدة منازعات بدعوى واحدة . ينظر: د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص: ٢٦١.

(٢) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٣٩.

(٣) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٢٦٢.

(٤) عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٤٤. ود. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٣٥

دعوى بهذا الشأن، وعدّت أن المصلحة الشخصية غير متوافرة لاستفادة مقدم الطعن بجانب من النص المطعون به[١].

٢.لا تقبل الدعوى إلا إذا كانت قائمة على مصلحة محققة.

فمثلاً: إذا كان مقدم الدعوى يطعن في نص معين بحجة أنه يخشى أن يمنعه هذا النص من استئناف الحكم الصادر من محكمة دنيا في حين أن الدعوى لم يصدر فيها حكم ابتدائي أساساً فإن المصلحة تنتفي هنا لأنها غير محققة وإنما قائمة على مجرد الشك والخشية . ومع هذا فإن وجود مصلحة محتملة للطاعن في إلغاء النص المطعون به يمكن أن يُعدّ كافياً إذا ما قدم الطاعن ما يثبت أن ضرراً محدقاً سيصيبه إذا ما طبق النص المطعون به[٢].

٣.المصلحة الأدبية تكفي لعدِّها شرطاً من شروط قبول الدعوى الدستورية.

إن المصلحة الشخصية التي يحميها القانون إما أن تكون مصلحة مادية أو أدبية. ويقصد بالمصلحة المادية: هي المنفعة المادية التي تعود على من يرفع الدعوى بالحصول على تعويض مادي نتيجة الأضرار التي تسبب بها الخصم.

أما المصلحة الأدبية : فهي كل مصلحة أدبية يحميها القانون كدعاوى التعويض عن الأضرار النفسية التي يصاب بها رافع الدعوى نتيجة عمل الخصم.

وفي نطاق الدعوى الدستورية فإن المصلحة الأدبية كافية لعدِّها أحد شروط قبول الدعوى الدستورية فالمصلحة الأدبية يحميها القانون أيضاً وتعد مصلحة مشروعة يمكن تقديرها وحمايتها[٣].

٤.إنّ المصلحة متوافرة لرافع الدعوى حتى ولو أُلغي النص المخالف للدستور.

الأصل أنه إذا أُلغي أو تم تعديل النص المطعون به ، فإن مصلحة الطاعن تنتفي وبالتالي يسقط أحد شروط قبول الدعوى الدستورية ولأجل ذلك ترد الدعوى ابتداءً. ولكن هذا الأمر يصح في حالة إلغاء أو تعديل النص المطعون به وما نتج

---

(١) ينظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى المرقمة (١) اتحادية/٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢. نقلاً عن علاء صبري التميمي، مصدر سابق. ص: ٣٧.

(٢) عز الدين الدناصوري، ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٤٧.

(٣) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٤٥.

عنه أي إن الإلغاء يشمل الأثر الرجعي. وهذا لا يتحقق دائماً . فإذا لم يشمل قرار الإلغاء أثراً رجعياً، وكان أثره مباشراً وعلى الوقائع التي لحقت الإلغاء فقط ، وفي حالة تضرر الطاعن من جراء تطبيق النص الملغي عليه في أثناء مدَّة نفاذه، واستمرار الآثار القانونية بالنسبة له. فإن المصلحة في الطعن بالنص المخالف للدستور تبقى قائمة[١].

٥. يلزم استمرار توافر المصلحة الشخصية لغاية الفصل في الدعوى.

لا يكفي فقط أن تتوافر المصلحة الشخصية المباشرة لرافع الدعوى لكي يتحقق شرط المصلحة في الدعوى الدستورية وإنما يلزم أن يستمر وجود هذه المصلحة لغاية البت في الدعوى الدستورية، أما إذا زالت المصلحة لدى مقدم الدعوى الدستورية بأن تم الاستجابة لمطالبه في الدعوى الأصلية في حالة الدفع الفرعي، فلا مجال لإتمام النظر في الدعوى الدستورية وإنما يتوقف النظر فيها لغياب أحد شروطها[٢].

٦. إنّ أثر انتهاء الدعوى الأصلية بحكم بات هو انتفاء المصلحة في الدعوى الدستورية.

إنّ صدور حكم نهائي وقطعي في الدعوى الأصلية لصالح مقدم الدفع يؤدي إلى انتفاء مصلحته من الدفع وبالتالي انتفاء الدعوى الدستورية وردها لانتفاء شرط المصلحة لدى مقدمها ، إذ إن الهدف الذي يريد الطاعن تحقيقه من الطعن بدستورية نص ما هو الحصول على طلباته التي ضمنها في دعواه الموضوعية ، فإذا ما صدر الحكم في صالحة انتفت مصلحته من الدفع بعدم شرعية النص المراد تطبيقه في النزاع[٣].

---

(١) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٢٦٤. ود.منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص:٤٠-٤١.

(٢) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٦٨.

(٣) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٢٦٦.

المطلب الثاني

شرط الصفة

إذا كانت المصلحة الشخصية المباشرة هي من أهم الشروط الواجب توافرها في الدعوى الدستورية لتكون مقبولة أمام القضاء الدستوري فإنه ليس الشرط الوحيد لقبولها وإنما يشترط علاوة على ذلك أن يتوافر شرط آخر ألا وهو شرط الصفة.

إن من المعلوم أن شرطي المصلحة والصفة عادة ما يتم المزج بينهما في إطار القانون الخاص والدعوى المدنية، إلا أن الأمر مختلف في إطار القانون العام فشرط الصفة في الدعوى الإدارية وكذلك الحال في الدعوى الدستورية يكون مميزاً عن شرط المصلحة وكلا الشرطين واجب توافرهما في مقدم الدعوى لكي يمكن النظر في الدعوى المقامة منه(١).

وللوقوف على معنى شرط الصفة سنتطرق أولاً إلى معرفة ماهية الصفة المطلوبة بمقدم الدعوى الدستورية ومن ثم سنتطرق إلى التداخل ألانضمامي في الدعوى الدستورية.

أولاً: ماهية شرط الصفة.

الصفة بصورة عامة: هي قدرة الشخص على المثول في الدعوى كمدع أو مدع عليه . فذو الصفة هو الشخص الذي تربطه في موضوع الدعوى علاقة شخصية مباشرة من شأنها أن تعطيه الحق بمباشرة الدعوى ورفعها أمام جهة القضاء المختصة(٢).

والصفة في الدعوى الدستورية تعني: توافر الصفة القانونية التي تخول مقدم الدعوى الدستورية الحق بتقديمها أمام الجهة القضائية المختصة، فالدعوى الدستورية يجب أن تقدم من المؤسسات والأشخاص المخولين قانوناً بتقديمها، فالدعوى الدستورية لا تقدم من أي شخص بل على الأغلب تحدد القوانين الجهات والمؤسسات التي يسمح لها بتقديم الدعوى الدستورية على سبيل حصر، ففي الدستور الجزائري

---

(١) د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦١. ص: ٢٤٠.

(٢) عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٤٧.

لعام ١٩٩٦ حدد الأشخاص الذين لهم حق تقديم الدعوى الدستورية برئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة فقط[١].

كما أن عدّة من النظم التي تسمح للأفراد تقديم الدعوى الدستورية فإنه يشترط أن تقدم عن طريق محامٍ له صلاحيات خاصة[٢]. وفي حالة تقديم الدعوى الدستورية من غير الجهات أو الأشخاص المخولين بتقديمها فإن الدعوى ترد ابتداءً لغياب شرط الصفة في مقدمها. وبذلك فإن البحث بتوافر الصفة في مقدم الدعوى الدستورية أمر سابق على البحث في موضوع الطلب أو الدفع[٣].

ومن تطبيقات القضاء الدستوري في تحري شرط الصفة في الدعوى الدستورية ما نصت عليه المحكمة الاتحادية العليا في العراق في حكم لها على: ((إن المحامين وكلاء المدعي قد وقعوا على عريضة الدعوى دون أن يكونوا مفوضين بذلك في تاريخ إقامتها لذلك تكون الدعوى قد أقيمت من أشخاص ليس لهم صفة قانونية لإقامتها .. وللأسباب المتقدمة تكون الدعوى واجبة الرد شكلاً))[٤]. وفي حكم آخر قالت المحكمة: ((إن عريضة الدعوى موقعة من شخص لا صفة قانونية له بتوقيعها فتكون الدعوى مقامة من شخص لا يملك حق إقامتها وتكون خصومته غير موجهة))[٥].

ويلاحظ أن شرط الصفة يتطلب توافره فيمن يقدم الدعوى الدستورية من الأشخاص في حالتي الدعوى المباشرة والدفع الفرعي. أما في حالة تحريك الدعوى الدستورية عن طريق مؤسسة فإن الحكومة ستصبح طرفاً في الدعوى الدستورية، وشرط الصفة متوافر فيها من خلال سماح القانون للحكومة وهيئاتها بتقديم الدعوى

---

(١) إلياس جوادي، رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٩. ص: ١١٦.

(٢) نصت المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على: ((ويلزم أن تقدم الدعوى بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة ...)) انظر: مكي ناجي، مصدر سابق، ص: ١٤٤.

(٣) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٤٦. وعز الدين الدناصوري ود.عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٤٧.

(٤) حكم المحكمة الاتحادية العليا بالعدد (٢) اتحادية/٢٠٠٥ بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٩. نقلاً عن علاء صبري التميمي، مصدر سابق، ص: ٨-١٠.

(٥) حكم المحكمة الاتحادية العليا بالعدد (١٤) اتحادية/٢٠٠٦ بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/١١. نقلاً عن علاء صبري التميمي، مصدر سابق، ص: ٢١.

الدستورية[١] فضلاً عن استقرار أحكام القضاء الدستوري على جواز تقديم الدعوى من الحكومة وهيئاتها[٢]. وهنا فإن رئيس الجهة الحكومية هو الذي يباشر الدعوى الدستورية ممثلاً عنها أمام القضاء.

ويلاحظ هنا أنه لا يكون لممثل المدعي صفة في الدعوى، وإنما صفته تتمثل بمباشرته للدعوى ممثلاً لصاحب الصفة الأصلية، فالصفة في الدعوى تختلف عن التمثيل القانوني، فانتفاء الصفة يؤدي إلى الدفع بعدم قبولها أما انتفاء صفة الممثل في الدعوى فيؤدي إلى الدفع ببطلان الإجراءات. لذلك فإن زوال الصفة يؤدي إلى عدم قبول الدعوى أما زوال صفة الممثل يؤدي إلى انقطاع السير في الخصومة[٣].

وفي حالة تحريك الدعوى بناءً على إحالة تلقائية من محكمة ما أو من خلال تصدي المحكمة الدستورية المختصة، فإن الصفة تثبت لمحكمة الموضوع، وكذلك للهيئة القضائية المختصة والصفة هنا تثبت بحكم القانون. كونها تمارس اختصاص من صلاحياتها وثابت لها بموجب النصوص المنظمة للرقابة على دستورية التشريعات[٤].

ثانياً: التداخل ألانضمامي في الدعوى الدستورية.

علمنا أن توافر الصفة القانونية في مقدم الدعوى الدستورية شرط ضروري من شروط قبول الدعوى الدستورية ، ولكن ما هو الحكم في حالة طلب أحد الأشخاص التدخل كطرف في الدعوى الدستورية؟

إن التدخل في أي دعوى يكون إما تدخلاً انضمامياً ويعني : أن يقتصر دور المتدخل على مجرد تأييد أحد طرفي الخصومة الأصليين. أو هجومياً : وفيه يهاجم

---

(١) نصت الفقرة ثانياً من المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق على: ((..ويكون ذلك – أي الطعن بالقوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر– بناء على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو مدع بمصلحة)). انظر: مكي ناجي، مصدر سابق، ص: ١٣٨.

(٢) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق،ص:٤٨.

(٣) عز الدين الدناصوري ود.عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص:٤٨.

(٤) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق ص:٤٧.

المتدخل طرفي الدعوى ويستقل لنفسه بطلبات خاصة به. أو تدخلاً انضمامياً مستقلاً وفيه يقوم المتدخل بطلب مماثل لطلب المدعي الأصلي[١].

وفي مجال الدعوى الدستورية فإنه لا يتصور التداخل في الدعوى الدستورية إلا في صورة الدعوى المباشرة وصورة الدفع الفرعي المقترن بالإحالة إلى المحكمة الدستورية. ويشترط في التداخل ألانضمامي في الدعوى الدستورية ما يأتي:

١.أن يكون التداخل طبقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى .

٢.أن يكون لمقدم الطلب مصلحة شخصية مباشرة للانضمام لأحد الخصوم في الدعوى[٢].

وفضلاً عمّا تقدم فإنه يشترط أن يكون هناك ثمة ارتباط بين مصلحة الطرف المنضم ومصلحة الخصم الذي تدخله في الدعوى الموضوعية التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية. وكذلك يجب أن يؤثر الحكم في هذه الدفع على الحكم فيما أبداه الخصم أمام محكمة الموضوع من طلبات. وعلى ذلك يلزم أن يكون الطرف المتدخل في الدعوى الدستورية طرفاً في الدعوى الموضوعية وذلك لكي تثبت له الصفة القانونية التي تسوغ عدّه طرفاً في الدعوى الدستورية بعدِّه من ذوي الشأن في الموضوع[٣].

وعلى هذا فإنه يشترط التداخل في الدعوى الموضوعية التداخل في الدعوى الدستورية وهذا ما حكمت به المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن محكمة الموضوع لم تقل كلمتها في شأن قبول الدعوى تدخله بتلك الطلبات، وبالتالي لم يصبح بعد طرفاً في الدعوى الموضوعية المطروحة عليها، ولم يثبت له تبعاً لذلك صفة الخصم، التي تسوغ عدّه من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية، الذين تتوافر

---

(١) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٢٠٢.

(٢) د.منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص:٤٧.

(٣) د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٢٠٤.

لهم مصلحة في تأييدها أو دحضها، وبالتالي يكون طالب التدخل غير ذي مصلحة قائمة في الدعوى الماثلة، ويتعين على ذلك عدم قبول تدخله[1].

(١) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٦/١١ نقلاً عن د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص: ٢٠٥.

المطلب الثالث

ميعاد رفع الدعوى

من المعلوم أن أي دعوى قضائية لها إجراءات شكلية محددة لإقامتها، ومن ضمن هذه الإجراءات المهمة هو رفع الدعوى في الميعاد المحدد لها. ويلاحظ أن شرط الميعاد المقرر لرفع الدعوى الدستورية لا يثار إلا في حالة تحريك الدعوى الدستورية بناءً على دفع فرعي مقترن بإحالة إلى الهيئة القضائية المختصة، وذلك لأن رفع الدعوى عن طريق الإحالة التلقائية أو الدعوى المباشرة أو عن طريق التصدي التلقائي للمحكمة الدستورية المختصة لا يشترط في تقديمها موعد محدد(١).

ومع ما تقدم فإن الدعوى الدستورية في الحالات الثلاث الأخيرة يجب أن تقدم أيضاً في زمن معقول فلا يتصور مثلاً أن تقوم محكمة الموضوع بإحالة نص ما إلى المحكمة الدستورية المختصة أو أن تقوم هذه الأخيرة بالتصدي لنص ما بعد انقضاء الدعوى الأصلية.

إن تحديد ميعاد رفع الدعوى الدستورية أمر في غاية الضرورة ؛ وذلك لضمان عدم استغلال الدعوى الدستورية في إطالة أمد الدعوى الأصلية والإضرار بسوء نية بالخصم.

ولدراسة شرط ميعاد الدعوى الدستورية سنتطرق أولاً لكيفية تحديد الميعاد، وما هي الأمور التي تقطع هذا الميعاد أو تأخره ومن ثم سنتطرق إلى ميعاد إقامة الدعوى الدستورية في العراق على وفق قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها.

أولاً: كيف يتحدد ميعاد الدعوى الدستورية.

