جمـــــــهورية الــعـراق
وزارة التـــعليم العـالي والـبحث الـعلـمي
جامـعـة مـــــــيسان
كـليــة الــقـانـــون / قـسم الـقـانـون الـعـام

الـدفع الفـــرعي بعدم دســـتورية القـــوانين

(دراسة مقارنة)

رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة ميسان وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

إعداد الطالبة

إيناس حسين جابر

إشراف

د. رحيم حسين موسى

أستاذ القانون الدستوري في كلية القانون – جامعة ميسان

٢٠٢٣م ١٤٤٥هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ)

صدق الله العلي العظيم

(سورة فصلت: الآية/٣٤)

الإهـــــــداء

إلى ظل حياتي . . .

إلى الأرواح التي ذهبت مبكراً دون أن تشاركنا ضحكاتنا الطويلة وسعادات الإنجاز، فقصرت برحيلهم أفراحنا كقصر أعمارهم، إلى روح الخالدة (أمي) والجرح الغالي (خالي)، لقد فارقت أرواحكم واقعنا وحاضرنا لكن ظلكم حاضر في كل لحظات حياتنا .

إلى النهر العذب، إلى الحنان الثابت غير المشروط، إلى من كانت سبباً في وصولي إلى هذه المرحلة التي لولا وجودها لما أنجزت، إلى العظيمة بعطائها، إلى صاحبة الود والكرم غير المنقطع . . . أمي الروحية .

إلى السند والكتف الثابت، إلى المعطاء الدائم، صاحب القلب الطيب، إلى الأخ الاحن . . . أخي مصطفى .

إلى من وقفوا معي وشدوا أزري فكانوا عوناً لي في جميع الأوقات . . . إلى أبي العزيز، وإلى (أخواني وأخواتي جميعاً منهم أخوتي بالدم ومنهم أخوتي بالروح) لقد كنتم البهجة والضحكة التي تجمل طريقي في جميع محطاته .

إلى الحالمين الذين لم تسعفهم ظروفهم وأعمارهم لتحقيق أحلامهم، أصحاب الأحلام المبتورة . . . أهدي هذا العمل المتواضع لذواتكم الحالمة .

الباحثة

شُكْرٌ وَامْتِنان

الحمد لله الذي عَلم بالقلم، عَلّمَ الإنسان مالم يعلم، والصلاة والسلام على خاتم النبيين محمد المصطفى وعلى آل بيته أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

يطيب لي في هذا المقام أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى أستاذي ومشرفي الفاضل الأستاذ الدكتور (رحيم حسين موسى)، الذي منحني بقبوله الأشراف على رسالتي شرفاً عظيماً وهيأ لي الفرصة لأنهل من فيض علمه الغزير وعطائه الفكري والمعرفي المتجدد، فقد كان مثالاً للأب الناصح والأستاذ المعلم طيلة فترة إعداد الرسالة.

كما يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى اساتذتي الكرام ممن تتلمذت على أيديهم في جامعة ميسان (كلية القانون) في مرحلتي البكالوريوس والماجستير لما قدموه لي من علم نافع وعطاء لا ينكر فضله في وصولي إلى هذه المرحلة متمنية أن ينعم الله عليهم بالصحة والعطاء الدائم.

ويطيب لي أن أزجي شكري وأمتناني إلى رفاق الخطوة الأولى، والخطوة ما قبل الأخيرة، إلى من كانوا خلال السنين العجاف سحاباً ممطراً، رفيقات الطريق وعزيزات الروح صديقاتي (غفران ونبأ).

ويدعوني الواجب أن أعرب عن احترامي وشكري إلى الأخت والزميلة (م.م. ندى عادل رحمة) لما قدمته لي من دعم ومساعدة في تهيئة الكثير من المصادر المتعلقة بموضوع رسالتي.

ولا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى جميع منتسبي مكتبة كلية القانون (جامعة ميسان، جامعة بغداد، جامعة بابل، جامعة كربلاء، العاملات في مكتبة العتبتين الحسينية والعباسية في كربلاء المقدسة) لما أبدوه من تسهيلات ومساعدة في تزويدي بالمصادر لإتمام هذه الرسالة.

وفي الختام أقدم شـــكري وتقديري إلى كل من ســـاندني ودعمني من قريب أو بعيد ولو بالكلمة الطيبة جزاكم الله خيراً.

الباحثة

فهرست المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١-٦
الفصل الأول: ماهية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	٧-٥٢
المبحث الأول: مفهوم الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	٨-٢٨
المطلب الأول: تعريف الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين ونشأته	٩
الفرع الأول: تعريف الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	٩
الفرع الثاني: نشأة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	١٥
المطلب الثاني: تمييز الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين عما يشتبه به	٢٣
الفرع الأول: تمييز الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين عن الدعوى الاصلية	٢٤
الفرع الثاني: تمييز الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين عن الأمر القضائي	٢٦
المبحث الثاني: أهمية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين وطبيعته	٢٨-٥٢
المطلب الأول: أهمّية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	٢٩
الفرع الأول: تعزيز حماية الحقوق والحريات	٢٩
الفرع الثاني: التغلب على مساوئ الرقابة السياسية	٣٦
المطلب الثاني: طبيعة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	٤٠
الفرع الأول: الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين دفع عيني	٤٠
الفرع الثاني: الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين دفع من النظام العام	٤٥

الفصل الثاني: النظام القانوني للدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٥٤-١٢١**
المبحث الأول: تصفية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٥٥-٨٥**
المطلب الأول: إثارة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٥٥**
الفرع الأول: أصحاب الحق في الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٥٦**
الفرع الثاني: شروط الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٦٣**
المطلب الثاني: تقدير جدية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٧٥**
الفرع الأول: دور محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٧٦**
الفرع الثاني: معيار جدية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٨٠**
المبحث الثاني: الفصل في الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين وآثاره	**٨٦-١٢١**
المطلب الأول: الفصل في الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٨٦**
الفرع الأول: إجراءات الفصل في الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين	**٨٦**
الفرع الثاني: البت في الدفع بعدم دستورية القوانين	**٩٣**
المطلب الثاني: آثار الفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين	**١٠٠**
الفرع الأول: آثار الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور	**١٠٠**
الفرع الثاني: آثار الحكم بعدم الدستورية على الدعوى المقامة أمام محكمة الموضوع	**١١٥**
الخاتمة	**١٢١-١٢٧**
المصادر	**١٢٨-١٤٦**
Abstract	**A – B**

الملـــخص

تعد وسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية وسيلة أساسية لتحريك الدعوى الدستورية ومن أهمّ الوسائل الدستورية المقررة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وهي ليست بالوسيلة الهجومية كما هو الحال بالنسبة للدعوى المباشرة (الأصليّة) وإنما وسيلة دفاعية يلجأ إليها الطاعن عند وجود دعوى منظورة أمام إحدى محاكم الدولة فيقوم بالطعن بعدم دستورية القانون أو النظام (اللائحة) المراد تطبيقها على تلك الدعوى أمام محكمة الموضوع عند توافر شك لديه بمخالفة القانون أو النظام (اللائحة) لأحكام الدستور، إلا أن ممارسة هذا الحق لا يكون مباشرة أمام جهة الرقابة على دستورية القوانين بل يخضع لمبدأ التصفية الذي تم منح صلاحيته للقضاء بحيث أن المحكمة الدستورية تُخطر بالدفع بعدم الدستورية عن طريق الإحالة من قبل محكمة الموضوع بعد تقديرها لجدية الدفع. وتبرز أهمية دور الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات في كونه وسيلة تعزز ثقة الأفراد في القضاء، فضلاً على ذلك فإنّ ضمان مبدأ الشرعية يتصل بمسألة الحقوق والحريات التي تتعرض للمساس من خلال بعض القوانين والأنظمة ومن ثمّ فإنّ عدم وجود هذه الوسيلة من شأنه الإضرار بتلك المصالح والحقوق، إلا أنَ الحماية التي توفرها وسيلة الدفع قد تواجهها مشاكل عديدة منها القصور في تنظيمها القانوني وعدم كفاية النصوص المنظمة لها، ومن أجل الوصول لحل لهذه المشاكل فقد أتبعنا المنهج التحليلي المقارن وذلك للإلمام أكثر بجوانب وسيلة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين.

ومن خلال ذلك توصلنا إلى أنّ دعوى الدفع بعدم الدستورية ذات طبيعة عينية تهدف إلى بحث العيوب الدستورية التي تشوب بعض القوانين والأنظمة (اللوائح)، فالقاضي الدستوري لا يفصل في حقوق فردية متعارضة وإنما يقضي في مدى اتفاق التشريع الخاضع لرقابته مع الأحكام الموضوعية والإجرائية للدستور، وأيضاً تبين لنا أن الدفع بعدم الدستورية من الدفوع التي تتعلق بالنظام العام وتجوز إثارته أمام أي محكمة موضوع ويثبت لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، كما وانتهت دراستنا إلى دعوة المحكمة الاتحادية العليا بضرورة أن تضمن نظامها الداخلي نصاً يحدد شروط جدية الدفع بعدم الدستورية ووضع معيار حاسم لتقدير جدية الدفع من قبل قاضي الموضوع.

المقدمة

المقـــــدمـــة

أولاً: موضوع الدراسة

تهدف الرقابة على دستورية القوانين إلى ضمان سمو الدستور وذلك من خلال التأكد من تطابق القانون أو النظام (اللائحة) المشكوك بدستوريته مع أحكام الدستور والتعرف فيما إذا التزمت سلطات الدولة كافة حدود اختصاصاتها أو تجاوزتها، وبذلك تعد الرقابة على دستورية القوانين إحدى الدعائم الأساسية لقيام دولة الحق والقانون، كما وتختلف هذه الرقابة من نظام لآخر باختلاف الأنظمة السياسية المعمول بها في كل دولة على حدة فمن حيث طبيعتها قد تكون الرقابة "سياسية أو قضائية" ومن حيث وقت ممارستها قد تكون " رقابة سابقة على صدور القانون أو رقابة لاحقة لصدور القانون"، ولمّا كان موضوع الرقابة الدستورية والمسائل التي تثيرها تؤلف مسألة قانونية تتمثل بالتحقق من مدى تطابق القانون أو عدم تطابقه مع أحكام الدستور فمن المنطقي أن يعهد بهذه الرقابة إلى هيئة قضائية، لما توفره هذه الهيئة بطبيعتها من ضمانات متعددة منها ضمان الحياد والاستقلال وحرية التقاضي وتسبيب الأحكام، الأمر الذي يجعل من هذا النوع من الرقابة ضمانة فعالة لاحترام الدستور.

وقد تنوعت وسائل إثارة الرقابة القضائية على دستورية القوانين باختلاف أنواعها، فبعد أن كان الهدف من الرقابة هو حماية السلطة فقط، أصبح الهدف منها حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، لذلك ظهرت وسائل عديدة لتحريك الرقابة وأغلبها مقررة لمصلحة الأفراد، والتي تتمثل بالوسيلة المباشرة "الدعوى الأصلية" والإحالة ورقابة التصدي والوسيلة غير المباشرة " الدفع الفرعي بعدم الدستورية" الذي هو موضوع دراستنا هذه.

ويمثل الدفع الفرعي بعدم الدستورية الوسيلة الأمثل والأكثر تداولاً للرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذ يعد هذا الدفع من أهم وسائل إثارة الرقابة وأيسرها وأكثرها شيوعاً، ويعد وسيلة ناجعة لضمان حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من الاعتداء عليها من قبل سلطات الدولة وذلك من خلال منح الأفراد مكنة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلغاء نص تشريعي أو نظام (لائحة) بدعوى مخالفته للدستور، ومن ثم فإن منح الأفراد حق الرقابة على حالات انتهاك حقوقهم من شأنه أن

يؤكد الدور الإيجابي للأفراد في ممارسة شؤونهم بالشكل الذي يبعث في انفسهم الرضا والإحساس بالعدالة.

وانطلاقاً من ذلك فقد منح دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بموجب المادة (٩٣/ ثالثاً) الأفراد حق حماية حقوقهم من الانتهاك، إذ أن ما جاء به الدستور العراقي وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل ونظامها الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ من إعطاء الأفراد دوراً رقابياً كبيراً يعد تطوراً واضحاً من قبل المشرع الدستوري بصرف النظر عن مدى دقة تنظيم إجراءات الدفع بعدم الدستورية وتحديد نطاق سلطة قاضي الموضوع في تقدير جديته.

ثانياً: أهمية الدراسة:

تتجسد أهمية الدراسة هذه في ناحيتين نظرية وعملية، إذ تبرز الأهمية النظرية من خلال التعرف على الدفع الفرعي بعدم الدستورية بوصفه الوسيلة الأكثر أهمية والأوسع انتشاراً لتحريك الرقابة على دستورية القوانين وبيان تميزها عن وسائل تحريك الرقابة الأخرى، إذ ركزت الدراسات القانونية على وسيلة الدعوى الدستورية المباشرة (الأصلية) دون وسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية، الأمر الذي أقتضى دراستها بصورة تفصيلية شاملة تستوعب ما طرأ عليها من تطورات تتعلق بالنصوص القانونية المحددة لنطاقها والمنظمة لإجراءاتها.

أما من الناحية العملية، فتبرز أهمية الدفع الفرعي بعدم الدستورية في توضيح موضوع هذه الوسيلة، من خلال تعريف الأفراد بإجراءات سير الدعوى بطريق الدفع بعدم الدستورية وما تتضمنها من شروط وضوابط تنظم عمل هذه الوسيلة، بالإضافة إلى الآثار الناتجة عن الحكم بعدم الدستورية وما يتمتع به من حجية مطلقة تجعل منه ضمانة حقيقية وفعالة لحماية الأفراد وحرياتهم، كما تبدو أهميته في أنه يُبين ما يتمتع به قاضي الموضوع من سلطة تقديرية في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية من عدمه، ومن ثمّ يُمكن الأفراد من معرفة حقهم بالطعن.

ثالثاً: إشكالية الدراسة:

على الرغم من أنّ الرقابة على دستورية القوانين من الوسائل المهمة في ضمان سمو الدستور فضلاً عن الحفاظ على حقوق وحريات الافراد من تعسف السلطات العامة، فإنَّ مجرد النص عليها في الوثيقة الدستورية دون إيجاد تنظيم دقيق لها من شأنه أن يخل بقيمتها الدستورية تلك، ولدى الاطلاع على النصوص الدستورية والقانونية المنظمة لوسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية سواء

في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل ونظامها الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ فإننا نجد قصوراً واضحاً في التنظيم القانوني لتلك الوسيلة مما ينعكس سلباً عند استخدامها من قبل الأفراد بوصفها الوسيلة الأكثر شيوعاً لإثارة الرقابة على دستورية القوانين، وهذا ما يظهر جلياً في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، وعدم وجود معيار ثابت تستند إليه المحكمة في هذا التقدير.

هذا ويمكن إظهار أبرز الإشكاليات الجزئية التي تثيرها الدراسة من خلال الأسئلة الآتية:

- هل تكفي النصوص القانونية المنظمة لوسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية لحماية حقوق وحريات الأفراد؟
- هل يعد تقدير جدية الدفع الفرعي بعدم الدستورية من قبل محكمة الموضوع تعدياً على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا؟
- كيف تتصل المحكمة الاتحادية العليا بالدفع الفرعي بعدم الدستورية، وماهي الشروط الواجب توافرها لقبوله؟

رابعاً: منهج الدراسة ونطاقها:

سنتبع في دراستنا لموضوع "الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين" منهج البحث التحليلي المقارن بوصفه المنهج الأكثر ملائمة لموضوع الرسالة، وذلك من خلال تحليل النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية في كل من العراق ومصر والإمارات العربية المتحدة ومقارنتها وصولاً إلى النتائج المرجوة من الدراسة. ولعل ثراء تجربة المحكمة الدستورية المصرية فضلاً عن تنظيم قانونها للدفع الفرعي بعدم الدستورية بوصفه الوسيلة الأكثر استخداماً لإثارة الرقابة على دستورية القوانين هي من كانت وراء اختيار جمهورية مصر العربية دولة للمقارنة. كما أن الشكل الاتحادي للدولة ووجود المحكمة الاتحادية العليا كان سبباً لاختيار الإمارات العربية المتحدة دولة ثانية للمقارنة.

وسيقتصر نطاق الدراسة على التنظيم الدستوري والقانوني لوسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل ونظامها الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، ودستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ المعدل وقانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، ودستور دولة

الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ المعدل وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.

خامساً: الدراسات السابقة:

- علي محمود محمد أبو عال، مدى سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٦.

لقد تناولت هذه الدراسة ابتداءً وسائل أثارة الرقابة على دستورية القوانين بشكل عام من خلال التمييز بين جميع هذه الوسائل مع بيان النشأة التأريخية لأسلوب الدفع الفرعي متخذاً التجربة الامريكية تطبيقاً رئيسياً لهذه الدراسة، كما تطرقت الدراسة الى بيان مدى سلطة القضاء العادي في تقدير شروط قبول الدفع الفرعي بعدم دستورية القانون، إذ ركزت هذه الدراسة بشكل خاص على دور المحاكم الامريكية في نظر الطعون الدستورية مع ذكر العديد من القضايا المتعلقة بهذه الطعون، ثم تطرقت بعد ذلك الى القيود الذاتية التي أنشأها القضاء الأمريكي في رقابته لدستورية القوانين وفقاً لأسلوب الدفع الفرعي التي منها قاعدة افتراض الدستورية لمصلحة القوانين وقاعدة عدم امتداد الرقابة الى ملائمة التشريع وبواعثه، بعد ذلك تطرقت الدراسة الى تطبيقات الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين في بعض الأنظمة الدستورية ذات النظام المركزي واللامركزي المتمثلة في كل من الهند واليابان وإيطاليا وألمانيا ومن ثم بيان مدى إمكانية الاخذ بأسلوب الدفع الفرعي في العراق ومعرفة موقف القضاء العراقي من الرقابة.

ومن النتائج التي توصلت اليها هذه الدراسة أن وسيلة الدفع الفرعي هي الوسيلة الطبيعية والاصيلة لممارسة الرقابة على دستورية القوانين دون الحاجة الى وجود نص دستوري يبيح ذلك، كما توصلت إلى أن أسلوب الدفع الفرعي هو الأسلوب الأقل حساسية وصداماً مع السلطات الأخرى.

- رحاب خالد حميد أحمد، الدعوى الدستورية المباشرة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (دراسة مقارنة)، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٨.

تناولت هذه الدراسة مفهوم وطبيعة الدعوى الدستورية المباشرة والاساس القانوني لها وكذلك بيان الخصائص المميزة لها من حيث كونها دعوى عينية مستقلة وحاسمة، كما تطرقت الى تمييز الدعوى الاصلية عما تشتبه به من الوسائل الاخرى بشكل مفصل واخذت ألمانيا كمثال للجهة

القضائية المتخصصة للنظر في دستورية القوانين بالإضافة الى الامارات والعراق أيضاً. بعد ذلك تطرقت الى مقومات الدعوى المباشرة من استقلال عضوي ووظيفي للمحكمة المختصة بنظر الدعوى المباشرة وآلية تشكيلها واختيار أعضائها، ثم بعد ذلك تناولت طرق إقامة الدعوى الدستورية المباشرة وشروط قبولها بالإضافة الى إجراءات رفعها وسلطة المحكمة في نظرها بشكل مفصل.

ومن النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة أن الدعوى الدستورية المباشرة وسيلة اختيارية ذات طبيعة عينية تهدف الى مخاصمة النصوص التشريعية التي تعارض أحكام الدستور للمحافظة على المشروعية الدستورية من خلال إلغاء التشريعات المطعون بعدم دستوريتها، وكذلك من النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة إن إجراءات رفع الدعوى الدستورية المباشرة تتميز بكونها إجراءات مستقلة عن إجراءات رفع الدعاوى الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية.

أمّا دراستنا لموضوع **الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين** فهي تختلف عما تناولته الدراسات السابقة، اذ سنتناول الوسيلة غير المباشرة للدعوى الدستورية المتمثلة بالدفع الفرعي فقط دون التطرق للوسائل الأخرى، كونها من الوسائل المهمة التي لم يتم التطرق لها بشكل مستقل سابقاً وانما كانت الدراسات تسهب في طريقة تشكيل المحاكم وتركز اهتمامها حول الدعوى الأصليّة فقط، أما دراستنا فستنظر إلى الدفع الفرعي بوصفه أحد أهم وسائل إثارة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ذات الارتباط الوثيق بحقوق الأفراد وحرياتهم، وسوف نتناوله بشكل مفصل من حيث المفهوم والتمييز عن غيره من الوسائل، وكذلك بيان طبيعته الخاصة وأهميته بالإضافة الى الدخول بتفصيل أكثر بإجراءات الفصل وآثاره على القانون المطعون بعدم دستوريته من جانب وأثره على الدعوى الأصليّة من جانب آخر، ومن ثم بيان الحجية التي تتمتع بها الأحكام والقرارات الصادرة بعدم الدستورية.

سادساً: هيكلية الدراسة:

للإحاطة بجميع جوانب دراستنا المتمثلة بالدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين (دراسة مقارنة) اقتضى تقسيمها على فصلين اثنين، يقسم كل فصل على مبحثين، **يتناول الفصل الأول** ماهية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين ويكون ذلك في مبحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين، ونخصص المبحث الثاني لدراسة أهمية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين وطبيعته القانونية.

أما بالنسبة للفصل الثاني فسوف يخصص لدراسة النظام القانوني للدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين، وذلك بتقسيمه على مبحثين، حيث سنتناول في المبحث الأول تصفية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين، ونفرد المبحث الثاني لدراسة الفصل في الدفع بعدم دستورية القانين وآثاره، وسننهي دراستنا بخاتمة نبين فيها أهم الاستنتاجات التي توصلت لها الدراسة، وأبرز التوصيات التي تمخضت عنها.

الفصل الأوّل

ماهيّة الدفع الفرعي بعدم دستورّية القوانين

الفصل الأوّل

ماهيّة الدفع الفرعي بعدم دستورّية القوانين

تختلف وسائل تحريك الرقابة على دستورية القوانين باختلاف أنواعها، فبعد ان كان الهدف من الرقابة على الدستورية هو حماية السلطة فقط، تحولت الى رقابة الهدف منها حماية حقوق وحريات الافراد المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية، لذلك ظهرت وسائل عديدة لتحريك الرقابة على دستورية القوانين مقررة لمصلحة الأفراد، منها ما يعرف بالدعوى الدستورية الاصلية المباشرة والوسيلة غير المباشرة المتمثلة بالدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين المقرر لمصلحة الافراد، ويعد الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين حالياً الوسيلة المُثلى لحماية الحقوق والحريات الدستورية ولتحقيق العدالة الدستورية، والذي يقدم بمناسبة دعوى أصلية مقامة أمام أحدى الجهات القضائية سواء أكان قضاءً عادياً أم إدارياً، وبذلك يعد وسيلة دفاعية لا هجومية غير مباشرة اذ يفترض نزاعاً قضائياً مطروحاً امام أحد المحاكم ويرى أحد أطراف الخصومة ان التشريع الذي يراد تطبيقه بمناسبة النزاع يتضمن مخالفة دستورية، فيثير بصورة عارضة الدفع بعدم دستورية هذا التشريع.

كما ويعد الدفع بعدم الدستورية من الوسائل التي تعزز من ثقة الأفراد في القضاء والعدالة، فعن طريقه تطورت مهام القضاء من مهمة تطبيق القوانين إلى دور الوساطة بين المتقاضين والجهة التي لها سلطة الفصل في الدفع بعدم الدستورية "المحكمة الاتحادية العليا" ومن خلاله تتم تصفية المنظومة القانونية من القوانين والأنظمة المنتهكة للحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وعليه لما للدفع بعدم الدستورية من أهمية بالغة فإن الأمر يتطلب أن نتناول الدفع الفرعي بعدم الدستورية بالإيضاح والبحث من خلال بيان تعريفه وبيان مميزاته، وذلك من خلال بيان الطبيعة القانونية له والخوض بإجراءاته وبيان الآثار المترتبة على الحكم بعدم الدستورية.

ولما تقدم سوف نقسم الدراسة في هذا الفصل على مبحثين، نتناول في **المبحث الأول** مفهوم الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين، **بينما نبحث في الثاني** أهمية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين وطبيعته.

المبحث الأول

مفهوم الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

تتمتع الرقابة عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية بمكانة سامية في مجال الرقابة القضائية بصفة عامة وفي الرقابة على دستورية القوانين بصورة خاصة، فتعد الوسيلة الأساسية التي يبنى عليها الحكم بتطبيق القانون أو الامتناع عن تطبيقه، وتتعدد وسائل تحريك الرقابة على دستورية النص المخالف للدستور، فإلى جانب الدفع الفرعي بعدم دستورية قانون أو نظام (لائحة) توجد وسائل أخرى مثل الدعوى الأصلية المباشرة في الرقابة على دستورية القوانين، والإحالة والتّصدي للتشريع المخالف للدستور [١]. وتهدف الرقابة على دستورية القوانين بوسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية إلى التأكد من عدم مخالفة أي نص تشريعي لنصوص الدستور كونه يمثل قمة البناء القانوني في الدولة [٢]. وتتميز الرقابة بوسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية بكونها رقابة ملموسة لأنها تتعلق بفحص دستورية قانون مطبق على دعوى أو خلاف محدد، على خلاف الدعوى الأصلية المباشرة التي دائماً ما تكون رقابة مجردة [٣].

وقبل الخوض في غمار الدفع الفرعي والدخول في تفاصيله، لابد أن نتعرف على مفهوم الدفع بعدم الدستورية وبيان جذوره التاريخية، وكذلك التطرق إلى مواطن الاتفاق والاختلاف بين الدفع وغيره من الوسائل الدستورية الأخرى، لذلك لابد لنا من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف الدفع الفرعي بعدم الدستورية ونشأته، بينما نبحث في المطلب الثاني تمييز الدفع الفرعي بعدم الدستورية عما يشتبه به.

---

(١) د. طعيمة الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة النهضة، القاهرة، ١٩٦٤، ص١١٦.

(٢) د. ربيع أنور فتح الباب، الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ودور المجلس الدستوري في فرنسا، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٧ وما بعدها.

(٣) ويقصد بـ (رقابة مجردة) التقدم بشكل مباشر إلى القضاء بطلب إلغاء أو بطلان قانون مخالف لأحكام الدستور وبكونها رقابة تتعلق بمسألة عدم مخالفة القانون لأحكام الدستور بمعزل عن أي نزاع مطروح أمام القضاء، وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة التي تحظى بها الرقابة المجردة بطريق الدعوى المباشرة إلا أنها تبقى محدودة الفائدة، لاسيما وأن عدم دستورية القوانين لا تظهر بشكل ملموس في أغلب الحالات، إلا عند تطبيق هذا القانون على واقعة معينة، ينظر كل من : أمل المرشدي، ما هو المقصود بالرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة، مقال منشور على الموقع الآتي: https://www.mohamah.net/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٢٣، الساعة ١١:٠٠ مساءً، د. خالد الزعبي، الرقابة على دستورية القوانين في قوانين محكمة العدل العليا والمحاكم النظامية في الأردن، بحث منشور على موقع المكتبة القانونية العربية الآتي: https://www.bibliotdroit.com، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/١٦، الساعة ١٠:٠٠ مساءً.

المطلب الأول

تعريف الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين ونشأته

يعد الدفع الفرعي بعدم الدستورية من وسائل الرقابة المهمة والشائعة التي تمارسها أي محكمة بمناسبة دعوى مطروحة أمامها وتكون من اختصاصها، وتثار مسألة دستورية القانون الواجب التطبيق على هذه الدعوى إما من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من أحد الخصوم، فتكون المحكمة هنا أمام مسألة فرعية يجب الفصل بها اولاً، وذلك قبل الفصل النهائي في الدعوى الرئيسية المطروحة أمامها [١]. ومن أجل الوقوف على تعريف الدفع الفرعي بعدم الدستورية فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الاول تعريف الدفع بعدم الدستورية، اما الفرع الثاني فنخصصه لبيان نشأة الدفع الفرعي بعدم الدستورية.

الفرع الأول

تعريف الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

يعد الدفع [٢] الفرعي بعدم الدستورية وسيلة يبديها الطاعن أثناء نظر نزاع معين أمام محكمة الموضوع، وعلى هذه المحكمة أن تقوم بتقدير مدى جدية هذا الدفع، فإذا رأت أنه جدير بالبحث في دستورية النص المطعون فيه أجلت نظر الدعوى المنظورة ومنحت للطاعن أجلاً لرفع دعواه أمام المحكمة الاتحادية العليا، أما إذا رأت عدم جدية الدفع المثار أمامها بادرت الى رفضه [٣]، ومن أجل الإحاطة بمفهوم الدفع الفرعي بعدم الدستورية لابد من التطرق اولاً إلى المدلول اللغوي للدفع الفرعي بعدم الدستورية وثانياً بيان المدلول الاصطلاحي له، وذلك حسب التقسيم الآتي:

أولاً: تعريف الدفع الفرعي لغةً: للوقوف على تعريف الدفع الفرعي بعدم الدستورية لابد من تعريف فكرة الدفع الفرعي أولاً والدفع الفرعي مصطلح مركب من كلمتين هما (الدفع)، و(الفرعي)،

---

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين النظرية والتطبيقات الجوهرية، الدار الجامعية، ٢٠٠٠، ص٢٦٨.

(٢) يقصد بالدفع "جميع الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة لموضوع الدعوى أم إلى إجراءاتها أو الاختصاص القضائي أم إلى شروط قبولها، ينظر: د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مطبعة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٢٢٢.

(٣) محمد جرادات، الدفع الفرعي طبقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني المعدل رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث، الجامعة العربية الامريكية، فلسطين، المجلد ٣٧، العد (١)، ٢٠٢٣، ص١٠٢.

ولبيان معنى هذا المصطلح يتحتم بنا تعريف كل جزئية منه على حدة، فأن معرفة المصطلح المركب تتوقف على معرفة الأجزاء التي يتكون منها.

الدفع: مصدره دَفَعَ [١]، دَفَّعَ، دَفَّعَهُ، دَفَعَهُ، دَفع، الجمع دُفوع، الدَّفْعُ (في المرافعات التجارية والمدنية): أن يدَّعي المُدَّعَي عليه أمراً يريد به درءَ الحُكم عليه في الدعْوَى، الدَّفع بعدم الاختصاص (القانون) الطَّعن في اختصاص المحكمة بنظر الدّعوى [٢]، ومنه قوله تعالى " وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ" [٣] أي دفع الناس خلافهم وعداوتهم وضررهم وفسادهم بوسيلة بعض آخر [٤].

أما الفرعي فأصله فَرعي، فَرَع، يَفرع، فَرْعاً، فُرُوعاً [٥]، تفريعاً، أفْرع وفُروع [٦]، وفي قوله تعالى "كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ"[٧]، أي أن الفرع وكل بناء متفرّع إنّما يتبع استمراره واستدامته وإنتاجه وإفادته على وجود أصل ثابت حقّ [٨].

والفرعيُّ منسوب إلى الفَرعِ إي طريق فرعي وثانوي، مسألة ثانوية وفرعية [٩]، وفرعي يعني طريق فرعي متفرع من الطريق الرئيسي [١٠].

يتضح مما تقدم أن الدفع يعني دفع القول ورده بالحجة على قائله، إي الدفع بعدم صحة القول ورده بحجة أقوى.

---

(١) محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، مصر، القاهرة، ١٩٨٧، ص٢٠٧.
(٢) ينظر: معجم المعاني الجامع (معجم عربي) ، متاح على الموقع الآتي: https://www.almaany.com، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٠، الساعة ٩:٠٠ مساءً.
(٣) سورة البقرة، الآية (٢٥١).
(٤) ينظر: حسن المصطفوي، تحقيق في كلمات القرآن الكريم، ط١، ج٣، وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، ١٩٩٥، ص٢٤٦ـ ٢٤٨.
(٥) ينظر: معجم المعاني الجامع، مصدر سابق، متاح على الموقع الآتي:https://www.almaany.com ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٩، الساعة ٤:٠٠ مساءً.
(٦) ينظر: معجم اللغة العربية المعاصر، متاح على الموقع الآتي: https://www.almaany.com ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٩، الساعة ٥:٣٠ مساءً.
(٧) سورة إبراهيم، الآية (٢٤).
(٨) ينظر: حسن المصطفوي، مصدر سابق، ص٦٧ وما بعدها.
(٩) ينظر: قاموس الكل (قاموس عربي)، متاح على الموقع الآتي: https://www.almaany.com ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٩، الساعة ٦:٣٠ مساءً.
(١٠) ينظر: المعجم الرائد، متاح على الموقع الآتي: https://www.almaany.com ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٩، الساعة ٧:٠٠ مساءً.

ويتضح مما تقدم بأن الفرعي يعني مسألة ثانوية مستنبطة من مسألة أساسية.

ويمكن القول إن الدفع الفرعي يعني دفع القول ورده بحجة أقوى على صاحبه من خلال طريق ثانوي مستنبط من المسالة الأساسية التي ردت على صاحبها.

ثانياً: المدلول الاصطلاحي للدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين: القاعدة العامة المعروفة التي سارت عليها أغلب التشريعات الدستورية منها والقانونية تتمثل بخلوها من تعريف جامع مانع للدعوى الدستورية بصورة عامة والدفع [١] الفرعي بعدم الدستورية بصورة خاصة، والسبب في ذلك يعود الى أنه ليس من مهمة التشريع إيراد تعريف للمصطلحات وبيان ماهيتها وإنما يترك الأمر بشأنها للفقه.

بالمقابل فقد خلا دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ المعدل والنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ من ايراد نص يُعرّف الدفع، ونتيجة لذلك ينبغي الرجوع الى قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل إذ عرفت المادة (١/٨) الدفع بقولها "الدفع هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً" [٢].

إلا أننا نرى بأن الدفع وسيلة يلجأ إليها الخصوم للرد على طلبات المدعي سواء كانت متعلقة بموضوع الحق المدعى به أو لعيب في الإجراءات القضائية أو متعلقة بالخصومة.

وقد نظم النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية وسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية، حيث يتم بطريقين أما عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع التي تستطيع من خلاله أن تلجأ للقضاء الدستوري تلقائياً إذا رأت أن نصاً في قانون أو نظام أو يتعلق بموضوع الدعوى المنظورة أمامها مشكوك في دستوريته حتى وأن لم يبادر الخصوم بذلك، تقوم المحكمة هنا بإيقاف الدعوى

---

(١) أن الغاية من الدفوع القضائية هي لإقامة موازنة عادلة بين أطراف الدعوى، لأن من مستلزمات العدالة، المساواة بين أطراف الدعوى وفتح المجال أمام كل طرف لمناقشة أدعاء خصمه وقد يكون الاستماع لأكثر من مرة وذلك وفقاً لما تراه المحكمة مناسباً، كما ويهدف الدفع إلى تكوين القناعة بالحكم القضائي لصالح الخصم حتى يتم أصداره لمصلحته بشرط أن يكون منتجاً، وكذلك إلزام بإصدار حكم في الدعوى، إذ لا يجوز للقاضي أغفال البت في دعوى الدفع وإلاّ عُدَ ممتنعاً عن أحقاق الحق، ينظر: حبيب عبيد العماري ونجاة كريم جابر الشمري، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفوع، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، المجلد ٢٧، العدد ١، ٢٠١٩، ص١٥.

(٢) المادة (١/٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

المعروضة وإحالة الأوراق إلى المحكمة الإتحادية للفصل في المسألة الدستورية، أو عن طريق أثارة الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو نظام يتعلق بدعوى منظورة أمام محكمة الموضوع من قبل الخصوم، وفي هذه الحالة يكلف الخصم بإقامة دعوى بذلك [١].

وقد خلت النصوص الدستورية والقانونية المنظمة للمحاكم الدستورية التي تمارس الرقابة على دستورية القوانين في كل من جمهورية مصر العربية ودولة الإمارات العربية المتحدة من أي إشارة لمدلول الدفع الفرعي بعدم الدستورية، وبالرجوع الى قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري نجد أنه قد أشار الى الدفع بصورة عامة حيث جاء في المادة (١٠٨) منه "الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبديها في صحيفة الطعن" [٢]. وقد جاء موقف المشرع الاماراتي مشابهاً لموقف المشرع العراقي والمصري، فقد بين قانون الإجراءات المدنية الاماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ المعدل مدلول الدفوع بصورة عامة إذ نص في المادة (٨٤) على أن " الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات الغير متصلة، يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى أو بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها كما يسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبديها في صحيفة الطعن" [٣].

أمّا بالنسبة للمدلول الفقهي للدفع بعدم الدستورية فلم يعرف فقهاء القانون الدستوري الدفع بصورة خاصة وإنما حاولوا تحديد مفهومه بصورة عامة، فقد عُرف الدفع بمعناه القانوني بأنه "الاجراء أو الوسيلة التي يتقدم بها الخصم الى القاضي رداً على خصمه" [٤].

وتجد فكرة الدفع الفرعي بصورة عامة أساسها في القوانين المنظمة للإجراءات المتبعة أمام القضاء، وقد بينه فقهاء القانون الخاص، إذ عرفَ بأنه "ما يجيب به الخصم على دعوى خصمه"

---

(١) تنظر المادة (١٨/ أولاً/ ثانياً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٢) المادة (١٠٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦ المعدل.
(٣) المادة (٨٤) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ المعدل.
(٤) د. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٢٩.

[١]. كما عرف بأنه "ما يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم له" [٢]. ويعد الدفع بعدم الدستورية وسيلة من وسائل الدفاع التي يسعى الخصوم من خلالها إلى الاعتراض على النص التشريعي المزمع تطبيقه بواسطة إحدى الجهات القضائية نظراً لمخالفته الدستور [٣]. ويفترض الدفع الفرعي ابتداءً وجود دعوى منظورة أمام القضاء سواء أكانت هذه الدعوى مدنية أو جنائية أو ادارية ويراد فيها تطبيق قانون معين فيطلب أحد المتقاضين في أثناء نظر الدعوى عدم تطبيق القانون [٤] الذي يكون قد طلب تطبيقه من قبل الخصم، مبرراً طلبه بمخالفة هذا القانون لأحكام الدستور [٥]. كذلك يعد الدفع الفرعي [٦] من الوسائل الدفاعية وليست الهجومية، إذ أن المدعي بعدم دستورية قانون ما لا يذهب الى المحكمة المختصة للطعن مباشرةً في ذلك القانون، وإنما ينتظر حتى الشروع بتطبيق القانون عليه في قضية معينة ثم يقوم بالطعن فيه عن طريق الدفع الفرعي، أي بمعنى أن هذه الوسيلة لا تعطي للقاضي حق فحص دستورية القوانين إلا إذا دفع الخصوم أمامه بعدم الدستورية [٧].

وإذا كانت أغلب النظم القانونية اتفقت على الأخذ بأسلوب الدفع الا انها تباينت فيما بينها حول الجهة المختصة التي يدفع امامها بعدم الدستورية وكذلك الجهة التي تملك الفصل في الدعوى، حيث هناك نظامين للرقابة بطريق الدفع، نظام يسمى "لا مركزية الرقابة" تمارس الرقابة فيها جميع

---

(١) د. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣، ص ١١٧.
(٢) د. أحمد ابو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣، ص٣٦١.
(٣) د. عصمت عبد الله الشيخ، مصدر سابق، ص ١٣٠.
(٤) لابد من الإشارة هنا إلى أنه لا يمكن إطلاق مصطلح رقابة الامتناع على جميع حالات الرقابة عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية، إذ ينطبق هذا الوصف على الحالات التي تختص فيها المحاكم بالفصل النهائي في الدفوع الفرعية التي تثار أمامها فقط، بيد أن اغلب النظم الدستورية التي تأخذ بوسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية لا تختص المحاكم التي تثار أمامها الدفوع الفرعية بالفصل فيها نهائياً وإنما ينصب اختصاصها على إيقاف الفصل في الدعوى التي ثار الدفع بمناسبتها وإحالتها الى المحاكم الدستورية المختصة بالرقابة على الدستورية، سواء كانت محاكم متخصصة أو محاكم عليا للفصل في هذه الدفوع لذلك فأنه لا يمكن أن نطلق "رقابة الامتناع" على جميع حالات الدفع الفرعي، للمزيد من التفصيلات ينظر: د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص٣٣٠ وما بعدها.
(٥) علي محمود محمد ابو عال، مدى سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٦، ص ١٢.
(٦) ولابد من الإشارة الى أن الدفع الفرعي بعدم الدستورية يعد الوسيلة الاول والاقدم والاكثر انتشاراً في الولايات المتحدة الامريكية، ويمكن اللجوء اليها أمام جميع المحاكم الامريكية على اختلاف درجاتها، وإذا حكمت المحكمة العليا بعدم دستورية القانون فأن حكمها غير ملزم للمحاكم الاخرى ويقع على عاتق المشرع سحبه وتعديله، ينظر: أحمد عبد السلام عبد الدائم، حدود اختصاص القضاء الدستوري، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة العراقية، ٢٠١٨، ص٤١.
(٧) د. نواف كنعان، النظام الدستوري والسياسي لدولة الامارات العربية المتحدة، ط١، دار إثراء، الأردن، ٢٠٠٨، ص٧١.

