جمهوريــة العراق
جامعة كركوك
كليــة القانون

التنظيم القانوني للدعوى الدستورية في العراق

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون /جامعة كركوك
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير

أعداد الطالب

بشار محمد جري الجبوري

أشراف

الدكتور فوزي حسين سلمان الجبوري

١٤٣٨ هـ ٢٠١٧م

المقدمة

اولا:- موضوع الدراسة:

تعتبر الدعوى الدستورية وسيلة من وسائل تفعيل مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من اجل تدعيم سيادة القواعد الدستورية وسموها على بقية القوانين في الدولة ، حيث يقتضي تنظيم الحياة في الدولة وجود مجموعة من القواعد القانونية المتدرجة في المكانة ، او المرتبة ، بحيث يعلو بعضها البعض ، فلا يستطيع الأدنى مخالفة الأعلى . وهذه القواعد في الاغلبية الساحقة من دول العالم على ثلاث درجات ، هي القواعد الدستورية ، والقواعد التشريعية العادية ، وقواعد اللوائح او التشريعات الفرعية .

وتتربع القواعد الدستورية على قمة التنظيم القانوني للدولة فتحدد شكل الدولة وسلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية ، واختصاصات كل منها وعلاقاتها ببعضها وحقوق الافراد وحرياتهم فالقواعد الدستورية هي تلك القواعد القانونية العليا والتي تحدد نظام الحكم في الدولة فتبين شكلها كدولة موحدة او فيدرالية وحكومتها كحكومة برلمانية او رئاسية كما تحدد الحقوق والحريات التي يتمتع بها الافراد في الدولة ، فهذه القواعد تعد ضمانا لحماية تلك الحقوق ، حيث ان أي خروج عليها لا يمكن تبريره بأي حال من الأحوال ، وطبقا لذلك تنهض مهمة القضاء الدستوري والذي تقع على عاتقه حماية النصوص الدستورية عن طريق مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين والتي يجب بسطها الى اقصى الحدود التي يتيحها المعنى الواسع لهذا المبدأ ، فيبطل كل قانون ينطوي على مخالفة القواعد الدستورية ، وهذه مهمة القضاء الدستوري الذي يجب ان لايكون فيه تراخ او تقصير في المحافظة على الدستور من أي تجاوز قد يحصل سواء من رئيس الدولة او السلطتين التشريعية والتنفيذية ، فكل سلطة اسسها الدستور يجب عليها ان تتقيد بأحكامه من الناحيتين الشكلية والموضوعية وهو ما يعني خضوع الحكام جميعا لمبدأ شرعية تصرفاتهم سواء كانت هذه التصرفات قوانين أم لوائح أم قرارات أم اجراءات فردية ، وهذه نتيجة منطقية لما تتمتع به النصوص الدستورية من قيمة قانونية تعلو جميع النصوص التشريعية داخل الدولة بوصفها مصدرا لجميع السلطات فيها.

ومن هنا تتجلى اهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين لانها السبيل الوحيد والحقيقي لرد السلطات جميعها الى حدودها التي رسمها لها الدستور ، وضمانا لنفاذ القاعدة الدستورية . ولذلك

فالدعوى الدستورية وسيلة لحماية القواعد الدستورية والتي هي حجر الاساس في البنيان القانوني للدولة ، وفي ضلها تتدرج بقية القواعد القانونية الذي ينظمها الهيكل القانوني داخل الدولة .

ثانياً:- أهمية البحث:

إنَّ موضوع البحث (آالنظام القانوني للدعوى الدستورية في العراق) هو من المواضيع الدستورية الهامة والشائكة في آن واحد، وذلك لارتباطه الوثيق بمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين حيث انه وكما هو معلوم ان القضاء الدستوري في العراق اخذ دوره الحقيقي بعد العام ٢٠٠٥ متمثلا بالمحكمة الاتحادية العليا ولذلك فهو يعتبر من المواضيع الحديثة والتي لابد ان يسلط عليها الضوء بالبحث والمقارنة بينها وبين الانظمة في الدول الاخرى والتي لها تجربة رائدة في مجال القضاء الدستوري لاسيما جمهورية مصر العربية من اجل الخروج بمحصلة من النتائج والمقترحات تسهم في رفد ميدان القضاء الدستوري في العراق .

ثالثاً:- مشكلة البحث:

تكمن إشكالية موضوع البحث في جمع وبيان كل ما له صلة في الدعوى الدستورية تحت عنوان النظام القانوني للدعوى الدستورية الامر الذي يتطلب البحث والتنقيب وجمع كل ما يصب في بناء هذا النظام سواء كان فقها او قضاءا بدراسة مقارنة كما ان الاشكالية الثانية هي في عدم وجود قواعد للاجراءات القضائية خاصة بالدعوى الدستورية كما هو موجود في المرافعات المدنية واصول المحاكمات الجزائية ولعلَّ من المشاكل التي يواجهها البحث غموض النصوص الدستورية والقانونية أو قصورها في بعض الأحيان بصدد تنظيم آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية، أو سكوت المشرع في أحيان أخرى عن التصدي لمسألة من هذه المسائل على الرغم من أهميتها وخطورة النتائج المترتبة عليها،.

ويضاف إلى المشاكل التي يواجهها البحث أن السلطة التشريعية لا تمارس واجبها في إلغاء القانون غير الدستوري ولا تأخذ دورها في معالجة هذا الخلل، على الرغم من قضاء المحكمة بعدم الدستورية، وعندها سنكون أمام قانون غير دستوري موجود ضمن المنظومة القانونية في الدولة.

كما يثير موضوع االنظام القانوني للدعو الدستورية إشكالية من حيث التطبيق تتعلق بتحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية وخطورتها لما لهذا التحديد من تأثير على صحة العلاقات والتصرفات القانونية التي نشأت واستقرت في ظل القانون المحكوم بعدم دستوريته وذلك خلال الفترة

السابقة على الحكم بعدم دستوريته، وهل تبقى هذه العلاقات والتصرفات صحيحة قانوناً، وذلك طبقاً لقاعدة الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية، أم تصبح هذه العلاقات والتصرفات باطلة وكأن لم تكن، وذلك طبقاً لقاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، ومن ثم يكون له أثر كبير في الاستقرار القانوني.

رابعا :- اسباب اختيار الموضوع:

ان الاسباب التي املت على الباحث اختيار هذا موضوع هي:

١- بيان مفهوم الدعوى الدستورية من حيث تعريف الدعوى الدستورية وذاتية هذه الدعوى وطبيعتها القانونية.
٢- بيان اجراءات اقامة الدعوى الدستورية والجهات التي لها الحق في اقامة هذه الدعوى والمحاكم التي تنظرها.
٣- بيان طبيعة الحكم الصادر في الدعوى الدستورية.
٤- بيان مدى حجية والزامية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ونطاق الحكم الصادر في الدعوى الدستورية.
٥- بيان الاثار التي تترتب على الحكم الصادر في الدعوى الدستورية.

خامسا:- نطاق البحث وحدوده:

سيقتصر نطاق هذا البحث على الجانب العملي للدعوى الدستورية من حيث اجرائاتها ، مشفوعاً ذلك بالقرارات الصادرة عن المحكمة في هذا المجال، وكيفية تحريك الدعوى أمام المحكمة، وشروط قبول الدعوى وصولاً الى مرحلة الفصل وصدور الحكم أو القرار من المحكمة الاتحادية العليا، حيث لم يتوان نطاق البحث عن الاقتصار على الجانب النظري لفكرة الدعوى الدستورية بل تناول الجانب العملي لهذه الفكرة والتركيز عليها، من خلال التطبيقات العملية لقضاء المحاكم (الاتحادية والمحكمة الدستورية).

سادسا:- هيكلية الدراسة:

اقتضت طبيعة البحث على ضرورة تقسيمة على ثلاثة فصول حيث سيشمل الفصل على التعريف بالدعوى الدستورية من حيث المفهوم والذاتية لها، حيث سيشمل المبحث الاول مفهوم الدعوى الدستورية،

اما المبحث الثاني فسيشمل ذاتية الدعوى الدستورية، اما الفصل الثاني فانه سيشتمل على اسباب وطرق تحريك الدعوى الدستورية وذلك في مبحثين شمل المبحث الاول اسباب وجهات تحريك الدعوى الدستورية، اما المبحث الثاني فقد شمل اليات وشروط تحريك الدعوى الدستورية، اما الفصل الثالث فسيشمل الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، حيث سيشمل المبحث الاول حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ومدى قابلية للتطبيق، اما المبحث الثاني فسيشمل اثار الحكم في الدعوى الدستورية، واخيرا سنختم بحثنا بخاتمة ستشتمل على اهم الاستنتاجات والاقتراحات والله ولي التوفيق.

الفصل الاول

التعريف بالدعوى الدستورية

الفصل الأول

التعريف بالدعوى الدستورية

ان للدعوى الدستورية أهمية كبيرة في الدولة القانونية لارتباطها الوثيق بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين والذي يقضي بعدم السماح بمخالفة القواعد الدستورية لمالها من أعلوية وسمو على باقي القوانين والتشريعات العادية، إذ أن أهمية الدستور لا تأتي من مجرد وجوده ، وإنما تكمن في تنفيذه ووضعه موضع التطبيق فلا معنى لعلو الدستور ولا لمبدأ الشرعية الدستورية ، إذا جاز لأجهزة الدولة وسلطاتها أن تنتهك نصوصه دون ثمة جزاء[١]، ومن هنا كان البحث عن وسائل قانونية تحمي قواعد الدستور من الانتهاك الذي قد يحصل، وتعتبر الدعوى الدستورية من أهم الوسائل لتفعيل مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من اجل ضمان عدم مخالفة القوانين والتشريعات الصادرة من السلطتين التنفيذية والتشريعية للقواعد الدستورية[٢].

وتأسيسا على ما تقدم سنعرض للتعريف بالدعوى الدستورية من خلال مبحثين وعلى النحو التالي:

.المبحث الأول : مفهوم الدعوى الدستورية وطبيعتها القانونية .

المبحث الثاني : ذاتية الدعوى الدستورية .

المبحث الأول

مفهوم الدعوى الدستورية وطبيعتها القانونية .

تعد الدعوى الدستورية من أهم الوسائل التي تستطيع ان تردع السلطة التشريعية وتلزمها بالسير في الحدود الدستورية وتحقق مبدأ الشرعية باعتبارها الضمان الفعال لحماية الحقوق و الحريات العامة من تعسف السلطة التشريعية في استعمال سلطتها والتأكيد على مبدأ سيادة القانون الذي هو

---

(١) محمد عباس محسن، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص٧٦.

(٢) المصدر نفسة، ص٧٧.

أساس الحكم في الدولة و الذي يستوجب عدم خروج التشريعات والقوانين عن أحكام الدستور ضماناً لالتزام سلطات الدولة بالقواعد الدستورية[١] وسنتناول مفهوم الدعوى الدستورية وطبيعتها القانونية من خلال مطلبين وكما يلي :

المطلب الأول : مفهوم الدعوى الدستورية:

المطلب الثاني: طبيعة الدعوى الدستورية:

المطلب الاول

مفهوم الدعوى الدستورية

لم يضع المشرع تعريفا محددا لمفهوم الدعوى الدستورية ومن خلال استعراض ما جاء به المشرع بخصوص مفهوم الدعوى القضائية بصورة عامة حيث

أورد كل من قانون المرافعات المدنية العراقي وكذلك الفرنسي خلافا لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري تعريفا للدعوى القضائية .

فقد عرفت المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل الدعوى بأنها (طلب شخص حقه من أخر أمام القضاء)[٢]. ويلاحظ أن بعض الفقه قد انتقد هذا التعريف حيث رأى انه يخلط بين المقصود من اصطلاح الدعوى والمقصود من اصطلاح المطالبة القضائية والذي ينصرف كل منهما الى مدلول معين ، كما يلاحظ أن التعريف الذي نص عليه المشرع العراقي يقصد به المطالبة القضائية وليس الدعوى التي هي وسيلة لحماية الحق الذي يقرره القانون [٣]. كما عرف البعض

---

(١) محمد عباس محسن، المصدر سابق، ص٧٦.

(٢) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٨٣.

(٣) د. سعدون ناجي القشطيني ، شرح احكام المرافعات ، الجزء الاول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٩، ص ٩٧.

الدعوى بأنها وسيلة كفلها القانون للشخص طبيعيا كان أو معنويا واحدا كان أو متعددا للحصول على حقه عن طريق القضاء [١].

ونلاحظ ان المشرع المصري لم يضع تعريفا للدعوى القضائية ولهذا فقد ذهب الفقه الى انه يقصد بالدعوى هي الوسيلة التي خولها القانون للشخص في الالتجاء الى القضاء لتقرير حقه او حمايته ، فالدعوى وسيلة من الوسائل القانونية لحماية الحق ،ولكنها أهم واكفل تلك الوسائل في حماية حقوق الأفراد لما لها من طابع عام فلكل الأفراد ان يلجئوا إليها في جميع الحالات التي يعتد بها على حقوقهم [٢].

اما قانون المرافعات المدنية الفرنسي فان المادة (٣٠) من هذا القانون فقد نصت على ان (الدعوى هي بالنسبة للمدعي هي الادعاء في ان يسمع القاضي حقيقة ادعائه ليبت في صحته ، أو عدم صحة هذا الادعاء ، أما بالنسبة للخصم فهي حقه في أن يناقش صحة هذا الادعاء)[٣].

فالدعوى القضائية هي الوسيلة التي خولها القانون للشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا عن طريق اللجوء إلى محراب القضاء والدفاع عن حقه أو استرجاعه أو دفع الضرر عنه كما ان للدعوى شروط قبول وهذه الشروط تكون موضوعيه كالصفة والمصلحة والأهلية والاذن القانوني وشروط أخرى شكلية كعريضة الدعوى واحترام الآجال والمواعيد وغيرها [٤].

حيث ان الدعوى هي الطريق القانوني الذي سطره القانون للأشخاص بهدف حمايةحقوقهم ورفع العدوان عن مصالحهم عن طريق اللجوء الى محراب القضاء محددا بذلك أسس واركان تقوم عليها هذه

---

(١) القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، الطبعة الثالثة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ١٠ .

(٢) د. ابراهيم محمد علي ، المصلحة في الدعوى الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع، ص١٠ .

(٣) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، ط١، المكتبة الوطنية، بغداد، دون سنة نشر، ص ١٠٩

(٤)د. عصام سليمان، العدالة الدستورية وحكم القوانين – رؤية اصلاحية في ضوء التحولات العربية – مجلة العدل – مجلة نقابة المحامين في بيروت – السنة الخامسة والاربعون – العدد ٣ – سنة ٢٠١١ – ص ١٠٢٣ – ١٠٣٢.

الوسيلة المتمثلة في الدعوى القضائية وكذلك الحال بالنسبة للدعوى الدستورية فهي دعوى قضائية يتولى القضاء الفصل فيها لكن تختلف بموضوعها عن الدعاوي القضائية الأخرى [١].

حيث تثار حينما يكون هناك انتهاك للدستور من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية يتعلق بقانون صادر مخالف للقواعد الدستورية والتي تعتبر أسمى وأعلى القواعد القانونية الموجودة في الدولة كما توصف بأنها قواعد جامدة حيث تعتبر حجر الزاوية في بناء دولة القانون فهي القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني في الدولة وهي تحتوي في نصوصها الأحكام التي تتضمن المقومات الأساسية للمجتمع اقتصاديا وسياسيا واجتماعيا كما وتتضمن تلك النصوص حقوق الأفراد وحرياتهم التي يجب على المشرع العادي وهو يضع القواعد القانونية ان لايخالف الاحكام والنصوص التي جاء بها الدستور والا يترتب على ذلك الغاء او عدم تطبيق القانون المخالف[٢] .

وبما إن الدستور هو الذي يحدد سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية ويبين اختصاصاتها فانه يجب أن تخضع هذه السلطات جميعها للدستور ولا يسمح لها الخروج عن القواعد الدستورية التزاما بمبدأ سمو الدستور الذي يرتبط بمبدأ المشروعية والذي يشكل عنصرا في بناء الدولة القانونية حيث يكون جميع الأشخاص في الدولة الطبيعية منها والمعنوية الخاصة والعامة الأفراد والهيئات ملزمة بالامتثال لأحكام القانون من ناحية وان يكون في حوزة الأشخاص من ناحية أخرى وتحت يدها سلاحا قانونيا لحماية تلك الأحكام كلما تعرضت للنقض والمخالفة[٣].

فمن مقتضيات مبدأ المشروعية هو خضوع السلطات العامة والأفراد من دون استثناء لأحكام القواعد القانونية المعمول بها في الدولة واحترامهم لها [٤].

وان يتقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى حتى تأتي التشريعات في تدرجها متوافقة ومتآلفة في إطار البناء القانوني للدولة برمته .

---

(١) المواد (٨١-٨٧) من القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ .

(٢) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري (نظرية الدستور)، ط١، دار القادسية للطباعة، بغداد، ١٩٨١، ص٥٦.

(٣) د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي ، مبادىء واحكام القانون الاداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، طبعة منقحة ، ٢٠٠٧ ، ص١١ .

(٤) د . رعد ناجي الجدة – التشريعات الدستورية في العراق – بيت الحكمة – بغداد – ١٩٩٨ – ص ٨٣ .

والأساس في هذا التوافق والتالف هو انسجام هذه التشريعات جميعها مع أحكام الدستور باعتبارها أسمى وأعلى القواعد القانونية في الدولة وعدم السماح بالمساس بالنصوص الدستورية بمخالفتها والخروج عنها .

ولكل ما سبق ومن اجل ضمان احترام قواعد الدستور وجد مبدأ الرقابة على دستورية القوانين للتصدي للتشريع المخالف للنصوص الدستورية حيث تتخذ تلك الرقابة إحدى صورتين، فهناك رقابة سياسية ، ورقابة قضائية، وهذا ما سيتم توضيحه في الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول

الرقابة السياسية

حيث تتولى الرقابة فيها على دستورية القوانين هيئة غير قضائية تختص بالنظر في مشروعات القوانين ويكون لها إلغاء المخالف منها لأحكام الدستور وهذا النوع من الرقابة يسمى بالرقابة الوقائية . حيث يؤدي إتباعها إلى منع كل ما يخالف الدستور عند المنبع .وهذه الصورة لفكرة الرقابة السياسية نجدها في فرنسا حيث أناط الدستور بهيئة غير قضائية تسمى المجلس الدستوري مهمة رقابة دستورية التشريعات قبل إصدارها [1].

وبهذا فان الرقابة السياسية هي رقابه سابقه لانها تنصب في الغالب على القانون قبل صدوره (أي على مشروعية القانون) ولهذا فهي تعتبر رقابه وقائية هدفها التخلص من لا دستورية القانون قبل وقوعها.

وقد اخذت دول عديده بالرقابة السياسية على دستورية القوانين وبصوره خاصه دساتير الدول الاشتراكية، ولكن صور الرقابة في هذه الدول تختلف من دستور الى اخر، فدستور الاتحاد السوفيتي لعام ١٩٧٧ جعل هذه الرقابة من اختصاص السلطة ذاتها، ونص على ذلك في المادة(١٢١) منه على ان

(١) المستشار عزالدين الدناصوري ، د. عبد الحميد الشواربي ، الدعوى الدستورية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠١، ص٢٤.

(هيئة رئاسة السوفيت الاعلى تمارس الرقابة على التقيد بدستور الاتحاد السوفياتي وتؤمن اتفاق دساتير وقوانين الجمهوريات المتحدة مع دستور وقوانين الاتحاد السوفيتي)[١].

ومن الدساتير ما جعل الرقابة من اختصاص لجنة خاصة مثل دستور المانيا الديمقراطية لعام ١٩٤٩ الذي بين بأن يشكل المجلس الشعبي لجنة دستورية لهذا الغرض بشرط ان يراعي بتشكيلها تمثيل مختلف الجماعات في المجلس بحسب اهميتها، وان يكون من بين اعضائها ثلاثة قضاة المحكمة العليا وثلاثة من ذوي الخبرة من غير اعضاء المجلس الشعبي، على ان تكون مهمة بشكل نهائي من اختصاص المجاس الشعبي[٢].

ودستور بلغارية لعام١٩٤٧.نص على اختصاص السلطنة التشريعية وحدها بحق البت فيها اذا كانت الشروط التي يتطلبها الدستور قد روعيت عند اصدار القانون وفي ما اذا كان هذا القانون دستوريا، اما دستور الصين الشعبية، لعام ١٩٥٤، فقد نصاص في المادة ٢٠ منة على اختصاص الجمعية الصينية لنواب الشعب بالرقابة على تطبيق الدستور أي الرقابة على دستورية القوانين، والامثله البارزة للدول التي اخذت بالرقابة السياسية هي فرنسا حيث كان السبب في اناطة مهمة الرقابة الى هيئة سياسية وعدم اناطتها الى هيئة قضائية في هذا البلد يعود الى عوامل تاريخية، وهي القضاء الفرنسي كان يتمتع قبل الثورة بسمعة سيئة وتركت الحاكم السابقة على الثورة الفرنسية اثارا سلبية في تعسفها، اذ كانت هذه المحاكم تتدخل في اعمال السلطة التشريعية وتعرقل تنفيذ القوانين، واتجه القضاء الفرنسي نحو الوقوف ضد أي صلاح تم في النظام الملكي اعتبارا النصف الاول من القرن الثامن عشر حتى قيام الثورة الامر الذي حدا بالجمعية التأسيسية الفرنسية بعد الثورة، ان تصدر عدة تشريعات منعت بموجبها المحاكم من التدخل في اعمال السلطة التشريعية، اناط الدستور الفرنسي الحالي لعام ١٩٥٨مهمة الرقابة الى هيئة اسمها (المجلس الدستوري) وهو هيئة غير متخصصة، لأنه يمارس بالإضافة للرقابة جملة من الاختصاصات منها الاشراف على صحة عمليات الاستفتاء وعلان نتائجه، وينظر كذلك في صحة

(١) د. احسان حميد المفرجي واخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص١٧٢،

(٢) المصدر نفسة، ص١٧٣.

الطعون الخاصة بانتخابات النواب والشيوخ، وكذلك المشورة لرئيس الجمهورية في حالة لجوئه الى استعمال سلطاته الاستثنائيه[١].

ويمارس المجلس الدستوري الرقابة على القوانين قبل اصدارها، حيث ان تحريك الرقابة يعود تارة لأحدى الجهات التي تتمثل برئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيس مجلس النواب او ستون عضوا من مجلس الشيوخ ويكون ذلك بالنسبة للقوانين العادية والمعاهدات[٢].

وعلى هذا فان الرقابة السياسية تقدر بانها على الرغم من انها كانت تبدو بسيطة ومنطقية في ظاهرها لانها رقابة وقائية تتوخى التخلص من اللادستورية قبل وقوعها ولكنها بالرغم من ذلك تعرضت للعديد من الانتقادات التي منها:

١ – اذا كان تحريك الرقابة يعود للسلطة التنفيذية او التشريعية فان ذلك يؤدي في الواقع الى اقامة الطعن في دستورية القوانين على اعتبارات سياسية اكثر من أقامته على اعتبارات قانونية.

٢ – تتكون هيئة الرقابة كما قدمنا، عن طريق التعيين او الانتخاب او الاختيار الذاتي.

٣ – حرمان هيئة الرقابة من النظر في دستورية بعض القوانين هو اضعاف اكيد لدورها في الرقابة، وهذا ما نجده في فرنسا حاليا، حيث ان القوانين التي يطرحها رئيس الجمهورية على الاستفتاء الشعبي لا تدخل في اختصاص هيئة الرقابة أي لا يمكن الطعن في دستوريتها[٣].

٤ – ومن المأخذ على نظام الرقابة السياسية ايضا انه لا يسمح للأفراد بحق الطعن بعدم دستورية قانون ما، الامر التي بدوره يعمل على التقليل من شأنها كضمانة لاحترام نصوص الدستور، وخصوصا تلك المتعلقة بحقوق الافراد وحرياتهم[٤].

---

(١) المواد (٦٠,٥٩,٥٨) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

(٢) المواد (٥٤ و٦١) من الدستور نفسة

(٣) المادة (١١) من الدستور نفسة.

(٤) د. طعيمة الجرف، القانون الدستوري، القاهره، ١٩٦٤، ص١٤٦.

الفرع الثاني

الرقابة القضائية

الرقابة القضائية هي تلك الرقابة التي تمارسها هيئة قضائية تختص بالفصل في مدى دستورية أي نص قانوني تصدره السلطة التشريعية، وقد يعهد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين الى جميع المحاكم وهو ما يعرف بأسم لا مركزية الرقابة القضائية ، وابرز مثال على هذا النوع من الرقابة هو الرقابة المطبقة في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب دستورها لعام ١٧٧٨ أو يعهد بها إلى جهة قضائية واحدة تنشئ خصيصا للقيام بهذه المهمة وهو ما يعرف بأسم مركزية الرقابة القضائية ومثالها ما هو مطبق في مصر والعراق في ظل دستورهما الحاليين [١].

والقضاء الذي يختص بنظر هذه الدعاوي هو القضاء الدستوري الذي يعتبر أسمى وأعلى مراتب قضاء القانون العام والذي يكون احد الخصوم فيه _ المدعى عليه _ هو سلطة عامة .

بحيث يتولى وحده ودون غيره من جهات القضاء الأخرى مهمة الفصل في المسائل والمنازعات الدستورية التي يحددها الدستور او القانون ، ويصدر الحكم في شأنها ليكون ملزم لكافة السلطات ، ومن بينها المحاكم على اختلاف درجاتها في سلم السلطة القضائية وهو مايساهم في إعطاء المسألة حلا موحدا ونهائيا فهذه الدعوى والتي يتولى الفصل فيها القضاء الدستوري هي الدعوى الدستورية وهي بذلك تجسيد لمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين فالدعوى الدستورية وفي ضوء ماتقدم تعتبر وسيلة اختيارية خولها القانون لصاحب الحق في اللجوء الى القضاء لإيقاع الجزاء الذي يقرره القانون على تجاوز السلطة التشريعية وإخلالها بالواجب الذي تنطوي عليه القاعدة الدستورية فهي تهدف من وراء ذلك إلى رفع الاختلاف والتجاوز الذي صدر من قبل السلطة التشريعية بسنها تشريع مخالف للدستور حيث كان يجب عليها ان تسن تشريع تحترم فيه القواعد الدستورية لا ان تصدر تشريع من شأنه ان يمس بالمركز القانوني والمصالح المقررة للأفراد والتي كفلها الدستور بحيث يصبح هذا التشريع او القانون

---

(١) حنان محمد ابراهيم الشويهدي ، القضاء الدستوري (المؤسسات والاجراءات) ، الطبعة الاولى ، دار الفضيل ، ٢٠١٢ ،ص٥٠ .

مصدرا للأعتداء على هذا المركز وعند ذلك تقوم لشاغل هذا المركز القانوني مصلحة أكيدة في اللجوء إلى القضاء لرد هذا الاعتداء عن طريق إقامة الدعوى الدستورية [١].

فالدعوى الدستورية كسائر الدعاوي القضائية تستلزم وجود مصلحة لرافع الدعوى حتى تقبل ولكن الخصومة فيها تختلف عن الخصومة في باقي الدعاوي حيث ان الخصومة فيها توجه الى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري والتي أدت إلى انتهاك قواعد الدستور حيث توصف تلك القواعد بأنها مجموعة مركبة يسند بعضها البعض الآخر وأي إخلال بإحداها يثير تطبيق الأخرى وهي نتيجة تترتب على ذلك الإخلال [٢].

وبمعنى ادق نفترض وجود ثلاث قواعد دستورية القاعدة الاولى موجهة الى السلطة التشريعية تفرض عليها التزام حدود الدستور وعدم الإخلال أو التجاوز عليها والقاعدة الثانية تنص على مبدأ الفصل بين السلطات بمعنى ان لا تتدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية طالما الأخيرة ملتزمة بحدودها الدستورية [٣].

اما القاعدة الثالثة فتنص على السماح للأفراد برفع الدعوى أمام القضاء للحكم بعدم دستورية القانون المخالف للدستور ، فما هي النتيجة القانونية المترتبة على مخالفة القاعدة الأولى بمعنى انه في حالة صدور تشريع من البرلمان مخالف للدستور ففي هذه الحالة يترتب على مخالفة هذه القاعدة تطبيق القاعدة الثالثة التي تجيز للأفراد اللجوء الى القضاء عن طريق إقامة الدعوى مطالبين بعدم دستورية هذا التشريع الذي مس بالاعتداء على حقوقهم هذا من جانب .

ومن جانب آخر فأن القاعدة الثانية تنسحب والتي تنص على مبدأ الفصل بين السلطات والتي توجب عدم تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية طالما تلتزم الأخيرة بحدودها الدستورية [٤].

---

(١) د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ،طبعة منقحة ، دار النهضة العربية ، بدون سنة طبع، ص٢٠٠ .

(٢) د. لشهب حورية، الرقابه السياسية على دستورية القوانين، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، ٢٠٠٧، ص١٥٨.

(٣) د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٩٢، ص٢٥.

(٤) د. رفعت عيد سيد ، المصدر السلبق ، ص٢٠١ .

فالدعوى الدستورية تعتبر هي السبيل لضمان الحقوق والحريات للأفراد ، وضمانة للفصل بين السلطات وتوازنها، وهي الضمان لاستقلال السلطة القضائية ، إذا ما جرى انتهاك استقلاليتها من خلال سن قوانين تنال من هذا الاستقلال، وهي الضمانة لشرعية السلطة المنبثقة من الشعب عبر الانتخابات، فالقضاء الدستوري هو الذي يفصل في صحة الانتخابات ونزاهتها ومدى ديمقراطيتها ، فللقضاء الدستوري ومن خلال الدعوى الدستورية الدور الأساسي في انتظام أداء المؤسسات الدستورية وصيانة الشرعية وفي إرساء دستورية الحكم [١] .

كما تعد الطريق الطبيعي للحصول على حكم بعدم دستورية أي قانون مخالف للدستور سواء صادر من السلطة التشريعية أو التنفيذية، كما وتعد رقابة القضاء الدستوري الضمان الحقيقي لنفاذ القاعدة الدستورية فالقضاء الدستوري هو الحارس الامين لبوابة الشرعية في دولة القانون ، وهو الحامي للنظام الديمقراطي وسيادة الدستور، وهو الضمانة الكبرى لحماية حقوق الافراد وحرياتهم وعدم الافتئات عليها من قبل السلطات الحاكمة وعليه فأن اهم وظائف القضاء الدستوري في دولة القانون هي حماية مبدأ المشروعية والذي يدعو الى احترام القواعد القانونية القائمة ، وذلك بأن تكون تصرفات السلطات العامة جميعها في الدولة متفقة واحكام القانون بمدلوله العام سواء اكانت هذه السلطات تشريعية ام تنفيذية ام قضائية ووفقا لهذا المبدأ يعتبر الدستور اساسا للشرعية في الدولة وقمتها ، ومادام هو الذي ينشىء السلطات العامة وينظم اختصاصاتها فلابد ان يعلو عليها ولابد ان يقرر ان أي عمل يصدر من السلطات العامة ليست له أي قيمة قانونية اذا كان خارجا عن الإطار الدستوري المنظم لهذه السلطة[٢]، وكذلك من اهم وظائف القضاء الدستوري هو حماية النظام الديموقراطي وضمان احترام الحقوق والحريات من اهواء واستبداد القابضين على السلطة وتقييدهم بالدستور ومنع من ان يكون هناك ديكتاتورية برلمانية تصادر إرادة الأمة ويكون ذلك من خلال الرقابة الفعالة على دستورية القوانين لاسيما الرقابة القضائية .

---

(١) فتحي الجواري ، الدعوى الدستورية ، بحث منشور بمجلة التشريع والقضاء ، على الموقع http://wwwtqmag.net/body.asp.، تاريخ الزيارة ٢٠١٦/١٢/٣ .

(٢) د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين ، ط ١، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص١٣٤.

فالرقابة القضائية هي التي تقف بالمرصاد للمشرع وتراقبه وتضعه في اطاره المحدود ، وهي ضمان مهم للحيلولة دون استبداده [١]، فهذا الدور الكبير للقضاء الدستوري هو من اجل حماية النظام القانوني للدولة برمته .

ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن الدعوى الدستورية هي طعن القانون الدستوري ضد جميع القوانين الا ما استثني منها بصريح الدستور ، كما إنها توجد بنص الدستورعلى مبدأ الرقابة على دستورية القوانين والذي يجسد مبدأ دولة القانون في أعلى درجاتها من خلال احترام كافة السلطات للدستور المنبثق من الإرادة الشعبية والذي يعتبر الأساس الأول في رقي الأمم وتطورها .ففي العراق وبعد عام ٢٠٠٣ حيث انتقل العراق الى مرحلة اجتماعية وسياسية جديدة إذ فتحت هذه المرحلة أبواب جديدة كانت موصدة ، وأصبحت السلطة التشريعية عند إصدارها القوانين مقيدة بالدستور الذي اوجب عليها ان تكون تلك القوانين موافقة للدستور وان لا تتعارض معه وبخلاف ذلك يكون ذلك القانون عرضة للإلغاء والإعدام (من قبل المحكمة الاتحادية العليا) بعد صدوره والتي كان لها دورا رياديا في صيانة الدستور بصورة عامة .وتكريس مبدأ الرقابة القضائية بطريقتي الإلغاء او الامتناع على التشريعات النافذة، وبهذا خطى القضاء العراقي العادي [١].

وكذلك القضاء الدستوري المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا خطوة مهمة في سلم التقدم القضائي وما يمثله هذا من رقي الدولة والمجتمع العراقي أسوة بالدول والمجتمعات المتحضرة . كما ان دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ قد تبنى أسلوبين للرقابة القضائية هما طريق الدفع بعدم الدستورية والرقابة بطريق الدعوى المباشرة وهي تحول كبير وخطوة رائعة قد خطاهاالمشرع الدستوري وامتاز بها على المشرع المصري والذي تبنى أسلوب واحد للرقابة القضائية في دستور ٢٠١٤ وهو أسلوب الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية ولم يجز أسلوب الدعوى المباشرة كما سنرى في مستقبل هذا البحث بشيء من التفصيل[٢] .

وصفوة القول ومن خلال كل ما تقدم أن الدعوى الدستورية هي تلك المكنة الدستورية التي يمنحها الدستور للأشخاص ذوي الصفة الطبيعية والمعنوية للمطالبة بإلغاء قانون صادر عن السلطة التشريعية أو عمل قانوني صادر من قبل السلطة التنفيذية ينتهك حقا من الحقوق المنصوص عليها في الدستور.

---

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان، المصدر سابق، ص٢.

(٢) المصدر نفسة، ص١٤١ .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية

تتسم الدعوى الدستورية بعدة خصائص تميزها عن باقي الدعاوي القضائية الأخرى ، فهي من حيث المبدأ العام دعوى قضائية تستوجب كافة الشروط الواجب توافرها في الدعاوي القضائية الاخرى لكي ترفع امام القضاء ولكنها تختلف بموضوعها وخصائصها عن باقي الدعاوي ، فمن حيث الموضوع فهي تتناول المطالبة بالامتناع عن تطبيق القانون المطعون فيه بعيب دستوري ، ومن ثم إلغائه إعمالا لمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، اما من حيث الخصائص فسنجملها بالاتي :

أولا : الدعوى الدستورية دعوى عينية .

من الأمور المستقرة لدى فقهاء القانون ان الدعوى الدستورية هي دعوى عينية بطبيعتها ، بمعنى انها لا تستهدف حماية مصالح الأفراد المتنازعة فحسب بل انها تهدف من حيث الأساس الى مجابهة القانون المخالف لنصوص الدستور وإلزام السلطتين التشريعية والتنفيذية بما تقضي به تلك النصوص ، فالدعوى الدستورية وجدت لتحقيق الشرعية الدستورية عن طريق اختصام قوانين غير دستورية . وإذا كان من شأن ذلك أن يتوافر نوع من الحماية الجدية لمصالح الغير فأن ذلك لم يكن مقصودا لذاته وإنما كان من قبيل النتيجة المترتبة على حماية مبدأ الشرعية الدستورية في مواجهة الهيئات التشريعية . وعليه فأن الدعوى الدستورية هي طعنا عينيا في القانون يبنى على المصلحة العامة التي يجب أن تسود الأعمال التشريعية ، وعندما يسمح للافراد بتحريك هذه الدعوى فذلك لرغبة المشرع في ان يقيم من هؤلاء الافراد رقباء على الهيئات العامة تحقيقا لسيادة القانون[1]، وبما ان جوهر الطعن بالدعوى الدستورية هو القانون المطعون عليه بعيب دستوري فأن الدعوى الدستورية لا تكون من نوع القضاء الشخصي ، فهي لا تمثل خصومة تتعلق بحقوق شخصية مثل دعوى التعويض ، ولا تثير منازعة بين خصمين دائن ومدين فهي تعتبر المثال الواضح للقضاء العيني بحكم انها مجرد مخاصمة للقانون المخالف للدستور ، من اجل رده الى حكم الدستور حماية للشرعية الدستورية . بمعنى ادق ان صاحب الدعوى لا يختصم البرلمان الذي

---

(١) طعيمة الجرف ، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الاداري ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢١١ .

صدر عنه القانون المطعون فيه وإنما يختصم القانون ذاته ، بحيث لا يجوز للبرلمان ان يطالب رافع الدعوى الدستورية تعويضا مقابل رفع دعوى بعدم دستورية احد تشريعاته متى صدر حكم من المحكمة بدستورية هذا التشريع ، ويرجع ذلك الى ان الدعوى الدستورية لا تولد خصومة يتصارع فيها المدعي من جهة والبرلمان من جهة أخرى ، هذا من جانب، ومن جانب أخر فأن الطبيعة العينية للدعوى الدستورية تلقي بظلالها على سلطة القاضي بحيث لا يتقوقع هذا القاضي بين جدران الأسباب التي تمسك بها الطاعن في دعواه ، بل انه يتجاوز هذه الأسباب متحريا عن أسباب أخرى تغافل المدعي عنها ، حيث أن القاضي الدستوري يقلب القانون المطعون فيه على كافة وجوهه ويحاصره بأسانيد وأسباب غير تلك التي أثارها الخصوم بمعنى ان القاضي يتأكد من سلامة القانون من جميع العيوب وأوجه البطلان وبذلك تحوز أحكامها على حجية مطلقة في مواجهة الكافة سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية القانون المطعون فيه أو إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس ، ويلاحظ ومن خلال تلك الأحكام التي تصدر في تلك الدعاوي الدستورية بأنها دعاوي عينية حيث أقرت بأن الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها ، إذ أن قوامها مقابلة النصوص المطعون عليها بأحكام الدستور تحريا لتطابقها معها إعلاء للشرعية الدستورية . ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية أو هي بالأحرى محلها ، وإهدار هذه النصوص بقدر تهاترها مع أحكام الدستور هي الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة[١] كما أن هناك اتجاه من الفقهاء يرى بأن الدعوى الدستورية هي دعوى ذات طبيعة مختلطة (عينية وشخصية) [٢]، فقد ذهبوا إلى أن إضفاء الطبيعة العينية الخالصة على الدعوى الدستورية تنقصها النظرة الشاملة فالتفسيرالمنادى بأن الدعوى الدستورية تخاصم القانون المطعون فيه بعيب دستوري قول صحيح ولكن اذا كان القانون الذي يصدر من السلطة التشريعية هو إفصاح لهذه السلطة عن إرادتها في ممارسة اختصاصاتها الدستورية بقصد التفاعل مع المراكز القانونية القائمة او بقصد انشاء مراكز قانونية جديدة فأن في اختصام هذا القانون نعى على إرادة أعضاء البرلمان مما يشكل من الناحية الواقعية اختصام هذا المجلس النيابي نفسه .

ويقوي هذا الاستنتاج حسب رأيهم ان الدعوى الدستورية قد تكتب شهادة نهاية الخدمة لأعضاء المجلس النيابي متى صدر الحكم بعدم دستورية القانون الذي آتى بهؤلاء الى قبة البرلمان، فالطعن بعدم

---

(١) المستشار عزا لدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي ،المصدر السابق، ص٣٩ .

(٢) طعيمة الجرف ، المصدر سابق، ص٢١٢ .

دستورية قانون الانتخاب من شأنه ان يجعل البرلمان خصما في الدعوى الدستورية ولعل حل المجلس النيابي نتيجة لعدم دستورية قانون الانتخاب أفضل تجسيد لفكرة اختصام البرلمان فصاحب الدعوى الدستورية لم يقتض حقه ضد قانون الانتخابات المطعون فيه فقط بل تجاوز الأمر إلى خروج أعضاء المؤسسة التي أصدرت هذا القانون من الخدمة ولو مؤقتا .

هذا من جانب ، ومن جانب أخر ، فأن استطلاع ما قصده المشرع الدستوري من فكرة الرقابة على دستورية القوانين من خلال محكمة متخصصة لهذا الغرض يكشف عن حقيقة لا محل لإنكارها وهي ممارسة نوع من الرقابة على البرلمان حتى يحترم الدستور في مواجهة أصحاب المراكز القانونية ولتحقيق هذه الغاية أنشئت تلك المحكمة المتخصصة في المسألة الدستورية وهي لا تنتمي إلى التنظيم القضائي العادي ضمانا لعدم إثارة فكرة تدخل المحكمة بنشاطها في مجال السلطة التشريعية ، وهو ما يمثل عدوانا على مبدأ الفصل بين السلطات من وجهة نظرهم كما أنهم يعتبرون هذا المسعى من جانب المشرع الدستوري يمثل دليلا على ان الدعوى الدستورية تهدف إلى حماية المراكز القانونية المقررة للأفراد وضمان مصالحهم ضد تعسف السلطة التشريعية وخروجها في شأنهم على مقتضى الدستور . ويمكن الرد على ذلك من حيث ان الدستور هو الذي نص على وجود تلك المحكمة المتخصصة للتصدي ببحث دستورية القوانين سواء من ناحية الشكل او الموضوع واما القول بأن هذا التصدي يعتبر عدوانا واهدارا لمبدأ الفصل بين السلطات بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية بما يعطل عملها ، فأنه يقوم على حجة داحضة اذ على العكس من ذلك فان في التصدي اعمالا لهذا المبدأ ووضعا للامور في نصابها الدستوري الصحيح[1].

كما انهم يضيفون على ذلك ايضا انه اذا كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية خالصة غايتها حماية الشرعية الدستورية لرد اعتداء أصاب مركز فردي كما هو الحال بالنسبة للقضاء الشخصي فلماذا لم يعتبرها الفقه والقضاء من دعاوي الحسبة حيث انه ومن خلال دعوى الحسبة تتعدد فرص تعقب القوانين المخالفة للدستور امام المحكمة الدستورية ، كما تتوسع دائرة المرخص لهم بتقديم طعن الدستورية ، وفي هذا كله تحقيق لمبدأ الشرعية الدستورية والذي هو مناط الدعوى الدستورية . ولا يجوز الاحتجاج بأن تكييف الدعوى الدستورية على انها دعوى حسبة سوف يؤدي الى اختفاء شخص المدعي ، ومن ثم يبدو

---

(١) د. محمد ماهر أبو العينين ، الإجراءات امام المحكمة الدستورية العليا واثر الحكم الصادر فيها على الدعوى الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ٢٠٠٨، ص٥٩ . ص١

القاضي وكانه تعرض للنزاع من تلقاء نفسه ، وهذه النتيجة تتعارض مع قاعدة اتصال القاضي بالنزاع من خلال اطرافه . ذلك انه في الدعوى الدستورية يجوز للقاضي الدستوري ان يتصدى من تلقاء نفسه لفحص مدى دستورية اي نص تشريعي او لائحي غير معروض على المحكمة متى كانت له صلة بالنزاع المطروح عليها . صحيح ان هذا التصدي مرتبط بقيام نزاع يتخذ شكل خصومة قضائية تتناقص من خلالها مصالح اطرافها بحيث تبقى الخصومة القضائية المعروضة هي الاصل ، وان الفصل عن طريق التصدي في دستورية بعض النصوص ذات صلة بالنزاع المطروح لا يتأتى تبعا ، وانه اذا لم يوجد هذا النزاع فلا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ اعمالها بالرغم من ذلك كله الا ان تصدى المحكمة للمسالة الدستورية يحركها فكرة المصلحة العامة وليست المصلحة الشخصية لاطراف الخصومة المعروضة، وهذا التصور لفكرة التصدي يجعلها استثناءا على قاعدة عدم تجاوز القاضي لطلبات اطراف الدعوى[١].

ويلاحظ ان القول بحسبنة الدعوى الدستورية يجعلها شبيها بالرقابة الإدارية او السياسية التي تباشرها المجالس النيابية على أعمال الإدارة [٢]، هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى ، سيجد البرلمان نفسه ملزما بفتح مكتب له المحكمة الدستورية يتولى الدفاع عن كل تشريعاته المتهمة بمخالفتها للدستور، ومن هنا سيصعب على البرلمان التوفيق بين اداء وظيفته التشريعية ومتابعة الدعاوي المرصودة لقوانينه، لذلك نرى ان المحكمة الدستورية العليا استدعت شرط المصلحة للخروج من هذا الإشكال حيث أكدت على ان (الطعن في دستورية القوانين ليس من قبيل دعوى الحسبة لان مناط قبولها على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ان تتوافر للطاعن بها مصلحة شخصية مباشرة)=

وكذلك رفضت المحكمة الدستورية العليا تصوير الدعوى الدستورية على انها (أداة يعبر المتداعون من خلالها عن أرائهم في الشؤون التي تعنيهم بوجه عام ، او ان تكون نافذة يعرضون منها الوانا من الصراع بعيدا عن مصالحهم الشخصية المباشرة ، او شكلا للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لاثباتها او نفيها ، او طريقا للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها اذا كان النص لم يطبق اصلا على من ادعى مخالفته للدستور ، او كان من غير المخاطبين بأحكامه ، او كان قد افاد من مزاياه ، او كان الاخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود اليه ، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية

---

(١) يسري العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، ط١، دار النهضة العربية، الاسكندرية، ١٩٩٩ ، ص٣ .

(٢) محمود حافظ ، القضاء الاداري ، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣ ، ص٥٦٨ .

[1]. فالمصلحة الشخصية اذن هي دعامة الدعوى الدستورية وهي غايتها وما تحقيق الشرعية الدستورية في القانون المطعون عليه سوى وسيلة لتسوير هذه المصلحة بسياج من الحماية .

ومهما يكن من وجاهة للاتجاه السالف الذكر من ان الدعوى الدستورية ذات طبيعة مختلطة الا انها تبقى ذات طبيعة عينية في الأصل وان كانت هناك حماية لحقوق شخصية والسبب في ذلك هو ان موضوعها يتعلق بنصوص قانونية مطعون عليها بعيب دستوري وكما نعلم ان القواعد القانونية هي قواعد عامة مجردة لا تخاطب أشخاص بعينهم بل هو خطاب عام ، موجه للكافة بغض النظرعن من يشغل ذلك المركز القانوني ، فالدعوى الدستورية هي دعوى موضوعية وليست شخصية ، وغايتها تحقيق الشرعية الدستورية بإهدار القوانين واللوائح المخالفة للدستور[2]. ومن المعلوم ان كل دعوى هي تقام بين طرفين (مدعي ومدعى عليه) ، إلا ان الدعوى الدستورية وكما يقول – فاير – يوجد مدعي ولا يوجد مدعى عليه فتقام الدعوى ضد عمل قانوني هو القانون لا ضد شخص قانوني . وبذلك تندرج الدعوى الدستورية في القضاء العيني أو الموضوعي ولا تدخل في القضاء الشخصي .