ذكرنا فيما تقدم أن التقييد بميعاد رفع الدعوى يعد شرطاً مهماً من شروط قبول الدعوى الدستورية، وغالباً ما يشترط رفع الدعوى بمدة محددة بموجب القانون أو بموجب قرار الإحالة من محكمة الموضوع، وعلى مقدم الدفع بعدم الدستورية أن

---

(١) ينظر: د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٤٥-٣٤٦. ود. أشرف اللمساوي، الشرعية الدستورية في التشريعات المختلفة، مصدر سابق، ص: ١١٧. ود. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٦٨.

يتقدم بالدعوى أمام المحكمة الدستورية المختصة في حدود هذا الميعاد وإلا ردت دعواه لعدم توافر أحد شروطها[١].

وللوقوف على شرط الميعاد في إقامة الدعوى الدستورية سنتطرق إلى الكيفية التي يحدد فيها ميعاد إقامة الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر.

فقد نصت الفقرة (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر على: ((إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا. فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن)).

ومن النص المتقدم نجد أن ميعاد رفع الدعوى الدستورية يعد شرطاً حتمياً إذ نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا فضلاً عن استقرار قرارات المحكمة الدستورية العليا بعدِّ ميعاد رفع الدعوى الدستورية –وهو مدة الثلاثة أشهر– ميعاداً حتمياً[٢]، وعلى محكمة الموضوع التي أجازت لمقدم الدفع تقديم الدعوى الدستورية أن تتقيد بهذا الموعد في تحديدها للمدة التي يجب أن تقدم فيها الدعوى، وليس لها أن تفرض ميعاداً يتجاوز ما حدد مسبقاً بموجب القانون. وفي حالة رفع الدعوى بعد انقضاء هذا الأجل فإنها تعد غير مقبولة[٣].

---

(١) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٦٩.

(٢) ينظر في أحكام المحكمة الدستورية العليا: عز الدين الدناصوري، ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص:٦٤.

(٣) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٢٠.

ولكن ما هو أثر عدم تقديم الدعوى الدستورية في موعدها المحدد أيسقط[١] الحق في رفع الدعوى أم أنه موعد تنظيمي لا يترتب على مخالفته سقوط الحق في إقامة الدعوى الدستورية؟

إن المتتبع لنص القانون وأحكام المحاكم الدستورية العليا بهذا الخصوص يجد أن الميعاد يعد شرطاً لازماً لإقامة الدعوى الدستورية وعدّ الدفع كأن لم يكن أساساً إذا لم يقدم في الميعاد المحدد أي إن الجزاء المترتب على عدم تقديم الدعوى في الميعاد المحدد هو عدم جواز قبولها[٢].

والجدير بالذكر أن جزاء عدم تقديم الدعوى الدستورية في الميعاد المحدد لها يقع بصورة تلقائية وبقوة القانون دون الحاجة لصدور حكم بخصوصه. ولكل ذي شأن في الدعوى أن يدفع بعدم قبولها في أية حالة تكون عليها الدعوى[٣].

ثانياً: ظروف قطع الميعاد أو وقفه.

إن القوة القاهرة تعد مانعاً من موانع إقامة الدعوى الدستورية في الميعاد المحدد فلو وجدت ظروف قاهرة منعت الطاعن من تقديم الدعوى الدستورية في ميعادها المحدد فإن ميعاد تقديم الدعوى يتوقف لغاية زوال ظرف القوة القاهرة وهذا ما قررته أحكام المحكمة الدستورية العليا[٤].

كما إن تقديم طلب الإعفاء من الرسوم القضائية يقطع الميعاد المحدد لتقديم الدعوى الدستورية ويبدأ الميعاد الجديد في هذه الحالة من اليوم التالي لصدور قرار الإعفاء من الرسوم[٥].

---

(١) يعرف السقوط بأنه: جزاء إجرائي يترتب بسبب عدم ممارسة الحق في مباشرة عمل إجرائي معين خلال المهلة المحددة بموجب القانون، ويمكن تحديد هذه المهلة بميعاد معين أو حدوث واقعة معينة. ينظر: فايز وأشرف اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص: ١٠٣.

(٢) د. أشرف اللمساوي، الشرعية الدستورية في التشريعات المختلفة، مصدر سابق، ص: ١١٧.

(٣) فايز وأشرف اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص: ١٠٤.

(٤) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٥٠

(٥) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ١٦٩.

ثالثاً: شرط الميعاد أمام المحكمة الاتحادية العليا في العراق.

لم يحدد قانون المحكمة الاتحادية العليا ولا النظام الداخلي لها ميعاداً محدداً لإقامة الدعوى الدستورية وذلك لأن تحريك الدعوى الدستورية بناءً على الدفع الفرعي يختلف في قانون ونظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق عمّا هو عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر. إذ إن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق نص في المادة (٤) منه على: ((إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر بناءً على دفع أحد الخصوم بعدم الشرعية، فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية وتتخذ قراراً باستئخار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا)). وهنا فإن الخصم الذي يقدم الدفع بعدم شرعية النص المراد تطبيقه عليه أن يقدم دفعه هذا بدعوى جديدة. ويلاحظ هنا أن هذه الدعوى مستقلة عن الدعوى الأصلية كون المدعي فيها ملزماً بدفع رسم جديد، إلا أن هذه الدعوى تقدم حصراً أمام المحكمة التي تنظر في الدعوى الأصلية[١]. ولكن المشرع لم يحدد موعداً لتقديم الدعوى الثانية، ولكن يلاحظ أن دفع الخصم لا يقبل ولا تنظر فيه محكمة الموضوع ما لم يقدم عن طريق دعوى، لذا فإن مقدم الدفع سيلتزم بتقديمه بدعوى وإلا لم يقبل دفعه وهنا سيعجل في رفع هذه الدعوى. كما إن المشرع لم يحدد أيضاً المدة التي يحق لمقدم الدفع أن يتقدم بالطعن على قرار محكمة الموضوع أمام المحكمة الاتحادية العليا في حالة رفض دعواه. وبالرجوع إلى الأحكام العامة لقانون المرافعات. فإن على المتضرر من الحكم القضائي أن يقدم الطعن بالقرار القضائي في غضون ثلاثين يوماً من تأريخ تبلغه بالحكم أو عدِّه مبلغاً وذلك بموجب المادة

(١) مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٦.

(٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩[١]. وعلى هذا فإن الطعن بقرار محكمة الموضوع برفض الدعوى المقدمة على التشريع المخالف للدستور هو الذي سيحدد بميعاد وبما أن هذا الطعن سيتصل بالمحكمة الاتحادية العليا فإن شرط الميعاد يطلب في الطعن بقرار محكمة الموضوع دون الدعوى الأولية التي تقام أمامها. وعلى ما تقدم فإن تقديم الدعوى الدستورية بموجب قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي لا يشترط فيها أن تقدم في ميعاد محدد.

ويرى الباحث: أنه يستحسن أن يحدد ميعاد محدد لرفع الدعوى التي تتضمن الطلب بالنظر في صحة النص المطعون به أمام محكمة الموضوع وأن يضمن هذا الأمر في قانون المحكمة الاتحادية العليا المزمع إصداره.

(١) وهذا على اعتبار أن الطعن بقرار محكمة الموضوع برد دعوى الخصم بعدم شرعية النص المطعون به أمام المحكمة الاتحادية العليا يعتبر طعناً بطريقة التمييز، وذلك لأن قرار المحكمة الاتحادية العليا بهذا الصدد يعتبر قراراً باتاً ولا يجوز الطعن به . انظر: عبد الرحمن العلام، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص: ٤٨.

المبحث الثاني

وجه المخالفة الدستورية التي يراقبها القاضي الدستوري

بعد تأكد القاضي الدستوري من توافر الشروط الضرورية في الدعوى الدستورية وأنها قابلة للنظر أمام القضاء الدستوري. يتوجه إلى فحص دستورية النص المطعون به، والقاضي هنا لا يتقيد بالطلبات التي تقدم بها مقدم الدعوى وإنما يشمل فحصه لدستورية النص الجوانب كافة حتى يهتدي لحكم واضح وصحيح في مدى مطابقة النص المطعون به للدستور[١].

إنّ الدستور يقيد التشريعات بقيود معينة بحيث إن أي تشريع صدر خلاف هذه النصوص يعد تشريعاً غير دستوري.

وهذه القيود تتمثل في أمرين اثنين، الأول: الشكل الذي يتطلبه الدستور في إصدار التشريع، فالدستور يبين الشروط والإجراءات الشكلية التي يجب مراعاتها، وأما القيد الثاني: فهو موضوع التشريع وفحواه والذي يجب أن يكون متفقاً مع الدستور وإلا عدا مخالفاً من حيث الموضوع. والقاضي الدستوري يباشر رقابته بالتأكد من الأوضاع الشكلية لصدور القانون ومن ثم يتوجه إلى العيوب الموضوعية التي تصيب النص المطعون به[٢].

وسنتناول بالبحث كلا النوعين من المخالفات في مطلبين مستقلين.

---

(١) د. يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص: ٣٦.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص: ١٦٢-١٦٣.

المطلب الأول

المخالفات الشكلية

إن إصدار أي تشريع يجب أن يتم من خلال إتباع إجراءات معينة فلا يكفي أن يصدر القانون مراعياً لمبادئ الدستور، بل لا بد من أن يصدر التشريع بالطريق التي نص عليها، إذ إنه عادة ما تصدر نصوص دستورية تفرض وجود إجراءات خاصة يجب أن تتبع حتى يعد التشريع صحيحاً من الناحية الشكلية[١].

وإن الهيئة القضائية المختصة وهي بصدد فحص العيوب الشكلية في التشريع المطعون به لا يتصور أن تباشر البحث في العيوب الموضوعية ابتداءً، بل إن الهيئة القضائية المختصة لا تبحث في العيوب الموضوعية إلا بعد أن تتأكد من التشريع محل الطعن من المخالفات الشكلية للأوضاع والإجراءات التي تطلبها الدستور، وذلك لان العيوب الشكلية تتقدم على العيوب الموضوعية[٢].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على هذا الأمر في حكم لها، إذ نصَّ على: ((إن القانون لا يعد قانوناً إلا إذا كان مستوفياً أصلاً للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور فيه، فإذا جاوزها فإن النصوص التي تضمنها تفقد صفتها كقواعد قانونية، فلا يجوز تطبيقها، ولا يتصور بالتالي الخوض في اتفاقها أو تعارضها – موضوعياً– مع الدستور))[٣].

وعموماً فإنه يمكن تعريف المخالفات الشكلية بأنها: تلك المطاعن التي تقوم في مبناها على مخالفة النصوص للأوضاع الإجرائية التي يتطلبها الدستور سواء ما كان متصلاً باقتراح القانون أو إقراراه أو إصداره من السلطة المختصة بالتشريع[٤].

---

(١) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢٠٤.

(٢) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ١٤٤.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المرقمة (٧) لسنة (١٦) ق جلسة ١٩٩٧/٢/١. نقلاً عن: د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق ، ص: ٣٦٠.

(٤) ينظر بهذا الصدد: د. عصام أنور سليم، مصدر سابق، ص: ٤٢. ود. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ١٤٤. وفارس حامد عبد الكريم، أسباب الطعن بعدم الدستورية، بحث منشور على الانترنت على الرابط التالي:p://farisalajrish./ maktoobblog.com. ص: ٤.

والمخالفة الشكلية لقواعد الدستور غالباً ما تستغرق التشريع بكامله؛ إذ إن من شأن وجود عيب شكلي في إصدار التشريع تخلف سند إصداره فيكون قد صدر كله بدون سند دستوري يضفي عليه سلطة الإلزام، ومن ثم تحكم الهيئة القضائية المختصة بعدم دستورية التشريع بكامله[١].

وتتمثل المخالفات الشكلية للدستور في أمرين: الأول: متعلق بمخالفة قواعد الاختصاص والثاني: يتمثل بمخالفة قواعد الشكل الواجب إتباعه. سنفصل كلا الأمرين السالفين فيما يأتي:

أولاً: مخالفة قواعد الاختصاص[٢].

يقصد بعدم الاختصاص هو: عدم المقدرة من الناحية القانونية على اتخاذ تصرف معين، نتيجة لمخالفة القواعد التي تحدد اختصاص السلطة المختصة صاحبة التصرف[٣].

وإن مناط هذه الفكرة مرتبطاً بمبدأ الفصل بين السلطات، إذ يهدف هذا المبدأ إلى توزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة الثلاث: (التشريعية) و(التنفيذية) و(القضائية) على نحو يكفل أن تمارس كل سلطة ما يمنح لها من صلاحيات ومسؤوليات مع عدم التداخل في صلاحيات ومسؤوليات السلطات الأخرى. وتستمد كل سلطة من السلطات المذكورة أعلاه صلاحياتها ومسؤولياتها من الدستور؛ وذلك لأنّه لا يجوز أن تباشر أي سلطة لأي اختصاص إلا إذا خولها الدستور ذلك[٤].

---

(١) د.عصام أنور سليم، مصدر سابق، ص: ٤٤.

(٢) يدرج البعض عيب مخالفة قواعد الاختصاص في المخالفات الموضوعية.

ينظر على سبيل المثال: د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ١٩٧. وفارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ٨.

والصواب أنها من ضمن العيوب الشكلية؛ إذ يشترط في السلطة المختصة بالتشريع أن تكون مخولة بهذا العمل بموجب نصوص الدستور، وبذلك فإن مجرد النص في الدستور على منح صلاحية التشريع لسلطة ما فإن عملها يكون موافقاً للإجراءات المتبعة في إصدار التشريع. وعلى هذا فإن اعتبار مخالفة قواعد الاختصاص من المخالفات الشكلية أولى من اعتبارها من المخالفة الموضوعية. ينظر: زياد محمد هادي، مصدر سابق، ص: ٨

(٣) فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ٨.

(٤) زياد محمد هادي، مصدر سابق، ص: ٩.

وعلى ذلك يرتكز عيب عدم الاختصاص في المجال الدستوري على مخالفة السلطة المختصة بالتشريع للقواعد المتضمنة منح الصلاحيات والاختصاصات الموجودة في الدستور، وهذا العيب قد يكون عضوياً أو موضوعياً أو زمنياً أو مكانياً. وعلى التفصيل التالي:

١.عدم الاختصاص العضوي (العنصر الشخصي).

يعني العنصر العضوي أو الشخصي في الاختصاص: أن يصدر التصرف (التشريع) من السلطة التي أعطاها الدستور ذلك الاختصاص. وفي مجال التشريع فإن الأصل أن يصدر القانون من السلطة التشريعية والتي يمثلها البرلمان في غالب الأحوال، ففي العراق مثلاً نصت المادة (٦١) من الدستور على: ((يختص مجلس النواب بما يأتي: أولاً: تشريع القوانين الاتحادية)) والسلطة التشريعية ليس لها أن تفوض السلطة التنفيذية القيام بأعمال التشريع كلياً أو جزئياً ولاسيما فيما يتعلق بحقوق وحريات الأفراد إلا إذا تضمن الدستور نصاً يمنحها هذا الحق. وهذا ما يُسمى بمبدأ "الانفراد التشريع" والذي يعني: استئثار السلطة التشريعية بإصدار التشريعات المتعلقة بحقوق وحريات الأفراد[١]. ولذلك فان السلطة التنفيذية لا يجوز لها أن تتدخل في أعمال التشريع إلا إذا تضمن في الدستور نصاً يمنحها هذا الحق[٢].

٢.عدم الاختصاص الموضوعي.

يقصد بالاختصاص الموضوعي: إن السلطة المختصة بإصدار التشريع قد مارست اختصاصها في الموضوع الذي أسنده إليها الدستور وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور؛ لغياب العنصر الموضوعي.

ويمكن إبراز حالة عدم الاختصاص الموضوعي عندما تقوم السلطة التنفيذية بممارسة مهمة التشريع كاستثناء من الأصل العام، إذ إن الأصل أن عملية تشريع القوانين مناطة بالسلطة التشريعية، إلا أنه غالباً ما تمنح الدساتير السلطة التنفيذية

---

(١) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢. ص: ٣٩.

(٢) فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ٩.