المحاكم ذات الولاية العامة، ونظام آخر يسمى "نظام مركزية الرقابة" حيث منحت الدول التي اخذت بهذا النظام مهمة الرقابة ابتداءً لمحاكم ذات ولاية عامة ومن ثم احالة القضية الدستورية إلى المحكمة الدستورية المتخصصة أو المحكمة العليا في النظام القضائي القائم [١].

أما بالنسبة لكلمة "الفرعي" فلم نجد أي تفسير أو تعريف لهذه الكلمة التي ظهرت بشكل تابع لكلمة (الدفع)، وهناك من يذهب إلى أن الكتّاب عندما يتعرضون لموضوع الدفع بعدم الدستورية يصفونه بعبارة "الدفع الفرعي" في حين أن وصفه بأنه (فرعي) تزيّد ولا محل له، إذ أن الدفع لا يتصور إلاّ أن يكون فرعياً، أي متفرعاً عن دعوى منظورة وقائمة [٢].

إلا أن الدكتور محمد كامل ليلة ذهب إلى القول بأنه "ليس من الخطأ الابقاء على الاصطلاح المتداول في الفقه المصري خصوصاً أنه يرمي إلى التمييز بين الدعوى الأصلية والدعوى الفرعية وعلى هذا فإن تحديد الوصف من شأنه ان يبعد الخلط بين الدعويين من الأذهان" [٣]. ونحن نؤيد هذا الرأي كونه يعطي تسمية مميزة لوسيلة الدفع ويبين مفهومه بصورة واضحة جداً.

خلاصة القول، يمكننا تعريف الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين بأنه الدفع الذي يقدم من قبل أحد الخصوم أثناء نظر نزاع معين أمام محكمة الموضوع أي بصورة فرعية غير مباشرة، ويستوي أن يكون مقدم الدفع مدعياً أو مدعى عليه بشرط أن يكون هذا الدفع مستنداً إلى وجود عيب دستوري في النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، أو أن يكون مخالفاً للقواعد الموضوعية والشكلية التي حددها الدستور، ويكون الهدف من ذلك حماية الأحكام الدستورية من الانتهاك مما يجعل من الدفع بعدم الدستورية وسيلة من الوسائل التي تهدف إلى حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

---

(١) علي محمود محمد ابو عال، مصدر سابق، ص ١٤.
(٢) د. سعد عصفور، القانون الدستوري (القسم الاول)، ط١، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٤، هامش رقم ١، ص ١٤٦.
(٣) د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، هامش ص ١٣٣.

الفرع الثاني

نشأة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

إنَّ للرقابة القضائية جذور تأريخية قديمة وواسعة بجميع وسائلها، وللدفع الفرعي بعدم الدستورية بشكل خاص تأريخ طويل ومراحل متعددة، لذلك لابد من أن نتعرف على بدايات وجود هذه الوسيلة وكيفية تطورها خلال السنوات الماضية في كل من جمهورية مصر العربية ودولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية العراق. وبناءً على ذلك سوف نتناول نشأة الرقابة بطريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية في كل دولة على حدة وفق الآتي:

أولاً: نشأة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين في الإمارات:

لقد كان للطبيعة الخاصة التي نشأت في ظلها دولة الإمارات دوراً كبيراً في اعتناقها لفكرة الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي، ويتجسد ذلك في قيامها بوضع دستور إتحادي للدولة صدر عام ١٩٧١، حيث أوجد هذا الدستور سلطات إتحادية ومحلية ومزدوجة ومن ثم توزيع الاختصاصات فيما بينها، لذا كان من الضروري أن يوضع نظام متخصص بالرقابة على دستورية القوانين يتفق مع هذه الطبيعة الخاصة لذلك، تم أنشاء محكمة إتحادية عليا وضع على عاتقها المزيد من الاختصاصات ومن ضمنها اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي [١]، وقد نصت المادة (٩٦) من الدستور الاماراتي على تشكيل المحكمة الاتحادية وعدد اعضائها [٢]. وتنفيذاً لهذا النص صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٠) لسنة ١٩٧١ في ٢٥ يوليو ١٩٧٣، وكان قد اتجه المشرع الإماراتي إلى تحديد عدد قضاة المحكمة وإجراءات تعيينهم في الوثيقة الدستورية بحيث لا تستطيع السلطة التنفيذية أو التشريعية العبث بعدد أعضاء المحكمة بهدف التأثير عليها. بينما نصت المادة (٩٩) من الدستور الإماراتي والمادة (٣٣) من قانون المحكمة على اختصاصات المحكمة الإتحادية ومن أهّم هذه الاختصاصات البحث في دستورية القوانين، إذ نصت المادة (٣٣) في فقراتها ما يأتي: فقد تضمنت الفقرة (٢): بحث دستورية القوانين الإتحادية، إذا ما طعن فيها من قبل إمارة أو أكثر لمخالفتها لدستور الإتحاد، والفقرة (٣):

---

(١) حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، الدفع بعدم الدستورية في دولة الامارات العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الامارات العربية، ٢٠٢٠، ص٢٣.

(٢) تنظر المادة (٩٦) من دستور دولة الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١.

بحث دستورية التشريعات الصادرة من إحدى الإمارات الأعضاء إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الإتحادية لمخالفتها لدستور الإتحاد أو للقوانين الإتحادية، والفقرة (٤): بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموما إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم الإتحاد أو الإمارات الأعضاء أثناء دعوى منظورة أمامها [١]. ومن خلال ذلك يتضح بأن المحكمة الإتحادية هي الجهة الوحيدة المختصة بهذه الرقابة، إذا ما طلب منها من خلال إمارة أو أكثر من إمارات الاتحاد أو السلطات الاتحادية، أو في حال ترأى لإحدى الدعاوى عدم دستورية نص قانون لازم للفصل في النزاع المطروح أمامها فتحيل أوراق الدعوى إلى المحكمة الدستورية، أو إذا ما دفع أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص قانوني [٢].

أمّا بالنسبة لطرق الرقابة على دستورية القوانين أمام المحكمة الإتحادية فقد اخذت بثلاث وسائل هي "الدعوى الأصلية من خلال طعن إحدى سلطات الدولة، والدفع الفرعي بواسطة الأفراد المنظورة دعواهم أمام القضاء، ومن خلال قرار من إحدى محاكم الدولة بإحالة قانون معين إلى المحكمة لاحتوائه على مخالفة دستورية"، فقد نصت المادة (٥٨) الفقرة (٢) من قانون إنشاء المحكمة الإتحادية العليا على طريق الدفع بعدم الدستورية والتي تضمنت "... فإذا كان الطعن في الدستورية مثاراً بدفع من أحد الخصوم في الدعوى، تكون المحكمة قد قبلته، تعين عليها أن تحدد للطاعن أجلاً لرفع الطعن أمام المحكمة العليا، فإذا فات هذا الأجل دون أن يقدم الطاعن ما يفيد رفعه للطعن خلال هذه المدة، أعتبر نازلاً عن دفعه" [٣].

ويتبين من نص المادة إن محكمة الموضوع يجب أن تبحث ابتداءً في مدى جدية الدفع المقدم من الدافع وذلك من خلال لفظ الحكم " تكون المحكمة قد قبلته "، أي أن المحكمة لا تقرر قبول أو عدم قبول الدفع إلا بعد بحثها في جميع نواحي الدفع المقدم، وإن قاضي الموضوع في هذا الحال لا يستطيع أن يحيل أي نزاع يحوي دفعاً بعدم الدستورية بصورة تلقائية لمجرد طلب المدعي ذلك، وإنما من حقه البحث في جدية الدفع المقدم له، ففي حالة تأكد القاضي من عدم دستورية النص المطعون به يوقف السير في الدعوى ويحيل الدفع للمحكمة الاتحادية، أما إذا تبين

(١) تنظر المادة (٣٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.
(٢) أشرف حسين عطوة، وسائل الحماية القضائية للكيان الدستوري في ظل الدستور الاتحادي لدولة الامارات، بحث منشـــور في المجلة القانونية (مجلة علمية محكمة)، كلية الحقوق، جامعة العين للعلوم، العدد (١)، ٢٠١٧، ص٧٩.
(٣) تنظر المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) سنة ١٩٧٣.

له أن الدفع لا يستند الى شبهة عدم الدستورية وكان هدفه اطالة أمد التقاضي ففي هذه الحالة من حقه أن يرفض الدفع بعدم الدستورية [١].

ثانياً: نشأة الدفع بعدم دستورية القوانين في مصر: لقد مرت الرقابة على دستورية القوانين في مصر قبل صدور قانون المحكمة العليا في ٣١ أغسطس عام ١٩٦٩بمرحلة من الفراغ الدستوري والتشريعي حيث لم تقرر الرقابة بالنص الصريح عليها، فقد كانت الدساتير المصرية ابتداءً بأول الدساتير الصادر عام ١٩٢٣مروراً بدستور عام ١٩٣١ ودساتير ١٩٥٦و ١٩٦٤إلى ما قبل صدور دستور سنة ١٩٧١ جميعها خالية من الاشارة إلى كيفية معالجة مشكلة الرقابة على دستورية القوانين [٢]. ونتيجة لعدم تنظيم الدساتير المصرية لمسألة الرقابة على دستورية القوانين فقد أختلف الفقه والقضاء المصري في حل هذه المسألة لذلك، سوف نتناول رأي الفقه والقضاء تباعاً:

- رأي الفقه المصري: لقد كان هناك خلاف كبير بين الفقهاء نتيجة لصمت الدستور، فقد ذهب قلة من رجال الفقه الدستوري المصري الى وجوب منع القضاة من التصدي لموضوع الرقابة على دستورية القوانين [٣]. بينما ذهب غالبية رجال الفقه على حق المحاكم في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين مستندين في ذلك إلى أن الدستور يمثل القانون الأسمى في الدولة، والقضاء ملزم باحترام جميع قوانين الدولة وفي حالة التعارض بين القانون والدستور وجب تطبيق الدستور دون القانون، فهو لا يلغي القانون العادي وإنما يمنع عن تطبيقه [٤].

وقد كان على رأس الفريق الذي يدعو لإقرار حق القضاء في بحث دستورية القوانين الاستاذ الدكتور السيد صبري، وكان قد استند في رأيه على فكرتين هما: "مبدأ المشروعية وطبيعة عمل القاضي"، اي أن الدولة عندما تقوم بوضع القوانين فأنها تتبع قواعد محددة تنص عليها الدساتير، وهذا يمثل الاساس الذي يدل على وجود رقابة قانونية قوية على تصرفاتها، وأن شرعية الحكومة

---

(١) حميد إبراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القومية، القاهرة، ٢٠١١، ص٣٤١.

(٢) ضياء الدين سعيد المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، أكاديمية الادارة والسياسة للدراسات العليا، جامعة الاقصى، فلسطين(غزة)، سنة ٢٠١٥, ص١٠٣.

(٣) د. وايت إبراهيم ووحيد رأفت، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، القاهرة، سنة ١٩٣٧، ص١٤ وما بعدها.

(٤) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط٥، دار النهضة، القاهرة، سنة ٢٠٠٥، ص٧٤٣ وما بعدها.

لا تتحقق إلا إذا كانت تصرفاتها في نطاق القانون، أما إذا كانت تصرفاتها خارج حدود القانون فهنا تكون حكومة استبدادية غير شرعية [١].

ـ **رأي القضاء الدستوري المصري:** لقد اتجهت أغلب أحكام القضاء المصري إلى الاقرار بمسألة البحث في دستورية القوانين، على الرغم من التردد الذي كان يعتري بعض المحاكم في بادئ الأمر، إلا أنه في نهاية الأمر اقر القضاء حقه في الرقابة عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية. وقد تم ذلك من خلال ما قضت به محكمة الاسكندرية بتأريخ ١٩٢٤/١٠/١٦ إذ اقرت بموجبه حق البحث في دستورية المادة (١٥١) من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٢٣، حيث دفع أمامها بعدم دستورية هذه المادة كونها تصادر حرية الرأي المكفولة دستورياً بموجب نص المادة (١٤) من دستور الدولة المصرية لسنة ١٩٢٣، وبعد النظر بالدفع وفحصه، انتهت المحكمة إلى عدم وجود مخالفة للدستور فردت الدفع وقضت بدستورية النص [٢].

ويتبين أيضاً من حكم محكمة مصر الاهلية في أول مايو ١٩٤١، حيث يعتبر اول حكم قرر بشكل حاسم وواضح حق القضاء في رقابة دستورية القوانين، فقد ذهبت هذه المحكمة صراحةً أن للمحاكم كامل الحرية في بحث دستورية القانون محل التطبيق، وفي حال اقتنعت بمخالفته للدستور فلها أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المعروض امامها [٣].

ثم جاءت بعد ذلك مرحلة التشريعات القانونية، إذ يعد قانون المحكمة العليا رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩ أول تشريع يختص بتنظيم القضاء الدستوري في مصر، وتم أنشاء المحكمة العليا في ٣١ اغسطس عام ١٩٦٩ [٤]. ثم أصدر رئيس الجمهورية في ٧ فبراير عام ١٩٧٠ قراراً بتشكيلها، وتم انعقاد اول جلسة للمحكمة في ٣ مارس١٩٧٠[٥]. وقد نصت المادة (٤) من القانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩ على اختصاصات المحكمة العليا الخاصة بمسألة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية والتي تضمنت : تختص المحكمة العليا بما يأتي الفقرة (١) : " الفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم و تحدد

(١) حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، مصدر سابق، ص٢٠.
(٢) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص٧٤٥ وما بعدها هامش رقم (١).
(٣) المصدر نفسه، ص٧٤٦، هامش رقم (١).
(٤) قرار رئيس الجمهورية في ٣١ أغسطس ١٩٦٩، استناداً إلى قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ـــ القرار بقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ الخاص بأنشاء المحكمة العليا.
(٥) ضياء الدين سعيد المدهون، مصدر سابق، ص٤٦.

المحكمة التي أثير امامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن "[١]. وقد ذهبت منذ قضائها الأول الى بسط رقابتها على كافة التشريعات باختلاف انواعها ومراتبها سواء أكانت تشريعات أصلية صادرة عن السلطة التشريعية (قوانين) أو فرعية عن السلطة التنفيذية (لوائح) في حدود اختصاصاتها الدستورية [٢].

ثم جاء بعد ذلك دستور ١٩٧١ ونص على إنشاء المحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة بذاتها وأعطاها الحق وحدها في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص الدستورية، وقد نص في المادة (١٩٢) على أن " تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا " [٣]. فقد اعطى الدستور مسألة تنظيم اختصاصات المحكمة الدستورية العليا للقانون الخاص بها، قانون رقم (٤٨) الذي صدر في ٢٩ اغسطس ١٩٧٩، وقد تناول هذا القانون تنظيم المحكمة واختصاصاتها والإجراءات الواجبة الاتباع امامها وأثر الحكم الصادر من المحكمة [٤]. كما نصت المادة (٢٩) منه على تنظيم الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية [٥].

ثم جاء بعد ذلك الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ مؤكداً ما ورد في دستور ١٩٧١ فيما يخص مكانة المحكمة الدستورية في نطاق التنظيم القضائي، حيث نص دستور ٢٠١٤ في المادة (١٩٢) على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية..."، فمن خلال النصوص أعلاه يتضح أن المشرع المصري قد أخذ بالرقابة القضائية المركزية دون غيرها.

إلا أن قصر الاختصاص برقابة دستورية القوانين على المحكمة الدستورية لا يعني أن الجهات الاخرى ليس لها اي سلطة في هذا المجال، إذ أن قاضي الموضوع ما زال يملك الحق

---

(١) تنظر المادة (٤) من قانون المحكمة العليا المصري رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩.
(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر (القضاء الدستوري)، ط٢، بدون دار نشر، سنة ٢٠٠٢، ص١١٣.
(٣) تنظر المادة (١٩٢) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١.
(٤) د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين امريكا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٢٤.
(٥) تنظر المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

الأصيل في تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية، وذلك من خلال ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بقولها (إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة..) [١]. يتبين من خلال هذا النص أنه في حال دفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون أو لائحة فإنه لا يحيل أمر البحث في الدستورية بصورة تلقائية إلى المحكمة الدستورية وإنما لابد لقاضي الموضوع من أن يتأكد من جدية الدفع [٢].

ثالثاً: نشأة الدفع بعدم دستورية القوانين في العراق: يعد العراق من أول الدول التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، فقد كان الدستور الأول للدولة العراقية المعروف بالقانون الأساسي لسنة ١٩٢٥ قد نص على أنشاء محكمة عليا يكون من اختصاصها الرقابة على دستورية القوانين كونها وسيلة مهمة وضمانة فاعلة للحفاظ على سيادة القانون ومنع انتهاكه من قبل السلطات الأخرى، إذ نظمت المواد (٨١، ٨٢، ٨٣) طريقة تشكيلها وإجراءاتها وكيفية البت في الامور التي تتعلق بالرقابة على دستورية القوانين [٣]. وكان قد تبنى رقابة الإلغاء اللاحقة فقط ألا أنه لم ينص على الاخذ بوسيلة الدفع بعدم الدستورية [٤]، ولكن هذه المحكمة لم تؤسس بصورة دائمة وإنما تجتمع كلما اقتضى الأمر ذلك مما يجعل الواقع العملي للرقابة القضائية في القانون الأساسي العراقي متواضع جداً [٥]. فلم تباشر هذه المحكمة اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين إلا مرة واحدة عام ١٩٣٩ بخصوص قانون منع الدعايات المضرة رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨، والذي قضت بعدم دستوريته [٦].

إمّا دستور ١٩٦٨ فقد نص على تشكيل محكمة دستورية عليا نصاً صريحاً، إذ تضمنت المادة (٨٧) منه على "تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام الدستور والبت في

---

(١) تنظر المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٢) د. ستار عبد الله الغزالي، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ط١، دار النهضة، القاهرة، سنة ٢٠١٧، ص٥٢.
(٣) تنظر المواد (٨١ الى ٨٣) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥.
(٤) سليم نعيم خضير الخفاجي، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، بحث منشور في مجلة أهل البيت، جامعة البصرة، العراق، العدد ٨، ٢٠٠٩، ص ٣٢٦.
(٥) عبد الغني الدلي، نظرة مقارنة في دستور (١٩٢٥) ودستور (٢٠٠٥)، مقال منشور على الموقع الاتي: https://almadapaper.net/، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/١٠، الساعة ٤:٠٠ مساءً.
(٦) حسن ظاهر ناصر المحنة، الرقابة على دستورية القوانين (العراق نموذجاً)، رسالة ماجستير، كلية القانون، الاكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، ٢٠٠٨، ص٩٩.

دستورية القوانين وتفسير القوانين الادارية والمالية والبت بمخالفة الأنظمة والقوانين الصادرة بمقتضاها يكون قرارها ملزماً ". وفعلاً كان قد صدر القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ يقضي بتشكيل المحكمة إلا أنها لم تشكل في حينه [١]، أما فيما يتعلق بالدساتير العراقية المؤقتة الصادرة بين عام ١٩٥٨ إلى عام ١٩٦٨ التي تتمثل بدستور١٩٥٨ودستور ١٩٦٣ودستور عام ١٩٦٤ المؤقت، فلم تتضمن هذه الدساتير أي نصوص تتعلق بموضوع الرقابة على دستورية القوانين [٢].

أي ان القضاء العراقي لم يكن قريباً جداً من نظام الرقابة على دستورية القوانين الا أنُ في نفس الوقت لم يكن بعيداً كل البعد عن ممارسة الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية، فقد مُورست هذه الطريقة في ظل الدستور المؤقت للجمهورية الأولى لسنة ١٩٥٨، وذلك عندما امتنعت احدى المحاكم عن تطبيق إحدى قوانين الاصلاح الزراعي وكانت المرة الأولى التي يتم الامتناع فيها عن تطبيق نص مخالف للدستور [٣]، حينما امتنع القاضي حسين سيف الدين عن تطبيق قانون الاصلاح الزراعي لسنة ١٩٥٩ مقرراً عدم دستوريته كونه مخالفاً للدستور، ذلك أن الدستور يحقق العدالة لكل العراقيين ويمنع سلب الارض بثمن بخس إلا في حالة الضرورة ولخدمة الصالح العام مع التعويض، لذلك لم يجد القاضي أي مبرر لإصدار هذا القانون واستناداً لذلك، قرر الحكم بتعويض عادل للمدعي وحدد قيمة التعويض (خمسة دنانير) للدونم الواحد [٤] .

أمّا بالنسبة لدستور ١٩٧٠ وكذلك مشروع دستور ١٩٩٠ فقد كانت خالية من الاشارة لمسألة الرقابة على دستورية القوانين [٥]. وعلى الرغم من النقص التشريعي الخطير الذي كان يعتري تلك الدساتير وعدم جرأة القضاء على الأخذ بالدفع بعدم الدستورية والامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور، فقد سلك هذا الطريق استثناءً ومارس الرقابة بطريق الدفع للمرة الثانية، وذلك عندما

---

(١) د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، ط٢، مكتبة القانون، بغداد، ٢٠١٧، ص٩.
(٢) عمار محسن علوان السلطاني، طرق الرقابة على دستورية القوانين (دستور العراق لعام ٢٠٠٥ أنموذجاً)، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، العراق، المجلد (٣)، العدد (٢)، ٢٠١٩، ص ١٣٠.
(٣) فوزي حسين سلمان الجبوري، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٧)، السنة (٢)، ص١٨٤.
(٤) خالد عيسى طه، تأمل ان يكون التشريع الامريكي منفذاً يؤدي الى الاستقرار، مقال منشور على موقع الحوار المتمدن بتاريخ ٢٠٠٧/١١/١٥ على الموقع الاتي: https://m.ahewar.org/s.asp ، تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢٢/٣/٣٠ , الساعة ١٠ مساءً.
(٥) حسن ظاهر ناصر المحنة، مصدر سابق، ص١٠٧.

امتنعت إحدى المحاكم في بغداد عن تطبيق إحدى قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل لمخالفته لأحكام الدستور، وقد تأكد ذلك في قرار محكمة بداءة الكرخ في الدعوى رقم ٨٠/ب/ ١٩٩٠ الصادر بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٣١، وذلك عندما أمتنع القاضي دار نور الدين بهاء الدين عن تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٥٨١ الصادر في ١٩٨١/٥/٥ لمخالفته لحكم الفقرة ب من المادة ١٦ من دستور ١٦ تموز لسنة ١٩٧٠، وقد اكتسب القرار الدرجة القطعية بعد أن تمت المصادقة عليه بقرار محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية المرقم ٥٠٧ / حقوقية /١٩٩١ اعلام ٦٦٦ [١] .

أمّا حال الرقابة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، الذي كان بمثابة الدستور الذي ينظم اعمال السلطات والمؤسسات العامة في الدولة، فقد نص في المادة (٤٤) فقرة (أ) منه على "يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا" كما حددت اختصاصات هذه المحكمة في المادة (٤٤) منه. وقد جعل المشرع العراقي اختصاص الرقابة على الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا وحدها دون غيرها من المحاكم الاخرى، أي إن المشرع العراقي اخذ بمركزية الرقابة وذلك تلافياً لما قد يحصل من تضارب الأحكام فيما لو كانت الرقابة على الدستورية قد عُهدت لمحاكم عديدة [٢].

لقد بين قانون إدارة الدولة الجهات التي تحرك من قبلها الدعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا، وكذلك الوسائل التي يمكن أن تثار من خلالها والتي تتمثل "بالإحالة من المحكمة والدعوى الأصلية والدفع الفردي" [٣]. ثم جاء بعد ذلك دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ الذي يعتبر امتداداً لما جاء به قانون إدارة الدولة العراقية، فقد أناط مهمة الرقابة بالمحكمة الإتحادية العليا، حيث تناول في المواد (٩٢، ٩٣، ٩٤) الأحكام التي تنظم المحكمة الاتحادية العليا وقد أحال مسألة تشكيل المحكمة وتحديد اعضائها وكيفية سير العمل بها الى قانون يصدر لاحقاً ويسن بأغلبية

(١) فوزي حسين سلمان الجبوري، مصدر سابق، ص١٨٧.
(٢) سليم نعيم خضير الخفاجي، مصدر سابق، ص٣٣٢.
(٣) تنظر المادة (٤٤/ ب/ ٢) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، وتنظر ايضاً المادة (٤/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

ثلثي اعضاء مجلس النواب [١]. وفي مقدمة الاختصاصات التي نصت عليها المادة (٩٣) الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

أمّا بالنسبة لطرق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين فقد اخذ المشرع العراقي بالوسيلتين المباشرة (الدعوى الأصلية) المقدمة من مجلس الوزراء والوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والتي تجد أساسها في المادة (٩٣/ف ٣) من الدستور [٢]. وكذلك استناداً إلى المادة (٤/ ف ٢) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل [٣]. وكذلك المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ والتي جاء فيها "لأي من السلطات الاتحادية الثلاث والوزارات والهيئات المستقلة ورئاسة وزراء الإقليم والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظين الطلب من المحكمة البت بدستورية نص قانوني أو نظام..." [٤]. اما بالنسبة للوسيلة غير المباشرة فتتمثل (بالدفع الفرعي)، فقد استندت المحكمة الاتحادية في سلوكها لوسيلة الدفع بعدم الدستورية إلى ما جاء في المادة (١٨) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ [٥].

المطلب الثاني

تمييز الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين عما يشتبه به

يتميز الدفع الفرعي بعدم الدستورية عن غيره من وسائل الرقابة الأخرى بالعديد من الخصائص والمميزات، لذا فأننا سنقوم بتسليط الضوء على أهم النقاط الرئيسية والاختلافات الجوهرية التي تميز الدفع الفرعي بعدم الدستورية عن الدعوى الاصلية المباشرة من جانب، وعن الامر القضائي من جانب آخر، وللإحاطة بذلك لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين إذ نخصص الفرع الأول لتمييز الدفع الفرعي بعدم الدستورية عن الدعوى الدستورية المباشرة، بينما نتناول في الفرع الثاني تمييز الدفع الفرعي بعدم الدستورية عن الأمر القضائي وحسب الآتي :

(١) تنظر المادة (٨٩) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
(٢) تنظر المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
(٣) تنظر المادة (٤/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.
(٤) تنظر المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ١ لسنة ٢٠٢٢.
(٥) تنظر المادة (١٨) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ١ لسنة ٢٠٢٢.

الفرع الأول

تمييز الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين عن الدعوى الاصلية

يعد الدفع الفرعي والدعوى الاصلية من أهم وسائل تحريك الرقابة على دستورية القوانين، اذ يأتيان في مقدمة الطرق التي يركز عليها المشرع الدستوري بمناسبة تنظيمه لوسائل إثارة الرقابة على دستورية القوانين في صلب الوثيقة الدستورية أو بموجب قانون مستقل تاركاً تفاصيل اللجوء إليها وإجراءاتها للأنظمة الداخلية، والجدير بالإشارة إن كلاً من الدفع الفرعي والدعوى الأصلية المباشرة صورتان من صور الدعوى الدستورية المتعددة ألا أنهما يختلفان فيما بينهما في أوجه عديدة، لذلك لابد من الحديث عن أوجه الشبه بين الدفع الفرعي بعدم الدستورية والدعوى الدستورية المباشرة، ومن ثم نتطرق الى أوجه الاختلاف بينهما وذلك حسب الآتي:

أولاً: أوجه الشبه بين الدعوى الدستورية والدفع الفرعي: تتوافق الدعوى الدستورية المباشرة مع الدفع الفرعي في أن كلتاهما صورة من صور الدعوى الدستورية، وكلتاهما دعوى قضائية تقام أمام القضاء، ويتبعان لنظر التشريع المشكوك بدستوريته بصورة لاحقة، كما أن الوسيلتين يمكن أن تُحرك من قبل الافراد، وتتصف هاتين الوسيلتين بأنهما دعوى ذات طبيعة عينية كونها توجه ضد النص التشريعي المشكوك بدستوريته، كما ويتفقان من حيث وجوب توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في مقدم الدعوى [١].

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الدعوى الدستورية المباشرة والدفع الفرعي: أولاً: تعد الدعوى الدستورية المباشرة وسيلة هجومية وليست دفاعية إذ يقوم الطاعن بمهاجمة القانون المشكوك بدستوريته مباشرة امام المحكمة المختصة بدعوى اصلية مستقلة عن أي نزاع آخر [٢]. وتوصف هذه الوسيلة بأنها من اقوى الوسائل المستخدمة للطعن بعدم الدستورية من حيث أثرها في تحديد مصير القانون المشكوك بدستوريته كونها تستعمل للقضاء على القانون موضوع الرقابة [٣].

---

(١) د. مصدق عادل، المحكمة الاتحادية العليا بين الواقع النظري والآفاق المستقبلية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص ٥٧ وما بعدها.

(٢) د. غازي كرم، النظم السياسية والقانون والدستوري (دراسة مقارنة للنظام الدستوري في دولة الامارات)، ط١، دار إثراء، الشارقة، ٢٠٠٩، ص٢٧٧.

(٣) د. ساجد محمد الزاملي، كتابات دستورية، ط، دار نيبور، العراق، ٢٠١٥، ص ٣٨٥ وما بعدها.

بينما يوصف الدفع الفرعي بعدم الدستورية بأنه وسيلة دفاعية وليست هجومية كوسيلة الدعوى المباشرة، أي بمعنى أن المتضرر من القانون المخالف لا يطعن به مباشرةً أمام المحكمة المختصة وإنّما يلجأ إليها بصورة غير مباشرة وذلك بمناسبة دعوى منظورة أمام القضاء يراد فيها تطبيق نص تشريعي مخالف لأحكام الدستور فيدفع المدعى عليه بعدم دستورية هذا النص [١].

ثانياً: يترتب على سلوك وسيلة الدعوى الدستورية المباشرة أن تقضي المحكمة الدستورية بإلغاء القانون غير الدستوري، إذ يجب ان تتضمن الدعوى طلب الى المحكمة بإلغاء التشريع الذي يتعارض مع الدستور بشكل نهائي، لذلك تسمى الدعوى الدستورية بدعوى الإلغاء [٢]. بينما في الدفع بعدم الدستورية فإن المحكمة لا تقوم بإلغاء التشريع المطعون بعدم دستوريته وإنما يقتصر حكمها على الامتناع عن تطبيقه على الدعوى المنظورة أمامها إذا وجدت أنه مخالف لأحكام الدستور دون أن يمتد الى الإلغاء [٣].

ثالثاً: تمارس الدعوى الدستورية المباشرة من قبل محكمة واحدة في الدول سواء أكانت هذه المحكمة خاصة أنشأت لغرض القيام بمهمة الفصل في دستورية القوانين [٤] أو تمارس من قبل أعلى محكمة في النظام القضائي المطبق في الدولة [٥]. أما بالنسبة لوسيلة الدفع بعدم الدستورية فأن اختصاص الرقابة فيها يكون ممنوحاً لجميع المحاكم باختلاف انواعها سواء أكانت (مدنية، إدارية، جنائية) وباختلاف درجاتها في النظام القضائي المطبق في الدولة دون أن يكون مقتصراً على محكمة بذاتها [٦].

---

(١) د. نواف كنعان، مصدر سابق، ص٧١.
(٢) عبد القادر احمد خلف، مروة محمد فارس، تدرج القرارات الادارية في نطاق الدعوى الدستورية، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص٢١٨.
(٣) ناجي هادي محمد السبع، مشروعية القضاء الدستوري تفعيل لمبدأ الرقابة الدستورية الذي تجريه المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص ١١٢.
(٤) من أبرز الدول التي اخذت بهذه الوسيلة هي سويسرا في دستور سنة ١٨٤٨ المعدل في ١٨٧٤ إذ منح الدستور السويسري المحكمة الفيدرالية اختصاص الرقابة على دستورية القوانين بالإضافة الى اختصاصها القضائي في المسائل المدنية والتجارية، وكذلك الدستور الصومالي لسنة ١٩٦٠ الملغي، ودستور السودان لسنة ١٩٧٣ الملغي، ودستور كوبا لسنة ١٩٣٤، ودستور فنزويلا لسنة ١٩٣١ الملغي، ودستور كولومبيا لسنة ١٨٨٦ الملغي ينظر: د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ود. محمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية والقانون الدستوري، أبو العزم للطباعة، ٢٠٠٥، ص٥٢٦، د. محمد صلاح عبد البديع، القضاء الدستوري في مصر، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص٦٤.
(٥) عمار رحيم الكناني، المحكمة الاتحادية ودورها في بناء دولة المؤسسات، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ط١، ٢٠٢١، ص ٢٥.
(٦) المصدر نفسه، ص ٢٥.

رابعاً: لا يمكن سلوك طريق الدعوى المباشرة إلا بوجود نص في الدستور ينظمها ويحدد المحكمة المختصة بنظرها، ولا يجوز لأي محكمة ان تقرر هذه الوسيلة أو ان تدعي لنفسها سلطة بسط هذه الرقابة في حال سكت الدستور عنها ولم ينص عليها [١]. أما فيما يخص الدفع فيمتاز بكونه يبقى قائماً حتى بعد سقوط الدستور أو تعديله، فهو لا يشترط لقيامه وجود نص صريح يجيزه أو يقرره بل يكفي ألا يتضمن الدستور أي حظر أو منع لهذا النوع من الرقابة [٢].

وأن الرقابة بهذا النوع لا تحتاج إلى نص صريح في الدستور يقرر مباشرتها وهذا يعود إلى طبيعة عمل القاضي الأصلية التي تتمثل بتطبيق القوانين والفصل في النزاع المعروض أمامه الذي يرتب بدوره تفسير القوانين وبيان حكمها فيما يعرض عليه من مشاكل مثل مشكلة التعارض في التطبيق وتحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ثمّ تكون المحاكم ملزمة بتطبيق الدستور واستبعاد التشريع العادي عند تعارضهما [٣].

الفرع الثاني

تمييز الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين عن الأمر القضائي

يعد الأمر القضائي أحد وسائل إثارة الرقابة على دستورية القوانين وقد ظهر في الولايات المتحدة الامريكية واعتمدته المحاكم الامريكية وعلى رأسها المحكمة العليا الإتحادية في نهاية القرن التاسع عشر، أي بعد أن استقر اسلوب الدفع الفرعي الذي ظهر في بداية القرن التاسع عشر، ويعود الفضل في استخدامه كأسلوب أخر للرقابة على دستورية القوانين إلى جهود المحكمة الإتحادية العليا، دون أن تستند في ذلك إلى نص دستوري أو تشريعي إتحادي [٤].

---

(١) د. ثروت بدوي، النظام الدستوري العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص١٢٧.
(٢) ناجي هادي السبع، مصدر سابق، ص٩٢.
(٣) د. عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٣، ص١٥٥.
(٤) وقد استخدمت هذه الطريقة لأول مرة في الولايات المتحدة الامريكية في قضية أوسبورن، ضد بنك الولايات المتحدة سنة ١٨٢٤، حيث قضت المحكمة العليا في قضية (ماك كولوش ضد ماريلاند) بعدم دستورية فرض الولايات ضريبة على بنك الولايات المتحدة وفي نفس الوقت كانت ولاية أوهيو قبل إصدار الحكم قد أصدرت تشريعاً يقضي بفرض ضريبة على فروع البنك في الولاية ويخول الموظفين المكلفين بجبايتها سلطة واسعة في التفتيش والمصادرة تطبيقاً لهذا القانون، وبعد صدور الحكم في قضية (ماك كولوش) أعلنت الولاية انها لن تنفذ الحكم، وعلى اثر ذلك سعى البنك الى المحكمة الاتحادية الدنيا لمنع الموظفين المتخصصين من تطبيق هذا القانون، وقد استجيب لطلب البنك إلا ان الولاية تجاهلت الحكم وعندما وصلت =

ويعد الأمر القضائي وسيلة يسمح من خلالها لأي فرد أن يلجأ إلى القضاء ويطلب عدم تنفيذ القانون عليه كونه قانون غير دستوري ويمكن أن يرتب تطبيقه ضرراً عليه، فإذا تبين للمحكمة عدم دستوريته تصدر أمراً للموظف المختص عن تنفيذه تأمره بالامتناع عن تنفيذه وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة إهانة المحكمة [١]. كما تعرف الأوامر القضائية بأنها أوامر قضائية تتخذ صيغة النهي الصريح والتوجه إلى شخص ما لإنذاره إذا استوفى نشاط معين خاطئ، أو إذا باشر نشاطاً خاطئاً يوشك أن يقوم به، ففي هذه الحالة بالإضافة إلى التزامه بالتعويض يتعرض للعقاب على اساس إهانة القضاء [٢].

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نبين أوجه الشبه والاختلاف بين اسلوب الدفع الفرعي والأمر القضائي حسب الآتي:

أولاً: أوجه الشبه بين الدفع الفرعي والأمر القضائي: كلاهما وسيلة قضائية من وسائل إثارة الرقابة على دستورية القوانين يمكن أن يلجأ إليها الفرد للطعن بعدم دستورية القوانين، كما ويتفقان من حيث اشتراطهما توافر المصلحة للطاعن فإذا انتفت المصلحة لا يمكن اللجوء لكل منهما، وقد كان القضاء الامريكي هو الطريق الاول الممهد لظهورهما وبشكل خاص المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية [٣].

ثانياً: أوجه الاختلاف بينهما: يعد الأمر القضائي من الوسائل التي لا ينتظر فيها من يدعي بعدم دستورية قانون ما أن يطبق عليه هذا القانون بمناسبة دعوى مقامة عليه، وانما يستطيع أن يطلب من القاضي أن يأمر بإيقاف الاجراءات المتخذة ضده باعتبارها تستند الى قانون يعتقد بأنه غير دستوري [٤]. بينما يفترض في الدفع الفرعي بعدم الدستورية ابتداءً ان تكون هنالك دعوى

القضية للمحكمة العليا أكدت على ان تشريع ولاية أوهيو لا يمكن ان يعتبر دستورياً في ظل قضية (ماك كولوش) وليس هنالك تعارض مع التعديل الدستوري الحادي عشر, إذ إن كل موظف يحاول تنفيذ قانون مخالف للدستور سوف يفقد كل حصانة قانونين يتمتع بها وكذلك صفته القانونية كممثل للولاية، وبالتالي لا يعتبر الامر الصادر بمنعه من تنفيذ ذلك القانون موجهاً ضد الولاية نفسها ينظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص٢٦٤، هشام محمد فوزي، مصدر سابق، ص٢٢٣ وما بعدها.

(١) د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون (دراسة مقارنة)، المؤسس الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٢، ص ١٢٠.

(٢) ضياء الدين سعيد المدهون، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٣) د. علي يوسف الشكري، الدفع الفرعي للأفراد امام القضاء الدستوري العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العراق، المجلد ١٣، العدد ٤٧، ٢٠٢٠، ص١٥.

(٤)عمار رحيم الكناني، مصدر سابق، ص٢٣.

منظورة أمام القضاء سواء كانت هذه الدعوى (مدنية، جنائية، تجارية، ادارية)، أي لا يمكن اللجوء لهذه الوسيلة في حال عدم وجود منازعة منظورة يدفع بها الطاعن بعدم دستورية القانون المطبق عليه في الدعوى [١].