ويتميز القضاء الموضوعي بقيام المنازعة على أساس مخالفة قاعدة قانونية او حدوث ضرر بحقوق نابعة من مركز قانوني عام وغير شخصي ، بينما تندرج المنازعات في القضاء الشخصي إذا تعلق بحقوق شخصية تكون مركز قانوني فردي وشخصي [3] . وبذلك يجب ان ندرك أن الدعاوي الدستورية هي دعاوي عينية شأنها في ذلك شأن دعوى الإلغاء في القضاء الإداري أي إنها دعوى توجه إلى نص في قانون او لائحة بغية إعدام ذلك النص وإنهاء وجوده[4]

حيث تتميز الدعاوي الدستورية عن غيرها من سائر الدعاوي ، فهي في العديد من النظم لا تفترض بالضرورة وجود خصوم ، خصوصا إذا كنا بصدد رقابة مجردة أو أصلية . بل انه إذا وجد خصوم ، فأن هؤلاء ليسوا أفراد دائما أيضا هيئات سياسية أو حكومة أو رئيس دولة أو أقاليم .[5]

---

(١) د. محمد ماهر ابو العينين ، المصدر سابق، ص٢١١ .

(٢) د. إبراهيم محمد علي، مصدر سابق ، ص١١١ .

(٣) د. عبد الغني بسيوني ، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص٨١٦ .

(٤) د. يحيى الجمل ، المصدر سابق، ص٢٢٢.

(٥) د. محمد عبد اللطيف ، إجراءات القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص١٩١ .

كما يترتب على اعتبار الدعوى الدستورية دعوى عينية ، عدم الحاجة الى ادخال خصوم فيها لان الاختصام اصليا عن طريق الإدخال يستهدف ان يكون للحكم حجية بالنسبة الى من يختصم أصليا او يختصم عن طريق الإدخال على السواء . فالدعوى الدستورية غير الدعوى العادية في هذا الصدد ، لان الخصومة فيها تستهدف الطعن في النص القانوني للحصول على حكم بعدم دستوريته ويكون الحكم صادر فيها حجة على الكافة بما في ذلك المدعي عليهم دون حاجة الى ادخالهم في الدعوى . ومن استلزم ان تنشر الأحكام والقرارات التي تصدر عن المحكمة في الجريدة الرسمية ، حتى يحاط بها الكافة علما [١] .

وقد انعكس طبيعة الدعاوى الدستورية على القواعد الإجرائية سواء ما تعلق منها بتحريك الدعوى الدستورية وميعاد رفعها والتي تعتبر شكلا جوهريا في التقاضي والتي يبتغي بها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية او على اجراءات سير الدعوى ونظرها والتي تأخذ طابع الاسراع بالفصل في النزاع الدستوري والطبيعة القانونية لأحكام وقرارات القضاء الدستوري .

ثانيا : الدعوى الدستورية دعوى مستقلة .

تعد الدعوى الدستورية دعوى قائمة بذاتها ومستقلة عن دعوى الموضوع ، لانها تستهدف موضوعا مغايرا لموضوعها ، فالدعوى الدستورية تتوخى الفصل في التعارض بين المدعى به (النص التشريعي) وقاعدة في الدستور ، اما الدعوى الموضوعية فإنها تتعلق بحقوق مدعى بها في نزاع يدور حول إثباتها أو نفيها عند وقوع عدوان عليها [٢] . ثم إن المحكمة المختصة ليست جهة طعن لما تقضي به محكمة الموضوع وانما هي جهة قضائية مستقلة ذات اختصاص اصيل بحيث اذا ما اتصلت الدعوى الدستورية بها اتصالا وفقا للأوضاع الإجرائية المحددة قانونا فانها تستقل عن الدعوى الموضوعية فهي تعالج موضوعا مغايرا لموضوع الدعوى الأصلية الذي أثيرت بشأنه الدعوى الدستورية [٣] .

---

(١) د. نجيب علي حسين ، الرقابة على دستورية القوانين (المحكمة الدستورية العليا) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص٦٥-٦٦ .

(٢) محمد عباس محسن ، المصلحة في الدعوى الدستورية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٦ ، ص٤٧ .

(٣) د. احمد محمود جمعة ، أصول إجراءات التداعي أمام محاكم مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ ،ص١٠٧

ولعل السبب في استقلال الدعوى الدستورية عن الدعوى الموضوعية ان لكل منهما ذاتيتهما ومقوماتهما ، ذلك انهما لا تختلطان ببعضهما ولا تتحدان في شرائط قبولهما ، بل تستقل كل منهما عن الاخرى في موضوعها ، وكذلك في مضمون الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها .

فالدعوى الدستورية تتوخى الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريع وقاعدة في الدستور، في حين تطرح الدعوى الموضوعية الحقوق المدعى بها في نزاع يدور حول اثباتها او نفيها عند وقوع عدوان عليها [١].

ومن الجدير بالذكر انه على الرغم من الاستقلالية التي تتميز بها الدعوى الدستورية عن الدعوى الموضوعية فان الدعويين وثيقتا الصلة ببعضهما البعض وذلك من ناحيتين ،الناحية الاولى تتعلق بشرط المصلحة ، اذ ان مناط المصلحة في الدعوى الدستورية ارتباطها بالمصلحة في الدعوى الموضوعية بمعنى انه يشترط لقبول الدعوى الدستورية سواء كانت عن طريق الاحالة من محكمة الموضوع او عن طريق الدفع وجود مصلحة للخصم للفصل في دستورية القانون المطعون بعدم دستوريته ، وسنتعرض لهذ الشرط بشيء من التفصيل في مستقبل هذا البحث في شروط قبول الدعوى الدستورية، اما الناحية الثانية فتتمثل في ان الفصل في الدعوى الموضوعية متوقف دوما على الفصل في الدعوى الدستورية ولا يعد الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الدعوى الدستورية الا هدما للصلة بينهما [٢].

ففي هذه الحالة وحين يتأكد لقاضي الموضوع ان الدفع بعدم الدستورية يتصف بالجدية ، فأنه يوقف الدعوى او يؤجلها ، فكأن المسألة الدستورية سوف تعرض في هذه الحالة على المحكمة عن طريق دعوى مباشرة يرفعها اصحاب الشأن ، إلا أنها ليست دعوى مبتدأة وانما هي دعوى في اعقاب دفع اثير امام قاضي الموضوع وثبت للقاضي جديته ، وان الفصل فيه لازم للفصل في موضوع النزاع المعروض أمامه [٣].

---

(١) ينظر المستشار عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص٤٠– ٤١

(٢) إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع، ص١٥١ .

(٣) د. طعيمة الجرف، مصدر سابق ، ص٢٣٣ – ٢٣٤.

ثالثا : الدعوى الدستورية دعوى قضائية ذات طبيعة خاصة .

تعد الدعوى الدستورية دعوى قضائية حيث تتولى الفصل فيها بالنص المطعون عليه بعدم الدستورية هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها لا سلطان عليها لغير القانون كالمحكمة الدستورية العليا او المحكمة الاتحادية العليا مشكلة تشكيلا قضائيا ويلاحظ ان للدعوى الدستورية طبيعة خاصة في العراق وفي مصر ايضا وذلك لان النظام الدستوري في العراق قد تبنى نوعين من الدعاوي وهما الدفع الفرعي بعدم الدستورية والدعوى الدستورية الأصلية [١].

أما في مصر فأن المشرع الدستوري قد تبنى نوعا واحدا وهو الدفع الفرعي بعدم الدستورية فقط ولم يجز أسلوب الدعوى الدستورية الأصلية ، حيث إن المشرع المصري كان قد اشترط في الدعوى الدستورية أن يكون هناك نزاع أو دعوى موضوعية أثير فيها دفع بعدم الدستورية ، وان الفصل فيه لازم للفصل في موضوع الدعوى ، ففي هذه الحالة ، وحين يتأكد لقاضي الموضوع إن الدفع بعدم الدستورية يتصف بالجدية ، فانه يوقف هذه الدعوى أو يؤجلها ويحدد لمن آثار الدفع مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ليرفع دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا . فكأن المسألة الدستورية سوف تعرض في هذه الحالة على المحكمة الدستورية العليا عن طريق دعوى مباشرة يرفعها أصحاب الشأن ، ألا أنها ليست دعوى مبتدأه ، وإنما هي دعوى في أعقاب دفع أثير أمام قاضي الموضوع وثبت للقاضي جديته ، وان الفصل فيه لازم للفصل في موضوع النزاع المعروض أمامه [٢] .

ومن زاوية كونها دفع نجد أن الدفع المثار ترك بعض بصماته على طبيعة الدعوى الدستورية ، حيث لا يجوز للمدعى بعد أن يحدد له قاضي النزاع ميعادا ليرفع فيه دعواه أن يطلب من المحكمة الدستورية العليا إلغاء النص المطعون فيه أو إعلان بطلانه.

فكل ما تملكه المحكمة الدستورية هو ان تقول كلمة الفصل في المسألة الدستورية بأن تقرر بان النص المطعون فيه مخالف او غير مخالف للدستور، ثم تنتقل السلطة لقاضي النزاع الذي له ان يفصل في موضوع الخصومة على هدى حكم المحكمة الدستورية، فالدعوى الدستورية وكما سبق لها طبيعة

---

(١) د. محمد عصفور الرقابه على دستورية القوانين مجلة المحاماة المصري عدد /١ سنة ٥١، ٢٠١٤، ص ١٧.

(٢) طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ١٩٩٣ ، ص٢٣٣- ٢٣٤ .

خاصة في ظل طرق تحريكها كما انها تعتبر الطريق الطبيعي للطعن بكافة اللوائح او الانظمة التي تصدر عن السلطة التنفيذية او من أي جهة تملك حق اصدارها وهذا بفضل الرقابة القضائية متمثله بالمحكمة الاتحادية العليا حيث نص دستور ٢٠٠٥ على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا ومنها (الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة) [١]، حيث ان المشرع ومن خلال هذه الفقرة يتضح انه قد ساوى بين التشريع الاصلي والتشريع الفرعي فهو يتصدى ومن خلال القضاء الدستوري لكل اشكال القوانين المخالفة للنصوص الدستورية وبغض النظر عن الجهة التي اصدرتها .

وكذلك في مصر فقد اعطى القانون للمحكمة الدستورية العليا الحق في ان تتصدى لممارسة الرقابة على دستورية القوانين كلما رأت نصا غير دستوري ، وكان ذا صلة بالنزاع المطروح عليها . وقد نصت على هذا الاسلوب المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا بقولها :(يجوز للمحكمة في جميع الحالات ان تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون او لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ، ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوي الدستورية) [٢]، ويتضح من ذلك ان الفرد اذا ما اراد ان يطلب من القاضي الدستوري الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة مخالف للدستور فعليه ان يستعمل طريق الدعوى الدستورية .

---

١ المادة (٩٣) الفقرة أولا من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ النافذ .

٢ المادة (٢٧) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، الصادر بشأن انشاء المحكمة الدستورية العليا في مصر .

المبحث الثاني

ذاتية الدعوى الدستورية

ان الدعوى الدستورية ماهي الا تجسيد فعلي للرقابة على دستورية القوانين والذي تمارسه المحكمة المختصة بذلك بعد ان خصها الدستور واوكل لها هذا الاختصاص لتحق الحق وتدحض الباطل ، فهذا الاختصاص برقابة الدستورية والذي عهد به الى هذه الهيئة لاشك انه يتميز بعدة مميزات يمتاز بها ، والتي سنتناولها في مطلب اول في خصائص الاختصاص برقابة الدستورية ، اما المطلب الثاني من هذا المبحث فسنخصصه لمقومات الدعوى الدستورية .

المطلب الأول

خصائص الاختصاص برقابة الدستورية .

ان من ابرز ما يتميز به هذا الاختصاص من خصائص ومميزات ، هي الشمولية ، والمركزية . بمعنى انه اختصاص شامل من جهة ، واختصاص مركزي من جهة ثانية .

الفرع الأول

اختصاص شامل .لامركزي

تتحدد شمولية هذا الاختصاص من خلال التعرض لامرين هما مفهوم هذه الشمولية ، والاثر المترتب عليها .

اولا / مفهوم شمولية الاختصاص .

ان شمولية الاختصاص الدستوري وصف يعني ان الرقابة على دستورية القوانين لا تقتصر على الرقابة على العيوب الموضوعية للنص المطعون عليه بعدم الدستورية ، وانما تشمل العيوب الشكلية ايضا . وهو ما يكون مفاده ممارسة هذا الاختصاص على الشكل والموضوع معا [١] .

---

(١) د. محمد عبد العال السناري ، القانون الدستوري ، جهاز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص٢٧٧

وعلى خلاف ذلك ، ذهب بعض الفقهاء الى ان هذا الاختصاص مقصور في ممارسته على العيوب الموضوعية للنص المطعون عليه لا عيوبه الشكلية . وهو مايستدل عليه من قولهم بأن الرقابة الدستورية تقتصر على مخالفة القانون للدستور من الجانب المادي أي الموضوعي دون الجانب الشكلي [١]، أو القول بأنه لا موضوع لإثارة هذه المشكلة يقصد رقابة الدستورية الا بعد ان تكون جميع الإجراءات الشكلية التي يتطلب الدستور توافرها قد استوفيت [٢] . ويستند أنصار هذا الرأي في مذهبهم إلى النص قانونيا كان ام لائحيا الذي لا يستوفي الإجراءات الشكلية التي نص عليها الدستور صدرت من غير مختص أو لم تتوافر لصحته المطلوبة الموضوعة دستوريا ، أو صدر بغير تصديق رئيس الدولة أو لم ينشر بالجريدة الرسمية ينعدم وجوده القانوني . فلا يكون هناك ثمة محل لتمارس عليه رقابة الدستورية [٣].

و الرأي قدر ما له من وجاهة ، محل نظر لعدة أسباب . أولها ان فيه تخصيصا لعموم النصوص المقررة للرقابة الدستورية بغير مخصص . فقد جاءت هذه النصوص تترى لتعقد للمحكمة الدستورية هذه الرقابة بغير تخصيص بممارستها على عيوب شكلية او موضوعية . وإنما جاءت عامة ، و الأصل أن العام يجري على عمومه ما لم يكن هناك ثمة ما يخصصه ، وهذه العمومية تقطع بسريان هذه الرقابة على المطاعن الشكلية والموضوعية معا . والقول بقصرها على مطاعن على ارادة المشرع الدستوري الذي ارادها رقابة شاملة لهذه العيوب جميعا . وثانيها هو تناقض الراي مع مركزية الاختصاص برقابة الدستورية ، باعتباره اختصاصا ينعقد لجهة مركزية تنفرد به دون غيرها ، هي المحكمة الاتحادية العليا او المحكمة الدستورية العليا ، تأسيسا على ان هذه المركزية تجعل لذات المحكمة الرقابة على دستورية القوانين دون سواها ، وهو مايكون من اثره ممارستها لهذا الاختصاص يبسط رقابتها على جميع العيوب التي تعتري النصوص التشريعية شكلية كانت ام موضوعية والقول بقصر هذه الرقابة على العيوب الموضوعية دون الشكلية هو ايكال الرقابة على هذه الاخيرة لقضاء الموضوع . ونظرا لان هذا الاخير لا يمكن الغاء النص المعيب شكليا الا بنص يقرر ذلك ، فانه سيتوقف برقابته عند حد الامتناع عن تطبيق

---

(١) د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع، ص١٩.
(٢) د. عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والأنظمة السياسية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ ،ص١٩٧ .
(٣) د. محمد رفعت ، القانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الاسكندريه ، ١٩٩٠، ص١٢٨-١٢٩

هذا النص . وهو ما يكون من اثره العودة مرة اخرى الى رقابة الامتناع ، بما تنطوي عليه من مثالب ابرزها تباين موقف المحاكم من دستورية النص المعيب شكلا . فيكون النص دستوريا مرة ، وغير دستوري اخرى ، مما يخل بالوحدة العضوية للدستور .

وثالثها مفاده ان القول بعدم امتداد الاختصاص برقابة الدستورية الى العيوب الشكلية للنص المطعون فيه ، مرجعه لاعتبار مثل هذا النص عملا منعدما يجعل الرقابة عليه تمارس على غير محل ، قول مردود عليه بأنه يخالف المستقر ، فقها وقضاءً ، من خضوع الأعمال المنعدمة للرقابة القضائية شأنها في ذلك شأن ما كان منها غير منعدم [1]، بل هي رقابة لها من السعة ما لا يتوافر بالنسبة للأعمال غير المنعدمة ، اذ لا تتقيد بميعاد للطعن يسقط بنفاذه ، كما يكون لاي من جهات القضاء ، كعقبة مادية ، ازالتها ، ومن جهة اخرى ان في الراي خلطا ظاهرا بين الانعدام المادي للنص ، والانعدام القانوني فالاول يعني الا وجود للنص مطلقا ، وهنا يصدق القول بعدم ممارسة الرقابة عليه لانها حالئذ تمارس على غير قائم فعلا . اما الثاني لا وجه للقول بانحسار الرقابة عليه ، لانه قائم ماديا ، ولكن لحقه عيب جسيم تمثل في مخالفته لنص اعلى انحدر به الى درجة الانعدام مما يكون معه ضرورة انبساط الرقابة القضائية عليه تخلصا منه . والا كان ذلك معناه بقاء هذا النص قائما رغم ما اعتراه من عيب جسيم وهو ما يناقض الشرعية ، ويصادم مقتضيات الرقابة القضائية .

ورابعها ان القول بقصد رقابة الدستورية على العيوب الموضوعية دون الشكلية تجزئة لمبدأ سمو الدستور . لا يقرها دليل منقول ، اذ مقتضى المبدأ ان يكون العلو لاحكام الدستوركل لايتجزأ موضوعية كانت ام شكلية . والقول ببسط الرقابة على الاولى دون الثانية هو تقسيمه لمبدأ لا يقبل الانقسام ، مع ما يرتبه ذلك من اثر بقاء النص المخالف للدستور شكلا ساريا منتجا لاثاره رغم وقوعه في حومة المخالفة الدستورية وهو ما يكون مؤداه تكريس المخالفة الدستورية . على نحو ما لايمكن قبوله . واخيرا ان الرأي يفضي الى نتيجة بالغة الشذوذ ، بأن يكون النص الواحد سليما ومعيبا دستوريا في ذات الوقت بأن يكون مخالفا للدستور شكلا وموافقا له موضوعا ، والاصل ان العيب يلحق النص حتى ولو سلم في أي من اوجهه . بمعنى انه يكون معيبا دستوريا حتى لوصح في الشكل دون الموضوع . او سلم في الاخير وكان معيبا في الاول . وبناءً عليه لم تأخذ المحكمة الدستورية العليا في مصر بهذا الراي ومضت تؤكد

---

(١) د. مصطفى ابو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص٤١٨ .

شمولية اختصاصها برقابة الدستورية ، بما يعكس ذلك من ان رقابتها على دستورية النص التشريعي لا تقتصر على بحث عيوبه الموضوعية فحسب وانما تشمل ايضا عيوبه الشكلية .

ثانيا / اثر شمولية الاختصاص الدستوري .

تترتب على شمولية هذا الاختصاص ، بمعناها السابق ، عدة اثار من ابرزها ما يلي :

١- ان المحكمة الدستورية تمارس هذا الاختصاص ، ببسط رقابتها على العيوب الشكلية للنص المطعون عليه بعدم الدستورية ، من تلقاء نفسها أي بغير طلب من الخصوم . حتى ولو كان الطعن بعدم الدستورية مقصورا على العيوب الموضوعية دون سواها ، ولا يمثل ذلك قضاءً من المحكمة بما لم يطلبه الخصوم ، ولا يعد بدوره خروجا على مبدأ حياد الدعوى الدستورية . وذلك مرجعه الى ان التحقق من استيفاء الاشكال المتطلبة دستوريا في النص يعد مفترضا اوليا للبحث في مدى اتفاقه مع الدستور موضوعيا[١] . اذا لا يستقيم البحث في سلامة النص من الناحية الموضوعية قبل التحقق من صحته بمراعات الجوانب الشكلية الواجبة دستوريا . وتلك مسألة تجريها المحكمة بغير دفع من الخصوم ولا طلب ، اعمالا لاصل اجرائي مفاده ضرورة تحري الشكل قبل الموضوع . وبناءً عليه قضت المحكمة الدستورية العليا بأن .. الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة غايتها ان ترد الى قواعد الدستور كافة النصوص التشريعية المطعون فيها .. وسبيلها الى ذلك ان تفضي بأحكامها النهائية في الطعون الموجهة اليها شكلية كانت او موضوعية . ومن البديهي ان يكون استئثارها من استيفاء هذه النصوص لاوضاعها الشكلية سابقا على فحصها لها من الناحية الموضوعية [٢]، دلالة على ذلك ذهبت الى ان : العيوب الشكلية وبالنظر الى طبيعتها لا يتصور ان يكون بحثها تاليا للخوض في الطعون الموضوعية، ولكنها تتقدمها . ويتعين على هذه المحكمة بالتالي ان تتحراها بلوغا لغاية الامر فيها . حتى ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها محددا في اطار الطعون الموضوعية دون سواها، اذ يستحيل عليها ان تتجاهلها

---

(١) د. محمد باهي ابو يونس، القضاء الدستور، دار الجامعه الجديده، الاسكندرية ، مصر، ٢٠١٤، ص٢٦٢.

(٢) المحكمة الدستورية العليا ٥ فبراير، ١٩٩٤، القضيه رقم ٢٣ لسنة ١٥، قضائية دستورية، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء السادس، ص١٤٠.

عند مواجهتها لاية طعون موضوعية [١]، ولكن اذا كانت المحكمة تفصل بغير طلب في العيوب الشكلية للنص المطعون عليه بعدم الدستورية فانه يكون لها ان تمتد برقابتها الى غير العيوب الشكلية التي اثارها الخصوم بطبيعة الحال [٢]. إعمالا لأصل مفاده ان من يملك الأكثر يملك الأقل .

٢- الفصل في العيوب الموضوعية للنص المطعون عليه بعدم الدستورية أي تعارضه مع قاعدة دستورية موضوعية يعني استيفاء هذا النص للشروط الشكلية التي تطلبها الدستور. بمعنى ثبوت صحته من الناحية الشكلية اذ ان الفصل في الطعون الموضوعية يعني هو قضاءً مزدوجا بمعنى انه قضاء صريح بدستورية او عدم دستورية النص المطعون عليه ، وقضاء ضمني بصحة النص شكلا أي توافره على الشكل المتطلب دستوريا . وهو ما يتأسس على منطق مفاده انه ما كان للمحكمة ان تبسط رقابتها على الطعون الموضوعية الا بعد التحقق من استواء النص من الناحية الدستورية شكلا . ولعله ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها (ان الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي وقاعدة موضوعية في الدستور ، سواء بتقرير قيام المخالفة المدعى بها او نفيها . إنما يعد قضاءً في موضوعها منطويا لزوما على استيفاء النص التشريعي المطعون عليه للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور ومانعا من العودة إلى بحثها) [٣].

٣- ثبوت خلو النص المطعون عليه بعدم الدستورية من العيوب الشكلية لا يعني سلامته من العيوب الموضوعية، اذ لا تكفي توافر الأوضاع الشكلية لتحقيق دستورية النص التشريعي ، وإنما لابد من أن لا يخالف قاعدة دستورية موضوعية ، فالنص الذي مر بجميع مراحل صناعته تشريعيا اقتراحا و اقرارا و إصدارا و نشرا بالجريدة الرسمية لا يتحقق بذلك الصحة الدستورية ، ما لم يثبت عدم تصادمه مع القواعد الدستورية الموضوعية كمراعاة المساواة مثلا، وفق ما يرد حديثه لاحقا ذلك أنه اذا كان البحث في الموضوع يعني ضمنا توافر الشكل ، فان تقصي حالات النص شكلا لا يعني اتفاقه مع الدستور

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، ٢يناير ١٩٩٣، القضية رقم٢٣لسنة ١٢ قضائية دستورية، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص٣١ لسنة ١٠قضائية دستورية مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الخامس، المجلد الاول، ص٦٢.

(٢) د. محمد باهي ابو يونس، مصدر سابق، ص٢٦٤.

(٣) المحكمة الدستورية العليا، ٧ ديسنبر ١٩٩١، القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية دستورية، مجموعت احكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجله الاولى، ص٦٢.

موضوعا، لان البحث في الموضوع لاحق لتحقق الشكل ، بما مؤداه ان الشكل يسبق الموضوع . ولذا اذا كان اللاحق يستغرق ما يسبقه ، فان السابق لا يستوعب ما يلحقه . ومن ثم لا يكون دالا على صحته، ولعل هذا ماانتهت اليه المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها (ان العيوب الشكلية وبالنظر الى طبيعتها لا يتصور ان يكون بحثها تاليا للخوض في الطعون الموضوعية ولكنها تتقدمها) [١].

ولذا لا يتصور ان تتجاهلها المحكمة عند مواجهتها لاي طعون موضوعية . والامر على نقيض ذلك حين يكون نطاق الطعن منحصرا في الطعون الشكلية، اذ يكون قرار المحكمة بشأنها متعلقا بها وحدها، ولا يعتبر حكمها برفض هذه الطعون مطهرا للنصوص المطعون عليها من مثالبها الموضوعية او مانعا كل ذي مصلحة من طرحها على المحكمة وفقا لقانونها [٢]، وهو ما يكون من اثره ان استفياء النص التشريعي للشكل المقضى دستوريا ، لا يحول دون امتداد رقابة الدستورية عليه تحققا من عدم مخالفته للدستور موضوعيا، وهو ما تؤيده المحكمة الدستورية العليا بقولها :لا يكفى لتقرير دستورية نص تشريعي معين او يكون من الناحية الاجرائية موافقا للأوضاع التشكلية التي يطلبها الدستور ، بل يتعين فوق ذلك ان يكون في محتواه متفقا مع قواعد الدستور الموضوعية [٣].

الفرع الثاني

مركزية الاختصاص بالرقابة الدستورية .

سنتناول في هذا الفرع مركزية هذا الاختصاص وذلك بالوقوف على حقيقته حيث سنتطرق الى تحديد مفهومه ومن ثم بيان اسبابه واخيرا التعرف على نتائجه او اثاره ومن خلال ما يلي :

اولا : مفهوم مركزية الاختصاص .

مركزية هذا الاختصاص لها معنيان احدهما عضوى ، والاخر مكاني فمن الناحية العضوية تتصرف في معناها الى انعقاد الاختصاص برقابة دستورية القوانين لجهة معنية تمارسه استئثارا ،

---

(١) د. محمد باهي ابو يونس، المصدر سابق، ص٢٦٥.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، ٧ ديسنبر ١٩٩١، القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية – دستورية مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، المجلس الخامس، الجزء الاول، ص٦٢.

(٣) د. محمد باهي ابو يونس، مصدر سابق، ص٢٦٦.

لاتزاحمها في هذا الشأن أي جهة اخرى، بما مفاده عدم توزعه على جهات اخرى، قضائية كانت ام غير قضائية، وذلك على خلا اللامركزية العضوية لهذا الاختصاص ، بما تعنيه من تفرق هذا الاختصاص على جميع المحاكم تمارسه كل منها، سواء اكان ذلك بمناسبة فصلها في دعوى موضوعية ام استقلالا عن أي منازعة، اما من الناحية المكانية فمفاد المركزية ان يكون للجهة المختصة بالرقابة على الدستورية مقر واحد على مستوى الدولة، على نحو يمتنع معه ان يكون لها مقار اخرى في بقية محافظاتها او وحدتها المحلية الاخرى . ومنذ نشأة القضاء الدستوري في مصر وغيرها في دول الرقابة على الدستورية ، وهو يجسد في اختصاصه بالرقابة على الدستورية هذين المفهومين، فمن ناحية تبتدئ مركزية العضوية في المحكمة الدستورية العليا بما عقد لها دون غيرها بهذا الاختصاص، ومن ناحية اخرى تتجلى مركزيته المكانية فيما نص عليه من ان مقرها محافظة القاهرة دون غيرها ايضا، وهو مانصت عليه المادة الرابعة رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بانشاء المحكمة العليا بعد ان حدد مقرها بمدينة القاهرة، بانها تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين، وجاء دستور ١٩٧١ ليكرس للمركزية المكانية لهذا الاختصاص فيما نصت عليه مادته ١٧٤ من ان : المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة مقرها القاهرة، ويقر المركزية العضوية في نصه في المادة ١٧٥ على ان تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح . وهو ذاته ما اكده الاعلان الدستوري الحالي فيما قررته مادته التاسعة و الاربعون بذات المعنى و المبنى[١]، اذن ، مؤدى هذه النصوص ، وعلى ما انتهت اليه المحكمة الدستورية العليا ، ان المشرع المصري اخذ بقاعدة مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واختص بها هيئة مستقلة هي المحكمة الدستورية العليا دون غيرها من الجهات القضائية الاخرى[٢].

والمركزية بتحقيق هذا المفهوم ، لاسيما بمعناه العضوي ، خصيصة ينفرد بها هذا الاختصاص دون غيره من اختصاصات المحكمة الدستورية العليا الاخرى . ودليل ذلك انه الاختصاص الوحيد للمحكمة الذي حرص المشرع ان يقرنه بعبارة (دون غيرها) ، وهو ما لا يلازم اختصاصات المحكمة

---

(١) حرصت الماده ١٨٢ من المسوده الاولية لمشروع الدستور الجديد التي نشرت في ٤ اكتوبر ٢٠١٢ على تاكيد مركزية هذا الاختصاص بازدواجية معناه فيما نصت علية من ان المحكمة الدستورية العليا جهه قضائية مستقله قائمة بذاتها مقرها مدينة القاهرة ، وتختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين.

(٢) د. محمد باهي ابو يونس، المصدر سابق، ص٢٦٧.

الاخرى سواء التفسيري ، او فض تنازع الاختصاص ، او رفع تناقص الاحكام . ومثال على ذلك ، ما اكدته المحكمة الدستورية العليا بقولها[1]، ان اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية لا يصادر حق جهات القضاء الاخرى في تفسير القوانين وانزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح امامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية او من المحكمة الدستوريا العليا [2].

ثانيا : اسباب مركزية الاختصاص .

هناك طائفة من الاسباب التي كانت قد حدت بالمشرع الدستوري الى الاخذ بمركزية الاختصاص او الرقابة على دستورية القوانين، اولها هو تفادي الاختلاف بين المحاكم حول دستورية النصوص اذ لا يمكن ان تستقيم النصوص، والمحاكم رغم تنوعها، تختلف حول مدى دستوريتها، فيعجز حتى على المتخصصين، معرفة ما يكون دستوريا مما لا يكون كذلك ولعله ما اكده البعض بقوله (... ان انفراد المحكمة الدستورية العليا بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، فتلك هي وظيفتها الاولى واهم اسباب وجودها وذلك بدلا من ان ينعقد هذا الاختصاص للقضائين العادي والاداري كليهما او لشتى المحاكم كبيرها وصغيرها، فتتضارب الاحكام وتعم الفوضى، فلا احد يعلم على وجه اليقين ما اذا كان قانون ما هو حقا مخالف لنصوص الدستورية او متوافق معها [3] .

وتؤكد المحكمة الدستورية هذه الحقيقة بما انتهت اليه من انه: ونظرا لما يترتب على اختلاف وجهات النظر بين المحاكم في هذا الموضوع الخطير أي دستورية النص التشريعي من اظطراب وعدم استقرار في المعاملات والحقوق والمراكز القانونية منذ انشأ المشروع المحكمة العليا ... وخولها دون

---

(١) تشير المحكمة الدستورية العليا في هذا الحكم الى ماجاء بالمذكرة الايضاحيه لقانونها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ من قولها: ان اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير لايحول دون مباشرة السلطة التشريعية حقها في اصدار التفسيرية بداءة او بالمخالفه لما انتهت الية المحكمة الدستورية العليا من تفسير، كما ان هذا الاختصاص لايصادر حق جهات القضاء الاخرى جميعا في تفسير القوانين وانزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها ما دام لم يصدر بشان النص المطروح امامها تفسير ملزم ام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) د. محمد باهي ابو يونس، المصدر سابق، ص٢٦٨.

(٣) أ وحيد رفعت، جريدة الاهرام ١٤يوليو ١٩٨٩، اشار الية المستشار احمد ممدوح عطية : دراسة مقارنة تحليلية حول قانون المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٣١.

سواها ولاية الفصل في دستورية القوانين .. وقد جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بانشاء هذه المحكمة .. ان المشرع قصر ولاية الفصل في دستورية القوانين على المحكمة العليا دون سواها أي مركزية الاختصاص حتى لا يترك البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسب ما جرى العرف القضائي ، وحتى لا يتباين وجوه الرأي فيها . وبذلك حسم المشرع الخلاف المترتب على تعدد جهات القضاء التي كانت تنظر على الشيوع بينها موضوع دستورية القوانين ، وكفل وحده النظام القانوني واستقراره ، وسد ثغرة عميقة في نطاقها القضائي و القانوني[١]، وثانيها تحقيق سمو الدستور، ذلك ان سمو الدستور لا يكون رهنا بسيادة احكامه على مادونه من نصوص تشريعية فحسب ، وانما هو يتجاوز ذلك لينصرف الى مقتضى هذا المعنى . وهو ان تكون هناك آلية تحيل هذا السمو الى واقع ايضا، وهو مالا يتحقق الا بوجود جهة تستأثر دون غيرها بإصدار احكام تنزل نصوصه على الواقع ، بشكل يجعلها ملزمة لكافة سلطات الدولة ، فتتوحد جميعا حول تطبيقها [٢].

رب هذا ما عناه البعض بقوله (انه لا توجد سوى حقيقة دستورية وحيدة ، وهذا خير لا يمكن تقديره . ذلك ان الحياة القانونية وقد اتخذت القوانين قاعدة اساسية لها فانه يهم امنها ان تكفل الى اقصى حد قيمة مماثلة بالنسبة للجميع وثابتة ... وليس هناك سبيل احسن في الوصول الى هذه القيمة الا باخضاع ذلك لتقدير محكمة وحيدة [٣]، اذ لا يمكن للدستور ان يسود ، ولا لأحكامه ان تستمر ، اذا تفرقت المحاكم في تطبيقه ، وتنوعت في اعمال نصوصه ، وسارت كل واحدة في اتجاه يغاير الآخر، حينما تسير جهة تشريعية كانت ام ادارية او غير ذلك في اتجاه يتباين مع الاتجاه الذي سلكته جهة اخرى، وهنا يبقى سمو الدستور لغوا ، والرقابة انصافه لحمايته ضربا من الوهم . وأخيرا تحقيق الوحدة العضوية لأحكام الدستور، فمن المعلوم ان الدستور ، كوثيقة متكاملة مجملة النصوص وان جاءت بصيغ الإجمال ، الا انها تربطها وحدة عضوية تحول دون تنافرها او تناقضها او تصادمها ، فان اتضح هناك تناقض او تعارض يبين من نصوصه ، فلا يظن انه كذلك وانما لابد ان يفهم على انه استثناء من

---

(١) المحكمة العليا:٣ يوليو ١٩٧١. الدعوى رقم ٤ لسنة ١ قضائية عليا – دستورية مجموعة احكام وقرارات المحكمة العليا، القسم الاول. الجزء الاول. ص ١ ١٥.

(٢) د. محمد عصفور: المشكلات التى تثير ها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢١٢.

(٣) د. محمد باهي ابو يونس، المصدر سابق، ص٢٧٠.

الاصل ، او خاص من العام ، او مقيد من المطلق او فرع من الاصل ، فالتناقض ليس من سمات الدساتير ، والتعارض لا يعد من خصائصها ، والا انهار بناؤه وتهاترت احكامه [١]، ولا سبيل لتحقيق وحدة هذا البناء ، الا بايكال مهمة الرقابة على دستورية القوانين لجهة وحيدة يمكنها ذلك من غير ان تنازعها جهة اخرى ان توحد الرؤى حول معنى محدد للنص الدستوري ، حيث لا تفترق حوله الافهام ولا يتفرق الاجتهاد حوله . ومن التاكيد ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية (كان لزاما ان يؤول امر هذه الرقابة الى محكمة واحدة بيدها وحدها زمام إعمالها كي تصوغ بنفسها معاييرها ومنهاجها وتوازن من خلالها بين المصالح المثارة على اختلافها وتتولى دون غيرها بناء الوحدة العضوية لاحكام الدستور بما يكفل تكاملها وتجانسها ، ويحول دون تفريق وجهات النظر من حولها ، وتتباين مناحي الاجتهاد فيها

ثالثا / اثر مركزية الاختصاص :

يترتب على مركزية الاختصاص الدستوري عدة نتائج او آثار اولها ان المحكمة الدستورية العليا او المحكمة الاتحادية العليا هي الجهة الوحيدة المختصة والمنوط بها الفصل في دستورية القوانين ، وهو ما يفضي الى عدم قيام أي جهة قضائية كانت او برلمانية او سياسية ، ممارسة هذا الاختصاص، بل ولا يملك المشرع ذاته ايكال هذه المهمة الى جهة ما كان قد قدر استقلالها وكفاءة اعضائها . وهو ما قصدته المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها (ان الدستور قد خول هذه المحكمة اختصاصا منفردا على دستورية القوانين واللوائح مانعا أي جهة من مزاحمتها فيه [٢]، كما قضت بأن (هذه المحكمة بأنها الجهة القضائية العليا التي اختصها الدستور والمشرع كلاهما بولاية الفصل في المسائل الدستورية ، وليس ثمة جهة اخرى يمكن ان تنازعها هذا الاختصاص او ان تنتحله لنفسها) [٣] .

وثانيها مفاده انه لايجوز لاي محكمة مهما كانت درجتها او طبيعة اختصاصها ، التصدي بالفصل لاي منازعة دستورية . بمعنى انه اذا تبين لها ان النص الذي تنزله على الدعوى التي تفصل فيها غير

---

(١) المحكمة الدستورية العليا٧ نوفنبر ١٩٩٢ القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية دستورية مجموعة احكام المحكمة الدستورية العلياالجزء الخامس، المجلد الثاني، ص٤٧.

(٢) د. محمد باهي ابو يونس، المصدر سابق، ص٢٧٣.

(٣) المصدر نفسة، ص ٢٧٤.

دستوري توقف الفصل فيها ، وتتبع الاجراءات القانونية لعرضها على المحكمة الدستورية لاصدار حكمها بشأنها ولذا قضى بأنه (لايجوز لاي محكمة او هيئة اختصها المشرع بالفصل في نزاع معين فصلا قضائيا إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها اذا بدا لها مصادمته للدستور ذلك ان قيام هذه الشبهة لديها يلزمها ان تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا التي تتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية [١].

وأخيرا يؤدي اختفاء رقابة الامتناع ، بمعنى ان مركزية الاختصاص من اثرها عدم ممارسة قضاة الموضوع رقابة الامتناع على النصوص التي يفصلون وفقا لها في الدعاوى المعروضة عليهم ، امتناعا عن تطبيقها لتقديرهم جديا عدم دستوريتها اذ ان مركزية الاختصاص تعني ان رقابة المحكمة الدستورية العليا او المحكمة الاتحادية العليا هي رقابة الغاء النص غير الدستوري ، وهذه الرقابة ان وجدت تتلاشى بوجودها رقابة الامتناع فلا يكون هناك ثمة حاجة للاخيرة بتوافر الاولى . إذ أن رقابة الامتناع كانت تمارسها المحاكم لعدم وجود رقابة مركزية للدستورية فاذا تحققت هذه الرقابة بمركزيتها انتفى مسوغ رقابة الامتناع كما ان وفي بيان هذا الامر تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر (ان رقابة الامتناع التي كان زمامها بيد مختلف المحاكم على تباين فهمها لاحكام الدستور ، اسفرت عن تناقض الاحكام مما اخل بالوحدة العضوية للنصوص الدستورية واتساق مفاهيمها ، مما حدا بالدستور والمشرع الى ابدالها بالرقابة المركزية الشاملة التي تقوم عليها هذه المحكمة ، لتتولى دون غيرها صون احكام الدستور وحمايتها[٢].

المطلب الثاني

مقومات الدعوى الدستورية .

إن أساس وجود الدعوى الدستورية هو وجود الدستور الذي يتكون من مجموعة من القواعد القانونية والتي لها سمات خاصة تجعلها متميزة عن القواعد القانونية الأخرى كالقوانين العادية فالدستور هو جوهر وجود الدعوى الدستورية وعمادها . كما ان الفصل في هذه الدعوى يجب ان يكون بموضوعية وبدون

(١) د. فوزية عبد الستار، التنظيم الدستوري، مجلة المصور، عدد ١٦، فبراير ١٩٩٦، ص٣٢١.

(٢) د. فوزية عبد الستار ، المصدر سابق، ص٣٢٢.

عوامل تؤثر على الجهة التي تتولى النظر فيها ، ولذلك يتعين إسناد هذه المهمة إلى الجهة التي منحها الدستور اختصاص الفصل فيها بعد أن يكفل استقلالها وحيادها وحصانة أعضائها[١] .

كما يجب اقتران الدعوى الدستورية بوسائل تنفيذ ما يصدر عنها من أحكام وحمل الملزمين بها على الرضوخ لها وبغير ذلك فأنها تغدو هباءً منثورا ، وتفقد قيمتها من الناحية العملية ، وهو ما يفيد إفراغها من كل مضمون [٢].

ولكل ما سبق سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع لبيان هذه المقومات حيث نبين في الفرع الأول الدستور وهو المقوم الاول للدعوى الدستورية ، اما الفرع الثاني فنبين فيه مدى استقلال وحياد الهيئة التي تتولى النظر في الدعوى اما الفرع الثالث والأخير فسنتطرق فيه لأهم وسيلة تضمن تنفيذ الحكم وهي الإيمان بمبدأ الشرعية الدستورية [٣].

الفرع الأول

وجود الدستور

وجود الدستور يعني إقامة النظام في الدولة وبيان قواعد ممارسة السلطة فيها ووسائل وشروط استعمالها ، ومن ثم يمنع كل استخدام للسلطة العامة لا تراعى فيه هذه الشروط أو تلك القواعد .وقد عرف الدستور بأنه (مجموعة القواعد المتعلقة بتبيان مصدر السلطة وتنظيم ممارستها وانتقالها والعلاقة بين القابضين عليها وكذلك تلك المتعلقة بالحقوق والحريات العامة في الدولة)[٤].

وسنتناول في هذا الفرع وبإيجاز المدلول الشكلي والموضوعي لكلمة الدستور وبقدر تعلق هاذين المعيارين بموضوع الدعوى الدستورية باعتبارهم احد دعائم هذه الدعوى .

---

(١) المصدر نفسة، ص٢٣٣.

(٢) د. محمد باهي ابو يونس، المصدر سابق، ص٢٧٩.

(٣) د. محمد باهي ابو يونس، المصدر سابق، ص٢٨٠.

(٤) د. مها بهجت يونس ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص٣٠

فوفقا للملول الشكلي لكلمة الدستور فان القواعد القانونية الواردة في الوثيقة التي تحوي النصوص الدستورية تعد قواعد دستورية بصرف النظر عن طبيعة هذه القواعد ، أي سواء تعلقت بنظام الحكم وممارسة السلطة وتداولها او تعلقت بموضوعات أخرى ، بحيث ان كل قاعدة لا تضمها هذه الوثيقة لا تعد قاعدة دستورية ، فالعبرة اذن هنا بشكل القاعدة لا بموضوعها [١] .

اما المعيار الموضوعي للدستور فهو ينظر الى طبيعة وجوهر القاعدة القانونية دون اعتبار للشكل أو الإجراءات المتبعة . أي ان أهمية الموضوعات التي يتناولها الدستور هي التي تكسبه سموا على القوانين العادية [٢] . من هنا فان الدستور يتضمن الموضوعات التي لها طبيعة دستورية سواء كانت هذه الموضوعات واردة في صلب الوثيقة الدستورية كما يذهب أنصار المدلول الشكلي او تقررت أحكامها في قوانين عادية او بمقتضى أعراف دستورية .

إزاء هذا التصور المزدوج لمفهوم الدستور ، يثور التساؤل حول أي المدلولين يتفق مع الدعوى الدستورية ؟

ليس خافيا على احد وكما أسلفنا من قبل بأن الدعوى الدستورية هي تجسيد لفكرة الرقابة على دستورية القوانين ، بمعنى ان هذه الدعوى هي وسيلة تتمكن المحكمة من خلالها من فرض رقابتها على مدى احترام السلطة التشريعية للدستور . وهذا ما يدفعنا الى ربط المدلول الشكلي للدستور بالدعوى الدستورية .

فهذا الربط يرجع من وجهة نظرنا إلى طبيعة الرقابة على دستورية القوانين . فالقوانين الصادرة تحمل بين طياتها قرينة دستورية ، وإذا أردنا ان نتأكد من هذه القرينة عن طريق الرقابة ، فلابد ان تكون في أضيق الحدود لانها رقابة استثنائية على عمل البرلمان الذي يمثل الإرادة العامة للشعب . وتضييق هذه الرقابة يتم عن طريق مقارنة القانون المراد مراقبته بقواعد محددة وثابتة ، وهذه القواعد ماهي إلا تلك الواردة بالوثيقة الدستورية[٣] .

---

(١) د. احسان حميد المفرجي ، و د. كطران زغير نعمة ، و د. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠، ص٦٧ .

(٢) د. عزيزة الشريف ، الرقابة على دستورية التشريع ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٩٥، ص٦٠ .

(٣) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص٢١٠

هذا من جانب ، ومن جانب أخر ، فان الرقابة على دستورية القوانين تدفع القاضي الدستوري الى بحث اتفاق نص القانون الأدنى مع نص الدستور الأعلى ، أي لابد من وجود احتمال للتعارض بين نصين مختلفين في المرتبة والدرجة حتى ينظر القاضي في النزاع الدستوري . والأخذ بالمدلول الشكلي بخصوص الرقابة على دستورية القوانين ليس مطلوبا لذاته وإنما بغرض بيان النص الأعلى الذي يجب أن يخضع له النص الأدنى .

ومن ناحية اخرى ، لو اخذنا بالمدلول الموضوعي في نطاق الدعوى الدستورية لادى ذلك الى جعل القاضي يقر تشريعات تخالف الوثيقة الدستورية . فمثلا لو افترضنا ان احد القوانين المتعلقة بنظام الحكم مثل قانون الانتخاب وهو قانون خارج الوثيقة الدستورية قد خالف احد النصوص الموجودة بالوثيقة ، فان القاضي سيمتنع عن مراقبة دستوريته ، لانه يعد وفقا للمدلول الموضوعي من ضمن القواعد الدستورية ، والقاضي لايراقب دستورية الدستور . بينما اذا اخذنا بالمدلول الشكلي فهنا يمكن للقاضي من مطابقة قانون الانتخاب مع احكام الوثيقة الدستورية .

يضاف إلى ذلك ان ربط المدلول الموضوعي بالدعوى الدستورية قد يغري المشرع العادي في ظل استبعاد أي رقابة على قواعد الدستور إلى مخالفة الدستور . فالمشرع الدستوري فرض على جميع السلطات الخضوع للقانون بمعناه العام مما يعني بالضرورة خضوع السلطة التشريعية للقواعد القانونية وعلى رأسها القواعد الدستورية المذكورة بالوثيقة . فكيف يدعى بتحقق هذا الخضوع من قبل البرلمان وفي إمكانه إصدار تشريعات غير دستورية ، وحين يتأكد هذا الخلل ، تظل هذه التشريعات بعيدة عن دائرة الرقابة لمجرد تضمنها أحكاما تتعلق بنظام الحكم[1] .

وهنا سؤال يطرح نفسه ، هل يمكن إعمال الدعوى الدستورية في ظل كل الدساتير المكتوبة ؟

يجب علينا وقبل التطرق للإجابة عن هذا السؤال ان نوضح ان الدستور ينقسم من زاوية قابلية النص الدستوري للتعديل إلى دستور مرن ودستور جامد .

والدستور المرن هو الذي يمكن تعديله بأتباع نفس إجراءات تعديل القواعد القانونية العادية . وعلى هذا الأساس يستطيع المشرع المساس بالنصوص الدستورية المرنة تعديلا أو إلغاء وفقا لنفس الإجراءات

(١) د. محمد باهي ابو يونس، المصدر سابق، ص٢٨٦.

التي يتبعها في تعديل قواعده القانونية العادية [١] . كنا امام دستور مرن بغض النظر عن طريقة وضع الدستور ، ومن اشهر الدساتير المرنة هو الدستور الانجليزي ، حيث يملك البرلمان الانجليزي ان يعدل القواعد الدستورية بنفس الاجراءات التي يعدل بها القانون العادي .