صلاحية إصدار قواعد عامة مجردة تتمثل بالأنظمة والتعليمات ويشترط لإصدار هذه القواعد وجود تخويل قانوني مسبق؛ إذ تكون مهمة السلطة التنفيذية في هذا المجال محدودة بنصوص دستورية، وهذا الأمر يعد استثناء أملته ظروف واعتبارات معينة لا يجوز التشريع في غيرها أو الخروج على المجال المحدد لها في الدستور[١].

فإذا تعدت السلطة التنفيذية هذا المجال، فإن ما يصدر عنها يعُدُّ مشوباً بعيب عدم الدستورية لتخلف العنصر الموضوعي في الاختصاص.

٣. عدم الاختصاص الزمني :

ويقصد بالاختصاص الزمني هو ضرورة أن تلتزم السلطة المختصة بالتشريع بإصدار التشريع في وقت محدد إذا نص الدستور على ضرورة مراعاة ذلك الوقت في إصدار التشريع. فإذا لم تراع السلطة المختصة بالتشريع ذلك القيد الزمني وأصدرت التشريع في وقت لم يكن لها حقٌّ ممارسة هذا الاختصاص، عندها تكون قد خرجت عن الحد الزمني المحدد دستورياً لإصداره، وبالتالي يترتب على ذلك مخالفة التشريع للقيد الزمني الذي جاء به الدستور.

ومن أمثلة مخالفة الاختصاص الزمني أن يقوم البرلمان بإصدار تشريع بعد حله، أو انتهاء الدورة الانتخابية، أو في حالة تحديد مدة زمنية لإصدار التشريع، ومع ذلك تقوم السلطة المختصة بالتشريع بإصداره قبل حلول هذه المدة أو بعد انقضائها[٢].

٤. عدم الاختصاص المكاني :

ويقصد بالاختصاص المكاني: ضرورة صدور التشريع في المكان المحدد لإصداره بموجب نصوص الدستور. إذ قد تحدد بعض الدساتير مكاناً معيناً تمارس فيه السلطة المختصة بالتشريعية التي تتمثل في البرلمان عادة، بحيث إنّه إذا ما مارست هذه السلطة لاختصاصها بالتشريع خارج النطاق المكاني المحدد في

---

(١) ينظر بهذا الصدد: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المصدر السابق. ص: ٤٩.

(٢) فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ١٤.

الدستور فان التشريع الذي يصدر يكون غير دستوري لمخالفته قواعد الاختصاص المكاني.

ومن أمثلة النصوص المتعلقة بالاختصاص المكاني ما نصت عليه المادة (١٠٠) من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١م على إن: ((مدينة القاهرة مقر مجلس الشعب ويجوز في الظروف الاستثنائية إن يعقد جلساته في مدينة أخرى بناء على طلب رئيس الجمهورية أو أغلبية أعضاء المجلس. واجتماع مجلس الشعب في غير المكان المعد له غير مشروع والقرارات التي تصدر فيه باطلة))[١].

ويفهم من ذلك بان مدينة القاهرة هي الحيز المكاني الذي حدده الدستور المصري لعقد جلسات مجلسي الشعب والشورى ويمكن أن يُغير إذا ما دعت الظروف الاستثنائية التي يقدرها رئيس الجمهورية أو غالبية أعضاء مجلسي الشعب والشورى ويترتب على مخالفة هذا العنصر المكاني في الاختصاص بطلان التشريع[٢].

ثانياً: مخالفة قواعد الشكل الواجب إتباعه .

يمر التشريع بمراحل عدّة حتى يكون دستورياً، وهذه المراحل تبدأ بمرحلة الاقتراح ومن ثم المناقشة والإقرار وأخيراً الإصدار. ويتعين إتباع هذه المراحل في إقرار أي تشريع، وفي حالة عدم مراعاة أي مرحلة من المراحل السابقة يترتب عليه أن يصبح التشريع باطلاً من الناحية الشكلية وبذلك يتعين إلغاءه أو الامتناع عن تطبيقه وبحسب الأحوال[٣].

ومن أمثلة المخالفات التي تتعلق بالشكل والإجراءات، أن التشريع لم يتم نشره في الجريدة الرسمية أو أن يصدر التشريع دون موافقة الأغلبية البرلمانية التي حددها الدستور، أو دون تصديق رئيس الدولة في الأحوال التي يوجب فيها الدستور ذلك[٤].

---

(١) عز الدين الدناصوري ود.عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٦١٢.

(٢) فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ١٥.

(٣) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص: ٣٧٤-٣٧٩.

(٤) د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ١٩٢. ود.منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ١٤٦.

والملاحظ بان قواعد الشكل والإجراءات المصاحبة لعملية التشريع قد ترد في الوثيقة الدستورية ذاتها، ويمكن أن ترد في اللوائح الداخلية للسلطة المختصة بالتشريع. أتُعدُّ المخالفة الشكلية متوافرة في حالة مخالفة قواعد الشكل والإجراءات المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية، أم للقواعد الواردة في اللوائح الداخلية، أم في كلٍّ منهما؟ لقد انقسم الفقه في ذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب إلى أن العيب الشكلي يمكن أن يتحقق عند مخالفة التشريع للقواعد الشكلية المتصلة باقتراحه التشريع أو إقراره أو إصداره سواء أكانت تلك القواعد قد وردت في الدستور أم في اللوائح الداخلية للسلطة المختصة بالتشريع.

أما الاتجاه الآخر: وهو الأرجح فيرى أن عيب عدم الدستورية لمخالفة قواعد الشكل والإجراءات الواجب إتباعها لا يتحقق إلا إذا كانت الشكلية التي خولفت قد ورد النص عليها في الوثيقة الدستورية ذاتها. فالمعول عليه في الرقابة الدستورية هو ما ورد من القواعد والإجراءات المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية، أما ما تضمنته النصوص القانونية الأخرى الأقل مرتبة من قواعد شكلية فان مخالفتها لا تؤدي إلى عدم دستوريتها(١).

كما برز الخلاف أيضاً فيما إذا صدر القانون في ظل دستور قائم ومن ثم صدر دستور آخر يتطلب إجراءات شكلية جديدة في إصدار التشريعات، أيتم فحص دستورية التشريع من الناحية الشكلية على وفق نصوص الدستور النافذ أم على وفق نصوص الدستور الملغي؟

إن فحص إتباع الإجراءات الشكلية لهذا التشريع يجب أن تكون على وفق الدستور القديم، إذ لا يتصور من المشرع أن يراعي ما سيصدر من قواعد دستورية متعلقة بإجراءات تشريع القوانين في المستقبل، كما أن أحكام القضاء الدستوري قد جرت على أن فحص العيوب الشكلية في النصوص المطعن بها يكون على وفق نصوص الدستور الذي كان نافذاً وقت إصداره(٢).

---

(١) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ١٤٩.

(٢) ينظر: د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ١٩٤. ود. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق، ص: ٧٠. ود. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢٠٧.

المطلب الثاني

المخالفات الموضوعية

بعد أن يتأكد القاضي الدستوري أن النص التشريعي قد صدر على وفق الإجراءات الشكلية التي تطلبها الدستور، فإنه يتجه لفحص النص من الناحية الموضوعية. إن الدستور يضم في جنباته مجموعة من المبادئ والأحكام التي تعد من مقومات المجتمع الأساسية ويجب إن يكون التشريع متفقاً من حيث الموضوع مع تلك المبادئ والأحكام والتي تعد قيوداً وضعها المشرع الدستوري على السلطة المختصة بالتشريع في سنها للتشريعات، فإذا لم تراعِ هذه السلطة تلك القيود عد عملها غير مشروع وبالتالي عد التشريع مخالفاً لقواعد الدستور وأحكامه[١].

كما لا يكفي أن يصدر التشريع موافقاً ومراعياً للقيود المحددة في الدستور وإنما يجب أن لا يخرج عن الغاية المرجوة منه عمّا رسمه الدستور وما قصده المشرع الدستوري من إعطاء الصلاحية في إصدار التشريعات، وإلا عد التشريع مخالفاً لركن الغاية وبالتالي يكون مخالفاً لروح الدستور[٢].

ومما تقدم يتبين أن المخالفات الموضوعية للدستور تنحصر في: مخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور. وعيب الانحراف بسلطة التشريع. وسنتناول كلا من الفقرتين السالفتين فيما يأتي:

أولاً: مخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور.

إنّ الدستور في الوقت الذي يمنح صلاحية تشريع القوانين للسلطة التشريعية فإنه يضع إطاراً محدداً للمشرع لا يجوز له الخروج عن هذا الإطار ويتمثل هذا الإطار عادة بالقيود التي لا يجوز للهيئة التشريعية وهي بصدد استعمالها لحقها في التشريع أن تخرج عليها؛ أما إذا صدر التشريع مع عدم مراعاة هذه القيود فإنه يكون غير دستوري، وكذلك الحال فيما إذا خرجت السلطة المختصة بالتشريع على نطاق التشريع كله إلى نطاق آخر جعله الدستور لسلطة أخرى[٣].

---

(١) د. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص: ٣٨٧.

(٢) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ١٧٢-١٧٤.

(٣) فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ٢٤.

إن القيود الدستورية التي تقيد السلطة المختصة بالتشريع تتسع وتضيق بحسب ما تتضمنه نصوص الدستور وبحسب المسائل التي يعالجها التشريع الصادر. والأصل أن للجهة المختصة بالتشريع سلطة تقديرية في إصدار التشريعات ولكن مع هذا فإن الدستور قد يقيد هذه السلطة في بعض الجوانب والتي تمس في الغالب الحقوق والحريات الأساسية للأفراد[١]. وللوقوف على حالات مخالفة القيود الموضوعية في الدستور سنتطرق إلى حالتي السلطة التقديرية والمقيدة للمشرع في إصدار التشريعات وعلى النحو الآتي:

١. المخالفة الموضوعية في ظل السلطة التقديرية للمشرع:

إن الأصل أن تكون للجهة المختصة بالتشريع سلطة تقديرية في إصدار التشريعات وهذه السلطة تمنح لها في الكثير من الأمور. وهذا ما قررته المحكمة العليا في مصر في حكم لها الذي نص على: ((الأصل في سلطة التشريع في موضوع تنظيم الحقوق أن تكون السلطة تقديرية، ما لم يقيدها الدستور بقيود محدده))[٢].

ويقصد بالسلطة التقديرية التي يملكها المشرع: حقه في المفاضلة بين البدائل والخيارات المطروحة بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه، دون إن يفرض الدستور عليه طريقاً محدداً بذاته يجب عليه إتباعه[٣].

ومن أهم ما يلتزم به المشرع في حالة السلطة التقديرية هو عدم خروج التشريع عن قاعدة العمومية والتجريد، وعدم المساس بنص صريح في الدستور، إذ يجب أن لا يميز المشرع بين المراكز القانونية للمخاطبين بالتشريع، ولا يهدر نصاً في الدستور، فالسلطة التقديرية منحت للمشرع ليتسم عمله بشيء من المرونة بحيث تمكنه من مواكبة العصر والتصدي للمستجدات المستقبلية دون المساس بأصل الحق المنصوص عليه في الدستور[٤].

---

(١) د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٠٢.

(٢) حكم المحكمة العليا في مصر في الدعوى المرقمة (٣) لسنة (١) ق بتاريخ ١٩٧١/٣/٦. نقلاً عن د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٠٣.

(٣) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٢١٥.

(٤) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢١٢.

ولا يحد المشرع في إطار السلطة التقديرية إلا إن يستند إلى أسس موضوعية يقتضيها الصالح العام ومبادئ العدل والمساواة. ويجدر الإشارة إلى أن ليس كل تمييز في تشريع يعد صورة من صور الإخلال بمبدأ العدل والمساواة، بل يتعين أن يخرج التشريع عن مقاصد الدستور والضوابط المتعلقة بحماية الحقوق سواء بمصادرة تلك الحقوق أو إهدارها أو الانتقاص منها فلا يجوز التمييز بين حقوق المواطنين على أسس عرقية أو مذهبية. وإلا عد التشريع مخالفاً لمبدأ المساواة وبالتالي مخالفاً للدستور[١].

ولذلك فان السلطة التقديرية من أدق المسائل التي يجب بحثها وذلك لمعرفة ما إذا كان المشرع باستعمالها قد هدف إلى تحقيق الصالح العام أم لتحقيق أغراض أخرى[٢].

٢. المخالفة الموضوعية في ظل السلطة المقيدة للمشرع:

قدمنا أن الأصل أن سلطة المشرع في إصدار التشريعات تكون تقديرية لكن قد يرى المشرع الدستوري أن الحاجة ملحة إلى تقييد هذه السلطة بقيود محددة بحيث يحرم المشرع عند مباشرة اختصاصه في ذلك الموضوع من أية سلطة تقديرية، فلا يكون للمشرع إلا أن ينظم الموضوع على وفق نصوص الدستور ومبادئه دون أن يكون له حق المناورة وتقدير حجم التدخل في كيفية معالجة الأوضاع المطروحة في جانب النصوص المقيدة. والنصوص الدستورية في هذا المجال عدّة[٣].

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في بعض الحالات يقوم المشرع الدستوري بحضر التعرض تماماً لبعض الحقوق التي تكون حصينة تماماً من أي مساس وذلك من خلال تنظيم الدستور لهذه الحقوق تنظيماً كاملاً بحيث يتجاوز الأمر من تقيد سلطة المشرع إلى أن تكون سلطته في هذا المجال منعدمة تماماً، فمجرد تعرض المشرع

---

(١) د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٢١٥.

(٢) انظر في تطبيقات السلطة التقديرية للمشرع : د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٢١٧-٢٣٤.

(٣) ولتفصيل أوسع حول النصوص المقيدة لسلطة المشرع انظر: د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢١١. ود. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢١٣-٢١٤. وفارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ٢٧.

لهذه الأمور يعد انتهاكاً للدستور. وإذا تدخل المشرع في هذه الأحوال فإن تدخله يجب أن ينحصر بمجرد ترديد وتكرار ما تضمنه الدستور[١].

ثانياً: الانحراف بسلطة التشريع.

إن الدستور بما يتضمنه من مبادئ وأحكام إنما يمثل القيم العليا للمجتمع ويوضح الاتجاه الأيدلوجي[٢] الذي تنتهجه الدولة، وبذلك فإن أي تشريع يخرج عن الأهداف والمبادئ العامة التي يحويها الدستور فإنه يكون تشريعاً مخالفاً لروح الدستور لأنه خالف ما استهدفه هذا الأخير من مقاصد وغايات[٣].

ويتحقق عيب الانحراف بسلطة التشريع إذا ما خالفَ النص الغاية منه أي تحقيق "المصلحة العامة"، ولا يتصور تحقق هذا العيب إلا حينما يمنح الدستور سلطة تقديرية للمشرع في مجال معين، إذ إن السلطة التقديرية هي التي تتيح للمشرع الخيار بين عدة حلول ووسائل، وعلى هذه الحال ينبغي على المشرع أن يستهدف "المصلحة العامة" دون سواها، أما إذا ما انحرف عنها واستهدف غيرها كتحقيق مصلحة فردية أو مصلحة حزب من الأحزاب، فإن المشرع يكون قد انحرف بسلطته التشريعية[٤].

وينبغي التفريق هنا بين الغاية من التشريع وهي تحقيق "المصلحة العامة" والتي يقع عليها رقابة القاضي الدستوري وبين الباعث على التشريع أي الملاءمة التي حملت المشرع على إصدار التشريع. إذ من المقرر أن رقابة القاضي الدستوري لا تقع على بواعث النصوص التشريعية والدوافع من إصدارها إذ هي مسألة تقديرية

---

(١) د. منير عبد المجيد، المصدر السابق، ص: ١٩٠.

(٢) لقد ظهر مصطلح "الأيدلوجية" لأول مرة إبان الثورة الفرنسية، وتطور المصطلح في ظل الفكر الماركسي إلا أن استعماله اليوم كمصطلح سياسي يعني: مجموعة الأفكار الأساسية التي تؤمن بها جماعة معينة أو حزب سياسي ما. أما الأيدلوجية في الدستور فتعني: "الفكر المذهبي" أو مجموعة الأفكار الأساسية في الفلسفة السياسية لواضعي الدستور، المتجسدة في أحكامه. ولمزيد من التفصيل حول الأيدلوجية في الدستور ينظر: د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الدستوري فقهاً وقضاءً، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨. ص:١٤٤.

