جامعة بنها
كلية الحقوق ـ الدراسات العليا
قسم القانون العام

طرق رفع الدعوى الدستورية
بحث مقدم إلى كلية الحقوق - جامعة بنها

إشـــــراف

الأستاذ الدكتور
محمد الشافعي
أستاذ القانون العام في كلية الحقوق – جامعة بنها

الأستاذ الدكتور
منصور محمد أحمد
أستاذ القانون العام ووكيل كلية الحقوق- جامعة المنوفية

إعداد

نجم عبود فيصل الجنابي

١٤٤٢هـ - ٢٠٢٠م

المقدمة:

لتفعيل الرقابة القضائية على دستورية القوانين، يجب معرفة الطرق التي تحرك بها هذه الرقابة أمام المحكمة المختصة، وإلا أصبح الحديث عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين حديثاً مترفاً بدون تفعيل، أو مضموناً بحثياً دون إكمال له على أرض الواقع، لذلك كانت طرق تحريك الدعوى الدستورية وآليات وإجراءات ممارستها أمام المحاكم المختصة.

ويكون ذلك من خلال ثلاث طرق – آليات – **الطريقة الأولى:** من خلال الدعوى الأصلية، تتمثل في لجوء أحد الأفراد أو السلطات في الدولة – عن طريق دعوى أصلية– إلى المحكمة المختصة بنظر الدستورية مباشرة. **الطريقة الثانية:** طريقة الدفع والإحالة، من خلال صورتين الأولى، الدفع من جانب الأفراد وذلك بأن يدفع أمام المحكمة الموضوعية بعدم دستورية قانون أو لائحة، فتقوم المحكمة الموضوعية بالإذن للخصم في رفع الدعوى الدستورية خلال أجل محدد، والصورة الثانية من خلال إحالة محكمة الموضوعية الدعوى إلى المحكمة الدستورية لتقضي فيها، بمناسبة دعوى موضوعية منظورة أمامها. أما **الطريقة الثالثة:** "التصدي" أن تتصدى المحكمة الدستورية مباشرة وتنظر الدعوى الدستورية بطريق التبعية نتيجة دعوى منظوره أمامها.

أهمية البحث:

يمكن القول أن رقابة دستورية القوانين تعتبر من أنجح الوسائل التي ابتكرها الفقه والقضاء لحماية سيادة القوانين، مما جعلها تمثل مرتبة هامة بين الموضوعات التي حظيت باهتمام كبير لدى الفقه الدستوري.

لذا تأتي أهمية هذا البحث بوصفه محاولة لتحليل النصوص الدستورية الناظمة للرقابة، وذلك من خلال آليات محددة لممارسة هذا الدور، سواءً التي تمارسه المحكمة الدستورية العليا في مصر أو المحكمة الاتحادية العليا بالعراق.

كما تكمن أهمية هذه الدراسة أيضًا من خلال إبراز دور وفعالية المحاكم الدستورية في القيام بالرقابة على القوانين، من خلال الآليات التي تعتمد عليها في الرقابة الدستورية، بالإضافة إلى الكشف عن المعوقات التي تؤثر على تلك الفعالية.

مشكلة الدراسة:

تبرز المشكلة الرئيسية للبحث من منطلق كيفية الحماية القانونية للحقوق والحريات من التعدي من جانب السلطات سواءً التشريعية أو التنفيذية أو القضائية في السلم الأدنى، وذلك حفاظًا على الشرعية أو المشروعية الدستورية، ولا يكون ذلك مجديًا إلا من خلال وجود آليات محددة لكيفية اللجوء للحماية، من ذلك التعدي من خلال اللجوء للسلطة القضائية متمثلة في المحكمة الدستورية.

وبناءً على ما تقدم؛ تتمثل إشكالية البحث في الكشف عن الطعن في الدستورية والإجراءات اللازمة لمتابعة الدعوى الدستورية.

مما سبق تتلخص مشكلة البحث في الإجابة على عدة أسئلة أو فروض:

١- ما هي طرق الرقابة الدستورية، وما شروط قبول الدعوى الدستورية في العراق وفي الأنظمة المقارنة؟

٢- من أصحاب الحق في تحريك الدعوى الدستورية في العراق، والأنظمة الدستورية المقارنة، وأخصها جمهورية مصر العربية؟

أهداف الدراسة:

تستهدف هذه الدراسة بشكل أساسي، التعرف على واقع آليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في كلٍ من العراق وجمهورية مصر العربية، وصولًا إلى عدد من الأهداف الهامة:

الهدف الأول: التعرف إلى الجهة التي تمارس عملية الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق ومصر.

الهدف الثاني: التعرف إلى أصحاب الحق في تحريك الدعوى الدستورية وطرق ممارسة هذا الحق، وإجراءات سيرها.

منهجية الدراسة:

اعتمد الباحث على عدة مناهج منها المنهج التحليلي، حيث قمنا بتحليل النصوص القانونية المعتمدة في دراستنا لدساتير كل من أمريكا، مصر، العراق، وكذا النظام المحدد لقواعد عمل المحاكم الدستورية فيها.

كما اعتمد الباحث على المنهج المقارن، من خلال رصد وتفسير وتقييم آراء فقهاء القانون، والمقارنة بين الأنظمة المتبعة، وخصوصًا جمهورية مصر العربية وفرنسا وأمريكا، وأيضًا على المنهج التحليلي والذي من خلاله تم تناول جزئيات المشكلة موضوع البحث، مع بيان وجهة النظر الفقهية والقضائية، ووجهة النظر الذاتية للباحث.

المبحث الأول

الدعوى الأصلية (الدعوى المباشرة)

تفترض هذه الرقابة قيام المتضرر من قانون ما، الطعن فيه بدعوى أصلية أمام المحكمة المختصة بنظر دستورية القوانين، فإذا تحققت المحكمة من وجود هذه المخالفة الدستورية، قضت بإلغاء القانون المخالف للدستور بحكم نهائي لا يقبل الطعن وله حجية مطلقة أمام الكافة، فهي طريقة هجومية[١٨٠٢]؛ لأن المتضرر لا ينتظر تطبيق النص عليه، بل قد يطعن دون انتظار التطبيق طالبًا إلغائه[١٨٠٣].

(١٨٠٢) إن أطراف هذا النوع من الدعاوى هو المدعي الذي يطالب بإلغاء نص قانوني يرى أنه غير دستوري، ومدعى عليه وهو عمل قانوني (النص)، يتم مهاجمته، لذلك يسمى هذا الأسلوب بالأسلوب الهجومي. انظر: د/ محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة الاسراء، القاهرة، ١٩٩٣م، ص: ٢٢٣.

(١٨٠٣) للمزيد من التفصيل انظر: د/ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين(المبادىء النظرية والتطبيقات الجوهرية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص:٢٦٣، وأيضًا: د/ إبراهيم درويش: القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الثانية، دارالنهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٤م، ص: ١٩١.

وتؤدى هذه الطريقة إلى حل المشاكل الدستورية بالنسبة لقانون ما مرة واحدة وبصورة حاسمة وجذرية، فالحكم بعدم دستورية قانون ما يقضي إلى بطلانه وإلغائه في مواجهة الكافة، وإلزام جميع هيئات ومحاكم الدولة بعدم تطبيقه، بحيث تثور مشكلة دستوريته مرة أخرى(١٨٠٤).

ويستوى في ذلك أن يكون الطعن بعدم دستورية تلك النصوص التشريعية – قانونية كانت أو لائحية – مباشرة وبمجرد إصدارها، ودون انتظار تطبيقها، أو اشتراط كونها محلًا لنزاع قضائي مطروح أمام أي جهة من جهات القضاء(١٨٠٥).

والواقع أن القانون الدستوري المقارن قد حوى دولًا تبيح للأفراد حق اللجوء المباشر إلى المحكمة الدستورية العليا، ودولًا أخرى لا تبيح للأفراد ذلك، ومثال الدول الأولى سويسرا في دستورها الصادر ٢٩ مايو ١٨٧٤، فيجوز لكل ذي مصلحة حالية أو مستقبلية أن يطعن أمام المحكمة العليا الاتحادية بعدم دستورية القوانين الصادرة من الولايات، ودستور كوبا سنة ١٩٥٣، ودستور أسبانيا ١٩٣١، وكذلك الدستور الليبي الصادر عام ١٩٥٣، ودستور السودان الصادر عام ١٩٧٣.

أما الأنظمة الدستورية الأخرى، فقد حرمت الأفراد من اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا، وقصرت هذا الحق على بعض الهيئات، وذلك خشية أن تؤدي إباحة الطعن المباشر إلى إساءة استعماله بما يكدس القضايا أمام المحكمة، ويعوقها عن التفرغ لمهامها الجسام، علاوةً على أن الأصل هو مراعاة كافة القوانين واللوائح لأحكام الدستور إلى أن يثور خلاف جدي بشأن عدم دستورية أي نص منها عند طرحه على القضاء لتطبيقه، فيعرض أمر دستوريته للبت فيه (١٨٠٦).

"أي أن الرقابة على الدستورية وغيرها من اختصاصات المحكمة لا مجال لتحريكها أو فرضها إلا عند وجود فائدة أو مصلحة عامة أو خاصة بالأفراد يمكن تحصيلها من وراء ذلك، وأما القيام بفرض هذه الرقابة هكذا وبصورة مجردة فأمر غير متوقع الحدوث، بل أن نصوص القانون لا تسمح به، وهو ما عبر عنه باختصار الفقه الدستوري المصري بأن رقابة الدستورية لا تتحرك إلا من منطلق وجود نزاع أو دعوى قضائية سابقة على دعوى الدستورية، وبحيث تكون هذه الأخيرة مترتبة عليها، وأنه لا مجال للرقابة عن طريق الدعوى الأصلية أو المجردة المباشرة(١٨٠٧).

"وقد كان مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا الأصلي الذي تقدمت به الحكومة إلى قسم التشريع بمجلس الدولة، يخوّل كل ذي مصلحة شخصية مباشرة أن يطعن بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أمام المحكمة الدستورية العليا، ولكن الحكومة لم تقدم هذا المشروع، وقدمت بدلًا منه المشروع الذي عادت وسحبته، والمشروع

(١٨٠٤) رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٠م، ص: ٤٣.

(١٨٠٥) د/ يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني، مجلة القانونية هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد السابع، يناير ٢٠١٧م، ص: ١٣١.

(١٨٠٦) د/ عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥م، ص:٣٢٧.

(١٨٠٧) د/ مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، الطبعة الأولى، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، ١٩٩٠م، ص:٣٨٥.

الثاني الذي صار القانون الحالي، ولم يتضمن المشروع ولا المشروع الأخير نصًّا مشابهًا لنص المشروع الذي لم ير النور.

وبناءً عليه لا يجوز في ظل القانون الحالي للمحكمة الدستورية العليا، إثارة مسألة الدستورية بدعوى أصلية، ويتمثل التبرير لهذا المسلك، في التخوف من إرهاق المحكمة الدستورية العليا وتكدس القضايا أمامها، هذا علاوةً على أن الأصل هو دستورية القوانين واللوائح، والاستثناء عدمها، إلى أن يثور نزاع جدي على النحو السابق [١٨٠٨].

وهذا ما أكدته أحكام المحكمة الدستورية في حكمها بتاريخ ١٩٨٨/١٢/٧، الطعن رقم (١٣١) لسنة ٢ قضائية دستورية: "قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن ولايتها في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالًا مطابقًا للأوضاع المقررة في المادة (٢٩) من قانونها، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية، وإما برفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية دفع فيها الخصم بعدم دستورية نصّ تشريعي، وقدرت محكمة الموضوع جدية دفعه، فرخصت له في رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وهذه الأوضاع الإجرائية – سواءً ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها – تتعلق بالنظام العام، باعتبارها شكلًا جوهريًّا في التقاضي يبغي به المشرِّع مصلحة عامة، حتى يقنن التداعي في المسائل الدستورية العليا.