اما الدستور الجامد فيقصد به الدستور الذي لا يمكن تعديله الا بإجراءات خاصة تختلف عن إجراءات تعديل القانون العادي ، وغالبا ما تتسم هذه الإجراءات بالتعقيد ، وقد يكون مرد جمود الدستور تخويل صلاحية تعديله لهيئة خاصة غير التي تتولى تعديل القوانين العادية [٢] . فالقانون العادي يملك البرلمان سلطة تعديله ، بينما الدستور قد يشترط لتعديله موافقة الشعب في استفتاء عام على النص الدستوري المقترح .

فمتى كان الدستور جامدا ،(سرى هذا الجمود على النصوص الواردة في الوثيقة الدستورية ، حتى على ما كان منها غير دستوري بطبيعته ، كذلك يمتد الجمود الى القوانين التي وصفها الدستور بأنها قوانين دستورية (او مكملة للدستور) . وعلى العكس من ذلك لا يمتد الجمود إلى القواعد الدستورية التي ورد النص عليها في قوانين عادية لم توصف بأنها قوانين دستورية ، فهذه الأخيرة يجوز تعديلها بقوانين أخرى تصدر بذات الإجراءات)[٣] .

ويلاحظ هنا انه لا علاقة بين تقسيم الدساتير إلى مكتوبة وغير مكتوبة ، وبين تقسيمها إلى جامدة أو مرنة . فالدستور المكتوب ليس من الضروري أن يكون جامدا ، حيث أن المشرع التأسيسي قد يسمح بتعديل الدستور المدون بنفس الطريقة التي يعدل بها القانون العادي . هنا فقط ينعدم أي تمييز بين الدستور بمدلوله الشكلي والدستور بالمعنى الموضوعي . والدستور العرفي أي غير المدون قد يكون دستورا جامدا مثل القوانين الأساسية التي كان معترف بها في فرنسا قبل ثورتها عام ١٧٨٩ والتي كانت تسمى القوانين الأساسية للمملكة . فهذه القواعد الدستورية ما كان يجوز للسلطة التشريعية العادية تعديلها ، بل يلزم لتعديلها موافقة الهيئات التي تمثل طبقات الأمة من هذا التوضيح المقتضب نصل إلى عدم

---

(١) د. احسان حميد المفرجي ، و د. كطران زغير نعمة ، و د. رعد ناجي الجدة ، مصدر سابق ، ص٢٠٩ .

(٢) د علي يوسف الشكري ، مبادىء القانون الدستوري والنظم السياسية ، ايتراك للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص٢٦٢

(٣) د. عبد الفتاح حسن ، مبادىء النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨ ، ص٣٩.

منطقية إعمال الدعوى الدستورية تحت مظلة الدستور المرن . فالدعوى الدستورية تهدف الى تنقية التشريع من عوار مخالفته للدستور . وفي ظل الدستور المرن يتواجد كل من الدستور و القانون العادي في مرتبة واحدة ، بحيث يستطيع البرلمان ان يعدل الدستور ويخالفه بنفس الطقوس التي يستخدمها لتعديل قوانينه العادية . أما الدستور الجامد فيفرض بعض القيود على البرلمان إذا ما أراد ان يعدل الدستور ، فاذا لم يحترم المشرع هذه القيود وأصدر تشريعا لم يلتزم بما فرضه الدستور فهذا يعني ان التشريع لم يعدل الدستور بل خالفه ، مما أضحى معه ضرورة تدخل القاضي عن طريق الدعوى الدستورية لرد العدوان التشريعي الواقع على الدستور .

من هنا يصعب القول بأن الدعوى الدستورية يجوز إعمالها في ظل أي دستور ، فيجب ان نكون بصدد دستور من ناحية أولى ، مدون يتبنى القضاة الذين يعملون في ظله المدلول الشكلي للدستور ، وان يكون من ناحية ثانية ، دستور جامد تستعصى قواعده على التعديل إلا في وجود شروط معقدة تضمن عدم العبث بها .

الفرع الثاني

وجود هيئة تتصف بالحياد والاستقلال للنظر بالدعوى الدستورية .

إذا كان وجود دستور له سمات خاصة شرط ضروري لقيام الدعوى الدستورية ، إلا انه ليس شرطا كافيا . فيجب ان تنظر الدعوى من قبل محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون وتتولى الفصل في غضون مدة معقولة في حقوق والتزامات الأفراد ، ويتمكن الطاعن في كنفها من عرض دعواه وتحقيق دفاعه ومواجهة أدلة خصمه ردا وتعقيبا في إطار من الفرص المتكافئة .

فالمشرع دائما ما يجد نفسه ملزما بأن يواكب التطور الذي يصيب المجتمع وذلك عن طريق سن التشريعات الضرورية والمتناسبة ، لذا فأنه من الضروري وبصورة موازية ان يسهر القاضي الدستوري على ضرورة تثبيت مستلزمات هذا التطور بعين ، وبالعين الاخرى ان يبقى يقظا لمجابهة كل ما يمكن ان ينتهك حرمة الدستور تحت ستار التطور . فالقضاء الدستوري قبل كل شيء هو سلطة او هيئة دستورية أوجدتها الإرادة الشعبية كغيرها من بقية السلطات ، وحددت صلاحياتها بشكل حصري . وذلك لكي تحافظ بالدرجة الأولى على احترام قواعد توزيع صلاحيات السلطات ، وعدم انتهاك أي منها للصلاحيات الأخرى التي خصها بها الدستور . وقد اجمع الفقه على ان مهمة القضاء الدستوري هذه هي

في الأساس السبب في اعتماد الرقابة على دستورية القانون [١] . لذا نلاحظ انه كلما حاولت المؤسسة التشريعية ان تعتدي على الدستور ، انتصبت هامة القاضي الدستوري شامخة لتقف بوجه هذا الاعتداء او ذاك . ويلاحظ ان قيام القاضي بهذا الدور يتوقف على الاستقلالية التي يتمتع بها في مواجهة السلطات الأخرى.

ومن هنا فان اختيار أعضاء المحكمة التي تنظر الدعوى الدستورية يجب ألا يكون موطئا لشبهة تداخل السلطة التنفيذية او التشريعية ، بحيث تتجرد هذه المحكمة من حيادها وبالتالي لا يطمئن إليها المتقاضون . كما ان تشكيل هذه المحكمة والتي تختص بنظر الدعوى الدستورية يتم إما عن طريق الدستور نفسه ، وإما أن يفوض البرلمان في تشكيلها . حيث يكون للمشرع العادي سلطة تنظيم جهات القضاء وبيان كيفية تشكيلها ، وبيان انواعها ودرجاتها ، والشروط والاجراءات الخاصة بتعيين القضاة ونقلهم [٢]. إلا انه وفي إطار الحرص على استقلال أعضاء المحكمة كضمانة أساسية للنهوض بتبعاتهم نؤيد تناول المشرع الدستوري مسألة التشكيل .

لان ترك تشكيل هذه المحكمة في يد البرلمان لا يخلو من المثالب . فالقوانين يصدرها البرلمان الذي قد يسيطر عليه حزب معين ، وليس من المستبعد ان يصدر قانون تشكيل المحكمة بما يحقق صالح المؤسستين التشريعية والتنفيذية ، من خلال تبني التشكيل السياسي المحض او ترجيح كفة العنصر السياسي فيها ، وهكذا سيكون غالبية أعضاء المحكمة على الأقل ممن عرف عنهم مناصرتهم لسياسة كل من البرلمان والسلطة التنفيذية . وفي هذا الإطار لا يمكن ضمان حياد المحكمة كما ان تحديد الدستور لعدد أعضاء المحكمة من شأنه ان يقطع الطريق على البرلمان اذا تراءى له تعديل عدد أعضاء المحكمة لترجيح كفة اتجاه معين بداخلها . فهل يشترط ان يكون الأعضاء المكونين لهذه المحكمة من القضاة ؟ مما لاشك فيه ان الاعتبارات السياسية والتي تقف وراء الرقابة على دستورية القوانين تؤيد التشكيل السياسي للمحكمة ، بينما نجد ان فكرة الرقابة نفسها تدعم التشكيل القضائي فالرقابة الدستورية التي تتحقق عن طريق الدعوى تفترض ان الهيئة المختصة سوف تتأكد من مدى مطابقة القانون لقواعد

---

(١) د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس – لبنان ، ٢٠٠٧ ص١١٤.

(٢) منيب محمد ربيع ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري ، رسالة ماجستير ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص٣٧٨

الدستور ، وهذا العمل لاشك في طبيعته القانونية كما ان التشكيل السياسي الكامل للمحكمة التي ستتولى الرقابة سوف يعرضها للنقد بسبب ما ينتج عنه من خشية فقدان الحياد والكفاءة والتي يتمتع بها القضاة .

ونرى أن تشكيل المحكمة من العناصر القضائية فقط وإبعاد العناصر السياسية من هذه الهيئة هو الأفضل لأنه عمل ذو طبيعة قانونية خالصة ، لان هذه الهيئة تتفق وجوهر مشكلة رقابة دستورية القوانين ذلك ان هذه المشكلة هي أساسا مشكلة قانونية وليست سياسية ، لانها لا تتعلق بملائمة القانون للظروف الاجتماعية ، وإنما تتصل بمدى مطابقة القانون او عدم مطابقته لمبادىء ونصوص الدستور باعتباره القانون الاعلى وتلك مشكلة قانونية ، ومن ثم يجب ان يختص بها القضاة بما لهم من خبرة قانونية في تفسير القوانين وتطبيقها [١] . كما ان الحكم الصادر من هذه المحكمة عادة ما يكون غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن (وهو ما يتطلب غاية الحرص في السهر على حسن سير إجراءات الدعوى والعنصر القضائي بحكم خبرته هو الأقدر على أداء تلك المهمة من العنصر السياسي وان توافرت له ثقافة قانونية)[٢] .

ولتأكيد استقلالية أعضاء المحكمة تقضي غالبية القوانين بضمانة عدم القابلية للعزل . واستظلال القاضي بهذه الضمانة لا يحميه فقط من تدخل أي سلطة قضائية ، وإنما أيضا يبث الثقة في نفوس المتقاضين على مصير منازعاتهم . فارتكازا على تلك الضمانة ستصدر الأحكام الفاصلة في الخصومات طبقا للقانون ، دون تأثر أو تأثير من ضغوط خارجية . وتجدر الاشارة الى انه بعض القوانين المقارنة تقضي بضمانة عدم القابلية للعزل ، ولكنها في نفس الوقت تفرغ هذه الضمانة من مضمونها ، حيث تنص على مدة قصيرة للعضوية قد تصل الى ثلاث سنوات . فقيمة تلك الضمانة اذن محدودة بمدة العضوية القصيرة .

---

(١) . محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الدستوري –المبادىء الدستورية العامة – دراسة النظام الدستوري المصري ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧ ، ص١٤١ .

(٢) فتحي فكري ، دراسة لبعض جوانب قانون محاكمة الوزراء في فرنسا ومصر والكويت ، ١٩٩٥ ، ص٤١

الفرع الثالث

الإيمان بمبدأ الشرعية الدستورية :

للدعوى الدستورية غاية تنشدها وتجسدها بصورة نهائية فكرة التسوية القضائية والتي يناضل المتقاضون من اجل الحصول عليها لتعويض الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان التشريعي على حقوقهم الدستورية التي يدعونها .

فالدعوى الدستورية لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا يتولد عنها فائدة عملية ، بل ان غايتها اقتضاء منفعة يقرها الدستور والقانون ، والتسوية القضائية التي لا تقترن بوسائل الحمل على تنفيذها تفقد قيمتها عملا ، وكلما تعزز قهر البرلمان والسلطة التنفيذية على الرجوع إلى الحظيرة الدستورية ، فان إعمال مبدأ خضوع مؤسسات الدولة للدستور يضحى على المحك ، لذلك فأن اقرار الدستور لفكرة الرقابة على دستورية القوانين ومن ثم جعل الدعوى الدستورية وسيلة لها وقيام هيئة مستقلة بنظرها ، لا يعتبر كافيا ، وانما يجب ان تقترن هذه الدعوى بآليات من شأنها ان تزيل العوائق التي تحول دون تسوية الاوضاع الناشئة عن العدوان التشريعي على الافراد وحريتهم . فكيف نضمن للمتقاضي الحصول على التسوية القضائية بافتراض مشروعيتها واتساقها مع احكام الدستور ، لاشك ان الجواب يكمن في الايمان بمبدأ الشرعية الدستورية ، فماذا نعني به وما صلته بالدعوى الدستورية .

ان الشرعية الدستورية تعني سيادة حكم القانون وسيطرته وخضوع الحكام والمحكومين له على السواء فلا يصح ان يتحلل الحكام في الدولة القانونية والتي تقوم على اساس وجود المبدأ المذكور من حكم القانون [1] . ومن الملاحظ ان خضوع المحكومين وانصياعهم للدستور لم يشكل صعوبة ، لان الحكام يملكون من الأساليب ما تكفي لإرغام وإذعان المحكومين لحكم الدستور ، اما من بيدهم مقاليد الامور فأن الامر مختلف . فقد اثبتت التجارب التاريخية ان فئة الحكام (والتي تتربع على عرش السلطة ظلت ، منذ الجماعات البشرية الاولى حتى ظهور الدولة الحديثة القائمة على سيادة القانون واعلاء حكمه تناضل تارة بالقوة وتارة اخرى بالبيان في سبيل الهروب من الخضوع لمقتضيات مبدا المشروعية

---

(١) د. اشرف اللمساوي ، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية ،المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص١٠ .

، فالمشروعية بالنسبة لهؤلاء كانت تصدر منهم لتتصرف وتطبق على غيرهم . فهم اساس القواعد الملزمة ومصدرها ولكنهم من غير الخاضعين او المخاطبين بأحكام هذه القواعد)[١] .

وإزاء ذلك أوضح البعض ان مبدا الشرعية او المشروعية يفرض نوعين من الالتزام على عاتق الدولة ولصالح جمهور مواطنيها الالتزام الاول ايجابي ، بمقتضاه تقوم الدولة ومؤسستها باتخاذ ما يلزم لضمان حقوق الافراد وحرياتهم وتقديم ما يلزم للمواطنين لاستخدام هذه الحقوق والحريات بسهولة ويسر . والالتزام الثاني سلبي اذ يقع على كاهل مؤسسات الدولة (المؤسسة التشريعية و المؤسسة الحكومية و المؤسسة القضائية) عدم القيام بأي تصرف قانوني او مادي من شأنه ان يباعد بين الافراد وحقوقهم او ينتقص او يضيع من هذه الحقوق وتلك الحريات وبتطبيق هذين الالتزامين على المؤسسة التشريعية فاننا نقول ان على هذه المؤسسة وهي بصدد سن القوانين وإصدارها ان تراعى احكام القواعد القانونية التي تسمو على التشريع مثل الدستور ، وليس لها ان تخرج عليها سواء ايجابيا او سلبيا ، كأن تصدر تشريعيا به عوار المخالفة للدستور او تمتنع عن تطبيق احكامه .

فاذا كفل الدستور مثلا للاحكام القضائية حجية في مواجهة السلطات العامة في الدولة وصدر حكم قضائي بعدم دستورية احد القوانين في مواجهة السلطة التشريعية والتنفيذية وجب على هاتين السلطتين ان تنزلا على احكام الدستور وتضعا هذا الحكم موضع التطبيق الفوري والمباشر ، ذلك عد تصرفهما السلبي بالامتناع عملا غير دستوري أي غير مشروع لعدم احترام مقتضيات مبدأ الشرعية الدستورية ، كما ان احترام الاحكام القضائية واجب على المشرع فلا يحق له ان يصدر تشريعات تتضمن تعطيل آثار الاحكام القضائية ، او وقف تنفيذها ، او تناولها بالتعديل او التعرض لهذه الاحكام بالنقد والتجريح [٢] . فمبدأ الشرعية الدستورية يحتم على السلطتين التشريعية والتنفيذية الخضوع لهذا المبدأ في ظل الدولة القانونية وإلا عدنا الى الوراء لنظام الدولة البوليسية حيث يضع الحكام القانون ليسري على الشعب لا عليهم ، اذ انهم فوق القانون ومحصنين ضد أحكامه وحيث لا ضمان ولا أمان لحقوق الأفراد ولا لحرياتهم التي تكون في مهب رياح الحاكم الظالم .

---

(١) رأفت فودة ، مصادر المشروعية ومنحنياتها ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤ ، ص٩-١٠ .

(٢) د. احمد ابو الوفا ، اصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص٨٦ .

وارى من المناسب في هذا المقام ان اذكر حادثة قضائية يشار لها بالبنان وتعتبر مفخرة للقضاء العراقي في تصديه لاستبداد الحكام وظلمهم وطغيانهم وخروجهم عن مبدأ الشرعية الدستورية وعدم التزامهم وخضوعهم حتى لاحكام الدستور الذي وضعوه بأيديهم ، وتتلخص هذه الحادثة حين مارس الرقابة عن طريق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور قاض عراقي عند امتناعه عن تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ٥٨١ الصادر في ١٩٨١/٥/٥ المتضمن منع المالكين من التصرف بعقارات مشمولة بالقرار المذكور بأي شكل من اشكال التصرف لامد غير معلوم . وذلك لكون هذا القرار (٥٨١) مخالفا لمضمون الفقرة (ب) من المادة السادسة عشرة من دستور ١٩٧٠ المؤقت التي تنص على ان (الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية مكفولتان في حدود القانون) . وكان ذلك خلال الحكم الذي أصدره القاضي في ١٩٩١/٥/٥ واكتسب الدرجة القطعية في الدعوى المرقمة ٨٠/ب/١٩٩٠ بمحكمة بداءة الكرخ بشأن قضية ازالة شيوع قطعة ارض مشمولة بقرار مجلس قيادة الثورة الذي سبق ذكره [١] . وتبع ذلك ممارسة قاضي عراقي اخر نفس الحق الذي مارسه القاضي الاول بامتناعه عن تطبيق قرار الثورة المرقم (٥٨١) لمخالفته الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ وقد اكتسب الحكم الذي اصدره الدرجة القطعية في الدعوى المرقمة ٢٠٤٥/ب/١٩٩٣ بمحكمة بداءة الكرخ بشأن دعوى ازالة شيوع اخرى لنفس قطعة الارض التي كانت موضوع الدعوى التي فصل بها القاضي الاول . وقد اثير امتناع القاضيين عن تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة رقم (٥٨١) بعد مضي ما يقارب احدى عشرة سنة على صدور حكم القاضي الاول وتسع سنوات على صدور حكم القاضي الثاني امام الجهات الامنية للنظام السابق فتم في ٢٠٠٢/٢/١٥ حجز القاضيين في مديرية الامن العامة ثلاثة اشهر ثم احيلا بقرار من رئيس الجمهورية الى المحكمة الخاصة بوزارة الداخلية والتي كانت احكامها نهائية وغير قابلة للطعن !! فحكمت بقرارها ١٨٦/ج/٢٠٠٢ على القاضيين بالحبس لمدة سنتين وفق المادة (٣٣١) من قانون العقوبات على اساس المخالفة لواجبات الوظيفة . فأي شرعية دستورية توجد في ظل هكذا انظمة شمولية وديكتاتورية فبكل تأكيد هو نسف لهذا المبدأ من الاصل . ففي دولة القانون يوجد حاكم واحد هو الدستور لا غير والكل يجب عليه الخضوع له وتمشيا مع ذلك كان منطقيا وفي ظل الاعتراف بالحجية المطلقة للاحكام الصادرة في الدعوى الدستورية ان تذهب المحكمة الدستورية العليا المصرية في احد احكامها الى القول بان الامتناع عن تنفيذ الاحكام او عرقلتها او تعطيلها بعمل تشريعي ، ويمكن اضافة هنا ما

(١) د. اكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الثالثة ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص٧٢ .

تفرضه السلطة التنفيذية من عوائق تؤدي الى التباطؤ في تنفيذ الاحكام ، لايعدو ان يكون عدوانا على الولاية الثابتة للسلطة القضائية واقتحاما للحدود الفاصلة بين السلطات . وهو كذلك تدخل مباشر في شؤون العدالة ، بما يقلص من دورها [١] . فحجية الاحكام لا يجوز ان يسقطها المشرع او السلطة التنفيذية من خلال انهاء الاثار القانونية التي ترتبها او من خلال عدم تنفيذها .

وهناك سؤال يفرض نفسه حول كيفية خضوع مؤسسات الدولة لقواعد قانونية مختلفة يتعارض بعضها مع بعض . والجواب على ذلك يكمن في مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يعد امتدادا ضروريا لوجود مبدأ الشرعية ووفقا لمبدأ التدرج فأن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني ليست جميعا في مرتبة واحدة من حيث القيمة و القوة القانونية ، بل تتدرج فيما بينها فتأخذ شكل هرم، بما يجعل بعضها اسمى مرتبة من البعض الاخر فنجد في سقف الهرم القواعد الدستورية التي تكون اعلى مرتبة من القواعد التشريعية الصادرة من البرلمان ، وهذه بدورها تحتل مرتبة اعلى من اللوائح او الانظمة التي تصدرها السلطة التنفيذية . ومبدأ هرمية القواعد القانونية على وفق ماتعتمده دولة القانون يربط القواعد القانونية كافة المعمول بها في الدولة بمصدرها الاساسي وهو الدستور ، بما يطمئن المواطن على حقوقه وحرياته التي كفلها الدستور ، لانه مهما بعد نطاق القانون افقيا او ارتفع عموديا ، لابد ان يبقى تحت سقف نص القاعدة الدستورية [٢] . وقبل ان نشير الى النتيجة المترتبة على مبدا تدرج القواعد القانونية ، لنا ان نتساءل عن الاسباب التي جعلت للدستور هذه المكانة . لا شك ان اعمال السلطة الاعلى تسمو على اعمال السلطة الادنى ، من هنا فأن تحديد مرتبة القاعدة القانونية ينظر اليه من زاوية مكانة السلطة المسند اليها القاعدة . فالدستور تصدره السلطة التأسيسية وهي اعلى سلطة في الدولة ، تليها السلطة التشريعية ثم السلطة التنفيذية . يترتب على ذلك ان القاعدة الدستورية اعلى مرتبة من القاعدة التشريعية الصادرة عن البرلمان ، وهذه بدورها اعلى مرتبة من اللائحة الادارية . اضف الى ذلك ان الاعمال التي يشترط لصدورها او لتعديلها استيفاء اجراءات معينة اكثر تعقيدا تحتل مكانة اعلى من تلك التي لا تقتضي مراعاة هذه الاجراءات او الشكليات وهذه القاعدة هي التي تبرر سمو القاعدة الدستورية على بقية القواعد القانونية الاخرى .

---

(١) د. امين عاطف صليبا، مصدر سابق ، ص٨٦ .

وفي ضوء ما تقدم فأن الدستور يحتل قمة الهرم نظرا لمضمون قواعده والهدف منها فالقاعدة الدستورية ترسم الاطار القانوني للدولة ، بحيث يسير على هديه الحكام والمحكومين فهو ملزم للمؤسسات الحاكمة خاصة السلطتين التشريعية والتنفيذية لكونه سبب وجودها وهو من منحها الصلاحيات ووزع ادوارها .

والنتيجة في كل ما سبق فان مبدأ المشروعية او الشرعية الدستورية اذن يعني بكل بساطة تقيد والتزام الجميع بمبدأ سيادة القانون والخضوع للقانون سلوكا واستقامة وممارسة ، بل ان مبدأ تدرج القواعد القانونية انما هو ترجمة امينة ودقيقة لمبدأ المشروعية بمعنى ان يتقيد كل تشريع بالتشريع الاعلى منه في سلم التدرج التشريعي ، فلا يجوز ابدا ان يتعارض تشريع فرعي او لائحي او قرار اداري مع تشريع عادي ، ايا كانت طبيعته وبذات الجعل لا يجوز للتشريع العادي ان يتعارض مع تشريع دستوري [1] . فسمو نصوص الدستور تفرض نفسها على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية بحيث لا تستطيع الاولى ان تخرج على هذه النصوص والا كان قانونها غير دستوري ، ولا تستطيع الثانية ان تصدر لائحة او انظمة او قرار اداري فردي بالمخالفة لاحكام الدستور .

(١) د. محمد ابراهيم درويش ، الرقابة الدستورية (دراسة تحليلية لنماذج الرقابة) ، دار النهضةالعربية، القاهرة ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٦ ، ص١٤-١٥ .

الفصل الثاني

اسباب وطرق تحريك الدعوى الدستورية

الفصل الثاني

أسباب وطرق تحريك الدعوى الدستورية

تنهض الدولة كنظام قانوني بحماية الحقوق عن طريق إصدار الدستور والقوانين التي تقرر هذه الحماية . ومن خلال السلطة القضائية التي تكفل الحماية المذكورة . فقواعد الدستور والقانون العادي المتضمنة حماية الحقوق لا تنتج أثارها بطريقة فعالة إلا إذا كفل القضاء هذه الحماية . والتدخل القضائي هو الذي يضمن فاعلية النصوص الدستورية والقانونية . وتتكامل السلطة القضائية مع السلطة التشريعية والتنفيذية في تطبيق القانون ، فالسلطة التشريعية تضع القانون تطبيقا للدستور ، والسلطة التنفيذية تنفذ القانون ، اما السلطة القضائية فهي تصدر الحكم تطبيقا للقانون [١].

وتأخذ مخالفة السلطات العامة لمبدأ الشرعية الدستورية صورا عديدة تتمثل في خروج السلطتين التشريعية او التنفيذية على أحكام الدستور ، وهنا يكون من حق المواطن أو أي صاحب مصلحة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية توفير وسيلة لمثل هذا الخروج حفاظا على تطبيق القواعد الدستورية [٢]. وهذه الوسيلة هي الدعوى الدستورية وكما اوضحنا في الفصل الاول من هذه الدراسة ، كما ان لهذه الدعوى اسباب وشروط وطرق تحريك قد حددها المشرع الدستوري لكي تنهض وتقبل وتنظر من قبل القضاء المختص .

وسنتناول في هذا الفصل ومن خلال مبحثين تلك المواضيع حيث نخصص المبحث الأول الأسباب والجهات التي لها حق تحريك الدعوى الدستورية اما المبحث الثاني فسيتناول آليات وشروط تحريك الدعوى الدستورية .

المبحث الاول: ألأسباب والجهات التي لها حق تحريك الدعوى الدستورية .

المبحث الثاني: آليات وشروط تحريك الدعوى الدستورية .

---

(١) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق ، ص٦٢٤ .

(٢) د. عمر محمد الشوبكي، القضاء الاداري، مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص٨.

المبحث الأول

ألأسباب والجهات التي لها حق تحريك الدعوى الدستورية .

تعتبر السلطة التشريعية من أهم السلطات في الدولة والتي يقع على عاتقها مهمة سن القوانين وذلك بوضع القواعد العامة المجردة الملزمة للأفراد [1] . فيجب على هذه السلطة التزام الحدود الدستورية ، وينطبق هذا أيضا على السلطة التنفيذية وهي تقوم بإصدار الأنظمة والتعليمات ، وذلك منعا من وضع قوانين تخالف الدستور ، فأي قانون يصدر عن السلطة التشريعية يخالف ما تقضي به القواعد الدستورية يكون مهددا بالإبطال ، ويتحقق معه سبب من أسباب قيام الدعوى الدستورية مع توافر الشروط المنصوص عليه لتحريك تلك الدعوى امام القضاء الدستوري .

ومن اجل الإحاطة بتلك الأسباب والجهات التي لها الحق في تحريك الدعوى الدستورية سنقسم هذا المبحث الى مطلبين .

المطلب الأول : أسباب تحريك الدعوى الدستورية .

المطلب الثاني : الجهات التي لها حق تحريك الدعوى الدستورية .

المطلب الأول

أسباب تحريك الدعوى الدستورية .

ان أسباب تحريك الدعوى الدستورية تتجسد في مخالفة القانون الصادر من السلطة التشريعية او التنفيذية او من أي جهة تملك حق إصداره لقواعد الدستور حيث يؤدي ذلك الى زعزعة النظام القانوني واختلال الاستقرار والذي ينعكس سلبا في بناء دولة القانون والتي تقوم على مبدأ الالتزام بالشرعية الدستورية . ويمكن إجمال أسباب تحريك هذه الدعوى من ناحيتين ، الأولى تتمثل في الأسباب الشكلية وهي مخالفة القانون للدستور من الناحية الشكلية وذلك بالخروج على قواعد الاختصاص وعدم إتباع الشكل والإجراءات التي تقتضيها النصوص الدستورية ، اما الناحية الثانية فتتمثل في الأسباب الموضوعية بمعنى عدم دستورية القانون من الناحية الموضوعية وذلك بمخالفة المشرع للقيود الموضوعية

---

(١) د. عثمان خليل عثمان ، المبادىء الدستورية العامة ، مطبعة عبد الله وهبة ،القاهرة ،١٩٤٣ ، ص٢٠٤ .

التي فرضها الدستور في خروجه على روح الدستور ومقتضاه [1]، وسنتناول هذه الموضوعات من خلال الفرعيين الآتيين .

الفرع الأول

الأسباب الشكلية

اذا كان على السلطة التشريعية أن تمارس أعمالها طبقا لما تقضي به القواعد الدستورية ، فأن اول ما تتقيد به هو تقيدها بقواعد الاختصاص والشكل ، وهما ركنان شكليان في العمل التشريعي ولازمان لصدور القانون صحيحا ، فتعتمد صحة أعمال هذه الهيئة من الناحية الشكلية ، بمراعاتها الأصول التي يحددها الدستور لسن القوانين بصدورها من الجهة المختصة وطبقا للأوضاع الدستورية ، باستيفائه للشكل القانوني الذي يتطلبه الدستور منها .

يتضح من ذلك ان انتهاك السلطة التشريعية للدستور من حيث الشكل يتجسد في :

أولا : مخالفة قواعد الاختصاص .

ثانيا : مخالفة قواعد الشكل والإجراءات .

أولا : مخالفة قواعد الاختصاص .

تمارس السلطة التشريعية ، اختصاصاتها وفقا لقواعد الدستور ، والذي يعد بمثابة السند الذي يخولها تلك السلطة ، بمنحها الصلاحية او القدرة لمباشرة اختصاصاتها في التشريع ومؤداه سن قواعد عامة مجردة ملزمة للجماعة فالمشرع لا يملك ان يحيد عن القواعد المنظمة لاختصاصه والواردة في الدستور ، فهو مقيد بها جملة وتفصيلا .

وتختلف اختصاصات السلطة التشريعية باختلاف نظام الحكم في الدولة ، وبحسب ما إذا كان ديمقراطيا ام غير ديمقراطيا ، وما اذا كان يراعي مبدأ الفصل بين السلطات ام يأخذ بمبدأ وحدة السلطة ، وأخيرا يراعي مبدأ تدرج التشريعات ام يعدها في مرتبة واحدة [2].

---

(١) د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣، ص٣٠٤-٣٠٥

(٢) د. شمس مرغني علي ، القانون الدستوري ، دار التأليف ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص٣٠١ .

وعلى أساس ذلك ، فأن من الأعمال ما يعد داخلا في صميم عمل المشرع قد لا يعد كذلك في دولة أخرى ، وبالتالي فان مزاولته يشكل انتهاكا لقواعد الدستور ، فمثلا ان البرلمان الانكليزي لا يملك فقط اختصاصات تشريعية لسن القوانين بل له كذلك اختصاص تعديل او وضع أي تشريع سواء أكان تشريعا عاديا أم دستوريا فهو يعد صاحب سيادة وذا سلطة كبيرة ، وهذا بلا شك يعد انتهاكا من السلطة التشريعية في دولة أخرى تأخذ بمبدأ علو وسمو الدستور ، حيث يكون الدستور جامدا وتكون اختصاصات البرلمان محددة فيه بأصدار قواعد عامة مجردة تتفق وقواعد الدستور، والتعرض لموضوع الاختصاص يرتبط ارتباطا شديدا بمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث المتعارف عليها لدى غالبية الدول ، ومقتضاها ان تستقل كل سلطة في مزاولة الوظيفة التي حددها الدستور لها عن السلطتين الأخريين .

ومن ثم فأن السلطة التشريعية تنحصر وظيفتها أساسا في وضع تشريعات عامة ومجردة ، فلا تختص بالأعمال الإدارية إلا على سبيل الاستثناء وطبقا لنص الدستور الصريح في هذا الشأن ، وإلا فان عملها يصبح منتهكا لقواعد الاختصاص والتي رسمها الدستور ، وذلك لمباشرتها عملا إداريا غير ما ذكره الدستور ، وعندئذ يكون العمل باطلا لصدوره من جهة غير مختصة [١].

والواقع ان هذه التفرقة ذات أهمية كبيرة في مجال الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك ان عنصر الاختصاص يعد أول الأركان التي يتحقق القاضي الدستوري من قيامه، ومما لا ريب فيه ان المشرع لا يملك سلطة تقديرية في خصوص ركن الاختصاص ، فاذا ما تكفل الدستور بتحديد الموضوعات التي تدخل في اختصاص المشرع لسن قوانين بشأنها ، فأن أي تجاوز منه على المجال المحدد له يعد انتهاكا للدستور وتحديدا للقواعد المبينة لحدود اختصاصاته [٢] .

واستمرارا في بحث اختصاصات الهيأة التشريعية والقيود التي ترد عليها ، ومنها التفويض في الاختصاص ، الذي لا يجوز لها تفويضه او جزء منه الى اخرى والا عد ذلك انتهاكا لا يستقيم مع ما تقضي به القواعد المحددة لاختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية ، بأن تزاول اختصاصاتها تلك

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مصدر سابق ، ص٢٩ .

(٢) د. اندريه هوريو ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، الجزء الثاني ، ترجمة علي مقلد ، الاهلية للنشر ، بيروت ، ١٩٧٤ ، ص٤٨٠ .

بنفسها ، فضلا عن ذلك وانطلاقا من الافكار الديموقراطية بهذا الشأن ، فأن الشعب وحده مصدر السلطات وصاحب الكلمة الاخيرة في توزيعها [١] .

وبذلك فان المشرع لا يمكنه نقل اختصاصاته ، فوظيفته عمل تشريعات وليست إقامة مشرعين إلا ان الأمر ليس على إطلاقه ، فذلك لا يمنع من إمكانية التفويض وبنص الدستور وبالشروط التي يحددها ، أي الأخذ بالحسبان الحدود والقيود التي ينبغي على قانون التفويض ان يراعيها بدقة ، والا تعرض للرقابة على دستوريته للتأكد من مدى موافقته او انتهاكه له .

وعلى اية حال يجب ان يستند التفويض الى النص الصريح في الدستور الذي يجيزه ويأذن به ، اما في حالة سكوت الدستور ، فيذهب جانب من الفقه إلى القول ان تفويض المشرع لأي جزء من اختصاصاته إلى السلطة التنفيذية رغم سكوت الدستور يعد انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات وخروجه عن القواعد الدستورية المحددة لاختصاصاته مما يستوجب عمله هذا ، فرض جزاء يتمثل بالبطلان [٢].

ثانيا : مخالفة قواعد الشكل والإجراءات .

لا يخفى ان العملية التشريعية أي صناعة القانون وصياغته تخضع لاجراءات وشكليات ، بمعنى انها عبارة عن مراحل هذه العملية التي يقتضي مراعاتها حتى يصبح التشريع نافذا ، فإصدار القانون يستلزم استيفاءه الشكل الذي أوجبه الدستور ، واهم مسائل الشكل هي الإجراءات البرلمانية ، التي يكون نتيجة الإخلال بها او إهمالها سببا لفتح الباب امام المراجعة القضائية تتناول عندئذ البحث في وجود التشريع او عدم وجوده [٣] .

ومن الضرورة بمكان ذكر الأهمية العملية لقواعد الشكل اللازمة لاكتساب العمل صفة التشريع ، إذ ان أي انتهاك لها لا يكون للتشريع وجود قانوني ، كما اردنا من ذكر اهميتها القول بأنها تعد ضمانا لحقوق الافراد بقيام السلطة التشريعية بوظيفتها وفقا لاجراءات مرسومة لها مسبقا ، كما إنها ضمان لحسن أداء الوظيفة التشريعية ، ومن هنا وصفت قواعد الشكل والإجراءات بأنها الضمان العام .

---

(١) د. احمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص١٣٥ .

(٢) د. فؤاد العطار ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٧٤، ص٢٥ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق ، ص٣٠

وعلى الرغم من انها تعوق على نحو او اخر من دخول القوانين الى حيز التنفيذ ، الا ان ذلك مستحب ومقصود ، فهو احد الأهداف التي يسعى إليها النظام الدستوري [١] .

ومن أمثلة حالات عدم اتباع الشكل الواجب هو ان يصدر القانون دون موافقة الأغلبية البرلمانية المطلوبة دستوريا ، او عدم توافر نصاب صحة الاجتماع او اذا لم يتم التصويت على القانون وفقا للطريقة المقررة في الدستور او اللائحة الداخلية او صدور القانون دون تصديق رئيس الدولة في الأحوال التي يوجب فيها الدستور هذا التصديق ، فأذا ما لحق التشريع عيب من العيوب الشكلية فأنه لا يحمل صفة القانون من أصله وكأنه لم يكن بالمرة [٢] .

الفرع الثاني

الاسباب الموضوعية

اذا صدر القانون مستوفيا الاجراءات المحددة دستوريا فانه يتعين ان يكون متفقا في موضوعه مع احكام الدستور والا لحقته المخالفة الموضوعية للدستور ، ويقسم الفقه والقضاء نصوص الدستور المقررة للحقوق والحريات الى نصوص ترسم للمشرع سلطة مقيدة واخرى تخول للمشرع العادي سلطة تقديرية ، والمخالفة الموضوعية تلحق بالقانون اذا ما خالف المشرع نص دستوري يرسم له سلطة مقيدة او خرج عن الروح التي تهيمن على نصوص الوثيقة الدستورية[٣]، فالاسباب الموضوعية هي العيوب التي تصيب القانون كعيوب السبب او المحل او الغرض والانحراف التشريعي ، وسنتناول هذه العيوب تباعا وكالآتي :-

الحالة الاولى : مخالفة القواعد الموضوعية المقيدة للمشرع .

قد ينص المشرع الدستوري على بعض الحقوق العامة كعدم اسقاط الجنسية وعدم رجعية القوانين الجنائية ما لم تكن اصلح للمتهم وتقرير مبدأ المساواة بين الافراد وحق التقاضي واستقلالية القضاء بحيث

---

(١) د. نعيم عطية ، الفلسفة الدستورية للحريات الفردية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩، ص١٠٥ .

(٢) د. فتحي عبد النبي الوحيدي ، ضمانات القواعد الدستورية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص٢٤٧

(٣) د. شمس مرغني علي ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص٢٠٧

اذا صدر قانونا متضمنا المساس بهذه المبادئ[١] . التي حماها المشرع الدستوري كان قانونا باطلا لمخالفته الصريحة للنصوص الدستورية .

الحالة الثانية : خروج التشريع على روح الدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

حاول الدكتور عبد الرزاق السنهوري قياس فكرة الانحراف التشريعي على نظرية الانحراف المقررة في القانون الاداري ورتب على ذلك حق القضاء في الغاء او عدم تطبيق القانون الذي يخرج المشرع بمقتضاه على روح الدستور . وذهب الى ان الانحراف في القانون الاداري لايتصور الاحيث تكون للادارة سلطة تقديرية ، وانه من الممكن نقل هذه الفكرة الى نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية في الحالة التي يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية حيث يتعين عليه ان يستعمل هذه السلطة لتحقيق المصلحة العامة والا كان التشريع باطلا ، وبعد ان أستبعد الدكتور السنهوري فكرة الفرض الذاتي والغايات الشخصية في تصرفات السلطة التشريعية اكتفى بمعيار موضوعي [٢]، اورد في تطبيقه خمسة فروض يمكن ان يتوافر فيها انحراف السلطة التشريعية عن الاهداف التي قامت من أجلها وهي :

اولا : الرجوع الى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معيارا موضوعيا .

من مقومات التشريع ، ان يصدر عاما ومجردا ، فان وضع البرلمان فرضا ، قاعدة قانونية لم تتسم بهذه الصفات ، كأن يصدر تشريعا خاصا بمفرد او مجموعة من الافراد بذواتهم ، نكون امام انحراف في استعمال السلة التشريعية . كأن يصدر البرلمان مثلا ، تشريعا يبيح بالغاء هيأة قضائية من أجل أقصاء مجموعة من الافراد ، ثم يسن في فترة وجيزة قانونا يحدد تكوين هذه الهيأة باستبعاد التشكيلة السابقة ، فمثل هذا التشريع يكون باطلا لانحرافه[٣] .

---

(١) د . رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص٣٠٨ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٥٩

(٣) د. محمد باهي ابو يونس، المصدر سابق، ص٣٠٨.

ثانيا : مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له .

وهذه الفرضية قليلا ما تقع ، ان لم نقل نادرا ، نتيجة انحراف التشريع عن الغاية التي خصص من اجلها ، فأن كان قانونا ما يبيح تعليق بعض الصحف والجرائد لمساسها بالأمن وسيادة الدولة مثلا (١) ، ولجا البرلمان الى مصادرة جرائد على اساس مخالف او يتجاوز هذه الغاية المخصصة له .

ثالثا : كفالة الحقوق والحريات العامة في حدودها الموضوعية

تنقسم الحقوق والحريات العامة الى نوعين ، فهناك حريات وحقوق طبيعية لصيقة بالانسان ، لا يجوز تنظيمها او تقييدها ، وان صدر قانون على ذلك الاساس ، فانه يعتبر انحرافا في التشريع ، لمخالفته القيود الموضوعية المتناثرة في اثناء الدستور . اما النوع الثاني من الحقوق والحريات ، فهي تلك التي يجب تنظيمها حتى يتسنى لنا استعمالها ، فأي قانون يصدر من اجل انتقاصها وتقييدها بغية تنظيمها ، هو قانون باطل او مشوب بالبطلان ، لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . فالمعيار ، معيار لا يحتاج الى تثبيت في نوايا المشرع اثناء اصداره ، بل يجب الرجوع الى الغاية التي يقصدها الدستور (٢) .

رابعا : احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض .

تحرص الدساتير ، على احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها الا في حالات الضرورة وبالاحرى ، العمل بفكرة الاثر الفوري وعدم اللجوء للاثر الرجعي ، أي امتداد ذلك القانون في الماضي الا في حالات خاصة ، وللضرورة ، باقرار تعويض لن يمس بعض المراكز القانونية المكتسبة، وهذا الاسراف وكثرة استعمال فكرة الاثر الرجعي هو انحراف في استعمال السلطة التشريعية ، فان صدور قانون ذي اثر رجعي يطيل مدة التقادم ، او يعفي السلطات العامة من المسؤولية عن اعمال صدرت قبل صدور ذلك القانون ، فالكل يشوبه عيب الانحراف .

خامسا : مخالفة التشريع لمبادىء الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه .

يرى جانب من الفقه ، ان أي دستور يحتوي على مبادىء عليا يستمد منها مشروعيته ووجوده فأي تشريع لن يكون صحيحا بمجرد موافقة هذه النصوص للقواعد الدستورية ، بل يجب على هذا التشريع ان

---

(١) د. فوزي اوصديق ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، ٢٠٠١ ، ص٢١٥-٢١٦ .

(٢) د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص٣٤

يتطابق مع تلك القاعدة العليا المستقلة ، او مع روح الدستور ، ونستخلص استخلاصا موضوعيا من نصوصه المدونة . فالانحراف في استعمال السلطة التشريعية او البطلان ، يتقرر بمجرد صدور التشريع وتعارضه مع هذه المبادىء العليا [١] .

تقدير هذه النظرية :

يلاحظ ان الاستاذ السنهوري حاول توسيع هذه الرقابة الدستورية بعدم وقفها على المباني والنصوص ، بل يجب ان تتعداه الى روحه بالبحث عن البواعث في سنه وإقراره .

ولكنه انتقده العديد من الفقهاء ، على أساس انه قياس مع الفارق ، فلا يمكن مقارنة السلطة التقديرية للادارة ، للاختلاف الموجود من حيث الطبيعة والجوهر والدرجة . ومن تلك الانتقادات التي اثيرت بهذا الصدد هي :

اولا : لا يمكن تقييد العمل البرلماني على اساس تقييد العمل الاداري للاختلاف في الوسائل والغاية ، فالتشريع ليس حكرا لجماعة معينة ، بل للبرلمان ان يفصل فيها ، هذا عكس العمل الاداري أي يفترض فيه التقييد .

ثانيا : اما المخالفات التي ذكرها السنهوري فهي مخالفات وليست انحرافات عن التشريع ، لانها منصوص عليها في صلب الدستور ، اذن لايمكن التسليم بسهولة بهذه الفكرة (فكرة الانحراف). ويلاحظ ان المحكمة الاتحادية العليا الامريكية قد وضعت ضوابط لحدود الرقابة على دستورية القوانين وهي على النحو التالي .

١- عدم التعرض للمشكلة الدستورية الا اذا كانت اصلية وضرورية للفصل في القضية المعروضة .

٢- افتراض مطابقة القانون للدستور متى استوفى الاجراءات الشكلية حتى يثبت عكس ذلك وان استطاع التوفيق بين النص الدستوري والقانون على اساس هذا التفسير فأن المحكمة تلتزم به .

---

(١) احمد امين عارف البرزنجي، الاتجاهات الحديثة في الرقابة على دستورية القوانين في العراق دراسة مقارنه، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، ٢٠١٧، ص٦٩.

٣- عدم جواز النظر للقضاء في بواعث التشريع وملائمته ، لانه من اختصاصات السلطة التشريعية ، متى كان التشريع جديا ، اما اذا اتخذ وسيلة للتحايل على احكام الدستور ، فأن من حق القضاء بسط رقابته [١] .

وفي العديد من الحالات فأن هناك من يرى ان هذه الرقابة الدستورية غير ناجحة ، وبالاخص في الدول ذات النسب المرتفعة من الامية والفقر ، فقد يلجأ للرقابة الواقعية ، من اجل تطبيق الدستور اذا احتضن الشعب هذه الوثيقة .

كما ان هناك رأيا فقهيا آخر يمثله الدكتور محمد ماهر ابو العينين فهو يذهب الى ان المعيار الصائب في تحديد طبيعة الانحراف التشريعي هو معيار ذاتي والذي ينصب على نية مصدر القانون وغايته وان تجانب هذه الغاية الصالح العام بمعناه الواسع كغاية كل قانون ، فحقيقة الانحراف لا تتأثر بموضوعية الغاية فهو ليس العيب الوحيد الذي يرد على الغاية وانما هو العيب الوحيد الذي يرد على غاية مصدر القانون حيث ان اكثر ما يميز عيب الانحراف هو خفاؤه وما ذلك الا لأنه يرتبط دائما بما في ذهن ونية صاحب السلطة التشريعية اذ ان القاضي الدستوري في نطاق الانحراف يحاسب المشرع على نيته وغرضه الحقيقي الذي لا يعلنه المشرع غالبا وانما يستتر هذا المشرع وراء غايات وهمية لإخفاء حقيقة نواياه وهذا ما يؤدي بالقاضي الى الموازنة بين ما ابتغاه المشرع من ناحية وبين حقيقة الصالح العام بمعناه الواسع من ناحية اخرى وبمعنى ادق يجب ان تكون الاهداف الباطنة للتشريع متفقة مع اهدافه الظاهرة فالقاضي لا يحكم على الهدف الظاهر بل على الهدف الباطن وهل يعد متفق مع هذا الهدف الظاهر ام لا ، فضلا عن ذلك انه نظرا لأن مجال عيب الانحراف التشريعي يتم البحث فيه عن النية الحقيقية او الغرض الحقيقي من وراء إصدار القانون ، ولما كان البحث لا يمكن ان يجبر المشرع على الافصاح عن نيته وغرضه الحقيقي فهو أي البحث يتجه صوب الادلة والقرائن على وجود هذه النية غير المشروعة ، وهذه الادلة تتفاوت من المناقشات البرلمانية والاعمال التحضيرية والمذكرات الايضاحية وكذلك اوراق الدعوى الدستورية ووقائع اخرى يسردها المدعي بالانحراف التشريعي وغيرها من الوقائع والظروف التي يلتجيء اليها القاضي لغرض اثبات عيب الانحراف التشريعي [٢].