(٣) د. فايز عزيز أسعد، المفهوم السياسي لعلو الدستور، مصدر سابق، ص: ٥٢.

(٤) فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ٣٣.

متعلقة بسلطة المشرع المطلقة[١]. ويتضح هذا الأمر جلياً في حالة الضرورة التي دفعت المشرع لإصدار التشريع إذ لا يراقب القاضي الدستوري مدى ملاءمة التشريع بل يقتصر دوره على مطابقة النص مع نصوص الدستور[٢].

لقد كان للفقيه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري فضل الأسبق في توضيح عيب مخالفة روح الدستور أو الانحراف بسلطة التشريع، إذ تبنى الأستاذ السنهوري وضع معياراً للانحراف التشريعي قياساً على معيار الانحراف الإداري، فقد أوضح أن الانحراف في استعمال السلطة في الجانب الإداري هو خروج الإدارة عن الغاية الحقيقية التي يجب أن تحققها وهي حماية الصالح العام وقياساً على ذلك فإن على المشرع تحقيق "المصلحة العامة" ولا يتوخى غيرها، ولا ينحرف عنها إلى غاية أخرى، وإلا كان التشريع باطلاً. كما أن المعيار في توخي المصلحة العامة يتكون من شقين الأول: يتعلق بالنوايا والغايات التي أضمرها المشرع وقصد إلى تحقيقها بإصداره للتشريع. والشق الآخر هو الموضوعي يتمثل في "المصلحة العامة" التي يجب أن يتوخاها المشرع دائماً في تشريعاته[٣].

ويمكن إجمال المخالفات التي يتحقق فيها عيب الانحراف في استعمال سلطة التشريع بخمسة فروض وعلى التفصيل الآتي:

١. الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها بعدّها معياراً موضوعياً:

إن التشريع بطبيعته قاعدة عامة مجرده، فإذا قامت السلطة التشريعية بإصدار تشريع لا يطبق إلا على حالة فردية أو متعلقة بطائفة معينة فإن مثل هذا التشريع يُعدُّ معيباً بعيب الانحراف في استعمال التشريعية وبالتالي مخالفاً لروح الدستور[٤].

---

(١) ينظر على سبيل التفصيل: د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ١٧٤. ود. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٢٠-٢٢١.

(٢) د. محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢. ص: ١٤٥.

(٣) نقلاً عن: د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢١٥. زياد محمد هادي، مصدر سابق، ص: ٤٦-٤٧. وفارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ٣٣.

(٤) د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢١٩-٢٢٠.

٢. مجاوزة التشريع للغرض المخصص له:

وهذا الفرض نادر؛ وذلك لأن الدستور قلما يحدد غرضاً بذاته للتشريع ومع هذا فإذا ما حدد الدستور غاية أو غرضاً خاصاً من التشريع في جانب معين وجب على المشرع أن يلتزم بتحقيق هذه الغاية وإلا وقع في عيب الانحراف بسلطة التشريع(١).

٣. كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية:

إن الحقوق والحريات العامة تظهر على نوعين:

الأول: لا يمكن أن يتقيد بحال من الأحوال من أمثلته حق المساواة، وحظر إبعاد المواطن عن بلاده، وحظر المصادرة العامة للأموال، فكل هذه الحقوق لا تقبل التقيد، فإذا ما صدر تشريع يقيدها كان باطلاً .

أما النوع الآخر: فإنها الحقوق التي يتدخل المشرع في تنظيمها بقصد تمكين الأفراد من التمتع بها دون اعتداء على الغير، ومن أمثلة هذه الحقوق والحريات حرية الرأي وحق التملك، وحرية ممارسة الشعائر الدينية، فإذا ما صدر تشريعاً يفرض قيوداً كبيرة على حرية القيام بالشعائر الدينية على سبيل المثال كان هذا التشريع باطلاً(٢).

٤. احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض

تحرص الدساتير عادة على تقرير مبدأ عدم رجعية القوانين، وذلك احتراما للحقوق المكتسبة، ومثال ذلك عدم رجعية قانون العقوبات، وعدم رجعية سائر القوانين إلا بنص صريح في التشريع، فالدستور يحرص على احترام الحقوق المكتسبة بحيث لا يجوز المساس بها في غير ضرورة(٣).

---

(١) فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ٣٤.

(٢) زياد محمد هادي، مصدر سابق، ص: ٢٣.

(٣) فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص: ٣٤.

٥. **مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه.**

يقوم هذا الفرض على أنه توجد مبادئ تسود الدستور وتهيمن على أحكامه، وهذه المبادئ هي روح الدستور ويتم استخلاصها موضوعياً من نصوصه المدونة، ويقع على المشرع واجب مراعاتها وهو بصدد سن تشريع تفادياً للوقوع في الانحراف في استعمال السلطة الممنوحة له[١].

(١) زياد محمد هادي، مصدر سابق، ص: ٣١.

المبحث الثالث

حجية وآثار الحكم في الدعوى الدستورية

إن نهاية الدعوى غالباً ما يكون عن طريق إصدار الحكم سواء بقبول الطلبات المقدمة فيها ابتداءً أو بردها وعدم إجابة طلبات مقدمها، والدعوى الدستورية لا تخرج عن هذا الإطار ولكن الحكم في الدعوى الدستورية يتميز ببعض الصفات من ناحية حجية هذا الحكم تجاه أطراف الدعوى واتجاه الغير، والأثر الذي يتركه هذا الحكم بالنسبة للمراكز القانونية السابقة والتالية له. وهذا التمايز يرجع إلى أن المحكمة التي تتولى مهمة الرقابة على دستورية التشريعات لها طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة المحاكم الأخرى وهذه الطبيعة الخاصة هي التي تعطي الحجية والأثر الناتج عن الحكم بالدعوى الدستورية خاصية مختلفة عن الحجية والأثر في الدعاوى العادية[١].

وللوقوف على حجية وأثر الحكم الصادر في الدعوى الدستورية سنقسم هذا المبحث على مطلبين:

نناقش في الأول: حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية.

وفي الثاني: أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية على النص المطعون به.

---

(١) د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٣٠١.

المطلب الأول

حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية

إن الغاية من الدعوى التي تقام ضد أي نص تشريعي هو حماية الشرعية الدستورية، فالطعن بعدم دستورية نص ما يعني كون هذا النص مخالفاً لقاعدة عليا. إذ إن الطعن بدستورية النصوص التشريعية لا يتعلق بقرارات فردية تهم مصالح ذاتيه بل إنه طعن يتعلق بنصوص قانونية تتسم بالعمومية والتجريد ويتحدد المخاطبون بها بصفاتهم لا بذواتهم، وبالتالي فإن النتائج المترتبة على الحكم بعدم الدستورية تكون مترامية العواقب(١).

كما إن للدعوى الدستورية طبيعة العينية أي إنها موجه بالخصومة ضد نص تشريعي بالطعن بدستوريته وهذا يعني أن للحكم في الدعوى الدستورية حجية مطلقة ليس فقط بالنسبة لأطرافها بل بالنسبة للجميع، وعلى هذا فلو تم رفع دعوى ضد نص تشريعي سبق للمحكمة الدستورية المختصة أن حكمت بعدم دستوريته فإن هذه الدعوى تكون غير ذات موضوع وبالتالي غير مقبولة(٢).

وإذا كان للحكم في الدعوى الدستورية حجية مطلقة تجاه الجميع فإن الجهة التي تصدره سيكون لها مكانه رفيعة من الناحيتين السياسية والقانونية الأمر الذي يستلزم بالضرورة أن تكون أحكام المحكمة الدستورية المختصة نهائية وغير قابلة للطعن بأي وسيلة كانت. فضلاً عن تمتع أحكامها بالقوة الإلزامية تجاه جميع مؤسسات الدولة. سواء التنفيذية منها أو التشريعية، وإلا كان الحكم بعدم الدستورية غير منتجٍ لأي أثر(٣).

إن الحجية التي يتمتع بها الحكم بالدعوى الدستورية يتلخص بنقطتين اثنتين. الأولى: هي أن الحكم في الدعوى الدستورية يعد نهائياً وملزماً للجميع. والثانية: هي أن الحكم في الدعوى الدستورية له حجية مطلقة. وعلى ما سنفصله فيما يأتي.

---

(١) د. عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، مصدر سابق، ص: ٧٨.

(٢) د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ٣٣٦.

(٣) ينظر: د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٣٠. و د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢١٨.

أولاً: أحكام المحكمة الدستورية المختصة نهائية ولا تقبل الطعن.

إن أهم ما يميز أحكام القضاء الدستوري أنها نهائية وغير قابلة للطعن، والحقيقة أن هذا الأمر متبع في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة المركزية أي رقابة إلغاء. ونرى هذا الأمر جلياً في حالة إذا ما عهدت مهمة الرقابة للهيئة القضائية العليا في البلد إذ غالباً ما تكون قرارات الهيئات القضائية العليا قطعية ونهائية ولا تقبل الطعن، كما نجد أن الأحكام في الدعوى الدستورية تعدُّ قطعية ونهائية وغير قابلة للطعن في الدول التي تنيط مهمة الرقابة لهيئة قضائية متخصصة. أما في حالة الرقابة اللامركزية أو رقابة الامتناع فإن الأمر يختلف إذ إن مهمة الرقابة تقع على عاتق جميع المحاكم وبمختلف درجاتها لذا فإن قرار المحكمة في رقابة الإلغاء يكون قابلاً للطعن به على وفق وسائل الطعن الاعتيادية[١].

لقد نصت أغلب الدساتير والقوانين المنظمة لمسألة الرقابة على دستورية القوانين في الدول التي تأخذ برقابة الإلغاء على كون الحكم في الدعوى الدستورية نهائياً وغير قابل للطعن فعلى سبيل المثال نصت المادة (١٠١) من دستور الإمارات العربية المتحدة على: ((أحكام المحكمة الاتحادية العليا نهائية وملزمة للكافة...))[٢]. وكذا هو الحال في دستور جمهورية العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ إذ نص في المادة (٩١) منه على: ((قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة))[٣].

وفي حين نجد أن الدستور المصري لسنة ١٩٧١ جاء خالياً من النص على عدم جواز الطعن بأحكام المحكمة الدستورية العليا وترك الأمر إلى قانون المحكمة الاتحادية العليا إذ نصت المادة (٤٨) منه على أن: ((أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن)) فضلاً عن نص المادة (٤٩) من القانون أعلاه التي نصت على أن: ((أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها

---

(١) ينظر: د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ١٧٩.

(٢) د. هشام محمد فوزي، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في دورية (الفكر الشرطي)، تصدر عن مركز بحوث شرطة الشارقة، مجلد(١٧) العدد(٣) أكتوبر ٢٠٠٨. ص: ١٠٦.

(٣) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٩.

بالتفاسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة))[١]. في حين أن أغلب الدول التي تأخذ برقابة الإلغاء تنص على هذا الأمر في الدستور[٢].

ويرى الباحث: أن في هذا قصور من المشرع الدستوري المصري؛ ذلك لأن النص على هذا الأمر في القوانين العادية دون الدستور سيؤدي إلى احتمال تعديل هذه النصوص من السلطة التشريعية على وفق هواها إذا ما أرادت تقيد سلطات المحكمة الدستورية العليا. لذا فإن النص على ذلك في الدستور أفضل؛ لأنه يؤدي إلى عدم تمكين السلطة التشريعية من مخالفة هذا النص كما أنه يعطي لقرارات المحكمة الدستورية مزيداً من الهيبة والاحترام من كافة مؤسسات الدولة الأخرى.

وحسناً فعل المشرع العراقي حينما وضع نص المادة (٩١) من الدستور سالفة الذكر، ومع هذا فإنه يعاب على نص المادة سالفة الذكر أنها ذكرت أن قرارات المحكمة الاتحادية العليا "ملزمة للسلطات كافة" وكان الأجدر أن ينص على أن قرارات المحكمة "ملزمة لسلطات الدولة العامة والكافة"؛ لأنَّ قرارات المحكمة الاتحادية العليا لها حجية مطلقة وملزمة لسلطات الدولة العامة، فضلاً عن الكافة من الأشخاص الطبيعية والمعنوية، كما إن الإبقاء على النص مقتصراً على مؤسسات الدولة فقط لا يخلو من قصور وجب على المشرع الدستوري تلافيه[٣].

وبصورة عامة فقد أكدت أحكام القضاء الدستورية إلزام أحكام القضاء الدستوري للكافة وعدم جواز الطعن بها؛ إذ قالت المحكمة الدستورية العليا في مصر في أحد أحكامها على: ((من المقرر أن قضاء هذه المحكمة في تلك الدعوى –وفي حدود ما فصلت فيه فصلاً قاطعاً– إنما يحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى

---

(١) د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٣٠.

(٢) ناقش الدستور المصري لعام ١٩٧١ أحكام المحكمة الدستورية العليا من المادة (١٧٤) إلى المادة (١٧٨) ولم يضمن أي نص يقرر أن أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا باتة ونهائية وغير قابلة للطعن. انظر: عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ٦٢٧. ود. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٣٠٤.

(٣) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٧٦.

الدولة بكامل سلطاتها وعلى امتداد تنظيماتها المختلفة، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو السعي إلى نقضه ..))[١].

ويستتبع أمر كون الحكم في الدعوى الدستورية قطعياً ونهائياً وغير قابل للطعن أن التقاضي أمام المحكمة الدستورية المختصة يكون بدرجة واحدة وان عدم قابلية الطعن يشمل جميع طرق الطعن العادية أو غير العادية وسواء أكان الحكم الصادر قضى بعدم دستورية النص أم برد الدعوى واثبات شرعية النص المطعون به[٢].

ويرجع السبب في عدم جواز الطعن بالحكم الصادر في الدعوى الدستورية هو الرغبة في أن يحسم أمر دستورية النصوص التشريعية مرة واحدة وبوساطة قاضٍ متخصص، وهذا الأمر هو من أهم ميزات الرقابة القضائي المركزية أي رقابة الإلغاء[٣].

ثانياً: الحكم في الدعوى الدستورية له حجية مطلقة.

عادة ما يكون للأحكام القضائية حجية نسبية أي إن الحكم لا يتعدى أثره أطراف النزاع، إلا أن الأمر مختلف في نطاق الدعوى الدستورية إذ إن الدعوى الدستورية هي ذات طبيعة عينية؛ وذلك لأن الخصم فيها نصٌ تشريعي وليس شخصاً قانونياً وهذا الأمر يستتبع أن الحكم فيها يكون له حجية مطلقة بالنسبة لأطراف الدعوى وبالنسبة لسلطات الدولة العامة ، والكافة من الأغيار[٤].

وينتج عن هذه الحجية المطلقة أنه بمجرد صدور الحكم في الدعوى الدستورية فإنه يصبح حجة على الكافة كما لا يجوز إثارة مسألة عدم دستورية النص المطعون به في هذه الدعوى مرة أخرى أمام المحكمة الدستورية المختصة، فضلاً عن إلزام الحكم المحاكم الأخرى بمختلف درجاتها فيما تقضي به[٥].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (٢) لسنة (١٧) ق جلسة ١٩٩٥/٦/٣. نقلاً عن عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص: ١٢١.

(٢) د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٣٠. ود. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٦٩.

(٣) د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٣١.

(٤) د. محمود أحمد زكي، الحكم مصدر سابق، ص: ٤٥٥.

(٥) د. عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، مصدر سابق، ص: ٩٩ – ١٠٠.

ولكن أيكون هذا الأمر على إطلاقه أم أن هناك بعض الاستثناءات؟

للوقوف على مدى حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية سنتطرق لحالتي الحكم في الدعوى الدستورية سواء بالحكم بعدم الدستورية أو برد الدعوى واثبات دستورية النص المطعون به.