لما كان ذلك وكان المدعى عليهم الثاني والخامس والسادس والسابعة والعاشرة والحادية عشرة والثاني عشر لم يختصموا أمام محكمة الموضوع في أي من الدعويين رقمي (٨٣، ١٣٨) لسنة ٢ق، فإن الدعوى الدستورية الماثلة تكون غير مقبولة بالنسبة إليهم"[١٨٠٩].

"ونعتقد أن التبريرات المشار إليها لا تنهض سندًا لمسلك المشرِّع في هذا الخصوص، ففي السماح للأفراد برفع دعوى الدستورية بصفة أصلية، كفالة لفرض إثارة مسألة الدستورية، ويجنبهم قلق الانتظار لحين قيام دعوى ضدهم كي يتسنى لهم إبداء الدفع بعدم الدستورية، أو حتى تقتنع المحكمة المنظورة أمامها دعواهم الموضوعية بعدم دستورية النص المراد إعماله في حقهم.

وإذا كان المشرِّع قد وسع في قانون المحكمة الدستورية العليا، من فرص انعقاد اختصاص هذه المحكمة، عنه في قانون المحكمة العليا، فأضاف إمكانية تصديها لمسألة الدستورية من تلقاء نفسها، كما خوَّل محكمة الموضوع إمكانية إثارة مسألة الدستورية، بتحويل أوراق الدعوى إلى المحكمة الدستورية، فإنه كان من اللازم انسجامه مع هذا الاتجاه أن يخوِّل للأفراد إمكانية تحريك دعوى الدستورية بصفة أصلية.

ويستطيع المشرِّع، إذا ما أراد تبني هذا المسلك، أن ينص صراحةً على شرط المصلحة، وأن يحرك دعوى الدستورية الأصلية وأن يجعل مناطها كونه في مركز قانوني يمسه النص المطعون فيه، وذلك على غرار شرط

(١٨٠٨) د/ علي حسن نجيده، الرقابة على دستورية القوانين، المحكمة الدستورية العليا، طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص: ١٩.

(١٨٠٩) محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا ١– الدعوى الدستورية ٢– دعوى تنازع الاختصاص الوظيفي ٣– دعوى تنفيذ حكمين متعارضين ٤– إجراءات هذه الدعاوى، عالم الكتب، القاهره، ١٩٨٩م، ص:١٥.

المصلحة في دعوى الإلغاء، وهو ما تعبر عنه المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، بأن يثبت الطاعن أن القانون "بتطبيقه عليه ينطوي على تعارض مع الدستور"، وليس هذا فحسب، بل يجب أن تكون المصلحة كافية، بمعنى أن تكون على قدر من الجسامة يبرر إثارة المسألة الدستورية على الرغم من خطورتها، وأخذ في الاعتبار هذا الشرط من شروط المصلحة، وقضت المحكمة العليا في أمريكا قبول الدعوى الدستورية من مواطن بصفته دافع ضريبة، وذلك على اعتبار أن مصلحته عامة وشكلية ويشترك معه فيها ملايين من دافعي الضرائب، فصفة الفرد كدافع ضريبة لا تجعله صاحب مصلحة شخصية في الطعن في عدم دستورية نصّ ما.

وإذا كانت المصلحة الشخصية كافية على هذا النحو، فلا يشترط أن يكون قد أصاب الطاعن فعلًا، فلا يكفي أن يكون الضرر وشيك الوقوع؛ ومن ثمّ لن يكون صاحب المصلحة الشخصية مضطرًا للانتظار حتى يتحقق الضرر فعلًا لكي يستطيع تحريك دعواه، وبناءً عليه قبلت المحكمة العليا في الولايات المتحدة دعوى الدستورية التي رفعها الطاعن بعد أيام قليلة من صدور القانون، وقبل أن يصدر أي قرار إداري بوضع نصوصه موضع التنفيذ، كما قبلت نفس المحكمة الطعن بعدم دستورية قانون على الرغم من أن التاريخ المحدد لبدء سريانه لم يكن قد حل بعد(١٨١٠).

وإن كان قانون المحكمة الدستورية المصري قد منع حق الأفراد باللجوء بالدعوى المباشرة للمحكمة الدستورية، إلا أن الدستور المصري أعطى حق اللجوء المباشر إلى مجلس الأمة، حيث يملك الحق في تحريك الدعوى الدستورية، خاصةً وأن المحكمة الدستورية المصرية ذهبت إلى أنه يكفي لتوافر المنازعة الدستورية وجود خلاف في دستورية تشريع يدور حوله رأيان في مجلس الأمة.

إلا أن الفقه المصري انتقد ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية، حيث لا حاجة أن يتبنى المجلس رأيًا، بصدد دستورية تشريع؛ لكي تأخذ المنازعة الدستورية طريقها إلى المحكمة، حيث يذهب هذا الرأي إلى أن التشريعات إذا ما قام لدى مجلس الأمة شكًا بمخالفتها لأحكام الدستور، يجب أن يعبر عن هذا الرأي بشكل يطلب فيه من المحكمة الدستورية الحكم له بعدم دستورية التشريع، مما يجعل المنازعة الدستورية تأخذ طريقها إلى المحكمة الدستورية، حيث إن اختصاص المحكمة الدستورية لا يمكن أن ينعقد إلا إذا كانت هناك منازعة بالفعل يرفع أمرها أحد طرفي النزاع.

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الرأي السابق من وجوب أن يكون هناك قرارًا صادرًا من مجلس الأمة بالأغلبية العادية، يطلب فيه بشكل واضح الحكم بعدم دستورية تشريع معين، ولا يكفي وجود اختلاف في الرأي بين أعضاء مجلس الأمة المنتخبين أنفسهم، إذ يجب أن يأخذ الأمر شكل قرار يتم التصويت عليه في المجلس، ويتضمن هذا القرار طلبًا واضحًا من مجلس الأمة إلى المحكمة الدستورية بالفصل في دستورية تشريع معين(١٨١١).

(١٨١٠) د/ علي حسن نجيده، الرقابة على دستورية القوانين، المحكمة الدستورية العليا، طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها، مرجع سابق، ص: ١٩ وما بعدها.

(١٨١١) د/ عبد الله رمضان بنيني، وسائل تحريك الدعوى الدستورية" دراسة مقارنة"، المجلة الجامعة – العدد السابع عشر– المجلد الثاني – أغسطس، ٢٠١٥م، ص:٧٢.

أيضًا أعطى الدستور المصري في مادته (٧٦) بعد تعديلها عام ٢٠٠٥ على أن: "يعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب، وقبل إصداره لتقرير مدى مطابقته للدستور..."، فإذا قررت المحكمة عدم دستورية نصّ أو أكثر من نصوص المشروع رده رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب لإعمال مقتضى هذا القرار، وفي جميع الأحوال يكون قرار المحكمة ملزمًا للكافة ولجميع سلطات الدولة.

ولم يكن المشرِّع الدستوري موفقًا في إضافة الرقابة السابقة على مشروعات القوانين – وهي رقابة سياسية في الأصل– إلى اختصاص المحكمة الدستورية العليا، وهو اختصاص قضائي يتمثل في الرقابة اللاحقة على التشريعات بعد صدورها، بمناسبة قيام نزاع حول دستورية بعض النصوص، وقد أثار هذا الاختصاص الجديد للمحكمة الشك والتساؤل حول توافقه مع اختصاص المحكمة الأصيل، بالنظر في دستورية نصوص القوانين بعد إصدارها.

وفضلًا عن ذلك، فإن هذا التعديل بالإضافة إلى اختصاصات المحكمة الدستورية العليا يخص فقط مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية، ولا نعتقد أن الهدف منه كان يتعلق بتحقيق المصلحة العامة، وإنما كان يستهدف عدم المساس بالقانون المنظم لانتخابات رئاسة الجمهورية.

وعندما صدر دستور ٢٠١٢ أكد الرقابة السابقة، ونصت المادة (١٧٧) منه على أن: "يعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية للانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها؛ لتقرير مدى مطابقتها للدستور، وتصدر قرارها في هذا الشأن خلال خمسة وأربعين يومًا من تاريخ عرض الأمر عليها، وإلا عُد عدم إصدارها للقرار إجازة للنصوص المقترحة".

فإذا قررت المحكمة عدم مطابقة نص أو أكثر لأحكام الدستور وجب إعمال مقتضى القرار.

ولا تخضع القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى للرقابة اللاحقة المنصوص عليها في المادة (١٧٥) من الدستور.

والرقابة السابقة ليست مقصورة على مصر، أيضًا ليست مقصورة على الرقابة السياسية التي تمارسها المجالس الدستورية كالمجلس الدستوري الفرنسي، وإنما أخذت بها دساتير بعض الدول في مجال الرقابة القضائية[١٨١٢].

أما الدعوى الأصلية في المحكمة الاتحادية العليا بالعراق: فقد منح دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ للأشخاص الطبيعية والمعنوية حق الطعن المباشر أمام المحكمة الاتحادية العليا، وفقًا للمادة (٩٣/ثالثًا) منه التي تنص على أن: "... ويكفل القانون لمجلس الوزراء ولذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر أمام المحكمة

(١٨١٢) د/ ماجد راغب الحلو، دستورية القوانين (أساس رقابة الدستورية – طرق رقابة الدستورية – هيئات رقابة الدستورية – إجراءات رقابة الدستورية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص:١٧٨ وما بعدها.

الاتحادية العليا"، وتطبيقًا لذلك نصت المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على أن: "إذا طلب مدعٍ، الفصل في شرعية نصّ في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر.."[١٨١٣].

فوفقًا للنصوص السابقة التي تعطي الحق للجهات الرسمية في الدولة حق الطعن بعدم الدستورية بدعوى أصلية مباشرة أمام المحكمة الاتحادية، على أن هذا الطعن لا يكون إلا في حالة قيام منازعة بين إحدى هذه الجهات وغيرها من الجهات الرسمية، وبمفهوم المخالفة لا يحق لهذه الجهات الطعن بعدم دستورية أي تشريع تشك بعدم دستوريته في الأحوال الاعتيادية بدون قيام منازعة حقيقة بين بعضها والبعض الآخر، كما نصت المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية، ويعد نص هذه المادة تطورًا تشريعيًّا ملحوظًا في اتجاه المشرع العراقي، نحو تفعيل دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي أوكل مهامها إلى المحكمة الاتحادية العليا، بما يحقق الضمان الفعلي والحقيقي لحقوق الأفراد وحرياتهم، حيث منح الأفراد حق الطعن بدستورية أي تشريع بموجب دعوى أصلية مباشرة أمام المحكمة الإتحادية العليا، وهو بذلك تقدم على أقرانه في الدول العربية التي تأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين[١٨١٤].

ويلاحظ أن المشرع العراقي في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، قد سمح للأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة والعامة حق الطعن المباشر أمام المحكمة الاتحادية العليا في التشريعات النافذة، وعلى الرغم من أن فتح باب الطعن أمام الجميع سيؤدي إلى عرقلة عمل المحكمة، ويزيد من عدد الطعون التي تقدم أمامها؛ وهذا ما يؤدي إلى إنشغالها بكثرة الطعون المقدمة؛ مما يسبب تعطيل عملها، فإنه تلافى هذه المشكلة، وذلك من خلال فرض العديد من القيود على الأشخاص الذين يرغبون بالطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا من خلال الدعوى المباشرة[١٨١٥].