ويختلف الدفع الفرعي عن الأمر القضائي في أن الدفع يعد وسيلة دفاعية تشترط وجود ضرر قد لحق بأحد الخصوم حتى يتمكن اللجوء إليها والاعتراض على النص التشريعي المراد تطبيقه عليه، أما بالنسبة للأمر القضائي فيعد وسيلة وقائية تتيح للفرد مهاجمة القانون غير الدستوري بعد تشريعه وذلك تجنباً للضرر الذي كان من الممكن أن يصيبه عند تنفيذه عليه [٢].

نلاحظ مما تقدم أن على الرغم من عدم النص والأخذ بوسيلة الأمر القضائي في كل من العراق ومصر والإمارات ألا أننا نرى أنها من الوسائل التي لا تقل أهمية عن غيرها من الوسائل الاخرى ويتجلى ذلك من خلال مواطن التشابه بينها وبين الدفع الفرعي كونها من الوسائل المأخوذ بها من قبل الدول أعلاه، وبما أنه يمكن اللجوء إلى طريق الأمر القضائي بدون نص دستوري هذا يدل على أمكانية الأخذ بها من خلال معالجة الأمر في قانون المحكمة الاتحادية العليا.

المبحث الثاني

أهمية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين وطبيعته

تعد الحقوق والحريات من أهم الركائز التي تقوم عليها الدساتير المعاصرة ونظراً لأهميتها دائماً ما ينص عليها في صلب الوثائق الدستورية، ولا يختلف اثنان أن القانون هو الضامن لهذه الحقوق والحريات وأن القضاء هو الحامي لها، ألا أن وجودها كنصوص لا يكفي لاحترامها وإنما ينبغي أن تكون هناك ضمانات كافية لحسن تطبيقها، ولاسيما ضد انتهاكات السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومن أبرز أوجه الحماية لها وجود وسائل يستطيع من خلالها الأفراد الذين انتهكت حقوقهم وحرياتهم استعمالها للدفاع عنها، ومن هذه الوسائل حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية عن طريق دعوى تمنح الأفراد مكنة اللجوء للمحكمة العليا للمطالبة بإلغاء نص تشريعي بدعوى مخالفته لأحكام الدستور، لذا تكمن أهمية الدفع بعدم الدستورية في حقيقة أن الهدف من النصوص

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، الدار الجامعة، ١٩٨٢، ص ٢٤٥.
(٢) علي محمود محمد ابو عال، مصدر سابق، ص٤٧ وما بعدها.

الدستورية الخاصة بالحقوق والحريات يتمثل بضمان حرمتها، والأفراد أدرى من غيرهم بحالات تعرض حقوقهم للانتهاكات لذلك، فأن منحهم الحق في رصد حالات انتهاك حقوقهم من شأنه أن يؤكد الدور الإيجابي للأفراد في ممارسة شؤونهم مما يمنحهم الرضا والاحساس المطمئن للعدالة. ولغرض الإحاطة بأهمية الدفع بعدم الدستورية وطبيعته، فإننا سوف نقسم المبحث إلى مطلبين نتناول **في المطلب الأول** أهمية الدفع الفرعي بعدم الدستورية، بينما نبحث **في المطلب الثاني** طبيعة الدفع الفرعي بعدم الدستورية.

المطلب الأول

أهمية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

من أجل الوقوف على الأهمية التي يتمتع بها الدفع الفرعي بعدم الدستورية التي تميزه عن غيره من الدفوع الاخرى كان لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناول **في الفرع الأول** تعزيز حماية الحقوق والحريات، بينما **نخصص الفرع الثاني** لبيان كيفية التغلب على مساوئ الرقابة السياسية السابقة وذلك حسب الآتي:

الفرع الأول

تعزيز حماية الحقوق والحريات

تشدد دساتير الانظمة المعاصرة على مسألة حماية حقوق الانسان وحرياته الاساسية وذلك من خلال النص عليها في صلب الوثيقة الدستورية أو في ديباجة الدستور حتى تضفى عليها الصبغة الدستورية وتتمتع بالسمو أسوة بالقواعد الدستورية الأخرى، ولاعتراف الدستور بهذه الحقوق والحريات على اختلاف انواعها أهمية كبيرة، فمن أجل ضمان التزام المشرع باحترام القواعد الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات لا يكفي كفالتها بنصوص دستورية فقط، بل لابد من تنظيم رقابة دستورية على هذه القوانين تقوم بها جهة مستقلة محايدة، كي تجعل من الحقوق والحريات حقوق

دستورية فاعلة ومطبقة بصورة حقيقة لذلك، فإن من أهم اهداف هذه الرقابة هي حماية الحقوق والحريات الاساسية للأفراد [١].

هذا وتعد الرقابة على دستورية القوانين من الضمانات المهمة لإقامة نظام ديمقراطي سليم خصوصاً فيما يتعلق بمدى مطابقة التشريعات البرلمانية أو الأنظمة (اللوائح) التي تصدرها السلطة التنفيذية لإرادة الشعب الذي يعد مصدراً لجميع السلطات، وعدم مخالفتها لأحكام الدستور بالشكل الذي يكفل حماية واحترام حقوق الأفراد ومن ثمّ اقامة دولة ذات دعائم قانونية متينة، ومن أجل تحقيق ذلك فلا بد أن تقترن كل مخالفة لأحكام الدستور وقواعده أو اعتداء على حقوق الانسان بجزاء يفرض عليها يتجسد بإلغاء التشريعات المخالفة للدستور [٢]. لذلك تعد الرقابة القضائية الضمانة الحقيقية للأفراد أذ تمكنهم من اللجوء الى جهة قضائية مستقلة تتمتع بضمانات رصينة من أجل إلغاء أو تعديل أو التعويض عن الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة لمخالفتها للقواعد القانونية المقررة، وأن الحصانة والاستقلال اللذان يتمتع بهما القضاء كفيلان بإخضاع الحكام جميعاً لأحكام القانون [٣]. إذاً فإن وجود قضاء مستقل يكفل حماية الحقوق والحريات العامة من عبث السلطات الأخرى لاسيما السلطة التشريعية "الحكومة صاحبة الأغلبية البرلمانية" هذه الجهة القضائية المستقلة يكون لها الحق في فرض الجزاء المترتب على انتهاك تشريع ما للحقوق والحريات العامة وذلك من خلال تقرير عدم دستورية ذلك التشريع [٤].

ومن القرارات التي تبين لنا مدى فاعلية الرقابة القضائية في حماية الحقوق والحريات العامة ما جاء في إحدى قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية التي قضت بأن "... وجد بأن قاضي محكمة بداءة الكرخ يطعن بعدم دستورية المادة (٢٥) من قانون هيئة دعاوى الملكية المرقم (١٣)

---

(١) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط ٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٦١.

(٢) عبد الله صالح أحمد، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية حقوق الانسان في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة ،٢٠٠٧، ص٨٢.

(٣) ويؤكد البعض "إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي أفضل طرق الرقابة، نظراً لما يتسم به القضاء عامة من استقلال في أداء أعماله وبعده عن النزوات والأهواء، الأمر الذي يحقق أفضل طرق الرقابة على دستورية القوانين وهذا بدوره يوفر الحماية الكبيرة لحقوق وحريات الافراد من الانتهاك من قبل السلطات الأخرى"، وكذلك يقول لوك "حيث لا يوجد قانون لا توجد حرية، لذلك تتطلب الحرية إقامة حكم القانون وأعلاء قاعدة القانون فوق إرادة الأفراد والهيئات، ويترتب على ذلك ضرورة قيام رقابة قضائية فعالة تكفل خضوع الجميع لأحكام القانون" هاوري كمال محمد، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات "العراق أنموذجاً"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، ٢٠١٥، ص٣٠.

(٤) المصدر نفسه، ص٣١.

لسنة ٢٠١٠ بحجة تعارضها مع المادة (٢/ج) والمادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وقد وجد أن المادة (٢٥) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ نصت على: "يحق للذين وقع عليهم غبن نتيجة تطبيق القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦ بما يخص التعويض وقت إقامة الدعوى ولهم الحق بإقامة الدعوى بموجب القانون الجديد بأثر رجعي لرفع الحيف عنهم" ونصت المادة (٢/ج) من الدستور على: "لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور" ونصت المادة (١٤) منه على: "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"، إذ أن الغاية المرجوة من تشريع القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ هي ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عقاراتهم خلافاً للقانون وتعويضهم تعويضاً عادلاً بما يحقق جبر الضرر عنهم ولحماية المال العام والحفاظ عليه، ولابد أن يكون هذا التعويض مراعياً لكافة المواطنين بصورة متساوية دون تمييز بين مواطن وآخر تطبيقاً لنص المادة (١٢) من الدستور والمادة (١٩/ سادساً) منه والتي تنص: "أنه لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية"، اذ أن المبدأ الوارد في المادة (٢٥) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ قد جاء متعارضاً مع مبدأ المساواة بين المواطنين في الحصول على التعويض عن العقارات التي انتزعت منهم... لذا فإن المادة المذكورة متعارضة مع المبدأ المذكور ومن ثم تكون مخالفة للمادة (١٤ و١٩/سادساً) من الدستور ومتعارضة مع مبدأ حجية الاحكام المنصوص عليه في قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل، ولأن لنصوص الدستور علوية في التطبيق وعليه يعد نص المادة (٢٥) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ معطلة لمخالفتها للدستور استناداً للمادة (١٤ و١٩/سادساً) منه، لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستوريتها و..." [١].

ولعل السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هنا هو كيف تساهم وسيلة الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات؟

(١) قرار ١١٤/اتحادية/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٤ منشـــور على الموقع الرســـمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية الاتي: https://www.iraqfsc.iq/ ، تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢٣/٤/١٣، الساعة ٥:٠٠ مساءً.

يعد الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاعية يدافع بها الفرد عن حقوقه وحرياته المكفولة له دستورياً وتجعل منه طرفاً فعالاً في نزاع ما من خلال الدفع بعدم دستورية النص القانوني المطبق على هذا النزاع كونه يمس بحق أو حرية يكفلها له الدستور [١]، إلا أن هذا الدفع حتى يكون أكثر حماية وضمانة لحقوق وحريات الفرد لابد من أن يقترن بشروط وضوابط يجب أن تحاط بممارسة الدفع بعدم الدستورية بالإضافة إلى الإجراءات القضائية التي يجب أتباعها من قبل المتقاضي لإثارة الدفع بعدم الدستورية وكذلك الحجية التي يتمتع بها الحكم بعدم الدستورية التي سنبينها بالتفصيل في الفصل الثاني من رسالتنا.

فقد حرصت كل من جمهورية مصر العربية ودولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية العراق إلى تعزيز حماية حقوق وحريات الأفراد من خلال إحاطة وسيلة الدفع بمجموعة من الشروط والإجراءات كونها توفر ضمانات أكثر للحماية، إذ لا يمكن لأي شخص ما في الدولة سواء كان طبيعياً أو معنوياً إن يدفع بعدم دستورية قانون ما إذا لم يكن دستور لتلك الدولة وقضاءً مستقلاً يتولى عملية الفصل في الخلافات ما بين الخصوم [٢]. كما أن اشتراط القوانين بأن تكون مصلحة الدافع (مصلحة قانونية شخصية مباشرة) يعد من الشروط المهمة التي تفصح عن مدى أهمية الحق المكفول دستورياً، أذ أن المصلحة المجردة لا تكفي لقبول الدفع بل لابد من أن تكون مصلحة مشروعة تستهدف حماية حق كفله الدستور [٣]. كذلك فأن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ وقانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣ والنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ قد شددت على إجراءات إثارة الدفع من خلال التسلسل الوجوبي لكل اجراء ابتداءً من إبداء الدفع وفحص جديته وصولاً إلى النطق بالحكم وما يتخلل هذه الإجراءات من مواعيد ومدد قانونية ملزمة يجب التقيد بها، بالإضافة إلى الحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم بعدم الدستورية فأن جميع هذه الإجراءات والضوابط تجعل من الدفع بعدم الدستورية وسيلة مهمة وفعالة في ضمان وتوفير الحماية الكافية لحقوق وحريات الافراد.

---

(١) إيمان أحمد، دور آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، ٢٠٢٢، ص١٠٢.
(٢) كاظم حبيب، الدفع بعدم دستورية القوانين، بغداد، ٢٠١٣، ص٥٩ وما بعدها.
(٣) رحاب خالد حميد أحمد، الدعوى الدستورية المباشرة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٨، ص٩٦.

لذا فإن وسيلة الدفع بعدم الدستورية تمكننا من التغلب على ظاهرة انفلات القوانين من الرقابة والتي بدورها تشكل تهديداً حقيقياً للحقوق والحريات لأن الفرد هو من يحتج بهذه الوسيلة بعدم دستورية قانون ما وذلك بالاستناد إلى قرائن قانونية أكيدة موضحة بذلك العلاقة القانونية بين القانون المطبق وانتهاك حق من حقوقه، وما دام الفرد هو المحرك الأساسي للدعوى الدستورية دون أن ينتظر طلبات المؤسسات الرسمية فإن هذا بدوره يشكل ضمانة كبيرة للحقوق والحريات الفردية [١].

وكمثال على قرارات المحكمة الدستورية العليا في مجال حماية الحقوق والحريات عن طريق الدفع بعدم دستورية لائحة نذكر حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩ في القضية رقم ٣٧ الذي جاء فيه "الأستاذ كمال خالد المحامي كان قد تقدم للانتخابات المحدد لها يوم ١٩٨٧/٤/٦ وفقاً لأحكام قانون مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، الذي جعل النظام الانتخابي قائماً على أساس المزاوجة بين الانتخابات بالقوائم الحزبية مع إتاحة الفرصة لمقعد فردي واحد في كل دائرة، وأعطى تعديل القانون المستقلين حق الترشيح على المقعد الفردي شأنهم في ذلك شأن الحزبيين، في حين قصر الشارع القوائم على الأحزاب المعترف بها، ورأى السيد المذكور والذي رشح نفسه للمقعد الفردي مستقلاً أن الأسس التي قام عليها النظام الانتخابي بالجمع بين النظام بالقائمة والانتخاب الفردي غير دستورية، فرفع دعواه أمام محكمة القضاء الإداري طالباً الحكم بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى انتخاب أعضاء مجلس الشعب ويوقف تنفيذ القرار السلبي بالامتناع عن تعديل عدد ومساحات وتقسيم الدوائر الانتخابية بما يتفق مع نظام الانتخاب الفردي، وانتهت المحكمة في المنطوق الى الحكم بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا من القانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية" [٢].

---

(١) عثمان الزياني، المواطن والعدالة الدستورية (حق الافراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل ١٣٣ من دستور ٢٠١١، بحث منشور في مجلة الحقوق "سلسلة المعارف القانونية والقضائية"، المغرب، المجلد ٢١، العدد١، ٢٠١٤، ص ٧٦وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلسة ١٩٩٠/٥/١٩ قضية رقم ٣٧ منشور على الموقع الآتي: http://hrlibrary.umn.edu/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/١٠، الساعة ١١:٠٠ مساءً.

وللمحكمة الاتحادية العليا الإماراتية دوراً واضحاً في حماية الحقوق والحريات عن طريق الرقابة القضائية من خلال وسيلة الدفع بعدم الدستورية ومن أحكامها ما يأتي "أن على الإدارة أن تلتزم حكم القانون في تصرفاتها بأن تستند إلى سبب مشروع في إنهاء خدمات مستخدميها وهو ما يعبر عنه بالحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع الإدارة إلى أتخاذ قرار الإنهاء وهذا السبب ليس عنصراً شخصياً أو نفسياً لدى متخذ القرار وإنما هو عنصر موضوعي خارجي من شأنه أن يبرر صدور هذا القرار وضرورة وجود السبب لكي لا تتبع الإدارة الهوى فيما تتخذه من قرارات غالباً ما تمس بها حقوق وحريات وتقدير توافر السبب المشروع من عدمه من سلطة محكمة الموضوع متى جاء قضاؤها في ذلك سائغاً ومبنياً على ما له أصله الثابت بالأوراق بما يكفي لحمله" [١] .

ومن اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا العراقية في مجال حماية الحقوق والحريات عن طريق الدفع بعدم الدستورية نذكر حكمها الصادر بجلسة ٢٠٢٠/٣/٢٩ في القضية رقم (٢٠١٩/٩٣٠) الذي ضمن "طلبت محكمة قوى الامن الداخلي الأولى للمنطقة الخامسة بيان مدى دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٤ المعدل، ترى المحكمة عدم دستورية هذا القرار لاحتوائه في احكامه العقابية على عقوبة الإعدام التي تعد مانعاً للمحاكم من جواز اخلاء سبيل المتهم بكفالة وهذا يتعارض مع نص المادة (٣٧/ اولاً/ أ) من الدستور التي نصت على "حرية وكرامة الانسان مصونة" وكذلك يتعارض مع احكام المادة (٢/ج) من الدستور التي نصت على "لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور" وكذلك يتعارض مع احكام المادة (١٩/ خامساً) من الدستور التي نصت على "المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية عادلة"، ولدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا وجدت أن مواد القرار (٣٩) لسنة ١٩٩٤ المعدل المرقمة (١و٢و٣و٤) لم يرد فيها ما يشكل مخالفة لنص دستوري وانها لا تتعارض مع المواد (٢/ج و ١٩/خامساً و ٣٧/اولاً/أ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وأن الحاجة إلى النصوص القانونية الواردة في المواد أعلاه من القرار لا زالت قائمة لمواجهة الجرائم التي ينطبق عليها الوصف في المواد (١و٢) من القرار، من جانب آخر تجد المحكمة أن ما تضمنته المادة (٥) من القرار رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٤ المعدل

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم ٣٩٠ لسنة ٢٩ قضائية إداري، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٣٠، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الإماراتية الاتي: https://www.moj.gov.ae/، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/١٤، الساعة ٨:٠٠ مساءً.

التي نصت على "يحال المتهمون في الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذا القرار على المحكمة الخاصة في وزارة الداخلية بقرار من قاضي التحقيق المختص" أن النص المذكور يتعارض مع نص المادة (٩٥) من الدستور التي نصت على "يحظر انشاء محاكم خاصة او استثنائية" وأن هذا التعارض موجب للحكم بعدم دستورية المادة أعلاه من القرار حيث أن للنصوص الدستورية علوية في التطبيق. عليه قررت المحكمة الاتحادية رد الطعن بعدم دستورية المواد (١و٢و٣و٤) من القرار رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٤ المعدل والحكم بعدم دستورية المادة (٥) من ذات القرار" [١].

يتضح لنا من خلال ما تقدم أن وسيلة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين هي إحدى الضمانات المهمة التي يستطيع الأفراد من خلالها مواجهة القوانين واللوائح التي تشكل تعدياً على الحقوق والحريات المعترف بها دستورياً، وتكون المساهمة الفعلية للدفع بعد الدستورية في حماية الحقوق والحريات من خلال استبعاد النصوص المخالفة للدستور وذلك بفقدان هذه الأحكام لأثرها، كل ذلك يوضح لنا مدى أهمية الدفع بعدم الدستورية والمساهمة الكبيرة له في تعزيز الحماية المشروعة لحقوق وحريات الأفراد فهو يمثل الوجه الأسمى للرقابة القضائية التي تهدف بشكل أساسي إلى مراقبة مدى تطابق النصوص التشريعية والتنفيذية لأحكام ونصوص الدستور ومن ضمنها وأهمها (الحقوق والحريات الأساسية للأفراد) وجوهر هذه الحماية هو الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية قانون ما أو لائحة الذي يتمثل بإلغاء النص المخالف وتكون حجيته مطلقة وملزمة للسلطات كافة .

(١) الوقائع العراقية العدد (٤٦٤٩)، بتاريخ ٢٠٢١/٩/٢٧، كما وينظر في هذا الشـــأن ما يأتي: حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٤٦/اتحادية/٢٠٢٠) وموحدتيها ٥٠ و٥١/اتحادية/٢٠٢٠، بتاريخ ٢٠٢١/١٠/٢٧، منشـــور على الموقع الرســـمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.iraqfsc.i/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٢٤، الساعة ٥:٣٠ مساءً.

الفرع الثاني

التغلب على مساوئ الرقابة السياسية

تعرف الرقابة السياسية [١] بأنها (رقابة وقائية تسبق صدور القانون)، تهدف إلى عدم تطبيق القانون المخالف للنص الدستوري، وتباشر هذه الرقابة هيئة أو لجنة ذات صبغة سياسية يتم اختيار الاعضاء المكونين لها أما عن طريق السلطة التشريعية أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية [٢].

وأهم ما يميز الرقابة السابقة أنها رقابة وقائية تسبق صدور القانون، وذلك أن الحيلولة دون وقوع المخالفة أفضل بكثير من معالجتها بعد وقوعها، فهي تمنع حدوث الآثار التي تحدث فيما لو كانت الرقابة بعد نفاذ القانون [٣]. وتعمل الرقابة السياسية على تنظيم السلطات العامة في الدولة وتفرض تقيدها بالدستور حيث تعمل على مراقبة مشروعات القوانين وفحصها والتأكد من مدى مطابقتها لأحكام الدستور [٤]، كما توصف الرقابة السياسية بأنها عملية قانونية من حيث موضوعها ولكن من حيث الآثار التي تترتب عليها فأنها آثار سياسية، حيث أن الهيئة التي تباشر العملية الرقابية ستحكم على دستورية اعمال السلطات العامة ومن بينها السلطة التشريعية لذلك، فأن الرقابة السياسية تحتل مكانة واسعة داخل التنظيم السياسي للدولة، إذ يمكنها أن تمنع نفاذ عمل من أعمال السلطة التشريعية في حال رأت أن التصرف أو العمل مخالف للدستور [٥].

---

(١) تعود جذور الرقابة السياسية الى محاولات الفقيه الفرنسي (سيوس) الذي دعى الى إنشاء هيئة سياسية تختص بإلغاء جميع القوانين التي تكون مخالفة للدستور وذلك في عام ١٧٩٥ أثناء مناقشة مشروعه حيث تقدم باقتراح مضمونه أنشاء هيئة تكون مهمتها التحقق من عدم مطابقة القوانين العادية للدستور، وقد قوبل هذا الاقتراح بالرفض، ولكن في عام ١٧٩٩ لاقى قبولاً بمناسبة اعداد مشروع دستور ١٧٩٩ من قبل لجنة اعداد الدستور، وتم انشاء هيئة باسم مجلس الشيوخ الحامي للدستور، أما دستور ١٨٥٢ فقد تبنى كذلك الرقابة السياسية كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين، وأعطى مجلس الشيوخ مهمة الرقابة، وقد استمرت محاولات الرقابة من خلال هيئة سياسية حتى في ظل صدور دستور١٩٤٦ وسميت هذه الهيئة باللجنة الدستورية، وصولاً الى دستور ١٩٥٨ الذي أكد على فكرة الرقابة عن طريق هيئة سياسية سميت بالمجلس الدستوري، ينظر: هدى سجاد محمود الخياط، المحكمة الاتحادية العليا في العراق بين المشروعية والاستقلالية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، ٢٠٢١، ص٨ وما بعدها، ميادة عبد القادر اسماعيل، الرقابة السابقة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٥، ص٩ وما بعدها.

(٢) د. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، ط١، دار الفكر الجامعية، القاهرة، ٢٠١١، ص٣٦.

(٣) هدى سجاد محمود الخياط، مصدر سابق، ص١٢.

(٤) فادي بلال عبد الله برمبو، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٨، ص٦٨.

(٥) المصدر نفسه، ص ٦٨.

وعلى الرغم من تمتع الرقابة السياسية بالبعض من الايجابيات إلا أنها بالوقت نفسه ذات أبعاد سلبية كثيرة جعلت منها محط انتقاد كبير مما انعكس سلباً على حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، ومن الجوانب السلبية التي تتسم بها الرقابة السياسية هي أن الهيئة السياسية التي تتولى مهمة الرقابة الدستورية مثلها مثل غيرها من هيئات الدولة الأخرى قد تخضع للتأثيرات والضغوطات السياسية التي تخضع لها الهيئات الاخرى مما يجعلها بعيدة كل البعد عن الهدف الذي شُكلت من اجله [١].

بالإضافة إلى ذلك فأن تشكيل هذه الهيئة يتم أما عن طريق التعيين من قبل البرلمان أو عن طريق الانتخاب من قبل القاعدة الشعبية، أو من خلال اختيار تلك الهيئة لأعضائها بذاتها، وأن كل طريقة من هذه الطرق تشكل خطورة كبيرة على استقلال الهيئة، فالهيئات التي تتشكل عن طريق التعيين من قبل البرلمان تكون عرضة بأن تصبح تابعة له، مما يؤدي إلى فقدانها سبب وجودها الذي يتمثل بالرقابة. أما بالنسبة للهيئات التي تتشكل بطريق التعيين بواسطة السلطة التنفيذية فتكون عرضة لأن تصبح تابعة لها وتلتزم بتعليماتها، وبالتالي تكون رقابتها على أعمال البرلمان سبباً للتصادم بين السلطة التنفيذية والتشريعية مما يجعل من وجود هذه الهيئة وبهذه الطريقة سبباً من أسباب الاضطراب السياسي بدلاً من أن تكون أداة لحماية الدستور وتحقيق الاستقرار في ظله، أما الهيئات التي تشكل عن طريق الانتخاب من قبل الشعب فهذا يجعلها أداةً بيد الاتجاهات السياسية التي تسيطر بدورها على البرلمان وبالتالي تنعدم قيمتها، أما في حالة تشكيلها بواسطة اختيار الهيئة لأعضائها بنفسها فهنا تنقلب إلى هيئة ارستقراطية تتعارض مع المبادئ الديمقراطية الحديثة [٢]. كذلك فأن اسلوب الرقابة السياسية يؤدي إلى حرمان الأفراد من ممارسة حق الطعن بدستورية القوانين أمام هيئة تتمتع بالحياد والاستقلال مما ينتج عن ذلك تقليص ضمانات احترام الدستور وخاصة الضمانات المتعلقة بكفالة احترام حقوق الأفراد وحرياتهم المنصوص عليها في الدستور [٣].

---

(١) د. محمد عبد الله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢، ص٩٥.
(٢) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٦٧٩ وما بعدها.
(٣) فادي بلال عبد الله برمبو، مصدر سابق، ص ٦٩.

ومن بين الانتقادات الاخرى الكثيرة التي وجهت للرقابة السياسية هو أن تحديد مدى أتفاق القانون مع الدستور لا يتضح إلا بعد التطبيق الفعلي على الحالات الفردية في الواقع العملي، بالإضافة إلى مشكلة تحديد الجهة التي تختص بتحريك الرقابة الدستورية وإحالة النص القانوني المشكوك بمدى دستوريته إلى الهيئة التي تتولى هذه الرقابة، والتي ما تعهد عادة الى جهات سياسية الأمر الذي يرهن الرقابة بإرادة رجال السياسة، وهذا ما يؤدي إلى سيطرة الأهواء السياسية وجعل الرقابة وسيلة لتحقيق أهداف سياسية بعيدة عن موضوع دستورية النص القانوني [١]. كما أن الأفراد العاديين لا يملكون حق اللجوء إلى جهة الرقابة إذا ما اشتبهوا في عدم دستورية قانون ما، مما يؤدي إلى حرمان الافراد من الطعن بعدم دستورية قانون سيطبق عليهم [٢].

كل هذه الجوانب أدت إلى أثبات فشل الرقابة السياسية وعدم نجاحها في تحقيق الرقابة الفعالة على دستورية القوانين، إذ أجمع اغلب فقهاء القانون الدستوري على عدم ملائمة الرقابة السياسية وفشلها في تحقيق الغايات التي تنشدها [٣].

لذلك وأمام كل هذه العيوب اتجهت غالبية دول العالم إلى الأخذ بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية قوانينها، **وهنا يكمن التساؤل عن الكيفية التي استطاعت بها الرقابة القضائية التغلب على مساوئ الرقابة السياسية؟**

من المعروف أن الهدف من الرقابة بجميع أنواعها هو التحقق من خضوع القانون العادي للأحكام الدستورية والتأكد من أن البرلمان لم يتجاوز الحدود التي رسمها له الدستور، والرقابة القضائية هنا جاءت ترمز إلى صفة الهيئة التي تباشرها والتي تكون ذات طابع قضائي، لأنه وأن كانت لعملية الرقابة آثاراً سياسية إلا أن موضوعها وكذلك المسائل التي تثيرها ذات طبيعة قانونية وهذا هو جوهر الاختلاف، فما دام الامر كذلك فلا بد أن تكون الجهة التي تنظر لهذه المسألة جهة قضائية سواء كانت متمثلة بمحكمة واحدة تمارس الرقابة أو تتمثل بالمحاكم العادية باختلاف درجاتها [٤]. هذا من جانب ومن آخر فأن الذين يمارسون الرقابة القضائية لا يسعون إلى امتياز أو حق لهم وإنما ينظرون إليها كالتزام عليهم من باب أنهم يقومون بواجب اساسي ألا وهو الفصل

(١) ميادة عبد القادر اسماعيل، مصدر سابق، ص ٢٣.
(٢) المصدر نفسه، ص ٢٣.
(٣) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٦٨٠.
(٤) ناجي هادي محمد السبع، مصدر سابق، ص٥٨.

في مسألة تنازع القانون العادي مع أحكام الدستور، فإذا كان القانون العادي مخالفاً لهذه الاحكام تغلب أحكام الدستور عليه، كل هذا يجعل من هذه الرقابة رقابة جَدية وحقيقية في كل صورها [١].

ولعل ما يوفر جدية هذه الرقابة في بحث الدستورية هو ما يتمتع به القضاء من حيدة واستقلال لا يمكن أن تتوفر في الهيئة التي تمارس الرقابة السابقة التي يكون اختيار أعضائها غالباً بيد البرلمان أو الحكومة او كلاهما معاً، مما يجعل قراراتها خاضعة لتأثير هذه الجهات [٢]. بالإضافة إلى الإجراءات العادلة التي تبعث الطمأنينة والثقة في نفوس الخصوم والتي تتمثل بعلانية الجلسات وكفالة حق الدفاع وتسبيب الأحكام، كل هذه الضمانات الإجرائية تكفل للرقابة موضوعيتها وسلامتها، وهذا ما لا نجده في الرقابة السياسية بنفس الدرجة [٣].

وتوفر الرقابة القضائية ضمانة مهمة لحماية الحقوق والحريات الفردية وتعزز من أهميتها كونها تمكن الأفراد العاديين من إقامة الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية في حال الشك بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه عليهم ويتم ذلك من خلال الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين [٤].

ومن خلال ما تقدم نرى أن الرقابة القضائية بأساليبها المتعددة استطاعت التغلب على مساوئ وسلبيات الرقابة السابقة كونها تبعد العمل الرقابي عن النزوات والاحزاب السياسية في الدولة هذا من جانب، لكن الجانب الأهم الذي ابرزته الرقابة القضائية هو اهمية الحقوق والحريات الفردية كونها توفر وسيلة مهمة للأفراد للتعبير عن حقهم في مواجهة القوانين غير الدستورية عن طريق الدعوى الدستورية بوسيلة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين لذلك، نرى أن أغلب الدول المعاصرة والحديثة أخذت تتجه نحو الرقابة القضائية دون غيرها.

---

(١) فادي بلال عبد الله برمبو، مصدر سابق، ص ٧٠.
(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٢٦١.
(٣) المصدر نفسه، ص ٢٦٢.
(٤) د. عصام سعيد عبد أحمد، مصدر سابق، ص ١٤٨ وما بعدها.

المطلب الثاني

طبيعة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

إن البحث في فكرة الدفع بعدم الدستورية باعتبارها أهم وسائل إثارة الرقابة القضائية على دستورية القوانين تقتضي ابراز الطبيعة القانونية لهذا الدفع، وذلك من خلال التطرق إلى مسألة الدفوع وتحديد فيما إذا كان الدفع بعدم الدستورية يندرج تحت مسمى الدفع الشكلي أو الموضوعي أم أنه ذو طبيعة قانونية خاصة، ومن أجل الإحاطة بكل ذلك كان لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين، يختص الفرع الأول بالدفع الفرعي بعدم الدستورية كونه دفع عيني أما بالنسبة للفرع الثاني فسوف نخصصه للبحث في كون الدفع الفرعي من النظام العام.

الفرع الأول

الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين دفع عيني

من أجل الوقوف على طبيعة الدفع بعدم الدستورية وهل يعتبر من الدفوع العينية لابد أن نبين ابتداءً الفرق بين الدعاوى العينية والدعاوى الشخصية بشكل عام ومدى عينية الدعوى الدستورية، لذلك سوف نبين المقصود لكل منهما، **فيقصد بالدعاوى الشخصية** هي تلك الدعاوى التي تتعلق بحق شخصي يهدف رافعها إلى الدفاع عن هذا الحق، لذا تتميز بكون الهدف الأساسي منها هو حماية المراكز القانونية الشخصية أو الفردية، **أما الدعاوى العينية فيقصد بها** تلك الدعاوى التي يكون الهدف الأساسي لرفعها هو تحقيق مصلحة عامة وذلك لحماية النظام القانوني بأكمله إعمالاً لمبدأ المشروعية [1]. ونتيجة لذلك فأن الدعوى الدستورية تنتمي بلا شك إلى طائفة الدعاوى العينية، فالقاضي الدستوري هنا لا يفصل في حقوق فردية متعارضة وإنما يقضي في مدى اتفاق التشريع الخاضع لرقابته مع الأحكام الموضوعية والإجرائية للدستور، وكذلك فأن الهدف الأساسي للدعوى الدستورية هو حماية المصلحة العامة التي تنص عليها القواعد الدستورية، لذا فإن الصفة

(١) د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١.

العينية تعتبر من أخص الخصائص التي تتصف بها الدعوى الدستورية بغض النظر عن الأسلوب المتبع في الرقابة على دستورية القوانين [١].

وبعد أن تبين لنا بشكل واضح عينية الدعوى الدستورية، **يثور هنا تساؤل مهم بشأن طبيعة الدفع الفرعي بعدم الدستورية مؤداه هل ينطبق على الدفع الفرعي ما يتمتع به الدفع العيني أم لا؟**، للإجابة على ذلك لابد أن نتطرق إلى أنواع الدفوع ابتداءً وبيان معانيها ومضمونها، لذلك سوف نبين المقصود بالدفوع الشكلية والموضوعية، **فيقصد بالدفوع الشكلية** هي الدفوع التي يُطعن بها في صحة الخصومة المنظورة أمام المحكمة أو في بعض إجراءاتها [٢]. أو قد يراد بها تأخير الحكم فيها لحين انقضاء ميعاداً معيناً أو استيفاء إجراء من الإجراءات المقررة. أما بالنسبة **للدفوع الموضوعية فيقصد بها** تلك الدفوع التي يرد بها الخصم على أصل الحق المدعى به، وهي تتمثل بكل وسيلة من وسائل الدفاع التي يهدف من خلالها المدعي عليه الوصول للحكم برفض دعوى خصمه [٣]. وهنا يأتي دور الفقه ليفرق بين الدفع الشكلي والدفع الموضوعي، وذلك من جانب أن الدفع الشكلي يطعن به من جهة الإجراءات ومدى صحتها، أما الدفع الموضوعي فيكون موجه للحق المطالب به، ونتيجة لذلك فإن الحكم بقبول الدفع الشكلي لا يمس الحق المدعى به، بينما الحكم الذي يصدر بقبول الدفع الموضوعي يخصم النزاع القائم على أصل الحق بحيث لا ينظر به مرة أخرى أمام القضاء، مع استمرار الحق في الطعن لفحصه من قبل جهة قضائية أعلى وذلك لحين صدور حكم نهائي يتولد عنه حق التمسك بسابقة الفصل وذلك لوحدة الخصوم والمحل والسبب [٤].

اذاً تعد الخصومة الدستورية خصومة عينية بطبيعتها أي تستهدف مخاصمة قانون ما موضوعها النصوص التشريعية، الغاية من ذلك التحري عن مدى مطابقة النصوص التشريعية

(١) د. عيد أحمد الغفلول، مصدر سابق، ص٢ وما بعدها.
(٢) د. شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٠٨ وما بعدها.
(٣) المصدر نفسه، ص ١٠٩.
(٤) ابو حفص عبد الرحيم وقادري محمد نجيب، الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق (العلوم السياسية)، جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي، ٢٠١٨، ص٢٧.

لأحكام الدستور فيكشف القضاء مدى صحتها أو بطلانها ويشمل بذلك أثره الدولة والناس كافة [١]، ومن ثم تلتزم بتنفيذه جميع الجهات والأفراد على اختلاف طبيعتهم داخل الدولة، ويتضح من خلال ذلك أن الدفع بعدم الدستورية من الدفوع الموضوعية أي الدفوع التي تتعلق بموضوع الدعوى، الأمر الذي يؤكد الطبيعية العينية البحتة للدفع بعدم الدستورية [٢].

وقد أكدت ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر بحكمها الآتي "الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها، ذلك أن قوامها مقابلة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور بالقواعد التي فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية لإلزامها بالتقيد بها في ممارستهما لاختصاصاتهما الدستورية، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية أو بالأحرى هي محلها، وهي لا تبلغ غاياتها إلا بإهدار تلك النصوص بقدر تعارضها مع الدستور، وقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأنها يحوز تلك الحجية التي تطلق آثارها في مواجهة الدولة على امتداد تنظيماتها وتعدد مناحي نشاطها، وكذلك بالنسبة للغير. ومن ثم لا تنحصر آثار أحكامها فيمن يكون طرفاً في الخصومة الدستورية سواء بوصفه خصماً أصيلاً أو منضماً، بل يكون سريانها على من عداهم التزاماً مترتباً في حقهم بحكم الدستور" [٣].

ومن أهم نتائج الصفة العينية للدعوى الدستورية بجميع أنواعها ووسائلها، تتمثل بزيادة دور القاضي الدستوري في تحديد نطاق هذه الدعوى وفي تحديد مدى ما يصدر عنه من أحكام بعدم الدستورية، بالإضافة إلى إمكانية تصدي القاضي الدستوري لبحث مدى مطابقة النصوص التشريعية الخاضعة لرقابته لأحكام الدستور، وتتجلى آثار الصفة العينية للدعوى الدستورية أيضاً في إمكانية قيام القاضي الدستوري بتعديل سبب الدعوى الدستورية المعروضة عليه المتمثل بالأساس التشريعي الذي يستند عليه المدعي في طلبه والذي يشكل انتهاكاً لأحكام الدستور، ويحدد المدعي وجوه انتهاك أحكام الدستور في صورة دفوع ويثبتها في عريضة دعواه إلا أن القاضي الدستوري لا يتقيد

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٥ سبتمبر، ١٩٩٢ القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية دستورية ح ٢/٥ دستورية منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصري الآتي: https://www.sccourt.gov.eg/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢، الساعة ١١:٠٠ مساءً.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ١٩ يونيو، القضية رقم ١٠٢ لسنة ١٢ قضائية دستورية، ح ٢/٥ دستورية، ص٣٤٣ , مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة والمحكمة العليا في أربعين عام (١٩٦٩، ٢٠٠٩)، ص٥٢٢.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٨ إبريل ١٩٩٥ في الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية، مجموعة احكام المحكمة، الجزء السادس ص٦٠٩.

بما أبداه المدعي من أسباب أذ يكون الدور الحاسم في ذلك للقاضي الدستوري وما أثاره وتصدى لبحثه من دفوع، كذلك من مظاهر الصفة العينية للدعوى الدستورية إمكانية قيام القاضي الدستوري من تلقاء نفسه بمد آثار الاحكام الصادرة عنه بعدم الدستورية حتى تشمل نصوصاً أخرى لم يشملها الطعن المقدم إليه ولم يدفع أحداً بعدم دستوريتها [١]، فيكون للأحكام الصادرة حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم فقط إنما ينصرف إلى الكافة ويكون ملزم لجميع سلطات الدولة، ويكون ذلك في جميع الأحوال سواء كان الحكم قد صدر بعدم دستورية النص المطعون به أو كان مقرراً لدستوريته وحكم برد الدعوى على هذا الأساس [٢].

وقد اشارت المحكمة الدستورية العليا المصرية الى ذلك في قرارها الصادر في الدعوى (١) لسنة (٨) قضائية دستورية وتكون مشتركة مع الدعوى (٢) لسنة (٦) قضائية دستورية، وقد جاء فيه "طبيعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية هي دعاوى عينية تكون الخصومة فيها موجهة إلى النصوص القانونية المطعون بعدم دستوريتها، وتكون لها حجية مطلقة مع جميع الإجراءات المتبعة على قضاء هذه المحكمة، حيث لا يقتصر على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها، بل ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم به جميع السلطات في الدولة سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس" [٣].