---

١ د. فوزي اوصديق ، مصدر سابق ، ص٢١٩

٢ د. محمد ماهر ابو العينين ، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية في مصر) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٥٤٤-٥٤٨ .

ونرى ان ان هذا الرأي هو الأصوب من الذي ذهب اليه الفقيه السنهوري الذي استبعد المعيار الذاتي وسلم بالمعيار الموضوعي لعيب الانحراف التشريعي فهذا الرأي انطلق من فكرة مفادها ان الغرض يعد ركنا موضوعيا في كل تشريع ولا علاقة له بالمشرع او مصدر القانون وما يمتلكه من احاسيس وتصورات ذاتية اذ ان الفقيه السنهوري يفرض فرضية بأن المشرع لا يمكن ان تكون له اغراض شخصية من وراء سنه للقانون وهذا لا يمكن التسليم به على إطلاقه لأنه يعد إحياء لنظرية سيادة البرلمان وتقديس التشريعات الصادرة عنه ولهذا السبب فأن ما ذهب اليه الفقيه السنهوري لا يتسم بالواقعية فالبرلمان على الرغم من تمثيله للشعب صاحب السيادة الا انه لا يمكن ان ينزه عن الوقوع بالانحراف التشريعي كأن ينوي الانتقام من المعرضة السياسية او يرمي الى تحقيق منافع شخصية لبعض أنصاره او ينوي الاضرار بالبعض الاخر من مناهضيه وما شابه ذلك ، وبذلك يمكن القول بأن الغرض الدستوري المنشود لا يتحقق الا بتدخل المشرع او مصدر التشريع الذي يتصرف وفقا لاختصاصاته نيابة عن الشعب ولحسابه فغرض التشريع لا بد ان يمر في لحظة اتخاذه او قبيل ذلك في ذهن المختص الذي ترتسم في ذهنه صورة هذا الغرض فيصدر التشريع لتحقيق الصورة التي رسمت في ذهنه وهذا ما يدفعنا الى التسليم بالرأي الثاني الذي يأخذ بالمعيار الذاتي او النفسي للانحراف التشريعي فالمعيار الذاتي المتمثل بالغرض الحقيقي الخفي للمشرع يجب ان يتطابق مع المعيار الموضوعي المتمثل بالغرض الظاهر للتشريع لكي ينجو هذا التشريع من عيب الانحراف التشريعي الا ان ذلك لا ينبغي ان يفهم بأن عيب الانحراف يعد ذا طبيعة مزدوجة لان الحكم القضائي في الانحراف لا يرد على هدف التشريع الذي يعد دستوريا من حيث الظاهر بل يرد على الهدف الحقيقي الذي يقصده المشرع من اصدار القانون فاذا انتفى تطابق الهدف الحقيقي المستتر مع الهدف الظاهر المتمثل بالمصلحة العامة في أي وجه من وجوهها عد التشريع غير دستوري لكونه مشوبا بعيب الانحراف التشريعي وهذا ما يعني بالمعنى الدقيق للكلمة بأن التشريع المشوب بعيب الانحراف يعد صحيحا في ظاهره وغير صحيح في باطنه .

كما ويعد عيب الانحراف التشريعي عيبا احتياطيا نظرا لسهولة اثبات العيوب الاخرى التي تصيب القانون بالمقارنة مع صعوبة اثبات الانحراف بالسلطة التشريعية لأن عيب الانحراف يعد عيب خفي ومستتر ونتيجة لذلك لا يتعرض القاضي الدستوري للبحث فيه ما دام هنالك عيب آخر يشوب القانون ،

حيث لا يلجأ هذا القاضي للرقابة على الانحراف إلا إذا كان القرار خاليا من بقية العيوب [1]، أي جميع العيوب او الاسباب التي تطرقنا اليها انفا سواء أكانت شكلية ام موضوعية.

المطلب الثاني

الجهات التي لها حق تحريك الدعوى الدستورية .

طبقا للنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق فان الجهات التي لها الحق في تحريك الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة امام هذه المحكمة هي ثلاث : المحاكم والجهات الرسمية والأشخاص الطبيعية والمعنوية . اما النظام الداخلي للمحكمة الدستورية العليا في مصر فأن الجهات التي أعطاها الحق في تحريك دعوى إلغاء القانون الغير دستوري فهي الدفع المقرون بالدعوى الدستورية من احد الخصوم أي الطعن الغير مباشر والمحاكم أي الإحالة الذاتية من قبل محكمة الموضوع و التصدي من قبل المحكمة الدستورية العليا .

أولا : المحاكم .

منحت بعض الأنظمة الدستورية المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها تحريك الدعاوى الدستورية أمام المحكمة المختصة فقد جاء في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق ان بإمكان المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها تحريك الدعاوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية ، ويكون تحريكها للدعوى من تلقاء نفسها ، فقد نصت المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على انه (اذا طلبت احدى المحاكم من تلقاء نفسها ، اثناء نظرها دعوى ، البت في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللا الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ، ولايخضع هذا الطلب الى الرسم) .

فيتضح من هذا النص انه يفترض لممارسة هذا النوع من الرقابة ان تكون هناك دعوى مقامة أمام أي محكمة ، يستوي في ذلك ان تكون مدنية او جنائية أو إدارية ، وبغض النظر عن درجتها ، فيستوي في ذلك ان تكون منظورة أمام محاكم الموضوع أو محاكم الطعن (محكمة الاستئناف او محكمة التمييز الاتحادية) ونتيجة الشكوك التي تثار لدى قاضي الموضوع بعدم دستورية النص المراد تطبيقه حينذاك

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، ممطابع السعدني ، ٢٠٠٤ ، ص٨١٠

بإمكانه ان يرسل طلبا مسببا (معللا) إلى المحكمة الاتحادية العليا ، وفي هذا الفرض يتم استئخار الدعوى الأصلية لحين إصدار المحكمة الاتحادية العليا قرارها الفاصل بهذا الطعن ومن ثم يتضح ان طريق الإحالة من محكمة الموضوع مقرر لاي محكمة يستوي في ذلك محاكم القضاء العادي أو الإداري او العسكري [١] .

لان المشرع استخدم لفظ (المحكمة) مطلقا ،والمطلق يجري على اطلاقه وبمعنى ادق ان من له الحق في رفع الدفع في هذا الفرض هو القاضي او محكمة الموضوع (المدعي) فيما تتمثل الجهة التي يرفع لها الطعن في المحكمة الاتحادية العليا (المدعى عليه) وموضوع الطعن هو نص القانون غير الدستوري (المدعى به) .

فبعد ان يتأكد قاضي الموضوع من ان النص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات يرتبط بتلك الدعوى مخالف للدستور فيجب عليه ان يقدم الطلب معللا يبين فيه الاسباب والاسانيد التي دعته للطعن بعدم دستورية النص ، كما يستوجب ان يتضمن النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته واوجه المخالفة ، ومن ثم يحال هذا الطلب الى المحكمة الاتحادية العليا من دون ان يخضع لاستيفاء الرسم للبت في دستورية النص ،كما ان على المحكمة المحيلة ان تقرر بعد ارسالها للطلب استئخار الدعوى الاصلية لنتيجة الدعوى الدستورية المرفوعة امام المحكمة الاتحادية ، ويلاحظ ان نص المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا السالفة الذكر لم تنص بصورة صريحة على ذلك ولكن بالرجوع الى المادة (٨٣/اولا) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ والتي نصت على ان (اذا رأت المحكمة ان الحكم يتوقف على الفصل في موضوع اخر قررت ايقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع ...) [٢].

ويعد قرار استئخار الدعوى المنظورة امام محكمة الموضوع لحين البت بالدعوى الدستورية من قبل المحكمة الاتحادية العليا قرارا في غاية الاهمية لان نتيجة الحكم النهائي في الدعوى الاصلية سيتبع نتيجة قرار المحكمة الاتحادية لالزاميته للسلطات كافة وعدم خضوعه لاي طريق من طرق الطعن [٣] .

---

(١) د. محمد أنس قاسم جعفر ، الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة تطبيقية ، دار النهضةالعربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص١٤١ .

(٢) د. عبدالغني بسيوني عبدالله ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص ٨٣٨ .

(٣) هذا ما نصت عليه المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ بقولها (قرارات المحكمة الاتحادية باتة وملزمة للسلطات كافة) والمادة (٥/ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على انه

وتكمن ميزة هذا الاسلوب في ان الخصوم قد لا يجديهم تقرير عدم الدستورية في بعض الحالات او لم ينتبهوا في اثناء اقامة الدعوى لما يعتريه القانون من عيب مخالفته للدستور ، او قد يعلموا بهذا العيب ولكنهم لا يثيرونه امام المحكمة خوفا من اطالة امد الدعوى ، لذلك فقد اعطي للمحكمة التي تنظر النزاع هذا الحق اذا تراءى لها عدم الدستورية [١] .

ومما تجدر الإشارة اليه ان هناك من يرى ان النص المطعون بعدم دستوريته يكون مقتصرا على دستورية نص القانون او النظام ، دون شموله لنصوص التعليمات استنادا للمادة (٩٣) من الدستور العراقي ، ومن ثم يعد نص المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا المتعلق بإمكانية النظر في دستورية او شرعية التعليمات ملغى صراحة بموجب نصوص الدستور [٢] .

كما ان هناك مآخذ على نص المادة (٣) حيث انه اغفل النص على امكانية اللجان او الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، اثناء نظرها الدعوى طلب البت في شرعية نص في قانون او نظام من المحكمة الاتحادية العليا اسوة بالمحاكم بالرغم من تعددها في العراق ، ولعل استدعاء هيأة دعاوى الملكية في هذا المقام يؤكد ما سبق ، اذ تتواجد في الهيأة لجان قضائية يترأسها قاض يسميه مجلس القضاء الأعلى [٣] . اما القرارات التي تصدرها اللجان القضائية فانها خاضعة للطعن امام هيأة قضائية مكونة من تسعة قضاة يرشحهم مجلس القضاء الاعلى [٤]. وكما اجيز الطعن بقرارات اللجنة القضائية بالطرق المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل [٥] . ورغم كل ذلك لا يحق لقاضي الموضوع او الهيأة القضائية (التمييزية) اثناء نظرها الدعوى طلب البت في عدم الدستورية لعدم وجود نص في قانون المحكمة او نظامها الداخلي يجيز ذلك .

=(الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة) ، والمادة (١٧) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على انه (الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن)

(١) د. علي رشيد ابو حجيلة ، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة ، المكتبة الوطنية ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٤ ، ص٨٤ . د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص٢٣٢ .

(٢) د. مصدق عادل ، القضاء الدستوري في العراق ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧ ، ص٣٤ .

(٣) المادة (٥/اولا) من قانون هيأة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ .

(٤) المادة (٨/اولا) من قانون هيأة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ .

(٥) المادة (٨/ثالثا) من قانون هيأة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ .

اما في مصر فان الدستور المصري لسنة ١٩٧١ لم ينص على هذا الاسلوب ، وانما احال ذلك الى القانون [١]. وقد نصت المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على ان (تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه الآتي : (أ) اذا تراءى لاحدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائي في اثناء نظر احدى الدعوات عدم دستورية نص في قانون او لائحة لازم للفصل في النزاع ، اوقفت الدعوى واحالت الاوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية) .

ويتضح من هذا النص ان لمحكمة الموضوع او الهيأة ذات الاختصاص القضائي اذا رأت في اثناء نظر الدعوى او موضوع النزاع ان القانون المعروض عليها لا يمكن الفصل فيه ، فيتعين على المحكمة في هذه الحالة ان تقضي بوقف الدعوى الموضوعية لحين الفصل في المسألة الدستورية واحالتها الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية ما احيل اليها [٢].

ويلاحظ ان قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص صراحة على ان الاحالة او الدفع كما يمكن ان يكون امام احدى المحاكم يكون ايضا امام احدى الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، وقد قررت المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية الفقرة الاخيرة من المادة (٥٦) من لائحة العاملين بمجلس الشورى بناءً على دفع تم ابداءه امام لجان التوفيق في بعض المنازعات من قبل اللجنة رقم (١) بمجلس الشورى [٣]. كما يلاحظ من نص هذه المادة انه ليس ثمة مهلة زمنية يتم تقييد المحكمة او الهيأة ذات الاختصاص القضائي باحالة المسألة الدستورية امام المحكمة الدستورية العليا في الفرض الخاص بالفقرة (أ) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة ، بينما يتم تقييد الخصم القائم بالدفع بعدم الدستورية وفقا للفقرة (ب) من هذه المادة بمهلة زمنية محددة لرفع دعواه امام المحكمة في ثلاثة اشهر وإلا عد دفعه كأن لم يكن [٤].

---

(١) كذلك الحال بالنسبة للدستور المصري لسنة ٢٠١٢ المعدل سنة ٢٠١٤ .

(٢) د. حنفي علي جبالي ، الدعوى الدستورية ، ج١، بحث منشور في مجلة الدستورية ، العدد (٢) ، السنة (١)، نيسان /٢٠٠٣ ، ص٥٢ .

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (١٥٩) لسنة ٢٣ ق – دستورية في ٢٠٠٣/١٢/١٤ ، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.hccourt.gov.eg/.

(٤) د. مصطفى ابو زيد فهمي ، النظام الدستوري ورقابة دستورية القوانين ، بلا دار نشر ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص٢٤١ .

ثانيا / الدفع من الأفراد .

أجازت هذه الوسيلة المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ والتي تنص على (اذا طلبت احدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او امر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى . وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فاذا قبلتها ترسلها مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية ، وتتخذ قرارا باستئخار الدعوى الأصلية للنتيجة . أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلا للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا) [١].

يتضح من النص اعلاه ان هناك دعوى مقامة امام المحكمة ونتيجة الشكوك التي تثار لدى احد اطراف الدعوى (المدعي) **او**(المدعى عليه) او (شخص ثالث) بعدم دستورية النص المراد تطبيقه على النزاع حينذاك تعرض على القاضي او المحكمة في صورة طلب تحريري او شفاها ، وفي حالة القناعة بجدية الدفع يكلف الخصم بتقديم هذا الدفع في صورة دعوى تحريرية مستوفية لشروطها القانونية ، ومن ثم يقوم القاضي او المحكمة بارسال هذه الدعوى مع مستنداتها الى المحكمة الاتحادية العليا لغرض الفصل في هذا الطعن ، وفي هذه الحالة يتم استئخار الدعوى الاصلية لحين اصدار المحكمة الاتحادية العليا قرارها الفاصل بهذا الطعن .

وترد على هذه المادة الملاحظات الاتية :

١- لم يحدد النظام الداخلي للمحكمة المدة التي يمكن لمحكمة الموضوع خلالها ان ترفض الطلب بعدم الشرعية او تقبله ، فلابد ان تكون هناك مدة يلتزم بها قاضي الموضوع للبت في الدفع المقدم امامه بعدم الدستورية .

٢- لم يحدد النظام الداخلي للمحكمة مدة للطعن بقرار محكمة الموضوع الخاص برفض الدفع ، فلا يمكن القول بأن مدة الطعن مفتوحة لان ذلك يهدد استقرار المراكز القانونية ، بل هي مدد حتمية لايمكن تجاوزها [٢]. وتأسيسا على ما تقدم يحق للخصم الذي ردت المحكمة الاتحادية العليا

---

(١) د. حنفي علي جبالي ، الدعوى الدستورية ، ج١، بحث منشور في مجلة الدستورية ، العدد (٢) ، السنة (١)، نيسان /٢٠٠٣ ، ص٥٢ .

(٢) وهذا خلاف ما ذهبت اليه المادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ اذ نصت على ان (المدد المعينة لمراجعة الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحفي الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن اذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية).

طعنه بعدم الدستورية من الناحية الشكلية اقامة دعوى دستورية جديدة ، وهذا ما يتيح للطاعن (الخصم) كسب الوقت او اضاعته ، مما يؤدي الى اطالة امد النزاع ومن ثم التأخير في حسم القضايا المعروضة على المحاكم .

٣- لم يبين النظام الداخلي آلية تقديم الطعن ، فيما اذا كان يقدم من خلال محكمة الموضوع ، ام انه طعن مباشر امام المحكمة الاتحادية ، ويمكن القول ان الطعن يجب ان يكون من خلال رئيس محكمة الموضوع التي اصدرت القرار (محل الطعن) قياسا على آلية تمييز قرارات محكمة القضاء الاداري المنصوص عليها في نظام المحكمة الاتحادية العليا لاتحاد العلة[١] .

٤- تغاضى النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا عن النص على امكانية تقديم الدفع الفرعي بعدم الدستورية امام اللجان او الهيئات ذات الاختصاص القضائي بالرغم من تعدادها [٢]. الامر الذي تداركه المشرع المصري بنص صريح [٣].

وفي مصر لم ينص الدستور المصري لسنة ١٩٧١ على هذه الوسيلة ، وإنما أحال ذلك الى القانون ، وقد نصت المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على ان (تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه الآتي : ... (ب) اذا دفع احد الخصوم اثناء نظر الدعوى امام احدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون او لائحة ورأت المحكمة او الهيئة ان الدفع جدي اجلت نظر الدعوى وحددت لمن اثار الدفع ميعادا لا يتجاوز ثلاثة اشهر لرفع الدعوى بذلك امام المحكمة الدستورية العليا ، فاذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن) .

ويتضح من هذا النص ان المشرع في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ قد غاير في تنظيم احكام الدفع الفرعي عما كان عليه الامر امام المحكمة العليا في القانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩ ، اذ ان المحكمة التي يثار امامها الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون (٤٨) لسن

---

(١) تنص المادة (٧) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لعام ٢٠٠٥ على انه (يقدم الطعن على الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الاداري الى المحكمة الاتحادية العليا بوساطة محكمة القضاء الاداري ....)

(٢) كهيئة اجتثاث البعث ، وهيأة دعاوى الملكية ، ينظر : المواد (١٣٥ و ١٣٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٣) نص المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لعام ١٩٧٩ .

١٩٧٩ عليها ان رأت جدية الدفع فانها تؤجل نظر الدعوى الاصلية لحين الفصل في الدعوى الدستورية ، اما في ظل قانون المحكمة العليا فأن المحاكم التي يقدم امامها الدفع كانت تلتزم بوقف الدعوى الاصلية وليس بتأجيلها [١]. كذلك جاءت المغايرة في الميعاد الذي يجب خلاله رفع الدعوى الدستورية اذ لم ينص قانون المحكمة العليا على موعد معين ، في حين نص قانون المحكمة الدستورية العليا على وجوب رفع هذه الدعوى خلال ثلاثة اشهر ، والا عد الدفع كأن لم يكن [٢].

ثالثا / الجهات الرسمية (الدعوى الاصلية المباشرة)

تنص المادة (٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على انه (اذا طلبت احدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة اخرى الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او امر ، فترسل الطلب بدعوى الى المحكمة الاتحادية العليا ، معللا مع اسانيده ، وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة) .

فيتضح انه في هذا الفرض لا توجد دعوى منظورة امام القضاء ، لكن يوجد نزاع بين جهتين الاولى جهة رسمية (حكومية) ، والثانية جهة حكومية او غير حكومية ونتيجة الشكوك التي تثار حول دستورية قانون او نظام معين فقد اجاز النص اعلاه الطعن المباشر امام المحكمة الاتحادية العليا ، ومن ثم يتوجب رفع الدعوى مباشرة امام المحكمة الاتحادية العليا .أي : ان من له حق في رفع الدعوى في هذا الغرض هو الجهة الرسمية (المدعي) ، فيما تتمثل الجهة التي يرفع لها الطعن في المحكمة الاتحادية العليا ، اما (المدعي به) فهو نص القانون غير الدستوري . فيما توجه الخصومة الى رئيس مجلس النواب /اضافة لوظيفته في حالة كون النص المطعون بعدم دستوريته واردا في قانون ، فيما توجه الخصومة الى رئيس الوزراء / اضافة لوظيفته في حالة كون النص واردا في نظام من مجلس الوزراء .كما يلاحظ ان الشق الوارد في اعلاه والتعليق بإمكانية النظر في دستورية التعليمات او الامر يعد ملغى ضمنيا بموجب احكام المادة (٩٣/اولا) من الدستور التي قصرت بالرقابة على دستورية نصوص القوانين والانظمة حصرا .

---

(١) د. بدوي ابراهيم حمودة ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية ، العدد (٢) ، ١٩٧٨ ، ص٧٨ وما بعدها .

(٢) د. ياقوت العشماوي ، مقارنة بين قانون المحكمة الدستورية العليا وقانون المحكمة العليا ، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية ، العدد (٢) ، السنة ٢٢ كانون الاول/١٩٨٠، ص٦ وما بعدها .

ومن الملاحظ في هذا الفرض من نظام المحكمة الداخلي هو انه اشترط اقامة الدعوى الدستورية من الجهات الرسمية ان توقع من الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة . وفي موضع آخر الزمت تقديم الدعاوى والطلبات من الدوائر الرسمية من ممثلها القانوني بشرط ان لا تقل درجته عن مدير[١] . وعندئذ يبدو ظاهريا ان النصين اعلاه متعارضين .

ويمكن الرد على هذا التعارض هو ان قصد واضع النظام هو اشتراط ان اصل الدعوى يجب ان يوقع من قبل الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ، وتقديم الدعوى والحضور والترافع امام المحكمة الاتحادية العليا يجب ان يتم من قبل الممثل القانوني للجهة الرسمية الذي لا تقل درجته عن مدير وبهذا يمكن التوفيق بين النصين المذكورين.

اما في مصر فأن المشرع الدستوري المصري وكما أوضحنا سابقا فهو لم يجيز الطعن الدستوري المباشراو الأصلي امام المحكمة الدستورية العليا كما في الفرض السابق وانما فتح باب الطعن الدستوري غير المباشر بواسطة الدفع الفرعي بعدم الدستورية أثناء نظر دعوى او قضية امام أي جهة قضائية [٢].

وخلاصة القول ان الدعوى الدستورية الاصلية او المباشرة المقدمة من قبل الجهات الرسمية امام المحكمة الاتحادية العليا لم يفرض بشأنها المشرع اية شروط مشددة بحيث يمكن القول انها دعوى ذات طبيعة موضوعية او عينية طالما انها ترفع مباشرة في مواجهة القانون المخالف للدستور من دون اشتراط مصلحة او الضرر وما شابه ذلك [٣]

---

(١) فرمان درويش حمد ، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص٣٧٠ .

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المصدر سابق، ص٣٠٠-٣٠٢ .

(٣) د. عصام سعيد عبد احمد ، الرقابة على دستورية القوانين ، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنا ، ٢٠١٣ ، ص٤٨٥ .

رابعا / الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة (الدعوى الأصلية المباشرة)

أجاز النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا للأشخاص الطبيعية او المعنوية الخاصة [١]. ان يتقدموا بالدعوى الدستورية المباشرة امام المحكمة الاتحادية العليا .

فقد نصت المادة (٦) من هذا النظام رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على انه (اذا طلب مدع الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او امر ، فيقدم الطلب بدعوى مستوفية للشروط المنصوص عليها في المواد (٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ ، ٤٧) من قانون المرافعات المدنية .

فيتضح من خلال هذا الفرض انه يجوز للفرد او المواطن ان يرفع دعوى دستورية مباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا دون اشتراط ان تكون هناك دعوى منظورة أمام القضاء .

ومن ثم تتمثل آلية اتصال المحكمة الاتحادية العليا بالدعوى في إقامة الدعوى الأصلية المباشرة من الشخص الطبيعي او المعنوي امام المحكمة الاتحادية العليا ويطلب فيها الحكم بعدم دستورية نص قانوني .بمعنى ان من له الحق في رفع الدفع في هذا الفرض هو المواطن او الشخص الطبيعي (المدعي) ، فيما تتمثل الجهة التي يرفع لها الطعن في المحكمة الاتحادية العليا ، اما (المدعى به) فهو نص القانون غير الدستوري ، فيما يكون (المدعى عليه) رئيس مجلس النواب / إضافة لوظيفته في حالة كون النص المطعون بعدم دستوريته واردا في قانون ، وكما يمكن ان يكون (المدعى عليه) رئيس مجلس الوزراء / إضافة لوظيفته في حالة كون النص المطعون بعدم دستوريته واردا في نظام صادر من مجلس الوزراء . ومما تجدر الإشارة إليه هو ان الشق المتعلق بعدم دستورية التعليمات او الامر الوارد في المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا يعد ملغى ضمنيا بموجب نص المادة (٩٣/ اولا) من دستور جمهورية العراق والتي قصرت محل الرقابة على دستورية نصوص القوانين والانظمة حصرا [٢]، اما في مصر فأن قانون المحكمة الدستورية العليا لم يجيز هذا الدفع من قبل الاشخاص الطبيعية او المعنوية الخاصة بدعوى اصلية مباشرة امام المحكمة الدستورية العليا .

---

(١) يمكن تعريف الاشخاص المعنوية الخاصة ، بأنها كل مجموعة من الاشخاص او الاموال كالجمعيات والشركات يمنحها القانون شخصية معنوية وتخضع لاحكام القانون الخاص .

(٢) د. مصدق عادل، مصدر سابق ، ص٤٢

خامسا / التصدي من قبل المحكمة الدستورية العليا .

هذا الفرض قد تناوله قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر ولم يتناوله النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق حيث اجازت المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر التصدي من قبل هذه المحكمة حيث نصت هذه المادة على ان (يجوز للمحكمة الدستورية العليا في جميع الحالات ان تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون او لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليه وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية) .

يتضح من ذلك بأن للمحكمة الدستورية العليا ان تتصدى ذاتيا أي من تلقاء نفسها لفحص المسألة الدستورية على ان يتصل ذلك التصدي بنزاع مطروح عليها بمناسبة ممارستها لكافة اختصاصاتها الدستورية والتشريعية ، وترى المحكمة الدستورية بأن استعمالها لحق التصدي يكفي فيه ان تقوم مجرد صلة بين النص المعروض عليها والنص الاخر الذي تتصدى له ولم تشترط ان يكون النص الذي يمتد اليه حق التصدي لازما للفصل في موضوع النزاع المعروض عليها وذلك حتى لاتضيق من مجال مباشرة استعمالها لحق التصدي فهذا الحق تمارسه المحكمة ذاتيا ومن تلقاء نفسها حيث لا تعتبرفي ذلك بمثابة محكمة موضوع فحق التصدي تمارسه المحكمة الدستورية دون الرجوع الى اية جهة اخرى ولا تتوقف في ذلك ايضا على تحريكه بطلب من الشخص المعني في الدعوى المنظورة امامها [١]، وهذا الطريق يسمى استخدام رخصة التصدي للمحكمة الدستورية العليا ، ولاشك في منطقية هذا الاسلوب لانه اذا كان لمحكمة الموضوع ان تثير مسألة الدستورية بخصوص نزاع تنظره ، فأنه يكون من باب اولى تقرير هذا الحق للمحكمة الدستورية العليا نفسها [٢]، فضلا عن انه من غير المستساغ ولا المقبول ان يخول المشرع لجميع المحاكم حق الاحالة ، ثم يحرم المحكمة الدستورية ذاتها من استعمال رخصة التصدي وهي المحكمة صاحبة الولاية العامة والمقصورة عليها هذه الولاية فيما يتصل بدستورية القوانين واللوائح ، وبذلك يكون التصدي مكملا للدفع الفرعي ولحق الاحالة باعتبار ان هذه الصور حلقات ثلاث تتعاون جميعها في توكيد الشرعية الدستورية .

---

(١) المستشار محمود فكري السيد ، المحكمة الدستورية العليا والرقابة على دستورية القوانين في مصر ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، السنة الثانية والاربعون ، العدد الرابع ، ١٩٩٨، ص٤٣.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٠٩ .

المبحث الثاني

آليات وشروط تحريك الدعوى الدستورية

بعد ان استعرضنا في المبحث السابق اسباب تحريك الدعوى الدستورية والجهات التي لها الحق في تحريك تلك الدعوى والتي حددها المشرع الدستوري ، فأنه يجدر بنا ان نتناول في هذا المبحث الآليات التي بموجبها تحرك الدعوى الدستورية وكذلك الشروط التي يجب توافرها لكي تقبل امام القضاء الدستوري ، ولأجل ذلك سنتناول هذه المواضيع من خلال مطلبين :

نخصص المطلب الاول لمعرفة آليات تحريك الدعوى الدستورية ، اما المطلب الثاني فسنتناول فيه شروط قبول الدعوى الدستورية .

المطلب الاول: آليات تحريك الدعوى الدستورية .

المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى الدستورية.

المطلب الاول

اليات تحريك الدعوى الدستورية

تذهب بعض الانظمة الدستورية الى حد اعطاء القضاء سلطة الحكم بالغاء القانون اذا اتضح انه مخالف للقواعد الدستورية ، نتيجة للطعن عليه بعدم الدستورية من قبل ذوي الشأن ، في دعوى اصلية ، امام المحكمة المختصة ابتداءً واستقلالا عن أي نزاع ، يطالبون فيها بالغاء القانون المخالف للدستور[١]. يتضح من ذلك انه بمجرد صدور القانون من البرلمان ، وتضمنه لشبهة مخالفته للدستور ، يخول صاحب الشأن في اللجوء الى القضاء واقامة دعوى يخاصم بها القانون ، فلا يشترط لاقامة الدعوى وجود نزاع مثار امام القضاء ، وانما يمكن اقامة دعوى مباشرة ومستقلة عن أي نزاع آخر ، تتضمن مخاصمة القانون المشكوك في دستوريته[٢].

---

(١) د. عاطف سالم عبد الرحمن ، دور القضاء الدستوري في الاصلاح السياسي – الاجتماعي – الاقتصادي دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة ، ط١، بلا ناشر ، القاهرة، ٢٠١٠/٢٠١١، ص٢٢٣.

(٢) د. رافع خضر صالح شبر ، ضمانات تطبيق وحماية القواعد الدستورية ، مقال منشور في جريدة الفيحاء ، بابل ، العدد (٨٤) في ٢٠٠٥/١٠/٢٥، ص٣.

بينما اتجهت انظمة دستورية اخرى الى الجمع بين اسلوبي (الدعوى المباشرة) و (الدفع الفرعي) ، وذلك تأسيسا على ان الحكم الصادر من المحكمة المختصة يحوز الحجية المطلقة بالنسبة لسائر المحاكم وفي مواجهة الكافة وليقترب بذلك من النتيجة المترتبة على وسيلة الدعوى الأصلية المؤدية الى الغاء القانون غير الدستوري واعتباره كأن لم يكن وهو ما لايتفق مع النتيجة المترتبة على تطبيق اسلوب الدفع الفرعي والمتمثلة بالامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، وذلك من خلال الاحالة من محكمة الموضوع من تلقاء نفسها ، او بناءً على طعن من الأفراد[١].

وتأسيسا على ما تقدم فأن آليات تحريك الدعوى الدستورية تتخذ صورتين ، فهي اما عن طريق الدعوى المباشرة ، او عن طريق الدفع بعدم الدستورية ، وسنتناول هاتين الصورتين من خلال الفرعيين الآتيين :

الفرع الأول

الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة

هذه هي الوسيلة الأولى من وسائل تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين . حيث تبيح بعض الدول الالتجاء الى طريق الدعوى المباشرة في رفع النزاع امام الجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية القوانين ، ويتمثل اسلوب الدعوى المباشرة بأن يقوم صاحب الشأن بالطعن مباشرة بعدم دستورية القانون امام المحكمة الدستورية ، حيث ترفع هذه الدعوى مباشرة امام هذه المحكمة دون ان تكون مسبوقة بدفع امام احدى المحاكم ويتميز هذا الاسلوب بطابع الهجوم على القانون ، حيث لا ينتظر صاحب الشأن ان يطبق القانون على حالته الخاصة ، فيدفع بعدم دستوريته بل يكفي ان يكون القانون قابلا للتطبيق [٢].

وتؤدي هذه الدعوى الى الغاء القانون وتجعله كأن لم يكن اذا ثبت للقاضي عدم دستوريته ويكون لحكمها هذا حجية عامة ومطلقة تجاه سائر الافراد والهيئات المختلفة في الدولة [٣]، ومن شأن هذه الرقابة

---

(١) د. ثروت بدوي ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠، ص١٦٠-١٦١.

(٢) د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص٧٠٧ . وكذلك ينظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٩٥ ، ص١٦٦.

(٣) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المبادىء العامة للقانون الدستوري ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٥، ص١٩٩.

تصفية النزاع مرة واحدة وبصفة نهائية مما لا يسمح في المستقبل باثارة المشكلة من جديد ، مما يؤدي الى منع اختلاف الأحكام في القضايا المختلفة[١].

ولكن عند صدور قرار المحكمة بالغاء القانون المخالف للدستور، اختلفت الدول في وقت عد القانون ملغيا ، فبعض الدول عدت القانون ملغيا من تأريخ صدور قرار المحكمة بعدم دستوريته، وقد سار على هذا النهج الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٢٥ (م ٨٦ ف ١) والبعض الآخر من الدول عد القانون ملغيا من تاريخ صدوره . أي يكون الإلغاء بأثر رجعي ، اما القسم الآخر من الدول يقضي بعدم جواز تطبيق القانون دستوري ، وتكون السلطة التشريعية ملزمة بإلغاء القانون او النص الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته وقد سار على هذا النهج الدستور المصري لعام ١٩٧١ (نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا)[٢].

ونظرا لخطورة هذا النوع من الرقابة ، لأن الحكم بعدم دستورية قانون ما يعد بمثابة تحد للبرلمان ، فلا يمكن مع هذه الحالة قيام المحاكم العادية بإلغاء التشريع المخالف للدستور ، وانما معظم الدساتير قد أوكلت هذه المهمة الى أعلى هيئة قضائية في الدولة [٣].

ورقابة الإلغاء (الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة) اما ان تكون سابقة على صدور القانون ، فتجيز لرئيس الجمهورية مثلا او لأية جهة أخرى ينص عليها الدستور ، الحق في إحالة مشروع القانون الى المحكمة قبل إصداره للبحث في مدى مطابقته لأحكام الدستور ولها إلغاء المشروع إذا تبين لها عدم دستوريته ، فأمر تحريك هذه الرقابة يعود لهيئات الدولة ولا يحق للأفراد تحريك هذه الدعوى ، لأن القانون لم يصدر بعد ، ومن الدساتير التي اخذت بهذا النوع من الرقابة دستور ايرلندا لعام ١٩٣٧ ، وبنما ، والإكوادور.

---

(١) المستشار احمد مهدي الديواني ، رقابة القضاء على دستورية القوانين ، مجلة العدالة الظبيانية ، العدد ١٥ ، السنة الرابعة ،١٩٧٧، ص٤١.

(٢) د. احسان المفرجي ، ود. كطران زغير نعمة ، ود. رعد الجدة، مصدر سابق ، ص١٧٧ .

(٣) وقد سارت على هذا النهج سويسرا في دستور عام ١٨٧٤ ، وكوريا في دستور عام ١٩٣٤ ، ولكن اغلب الدول التي تأخذ بنظام الدعوى المباشرة تخصص لهذه المهمة محكمة دستورية عليا ، أي محكمة واحدة يحددها الدستور ، كالنمسا التي اخذت بهذا النوع في دستور عام ١٩٢٠ ، ثم دستور ١٩٤٠ ، وايطاليا في دستور ١٩٤٧ ، والمانيا الاتحادية في دستور ١٩٤٩ ، والكويت في دستور ١٩٦٢ . ينظر : د. زهير المظفر ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، الجزء الأول ، مركز البحوث والدراسات الادارية ، تونس ، ١٩٩٢ ، ص٢٠٠ .

ولكن الملاحظ ان الرقابة اللاحقة هي الأكثر شيوعا [١]، وعلى هذا الأساس عد هذا النوع من الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة بأنها وسيلة هجومية يستخدمها الفرد او الهيئة للقضاء على القانون قبل تطبيقه . أي مهاجمة القانون والطعن فيه بصورة مباشرة ورفع الدعوى بصفة أصلية مستندا في ذلك الى حقه المستمد من الدستور في رفع تلك الدعوى لأن هذا النوع من الرقابة لابد من ان تتضمن الدساتير نصوصا صريحة بإجازتها[٢]، وتجدر الإشارة الى ان حق صاحب الشأن في رفع الدعوى مقيد بشرط يتمثل في ان تطبيق هذا القانون من شأنه ان يمس حقا او مصلحة له حتى لو كانت هذه المصلحة محتملة وعليه فأنه لا ينتظر ان يطبق عليه القانون ثم يرفع الدعوى أمام القضاء ، وإنما له بمجرد صدور القانون ان يرفع دعوة أمام المحكمة المختصة إذا ما تبين له ان تطبيقه سيمس مصالحه [٣].

وحسنا فعل المشرع العراقي وكما أسلفنا سابقا بأنه اخذ بفكرة الدعوى الأصلية ، في المادتين (٥ و٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا والتي سبق الإشارة إليها حيث انه ساير الاتجاه التشريع الذي منح الأفراد هذه الرخصة [٤]، وانفرد بمنح هذه الرخصة لأشخاص القانون الخاص ، من دون بقية التشريعات العربية المقارنة [٥].

---

(١) د. نوري لطيف، القانون الدستوري والمبادئ والنظريات العامة، ط١، بغداد، ١٩٧٦، ص٢٢٥.

(٢) د. سعيد بو شعير ، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، الجزء الاول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بلا سنة طبع ، ص١٧٦ .

(٣) د. فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ع٢ ، س١ ، ١٩٥٩ ،ص١٠٤ .

(٤) منح دستور المانيا الاتحادية الصادر في ٢٢/ايار ١٩٤٩ في مادته (٩٣) المواطنين حق رفع دعوى امام المحكمة الدستورية ، اذا اصابهم ضرر في حق من حقوقهم الأساسية ، وهذا ما يطلق عليه بالشكاوى الدستورية الفرعية ، للمزيد ينظر : البروفسور يورغ فيدك ، تقرير مقارن لدستور العراق و جمهورية المانيا الاتحادية والمملكة المتحدة وجمهورية فرنسا ، أيار ٢٠٠٥ ، ص٤٠ ، وكذلك فعل دستور اسبانيا الصادر في ٢٩/كانون الاول لسنة ١٩٧٨ حيث ان للمواطنين حق اللجوء الى المحكمة الدستورية التي انشأها الدستور للطعن ضد الانتهاكات التي تنطوي على المساس بحقوقهم وحرياتهم الدستورية من جانب السلطات العامة . ينظر د. عيد احمد الحسبان ، الضمانات القضائية لحماية المقتضيات الدستورية في النظامين الأردني والأسباني ، دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق ، جامعة البحرين ، العدد الاول ، يناير ٢٠٠٢ ، ص٣٦٥ .

(٥) د. ثروت عبد العال احمد ، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٣٣ .

تقدير الرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة.

اولا : تحقق هذه الطريقة بعض المزايا حيث انها تؤدي الى وحدة الحلول القضائية بشان دستورية القوانين حيث تختص جهة قضائية واحدة بمسالة فحص دستورية القوانين سواء اكانت هذه الجهة هي المحكمة العليا في النظام القضائي للدولة ام محكمة دستورية متخصصة انشأت لهذا الغرض وتقدر ما أذا كان القانون المطعون فيه مخالفا لاحكام الدستور ام لا وهذا يؤدي الى الاستمرار في المعاملات القانونية لتركيز سلطة الرقابة في محكمة واحدة [١].

ومن ناحية أخرى فان الحكم الصادر بالإلغاء إذا ثبت عدم دستورية القانون المطعون فيه من شأنه حسم الإشكاليات الدستورية بصوره نهائية ،لان الحكم الصادر من المحكمة يتمتع بحجية مطلقة تجاه الأفراد والهيئات ،ولا يسمح لطرح النزاع مجددا بصدد القانون نفسه امام المحكمة ذاتها او امام محكمة اخرى ،كما يحدث في حالة الرقابة عن طريق الدفع حيث تؤدي الى التناقض في الاحكام بشأن القانون الواحد بين مختلف الجهات القضائية حيث تقرر إحدى المحاكم على عدم دستوريته ،بينما تقرر محكمة اخرى على دستوريته ، وهذا يؤدي الى إشاعة الاضطراب وعدم ثبات الأوضاع القانونية [٢].

ثانيا : وكذلك فأن هناك من يرى ان الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة بوساطة محكمة دستورية متخصصة ، يسمح بإدخال بعض العناصر السياسية في تشكيل المحكمة الى جانب العناصر القضائية الأمر الذي يسمح للمحكمة بأن تراعي الاعتبارات القانونية والسياسية عند إصدار أحكامها ، لأن الرقابة على دستورية القوانين ذات طابعين ، طابع قانوني وآخر سياسي الأمر الذي يتطلب مراعاة الأعتبارين معا [٣].

وعلى الرغم من هذه المزايا فقد انتقد البعض هذا النوع من الرقابة وذلك لأنها تثير الحساسية بين المحاكم والسلطة التشريعية ويترتب عليها الغاء القانون المخالف للدستور ، وتمثل خروجا على حدود مهام القضاء ، وتدخلا في صميم عمل السلطة التشريعية المسؤولة عن سن القوانين وإلغائها مما يعد إهدارا

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية ، الدار الجامعية ، بدون ناشر او مكان نشر ، ١٩٨٥ ، ص٢١٠ .

(٢) د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، النظام الدستوري اللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص٢٤٣ . وكذلك د. احسان المفرجي واخرون ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، المصدر السابق ، ص١٨١ .

(٣) د. احمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري ، المصدر السابق ، ص٥٨.

لمبدأ الفصل بين السلطات [١]، وهذا يؤدي الى إعطاء المحكمة مركزا قويا تجاه السلطات الأخرى في الدولة ولا سيما السلطة التشريعية لكونها تمثل جهة الرقابة على النشاط التشريعي ، وهنا نكون امام احتمالين ، اما ان تبالغ في بسط رقابتها بفرض العراقيل امام السلطة التشريعية لكونها انها الحارسة لأحكام الدستور ، مما تثير الحساسية كما اسلفنا بين المحكمة والسلطة التشريعية ويؤدي ذلك الى حدوث الصدام بينهما ، او قد تتساهل المحكمة في فرض رقابتها لتتجنب الصدام مع السلطات ، وهذا يكون على حساب وظيفتها في الرقابة ، وفي كلتا الحالتين يؤدي ذلك الى تهديد نظام الدولة [٢].

الفرع الثاني

الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية

وتتحقق هذه الرقابة عندما يثار نزاع معين امام محكمة عاديه ويرى احد اطراف الدعوى ان القانون الذي سيطبق على النزاع غير دستوري فيدفع بعدم دستوريته [٣] أي ان اختصاص المحكمة بالنظر في دستورية القانون متفرعا عن الدعوى الأصلية المعروضه امامها ،ويستطيع المتقاضي ان يدفع بعدم الدستورية في جميع مراحل الدعوى بشرط ان لا يكون الحكم قد اكتسب درجة الثبات وفي هذا النوع من الرقابه يتعين على القاضي ان يتحقق من مدى مطابقة هذا القانون للدستور ،فأذا تبين له ان القانون دستوري قضى برفض الدعوى والنظر في موضوع النزاع الاصلي ولكن اذا تبين له ان القانون مخالف للدستور ،امتنع عن تطبيق القانون على النزاع المعروض امامه دون الحكم بإلغاء او بطلان القانون [٢].

وان هذا النوع من الرقابة لا ينص عليه الدستور ،وإنما يستنتج من صفة الدستور ، فإذا كان الدستور جامدا ولم يمنع القضاء من ممارسة تلك الرقابة صراحة فله حق ممارستها عن طريق الدفع وقد فسر الكثير من الفقهاء انه في حالة عدم تنظيم المشرع الدستوري لموضوع الرقابة انما يعد ذلك قبولا لها بالرقابة عن طريق الدفع الفرعي ،لأنه من واجب القاضي وبحكم وظيفته تغليب القانون الأعلى على القانون الأدنى ، والقول بغير ذلك يؤدي الى هدم مبدأ دستورية القوانين ، ووضع الدستور في المرتبة

---

(١) د. زهير المظفر ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، الجزء الأول ، مركز البحوث والدراسات الادارية ، تونس ١٩٩٢ ، ص٢٠٣ .

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية ، المصدر السابق ، ص٢١١، وكذلك ينظر د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، النظام الدستوري اللبناني ، المصدر السابق ، ص٢٤٤.

(٣) بدوي ابراهيم حمودة ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، مجلة العلوم الادارية ، ع٢ ، ١٩٧٨ ، ص٨ .

نفسها مع القوانين الأخرى، وهذا يتنافى مع جمود الدستور الذي يتميز بسموه عن باقي القوانين في الدولة [١]، ومما تجدر الإشارة اليه بهذا الصدد هو ان الحكم الذي تصدره المحكمة يعتبر ذي اثر نسبي ، بمعنى أدق انه يقتصر على أطراف الدعوى وعلى النزاع المعروض أمامها ويكون قرارها غير ملزم بالنسبة لباقي المحاكم الأخرى ، حيث لا يمنع من ان يطبق القانون نفسه الذي قضت به محكمة ما بعدم دستوريته ، الى ان تقوم محكمة أخرى بتطبيقه في قضية أخرى مشابهة إلا إذا دفع احد الأفراد بعدم دستوريته [٢]، فهذا النوع من الرقابة هو وسيلة دفاعية يلجأ إليها الأفراد للتخلص من تطبيق معين عليه دون المساس بثبات القانون فيظل ساريا ونافذا الى ان يتم إلغاؤه او تعديله من جانب السلطة التشريعية والرقابة عن طريق الدفع لا تقرر لمحكمة معينة في النظام القضائي ،وانما تثبت لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وفي الحقيقة ان هذه الوسيله في العراق ليست أكثر الوسائل انتشارا في تحريك اختصاص المحكمة في هذا الشأن،ذلك ان الدعوى الأصلية توشك ان تكون الوسيلة الأكثر استعمالا في هذا الخصوص .

والاتصال بالدعوى الدستورية من خلال قضاء الموضوع يكون اما بإحالة المسألة الدستورية مباشرة من محكمة الموضوع الى المحكمة الاتحادية العليا استنادا للمادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة ، او بطريق الدفع الفرعي وفقا لما جاء بالمادة (٤) من نفس النظام ، ففي كلتا الحالتين يتم عرض الخصومة الدستورية محل النظر على المحكمة الاتحادية العليا من خلال قضاء الموضوع .

والمقصود بقضاء الموضوع "الجهة القضائية التي اناط بها المشرع ولاية إنزال حكم القانون على ما يطرح أمامها من خصومات فتفصل فيها ، وعبر ضمانات وإجراءات محددة قانونا ، بحكم حائز للحجية يصبح عنوانا للحقيقة فيما خلص إليه"[٣].

واستنادا لما تقدم فأن الاتصال بالدعوى الدستورية من خلال قضاء الموضوع يكون إما بالإحالة المباشرة او بالدفع الفرعي وسنتناول هاتين الصورتين من خلال الآتي .

---

(١) د. فؤاد العطار ، كفالة حق التقاضي ، المصدر السابق ، ص٨ .

(٢) د. سعيد بو الشعير ، المصدر السابق ، ص١٧٦-١٧٧ .

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص٤٢٧ .

أولا : الإحالة المباشرة .

في هذه الصورة فأن للمحاكم الحق اثناء نظرها الدعوى ان تطلب من المحكمة الاتحادية العليا البت في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي اوغيرها يتعلق بتلك الدعوى فترسل هذا الطلب الى المحكمة الاتحادية العليا [١]. ولما كان قاضي الموضوع مطالب بتغليب احكام الدستور واعلائها على احكام التشريعات الادنى مرتبة ، فأن ذلك يقتضي منحه الحق في احالة النصوص التشريعية التي يتراءى له عدم دستوريتها الى المحكمة الدستورية العليا ، والقول بغير ذلك يجعل قاضي الموضوع ملتزما او مطالبا بتطبيق تلك النصوص على موضوع النزاع ، على الرغم من اعتقاده بعدم دستوريته وهو ما يستنكفه المنطق السليم [٢].