المبحث الثاني

الدفع الفرعي

قد يلجأ بعض الخصوم بُغية الحيلولة، دون تطبيق محكمة الموضوع لقانون معين على النزاع الخاص بهم، استنادًا لوجود عيب دستوري به، أي مخالف لقواعد وأحكام الدستور، وحينما تتوافر لدى محكمة الموضوع جدية الدفع، تمهله لرفع الدعوى خلال ثلاثة أشهر، بالإضافة إلى ذلك، فإن محكمة الموضوع قد يتضح لها من تلقاء نفسها، أي دون وجود دفع من قِبَل الخصوم بأن القانون الذي تتولى تطبيقه على نزاع قائم أمامها أنه غير دستوري،

(١٨١٣) رحاب خالد حميد أحمد، الدعوى الدستورية المباشرة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، جمهورية العراق، ٢٠١٨م، ص:٨٩.

(١٨١٤) سراج الدين شوكت خير الله، دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في الرقابة على الانحراف التشريعي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص:٥٤– ٥٥.

(١٨١٥) رحاب خالد حميد أحمد، الدعوى الدستورية المباشرة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص:٧٦.

ففي هذه الحالة توقف نظر الدعوى الموضوعية، وتقوم بإحالة الدعوى الدستورية للمحكمة المختصة. وهذه هي الصورة الأولى ويطلق عليها التصدي سواءً من قِبَل أحد الخصوم، أو من قِبَل محكمة الموضوع نفسها.

- **المطلب الأول:** الدفع عن طريق الأفراد.
- **المطلب الثاني:** الإحالة من محكمة الموضوع.

المطلب الأول

الدفع عن طريق الأفراد

يجري تحريك الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي عن طريق الأفراد، من خلال إثارة أحد الخصوم في دعوى معروضة أمام محكمة الموضوع والدفع بعدم دستورية النص التشريعي المراد تطبيقه على النزاع، ويُعدّ سلوك طريق الدفع الفرعي وسيلة دفاعية لا هجومية غير مباشرة؛ لتحريك الرقابة على دستورية القوانين، إذ أن المفترض الأولى لذلك هو وجود نزاع قضائي مطروح على إحدى المحاكم، ويرى أحد أطراف الخصومة فيه أن التشريع الذي يراد تطبيقه على النزاع به عوار دستوري، فيثير بصورة عارضة الدفع بعدم دستورية هذا التشريع(١٨١٦).

- **الفرع الأول:** الدفع الفرعي عن طريق الأفراد في المحكمة الدستورية العليا في مصر.
- **الفرع الثاني:** الدفع الفرعي بالمحكمة الاتحادية العليا بالعراق.

الفرع الأول

الدفع الفرعي عن طريق الأفراد في المحكمة الدستورية العليا في مصر

يُعد دستور الولايات المتحدة الأمريكية من أقدم الدساتير المكتوبة سارية المفعول، بخلاف بريطانيا الذي لا يوجد بها دستور مكتوب، وإنما عبارة عن مجموعة من القواعد الأساسية والمبادئ(١٨١٧)، ومن ثمّ أصبحت النتيجة القانونية المنطقية وجوب سمو الدستور على القواعد القانونية الأخرى، وذلك من خلال رقابة احترام الدستور والالتزام بأحكامه من قِبَل السلطات العامة للدولة(١٨١٨).

ومن ثمَّ، يستمد الدفع بعدم الدستورية أساسه القانوني من مبدأ سمو الدستور نفسه، والذي يجعل من تدرج القوانين مقياسًا لفحص مدى مطابقة كل قانون للقانون الأسمى منه، وصولًا إلى قمة الهرم وهو النص الدستوري، وبالتالي تصبح القوانين كلها في النهاية خاضعة للدستور، ولا تخرج عن إطاره تحت طائلة البطلان، ولهذا الغرض ذاته نجد أن النظم القانونية أوجدت آليات وهيئات تضمن نفاذ هذا المبدأ، عن طريق مخاصمة القانون أمام المحاكم الدستورية أو المجالس الدستورية(١٨١٩).

(١٨١٦) د/ عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٥م، ص:٣٢٣.

(1817) Sydney D.Bailey, British Parliamratary Democracy, 1958, P1.

(1818)Andre.Haurlu, Droice Constitutional et lnstitutions Politiqmws 1968, P280.

(١٨١٩) صواق عبد الرحمان، الدفع بعدم الدستورية في المواد الجزائية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٤، العدد ١، السنة ٢٠١٩م، الجزائر، ص: ٢٧٨.

ويتحقق أسلوب الدفع (في صورته التقليدية)، عند وجود دعوى، ثم يدفع أثناءها بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه على أحد أطراف الدعوى.

ومن ثمَّ إذا قام أحد الخصوم بتقديم دفع بعدم دستورية (نصّ قانوني) طبقته المحكمة المطعون بقرارها، ورأت المحكمة التي تنظر في الطعن أن هذا الدفع (جدي ولازم للبت في الطعن)، بمعنى أنها رأت من ظاهر الدفع أن هناك أسبابًا معقولة ترجح عدم دستورية النص القانوني، أوقفت نظر الدعوى الموضوعية، وحددت لمن آثار الدفع ميعادًا لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى الدستورية في الميعاد المحدد، اعتبر الدفع كأن لم يكن(١٨٢٠).

إذن تُعدّ الرقابة القضائية عن طريق الدفع هو وسيلة دفاعية defensive من جانب صاحب الشأن، حيث يتم الدفع بعدم دستورية القانون في أثناء نظر الدعوى، وليس برفع دعوى أصلية ضد هذا القانون.

ويستطيع صاحب الشأن أن يدفع بعدم دستورية القانون في أثناء نظر الدعوى التي يراد فيها تطبيقه، بصرف النظر عن المدة التي انقضت بين صدور هذا القانون والتقدم بالدفع.

وينتج عن تقديم الدفع أن تتصدى المحكمة للفصل فيه وحسم الأمر بإعلان دستورية هذا القانون أو عدم دستوريته، بحيث تمتنع عند تطبيقه، إذا ما أيقنت بمخالفته للدستور، ولهذا تسمى الرقابة عن طريق الدفع رقابة الإمتناع(١٨٢١).

ويبقى الدفع أكثر الأساليب انتشارًا في قانون المحاكمة المصرية، فعند النظر في دعوى ما يجب أن تتضمن المحكمة الدستورية تعالج حيثيات مسألة قانونية أو قضية ما ويشترط لقبول الدفع موضوع الدعوى توفر المصلحة، ويكون الدفع القانوني وجدي أي جوهره ينتهك حق أو مركز قانوني أو الحريات الأساسية للمواطن وأن يكون مكتوبًا(١٨٢٢).

حيث كان هذا الأسلوب هو الطريق الوحيد لتحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر في ظل قانون المحكمة العليا، وجاء قانون المحكمة الدستورية العليا يثبته ويضيف إليه طريق الإحالة وطريق التصدي، وظلت

(١٨٢٠) للمزيد من التفصيل: د/ يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني، مجلة القانونية هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد السابع، يناير ٢٠١٧م، ص: ١٣٠؛ د/ جميلة الشوربجي، دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في الجمهورية العربية السورية بين الدستوري ١٩٧٣ و٢٠١٢، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٩)، العدد الثالث، ٢٠١٣م، ص: ١٣٢.

(١٨٢١) د/ عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري (الدولة – الحكومة– الحقوق والحريات العامة– المبادئ العامة للقانون الدستوري– تطور النظام الدستوري المصري– النظام الدستوري المصري وفقًا لدستور سنة ١٩٧١)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص: ٤٢٣ وما بعدها.

(١٨٢٢) انظر: د/ عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص: ٣١٨؛ د/ عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، عدد (٢)، الجزائر، ٢٠١٠م، ص: ٢٣؛ أيضًا: عيسو نادية، أمير كهينة، الدفع بعدم دستورية القوانين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، – بجاية – ٢٠١٦/ ٢٠١٧م، ص: ٧٨ وما بعدها.

وسيلة الدفع الفرعي هي الأداة الأساسية والأكثر شيوعًا وانتشارًا لتحريك الرقابة الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر(١٨٢٣).

ومؤداه أن تجد محكمة الموضوع – أثناء نظر إحدى الدعاوى– إنها مضطرة للتعرض لنقطة قانونية تتعلق بالدستور؛ لكونها لازمة للفصل في الدعوى الموضوعية، فيدفع أحد خصوم الدعوى بعدم دستورية نصّ في قانون أو لائحة، وعليها في هذه الحالة أن تبحث مدى جدية هذا الدفع، فإذا تحققت من جديته فعليها أن تؤجل الدعوى المنظورة أمامها وتحدد ميعادًا للخصوم لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعوى الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن، ويقصد بالجدية أن يتحقق القاضي من أن الدفع لا يقصد منه الكيد أو إطالة أمد التقاضي(١٨٢٤).

وفي هذه الطريقة للرقابة القضائية(١٨٢٥)، لا ترفع دعوى أصلية مباشرة لإلغاء القانون لعدم دستوريته، وإنما تثار دستورية القانون بطريقة فرعية أثناء نظر قضية أصلية معروضة أمام إحدى المحاكم، فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا النص القانوني، وقد يكون هذا الخصم حَسَن النية، أي لديه فعلًا حُجة قوية واضحة يستند إليها في مخالفة القانون الدستوري، وقد يكون سيئ النية، حيث لا يكون لديه أي حُجة، ويكون الهدف من ذلك هو مجرد إطالة أمد التقاضي لأطول مدة ممكنة، والحيلولة دون صدور حكم ضد الخصم، وهنا يظهر دور محكمة الموضوع، فإذا تراءى للمحكمة جدية الدفع أوقفت الدعوى المنظورة أمامها وحددت لمبدي الدفع ميعادًا لا يجاوز تسعين يومًا يرفع خلالها دعوى عدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا انقضى الميعاد له دون أن يرفع دعواه اعتبر الدفع كأن لم يكن(١٨٢٦).

ولكن لم يضع المشرِّع معيارًا حاسمًا لكون الدفع جديًا من عدمه، وترك الأمر بذلك لمحكمة الموضوع تفصل فيه بحكم يجوز أن يكون محلًا للطعن استقلالًا أمام المحكمة الأعلى، ولكون الدفع جديًا لابد من توافر أمرين:

(١٨٢٣) ضياء الدين سعيد المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين "دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين"، رسالة ماجستير، أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا، برنامج الدراسات العليا المشترك مع جامعة الأقصى، جامعة الأقصى، ٢٠١٥م، ص:١٣٠.

(١٨٢٤) د/ عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق، ص: ٣١٨.

(١٨٢٥) عرف المجلس الدستوري الفرنسي مفهوم الدفع بأنه: "حق يخوِّل كل طرف في دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية، بأن يطلب مطابقة القانون الذي سيطبق على الدعوى للدستور، بواسطة مذكرة مستقلة، طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائيًا هذا الدفع"، صواق عبد الرحمان: الدفع بعدم الدستورية في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: ٢٨٠.

(١٨٢٦) انظر: صالح بن هاشل بن راشد المسكري، نظم الرقابة على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة المنصورة، ٢٠١١م، ص: ٧٠؛ ضياء الدين سعيد المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين "دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين"، مرجع سابق، ص:١٣٠، أيضًا د/ صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص: ٩١، د/ إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص: ١٣٧.