وقد أكدت المحكمة الإتحادية العليا في الإمارات العربية المتحدة أن الدعوى الدستورية ذات طبيعة عينية ويمكن استيضاح ذلك من خلال ما قضت به "... أن طلب تفسير الدستور عيني حيث يستهدف طالب التفسير من المحكمة بيان ما قد يشوب النص المطلوب استيضاحه من غموض أو لبس من أجل رفع هذا اللبس واستقراره، ولما كان طلب تفسير الدستور طلب عيني يستهدف طالبه من المحكمة تجلية ما يكون قد ران على النص المطلوب استيضاحه من غموض أو لبس، بغية رفع هذا اللبس وإيضاح الغموض توصلا إلى تحديد مراد الدستور ضماناً لوحدة التطبيق الدستوري واستقراره، كما أن طلب التفسير الدستوري لا يتسم بالطابع القضائي الذي يقوم

(١) د. أحمد عيد الغفلول، مصدر سابق، ص٤ وما بعدها.
(٢) سيف عباس مخلف، الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين (العراق، مصر، الكويت)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، لبنان، ٢٠٢٠، ص٦٧.
(٣) الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا في مصر https://www.sccourt.gov.eg، تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢٢/٥/١٦، الساعة ٩:٠٠ مساءً.

على الادعاء والدفاع وحسم خلاف شجار بين طرفين وأنه ليس باللازم أن يصل الأمر إلى حد الخلاف المحتدم أو المنازعة بالمعنى المعروف في قانون الإجراءات المدنية، إذ يكفي أن يدور حول نص دستوري أكثر من رأي على نحو إعمال حكمه على النحو الذي أراده وقصده واضعوا الدستور ليسوغ معه اللجوء إلى هذه المحكمة" [١].

وفي حكم آخر للمحكمة الإتحادية العليا الإماراتية التي قضت به ما يأتي "لما كانت المحكمة تنوّه إلى ما هو مقرر في قضائها من أن الدعوى الدستورية عينية بطبيعتها، ومناطها اختصام النص التشريعي المطعون عليه في ذاته استهدافاً لمراقبة مدى دستوريته، واستظهار مدى انضباطه داخل أطُر الشرعية الدستورية، ولا توجه فيها أي طلبات إلى المدعى عليهم في هذه الدعوى، ذلك لأن صفتهم فيها مرّدها اعتبارهم ممثلي الجهة المسؤولة عن النص التشريعي، والمناط بها ختمه والإذن بنشره واضفاء صيغة النفاذ له واعطائه القوة الإلزامية، وعلى هذا الأساس فليست لهم صفة الخصم الحقيقي الذي توجه لهم طلبات قصد اقتضاء حق شخصي أو دين ترتب للمدعي بذمتهم، وليس للحكم الصادر في الدعوى من تأثير على مركزهم، بل غاية ما في الأمر أن إجراءات التقاضي على إطلاقها وصياغة الاحكام وما اقتضاه القانون بشأنها في بيانات وجوبية، تقتضي وجود طرفين لهما أهلية التقاضي في أية خصومة، وفي الدعوى الدستورية بالذات فإن اختصام الجهة المسؤولة عن إصدار التشريع تقتضيه ضرورة علمها ومواجهتها بالحكم الصادر فيها وما قد تتخذه من إجراءات لتنفيذه عملاً بأحكام المادة (١٠١) من الدستور" [٢].

كما وقد أكدت المحكمة الإتحادية العليا في العراق عينية الدعوى الدستورية وذلك في حكمها الصادر في الدعوى رقم (١٢٠/ اتحادية/ ٢٠٢٢) بتاريخ ٢٠٢٢/٦/٢٦ "الذي يتعلق بطعن أقامه أحد المحامين طاعناً بعدم دستورية المادة (١٨) من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠١٩ قانون التعديل الأول لقانون التقاعد الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤ لمخالفة قانون التعديل المواد (١٤و١٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ كونه أحدث ضرراً بالفئة المستهدفة من قانون التعديل وقد

---

(١) حكم المحكمة العليا الاتحادية الإماراتية، الدعوى رقم ٣ لسنة ٢٠١١ دستورية، جلسة ٢٠١٢/٤/٢، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الإماراتية الآتي: https://www.moj.gov.ae/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/١٥، الساعة ٥:٠٠ مساءً.

(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الدعوى رقم ٥ لسنة ٢٠١٣ دستورية، جلسة ٢٠١٤/١٢/٢٣، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الإماراتية الآتي: https://www.moj.gov.ae/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٠، الساعة ١٠:٣٠ مساءً.

دفع المدعى عليهم "رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ـ أضافة لوظيفتهما" بانتفاء شرط المصلحة والضرر باعتبار أن المتقاعدين سيحصلون على حقوقهم التقاعدية وأن هدف القانون أيجاد فرص عمل لفئة الشباب العاطلين الذين يمثلون (٥٠٪) من مجموع الشعب العراقي، وقد ردت المحكمة الاتحادية العليا الدعوى وذلك لسبق الحكم بنفس موضوع الدعوى، إذ سبق وأن ردت المحكمة الإتحادية العليا الدعوى المرقمة (١/ اتحادية/ ٢٠٢٠) المقامة من المدعية (ر.ع.ج) في ذات الموضوع وهو عدم دستورية المادة (١٨) من قانون التعديل الأول، وحيث أن الدعوى الدستورية توصف بأنها دعوى عينية لتعلقها بدستورية قوانين عامة مجردة وليست حقوق شخصية بحتة، وأن الاحكام الصادرة من هذه المحكمة باتة وملزمة للكافة استناداً للمادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥..." [١].

يتضح لنا مما تقدم أن أحكام المحاكم التي تتولى نظر الدعوى الدستورية قد استقرت على أن الدعوى الدستورية بطبيعتها دعوى عينية إذ توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون بدستوريتها، والتي تتسم أحكامها بأنها ذات حجية مطلقة تسري على الكافة سواء كانوا من الجهات الحكومية أو أطراف الدعوى الأصلية أو غيرهم من المخاطبين بالنص التشريعي.

الفرع الثاني

الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين دفع من النظام العام

من الصعب تحديد تعريف لفكرة النظام العام لأنه مفهوم نسبي ومتطور يتغير باستمرار تبعاً لتغير الزمان والمكان وذلك وفقاً لاختلاف الأفكار السائدة في المجتمع وكذلك يتأثر بمختلف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية، لذلك فقد واجه الفقه صعوبة بالغة في إيجاد تعريف جامع مانع له، ولكن يمكن الأخذ بالتعريف الذي يقول إن النظام العام يشمل كل ما يتعلق بالأمن العام أي المصلحة العليا أو العامة للمجتمع سواء أكانت مصلحة سياسية أو اجتماعية أو مصلحة سياسية [٢].

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا العراقية منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.iraqfsc.iq/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٠، الساعة ١١:٠٠ مساءً.

(٢) نادية بوراس، فكرة النظام العام كقيد على حرية التعبير، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة التكوين المتواصل، سطيف، العدد (١٠)، بدون سنة نشر، ص٩٩.

وكذلك يمكن أن يعرف بأنه "مجموعة من القواعد التي يقوم عليها كيان وأساس المجتمع، حيث يترتب على مخالفتها انهيار المجتمع ومن أمثلة هذه القواعد تلك التي تتعلق بحقوق وحريات الافراد في المجتمع وكذلك القواعد المتعلقة بالكيان السياسي للدولة ..."(١).

وتعد فكرة الدفوع المتعلقة بالنظام العام استثناءً على مبدأ التزام القاضي بعدم الحكم بما لا يطلبه الخصوم أو بأكثر منه، وأمام صعوبة وضع تعريف فقهي محدد لفكرة الدفع بالنظام العام إلا أن أغلب الفقهاء استندوا في ذلك إلى مجموعة الخصائص المشتركة التي تجمع الدفوع المتعلقة بالنظام العام، ومن أنصار هذا الرأي الفقيهان الفرنسيان "جان ماري أوبي ورولان دراجو" فمن وجهة نظرهما فأن الدفع المتعلق بالنظام العام هو "الدفع الذي يمكن أن يثار للمرة الأولى أمام القاضي حتى لو لم يقدم بمناسبة الطلب الأصلي، ويمكن تقديمه دون التقيد بمواعيد، كما يمكن أن يثار للمرة الأولى أمام قاضي الاستئناف وقاضي النقض" (٢).

ومما لاشك فيه أن قواعد القانون الدستوري هي أقوى القواعد القانونية وأعلاها لذلك فهي تتعلق بالنظام العام أي أنها من قبيل القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، كما لا يجوز للسلطات العامة أن تعمل بغير مقتضاها ما دامت نافذة ومعمول بها، ونتيجة لذلك فأن الدفع بعدم الدستورية أي الدفع المتمثل في الاحتجاج أمام القاضي بمخالفة القواعد القانونية الأدنى للقواعد والمبادئ الدستورية يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام والتي يجوز إثارتها لأول مرة في أي مرحلة من مراحل التقاضي، كما أن لفكرة النظام العام الدستوري معنى أكثر خصوصية وأكثر ضيقاً إذ تتفاوت القيم التي تعبر عنها القواعد الدستورية في المرتبة، بحيث يكون من اللازم تأمين حماية أكبر للقواعد الدستورية التي تعبر عن قيم أعلى وذلك نظراً لأهمية وخطورة المسائل التي تنظمها هذه القواعد(٣).

ومن هنا يثور التساؤل حول الضابط أو الاساس الذي من خلاله يمكن أن نحدد مدى تعلق الدفع الفرعي بعدم الدستورية بالنظام العام؟

---

(١) مفهوم النظام العام من الناحية القانونية، مقال منشور على مجلة المقاولون العرب، على الموقع https://www.arabcont.com ، تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢٢/٥/١٧، الساعة ٦:٠٠ مساءً.
(٢) د. عيد أحمد الغفلول، مصدر سابق، ص١٦ وما بعدها.
(٣) المصدر نفسه، ص١٠٠ وما بعدها.

لقد اختلف الفقهاء في تحديد هذا الضابط فقد ذهب أحد الآراء إلى أن الاساس الذي يمكن من خلاله أن نحدد مدى علاقة الدفع بالنظام العام يتمثل بنوع المصلحة التي يهدف الدفع لحمايتها، فإذا كانت المصلحة عامة كان الدفع من النظام العام، أما إذا كانت المصلحة خاصة بخصوم الدعوى كان الدفع في هذه الحالة غير متعلق بالنظام العام. بينما ذهب رأي آخر إلى أن الضابط الأساسي يكمن في أهمية المصلحة التي يهدف الدفع إلى حمايتها بغض النظر عما إذا كانت هذه المصلحة عامة أو خاصة بالخصوم، والأمر متروك هنا إلى قاضي الموضوع هو الذي يقدر أهمية المصلحة في كل حالة، وهناك من يرى أن العامل المهم في تحديد مدى تعلق الدفع بالنظام العام هو مدى قابلية الحق الذي يراد بواسطة الدفع حمايته للتصرف فيه، فإذا كان الحق المراد حمايته لا يقبل التصرف فيه مثل التنازل عنه أو غيره من التصرفات هنا يكون الحق متعلقاً بالنظام العام، أما إذا كان قابلاً للتصرف فيه فلا يكون من النظام العام [١].

ومن خلال ذلك يمكن التوصل إلى مدى تعلق الدفع بالنظام العام، فوفقاً للضوابط المتقدمة يعد الدفع متعلقاً بالنظام العام كونه يتعلق بحق عام وليس بحق شخصي للطرف المثير للدفع، ومن جهة أخرى كون هذا الحق بالغ الأهمية لتعلقه بالدستور الذي يعد القانون الأسمى في الدولة والذي يقع على كل السلطات بما فيها السلطة التشريعية واجب احترامه والنزول عند أحكامه، بالإضافة إلى كونه يهم الشعب بأجمعه حيث لا يجوز لأي فرد من أفراد المجتمع التنازل عن حكم من أحكامه إذا كانت له مصلحة بصفته مواطناً، كونها تهم المواطنين جميعاً بالإضافة إلى أن أحكام المحكمة الدستورية في الدعاوى الدستورية تكون ملزمة لكافة السلطات في الدولة، لذلك فالدفع بعدم الدستورية سواء بالنسبة لطبيعة الحق الذي يهدف إلى حمايته أو الاثر الذي يترتب عليه من الدفوع التي تتعلق بالنظام العام ويحتل المرتبة الأولى بذلك [٢].

ويدخل الدفع بعدم دستورية قانون ما ضمن الدفوع الفرعية كونه من الدفوع التي تؤدي إلى تأجيل الخصومة او وقفها لحين الفصل في موضوع النزاع على خلاف اسلوب الدعوى المباشرة التي تتمثل بالهجوم المباشر على النص المخالف، ولتعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام

---

(١) د. عوض محمد عوض، مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد ١، ٢٠١٦، ص ١٢٤٥ وما بعدها.
(٢) المصدر نفسه، ص١٢٤٧.

ولكونه دفعاً موضوعياً فلا يسقط بالتقادم، لذلك يجوز إثارته مهما طال عمر القانون المطعون بعدم دستوريته [١].

وهذا ما اخذت به مصر بعد صدور قانون المحكمة الدستورية العليا وذلك من خلال إعطاء القاضي الحق بأن يحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسه، وكذلك إعطاء الرخصة للمحكمة الدستورية العليا في أن تتصدى بنفسها للبحث في دستورية القوانين واللوائح، يستنتج من ذلك أن الدفع بعدم الدستورية أصبح من النظام العام حيث يجوز أثارته لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا أو محكمة النقض [٢].

والمحكمة الدستورية كانت قد أكدت طبيعة الدفع بعدم الدستورية ومدى تعلقه بالنظام العام بشكل واضح، حيث تجوز أثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ومن الأحكام التي تتعلق بذلك ما يأتي " وقد كان هذا الدفع مردوداً، الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة النقض التي صرحت للمدعين أمامها باتخاذ اجراءات الطعن بعدم الدستورية " أن الغاية الاساسية من قيام المحكمة الدستورية العليا بمراقبة الشرعية الدستورية هي ضمان مطابقة النصوص التشريعية لأحكام الدستور، حيث تحتل هذه الشرعية القمة للبنيان القانوني للدولة، بالتالي لا يجوز لأي هيئة أو محكمة حدد لها المشرع اختصاصها بالفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً إن تستمر بإعمال نص تشريعي إذا بدا لها مخالفته للدستور حتى وإن كان هذا النص لازماً للفصل في النزاع العروض عليها ما دام قد طال هذا النص شبهة مصادمته للدستور أن كانت وجهة نظر مبدئية، وذلك أن قيام هذه الشبهة يستوجب التأكد من صحتها من خلال عرضها على المحكمة الدستورية العليا التي تتولى الفصل في المسائل الدستورية دون غيرها [٣].

يتبين لنا من خلال هذا الحكم أن التعارض المنظور به بين النص التشريعي والقاعدة الدستورية التي تحتل المرتبة العليا من بين قواعد النظام العام تعارضاً ذو شبهة مبدئية غير مؤكدة، فهنا لا يجوز لأي جهة من الجهات التي اعطاها المشرع سلطة الفصل في الخصومة سواء من

---

(١) كاظم عباس حبيب، مصدر سابق، ص ٥٩.
(٢) عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص٣٩٨.
(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا: جلسة ١٢ فبراير، ١٩٩٤، القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج ٦، ص١٨٨.

حيث النظر بها بأكملها أو في بعض جوانبها أن تتجاهل وجود هذه الشبهة التي من الممكن أن تؤدي إلى الخروج عن أحكام الدستور وإنما يجب عليها إما أن تحيل موضوع التعارض الماثل أمامها إلى المحكمة الدستورية العليا أو أن توفر للخصم الذي أثار الدفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعي وبعد أن تتحقق من جديته إمكانية عرض دعواه على المحكمة الدستورية العليا عن طريق تخويلها للخصم حق رفعها خلال الأجل المحدد لذلك.

ونستند في ذلك إلى أن الدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التي من الممكن أن يخالطها واقع ولا تعتبر المجادلة بموضوعه مجادلة موضوعية حتى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، وإنما يتمثل بالادعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم من أحكام الدستور، وهذا الادعاء لا يشتمل على العناصر الواقعية التي تكون محكمة الموضوع قد حققتها، ومن ثمّ يجوز إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة النقض [١] التي تعد من المحاكم التي حددتها المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي يمكن إثارة مثل هذا الدفع أمامها [٢].

أن قيام الدفع بعدم الدستورية على أساس فكرة المشروعية الدستورية مباشرةً يجعل هذا الدفع من الدفوع التي تتعلق بالنظام العام، بحيث يجوز اثارته متى ما توفرت الفرصة لذلك بغض النظر عن المدة التي انقضت على صدور التشريع المخالف لأحكام الدستور مادام يراد تطبيق هذا النص على نزاع قائم، وكذلك يمكن إثارته بأي مرحلة تكون عليها الدعوى وأمام أي محكمة منظورة سواء أمام محكمة النقض أو المحكمة الادارية العليا، هذا بالإضافة إلى الأثر المهم له في اعتبار الحكم الصادر في الدعوى بعدم الدستورية ذو حجة مطلقة على الكافة، الأمر الذي أخذت به محكمة النقض بعد إنشاء قانون المحكمة الدستورية العليا الذي جاء بطريقين اضافيين هما (الإحالة والتصدي) وهذه الإضافة كانت دليلاً واضحاً على أن الدفع بعد الدستورية يتعلق بالنظام العام [٣].

ذكرنا سابقاً أن الدستور الإماراتي كان قد أوجد سلطات إتحادية ومحلية وقام بتوزيع هذه الاختصاصات بين هذه السلطات، ووضع نظام رقابي من خلال أنشاء محكمة إتحادية عليا ووضع

(١) د. رمزي طه الشاعر، رقابة دستورية القوانين، (دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر)، ط١، دار النهضة العلمية، ٢٠٠٤، ص٣٩٨.
(٢) تنظر المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٣) حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي، الدفع بعدم الدستورية كوسيلة لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ٢٠١٧، ص١٤.

ضمن دوائرها دائرة دستورية تختص بالرقابة عن طريق الدفع الفرعي، ووفقاً للمادة ٩٩ من الدستور الإماراتي النافذ التي تضمنت اختصاصات المحكمة الإتحادية حيث نصت فقرة (٣) على أن "بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموما، إذا ما أحيل اليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها وعلى المحكمة المذكورة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بهذا الصدد" (١).

والمادة (٨٥) من قانون المحكمة التي تنص على أن "تحال إلى المحكمة العليا طلبات بحث الدستورية التي تثار أمام المحاكم في صدد دعوى منظورة أمامها بقرار مسبب من المحكمة، يوقعه رئيس الدائرة المختصة ويشتمل على النصوص محل البحث وذلك إذا كانت الإحالة بناءً على قرار من المحكمة من تلقاء نفسها...." (٢). من خلال النظر إلى هذين النصين نجد أن العبارات واضحة فعبارة (أية محكمة من محاكم البلاد) وعبارة (التي تثار أمام المحاكم) تدل على أن طلبات بحث الدستورية أو الدفوع الخاصة بالطعن بدستورية قانون ما يمكن تقديمها أمام أي محكمة من محاكم البلاد سواء أكانت محكمة موضوع أو غيرها من المحاكم الأخرى، ولم يقيد المشرع بأي درجة من درجات المحاكم ولا بمرحلة معينة، من هذا نستدل على أن الدفع الفرعي من الدفوع التي تتعلق بالنظام العام، ومن الأدلة التي يمكن الاستدلال بها هنا هو أن الدستور محل الدراسة حرص على إعطاء الدفع ذاتية مستقلة عن باقي الدفوع الأخرى وذلك من خلال النص عليه بشكل مستقل في النص الدستوري.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فلا يختلف عن موقف كل من المشرع المصري والإماراتي، فمن خلال الرجوع إلى النصوص الخاصة بموضوع الدفع يتضح لنا ذلك، ومنها نص المادة (١٨/ أولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا التي تنص على "لأي محكمة من تلقاء نفسها أن تطلب في أثناء نظر الدعوى البت في دستورية نص في قانون أو نظام يتعلق بتلك الدعوى، ولعضو الادعاء العام أمام تلك المحكمة أن يطلب ذلك، وعلى المحكمة استئخار الدعوى الأصلية، ويرسل الطلب إلى المحكمة الإتحادية العليا بواسطة كتاب موقع من رئيس محكمة الاستئناف التي تتبعها تلك المحكمة ..." (٣). ومن تطبيقات المحكمة الإتحادية بهذا الشأن قرارها

(١) المادة (٩٩) من دستور الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ المعدل.
(٢) المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.
(٣) تنظر المادة (١٨/أولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٣.

المرقم ٢١٣/ إتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٢/٩ الذي جاء فيه "لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا، وجد أن قاضي محكمة تحقيق الناصرية المختصة بقضايا النزاهة يطعن أمام هذه المحكمة بدستورية المادة (١٥/ أولاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل بالقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠١٦، وتجد المحكمة الإتحادية العليا أن لائحة الطعن لم تتضمن المواد الدستورية التي يدعى مخالفة النص محل الطعن لها، وأن عدم مراعاة ذلك يقتضي رد الطعن شكلاً، وعند تدقيق نص المادة (١٥) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة تجد المحكمة الاتحادية العليا عدم وجود ما يستوجب التصدي له لعدم مخالفته المبادئ الواردة في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ لاسيما مبدأ (المساواة) المنصوص عليه في المادة (١٤) منه، فالنص المطعون بدستوريته ميز تمييزاً إيجابياً متفقاً مع أحكام الدستور، ولا يتعارض مع مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه في المادة (١٦) من الدستور، كما لا يتعارض أيضاً مع أحكام المادة (٢٧/ أولاً وثانياً) من الدستور، الأمر الذي يعني أن نص المادة (١٥) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة لا يعد مخالفاً لأحكام المواد (١٤ و١٦ و٢٧/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الأمر الذي يقتضي رد الطعن شكلاً، وعند تدقيق أحكام قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل بالقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠١٦ لاسيما المادة (٢٤/ ثالثاً) منه، فقد وجدت المحكمة ما يستوجب التصدي لها لمخالفتها أحكام دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ لاسيما المواد (١٤ و١٦ و٢٧/ أولاً) منه، الأمر الذي يقتضي التصدي لنص المادة (٢٤/ ثالثاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة والحكم بعدم دستوريته وإلغاءه، ولما تقدم قرر رد الطعن شكلاً بخصوص المادة (١٥/ أولاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ والتصدي لأحكام المادة (٢٤/ ثالثاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل والحكم بعدم دستوريتها وإلغائها لمخالفتها أحكام المواد (١٤ و١٦ و٢٧/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥"[١].

يتضح مما تقدم أن النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ قد تضمن توجهاً جديداً يمثل توسعاً في نطاق رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين والأنظمة

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا في العراق، منشـــور على الموقع الرســـمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.iraqfsc.i/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٥، الساعة ١١:٠٠ مساءً.

من خلال ما يعرف فقهياً بـ "رقابة التصدي" وذلك من خلال نص المادة (٤٦) التي نصت على "للمحكمة عند النظر في الطعن بعدم دستورية نص تشريعي أن تتصدى لعدم دستورية أي تشريعي آخر يتعلق في النص المطعون فيه"، والذي يعد أتجاهاً محموداً للمحكمة الإتحادية العليا، ورقابة التصدي تعني "سلطة القضاء الدستوري في تجاوز الدعوى الدستورية، وهو استثناء من قاعدة عدم تجاوز القاضي لطلبات أطراف الدعوى المعروفة في قانون المرافعات" هذا يؤدي إلى أتساع وتعزيز فكرة النظام العام في القضاء الدستوري كونه المسؤول عن مراقبة مدى أتفاق القوانين والأنظمة مع الدستور، وبهذا يقتضي على القاضي الدستوري أن يثير من تلقاء نفسه أي دفع بتعلق بتطبيق الدستور بجميع نصوصه دون استبعاد أي نص أو مبدأ منها، وعلى المحكمة الإتحادية العليا أن لا تقف على النصوص القانونية التي يدعي فيها الطاعن مخالفتها مع الدستور وإنما لها أن تمد رقابتها لأي نص تشريعي آخر إذا ما وجدت مخالفته للدستور[١].

يتبين لنا مما تقدم أن لوجود رقابة التصدي دوراً مهماً في إيضاح وتعزيز مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام لما تقدمه من أمكانية تصدي المحكمة الاتحادية العليا لأي نص تشريعي إذا ما وجدت مخالفته للدستور، وبالتالي يجوز أثارة الدفع بعدم الدستورية أمام أي محكمة موضوع ويثبت لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها واختلاف درجاتها، كما نلاحظ من خلال الحكم المتقدم أن المحكمة الإتحادية العليا قد تصدت إلى المادة (٢٤/ثالثاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ المعدل لأنه مرتبط بالنص المطعون بعدم دستوريته ارتباطاً لا يقبل الانفصال، لذلك نأمل من المحكمة الاتحادية العليا أن تمد رقابتها بالتصدي لتشمل جميع النصوص المخالفة للدستور سواء كانت مرتبطة بالنص المطعون بدستوريته أو غير مرتبطة به، وتوسيع نطاق فكرة النظام العام والتصدي التلقائي لكافة النصوص المخالفة للدستور.

(١) أحمد طلال عبد الحميد البدري، رقابة التصـــدي وحماية أموال الدولة، مقال منشـــور على الموقع الآتي: https://www.azzaman-iraq.com/، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٧/١، الساعة ٩:٠٠ مساءً.

الفصل الثاني

النظام القانوني للدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

الفصل الثاني

النظام القانوني للدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

يُثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها سواء أكانت محاكم عادية أو إدارية، فبعد أن تتم أثارة الدفع من قبل أحد الخصوم تُكلف هذه المحاكم بمهمة فحص جدية الدفوع المثارة أمامها، التي بدورها تقوم بإحالة الدفع بعد تقديرها لجديته وفقاً للسلطة التقديرية التي تتمتع بها إلى المحكمة الإتحادية العليا للبت في صحته، إذ أن عملية التصفية هذه التي تتم من قبل القضاء تسمح بتلافي إرهاق المحكمة الإتحادية العليا بتلقي دفوع كيدية أو تهدف إلى عرقلة سير الدعوى وتسمح للجهات القضائية بممارسة صلاحيتها المتعلقة بالنظر في جدية الإحالة من عدمها، لذلك فأن الأحكام القانونية المنظمة للرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية تُثير عدة تساؤلات، منها ما يتعلق بأصحاب الدفع بعدم الدستورية، ومنها ما يتعلق بشروط تحريك الدعوى بالإضافة إلى الإجراءات المتبعة في حالة الدفع بعدم الدستورية.

وحتى يمكن قبول الدفع بعدم الدستورية يجب توافر عدة شروط سواء كانت شروط عامة تتعلق بالدعوى الدستورية أو شروط خاصة بالدفع فقط، كما يجب أتباع الإجراءات المنصوص عليها في القوانين والأنظمة الخاصة بها الشأن، ومن ثم تحدد لمن قدم الدفع ميعاداً لرفع الدعوى الدستورية، ويختلف هذا الميعاد في الدول محل البحث.

ولما تقدم سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في **المبحث الأول** تصفية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين، حيث أن لتصفية الدفع الأهمية التي تمكننا من التعرف على أشخاص الدفع وضوابطهم، أما في **المبحث الثاني** فسوف نبحث الفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين وآثاره من خلال الخوض بتفاصيل إجراءات الدفع بعدم الدستورية، ومن ثم نختم هذا المبحث بدراسة آثار الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور وعلى الدعوى المقامة أمام محكمة الموضوع.

المبحث الأول

تصفية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

تعد مرحلة تصفية الدفع بعدم الدستورية من أهم المراحل التي يمر بها الدفع التي تكون بمثابة مفترق طرق في أن يكون الدفع أو لا يكون، هذه المرحلة الانتقالية تتخللها تفرعات تشكل العمود الفقري للدفع، اذ تبدأ بأثارة الدفع من قبل أصحابه وتنتهي بتقدير جدية الدفع، ولابد من أن تتوافر شروطاً معينة في من يملك إثارة الدفع وبدونها لا يُقبل الدفع، ويبدو هنا الدور الواضح والمهم لمحكمة الموضوع تقدير في شبهة عدم الدستورية من خلال دراسة الدفع المنظور أمامها من جميع جوانبه الموضوعية والشكلية، هذا بالإضافة للسلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع في تقديره، إذ تشكل هذه السلطة سلاحاً ذو حدين سواء من جانب القاضي نفسه أو من جانب الخصوم أصحاب الدفع، ومن أجل الإحاطة بكامل تفاصيل هذا المبحث كان لابد من تقسيمه إلى مطلبين نتناول في **المطلب الأول** أثارة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين، بينما **نبحث في المطلب** الثاني تقدير جدية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين.

المطلب الأول

إثارة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

من أجل اتصال الدفع بعدم الدستورية بالمحكمة الاتحادية لابد من أن يكون مستوفياً لإجراءات إثارته التي تمثل حلقة من سلسلة حلقات متتابعة لنظام قانوني محدد الإجراءات والشروط، تلك الشروط التي تعد المقوم الأساسي في تهيئة أشخاص الدفع للامتثال أمام المحكمة والدفع بعدم الدستورية والخروج بخصومة متكاملة تضمن استقرار التشريعات والانظمة من جانب عدم السماح للأشخاص غير مستوفي الشروط من الطعن بها، ومن جانب آخر الحفاظ على هيبة المحكمة العليا وعدم اهدار وقتها بطعون غير جدية. لذلك لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين، **نخصص الفرع الأول** للبحث في أصحاب الحق في الدفع بعدم دستورية القوانين، **ونتناول في الفرع الثاني** شروط الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين وذلك حسب الاتي:

الفرع الأول

أصحاب الحق في الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

تعد الدعوى الوسيلة الفنية التي منحها القانون لصاحب الحق للالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته، وهي بذلك وسيلة اختيارية للشخص له الحق في استعمالها من عدمه، فإذا لجأ إلى القضاء فإنه باشر حقه في الدعوى وهذا ما يسمى بالمطالبة القضائية [١]، ويفترض الحق في الدعوى التمتع بشروط خاصة تسمى شروط قبول الدعوى أو شروط سماعها، وتعد الخصومة هنا ظاهرة إجرائية متحركة تنشأ عند رفع الدعوى إلى القضاء، ويذهب الفقه إلى تعريفها بأنها مجموعة الأعمال التي ترمى إلى تطبيق القانون في حالة معينة بواسطة القضاء [٢].

ولكي تكون الدعوى قائمة ومتكاملة الشروط لابد من أن يكون أطرافها أصحاب حق مستندين على أساس قانوني قائم، وللتعرف على أصحاب الحق بإثارة الدفع بعدم الدستورية لابد أن نستعرض النصوص القانونية المنظمة لذلك، فبالرجوع إلى قانون المحكمة الدستورية المصري نجد أن المادة (٢٩/ ب) قد نصت على أنه "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ..." [٣].

من خلال قراءة النص أعلاه يتضح لنا بأن عبارة (أحد الخصوم)[٤] تعني أنه يحق لكل من كان في خصومة موضوعية أمام القضاء بأن يدفع بعدم دستورية النصوص المراد تطبيقها على

---

(١) تمثل أول اجراء يقوم به المدعي امام القضاء لبدء الخصومة القضائية التي هي بدورها مجموعة إجراءات تبدأ بانعقاد الخصومة وتنتهي بإصدار الحكم، ينظر: محمود هاشم، الدعوى والخصومة والمطالبة القضائية، مقال منشور على موقع منتدى المحامين العرب الآتي: http://www.mohamoon-montada.com/، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/١٧، الساعة ٧:٠٠ مساءً.

(٢) د. محمد السيد بنداري، عوارض الخصومة في الدعوى الدستورية "دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة"، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، مجلد٩، العدد١، ٢٠٢٣، ص١٤٨٦.

(٣) تنظر المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

(٤) والخصم في الدعوى الدستورية "هو من أصابه النص التشريعي أو اللائحي المدعى مخالفته للدستور بضرر، نتيجة لتطبيقه أو احتمال تطبيقه عليه في المستقبل سواء كان هو رافع الدعوى الدستورية أم لا، إذ يعتبر رافع الدعوى خصماً أصلياً في الدعوى الدستورية، بينما يعتبر غيره ممن اصابهم أو يصيبهم ضرر من جراء تطبيقه في المستقبل خصوماً تابعين لتلك الخصومة الاصلية وبالتالي يعد كلاهما مرتبط بالآخر، لذلك فإذا حُكم للخصم الأصلي بعدم دستورية النص التشريعي أو اللائحي فأنه من الطبيعي أن يستفيد الغير منه طالما كان النص المحكوم بعدم دستوريته قد أصابهم بضرر حال أو محتمل، لذلك لا حاجة لهم في رفع دعاوى قضائية في سبيل الاستفادة من أثر هذا الحكم والعكس صحيح، فإذا حكم للخصم الأصلي بدستورية النص المطعون فيه، فلا يجوز لغيره أن يطعن بذات النص للحكم بعدم دستوريته من جديد، وذلك إعمالاً =

النزاع، أي أن العبارة جاءت عامة ولم تحدد الخصوم بصفات معينة، لذلك يندرج تحت هذا العموم الأشخاص الطبيعية والمعنوية والتي تشمل الأشخاص المعنوية العامة (الهيئات العامة والمؤسسات ووحدات الادارة المحلية)، والأشخاص المعنوية الخاصة (الشركات والجمعيات والاتحادات) بالإضافة إلى شمول المواطنين والأجانب، أمّا بالنسبة لمحل الدفع فيتمثل بالنص أو التشريع المشكوك بعدم دستوريته. هذا وقد حدد المشرع المصري في المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ميعاداً لصاحب الدفع لا يتجاوز الـ (٣) أشهر من تاريخ الدفع لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وحسناً فعل المشرع المصري بتحديده لهذا الميعاد حتى لا يترك باب الطعن مفتوحاً مما يشكل خطراً على النصوص القانونية والأنظمة ويجعلها مهددة بشكل دائم.

أمّا بالنسبة للمشرع الإماراتي فقد بّين ذلك في المادة (٥٨) من قانون المحكمة الإتحادية العليا الإماراتية والتي تنص على أن " ... فإذا كان الطعن في الدستورية مثاراً بدفع من أحد الخصوم في الدعوى تكون المحكمة قد قبلته تعين عليها أن تحدد للطاعن أجلاً لرفع الطعن أمام المحكمة العليا فإذا فات هذا الأجل دون ان يقدم الطاعن ما يفيد رفعه الطعن خلاله اعتبر نازلاً عن دفعه ..."[١].

ويلاحظ من النص المذكور أن المشرع الاماراتي ترك الوصف عاماً ومطلقاً ولم يحدد الصفات بذواتها اذ جاءت عبارة (أحد الخصوم) عامة وبذلك يكون موقفه من تحديد أصحاب الدفع مشابهاً لموقف المشرع المصري، إلاّ أن المشرع الاماراتي لم يحدد الأجل الذي يلزم مثير الدفع إثارة دفعه خلاله بشكل صريح وإنمّا ترك ذلك بشكل ضمني لتقدير وصلاحية محكمة الموضوع. وكان من الأفضل أن يحدد المشرع الإماراتي المدة بشكل صريح وقطعي مثلما فعل المشرع المصري.

وبالرجوع إلى النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق نجد أن المشرع قد بين إثارة الدفع بعدم الدستورية بالشكل الاتي " لأي من الخصوم الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو

للحجية المطلقة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، ينظر: إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، آثار الحكم بعدم دستورية القانون الضريبي وانعكاسه على تحقيق مبدأ المساواة، أطروحة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠١٠، ص٣٥٥.

(١) تنظر المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.

نظام يتعلق بدعوى منظورة أمام محكمة الموضوع، وفي هذه الحالة يكلف بإقامة دعوى بذلك، ويدفع الرسم القانوني عنها، وتقدم إلى محكمة الموضوع خلال عشرة أيام من تاريخ الدفع بعدم الدستورية" [١].

وبهذا لم يختلف موقف المشرع العراقي عن موقف المشرعين المصري والإماراتي من جانب تحديده لأصحاب الدفع فهو كذلك لم يتوسع بتفصيل صفات الخصوم وترك النص عاماً ومطلقاً، إلاّ أن الخطوة التي خطاها المشرع العراقي في النظام الداخلي الجديد كانت خطوة متقدمة وجيدة مقارنة بالنظام الداخلي لسنة ٢٠٠٥، إذ شرعَ إلى تحديد مدة تقديم الدعوى خلال عشرة أيام بعد أن كانت المادة (٤) من النظام القديم خالية من ذلك ومن عدة تفاصيل والتي أثّرت نقصاً تشريعياً واضحاً، كذلك فقد نصت المادة (١٨/ثالثاً) من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ على أن لمحكمة الموضوع أن تبت بقبول أو رفض الطعن خلال ثلاثة أيام من تقديمها. وهذا يعد ايضاً تلافياً لقصور تشريعي في النظام الداخلي لسنة ٢٠٠٥ الذي كان خالياً من تحديده لهذه المُدد، ونحن بدورنا نشيد بالتعديلات التي جاء بها النظام الداخلي الجديد لسنة ٢٠٢٢ ونعتبرها نقطة تحول جيدة.

والسؤال الذي يتبادر الى الذهن هنا هو هل يمكن أن تشمل الخصومة في إطار الدعوى الدستورية بالإضافة الى خصومها الأصليين خصوماً بطريق التدخل؟

لكي يكون التدخل تدخلاً صحيحاً فلابد من وجود أسانيد قانونية لهذا التدخل، الأمر الذي يتطلب أن نستعرض مواقف دول المقارنة، فالمشرع المصري بيّن ذلك في المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل والتي نصت على أنه "يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى ..." [٢].

يتضح لنا من ذلك أن بالتدخل يدخل شخص في خصومة ليس طرفاً فيها فيكون أما مُنظّماً لأحد أطرافها أو مطالباً بحق ذاتي وهنا نكون أمام نوعين من التدخل (هجومي وانضمامي)، ويقصد بالتدخل الهجومي أن يطالب المتدخل بحق ذاتي له من خلال مواجهة أطراف الخصومة، ويكون

(١) تنظر المادة (١٨/ثالثاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٢) تنظر المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.

ذلك عن طريق طلب يرتبط بالدعوى الأصلية، بينما التدخل الانضمامي يقرر لكل شخص ذو مصلحة بأن ينضم لأحد الخصوم حتى لا يخسر دعواه، والمصلحة هنا يجب أن تستند إلى دفع ضرر وإن كان محتملاً [١].

كما يتبين لنا من النص أعلاه أن المشرع المصري اشترط أن يكون للمتدخل مصلحة، ويجب أن تكون هذه المصلحة (قانونية، شخصية ومباشرة وقائمة)، ويعني بقانونية المصلحة أن يكون اللجوء إلى القضاء من أجل حماية مصالح قانونية فقط [٢].

وعند تطبيق ذلك في مجال الدعوى الدستورية نجد أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة تكون متحققة في حال تم رفع الدعوى من قبل صاحب الحق الذي لحقه الضرر جراء تطبيق النص غير الدستوري، وبما أن المشرع كان قد أوجب بالنسبة للتدخل الهجومي أن يتوافر ارتباط بين طلب المتدخل وبين الدعوى الأصلية، إذ نصت المادة (٢٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري على أنه " فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل تسري قرارات الإحالة والطلبات التي تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها" بالإضافة إلى أن الفصل الثاني لقانون المحكمة الدستورية الخاص بالإجراءات لم يشمل أحكاماً خاصة بموضوع التدخل، الأمر الذي يسري معه الحكم الوارد في المادة (١٢٦) من قانون المرافعات على موضوع التدخل في الدعوى الدستورية، إلاّ أن هذا التطبيق ليس مطلقاّ وإنمّا مقيداً بأن لا يكون سبباً لوجود تعارض بين طبيعة اختصاص المحكمة الدستورية وهذه الاحكام.

ونظراً لطبيعة الدعوى الدستورية وكذلك طبيعة اختصاص المحكمة، فمن شأن ذلك أن يؤدي إلى وجود تعارض واضح ومباشر بالنسبة للتدخل الهجومي، لذلك لا يمكن للمتدخل الهجومي أن يكون طرفاً أو شخصاً من أشخاص الدفع بعدم الدستورية [٣].