وهذه الصورة من صور تحريك الدعوى الدستورية امام المحكمة ، ايا كانت تلك المحكمة ، وايا كانت درجتها ، وايا كانت جهتها سواء جهة القضاء العادي ، او القضاء الإداري ، او هيئة ذات اختصاص قضائي ، ووجدت تلك المحكمة ، او الهيئة القضائية ان القانون الذي ستطبقه على النزاع المنظور أمامها ، او ان نص القانون المراد تطبيقه على تلك المنازعة مشكوك في دستوريته ، وانها لا تطمئن لمخالفته للدستور في اعتقادها ، عندئذ فان المشروع قدر انه في ظل الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، وكون المحكمة الدستورية العليا هي وحدها دون غيرها التي تملك الفصل فيما اذا كان القانون _ او نص فيه _ دستوري او غير دستوري _ قدر المشرع في هذه الحالة انه لا يجب ان تجبر المحكمة على الفصل في القضية وفقا لقانون لا تطمئن الى دستوريته ، واباح لها ان تحيل الأمر الى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية ، او عدم دستورية النص ،او النصوص المطلوب تطبيقها على المنازعة المطروحة على المحكمة المحيلة[٣].

وبالطبع فان طريق الإحالة مقرر لأي محكمة سواء في ذلك محاكم القضاء العادي ، او الاداري ، او العسكري وفي أي حالة تكون عليها الدعوى ، حتى ولو كانت محجوزة للنطق بالحكم ، فوصول الدعوى الى مرحلتها الأخيرة ، او استعدادا للنطق بالحكم فيها لا يمنع القاضي ، متى تولد لديه الشك بأن النص

---

(١) المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ .

(٢) د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، القضاء الدستوري في مصر ، بدون ذكر اسم الناشر او مكانه ، ١٩٨٨ ، ص٤٠٨

(٣) د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، المصدر السابق ، ص١٥٢-١٥٣

التشريعي في قانون او نظام لازم للفصل في النزاع المطروح عليها تثور في شأنه شبهة عدم الدستورية من احد جوانبه ، فهنا توقف المحكمة الدعوى المعروضة عليها ، وتحيل الأوراق الى المحكمة الاتحادية العليا من غير رسوم للفصل في المسألة الدستورية. فأن قررت محكمة الموضوع احالة نص الى المحكمة الدستورية تشك بعدم دستوريته ، وجب ان يكون قرار الاحالة الذي تحيل بموجبه النص مستوفيا لوجوده القانوني ومستوفيا للبيانات الجوهرية التي تطلبها المشرع ،هذا فضلا عن ان قرار الاحالة يكون نهائيا ،فلا يجوز لمحكمة الموضوع الرجوع او العدول عنه [١].

لذا يجب ان يتضمن قرار الإحالة النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة [٢]، فإذا صدر قرار الإحالة خاليا من بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته ،والنص الدستوري المدعى بمخالفته ،وأوجه المخالفة فأن الدعوى الدستورية تكون غير مقبولة [٣].

---

(١) د. عادل الطباطبائي ، المحكمة الدستورية الكويتية – تكوينها – اختصاصاتها – إجراءاتها (دراسة مقارنة) ، ط١ ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٥ ، ص٣٠٥ .

(٢) ينظر: قرارات المحكمة الاتحادية العليا في إعمال اختصاصها الدستوري من خلال الاتصال بالدعوى الدستورية عن طريق قضاء الموضوع في الإحالة المباشرة ، القرار ٨/اتحادية/٢٠٠٦ ، بتاريخ ٢٩/٥ ٢٠٠٦، (والذي طلبت فيه محكمة التمييز النظر في دستورية المادة (٢٠/اولا/ثالثا) من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦) ، والقرار رقم ٢٥/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/٨ في ٢٠٠٨/١/٨ (والذي طلبت فيه محكمة بداءة الكرادة البت بشرعية حكم المادتين (٣٧) و (٣٨) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ ، للاطلاع على القرارين ينظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا على الرابط التالي : http://www.iraqia.iq

(٣) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر ، الصادر في ١٨ ابريل سنة ١٩٩٢ ، القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية دستورية ، منشور في الجزء الخامس المجلد الاول مجموعة احكام وقراراتالمحكمة الدستورية العليا ، الصادرة من اول يوليو ١٩٩١ حتى آخر يونيو ١٩٩٢ ، ص٢٦٧–٢٦٨ . وكذلك ينظر نص المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ ، وكذلك المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ .

ثانيا : الدفع الفرعي .

هذه الصورة الثانية حيث تتطلب بعض الدول رفع دعوى فحص الدستورية امام الهيئة القضائية المختصة عن طريق دفع فرعي ، يقدمه احد الخصوم في اثناء نظر الدعوى الموضوعية المرفوعة منه امام محكمة الموضوع ، ومقتضى هذه الوسيلة من وسائل تحريك بحث عدم الدستورية ، ان يكون هناك دعوى مرفوعة امام القضاء ، ويراد فيها تطبيق قانون ما على احد الأفراد ، فيوجه الخصم المراد تطبيق القانون عليه نظر المحكمة إلى مخالفة هذا القانون لأحكام الدستور ويدفع بعدم دستوريته ، فتوقف المحكمة الفصل في الدعوى لحين صدور حكم من المحكمة الدستورية المختصة بشأن القانون المتنازع على دستوريته ، فالقاضي في هذه الصورة يبقى بعيدا عن بحث دستورية القانون ، ما لم تكن هناك دعوى أمامه يثير فيها احد الخصوم ، بصورة عارضة ، الدفع بعدم الدستورية [١].

ففي هذه الصورة تطلب المحكمة الفصل في شرعية نص في قانون ويكون بناءً على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية [٢]، حيث ان اسلوب الدفع الفرعي يمر بثلاث مراحل ، حيث تتمثل المرحلة

---

(١) ينظر: د. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المصدر السابق ، ص٧٠٥ ، ويعد هذا الاسلوب الاكثر شيوعا واهمية في الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية ، مما يعني ان رقابة الدستورية لا تثور في صورة دعوى اصلية مبتدأة ضد القانون ، وانما تثور في صورة دفع فرعي اثناء خصومة مدنية ، او جنائية ، او غيرها ، امام احدى المحاكم ، وفي مصر فان المشرع المصري اختار وسيلة الدفع لتحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين امام المحكمة الدستورية العليا وهي الوسيلة الاساسية والغالبة لتحريك الدعوى الدستورية في مصر .

(٢) يذهب بعض الفقه الى التفرقة بين الجدية في الدفع والمصلحة في الدفع فالجدية في الدفع تتصل بالدلائل التي تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص التشريعي او اللائحي للدستور ،وتقدير تلك الشبهة يدخل في اختصاص قاضي الموضوع وحده ،اما المصلحة في الدفع ،وهو ما يعبر عنه بالمصلحة في الدعوى الدستورية فتدخل في اختصاص المحكمة الدستورية ،وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية ،ومناطها ان يكون الفصل في المسألة الدستورية لازما للفصل في الطلب الموضوعي المرتبط بها ،كما يجوز ابداء الدفع في أي وقت وامام أي درجة من درجات التقاضي ولو كان ذلك امام محكمة النقض (او التمييز)،ورتب على هذه التفرقة آثار منها،انه يعد مجرد سماح محكمة الموضوع لمن اثار الدفع برفع دعواه الدستورية شاهدا بذاته على جدية الدفع دون ان يلزم بتقديم دليل آخر لأثبات ذلك ،ولا يعد وقف الدعوى الموضوعية شرطا لقبول الدعوى الدستورية وانما هو نتيجة لتقدير جدية الدفع وضرورة الفصل فيه قبل الحكم في الدعوى الاصلية ،ينضر

الأولى بوجود دعوى منظورة امام احدى المحاكم ، والمرحلة الثانية تستجوب ان يكون هناك دفع من احد الخصوم بعدم الدستورية امام المحكمة ، وتتمثل المرحلة الثالثة بتقدير هذه المحكمة لجدية الدفع .

كما انه اذا دفع امام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون او نظام ، فانه لا يحيل امر البحث في دستورية النص المطعون الى المحكمة الاتحادية العليا بصورة تلقائية ، بل من حقه ان يتأكد اولا ان الدفع جدي [١]، أي ان المحكمة التي يبدى امامها الدفع والتي تنظر موضوع الدعوى الاصلية هي التي تقدر جدية او عدم جديته .

"ان الحكمة من تقييد حق الافراد في الدفع بعدم الدستورية باشتراط موافقة قاضي النزاع على جدية هذا الدفع ترجع الى الرغبة في عدم اغراق المحاكم بالدفوع غير المجدية التي من شأنها ان تعطل العدالة ، وتؤخر الفصل في المنازعات ، وتضيع الوقت ، وتشغل مرفق القضاء دون مقتضى بالدعاوى التي لا طائل من ورائها"[٢]، لذا نرجح في هذا المقام الحل الذي اخذ به المشرع الكويتي في قانون المحكمة الدستورية على انه (يجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع ، وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية خلال شهر من صدور الحكم المذكور، وتفصل تلك اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الاستعجال)[٣].

وقد تناولنا في المبحث السابق الإشارة الى ما نص عليه المشرع العراقي في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ بخصوص هذا الدفع ونكتفي بهذا القدر، ونأتي الان الى تقدير هذه الآلية من آليات تحريك الدعوى الدستورية .

تقدير الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية .

اولا : من ابرز خصائص هذه الرقابة انها لاتثير الحساسية ما بين السلطتين التشريعية والقضائية مقارنة مع السابقة ،كما انها لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ،لان القاضي في حالة اثارة دفع بعدم

:الدكتور محمد ماهر ابو العينين ، الدفع في نطاق القانون العام ،الكتاب الثاني ،دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٥،ص٤٣١ .

(١) المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥

(٢) د. عيد رفعت سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، المصدر السابق ، ص٣٥٦

(٣) المادة (٤/ثانيا) من قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣

دستورية قانون ما،فتقتصر سلطته على الامتناع عن تطبيقه على النزاع المعروض امامه ،ولا تمتد سلطته في الغاء القانون المخالف لأحكام الدستور ،كما ان حكم القاضي يتمتع بأثر نسبي يقتصر فقط الى اطراف الدعوى ،ولا يلزم المحكمة نفسها في قضية اخرى مشابهة لها مما يؤدي الى منع التصادم بين البرلمان والمحاكم الى حد ما وبذلك فأن القاضي لايتدخل في عمل البرلمان ولا يشارك في العملية التشريعية وانما تقتصر مهمته على الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري وهذا يدخل في صميم وظيفته القضائية [١].

ثانيا : كما ان هذه الطريقة تكون مفتوحة دائما امام أصحاب الشأن وبالتالي لا يؤثر سقوط الدستور أوتعديله عليه مادام الدستور الجديد لم يتضمن أي نص يمنع هذه الرقابة ،لأنها لاتستند الى نص دستوري في معظم الاحوال بخلاف الحال في طريقة الدعوى المباشرة ولكن على الرغم من هذه المزايا فأن طريق الدفع بعدم الدستورية لم يخل من نقد حيث ان وضع مسألة الفصل في دستورية القوانين بيد جميع المحاكم القضائية على اختلاف انواعها ودرجاتها سيؤدي ذلك الى حدوث التناقض بين الاحكام وأشاعة الاضطراب وعدم الثبات في المعاملات القانونية لأختلاف وجهات نظر المحاكم بالنسبة للقانون الواحد اذ قد تقرر محكمة ما عدم دستورية قانون ما في حين تقوم محكمة أخرى بتطبيقه على انه موافق لأحكام الدستور[٢]، يتبين لنا ان لكل اسلوب من هذه الاساليب له مواطن قوته وضعفه وان مسألة الرقابة على دستورية القوانين ترتبط بالظروف و الملابسات التي تسود كل دولة أي حسب الضروف التاريخية والسياسية والقانونية الخاصة لكل دولة

المطلب الثاني

شروط قبول الدعوى الدستورية

نتناول في هذا المطلب الشروط الشكلية والاجرائية وكذلك الشروط الموضوعية لقبول الدعوى الدستورية والتي نص عليها المشرع الدستوري سواء في العراق او في مصر من اجل ان تقبل وتسمع من

---

(١) د. احسان المفرجي وآخرون ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، المصدر السابق ، ص١٨٩ .

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، القانون الدستوري – المبادىء العامة للقانون الدستوري –والنظام الدستوري في دستور ١٩٧١ ، المصدر السابق ، ص٢١٢ .

قبل القضاء الدستوري وتصبح اهلا للفصل فيها ، وفي حالة تخلف احد هذه الشروط فأن مصير هذه الدعوى هو الرد من قبل المحكمة الدستورية .

وسنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول الشروط الشكلية والاجرائية ، اما الفرع الثاني فنخصصه للشروط الموضوعية ، وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

الشروط الشكلية والاجرائية

لقد اشترط المشرع العراقي في الدعوى الأصلية التي تقدمها الجهات الرسمية او الافراد للطعن بدستورية القانون عن طريق الدعوى المباشرة مجموعة من الشروط الشكلية والاجرائية لقبول دعوى الغاء القانون غير الدستوررري ، وهي كالآتي :

اولا : ان تكون الدعوى المقدمة من قبل الافراد او الجهات الرسمية المرفوعة امام المحكمة الاتحادية العليا مستوفية للشروط القانونية المنصوص عليها في المواد (٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ ، ٤٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وذلك وفقا للمادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا [١]. وبالرجوع الى هذه المواد يتضح ان المادة (٤٤) من قانون المرافعات نصت على ان (كل دعوى يجب ان تقام بعريضة) كشكل لإجراء المطالبة القضائية في الدعوى واذا تعدد المدعون وكان في ادعائهم اشتراك او ارتباط جاز لهم اقامة الدعوى بعريضة واحدة، واذا تعدد المدعى عليهم واتحد الادعاء ضدهم او كان مرتبطا جاز اقامة الدعوى عليهم بعريضة واحدة. كما اشارت المادة(٤) من قانون المرافعات المدنية على وجوب ان تشتمل عريضة الدعوى من جملة ما تشتمل عليه ضمن بياناتها بيان موضوع الدعوى وطلبات المدعي واشارت المادة (٤٦) من قانون المرافعات بصورة اكثر تفصيلا للبيانات التي يُلزم ان تضمها عريضة الدعوى وهي اسم المحكمة التي تقام امامها الدعوى وتاريخ عريضة الدعوى وذكر اسم كل من المدعي والمدعى عليه وشهرته وصنعته ومحل اقامته وبيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ وبيان موضوع الدعوى ووقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعي واسانيدها وتوقيع

---

(١) نصت المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥على انه (اذا طلب مدع الفصل في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات او امر، فيقدم الطلب بدعوى مستوفية للشروط المنصوص عليها في المواد (٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧)من قانون المرافعات المدنية)

المدعي او وكيله اذا كان الوكيل مفوض بسند مصدق عليه من جهة مختصة ، كما بينت المادة (٤٧) من قانون المرافعات بأنه يجب على المدعي عند تقديم عريضة الدعوى ان يرفق بها نسخا بقدر عدد المدعى عليهم وقائمة بالمستندات التي يستند اليها مرفقا وصورا من هذه المستندات ويجب عليه ان يوقع هو او وكيله على كل ورقة مع اقراره بمطابقتها للأصل وتقوم المحكمة بتبليغها للخصم (الفقرة الاولى) كما يلزم المدعي ان يقدم نسختين من عريضة الدعوى الى المحكمة مع نسختين من السند نسخة من العريضة والسند تبلغ الى الخصم والنسخة الاخرى لكل من السند والعريضة تكون في اضبارة الدعوى (الفقرة الثانية)، ولايجوز تعيين يوم للمرافعة للنظر في الدعوى التي قبلت دون تقديم كامل مستنداتها، وفي حالة عدم تقديمها خلال ثلاثة اشهر من تاريخ دفع الرسم تعتبر الدعوى مبطلة بحكم القانون (الفقرة الثالثة)، ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا ما جاء في احد قراراتها (وحيث ان المحامي ..اقام الدعوى ووقع عريضتها ولم يكن وكيلا عن المدعي اضافة لوظيفته لذا تكون الدعوى قد اقيمت من غير خصم قانوني ولا يمكن قبوله في الدعوى وكيلا عن المدعي لأن الفقرة (٧) من المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) قد نصت انه يجب ان تشمل عريضة الدعوى على البيانات ومن جملتها توقيع الدعوى من المدعي او وكيله اذا كان الوكيل مفوضا بسند مصدق عليه من جهة مختصة لذا تكون الدعوى واجبة الرد)[١].

ثانيا : اشترط المشرع في الدعوى التي ترفعها الجهات الرسمية ان تكون هناك منازعة قائمة بين الجهات الرسمية المدعية وبين جهة اخرى ، وهذا يعني ان مناط ممارسة هذه الرقابة عن طريق الطعن المباشر امام المحكمة الاتحادية العليا هو وجود منازعة فعلية او واقعية قائمة بين هذه الجهة الرسمية وجهة اخرى [٢]، وقد جاء في احد قرارات المحكمة الاتحادية العليا (.... ومما تقدم تجد المحكمة الاتحادية العليا انه لم يكن هناك نزاع للفصل فيه من قبل المحكمة فقرر رد الدعوى)[٣].

---

(١) قرارالمحكمة الاتحادية العليا ،رقم ٤٥/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤،منشورات شبكة المعلومات العالمية(الانترنت)عبرموقع المحكمة الاتحادية العليا: http://www.iraqfsc.iq

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ٤/اتحادية/اعلام/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/١٢ ، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا : http://www.iraqfsc.iq/

(٣) ينظر: مكي ناجي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام والقرارات ، مطبعة دار الضياء للطباعة والتصميم ،النجف، ط١، ٢٠٠٧، ص٦٠.

ثالثا : ان ترسل الدعوى بكتاب من الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ، وهذا يعني ان المشرع العراقي اشترط في الدعوى الدستورية التي تقيمها الجهات الرسمية ان تكون موقعا عليها من الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ، وبخلاف ذلك فان للمحكمة ردّ الدعوى وقد جاء في احد قرارات المحكمة الاتحادية العليا (ويجوز تقديم الدعاوى والطلبات من الدوائر الرسمية من ممثليها القانوني بشرط ان لاتقل درجته مدير وحيث ان عريضة الدعوى قُدمت من شخص غير مخول قانونا بتقديمها ، ولما تقدم قررت المحكمة رد الدعوى شكلا)[١].

رابعا : يجب ان تكون الدعوى المقدمة من قبل الافراد او الجهات الرسمية معللةً بالأسباب والأسانيد القانونية التي تثبت مخالفة النص التشريعي للدستور، أي بيان النص التشريعي المطعون بمخالفته للدستور والنص الدستوري المدعى مخالفته في دعوى معززاً بالأسانيد ، كي يتسنى للمحكمة الاطلاع على النص القانوني المطعون بدستوريته والنص الدستوري وتمكنها من الحكم بدستوريته او عدم دستوريته [٢].

خامسا : ان تقدم الدعوى بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة ، سواء اكانت الدعوى مقدمة من قبل الأفراد او الجهات الرسمية، وتكون بلوائح مطبوعة، ولا تقبل بخط اليد ، ويمكن القول ان هذا الشرط يستهدف مراعاة التقيد بشكليات الدعوى الدستورية وإدراج بياناتها الإلزامية، وضمان جديتها، ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا، ما جاء في احد قراراتها (وكان المقتضى ان تقدم عريضة الدعوى من محامٍ ذي صلاحية مطلقة ولا يصح الأمر توكيل المدعي محامٍ بعد اقامته للدعوى وتقديمها للمحكمة ودفع الرسوم عنها، وبناءً عليه قرر رد الدعوى من الناحية الشكلية للسبب المذكور)[٣].

اما الشروط التي ينبغي توافرها في اسلوب الإحالة من محكمة الموضوع من تلقاء نفسها ، وفي حالة عدم توافرها فان المحكمة تقوم برد الدعوى ، ومن هذه الشروط :

---

(١) قرار المحكمة الاتحادية ، رقم ٧٨/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/١٨ ، ينظر : جعفر ناصر حسين وفتحي الجواري ، احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا ، نشر وتوزيع مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص٧٥ .
(٢) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ١/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٥/٢٩، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا : http:www.iraqfsc.iq/ .

(٣) ينظر : قرار المحكمةالاتحادية العليا ، رقم ٢٠١٣/١٠٨ في ٢٠١٣/٥/٥، وينظر ايضا قرارها المرقم ٤٧/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/٢ و١١٥/اتحادية/اعلام/٢٠١٣ في ٢٠١٤/٢/٢٥ ورقم ٣/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢ من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا : http://www.iraqfsc.iq

اولا : أن تكون هناك منازعة ،وهذا يعني أنه يشترط في المسألة الدستورية أن تكون هناك منازعة مستوفية لمقومات وشروط صحتها ،فتدور بذلك المسألة الدستورية مع المنازعة الاصلية وجودا وعدما ،فلا تقبل الا معها وتزول بزوالها ،وقد اشارت المحكمة الدستورية العليا المصرية الى ان هذا الشرط في احد قراراتها (..ان مناط تطبيقها يفترض وجود خصومة اصلية طرح امرها على المحكمة وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانون انشائها ...) [١]، أما موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق ،فقد جاء في أحد قراراتها (..ولدى تدقيق الطلب وجد أنه يشكل منازعة قانونية بين المدعي في الدعوى البدائية المرقمة (٢١٨/ب/٢٠١١) والهيئة العامة للطرق والجسور ...)[٢]

ثانيا: ان يكون الطلب معللا بالأسانيد،أي أنه يشترط في طلب الأحالة الى المحكمة المختصة أن يكون متضمنا بيان النص التشريعي المطعون بدستوريته والنص الدستوري المدعى مخالفته وأوجه المخالفة وبخلافه فأن المحكمة الدستورية العليا المصرية تقرر رفض الدعوى وقد جاء في أحد احكامها(...وحيث أن قرار الأحالة جاء خاليا من بيان النص الدستوري المدعى بمخالفته فأن ذلك يمثل خروجا على ما توجبه المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا ،فلهذه الأسباب حكمت المحكمة برفض الدعوى ...) [٣]، واما موقف المحكمة الأتحادية العليا في العراق فقد جاء في أحد قراراتها (أما طلب وكيل المدعي من المحكمة بالحكم بعدم دستورية أي نص تجده اثناء سير الدعوى المواد المخالفة للدستور فأن ذلك لايدخل ضمن اختصاص المحكمة ...مما يكون هذا الطلب واجب الرد لذا تكون دعوى المدعى فاقدة لسندها الدستوري والقانوني لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا برد دعوى المدعي ...)[٤].

ثالثا : يجب ان يكون الفصل في مسألة الدستورية التي تقرر محكمة الموضوع احالتها الى المحكمة المختصة ،منتجا في الدعوى المنظور امامها ،أي ان يكون القانون المطعون في دستوريته مرتبط بموضوع النزاع المعروض عليها ،ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد جاء في احد احكامها (..حيث أن قضاء المحكمة قد جرى على ان يكون ثمة ارتباط بين الدعوى الدستورية وبي

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (٢) لسنة ١٥ ق – دستورية في ١٩٩٧/١/٤، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.hccourt.gov.eg

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ١١١/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٨/١٢، ينظر: جعفر ناصر وفتحي الجواري، المصدر السابق ، ص٨٧–٨٨.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١٥) لسنة ١٠ ق – دستورية في ١٩٩٧/١١/٩، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.hccurt.gov.eg

(٤) قرارالمحكمة الاتحادية العليا، رقم ٤٣/اتحادية/اعلام/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٦/٢٤، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا : http://www.hccourt.gov.eg

المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازما للفصل في الطلبات المرتبطة بها والمطروحة امام محكمة الموضوع..)[1]، اما موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد جاء في احد قراراتها (..أما الدفع المقدم فيها كون ايقاع الطلاق بالوكالة الواردة في الفقرة ثانيا من المادة ٣٤من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدل مخالفا لأحكام المادة (٤١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥،فأن هذا الدفع لا علاقة له بمتطلبات حسم الدعوى المشار اليها آنفا لذا فأن ذهاب المحكمة في قرارها المميزبعدم قبول الدعوى ورفض الدفع المثار بهذا الصدد من وكيل المميزه قد جاء صحيحا ومتفقا لما تقدم آنفاً ...)[2].

اما الشروط الشكلية وألإجرائية التي اوجبها المشرع المصري لالغاء القانون غير الدستوري عبر آلية الدفع الفرعي بطريق الاحالة من محكمة الموضوع بناءً على طعن من الأفراد فقد اشترطت المحكمة الدستورية العليا المصرية :

اولا : أن تقدم الدعوى الى المحكمة الدستورية العليا موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بأدارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال ،وذلك ضمانا لجدية عرض أوجه وأسانيد المخالفة الدستورية المدعى بها ،وبخلافه فأن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى وقد جاء في أحد أحكامها (لما كانت صحيفة الدعوى الماثلة خلوا من توقيع المحامي المقبول امام المحكمة المعتبر من الشروط التي يتعين توافرها لقبول الدعوى الدستورية بوصفه اجراء جوهريا لاينظم التداعي في المسائل الدستورية بتخلفه ،فأن هذا الاغفال_وأيا كان سببه – يستتبع الحكم بعدم قبول الدعوى)[1].

ولبيان حكمة هذا الاجراء تقرر المحكمة ان ((التوقيع على صحيفة الدعوى الدستورية من محام مقبول للحضور امام هذه المحكمة هو الذي يضمن جدية الدعوى، وما يقتضيه اعداد صحيفتها من عرض للأوجه التي تقوم عليها المخالفة الدستورية وما يكون لكل منها من الحجج القانونية واستيفاء غير ذلك من البيانات التي تطلبتها المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا لتحديد نطاق المسألة الدستورية التي تدعي هذه المحكمة للفصل فيها))[2]. وبالنسبة لقابلية الحضور امام المحكمة، فيقبل للحضور

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (١٩) لسنة ٨ ق في ١٩٩٢/٤/١٨، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المكتبة العربية لحقوق الانسان : http://1.umn.edu/humanrte/arabic/

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ٣٣ /اتحادية / طعن / ٢٠١١ في ٢٠١١/٦/٢٢، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا : http://www.iraqfsc.iq/

امامها المحامون المقبولون للمرافعة امام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا[١]، ويكون الحاضر عن الحكومة بدرجة مستشار على الاقل بهيأة قضايا الدولة [٢]، ويترتب على تخلف هذا الشرط عدم قبول الدعوى [٣].

ثانيا : ان تكون معللة بالأسانيد ، اذ يتعين ان تتضمن دعوى الطاعن بيانات كافية لتحديد النصوص التشريعية و الدستورية المتعارضة واوجه المخالفة الدستورية المدعى بها ، باعتبار ان هذه البيانات هي التي تنبئ عن جدية هذه الدعاوى ويتحدد بها موضوعها[٤]، ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا فقد جاء في احد احكامها ((...وحيث ان هذه الدعوى جاءت خالية من بيان النص الدستوري المدعى بمخالفته ، فأن ذلك يمثل خروجا على توجبه المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا ، فلهذه الاسباب حكمت المحكمة برفض الدعوى ...))[٥].

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية .

نتناول في هذا الفرع الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في الدعوى الدستورية من اجل قبولها وتتمثل بالآتي :

اولا : شرط المصلحة .

يعتبرهذا الشرط من اهم الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في أي دعوى قضائية لكي ترفع امام القضاء والدعوى الدستورية حالها حال أي دعوى قضائية يجب ان يكون للمدعي في موضوع الدعوى

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (٥٥) لسنة ١٣ ق – دستورية – في ١٩٩٢/٤/١٨، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.hccourt.gov.eg

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (٥٥) لسنة ١٣ ق – دستورية – في ١٩٩٢/٤/١٨، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.hccourt.gov.eg/

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢١١) لسنة ٢٣ ق – دستورية في ٢٠٠٣/١٠/١٤، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا: http://www.hccourt.gov.eg

(٤) تنص المادة (٤٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا على انه (.... ويكون الحاضر عن الحكومة من درجة مستشار على الاقل بادارة قضايا الحكومة) .

(٥) ينظر: د. محمد عبد الحميد ابو زيد، القضاء الدستوري شرعا ووضعا ، دار النهضة العربية ، القاهرة، بلا تاريخ نشر ، ص٦٦٤

مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني او المالي او الاجتماعي ، فالمصلحة في الدعوى القضائية بصفة عامة تمثل ((الباعث على رفع الدعوى))، وفي الوقت نفسه ((الغاية المقصودة منها))[١]، فهي محرك رافع الدعوى في اللجوء الى سبيل التداعي امام القضاء والى ادراكها تتجه غايته ، ولذا فانه ((لادعوى بغير مصلحة)) وان ((المصلحة هي مناط الدعوى))[٢]، ويبدو ان المشرع اشترط في المصلحة ان تكون (حالة) أي ان المدعي قد اعتدي على حقه بالفعل ، و (مباشرة) أي تمس حقوق المدعي بشكل مباشر و (مؤثرة في مركزه القانوني او المالي او الاجتماعي) أي ان هذه المصلحة تؤثر في مركزه هذا ، وقد جاء في احد القرارات من تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا ((وحيث ان المدعي لم يبين وجود مصلحة له في اقامة هذه الدعوى ، وانه أقام دعواه بصفته مواطنا في المجتمع العراقي فبذلك تنتفي مصلحة المدعي في اقامة هذه الدعوى وبناء عليه قررت المحكمة الاتحادية العليا رد الدعوى من هذه الجهة))[٣].

ومما تنبغي الاشارة اليه انه لا يشترط في المصلحة ان تكون خاصة بالمدعي ، اذ من الممكن ان تكون عامة تخص المصلحة العامة[٤]. وهذاما اشارت اليه المحكمة الاتحادية العليا في احد قراراتها ((وحيث ان دفوع وكيل المدعى عليه التي انصبت بغالبيتها على عدم وجود مصلحة للمدعي في اقامة الدعوى فتجد المحكمة الاتحادية العليا ان المدعي وهو عضو في مجلس النواب ورئيس كتلة نيابية وهو يمثل مجموع الشعب العراقي استنادا الى احكام المادة (٤٩ /اولا) من الدستور وان القانون موضوع الطعن هو ليس طلبا شخصيا حتى يتطلب الطعن به وجود مصلحة خاصة للطاعن وانما هو قانون عام يخص المصلحة العامة فيكون الطعن بعدم دستوريته مسألة تخص العراقيين جميعا)).

وفي مصر فقد اكد المشرع على انه يجب ان تكون لدى الطاعن مصلحة قانونية شخصية مباشرة، ويقصد بالمصلحة الشخصية المباشرة ان يكون رافع الدعوى هو نفسه صاحب الحق المراد حمايته، وهذا ما اشارت اليه المحكمة الدستورية العليا في احد احكامها (...ومن المقرر ان شرط المصلحة منفصل

---

(١) د. احمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦، ص١١٩

(٢) د. احمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٤٩٢.

(٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ٥٦/اتحادية/اعلام/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٨/٢٨ وقرارها رقم ٥٥/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/٢٢ من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا :http://www.iraqfsc.iq.

(٤) قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ٨٧/اتحادية/اعلام/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٩/١٦ ، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا :http://www.iraqfsc.iq.

دوماً عن توافق النص التشريعي المطعون مع احكام الدستور او مخالفته لها اعتبارا بأن هذا التوافق او الاختلاف هو موضوع الدعوى الدستورية فلا تخوض فيه المحكمة إلا بعد قبولها ...)[١].

كما يجب ان تكون المصلحة مستمرة لدى الطاعن مصلحة مستمرة حتى يحكم فيها ، اذ لا يكفي مجرد توافر المصلحة بعد رفع الدعوى الدستورية وانما يتعين بقاؤها حتى الفصل فيها ، فاذا مازالت المصلحة بعد رفعها وقبل الحكم فيها فلا سبيل الى التطرق الى موضوعها ، ذلك ان توافر شرط المصلحة في الدعوى عند رفعها ، ثم تخلفه قبل ان تصدر حكمها فيه مؤداه زوال هذه المصلحة ، وفي حالة انتفاء تلك المصلحة قبل صدور الحكم فان المحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى ، وقد جاء في احد احكام المحكمة الدستورية العليا (حيث انه يشترط لقبول الدعوى الدستورية ... ان تتوافر للمدعي مصلحة شخصية مباشرة في دعواه وقت رفعها ، وان تستمر تلك المصلحة حتى الحكم فيها ، واذ انتهت الدعوى الموضوعية الى حكم ببراءة المدعي من التهمة التي نسبت اليه ، فان تنتفي المصلحته في الدعوى الدستورية ، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها)[٢].

كذلك يجب ان لا تكون المصلحة نظرية ، ذلك ان المصلحة في الدعوى الدستورية تجد موقعها في نطاق المصالح العملية أي الشخصية المباشرة وليس في نطاق المصالح النظرية ،انطلاقا من ان الدستور يكفل للحقوق التي نص عليها الحماية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا ((..وأن تدور رقابة المحكمة وجودا وعدما مع تلك الاضرار التي تستقل بعناصرها ومن ثم تخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهما او منتحلا او مجردا او يقوم على الافتراض او التخمين ،ولازم ذلك ان يقوم الدليل جليا على اتصال الاضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه ،وان يسعى المضرور لدفعها عنه))[٣].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، القضية رقم (٤) لسنة ١٨ قضائية – دستورية في ١٩٩٩/٥/٢، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.hccourt.gov.eg

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، القضية رقم (١٣) لسنة ٩ قضائية – دستورية في ١٩٩١/٣/٥، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.hccourt.gov.eg/

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، القضية رقم (٤) لسنة ١٩ قضائية – دستورية في ١٩٩٨/١١/٧، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا : http://www.hccourt.gov.eg/

ثانيا : ان يكون هنالك ضرر .

وهذا الشرط يوجب على المدعي ان يقدم الدليل على ان ضررا واقعيا قد لحق به من جراء التشريع المطلوب الغاؤه ويقصد بالضرر الواقعي ان يكون الضرر المدعى به ثابتا على وجه اليقين والتأكيد بحيث يكون القاضي الدستوري واثقا من ان الضرر قد وقع بالفعل[١]، كما انه لايكفي لقبول الدعوى ان يكون ذلك الضرر قد وقع فعلا بل لابد من تقديم الدليل على ان هذا الضرر قد لحق بالمدعي من جراء النص التشريعي المطلوب الغاؤه[٢] ، بما مؤداه قيام علاقة سببيه بينهما تحتم ان يكون الضرر المدعى به ناشئا عن هذا النص ومترتبا عليه ،ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا ما جاء في احد قراراتها (ان المدعي ليس له مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني او المالي او الاجتماعي ولم يقدم دليلاً على ان ضرراً واقعيا لحق به من جراء التشريع ... ولما تقدم قرر الحكم برد دعوى المدعي)[٣]. كما يجب ان يكون الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره ويمكن ازالته إذا ما صدر حكم بعدم شرعية التشريع المطلوب إلغائة فكثيرا ما يقع في الحياة العملية ان ينشأ عن القانون غير الدستوري ضررٌ معين ، ثم ينشأ عن هذا الضرر ضررٌ ثانٍ ويتولد عن هذا الضرر الثاني ضررٌ ثالث وهكذا، ولذا فإنّ الضررَ الأولَ الذي تولد عن هذا القانون هو الضررُ المباشر أما بقيةُ الأضرار التي تولدت عنه فهي أضرارٌ غيرُ مباشرة[٤] ، ونلحظ أن الضرر المباشر هو المعول عليه أما الضرر غير المباشر فلا يعتد به[٥]، كما اشترط المشرع في الضرر أن يكون (مستقلا) وهذا يعني أن القانون المطلوب إلغاؤه هو سبب الضرر المباشر من دون اشتراك عناصر أخرى في إحداث الضرر، ويجب أن يكون مما يمكن إزالته، وقد جاء في أحد قرارات المحكمة الاتحادية العليا (وادعى المدعي ان القرار يضر بمصالحه ، ولم يبين نوع الضررالذي اضر بمصالحه ولم يثبت وقوع ذلك الضرر عليه مباشرة ... قرر الحكم برد دعوى المدعي)[٦] .

---

(١) ابراهيم سيد احمد ، الضرر المعنوي فقهاً وقضاءً ، المكتب الجامعي الحديث ، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٥

(٢) فرمان درويش حمد ، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، المصدر السلبق ، ص٣٣٧.

(٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ١٥/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/١٥ وينظر ايضا قرارها رقم ٣١/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٦/٤، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا : http://www.iraqfsc.iq/

(٤) د. سعدون العامري ، تعويض الضرر، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص٣٣.

(٥) د. ساجد محمد الزاملي ، الرقابة على دستورية القوانين في العراق في ظل دستور عام ٢٠٠٥ الدائم ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد (٥٨) ، ٢٠٠٩، ص١٥٧.

(٦) قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ٨٧/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٣/٢/٢٥، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا : http://www.iraqfsc.iq

ولكن هنا يثار التساؤل ما الحكم لو استحال ازالة الضرر عينا، هل ترفض الدعوى في هذه الحالة ؟ للاجابة على هذا التساؤل يمكن القول ان الدعوى لا ترفض في هذا الاحتمال ، لأن من مصلحة المدعي والآخرين حماية مبدا المشروعية والدفاع عنه بكل الوسائل القانونية المتاحة(١).

وكذلك يستلزم ان لا يكون الضرر نظرياً او مستقبلياً أو مجهولاً ، وهذا ليس إلا من باب التأكيد على أن المصلحة يجب أن تكون حالة ومحققة فضلاً عن كونها معلومة ، ويقصد بالضرر النظري هو الضرر القائم على الافتراض او التخمين ، أي أن المتضررَ هو الذي يفترض هذا النوع من الضرر بمعزل عن الواقع (٢)، أما الضرر المستقبلي فهو الضررُ الذي لم يقع بعد ولكنه سوف يقع حتماً في فترة لاحقة أي في المستقبل(٣).

وهذا ما ذهبت اليه المحكمة الاتحادية العليا في احد قراراتها (وحيث ان المشرع في المادة (٤٣/اولا– ب) قد علق كيفية ادارة الاوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية على تشريع قانون ...وأن القانون المذكور لم يشرع لحد الان فتكون الدعوى بالطعن قد اقيمت قبل اوانها)(٤).

ويبدو ان المشرع اشترط في الضرر ان لايكون (مجهولا) أي انه استبعد الضرر الذي ليس له وجود او ان تكون معالمه غير واضحة ولا يمكن تقديرها،ومن ثم فأن هذه المادة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية قد خالفت ما نص عليه قانون المرافعات من هذه الزاوية(٥).

كذلك يجب ان لايكون المدعي قد استفاد بجانب من النص المطلوب الغائه ، فلا مصلحة ابتداءً في الدعوى الدستورية اذا كان النص التشريعي المطعون فيه يحقق فائدةً للمدعي وليس ضرراً ، فإذا كان

---

(١) د. غازي فيصل مهدي ، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية ، موسوعة الثقافة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨، ص٥٦، ومن الجدير بالذكر ان قانون المحكمة لم ينص على جواز تعويض الاضرارالتي تترشح عن القوانين والانظمة المخالفة للدستور ، وهذا لا يتفق مع مقتضيات العدالة التي تأبى ان يترك ضرر من دون تعويض ، فالضرر يجب ان يزال في مطلق الاحوال ما لم يكن ناشئا عن عمل مشروع ، وعلى هذا ندعو المشرع الى اضافة نصوص الى قانون المحكمة تسمح بتعويض الاضرار المشار اليها .

(٢) د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية – الضرر ، شركة التايمس للطبع والنشر ، بغداد ، ١٩٩١، ص١٦١

(٣) د. اسامة السيد عبد السميع ، التعويض عم الضرر الادبي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧، ص٦٣.

(٤) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٠/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٥/٢٠،وينظرايضا قرارها رقم ٩٧/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٣/٣/١٢ ورقم ١٣/اتحادية/اعلام/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٥/٦ من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا :http://www.iraqfsc.iq/.

(٥) ينظر:المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

النص المطلوب إلغاؤه تمخض لمصلحة المدعي ولا يتصور ان يكون قد أضر به ، فليس لأحد ان يطعن بدستوريته، اذ يكون الطعن عليه في هذه الحالة غير جائز، ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا، ما جاء في احد قراراتها (وحيث ان والديَّ الشهيد قد استفادا من حكم الفقرة (٤) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٧٥٠) في ١٩٨٠/١١/٢٩ فليس من حق المدعي طلب الغاءه ...ولما تقدم قرر الحكم برد دعوى المدعي)[١]. كما انه اشترط ان يكون النص المطلوب الغائه قد طبق على المدعي فعلا او يراد تطبيقه عليه ، وهذا يعني ان الضرر قد وقع بالفعل، او احتمالي الوقوع أي انه سيتحقق في المستقبل من جراء تطبيق النص على المدعي ويبدو ان هناك تناقض واضح وذلك بإيراد عبارة (يراد تطبيقه) يعني التسليم بالمصلحة المحتملة لرفع الدعوى والتي يكون الضرر فيها لم يقع بعد على رافع الدعوى وإنما يكون محتمل الوقوع بينما اشترطت في موضع آخر آلا يكون الضرر مستقبليا ، وقد اشارت المحكمة الاتحادية الى هذا الشرط في احد قراراتها (وحيث ان القانون المطعون بعدم دستوريته لم يكن منشورا في جريدة الوقائع العراقية بتاريخ إقامة الدعوى المصادف (٢٠١٣٢/١٢/٣٠) ليكون نافذا او معمولا به ...فتكون الدعوى اقيمت قبل اوانها)[٢].

ثالثا : ان يكون الدفع جدياً .

يراد بجدية الدفع انه لايستهدف إطالة أمد الدعوى الموضوعية، إذ يقع على القاضي واجب استبعاد الدفوع التي من ظاهرها أنها كيدية بقصد التسويف وتعطيل الفصل في الدعوى، كما ان عدم الجدية يسري كذلك على الدفوع أنها غير مؤثرة في الفصل في الدعوى الموضوعية، او ان يكون القانون محل الدفع لا صلة له بالمنازعة موضوع الدعوى، كما ان هناك من يرى بأن المقصود بالجدية هو أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجاً ، بمعنى أن يكون القانون المطعون بدستوريته مرتبطاً بموضوع النزاع، كما يجب ايضاً أن تحتمل مدى مطابقة القانون للدستور اختلافاً في وجهات النظر[٣].

اما اهم الآثار القانونية المترتبة على الحكم بجدية الدفع المثار امامها بعدم الدستورية، وجب عليها أن تقرر وقف نظر الدعوى الموضوعية .وهذا يعني انه يجب على محكمة الموضوع اذا قدرت جدية

---

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا ،رقم ٥٤/اتحادية/٢٠١٠في ٢٠١٠/٩/١٥ ورقم ١/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢ من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا :http://www.iraqfsc.iq

(٢) قرارالمحكمةالاتحاديةالعليا،رقم٩٧/اتحادية/٢٠١٢في٢٠١٣/٣/١٢، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا :http://www.iraqfsc.iq

(٣) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص٥٥٦ – ٥٥٧.

الدفع المثار امامها ،ان توقف نظر القضية وتحيل الأمر الى المحكمة المختصة للفصل فيه وهو ماذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا المصرية في احداحكامها (فلماتبينت المحكمة الدستورية العليا ان محكمة الموضوع عندما دفع امامها بعدم الدستورية قضت بايقاف الدعوى لمدة ستة اشهر..)[١]. اما موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد جاء في احد قراراتها (... لذا فانه طعن امام محكمة الاحوال الشخصية في بغداد الجديدة وذلك في الجلسة المؤخرة ٢٠١٤/١/٢١ وقد تم طعنه بدعوى وقد قررت محكمة الموضوع احالتها الى هذه المحكمة للنظر فيها كما قررت استئخار الدعوى المنظورة لحين النتيجة ...)[٢].

ومن الجدير بالذكر ان وقف نظر الدعوى الموضوعية ، امر وجوبي على محكمة الموضوع ، ولا سلطة تقديرية لها فيه ، وهو امر تقتضيه قواعد العدالة ، والتطبيق السليم للقانون ، اذ لا معنى لأن تستمر محكمة الموضوع في نظر النزاع ، وتحكم فيه بموجب نص مطعون بدستوريته ، ذلك ان الفصل في الدعوى الموضوعية يتوقف على الفصل في دستورية القانون المراد تطبيقه على واقعة النزاع ، وقد اخذت بهذا الاتجاه المحكمة الدستورية العليا المصرية ، فقد جاء في احدى

احكامها ((... ليمتنع عليها بعدئذ الفصل في النزاع الموضوعي ويتعين عليها ان تتريث في الفصل في الدعوى الموضوعية حتى يفصل في الدعوى الدستورية التي انبثقت عن دعوى الموضوع ...)[٣].

اما في حالة رفض محكمة الموضوع الدفع بعدم الدستورية لعدم جديته، فإن هذا القرار لا يعد نهائياً ، ففي مصر يحق لصاحب الشأن أن يطعن بهذا الحكم بالطرق المقررة للطعن، أي بالاستئناف او النقض إذا كانت المحاكم العادية هي صاحبة الاختصاص، وامام محكمة القضاء الإداري او المحكمة الإدارية العليا إذا كان النزاع يدخل في نطاق اختصاص القضاء الإداري [٤]. واما في العراق فإنه يمكن الطعن بقرار

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم (٢٦) لسنة ٢ قضائية- دستورية في ١٩٨٨/٦/١٩، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستوريةالعليا : http://www.hccourt.gov.eg

(٢) قرارالمحكمة الاتحادية العليا، رقم ٣٢/اتحادية/اعلام/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٦/٢، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا :http://www.iraqfsc.iq

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم (٢٥) لسنة ٢٢ قضائية – دستورية في ٢٠٠١/٥/٥، ، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستوريةالعليا : http://www.hccourt.gov.eg/

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم (١٨٦) لسنة ٢١ قضائية –دستورية في ٢٠٠٠/١/٤، من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستوريةالعليا : http://www.hccourt.gov.eg/

الرفض امام المحكمة الاتحادية العليا [1]، وهذا مانصت عليه صراحة الفقرة الاخيرة من المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا بقولها ((اما اذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلا للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا) ، وقد جاء في احد قرارات المحكمة ((... وبناءً على تكليف المحكمة اقام وكيل المدعي / المميز دعوى بدفعه معنونة الى المحكمة الاتحادية العليا بواسطة محكمة بداءة المدينة وبتاريخ ٢٠١٢/٩/٢٥ قررت المحكمة رفض دعوى الطعن بعدم دستوريته المادة المذكورة ولعدم قناعة وكيل المدعي بالقرار طعن به تمييزا امام هذه المحكمة بموجب لائحته التمييزيه ...)[2].

(١) ومن الجدير بالذكر ان بعض الدول تأخذ بطريقة اخرى للطعن بقرار محكمة الموضوع عدم جدية الدفع مؤداها انه يتم الطعن بقرار المحكمة امام لجنة او هيأة ضمن المحكمة الدستورية ، ومنها الكويت اذ يتم الطعن بقرار محكمة الموضوع امام لجنة فحص الطعون في المحكمة الدستورية الكويتية ، وهذا ما نصت عليه المادة (٤) من قانون انشاء المحكمة الدستورية رقم (١٤) لسنة ١٩٧٣ بقولها ((ويجوز لذوي الشأن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع ، وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية ، في خلال شهر من صدور الحكم المذكور وتفصل اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الأستعجال)) .

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا ، رقم ٨٣/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/٤، يراجع : جعفر ناصر حسين وفتحي الجواري ، مصدر سابق ، ص٧٨.

الفصل الثالث

الحكم الصادر في الدعوى الدستورية

الفصل الثالث

الحكم الصادر في الدعوى الدستورية

يعتبر الحكم الصادر بالدعوى الدستورية هو نهاية المطاف لهذه الدعوى وهو حكم قطعي حيث تستنفذ المحكمة ولايتها في المسألة الدستورية التي كانت لها محلا وموضوعا , كما انه إعلان لفكر القاضي الدستوري إزاء المسألة الدستورية , ونظرا لقيام نظام إجراءات التقاضي أمام المحكمة المختصة في النظر في دستورية القوانين على مبدأ المرافعات التحريرية في مواعيد محددة منضبطة يستطيع ذوو الشأن فيها أن يقدموا مذكراتهم كتابة مع مستنداتهم , فقد استبعدت فكرة الحكم الغيابي بحيث لا يوصف الحكم الصادر في الدعوى الدستورية بأنه حكم حضوري أو غيابي . وهذا ما أكدت عليه المادة (45) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر على عدم سريان قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعوى الدستورية المنظورة أمام المحكمة الدستورية العليا[1] .