الأول: إمكانية تطبيق النصوص المثارة بعدم دستوريتها على موضوع النزاع الأصلي المطروح على المحكمة، فإذا انتفت هذه الإمكانية، انتفت عن الدفع صفة الجدية، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية بعدم قبول الدفع بعدم دستورية أحد النصوص القانونية لعدم جديته؛ ذلك لأن المنازعة الماثلة لا شأن لها بأحكام القانون المذكور، ومن ثمّ يكون الدفع بعدم دستورية هذه المادة في المنازعات الماثلة غير جدي وتلتفت عنه المحكمة.

الثاني: أن يكون هناك احتمال بالحكم بعدم دستورية النصوص المدعى بمخالفتها للدستور، حيث إن تقدير القاضي لهذا الاحتمال يكون نتيجة دراسة سريعة لمحل الدفع بعدم الدستورية، فقاضي النزاع الأصلي غير مطلوب منه وهو بصدد تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، أن يقوم بدراسة متعمقة لمسألة الدستورية، ولا أن يفصل فيها بقضاء قطعي؛ لأن ذلك يجعل من قاضي النزاع الأصلي شريكًا للمحكمة الدستورية العليا في ولاية رقابة دستورية النصوص، فالفصل في بطلان النصوص القانونية، أو صحتها، يعود للمحكمة الدستورية العليا وحدها(١٨٢٧).

ويؤيد الباحث: ما ذهبت إليه بعض النظم الدستورية، من تخويل لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، فقد ذهب المشرِّع الكويتي في المادة الرابعة في فقرتها الأخيرة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، بإنشاء المحكمة الدستورية، لذوي الشأن ممن تقدمو بدفوع أمام محكمة الموضوع ورأت المحكمة عدم جدية الدفع المقدم منهم بعدم الدستورية، أن يطعنوا على الحكم الصادر بعدم جدية الدفع أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في خلال شهر من صدور الحكم المذكور.

ولقد بينت المادة السابعة من لائحة المحكمة الدستورية طريقة تقديم الطعن، بأن يكون بصحيفة تعلن للخصوم طبقًا للأوضاع المقررة في قانون المرافعات، ولقد أوجبت المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية الفصل في الطعن على وجه السرعة، فإذا قضت لجنة فحص الطعون بإلغاء حكم محكمة الموضوع بعدم جدية الدفع، أحالت الطعن بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية، وحددت للخصوم تاريخ الاجتماع الذي يحضرون فيه أمام المحكمة، ومكانه ويقوم بذلك قلم كُتاب المحكمة(١٨٢٨).

ومن ثمّ إذا كان الأصل أن يسند لقاضي الموضوع تقدير مدى جدية الدفع، إلا أن ذلك دون أن يؤثر على نطاق بحثه للمسألة الدستورية، إذ أن تلك المهمة قد قصرها الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا عليها، فلا تشاركها أية محكمة أخرى من أي نوع أو درجة.

(١٨٢٧) للمزيد من التفصيل: د/ محمد أنس قاسم جعفر، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة تطبيقية"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م، ص: ٢١٥؛ د/ فتحي فكري، وجيز الدعوى الإلغاء طبقًا لأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص:٢٣٠، أيضًا: جورجي ساري، رقابة التوازن في نطاق القانون الدستوري "دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص: ٧٨؛ د/ جورجي ساري، أصول وأحكام القانون الدستوري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص: ٥١٣.

(١٨٢٨) سعد ممدوح الشمري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح "دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة لرقابة الدستورية في مصر والكويت"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٦م، ص٩.

ومن هنا فإن قاضي الموضوع يجب ألا يصل به أمر تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية إلى حد النظر أو الفصل في المسألة الدستورية، وهو أمر جد عسير لاتصال بل وتداخل الحدود فيما بين تقدير كل من الجدية والدستورية من عدمهما(١٨٢٩).

ويثور التساؤل فيما نحن بصدده حول مدى سلطة محكمة الموضوع في إحالة النص المشكوك في دستوريته إلى المحكمة الدستورية العليا، إذا لم يرفع من دفع بعدم الدستورية الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا في الموعد المحدد، وطلب الخصم تعجيل الدعوى بعد فوات هذا الميعاد؟

ويجيب على هذا التساؤل أحد الفقهاء بقوله أنه إذا كان نصّ الفقرة (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا يقضي بأنه: "... إذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن"، فإن هذا النص ينطبق فقط على الحالة التي تثار فيها مسألة الدستورية عن طريق الدفع وحدها، وعلى ذلك فليس هناك ما يحول بين قاضي الموضوع وإحالة النص من تلقاء نفسه، إذا تراءى له عدم دستوريته، وأنه لازم للفصل في النزاع. والقول بغير ذلك يجعل قاضي الموضوع ملتزمًا أو مطالبًا بتطبيق هذا النص على موضوع النزاع، على الرغم من اعتقاده عدم دستوريته لا لشيء إلا لمجرد أن صاحب الشأن لم يرفع الدعوى في الموعد المحدد، وهو ما يستنكفه المنطق السليم(١٨٣٠).

كما أن هذا القول إذا كان يصح الأخذ به في ظل قانون المحكمة العليا، الذي كان يجعل تحريك الدعوى مقصورًا على حالة الدفع من أحد الخصوم، فإنه لا يجوز الأخذ به في ظل قانون المحكمة الدستورية العليا، الذي جعل الإحالة التلقائية من حق قاضي الموضوع، وجعل التصدي من حق المحكمة الدستورية العليا نفسها، الأمر الذي يدل على رغبة المشرِّع في تأكيد الجانب الموضوعي لدعوى عدم الدستورية وتفضيله على الجانب الشخصي(١٨٣١).

وفي هذا الصدد يمثل التعديل الدستوري الفرنسي الرابع والعشرين لدستور الجمهورية الفرنسية لعام ١٩٥٨ المؤرخ في ٢٣ تموز ٢٠٠٨، بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة التعديل الأبرز والأهم على الإطلاق في تاريخ التعديلات الدستورية الفرنسية، حيث كشف هذا التعديل عن حقيقة الطبيعة القضائية لعمل المجلس الدستوري المختلف فيها بين النقاد، ووجه الخصوصية فيه إضافته للمادة ٦١-١ التي تمثل ثورة صامتة على الرقابة السابقة لهذا التعديل، والموسعة لجهة إخطار المجلس الدستوري الفرنسي لصالح الأفراد وفقًا لضوابط دستورية محددة، من خلال آلية الرقابة اللاحقة"المسألة الأولية.

وقد دخلت هذه المادة حيز النفاذ في الأول من آذار ٢٠١٠، بعد صدور قانونها الأساسي رقم ١٥٢٣/ ٢٠٠٩ بتاريخ ١٠/ ١٢/ ٢٠٠٩ تطبيقًا للمادة ٦١ -١، وتأتي أهمية هذه المادة من حيث منحها الأفراد ولأول مرة في التاريخ

(١٨٢٩) د/ مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية "دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة"، مرجع سابق، ص:٢٨٦.

(١٨٣٠) د/ شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ٢٠٠٠م، ص: ٢٠٢وما بعدها.

(١٨٣١) د/ شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص: ٢٠٢وما بعدها.

الدستوري الفرنسي الحق في الطعن بدستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء مباشرة بضوابط تجعل منه نظامًا خاصًا لفرنسا بامتياز(١٨٣٢).

وسيتم معالجة الدفع الفرعي من خلال:

١- طبيعة الدفع الفرعي بعدم الدستورية:

إن أغلب الفقهاء يعتبرون أن الدفع بعدم الدستورية دفعًا موضوعيًا يثار في جميع مراحل الدعوى، عكس الدفوع الشكلية التي تثار قبل كل دفع أو دفاع، هذا من جهةٍ، ومن جهةٍ أخرى فالنص الواجب التطبيق لا يمكن تحديده قبل مناقشة الموضوع وإثارة الدفوع الموضوعية، أي بعد السير في الدعوى، لذلك لا يمكن اعتبار الدفع بعدم الدستورية دفعًا شكليًا، بل يعتبر دفعًا موضوعيًا؛ كونه لا يتعلق بالإجراءات مثل الدفع الشكلي، الذي يُثار قبل الدخول إلى مناقشة الموضوع، وإلا سقط الحق في الدفع.

٢- شروط قبول الدفع بعدم الدستورية(١٨٣٣):

يلزم لقبول الدفع أمام محكمة الموضوع مقبولًا من حيث الشكل والموضوع، ولابد أن يستوفي عدة شروط.

إن تحريك الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي هي أكثر الأساليب شيوعًا، ويتحقق الدفع الفرعي في حال وجود نزاع منظور أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، ولعدم الإسراف في استعمال هذا الدفع وإساءة استخدامه، ودرءًا للكيدية والمماطلة، فقد حرص المشرِّع على إحاطة الدفع الفرعي بالعديد من الضمانات والقيود، التي تضبط وتنظم إجراءات هذا الدفع، وبالرجوع إلى نصّ المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، يظهر لنا وجوب توافر شروط عديدة لقبول الدفع بعدم الدستورية وهي(١٨٣٤):

- أن يتمسك أحد الخصوم في دعوى قضائية موضوعية بالدفع بعدم الدستورية.
- أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجًا في الفصل في الدعوى الأصلية المطروحة على قاضي الموضوع.
- وجود شبهة واضحة لخروج القانون أو النص التشريعي عن أحكام الدستور.

(١٨٣٢) د/عليان بوزيان، أثر الإحالة القضائية للدفع بعدم الدستورية على عقلنة رقابة دستورية القوانين الماسة بالحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الثاني، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، فبراير ٢٠١٩م، ص: ٢٢٢.

(١٨٣٣) بالرجوع إلى المشرِّع الفرنسي نجده بموجب المادة (٢٣) من القانون الأساسي، فقد نص على أنه: "لا تتم إحالة للمسألة الدستورية الأولية إلى المجلس الدستوري الفرنسي، إلا بعد توافر الشروط الثلاث الآتية:

١- أن يكون النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته مطبقًا على النزاع المطروح على المحكمة، أو يعد أساسًا للملاحقة القضائية.

٢- ألا يكون هناك قضاء سابق للمجلس الدستوري متضمنًا أن النص المدفوع بعدم دستوريته مطابقًا للدستور، إلا إذا تغيرت الظروف.

٣- أن يكون الدفع جديًا. د/عليان بوزيان، أثر الإحالة القضائية للدفع بعدم الدستورية على عقلنة رقابة دستورية القوانين الماسة بالحقوق والحريات، مرجع سابق، ص:٢٣٢.

(١٨٣٤) ضياء الدين سعيد المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين "دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين"، مرجع سابق، ص: ١٣٣.

٣- الآثار المترتبة على قبول الدفع بعدم الدستورية:

يكون الحكم الصادر بعدم الدستورية آثار ونتائج محددة مقيدة، بحيث تنحصر في إطار الدعوى التي تحركت بشأنها مسألة الدستورية، وهو ما يعني أن القاعدة التي قضي بعدم دستوريتها – يمكن على الأقل من الناحية النظرية – استمرار تطبيقها بالنسبة لقضايا وحالات أخرى بواسطة المحاكم الأخرى، أو بواسطة نفس قاضي النزاع على حد السواء، وهو ما يعني أن حكم عدم الدستورية يحوز في حالة الرقابة بطريق الدفع الفرعي حجية نسبية الشيء المقضي فيه(١٨٣٥).

وبناءً عليه؛ يبقى القانون قائمًا وموجودًا، وبل ويمكن لمحكمة أخرى أن تطبق ذات القانون في قضية أخرى، إذا لم يدفع بعدم دستوريته، أو إن وجدت المحكمة أن القانون دستوري.

ومن ثمّ نرى إذن أن طريقة الدفع الفرعي هي طريقة دفاعية تستهدف فقط تطبيق القانون في قضية ما، ولا تستهدف إلغاءه وإعدامه من الوجود(١٨٣٦).