---

(١) حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي، مصدر سابق، ص٧٩وما بعدها.

(٢) فقد نصت المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل على أنه "لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب او دفع استناداً لأحكام هذا القانون او أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

(٣) تنظر المواد (٢٥، ٢٦، ٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

أمّا بالنسبة لموقف المشرع الاماراتي من التدخل، فقد خلت نصوص قانون المحكمة الإتحادية العليا من التعرض لموضوع التدخل في الدعوى الدستورية، وعند الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ المعدل قد نص في المادة (٩٤) منه على أن "للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ويجوز للمدعي عليه إذا أدعى أن له حقاً في الرجوع بالحق المدعى به على شخص ليس طرفاً في الدعوى أن يقدم طلباً مكتوباً إلى المحكمة يبين فيه ماهية الادعاء وأسبابه ويطلب إدخال ذلك الشخص طرفاً في الدعوى ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، كما يجوز دخوله في الجلسة إذا حضر المطلوب إدخاله ووافق أمام المحكمة على هذا الاجراء". كما "ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضور الخصوم ويثبت في محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة"[١].

ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة، وتحدد المحكمة الجلسة التي يعلن إليها كما تعين مركزه في الخصومة وتأمر بإعلانه لتلك الجلسة وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، كما ويجوز للمحكمة أن تكلف قلم الكتاب بإعلان ملخص يضم طلبات الخصوم في الدعوى المتعلقة بإدخال أي شخص ترى أن في دخوله مصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة إذا كان على علم بها [٢].

يتضح لنا من النصوص أعلاه أن المشرع الإماراتي أجاز التدخل الاختياري وأشترط أن يكون للمتدخل مصلحة قانونية وأن يكون طلب التدخل مسبباً، لذلك لا يوجد ما يمنع التدخل في الدعوى الدستورية استناداً إلى أن قانون المحكمة الاتحادية الاماراتي لم ينضم موضوع التدخل، كما أن الشروط المنصوص عليها في المواد أعلاه هي شروط يجب توافرها ابتداءً عند أبداء الدفع.

كذلك الأمر نفسه بالنسبة لنصوص قانون المحكمة الإتحادية العليا العراقي ونظامها الداخلي إذ أنها جاءت خالية من التعرض لموضوع التدخل في الخصومة الدستورية، لذلك يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ إذ نص في المادة

(١) تنظر المادة (٩٥) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ المعدل.
(٢) تنظر المادة (٩٦) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ المعدل.

(٦٩) منه على أن "١. لكل ذي مصلحة ان يطلب دخوله في الدعوى شخصاً ثالثاً منضماً لاحد طرفيها، أو طالباً الحكم لنفسه فيها، إذا كانت له علاقة بالدعوى أو تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة أو كان يضار بالحكم فيها. ٢. يجوز لكل خصم أن يطلب من المحكمة إدخال من كان يصبح اختصامه فيها عند رفعها أو لصيانة حقوق الطرفين أو أحدهما ... ٤. وللمحكمة أن تدعو أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم حسم الدعوى" [١].

وفي هذا الصدد قد جاء في قرار المحكمة الإتحادية العليا ما يأتي "... كما قررت المحكمة إدخال رئيس الجمهورية إضافة لوظيفته ورئيس الوزراء إضافة لوظيفته للاستيضاح منهما عما يلزم لحسم الدعوى... طلب وكيل المدعي إدخال رئيس مجلس الوزراء إضافة لوظيفته تدخلاً اختصامياً بجانب المدعى عليه ودفع الرسم عنه... ولدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي يطعن بقرار مجلس النواب المتخذ بجلسته المرقمة (١٠) في ٢٠١٥/٨/١١ بالمصادقة على قرار مجلس الوزراء المتخذ بالجلسة المرقمة (٣٠٧) في ٢٠١٥/٨/٩ بإلغاء منصب موكله نائب رئيس الجمهورية ... ومن ملاحظة الدعوى نجد أن المدعي أقام دعواه أمام هذه المحكمة بصفته نائب رئيس الجمهورية إضافة لوظيفته وحيث أن الشخص الثالث رئيس مجلس الوزراء إضافة لوظيفته قد ألغى المنصب فوراً وأيد وكيل المدعى عليه إضافة لوظيفته أن هذا الإلغاء لم يعلق على مصادقة مجلس النواب ونفذ فوراً. وعليه يكون المدعي قد فقد صفته الوظيفية بتاريخ قرار مجلس الوزراء لذلك، فلا تصح خصومته في هذه الدعوى لا للمدعي عليه إضافة لوظيفته ولا للشخص الثالث رئيس مجلس الوزراء إضافة لوظيفته بالصفة التي أقام فيها الدعوى التي أوردها في الادعاء وفي طلب إدخال الشخص الثالث تدخلاً اختصامياً ولفقدان هذه الدعوى لسندها القانوني من جهة الخصومة فتكون واجبة الرد"[٢].

يتضح من خلال الحكم أعلاه أن التدخل في الخصومة الدستورية يكون مسموحاً سواء كان تدخلاً انضمامياً لجانب المدعي أو المدعى عليه أو اختصامياً، فاستناداً لقرار المحكمة المذكور

---

(١) تنظر المادة (٦٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا ذو الرقم ٩١/ اتحادية/ ٢٠١٥ بتاريخ ٢٤/ ١١/ ٢٠١٥ منشـــور على الموقع الرســـمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.iraqfsc.iq/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/٣٠، الساعة ١١:٠٠ مساءً.

فإن المحكمة ردت الدعوى لعدم توجه الخصومة وليس لأنه لا يجوز التدخل الاختصامي في الدعوى، وبمفهوم المخالفة فإنه لو لم يكن منصب المدعي ملغياً لكان قد طلب التدخل الاختصامي.

وللمحكمة أن تطلب إدخال أي شخص أثناء سير إجراءات المرافعة للاستيضاح منه عن معلومات لغرض حسم الدعوى أداء مهمتها وصولاً للقرار المناسب في الدعوى، وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في قرارها ما يأتي "...بعد إجراء التبليغات وتمت المرافعة وحضر وكيلا المدعي والمدعى عليهم قررت المحكمة إدخال رئيس اللجنة المالية في مجلس النواب الدكتور (أ.ج) شخصاً ثالثاً في الدعوى للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى وحضر أمام المحكمة وأوضح مبررات تشريع نص المادة (٥٠) من قانون الموازنة وتم تثبيت أقواله وحفظ ما قدمه من البيانات المؤيدة لأقواله في ملف الدعوى ومن ثم قررت المحكمة إخراجه من الدعوى..."[١].

كما يمكن تطبيق هذا الحكم على الدعوى الدستورية طالما أن النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية لم يتضمن نصاً خاصاً بموضوع التدخل، وذلك بالاستناد إلى نص المادة (٥٠) من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا التي تنص على أنه " تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل وقانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة١٩٧٩ المعدل، أو أي قانون آخر يحل محلهما، في مالم يرد فيه نص في هذا النظام" [٢] لذلك، فعند الرجوع لمضمون المادة (٦٩) من قانون المرافعات نجد أن المشرع اشترط ان يكون للمتدخل مصلحة، وهذا شرطاً بديهياً ومتوفراً اساساً في الخصوم الأصليين لذلك، لا نجد ما يمنع المتدخل الانضمامي من التدخل في الدعوى الدستورية واعتباره طرفاً فيها إذا كان مستوفياً للشروط القانونية.

---

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا ذو الرقم ١٩/ ٢٤/ موحدة/ اتحادية/ أعلام/ ٢٠١٥ بتاريخ ٦/٧/ ٢٠١٥ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.iraqfsc.iq/ ، تاريخ الزيارة ٣١/٥/٢٠٢٣، الساعة ٤:٠٠ مساءً.

(٢) المادة (٥٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

الفرع الثاني

شروط الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

لا يستطيع أي شخص ممن يملك الحق بالدفع بعدم الدستورية إن يدفع بعدم دستورية قانون معين إلاّ إذا توفرت مجموعة من الشروط اللازمة لذلك، وهذه الشروط بدورها تنقسم الى شروط عامة باعتبار الدفع وسيلة من وسائل الدعوى الدستورية، لذلك يجب أن تتوافر فيه شروط الدعوى الدستورية بشكل عام، فضلاً عن شروط الدفع الخاصة به دون غيره من الوسائل الأخرى كونه ينفرد ببعض الجوانب المختلفة.

أولا: الشروط العامة للدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين:

١. المصلحة: قبل أن نخوض في تفاصيل هذا الشرط لابد من أن نبين معناه، فقد عرف الفقه المصلحة في الدعوى بأنها "المنفعة التي يريدها المدعي من خلال التجائه الى القضاء" لان الأصل في توفر المصلحة هو الاعتداء على حق شخصي للمدعي، فالمصلحة اذاً هي الدافع أو الباعث على رفع الدعوى أو الغاية المرجوة منها [١]. وعرفت ايضاً بأنها "الفائدة العملية المشروعة التي يحصل عليها المدعي إذا حكم له بالدعوى المنظورة، فإذا لم تكن هناك فائدة عائدة للمدعي يقرها القانون له في دعواه فلا تقبل" [٢].

ويكون للمصلحة وجهان في الدعوى، وجه سلبي يتمثل باستبعاد من ليس له غاية او فائدة من اللجوء إلى القضاء، وآخر إيجابي يتمثل بوصفها شرطاً لقبول دعوى المدعي صاحب الفائدة المرجوة من الحكم فيها [٣]. غير أن مجرد وجود المصلحة لا يكفي لتحققها بل لابد من أن تقترن بعدة شروط، حيث يرى الفقه والقضاء أن هناك مجموعة من الشروط الواجب توافرها لقبول هذه المصلحة كشرط لقبول الدفع الفرعي بعدم الدستورية، وهذه الأوصاف لا تختلف عن شروط الدعوى

---

(١) د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط١٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص١٠٥.
(٢) القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات، ج١، بلا جهة نشر، بغداد، ١٩٩٤، ص١٥.
(٣) د. ستار عبد الله الغزالي، مصدر سابق، ص١٨٤.

القضائية بشكل عام، إلّا أنها تتميز ببعض الخصوصية في الدعوى الدستورية بحكم طبيعتها العينية وهذه الاوصاف هي:

أ. أن تكون المصلحة قانونية: من الأوصاف المهمة للمصلحة أن تكون مصلحة يقرها ويحميها الدستور وكذلك القوانين، وتكون كذلك إذا كان مدعيها يستند في ذلك إلى حق قانوني يحميه الدستور، وفي حالة تخلف هذا الوصف في المصلحة فلا تقبل الدعوى هنا لقيامها على مصلحة غير محمية دستورياً [١].

والمصلحة الخاصة بالدعوى الدستورية قد تكون مادية وتتمثل بالمنفعة المادية التي يبتغيها المدعي من دعواه المحمية من قبل القانون وتكون على شكل تعويض مادي عن الاضرار التي لحقته، أو تكون مصلحة أدبية وتعني التعويض المعنوي الذي يحصل عليه المدعي نتيجة للأضرار النفسية التي حدثت له [٢]. وقد جاء قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) خالياً من النص الصريح لشرط المصلحة تاركاً الأمر إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية في الحالات التي لم ينص عليها هذا القانون [٣]. فقد تضمنت المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أن "لا تقبل الدعوى إذا لم تكن لرافعها مصلحة قائمة يقرها القانون" أي أن المصلحة التي لا يحميها القانون تجعل من الدعوى غير مقبولة أمام المحكمة الدستورية العليا.

كما أن المشرع الإماراتي لم ينص على ذلك صراحةً في قانون المحكمة الإتحادية العليا لذلك يتم الرجوع [٤] إلى قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ المعدل، فقد نصت المادة (٢) منه على أن "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة

---

(١) تركي سطام المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة بين فرنسا، مصر، الكويت)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢٩٥.

(٢)عبد الحليم قاسم محمد العبيدي، طبيعة الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الانبار، ٢٠١١، ص١٢١.

(٣) نصت المادة (٢٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على أنه "فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل تسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم الى المحكمة الاحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة امامها".

(٤) وذلك استناداً لنص المادة (٥٢) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي التي نصت على أن "إلى أن تصدر التشريعات المنظمة للإجراءات المدنية والجزائية تسري أمام المحكمة العليا الإجراءات المنصوص عليها في هذا الباب وما لا يتعارض معها من الأصول العامة للمحاكمات".

ومشروعة ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

يتبين لنا من خلال النص أعلاه أن المشرع اشترط ألا يتم قبول أي دفع إذا لم يكن لصاحبه مصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة وذلك لأن المشرع لا يستهدف حماية مصالح غير مشروعة.

كما أن المشرع العراقي لم ينص صراحة على وجوب أن تكون المصلحة مشروعة لا في قانون المحكمة الإتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ ولا في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، وعلى الرغم من ذلك فإن المنطق القانوني يقضي التقيد بهذا الوصف إذ تعد من الأمور البديهية، فالمشرع لا يستهدف حماية مصالح غير مشروعة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فلا يقبل أي طعن مقدم أمامه مالم يكن لصاحبه فيه مصلحة قانونية مشروعة [١].

ب . أن تكون المصلحة شخصية مباشرة وقائمة وحالة: يعد هذا الشرط من الشروط العامة في رافع الدعوى "صاحب الحق أو من يقوم مقامه كـ الوكيل والوصي والولي"، أي أن شخصية المصلحة تجعل من الطاعن في وضع قانوني متميز عن غيره من الأفراد، أما وصف المباشرة فيعني أن يكون للقانون المطعون فيه تأثيراً مباشراً على الطاعن بأي وجه كان، ويكون الحكم القضائي الصادر في الدعوى ذو منفعة مباشرة للطاعن [٢].

يتضح لنا من خلال ما تقدم أن المصلحة الشخصية المباشرة تتكون من عنصرين، يتمثل الأول بالضرر الواقعي الذي لحق بالمدعي ومدى اثباته لذلك، أي أن يكون ضرراً مستقلاً ويمكن أدراكه ومعالجته بالوسائل القضائية المتوفرة، أما العنصر الثاني فجوهره أن يكون الضرر نتيجة لمخالفة النص التشريعي للدستور [٣]. ويكفي في الضرر أن يكون وشيك الوقوع لتوفر شرط

(١) القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص١٦.
(٢) د. علي هادي عطية، إشكالية قبول المصلحة المحتملة في الطعون الدستورية وتطبيقاتها في الطعن بدستورية النصوص الضريبية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، العدد الأول، ٢٠١٣، ص١٢٣.
(٣) د. هشام محمد فوزي، مصدر سابق، ص٢٩٣.

المصلحة، فلا يشترط أن يكون الضرر قد وقع فعلاً، فلا ينتظر المدعي تحقق الضرر حتى يقيم دعواه وانما يكون امام مسألة اثبات ان الضرر وقع أو وشيك الوقوع [١].

ويقصد بالقائمة والحالة أن يكون الضرر قد وقع فعلاً على المركز القانوني المراد حمايته أو وشيك الوقوع، أي أن المدعي يستطيع أن يطعن مباشرةً بعدم دستورية قانون معين إذا أثبت أن هناك ضرراً قد لحقه أو أن هذا الضرر سوف يقع في المستقبل عند رفع الدعوى، فيمكن القول في هذا الحال أن المصلحة موجودة وقائمة فتكون سبباً ومبرراً في اللجوء للقضاء من أجل اصلاح الضرر الذي خلفه القانون المطعون بعدم دستوريته أو الذي من المحتمل أن يكون نتيجة له [٢].

وعلى الرغم من أن قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ لم ينص على شرط المصلحة بشكل مباشر إلاّ أن المادة (٢٨) منه كانت قد بينت أن في مثل هذه الحالات تطبق الاحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، لذلك نصت المادة (٣) منه على "لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب او دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون اخر، لا تكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية مباشرة يقرها القانون" [٣].

ومن خلال النظر لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية يتبين أن المحكمة قد تشددت في اشتراطها لتوافر المصلحة في الدعوى تشدداً واضحاً وجلياً جعل من هذا الشرط موازياً لشرط المصلحة في القانون الخاص، مع أنها دعوى لفحص الشرعية الدستورية التي من المفترض ن يكون دور الافراد فيها مقتصراً على تحريك الدعوى [٤]. كما نصت (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ أيضاً" يشترط لقبول أي طلب أو دفع أن يكون لصاحبه فيها مصلحة قائمة" أي أن تكون المصلحة قائمة وحالة وقت رفع الدعوى من قبل الافراد، لكن عند النظر الى نهاية المادة نجد أنها أوردت استثناءً على هذا الشرط بقولها ".. ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق

(١) د. محمد صلاح عبد البديع، قضاء الدستورية في مصر، مصدر سابق، ص٢٤٦وما بعدها.
(٢) د. إبراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٢٣.
(٣) المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.
(٤) د. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، مصدر سابق، ص٢١٦.

يخشى زوال دليله عند النزاع فيه" وهو ما يدل على أن المشرع المصري قد أباح اللجوء الى القضاء إذا كانت المصلحة محتملة.

وفي العراق فقد نصت المادة (٢٠/ ١) من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ على أن "أن يكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي، على أن تتوافر ابتداءً من إقامة الدعوى وحتى صدور الحكم فيها".

٢. الصفة: المصلحة وحدها لا تكفي لقبول الدعوى بل لابد من توافر شرط آخر هو الصفة، لأن صاحب الحق قد يكون ذو مصلحة إلاّ أنه لا يستطيع مباشرتها بنفسه لتوافر سبب من أسباب عدم الاهلية لديه، ففي هذه الحالة يكون صاحب الصفة هو الوصي أو الولي، هذا وأن شرط المصلحة يجب توافره في المدعي فقط بينما وصف (الصفة) يجب أن يتوافر في المدعي والمدعى عليه[١]. ويقصد بالصفة هنا "نسبة الدعوى لصاحب الحق ايجاباً وسلباً لمن يكون الحق في الدعوى بمواجهته" [٢].

كما عرفها الفقه بأنها "القدرة القانونية التي يملكها أطراف الخصومة لرفع الخصومة إلى القضاء أو الوقوف أمامه لتلقيها" أو قدرة الشخص على مباشرة إجراءات الدعوى سواء كان مدعياً او مدعياً عليه [٣].

والسؤال الذي يثار هنا هل أن شرط الصفة هنا يعد شرطاً خاصاً وقائماً بذاته أم أنه وصفاً جزئياً من أوصاف المصلحة بشكل عام؟ اختلف الفقهاء في طور الإجابة عن هذا التساؤل، فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الصفة جزءً لا يتجزأ من المصلحة ووصفاً من أوصافها بحيث تعتبر الشرط الوحيد في قبول الدعوى ولهذا يجب أن تكون المصلحة (قانونية وشخصية ومباشرة)، أي بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته أو الشخص الذي ينوب عنه كالوصي والولي والوكيل [٤].

---

(١) تركي سطام المطيري، مصدر سابق، ص٤١١.
(٢) د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٦.
(٣) د. إبراهيم محمد علي، مصدر سابق، ص٤١١.
(٤) د. ستار عبد الله الغزالي، مصدر سابق، ص١٨٠.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول إن الصفة شرط لازم ومستقل عن شرط المصلحة وفي حال انتفاء الصفة تصبح الدعوى غير مقبولة، وذلك لكون شرط المصلحة يختلف عن شرط الصفة، فالمصلحة المباشرة تنصرف الى الفائدة التي تعود على الشخص نتيجة مباشرته للدعوى، أمّا الصفة فتعني السلطة أو القدرة التي يملكها الشخص لمباشرة الدعوى [١].

يتضح لنا مما تقدم أن الصفة [٢] شرط مستقل ولازم للدعوى الدستورية وبدونه لا تقبل الدعوى فهي لا تحرك من قبل أي شخص، حيث تشير أغلب النصوص القانونية ذات العلاقة إلى تحديد الجهات التي تملك تحريك الدعوى، وفي حال أقيمت من قبل اشخاص لا يتمتعون بالصفة فلا تقبل الدعوى لعدم توفر الصفة في مقدمها. والمعروف غالباً أن الدساتير والقوانين المنظمة لعمل المحاكم الدستورية تتجه إلى تحديد أصحاب الصفة في الدعوى الدستورية، أي أن النص الدستوري أو القانون هو الذي يحدد من يملك الصفة في مباشرة الدعوى الدستورية، ولا يسمح لمن هم خارج إطار التحديد الشروع لإقامة الدعوى، كونها لا تثبت لكل مدعي كما في الدعوى المدنية، بحيث لا يجوز لغير أصحاب الصفة اللجوء الى القضاء الدستوري حتى وان كانت المصلحة متوافرة [٣].

وقد ذهب المشرع المصري إلى تحديد الجهات التي لها حق الطعن أمام المحكمة الدستورية والتي من بينها الافراد، إذ سمح المشرع للأفراد بتحريك الدعوى بوسيلة الدفع على أن يكونوا خصوماً في الدعوى الموضوعية [٤].

كما ذهب المشرع الإماراتي أيضاً إلى تحديد الجهات [٥] التي لها حق الطعن أمام المحكمة الإتحادية العليا والتي من بينها الأفراد [٦]، فقد سمح للأفراد بأن يكونوا خصوماً في الدعوى الموضوعية عن طريق الدفع بعدم الدستورية.

---

(١) تركي سطام المطيري، مصدر سابق، ص ٤١٢.
(٢) لابد من الإشارة إلى اختلاف الصفة في الدعوى عن التمثيل القانوني من حيث الأثر المترتب على انتفاء كل منهما، إذ أن انتفاء الصفة في الدعوى يؤدي إلى عدم قبولها بينما انتفائها بالنسبة للممثل القانوني فيؤدي الى الدفع ببطلان الإجراءات، ينظر: د. عز الدين الدناصوري ود. عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية مع موجز لإحكام المحكمة الدستورية العليا منذ تاريخ إنشائها وحتى الآن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٤٨.
(٣) د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٦.
(٤) تنظر المادة (٢٩/ ٢) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٥) تنظر المادة (٣/٢/٩٩) من دستور دولة الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ المعدل.
(٦) تنظر المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.

وكذلك فعل المشرع العراقي إذ حدد دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الجهات التي تملك الصفة لتحريك الدعوى الدستورية وذلك في المادة (٩٣/ثالثا) منه والتي نصت على أنه "...ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء، وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر" وكذلك نص النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ على أصحاب الصفة في تحريك الدعوى بصورة مباشرة أو غير مباشرة (بطريق الدفع الفرعي)، وذلك بتحديد الشروط الواجب توافرها في الأفراد فضلاً عن اشتراطه لرفع الدعوى بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة، أي أن المحامي يعتبر من أصحاب الصفة في حال رفع الدعوى نيابة عن صاحب الدعوى الأصلي، فإذا كانت الدعوى بدون وكالة قانونية يفقد المحامي الذي أقام الدعوى الصفة الشرعية ويعد شخصاً غير ذي صفة مما يؤدي إلى رد الدعوى[١].

وقد أكدت المحكمة الإتحادية العليا العراقية ذلك أيضاً في إحدى قراراتها "لدى التدقيق والمداولة من المحكمة العليا وجد أن المدعي كان وكيلاً عن المحكوم العقيد الركن (م.ف) في الدعوى ...، والدعوى المذكورة تتعلق بدعوى موكله العقيد الركن (م.ف) وهي المرقمة (٢٠٠٧/٤٤٨) ولا تتعلق بشخص المدعي، وأنه قد أقام هذه الدعوى أمام المحكمة بصفته الشخصية وليس بالوكالة عن موكله المذكور، ويطلب فيها الزام المدعي عليه إضافة لوظيفته بتنفيذ حكم المادة(١٠٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧، وإلزامه إضافة لوظيفته بتطبيق قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ على دعوى موكله، لذا تكون الدعوى قد أقيمت أمام هذه المحكمة من شخص لا صفة قانونية له في اقامتها وتكون خصومة المدعي غير متحققة في الدعوى. . ."[٢].

أمّا بالنسبة لصفة المدعى عليه في الدعوى فهي الجهة التي تملك مهمة التشريع سواء كانت السلطة التشريعية التي تعد صاحبة الاختصاص الأصيل أو السلطة التنفيذية التي تمنح هذا

---

(١) تنظر المواد (١٨، ١٩، ٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٢) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد ٢/ اتحادية/ ٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٢٣، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية الاتي: www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٠/١٥، الساعة ١٢:٠٠ صباحاً.

الاختصاص استثناءً، وتقوم المحكمة بدورها بإعلام الجهة المختصة لكي تتمكن من إعطاء كلمتها بخصوص الطعون الموجهة للتشريعات التي أصدرتها [١].

وقد استقرت المحكمة الإتحادية العليا العراقية في أحكامها على وجوب اشتراط توافر الصفة حيث نصت في أحد قراراتها " لدى التدقيق والمداولة وجد أن المدعي يطعن بعدم دستورية المادة (٢٥) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي المصادق عليها من قبل جمهورية العراق بالقانون رقم (١١٠) لسنة ١٩٨٤ وأقام دعواه ضد زوجته السابقة المدعى عليها لا تصلح خصماً في الدعوى المقامة أمام هذه المحكمة لأنها غير معنية باتفاقية الرياض والمصادقة عليها ولا معنية بإلغاء النص المطعون فيه، لأن المادة (٤) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ تشترط بأن يكون المدعى عليه خصماً في الدعوى بأن يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه أو أن يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى لذلك، تكون الدعوى واجبة الرد من هذه الجهة وعليه قرر الحكم برد دعوى المدعى .." [٢].

ثانياً: الشروط الخاصة بالدفع الفرعي: تعد هذه الشروط ذات طبيعة خاصة، أي أنها خاصة بالدفع الفرعي دون غيره من طرق الدعوى الأخرى وتتمثل بما يأتي:

١-أن يكون الدفع بعدم الدستورية جدياً: على الرغم من اشتراط المشرعين المصري والإماراتي والعراقي للجدية في الدفع الفرعي بعدم الدستورية، إلا أنهم لم يضعوا معياراً حاسماً لذلك، بل تركوا الأمر لتقدير محكمة الموضوع، وقد أختلف الفقه [٣] في تحديد معنى الجدية، فمنهم من ذهب إلى أن الدفع الجدي يقصد به عدم انطواء الدفع على التسويف والمماطلة، كما يقصد بها أن تكون هناك شبهة ظاهرة حول عدم دستورية القانون [٤]. ففي حال تبين للمحكمة أن الدفع الذي تنظره دفع كيدي يستهدف تعطيل الفصل في الدعوى فعلى القاضي استبعادها، وذهب أتجاه آخر

---

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٢، ص٧١٥.

(٢) ينظر القرار بالعدد ٦١/اتحادية/ ٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٤/٥/٥، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا: www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٠/١٧، الساعة٢:٠٠ مساءً.

(٣) ينظر كل من: د. علي السيد الباز، مصدر سابق، ص٥٥٦، د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ض١٢٧.

(٤) د. علي هادي عطية الهلالي، المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية، ط١، المركز العربي، القاهرة، مصر، ٢٠١٨، ص٦٤.

إلى أن الدفع يكون غير جدي إذا لم يكن له تأثير على الفصل في الدعوى الموضوعية، أو أن يكون القانون المطعون بعدم دستوريته غير متعلق بالدعوى الموضوعية [١].

هذا وقد قرن الفقه الدستور تحقق الجدية في الدفع بعدم الدستورية بتوفر شرطين أساسيين هما:

أ–أن يكون الفصل في الدفع منتجاً [٢] في موضوع الدعوى الموضوعية، فيجب أن يكون الدفع متعلقاً بنص قانوني أو نظام (لائحة) بحيث يمكن تطبيقه في الدعوى الأصلية بأي وجه من الوجوه، ويترتب على الحكم بعدم الدستورية أن يعود بالفائدة على صاحب الشأن في الدعوى المنظورة أمام المحكمة. **ب**– أن تتكون لدى قاضي الموضوع شكوك حول دستورية النصوص المدفوع بعدم دستوريتها [٣]. جـ . ألا يكون الدفع كيدي، وألا يقصد منه المماطلة وتعطيل السير في الدعوى الأصلية [٤].

وقد بينت المحكمة الدستورية المصرية المقصود بجدية الدفع الجدي في العديد من أحكامها والتي منها " أن ما ينعاه أحد الخصوم في نزاع موضوعي من مخالفة نص قانوني لقاعدة في الدستور يفترض أمرين **أولهما:** أن يكون هذا لازماً للفصل في النزاع، فإذا لم يكن متعلقاً بالحقوق المدعى بها ومنتجاً في مجال الفصل فيها فقد مغزاه، **ثانيهما:** أن تكون المطاعن الدستورية المدعى بها في شأن هذا النص لها ما يظاهرها، وهو ما يعني جديتها من وجهة نظر مبدئية [٥].

كما أكدت المحكمة الإتحادية الإماراتية على وجوب توافر شرط جدية الدفع حيث قضت في أحد أحكامها "وحيث إن من المقرر _ وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة_ أن نطاق الدعوى الدستورية التي أتاح المشرع للخصوم أقامتها يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام

---

(١) د. علي السيد الباز، مصدر سابق، ص٥٥٦ وما بعدها.
(٢) ويقصد بالمنتجة: أن تكون المسألة الدستورية المتعلقة بنص في قانون أو نظام (لائحة) مما يتطلب تطبيقها في الدعوى الاصلية، ينظر: محمد جرادات، مصدر سابق، ص١٠٤.
(٣) محمد ماهر أبو العينين، الإجراءات امام المحكمة الدستورية العليا وأثر الحكم الصادر فيها على الدعوى الإدارية وفقاً لإحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، دار الكتب المصرية، ٢٠٠٨، ص١١٥.
(٤) د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٩٢.
(٥) حكم المحكمة الدستورية العليا، دعوى رقم ١٨٦ لسنة ٢١ قضائية (دستورية) جلسة ٢٠٠٠/١١/٤ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصري لآتي:https://www.sccourt.gov.eg ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/١، الساعة ١١:٠٠ مساءً.

محكمة الموضوع وفي الحدود التي تقدر فيها تلك المحكمة جديته وذلك عملاً بالمادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا" [١].

أمّا بالنسبة لموقف المحكمة الإتحادية العراقية حول موضوع جدية الدفع بعدم الدستورية فقد بينت ذلك في أحد أحكامها والذي جاء فيه "... أدعى المدعي أصالة عن نفسه ووكالة عن بقية المدعين بأن المدعى عليه يروم استملاك القطع المرقمات... والتي سبق وإن وضع يده عليها عام ١٩٨٦، وإن محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية طلبت من محكمة الموضوع تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٨٠٠) الصادر في ١٩٨٩/١٢/١٩ على موضوع الدعوى. وبما أن القرار المذكور يخالف المبادئ الدستورية للدستور الدائم المعمول به في المادة (٢/٢٣) منه... وعليه فإن تطبيق القرار المذكور في الدعوى يضر به بموكله حيث ينسحب تاريخ التعويض إلى تاريخ وضع اليد في عام ١٩٨٦ لذا طلب الحكم بعدم شرعية ودستورية القرار المرقم (٨٠٠) لسنة ١٩٨٦، وقدم الدعوى بواسطة محكمة بداءة بلد وإن المحكمة المذكورة بعد أن سجلت الدعوى لديها بتاريخ ٢٠٠٨ وقبلتها واستوفت من المدعين رسومها قررت استئخار الدعوى الاستملاكية المرقمة (٤٢٤/ب/٢٠٠٥) المنظورة أمامها لنتيجة وأرسلت الدعوى إلى هذه المحكمة وقد جاء بالقرار..."[٢].

ومن خلال ما تقدم يظهر لنا أن المقصود بجدية الدفع، القوة التي تتسم بها الحجج والمبررات التي يقدمها مثير الدفع في دعواه كونها متصلة أتصالاً مباشراً بأحد حقوقه الدستورية وذلك من خلال الادعاء بأن النص التشريعي المراد تطبيقه عليه ينتهك هذه الحقوق، ساعياً لاستبعاده تجنباً للضرر الذي يلحقه.

ولشرط الجدية خصوصية من حيث الأهمية التي يتمتع بها ومدى تأثيرها على وجود الدفع من عدمه وتتمثل هذه الأهمية من حيث كون الجدية وسيلة لتجنب الدفوع الكيدية، حيث تواجه الجدية أخطر العقبات التي تعترض طريق الجهات القضائية وذلك من خلال التخلص من الدفوع

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، دعوى رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ جلسة ٢٠١٤/١١/٢٥، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الاماراتي الآتي: https://www.moj.gov.ae/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/١، الساعة ١١:٣٠ مساءً.

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية، العدد ٣١/ اتحادية/ ٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٢٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية الآتي: https://www.iraqfsc.iq/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢، الساعة ٥:٣٠ مساءً

التي تستعمل بسوء نية والتي يكون الغرض الأساسي منها تعطيل السير في الدعوى وإطالة عمر النزاع [١].

كذلك فقد عمل هذا الشرط بشكل أو بأخر على عقلنة نظام الدفع، وذلك من خلال استبعاد الدفوع التي ليس لها أهمية وهذا بدوره يقلل من عبء الجهات القضائية كافة (عادية، إدارية، محاكم دستورية) الذي يتمثل بكثرة الدفوع، الأمر الذي يؤثر سلباً على عمل الهيئات وبشكل خاص (المحاكم الدستورية) التي تكون مقيدة بمدد محددة لا يمكن تجاوزها تحت أي ظرف [٢].

٢. وجود نزاع قائم امام القضاء : لتحريك الدفع من قبل الافراد ينبغي أن تكون هنالك دعوى قضائية مقامة أمام القضاء، أياً كان نوع هذه الدعوى سواء كانت إدارية أو جنائية أو مدنية، أي أن يكون هنالك نزاع حقيقي وفعلي قائم أمام القضاء [٣].

وقد اشترط المشرع المصري ذلك في المادة (٢٩/ ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ أن يقدم الدفع أثناء وجود دعوى قضائية أمام القضاء حيث نصت المادة المذكورة على أنه ".. إذا دفع الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة...".

والنظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ قد نص أيضاً على أن يجب أن يحال الدفع بعدم الدستورية من قبل إحدى المحاكم أياً كان نوعها " إدارية، جنائية، مدنية" إذ جاء في نص المادة (١٨/ اولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية ما يأتي " لأي محكمة من تلقاء نفسها أن تطلب في اثناء نظر الدعوى البت في دستورية نص في قانون أو نظام يتعلق بتلك الدعوى..." [٤].

٣. أن ينصب الدفع بعدم الدستورية على قانون (نص تشريعي أو لائحي): إن تحديد مدلول القانون محل الرقابة الدستورية كان محل خلاف كبير بين فقهاء القانون الدستوري في العديد

---

(١) سعودي نسيم، خصوصية شرط الجدية في مجال الدفع بعدم الدستورية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، الجزائر، المجلد ٩، العدد ١، ٢٠٢٢، ص٨٦٠.
(٢) المصدر نفسه، ص ٨٦٠.
(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص٤٢٦.
(٤) المادة ١٨ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ١ لسنة ٢٠٢٢.

من الدول، فهناك من ميز بين الأعمال التشريعية الصادرة عن البرلمان، وتلك الصادرة عن السلطة التنفيذية، وقد ظهر في هذا الشأن معيارين فقهيين هما المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي، ويقوم **المعيار الشكلي** على أساس التمييز بين القوانين الصادرة عن البرلمان و الأنظمة (اللوائح) الصادرة عن السلطة التنفيذية، أي ينظر إلى الجهة التي تصدر العمل دون النظر إلى مضمون العمل التشريعي، وهذا ما جعل منه محل نقد، بينما يميز **المعيار الموضوعي** بين الاعمال التشريعية حسب طبيعة العمل وجوهره بغض النظر عن السلطة التي أصدرته، إذ إن القانون والنظام (اللائحة) حسب هذا المعيار متساويان على اعتبار أن كلاهما يحتويان على قواعد عامة ومجردة [١]. وهذا المعيار هو الأقرب الى الواقع كونه يستند لجوهر وذات العمل القانوني دون البحث بصفة القائم به، فضلاً عن الدور الكبير له في حل ما كان يعترض القانون العام من إشكالات بخصوص هذا الموضوع.

ففي مصر كان الأمر محل جدل وخلاف في زمن المحكمة العليا لكونها لم تنص صراحةً على رقابة دستورية القوانين واللوائح، لكن بمجيئ قانون المحكمة الدستورية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ كان قد حسم هذا الخلاف من خلال النص صراحةً على الرقابة على اللوائح [٢].

كذلك الحال بالنسبة للفقه الإماراتي فقد كان مختلف الرأي حول القوانين محل الرقابة القضائية من حيث جهة الإصدار، فذهب جانب من الفقه إلى أن يختص قاضي الموضوع بفحص جميع الطعون التي تتعلق بكافة القوانين المعيبة دستورياً (الأصلية والفرعية) وذلك استناداً إلى نص المادة (١٠١) من دستور الإمارات العربية المتحدة التي جاء فيها لفظ اللّوائح مطلق وبالتالي ينبغي إن يحمل المطلق على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده [٣]. بينما ذهب الاتجاه الاخر إلى أن محكمة الموضوع يقتصر اختصاصها على فحص الطعون المتعلقة بالقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية فقط دون اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية كونها تخرج عن إطار عمل المحكمة الموضوعية، ومن ثمّ لا يجوز لهذه المحكمة إحالتها إلى المحكمة المختصة بالدعوى الدستورية [٤]. غير أن المحكمة الإتحادية الإماراتية أكدت في أحكامها على أن التشريع الفرعي (اللوائح) يدخل ضمن اختصاصاتها

(١) د. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩، ص٧٩وما بعدها.
(٢) تنظر المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.
(٣) حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، مصدر سابق، ص ٣٦.
(٤) د. رمزي الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري، مصدر سابق، ص٨٠٤.

وذلك بقولها" أن الرقابة القضائية على دستورية التشريع مناطها تعارض النصوص القانونية فيها مع الأحكام التي يضمها الدستور، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي تقرها السلطة التشريعية أو التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية" [١].

أمّا بالنسبة لموقف المشرع العراقي فيبدو واضحاً جداً من خلال نص المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ حيث نص فيها على أن تكون الرقابة شاملة للقوانين والأنظمة النافذة [٢]، هذا يعني أن الرقابة تشمل القوانين الأصلية والتشريعات الفرعية (اللّوائح)، حسناً فعل المشرع العراقي بالنص على أن تكون الرقابة شاملة حتى لا يكون محل الرقابة القضائية عرضة للخلاف الفقهي.

المطلب الثاني

تقدير جدية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

قد ينطوي نظام الدفع الفرعي بعدم الدستورية مقابل أهميته على خطورة كبيرة أيضاً تكمن في الخشية من الأفراط في تحريك الدعوى الدستورية دون وجود مبررات جدية أو أسباب كافية ومقنعة وراء ذلك، مما يؤدي إلى أهدار وقت المحاكم الدستورية بدعاوى ودفوع كيدية غير مجدية، لذا من اللازم إحاطة هذه الوسيلة ببعض القيود والضوابط التي تكفل استخدامها بشكل مقبول وصحيح على نحو لا يحمل المحكمة الدستورية المختصة مشقة نظر دعاوى غير جدية مما يعيقها عن أداء عملها بالشكل المطلوب، فإذا دُفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة فلا يحيل أمر البحث في الدستورية إلى المحكمة الدستورية المختصة مباشرةً، بل لابد له أن يتأكد أولاً من توافر الشروط اللازمة في الدفع، وأول هذه الشروط هو أن يكون الدفع جدياً، إذ يقوم قاضي الموضوع بتقدير جدية الدفع حسب السلطة الممنوحة له، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب الذي سيقسم على فرعين، يخصص الفرع الأول لبحث دور محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، ويفرد الفرع الثاني لدراسة معيار جدية الدفع بعدم الدستورية.

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الدعوى رقم ١ لسنة ٢٠١٤ دستورية، جلسة ٢٠١٤/١١/٢٥ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الإماراتية الآتي: https://www.moj.gov.ae/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢، الساعة ٧:٠٠ مساءً.

(٢) تنظر المادة (٩٣/أولاً) من دستور الجمهورية العراقية لسنة ٢٠٠٥.