١. الحكم بعدم دستورية[١].

لا جدال في أن الحكم بعدم الدستورية يحوز حجية مطلقة تجاه الكافة، فالمحكمة المختصة في حالة إصدارها لحكم يقضي بعدم دستورية النص المطعون به يُعدُّ قرارها هذا نهاية الحياة بالنسبة للنص المطعون به إذ إنه يعد نهائياً وملزماً للسلطات العامة والكافة، فتلتزم جميع المحاكم وبمختلف درجاتها بعدم تطبيق هذا النص على ما يعرض عليها من القضايا. فضلاً عن التزام السلطة التشريعية التي أصدرت هذا النص بأن تعيد النظر فيه، وذلك بأن تقوم بإلغائه أو تعديله بما يتلاءم مع نصوص الدستور. وكذا تلتزم السلطة التنفيذية بعدم تطبيق هذا النص وإيقاف كافة الإجراءات التي اتخذت بناءً عليه[٢].

---

(١) يلاحظ أن الحكم بعدم دستورية نص في ظل "رقابة الامتناع" لا يؤدي إلى إلغاء النص وإنما يؤدي إلى الامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور دون إلغائه. وهذا ما أكدته أحكام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية إذ نص أحد أحكامها الصادر عام ١٩٣٦ في قضية (United States v. Butler) من أنه: ((يجب أن لا يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين، إذ كثيراً ما يقال إن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور وهو قول غير صحيح ، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه لتحدد حقيقة ما بينهما من توافق أو تعارض، فإذا فصلت في هذه المشكلة ورتبت عليها نتيجتها في خصوص الدعوى المعروضة أمامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون)). نقلاً عن د. عزيزة حامد الشريف، أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، بحث منشور في دورية المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق/ جامعة حلوان، ٣٠-٣١/مارس/١٩٩٨. ص: ١٩٥. ود. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ٥٣.

(٢) د. إبراهيم محمد حسنين، أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية، مصدر سابق، ص: ٢٣٠-٢٤٧. وفايز وأشرف اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص: ١٠٩. ود. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ٥٢-٥٣.

وإذا تم الطعن بنص المحكوم بعدم دستوريته مرة أخرى فإن الدعوى لا تُقبل أساساً إذ تلتزم المحكمة الدستورية المختصة برفض أي دعوى توجه لها بشأن عدم دستورية نص ما سبق وأن حكمت بعدم دستوريته[١].

وفضلاً عمّا تقدم فإن حجية الحكم بعدم الدستورية تثبت بنص القانون إذ إن كثيراً ما تنص النصوص الدستورية على حجية الحكم بعدم دستورية بصورة مطلقة واتجاه الكل. فنجد أن دستور الأمارات العربية المتحدة في المادة (١٠١) منه نص على: ((.. وإذا ما قررت المحكمة –أي الاتحادية العليا– عند فصلها في دستورية القوانين والتشريعات واللوائح، إن تشريعاً اتحادياً ما جاء مخالفاً لدستور الاتحاد .. تعين على السلطة المعنية في الاتحاد أو في الأمارات بحسب الأحوال المبادرة إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لإزالة المخالفة الدستورية أو تصحيحها))[٢]. كما نصت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر على: ((ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة: عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم))[٣]. ويفهم من النصوص المتقدمة أن للحكم بعدم الدستورية حجية مطلقة تتجاوز أطراف الدعوى الدستورية لتشمل جميع مؤسسات الدولة العامة والكافة.

ومع كل ما تقدم فقد وجد رأي فقهي يرى أنه لو أحيل الدفع إلى المحكمة المختصة بخصوص فحص دستورية نص ما ورأت المحكمة أنه من الضروري للفصل في هذا النزاع أن تتصدى للنظر في دستورية نص سبق وأن حكمت بعدم دستوريته ففي هذه الحالة يكون للمحكمة المختصة أن تعيد النظر في أمر هذا النص وأن تحكم بشأنه حكماً جديداً قد يختلف عن حكمها السابق ويمكن أن يحدث هذا الأمر خاصة في حالة تغيير أعضاء المحكمة المختصة بأعضاء جدد لما يحمله هذا التغيير من احتمال تغير الآراء بشأن دستورية هذا النص[٤].

---

(١) د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٤٨.

(٢) د. هشام محمد فوزي، مصدر سابق، ص: ١٠٦.

(٣) د. إبراهيم حسنين، أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات، مصدر سابق. ص: ٢٢٧. وعز الدين الدناصوري ود.عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص:٥٧٧.

(٤) د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ٤٧٢.

وكذا الحال إذا ما صدر دستور جديد أو تم تعديل النصوص الدستورية؛ إذ إن الأصل أن المرجع في دستورية تشريع معين يكون إلى أحكام الدستور الذي صدر هذا التشريع في ظله، فإذا ما تم تعديل الدستور أو صدر دستور جديد فإن الأحكام المستحدثة تكون هي المرجع في دستورية هذا التشريع[١].

إلا أن هذا الرأي مردود؛ وذلك لأن نصوص الدستور التي قضت الحجية المطلقة لأحكام المحكمة المختصة شملت الكافة ولم تستثنِ المحكمة ذاتها؛ لذا فإن إلزام أحكام وقرارات المحكمة المختصة ينصرف للمحكمة ذاتها بحيث لا يحوز النص المخالف للدستور على وفق حكم المحكمة على الدستورية حتى ولو تغير الدستور الذي صدر في ظله؛ ذلك لأن القاعدة هي أن النص التشريعي يجب أن يصدر موافقاً لأحكام الدستور المعمول به وقت صدوره[٢]. وقد ورد حكماً للمحكمة الاتحادية العليا في العراق يؤيد هذا الاتجاه إذ نص على: ((المدعي لم يكن ذا مصلحة في الوقت الحاضر؛ لأنّه تم الاستيلاء على الأرض العائدة له قبل صدور الدستور الدائم الحالي وعلى وفق قانون الإصلاح الزراعي الذي كان نافذاً ولا تتعارض أحكامه مع الدستور الذي نفذ في ظله))[٣].

٢. الحكم الصادر برفض الطعن ورد الدعوى.

المشكلة التي تبرز في مدى حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية المختصة برفض الطعن ورد الدعوى، أأن له نفس الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية أم أن له أثراً نسبياً بحيث يمكن إثارة مسألة عدم دستورية النص أمام المحكمة المختصة مرة أخرى ؟ لقد تنازع في هذا الأمر فريقان من الفقه.

<u>يرى الاتجاه الأول:</u> أن أحكام المحكمة المختصة تتمتع بالحجية المطلقة سواء أصدر الحكم بعدم دستورية النص المطعون به أم برفض الطعن ورد الدعوى، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه: أن أحكام المحكمة المختصة تتمتع بالحجية المطلقة بنص

---

(١) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٧٢.

(٢) د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢٠٧.

(٣) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى المرقمة (١٣) اتحادية/٢٠٠٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢٤. نقلاً عن علاء صبري التميمي، مصدر سابق، ص: ٢٠.

القانون الذي لم يميز بين الأحكام التي تصدر منها؛ إذ المتتبع للنصوص التي تطرقت للحجية المطلقة لأحكام المحكمة المختصة يجدها نصت على ذلك بصورة مطلقة وبدون تقييد الأمر الذي يدل على أن المشرع أراد أن تكون الحجية واحدة للأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية سواء برفض الطعن ورد الدعوى أو تقرير عدم دستورية النص المطعون به(١).

كما رد أنصار هذا الرأي على من يقيس الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية على الأحكام الصادرة في دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري بعدِّ أن كلاً من الدعوى الدستورية ودعوى الإلغاء ذات صفة عينية الأمر الذي يستوجب أن تكون لأحكامها حجية مطلقة(٢).

ومع ما تقدم فأن الحكم برد دعوى الإلغاء لا يحوز سوى على الحجية النسبية بحيث يمكن تحريك دعوى جديدة ضد القرار نفسه مرة أخرى، وذلك بأن هناك اختلافاً جوهرياً بين دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية إذ تتعلق الأولى بقضاء المشروعية في حين تنتمي الأخرى لقضاء الشرعية الدستورية ومن شأن هذا أن يؤدي إلى اختلاف الحجية بالنسبة للأحكام الصادرة في كلا الدعوتين. فضلاً عن أن القرار الإداري يوجه في الغالب لمعالجة حالات فردية أو محدودة الأثر فقد يصح انطباق القرار الإداري بالنسبة لفرد دون الآخر في حين أن النص التشريعي يعالج حالة عامة مجردة تنطبق على الجميع(٣).

وفضلاً عمّا تقدم فإن المحكمة المختصة بعد التأكد من شروط قبول الدعوى الدستورية تقوم بفحص دستورية النص المطعون به دون أن تتقيد بالأسباب التي أثيرت من الطاعن. ومن هنا فإنها تنقب عن المخالفة الدستورية سواء أكانت مخالفة شكلية أم موضوعية على ما تم التطرق إليه في المبحث السابق وهذا البحث الشامل

---

(١) د. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق، ص: ٦٢. ود. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٦٠.

(٢) ينظر: د. عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، مصدر سابق، ص: ١٠٥. ود.سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ٣٣٨.

(٣) ينظر: د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٣٤. ود. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ٣٤٠. ود. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٦١.

يقضي بأن المحكمة إذا ما توصلت إلى عدم صحة الدفع فإنها تكون بالضرورة قد أيقنت من دستورية النص الأمر الذي يصبح فيه إثارة الدفع مرة أخرى على النص نفسه نوع من اللغو وأشغال المحكمة بموضوع سبق وأن قامت بفحصه وتدقيقه وإصدار الحكم بشأنه[١].

وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا الاتجاه في أحكامها إذ نصت في أحدى أحكامها على: ((الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية .. تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته، ورفض الدعوى على هذا الأساس ..))[٢].

أما الاتجاه الآخر: فإنه يرى أن الحجية المطلقة تثبت لأحكام المحكمة المختصة الصادرة بعدم دستورية النص المطعون به فقط. أما الأحكام الصادرة برفض الدفع ورد الدعوى فإنها تحوز حجية نسبية بحيث يمكن أن يثار طعن جديد لأسباب ووجوه مغايرة لتلك التي صدر الحكم بدستورية النص بناءً عليها[٣].

ويدعم أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأن الحكم الصادر بعدم دستورية النص المطعون به تأتي بشيء جديد ألا وهو وقف نفاذ النص المطعون به وعدم جواز العمل به وهذا الجديد هو علة إلزامه لسلطات الدولة العامة وللكافة، أما الحكم برفض الدفع ورد الدعوى فإنه لا يأتي بشيء جديد ولا يضيف عنصراً إلزامياً آخر للنص المطعون به وبالتالي فإنه لا يتمتع إلا بحجية نسبية[٤].

---

(١) د.سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ٣٣٩. ود. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٧١.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (١٣٦) لسنة (٥) ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٧. نقلاً عن د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٣٥.

(٣) د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٣٧. ود. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق، ص: ٦٢.

(٤) د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٦٢.

وفضلاً عمّا تقدم فإن المحكمة المختصة إنما تقوم بدور قانوني إلا أنه مشبع بالجانب السياسي. فقد تقوم الأحزاب المسيطرة على السلطة التشريعية بإصدار قانون خلافاً لأحكام الدستور وتحسباً للإلغاء هذا القانون إذا ما أثير دفع جدي فإن هذه الأحزاب تفتعل نزاعاً حول دستورية هذا القانون مع عدم ذكر الأسباب الحقيقية للمخالفة فيصلون إلى حكم يقضي برفض الدفع ورد الدعوى وتقرير دستورية القانون، فيكتسب بذلك حجية مطلقة ولا يمكن بعدها من إثارة مسألة دستورية هذا القانون مرة أخرى(١).

كما إن لقرارات المحكمة المختصة آثاراً سياسية واقتصادية واجتماعية خطيرة وهذه الآثار تؤثر بشكل كبير في قرار المحكمة(٢)، فقد تكون العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية ضاغطة على المحكمة في التوجه باتجاه معين في حكمها في ظل ظروف معينة قد توصلها إلى الحكم بدستورية النص خوفاً على كيان الدولة على اعتبار المبدأ القائم بأن "حماية الدولة مقدم على حماية الدستور" في حين أنها تتمكن من رفع صوتها عالياً بعدم دستورية هذا النص لو تغيرت الظروف المصاحبة للحكم الأول. وبذلك فإن إعطاء الحجية المطلقة للحكم برفض الدفع ورد الدعوى يفوت الفرصة بإعادة النظر في دستورية نص ما بعد تغير الظروف الضاغطة أو عند تقديم أسباب جدية وحقيقية للطعن بدستورية النص المطعون به(٣).

ويضيف أنصار هذا الاتجاه في دعم رأيهم بأن الأحكام الصادرة برفض الطلب ورد الدعوى الدستورية لا تحوز إلا على الحجية النسبية: أن الهدف من إنشاء القضاء الدستوري هو الحفاظ على مبادئ الدستور وهو الأمر الذي دفع المشرع إلى تقرير مركزية الرقابة الدستورية بإناطتها بمحكمة مختصة، إلا أن هذا الهدف لا يتحقق إذا ما أغلق الباب بوجه الأفراد في الطعن بدستورية نص ما لمجرد صدور حكم من المحكمة المختصة بدستورية هذا النص. كما إن الدعوى الدستورية هي

---

(١) د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٣٧.

(٢) يقول د. منير عبد المجيد بهذا الصدد: ((ونشير هنا إلى أنه قد يكون لحكم المحكمة آثار سياسية، ولكنها لا تصدر هذا الحكم عن بواعث سياسية)) ينظر: د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٣١٣.

(٣) د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٦٥.

كسائر الدعاوى الأخرى إنما تقوم على اجتهادات أفراد من المختصين أو أصحاب الشأن فقد يخطأ محام ما ويفوت وجهة طعن صحيحة ويدفع استناداً لوجوه غير صحيحة فإذا ما حكمت المحكمة برفض الطعن ورد الدعوى ترتب على ذلك تحصين النص من الطعن به مستقبلاً لمجرد الخطأ الذي وقع به المحامي بعدم ذكر الوجوه الحقيقية للطعن(١).

وقد أيدت المحكمة العليا التي سبقت وجود المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا الاتجاه في أحكامها إذ نصت على: ((وحيث إنه وفي ضوء ما تقدم فإن قضاء المحكمة برفض الطعن بدستورية القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٦٧ وعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٦٩ ليس له حجية على الكافة، ولا يحول دون الفصل في الدعوى القائمة المرفوعة من مدعيين لم يكن أيهما طرفاً في الدعوى التي قضي فيها برفض الطعن بعدم دستورية التشريعين آنفي الذكر، من ثم يكون الدفع باعتبار الخصومة منتهية غير قائم على أساس سليم من القانون متعيناً رفضه))(٢).

ورأي الراجح في هذا المجال أن الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية لها حجية مطلقة سواء أكانت بعدم دستورية النص المطعون به أم برفض الدفع ورد الدعوى. إلا أنه يستثنى من ذلك الأحكام الصادرة برد الدعوى شكلاً لعدم توافر شروط قبولها كعدم وجود مصلحة شخصية مباشرة لمقدمها أو عدم توافر الصفة القانونية فيه أو تقديمها في خارج الميعاد المحدد ففي هذه الحالات فقط يكون للحكم الصادر برد الدعوى حجية نسبية فقط يقتصر أثرها على الدعوى التي أثير بخصوصها الطعن وعلى أطرافها دون غيرهم؛ إذ إن الحكم الصادر برد الدعوى لتخلف شروط قبولها يستفاد منه أن المحكمة لم تنظر أساساً في موضوع الطعن ولم تتطرق لفحص دستورية النص المطعون به؛ لذا فإن من العدالة أن لا يحوز هذا الحكم إلا على

---

(١) د. نبيلة عبد الحليم كامل، مصدر سابق، ص: ٢٣٦.

(٢) حكم المحكمة العليا الصادر في الدعوى المرقمة (٨) لسنة (٣) ق بجلسة ١٩٧٦/١٢/١١. نقلاً عن: د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٥٣-٤٥٤.