وعلى الرغم من ذلك – ومن الناحية العملية – عندما يعلن بواسطة المحكمة العليا أن القاعدة القانونية مشوبة بعدم الدستورية – بفرض أن عدم الدستورية مقرر هنا نتيجة لتحريك الرقابة بواسطة الدفع الفرعي– فإن كافة السلطات العامة دون استثناء تتوقف عن تطبيقها. هذا فضلًا عن أن بعض الدساتير كالدستور الإيطالي أو الخاص بألمانيا الاتحادية تنص صراحةً على أنه: "على خلاف ما يقضي به مبدأ الحُجية النسبية للأمر المقضي به، فإنه في كافة حالات تقرير عدم الدستورية تترتب آثاره بصفة عامة مطلقة EGRA OMNES حتى في الحالات التي يعلن فيها ذلك بناءً على أسلوب الدفع الفرعي، ومن ثمّ تتوحد الآثار القانونية لها مع تلك الناتجة عن أسلوب الدفع الأصلية(١٨٣٧).

الفرع الثاني

الدفع الفرعي بالمحكمة الاتحادية العليا بالعراق

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

(١٨٣٥) د/ مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية "دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة"، مرجع سابق، ص: ٣٧.

(١٨٣٦) د/ محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين (المبادىء النظرية والتطبيقات الجوهرية)، مرجع سابق، ص:٢٦٦.

(١٨٣٧) د/ مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية "دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة"، مرجع سابق، ص: ٣٨.

باستئخار الدعوى الأصلية للنتيجة، أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلًا للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا"[١٨٣٨].

أي أن المحاكم العراقية على اختلاف أنواعها ودرجاتها عدا محكمة التمييز؛ تنحصر في الإجراءات التدقيقية لأوراق الدعوى دون حضور الخصوم إلا للاستيضاح دون المرافعة[١٨٣٩].

وقد وضعت المادة – السابق الإشارة إليها– عدة ضوابط لاستعمال هذه الطريقة وهي: وجود دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم، ودفع أحد الخصوم بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع، وتقدير جدية الدفع، وتحديد النصوص التشريعية المطعون في دستوريتها والنصوص الدستورية المدعى بمخالفتها وأوجه المخالفة[١٨٤٠].

أما عن سلطة محكمة الموضوع تجاه الدفع بعدم الدستورية، فإذا ثبت للمحكمة عدم جدية الدفع، فإنها تقضي برفضه، وتفصل في موضوع الدعوى، أما إذا تبين للمحكمة جدية الدفع فإن المادة (٤) من النظام الداخلي – المذكورة آنفًا– وضعت الآلية للتصرف في هذه الحالة، فالخصم إذا دفع بعدم الدستورية، وثبت لمحكمة الموضوع جدية الدفع، تكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم القانوني عنها، تبت محكمة الموضوع في قبول الدعوى، فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الدستورية، وتتخذ قرارًا باستئخار الدعوى الأصلية للنتيجة[١٨٤١]، حيث أعطى المشرِّع العراقي لقاضي محكمة الموضوع أن يلجأ إلى المحكمة الاتحادية العليا، كلما رأى نصًا في قانون أو نظام يتعلق بالدعوى المنظورة أمامه مشكوكًا في دستوريته، وذلك بصرف النظر عن مصالح الخصوم في الدعوى الموضوعية[١٨٤٢].

والذي يلاحظ أن المشرِّع العراقي في النظام الداخلي للمحكمة، لم يحدد لمن آثار الدفع بعدم الدستورية أجلًا معينًا يجب تقديم هذا الدفع بدعوى أمام محكمة الموضوع خلاله، وكان الأجدر به أن يحدد مدة لمن آثار هذا الدفع؛ لأن ذلك يعطي لمحكمة الموضوع إمكانية التحقق من أن دفع الطاعن أمامها جدي وليس كسبًا للوقت، **ويعتقد الباحث:** أن في حالة إذا ما ثبت لمحكمة الموضوع جدية الدفع، وكلفت الخصم بتقديمه بدعوى، ولم يقم بذلك خلال

(١٨٣٨) صلاح خلف عبد، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها واختصاصاتها (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين،٢٠١٣م، ص: ١٠٧– ١٠٨.

(١٨٣٩) محمد جاسم كاظم علكه، التنظيم الدستوري والقانوني للمحكمة الاتحادية العليا في النظام الاتحادي في العراق "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الجزيرة، ٢٠١٦م، ص:٨٠.

(١٨٤٠) صلاح خلف عبد، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها واختصاصاتها "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص: ١٠٩.

(١٨٤١) المرجع السابق، ص: ١١٠.

(١٨٤٢) محمد جاسم كاظم علكه، التنظيم الدستوري والقانوني للمحكمة الاتحادية العليا في النظام الاتحادي في العراق "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص: ٨٠.

مدة مناسبة، فإنه يمكن لها اللجوء إلى طريقة الإحالة المباشرة من محكمة الموضوع استنادًا للمادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا(١٨٤٣).

ويرى الباحث: أن الدفع من جانب الأفراد، وإمهال محكمة الموضوع لمبدي الدفع مدة ثلاثة أشهر بعد التحقق من الجدية، فإذا لم يرفع مبدي الدفع الدعوى الدستورية، فإنه يعد إهدار للمصلحة العامة ولسيادة وسمو الدستور، لذلك يطالب بالتدخل التشريعي لإحالة الدعوى للمحكمة الدستورية من محكمة الموضوع بعد التحقق من الجدية، كما في حالة الإحالة من محكمة الموضوع للمحكمة الدستورية مباشرة، وهذا الرأي ما تم تطبيقه – في العديد من التشريعات – ومنها التنظيم التشريعي لدولة الكويت(١٨٤٤).

المطلب الثاني

الإحالة من محكمة الموضوع

يحقق تحريك الرقابة على دستورية القوانين بطريق الإحالة من محكمة الموضوع والهدف من تقرير هذه الرقابة هي التطبيق الصحيح للنصوص الدستورية، وصيانة المشروعية الدستورية، بغض النظر عن مصالح الخصوم الذين قد لا يجديهم تقرير عدم الدستورية في بعض الحالات أو لم يتنبهوا أثناء نظر الدعوى الموضوعية لما يعتور التشريع المراد تطبيقه من عيب مخالفة الدستور، وهو ما يتفق مع المهمة الموكولة إلى محكمة الموضوع، والتي يتطلب منها دورها تغليب القاعدة القانونية الأعلى على القاعدة الأدنى عند التعارض بينهما، فإذا ما ترآى لمحكمة الموضوع وجود تعارض بين النصّ التشريعي والنصّ الدستوري، فلا يمكن أن تغل يدها عن تغليب القاعدة الأعلى بإحالة أمر هذا التعارض إلى المحكمة التي خصها القانون بالرقابة الدستورية، مما يجعل حق محاكم الموضوع في إحالة النصوص التشريعية التي ترى أنها مخالفة للدستور إلى القضاء الدستوري حقًا حتميًّا تفرضه وظيفتها القضائية ضمانًا لسلامة تطبيق القواعد القانونية؛ وذلك تثبيتًا لالتزام الأحكام القضائية بالقواعد الدستورية الصحيحة(١٨٤٥).

- **الفرع الأول:** الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع للمحكمة الدستورية العليا بمصر.
- **الفرع الثاني:** الإحالة في المحكمة الاتحاية العليا بالعراق.

الفرع الأول

الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع للمحكمة الدستورية العليا بمصر

بالإضافة للصورة الأولى، وهي الدفع من جهة أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية، فإن محكمة الموضوع قد يتضح لها من تلقاء نفسها، أي دون وجود دفع من قِبَل الخصوم، بأن القانون الذي تتولى تطبيقه على نزاع قائم

(١٨٤٣) صلاح خلف عبد، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها واختصاصاتها "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص:١٠٨ وما بعدها.

(١٨٤٤) للمزيد من التفصيل: د/ سعد ممدوح الشمري، أثر حكم المحكمة الدستورية "دراسة مقارنة الكويت مصر فرنسا الولايات المتحدة الأمريكية"، مرجع سابق، ص:١٤.

(١٨٤٥) عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨م، ص: ٤٠٩.

أمامها أنه غير دستوري، ففي هذه الحالة توقف نظر الدعوى الموضوعية، وتقوم بإحالة الدعوى الدستورية للمحكمة المختصة(١٨٤٦).

وتمثل تلك الوسيلة اتجاهًا متطورًا؛ لتمكين رقابة الدستورية وتدعيمها، وطبقًا لها فإنه يسوغ لأي محكمة في السلم القضائي، ولأي هيئة ذات اختصاص قضائي أن تثير مسألة الدستورية من تلقاء نفسها، وفي أي حالة تكون عليها الدعوى، وذلك إذا رأت أن نصًا تشريعيًا لازم للفصل في النزاع المعروض عليها، تثور بشأنه عدم الدستورية فيها توقف الفصل في الدعوى الموضوعية، وتحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا، للفصل في المسألة الدستورية، تسويدًا لأحكام الدستور وتطهيرًا للنصوص التشريعية من العوار الدستوري الذي يعلق بها، والذي قد لا يتبينه الخصم أو يتبينه ويتجاهل إثارته أمام المحكمة، بُغية تعجيل الفصل في دعواه، الأمر الذي حدا بالمشرِّع لإقرار هذه الوسيلة المستحدثة، حسبما أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون(١٨٤٧).

وهذا ما أكده نصّ المادة (٢٩) فقرة (أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي – أثناء نظر إحدى الدعاوى– عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى، وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية".

ومقتضى هذا النص أن من حق أي محكمة في السلم القضائي – أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي– أن تحيل من تلقاء نفسها أي نصّ تراه غير دستوري إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستوريته، ويُعدّ هذا من الروافد الجديدة التي أضافها قانون المحكمة الدستورية العليا للاتصال بالمحكمة الدستورية العليا(١٨٤٨).

ومناط قبول دعوى الدستورية المحالة في هذه الحالة، على ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا، هو: "أن يكون نصّ القانون أو اللائحة المطلوب الفصل في دستوريته، لازمًا للفصل في النزاع في الدعوى الموضوعية، التي أثيرت المسألة الدستورية بمناسبتها، بأن يكون من شأن الحكم في هذه المسألة أن يؤثر في الحكم في دعوى الموضوع(١٨٤٩).

وإذا كان هذا الحق مخوَّل لمحكمة الموضوع، فإن الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي مخوَّلة هي الأخرى بحق إحالة الدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية، بيد أن هذا الحق غير ممنوح للجان الإدارية ذات

(١٨٤٦) حنان المصطفى محمد شراج، الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، قسم القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨م، ص: ٨.

(١٨٤٧) شعبان أحمد رمضان أحمد، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص: ٢٠٢ وما بعدها.

(١٨٤٨) ضياء الدين سعيد المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين "دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين"، مرجع سابق، ص: ١١٢.

(١٨٤٩) د/ علي حسن نجيده، الرقابة على دستورية القوانين، المحكمة الدستورية العليا، طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها، مرجع سابق، ص: ١٦.

الاختصاص القضائي، ولهذا يجب التفرقة بين الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي، وبين اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي(١٨٥٠).

كما نصّت المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليه، وفقًا لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه المخالفة".

ويتعين أن يبين قرار الإحالة للمحكمة الدستورية النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته (قانونًا كان أو لائحة)، وأن يبين نصّ الدستور المدعي بمخالفته، وأن يبين أوجه المخالفة، ومن ثمَّ فإن قرار الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، إذا صدر خلو من بيان ما أوجبته المادة (٣٠) – سالفة الذكر – فإن الدعوى الدستورية تكون غير مقبولة(١٨٥١).