الفرع الأول

دور محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

تعد محكمة الموضوع حجز الزاوية الأساسي في إحالة الدعوى الدستورية إلى المحكمة المختصة (المحكمة الدستورية العليا، المحكمة الإتحادية العليا)، فهي التي تقوم بفحص القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم أمامها والتي تقرر فيما إذا كان به عيب دستوري من عدمه، فإذا دفع أحد الخصوم أمامها بعدم دستورية أحد القوانين التي تطبق على الدعوى الخاصة به فلها الحرية في قبول الدفع ومن ثمّ إحالة الدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية أو رفضه، لذلك تعد محكمة الموضوع حلقة الوصل في هذه الإحالة [١].

قبل الخوض في تفاصيل سلطة قاضي الموضوع ودوره في تقدير جدية الدفع لا بد من أن نبين ما المقصود بتقدير الجدية، والذي يعني أن يتحقق قاضي الموضوع وفقاً لما يتمتع به من سلطة تقديرية من أن الدفع المطروح أمامه لا يراد منه الكيد أو اطالة أمد النزاع [٢].

إن تقدير جدية الدفع الموجه إلى القانون أو النص محل الطعن يدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع [٣]، التي تباشر التقييم المبدئي لمضمون هذا الدفع وفحص سلامة أسسه، فإذا اهملت محكمة الموضوع الدفع ولم تقل كلمتها بشأن جديته ومضت في النزاع الموضوعي، فإن ذلك يدل على نفيها للجدية، التي يعد تسليمها بها في نفس الوقت شرطاً أساسياً لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية، فإذا لم تقم محكمة الموضوع بالفصل في جدية الدفع بعدم الدستورية المطروح أمامها يكون الحكم بعدم قبولها متعيناً [٤].

---

(١) د. محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وآثاره وحجيته (دراسة مقارنة) ، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٤٥ وما بعدها.

(٢) د. عبد العزيز محمد سالمان، موسوعة الإجراءات امام القضاء الدستوري، الكتاب الأول (إجراءات الدعوى الدستورية)، ج١، ط١، دار سعد سمك، ٢٠١٥، ص١٨٧.

(٣) يقصد بمحكمة الموضوع هنا "المحاكم التي أناط بها المشرع ولاية إنزال حكم القانون على ما يُطرح أمامها من خصومات فتفصل فيها وعبر ضمانات وإجراءات محددة قانوناً بحكم حائز للحجية يصبح بها عنواناً للحقيقة فيما فُصل فيه بين الأطراف" ينظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص٤٢٦ وما بعدها.

(٤) د. أحمد منصور محمد، إجراءات الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٩٤ وما بعدها.

وعملية تقدير جدية الدفع لا تقتصر على كونها عملية ذهنية منطقية متدرجة، بل هي عملية لها عدة خطوات يسلكها القاضي، تبدأ بأن يقوم القاضي بالتأكد من أن النص المطعون فيه لازم للفصل في النزاع الموضوعي المنظور أمامه، أي أن يكون مؤثراً ويغير المركز القانوني لصاحب الدفع بعد الفصل في الدعوى الدستورية، ولا يشترط أن يكون مؤثراً على النزاع بشكل كامل، بل يكفي أن يكون التأثير في جانب من جوانبه سواء كان خاصاً بشكل الدعوى أو بموضوعها [١].

وقد أنقسم الفقه إلى جانبين بخصوص تأثير النزاع على الدعوى المنظورة، فقد ذهب جانب منه إلى أن تقوم محكمة الموضوع بإحالة الدعوى الدستورية للمحكمة المختصة بها سواء كان التأثير يمثل مخالفة شكلية أو موضوعية للدعوى الموضوعية، استناداً إلى أن كلاً منهما يعد مخالفة لأحكام الدستور، ومن ثمّ فأن إدخال المخالفات الشكلية ضمن الرقابة الدستورية يعد أمراً لا بد منه [٢]، بل أن بحث الأمور الشكلية المتعلقة بالقانون وطريقة إصداره تعد من صميم الرقابة الدستورية[٣]، فإذا طعن بعدم دستورية أحد القوانين أو الأنظمة أو إذا لاحظت المحكمة عدم دستورية القانون نتيجة لعيب دستوري تمثل في مخالفة قواعد الاختصاص، ومخالفة قواعد الشكل والإجراءات الواجب اتباعها، فإنه يتعين على المحكمة إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى الدستورية[٤].

بينما يرى جانب آخر من الفقه أنه لا يجوز لمحكمة الموضوع إحالة الطعون التي تتعلق بعيب شكلي بالقانون، استناداً إلى أن المحكمة الدستورية تتولى الرقابة الدستورية حينما يعتري التشريع عيباً موضوعياً للدستور وليس شكلياً، وذلك لأنه إذا صدر غير مستوف للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الدستور فليس له وجود في الأصل ومن ثمّ يجب على قاضي الموضوع عدم تطبيقه [٥].

---

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان، موسوعة الإجراءات امام القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص١٩١وما بعدها.
(٢) د. شعبان احمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٢.
(٣) صلاح خلف، المحكمة الاتحادية العليا في العراق -تشكيلها واختصاصها- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١١، ص٧٣.
(٤) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٢.
(٥) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص٣٨٥.

ومن خلال استقراء الآراء السابقة فأننا نميل إلى ترجيح الرأي الذي يأخذ بالمخالفات الشكلية والموضوعية كونه أقرب إلى الواقع وأكثر تحقيقاً للاستقرار الدستوري إذ يحقق الرقابة بأسمى صورها وهذا هو الهدف المرجو من ذلك.

وبالنسبة لنوعية التشريعات التي تختص محكمة الموضوع بفحصها لما لحقها من عيب دستوري ومدى جديته نتيجة لدفع من أحد الخصوم فإن بعض الفقه يرى بأن قاضي الموضوع يقوم بفحص وإحالة الدعاوى الدستورية المتعلقة بجميع القوانين المعيبة دستورياً، سواء القوانين الأصلية التي تصدرها السلطة التشريعية أو التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية[١]، بينما يرى البعض الآخر من الفقه أن اختصاص محكمة الموضوع يقتصر على فحص الطعون المتعلقة بالقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، أما بالنسبة للوائح الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية فإنها تخرج عن إطار فحص محكمة الموضوع ولا يجوز لها إحالتها إلى المحكمة المختصة، لكون هذه القرارات تعد من وجهة نظر الفقه والقضاء الإداري قرارات إدارية لذلك تخضع لرقابة المشروعية إلغاءً وتعويضاً، لذا فأن الرقابة على هذا النوع من الأنظمة هي رقابة مشروعية لا رقابة دستورية، ومن ثم لا يجوز لمحكمة الموضوع إحالتها إلى المحكمة الدستورية وأن كان يشوبها عيب دستوري[٢]. بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه إذا كانت المحكمة الدستورية تبحث بدستورية اللوائح فيجب أن تأخذ على أطلاقها، فعند الرجوع إلى النصوص الدستورية المتعلقة ببحث الرقابة على الدستورية فنجد أن دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ المعدل قد نص في المادة (١٩٢) على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.."، ودستور الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ المعدل فقد نص في المادة (١٠١) منه على أن ".. وإذا ما قررت المحكمة عند فصلها في دستورية القوانين والتشريعات واللوائح.."، ودستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إذ نص في المادة (٩٣/ أولاً) منه على أن "الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة"، يتضح من النصوص أعلاه أن لفظ اللوائح قد ورد على إطلاقه لذا يتعين أن يحمل المطلق على أطلاقه طالما لم يرد ما يقيده أو يخصصه، لذلك يندرج ضمن مصطلح اللوائح ليس فقط

(١) صلاح خلف، مصدر سابق، ص٧٦.
(٢) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة في القانون الدستوري، مصدر سابق، ص٨٠٤.

اللوائح التشريعية وإنما اللوائح التنفيذية أيضاً وكافة اللوائح الأخرى [١]، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي كونه الأقرب إلى الصواب والمنطق.

ولعل السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هنا هو هل قرار محكمة الموضوع الخاص برفض الدفع يعد (نهائياً وقطعياً)، ومدى أمكانية الطعن بهذا القرار؟

ذهب المشرع المصري الى القول أن قرار محكمة الموضوع المتعلق بتقدير جدية الدفع غير نهائي ويمكن الطعن فيه أمام المحكمة الأعلى، أي أنه إذا كان الدفع أمام محكمة عادية فيكون الطعن بقرارها بعدم الجدية أمام محكمة الاستئناف أو النقض، وإذا كان الدفع في مجال القضاء الإداري يكون الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا أو محكمة القضاء الإداري، والمحاكم هذه بدورها أيضاً أما أن تؤيد قرار محكمة الموضوع وبذلك يكون الحكم بعدم الجدية نهائياً وقطعياً، أو تحكم بإلغاء الحكم بعدم الجدية ومن ثمّ تقضي بجدية الدفع وتقوم بإحالة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا [٢].

كما نص قانون المحكمة الدستورية العليا على تحديد المدة الزمنية التي يستطيع الطاعن خلالها اقامة الدعوى أمام المحكمة الدستورية بمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ حكم محكمة الموضوع بجدية الدفع [٣].

والمشرع الإماراتي كان قد نص في المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣ على أن ".. أما إذا رفضت المحكمة الدفع فيجب أن يكون الرفض مسبب، ولذوي الشأن الطعن فيه مع الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى أمام المحكمة المختصة بنظر الطعن في ذلك الحكم متى كان الطعن فيه جائزاً"، يتضح من خلال النص أعلاه أن المشرع الإماراتي أجاز الطعن بقرار رفض الدفع الصادر من محكمة الموضوع مع الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى متى ما توفرت أسباب الطعن فيه.

---

(١) د. صلاح الدين فوزي، التنظيم الدستوري والإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة "مسيرة تنمية"، معهد التنمية الإدارية، دولة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٦، ص١٥٩.
(٢) د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣٥٨.
(٣) ينظر المادة (٢/٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

وهذا ما أكده المشرع العراقي في المادة (١٨/ ٥) من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ والتي نصت على أنه " يخضع قرار محكمة الموضوع برفض الدعوى، أو عدم البت فيها، للطعن أمام المحكمة الإتحادية العليا، خلال سبعة أيام من تاريخ رفضه أو انتهاء المدة المحددة في البند (ثالثا) من هذه المادة ". وهكذا تلافى المشرع العراقي في النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا القصور التشريعي في المادة (٤) من النظام الداخلي القديم لسنة ٢٠٠٥ والتي جاءت خالية من تحديد المدة الزمنية التي يجوز للطاعن خلالها مراجعة المحكمة الإتحادية، إذ يعد هذا مسلكاً جيداً يُحسب للنظام الجديد.

والتساؤل الآخر الذي يعترضنا حول صلاحيات محكمة الموضوع في طور تقدير جدية الدفع، هل يجوز للمحكمة العدول عن تقديرها السابق لجدية الدفع والاستمرار في متابعة الدعوى والفصل فيها؟

يتضح من خلال البحث أن محكمة الموضوع متى ما قدرت الدفع وبحثت في جديته وأصدرت قرارها بشأنه عند ذلك يتعين عليها الالتزام بما قضت به إلى حين اصدار المحكمة الدستورية حكمها في المسألة الدستورية، باستثناء الحالات التي تنتفي فيها المصلحة في الدعوى الدستورية أو يترك الخصم دعواه الموضوعية، وكذلك في حالة تخلي صاحب الدفع عن الدفع الذي أبداه [١].

الفرع الثاني

معيار جدية الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

بعد أن بينا دور محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع المطروح أمامها وتبين لنا من خلال استعراض النصوص والشروط الخاصة بالدفع الفرعي أن لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تقدير جدية الدفع من عدمه، ففي حالة اقتناع محكمة الموضوع بعدم جدية الدفع أو كان الغرض من الطعن تأخير الدعوى لا غير عندها فبإمكان المحكمة ألا تستجيب لدفع الطاعن بعدم الدستورية، وقبل الخوض في تفاصيل هذه السلطة ومعيارها لابد أن نبين ماهية السلطة التقديرية إذ تعرف بأنها "حالة ذهنية ذاتية نابعة من ضمير القاضي النقي وتفكيره المنطقي التي يكشف بواسطتها الحقيقة من خلال تقديره للأدلة المطروحة في الدعوى والحكم على أساسها" وبمعنى آخر هي

(١) د. أحمد محمد منصور، مصدر سابق، ص٩٩.

الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون، لاختيار ما يراه أكثر عدالة بين مجموعة خيارات على مستوى تقدير الأدلة، وعلى المحكمة أن تفهم أهمية هذه السلطة وخطورتها وتنزلها منزلها الصحيح بالشكل الذي يحقق العدالة كونها تكليفاً ومسؤولية يجب استخدامها الاستخدام القانوني الأمثل لتحقيق غاية المشرع(١).

وتتميز السلطة التقديرية للقاضي بعدة خصائص منها، أنها سلطة قانونية تستمد أساسها من نص قانوني، كما أنها ذات مضمون واحد في مختلف فروع القانون إذ تشمل القوانين الإجرائية والموضوعية على حد سواء، وتكون ملزمة للقاضي ولا يجوز له التحلل منها بحجة عدم وجود نص قانوني أو كون النص غامضاً (٢).

ومن خلال ذلك هناك تساؤل يعترضنا ألا وهو هل يعد منح محكمة الموضوع سلطة تقديرية في تقدير جدية الدفع إخلالاً بمبدأ تخصص الرقابة الدستورية بجهة محددة؟ لقد اختلف الفقه في الإجابة على هكذا تساؤل، فقد انتقد جانب من الفقه هذه السلطة الممنوحة لقاضي الموضوع في تقديره لجدية الدفع في الوقت الذي لم يضع المشرع معياراً حاسماً لكون الدفع جدياً من عدمه، إذ تجعل من قاضي الموضوع متحكماً في وصول المسألة الدستورية الى المحكمة المختصة بالدستورية، ومن ثم تعد مشاركة قاضي الموضوع بعمل القاضي الدستوري إخلالاً بمبدأ تخصص الرقابة الدستورية الذي يجعل من المحكمة الدستورية هي الجهة الوحيدة المتخصصة بالفصل في المسائل الدستورية، فضلاً عن أنه يضيق من حق الأفراد في اللجوء لتلك المحكمة، وتلافياً لذلك، فقد اقترح البعض الأخذ بالإحالة الآلية للمحكمة الدستورية بهدف الحد من إساءة استعمال الدفع بعدم الدستورية والقضاء على ظاهرة الدفوع الكيدية (٣).

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن عمل القاضي وبحثه لجدية الدفع بعدم الدستورية لا يعد تدخلاً في الفصل في موضوع الدستورية كما لا يعد اخلالاً بتخصص الرقابة الدستورية أو

---

(١) اياد محسن ضمد، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، مقال منشور على الموقع الآتي: https://shafaq.com/ar/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٣، الساعة ٩:٠٠ مساءً.

(٢) د. عباس علي محمد الحسيني، السلطة التقديرية للقاضي، مقال منشور على الموقع الآتي: https://law.uokerbala.edu.iq/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٣، الساعة ١٠:٠٠ مساءً.

(٣) ينظر كل من: د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٨١٥ وما بعدها، د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص١٦٠، د. رمزي طه الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٤١٦.

تضييقاً لنطاقها، إذ أن مهمة قاضي الموضوع تقتصر على التأكد من جدية الدفع، كما أن رفض قاضي الموضوع الدفع لعدم الجدية لا يعد فصلاً في دستورية القانون أو عدم دستوريته، فالرقابة ما زالت خاصة بالمحكمة الدستورية لأن قاضي الموضوع لا يملك حرية تقدير الدفع بشكل عام وإنما يختص بتقدير جدية الدفع فقط، ومسألة الفصل في موضوع الدستورية من اختصاص المحكمة الدستورية دون غيرها [١].

ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأخير ونؤكد على أهمية شرط جدية الدفع بعدم الدستورية وذلك لمنع اغراق المحكمة بالدفوع الكيدية التي تهدف إلى تعطيلها عن أداء مهامها بشكل صحيح، وحرصاً على سرعة الفصل في الدعاوى المنظورة أمامها، كما أن إعطاء محكمة الموضوع سلطة تقدير جدية الدفع يعد مشاركة لإجراءات الدعوى الدستورية وليس تجاوزاً لاختصاصاتها، فما دامت محكمة الموضوع ملتزمة بالضوابط المفروضة عليها بتحققها من وجود شبهة عدم دستورية النص المطروح أمامها فلا يشكل عملها أي انتهاكاً أو تجاوزاً لتخصص المحكمة الدستورية.

ومن الخطوات العملية التي يجب على قاضي الموضوع أن يأخذ بها ضمن سلطته التقديرية ما يأتي:

أ. أن يفسر وجود الشك لجانب عدم الدستورية: إذ على قاضي الموضوع أن يعلم بمجرد وجود ما يثير الشك في النص المعروض أمامه كونه مخالف لأحكام الدستور فإن الدفع هنا يكون جدياً مع توافر الشروط والعوامل الأخرى، وفي حال تساوي كفة الدستورية وعدم الدستورية أمامه دون رجحان أي منهما يجب على قاضي الموضوع أن يرجح كفة عدم الدستورية لان الشك يفسر لصالحها حتى وإن كان الأصل في التشريعات أن تلازمها قرينة الدستورية، إذ يتعين على القاضي هنا أن لا يلتفت لهذه القرينة وأن يفسر الشك الذي يعتريه في هذه المرحلة في جانب عدم الدستورية على اعتبار أن هذا التقدير في كل الأحوال يعد تقديراً مبدئياً .

ب . اثبات الدفع بصورة واضحة ودقيقة في محضر الجلسة: فإذا كان الدفع قد أبُدي شفاهاً فيجب على قاضي الموضوع أن يحرص على أن يثّبت الدفع بصورة واضحة في محضر الجلسة،

(١) تركي سطام المطيري، مصدر سابق، ص ٣٢٧.

وأن يبيّن النص محل الدفع بكامل تفاصيله من فقرة ورقم وإن كان معدلاً يذكر رقم التعديل مع قانون التعديل حتى لا يكون الدفع مجهولاً [١].

وقد كانت هنالك عدة محاولات فقهية لتحديد معيار تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، إذ انقسم الفقه في هذا الشأن إلى عدة اتجاهات بين موسع ومضيق لسلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية ولكل أتجاه تصور خاص حول المعيار الذي تؤسس عليه تلك السلطة، لذلك فقد أتجه معظم الفقه لغرض إرساء الأُسس التي يتعين على المحاكم اتباعها لتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية إلى اعتبار الزامية النص المدفوع بعدم دستوريته للفصل في الدعوى الأصلية أساساً لجدية الدفع، فضلاً عن أساس آخر مرتبط بمدى أتفاق النص محل الدفع مع أحكام الدستور، فقد أتجه البعض من الفقه بخصوص ذلك إلى القول بأن معنى الجدية التي يتطلبها المشرع ينصرف إلى مسألتين أساسيتين، **والتي تتمثل أولاً:** بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية منتجاً أي أن يكون القانون المطعون بعدم دستوريته متصلاً بموضوع النزاع، **ثانياً:** أن تحتمل مدى مطابقة القانون للدستور اختلافاً في وجهات النظر، أي أن الجدية تعني أن يتعلق الدفع بالنص المزمع تطبيقه على النزاع المنظور أمام محكمة الموضوع أي أن يكون لازماً للفصل فيه، وأن يكون هنالك شك لدى قاضي الموضوع حول دستورية النصوص المدفوع بعدم دستوريتها[٢].

إلاّ أننا نرى بأن الاتجاه الفقهي المتقدم قد دمج شرط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية مع جدية الدفع وأعتبرها أحد العناصر اللازمة لتقدير جدية الدفع، غير أننا سبق وأن بينا الفرق بين شرط المصلحة في الدفع بعدم الدستورية وجدية الدفع، إذ يترتب على انتفاء المصلحة في الدفع عدم قبول الدفع لانتفاء شرطاً أساسياً من شروطه لا كونها عنصراً من عناصر عدم جدية الدفع، لذلك فنحن بدورنا لا نؤيد أصحاب هذا الرأي.

ونتيجة لذلك فقد ظهر اتجاهين فقهيين لتقدير جدية الدفع، **الاتجاه الأول:** أخذ بفكرة توسيع نطاق سلطة قاضي الموضوع بشأن أجراء التقييم المبدئي للجدية، فقد أسس هذا الاتجاه فكرته في استخلاص جدية الدفع على اعتماد المحكمة على عملية البحث الظاهري للنص المطعون فيه، إذ يتحقق عنصر الجدية متى ما تبين للمحكمة وجود أسباب معقولة ترجح عدم دستورية النص

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان، موسوعة الإجراءات امام القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص٢١٥.
(٢) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٥٨٠.

المطعون بدستوريته، ألا أنه يؤُخذ على هذا الاتجاه بأنه أفرط في التوسيع من سلطة القاضي في تقدير جدية الدفع كونه أعتمد على الترجيح بعدم الدستورية كمعيار لتقدير الجدية، أذ يترتب على ذلك تجاوز قاضي الموضوع لحدود اختصاصاته والتدخل في اختصاصات المحكمة الدستورية(١).

أما بالنسبة **للاتجاه الثاني:** فقد كان رأيه عكس الاتجاه السابق، إذ أخذ بفكرة تضييق نطاق سلطة قاضي الموضوع بشأن إجراء التقييم المبدئي للجدية، إذ ذهبوا إلى القول بوجوب الاعتماد على ضابط واحد لتقدير جدية الدفع وهذا الضابط يتعلق بوجود الشك حول دستورية النصوص المدفوع بعدم دستوريتها، أي أنه يكفي أن يتوافر لدى قاضي الموضوع الشك في دستورية النص دون اشتراط أن يصل هذا الشك إلى درجة ترجيح عدم الدستورية، ألا أنَ ما يُعاب على هذا الاتجاه على الرغم من عدم مساسه باختصاصات المحكمة الدستورية هو أن مصطلح الشك في دستورية النص مصطلح واسع ومرن مما قد يؤدي إلى سوء استعماله، كما أن القاضي الذي يتولى تقدير جدية الدفع هو نفس قاضي الموضوع الذي يقدر مدى توافر الشك في دستورية النص من عدمه، فضلاً عن اختلاف الأسباب التي تثير الشك بعدم دستورية النص من قاضي لآخر مما يؤدي إلى اختلاف قناعاتهم، ويترتب على ذلك ضرورة توافر معيار آخر لتقدير توافر الشك بعدم دستورية النص(٢).

يتضح لنا مما تقدم عجز الفقه عن وضع معيار حاسم لضبط سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع، لذلك لابد من أن نبين بعض الاجتهادات القضائية والعملية بشأن معيار تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، وعليه فأن معيار تقدير جدية الدفع يقوم على عنصرين أساسيين (٣):

التقييم المبدئي للطعون الدستورية وعدم التعمق(٤) في المسألة الدستورية، أن عملية تقدير جدية الدفع من قبل قاضي الموضوع لا تقتضي التعمق في المسألة الدستورية المثارة أمامه، ولا

---

(١) آمال عنان، مساهمة الدفع بعدم الدستورية في الكشف عن عدم الكفاءة السلبية للبرلمان، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجائر، المجلد ١٢، العدد ١، ٢٠٢١، ص٣٣٨ وما بعدها.

(٢) عبد الكريم حسن رجب، ضوابط تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، مصر، المجلد ١٦، العدد ٢٨، ٢٠٠٨، ص٥٨ وما بعدها.

(٣) بلال نورة وعربي باي يزيد، سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، المجلد ١٣، العدد ٣، ٢٠٢١، ص١١٥.

(٤) لابد من الاشارة هنا إلى أن تعمق قاضي الموضوع في المسألة الدستورية يكون عن طريق: "عرض المفهوم الخاص للعبارات الواردة بالنص الدستوري المطعون بعدم دستوريته، ومحاولة إسباغ النص القانوني بعنصر التوافق مع نصوص الدستور عن طريق البحث في إرادة المشرع أو إنزال تفسير حكمي عليه يخالف ظاهره بغرض نفي شبهة مخالفة الدستور عنه" ينظر: بلال نوارة وعربي باي يزيد، مصدر سابق، ص١١٦.

يفصل فيها بحكم قطعي نهائي يترتب عليه أنهاء ولاية المحكمة الدستورية باعتبارها صاحبة الاختصاص في تقرير بطلان النصوص القانونية أو صحتها وذلك بعد أن تسلط عليها جميع ضوابط الرقابة على الشرعية الدستورية وتفحصها على ضوء معاييرها، ألا أن هذين العنصرين المعتمدين كمعيار لتقدير جدية الدفع يتضح أنهما متلازمين ومتكاملين مع بعضهم البعض، فالتقييم المبدئي يقتضي عدم التعمق وبالتالي فأن اجتماعهما معاً يقضي أن يقتصر دور قاضي الموضوع على البحث الظاهري للطعن الموجه للنص وذلك لاستنباط التعارض القائم بينه وبين أحكام الدستور، لذا فأن التعمق في بحث المسألة الدستورية يتعارض مع البحث الظاهري(١).

يتضح لنا مما تقدم أن مصطلحي التقييم المبدئي وعدم التعمق وأن كانا أكثر وضوحاً من مصطلح الشك في دستورية النص إلاّ أنهما لا يحسمان مسألة معيار تقدير الجدية لأن قاضي الموضوع ما زال بإمكانه أن يطبق مفهومه الخاص لهذين المصطلحين عند تقدير جدية الدفع، كما أن الأصل في أن قاضي الموضوع يملك سلطة تقييم النص المطعون بعدم دستوريته بمناسبة تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية سواء اتسعت تلك السلطة أو كانت ضيقة النطاق.

وخلاصة لما سبق فمازالت مسألة تحديد معيار حاسم لتقدير جدية الدفع محل خلاف فقهي وقضائي لذلك، نأمل من المشرع أن يسعى جاهداً من خلال الدراسات والاجتهادات الفقهية والقضائية أن يحسم الجدل وينص صراحةً على وضع معيار حاسم لتقدير جدية الدفع، وذلك استجابة لمقتضيات العدالة بالشكل الذي يضمن تقيد قاضي الموضوع بالسلطة الممنوحة له وعدم التعسف باستخدامها من خلال الالتزام بحدود المعيار الذي يحدد شروط وضوابط جدية الدفع.

(١) عبد الكريم حسن رجب مصدر سابق، ص١١٩.

المبحث الثاني

الفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين وآثاره

تعد مرحلة الفصل في الدفع بعدم الدستورية من أهم مراحل الدعوى لما تشكله من آثار وما ترتبه من نتائج وبشكل خاص لما للدفع من أهمية استثنائية بالنسبة لغيره من الوسائل الأخرى كونه يبدأ من قبل الافراد وينتهي إليهم، وفي سبيل ذلك اشترط ولأجل أن يكون هذا الدفع صحيحاً فقد وضع المشرع جملة من الإجراءات المرسومة قانوناً لرفع الدعوى الدستورية، بدءً من انعقادها والبت فيها الى آثارها على اركان الدعوى، ولغرض الإحاطة بإجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية وبيان آثاره، سوف نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول **في المطلب الأول** الفصل في الدفع بعدم الدستورية، **بينما نبحث في المطلب الثاني** آثار الفصل في الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الأول

الفصل في الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

تعد الأوضاع الإجرائية التي تتعلق بكيفية رفع الدعوى الدستورية أو ميعاد رفعها أو البيانات التي تتضمنها من الأشكال الجوهرية التي يريد بها المشرع تحقيق مصلحة عامة من أجل انتظام التداعي في المسائل الدستورية من خلال الإجراءات التي رسمها وحددها لذلك، سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نبحث في أولهما إجراءات الفصل في الدفع، ونفرد ثانيهما للبت في الدفع.

الفرع الأول

إجراءات الفصل في الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

من أجل أن تتمكن المحكمة العليا من الاتصال بالدعوى الدستورية لابد من الخوض بإجراءات معينة محددة قانوناً، لذلك سوف نبين هذه الإجراءات في كل من مصر والإمارات والعراق تباعاً حسب الاتي:

اولاً: إجراءات الفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين في مصر:

لقد جعل قانون المحكمة الدستورية طريقة رفع دعوى الدفع عن طريق عريضة تودع قلم كتاب المحكمة عندها تصبح الخصومة منعقدة بشرط تقديم الصحيفة خلال الميعاد المحدد لذلك، فقد أوجبت المادة (٣٠) من قانون المحكمة أن تتضمن صحيفة الدعوى بيان النص المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المشكوك بمخالفته لأحكام الدستور وأوجه المخالفة، كذلك يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية موقع عليها من قبل محامٍ أو عضو بإدارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال [١].

وبعد أن تقدم الطلبات الموقعة من قبل المحام يقوم قلم كاتب المحكمة بتقييد الدعوى من يوم وصولها إليهم وتسجيلها في السجل المخصص لذلك ومن ثم يقوم قلم الكاتب بإعلام أصحاب الشأن بواسطة قلم المحضرين بالدعاوى خلال (١٥) يوماً من ذلك التأريخ [٢]. ووفقاً لنص المادة (٣٧) تقوم هيئة الموظفين بتحضير الدعوى من خلال تبادل الردود بعد إيداع صحيفة الدعوى " لكل من تلقى اعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال (١٥) يوم من تاريخ إعلان مذكرة بملاحظاته مرفقة بالمستندات، وللخصم الحق بالرد عليه بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشرة يوماً التالية على انتهاء الميعاد المبين في الفقرة السابقة، وفي حال استعمل الخصم حقه في الرد كان للأول التعقيب بمذكرة خلال الـ (١٥) يوماً التالية [٣].

بعد ذلك جاءت المادة (٣٨) مؤكدة على وجوب الالتزام بالمواعيد المقررة حيث بينت "لا يجوز لقلم الكتاب أن يقبل بعد انقطاع المواعيد المبينة في المادة السابقة أوراق من الخصوم، وعليه أن يحرر محضراً يثبت فيه تاريخ تقديم هذه الأوراق وأسم مقدمها وصفته" [٤]. ومن هنا يبدأ دور المفوض بتحضير الدعوى، حيث نصت المادة (٣٩) على أن "يعرض قلم الكتاب ملف الدعوى أو الطلب على هيئة المفوضين في اليوم التالي لانقضاء المواعيد المقررة في المادة (٣٧) من قانون المحكمة، وخلال تحضير الموضوع من قبل هيئة المفوضين لها أن تتصل بأصحاب الشأن

(١) تنظر المادة (٣٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٢) تنظر المادة (٣٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٣) تنظر المادة (٣٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٤) تنظر المادة (٤٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

لتزويدها ببعض البيانات أو الأوراق كما وبإمكانها استدعائه لاستيضاح الوقائع أمامها أو تقديم مستندات أو مذكرات تكميلية وغير ذلك [١].

وبعد استكمال جميع الردود والمذكرات الخاصة بملف الدعوى تقوم هيئة المفوضين بإيداع تقريراً محددة فيه جميع المسائل القانونية والدستورية المطروحة ورأي الهيئة فيها مسبباً كما ويجوز لذوي الشأن الاطلاع على التقرير بقلم كتاب المحكمة، ومن حقهم أن يطلبوا صورة منه على نفقتهم [٢]. بعد ذلك يقوم رئيس الجلسة بتحديد تاريخ الجلسة التي تنظر فيها الدعوى خلال أسبوع، ويتم اخبار أصحاب الشأن بتاريخ الجلسة من قبل قلم الكتاب بكتاب مسجل بعلم الوصول، ويجب الحضور خلال (١٥) يوم على الأقل مالم يصدر رئيس المحكمة أمراً بتقصير المدة في حالة الضرورة أو بناءً على طلب من قبل ذوي الشأن الى ما لا يقل عن (٣) أيام، ويعلن هذا الامر إليهم مع الاخطار بتأريخ الجلسة [٣].

والغاية من ذكر البيانات الجوهرية هي من أجل عدم التمسك بحجة الجهل بالصحيفة وحتى يتمكن أصحاب الحق من الوقوف على حقيقة الطعن وأسبابه وايضاً ابداء دفاعهم عنه حتى تقوم هيئة المفوضين الخاصة بالمحكمة حصر المسائل الدستورية والقانونية المطروحة في الدعوى من أجل تحضيرها وابداء الرأي بشأنها. لذلك يتبين لنا مما تقدم ومن خلال استقراء النصوص وتحليلها أن المشرع المصري قد وسع من سلطة هيئة المفوضين كثيراً، وذلك لأجل أن يخفف العبء الثقيل الملقى على عاتق المحكمة الدستورية وأن يتفرغ القضاة للفصل في الدعاوى وترك المسائل الإجرائية المتعلقة بتحضير الدعوى ورفعها لأعضاء هيئة المفوضين.

ثانياً: إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية في الامارات:

لكي تتصل المحكمة الاتحادية بالدعوى الدستورية لابد من المرور بإجراءات معينة نص عليها قانون المحكمة منها ما يتعلق برفع الدعوى وقيدها وإعلان صحيفتها وصولاً إلى مرحلة تحضيرها وتهيئتها للمرافعة، لذلك فقد تضمنت المادة (٥٢) عدة إجراءات منها ما يأتي:

---

(١) تنظر المادة (٣٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٢) تنظر المادة (٤٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٣) تنظر المادة (٤١) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

- أول هذه الإجراءات هو إيداع صحيفة الدعوى بقلم كتاب المحكمة، تشمل هذه الصحيفة على أسماء وصفات الخصوم وذلك لكي تنتفي الجهالة بالصحيفة مما يؤدي إلى الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية، كذلك يجب التأكد من بيانات الوكيل في حال تم رفع الدعوى بواسطته من خلال بيان أسمه ولقبه ومهنته وموطنه فضلاً عن ارفاق سند الوكالة حتى لا ترفض الدعوى لرفعها من قبل غير ذي صفة [١].

كما ويجب بيان تاريخ تقديم صحيفة الدعوى وذلك للتثبت فيما إذا كان الطعن بعدم الدستورية مقدماً في الميعاد المحدد من محكمة الموضوع أم لا، لان عدم تقديمه خلال الفترة المحددة يؤدي إلى اعتبار الدافع متنازلاً عن دفعه. كما وتشمل الصحيفة أسم المحكمة المنظور أمامها الدفع مع بيان النص المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المزعوم بمخالفته وأوجه هذه المخالفة، من أجل فتح باب الفرصة امام الخصوم وذوي الشأن لطرح ملاحظاتهم وردودهم، كذلك يجب أن تكون الصحيفة موقعة لضمان جدية الطعن المقدم، وتعد الدعوى مرفوعة من تاريخ إيداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة [٢].

- الإجراء الآخر هو قيد الدعوى وفقاً لنص المادة (٥٣)، إذ تقيد الدعوى في يوم إيداعها بسجل خاص وتعد مرفوعة من يوم قيدها ثم يستلم الرافع ايصالاً به تاريخ التقديم ورقم القيد، بعدها يتم عرض جميع أوراق الدعوى على رئيس المحكمة ليتم تعيين قاضي لتحضيرها وتهيئتها للمرافعة، ثم يقوم قلم الكتاب بإخطار أطراف الدعوى والنيابة العامة وأصحاب الشأن بذلك للحضور أمام قاضي التحضير بعد استيفاء الرسوم القضائية [٣].
- بعدها تأتي مرحلة إجراءات تحضير وتهيئة الدعوى للمرافعة التي تبدأ وفقاً لنص المادة (٦١) ف(١ـ٢) من قانون المحكمة، فبعد انتهاء ميعاد تلقي الردود من الخصوم، يقوم مكتب إدارة الدعوى بعرض ملف الدعوى بالكامل على رئيس المحكمة من أجل أن يعين قاضياً لتحضيرها فنياً [٤].

---

(١) تنظر المادة (٥٢) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.
(٢) تنظر المادة (٥٢) من قانون المحكمة الاتحادية الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.
(٣) تنظر المادة (٥٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.
(٤) تنظر المادة (٦١) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.

ويعد نظام قاضي التحضير من الأنظمة التي تميز وانفرد بها قانون المحكمة الإتحادية الإماراتي والذي يسري على كافة الدعاوى التي تنظرها المحكمة الاتحادية سواء بصفتها محكمة موضوع أو محكمة أول درجة وخاصة فيما يتعلق بالإجراءات المنصوص عليها في المادة (٥٨)، منها قيام القاضي باستخلاص وقائع الدعوى المنتجة ويحدد الأدلة القاطعة المتعلقة بها وغيرها من الإجراءات الضرورية الخاصة بتجهيز الدعوى مثل استدعاء ذوي الشأن لتقديم المستندات اللازمة لتحضير الدعوى [١].

وتكون قرارات قاضي التحضير ملزمة، كونها صادرة من المحكمة العليا وفقاً لنص المادة (٦٦) من قانون المحكمة [٢]. وبعد الانتهاء من مرحلة تهيئة الدعوى يقوم قاضي التحضير بإيداع تقرير يحدد فيه وقائع الدعوى بالإضافة إلى المسائل القانونية الناتجة عن النزاع المطروح دون أن يبدي رأيه فيها، وبإمكان أصحاب الشأن الاطلاع على التقرير وأن يطلبوا صورة من التقرير، بعدها يرفع قاضي التحضير ملف الدعوى مع تقرير التحضير إلى رئيس المحكمة لإجراء اللازم، وللأخير بعد أن يطلع على التقرير أن يحدد موعداً لنظر الدعوى في حال رأى أنها مهيئة للفصل فيها، أو يقرر إعادتها إلى قاضي التحضير كونها غير مستوفية لبعض النقاط أو لنقص في إجراءات تحضيرها، مع الإشارة إلى أن رئيس المحكمة غير ملزم بقيد زمني فيما يخص مسألة تحديد جلسة لنظر الدعوى بدءً من مرحلة التحضير وصولاً إلى مرحلة نظر الدعوى وإصدار الحكم فيها [٣].

من خلال النصوص السابقة والخوض بتحليلها يتضح لنا أن المشرع الاماراتي كان قد سلك طريقاً يُحمد عليه ألا وهو نظام قاضي التحضير، إذ جعل من مسألة الإجراءات مرحلة مهم لها جانبها الخاص بها فضلاً عن العبء الذي خففه عن المحكمة بمقابل تفرغها لمسألة الفصل تاركاً جانب الإجراءات السابقة على الحكم والفصل لقاضي التحضير، ونحن بدورنا نثني على هذا السلوك، ألاّ أننا نرى فيما يخص القيد الزمني أن على المشرع الإماراتي الالتفات لهذا الجانب، إذ كان الأولى أن يحدد وقتاً معيناً على القاضي الالتزام به لتحديد جلسة نظر الدعوى، لكي لا يطول الأمر ويؤدي الى التماطل واهدار الوقت.

---

(١)عبد الوهاب عبدول، الدعوى الدستورية امام المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٩، ص١٣٢.
(٢) تنظر المادة (٦٦) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.
(٣) عبد الوهاب عبدول، مصدر سابق، ص١٣٥.