الحجية النسبية ويمكن بالتالي لمن توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الدعوى أن يتقدم بطعن جديد ضد النص المطعون به في الدعوى الأولى[1].

(١) ينظر: د. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق، ص: ٨٣-٨٤. ود. أشرف فايز اللمساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، مصدر سابق، ص: ٧٧. ود. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٧١. ود. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٧٠.

المطلب الثاني

أثر الحكم بعدم الدستورية

علمنا أن الحكم في الدعوى الدستورية له حجية مطلقة تجاه مؤسسات الدولة العامة والكافة، ولكن ما هو أثر الحكم بعدم دستورية النص المطعون به، أيكون لهذا الحكم أثراً فورياً بإلغاء النص التشريعي المخالف للدستور أم أن الأمر يتعدى هذا الأثر ليشمل أثراً رجعياً من تاريخ صدور النص المطعون به ومحو جميع آثاره وكأنه لم يكن موجوداً أساساً ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل يقضي البحث في أثر الحكم في الدعوى الدستورية فيما إذا كان حكماً كاشفاً أم منشأً . فإذا ما كان للحكم في الدعوى الدستورية أثرٌ كاشفٌ فيعدّ النص المقضي بعدم دستوريته منعدماً منذ صدوره؛ لأنّ الحكم هنا لم ينشأ حالة قانونية جديدة وإنما قرر حالة موجودة أساساً ولم يكن له دور إلا في كشفها. أما إذا كان الحكم منشأً لحالة قانونية فإن النص يكون ملغياً من تأريخ صدور الحكم دون أن يكون له أثر رجعي كون الحكم أوجد حالة جديدة لم يكن لها وجود قبله ألا وهي انعدام دستورية النص[1].

وللوقوف على الأثر الناتج عن الحكم بعدم دستورية النص المطعون به: سنتناول بالبحث الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية، ومن ثمة سنتطرق لحالتي انعدم الدستورية في النصوص الجنائية والنصوص الضريبية.

أولاً: الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية.

إن الأصل في الأحكام القضائية أنها ذات طبيعة كاشفة وليست منشأة فهي تكشف عن حالة هي موجودة أساساً وهي إنما تقرر وجودها وتعطيها القوة في النفاذ. والأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية لا تخرج عن هذا الأساس فالنص غير الدستوري هو مشوب بعيب مخالفة الدستور منذ صدوره وحكم المحكمة المختصة لا

(١) د. عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، مصدر سابق، ص: ١١٠.

يغير مضمونه ولا يبدل أحكامه وإنما يقتصر دوره على كشف هذه الحقيقة وإلزامها للكافة[١].

ولكن الدول تختلف في الاعتراف بالطبيعة الكاشفة للحكم بعدم الدستورية[٢]. ويرجع هذا الاختلاف إلى الطريقة التي انتهجت للرقابة على دستورية التشريعات فيما إذا كانت عن طريق الامتناع عن تطبيق النصوص المخالفة للدستور (رقابة الامتناع) أم عن طريقة إلغائها (رقابة الإلغاء) .

ففي الولايات المتحدة الأمريكية التي تعد مهد رقابة الامتناع فإن قرارات المحكمة الفدرالية العليا بهذا الصدد قد اختلفت بين إعطاء الأثر الفوري لقراراتها بالامتناع عن تطبيق نص مخالف للدستور وبين إعطاء الأثر الرجعي بهذه القرارات. فمنذ ثمانينيات القرن التاسع عشر كان لأحكام المحكمة الفدرالية العليا أثرٌ رجعيٌ يمتد إلى تأريخ صدور النص المخالف للدستور[٣].

إلا أنه ما لبث وأن تغير هذا الاتجاه في قضاء المحكمة ولاسيما في عقد الستينيات من القرن الماضي، ليتحول إلى إعمال الأثر الفوري خاصة خلال مدة محكمة (Warren) إذ بدأت المحكمة تعمل الأثر الفوري لأحكامها؛ ويرجع السبب في هذا التحول إلى أن المحكمة قد أفرطت في إعمال الأثر الرجعي لأحكامها مما أدى إلى إحداث آثار جسيمة بمصالح الأفراد الذين اعتمدوا على وجود هذا القانون قبل القضاء بعدم الدستورية[٤].

وبالرجوع إلى نص المادة (٣) من الدستور الأمريكي التي استندت إليها المحكمة الفدرالية العليا لتسويغ مراقبتها على دستورية التشريعات نجد أنه لم يتضمن نصاً

---

(١) ينظر: د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٤١. ود. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ٩٢.

(٢) فالحكم بعدم الدستورية لا يكون له إلا أثراً فورياً في عدة بلدان منها: أسبانيا، واليونان ، وتركيا ، ورومانيا، وسلوفاكيا، والتشيك. ينظر: د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ٩٣.

(٣) ينظر: د. عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، مصدر سابق، ص: ١٢٠-١٢١. د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ١٠٠.

(٤) د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٢٦١.

حاسماً بشأن سريان الحكم بعدم الدستورية لذلك فإن للمحكمة الفدرالية العليا مرونة كبيرة في إعمال الأثر الرجعي أو الأثر الفوري على وفق ظروف كل دعوى[١].

أما في مصر التي تأخذ برقابة الإلغاء، فالأمر يختلف ذلك؛ لأنّ الدستور المصري وفي المادة (١٧٨) نصت على: ((..وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار))[٢].

وبهذا فإن الدستور المصري قد أحال أمر الأثر المترتب عن الحكم بعدم دستورية نص ما للقانون والحقيقة أن النص على هذا الأمر في الدستور كان أجدى على ما سنراه في تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا. وعلى العموم فقد نصت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر على: ((ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن..))[٣]. وظاهر نص المادة (٤٩) أنه فيما عدا النصوص الجنائية فلا يترتب على الحكم بعدم الدستورية أثراً رجعياً، وأن أثره يبدأ من تاريخ اليوم التالي للنشر، وبذلك يحتفظ النص المخالف للدستور بقوت نفاذه إلى تاريخ نشر الحكم، ويرجع السبب في إعطاء الحكم هذا الأثر هو رغبة المشرع بضمان الاستقرار التشريعي وضمان الحقوق المكتسبة من جراء نفاذ النص المطعون به[٤].

إلا أنه ظهر في الفقه الدستوري المصري اتجاه معارض لما تقدم يرى أن تفسير نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بمراعاة ما ورد في المذكرة

---

(١) ينظر: د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٢٦٧. ود. هشام محمد فوزي، مصدر سابق، ص: ١٢٧-١٣١.

(٢) عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص:٦٢٨.

(٣) نفس المصدر، ص: ٥٧٧.

(٤) د. عزيزة حامد الشريف، أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، مصدر سابق، ص: ٢١٢. ود. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق، ص: ١١٢. ود. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ٣٣١. وينظر على سبيل التفصيل: د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٨٥-٤٩٠. د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ١٠٢.

الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا التي أكدت على أن المقصود من نص المادة (٤٩) هو عدم تطبيق النص المخالف للدستور ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية النص. على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم(١)، فضلاً عن أن الرجوع إلى القواعد العامة التي تقرر الأثر الكاشف للأحكام القضائية، وطبيعة الرقابة المقررة في مصر وهي رقابة إلغاء. كل ما تقدم يؤيد تقرير الأثر الرجعي الكاشف للحكم الصادر في الدعوى الدستورية(٢).

وقد أيدت أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا الاتجاه مقررة الأثر الرجعي لأحكامها بعدم الدستورية وبصورة مطلقة، فقد نصّت في حكم لها على: ((الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مركزاً أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره. الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة .. واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه –أي نص المادة (٤٩)– هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى

---

(١) د. نبيلة عبد الحليم، مصدر سابق، ص: ٢٤١. ود. صبري محمد السنوسي محمد، مصدر سابق، ص: ١١٤.

(٢) ينظر: د. دعاء الصاوي يوسف، مصدر سابق، ص: ٢٢٠. ود. سناء سيد خليل، النظام القانوني المصري ومبادئ حقوق الإنسان،بحث منشور على موقع البوابة القانونية على الرابط التالي// www.tashreaat.com. ود. عزيزة الشريف، القضاء الدستوري المصري، مصدر سابق، ص:١١٢–١١٤. ود. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٩١–٤٩٨. ود. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ١٠٥–١٠٦.

من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم ...))[١].

إلا أنه في عام ١٩٩٨ صدر قرار من رئيس الجمهورية بقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر بالنص التالي: ((ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون، أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر[٢]، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثراً مباشراً، وذلك دون الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص)).

ويلاحظ أن هذا التعديل على ما قيل في عدم شرعيته[٣] حاول أن يحسم النزاع الثائر حول الأثر الناتج على الحكم بعدم الدستورية بأن يرتب الأثر الفوري للحكم إلا ألا أنه أعطى للمحكمة حق النص على الأثر الرجعي في قرار الحكم بعدم الدستوري إذا رأت مقتضى لذلك. ومع ذلك فإن هذا التعديل لم ينه الجدل حول أثر الحكم بالدعوى الدستورية بل على العكس فإنه أدى إلى اختلاف أكبر بين من يرى أن الحكم بعدم الدستورية له أثر فوري ومباشر فقط، واتجاه آخر يرى أن الأثر الفوري المباشر هو الأصل وأن الأثر الرجعي لا يكون إلا استثناءً وبناءً على قرارا المحكمة.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المرقمة (٣٧) لسنة (٩) ق بتاريخ ١٩٩٠/٥/١٩. نقلاً عن: د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص: ٤٩٤-٤٩٦. ولتفصيل أوسع انظر: د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٤٩٩-٥٠٧.

(٢) تضمن نص قرار التعديل ((.. تاريخاً أخر أسبق ...)) أي بزيادة كلمة : (أسبق) إلا أنه تم إصدار استدراك من قبل رئاسة مجلس الوزراء تضمن إلغاء هذه الكلمة من نص التعديل على اعتبار أنها من الأخطاء المادية التي وقعت في النص. ولتفصيل أوسع انظر: د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٥٣٤-٥٣٥.

(٣) ينظر بهذا الصدد: سناء سيد خليل، مصدر سابق، فقرة ١١. ود. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٣١٠. ود. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ٣٣٤-٣٣٥. ود. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٥٤٠-٥٨٢.

فضلاً عن وجود اتجاه ثالث يرى التفريق بين النصوص الضريبية وغير الضريبية على التفصيل الذي ورد في التعديل[١].

أما في العراق فلم يتضمن الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ نصاً يحدد الأثر القانوني للحكم بعدم الدستورية ولا شك أن هذا قصوراً وجب على المشرع الدستوري تلافيه في حالة تعديل الدستور، فمن الأفضل أن يتضمن الدستور نصاً يبين الأثر الناتج عن الحكم بعدم الدستورية وبصورة قاطعة لإنهاء الجدل حول هذا الأمر ولتلافي ما وقع في الفقه والقضاء الدستوري المصري بخصوص هذا الموضوع.

وإذا كان أمر تعديل الدستور سيستغرق وقتاً وجهوداً سياسية وقانونية كبيرة فلا بُدَّ من أن يضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا – المزمع إصداره– نصاً متعلقاً بالأثر الناتج عن الحكم بعدم الدستورية[٢].

وعلى العموم فقد تضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا الذي صدر بموجب قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وقبل صدور دستور جمهورية العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ نصاً يتعلق بالأثر الناتج عن الحكم بعدم الدستورية، وذلك في الفقرة ثانياً من المادة (٤) التي نصت على: ((تتولى المحكمة الاتحادية العليا الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والأنظمة .. وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية)). ويلاحظ أن المشرع في هذا النص لم يحسم الأمر أيضاً. ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة بعدِّ الحكم القضائي حكماً كاشفاً وليس منشئاً فلا بد من سريان أثر الحكم بعدم دستورية بأثر رجعي يمتد إلى تأريخ صدور النص المخالف للدستور. كما يمكن الاستنتاج من استعمال المشرع للفظة (وإلغاء) على نية المشرع إعطاء الحكم بعدم الدستورية للأثر الرجعي،

---

(١) ينظر: د. صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، مصدر سابق، ص: ١٣٤. ود. محمود أحمد زكي، الحكم المصدر السابق، ص: ٥٨٧-٥٩٦.

(٢) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص: ١٧٢.

وذلك لأن معنى الإلغاء إنهاء حياة النص من تاريخ صدوره وإبطال أي أثر له وكأنه لم يكن أساساً[١].

ثانياً: أثر الحكم بعدم دستورية نص جزائي.

إن النصوص الجزائية تختلف عن كافة النصوص القانونية الأخرى لأنها محكومة بمبدأ "شرعية الجريمة" وهذا المبدأ يعني: أن أي فعل أو سلوك يصدر من الأفراد لا يشكل جريمة تحت أي ذريعة إلا إذا وجد نص قانوني نافذ يقرر إضافة الصفة الجرمية على ذلك الفعل أو السلوك ويُفرض عليه جزاءٌ محددٌ، بشرط أن يصدر هذا النص قبل ارتكاب الفعل أو السلوك المعاقب عليه[٢].

وبهذا فإنه لا يجوز عقاب أي شخص عن سلوك صدر منه إلا إذا كان هناك نص قانوني يجرم ذلك السلوك ويجب أن يكون هذا النص صادر قبل ارتكاب السلوك الإجرامي. وبهذا فإنه إذا ما صدر حكم قضائي بعدم دستورية نص عقابي، فيعدُّ أي حكم بالإدانة صدر بناءً على ذلك النص كأن لم يكن؛ لأن السلوك لم يعد مجرّماً وبهذا فإن الجريمة تنتفي أساساً لانتفاء سندها القانوني المتمثل في النص العقابي المحكوم بعدم دستوريته، وبهذا فإن الحكم بعدم دستورية نص عقابي يجب أن يسري بأثر رجعي بحيث أنه يلغي كافة الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إليه وعدَّها كأن لم تكن، والحقيقة أن هذا الأمر من مقتضى المنطق والعدل إذ لا يجوز أن يعاقب أي شخص استناداً لنص عقابي ثبت أنه يخالف الدستور[٣].

وإلغاء الحكم بالإدانة يستتبع آثاراً عديدة سنفصلها بالنقاط الآتية:

١. وجوب الإفراج عن الأشخاص الذين يقضون عقوبة حكم صدر استناداً للنص المقضي بعدم دستوريته.

إن من النتائج المباشرة لحكم بعدم دستورية النص العقابي وإلغاء أحكام الإدانة التي صدرت بناءً عليه هو الإفراج المباشر عن أي شخص يقضي عقوبة حكم صدر

---

(١) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ، مصدر سابق ، ص: ٩٠.

(٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧. ص: ٣٥.

(٣) د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ٣٣٠.

بناءً على النص المخالف للدستور، وذلك بمجرد نشر الحكم في الجريدة الرسمية وتنتهي كافة الإجراءات المتعلقة بذلك الحكم ويتم الإفراج عن الشخص ما لم يكن موقوفاً على ذمة لقضايا أُخرى(١).

٢. إلغاء الحكم بالإدانة يستتبع عدم عدِّه سابقة في العود.

يعرف العود بأنه: ارتكاب الشخص لجريمة أو أكثر بعد أن سبق الحكم عليه نهائياً من أجل جريمة أو جرائم أخرى. ويترتب على العود تشديد العقوبة على الجاني كونه يعد دليلاً على أن عقوبة الجريمة الأولى لم تكن كافية في تقويم سلوكه وإصلاحه ومن ثم فإنه يكون على درجة أكبر من الخطورة من المجرم المبتدئ . وبذلك فإن العود يعد ظرفاً شخصياً مشدداً للعقوبة سواء أكان الجاني فاعلاً أصلياً للجريمة أم شريكاً فيها(٢).