ويثور التساؤل حول مدى سلطة محكمة الموضوع في إحالة النص المشكوك في دستوريته إلى المحكمة الدستورية العليا، إذا لم يرفع دفع بعدم دستورية الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، في الموعد المحدد، وطلب الخصم تعجيل الدعوى بعد فوات هذا الميعاد(١٨٥٢)؟ ويجيب الفقه(١٨٥٣) على هذا التساؤل؛ بأنه إذا كان نص الفقرة "ب" من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا يقتضي بأنه: "إذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن". فإن هذا النص ينطبق فقط على الحالة التي تثار فيها مسألة الدستورية، عن طريق الدفع وحدها، وعلى ذلك فليس هناك ما يحول بين قاضي الموضوع وإحالة النص من تلقاء نفسه، إذا تراءى له عدم دستوريته، وأنه لازم للفصل في النزاع، والقول بغير ذلك يجعل قاضي الموضوع ملتزمًا أو مطالبًا بتطبيق هذا النص على موضوع النزاع على الرغم من اعتقاده عدم دستوريته، لا لشيء إلا لمجرد أن صاحب الشأن لم يرفع الدعوى في الموعد المحدد، وهو ما يتعارض والمنطق السليم.

كما أن هذا القول إذا كان قد صح الأخذ به في ظل قانون المحكمة العليا، الذي كان يجعل تحريك الدعوى مقصورًا على حالة الدفع من أحد الخصوم، فإنه لا يجوز الأخذ به في ظل قانون المحكمة الدستورية العليا، الذي

(١٨٥٠) للمزيد من التفصيل: حنان المصطفى محمد شراج، الإحالة إلى المحكمة الإتحادية العليا في الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص:٢٨؛ د/ عبد الله رمضان بنيني، وسائل تحريك الدعوى الدستورية" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص:٧٧.

(١٨٥١) محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا ١– الدعوى الدستورية ٢– دعوى تنازع الاختصاص الوظيفي ٣– دعوى تنفيذ حكمين متعارضين ٤– إجراءات هذه الدعاوى، مرجع سابق، ص: ١٦، ٢٧.

(١٨٥٢) ستار عبد الله الغزالي، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في النظام القانوني المصري والعراقي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٧م، ص: ٩٣.

(١٨٥٣) د/ رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣م، ص:٨٥٧، د/ عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية القضاء الدستوري في مصر، مطابع دار الشعب، ١٩٨٨م، ص:٤٠٨.

جعل الإحالة التلقائية من حق قاضي الموضوع، وجعل التصدي من حق المحكمة الدستورية العليا نفسها، الأمر الذي يدل على رغبة المشرِّع في تأكيد الجانب الموضوعي لدعوى عدم الدستورية وتفضيله على الجانب الشخصي[١٨٥٤].

الفرع الثاني

الإحالة في المحكمة الاتحاية العليا بالعراق

نصّت المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لعام ٢٠٠٥ على أنه: "إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها، أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى، فترسل الطلب معللًا إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه..".

أعطى المشرِّع الحق لقاضي الموضوع، في أن يلجأ إلى المحكمة الاتحادية العليا كلما رأى أن نصًا ما في قانون أو نظام، يتعلق بالدعوى المنظورة أمامه مشكوكًا في دستوريته، وذلك بصرف النظر عن مصالح الخصوم في الدعوى الموضوعية، إذ قد لا ينتبه أي من الخصوم على الطعن في دستورية هذا القانون أو النظام[١٨٥٥]. ويمثل هذا الأسلوب اتجاهًا متطورًا في اتجاهات الرقابة على الدستورية، حيث مد قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي من نطاق تحريك هذه الرقابة أمام تلك المحكمة، فأعطى الحق لجميع المحاكم على كافة درجاتها في السلم القضائي، أن تحيل من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى أي نصّ في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات، بشرط أن يتعلق بالدعوى المنظورة أمامها، ويرسل هذا الطلب معللًا إلى المحكمة الاتحادية ولا يخضع للرسم.

أما الدعوى الأصلية – الموضوعية – فإنها تعد متأخرة وخاضعة للتنحية، أي لحين البث في الطلب من قِبَل المحكمة الاتحادية، وهذا يُعدّ تطبيقًا للقواعد العامة الواردة في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لعام ١٩٦٩، وقانون الإثبات رقم ١٠٧ لعام ١٩٧٩، فيما لم يوجد به نصّ خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا وفي نظامها الداخلي[١٨٥٦].

(١٨٥٤) د/ محمد عبد العال السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر، بدون مكان نشر، ١٩٨٦م، ص: ١٨٨.

(١٨٥٥) سراج الدين شوكت خير الله، دور المحكمة الاتحادية في العراق في الرقابة على الانحراف التشريعي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص:٥٢.

(١٨٥٦) هه وراس نظام عثمان، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٥م، ص: ٨٨.

والذي يرد على نص المادة (٣) من النظام الداخلي من مآخذ، أنه قد أغفل النص على إمكانية اللجان أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي[١٨٥٧]،

(١٨٥٧) تم تقديم طلب من محكمة التمييز الاتحادية بموجب بموجب كتابها المرقم رقم ١٢/٥٢/ ٧١ الهيئة العامة ٢٠٠٦ والمؤرخ في ٢٠٠٦/٢/١١ النظر في دستورية نص المادة (٢٠/ أولًا، ثالثًا) من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦، والبت في شرعيته والتي نصت على أنه: "للمعترض والمعترض عليه أن يجيز قرار لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين لدى الهيئة العامة بمجلس شورى الدولة خلال ستين يومًا من تاريخ تبليغه بقرار اللجنة المذكورة، ويكون قرار الهيئة العامة الصادر بذلك قطعيًا"، حيث ترى الهيئة العامة بأن المادة (٢٧) من دستور جمهورية العراق، نصّت بأن تكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهماتها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، حيث إن مجلس شورى الدولة يرتبط بوزارة العدل ولا يُعدّ من أجهزة السلطة القضائية، فهو تابع للسلطة التنفيذية، ويتكون من رئيس وأعضاء غالبيتهم المطلقة من غير القضاة، وبالتالي فإن نظر الطعون من قِبَل المجلس المذكور يخل بمبدأ الفصل بين السلطات، وقد خلصت المحكمة إلى قراراها الذي ورد فيه: "لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن الفقرة "أ" من البند "أولًا" من المادة"٢٠" من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ نصّت بتشكيل لجنة تسمى (لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين) برئاسة قاض من الصف الثاني ينتدبه مجلس القضاء، وعضوين من الموظفين القانونيين لا تقل درجتها عن مدير، أحدهما من وزارة المالية، والآخر من وزارة الدفاع، وتتخذ قراراتها بالأكثرية، وينظر في جميع قضايا التقاعد المعترض عليها الناشئة من تطبيق أحكام القانون المذكور، لذا تجد هذه المحكمة أن هذه اللجنة هي لجنة خاصة شكلت بموجب قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ للنظر في شئون المتقاعدين من موظفي الدولة من حيث الحقوق التقاعدية، وأن القرارات التي تصدرها هي قرارات إدارية ذات طبيعة خاصة تغلب عليها الصفة الإدارية، وليست قرارات قضائية صرفة، بالرغم من أن اللجنة يترأسها قاض ينتدبه مجلس القضاء، لذا فإن القرارات التي تصدرها تعد قرارات ذات طبيعة خاصة، وحيث إن البند أولًا من المادة (٢٠) من قانون التقاعد الموحد، عين مراجعًا للطعن في القرارات التي تصدرها اللجنة المذكورة لدى الهيئة العامة؛ لذا للأسباب المتقدمة فإن النص المتقدم المنصوص عليه في البند ثالثًا من المادة (٢٠) من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦؛ لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ استقلال القضاء، والتدخل في شئون السلطة القضائية من قِبَل السلطة التنفيذية، ويكون طلب الهيئة العامة لمحكمة التمييز – المشار إليه أعلاه– غير وارد، لذا قرر = =رد الطلب". سراج الدين شوكت خير الله، دور المحكمة الاتحادية في العراق في الرقابة على الانحراف التشريعي"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص:٥٣. الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا.

أثناء نظرها الدعوى طلب البت في شرعية النص أسوةً بالمحاكم(١٨٥٨).

لذا **يتمنى الباحث** على المشرِّع العراقي، بإضافة الهيئات ذات الاختصاص القضائي، على غرار نص المادة (٢٩/أ) على ذلك في قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها: "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي..".

المبحث الثالث

التصدي

لم يشأ المشرِّع المصري – خلافًا للمشرِّع الليبي، والكويتي والبحريني، أن يحجب عن المحكمة الدستورية العليا رخصة التصدي لمدى دستورية أي نصّ تشريعي يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، يكون متصلًا بالنزاع المطروح عليها، فنصّ صراحةً في المادة (٢٧) من قانون تنظيمها رقم ١٩٧٩/٤٨ على إعطائها هذا الحق، فما دام أنه قد خوَّل محكمة الموضوع الحق في إثارة المسألة الدستورية من تلقاء نفسها، وإحالتها إلى القضاء الدستوري، فيكون من باب أولى منح رخصة التصدي للمسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا لا سيما وأنها وحدها دون غيرها صاحبة الولاية العامة بالرقابة على دستورية القوانين(١٨٥٩).

ويفترض تحريك الرقابة على دستورية القوانين بطريق التصدي من قِبَل المحكمة الدستورية العليا، أن هناك دعوى معروضة عليها مما يدخل في اختصاصها، ويترآى لها بمناسبة الفصل فيها أن ثمّة نصًّا تشريعيًّا يتصل بالنزاع المطروح عليها تشوبه شبهة عدم الدستورية – لم يكن محلًا للطعن فيه أمامها، سواءً بطريق الدفع أو الإحالة– فتعمل رخصتها في التصدي لبحث مدى دستورية هذا النص من تلقاء نفسها، وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ودون التقيد بأي ميعاد، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية(١٨٦٠).

أي إن تحريك الرقابة على دستورية القوانين بطريق التصدي لا يبيح للمحكمة الدستورية العليا أن تحكم في ذلك النص بصورة مباشرة، إما بدستوريته أو عدم دستوريته، وإنما هي تتصدى له بمناسبة نظرها الدعوى المطروحة عليها للشك في مدى الدستورية، وتحيله بذلك أولًا إلى هيئة المفوضين لتحضيره، وإعداد تقريرًا مسببًا عنه – شأنه في ذلك شأن الدعاوى الأخرى المرفوعة إليها – ثم تحدد له ثانيًا جلسة لنظره، والفصل فيه، إما بدستوريته أو عدم دستوريته، إذ أن مجرد شكها في مدى دستوريته وتصديها لذلك لا يعني القطع حتمًا بعدم دستوريته.

- **المطلب الأول:** التصدي في المحكمة الدستورية العليا بمصر.
- **المطلب الثاني:** التصدي في المحكمة الاتحادية العليا بالعراق.

(١٨٥٨) سراج الدين شوكت خير الله، دور المحكمة الاتحادية في العراق في الرقابة على الانحراف التشريعي "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص:٥٢.

(١٨٥٩) د. يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري "دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى"، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٩م، ص: ١٢.

(١٨٦٠) د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص:١٩٥ وما بعدها.