أما النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا فقد أشار إلى هذا المعنى في المادة (11) فقد نصت على (تنظر المحكمة في المنازعة ولو لم يحضر الخصوم بعد أن تتحقق من صحة تبلغهم بموعد المرافعة)[2].

وبما أن هذه المحكمة هي صاحبة الاختصاص في النظر في دستورية القوانين في الدولة ولأن أحكامها وقراراتها نهائية وباتة وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن (مادة 17) فلقد أعطى القانون لها الحق في أن تفصل من تلقاء نفسها في جميع المسائل الفرعية .

كما أن القانون قد نص على أن الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا في العراق يصدر بالأغلبية البسيطة عدا الأحكام والقرارات الخاصة بالفصل في المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية فيلزم أن تصدر بأغلبية الثلثين [3]. والحكم يصدر بأسم الشعب ويكون ملزم لجميع سلطات الدولة وينشر في الجريدة الرسمية . ونظرا الى ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا قد جاء بأحد مواده والتي تقضي

بأن (تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969وقانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 فيما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا وفي هذا النظام)[4]. فأنه يجب أن يشتمل الحكم الصادر من المحكمة المختصة في النظر في دستورية القوانين على أسباب لما بنى عليه وأن

---

(1) د. محمد صلاح عبد البديع السيد , قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا , مصدر سابق , ص355.

(2) مكي ناجي , المحكمة الاتحادية العليا في العراق , مصدر سابق , ص146

(3) المادة (5/اولا) من الامر (30) لسنة 2005 .

(4) المادة (19) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا .

يوضح فيه تأريخ إصداره ومكانه وأسماء أعضاء المحكمة الذين اشتركوا فيه وحضروا تلاوته وأسماء ذوي الشأن وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم [1] , وللإلمام بهذا الموضوع ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول :حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية.

المبحث الثاني: آثار الحكم الصادر في الدعوى الدستورية .

المبحث الأول

حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ومدى قابليته للطعن

ان بحث حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية يتطلب منا معرفة هل ان له حجية نسبية تقتصر آثاره على طرفيه أم أن له حجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة وجميع السلطات في الدولة , كذلك لابد من معرفة ما مدى قابلية هذا الحكم للطعن عليه, ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الأول: حجية الحكم في الدعوى الدستورية.

المطلب الثاني: مدى قابلية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية للطعن .

المطلب الأول

حجية الحكم في الدعوى الدستورية .

الحجية أو حجية الأمر المقضي فيه تعني أن الحكم القضائي إذا صدر, فأنه يكون حجة فيما فصل فيه من الحقوق , وبالتالي فأنه يحوز على الاحترام والإلزام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى بما يمنع هذه المحكمة والمحاكم الأخرى من إعادة نظر النزاع في المسألة المقضي فيها مرة أخرى , فإذا أقام احد الخصوم دعوى جديدة أمام إحدى المحاكم لإثارة ذات النزاع المقضي فيه , فأن من حق الخصم الآخر ان يدفع أمام المحكمة بعدم جواز النظر في هذه الدعوى وذلك لسابقة الفصل فيها , ويعتبر هذا الدفع من النظام العام حيث يجوز إبداؤه في أية مرحلة من مراحل التقاضي كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

وحجية الأحكام اما ان تكون حجية نسبية قاصرة على أطراف النزاع بمعنى انه لا تكون للحكم حجية الأمر المقضي فيه إلا في نزاع قام بين الخصوم وتعلق بذات الحق محلا وسببا , وهناك حجية مطلقة للحكم تكون ملزمة للكافة وتعمل آثارها في مواجهتهم في أية دعوى ولو اختلفت موضوعا وسببا عن الدعوى التي صدر الحكم بشأنها . ومن اجل توضيح طبيعة حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وهل هي حجية نسبية أم إنها حجية مطلقة وكذلك بيان نطاق هذه الحجية فسنتناولها في الفرعيين الآتيين .

---

(1) د. رمزي طه الشاعر , النظرية العامة للقانون الدستوري , مصدر سابق , ص601 .

الفرع الأول

طبيعة حجية الحكم في الدعوى الدستورية

ان الحجية النسبية للأحكام القضائية تعتبر هي القاعدة العامة في النظام القضائي سواء في مصر أم في العراق ففي مصر تقضي المادة (101) من القانون رقم (25) لسنة 1968 بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية (ان الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية , إلا ان هذه الأحكام لا تكون لها حجية الا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون ان تتغير صفاتهم وان يكون النزاع متعلقا بذات الحق محلا وسببا) اما في العراق فقد جاء في المادة (105) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979(الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق , اذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا) , ومن خلال هذين النصين نجد ان الحجية النسبية تستلزم لإعمالها وحدة الخصوم والموضوع والسبب , اما الحجية المطلقة فلا يخضع اعمالها لاي شرط من هذه الشروط , اذ تعمل اثرها في مواجهة الكافة وفي اية دعوى ولو اختلفت موضوعا وسببا عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم[1].واذا كان الامر بهذه الصورة وحسب القواعد العامة في النظام القضائي سواء العادي او الاداري أي ان الحكم في الدعوى يحوز حجية نسبية , فأن الامر يختلف بالنسبة لطبيعة الحجية في الحكم الصادر في الدعوى الدستورية من القضاء الدستوري , ففي مصر فأن المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على ان (احكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم) يتضح لنا من هذا النص ان للحكم الصادر في الدعوى الدستورية حجية مطلقة وليس حجية نسبية [2]. فالحكم الصادر بعدم الدستورية يؤدي الى اعتبار القانون او اللائحة المحكوم بعدم دستوريته كأن لم يكن وترتيبا على ذلك فأن الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية تكون ملزمة لجميع سلطات الدولة , فهي ملزمة لجميع جهات القضاء بما فيها المحكمة الدستورية العليا ذاتها في احكامها اللاحقة وملزمة كذلك لجميع المحاكم سواء العادية او الادارية والتي يجب عليها الامتناع عن تطبيق النص الذي قضى بعدم دستوريته , كما تعد ملزمة ايضا للسلطة التشريعية بحيث يجب عليها ان تعيد النظر في القانون الذي حكم بعدم دستوريته حتى يتفق مع نصوص الدستور , كما وتعد ملزمة للسلطة التنفيذية التي يجب عليها عدم تطبيق القانون او اللائحة التي قضت بعدم دستوريتها على الحالات الفردية ,

---

(1) د. بشير علي الباز , أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء احكام القرار بقانون 168 لسنة 1998, دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , 2005, ص45 .

(2) د. عزيزة الشريف , المصدر سابق, 1995,ص230.

ويجب عليها ايضا ان تلغي اللوائح التي قررت المحكمة عدم دستوريتها [1]. كما ان الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا لا يكون حجة على سلطات الدولة فقط , وانما يكون حجة على الكافة افرادا كانوا ام مؤسسات , ولاشك ان تقرير الحجية المطلقة للاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية هو اتجاه يتفق مع هدف المشرع من انشاء هذه المحكمة . ولكن بعد التعديل الذي اتى به القرار بقانون رقم (168) لسنة 1998 على الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا لسنة 1979 فقد احدث هذا التعديل تغييرا كبيرا في حجية الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية .

فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها على انه (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم بالجريدة الرسمية ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر, على ان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الاحوال الا أثر مباشر, وذلك دون اخلال باستفادة المدعى من الحكم بعدم دستورية هذا النص) ومن خلال ذلك يكون قد طرأ تغيير كبيرعلى حجية احكام المحكمة الدستورية العليا في ضوء المادة 3/49 من قانون المحكمة بعد تعديلها , فلم تعد جميع احكام المحكمة تتمتع بحجية مطلقة تسري على جميع سلطات الدولة والكافة من تاريخ واحد بل اصبح الحكم الواحد يتمتع بحجية مطلقة بالنسبة للبعض وحجية نسبية للبعض الآخر, فالاحكام التي تحدد لها المحكمة تاريخ آخر لسريانها لها حجية مزدوجة بمعنى ان لها حجية مطلقة بالنسبة للغير أي لغير المدعى اعتبارا من التاريخ الذي تحدده المحكمة , وحجية نسبية بالنسبة للمدعى من تاريخ صدور النص الضريبي المقضي بعدم دستوريته , كما ان الأحكام التي تصدر بأثر رجعي مطلق تكون لها حجية مطلقة من تاريخ صدور النص المقضى بعدم دستوريته و اما
الاحكام التي تصدر في المسائل الضريبية فتكون لها حجية مزدوجة فهي بالنسبة للغير حجية مطلقة أي لغير المدعى من اليوم التالي لنشر الحكم , وحجية نسبية بالنسبة للمدعى من تاريخ صدور النص المقضى بعدم دستوريته [2].

يتضح من ذلك ان هذا الوضع يفرغ الحكم الصادر بعدم الدستورية من أي قيمة كما ويفقد الثقة في المحكمة وقراراتها لعدم وجود معايير منضبطة تحكم على اساسها بالاثر الرجعي في حالة دون اخرى مما يؤدي الى خضوعها لضغوط البرلمان والحكومة في بعض القضايا ناهيك عن الاخلال بمبدأ المساواة بين من يخاطبهم النص المحكوم بعدم دستوريته من حيث ما اذا كان القانون قد طبق عليهم قبل او بعد التاريخ الذي تحدده المحكمة لسريان حكمها بعدم الدستورية , فبعدما كانت احكام المحكمة تحظى بحجية واحدة

---

(1) د. ابراهيم محمد حسنين , اثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية , دار الكتب القانونية, مصر,2006, ص288. وينظر ايضا ا.د. سامي جمال الدين , القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا , ط2 , منشأة المعارف بالأسكندرية , 2005, ص328 .

(2) د. محمد صلاح عبد البديع السيد , مصدر سابق , ص367

ازاء السلطات والكافة اضحت في ظل هذا التعديل ممزقة وهو ما يناقض الطبيعة العينية للدعوى الدستورية والهدف منها .

اما في العراق فأن قرارات المحكمة الاتحادية العليا وعلى سند ما اقرته المادة (94) من دستور 2005 (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة) ومقتضى هذه المادة ان احكام المحكمة الاتحادية العليا باتة أي قطعية ولا يجوز الطعن فيها بأي وجه من اوجه الطعن وهو ما يعني ان التقاضي امام المحكمة الاتحادية العليا يكون على درجة واحدة,كما ان عدم القابلية للطعن تشمل جميع طرق الطعن كلها الاعتيادية وغير الاعتيادية وسواء كان الحكم بعدم الدستورية ام برفض الدعوى الدستورية لأن النص ورد مطلقا بهذا الخصوص . كما ان الحكم الصادر بعدم الدستورية يتمتع بالحجية العامة المطلقة مما يؤدي الى تصفية النزاع حول دستورية التشريع مرة واحدة وبصفة نهائية , وبالتالي لا يسمح في المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد بصدد الحالات الجزئية التي يمكن ان يحكمها هذا التشريع . والحجية المطلقة لأحكام المحكمة الاتحادية العليا تبدو نتيجة منطقية للطبيعة العينية للدعوى الدستورية والتي توجه الخصومة فيها الى نص تشريعي مطعون عليه بعيب مخالفة الدستور. ولذلك فهذه الاحكام تعد ملزمة في الدعاوي الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا نفسها في احكامها اللاحقة , وملزمة كذلك لجميع المحاكم في العراق سواء في ذلك المحاكم الاعتيادية او المحاكم الادارية والتي يجب الامتناع عليها عن تطبيق النص الذي قضي بعدم دستوريته في القضايا المعروضة امامها جميعا والتي يراد تطبيق النص عليها , وكذلك في القضايا كلها والتي تعرض عليها في المستقبل كما وتعد ملزمة للسلطة التشريعية بحيث يجب عليها ان تعيد النظر في القانون الذي حكم بعدم دستوريته. حتى يتفق مع نصوص الدستور ,وتعد ملزمة كذلك السلطة التنفيذية التي يجب عليها عدم تطبيق التشريع الذي قضى بعدم دستوريته على الحالات الفردية كما يجب عليها ايضا ان تلغي الانظمة التي قررت المحكمة عدم دستوريتها.وهناك من يرى انه من المفروض ان هذه الأحكام لا تكون حجة على سلطات الدولة فقط وانما تكون حجة على الكل أفرادا كانوا ام مؤسسات , فهم ملزمون بعدم التعامل وفقا للنص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته , سواء اكانوا خصوما في الدعوى الدستورية ام لا. في حين ان نص المادة (94) اعلاه يستفاد منه في ان احكام المحكمة الاتحادية العليا ملزمة للسلطات العامة فقط من دون الاخرين من الاغيار سواء اكانوا اشخاص طبيعين ام اعتباريين .مما يجعل ذلك قصورا يجب تلافيه بجعل احكام المحكمة الاتحادية العليا في الدعاوى الدستورية ملزمة للسلطات العامة وللكافة وبنص الدستور[1] . ونحن نرى ان احكام المحكمة ملزمة للكافة سلطات عامة وافرادا طالما انها تحوز على حجية الشيء المقضى به فور صدورها وان المبدأ المذكور يعد مبدأ قانونيا عاما , ويشكل جزءا من مصادر المشروعية الملزمة للسلطات العامة والافراد على حد سواء .

---

(1) د. مها بهجت يونس , المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين , بيت الحكمة , بغداد , 2008 , ص37.

الفرع الثاني

نطاق الحجية المطلقة للحكم الصادر في الدعوى الدستورية

في نطاق الحجية يثار التساؤل عما اذا كانت الحجية المطلقة للأحكام الصادرة من القضاء الدستوري في الدعاوى الدستورية تتقرر فقط للأحكام الصادرة بعدم الدستورية , ام ان هذه الحجية المطلقة تتقرر كذلك للأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية ؟ ان الأمر يحتاج الى التفصيل بعض الشيء, والتفرقة بين ما اذا كان الحكم صادرا برفض الدعوى لسبب شكلي , ام ان هذا الرفض لسبب موضوعي . فبالنسبة للأحكام الصادرة برفض الدستورية شكلا لعدم توافر شروط قبولها كشرط المصلحة او الصفة او الميعاد , ففي هذه الحالة لايكون لهذا الحكم سوى حجية نسبية يقتصر اثرها في الدعوى التي أثير بصددها الطعن , وعلى أطرافها ودون غيرهم . كما ان هذا الحكم لايحول بدون إعادة الطعن على ذات النص او النصوص , ومن ذات الأشخاص انفسهم اذا ما توافرت الشروط التي كانت قد تخلفت , فلا ينبغي ان يكون الحكم بعدم القبول حائلا بدون قبول الدعوى اذا ما توافرت شروط قبولها بعد ذلك , سواء بالنسبة للمدعي او بالنسبة لغيره . اما بالنسبة للأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية موضوعا أي التي تقرر ان التشريع محل الدعوى مطابق للدستور, فقد اختلف الفقه الدستوري بشأن الحجية المقررة للحكم برفض الدعوى الدستورية , فقد ذهب بعضهم الى ان هذا الحكم لا يمس التشريع الذي طعن بعدم دستوريته فيظل هذا التشريع قائما بعد صدور الحكم ولا يحوز الحكم سوى حجية نسبية بين اطراف النزاع . وهذا التصور قائم على اساس قياس الدعوى الدستورية على دعوى الغاء القرارات الادارية , فبينما لأحكام الالغاء حجية مطلقة , ليس لأحكام الرفض الا حجية نسبية .. في حين ذهب جانب اخر من الفقه الى تقرير الحجية المطلقة لا النسبية للحكم الصادر بالرفض الموضوعي في الدعوى الدستورية , وذلك لأنه وان كانت الدعوى الدستورية تشترك مع دعوى الغاء القرار الاداري في الانتماء الى القضاء العيني , الا ان الفروق تظل بينهما قائمة ومستندة في الأساس إلى تعلق الاولى بقضاء الدستورية واتصال الثانية بقضاء المشروعية , ومن شأن هذا الخلاف ان تختلف اثار الحكم في كل دعوى من الدعاوي بالنظر الى طبيعتها والى تحديد المشرع لهذه الآثار[1] .وعلى الرغم من ان غالبية الفقه الدستوري تؤيد الحجية المطلقة لاحكام المحكمة المختصة بالنظرفي دستورية القوانين الصادرة بعدم الدستورية او بالرفض الموضوعي للدعوى الدستورية لثبوت دستورية القانون محل الدعوى [2] . الا ان جانبا من الفقه يميل الى تحبيذ ان تكون الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية قاصرة على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية دون الأحكام الصادرة بالرفض الموضوعي للدعوى والتي يجب ان يكون لها حجية نسبية بحيث يمكن الطعن على ذات القانون او اللائحة لأسباب ووجوه طعن مغايرة لتلك التي صدر الحكم بناءً عليها [2] . وقد اتجهت المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن وتواترت احكامها على ان الحجية المطلقة

---

(1) د. محمد صلاح عبد البديع السيد , قضاء الدستورية في مصر , مصدر سابق , ص373 .

(2) د. ماجد الحلو , القانون الدستوري , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , 1993 ص372 .

للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية تحوزها الأحكام الصادرة بعدم الدستورية وتحوزها كذلك الأحكام الصادرة برفض الدعوى موضوعا لثبوت دستورية النص المطعون فيه .

فالمحكمة لا تقتصر على الأسباب التي ابداها الطاعن في طعنه وانما تسترد كامل سلطاتها بالنسبة للقانون او اللائحة المطعون بعدم دستوريتها كما ان للمحكمة الدستورية حق التصدي من تلقاء نفسها للنص غير الدستوري مما يعطيها الحق في ان تتصدى لأي نص ترى عدم دستوريته في قانون او لائحة معروضة امامها [1]. فالمحكمة وقبل اصدارها للحكم يجب عليها ان تنظر لمدى مطابقة النص محل الطعن لنصوص الدستور , وتتفحص كلا منها فحصا دقيقا , وتتعرض فيه للموضوع تعرضا كافيا استنادا الى ماورد في صحيفة الطعن من اسباب , وما تراه المحكمة نفسها من اسباب اخرى للطعن بعدم الدستورية , غير تلك المبداة بالصحيفة , فالقاضي الدستوري يبسط رقابته كاملة في هذا الشأن . وهو بذلك يكون قد فحص دستورية النص بمعنى الكلمة وانتهى الى ان النص محل الطعن لايخالف الدستور في شيء , فمثل هذا الحكم يحوز حجية مطلقة شأنه شأن الحكم الصادر بعدم الدستورية بحيث لايجوز الطعن على هذه النصوص من جديد , ولقد اكدت المادة (94) من الدستور ذلك حيث نصت ان (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة) والنص على هذا النحو لم يفرق بين نوعية الحكم , وهل هو بعدم الدستورية او برفض الطعن , مما يدل ان المشرع اراد ان تكون الحجية واحدة سواء بالنسبة لأحكام القبول ام الرفض الموضوعي , كما ان الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بدستورية النص المطعون فيه وبمعنى آخر الحكم الصادر برفض عدم الدستورية من الناحية الموضوعية, يلزم جميع المحاكم في الدولة, فلا يجوز لأي محكمة ان تعيد حالة نفس النص, او ان توقف الفصل في الدعوى المنظورة حتى يفصل فيه من المحكمة الدستورية, ويجب عليها تطبيقه في النزاع المعروض أمامها وإهدار الدفع بعدم الدستورية [2].

ومما تجدر الملاحظة اليه انه اذا كان مقتضى الحجية المطلقة التي يحوزها الحكم بالدعوى الدستورية سواء أكان بعدم الدستورية ام بالرفض آلا تثار المسألة الدستورية التي تضمنها من جديد امام المحكمة الاتحادية العليا, فأن ثمة حالة وحيدة يمكن ان تتم فيها إعادة عرض هذه المسألة على المحكمة التي تتولى عندئذ الفصل فيها بدون ان يكون في ذلك خروج على الحجية المطلقة للحكم الذي سبق صدوره في شأنها , وتتحقق هذه الحالة عندما يصدر دستور جديد , او يعدل الدستور القائم , ويصبح النص التشريعي الذي سبق للمحكمة ان قررت دستوريته مخالفا للدستور الجديد , او التعديلات المستحدثة ,ولا يعتبر إعادة بحث المحكمة الدستورية للنص القانوني في ظل الدستور الجديد خروجا على الحجية المطلقة لحكمها بالرفض السابق إصداره في ظل الدستور القديم فالأصل العام ان المرجع في دستورية تشريع معين يكون الى

---

(1) د. بشير علي باز , اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء احكام القرار بقانون 168 لسنة 1998, مصدر سابق , ص49 .

(2) المادة (94) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ.

أحكام الدستور الذي صدر هذا التشريع في ظلها وذلك طيلة مدة سريانها فإذا استبدلت بها أحكام دستورية جديدة , فان الأحكام الدستورية المستحدثة تكون هي المرجع في دستورية هذا التشريع , وهذا هو ما يقتضيه سيادة أحكام الدستور القائم على ما عداها ومن ثم لم يكن بدعا من القول ان تتمتع قرارات المحكمة الاتحادية العليا بقوة الأمر المقتضي به (قوة الشئ المحكوم به) [1] . في القرارات الصادرة في اختصاصها بالرقابة او تفسير نصوص الدستور ,اما القرارات الصادرة في مسائل تنازع الاختصاص القضائي أو الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الحكومة الاتحادية والإقليم او فيما بين الأقاليم ,بحكم ان طبيعة المنازعة المثارة امام المحكمة الاتحادية العليا ليست عينية ومقصورة على أطراف النزاع كالإقليم او الجهات القضائية في حالة تنازع الاختصاص فأنها تحوز حجية نسبية (حجية الأمر المقضي به) من حيث اثر القرار الصادر من المحكمة الاتحادية ,ولعل استدعاء المثال الأسباني يؤكد وجهة النظر الأخيرة ,فالأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية في اسبانيا في مسائل تنازع الاختصاص او برفض الطعن بعدم الدستورية تحوز حجية نسبية ,حيث لا يمنع ذلك من اثارة هذه المسألة مرة أخرى [2] .

ومن المسائل التي يثيرها نطاق الحجية هوان الحجية المطلقة تثبت فقط لمنطوق الحكم الدستوري , ام انها تثبت كذلك لأسباب هذا الحكم ام لكليهما, ان الحكم الدستوري حاله حال بقية الأحكام القضائية الأخرى بغض النظر عن نوعية المحاكم التي تصدر منها وكقاعدة أصولية عامة تقضي ان تكون الأحكام مسببة عملا بحكم المادة (159) من قانون المرافعات العراقي[3]. فعدم شمول الأحكام على مسبباتها يقود الى التقرير ببطلانها, فالقانون يستلزم تسبيب الحكم القضائي . ويكون ذلك ببيان الأسباب القانونية والواقعية له ويراد بالأسباب القانونية القاعدة القانونية او المبدأ القانوني الذي صدر الحكم تطبيقا له , أي الحجج القانونية التي يستند اليها الحكم , اما الأسباب الواقعية فهي الوقائع التي يستند اليها الحكم في تقرير وجود الوقائع الأساسية للحكم او عدم وجودها [4].

وتختلف الأسباب الواقعية عن الأسباب القانونية للحكم في ان القصور في اسباب الحكم الواقعية تجعل الحكم قابلا للأبطال او الفسخ او النقض , في حين ان القصور بيان الاسباب القانونية لا يجعل الحكم كذلك

---

(1) يفرق فقه القانون الخاص بين حجة الامر المقضي به , التي تعني ان للحكم حجية بين الخصوم , تمنع من اعادة النظر امام القضاء في ما فصل فيه , الا من طريق الطعن فيه بالطرق التي اجازها القانون وفي المواعيد التي حددها , وتثبت الحجية لكل حكم يفصل في نزاع , الى ان تزول بأبطال الحكم او فسخه او نقضه , اما قوة الأمر المقضي المقضي به , فصفة تثبت للحكم الذي يكون نهائيا , أي غير قابل للطعن فيه , فهي تعني قابلية الحكم للتنفيذ الجبري . ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر , شرح قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 , الطبعة الثانية , 2007 , ص 238 .

(2) محمد عباس محسن , اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق , (دراسة مقارنة) , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة النهرين , 2009 , ص153.

(3) تنص المادة (159) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 على 1- يجب ان تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وان يستند الى احد أسباب الحكم المبينة في القانون .

(4) د. آدم وهيب النداوي , المرافعات المدنية , مصدر سابق , ص358.

, اذا كانت النتيجة التي توصل اليها القاضي صحيحة قانونا , لأن العبرة بالنسبة للقانون هي بالنتيجة التي توصل اليها الحكم . و تذهب اراء الفقه و القضاء الى تقرير الحجية لكل من المنطوق والأسباب معا . ويشترط لذلك ان يكون هناك ترابط بينهما والا يكون هناك تعارض , فاذا وجد هذا التعارض فقد يفضي هذا الى بطلان الحكم ذاته ويدلل الفقه على ذلك بما يلي : ان الحجية تثبت للمنطوق كما تثبت للأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا باعتبارها اساسا ضروريا له , لكونها مكملة او مفسرة له . الأمر في الواقع يتعلق بتحديد نطاق الحكم , اي ماتم الفصل فيه ومن المسلم فقها وقضاء ان نطاق الحكم لايقتصر على ما ورد في المنطوق اذ يحدث كثير الا يتضمن منطوق الحكم سوى جزء مما قرره القاضي ويرد الجزء في الأسباب فيكون حينئذ جزءا من قضاء الحكم ينتظم الحكم الدستوري كغيره من الاحكام القضائية الاخرى ايا كانت نوعية المحاكم التي أصدرتها قاعدة اصولية , تقضي بضرورة وجوب ان تكون الأحكام مسببة , وعدم شمول الأحكام على مسبباتها يقود الى تقرير بطلانها , عملا بحكم المادة 176 من قانون المرافعات المصري [1] , كما ينبغي آلا يشوب الأسباب غموض او ابهام , كما يجب الا يقع في الحكم تناقض او تضارب بين بعض الأسباب او بعضها الآخر , او بين الأسباب والمنطوق , والا يصبح الحكم كما لو كان خاليا من الأسباب مما يقود الى بطلان الحكم ذاته [2]. أي يجب ان يتقيد منطوق الحكم بالأسباب الواردة فيه , وهذا ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر إلا ان هذه المحكمة قد خرجت على هذا المنهج في حكم مهم , اذ حدث تناقص بين منطوق هذا الحكم وأسبابه . فقد جاء في منطوق حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 19 مايو 1990 القضاء بعدم دستورية المادة الخامسة مكرر من القانون رقم 38 لسنة 1972 بشان مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم 188 لسنة 1986 فيما تضمنه من النص على ان يكون لكل دائرة عضو واحد , ينتخب عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية . بينما تضمنت أسباب هذا الحكم خلافا لهذا المنطوق أمرين متعارضين أولهما بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه . وثانيهما بقاء القوانين والقرارات والإجراءات التي اتخذها المجلس قبل صدور الحكم وقبل تاريخ نشره في الجريدة الرسمية صحيحة ونافذة [3]. فما هو الحل في هذه الحالة فهل تثبت الحجية لمنطوق الحكم , ام تثبت لمنطوق الحكم وأسبابه معا على الرغم من عدم تقيد منطوق الحكم بأسبابه ؟ وقد انقسم الفقه الدستوري الى قسمين حيث ذهب الفريق الاول الى إعمال أسباب الحكم بما انتهت عليه بالرغم من خروجها على المنطوق وعدم تقيد المنطوق بالأسباب , فهذا الفريق ينتهي الى تقرير بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ

---

(1) تنص المادة (176) من قانون المرافعات المصري على ان (يجب ان تشتمل الاحكام على الاسباب التي بنيت عليها والا كانت باطلة) .

(2) د. عزيزة الشريف , دراسة في الرقابة على دستورية التشريع , مصدر سابق , ص199.

(3) راجع القضية رقم (37) لسنة 9 قضائية دستورية , جلسة 19مايو 1990, مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا, الجزء الرابع , ص256 وما بعدها .

انتخابه بناءا على عدم دستورية المادة التي تنظم انتخابات مجلس الشعب , وعلى خلاف الفريق الاول فقد ذهب فريق آخر الى التقرير بأن أثر الحكم وحجيته يتحدد في منطوقه وذلك يعني عدم دستورية المادة الخامسة مكرر من القانون دون ان يمتد هذا الأثر الى ما ورد في أسباب الحكم من بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه , لأن حل مجلس الشعب لو حدث لايكون الا بقرار سياسي لا علاقة له بالمحكمة الدستورية العليا انما يملكه رئيس الجمهورية بعد استفتاء الشعب عليه . ويرجح الأستاذ الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد وغيره رأي الفريق الثاني الذي يذهب الى انه في حالة التناقض بين أسباب الحكم ومنطوقه فان حجية الحكم تثبت لمنطوقه دون أسبابه [1] . وفيما يتعلق بالمنطوق وحجيته يؤكد الفقيه فالين ان الحجية لمنطوق الحكم مرتبطة بأسبابه ويجب في جميع الحالات تصحيح هذه الأسباب لضمان صحة الحكم كما ورد في منطوقه ويقول الفقيه فالين في هذا الشان ((اذا كانت الأسباب متناقضة مع المنطوق (الصحيح) فان قاضي النقض يستطيع من تلقاء نفسه ان يبدل هذه الأسباب بسبب قانوني آخر او أسباب قانونية أخرى ويعمل حجية المنطوق شريطة ان يكون ذلك متعلقا بالنظام العام , مع رفض الطعن [2] . ومن جانبنا فأننا نرى ان الحجية تثبت لمنطوق الحكم وللأسباب في آن واحد , فمن خلال الأسباب او الحيثيات يتوصل القاضي الدستوري الى اصدار منطوق او مبدأ الحكم او القرار , ومما يؤيد رأينا هذا ما جاء في المادة (16) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005 والتي تنص على انه (... ويلزم ان يكون الحكم والقرار مشتملا على اسبابه ...)

وإذا كان اشتراط التسبيب في الاحكام الدستورية يخضع للأصل العام فأنه يظل مع ذلك , متميزا . ومفاد هذا التمييز انه يجوز ان يكون التسبيب عن طريق الاحالة الى احكام سبق صدورها من المحكمة ذاتها في حالة تماثل موضوع الدعويين [3] . ويكمن الهدف من وراء ذلك الاستثناء او الترخيص الممنوح للمحاكم الدستورية في تأكيد الحجية المطلقة للأحكام الدستورية واعتماد ما سبق ان قررته الأحكام الدستورية السابقة من قواعد , وقد اخذت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأسلوب التسبيب عن طريق الاحالة وذلك تأكيدا منها للحجية المطلقة لأحكامها [4] . ويشترط لثبوت الحجية المطلقة للأسباب بالإضافة الى منطوق الحكم الا تتجاوز المحكمة الدستورية في قضائها حدود النزاع المطروح عليها , لان ما يرد في اسباب الحكم زائدا عن حاجة الدعوى لا يجوز حجية الشيء المحكوم به , فاذا عرضت المحكمة في بعض اسباب حكمها الى مسالة خارجية عن حدود النزاع المطروح عليها , او لم يكن بها حاجة اليها

---

(1) د. محمد صلاح عبد البديع السيد ,قضاء الدستورية في مصر ... , مصدرسابق , ص383.

(2) د. عزيزة الشريف , دراسة في الرقابة على دستورية التشريع , مصدر سابق , ص201 .

(3) وهذا في الواقع مخالف للأصل العام في تسبيب الأحكام حيث لا يجوز ان يقوم القاضي بتسبيب الحكم عن طريق الاحالة الى حكم آخر قد صدر عنه , ولو في الجلسة نفسها) . ينظر د. عزيزة الشريف , دراسة في الرقابة على دستورية التشريع , مصدر سابق , ص199.

(4) د. رمزي الشاعر , القضاء الدستوري في مملكة البحرين , مصدر سابق , ص424-425 .

للفصل في الدعوى , ففي هذه الحالة لا تحوز الأسباب الزائدة الحجية . وبالتالي فان ما يرد في أسباب الحكم بعدم الدستورية , من تقريرات قانونية زائدة عن حاجة الدعوى , لا يكون لها حجية مطلقة , بل وليس لها حتى حجية نسبية في الدعوى الموضوعية التي أثيرت بشأنها الدعوى الدستورية .

المطلب الثاني

مدى قابلية الطعن في حكم الدعوى الدستورية

يتم التقاضى أمام المحكمة الدستورية او الاتحادية العليا على درجة واحدة , وهذا يعني ان الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية غير قابلة للطعن فيها وبأي وجه من أوجه الطعن . وهذا المبدأ قد أرست قواعده المادة (48) من قانون المحكمة الدستورية العليا بقولها (أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن) . كما قررت هذا المبدأ المادة (17) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا بنصها على ان (الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن .....) , يتضح من ذلك ان الحكم الصادر في الدعوى الدستورية لا يجوزالطعن فيه , كما انها أحكام باتة والبتات هنا يدور بين معنيين فالمعنى الأول هو قطعية قرارات المحكمة الاتحادية فهي لا تقبل اية وسيلة او طريق للطعن , فلا يمكن مثلا الاعتراض على الحكم الغيابي او إعادة المحاكمة او تصحيح القرار التمييزي [1] . وطبقا لذلك قضت المحكمة الاتحادية بمناسبة تقديم طلب بتصحيح قرارها (ولدى إمعان النظر في القرار المطعون فيه الصادر من هذه المحكمة وجد انه غير قابل للطعن به عن طريق طلب التصحيح لأن الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة ....)[2].

اما البتات بالمعنى الثاني فمؤداه ان قرارات المحكمة الاتحادية نهائية , أي لاتتغير اتجاهات المحكمة التي استندت اليها قراراتها في المستقبل , كما ان عدم القابلية للطعن تشمل جميع طرق الطعن العادية وغير العادية وسواء كان الحكم بعدم الدستورية او برفض الدعوى, وبصدور الحكم تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة للمسألة الدستورية المعروضة عليها , وهذا ما اكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في ان الحكم الصادر في الدعوى الدستورية (لا يقبل تأويلا ولا تعقيبا من اية جهة كانت , ومن ثم باتت الخصومة في شأن النص المطعون فيه منتهية فلا رجعة اليها) , وبهذا الاتجاه يكون من المنطقي ان تحكم المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول هذه الدعوى والتي قدمت اليها على انها منازعة تنفيذ , الا انها في حقيقتها كانت تهدف الى تعديل حكم سابق صدر من المحكمة في دعوى تم رفضها وهو ما يقود الى طعن على قضاء المحكمة خلافا لنص المادة (48) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي تقضى بان احكام

---

(1) حددة المادة (168) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 طرق الطعن حيث نصت (الطرق القانونية للطعن في الأحكام هي :- 1- الاعتراض على الحكم الغيابي 2- الاستئناف 3- اعادة المحاكمة 4- التمييز 5-تصحيح القرار التمييزي 6- اعتراض الغير)

(2) علي هادي عطية الهلالي , النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي, مكتبة السنهوري , بغداد , الطبعة الاولى , 2011, ص243 .

المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن, والواقع ان نهائية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وعدم قابليته للطعن يرجع الى اكثر من مبرر فمن ناحية اولى ان المشرع الدستوري في مصر والعراق قد جعل الرقابة على دستورية القوانين رقابة مركزية تنحصر في يد قضاة المحكمة الدستورية العليا او المحكمة الاتحادية العليا وحدهم بأعتباران هذه المحكمة هيئة قضائية مستقلة وقائمة بذاتها يدعم نهائية الحكم ,ولان القول بجواز الطعن في الحكم سيحصل على كلمة الفصل في المسألة الدستورية من نصيب محكمة الطعن وليس للمحكمة الدستورية او الاتحادية العليا وهو ما يخالف ما نص عليه الدستور من ان تتولى هذه المحاكم التي أوكل لها الدستور دون غيرها مهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين, ومن ناحية ثانية طبيعة الدعوى الدستورية بحسبانها دعوى عينية وما يفرضه ذلك من ان القاضي الدستوري يتجاوز نطاق الخصومة ويجيل نضره في جميع العيوب التي تشوب القانون المطعون فيه من دون التوقف عند الأسباب التي تمسك بها الخصم [1] . ومن هنا يمكن القول ان طبيعة هذه الدعوى سوف يفقد الطعن في الحكم الصادر فيها أية فائدة حيث نتساءل عن الأسباب التي يمكن ان تعتمد عليها محكمة الطعن في حكمها وقد أوصد القاضي الدستوري الباب امام أي محكمة أخرى بنظره في جميع الأسباب المؤدية الى عدم الدستورية ,من هنا كانت القاعدة انه لا يجوز الطعن في الحكم الصادر بالدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر او الاتحادية العليا في العراق .

ويترتب على الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ان تستنفذ المحكمة الدستورية العليا في مصر لولايتها الأصلية والتبعية بشأن المنازعة التي صدر فيها حكمها لذا تخرج المنازعة من ولاية المحكمة كأثر للنطق بحكمها في الدعوى ولا يجوز لها العدول عما قضت به او تعديله او الإضافة عليه بيد انه تبقى للمحكمة ولاية تكميلية وهي استثناءات ترد على القاعدة السابقة تتمثل فقط في جواز قيامها بتصحيح ما يقع من أخطاء مادية بحتة في الحكم وتفسير ما قد يقع في منطوق الحكم من غموض او إبهام وكذلك النظر في طلب موضوعي تكون قد أغفلته سهوا بناء على طلب صاحب الشأن [2], او المطالبة ببطلان أحكام المحكمة بسبب مخاصمة أعضاء المحكمة وعدم صلاحيتهم , وذلك كله وفقا للقواعد والأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية والتي نصت المادة (51) من قانون المحكمة الدستورية العليا على سريانها وبما لا يتعارض وطبيعة هذه الأحكام والقرارات من هذه المحكمة , فإذا وقع بطلان في حكم صادر من المحكمة بسبب من اسباب الصلاحية كان للخصم في الدعوى ان يطعن في هذا الحكم بطلب الغائه ,مع ما يترتب على ذلك من وجوب اعادة النظر في موضوع الدعوى التي صدر فيها الحكم , كما انه وتطبيقا للمادة (51) من قانون المحكمة يمكن الرجوع الى المحكمة الدستورية العليا لتصحيح الاخطاء

---

(1) محمد عباس محسن , اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق , (دراسة مقارنة) , مصدر سابق , ص152 .

(2) د. احمد ابو الوفا , نظرية الاحكام في قانون المرافعات , الطبعة الرابعة , منشأة المعارف , الاسكندرية , 1980 , ص673-693 .

المادية او تفسير ما وقع في منطوق الحكم من غموض وابهام (مادة 192مرافعات) او للفصل في الطلبات الموضوعية التي أغفل الفصل فيها (المادة 193 مرافعات) , كما يلاحظ انه ووفقا للمادة (51) من قانون المحكمة الدستورية العليا تختص هذه المحكمة بالفصل دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الاحكام والقرارات الصادرة منها ,ولايترتب على رفع المنازعة امام المحكمة وقت التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل في المنازعة ,على أن وضع هذه الأحكام موضع التنفيذ النهائي هو مما تختص به محكمة الموضوع وفقا لما تقضي به المادة 49من قانون المحكمة الدستورية العليا دون ان تمتد ولاية المحكمة الى هذا الأمر و تجدر الإشارة الى ان الفقرة الثانية من المادة 49من قانون المحكمة الدستورية قد أوجبت نشر احكام المحكمة الدستورية العليا في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها,ورتبت على الحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيق هذا النص من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية [1].

ويترتب على ذلك انه اذا صدر حكم من احدى المحاكم بناء على النص القانوني او اللائحي الذي قضى بعدم دستوريته من المحكمة الدستورية وكان باب الطعن لا يزال مفتوحا أمامه بالاستئناف أو بالنقض ,جاز لاصحاب الشأن الطعن في هذا الحكم بعد نشر حكم المحكمة الدستورية العليا القاضي بعدم دستورية هذا النص استنادا الى السبب الجديد وهو عدم دستورية النص الذي بنى عليه الحكم ,أما اذا كان الحكم قد صار نهائيا ,أي استنفذ طرق الطعن فيه ,فأن أصحاب الشأن لا يستطيعون المجادلة في صحته, ويكون هذا الحكم واجب النفاذ على الرغم من تأسيسه على نص قضى من جانب المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته [2].

وبناءً على ما تقدم فأنه يجوز لصاحب الشأن ان يلجأ مباشرة الى المحكمة الدستورية العليا اية حالة متحققة من الحالات المذكورة آنفا والتي تتجسد فيها ولاية المحكمة التكميلية وبالمقابل فأنه لا يجوز له بتاتا ان يطلب من المحكمة الدستورية العليا , ان تعيد النظر فيما حكمت فيه لأجل إلغائه . وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 3 يناير 1987 بقولها ان (... طلب المدعي باعادة النظر في الحكم الصادر في الدعوى رقم 35 لسنة 2 قضائية دستورية ليس في حقيقته الا طعنا على ذلك الحكم بطلب إلغائه ... ومن ثم فأن الدعوى بوصفها المشار اليه تكون غير مقبولة وفقا للمادة (48) من قانون المحكمة الدستورية العليا)[3]، وكذلك الحال فيما يخص الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الدستورية في العراق كما نص الدستور العراقي لعام 2005 في المادة (94) السالفة الذكر وكذلك المادة (17) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا بأن الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة ولا تقبل أي

---

(1) د. محمد صلاح عبد البديع السيد , قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمة الدستورية العليا , مصدر سابق , ص398 .

(2) د. ابراهيم عبد العزيز شيحا , النظام الدستوري اللبناني , مصدر سابق , ص515-516 .

(3) د. عبد الغني بسيوني عبدالله , النظم السياسية والقانون الدستوري , منشأة المعارف , الاسكندرية , 2002, ص817

طريق من طرق الطعن , بمعنى لا يمكن للخصوم ان يطعنوا في هذه الاحكام لاجل الغائها فالنزاع الدستوري يخرج من ولاية المحكمة بمجرد صدور الحكم بدستورية او عدم دستورية القانون وعلى الرغم من ذلك فان هذا لا يمنع ان تكون للمحكمة الاتحادية العليا ولاية تكميلية في النظر في طلبات الخصوم المتعلقة فقط بتصحيح ما يقع من اخطاء مادية او حسابية بحتة في منطوق الحكم وفقا للمادة (167) من قانون المرافعات المدنية . فضلا عن النظر في طلب موضوعي تكون قد اغفلته بناء على طلب صاحب الشان وفقا للمادة (203) من قانون المرافعات المدنية, مادام النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا قد اشار صراحة في المادة (19) منه الى تطبيق قانون احكام المرافعات المدنية فما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي , كما ان نهائية الاحكام وعدم قابليتها للطعن لا تمنع من المطالبة ببطلان احكام المحكمة الاتحادية العليا بسبب مخاصمة اعضاء المحكمة او عدم صلاحيتهم , حيث ان بعضا من الفقه[1] قد ذهب الى انها استثناءات ترد على هذا الاصل واورد صاحب هذا الرأي هذه الاستثناءات انها دعوى تفسير الحكم ودعاوى اغفال الفصل في الطلبات ودعاوى البطلان بسبب مخاصمة احد اعضاء المحكمة, إلا أن هناك من يرى ان الاستثناء الوحيد الحقيقي لجواز الطعن هو (دعوى بطلان الحكم لعدم الصلاحية) فهو الوحيد بحق الذي نعيد فيه الامر الى المحكمة الدستورية طعنا في حكمها[1]. وسنتناول تلك الحالات التي بتحققها يؤدي الى اعادة النظر في الحكم الذي اصدرته المحكمة رغم نهائيته وعدم قابليته للطعن وهذه الحالات تتمثل بالآتي :

اولا : الدفع ببطلان الحكم الصادر بسبب مخاصمة اعضاء المحكمة وعدم صلاحيتهم .

تنص المادة (286) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 على (لكل من طرفي الخصومة ان يشكو القاضي أو هيئة المحكمة أوأحد قضاتها في الأحوال التالية 1- اذا وقع من المشكو منه غش او تدليس او خطأ مهني جسيم عند قيامه بأداء وظيفته بما يخالف احكام القانون أو بدافع التحيز اوبقصد الاضرار بأحد الخصوم ,ويعتبر من هذا القبيل بوجه خاص تغيير اقوال الخصوم او الشهود او اخفاء السندات او الاوراق الصالحة للاستناد اليها في الحكم 2- اذا قبل المشكو منه منفعة لمحاباة احد الخصوم :3- اذا امتنع القاضي عن احقاق الحق ويعتبر من هذا القبيل ان يرفض بغير عذر الاجابة على عريضة قدمت له او يؤخر ما يقتضيه بشأنها بدون مبرر أو يمتنع عن عن رؤية دعوى مهيأة للمرافعة واصدار القرار فيها بعد ان حان دورها دون عذر مقبول وذلك بعد اعذار القاضي او هيئة المحكمة بعريضة بواسطة الكاتب العدل تتضمن دعوته الى إحقاق الحق في مدة اربع وعشرين ساعة فيما يتعلق بالعرائض وسبعة ايام في الدعاوي)[2].

---

(1) د. طعيمة الجرف , القضاء الدستوري , ط2, دار النهضة العربية, القاهرة , 1994, ص280 .

(2) د. بشير علي الباز , اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء احكام القراربقانون 168 لسنة 1998 , مصدر سابق , ص67 .

وقد أشارت ايضا لهذه الحالة المادة (15) من قانون المحكمة الدستورية العليا [1] . وتتحقق هذه الحالة عند ارتكاب هيئة المحكمة خطأ مهنيا جسيما كأن وقع منها غلط فاضح في المبادىء الدستورية او كانت هناك صلة بين احد أعضاء المحكمة واحد الخصوم في الدعوى[2].

فأن الحكم الصادر فيها يقبل الطعن فيه ,ومن ثم يجوز للخصم بأن يطلب إلغاءه وما يترتب على ذلك من وجوب إعادة النظر في موضوع الدعوى التي صدر فيها ذلك الحكم . كذلك اذا أبدى احد قضاة المحكمة رأيه بشأن القضية المعروضة وقبل الفصل فيها أمام المحكمة فأن الحكم الصادر يجوز الطعن فيه والسبب في ذلك هو ان إبداء الرأي في القانون وقبل الفصل في الدعوى يتعارض مع ما يشترط في القاضي من ان يكون في حالة من خلو الذهن عن موضوع الدعوى مسبقا ليستطيع ان يزن حجج الخصوم وزنا مجردا .ومن تلك التطبيقات ذات الدلالة الدفع االذي تقدم به احد الافراد في المنازعة امام محكمة القضاء الاداري بعدم دستورية نص المادة (76) من الدستور ونصوص المواد 2 ,8 ,11, 13, 24 ,25 ,43 من القانون رقم 174 لسنة 2005 بتنظيم الانتخابات الرئاسية ونص المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 , واذ قدرت المحكمة جدية الدفع في خصوص مواد قانون الانتخابات الرئاسية دون غيرها من المواد التي اشار اليها فصرحت له برفع الدعوى الدستورية . وأمام المحكمة الدستورية تمسك الطاعن بعدم صلاحية اعضاء المحكمة الدستورية العليا بالحكم في

---

(1) تنص المادة (15) من قانون المحكمة الدستورية العليا على ان (تسرى في شان عدم صلاحية عضو المحكمة وتنحيه ورده ومخاصمته الاحكام المقررة بالنسبة الى مستشاري محكمة النقض . وتفصل المحكمة الدستورية العليا في طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل اعضائها عدا العضو المشار اليه , ومن يقوم لديه عذر , ويراعى ان يكون عدد الاعضاء الحاضرين وترا بحيث يستعبد احد الاعضاء . ولا يقبل رد او مخاصمة جميع اعضاء المحكمة او بعضهم بحيث يقل عدد الباقين منهم عن سبعة).