ثالثاً: إجراءات الفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين في العراق:

لقد خلا قانون المحكمة الإتحادية العليا العراقي من التفاصيل الخاصة بالإجراءات الواجب اتباعها عند الدفع بعدم الدستورية، في الوقت الذي نظم فيه النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ إجراءات سير العمل في المحكمة في المادة (٤) منه، إلاّ أنها كانت محل جدل كبير جداً كونها تنص على" إذا طلبت احدى المحاكم الفصل في شرعية نص قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات ..." مما يجعلها محل تعارض مع أحكام المادة (٩٣/اولاً) من الدستور التي تنص على أن "الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة"، إذ نجد أن المشرع في المادة (٤) قد وسّع من نطاق عدم الدستورية بجعله شاملاً التعليمات والأوامر التي هي من اختصاص القضاء الإداري على حساب نص دستوري صريح وواضح، مما جعل من المادة (٤) من النظام الداخلي المذكور محلاً للنقد ولشبهة عدم الدستورية لسنوات طويلة، حتى جاء النظام الداخلي الجديد رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ معدلاً للعديد من المشاكل الدستورية التي تعتري نظام ٢٠٠٥ ومنها المادة المذكورة أعلاه، حيث نصت المادة (١٨/أولاً) منه على أن "لأي محكمة من تلقاء نفسها أن تطلب في اثناء نظر الدعوى البت في دستورية نص في قانون أو نظام يتعلق بتلك الدعوى، ولعضو الادعاء العام أمام تلك المحكمة أن يطلب ذلك وعلى المحكمة استئخار الدعوى الأصلية، ويرسل الطلب إلى المحكمة الاتحادية العليا بواسطة كتاب موقع من رئيس محكمة الاستئناف التي تتبعها تلك المحكمة، أو من دائرة المستشار القانوني في وزارتي الدفاع او الداخلية بالنسبة للدعاوى المنظورة أمام المحاكم العسكرية ومحاكم قوى الامن الداخلي، خلال عشرة أيام من تاريخ صدور قرار الاستئخار" وهكذا جعل المشرع من الرقابة الدستورية قاصرة على القوانين والأنظمة بالانسجام مع أحكام الدستور، وهو سلوك يحمد عليه كونه حل مشكلة كانت سبباً في العديد من الإشكالات الدستورية، ويتضح لنا من خلال النص أنه لكي ترفع الدعوى الدستورية غير المباشرة يجب أن تكون هناك دعوى مقامة أمام أحدى المحاكم العادية أو الادارية حتى يتم الدفع بعدم دستورية النص المطلوب تطبيقه فيها من قبل أحد الخصوم في الدعوى[١] إذ يقوم بتقديم طلب في صورة دعوى تحريرية مستوفية جميع الشروط القانونية الخاصة بالدفع، وعلى قاضي محكمة الموضوع أن يبت

(١) تنظر المادة (١٨/ثانياً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

بقبول الدعوى أو رفضها خلال ٣ أيام من تاريخ تقديمها [١]. ومن ثم يقوم بأرسال الدعوى مع المستندات الى المحكمة الاتحادية العليا لغرض البت في الدفع بعدم الدستورية، لذلك يتم استئخار الدعوى الاصلية لحين اصدار المحكمة الاتحادية حكمها الفاصل بهذا الطعن. وبعد التأكد من توافر الشروط الخاصة بالدعوى والمدعي المنصوص عليها في المواد (٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، تقوم لجنة التدقيق الأولي بتدقيق الدعوى أو الطلب وذلك للتأكد من ارفاق المستندات والبيانات المطلوبة، ولهذه اللجنة أن تطلب من المدعي اكمال البيانات قبل تقديمها الى رئيس المحكمة أو من يخوله للتأشير عليها وتسجيلها وذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة (٢١) [٢].

وبعد أن يقوم رئيس المحكمة بتأشير الطلب وتسجيله في سجل المحكمة وفقاً لأسبقية تقديمها وختمها بختم المحكمة، تبلغ عريضة الدعوى الى المدعي بواسطة عنوانه أو بريده الالكتروني، وعلى المدعي الإجابة عليها تحريرياً خلال (١٥) يوماً من تاريخ تبليغه [٣]. ولرئيس المحكمة أن يكلف أحد أعضائها لدراسة الطلب المقدم لها، وبعد أن تتم المداولة بين الأعضاء تصدر المحكمة حكمها في الدعوى.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن القواعد الخاصة بالغياب والحضور المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل لا تسري على الدعاوى التي تنظرها المحكمة الإتحادية، إذ نص قانون المرافعات على أن "تترك الدعوى للمراجعة إذا اتفق الطرفان على ذلك أو إذا لم يحضروا رغم تبليغهما أو رغم تبليغ المدعي، فإذا بقيت الدعوى كذلك (١٠) أيام ولم يطلب المدعي أو المدعى عليه السير فيها تعد عريضة الدعوى مبطلة بحكم القانون" [٤]. كذلك يحق للمحكمة أن تجري التحقيقات التي تراها ضرورية بما يخص المنازعات المعروضة عليها أو تنتدب لذلك أحد أعضائها، ولها أن تطلب الأوراق والبيانات التي تحتاجها من الحكومة أو أية جهة

(١) تنظر المادة (١٨/ثالثاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٢) تنظر المادة (٢١) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٣) تنظر المادة (٢١/ثانياً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٤) تنظر المادة (١/٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

أخرى، ولها أن تأمر بموافاتها بالأوراق أو الصور الرسمية لها وإن كانت القوانين والأنظمة لا تسمح بالاطلاع عليها أو تسليمها [١].

وفي حال توجب موضوع الدعوى الاستعانة برأي المستشارين لديها أو خبراء من خارجها فتقرر الاستعانة بهم، إلاّ أن رأيهم يكون استشارياً غير ملزم [٢]. كذلك فإن رأي الادعاء العام غير ملزم للمحكمة الاتحادية العليا في حال لم تقتنع بالرأي المقدم من قبله [٣].

ويتضح لنا من خلال النصوص السابقة ان الإجراءات التي تكون سابقة على عقد المحكمة الاتحادية تتمثل في التأكد من توافر شروط تقديم الدفع، وكذلك اجراء التبليغات لأطراف الدعوى، ودعوة أعضاء المحكمة من أجل حضور موعد المرافعة، بينما تتمثل الإجراءات المعاصرة لعقد المحكمة الاتحادية في حضور أعضاء المحكمة فضلاً عن التأكد من علانية جلسات المحكمة، وكذلك عدم ابطال الدعوى أو ردها من قبل المحكمة في حال عدم حضور أطراف الدعوى على الرغم من تبليغهم.

الفرع الثاني

البت في الدفع بعدم دستورية القوانين

أن رفع الدعوى الدستورية نتيجة قبول محكمة الموضوع الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد الأفراد يتطلب أن تكون هذه المحكمة قد أوقفت الفصل في الدعوى الموضوعية وحددت للطاعن ميعاداً ليتقدم بطعنه لرفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة المختصة، كما وينبغي مراعاة أن يتم ذلك خلال الأجل المحدد لرفعها، فقد حدد المشرع المصري ميعاد رفع الدعوى بثلاثة أشهر وذلك وفقاً للماد (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، التي تطلبت لرفع الدعوى الدستورية بطريق الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة ألّا يتجاوز الميعاد المحدد لرفع الدعوى ثلاثة أشهر، وإذا لم ترفع الدعوى خلال هذا الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن[٤].

---

(١) تنظر المادة (٤٢) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٢) تنظر المادة (٤٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٣) تنظر المادة (٤٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٤) المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

أمّا بالنسبة للمشرع الإماراتي فلم ينص صراحة على مدة محددة لرفع الدعوى الدستورية وترك تحديد الميعاد لمحكمة الموضوع، وذلك من خلال ما جاء في المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣ التي نصت على "... فإذا كان الطعن في الدستورية مثاراً بدفع من أحد الخصوم في الدعوى تكون المحكمة قد قبلته، تعين عليها أن تحدد للطاعن أجلاً لرفع الطعن أمام المحكمة العليا فإذا فات هذا الأجل دون أن يقدم الطاعن ما يفيد رفعه الطعن خلاله اعتبر نازلاً عن دفعه". أي أن المشرع الإماراتي قد أعطى لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تحديد ميعاد رفع الطعن بعدم الدستورية، وكان من الأفضل أن يحدد المشرع الإماراتي ميعاد رفع الطعن صراحة إذ يبدأ بتاريخ محدد وينتهي بتاريخ محدد.

والمشرع العراقي قد نص على تحديد ميعاد رفع الدعوى في المادة (١٨/ ثانياً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، والتي جاء فيها ".. وفي هذه الحالة يكلف بإقامة دعوى بذلك، ويدفع الرسم القانوني عنها، وتقدم إلى محكمة الموضوع خلال عشرة أيام من تاريخ الدفع بعدم الدستورية". وحسناً فعل المشرع العراقي بتحديده لميعاد رفع الدعوى الدستورية عن طريق الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة، وذلك لمنع إطالة أمد التقاضي في الدعوى الموضوعية وكذلك من أجل عدم ارهاق القاضي في مسألة تحديد الميعاد، إذ أن تحديد الميعاد من قبل المشرع يسهّل على القاضي مهمته لأنه يستند في عمله إلى نص تشريعي صريح.

أمّا بالنسبة لطبيعة ميعاد رفع الدعوى وإجراءات توقفه فتعد من النظام العام لاعتبارها من الإجراءات الشكلية الجوهرية في التقاضي التي يهدف المشرع من خلالها إلى تحقيق مصلحة عامة، ويتضح ذلك من خلال الرجوع إلى النصوص المتعلقة بالمدد المحددة لرفع الدعوى، فالمشرع المصري كان قد بين ذلك في المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ إذ نصت على أن ".. فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد، أعتبر الدفع كأن لم يكن"، أي أن فوات الأشهر الثلاث المقررة كأجل لإقامة الدعوى الدستورية يؤدي تلقائياً وبدون طلب أو دفع إلى اعتبار الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن، أمّا إذا أقيمت الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا [1] بعد فوات المدة المحددة فلا تملك المحكمة حيالها إلا القضاء بعدم القبول ويكون ذلك من

(١) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم (٢٨) لسنة ١٢ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩١/١٠/٥، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا الآتي: https://www.moj.gov.ae/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٠، الساعة ٨:٠٠ مساءً.

تلقاء نفسها دون الحاجة إلى طلب أو دفع يقدم إليها بذلك، وذلك لأن إقامة الدعوى الدستورية في الميعاد المقرر لها أمر يتعلق بالنظام العام [١].

ويتفق المشرع الإماراتي مع المشرع المصري في اعتبار ميعاد رفع دعوى الطعن بعدم الدستورية من النظام العام، إذ تعد هذه الأوضاع الإجرائية سواء ما يتعلق منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها من النظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي يهدف المشرع من خلالها إلى تحقيق مصلحة عامة، ويتضح ذلك من خلال نص المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣، فقد بين المشرع من خلالها بأنه إذا انتهى الأجل الذي حددته المحكمة دون أن يقدم الطاعن ما يفيد رفعه الطعن خلاله، أعتبر متنازلاً عن دفعه[٢].

أمّا بالنسبة للمشرع العراقي فقد حدد المدد المتعلقة برفع الدعوى والبت فيها في المادة (١٨/ ثانياً/ ثالثاً/ رابعاً/ خامساً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، فقد ذهبت المحكمة الإتحادية [٣] العليا إلى أن مخالفة مدد الطعن المحددة يترتب عليه رد الدفع من قبل المحكمة، إذ تعد من المدد الآمرة الحتمية التي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها [٤].

ومن تطبيقات المحكمة الإتحادية العليا في العراق في هذا الشأن قراراها المرقم ٣٩/ اتحادية/ ٢٠١٤ الصادر في ١٨/ ١/ ٢٠١٥، والذي جاء فيه "فقد ردت المحكمة الإتحادية الطعن شكلاً، وذلك لكون المدة المعينة لمراجعة الطعن في القرارات حتمية ويترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها

(١) د. عبد العزيز محمد سالمان، موسوعة الإجراءات أمام القضاء الدستوري، الكتاب الأول (إجراءات الدعوى الدستورية)، ج٢، دار سعد سمك، ٢٠١٥، ص٨٤١.
(٢) تنظر المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.
(٣) لابد من الإشارة هنا إلى أن ولاية المحكمة الاتحادية العليا لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع الإجرائية المنصوص عليها في قانون المحكمة الاتحادية العليا ونظامها الداخلي، ويستوي في ذلك ما يتعلق بطريقة رفع الدعوى أو بمدة رفعها وإحالتها إلى المحكمة، كونها تتعلق بالنظام العام، ينظر: محمد عباس، اختصاص المحكمة الاتحادية في الرقابة على دستورية القوانين في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٩، ص٧٩.
(٤) د. مصدق عادل طالب، النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ بين التقنيات التقليدية ومتطلبات الحداثة والتجدد (دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة الداخلية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق) ، ط١، مكتبة القانون المقارن، ٢٠٢٢، ص١٢٥.

سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية"[١].

ومن أجل البت في الدفع واصدار الحكم فيه تتم المداولة بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه وذلك بعد انتهاء المرافعة وقبل أن يتم النطق به [٢]. وتجري المداولة [٣] بين القضاة من خلال تبادل الآراء والمشاورة فيما بينهم والتصويت في حالة الاختلاف، وبعد الانتهاء من المداولة وتكوين الرأي القضائي وبعد استقرار هيئة المحكمة على قرارها الذي سيصدر يتم إعداد مسودة الحكم والتي تكون عبارة عن ورقة من أوراق المرافعات تتضمن منطوق الحكم وأسبابه، وتكون موقعة من قبل جميع القضاة الذين أصدروه قبل النطق به [٤].

وتجتمع المحكمة الدستورية في مصر بدعوة من رئيس المحكمة أو بناءً على طلب ثلث عدد أعضائها ولا يكون انعقادها إلاّ بحضور اغلبية الأعضاء [٥]. أما المحكمة العليا في الامارات فتكون هناك دائرة خاصة بالمواد الدستورية يرأسها رئيس المحكمة أو أقدم قضاة الدائرة، وتتشكل هذه الدائرة من خمسة قضاة يختصون بإصدار الأحكام المتعلقة بالمسائل الدستورية المنصوص عليها في المادة (٣٣) من القانون نفسه، وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء [٦].

أمّا بالنسبة للمشرع العراقي فقد بيّن النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا في المادة (٣/أولاً) كيفية انعقاد المحكمة حيث نصت المادة على أنه "تنعقد المحكمة بدعوة من رئيسها أو نائب الرئيس في حال غيابه أو العضو الأقدم في حال غيابهما معاً" [٧]. وبحضور ثمانية من أعضائها وتصدر قراراتها بالأكثرية، ما عدا الأحكام والقرارات التي تكون خاصة بالفصل في

---

(١) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ٣٩/ اتحادية/ ٢٠١٤ بتاريخ ١٨/ ١/ ٢٠١٥، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.iraqfsc.iq/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٢٥، الساعة ٦:٠٠ مساءً.
(٢) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص٧٦.
(٣) ويقصد بالمداولة "هي المشاورة بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق بالحكم، ولا يجوز حضور المداولة أثناء المرافعة، ينظر: د. عبد العزيز محمد سالمان، أسلوب وإجراءات إصدار الحكم الدستوري، مجلة المحكمة الدستورية العليا، مصر، العدد٢٨، ٢٠٢١، ص ٤.
(٤) أحمد علي عبود الخفاجي، آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥، ص٤٩.
(٥) تنظر المادة (٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٦) تنظر المادة (٢٩) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.
(٧) تنظر المادة (٣/أولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية فيجب أن تصدر بأكثرية الثلثين [١].

أمّا بالنسبة لإجراء النطق بالحكم فله من الأهمية شأنه شأن بقية الإجراءات الخاصة بالحكم الدستوري، وتظهر هذه الأهمية بصورة خاصة بالنسبة للمحكوم عليه، إذ لا حق له إلاّ بعد النطق به، والسبب الذي يكمن وراء اشتراط حضور القضاة عند النطق بالحكم هو من أجل التأكد من رغبتهم واصراراهم عليه حتى لحظة صدوره، لأن الحكم لا يعد موجوداً إلاّ بعد النطق به [٢]. ويقتصر النطق بالحكم على تلاوة الفقرة الحكمية فقط، إلاّ إذا قررت المحكمة خلاف ذلك [٣]. وقبل الخوض في أنواع الأحكام التي تصدرها المحكمة لابد من أن نبين ماهية الحكم إذ يعرف بأنه "اعلان المحكمة لحقيقة قانونية وفقاً لما يُعرض عليها من مسائل، ويكون حكماً قطعياً وباتاً وبصدوره تستنفذ المحكمة ولايتها فيما فُصلت فيه" [٤].

ويصدر الحكم بعدة أنواع أو حالات تتمثل بما يأتي:

أولاً: الحكم بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في موضوع الدعوى: هذا القرار يعد من القرارات التي يصدرها القاضي الدستوري، حيث يتوجب عليه أن يبحث بمدى اختصاصه بنظر الدفع أو الدعوى الدستورية بشكل عام، فإذا أقتنع القاضي بأنه المختص بالموضوع المطروح أمامه يكمل السير في إجراءات الدعوى لحين حسمها، وبخلاف ذلك يتوجب عليه الحكم برد الدعوى وذلك لعدم اختصاصه [٥]. ومن تطبيقات المحكمة الإتحادية العليا على ذلك قرارها المرقم ١٧/إتحادية/٢٠١٤ الصادر في ٢٠١٤/٦/٢٤، حيث جاء فيه "ليس من اختصاص المحكمة الإتحادية النظر في صحة التصويت الجاري لانتخاب رئيس مجلس المحافظة ونائبه والمحافظ ونائبيه حيث أن اختصاصات المحكمة قد جاءت محددة في الدستور وقانون المحكمة، ولم يكن

(١) تنظر المادة (٣٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٢) أحمد علي عبود الخفاجي، مصدر سابق، ص ٥١.
(٣) تنظر المادة (٣٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٤) إبراهيم عبد القادر الطهراوي، الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري والفلسطيني، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ٢٠٠٧، ص٨٥.
(٥) د. عز الدين الدناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص٢٧.

من بينها هذا الاختصاص، لذلك تكون المحكمة الإتحادية غير مختصة بنظر الطعن المقدم أمامها ونتيجة لذلك تكون دعوى المدعي واجبة الرد من جهة عدم الاختصاص وعليه قرر رد الدعوى [١].

ثانياً: رد الدعوى من الناحية الشكلية: إذا فقدت الدعوى أحد شروطها المنصوص عليها قانوناً فهنا تكون الدعوى واجبة الرد شكلاً من قبل القاضي المختص، ومن الأمثلة على ذلك أن تكون الدعوى غير مقدمة من قبل محام ذو صلاحية مطلقة، أو لم تكن هناك مصلحة لرافع الدعوى [٢]. وغيرها من الشروط المنصوص عليها في النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، فهنا تكون الدعوى واجبة الرد حتى وأن كان موضوع الطعن مستوفياً الشروط وكان مخالفاً لأحكام الدستور.

ومن القرارات التي تتعلق برد الدعوى شكلياً القرار رقم ٢/اتحادية/٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٥/٢٩ والذي جاء فيه "توقيع المحامون على عريضة الدعوى دون أن يكونوا مفوضين بذلك في تاريخ إقامة الدعوى يتوجب رد الدعوى شكلاً من جهة الخصومة كونها مقامة من اشخاص ليس لهم صفة قانونية" [٣].

ثالثاً: رد الدعوى من الناحية الموضوعية (عدم مخالفة القانون أو النص المطعون به لأحكام الدستور): أي بمعنى إضفاء الشرعية الدستورية للقانون المطعون به وذلك لعدم مخالفته لأحكام الدستور، ومن التطبيقات في هذا الشأن قرار المحكمة الاتحادية رقم ٨٢/اتحادية/٢٠١٢ الصادر بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٨ والذي تضمن "لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الإتحادية العليا وجد أن طلب المدعي في عريضة الدعوى ينحصر في مطلقته التي أقامت الدعوى المرقمة (١٤٧٨/ش/٢٠١٢) أمام محكمة الأحوال الشخصية في البداية مطالبة فيها بمهرها المؤجل مقدراً بالذهب استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (١٢٧) لسنة١٩٩٩، ولكون مضمون القرار يخالف ثوابت الشريعة الإسلامية مما يقضي معه الحكم بإبطال القرار، وترى المحكمة الاتحادية بأن المهر المؤجل يعتبر ديناً في ذمة الزوج من يوم نشوئه وإن قيمته الحقيقية تُقوم بحسب الزمان والمكان بموجب القوانين النافذة ومنها قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المشار اليه

(١) د. مصدق عادل طالب، القضاء الدستوري في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٤٩.
(٢)عمار رحيم الكناني، مصدر سابق، ص١١٨.
(٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢/اتحادية/٢٠٠٥/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٩، احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧)، المجلد الأول، بدون سنة نشر، ص٦٧.

مما يستوجب الركون الى تقويم مهر النساء بالذهب بتاريخ عقد الزواج، وهو ما يؤدي إلى إنصاف المطلقات من ناحية التوازن الاقتصادي من قيمة العملة حين نشوء الدين ويحقق العدالة الإسلامية، وبناءً على ذلك تجد المحكمة الإتحادية عدم وجود تعارض في القرار المطعون فيه ولا يعد قرار مجلس الثورة رقم (١٢٧) لسنة ١٩٩٩ الخاص بتقويم المهر المؤجل بالذهب مخالفاً للإسلام لأنه يحقق العدالة ويؤدي الى التوازن الاقتصادي" [١].

رابعاً: الحكم بعدم دستورية النص أو القانون المطعون فيه كونه مخالفاً لأحكام الدستور: إن قرار المحكمة الاتحادية الخاص بدستورية النص المطعون فيه من عدمه يكون نتيجة لاختصاصاتها وولايتها التي قررت لها وفقاً لأحكام المادة (٩٣/أولاً) من دستور جمهورية العراق، ومن قرارات المحكمة الاتحادية الخاصة بعدم دستورية القوانين قرار رقم (٦٧/اتحادية/٢٠١٢) بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٢٢ حيث جاء في مضمونه "يعتبر نص المادة (١٣/خامساً) من قانون الانتخابات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٨ غير دستوري لأن ذلك يؤدي الى تحويل أصوات المواطنين بدون إرادتهم من المرشح الذين انتخبوه، ولم يفز، إلى مرشح آخر لم تتجه إرادتهم الى انتخابه وأن ذلك يشكل خرقاً لأحكام الدستور" [٢].

ولابد من أن تكون الأحكام التي تصدرها المحكمة مسببة، إذ يعد التسبيب ضرورة علمية ومنطقية حيث أن الخصوم يدفع بعضهم بدفع تجاه خصمه لاعتقاده بأن الحق مع دفعه الذي أبداه، وهذا هو سبب الخصومة الاصلية، وإلا لو اتفق الخصوم على مدى الآخر من أسباب لانتهت صفة الاختصام [٣].

يتضح لنا مما تقدم أن الحكم الذي تصدره المحكمة الإتحادية العليا ليس مختلفاً عن الحكم الصادر من القضاء العادي من حيث الشكل، لأن النظام الداخلي للمحكمة رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ لم

---

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٨٢/اتحادية/٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٨، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي الآتي: https://www.iraqfsc.iq/، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/١٩، الساعة ١١:١٥ مساءً.

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٦٧/اتحادية/٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٨، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي الآتي: https://www.iraqfsc.iq/، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/١٥، الساعة ٩:٠٠ مساءً.

(٣) القاضي سالم روضان الموسوي، حجية احكام المحكمة العليا في العراق وأثرها الملزم (دراسة مقارنة)، ط١، مطبعة الشيماء، بغداد، ٢٠١٧، ص٢٣٣.

يتضمن نصاً منضماً لقواعد أصدار الحكم وإنما ترك ذلك لقواعد قانون المرافعات المدني رقم (٨٣) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

المطلب الثاني

آثار الفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين

إن للأحكام الصادرة بشأن الفصل في الدعوى أهمية بالغة انعكست بدورها على ما يترتب عليها من آثار، وذلك فيما يتعلق بحماية مبدأ الشرعية الدستورية وكذلك المحافظة على خصائص القواعد القانونية العامة المجردة الملزمة التي ثبتت دستوريتها، فضلاً عن سريان هذه الآثار على أوضاع الأشخاص القانونية العامة منها والخاصة ومراكزهم القانونية، التي تتعلق بنوعية الحكم الصادر عن المحكمة العليا بأثبات تطابقه مع النص الدستوري أو عدم أثباته، لذا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة آثار الحكم على القانون المدفوع بعدم دستوريته، ونبحث في الفرع الثاني آثار الحكم على الدعوى المقامة امام محكمة الموضوع.

الفرع الأول

آثار الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور

تختلف الدساتير فيما بينها بشأن الأثر المترتب على الحكم الدستوري، فقد تخلو بعضها من أي نص بهذا الخصوص أو قد تنص بشل صريح على تحديد هذا الأثر أو تحيل بعضها الآخر لتنظيم هذا الأثر إلى المشرع العادي، ومن أجل الإحاطة بالتنظيم القانوني لأثر الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور سوف نتناول ذلك في كل من مصر والإمارات والعراق وفق الآتي:

أولاً: أثر الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور في مصر:

لقد بيّن المشرع المصري الأسس العامة للأثر في دستور ١٩٧١ المُلغى وذلك في المادة (١٧٨) التي خولت المشرع العادي تحديد الآثار التي تترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي

[١]، أما بالنسبة لدستور ٢٠١٢ فلم ينص على الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية وإنما أحال ذلك إلى القانون [٢]. وبهذا يكون المشرع الدستوري المصري قد فوض المشرع العادي تحديد الآثار التي تترتب على الحكم بعدم الدستورية.

أمّا بالنسبة لموقف قانون المحكمة الدستورية العليا من أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، فيستلزم التفرقة بين الموقف في ظل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، والموقف بعد تعديل هذه المادة بالقرار بقانون رقم (١٦٧) لسنة ١٩٩٨، وهذا ما سوف نبينه تباعاً:

أولاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية قبل التعديل:

فقد نظم قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ هذه الآثار في المادة (٤٩) منه التي نصت على ما يأتي "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية، وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة، وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن...".

ويتضح من النص أعلاه، أن أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية يقتصر على المستقبل فقط ومن ثمّ يسري الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري مباشر من تاريخ صدور الحكم، إذ يصبح النص غير دستوري من هذا التاريخ دون أن يعود أثره إلى الماضي، أي أنه لا يكون للحكم أثراً على

---

(١) نصت المادة (١٧٨) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ المُلغى على أنَّ "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

(٢) كما هو الحال بالنسبة للدستور المصري لسنة ٢٠١٤ فقد نص في المادة (١٥٩) منه على أنَّ " تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، فتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

العلاقات والوقائع التي تقع قبل هذا التاريخ، وقد استثنى المشرع من ذلك الأحكام المتعلقة بالنصوص الجنائية وجعلها تطبق بأثر رجعي [١].

أمّا المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، فقد بينت المقصود بالمادة (٤٩) إذ ذهبت في إيضاحها إلى أنَّ "وتناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة، واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص..." [٢]. ويتضح من خلال عبارات المذكرة الإيضاحية أنها تقرر الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، لذلك يرى غالبية الفقه المصري وجود تعارض واضح بين نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الذي قرر الأخذ بالأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية وعبارات المذكرة الإيضاحية التي توحي بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية [٣]، وأن لهذا التعارض الظاهري بين نص القانون والمذكرة الإيضاحية من شأنه أن يثير التساؤل فيما إذا كان الحكم الصادر بعدم الدستورية ذو طبيعة كاشفة ذات أثر رجعي، أم أنها طبيعة منشئة ذات أثر فوري مباشر؟

ثانياً: موقف المحكمة الدستورية العليا من أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية بعد التعديل:

لقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨[٤] معدلاً المادة (٤٩) بفقرتها الثالثة من قانون المحكمة الدستورية، إذ نصَ في مادته الأولى على "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر،

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٤٢٠.
(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
(٣) ينظر: د. إبراهيم محمد علي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا تاريخ نشر، ص٢٥٢، د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣٩، د. بشير علي باز، أثر الحكم بعدم الدستورية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٨٥، د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص٨٥٦، د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٦٢٥.
(٤) أصدر رئيس الجمهورية في ١٠/ تموز/ ١٩٩٨ في غيبة مجلس الشعب القرار بقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

وذلك دون أخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص " [١]. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ "... وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا في مجال تفسيرها لنص المادة (٤٩) من قانونها على أن الحكم الذي تصدره بعدم دستورية نص تشريعي يكون له أثراً يمتد الى الماضي برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة"، غير أن هذا الأطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي بالنسبة لأحكام المحكمة في المسائل غير الجنائية قد أدى إلى صعوبات متعددة منها الأخلال بالمراكز القانونية التي استقرت منذ زمن بعيد، وكذلك تحميل الدولة بأعباء مالية مما يضعف من أداء مهامها الأخرى والنهوض بالخدمات والمرافق العامة. كما وأن التعديل الذي جاء به القرار (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ لم يحسم مشكلة الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية، فقد استمر الخلاف الذي ثار بين الفقهاء في تفسير الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، لذلك أنقسم الفقه في تفسيره للتعديل الذي طرأ على المادة (٣/٤٩) إلى فريق يؤيد الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، وفريق يؤيد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

ونتيجة لذلك فقد اختلف الفقه الدستوري في مصر بشأن تحديد الأثر الناتج عن الحكم بعدم الدستورية، لذلك أنقسم الفقه إلى فريقين، **أحدهما مؤيد للأثر الفوري المباشر** [٢] **للحكم بعدم الدستورية**، إذ يذهب أنصار هذا الاتجاه [٣] إلى سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر مباشر من اليوم التالي لنشره، وأن أثره يقتصر على المستقبل فقط ألا إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فيكون له أثراً رجعياً واعتبار النص كأن لم يكن. وقد أستند أنصار هذا الاتجاه بعدة حجج [٤] والتي منها: أن الفقرة الأولى من نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قد بينت أن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية تطبق من اليوم التالي لنشرها في الجريدة الرسمية، ومن ثّم

---

(١) الجريدة الرسمية، العدد (٢٨) مكرر (ب)، بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٢.

(٢) ويقصد بالأثر المباشر "أن القانون المحكوم بعدم دستوريته يعدّ منعدم القيمة القانونية من وقت صدور الحكم لا من وقت صدوره، ويقتصر أثره على المستقبل فقط، أما بالنسبة المراكز القانونية والحقوق والأوضاع التي تقررت في ظله فأنها تبقى صحيحة وقائمة" ينظر: أحمد علي عبود الخفاجي، مصدر سابق، ص١٢٠.

(٣) ينظر كل من: د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٦٢٧، د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص٤٨٥، مصعب يوسف محمد صالح، أثر الحكم بعدم الدستورية (دراسة في النظام الدستوري العراقي والمقارن)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية "الأسبق"، ٢٠١٩، ص٣٥٩.

(٤) ينظر كل من: د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص (٤٨٥ــ ٤٩١)، رؤى رزاق عبد النصيراوي، آثار الحكم بعدم الدستورية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية "الأسبق"، ٢٠١٩، ص١٢٢.

فهي تسري بأثر فوري مباشر، والدليل على ذلك الاستثناء الذي أوردته المادة الخاص بالأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة واعتبارها كأن لم تكن، إذ لو كان للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي لما كان المشرع بحاجة للنص على هذا الاستثناء، لأن الأثر الرجعي يتضمنه، كما أن وجود الاستثناء يعني أن هناك أصل تم الاستثناء منه، ويتمثل الأصل بالأثر المباشر للأحكام الدستورية بينما الاستثناء هو رجعية الحكم الجنائي. كما أن المذكرة الإيضاحية قد جانبها الصواب فيما ذهبت اليه في تفسير نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا من أجل أن تقرر الأثر الرجعي وذلك لعدة أسباب منها، عند وجود تعارض بين نص صريح وواضح وبين مذكرة إيضاحية فيجب أن يُغلب النص وفقاً لقواعد التفسير المستقرة، كذلك فأن المذكرة الإيضاحية عندما أقرت الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية واستثنت من هذا الأثر الحقوق والمراكز التي استقرت بموجب حكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة التقادم، ويتمثل التناقض هنا في أنها اعتبرت النص غير دستوري منذ صدوره وما يترتب عليه من حقوق ومراكز يكون صحيحاً، لذلك فمن غير المفهوم أن يكون صحيحاً ما ترتب على نص باطل.

ومن الحجج الأخرى التي يستند عليها هذا الاتجاه هي أن تقرير الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية لا يتعارض مع نص المادة (١٧٨) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ المُلغى والمادة (١٩٥) من دستور ٢٠١٤، إذ ترك المشرع الدستوري أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادي دون أن يقيدهُ بقاعدة، ومن ثمَّ فإنَّ بطلان النص المخالف للدستور بمقتضى حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته يتم من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية [١].

أما بالنسبة للاتجاه الثاني المؤيد للأثر الرجعي [٢] للحكم الصادر بعدم الدستورية، يذهب [٣] أنصار هذا الاتجاه إلى أن الأصل في الأحكام القضائية إنها كاشفة للحقوق وليست منشئة لها، وأن حكم عدم الدستورية ذو طبيعة كاشفة، فهو يكشف عن العيب الدستوري الذي يلازم النص

---

(١) د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص١١٣ وما بعدها.

(٢) ويقصد بالأثر الرجعي "أن القانون المحكوم بعدم دستوريته يعدّ منعدم القيمة القانونية من وقت صدوره وليس من وقت صدور الحكم، أي يسري أثره على كافة المراكز القانونية التي نشأت بموجبه والحقوق والأوضاع التي تقررت في ظله" ينظر: د. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، العراق، العدد (١٨)، ٢٠١٠، ص٧ وما بعدها.

(٣) ينظر كل من: د. عبد العزيز محمد سالمان، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها، ط٢، مطابع روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣٠٤، د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص٨٥١.

التشريعي منذ صدوره ولا ينشئه، لذا يكون للحكم بعدم الدستورية أثراً رجعياً كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة. **ويستند أنصار هذا الاتجاه على جملة من الحجج** [١] **منها**، إن نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا وصياغته القانونية تشير إلى نفاذ آثار الحكم بعدم الدستورية يكون قاصراً على المستقبل فقط، وذلك من خلال ما جاء فيها "عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية" لا يعني ذلك أن يكون لهذا الحكم أثراً فورياً مباشراً وإنما هو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة العمل بمقتضاه، وبما أن قاضي الموضوع يعد من المخاطبين بهذا النص فيجب عليه الالتزام بالعمل وفق هذا النص وأن لا ينزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المعروضة عليه من قبل، أذاً هذا يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وانسحابه على جميع ما سبق من منازعات وأوضاع نشأت في ظل القانون المحكوم بعدم دستوريته، وقد أعملت المادة (٤٩) هذه الرجعية على أطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية.

كما وينبغي تفسير نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في إطار مصدرها التاريخي، فعند الرجوع للأعمال التحضيرية للقانون يتبين لنا أن مصدرها نص المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا الإيطالية رقم (٨٧) لسنة ١٩٥٣، وقد أنتهى الفقه والقضاء الايطاليان في ضوء تفسيرهما لأحكام الدستور وقانون المحكمة الدستورية الإيطالية إلى أن النص الذي يقضي بعدم دستوريته لا يطبق من اليوم التالي لنشر الحكم، وإنما من تاريخ صدور ذلك النص [٢].

أمّا بالنسبة لموقف القضاء الدستوري المصري المتمثل بالمحكمة الدستورية العليا من أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، وهل أنه يسري بأثر رجعي أم بأثر مباشر، فيقتضي التفرقة بين الوضع في ظل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها، والوضع بعد تعديل هذه المادة بالقرار رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨، وهذا ما سوف نبينه تباعاً:

---

(١) ينظر كل من: د. شعبان أحمد رمضان، الوسيط في الأنظمة السياسية والقانون الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص(٤٩٧ـــ٤٩٩)، د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، مصدر سابق، ص٤٣ وما بعدها، د. رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص (٢٠٩ـ٢١٢)، د. مها بهجت يونس، الصالحي، مصدر سابق، ص ١٩٧ـ٢٠١.

(٢) مصعب يوسف محمد صالح، مصدر سابق، ص٣٥٨.

أولاً: موقف المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل: يتضح من خلال استقراء الأحكام الصادرة بعدم الدستورية من المحكمة الدستورية العليا، وذلك قبل تعديل المادة (٤٩) من قانون المحكمة بالقرار بقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨، أن قضاء المحكمة الدستورية يتأرجح بين الأثر المباشر والأثر الرجعي، وسنبين ذلك بالتفصيل:

أ: الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية: أن الأصل في الأحكام الصادرة بعدم الدستورية أنها تسري بأثر مباشر وذلك من تاريخ نشر الحكم وفقاً لطبيعتها المنشئة وتعد الرجعية الاستثناء على هذه القاعدة، وأن هذا التعديل يمثل خطوة على الطريق السليم ويتفق مع أحكام الدستور فيما يتعلق بسريان الحكم بأثر فوري مباشر من تاريخ نشر الحكم بالنسبة للنصوص الضريبية والذي بدوره يحقق الاستقرار القانوني في المجتمع والحفاظ على الكيان الاقتصادي للدولة، كما أن تطبيق أحكام المحكمة الدستورية العليا بأثر رجعي يكون مخالف للدستور والقانون في جميع الحالات [١]. ويستند أنصار هذا الرأي إلى العديد من الحجج التي منها، أن الأخذ بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية من شأنه أن يهدد الحقوق والمراكز القانونية المستقرة، وقد تزداد الخطورة في بعض المجالات كالمجال الضريبي خاصةً إذا كان النص قد طبق منذ فترة طويلة [٢].

وأن عبارات المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها واضحة الدلالة على الأثر الفوري المباشر فقد نصت "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم" التي تفيد الأثر المباشر، وعبارة "مالم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر" تعد استثناءً من الأصل، وأن التاريخ الآخر لا يكون إلاّ سابقاً على تاريخ نشر الحكم، وهذا الاستثناء يؤكد القاعدة الأساسية التي تتمثل بالأثر المباشر [٣].

ب: الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية: لقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا، على تقرير الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، وذلك استناداً لطبيعته الكاشفة، فيذهب إلى أن القاعدة العامة لسريان الحكم الصادر بعدم الدستورية يكون بأثر رجعي، وأن هذا التعديل يمثل اعتداءً على الشرعية الدستورية وانتهاكاً لاستقلال المحكمة الدستورية العليا وانتقاصاً

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، تطور الأنظمة الدستورية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٦١٣.
(٢) د. شعبان أحمد رمضان، الوسيط في الأنظمة السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص٥٠٧.
(٣) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٦٧١.

من صلاحياتها، وكذلك فقد أهدر هذا التعديل مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون، بالإضافة إلى مخالفته لأحكام الدستور شكلاً وموضوعاً [١].

كما أن نتيجة للطبيعة الكاشفة للحكم، فهو يكشف عن العيب الدستوري الذي شابَ النص المطعون فيه منذ صدوره، ومقتضى ذلك سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي، يرتد إلى تاريخ وجود النص المقضي بمخالفته للدستور، ومن خلال استقراء أحكام المحكمة الدستورية العليا خلال المرحلة السابقة على صدور القرار بقانون رقم (٦٨) لسنة ١٩٩٨، فقد استقرت بشكل عام على تقرير الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية، مع استثناء الحقوق والمراكز التي استقرت عند صدور هذا الحكم بحكم حاز قوة الشي المقضي أو بانقضاء مدة التقادم وذلك إعمالاً لمبدأ المشروعية [٢].

يتضح مما تقدم أن التعديل بالقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ قد أدخل بعض الاستثناءات على قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية مما يجعل من هذه القاعدة غير مطلقة، وإنما هناك ضوابط وردت في المذكرة الإيضاحية تتمثل في ضرورة أن يكون الحكم الصادر قبل صدور الحكم بعدم الدستورية قد حاز قوة الأمر المقضي، وأن يكون الحق أو المركز القانوني قد استقر بانقضاء مدة التقادم، فإذا لم تكن مدد التقادم قد انقضت قبل صدور الحكم بعدم الدستورية أعمل الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية [٣].

ثانياً: موقف المحكمة الدستورية العليا بعد التعديل: بعد تعديل المادة (٣/٤٩) بالقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ فيمكن أن نستدل من أحكامها على استمرارها في تبني تفسيرها السابق للمادة (٤٩) قبل تعديلها، على أنها تقرر الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وذلك كنتيجة حتمية

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، مصدر سابق، ص٧٥.

(٢) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم (٧٣) لسنة ١٩ قضائية، دستورية، في ١٩٩٨/٢/٧، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا الآتي: http://www.hccourt.gov.eg/، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/١٨، الساعة ١١:٠٠ مساءً.

(٣) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ٨٥٦ وما بعدها.

للطبيعة الكاشفة لهذا الحكم عن العيب الدستوري الذي اعترى النص المقضي بعدم دستوريته منذ صدوره [١].

ومن أحكام المحكمة الدستورية العليل في ذلك حكمها الصادر في ٩/ ايلول/ ٢٠٠٠ الذي قضت به "من المقرر أن قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي يعد كاشفاً عما به من عوار دستوري مما يؤدي إلى زواله وفقده قوة نفاذه منذ بدء العمل به، فيسري هذا القضاء على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية والتي اتصل بها النص مؤثراً فيها، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي يرتبط بها قد استقر أمرها قبل قضاء هذه المحكمة بناءً على حكم قضائي بات"[٢].