المطلب الأول

التصدي في المحكمة الدستورية العليا بمصر

تتصدى المحكمة الدستورية العليا لدعوى الدستورية بطريق التبعية لدعوى دستورية أخرى منظورة أمامها، ويقصد بالتصدي في القضاء بصورة عامة هو: "قيام القاضي بإثارة الدفوع أو المسائل من تلقاء نفسه، دون الحاجة إلى تمسك أطراف الدعوى بها، أو بيان تلك الدفوع ضمن طلبات الدعوى"، أي أن التصدي يعني خروج القاضي عن نطاق الدعوى المرفوعة أمامه، استثناءً من المبدأ العام في القضاء، الذي يحظر على القاضي تجاوز ما طرحه الخصوم من طلبات ودفوع ضمن نطاق الدعوى(١٨٦١).

ولا يختلف معنى التصدي في القضاء الدستوري عن معناه في مجال القضاء بصورة عامة، حيث إن الولاية العامة للمحكمة الدستورية في مجال رقابة دستورية القوانين واللوائح باعتبارها صاحبة الاختصاص الوحيد في هذا المجال، كما أنه يُعدّ من الأمور التي استحدثها قانون المحكمة الدستورية العليا؛ لتدعيم الرقابة على دستورية القوانين في ظل المحكمة العليا، ويصفه البعض بأنه جاء موفقًا في الصياغة، ويضيف طريقًا عابرًا ومحدود الاستعمال(١٨٦٢).

وتطبيقًا لما سبق؛ تستطيع المحكمة الدستورية العليا أن تتصدى من تلقاء نفسها، لبحث دستورية قانون أو لائحة يُعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطروح عليها، حتى ولو لم تطلب منها ذلك محكمة من المحاكم، أو لم يدفع به من قِبَل أحد، وفي هذه الحالة يجري تحضير الدعوى وفقًا للإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية(١٨٦٣).

ومن ثمَّ، فإن رخصة التصدي لا يمكن إعمالها إلا من خلال شروط محددة لابد من توافرها، وللمحاكم في هذه الحالة سلطة تقديرية في توافر تلك الشروط من عدمها، ومن أهم الشروط هي: وجود نزاع مرفوع أمامها، وأن يكون النص القانوني المراد التصدي لدستوريته وبين النص المطعون بعدم دستوريته(١٨٦٤).

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١/٤ في الدعوى الدستورية رقم ٢/ ١٥ ق بقولها: "أن قضاء هذه المحكمة في شأن المادة (٢٧) من قانونها، التي تخوِّلها الحكم بعدم دستورية نصّ في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المعروض عليها، مؤداه أن مناط تطبيقها يفترض وجود خصومة أصلية طرح أمرها عليها، وفقًا للأوضاع المنصوص عليها في قانون إنشائها، وأن ثمة علاقة منطقية تقوم بين هذه الخصومة، وما قد يثار عرضًا من تعلق الفصل في دستورية بعض النصوص القانونية بها،

(١٨٦١) د/ يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري "دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى"، مرجع سابق، ص: ١٣.

(١٨٦٢) د/ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، الولاء للطباعة والنشر، شبين الكوم، ١٩٩١م، ص: ٢٢٤.

(١٨٦٣) انظر: د/ يحيى الجمل، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٨٠م، ص: ٣٢٠.

(١٨٦٤) د/ محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص: ٥٥٤ وما بعدها.

ومن ثمّ تكون الخصومة الأصلية هي المقصودة بالتداعي أصلًا، والفصل في دستورية النصوص القانونية التي تتصل بها عرضًا مبلورًا للخصومة الفرعية، التي تدور مع الخصومة الأصلية وجودًا وعدمًا، فلا تقبل إلا معها، وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة التي لا تعرض لدستورية النصوص القانونية، التي تقوم عليها الخصومة الفرعية، إلا بقدر اتصالها بالخصومة الأصلية أيًا كان موضوعها أو أطرافها، بما مؤداه أن مباشرة هذه المحكمة لرخصتها المنصوص عليها في المادة (٢٧) من قانونها، شرطها: (أولًا) استيفاء الخصومة الأصلية لشرائط قبولها. (ثانيًا) اتصال بعض النصوص القانونية عرضًا لها.(ثالثًا) تأثير الفصل في دستوريتها في محصلتها النهائية(١٨٦٥).

يتضح مما سبق؛ سواءً من خلال النص القانوني أو أحكام المحكمة الدستورية العليا، أن التصدي كآلية من آليات رقابة الدستورية يشترط لإعماله الضوابط التالية:

لكي تمارس المحكمة الدستورية رخصة التصدي، فلابد أن يكون ذلك بمناسبة ممارسة المحكمة لاختصاص من اختصاصاتها، وهو حق تباشره المحكمة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى دفع يقدم إليها، وإذا كان ذلك فإن من حق الأفراد أن ينبهوا المحكمة الدستورية إلى ذلك أثناء نظر الدعوى المطروحة على المحكمة، وليس كل الأفراد يحق لهم ذلك، وإنما الحق مقصور على أصحاب الصفة في النزاع المطروح على المحكمة، ويمكن أن يكون في صورة طلب يقدم للمحكمة، كما يمكن أن يضمنوه المذكرات التي تقدم للمحكمة.

لا يجوز للمحكمة في هذه الحالة التصدي مباشرة للفصل في المسألة الدستورية التي تراءت لها، وإنما ينبغي عليها بدايةً إحالة هذه المسألة لهيئة المفوضين لتحضير الدعوى وإعداد تقرير فيها، ثم تأخذ المسألة الدستورية مراحلها بعد ذلك، والتي تتمثل في عرض هيئة المفوضين تقريرها على رئيس المحكمة لتحديد جلسة، ليتم الفصل في الدعوى الدستورية بعد ذلك، والتي قد تقضي فيها بدستورية النص أو عدم دستوريته(١٨٦٦).

إن التصدي لا يعني أن المحكمة تباشر فحص الدستورية فور اكتشافها للمخالفة الدستورية، بل يجب لممارسة رخصة التصدي أن تتخذ الإجراءات المعتادة لتحضير الدعاوى، أي أن تحيل المحكمة النص إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعوى وإعداد تقرير برأيها، ثم تعرض الأوراق على رئيس المحكمة لتحديد جلسة ليتم الفصل في الدعوى الدستورية(١٨٦٧).

فاستعمال المحكمة الدستورية العليا لرخصتها في التصدي لفحص دستورية نص تشريعي يتصل بنزاع قائم أمامها، لا يعني أنها قطعت حتمًا بعدم دستورية هذا النص، فاستعمال رخصة التصدي ينطلق من تصور مبدئي يقوم لدى المحكمة بعدم دستورية نص معين، فهو لا يعدو كونه وجهة نظر أولية من جانب المحكمة، لا تتقيد بها عند

(١٨٦٥) موقع المحكمة الدستورية العليا:– http://www.sccourt.gov.eg

(١٨٦٦) د/ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، ١٩٩١، مرجع سابق، ص: ٢٢٤.

(١٨٦٧) د/ عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص: ٢٢٣وما بعدها.

فصلها في دستورية هذا النص، ذلك أنه قد يبين للمحكمة بعد تحضير هيئة المفوضين للدعوى الدستورية أن تلك النظرة الأولية والمبدئية لم تكن صحيحة في مجملها أو في جزء منها(١٨٦٨).

ولا تقوم المحكمة الدستورية العليا بالحكم مباشرةً، وإنما تقوم بإحالة الموضوع المتصدي له إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعوى، وإعداد تقرير فيها، ثم تأخذ المسألة الدستورية مراحلها بعد ذلك، والتي تتمثل في عرض هيئة المفوضين تقريرها على رئيس المحكمة لتحديد جلسة، ليتم الفصل في الدعوى الدستورية، إما بدستورية النص، أو عدم دستوريته(١٨٦٩).

وقد أُتيح للمحكمة الدستورية العليا أن تعمل رخصة التصدي المنصوص عليها في المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن أحد أعضاء مجلس الدولة قد رفع أمامها دعوى بعدم الدستورية المادة (١٠٤) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ التي تنص على أن: "تختص إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال مجلس الدولة بإلغاء القرارات النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم، وذلك عدا النقل والندب متى كان مبنى الطلب عيبًا في الشكل، أو مخالفة القوانين واللوائح، أو خطأ في تطبيقها، أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة"، استنادًا إلى أن قرار النقل والندب يعتبر قرارًا إداريًا محصنًا من الإلغاء بالمخالفة للمادتين (٦٨ و٤٠) من الدستور.

وقد رأت المحكمة الدستورية العليا أن هذه المادة مماثلة تمامًا للمادة (٨٢) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ (المعدّل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٣) التي تنص على أن: "تختص دوائر المواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض دون غيرها، بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم، وذلك عدا النقل والندب متى كان مبنى الطلب عيبًا في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح، أو خطأ في تطبيقها، أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة"، وإزاء هذا التشابه التام بين المادة المطعون أمامها بعدم دستوريتها(وهي المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة) وبين المادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية، فإن هذا التشابه بين النصين دعا المحكمة الدستورية العليا إلى إعمال رخصة التصدي المتاحة لها، طبقًا للمادة (٢٧) من قانونها فيما يتعلق بهذه المادة الأخيرة، لاتصالها بالنزاع المطروح عليها، فقضت بعدم دستورية المادة (١٠٤) من قانون مجلس الدولة (المطروحه عليها)، وبعدم دستورية المادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية (غير المطروحه عليها) والتي تصدت للحكم بعدم دستوريتها(١٨٧٠).

(١٨٦٨) د/ خليفة سالم الجهمي، حجية الأحكام الدستورية وآثارها "دراسة تحليلية مقارنة"، موقع المحكمة العليا الليبية:https://supremecourt.gov.ly/research/، ص: ٤١.

(١٨٦٩) للمزيد من التفصيل: د/ عبد العظيم عبد السلام عبدالحميد، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص: ٢٢٤، وأيضًا: قصي أحمد محمد الرفاعي، تحريك الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة القدس، ٢٠١٦م، ص: ٥٣.

(١٨٧٠) محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا ١- الدعوى الدستورية ٢- دعوى تنازع الاختصاص الوظيفي ٣- دعوى تنفيذ حكمين متعارضين ٤- إجراءات هذه الدعاوى، مرجع سابق، ص: ٣١ وما بعدها.

يتضح مما سبق؛ أن قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر أشار إلى إمكانية قيام المحكمة بالتصدي من تلقاء نفسها لدستورية القوانين، بل يتعدى نطاق ذلك إلى إمكانية ممارسة التصدي في الدعاوى المرفوعة أمامها، أثناء ممارسة الاختصاصات الأخرى، كدعاوى تنازع الاختصاص، ودعاوى منازعات التنفيذ، والفصل في صحة عضوية أعضاء البرلمان وغيرها.

المطلب الثاني

التصدي في المحكمة الاتحادية العليا بالعراق

في حين أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق، والتي حدد لها دستور ٢٠٠٥ في المادة (٩٤) منه اختصاصاتها في مجال القضاء الدستوري، والمتمثلة بالرقابة على دستورية القوانين وتفسير الدستور، وجاء قانونها ذي الرقم٣٠ لسنة ٢٠٠٥ ونظامها الداخلي ذي الرقم ١ لسنة ٢٠٠٥، مؤكدان على تلك الاختصاصات، من دون التطرق إلى إمكانية قيام المحكمة بالتصدي من تلقاء نفسها لمدى دستورية القوانين التي تطبقها على النزاع المرفوع أمامها، إلا أنه وبالمقابل نجد أن قانون المحكمة الاتحادية العليا قد أشار إلى إمكانية تطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدّل، فيما لم يرد به نصّ خاص في قانون المحكمة، وعند الرجوع إلى قانون المرافعات المدنية نجد أن هناك عددًا من النصوص القانونية العامة التي تطبقها المحاكم بصورة عامة، والتي تبيح لها الدفع من تلقاء نفسها في بعض النواحي الموضوعية والإجرائية التي تخص الدعاوى، والمتعلقة بعدم الاختصاص، أو عدم ولاية المحكمة، أو فيما يتعلق بنوع الدعوى المرفوعة.