(2) تنص المادة (91) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 على انه (لا يجوز للقاضي نظر الدعوى في الاحوال الاتية : 1- اذا كان زوجا او صهرا او قريبا لاحد الخصوم الى الدرجة الرابعة 2- اذا كان له او لزوجه او لاحد اولاده او احد ابويه خصومة قائمة مع احد الطرفين او مع زوجه او احد اولاده او احد ابويه 3- اذا كان وكيلا لاحد الخصوم او وصيا عليه او قيما او وارثا ظاهرا له او كانت له صلة قرابة او مصاهرة للدرجة الرابعة بوكيل احد الخصوم او الوصي او القيم عليه او باحد اعضاء مجلس ادارة الشركة التي هي طرف في الدعوى او احد مديريها 4- اذا كان له او لزوجه او لاصوله او لازواجهم او لفروعه او ازواجهم او لمن يكون هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة في الدعوى القائمة 5- إذا كان قد أفنى أو ترافع عن احد الطرفين في الدعوى أو كان قد سبق له نظرها قاضيا أو خبيرا أو محكما أو كان قد أدى شهادة فيها).

وتضمنت الماد (92) على انه (إذا نظر القاضي الدعوى في الأحوال المذكورة في المادة السابقة واتخذ اية إجراءات فيها او اصدر حكمه بها يفسخ ذلك الحكم او ينقض وتبطل الإجراءات المتخذة فيها). وذهبت المادة (93) إلى انه (يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية:1- إذا كان احد الطرفين مستخدما عنده او كان هو قد اعتاد مؤاكلة احد الطرفين أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية قبيل إقامة الدعوى أو بعدها 2- إذا كان بينه وبين احد الطرفين عداوة أو صداقة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل 3- إذا كان قد أبدى رأيا فيها قبل الأوان).

الدعوى لسبق ابداء الرأي في مدى دستورية مشروع القانون رقم 174 لسنة 2005 بتنظيم الانتخابات الرئاسية .

وقد خلصت المحكمة الى ان (مباشرة المحاكم على اختلاف أنواعها لاختصاص عقد لها لا يستقيم مانعا دونها ومباشرة سائر اختصاصاتها اذ يتعين النظر الى كافة الاختصاصات باعتبارها متكاملة لا تنافر او تعارض بينهما ,لما كان ذلك وكان نص المادة 76من الدستور بعد تعديلها قد عهد باختصاص الرقابة السابقة على مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية للمحكمة الدستورية العليا بالإضافة لاختصاصها المنفرد والأصيل بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح المنصوص عليه في المادة 175من الدستور .ومن ثم فأن مباشرتها الرقابة الدستورية السابقة على مشروع القانون سالف البيان وإبداء الرأي بشأنه لا يمنعها من ممارسة اختصاصها بالرقابة اللاحقة على نصوص ذلك القانون مما يجعل هذا النعي الذي اثاره الطاعن غير قائم على أساس يتعين الالتفات عنه)[1] .

والملاحظ ان في الشطر الاخير من المادة (15) من قانون المحكمة الدستورية العليا هو السند القانوني الذي استندت عليه المحكمة في حكمها السابق حيث نص على (لا يقبل رد او مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث لا يقل عدد الباقين منهم عن سبعة) مما يعني ان ابداء المحكمة لرأيها في مشروع قانون الانتخابات الرئاسية سيتم وفقا لتشكيلها المحدد في قانونها , وهو نفس التشكيل المقرر لنظر الدعوى الدستورية . فأذا قيل ببطلان الحكم في الدعوى لسبق ابداء اعضاء المحكمة لرأيهم في مشروع القانون لأدى ذلك الى رد جميع اعضاء المحكمة , الامر الذي حظرته المادة (15) من القانون .

ثانيا : حالة تصحيح الأخطاء المادية في حكم الدعوى الدستورية .

قد يحدث في بعض الاحيان ان يلحق الحكم او القرارخطأ مادي من شأنه ان يؤثر في الحكم الصادر في الدعوى الدستورية , ويقصد بالأخطاء المادية في هذا المورد هو الخطأ في التعبير وليس الخطأ في التفكير, فالقاضي وفي وقت تعبيره لتقدير المسألة المعروضة عليه قد يستخدم عبارات غير التي كان يجب عليه ان يستخدمها للتعبير فأنه بهذا يكون قد ارتكب خطأ ماديا يجوز له ان يصححه , كما ويشترط لجواز التصحيح الا يتضمن تقديرا جديدا لمضمون الدعوى والا اعتبر من قبيل الطعن في الحكم الاول وهو ما يحظر على هذه المحكمة القيام به [2].

ومن قبيل الاخطاء المادية التي يمكن علاجها بالتصحيح ان ياتي خطا في منطوق الحكم فيما يخص المادة المحكوم بعدم دستوريتها مع وضوح هذا الخطا من حيثيات الحكم ,والتصحيح امام المحكمة الاتحادية العليا تحكمه نفس القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات مع وضع طبيعة الدعوى الدستورية في الاعتبار .فالمادة (167) من قانون المرافعات المدنية تنص على (1- لا يؤثر في صحة

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا , قضية رقم 188 لسنة 27 ق , جلسة 15 يناير 2006 , قضائية دستورية . ينظر د. رفعت عيد سيد , الوجيز في الدعوى الدستورية , مصدر سابق , ص481 .

(2) د. رفعت عيد سيد , الوجيز في الدعوى الدستورية , مصدر سابق , ص484 .

الحكم ما يقع فيه من أخطاء مادية بحتة كتابية او حسابية وانما يجب تصحيح هذا الخطا من قبل المحكمة بناء على طلب الطرفين او احدهما 2- اذا وقع طلب التصحيح دعت المحكمة الطرفين لاستماع اقوالهما او من حضر منهما بشأنه واصدرت قرارها بتصحيح الخطأ الواقع 3- يدون قرار التصحيح حاشية للحكم الصادر ويسجل في سجل الأحكام ويبلغ الطرفين) .

نلاحظ ان القانون في النص اعلاه قد اشترط لتصحيح الاخطاء المادية في الحكم الصادر ان يكون بناء على طلب الطرفين او احدهما وليس من تلقاء نفسها , بينما المادة (191) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري قد اشارت الى ان للمحكمة ومن تلقاء نفسها ان تصحح تلك الاخطاء المادية حيث نصت على (تتولى المحكمة تصحيح مايقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية او حسابية ,وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها ,او بناء على طلب احد الخصوم من غير مرافعة ,ويجري كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة ,ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه في الفقرة السابقة ,وذلك بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضع التصحيح , أما القرارالذي يصدر برفض التصحيح فلايجوز الطعن فيه على استقلال).

وطبقا لهذه المادة فأن المحكمة الدستورية العليا لها وحدها سلطة تصحيح الأخطاء المادية التي شابت حكمها ,سواء أكان هذا التصحيح من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم . ونرى ان المشرع المصري كان اشمل من المشرع العراقي في اعطاء الحق للمحكمة الدستورية العليا في تصحيح الاخطاء المادية من تلقاء نفسها اضافة لطلب الخصوم .

وفي حالة صدور الحكم بالتصحيح من المحكمة فهو لا يخضع للطعن من قبل الخصوم الا بتوافر شرطين الاول اذا تجاوزت المحكمة سلطتها في التصحيح , والثاني ان يكون الطعن بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح .

ثالثا : حالة تفسير الحكم الصادر في الدعوى الدستورية .

ان محل دعوى التفسيرهو ما وقع من غموض وابهام في منطوق الحكم او اسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطا جوهريا مكونا لجزء منه ومكملا له , فبالتفسير يتسنى اكمال مقتضى احكام المحكمة الدستورية العليا على نحو سليم ومطابق لما تضمنته من قضاء يتعين بطبيع الحال الا يشوبها أي ابهام او غموض حول حقيقة مقاصد المحكمة منها فأن اعتراها الابهام والغموض على نحو يعوق تنفيذها وجب استجلاء حقيقة الامر عن طريق التفسير[1]. وقد جاء في حكم للمحكمة الدستورية العليا ان (دعوى التفسير لا تعد طريقا من طرق الطعن في الاحكام ولا تمس حجيتها , وانما تستهدف استجلاء ما وقع فيما قضى به الحكم

(1) رفاء طارق قاسم حرب , اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير (دراسة موازنة) , رسالة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة النهرين , 2008 , ص326 .

المطلوب تفسيره من غموض او ابهام للوقوف على حقيقة ما قصدته المحكمة بحكمها حتى يتسنى تنفيذ الحكم بما يتفق وهذا القصد دون المساس بما قضى به الحكم المفسر بنقص او زيادة او تعديل)[1].

وقد جاء قانون المحكمة الدستورية العليا خاليا من نص ينظم طلبات تفسير الأحكام وفي هذه الحالة يكون الرجوع الى نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية إعمالا للمادة (51) من قانون المحكمة الدستورية العليا, وبالرجوع الى نصوص قانون المرافعات وخاصة المادة (192) والتي تنص على ان (يجوز للخصوم ان يطلبوا الى المحكمة التي اصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض او ابهام , ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى , ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما من كل الوجوه للحكم الذي يفسره , ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية) .

يتضح من هذا النص انه يجوز اللجوء الى المحكمة الدستورية العليا مباشرة بطلب تفسير حكمها الصادر في الدعوى الدستورية تفسيرا قضائيا , متى كان طلب التفسير مقدم من احد الخصوم في المنازعة التي صدر فيها الحكم من المحكمة الدستورية المطلوب تفسيره , ومما تجدر الاشارة اليه ان طلب التفسير لا يقبل اذا كان الحكم الصادر واضحا لا يشوبه غموض او ابهام والقول

بغير ذلك من شأنه ان يجعل طلب التفسير يمس ما للحكم الصادر في الدعوى الدستورية من حجية , كما ان الحكم الصادر بالتفسير يكون مكملا للحكم الذي فسره ولهذا لا يجوز الطعن فيه.

وفي العراق فأن قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 لم ينص على هذه الحالة المهمة والتي تتعلق بطلب الخصوم تفسير الحكم الذي يشوب منطوقه غموض او ابهام وهذا ما يؤدي الى حدوث فراغ تشريعي في حالة بالغة الاهمية مفادها وجود غموض او ابهام في احكام المحكمة الاتحادية العليا مما يتطلب من وجهة نظرنا تدخل المشرع لمعالجة هذا النقص التشريعي وذلك باضافة نص يتضمن حق الخصوم في طلب تفسير الحكم ضمن اطار قانون المرافعات المدنية او قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي . كما انها تعتبر ضمانة مهمة من ضمانات التقاضى وحفظ حقوق المتخاصمين وخصوصا فيما يتعلق بالدعوى الدستورية واحكامها .

رابعا : حالة إغفال المحكمة للفصل في الطلبات الموضوعية .

تتلخص هذه الحالة انه اذا صدر الحكم في الدعوى الدستورية واغفل الفصل في احدى الطلبات التي قدمها الخصوم , فان المحكمة الدستورية لا تستنفذ بهذا الحكم ولايتها في الفصل في المسالة الدستورية . لذلك يجوز لذي الشأن ان يعود مرة اخرى الى المحكمة الدستورية العليا التي أصدرت الحكم لكي تنظر فيما أغفلت الفصل فيه . وهذا ما أوضحته المادة 193 من قانون المرافعات بقولها "إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن ان يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها للنظر في هذا الطلب والحكم فيه".

---

(1) المحكمة الدستورية العليا , قضية رقم (1) لسنة 27 ق , جلسة 7 مايو 2006 , تفسير .

كما أشارت لهذه الحالة المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي[1] , فاذا قدم للمحكمة الدستورية العليا دفع بعدم دستورية ثلاث نصوص قانونية , واتضح ان المحكمة قداغفلت الفصل في دستورية احد هذه النصوص , فأنه يجوز في هذه الحالة لصاحب الشأن ان يعود مرة اخرى الى المحكمة الدستورية للنظر في النص الذي أغفلته , وتطبيقا للمادة (193) المشار اليها أعلنت المحكمة الدستورية العليا ان "مناط تطبيق المادة 193المشار اليها ان يكون الطلب الذي أغفلت المحكمة الفصل فيه سهوا او غلطا من جانبها منطويا على عنصر من عناصر المنازعة الموضوعية بما يجعل هذا الطلب باقيا معلقا أمامها ,ومن ثم لايتناول الإغفال أوجه الدفاع المقدمة إليها تأييد لطلب موضوعي ,ولا يمتد كذلك الى الأعمال الإجرائية للخصومة ولا الى الدفوع التي لا تنحل في جوهرها الى منازعة من طبيعة موضوعية ,ويتعين دائما ان يكون مرد الامر في إغفال الفصل في طلب موضوعي ألا يصدر عن المحكمة التي قدم اليها قضاء بصدده ولو كان ضمنيا "[2].يتضح لنا من الحكم السابق ان هناك أسس لقيام الإغفال عملا لنص المادة (193) من قانون المرافعات أمام المحكمة الدستورية العليا وتتمثل هذه الاسس في ان ينحصر الإغفال في الطلبات التي أبديت في خصومة قائمة امام المحكمة الدستورية واتصلت بها اتصالا قانونيا , كما يجب أن يكون الإغفال الذي حصل سهوا أو خطأ من المحكمة الدستورية يتعلق بالجانب الموضوعي للدعوى الدستورية ومفاد ذلك هو استبعاد أوجه الدفاع التي تتعلق بالعناصر الشكلية والإجرائية .

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الإغفال لا يتحقق إذا غضت المحكمة طرفها عن أوجه الدفاع التي تقدم تأييدا وإسنادا للطلبات المتعلقة بموضوع الدعوى , وذلك لأن طرح هذه الأوجه والسكوت عن ذكرها من قبل المحكمة الدستورية مع فصلها في ذات الطلب المؤيد بهذه الأوجه , سيكون من قبيل الفصل الضمني فيها . كما ونظرا لأن المحكمة الدستورية لم تستنفذ ولايتها فيما لم تفصل فيه من طلب , فأن ذوي الشأن يحق لهم اللجوء إلى المحكمة مباشرة دون حاجة لتجديد إجراءات رفع الدعوى الدستورية .

---

(1) نصت المادة (203) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 على ان (للخصوم ان يطعنوا بطريق التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف او محاكم البداءة او الصلح وفي الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الأحوال الاتية : 1- اذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون او خطأ في تطبيقه او عيب في تأويله . 2- اذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص . 3- اذا وقع في الإجراءات الأصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم . 4- اذا صدر حكم يتناقض حكما سابقا صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم انفسهم او من قام مقامهم وحاز درجة البتات. 5- اذا وقع في الحكم خطا جوهري . ويعتبر الخطأ جوهريا اذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع او اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى او فصل في شيء لم يدع به او قضى باكثر مما طلبوه او قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى او على خلاف دلالة الاوراق والسندات المقدمة من الخصوم او كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض او كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية.

(2) المحكمة الدستورية العليا , قضية رقم (5) لسنة 14 ق , جلسة 1 يناير 1994 , منازعة تنفيذ . انظر كذلك الحكم الصادر في قضية رقم (4) لسنة 22 ق , جلسة 16 فبراير 2003 , منازعة تنفيذ , اشار الى هذه الأحكام د. رفعت عيد سيد , الوجيز في الدعوى الدستورية , مصدر سابق , ص488 .

وبهذا نكون قد تناولنا أهم المحاور فيما يتعلق بحجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية من حيث طبيعتها ونطاقها وكذلك مدى قابلية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية للطعن في هذا المبحث , وسنخصص المبحث الثاني لآثار الحكم في الدعوى الدستورية .

المبحث الثاني
آثار الحكم في الدعوى الدستورية

من الواضح ان ضرورة البحث عن آثار الحكم الصادر في الدعوى الدستورية لا تبدو أهميتها إلا بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي , أما الأحكام الصادرة بتقرير دستورية النص التشريعي فلن تثير أية إشكال على أرض الواقع [1]. فإذا حكمت المحكمة بدستورية النص التشريعي اعتبرت مطابقته للدستور حقيقة مطلقة غير قابلة للجدل مرة أخرى أمام جميع سلطات الدولة بما فيها السلطة القضائية . إلا أن هذه المطابقة يقتصر أثرها على النص التشريعي محل البحث والذي راقبت المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين مدى دستوريته من دون أن تمتد إلى غير ذلك من النصوص التشريعية التي لم تقل فيها المحكمة كلمتها , حتى ولو كانت مرتبطة بالنص التشريعي محل الطعن ما دامت المحكمة لم تستوضح هذا الارتباط ولم تفصل فيه او في أثره [2]. وبهذا فأن النص التشريعي وكذلك اللوائح او الأنظمة والتعليمات وكافة الأوامر التي تصدر من أي جهة تملك حق إصدارها والمحكوم بدستوريتها ومطابقتها لأحكام الدستور فأنه يستمر العمل بها في الدولة . فأهمية آثار الحكم في الدعوى الدستورية تتجسد بصورة رئيسية في الحكم الصادر بعدم دستورية النص التشريعي , حيث يدور ذلك الأثر طبقا للأنظمة الدستورية التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين بين ثلاث حالات هي

الحالة الأولى : الامتناع عن تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته من دون التعرض لوجود النص ذاته , وهو ما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية .

الحالة الثانية : ان الحكم بعدم دستورية النص التشريعي يؤدي إلى إلغاء هذا النص , وهذا ما عليه الحال في ايطاليا , وألمانيا , والعراق .

الحالة الثالثة : إن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي يؤدي الى إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته , وهذه الحالة تتشابه من ناحية أثرها العملي مع الحالة الثانية , وهو ما أخذ به المشرع المصري بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 [3].

والذي يهمنا في هذا المقام من البحث هو الحالة الثانية والحالة الثالثة حيث سنتناولها في مصر والعراق , لذا يتطلب منا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الأول: الأثر القانوني للحكم في الدعوى الدستورية.

المطلب الثاني: النطاق الزمني لتنفيذ الحكم في الدعوى الدستورية .

---

(1) د. صبري محمد السنوسي , آثار الحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة) , دار النهضة العربية , القاهرة , 2009, ص93 .

(2) د. احمد فتحي سرور , الحماية الدستورية للحقوق والحريات , مصدر سابق , ص282 .

(3) د. يحيى الجمل , القضاء الدستوري في مصر , دار النهضة العربية , القاهرة , 2000, ص217 .

المطلب الأول

الأثر القانوني للحكم في الدعوى الدستورية

نتناول في هذا المطلب الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية , حيث ان هذا الأثر يختلف باختلاف طبيعة الرقابة ونوعيتها من دولة الى اخرى , بمعنى هل ان الرقابة التي تمارسها المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين في الدولة هي رقابة الغاء ام رقابة امتناع ؟ بمعنى ان الحكم الصادر من المحكمة المختصة بالرقابة بعدم دستورية نص في قانون او لائحة يؤدي الى الغاء قوة هذا النص , فيصبح معدوما من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة , أم أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي فقط الى الامتناع عن تطبيق هذا النص والذي تبين عدم دستوريته على النزاع المعروض على محكمة الموضوع , وبالتالي جواز اعادة تطبيق هذا النص والذي ثبت عدم دستوريته في منازعات اخرى ؟

تقتضي الاجابة منا على هذا التساؤل ان نتعرف على موقف الفقه والقضاء الدستوريين في مصر والعراق في هذا الشأن , ويمكن ان نقسم ذلك على النحو الآتي :

أولا : موقف الفقه الدستوري .

انقسم الفقه الدستوري في مصر في شأن تحديد الاثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية الى ثلاثة اتجاهات فقد ذهب الاتجاه الأول : الى ان الحكم بعدم الدستورية يؤدي الى الامتناع عن تطبيق النص من دون الغائه .

ومن انصار هذا الاتجاه الدكتور رمزي الشاعر , وقد ذهب الى انه لا يستفاد مما ورد في المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا , وفي المذكرة الإيضاحية له ان المشرع قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون او اللائحة , وإنما يقتصر اثر هذا الحكم على عدم جواز تطبيق النص على الوقائع والمراكز القانونية التي يحكمها , فالمحكمة الدستورية العليا ليست لها سلطة إلغاء القانون (او اللائحة) المخالف للدستور وإنما لها مجرد تقرير ما شابه من عيب عدم الدستورية فقط [1]. ويضيف الدكتور رمزي الشاعر إلى أن حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتقرير عدم دستورية قانون او لائحة معينة يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق هذا القانون او تلك اللائحة . وإذا كان القانون او القرار بقانون يبقى من الناحية النظرية المجردة قائما حتى يلغيه المشرع , وتبقى اللائحة حتى تلغيها جهة الإدارة , فان النص غير الدستوري يفقد قيمته من الناحية التطبيقية , لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه إذا ما دفع امامها بعدم دستوريته في قضية اخرى , أعمالا للحجية المطلقة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون او اللائحة [2]. كما ذهب الدكتور طعيمة الجرف الى ان النص الذي تقرر عدم دستوريته سوف يبقى قائما من الناحية النظرية , لان المحكمة الدستورية العليا لا تملك ولاية النطق بإلغائه

---

(1) د. رمزي طه الشاعر , النظرية العامة للقانون الدستوري , مصدر سابق , ص613 .

(2) د. رمزي الشاعر , القضاء الدستوري في مملكة البحرين , مصدر سابق , ص192-193 .

, إلا انه بسبب الحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم , فان هذا النص سوف يفقد كل قيمته القانونية , اذ يلزم جميع جهات القضاء بالامتناع عن تطبيقه [1].

كما ذهب الدكتور مصطفى محمود عفيفي الى ان اثر الحكم بعدم الدستورية يتوقف عند حد الالزام العام لجميع السلطات وللكافة بعدم تطبيق النص غير الدستوري دون ان يتضمن ذلك الغائه فذلك امر لاتملكه المحكمة الدستورية العليا وأنما يقتصر دورها على توجيه خطاب بشأنه من خلال حكمها هذا الى السلطة المعنية _تشريعية كانت أم تنفيذية وفقا لنوع النص قانونا كان ام لائحة_ للقيام بإزالة وجه عدم الدستورية فيه وذلك اما بإلغائه واما بتعديله ولكن دون ان تلزمها بذلك الإلغاء او بهذا التعديل

هذا وقد ذهب الدكتورمحمد حسنين عبد العال في الاتجاه نفسه حيث قال :ان اثر الحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون او لائحة ينحصر بصريح نص المادة 49من قانون تلك المحكمة في عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ,ومن ثم فأن النص يفقد قوته العملية في التطبيق ,ولكن ذلك لايعني بحال ما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا في احد أحكامها _الحكم الصادر في 19مايو1990 الذي اثار جدلا واسعا من ان الحكم بعدم دستورية نص "يترتب عليه انعدام هذا النص"فهذا الرأي الذي ضمنته المحكمة حيثيات حكمها ,لا يجد له أي سند من الدستور أو القانون بل ويخالف صراحة أحكام القانون رقم 48 لسنة 1979بأنشاء المحكمة الدستورية العليا فضلا عن ان مسايرة هذا المنطق من شأنه ان يؤدي الى الإخلال بأحكام الدستور[2].

ومن ناحية اولى وطبقا لصريح نص المادة 49من قانون المحكمة الدستورية العليا يقتصر اثر الحكم بعدم دستورية نص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره ,ولو اراد المشرع ترتيب الانعدام ,وهي نتيجة قانونية خطيرة لنص على ذلك صراحة ,ومما يعزز الرأي في عدم صحة ما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا ,ان المشرع ذاته في المادة (49) من قانون المحكمة بعد أن قرر الأثر العام المترتب على الحكم بعدم دستورية النص,عالج في الفقرة الأخيرة من تلك المادة الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص جنائي,فقرر صراحة ان الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا الى ذلك النص تعد كأنها لم تكن ,فهذا الحكم الصريح إنما يجد تبريره في ان المشرع قد قصر اثر الحكم بعدم دستورية النص على عدم جواز تطبيقه ,ولكنه لم يقرر انعدامه بحيث يصبح قانونا كأنه لم يكن ويفقد كل اثاره القانونية ,ومن ناحية اخرى فأن وصف العمل التشريعي بالانعدام أمر ينبغي التحوط في شأنه . فاذا كانت فكرة الانعدام يطبقها القضاء الاداري بحذر شديد في مجال رقابته على القرارات الادارية , فان وصف التشريع الذي يصدر عن السلطة التشريعية بالانعدام يمثل افتئاتا من المحكمة الدستورية العليا على السلطة التشريعية , يخرج

---

(1) د. طعيمة الجرف , القضاء الدستوري , مصدر سابق , ص271 .

(2) د. محمد حسنين عبد العال , القانون الدستوري , دار النهضة العربية , القاهرة , 1992, ص161 .

المحكمة الدستورية العليا عن نطاق الصلاحيات التي حددها لها القانون الصادر بشأنها من هذه السلطة التشريعية ذاتها[1].

اما الاتجاه الثاني من الفقه فقد ذهب الى ان الحكم بعدم الدستورية يلغي النص التشريعي ويبطله .

حيث ذهبت الدكتورة عزيزة الشريف الى ان الحكم بعدم دستورية النص التشريعي يبطله ويلغيه ويفقد النص قوته التشريعية , وبالتالي لا يمكن للمحاكم ان تطبقه , فالحكم يهدر القاعدة القانونية في كل ما نشأ عن تطبيقها من آثار[2]. ومن انصار الأتجاه الدكتور محسن خليل الذي يرى أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون معين هو في الحقيقة الغاء لهذا القانون أستنادا الى الحجية المطلقة لحكم المحكمة والتزام السلطات العامة والكافة بهذا الحكم ,وعدم جواز تطبيق نص القانون غير الدستوري من اليوم الثاني لنشر الحكم [3].

أما الأتجاه الثالث من الفقه فيذهب الى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي قوة نفاذ الحكم التشريعي ,ومن انصار هذا الاتجاه الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل إذ ترى ان الحكم الصادر بعدم الدستورية لايؤدي بذاته الى الغاء النص ,وأنما يقتصر اثره على الغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته [4].كما يرى الدكتور عادل عمر شريف أن ما يترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية ونشره طبقا لما أوجبه الدستور في المادة (178) منه وبينته المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا,وما استقر عليه قضاء المحكمة هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته .وهذا الأثر يتساوى عملا مع الألغاء بعد ان سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقا للتحديد الذي رسمه المشرع,بحيث لايكون بوسع أي جهة تطبيقه خلافا لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم دستوريته [5]. ويؤكد ذلك الدكتور يحيى الجمل اذ يذهب الى ان الغاء قوة نفاذ النص يعني من الناحية العملية ألغاء النص نفسه ذلك ان النص المحكوم بعدم دستوريته سيفقد كل قيمة عملية تطبيقية مما يبرر انه يصبح وكأنه غير موجود [6],ومن جانبنا نرى ان الأتجاه الثالث هو الأصوب في أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي لا يلغي النص وأنما يلغي قوة نفاذه, وذلك حتى لا نصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات ولأن القول بخلاف ذلك يعد اعتداء واضح من المحكمة الدستورية

---

(1) د. محمد حسنين عبد العال , القانون الدستوري , مصدر سابق , ص162-163 .

(2) د. محمد صلاح عبد البديع السيد , قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمة الدستورية العليا , مصدر سابق , ص411 .

(3) د. محسن خليل , النظم السياسية والقانون الدستوري , الجزء الاول , دار النهضة العربية ,بدون سنة نشر , ص477 .

(4) د. نبيلة عبد الحليم كامل , الرقابة القضائية على دستورية القوانين , – القضاء الدستوري – , دار النهضة العربية , القاهرة , 1993 , ص240 .

(5) د. محمد صلاح عبد البديع السيد , قضاء الدستورية في مصر .... , مصدر سابق , ص411 .

(6) د. يحيى الجمل , القضاء الدستوري في مصر , مصدر سابق , ص217 .

العليا على السلطة التشريعية ,كما أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع من درجته نفسها إعمالا للقاعدة الخاصة بتقابل الإجراءات.

اما في العراق فأن الدستور الصادر في عام 2005 قد حدد الأثرالقانوني المترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية في المادة (13) فقرة ثانيا منه والتي نصت على ان (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلا كل نص يرد في دساتير الأقاليم او أي نص قانوني اخر يتعارض معه) وبذلك فأن المشرع الدستوري قد حدد بصراحة "البطلان" كأثر للتشريع المخالف للدستور عندما تقرر المحكمة الاتحادية ذلك . وبهذا فأن أي نص تشريعي يرد في دستور الأقاليم او في أي قانون او أي معاهدة او أي نظام ويكون مخالفا لأحكام الدستور الاتحادي , فأن الأثر الذي يترتب على حكم المحكمة الاتحادية العليا في هذا الشأن هو بطلان ذلك أي إلغائه وكأنه لم يكن .

ومن الناحية العملية نجد ان لا فارق بين إلغاء النص أو إلغاء قوة نفاذه ,ذلك ان إنهاء قوة نفاذ النص تعني فقدان النص لقيمته القانونية وصفته الإلزامية وبالتالي يغدو من الناحية التطبيقية او العملية ملغيا او معدوما ذلك ان على جميع السلطات العامة بما فيها المحاكم الامتناع عن تطبيقه مما يعني أن الأمر واحد في النهاية .وهو ما يفسر استخدام العديد من الفقهاء المصريين والمحكمة الدستورية العليا ذاتها تعبير "إنهاء قوة نفاذ النص"و"إلغاء أو انعدام النص"كمترادفات للدلالة على ما يرتبه حكم عدم الدستورية من أثر وان كان الأمر يقتضي تدخل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية بحسب نوع التشريع لإلغاء أو تعديل النص القانوني أو اللائحي المحكوم بعدم دستوريته إعمالا للحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا ولأن ذلك من صميم عملها وفقا لأحكام الدستور[1].

ثانيا : موقف القضاء الدستوري .

يتحدد موقف القضاء الدستوري من الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية من خلال ما جاء في قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر والمحكمة الاتحادية العليا في العراق والأحكام والقرارات الصادرة من هذه المحاكم والتي اوكل لها الدستور مهمة الرقابة على دستورية القوانين , ففي مصر فقد نصت المادة (49/3) من قانون المحكمة الدستورية العليا على انه "ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم" وكما هو واضح من صياغة النص فأن حكم المحكمة الدستورية العليا لا يلغي نص القانون او اللائحة المقضي بعدم دستوريته وإنما يوقف نفاذه او يفقد قوته الإلزامية. وتطبيقا لذلك جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على ان الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو الغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته [2]. مما يعني ان النص المحكوم بعدم

---

(1) د. مها بهجت يونس الصالحي , الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون , مصدر سابق , ص171 .

(2) د. ابراهيم محمد حسنين , أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية , دار الكتب القانونية , مصر, 2006, ص219 .

دستوريته وان كان يمتنع على الكافة تطبيقه لمخالفته للدستور الا انه ومع ذلك يضل من الناحية النظرية قائما الى ان تلغيه السلطة المختصة بذلك ,فأعدام النص او الغائه ليس من سلطة المحكمة الدستورية العليا وفي هذا تقول المحكمة في حكمها الصادر في 30نوفمبر 1996"ان كل ما قصد اليه هذا القانون بنص المادة 49لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضت بعدم دستوريتها من قوة نفاذها لتفقد بالتالي خاصية الالزام التي تتصف بها القواعد القانونية جميعا فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها"[1].وبما ان الغاء قوة نفاذ النص يتساوى حكمه من الناحية العملية مع الغاء النص ذاته ,لذا فأن المحكمة الدستورية العليا دأبت على استخدام هذه التعابير"انهاء قوة نفاذ النص"و"الغاء او انعدام النص"كمترادفات للدلالة على ما يرتبه حكم عدم الدستورية من اثر ,بل واحيانا تستخدم المحكمة هذه التعبيرات في العبارة الواحدة نفسها من ذلك حكمها الصادر في 19مايو 1990حيث تقول فيه"لما كان ذلك وكان القضاء بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكررا من القانون رقم 38لسنة 1972...يترتب عليه انعدام هذا النص وابطال العمل فيه فيما قرره من ان ...,ومن ثم يكون النعي على نص الفقرة الاولى من المادة الثالثة من القانون المشار اليه قد اضحى غير مجد وبالتالي غير مقبول ,اذ لم يعد له مجال في التطبيق بعد ان الغى نفاذ النص على كيفية توزيع المقاعد النيابية "

حيث ان المحكمة الدستورية العليا قد قررت "ان الحكم بعدم دستورية نص يترتب عليه انعدام هذا النص,وزوال الاثار القانونية لهذا النص لتؤول عدما,فلا تولد حقا ولا يقوم بها مركز قانوني لا للمدعي ولا لغيره"[2]. الا ان لجوء المحكمة الى مثل هذه التعبيرات المترادفة قد يثير مشكلة في حالة ما اذا كان النص او النصوص المحكوم بعدم دستوريتها كانت معدلة او اعادت تنظيم ما كانت تنظمه النصوص السابقة على صدورها,ذلك ان القول بأنعدام النص المقضي بعدم دستوريته او زواله قد يفهم منه ان ذلك يعني احياء النص القديم بحيث يصبح حكمه هو الواجب التطبيق ,وهو بالفعل ما اتجهت اليه بعض المحاكم من ذلك محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في 7 سبتمبر 2000 على اثر قيام المحكمة الدستورية العليا بالحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الاهلية الصادرة بالقانون 153 لسنة 1999 [3]. والذي كان قد حل محل القانون رق 32 لسنة 1964 بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة حيث نجدها تقرر صراحة بأن "مؤدى ذلك الحكم هو اعمال احكام قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة

---

(1) القضية رقم 22 لسنة 18ق "دستورية" , جلسة 30 نوفمبر 1996,مجموعة أحكام م.د.ع, الجزء الثامن , ص195, وما بعدها وبنفس المعنى القضية رقم 19 لسنة 14 ق "دستورية" , جلسة 8 ابريل 1995, مجموعة أحكام م.د.ع , الجزء السادس , ص597 وما بعدها .

(2) القضية رقم 37 لسنة 9 ق "دستورية" , جلسة 19 مايو 1990, مجموعة احكام م.د.ع , الجزء الرابع , ص256-257.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 153 لسنة 21 ق "دستورية" , جلسة 3 يونيو 2000, مجموعة احكام م.د.ع , الجزء التاسع , ص582-583.

رقم 32 لسنة 1964 على النزاع الماثل بحسبان ان الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الصادرة بالقانون رقم 32 لسنة 1964 وهو القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض "

ويرى الدكتور محمد عبد الواحد الجميلي ان اتجاه محكمة القضاء الاداري كان يمكن قبوله وبأثر رجعي لوان المشرع كان قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء او إعدام التشريع المخالف ولكنه لم يرتب هذا الإلغاء او الإعدام وكل ما رتبه على نشر الحكم في الجريدة الرسمية "عدم جواز تطبيقه" أي الامتناع عن تطبيق النص ,مما يعني ان التشريع او النص المخالف يضل باقيا الى ان تلغيه او تعدله السلطة التشريعية او التنفيذية حسب طبيعة النص وهي ملزمة بذلك لما يتمتع به حكم الدستورية من حجية مطلقة ان بقاء النص بالرغم من فقدانه لقوة نفاذه يقف حائلا يمنع من إعادة النص القديم الى الحياة مرة أخرى بأعتباره هو القانون واجب التطبيق[1]. نعتقد ان اتجاه محكمة القضاء الإداري لا يمكن قبوله بأي حال من الأحوال سواء أكان المشرع قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون المخالف للدستور ام مجرد إلغاء قوة نفاذه ام الامتناع عن تطبيقه ,ففي كل الأحوال لايمكن ترتيب إعادة النص القانوني القديم الى الحياة مرة أخرى بأعتباره هو الواجب التطبيق بعد الحكم بعدم دستورية القانون الذي طبق بعده ,إلا إذا تدخلت السلطة التشريعية في إعادة إحياء هذا القانون وذلك اذا ارتأت صحته ومطابقته للدستور ويكون ذلك عن طريق سن قانون جديد يعمل على احياء العمل بالقانون القديم ,اما القول بأن هذا القانون القديم يعود من تلقاء نفسه الى الحياة ويطبق من جديد بمجرد إصدار المحكمة الدستورية لحكمها بعدم دستورية القانون الذي طبق بعده فهذا قول مناف للمنطق القانوني ولا أساس له من الصحة ,ومن جانب آخر لا نؤيد مسلك المحكمة الدستورية العليا في استعمالها لتعابير مثل إلغاء قوة نفاذ النص وإلغاء او إبطال النص او انعدامه كتعابير مترادفة ,لان ذلك يثير نوعا من الالتباس والغموض ويوقعها في مثل القضية السابقة الشائكة .

وهناك تساؤل يثار حول موضوع الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية وهو يتعلق بحالة اذا ما انتهت المحكمة الدستورية العليا الى ان نصا واحدا فقط من نصوص التشريع المطعون بعدم دستوريته هو المشوب بهذا العيب من دون بقية النصوص الاخرى , او ان جزءا فقط من النص هو المعيب من دون بقية الأجزاء . فما هو قضاء المحكمة الدستورية العليا في مثل هذه الحالة ؟

من الواضح ان المحكمة الدستورية العليا قد أرست قاعدة في هذا الصدد مفادها ان الحكم الصادر بعدم الدستورية يقتصر أثره على إبطال أثر النص الذي قضى بعدم دستوريته من دون بقية النصوص الاخرى

---

(1) د. محمد عبد الواحد الجميلي , آثار الحكم الصادرمن المحكمة الدستورية العليا , دار النهضة العربية , القاهرة , 2002, ص50-51 .

للقانون او اللائحة الذي اشتمل على هذه النص المخالف للدستور, والتي تبقى صحيحة ونافذة قانونا [1].
ويرد على هذه النتيجة استثناءان وهما :

اولا : اذا كانت نصوص القانون او اللائحة ترتبط بعضها ببعض ارتباطا لا يقبل الفصل او التجزئة , فان عدم دستورية احد هذه النصوص او إبطال أثره يستتبع حكم هذا الارتباط إبطال باقي نصوص هذا القانون او اللائحة ولو لم تتضمنها صحيفة الدعوى الدستورية مما يستوجب الحكم بعدم دستورية القانون برمته.وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 2 يناير 1999 بأنه "وحيث ان العوار الدستوري الذي يضم الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الطعن , يهدم بنيان هذه الضريبة من أساسه ., ذلك ان تصحيح نطاقها ليشمل كل من يتوافر فيه مناط استحقاقها , ينعكس تأثيره حتما على سائر نصوصه , وعلى الأخص تلك المتضمنة تعيين وعائها وتحديد سعرها وشرائحها وحدود وأحوال الإعفاء منها وبيان طرائق وإجراءات تحصيلها . وحيث ان القضاء بعدم دستورية الفقرة الأولى المشار إليها يؤدي - بحكم اللزوم العقلي - الى سقوط نصوص القانون رقم 208 لسنة 1994 برمتها , ودون حاجة الى بيان المثالب الدستورية الأخرى التي اعتمدتها – وذلك لارتباط هذه النصوص بالفقرة الاولى ارتباطا لا يقبل التجزئة بحيث تكون معها كلا واحدا لا يتجزأ مما لا يتصور معه ان تقوم لهذه النصوص قائمة بغير تلك الفقرة , او إمكان إعمال أحكامها في غيبتها"[2].

يتضح مما تقدم , إذا كان النص الذي قضي بعدم دستوريته يرتبط ارتباطا وثيقا لا يقبل التجزئة بنصوص أخرى ,فأنه يترتب لزوما على القضاء بعدم دستورية هذا النص سقوط النصوص الأخرى المرتبطة به

وبذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 2 أغسطس 1997 "فلهذه الأسباب حكمت المحكمة اولا : بعدم دستورية ما تضمنته المواد 177,38,37 من قانون الكمارك الصادر بقانون رقم 66 لسنة 1963 ...,ثانيا : بعدم دستورية ماتضمنه المادة 119 من ذلك القانون ,من تخويل مدير الكمارك الأختصاص بفرض الغرامة....,ثالثا : بسقوط الأحكام الأخرى التي تضمنتها النصوص المطعون عليها ,والتي ترتبط بأجزائها المحكوم بعدم دستوريتها ارتباطا لايقبل التجزئة "[3].

ثانيا : اذا كان متعذرا بعد ابطال المحكمة الدستورية العليا للنصوص المخالفة للدستور أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته , فأنه يترتب على ذلك بطلان التشريع برمته قانونا كان ام لائحة .
وبذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 2 يناير 1993 والذي تقول فيه "النصوص

---

(1) د. محمد صلاح عبد البديع السيد , قضاء الدستورية في مصر , مصدر سابق , ص374–375, د. صبري محمد السنوسي , آثار الحكم بعدم الدستورية , مصدر سابق , ص68.

(2) القضية رقم 43 لسنة 17ق"دستورية", جلسة 2 يناير 1999, أحكام م.د.ع , الجزء التاسع,ص147–148.

(3) القضية رقم 72 لسنة 18 ق "دستورية" , جلسة 2اغسطس 1997, مجموعة أحكام م.د.ع , الجزء الثامن , ص749 – 750 .

التي ينتظمها العمل التشريعي لا تعتبر من زاوية العيوب الموضوعية _مهدرة بتمامها الا في احدى الحالتين :

اولهما : اذا كان فصل النصوص التي ابطلتها المحكمة عما سواها متعذرا , وكان ملحوظا عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ما بينها من صلة حتمية تجعل ترابطها معا واتصال اجزائها ببعض ,حقيقة قانونية لا مراء فيها .

ثانيهما : اذا كان متعذرا بعد إبطال المحكمة للنصوص المخالفة للدستور ان تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته "[1].

اما في العراق فأن القضاء الدستوري لم يشهد أي خلاف بشأن تحديد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية فلو نظرنا في القانون الأساسي العراقي لسنة 1925 وتحديدا في المادة (86) قبل تعديلها حيث نصت على ان "كل قرار يصدر من المحكمة العليا مبينا مخالفة احد القوانين او بعض أحكامه لأحكام هذا القانون الأساسي يجب أن يصدر بأكثرية ثلثي اراء المحكمة واذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون او القسم المخالف منه لهذا القانون الأساسي ملغيا من الأصل". فبموجب هذا النص الصريح يتضح لنا إعطاء المحكمة العليا سلطة إلغاء القانون إذا اتضح لها مخالفته لأحكام القانون الأساسي العراقي , كما يستفاد من هذا النص انه ليس من الضروري ان يصدر الحكم بإلغاء القانون كله , فقد يقتصر الإلغاء على بعض النصوص الواردة فيه , متى كانت هذه النصوص لا تمس جوهر القانون . اما اذا كانت هذه النصوص مترابطة فيما بينها ترابطا لا يقبل التجزئة . فعندئذ يجب ان يصدر الإلغاء شاملا للقانون كله وليس لجزء منه [2].

وتطبيقا لما تقدم صدر حكم المحكمة العليا بموجب الارادة الملكية المرقمة (367) لسنة 1939, الذي قررت فيه "عند ملاحظة القانون المشار اليه رأت اكثرية المحكمة , بأن المادة الرابعة منه قد اناطت بمجلس الوزراء حق منع أي شخص من الاقامة في مكان او امكنة داخل العراق , وجعل الشخص تحت مراقبة الشرطة , ... , وحيث ان تكليف الشخص بان يكون تحت مراقبة الشرطة او تكليفه بالإقامة في أي اماكن دون غيرها يدخل ضمن سلطة القضاء , فبهذا الاعتبار وجدت أكثرية المحكمة ان المادة الرابعة من قانون منع الدعايات المضرة رقم (20) لسنة (1938) قد خولت مجلس الوزراء صلاحيات هي مناطة بحكم القانون الأساسي بالسلطة القضائية , ولما كانت المادة الخامسة من القانون موضوع البحث مرتبطة

---

(1) القضية رقم 3 لسنة 10 ق "دستورية", جلسة 2يناير 1993, مجموعة احكام م.د.ع , الجزء الخامس , المجلد الثاني , ص114- 115 .

(2) د. مها بهجت يونس ألصالحي , الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون , مصدر سابق , ص177 .

بالمادة الرابعة انفة الذكر , ترى المحكمة ان المادتين مخالفتين للدستور , وبالنظر للمادة (86) فقد اصبحتا ملغيتين من الأصل[1]. ويستفاد من حكم المحكمة العليا أعلاه أمرين هما :

أولا : ان عبارة ملغيتين من الأصل الواردة في الحكم , هو تأكيد لحكم المدة (86) من القانون الأساسي العراقي , وما أراده المشرع الدستوري من ترتيب حكم الإلغاء على الحكم الصادر من المحكمة العليا بعدم دستورية القانون .

ثانيا : ان عبارة ولما كانت المادة الخامسة من القانون موضوع البحث مرتبطة بالمادة الرابعة آنفة الذكر , ترى المحكمة ان المادتين المذكورتين مخالفتين للدستور , وبالنظر للمادة (86) فقد أصبحتا ملغيتين من الأصل . وهذا يعني ان المحكمة العليا قد طبقت حكم المادة (86) في ان حكم الإلغاء قد يشمل القانون كله وقد يقتصر على الأجزاء المخالفة منه فقط لأحكام الدستور .

هذا وقد عدلت المادة (86) بموجب قانون التعديل الثاني رقم 69 لسنة 1943 وأصبحت الفقرة الأولى منها تنص على ان " كل قرار يصدر من المحكمة العليا ينص على مخالفة احد القوانين او بعض أحكامه لأحكام هذا القانون يجب ان يصدر بأكثرية ثلثي آراء المحكمة . واذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون او القسم المخالف منه ملغى من تاريخ صدور قرار المحكمة على ان تقوم الحكومة بتشريع يكفل إزالة الأضرار المتولدة من تطبيق الأحكام الملغاة." ونستفيد من النص أعلاه، ان المشرع الدستوري رتب حكم الإلغاء على القانون او القسم المخالف منه للدستور . وهو ذات الحكم الذي قرره في المادة 86 قبل تعديلها , الا انه جعل النطاق الزمني لتنفيذ حكم الإلغاء لا يمتد بأثر رجعي وإنما يسري بأثر فوري ومباشر كما سنوضحه في المطلب القادم من هذا المبحث .

اما دستور 1968 المؤقت فقد نصت المادة (87) منه على ان " تشكل بقانون محكمة دستورية عليا .. ويكون قرارها ملزما" ونصت المادة السادسة في فقرتها الأولى من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 159 لسنة 1968 على ان " تتخذ المحكمة الدستورية العليا القرار اللازم حول الموضوع المعروض واذا قررت بمخالفة القانون او بعض مواده لأحكام الدستور او مخالفة النظام او المرسوم لسندهما القانوني أصبح القانون او الجزء المخالف منه وكذلك النظام او المرسوم ملغى اعتبارا من تاريخ صدور القرار", يتضح من النص أعلاه (م6/1) ان حكم الإلغاء هو الأثر القانوني المترتب على القانون او الجزء المخالف منه لأحكام الدستور. والنص ورد صريحا في تحديد هذا الأثر مما يزيل أي لبس او غموض حول هذا الموضوع, اما الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا فقد نصت الفقرة ج من المادة (44) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004على انه "اذا قررت المحكمة الاتحادية أن قانونا أو نظاما او تعليمات او اجراء جرى الطعن به انه غير متفق مع هذا القانون يعد ملغيا "

---

(1) القانون الأساسي العراقي مع تعديلاته , مطبعة الحكومة , بغداد , 1953, صص106– 107 .

كما نصت الفقرة ثانيا من المادة -4- من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 على ان "تتولى المحكمة الاتحادية الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمحكمة الانتقالية "[1]

ان النص ورد صريحا سواء في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ام في قانون المحكمة الاتحادية العليا ,بشأن ترتيب حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر المقضي بعدم دستوريتها لمخالفتها لأحكام الدستور.

أما دستور العراق لسنة 2005 فعلى الرغم من خلوه من نص يحدد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية قانون او نظام لمخالفته لأحكام الدستور ,إلا أن حكم الإلغاء للقوانين والأنظمة المخالفة للدستور ثابت بحكم المادة (4/ ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005هذا القانون بقي ساري المفعول في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 إذ تنص هذه المادة : " تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية :....ثانيا :الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من اية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ", وبناء على هذا النص يترتب على الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون او نظام في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ,إلغاء هذا القانون او النظام لمخالفته لأحكام الدستور ,مع ما يرتبه حكم الإلغاء من انعدام النص التشريعي وزوال آثاره المادية والقانونية .