ومن خلال التعريف السابق يتضح أن من شروط تطبيق ظرف العود هو الحكم على الجاني لارتكابه جريمة ما حكماً نهائياً . وبذلك فإنه إذا ما كان الحكم الصادر بالعقوبة قد استند إلى قانون حكم بمخالفته للدستور فإن هذا الحكم يعد لاغياً حتى ولو كان حكماً نهائياً، وإذا أُلغي هذا الحكم سقطت جميع آثاره ومن ضمنها عدم جواز الاحتجاج بالحكم الملغي بعدِّه شرطاً لإعمال ظرف العود إذا ما ارتكب الشخص الذي حكم عليه بموجب النص المخالف للدستور سلوكاً جنائياً جديداً، بل إنه يعد فاعلاً مبتدئ إلا إذا كان محكوماً عليه في دعاوى أخرى.

٣. محو السابقة من صحيفة الحالة الجزائية.

إن إلغاء حكم الإدانة الذي استند إلى نص حكم بعدم دستوريته يستتبع إلغاء كافة الآثار المترتبة على هذا الحكم ومنها أن تمحى العقوبة المفروضة على الشخص من صحيفة السوابق الجزائية لذلك الشخص، وبذلك ترجع صحيفته الجزائية خالية إلا إذا كان قد حكم عليه بجريمة أخرى(٣).

---

(١) فايز وأشرف اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص: ١٣٧.

(٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، مصدر سابق، ص: ٤٧٤. ود. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٢. ص: ٤٤٨.

(٣) فايز وأشرف اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص: ١٣٦.

٤. رد الاعتبار لمن قضى عقوبة حكم صدر استناداً للنص المقضي عدم دستوريته.

إن الحكم على أي شخص بجناية أو جنحة يؤدي إلى اعتبار المحكوم عليه عنصراً مضراً بالمجتمع مما يؤدي إلى صعوبة اندماجه بالمجتمع بصورة طبيعية مرة أخرى، لذا فقد أعطى القانون للشخص الذي قضى عقوبة ما حق رد الاعتبار إذا اثبت صلاحيته للاندماج في المجتمع مرة أخرى وذلك بموجب حكم قضائي يصدر بهذا الخصوص.

إلا أن رد اعتبار من قضى عقوبة حكم صدر استناداً لنص مخالف للدستور يكون بقوة القانون؛ وذلك لأنه يثبت للمتهم بمجرد صدور الحكم بعدم دستورية النص العقابي بشرط ان لا يكون قد صدر بحقه عقوبة أخرى بناءً على نص عقابي آخر. ويترتب على رد الاعتبار القانوني محو كافة آثار الحكم بالإدانة بالنسبة للمستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجانبية[١].

ثالثاً: أثر الحكم بعدم دستورية النص ضريبي.

تعرف الضريبة بأنها: فريضة نقدية يدفعها المكلف بصورة جبرية ونهائية للدولة أو أحدى هيئاتها دون مقابل إسهاماً منه في تحمل التكاليف والأعباء العامة للدولة[٢].

ومن المعلوم أن الضريبة لا تفرض إلا بناءً على قانون بل إن مسألة فرض الضريبة بقانون أصبحت مبدأ من المبادئ الدستورية يكاد لا يخلو دستور من النص عليه فقد نص الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ في المادة (٣٥) منه على: ((أداء الضريبة المالية واجب على كل مواطن. ولا تفرض الضرائب المالية ولا تعدل ولا تجبى إلا بقانون))[٣].

---

(١) نفس المصدر، ص: ١٣٩-١٤٠.

(٢) د. نوزاد الهيتي، مقدمة في المالية العامة، طبعة جامعة الفاتح، بلا م، بلا ت. ص: ١٠٧.

(٣) د. أعاد علي حمود، المالية والتشريع المالي(الكتاب الثاني) الضريبة والتشريع الضريبي العراقي، طبعة بيت الحكمة بغداد، ١٩٨٨. ص: ٥١.

أما الأثر الذي يترتب على الحكم بعدم دستورية نص ضريبي فقد اختلف من دولة لأخرى ومن نظام رقابي لآخر.

ففي مصر حسم تعديل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا أمر رجعية الحكم بعدم دستورية نص ضريبي إذ نص التعديل على: ((.. على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص)). وبذلك منع المشرع الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية النص الضريبي ولم يرتب له إلا الأثر الفوري وقد برر هذا الاتجاه في المذكرة الإيضاحية للتعديل بان الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص ضريبي يؤدي إلى أن ترد الدولة ما تحصلت عليه من أموال بناءً على النص المخالف للدستور والتي تكون قد أنفقتها في مجال تغطية الأعباء العامة، وذلك يؤدي إلى عجز الدولة عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية ويعوقها عن تطوير أوضاع المجتمع ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز الحاصل في موازنتها وهذه كلها آثار خطيرة تهدم الأوضاع القائمة وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها. ويلاحظ هنا أن التعديل قد استثنى من له مصلحة في الخصومة الدستورية بأن يكون له الاستفادة من الحكم بعدم الدستورية برد ما دفعه من الضريبة الملغية[١].

وقد وجهت انتقادات عدّة لهذا التعديل منها: بأن عدم إعطاء الحكم بعدم دستورية النص الضريبي الأثر الرجعي يمثل تفرقه غير مسوغة وتتنافى مع نصوص الدستور التي تدعو إلى أن يقوم النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية . وعدم إعمال الأثر الرجعي لا يحقق العدالة كما لا يجوز التفريق بين دافع الضريبة الذي استطاع أن يقدم الدعوى الدستورية واستفاد من الحكم بعدم الدستورية وبين المكلفين الآخرين الذين لم يستفيدوا من ذلك الحكم.

---

(١) ينظر: د. عصام أنور سليم، مصدر سابق، ص: ٢١٠. ود. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٥٣٠-٥٣١. ود. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ١١٤.

فضلاً عن أن الدستور حظر المصادرة العامة للأموال كما إن المصادرة الجزئية لا تقوم إلا من خلال حكم قضائي، وعدم إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص ضريبي يعد مصادرة عامة لما منع من استرداده من الضرائب المدفوعة[١].

أما في العراق فلم يتضمن الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ نصاً يحدد الأثر القانوني للحكم بعدم الدستورية، فقد نصت المادة (٩٣) منه على: ((تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة..)) وبذلك فهي لم تبين الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية النص المطعون به أمام المحكمة. عكس قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الذي رتب أثر الإلغاء على القوانين المخالفة للدستور[٢].

وبالرجوع إلى أحكام قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ نجد أن نص الفقرة (ثانياً) من المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا تطرق إلى إلغاء التشريعات التي تعارض مع قانون إدارة الدولة فقد نصت على: ((تتولى المحكمة الاتحادية العليا الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والأنظمة .. وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية)). وبالرجوع إلى القواعد العامة بعدّ الحكم القضائي حكماً كاشفاً وليس منشئاً فلا بد من سريان أثر الحكم بعدم دستورية أي نص بأثر رجعي يمتد إلى تأريخ صدور النص المخالف للدستور[٣].

---

(١) فايز وأشرف اللمساوي، المحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص: ١٤٠-١٤١. ولتفصيل أوسع انظر: د. منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص: ٣١٠. ود. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص: ٣٣٤-٣٣٥. ود. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص: ٥٤٠-٥٨٢. ود. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ١٠٥.

(٢) ينظر: نص المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

(٣) د. مها بهجت يونس، المحكمة الاتحادية العليا ورقابتها على دستورية القوانين، مصدر السابق، ص: ١٧٣.

كما إن لفظة (إلغاء) تعبر عن نية المشرع إعطاء الحكم بعدم دستورية الأثر الرجعي، وذلك لأن معنى الإلغاء إنهاء حياة النص من تاريخ صدوره وإبطال أي أثر له وكأنه لم يكن أساساً[1].

ويرى الباحث: أن على المشرع العراقي أن لا يميز بين النص الضريبي وغيره من النصوص الأخرى لتجنب الوقوع فيما وقع فيه المشرع المصري كما سبق توضيحه.

(١) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص: ١٢١.

الخاتمة

الخاتمة

إن الوقوف على الطبيعة القانونية الخاصة للدعوى الدستورية دفع الباحث للتطرق لعدّة مواضيع في أثناء هذه الرسالة .

فقد تطرق الباحث لتعريف الدعوى الدستورية من خلال الوقوف على معناها اللغوي وهو الطلب القائم على حق متعلق بالوثيقة الدستورية. في حين أن المعنى الاصطلاحي للدعوى الدستورية يكمن في الطلب المقترن باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحق متعلق بنصوص الوثيقة الدستورية. ومن خلال توضيح المعنى الاصطلاحي توصل الباحث إلى تعريف عام للدعوى الدستورية إذ يمكن تعريفها بأنها: سلطة قانونية تتمتع بها بعض هيئات الدولة العامة والأفراد في بعض الأحيان تمكنهم من اللجوء إلى القضاء للدفاع عن حقوقهم السياسية المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية. ومن خلال التعريف العام للدعوى الدستورية تم التوصل لتعريف خاص للدعوى متعلق بموضوع هذه الرسالة المتضمن الرقابة على دستورية التشريعات وبذلك فقد عرفت الدعوى الدستورية بالمعنى الخاص بأنها: وسيلة قانونية اختيارية خولت –بموجب القانون– لهيئة أو فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لإيقاع الجزاء الذي يقرره القانون على إخلال السلطة التشريعية أو أي سلطة أخرى لها الحق بإصدار تشريعات عامة مجردة بالواجب الذي تنطوي عليه القاعدة القانونية الدستورية.

ولفهم الدعوى الدستورية تم التطرق للأساس القانوني للدعوى الدستورية وهو مبدأ علوية قواعد الدستور الذي يفترض أن القاعدة الدستورية تقع في قمة هرم النظام القانوني وعلى جميع التشريعات الدنيا أن تحترم القواعد الدستورية وأن لا تخالفها والوسيلة المثلى لضمان هذا الالتزام هو من خلال الدعوى الدستورية.

وللدعوى الدستورية خصائص مميزة: فهي دعوى عينية لكون الخصومة فيها متجهة إلى النصوص التشريعية وليست ضد أشخاص قانونية. كما إن الدعوى الدستورية دعوى مستقلة على رغم من ارتباطها في بعض الأحيان بدعوى أخرى. وهي ذات طبيعة خاصة فهي تجمع بين صفات الدفع الفرعي والدعوى المستقلة.

فضلاً عن أنها ترفع ضد نص تشريعي، فالمدعي في الدعوى الدستورية يتخاصم النص التشريعي المطعون به.

وللدعوى الدستورية أركان أساسية وجب توافرها لكي يمكن أن تقام وهذه الأركان تتمثل بوجود دستور على أن يكون متمتعاً بسمة خاصة وهي سمة الجمود الذي يفرض وجود إجراءات خاصة في تعديل بنود الدستور تختلف عن القوانين العادية. كما وجب لوجود الدعوى دستورية أن يكون هناك قضاء مختص بالنظر في دستورية التشريعات سواء أكان قضاءً دستورياً متخصصاً أم قضاءً يختص بالنظر بدستورية التشريعات فضلاً عن مهام أخرى غير دستورية. وأخيراً وجب أن يكون هناك إيمان بمبدأ المشروعية الدستورية الذي يعني وجوب التزام جميع سلطات الدولة بالدستور. كل هذه الأمور يجب أن تتوافر مجتمعة لكي يمكن الحديث عن وجود دعوى دستورية.

وللدعوى الدستورية صور عدّة متمثلة بدعوى الإلغاء التي تعد دعوى قضائية مباشرة تقام ضد النص المطعون به لغرض إلغائه كوسيلة هجومية تهدف إلى التخلص من النص التشريعي المخالف للدستور بصورة حاسمة ونهائية. ودعوى الامتناع التي تتمثل بدفع فرعي هدفه التخلص من النص المخالف للدستور من خلال الامتناع عن تطبيقه دون التعرض له بالإلغاء ويطلق عليها دعوى بصورة مجازية إذ هي لا تعد سوى دفع فرعي في دعوى قائمة أمام القضاء.

وللدعوى الدستورية طرق عدّة للاتصال بالقضاء فهي إما أن تتصل بالهيئة القضائية المختصة عن طريق دفع فرعي مقدم من أحد الخصوم لمحكمة موضوع في أثناء نظرها في دعوى ما مقترن بالإحالة إلى الهيئة القضائية المختصة، أو من خلال إحالة تلقائية لمحكمة الموضوع دون وجود أي دفع من أطراف الدعوى، أو قد تتصل الهيئة القضائية المختصة بالدعوى الدستورية بصورة تلقائية عن طريق التصدي التلقائي للقاضي الدستوري، وفي بعض النظم الدستورية يعطى الحق للأفراد ولبعض المؤسسات حق تقديم الدعوى الدستورية بصور مباشرة للهيئة القضائية المختصة.

وللدعوى الدستورية شروط محددة لكي يمكن قبول النظر بها أمام القضاء الدستوري، فلا بد من توافر مصلحة جدية واضحة ومشروعة لمقدمها ويختلف شرط المصلحة الواجب توافره بحسب طريقة اتصال الهيئة القضائية المختصة بالدعوى الدستورية، كما يشترط في مقدمها توافر الصفة القانونية التي تخوله اختصام النص المطعون به. فضلاً عن وجوب تقديم الدعوى الدستورية في ميعاد محدد وجزاء عدم تقديمها في هذا الميعاد وهو عدم جواز النظر بها.

والقاضي الدستوري لا يلتزم بقاعدة عدم تجاوز طلبات الخصوم في الدعوى المقررة بموجب قانون المرافعات، بل إنه يتعدى ذلك في إطار الدعوى الدستورية إذ هو يراقب كافة أوجه مخالفة القاعدة الدستورية سواء من حيث المخالفات الشكلية المتمثلة بمخالفة قواعد الاختصاص أو مخالفة الإجراءات الشكلية الواجب توافرها لإصدار التشريع بصورة قانونية، أو من حيث المخالفات الموضوعية المتمثلة بمخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور وهنا يراقب القاضي المخالفات التي وقع فيها المشرع بحسب ما إذا كان للمشرع سلطة تقديرية أو مقيدة في إصداره للتشريع كما يراقب القاضي مدى انحراف المشرع عن الغاية الأساسية المفترض أن يهدف لها من خلال تشريعه للنص المطعون به.

وأخيراً فإن للحكم في الدعوى الدستورية حجية مطلقة تجاه سلطات الدولة والكافة وهذا خلاف القاعدة العامة في الأحكام القضائية ذات الحجية النسبية المتعلقة بأطراف النزاع فقط دون التعدي إلى الآخرين، إلا أن البعض فرق بين ما إذا كان الحكم صدر بعدم دستورية النص أو الحكم برد الدعوى ورفض الطعن، فالحكم يكون ذا حجية مطلقة في الأولى دون الثانية إلا أن الرأي الراجح في هذا المجال أن الحكم بالدعوى الدستورية يتمتع بالحجية المطلقة عدا حالة رد الدعوى بسبب عدم توافر الشروط لقبولها.

كما إن اتجاهات الأنظمة الدستورية تختلف في إعطائها الأثر الفوري أو الرجعي للحكم بعدم الدستورية والراجح أنه يجب أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثرٌ رجعيٌ كون الحكم القضائي له أثر كاشف ومقتضى ذلك أن الحكم بعدم دستورية

نص ما يعني أنه كشف هذا الأمر وبالتالي فإن النص يعد غير دستوري منذ صدوره وعلى ذلك فلا بد من إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

ومن خلال ما تقدم استنتج الباحث ما يأتي:

١. يمكن تعريف الدعوى الدستورية بأنها: وسيلة قانونية اختيارية خولت –بموجب القانون– لهيئة أو فرد الحق في اللجوء إلى القضاء لإيقاع الجزاء الذي يقرره القانون على إخلال السلطة التشريعية أو أي سلطة أخرى لها الحق بإصدار تشريعات عامة مجردة بالواجب الذي تنطوي عليه القاعدة القانونية الدستورية.

٢. إن الأساس القانوني للدعوى الدستورية هو مبدأ علوية قواعد الدستور.

٣. إن للدعوى الدستورية خصائص مميزة تبرز الطبيعة القانونية الخاصة التي تتمتع بها إذ هي دعوى عينية مستقلة ذات طبيعة خاصة موجه بالخصومة ضد نص تشريعي.