لذا نجد أن المشرِّع العراقي، قد أعطى للمحاكم الأخرى صلاحية الدفع من تلقاء نفسها في البت في الدعاوى العادية، لذا كان من باب أولى أن تمنح المحكمة الاتحادية العليا إمكانية الدفع والتصدي من تلقاء نفسها بنصوص دستورية وقانونية صريحة وواضحة تتعلق بإثارة المسألة الدستورية، لما يمثله الحق بالتصدي من أهمية كبيرة في حماية المبادئ الدستورية وتحقيق الاستقرار القانوني للدولة.

مما سبق يتضح؛ أن المشرِّع العراقي قد تخلف عن إقرار آلية التصدي من جانب المحكمة العليا، الأمر الذي **يجعل الباحث يتمنى** تدارك المشرِّع ذلك بالتعديل، تحقيقًا للمشروعية الدستورية، وكفالة لفعالية الرقابة على دستورية القوانين.

الخاتمة:

بفضل الله وتوفيقه، قد انتهيت من بحث "**طرق رفع الدعوى الدستورية**"، توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات:

١. منح دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ للأشخاص الطبيعية والمعنوية حق الطعن المباشر أمام المحكمة الاتحادية العليا وفقًا للمادة (٩٣/ ثالثًا) منه التي تنص على: "... ويكفل القانون لمجلس الوزراء ولذوي الشأن من الأفراد وغيرهم، حق الطعن المباشر أمام المحكمة الإتحادية العليا". وتطبيقًا لذلك نصت المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على أنه: "إذا طلب مدعٍ، الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر.."، ويُعدّ نصّ هذه المادة تطورًا تشريعيًا ملحوظًا في اتجاه المشرِّع العراقي، إلا أنه يجب فرض العديد من القيود على الأشخاص الذين يرغبون بالطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا، من خلال الدعوى المباشرة، وذلك أن ينص صراحةً على شرط المصلحة فيمن يحرك الدعوى الدستورية الأصلية، وأن يملك مناطها؛ كونه في مركز قانوني يمسه النص المطعون فيه، وذلك على غرار شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، وهو ما تعبر عنه المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، بأن يثبت الطاعن أن القانون "بتطبيقه عليه ينطوي على تعارض مع الدستور". وليس هذا فحسب، بل يجب أن تكون المصلحة كافية، بمعنى أن تكون على قدر من الجسامة يبرر آثاره المسألة الدستورية على الرغم من خطورتها.

٢. الدفع الفرعي عن طريق الأفراد، نصّت المادة الرابعة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على هذه الصورة، ويلاحظ أن المشرِّع العراقي في النظام الداخلي للمحكمة، لم يحدد لمن آثار الدفع بعدم الدستورية أجلًا معينًا يجب تقديم هذا الدفع بدعوى أمام محكمة الموضوع خلاله، وكان الأجدر به أن يحدد مدة لمن آثار هذا الدفع؛ لأن ذلك يعطي لمحكمة الموضوع إمكانية التحقق من أن دفع الطاعن أمامها جدي وليس كسبًا للوقت.

٣. أن المشرِّع لم يضع معيارًا حاسمًا؛ لكون الدفع جديًا من عدمه، وترك الأمر بذلك لمحكمة الموضوع تفصل فيه بحكم يجوز أن يكون محلًا للطعن استقلالًا أمام المحكمة الأعلى، **ويرى الباحث:** تخويل لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية، لذوي الشأن ممن تقدمو بدفوع أمام محكمة الموضوع، ورأت المحكمة عدم جدية الدفع المقدّم منهم بعدم الدستورية، أن يطعنوا على الحكم الصادر بعدم جدية الدفع أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية خلال شهر من صدور الحكم المذكور، حينما تتأكد محكمة الموضوع من جدية الدفع المقدم من أحد الخصوم بعدم دستورية النص القانوني الخاص بالواقعة محل النظر، فإنه يجب معاملة الإحالة المباشرة من محكمة الموضوع؛ لأنه يصعب على المحكمة التي رأت جدية عدم الدستورية أن تطبق النص دون أن تفصل المحكمة الدستورية في دستوريته.

٤. الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع، نصّت المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لعام ٢٠٠٥، على أنه: "إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها أثناء نظرها دعوى البث في شرعية نص قانوني أو قرار تشريعي، أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى، فترسل الطلب معللًا إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه.."، فقد أغفل هذا النص إمكانية اللجان أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظرها الدعوى طلب البت في شرعية النص أسوةً بالمحاكم، لذا **يتمنى الباحث** على المشرِّع العراقي بإضافة الهيئات ذات الاختصاص القضائي، على غرار نصّ المادة (٢٩/أ) على ذلك في قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها: "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي..".

ونصّت المادة (٩٤) من الدستور العراقي على حق المحكمة الاتحادية العليا في اختصاصاتها في مجال القضاء الدستوري، والمتمثلة بالرقابة على دستورية القوانين وتفسير الدستور، وجاء قانونها ذي الرقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، ونظامها الداخلي ذي الرقم ١ لسنة ٢٠٠٥، مؤكدان على تلك الاختصاصات، من دون التطرق إلى إمكانية قيام المحكمة بالتصدي من تلقاء نفسها لمدى دستورية القوانين التي تطبقها على النزاع المرفوع أمامها، ومن ثمَّ يكون قد تخلف عن إقرار آلية التصدي من جانب المحكمة العليا، الأمر الذي **يجعل الباحث يأمل** في أن يتدارك المشرِّع ذلك بالتعديل تحقيقًا للمشروعية الدستورية، وكفالة لفعالية الرقابة على دستورية القوانين.

٥. يتعين على السلطة التشريعية إذا ما صدر حكم بعدم دستورية نص قانوني، أن تسارع لتعديله وإزالة أوجه النقص والقصور التي تشوبه، أو إصدار تشريع جديد بدلًا منه؛ حتى تتجنب العواقب من وراء تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته.

قائمة المراجع:

أولًا – المراجع العربية:

١. إبراهيم درويش، القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الثانية، دارالنهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٤م.

٢. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

٣. جورجي ساري، أصول وأحكام القانون الدستوري، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.

٤. جورجي ساري، رقابة التوازن في نطاق القانون الدستوري "دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

٥. رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٠م.

٦. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣م.

٧. ستار عبد الله الغزالي، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في النظام القانوني المصري والعراقي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٧م.
٨. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ٢٠٠٠م.
٩. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
١٠. عادل الطبطبائي، المحكمة الدستورية الكويتية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ٢٠٠٥م.
١١. عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية القضاء الدستوري في مصر، مطابع دار الشعب، ١٩٨٨م.
١٢. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥م.
١٣. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، الولاء للطباعة والنشر، شبين الكوم، ١٩٩١م.
١٤. عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري (الدولة – الحكومة– الحقوق والحريات العامة– المبادئ العامة للقانون الدستوري– تطور النظام الدستوري المصري– النظام الدستوري المصري وفقًا لدستور سنة ١٩٧١)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م.
١٥. علي حسن نجيده، الرقابة على دستورية القوانين، المحكمة الدستورية العليا، طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م.
١٦. فتحي فكري، وجيز الدعوى الإلغاء طبقًا لأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
١٧. ماجد راغب الحلو، دستورية القوانين (أساس رقابة الدستورية – طرق رقابة الدستورية – هيئات رقابة الدستورية – إجراءات رقابة الدستورية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
١٨. محمد أنس قاسم جعفر، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة تطبيقية"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
١٩. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين (المبادىء النظرية والتطبيقات الجوهرية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠م.
٢٠. محمد عبد العال السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر، بدون مكان نشر، ١٩٨٦م.
٢١. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة الاسراء، القاهرة، ١٩٩٣م.
٢٢. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.

٢٣. محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا ١- الدعوى الدستورية ٢- دعوى تنازع الاختصاص الوظيفي ٣- دعوى تنفيذ حكمين متعارضين ٤- إجراءات هذه الدعاوى، عالم الكتب، القاهره، ١٩٨٩م.
٢٤. مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، الطبعة الأولى، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، ١٩٩٠م.
٢٥. يحيى الجمل، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٨٠م.
٢٦. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.
٢٧. يسري محمد العصار، التصدي في القضاء الدستوري "دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م.

ثانيًا- الرسائل العلمية:

١. حنان المصطفى محمد شراج، الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، قسم القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨م.
٢. رحاب خالد حميد أحمد، الدعوى الدستورية المباشرة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، جمهورية العراق، ٢٠١٨م.
٣. سراج الدين شوكت خير الله، دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في الرقابة على الانحراف التشريعي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٥م.
٤. سعد ممدوح الشمري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح "دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة لرقابة الدستورية في مصر والكويت"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ٢٠٠٦م.
٥. صالح بن هاشل بن راشد المسكري، نظم الرقابة على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة المنصورة، ٢٠١١م.
٦. صلاح خلف عبد، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها واختصاصاتها (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين،٢٠١٣م.
٧. ضياء الدين سعيد المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين "دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين"، رسالة ماجستير، أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا، برنامج الدراسات العليا المشترك مع جامعة الأقصى، جامعة الأقصى، ٢٠١٥م.
٨. عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨م.
٩. عيسو نادية أمير كهينة، الدفع بعدم دستورية القوانين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، – بجاية – ٢٠١٦/ ٢٠١٧م.
١٠. قصي أحمد محمد الرفاعي، تحريك الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة القدس، ٢٠١٦م.

١١. محمد جاسم كاظم علكه، التنظيم الدستوري والقانوني للمحكمة الاتحادية العليا في النظام الاتحادي في العراق "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الجزيرة، ٢٠١٦م.

١٢. هه وراس نظام عثمان، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٥م.

ثالثًا: المجلات:

١. جميلة الشوربجي، دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في الجمهورية العربية السورية بين الدستوري ١٩٧٣ و٢٠١٢، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٩)، العدد الثالث، ٢٠١٣م.

٢. صواق عبد الرحمان، الدفع بعدم الدستورية في المواد الجزائية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٤، العدد ١، الجزائر، ٢٠١٩م.

٣. عبد الله رمضان بنيني، وسائل تحريك الدعوى الدستورية" دراسة مقارنة"، المجلة الجامعة – العدد السابع عشر – المجلد الثاني – أغسطس، ٢٠١٥م.

٤. عليان بوزيان، أثر الإحالة القضائية للدفع بعدم الدستورية على عقلنة رقابة دستورية القوانين الماسة بالحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الثاني، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، فبراير ٢٠١٩م.

٥. عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم دستورية القوانين وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، عدد (٢)، الجزائر، ٢٠١٠م.

٦. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني، مجلة القانونية هيئة التشريع والإفتاء القانوني، مملكة البحرين، العدد السابع، يناير ٢٠١٧م.

رابعًا– المراجع الأجنبية:

1. Andre.Haurlu, Droice Constitutional et lnstitutions Politiqmws 1968, P280.
2. Sydney D.Bailey, British Parliamratary Democracy, 1958, P1.

خامسًا– المواقع الإلكترونية:

١. خليفة سالم الجهمي، حجية الأحكام الدستورية وآثارها "دراسة تحليلية مقارنة"، موقع المحكمة العليا الليبية:https://supremecourt.gov.ly/research/.

٢. موقع المحكمة الدستورية العليا:http://www.sccourt.gov.eg –