وبهذا نكون قد انهينا المطلب الأول من هذا المبحث والمتعلق بالأثر القانوني للحكم بالدعوى الدستورية حيث تناولنا الحكم بعدم الدستورية فقها وقضاءا في مصر والعراق ونستطيع القول ان الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو الإلغاء ولكن ماالنطاق الزمني لهذا الإلغاء هل هو بأثر رجعي ام بأثر فوري ؟ وهل هو حكم كاشف ام منشىء ؟ كل ذلك وغيره سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

النطاق الزمني لتنفيذ الحكم في الدعوى الدستورية

تعد مسألة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية او تحديد نطاق سريان هذا الحكم من حيث الزمان من أهم الموضوعات التي تثيرها الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون , حيث انه لا تثور

---

(1) هذا القانون يبقى بشكل مؤقت ساري المفعول لحين صدور قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا تنفيذا لنص الفقرة ثانيا من المادة (92) من دستور جمهورية العراق 2005, والتي نصت على ان "تتكون المحكمة الاتحادية العليا , من عدد من القضاة , وخبراء في الفقه الإسلامي , وفقهاء القانون , يحدد عددهم , وتنظم طريقة اختيارهم , وعمل المحكمة , بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب".

أي مشكلة بشأن تحديد النطاق الزمني للحكم الصادر بدستورية القانون , او في حال عدم قبول الدعوى الدستورية او رفضها كونها لا تمس دستورية النص محل الطعن , اما الحكم الصادر بعدم دستورية القانون , فأن هذا معناه إخراج هذا القانون من الخدمة وإدخال قانون جديد او إحياء القانون القديم الذي لغاه القانون المحكوم بعدم دستوريته[1], وقد يثار التساؤل عن الوقت الذي يخرج فيه القانون المحكوم بعدم دستوريته من دائرة النظام القانوني للدولة , فهل يخرج هذا القانون من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية , ام من يوم صدوره , ومن ثم فانه يعد كأنه لم يصدر أصلا ومن ثم تلغى جميع الآثار القانونية المترتبة عليه منذ تاريخ العمل به؟ بمعنى هل ان الحكم الصادر بعدم الدستورية كاشف للعيب الدستوري ام انه حكم منشيء لهذا العيب ؟ وسنتناول الإجابة على ذلك من خلال موقف القضاء الدستوري في مصر والعراق .

الفرع الأول

موقف القضاء الدستوري في مصر

أن تحديد موقف القضاء الدستوري من الأثر الزمني للحكم الصادر بالإلغاء وهل يسري بأثر رجعي ام بأثر مباشر, يقتضي التفرقة بين الوضع في ظل المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا لسنة 1979, والوضع بعد تعديل هذه المادة بالقرار بقانون رقم (168) لسنة 1998, كما سنرى في ما يلي :

أولا : موقف القضاء الدستوري قبل التعديل .

من خلال استقراء الأحكام الصادرة بعدم الدستورية من المحكمة الدستورية العليا قبل تعديل المادة (49) من قانون المحكمة بالقراربقانون رقم (168) لسنة 1998 يتضح ان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد استقرت أحكامها على تقرير الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية استنادا لطبيعته الكاشفة , حيث ورد في حكم لها بتاريخ 1990/5/19 مقررة فيه "وحيث ان الاصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة, اذ هي لا تستحدث جديدا ولا تنشيء مركزا أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل , بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده الى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره . الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة"[2]. فالحكم هو يكشف عن العيب الدستوري الذي لابس النص الطعن منذ صدوره , مع استثناء المراكز والحقوق التي استقرت عند صدور هذا الحكم بحكم حاز قوة الأمر المقضي فيه او بانقضاء مدة التقادم من هذا الأثر الرجعي , على ان يسري الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على

---

(1) د. رفعت عيد سيد , الوجيز في الدعوى الدستورية , مصدر سابق , ص498 .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا , القضية رقم (37) لسنة 9 قضائية – دستورية في 1990/5/19 , يراجع : د. محمد رفعت عبد الوهاب , رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين , دار الجامعة الجديدة , الأسكندرية , 2010, ص297 .

الأحكام الصادرة بالإدانة استنادا الى نص جنائي غير دستوري , بحيث تعتبر هذه الأحكام كأن لم تكن , حتى ولو كانت أحكاما باتة .

وتطبيقا لذلك حكمها الصادر في 30 نوفمبر1996, والذي جاء في حيثياته :

"وحيث ان ما نصت عليه المادة 49 من قانون هذه المحكمة من ان النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها , لا يجوز تطبيقها اعتبارا من نشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية , لا يعني ان لهذه الأحكام أثرا مباشرا لا تتعداه , وانها بذلك لا ترتد الى الأوضاع والعلائق السابقة عليها , ذلك ان كل ما قصد اليه هذا القانون بنص المادة 49 المشار اليها , لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضي بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها عند إقرارها او إصدارها , لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها , فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها . يؤيد ذلك ان الآثار التي ترتبها الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية , لا يمكن فصلها عن الأوضاع والعلائق السابقة عليها بعد ان مسها النص المطعون فيه مؤثرا في بنيانها . ومن ثم كان تصويبها من خلال الدعوى الدستورية لازما لرد الأضرار التي لحقتها او التي تهددها , ويقتضي ذلك بالضرورة ان يكون قضاء المحكمة الدستورية العليا بإبطال النص المطعون فيه , منسحبا اليها , ليعيدها الى الحالة التي كانت عليها قبل سريان النص الباطل في شانها .ولا مجافاة في ذلك لقواعد الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية ولا لمقاصد الدستور , ذلك ان مباشرة هذه المحكمة لتلك الرقابة , غايتها تقرير اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور او مجاوزتها للضوابط التي فرضها , وتقييمها لهذه النصوص لا ينفصل عما يكون قد اعتراها من عوار عند إقرارها او إصدارها , فلا تكون عيوبها أمرا طارئا عليها , بل كامنا فيها , ولصيقا بها منذ ميلادها , ولا ان تكون من خلقها أو تصورها , ولا ان تقحمها على نصوص قانونية خلت منها , بل هي تجليها , محددة من خلال حكمها – وفي ضوء أحكام الدستور- القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها في النزاع الموضوعي , وهي بعد قاعدة ينبغي إعمالها بافتراض أن النص الباطل منعدم ابتداء لا انتهاء , فلا يكون قابلا للتطبيق أصلا منذ أن نشأ معيبا . ذلك ان إبطال هذه المحكمة للنصوص القانونية المخالفة للدستور , يعتبر تقريرا لزوالها نافيا وجودها منذ ميلادها , وقضاؤها بصحتها , يؤكد استمرار نفاذها لخلوها من كل عوار يدينها . وليس مفهوما ان تكون واقعة نشر الاحكام الصادرة بعدم دستورية بعض النصوص القانونية _ في ذاتها – حدا زمنيا فاصلا بين صحتها وبطلانها , فلا يكون النص الباطل منعدما الا اعتبارا من اليوم التالي لهذا النشر . والقول بذلك مؤداه ان يكون التقاضي جهدا ضائعا وعملا عبثيا , وان للنص القانوني الواحد مجالين زمنيين , يكون صحيحا في احدهما , وباطلا في ثانيهما , حال ان بطلان النصوص القانونية لا يتجزأ , ويستحيل ان ينقلب العدم وجودا , ولا ان يكون مداه متفاوتا او متدرجا , فالساقط لايعود ابدا , وحيث ان قانون المحكمة الدستورية العليا _ ضمانا لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها عدوانا _ قد نص في المادة 49 منه , على انه اذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي , فان أحكام الإدانة الصادرة استنادا اليه , تعتبر كان لم تكن ,

وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها , ولو صار الطعن فيها ممتنعا لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها . وتلك هي الرجعية الكاملة التي أثبتها قانون المحكمة الدستورية العليا لإحكامها الصادرة بإبطال النصوص العقابية , وهي بعد رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها , بل يكون أثرها جارفا لكل عائق أمام خلافها ولو كان حكما باتا , فاذا كان قضاؤها مبطلا لنص غير جنائي , فان اثره الرجعي يضل جاريا , ومنسحما الى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثرا فيها , حتى ما كان منها سابقا على نشره في الجريدة الرسمية , ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر امرها بناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان : اولهما : ان يكون باتا وذلك باستنفاذه لطرق الطعن جميعها , ثانيهما : ان يكون صادر قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا , ومحمولا على النصوص القانونية عينها التي قضى ببطالتها"[1].

ولاشك في ان مسلك المحكمة الدستورية العليا بشأن تقرير الأثر الرجعي لأحكامها الصادرة بعدم الدستورية بالضوابط التي أرستها , جدير بالتأييد لأنه يكفل فعالية الرقابة واحترام الشرعية الدستورية من خلال حمله السلطتين التشريعية والتنفيذية على التزام أحكام الدستور خشية إلغاء أعمالها التشريعية المعيبة بأثر رجعي من ناحية , ولأنه يكفل التوازن بين مبدأ الشرعية الدستورية واستقرار المراكز القانونية من ناحية أخرى .

وبسياسة المحكمة الدستورية العليا استقر الوضع الفقهي والقضائي على رجعية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية , إلا ان كثرة المنازعات الضريبية المعروضة على المحكمة الدستورية العليا والخشية من ان تبطل المحكمة الضريبة بأثر رجعي وما يؤديه ذلك من ان ترد حصيلتها التي انفقتها الحكومة في مجال تغطية نفقاتها _ والتي لا يعلم احد في أي مجال توجه _ الى الذين دفعوها من قبل , دفعت رئيس الدولة الى إصدار القرار بقانون رقم 168 لسنة 1998 ليعدل بها الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا [1].

ثانيا / موقف القضاء الدستوري بعد التعديل .

صدر القرار بقانون رقم 168 لسنة 1998 بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا و ونص في مادته الأولى على ان يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 النص الآتي :

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد لذلك تاريخا اخر, على ان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا اثر مباشر, وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص"[2].

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا , رقم (22) لسنة 18 قضائية–دستورية في 1996/11/30,منشورات شبكة المعلومات العالمية الأنترنت عبر موقع المحكمة الدستورية العليا :http://www.hccourt.gov.eg/

(2) الجريدة الرسمية , العدد 28 مكرر بتاريخ 12 يوليو 1998 مع المذكرة الإيضاحية , نقلا عن د. محمد رفعت عبد الوهاب , رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين , مصدر سابق , هامش (1) ,ص300 .

ومن خلال استعراض موقف المحكمة الدستورية العليا من هذا التعديل نجد أنها لم توضح صراحة موقفها من مضمون هذا التعديل , وحقيقة تفسيرها لـه ومدى تمسكها بقاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية او تحولها عنها الى قاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم .

ومع ذلك فانه يمكننا ان نستشف من أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بعد هذا التعديل استمرار هذه المحكمة في تبني تفسيرها السابق للمادة (49) قبل تعديلها على انها تقرر الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية , كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة [1]. ففي حكمها الصادر في 2002/2/10 حيث قضت بأن "قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي يعد كاشفا عما به من عوار دستوري مما يؤدي الى زواله وفقده قوة نفاذه منذ بدء العمل به , فيسري هذا الحكم على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره , ما لم تكن الحقوق والمراكز التي يرتبط بها قد استقر امرها قبل قضاء هذه المحكمة بناء على حكم قضائي بات , لما كان ذلك وكان النص المحكوم بعدم دستوريته قد حجب عن الطالب اصل حقه في الحصول على المقابل النقدي لرصيد اجازاته الاعتيادية فيما جاوز الشهور الثلاثة المنصوص عليها , فان مؤدى ذلك احقية الطالب في هذا المقابل عن رصيد الاجازات التي حرم منها بسبب مقتضيات العمل , ودون الاحتجاج في مواجهته بالتقادم طالما كان النص المانع قائما"[2].

ومن ذلك ايضا حكمها الصادر في 2012/6/14 "وحيث انه متى كان ذلك , وكانت انتخابات مجلس الشعب قد اجريت بناء على نصوص ثبت عدم دستوريتها , فان مؤدى ذلك ولازمه – على ما جرى به قضاء المحكمة – أن تكوين المجلس بكامله يكون باطلا منذ انتخابه , بما يترتب عليه زوال وجوده بقوة القانون اعتبارا من التاريخ المشار اليه"[3].

اما بخصوص الحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي فأن الأصل هو سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر مباشر . حيث أكد القرار بقانون رقم 168 لسنة 1998 من خلال مذكرته الإيضاحية على ان الأصل في الأحكام بعدم الدستورية هو سريانها بأثر رجعي وبعد ان استحدث للمحكمة الدستورية **سلطة** جديدة لم تكن تتمتع بها من قبل وهي سلطة تحديد تاريخ اخر لسريان اثر حكمها , نجده يعود ليخرج من اطار الاثر الرجعي من السلطة الجديدة الممنوحة للمحكمة الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي حيث قرر صراحة بان الحكم في هذه الحالة " لا يكون له في جميع الأحوال إلا اثر مباشر " بمعنى ان النص المقضي بعدم دستوريته لا يعد نافذا سوى اعتبارا من اليوم التالي لنشر الحكم حتى ولو لم ينص في الحكم على ذلك , مما يعني عدم جواز المساس بما رتبه من آثار قبل نشر الحكم , وعلى ذلك فإذا كانت الدولة قد

---

(1) د. محمد صلاح عبد البديع السيد , قضاء الدستورية في مصر , مصدر سابق , ص454

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا , القضية رقم (9) لسنة 22 قضائية "طلبات أعضاء" في 2002/2/10, من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا :http://www.hccourt.gov.eg

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا , القضية رقم (20) لسنة 34 قضائية دستورية في 2012/6/14, من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الدستورية العليا :http://www.hccourt.gov.eg

قامت بتحصيل ضرائب بناء على نص , ثم حكم بعدم دستورية هذا النص , فلا ترد الدولة ما تكون قد حصلته قبل نشر الحكم , إلا للمدعي ذاته , كما سنرى لاحقا , ويكون من حق الدولة تحصيل الضريبة التي لم تسدد , حتى تاريخ نشر الحكم [1]. وقد بررت المذكرة الإيضاحية الأخذ بالأثر المباشر في هذا المجال بقولها "أن إبطال المحكمة للضريبة بأثر رجعي مؤداه ان ترد حصيلتها التي أنفقتها في مجال تغطية أعبائها الى الذين دفعوها من قبل بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية ويعوقهاعن تطوير أوضاع مجتمعها , ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها , وتلك جميعها آثار خطيرة تهدم من خلال حدتها الأوضاع القائمة , وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال".

وبالرغم من هذا التبرير الذي قدمته المذكرة الإيضاحية إلا انه يمكننا القول ان الأثر المباشر للأحكام الصادرة في القضايا الضريبية سوف يغري الدولة بفرض ضرائب على الأفراد من دون اهتمام بمدى اتفاقها مع الدستور, فإذا صدر قانون ضريبي مخالف للدستور وتم بمقتضاه الحصول على بعض أموال الأفراد من دون حق , ثم طعن في هذا القانون بعد ذلك فأنه لا محل لمطالبة الدولة باسترداد الأموال التي حصلتها من المواطنين قبل الحكم بعدم الدستورية , وهذا يمثل اعتداء على الملكية الخاصة للأفراد بما يخالف المادة (34) من الدستور, والتي تنص على ان الملكية الخاصة مصونة [2]. فالأثر المباشر للأحكام الصادرة في النص الضريبي تثير الجدل حول الشخص الذي رفض أداء الضريبة المقضي بعدم دستوريتها فهل يلتزم بأدائها عن الماضي برغم الحكم بعدم دستوريتها ؟ ام ان مخالفة الضريبة للدستور تحلله من هذا الالتزام ؟ فان القول بان للحكم اثر مباشر سيؤدي الى عدم المساواة بين من دفع الضريبة وليس له حق استردادها , ومن تراخى في ذلك حتى الحكم بعدم الدستورية , واعفي منها بسبب هذا الحكم .كما انه استثنى المدعي في الدعوى الدستورية من الأثر المباشر حيث قرر استفادته بأثر رجعي من الحكم الصادر بعدم دستورية النص الضريبي , وهو ما يعني حقه وحده دون غيره من الممولين دافعي ذات الضريبة في استرداد المبالغ التي سبق له دفعها كضرائب قبل الحكم بعدم دستورية النص الضريبي , مع مراعاة ان سريان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي على المدعي في الدعوى الدستورية , بأثر رجعي , يتقيد بالقيود الواردة على قاعدة الأثر الرجعي , أي بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدور الحكم بعدم الدستورية , اما بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم (104) ونرى ان قصر الاستفادة من الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص ضريبي على المدعي في الدعوى الدستورية دون غيره من الممولين دافعي الضريبة , بحكم التعديل الذي ادخل على الفقرة الثالثة من المادة (49) , يعد أخلالا بمبدأ المساواة في المراكز القانونية المنصوص عليه في المادة (40) من الدستور, وتعارضا صريحا مع مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه في المادة (8) من ذات الدستور .

---

(1) د. محمد عبد الواحد الجميلي , آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا , مصدر سابق , ص93 .

(2) د. رفعت عيد سيد , الوجيز في الدعوى الدستورية , مصدر سابق , ص502.

الفرع الثاني

موقف القضاء الدستوري في العراق

إزاء خلو دستور العراق لسنة 2005 وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 من تحديد الأثر الزمني للحكم الصادر بالإلغاء , وهل هو يسري بأثر رجعي أم بأثر مباشر, فإننا سنتناول ما درجت عليه المحكمة الاتحادية العليا في أحكامها الصادرة في الدعاوى الدستورية , فالقاعدة العامة بالنسبة للأحكام القضائية انها كاشفة وليست منشئة , فهي لا تنشىء الحق وإنما تكشف عن وجوده , ومن هنا فان المنطق القانوني المجرد يحتم ان يكون للحكم الذي يصدر مقررا عدم الدستورية بأثر رجعي يمتد الى تاريخ صدور القانون غير الدستوري .

وبناءً على ما تقدم فقد تباينت قرارات المحكمة الاتحادية العليا في تحديد الوقت الذي ينفذ منه اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية , وما اذا كان ينفذ منذ صدوره فيكون له اثر مباشر, أم ينفذ من وقت وقوع المخالفة الدستورية , فيكون له اثر رجعي[1] .

فالحكم الصادر بعدم الدستورية هو كاشف عن حقيقة القانون المعروض على المحكمة كما قررت بعض النظم القضائية ذلك , وهذا يعني ان العيب الدستوري الذي لحق بالقانون موجود فيه منذ ميلاده , وما الحكم الصادر بعدم الدستورية الا كاشف له , وهذا يعني ان هذا القانون لم يكن قانونا بالمعنى الصحيح , فهو مخالف للدستور, والنتيجة المترتبة على ما سبق هو الأثر الرجعي للحكم الصادر بالإلغاء , فيعد القانون منعدم القيمة القانونية لا من وقت صدور الحكم , وانما من وقت صدوره هو, وبذلك ينسحب هذا الاثر الرجعي على كافة العلاقات القانونية التي نشأت بمقتضاه , وعلى الأوضاع والحقوق والواجبات التي تقرر في ظله , إذ لا تجد هذه العلاقات والأوضاع أساسا قانونيا آخر غير القانون الذي قضي بعدم دستوريته, ويتضح من هذا الاتجاه ان مبدأ الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية لا يسري في جميع الأحوال , فانه قد يصطدم باعتبارات الواقع , كما انه قد يؤدي تطبيقه في بعض الأحيان إلى نتائج غير مقبولة او غير عادلة مما يقتضي التغاضي عنه تفاديا لتلك النتائج , اذ ان تطبيق المبدأ بكل أبعاده يمكن ان يخلق أوضاعاً غير مرضية او تؤثر تأثيرا سيئا على أوضاع مستقرة [2].

وقد أخذت المحكمة الاتحادية العليا بهذا الاتجاه في بعض أحكامها , وفي قرار لها بهذا المضمون نقرأ "وحيث ان الملكية الخاصة مصونة في ظل أحكام المادة السادسة عشر من دستور جمهورية العراق الصادر في 16/تموز/1970 (الملغي) وفي ظل المادة (23) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ لذا لا يجوز لأي تشريع ان يخالف هذا الحكم الدستوري وينزع الملكية بدون سبب من القانون وحيث

---

(1) د. رمزي الشاعر , القضاء الدستوري في مملكة البحرين , مصدر سابق , ص200

(2) احمد علي عبود الخفاجي , آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية (دراسة مقارنة) , رسالة دكتوراه , كلية القانون جامعة بابل , 2015 , ص266 .

لم يتوفر أي سبب من أسباب نزع الملكية للدار العائدة الى (م.م.ح) مورث المدعيين المرقمة (8/119) مقاطعة (11) مزرعة حمدي وتسجيلها بأسم (ز.ع.ح) لذل يكون قرارمجلس قيادة الثورة (الملغي) رقم (39) الصادر في 1982/1/5 قد صدر مخالفا للدستور مما يقتضي الغاءه لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا بالإجماع إلغاء القرار المذكور واعادة تسجيل الدار الموصوفة في اعلاه باسم مورث المدعيين (م.م.ح) مع تحميل المدعى عليها مصاريف الدعوى واتعاب محاماة وكيل المدعيين المحامي (ل.ع) بمقدار خمسة وعشرين الف دينار وصدر الحكم باتا استنادا للفقرة الثانية من المادة (5) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 وافهم علنا في 17/جمادى الآخرة/1428ه الموافق 2007/7/2"[1]

كما ان المحكمة الاتحادية العليا و في حكم آخرلها قضت بعدم دستورية المادة (25) من قانون هيأة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010[2] , اذ جاء في قرارها " وحيث ان المبدأ الوارد في المادة (25) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 قد جاء بمبدأ يتعارض مع مبدأ المساواة بين المواطنين في الحصول على تعويض عن العقارات التي انتزعت منهم سيما في حالات الاستملاك القضائي كما انه جاء متعارضا مع مبدأ حجية الأحكام المنصوص عليها في المادة (105) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل والتي تنص على ان "الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت على درجة البتات تكون حجة بما فصلت من الحقوق اذا اتحدت أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا " [3], وان المادة (106) منه نصت على "لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الثابتة" وحيث ان المادة (25) من القانون رقم (13) لسنة 2010 قد اخل بمبدأ المساواة بين المواطنين في الحصول على التعويض عن عقاراتهم التي انتزعت منهم الوارد في المادة (14) والمادة (19/سادسا) من الدستور لذا فان المادة المذكورة متعارضة مع المبدأ المذكور ومن ثم تكون مخالفة للمادة (14و16 /سادسا) من الدستور ومتعارضة مع مبدأ حجية الأحكام المنصوص عليه من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل ولان لنصوص الدستورعلوية في التطبيق وعليه يعد نص المادة (25) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 معطلة لمخالفتها الدستور استنادا للمادة (14و19/سادسا) منه لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستوريتها "[4], وبذلك فان الحكم بعدم

---

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا , رقم 5/اتحادية/2007 في 2007/7/2 , من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا :http://www.iraqfsc.iq/ .

(2) تنص المادة (25) من قانون هيأة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 على أنه "يحق للذين وقع عليهم غبن نتيجة تطبيق القانون رقم (2) لسنة 2006 بما يخص التعويض وقت اقامة الدعوى ولهم الحق بإقامة الدعوى بموجب القانون الجديد بأثر رجعي لرفع الحيف عنهم" .

(3) قرار المحكمة الاتحادية العليا , رقم 4/اتحادية/2007 في 2007/7/2, ينظر : علاء صبري التميمي , مصدر سابق , ص41-43 .

(4) قرار المحكمة الاتحادي العليا , رقم 114/اتحادية/2013 في 2013/12/4, من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا :http://www.iraqfsc.iq/

دستورية المادة (25) من قانون هيأة دعاوى الملكية وتعطيل حكمها هو بيان بمنزلة إعلان عن عدم وجودها منذ تاريخ صدورها بتاريخ نشر قانون دعاوى ملكية رقم (13) لسنة 2010 في جريدة الوقائع العراقية بتاريخ 2010/3/9 والمراكز التي نشأت في فترة نفاذها تكون ملزمة بالمقدار الذي لا يتعارض مع الدستور اذا كانت تتعلق بترتيب حقوق ثابتة ومستقرة لان القول بغير ذلك يؤدي الى عدم استقرار المعاملات[1].

ويستنتج من ذلك , ان المحكمة الاتحادية العليا قد أخذت بقاعدة الأثر الرجعي , إلا أن ذلك لم يمنعها من الأخذ بالأثر المباشر, ذلك ان مزايا نفاذ الحكم بأثر رجعي لا يمنع المحكمة في ان تصدر أحكاما ذات اثر مباشر , طالما كان إعمال هذه الآثار أكثر تناسبا مع ظروف القضية المعروضة عليها.

ومن جانب آخر فقد استقرت أحكام المحكمة الاتحادية العليا بأن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه , ينتج أثره اعتبارا من يوم صدوره , وهو ما يسمى بالأثر المباشر, بمعنى ان القاعدة القانونية التي تضمنها النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته تظل حاكمة للوقائع التي حدثت في الماضي , أي قبل نشر الحكم بذلك , ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا في ذلك حكمها الصادر في 2007/4/26 بعدم دستورية المادة (15/ثانيا) من قانون الانتخابات رقم (16) لسنة 2005[2], لتعارضها مع أحكام المادة(49/أولا) من الدستور[3] وللسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقا لأحكام المادة (49/أولا) من الدستور على ان لا يمس الإجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية ....."[4].

كما قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستورية نص الفقرة (رابعا) من المادة (11) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (14) لسنة 1991 (4) وذلك في حكمها في 2007/7/2 اذ جاء في قرارها "... ولما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية نص الفقرة (رابعا)

---

(1) كذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية القرار الصادر من رئيس النظام السابق رقم (67) فقد جاء في قرارها "لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بالغاء القرارقم (67) المؤرخ (2001/7/31) الصادر من رئيس النظام السابق واعادة الحالة الى ما كانت عليهلقطعة الارض موضوع الدعوى" قرار المحكمة الاتحادية العليا , رقم 60/اتحادية/2009في 2010/7/12, من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا :http://www.iraqfsc.iq/

(2) نصت المادة (15/ثانيا) من قانون الانتخابات رقم (16) لسنة 2005 على انه "تكون كل محافظة وفقا للحدود الادارية الرسمية دائرة انتخابية تختص بعدد من المقاعد يتانسب مع عدد الناخبين المسجلين في المحافظة حسب انتخابات (30/كانون الثاني/2005) المعتمد على نظام البطاقة التموينية".

(3) نصت المادة (49/اولا) من دستور العراق لسنة 2005 على انه "يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله , يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر, ويراعى تمثيل سائر مكونات الشعب فيه".

(4) قرار المحكمة الاتحادية العليا , رقم 15/اتحادية/2006 في 2007/4/26, ينظر: علاء صبري التميمي , قرارات وآراء المحكمة الاتحادية العليا , نشر وتوزيع مكتبة صباح , بغداد , 2009, ص23-26.

من المادة (11) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (14) 1991 وبقدر تعلق الامر بعدم إخضاع عقوبتي لفت النظر والإنذار الى الطعن مما يقتضي إلغاء هذه الفقرة من السلطة التشريعية حسب الاختصاص وإحلال فقرة جديدة محلها تخضع جميع العقوبات الانضباطية الى الطعن تطبيقا لأحكام المادة (100) من دستور جمهورية العراق[1].

وكذلك من تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا حكمها في 2010/3/3 إذ قررت المحكمة عدم دستورية المادة (1/ثالثا/ج) من قانون تعديل قانون الانتخابات رقم 26 لسنة 2009 , فقد جاء في قرارها "...لذا قررت المحكمة بعدم دستورية الفقرة (ج) من البند (ثالثا) من المادة الأولى من قانون رقم (26) لسنة 2009 قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (16) لسنة 2005 لتعارضها مع المادة (14) و(20) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 وإشعار السلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقا لأحكام المادة (14) و (20) من الدستور باعتبار المقاعد المخصصة من الكوتا للمكون الصابئي المندائي كافة ضمن دائرة انتخابية واحدة على ان لا يمس ذلك الإجراءات المتخذة لانتخاب اعضاء مجلس النواب لعام 2010 "[2].وأعلنت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها في 2010/6/14 عدم دستورية المادة (3/رابعا) من القانون رقم 26 لسنة 2009 [3], إذ جاء في قرارها "... قررت المحكمة الحكم بعدم دستورية الفقرة (رابعا)من المادة (3) من القانون رقم 26 لسنة 2009 (قانون تعديل قانون الانتخابات رقم 16 لسنة 2005) , على ان لا يخل هذا الحكم بما تم في عملية توزيع المقاعد الشاغرة في انتخاب مجلس النواب لسنة 2010 بعد ما جرى تصديق نتائجها النهائية من المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ 2010/6/1 "[4].وقضت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها في 2012/10/22 عدم دستورية المادة (13) من قانون انتخاب مجلس المحافظات رقم (26) لسنة 2008, وقد جاء في قرارها" وبناء على ما تقدم وحيث ثبت من النصوص التشريعية المتقدم ذكرها ان الفقرة خامسا من المادة (13) من قانون انتخابات مجالس

---

(1) تنص المادة (100) من دستور العراق لسنة 2005 على انه "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار اداري من الطعن".

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا , رقم 6/اتحادية/2010 في 2010/3/3, وقرارها رقم 7/اتحادية/2010 في 2010/3/3, وقرارها رقم 11/اتحادية/2010 في 2010/6/14 من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا : http://www.iraqfsc.iq/ .

(3) تنص المادة (3/رابعا) من قانون تعديل قانون الانتخابات رقم 26 لسنة 2009 على انه "تمنح المقاعد الشاغرة للقوائم الفائزة التي حصلت على عدد من المقاعد بحسب ماحصلت عليه من الاصوات".

(4) قرار المحكمة الاتحادية العليا , رقم 12/اتحادية/2010 في 2010/6/14, 2010 من منشورات شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) عبر موقع المحكمة الاتحادية العليا : http://www.iraqfsc.iq/ .

المحافظات رقم (26) لسنة 2008[1] تتعارض معها وتخرق مضامينها لذا قرر الحكم بعدم دستوريتها استنادا الى أحكام المادة (93/أولا) من الدستور والمادة (4/ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 وإلزام المدعى عليه إضافة لوظيفته بتشريع نص يؤمن تطبيق أحكام المواد الدستورية المتقدم ذكرها..."[2].

(1) نصت المادة (13/خامسا) من قانون انتخابات مجالس المحافظات رقم (26) لسنة 2008 على انه "تمنح المقاعد الشاغرة عند وجودها للقوائم المفتوحة الفائزة التي حصلت على اعلى عدد من الاصوات بحسب نسبة ماحصلت عليه من المقاعد لاستكمال جميع المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية"

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا, رقم 67/اتحادية/2012 في 2012/10/22, ينظر: جعفر ناصر حسين وفتحي الجواري , أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا , نشر وتوزيع مكتبة صباح , بغداد , 2013, ص72– 74 .

الخاتمة

الخاتمة

حقيق بنا بعد ان وصلنا الى نهاية مطاف هذه الدراسة المتواضعة التي سلطنا فيها الضوء على جانب حديث ومهم وحيوي من جوانب القضاء الدستوري في العراق آلا وهو (**النظام القانوني للدعوى الدستورية في العراق – دراسة مقارنة -**) , لابد ان نشير الى جملة من الاستنتاجات التي توصلنا اليها مدعومة بالمقترحات والتي نضعها بيد المشرع العراقي لمعالجة هذا الموضوع مستقبلا .

أولا : الاستنتاجات :

1- لم يضع المشرع العراقي تعريفا جامع مانع لمفهوم الدعوى الدستورية حيث ترك الباب مفتوحا لآراء الفقه والمبادىء العامة حيث كان يفترض به ان يحدد مفهوم الدعوى الدستورية من خلال وضع تعريف شامل لها .

2- ان الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا تستهدف صيانة الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه حيث يعد القانون الاسمي والأعلى والذي يرسي الأصول والقواعد التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة وهذا الهدف لا يتحقق الا اذا انبسطت رقابة القضاء على كافة التشريعات وعلى اختلاف أنواعها ومراتبها وسواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من السلطة التشريعية ام كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري , ذلك احتمال الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة اليها جميعا , بل ان هذا الاحتمال اقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية , التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في مراحل إعدادها جميعها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التي تمثل الكثرة بين التشريعات , لذلك حرص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على توسيع نطاق رقابة المحكمة الاتحادية العليا بجعلها تنبسط على جميع القوانين والأنظمة .

3- ان الدعوى الدستورية دعوى قضائية ذات طبيعة خاصة وذلك من خلال طرق تحريكها كما انها تعتبر الطريق الطبيعي للطعن بكافة القوانين والانظمة التي تصدر من السلطة التشريعية ام التنفيذية ام من أي جهة تملك حق اصدارها وهذا بفضل الرقابة القضائية على دستورية القوانين متمثلتا بالمحكمة الاتحادية العليا كما نص دستور 2005 في المادة 93

الفقرة اولا (الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة) حيث ان المشرع ومن خلال هذه الفقرة يتضح انه قد ساوى بين التشريع الأصلي والتشريع الفرعي فهو يتصدى ومن خلال القضاء الدستوري لكل أشكال القوانين المخالفة للنصوص الدستورية وبغض النظر عن الجهة التي أصدرتها .

4- اقر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 والنظام الداخلي للمحكمة حق المواطن الاعتيادي او كل ذي شأن تكون له مصلحة شخصية حالة ومباشرة , في تحريك الدعوى الأصلية والمباشرة , بطلب الحكم بإلغاء التشريع المخالف للدستور , ويعد ذلك استجابة أمينة لمقتضيات المبدأ الدستوري الثابت بشأن كفالة حق التقاضي للجميع وكذلك فأن الترخيص لكل ذي مصلحة بحق تحريك الدعوى الأصلية والمباشرة ضد التشريعات المخالفة للدستور انما هو في النهاية تأكيد على حقه في المشاركة في إقامة العدالة وكفالة الشرعية في الدولة , لذلك نؤكد ضرورة تبني ذات الاتجاه من المشرع في ظل قانون المحكمة الاتحادية العليا .

5- من اجل تثبيت مكانة المحكمة الاتحادية العليا فقد جعل المشرع الدستوري أحكام هذه المحكمة وقراراتها باتة وملزمة للسلطات كافة .

6- يشترط في الدعوى المدنية او دعوى القضاء الكامل ان يكون رافعها صاحب حق , بينما في الدعوى الدستورية يكفي ان يكون رافعها صاحب مصلحة .

7- المشرع العراقي في قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي على خلاف المشرع والقضاء المصري , فقد اخذ بحق الأفراد بالطعن المباشر بعدم الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية , لكنه لم يجعل هذا الحق مطلقا بل قيده بشروط تتعلق بشرط المصلحة ومنها ان تكون حالة ومباشرة ومؤثرة , وان يقدم الطاعن الدليل على ان ضررا واقعيا قد لحق به من جراء هذا التشريع المطعون فيه .

8- أصحاب الصفة في الدعوى الدستورية , الخصوم في الدعوى الموضوعية كالاصيل او الوكيل بالخصومة او الخصم المتدخل انضماميا بالنسبة للخصم في الدعوى المدنية , وقد يكون الممثل القانوني للأشخاص المعنوية العامة او الحكومة بالنسبة للخصم في الدعوى الإدارية , والمجنى عليه والمتهم والادعاء العام بالنسبة للدعوى االجنائية .

9- من الملاحظ ان الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا وكذلك المحكمة الدستورية العليا لها حجية مطلقة على الكافة من سلطات وأفراد , لكن ينبغي ملاحظة ان الأحكام التي تصدر من هذه المحاكم بناء على عيب شكلي كعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة او المصلحة لدى رافعها , هنا يعد الحكم الصادر في الدعوى حجية نسبية , اما الأحكام الصادرة استنادا على عيب موضوعي فلها حجية مطلقة سواء انتهت هذه الأحكام الى دستورية القانون ام الى عدم دستوريته .

10- . تأخذ بعض الدول بأسلوب الدعوى الأصلية الذي يتمثل برفع الدعوى ابتداءً أمام الجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية القوانين، ومن دون أن تكون مسبوقة بدفع في دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم، فمقتضى هذا الأسلوب أن يهاجم المدعي القانونَ بصفة أصلية ومستقلة طالباً إلغاءه، ومن ذلك يتضح أن أسلوب الدعوى الأصلية وسيلة هجومية تتم بواسطتها مهاجمة القانون والطعن فيه بطريق مباشر استقلالاً عن أي نزاع آخر، وتكون نتيجته إلغاء القانون المخالف للدستور.

وعلى الرغم من أن الفقه الدستوري في بعض الدول واستناداً إلى المنطق القانوني فإنه يربط بين نظام الرقابة المركزية على دستورية القوانين، ورقابة الإلغاء عن طريق الدعوى الأصلية، ومن ثم يكون الأثر الطبيعي لهذه الرقابة هو اعتبار النص غير الدستوري كأن لم يكن، إلاّ أن هذا الربط بين هذه الأنظمة ليس حتمياً من الناحية العملية والقانونية، إذ يمكن المزج بين هذه الأنظمة بما يتفق مع ظروف كل دولة، مثلما فعل المشرع المصري، إذ بالرغم من اعتناقه لمبدأ مركزية الرقابة على دستورية القوانين، إلاّ أنه لم يتبع أسلوب تحريك هذه الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، كما أنه لم يخول هذه المحكمة سلطة إلغاء النصوص غير الدستورية صراحةً وإنما اكتفى بالنص على عدم جواز تطبيق نص القانون الذي يحكم بعدم دستوريته مما أثار جدلاً واسعاً بين الفقه بخصوص ماهية أثر الحكم الصادر بعدم دستورية القانون المخالف للدستور.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي قوة نفاذ القانون، إذ يرى أن الحكم الصادر بعدم الدستورية لا يؤدي بنفسه إلى إلغاء النص، وإنما يقتصر أثره على إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته، وأن ما يترتب على الحكم الصادر بعدم

الدستورية، وطبقاً لما بينته المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته، وهذا الأثر يتساوى عملاً مع الإلغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقاً للتحديد الذي رسمه المشرع، بحيث لا يكون بوسع أية جهة تطبيقه.

ويمكن القول إنَّ النتيجة العملية المترتبة على الحكم الصادر بعدم الدستورية هي سقوط النص المقضي بعدم دستوريته من مجال التطبيق، إذ ليس هناك فارق من الناحية العملية بين إلغاء النص أو إلغاء قوة نفاذه، ذلك أن النص المحكوم بعدم دستوريته سيفقد كل قيمة عملية تطبيقية مما يسوغ أنه يصبح وكأنه غير موجود، وإنْ كان الأمر يقتضي تدخل السلطة التشريعية لإلغاء أو تعديل النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته إعمالاً للحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا.

وفي العراق فإنَّ الأثر الموضوعي المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو إلغاء القانون المقضي بعدم دستوريته وذلك بموجب المادة (1/86) من القانون الأساسي العراقي لسنة 1925، والمادة (1/6) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر استناداً إلى دستور 1968 المؤقت، والمادة (44/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، والمادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 الصادر استناداً إلى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية. ومن ثم فلا يتصور عدول المحكمة المختصة بالرقابة على الدستورية في ظل هذه الدساتير، عن حجية أحكامها بعدم الدستورية لأن حكم الإلغاء يترتب عليه انعدام وجود القانون المقضي بعدم دستوريته.

أما الأثر الزمني للحكم الصادر بالإلغاء، فإنَّ تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية من المحكمة الدستورية العليا المصرية في ضوء المادة (3/49) من قانون المحكمة بعد تعديلها بموجب القرار بقانون رقم 168 لسنة 1998، يكون كالآتي:

1- الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص القانونية واللائحية بصفة عامة.

إنَّ القاعدة هي سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي، باستثناء الحقوق والمراكز المكتسبة بحكم من حاز قوة الأمر المقضي أو بالتقادم، ما لم تحدد المحكمة الدستورية العليا تاريخاً آخر لسريان أثر الحكم في المستقبل.

2- يتوقف معرفة أثر الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائي، على طبيعة الحكم الصادر من محكمة الموضوع في الدعوى الموضوعية استناداً إلى هذا النص الجنائي المقضي بعدم دستوريته، وهل كان حكماً بالبراءة أم بالإدانة، فإذا كان الحكم في الدعوى الموضوعية بالبراءة، فإنَّ الحكم الصادر بعدم الدستورية يسري بأثر مباشر على هذا الحكم، أما إذا كان الحكم الصادر في الدعوى الموضوعية بالإدانة فإنَّ الحكم الصادر بعدم الدستورية يسري بأثر رجعي على هذا الحكم ويعدّ في هذه الحالة كأن لم يكن حتى وإنْ كان باتاً.

3- الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية.

إنَّ القاعدة هي سريان الحكم الصادر بعدم دستورية النصوص الضريبية بأثر مباشر، والاستثناء هو الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية بالنسبة للمدعي في الدعوى الدستورية، حتى يستفيد من الحكم الصادر بعدم دستورية النص الضريبي.

وفي العراق فإنَّه في ظل القانون الأساسي العراقي لسنة 1925 وبموجب المادة (1/86) بعد تعديلها بموجب قانون التعديل الثاني للقانون الأساسي العراقي رقم 69 لسنة 1943، فإنَّ الحكم الصادر بعدم الدستورية يكون له أثر مباشر، على أن تقوم الحكومة بإصدار تشريع يكفل إزالة الأضرار المتولدة عن تطبيق القانون الملغي. وقد رتبت المادة (1/6) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 189 لسنة 1969 الصادر استناداً إلى دستور 1968 المؤقت الأثر المباشر ذاته على الحكم الصادر بعدم الدستورية، إلا أنها لم تلزم الحكومة بإصدار تشريع يضمن تعويض الأفراد الذين تضرروا من تطبيق القانون المخالف للدستور، كما فعلت المادة (1/86) من القانون الأساسي العراقي لسنة 1925.

أما قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 الذي صدر استناداً إليه، فإنَّهما جاءا خاليين من تحديد

النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية نص تشريعي. كما أن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 جاء هو الآخر خالياً من تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية.

ويمكن القول من خلال استقراء تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا أن المحكمة قد أخذت بالأثر المباشر، فالمحكمة عندما تقرر هذا الأثر إنما تقرره نتيجة اعتبارات معينة، ومنها المصلحة العامة المتمثلة في الاستقرار القانوني، كما وتتفق هذه القاعدة مع مقتضيات الحفاظ على الأمن القانوني.

11- إنَّ أثر أحكام القضاء الدستوري الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي يمثل محور الارتكاز الرئيس في حماية الحقوق والحريات العامة التي تعدّ الهدف الأساس الذي يسعى إلى تحقيقه نظام الحكم في دولة القانون. فالدور الرئيس الذي يؤديه القضاء الدستوري من خلال أحكامه بعدم الدستورية، يعدّ ضمانة رئيسة وفعّالة لمراعاة المشرع للقواعد الدستورية الكافلة للحقوق والحريات العامة.

وقد أدت المحكمة العليا الأمريكية من خلال أحكامها بعدم الدستورية دوراً حيوياً في حماية الحقوق والحريات العامة وتحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين، واستطاعت من خلال أحكامها بعدم الدستورية أن تلقي بظلالها على الحياة القانونية وأن تصبح هي الحامي للدستور والحافظ لحقوق الأفراد وحرياتهم. كما استطاعت المحكمة الدستورية العليا المصرية، أن تؤكد وجودها وتثبت بما لا يدع مجالاً للشك أنها حارس أمين وقوي على أحكام الدستور ومبادئه لاسيما ما تعلق منها بحقوق الأفراد وحرياتهم، وأنها أثرت من خلال أحكامها بعدم الدستورية على جوانب الحياة العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

أما القضاء الدستوري في العراق، فإنَّ أحكامه بعدم دستورية التشريعات المتعلقة بالحقوق والحريات العامة تكاد تكون نادرة، وهذا إنْ دلَّ على شيء فإنَّه يدل على أن هذا القضاء لم يؤدِ دوره المنشود في حماية الحقوق والحريات العامة حتى في ظل الدساتير التي نصت على إنشاء قضاء دستوري متخصص.

ثانيا:- المقترحات :

1- من خلال هذه الدراسة نجد من الضروري ان تخصص مادة تسمى با (القضاء الدستوري) تدرس في جميع كليات القانون اسوة بمادة القضاء الاداري , وذلك من اجل سد هذا الفراغ الكبير والمهم حتى يكون هنالك اهتمام ملحوظ لهذا الفرع وخصوصا بعد التحول الكبير الذي شهده العراق بعد العام 2003 .

2- ندعوا المشرع العراقي لوضع تعريف جامع وشامل لمفهوم الدعوى الدستورية

4- ندعوا مجلس النواب الى ضرورة تعديل قانون النشر في الجريدة الرسمية ليتضمن نصا يوجب نشر القرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا في الجريدة الرسمية , ليتسنى للجميع للاطلاع عليها وعدم الاعتداد بالجهل بها.

5- من الملاحظ ان هناك قصور في التسبيب القانوني لغالبية قرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا في حين ان للتسبيب أهمية بالغة لأنه وسيلة اقناع الخصوم , ويمكن ملاحظة هذا القصور من خلال المقارنة بينها وبين الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في مصر .

6- ضرورة الاخذ بالتفسير الواسع لمفهوم المصلحة في الدعوى الدستورية بحيث تشمل المصلحة المحتملة والاعتداد بها في قبول الدعوى الدستورية اتفاقا والطبيعة العينية لهذه الدعوى وما تهدفه الى إعلاء الشرعية الدستورية واهدار النصوص التشريعية بقدر تهاترها مع أحكام الدستور .

7- نقترح تعديل المادة (94) من دستور العراق لسنة 2005 والتي تنص على (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة) , وذلك بان يكون نص هذه المادة على الشكل الآتي (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات العامة والكافة) . وذلك لان الحجية المطلقة لاحكام المحكمة الاتحادية العليا تثبت في مواجهة السلطات العامة اولا وفي مواجهة الجميع من الاغيار من الاشخاص الطبيعية والاعتبارية ثانيا , في حين ان نص المادة "94" من دستور العراق لسنة 2005 يجعل هذه الحجية تثبت للسلطات العامة في الدولة بدون الكافة من الاغيار , وهذا يعد قصورا في النص الدستور يجب تلافيه .

8- ضرورة النص صراحة في الدستور على التزام المشرع الاصلي او الفرعي بالغاء النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته او تعديله خلال مدة زمنية محددة من تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا , وذلك حتى يتحقق بالفعل لأحكام هذه المحكمة الحجية المطلقة والملزمة لسلطات الدولة كلها , ولتفادي حدوث أي فراغ تشريعي قد يهدد الأمن القانوني للدولة .

9- ضرورة النص صراحة في الدستور على الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية من المحكمة الاتحادية العليا , على ان يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم , مع الاعتراف للمحكمة الاتحادية العليا _ بنص صريح في الدستور _ بسلطة تقرير الأثر المباشر او الأثر المستقبلي لحكمها بعدم الدستورية في بعض الحالات في ضوء الظروف الخاصة ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها وذلك لمعالجة بعض المشكلات العملية التي قد تترتب على إطلاق تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية .

10- ضرورة النص صراحة في الدستور على تحديد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الأتحادية العليا , وهو ما يتفق مع تقدير الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education

And Scientific Research

College of Law And Political Sciences University of Kirkuk

Department of Law Higher Studies

Legal system of constitutional actions in Iraq

(comparative study)

A Thesis Submitted by:

Student: Bashar mohammed jari Al juboury

To The Council of College of Law And political Sciences

University of Kirkuk

It Is partial of Fulfillment To Get master Degree in public Law

Under The Supervision Of

Prof: fawzee Husein Salman AL: juburee

Professor of general constitntionad law

1438 2017