٤. إن للدعوى الدستورية أركاناً محددة يجب توافرها مجتمعة لقيامها وهي وجود دستور ذي سمات خاصة ووجود هيئة قضائية تنظر في الدعوى الدستورية، فضلاً عن الإيمان بمبدأ المشروعية.

٥. إن الصور الأساسية للدعوى الدستورية تكمن في دعوى الإلغاء. أما دعوى الامتناع فهي لا تعد سوى دفع فرعي مرتبط بدعوى قائمة أمام القضاء العادي.

٦. تختلف الطريقة التي تتصل بها الهيئة القضائية المختصة بالدعوى الدستورية بين نظام دستوري وآخر إلا أنها عموماً لا تخرج عن أربع طرق: طريقة الإحالة المستندة إلى دفع فرعي، وطريقة الإحالة التلقائية، وطريقة التصدي التلقائي من القاضي الدستوري، وأخيراً طريقة الدعوى المباشرة.

٧. إن للدعوى الدستورية شروطاً خاصة لقبولها تتمثل بوجوب وجود مصلحة خاصة ومباشرة لمقدمها، فضلاً عن توافر الصفة القانونية التي تخول مقدم الدعوى اختصام النص القانوني. وأخيراً وجوب رفعها ضمن الميعاد المحدد لها.

٨. إن القاضي الدستوري لا يتقيد بطلبات أطراف الدعوى وإنما يتعدى ذلك إلى فحص دستورية النص المطعون به من كافة الجوانب الشكلية والموضوعية.

٩. إن للحكم في الدعوى الدستورية حجية مطلقة تجاه سلطات الدولة والكافة، وتشمل هذه الحجية كافة الأحكام الصادرة سواء بالحكم بعدم دستورية النص المطعون به أو رد الدعوى ورفض الطعن. ويستثنى من ذلك الحكم برد الدعوى لعدم توافر شروط قبولها.

١٠. إن الحكم بالدعوى الدستورية له أثر كاشف كأي حكم قضائي آخر. ويستتبع هذا الأمر أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي بحيث يتم إلغاء النص من تأريخ صدوره . مع الأخذ بعين الاعتبار الحقوق القانونية المكتسبة في ظله.

١١. من خلال كل ما تقدم استنتج الباحث أن "للدعوى الدستورية طبيعة قانونية خاصة تميزها عن الدعاوى القانونية الأخرى".

تم بحمد الله وفضله.

المصادر

القرآن الكريم

١. الكتب والمؤلفات.

أ. الكتب والمؤلفات باللغة العربية

- **إبراهيم محمد حسنين.**

– الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٣.

– أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٦.

- **إلياس جوادي.**

– رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٩.

- **أحمد فتحي سرور.**

– الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٣.

– القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢.

- **إحسان المفرجي، وكطران زغير، ورعد الجدة.**

– النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، جامعة بغداد الطبعة الثانية ٢٠٠٧.

- **أشرف فايز اللمساوي.**

– الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٧.

– دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩.

- **أشرف فايز اللمساوي. وفايز اللمساوي.**

– المحكمة الدستورية العليا، عماد للكتب القانونية، بلا مكان أو سنة نشر.

- **أعاد علي حمود.**

- المالية والتشريع المالي(الكتاب الثاني) الضريبة والتشريع الضريبي العراقي، طبعة بيت الحكمة بغداد، ١٩٨٨.

- **أمين عاطف صليبا.**

- دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، ٢٠٠٢.

- **آدم وهيب النداوي.**

- المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بلا سنة طبع.

- **حسين عثمان محمد عثمان.**

- النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.

- **خليل جريج.**

- الرقابة القضائية على أعمال التشريع، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١.

- **خليل حميد عبد الحميد.**

- القانون الدستوري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٩.

- **دعاء الصاوي يوسف.**

- القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

- **رجب عبد الحميد.**

- القانون الدستوري النظرية العامة، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠١٠.

- **رفعت عيد سيد.**

- الوجيز في الدعوة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

- **سالم بن راشد العلوي.**

- القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.

- **سامي جمال الدين.**

- القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.

- **سحر محمد نجيب.**

– التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١.

- **صبري محمد السنوسي محمد.**

– آثار الحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- **عبد الأمير العكيلي وسليم إبراهيم حربة.**

– شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، بلا جهة أو مكان أو سنة طبع.

- **عبد الرحمن العلام.**

– شرح قانون المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.

- **عبد الغني بسيوني عبد الله.**

– الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مطبعة السعدني، بلا مكان نشر، ٢٠٠٤.

- **عبد الفتاح ساير.**

– القانون الدستوري، دار الكتاب العربي، مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤.

- **عبد الكريم علوان.**

– النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠.

- **عبد الكريم محمد محمد السروي.**

– الرقابة الشعبية على سلطة رئيس الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

- **عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي.**

– الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.

- **عزيزة الشريف.**

– القضاء الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

- **عصام أنور سليم.**

– موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٠.

- **عصمت عبد الله الشيخ.**

– مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

- **علاء صبري التميمي.**

– قرارات وآراء المحكمة الاتحادية العليا، مكتبة الصباح ، بغداد، ٢٠٠٩ .

- **علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي.**

– المبادئ العامة في قانون العقوبات، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٢.

- **علي هادي عطية الهلالي.**

– النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.

- **عيد أحمد الغفلول.**

– فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.

- **فائز عزيز أسعد.**

– المفهوم السياسي لعلو الدستور، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد، ٢٠٠٤.

– دراسة ناقدة لدستور جمهورية العراق، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد، ٢٠٠٥.

– نظرة في النظم الدستورية والسياسية العراقية، دار البستان للصحافة والنشر، بغداد، ٢٠٠٥.

- **فتحي فكري.**

– القانون الدستوري المبادئ الدستورية العامة، ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٩.

- **فخري عبد الرزاق الحديثي.**

– شرح قانون العقوبات (القسم العام)، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧.

- **ماجد راغب الحلو.**

– القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

- **محسن العبودي.**

– المبادئ الدستورية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

- **محمد المنجي.**

– دعوى عدم الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

- **محمد أحمد عبد النعيم.**

– شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

- **محمد بن بكر بن منظور.**

– لسان العرب، بلا جهة طبع، بلا مكان أو سنة طبع.

- **محمد بن عيسى الترمذي.**

– الجامع الكبير المسمى "سنن الترمذي"، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع.

- **محمد محمد عبده إمام.**

– الوجيز في شرح القانون الدستوري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

- **محمد مرتضى الزبيدي.**

– تاج العروس، دار الحياة، بيروت، بلا سنة طبع.

- **محمود أحمد زكي.**

– الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

- **مصطفى إبراهيم الزلمي.**

– المنطق القانوني، منشورات مكتبة السنهوري، بغداد، بلا سنة طبع.

- **مصطفى أبو زيد فهمي.**

– القانون الدستوري فقهاً وقضاءً، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

- **مصطفى صالح العماوي.**

– التنظيم السياسي والنظام الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/ الأردن، ٢٠٠٩.

- **مصطفى كمال وصفي.**

– أصول إجراءات القضاء الإداري، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦١.

- **مكي ناجي.**

– المحكمة الاتحادية العليا في العراق دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها ، دار الضياء للطباعة والتصميم ، النجف ٢٠٠٧.

- **منذر الشاوي.**

– القانون الدستوري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية ٢٠٠٧.

- **منير عبد المجيد.**

– أصول الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.

- **نبيل عبد الرحمن حياوي.**

– اللامركزية والفدرالية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧.

– دولة العراق الديمقراطية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧.

- **نبيلة عبد الحليم كامل.**

– الرقابة القضائية على دستورية القوانين(القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣.

- **نزيه رعد.**

– القانون الدستوري العام، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.

- **نوزاد الهيتي.**

– مقدمة في المالية العامة، طبعة جامعة الفاتح، بلا سنة نشر.

- **يسري العصار.**

– شرط المصلحة في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، بلا دار نشر، القاهرة ١٩٩٤.

– التصدي في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

ب. الكتب والمؤلفات باللغة الإنكليزية.

- **Kenneth Janda, Jeffrey M. Berry & Jerry Goldman.**

- **The Challenge Of Democracy**, Houghton Mifflin company, Second edition New York, 2003.

- **Don R. Pember.**

- **Mass Media Law**, McGraw-Hill, 2003/2004.

- **James Q. Wilson & John J. Dilulio, Jr,**

- **.American Government** ،Houghton Mifflin com. Boston, New York, Eighth Edition 2001.

- **Nasser Momayezi and athers,**

- **Texas Politics**, Houghton Mifflin company, New York, 2002.

- **Robert S. Ross.**

- **American National Government**, McGraw-Hill, New York, Fourth edition 1996.

٢. الرسائل والأطاريح الجامعية.

- **أبو بكر أحمد عثمان النعيمي.**

- حدود سلطة القضاء الإداري في دعوى الإلغاء(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة الموصل، ٢٠٠٥.

- **أحمد العزي النقشبندي.**

- الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقتها في الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٨٩.

- **أكرم فالح أحمد الصواف.**

- الحماية الدستورية والقانونية لحق الملكية الخاصة، رسالة ماجستير كلية القانون/ جامعة الموصل، ٢٠٠٣.

- **تغريد عبد القادر علي.**

- الاختصاصات التشريعية الاعتيادية لرئيس الدولة، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠٠٣.

- **زياد محمد هادي.**

- جزاء مخالفة القاعدة الدستورية، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠٠١.

- **سيبان جميل مصطفى الأتروشي.**

- مبدأ استقلال القضاء (دراسة دستورية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة الموصل، ٢٠٠٣.

- **فارس عبد الرحيم حاتم.**

- حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠٠٣.

- **مها بهجت يونس.**

- الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

٣. البحوث والمقالات.

- **حسن زكريا.**

- المحكمة العليا الأمريكية، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، السنة الخامسة، العدد الأول، حزيران/١٩٦٦.

- **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 الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ٨ العدد ١٤ أيلول ٢٠٠٥.

- **عارف صالح مخلف.**

- دور المحكمة الدستورية في الرقابة على الدستور، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإنسانية، العدد الأول، أيار/٢٠٠٦

- **عبد الغني الدلي.**

- نظرة مقارنة في دستور ١٩٢٥ ودستور ٢٠٠٥، بحث منشور مع مجموعة من البحوث باسم مأزق الدستور، من منشورات مركز الدراسات الإستراتيجية، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٠٦.

- **عزيزة حامد الشريف.**

- أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، بحث منشور بدورية المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق/ جامعة حلوان، ٣٠-٣١/مارس/١٩٩٨.

- **محمد أبو العينين.**

- دور الرقابة على دستورية القوانين في دعم الديمقراطية وسيادة القانون، بحث منشور بدورية المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق/ جامعة حلوان، ٣٠-٣١/مارس/١٩٩٨.

- **مها بهجت يونس.**

- المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد (١١) العدد (٢١) كانون الأول/٢٠٠٨.

- **ناثان براون.**

- ملاحظات تحليلية حول الدستور، بحث منشور مع مجموعة من البحوث باسم مأزق الدستور، من منشورات مركز الدراسات الإستراتيجية، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٠٦

- **هشام محمد فوزي.**

- الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في دورية (الفكر الشرطي)، تصدر عن مركز بحوث شرطة الشارقة، مجلد(١٧) العدد(٣) أكتوبر ٢٠٠٨.

٤. المواقع الإلكترونية.

- **خالد عيسى طه.**

- نأمل أن يكون التشريع الأمريكي منفذاً يؤدي إلى الاستقرار، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني لصحيفة بحزاني الالكترونية في ٨ / ١١ / ٢٠٠٧. http://www.bahzani.net/services/forum/showthread.php/?=18316

- **سناء سيد خليل.**

- النظام القانوني المصري ومبادئ حقوق الإنسان، بحث منشور على موقع البوابة القانونية على الرابط التالي// www.tashreaat.com

- **فارس حامد عبد الكريم.**

- أسباب الطعن بعدم الدستورية، بحث منشور على الانترنت على الرابط التالي:p://farisalajrish./ maktoobblog.com

- **قاسم العبودي.**

- القضاء الاتحادي، مقالة منشورة في موقع الكاتب العراقي، منشور بتاريخ ٢٠١٠/٦/٦ على الرابط التالي// http://iraqiwriter.com/iraqiwriter/azad/a306.htm

- **يحيى الجمل.**

- القضاء الدستوري في مصر، بحث منشور على موقع البوابة القانونية رابط// www.tashreaat.com

٥. الدساتير والتشريعات.

- دستور جمهورية الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ وتعديلاته
- القانون الأساسي للملكة العراق لعام ١٩٢٥
- دستور الجمهورية العراقية لعام ١٩٦٨ المؤقت
- دستور الجمهورية العراقية لعام ١٩٧٠ المؤقت
- دستور الإمارات العربية المتحدة
- دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧١
- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤

- دستور جمهورية العراق الدائم لعام ٢٠٠٥.
- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩
- قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥
- نظام المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (١) لسنة ٢٠٠٥

ABSTRACT

The Constitution is the fundamental basis upon which the legal system in any country; as it ranks top in the legal regulation, and contains texts of the provisions that include the basic components of society economically, politically and socially, to be determined under which the rights and freedoms enjoyed by individuals. And the growing role and importance of constitutional rules in modern states must take its provisions an aura of sanctity to prevent any one from trying to prejudice it, whether this prejudice by the individuals or the State institutions and powers of the ruling, therefore, found the Constitutional Court, which has become preoccupied with trying to strengthen the pillars of the country's respect for the law through respect the rules of the Constitution.

As the Constitutional Court, like any judicial system can not involve itself in conflicts automatically, but must be related to any dispute through legal channels, so the constitutional motion is the only legal channel, which enables the judiciary through constitutional intervention in conflicts of a constitutional character. As the most important

jurisdiction exercised by the Constitutional Court at the moment is the control of the constitutionality of legislation, the constitutional case is the legal means that enables the judiciary to impose such control in addition to being the real guarantee for individuals and institutions to ensure respect for the provisions of the Constitution by the various State authorities.

This study sheds light on the nature of this case and what distinguishes it from lawsuits and other legal consideration before the ordinary courts and administrative support.

It can highlight the legal nature of the special constitutional proceedings by clarifying the concept of year, trying to limit the definition of a comprehensive constitutional claim, and then stand on the most important distinctive characteristics in general and access to get to know the legal basis to it.

Must also stand on the basic tenets of the constitutional claim that can not be the case that the failure of one of these Elements.

Note also that the picture is the most important constitutional case underscores the special nature, in addition to explain the mechanism by which the proceedings

relate to the Constitutional Court is competent on other grounds, while sometimes addressed by the judge automatically at other times. And may be independent of the grounds immediately if allowed by the constitutional order. Among other things that distinguish a constitutional motion, which highlights the legal nature of their own conditions of acceptance before the courts as it is characterized by special conditions are different from the normal conditions of admissibility of the case. It also said that the judge does not comply with the constitutional demands listed in the newspaper as is the case originally in the General Procedures Act, but addressed to examine the constitutional violations that occurred in the legislative text that is contested by either the formal or substantive irregularities. Finally, to rule on the case and raised the constitutional authority of a special distinctive and different from the constitutional system to another.

All of the above distinguishes the case of constitutional and gives her the nature of the special legal case apart from the ordinary judicial or even administrative ones.

Ministry of Higher Education
And Scientific Research
University of Anbar
Collage of Law & political science
Studies High / The Master

NATURE OF THE CONSTITUTIONAL CASE

(Comparative Study*)*

In

jurisdiction constitutional

A Thesis submitted by

Abdul Haleem Qasim Muhammed Al-Aubaidi

To The council of the
Collage of Law & political science, University of Anbar
In Partial Fulfillment of the Requirements for
The Degree of Master in Public Law

Supervised by

Dr. Awad Abbas Al-Hardan

2011 A.D **1432 A.H**

1987 1408
UNIVERSITY OF ANBAR