أمّا بالنسبة لأثر الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور، فهنا يجب أن نفرق فيما إذا كان القانون مخالفاً للدستور بشكل كلي أو جزئي، فإذا كان مخالفاً بشكل كُلي فقد نصت المادة (٤٩) على أن "ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم، فإذا تعلق الحكم بنص جنائي اعتبرت الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن"، يتبين لنا من خلال ذلك أن النص يبقى قائماً من الناحية النظرية حتى يلغيه المشرع، وإن كان سيفقد قيمته من الناحية التطبيقية، إذ إن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه، وذلك إعمالاً للحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم الصادر بعدم الدستورية، إذ أن التشريع لا يلغى إلاّ بتشريع من نفس درجته، وذلك لأن المحكمة الدستورية يقتصر اختصاصها على الفصل في دستورية القوانين واللوائح دون أن يتعدى إلى إلغاء القانون، لأن ذلك من اختصاص السلطة التشريعية [٣].

---

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمة الدستورية العليا، مصدر سابق، ص٤٨٣.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم (٢) لسنة ٢٠ قضائية ـــ طلبات أعضاء، في ٩/ أيلول/ ٢٠٠٠، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٩، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٣٦١.

(٣) د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص٥١٨.

ثانياً: أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور في الإمارات:

المشرع الإماراتي أيضاً جعل من سلطة المحكمة الإتحادية العليا تتمثل بالحكم بدستورية النص المطعون بعدم دستوريته أو عدم دستوريته، فهي لا تملك سلطة إلغاء النص المخالف وإنما يبقى هذا النص موجوداً من الناحية الشكلية في عداد القوانين إذ تقتصر سلطة المحكمة على تقرير الدستورية من عدمها وفي حال انتهت الى عدم دستورية التشريع المطعون فيه فيجب أن تمتنع عن تطبيق هذا النص حتى تقوم السلطة المختصة باتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك [١]. وللحكم بعدم الدستورية حجية [٢] مطلقة إذ أن دستور دولة الإمارات العربية المتحدة كان قد نص على أن الأحكام الصادرة من المحكمة الإتحادية العليا تحوز حجية مطلقة اذ تتم تصفية نزاع دستورية النص مرة واحدة وبصفة نهائية ولا يثار مرة أخرى، إذ نصت المادة (١٠١) من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على "أن أحكام المحكمة الإتحادية العليا نهائية وملزمة للكافة.." [٣]. ولكن جاء المرسوم بقانون اتحادي رقم (١٥) لسنة ٢٠٢١ بطريق طعن غير عادي وجديد كلياً وهو الرجوع عن الأحكام الباتة، إذ وضع المقنن الإماراتي طريقاً استثنائياً في المادة الجديد (١٨٧مكرر) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ المعدل، أباح فيها طلب الرجوع عن الأحكام الباتة لثلاثة حالات محددة على سبيل الحصر وبإجراءات محددة تفصيلاً، فقد نصت على "مع عدم الإخلال بالفقرة الأولى من المادة (١٨٣)، واستثناءً من حكم المادة (١٨٧) من هذا القانون، يجوز للمحكمة الرجوع عن القرار الصادر منها في غرفة المشورة أو عن حكمها البات من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من الصادر ضده القرار أو الحكم، في أي من الأحوال الآتية: (أ) إذا شاب القرار أو الحكم خطأ إجرائي وقع من المحكمة أو أجهزتها المعاونة أثَّر في النتيجة التي انتهى إليه قرارها أو حكمها. (ب) إذا كان القرار أو الحكم مستنداً إلى قانون ملغى، ويكون من شأن تطبيق القانون الصحيح تغيير وجه الرأي في الدعوى. (ج) إذا صدر القرار أو الحكم مخالفاً

(١) أشرف حسين عطوة، وسائل الحماية القضائية للكيان الدستوري في ظل الدستور الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة (بحث مقارن)، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة علمية محكمة)، كلية الحقوق، جامعة العين للعلوم، العدد (١)، ٢٠١٧، ص٨٧.

(٢) ويقصد بحجية الأحكام هنا "الحجية القضائية التي تتعلق بحكم قضائي بالمعنى الموضوعي والشكلي معاً، أي بحكم يفصل في منازعة قضائية أو قانونية ويصدر عن هيئة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو هيئة خولها القانون أو الدستور هذا الاختصاص، ينظر: د. إكرامي بسيوني خطاب، القضاء الدستوري (دراسة تحليلية نقدية مقارنة)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٣٠٢ وما بعدها.

(٣) المادة (١٠١) من الدستور الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ المعدل.

لأي من المبادئ القضائية التي قررتها الهيئة أو الدوائر مجتمعةً بالمحكمة حسب الأصول.." [١]، يتبين من هذا النص أن المادة (١٨٧مكرر) تضع طريقة جديدة للطعن في الأحكام الباتة، أي الأحكام الصادرة من المحكمة الإتحادية أو محكمة النقض أو محكمة التمييز، ويكون ذلك في الأحوال الاستثنائية الثلاث فقط، وتعد هذه الطريقة خطوة جريئة من قبل المشرع الإماراتي، وقد جاء ذلك على أثر تطور الأوضاع القضائية وتسارع الفصل في الخصومات وكثرة الدعاوى وتنوعها مما قد يؤدي إلى الخطأ في الحكم البات سواء كان هذا الخطأ إجرائياً أو قانونياً، لذلك وضع حل ملائم لمثل هذه الحالات.

أمّا بالنسبة لأثر الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور فأن المادة (١٠١) من دستور الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ قد نصت على أن " ... وإذا ما قررت المحكمة عن فصلها في دستورية القوانين والتشريعات واللوائح، أن تشريعاً اتحادياً ما، جاء مخالفاً لدستور الاتحاد، أو أن التشريع أو اللائحة المحلية موضوع النظر يتضمنان مخالفة لدستور الإتحاد أو لقانون اتحادي، تعين على السلطة المعنية في الإتحاد أو في الإمارات بحسب الأحوال، المبادرة إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لإزالة المخالفة الدستورية، أو لتصحيحها".

يتضح من خلال النص أعلاه أن المشرع الإماراتي لم يحسم مسألة الآثار المترتبة على الحكم الصادر في الدعوى الدستورية من المحكمة الاتحادية العليا من حيث النطاق الزمني، أي فيما إذا كان الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر رجعي أو بأثر فوري [٢]، واكتفى المشرع بالقول وفقاً لهذه المادة لا يجوز للمحكمة الإتحادية العليا إلغاء النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته أو تعديله، وإنما ترك الأمر للسلطة المعنية في الإتحاد أو في الإمارة بحسب الأحوال [٣].

---

(١) الرجوع عن طريق طعن جديد على الأحكام الباتة في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي، مقال منشور على موقع المدونة القانونية الآتي: https://legaladviceme.com/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٧/١، الساعة ٦:٠٠ مساءً

(٢) د. صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٠٤.

(٣) حنان المصطفى محمد شراج، الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الدستورية، رسالة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، ٢٠١٨، ص٨١.

ثالثاً: أثر الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور في العراق:

أمّا في العراق فقد جاء قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ خالياً من تحديد الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية، على الرغم من أن المادة (٤/ثانياً) قد نصت على أن "الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية وذلك بناءً على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدع ذي مصلحة"[١].

نلاحظ من النص أعلاه أن المشرع قد رتب حكم الإلغاء للقوانين والأنظمة المخالفة للدستور إلا أنه لم يحدد النطاق الزمني لتنفيذ حكم المحكمة الإتحادية العليا الذي يقضي بعدم دستورية قانون أو نظام، فلم يبين فيما إذا كان الحكم بأثر مباشر أم بأثر رجعي [٢]. وعلى الرغم من أن مشروع قانون المحكمة الإتحادية لسنة ٢٠١٥ كان قد حدد الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية، إذ نص على أن يعتبر النص لاغياً من تاريخ نشر الحكم، أي أنه أخذ بالأثر الفوري المباشر مالم ينص الحكم على خلاف ذلك، إلاّ أن القانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ المعدل لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ لم ينص على تحديد الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية ولم يعالج النقص الحاصل في المادة (٤) الخاص بمسألة أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، فقد أكتفى المشرع بالنص على إلغاء المادة (٤) وحل محلها المادة (٢) من القانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ التي قسمت إلى تسع فقرات تناولت فيها اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا إلا أنها لا تخلو من النقص والغموض الكبير، إذ أن تعديل المادة (٤) لا يعدو عن كونه ترحيل للمشكلة وليس حلاً لها فكان من المفترض حسم مسألة الغموض فيما يخص اختصاص المحكمة الاتحادية العليا وصلاحيتها بإلغاء النص أو القانون غير الدستوري وبيان الأثر المترتب على الحكم بعدم دستوريته بشكل صريح، كونه على قدر كبير من الأهمية العملية والقانونية والسياسية.

---

(١) المادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

(٢) لابد من الإشارة هنا إلى أن المادة (١٣) من مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠١٥ حددت الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية، والتي نصت على أن "الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة ويلزم نشرها في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً إذا كانت متضمنة الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ويعتبر ذلك النص لاغياً من تاريخ نشر الحكم إلا إذا نص الحكم على خلاف ذلك".

أمّا بصدد موقف النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ فقد نص على الأثر الزمني لقرارات المحكمة، إذ إن المحكمة قد فصلت بين الاحكام الخاصة بتنظيم سريان قراراتها من حيث الزمان وفقاً لطبيعة النص محل الطعن، فالنصوص التشريعية كافة فيما عدا ذات الطابع الجزائي يكون قرار المحكمة سارياً من تاريخ صدوره إلا إذا كان القرار محدداً بنص يحدد موعداً معيناً له أو واقعة محددة للسريان، أي أن أثر الحكم ممكن أن يكون رجعياً أو مستقبلي بشرط أن يكون ذلك مصرحاً به في قرار المحكمة [١]. بينما جعلت للحكم الخاص بعدم دستورية النصوص الجزائية أثراً رجعياً وإزالة كامل الآثار المترتبة عليه [٢]. ذلك أن اعتماد الرجعية في أحكامها الخاصة بعدم دستورية النصوص الجزائية محل اهتمام وتقدير على اعتبار أن العيب الملحق بهذه النصوص يؤثر سلباً على حرية الأفراد وحقوقهم مما يتطلب ازالته بطريقة تحقق المساواة بين الأفراد أمام القانون [٣].

أمّا بالنسبة لأثر الحكم بعدم الدستورية على القانون المخالف للدستور في العراق فالأصل في الأثر هو الإلغاء سواء كانت المخالفة لأحكام الدستور كلية أو جزئية، ألاّ أننا يجب أن نفرق فيما إذا كانت المخالفة كلية أو جزئية لأحكام الدستور، أن المحكمة الاتحادية العليا مع كثرة القضايا التي قررت فيها عدم دستورية النصوص التشريعية أو نص من بين مجموعة نصوص تشريعية قررت عدم دستوريته دون غيره إلا انها لا تبحث في ذلك عن شرط الارتباط فيها بصورة صريحة، وكذلك لم تقض صراحةً بعدم دستورية مواد أو أحكام أخرى ترتبط بالنصوص الأصلية، لذلك وبشكل عام فأن احكام المحكمة الإتحادية لا تشير إلى الحكم بعدم دستورية مادة قانونية أو فقرة لارتباطها بنص حكم بعدم دستوريته سواء كان ارتباط نص فرعي بنص أصلي أو ارتباط نص تابع بنص متبوع إذا كان هذا الارتباط يقبل الفصل أو التجزئة، ومن أحكام المحكمة الإتحادية العليا في هذا الشأن حكمها الذي قضت به عدم دستورية المادة (١٣/خامساً) من قانون انتخابات مجالس المحافظات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٨ والذي جاء في قراراها "وبناءً على ما تقدم وحيث ثبت من النصوص القانونية المتقدم ذكرها أن الفقرة خامساً من المادة (١٣) من قانون انتخابات مجالس

(١) المادة (٣٧/اولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٢) المادة (٣٧/ثانياً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.
(٣) د. وائل منذر البياتي، ملامح العدالة الدستورية في ضوء النظام الداخلي الجديد للمحكمة الاتحادية العليا، ط١، مركز البيان للدراسات والتخطيط، بغداد، العراق، ٢٠٢٢، ص ٥٨.

المحافظات رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٨، تتعارض معها وتخرق مضامينها لذا قرر الحكم بعدم دستوريتها..." [١].

أمّا إذا كان القانون مخالفاً لأحكام الدستور بشكل كلي، فمن خلال استقراء أحكام المحكمة الاتحادية العليا المتعلقة بالحكم بعدم دستورية النصوص المخالفة لأحكام الدستور بشكل كلي فأن قضاء المحكمة الإتحادية العليا كان قد رتب الإلغاء على هذه التشريعات واعتبارها كأن لم تكن وتسقط لاحقاً كتشريع من تشريعات الدولة، وذلك استناداً إلى نص المادة (١٣/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أن "لا يجوز سن تشريع يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نصٍ يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص تشريعي آخر يتعارض معه"، أي أن المشرع كان قد حدد بصراحة البطلان كأثر لمخالفة التشريع لأحكام الدستور، ومن أحكام المحكمة الإتحادية العليا في هذا الشأن ما يأتي : قضت بعدم دستورية تشريع فك ارتباط دوائر وزارة البلديات والاشغال العامة رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٠ بقولها "وحيث تم إقرار هذا القانون من مجلس النواب ومجلس الرئاسة، ونشر في الجريدة الرسمية دون أن تبدي السلطة التنفيذية الرأي فيه، ضمن التزاماتها السياسية الداخلية منها والدولية، وهذا مخالف للطريق المرسوم لإصدار القوانين من الناحية الدستورية...قررت المحكمة الحكم بإلغائه وإلغاء الآثار المترتبة عليه..." [٢].

وعلى الرغم من وضوح النصوص السابقة الذكر إلا أن المتتبع لسلوك المحكمة الاتحادية العليا يجد أنها لم تستقر على نهج موحد في تحديد الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو نظام (لائحة)، ومن خلال استقراء القرارات الصادرة عن المحكمة يتبين بشكل واضح تنوع العبارات التي تستخدمها المحكمة في منطوق قراراتها كما وتختلف في دلالاتها وآثارها، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف الأثر المترتب على أحكام المحكمة الاتحادية العليا، وقد استخدمت المحكمة الاتحادية العليا عند ممارستها لاختصاصها بالنظر في دستورية القوانين والأنظمة عدة أساليب في تقرير عدم الدستورية، ومنها ما يأتي: **(إصدار الحكم بإلغاء النص المخالف للدستور**[٣]، **الحكم**

---

(١) مصعب يوسف محمد صالح، مصدر سابق، ص٢٣٦.

(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٤٣/ اتحادية/ ٢٠١٠) في ٢٠١٠/٧/١٢، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية الآتي: www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/١٨، الساعة ٥:٠٠ مساءً.

(٣) ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا بهذا الأسلوب، "حكمها في ٢٠١٣/٥/٦، بعدم دستورية قانون التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية رقم (٩٣) لسنة ٢٠١٢، وإلغائه لمخالفته للدستور" ينظر قرار المحكمة الاتحادية =

ببطلان النص التشريعي غير الدستوري[١]، **الحكم بإلغاء النص غير الدستوري وإلزام الجهات المختصة باتخاذ إجراء**، من الأمثلة القضائية على هذا الأسلوب "الحكم بعدم دستورية نص الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، لمخالفتها لأحكام المادة (١٠٠) من الدستور، وإلغاء هذه الفقرة من قبل السلطة التشريعية حسب الاختصاص، وإحلال فقرة جديدة محلها تخضع جميع العقوبات الانضباطية إلى الطعن"[٢]، **الحكم بصيغة "عدم دستورية النص التشريعي"**، ومن الأمثلة القضائية على هذا الأسلوب حكم المحكمة الاتحادية العليا حيث قضت في ٢٠١٣/٥/٦ ما يأتي "عدم دستورية القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠١١ (قانون رواتب ومخصصات مجلس النواب)، لتشريعه دون اتباع السياقات الدستورية المقررة في الدستور[٣]، **الحكم بعدم الدستورية للنص التشريعي والإشعار إلى مجلس النواب بالتعديل**[٤]، **أسلوب التوصية**، ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا بهذا الأسلوب الحكم رقم (١٠/ اتحادية/٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٥/٢٦، "كان الادعاء في هذه الدعوى منصباً على تعارض المادة (١٢/ثالثاً) من النظام الداخلي لمجلس النواب، مع الدستور والتشريع وقواعد التفسير، الإيصاء إلى لجنة لتعديل الدستور في مجلس النواب، لاتخاذ ما يلزم لوضع نص في صلب الدستور، يعالج

العليا رقم (٢/ اتحادية/ ٢٠١٣) بتاريخ ٢٠١٣/٥/٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية الآتي: www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٢٠، الساعة ٤:٠٠ مساءً.

(١) ومن الأمثلة على ذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٢٠١٢/٩/٢٦، قضت فيه "اعتبار كل نص وارد في قانون أو أمر أو تعليمات، يُنيط صلاحية التحقيق مع الأشخاص أو توقيفهم، أو أجراء محاكمتهم بغير المحاكم، باطل" ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٩/ اتحادية/ ٢٠١٣) بتاريخ ٢٠١٣/٨/٢٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٢١، الساعة ٦:٠٠ مساءً.

(٢) ينظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٤/ اتحادية/ ٢٠٠٧) بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٢٢، الساعة ٧:٠٠ مساءً.

(٣) ينظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣١/ اتحادية/ ٢٠١٣)، بتاريخ ٢٠١٣/٨/٢٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٢٢، الساعة ٧:٣٠ مساءً.

(٤) وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بهذا الأسلوب في ٢٠١٢/١٠/٢٢ ما يأتي "عدم دستورية الفقرة (الخامسة) من المادة (١٣) من قانون انتخاب مجالس المحافظات والأقضية والنواحي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٨ لتعارضها مع الدستور، وإلزام مجلس النواب بتشريع نص يؤمن تطبيق أحكام مواد الدستور"، ينظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٦٧/ اتحادية/ ٢٠١٢)، بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٢٢، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٢٢، الساعة ٧:٤٠ مساءً.

كيفية انتخاب رئيس مجلس النواب أو أحد نوابه، في حال شغل منصب أيّاً منهم خلال الدورة الانتخابية[١]، **الحكم باعتبار النص غير الدستوري معطلاً**).

كما نصت المادة (٣٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ على أن "قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات والأشخاص كافة ولا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن وتنشر القرارات التي تقضي بعدم دستورية القوانين والأنظمة والقرارات الأخرى التي ترتأي المحكمة نشرها في الجريدة الرسمية والموقع الالكتروني للمحكمة، ويعرض الممتنع عن تنفيذها للمساءلة الجزائية".

ونلاحظ مما تقدم أن المشرع كان صريحاً في ترتيب حكم الإلغاء على التشريعات واللوائح المقضي بعدم دستوريتها، إلا أننا نأمل من المشرع العراقي أن يكمل النقص الحاصل في المادة (٣٦) وذلك بتحديد مدة زمنية معينة لنشر أحكام المحكمة في الجريدة الرسمية أو الموقع الالكتروني للمحكمة وذلك أسوة بغيره من تشريعات المحاكم في الأنظمة المقارنة ومنها قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٩٨ الذي نص في المادة (٤٩/ثانياً) منه على نشر الأحكام في الجريدة الرسمية خلال (١٥) يوم على الأكثر من تأريخ صدورها.

الفرع الثاني

آثار الحكم بعد الدستورية على الدعوى المقامة أمام محكمة الموضوع

قبل أن نخوض في بيان الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية على الدعوى المقامة أمام محكمة الموضوع لابد أن نتطرق ابتداءً إلى النصوص التي نصت على أيقاف الدعوى الأصلية أو استئخارها في الدول محل البحث، فقد نص قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة (٢٩/أ) منه على أن "إذا تراءى لأحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي اثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة " [٢]. إي أنه إذا اتضح لمحكمة

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٠/اتحادية/٢٠٠٩)، بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٢٣، الساعة ١١:٠٠ مساءً.
(٢) المادة (٢٩/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري لرقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

الموضوع أن النص التشريعي أو اللائحي لا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض أمامها إلاّ إذا فصل بدستوريته، نظراً لأن الفصل بعدم الدستورية يعد مسألة أولية يجب البحث فيها قبل الفصل في موضوع النزاع [١]، لذا يتعين على محكمة الموضوع أن تقضي بوقف الدعوى الموضوعية لحين الفصل في المسألة الدستورية وإحالة القانون أو اللائحة موضوع الطعن إلى المحكمة الدستورية المختصة [٢].

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في أحكامها بأن "تلتزم كل جهة قضائية وفقاً للمادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا إذا ما دفع خصم أمامها ... كما تلتزم هذه الجهة إذا تراءى لها أثناء نظر الدعوى الموضوعية عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أن توقف الدعوى، وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية" [٣].

وبالنسبة للوضع في دولة الإمارات العربية المتحدة فإن المادة (٩٩) من الدستور لسنة ١٩٧١ قد أقرت ذلك أيضاً إذا نصت على أن "بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً، إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامها وعلى المحكمة المذكورة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر بهذا الصدد" [٤].

كذلك فقد نص قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) في المادة (٥٨) منه على أن ".. وعلى المحكمة المنظورة امامها الدعوى أن توقف السير فيها الى ان تبت المحكمة العليا في مسألة الدستورية..."[٥].

وهذا ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإتحادية العليا الإماراتية التي نصت في حكمها على "أن ولاية هذه المحكمة وهي بصدد بحثها المسائل الدستورية المعروضة عليها تتحدد باتصالها بالدعوى الدستورية وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في هذه المادة وذلك إما بإحالتها مباشرة إليها

---

(١) حنان المصطفى محمد شراج، مصدر سابق، ص٢٥.
(٢) د. محمود أحمد زكي، مصدر سابق، ص٣٤٤ وما بعدها.
(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم ٢ لسنة ٥ق دستورية، جلسة ١٩٨٤/٦/١٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا الآتي: https://www.sccourt.gov.eg/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/٢٩، الساعة ٤:١٠ مساءً.
(٤) المادة (٣/٩٩) من دستور الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ المعدل.
(٥) المادة (٥٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.

من محكمة الموضوع، وهي بصدد دعوى منظورة أمامها لقيام دلائل لديها تثير شبهة مخالفة القانون لأحكام الدستور، واستلزم المشرع في هذه الحالة أن يكون قرار الإحالة مسبباً"[١].

أمّا بالنسبة للمشرع العراقي فقد بينت المادة (١٨) من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا العراقي أن المحكمة إذا رأت بأن الدفع بعدم الدستورية دفعاً جدياً ومستوفياً للشروط اللازمة تقرر إرسال الدعوى الدستورية إلى المحكمة الإتحادية من أجل البت في الدفع، وتقرر ايضاً استئخار الدعوى الأصلية التي بمناسبتها تم الدفع بالنص الذي يراد تطبيقه على الخصوم فيها وذلك لحين البت في دستورية الدفع من عدمه [٢].

ومصطلح الاستئخار الذي أخذ به النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية مرادف لمصطلح وقف الفصل في الدعوى الوارد في المادة (١/٣٨) من قانون المرافعات المدنية رقم (٣٨) لسنة ١٩٦٩ والتي جاء فيها "إذا رأت المحكمة ان الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع..."، ويخضع قرار الاستئخار المتخذ من قبل المحكمة للطعن التمييزي كونه من القرارات المنصوص عليها في المادة (١/٢١٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ والتي جاء فيها "يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي...القرارات الصادرة بوقف السير في الدعوى واعتبارها مستأخرة حتى يفصل في موضوع آخر..."، إن المادة (١٨) من النظام الداخلي وان كانت قد نصت على استئخار الدعوى وما يترتب عليه من جواز الطعن تمييزاً بهذا القرار إلا أنها لم تذكر الجهة التي تنظر الطعن (التمييزي) بقرار الاستئخار[٣]، مما يقتضي تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية [٤]. وبعد صدور قرار الاستئخار للدعوى الاصلية يتم إرسال الدعوى الدستورية مع مستنداتها إلى المحكمة الإتحادية

---

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، دعوى رقم ١ لسنة ٢٠١٢ دستورية، جلسة ٢٠١٣/٤/٢٢، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.moj.gov.ae/ ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/٢٩، الساعة ٥:٠٠ مساءً.

(٢) تنظر المادة (١٨) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ١ لسنة ٢٠٢٢.

(٣) كاظم عباس حبيب، مصدر سابق، ص٧٠وما بعدها.

(٤) لابد من الإشارة الى المادة (٢/٢١٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ التي تضمنت "يكون الطعن تمييزاً في القرارات المذكورة في الفقرة (١) لدى محكمة استئناف المنطقة ان كانت صادرة من محاكم الأحوال الشخصية او محاكم المواد الشخصية او محاكم الاستئناف بصفتها الاستئنافية ويكون القرار الصادر بنتيجة الطعن واجب الاتباع".

العليا، وفي حال قبول الدعوى الدستورية على محكمة الموضوع استئخار الدعوى الأصلية [١].

وبعد أن يتم إحالة الدعوى الدستورية إلى المحكمة الإتحادية لغرض فحص القانون المطعون بعدم دستوريته من قبل أحد الخصوم تكون هناك آثار متعددة، إذ المحكمة الإتحادية بعد التأكد من الفحص والمرور بجميع الإجراءات تصدر حكمها الذي يتمتع بحجية مطلقة كما بينا سابقاً سواء كان الحكم صادراً بدستورية النص المطعون فيه أو بعدم دستوريته، أي أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية تتمتع بحجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى الدستورية التي صدرت فيها وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وعلى جميع السلطات الالتزام بها [٢]، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة"، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون المحكمة الإتحادية العليا الإماراتي فقد نص في المادة (٦٧) على أن "تكون أحكام المحكمة العليا نهائية وملزمة للكافة"، أمّا بالنسبة لموقف المشرع العراقي من حجية الحكم فقد كان مشابهاً لكل من الموقف المصري والإماراتي إذ نص في المادة (٩٤) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على أن "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة" إلاّ أن النص المذكور شابه بعض القصور، إذ اكتفى المشرع بجعل الالزام فقط بالنسبة للسلطات العامة دون الأشخاص سواء كانوا طبيعيين او اعتباريين [٣]. إلاّ أن النظام الداخلي الجديد رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ حسم الخلاف الحاصل بهذا الشأن عندما نص في المادة (٣٦) منه على أن "قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات والأشخاص كافة...".

ويترتب على الحجية المطلقة لأحكام المحكمة العليا أن تلتزم بها جميع سلطات الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) وأن تعمل بمقتضاها وتحترمها، إذ يجب على السلطة المختصة في حالة صدور حكم بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة إلغاء هذا النص أو تعديله وفقاً لأحكام الدستور، بل أكثر من ذلك إذ يجب على هذ السلطة سواء التنفيذية أو التشريعية مراعاة هذا الحكم

(١) تنظر المادة (١٨/رابعاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ١ لسنة ٢٠٢٢.
(٢) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٥٨٧.
(٣) توفيق حارث كاظم، رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٢، ص٧١.

فيما تقرره مستقبلاً من تشريعات لغرض مطابقتها لأحكام الدستور، كما ويجب على السلطة القضائية بجميع محاكمها الالتزام بالحكم الصادر عن المحكمة العليا من خلال امتناعها عن تطبيق نص القانون او النظام (اللائحة) غير الدستوري وذلك في جميع الدعاوى المنظورة أمامها وبالنسبة للمستقبل ايضاً[١]. ولا تستثنى المحكمة التي أصدرت الحكم من الحجية التي يتمتع بها الحكم الصادر في الدعوى الدستورية إذ أن الزامية الحكم الصادر منها ينصرف اليها، ويصبح بعد ذلك منعدم دستورياً وغير جائز للتطبيق[٢]، إلا في حالة وحيدة يمكن خلالها إعادة عرض المسألة الدستورية على المحكمة التي تتولى الفصل فيها دون أن يعرضها ذلك للخروج على الحجية المطلقة للحكم الذي سبق صدوره في شأنها، هذه الحالة تتحقق عند صدور دستور جديد أو تعديل الدستور القائم ويصبح النص الذي سبق للمحكمة وأن قررت دستوريته مخالفاً للدستور الجديد أو مخالفاً للتعديلات المستحدثة، فالأصل العام للمرجع في دستورية تشريع معين يكون إلى أحكام الدستور الذي صدر هذا التشريع خلال فترة سريانه فإذا استبدلت بأحكام دستورية جديدة فإن الأحكام الدستورية الجديدة تكون هي المرجع في دستورية هذا التشريع [٣]، وهذا ما تقتضيه سيادة أحكام الدستور القائم على ما عداها[٤].

أمّا بالنسبة لحجية الحكم على الخصوم فنتيجة لعينية الدعاوى الدستورية التي تستوجب توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري فتكون لها حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى الدستورية التي صدرت فيها فقط بل ينصرف هذا الأثر إلى الكافة ويسري على الجميع سواء كانوا أشخاصاً طبيعية أو معنوية [٥].

وقد اكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية في أحد أحكامها "تكون هذه الاحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ومؤدى ذلك أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية تكون لها حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع جهات

(١) د. ستار عبد الله الغزالي، مصدر سابق، ص٢١٢ وما بعدها.
(٢) سيف عباس مخلف، مصدر سابق، ص١٠٨ وما بعدها.
(٣) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٥٩١ وما بعدها.
(٤) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق، ص٦١١.
(٥) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٥٨٦.

القضاء"[١]. كما وأكدت المحكمة الاتحادية العليا في العراق على تلك الحجية في أحكامها ومن ذلك قرارها المرقم (٨٧ وموحداتها ١١١ و١١٢/اتحادية/٢٠١٩) والمؤرخ ٢٠١٩/١١/١٨ والذي جاء فيه "إن المدعين قد طعنوا بعدم دستورية المواد(٣،١٢،١٦،١٧) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٩ (قانون التعديل الأول لقانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية التابعة لها) رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨ وبعد التدقيق وجد أن هذه المواد كانت قد طعن بعدم دستوريتها بموجب الدعوى المرقمة (١٠٣/اتحادية/٢٠١٩) وللأسباب الواردة في الادعاء وبعد أن دققت المحكمة الدعوى واسانيدها أصدرت قرار الحكم فيها بتاريخ ٢٠١٩/١١/١٢ بعدم دستورية تلك المواد استناداً للأحكام المواد (١٤/١٥/٢٠/٣٧ اولاً/ ٣٨ اولاً) من الدستور وصدر الحكم بالاتفاق مع مخالفة عضو واحد بقدر تعلق الأمر بالمادتين (١٢،١٦) من القانون، وقد صدر الحكم باتاً استناداً لأحكام المادة (٩٤) من الدستور والمادة (٥) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ لذا يكون النظر مجدداً في الدعوى دون جدوى لسبق الفصل في موضوعها استناداً لأحكام المادة (١٠٥) من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ فقرر الحكم بردها" [٢].

هذا ويترتب على الحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم دستورية النص المطعون فيه ألا تثار المسألة الدستورية التي تضمنها من جديد أمام المحكمة الدستورية سواء كان قد سبق القضاء بعدم دستوريته أو برفض الدعوى الدستورية بشأنه، ولا يجوز أن يتجدد النزاع أمام المحكمة الدستورية مرة أخرى لأن الحكم الذي صدر بشأن النزاع المطروح له حجية مطلقة تحسم الخصومة بشأن دستورية النصوص المطعون بها حسماً مانعاً من نظر أي طعن ممكن أن يثار من جديد بشأنها [٣].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية رقم ٣٩ لسنة ٢ قضائية دستورية، جلسة ٦ فبراير ١٩٨٢ المنشـــور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدســـتورية العليا في أربعين عاماً، منشورات المحكمة الدستورية العليا المصرية، ١٩٦٩ـ ٢٠٠٩، ص٥٧٠.

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المنشـــور على الموقع الرســـمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: http://www.iraqffsc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/١٥، الساعة ٥:١٠ مساءً.

(٣) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص٥٩٢.

ونستنتج مما تقدم أن جميع النصوص الدستورية محل البحث لم تنص صراحةً على الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية على الدعوى الأصلية المقامة أمام محكمة الموضوع وإنما اكتفت بالنص على الحجية المطلقة الملزمة للكافة للحكم الصادر بعدم الدستورية، ونحن بدورنا نستشف من تلك الحجية وسريانها تجاه الكافة من سلطات وأشخاص سريانها أيضاً على الدعوى الأصلية المنظورة ابتداءً أمام محكمة الموضوع استناداً لانعدام قيمة النص المطعون فيه كونه النص المزعوم تطبيقه عليها، وهكذا فإن انعدام قيمة النص يؤدي إلى انعدام قيمة الدعوى الأصلية وبالتالي تلغى وتعد كأن لم تكن كما هو الحال بالنسبة للنص المحكوم بعدم دستوريته.

الخاتمة

الخاتمـــــة

بعد أن وصلنا إلى نهاية مطاف دراستنا التي سلطنا فيها الضوء على موضوع مهم من موضوعات القضاء الدستوري وهو **(الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين ــ دراسة مقارنة ــ)**، يتوجب علينا بيان أبرز النتائج والمقترحات التي انتهت إليها الدراسة.

أولاً: الاستنتاجات

١ـ إن الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاعية من وسائل الرقابة القضائية يلجأ إليها الأفراد من خلال إثارة دفع من قبل أحد الخصوم أثناء نظر نزاع معين أمام محكمة الموضوع أي بصورة فرعية غير مباشرة، ويستوي أن يكون مقدم الدفع مدعياً أو مدعى عليه بشرط أن يكون هذا الدفع مستنداً إلى وجود عيب دستوري في النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، أو أن يكون مخالفاً للقواعد الموضوعية والشكلية التي حددها الدستور، ويكون الهدف من ذلك حماية الأحكام الدستورية من الانتهاك مما يجعل من الدفع بعدم الدستورية وسيلة من الوسائل التي تهدف إلى حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

٢ـــ يعد الدفع الفرعي بعدم الدستورية حق من حقوق الأفراد الذي يتفرع عن حقهم في التقاضي الذي تكفله الدساتير والقوانين، إذ يستطيع الأفراد بموجبه حماية حقوقهم وحرياتهم الأساسية التي كفلها الدستور من اعتداء جميع السلطات، وذلك من خلال اللجوء إلى القضاء الدستوري عن طريق إثارة الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو نظام يتعلق بدعوى منظورة أمام محكمة الموضوع من قبل الخصوم، ويقوم الخصم بإقامة دعوى بذلك، ويؤدي اتباع هذا الأسلوب الى عدم تكديس الدعاوى غير الحقيقية أمام المحكمة المختصة في الفصل بعدم الدستورية.

٣ـــ يتميز الدفع الفرعي بعدم الدستورية عن غيره من وسائل إثارة الرقابة على دستورية القوانين بعدة خصائص، إذ يتميز بكونه وسيلة دفاعية وليست هجومية، أي بمعنى أن المتضرر من القانون المخالف لا يطعن به مباشرة أمام المحكمة المختصة وإنما يلجأ إليه بصورة غير مباشرة وذلك بمناسبة دعوى منظورة أمام القضاء يراد فيها تطبيق نص تشريعي مخالف لأحكام الدستور فيدفع المدعى عليه بعدم دستورية هذا النص، كما يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جميع

المحاكم على اختلاف أنواعها وباختلاف درجاتها في النظام القضـائي المطبق في الدولة دون أن يكون مقتصراً على محكمة بذاتها.

٤ـ تعد وسيلة الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين إحدى الضمانات المهمة التي يستطيع الأفراد من خلالها مواجهة القوانين والأنظمة (اللوائح) التي تشـكل تعدياً على الحقوق والحريات المعترف بها دستورياً، وتكون المساهمة الفعلية للدفع بعد الدستورية في حماية الحقوق والحريات من خلال اســتبعاد النصــوص المخالفة للدســتور وذلك بفقدان هذه الاحكام لأثرها، إذ يمثل الدفع بعدم الدسـتورية الوجه الأسـمى للرقابة القضـائية التي تهدف بشـكل أسـاسـي إلى مراقبة مدى تطابق النصوص التشريعية والتنفيذية لأحكام ونصوص الدستور ومن ضمنها وأهمها (الحقوق والحريات الأساسية للأفراد).

٥ـــ تتسم دعوى الدفع بعدم الدستورية بكونها دعوى ذات طبيعة عينية إذ أنها تهدف إلى بحث العيوب الدســتورية التي تشــوب بعض القوانين والأنظمة (اللوائح)، فالقاضــي الدســتوري هنا لا يفصــل في حقوق فردية متعارضــة وإنما يقضــي في مدى اتفاق التشــريع الخاضــع لرقابته مع الأحكام الموضـوعية والاجرائية للدستور، لذا فإن الصـفة العينية تعد من أخص الخصـائص التي تتصــف بها الدعوى الدســتورية بغض النظر عن الأســلوب المتبع في الرقابة على دســتورية القوانين.

٦ـــ إن الدفع بعدم الدستورية يعد من قبيل الدفوع المتعلقة بالنظام العام، إذ تجوز اثارته أمام أي محكمة موضـوع ويثبت لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها واختلاف درجاتها، كما ويدخل الدفع بعدم الدسـتورية ضـمن الدفوع الفرعية كونه من الدفوع التي تؤدي الى تأجيل الخصـومة او وقفها لحين الفصل في موضوع النزاع، ولتعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام وكونه دفعاً موضوعياً فلا يسقط بالتقادم، لذلك يجوز إثارته مهما طال عمر القانون المطعون بعدم دستوريته.

٧ـــــ لم يحدد المشرع العراقي أصحاب الدفع الفرعي تحديداً خاصاً وقد جاء موقفه هذا مشابهاً لموقف المشرعين المصري والإماراتي، إذ جاء النص المتعلق بأصحاب الدفع عاماً ومطلقاً مكتفياً بعبارة "أحد الخصـوم" ولم يبين صـفات الخصـوم، كما أجازت المحكمة الاتحادية العليا في العراق

من خلال أحكامها التدخل الانضمامي والاختصامي للدعوى الدستورية إذا كان مستوفياً للشروط القانونية.

٨ـــــ ينبغي لقبول الدفع بعدم الدستورية توافر مجموعة من الشروط القانونية التي من أهمها أن يكون لصاحب الدفع مصلحة مشروعة في دفعه، وأن تكون هذه المصلحة "قانونية وشخصية وقائمة وحالة"، كما يتطلب وجود قضاء مستقل عن السلطتين التنفيذية والتشريعية وذلك لتحقيق مبدأ سيادة القانون، ويجب أن تكون هناك دعوى منظورة أمام القضاء سواء كانت هذه الدعوى مدنية أم شـــرعية أم جزائية أم إدارية وأمام أي محكمة من المحاكم بغض النظر عن درجاتها باستثناء محكمة التمييز الاتحادية أو محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية إذ لا يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها لأول مرة، وأن يكون الدفع بعدم الدستورية دفعاً جدياً إي بمعنى أن يكون الفصل فيه منتجاً في الدعوى الموضوعية، وألا يكون دفعاً كيدياً يهدف إلى تعطيل السير في الدعوى الأصلية.

٩ـــــ إن الإجراءات المحددة لرفع الدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي تكون مستقلة عن إجراءات رفع الدعاوى الأخرى المنصـــوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، وقد حدد النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ الإجراءات الشكلية الواجب اتباعها عند الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا وأحال كل المسائل التي لم يرد نص بشأنها في قانونها أو نظامها الداخلي إلى أحكام قانون المرافعات المدنية بشرط أن لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الدستورية، وبذلك فأن الإجراءات المنصوص عليها في النظام الداخلي لا تشكل استثناءً على الإجراءات الواردة في قانون المرافعات المدنية وإنما تشكل نظاماً مستقلاً وأساسياً يعتد به القاضي الدستوري في تسيير إجراءات الدعاوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا ولا يتم الرجوع إلى قانون المرافعات المدنية إلا في حالة عدم وجود نص خاص في قانون المحكمة الإتحادية العليا أو نظامها الداخلي ينظم المسألة المعروضة.

١٠ـــ إنَّ محكمة الموضوع هي التي تملك فحص الطعن المقدم من قبل الأفراد من حيث جديته، فإذا ثبت لها أن الدفع جدي وجب عليها إحالة الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا أو وقفها حتى يقوم مقدم الدفع برفع الدعوى الدســـتورية، أما إذا كان الدفع غير جدي فلها أن تقرر رفض

الدفع والمضـي بإجراءات الدعوى الأصـلية، ويخضـع قرار محكمة الموضـوع برفض الدعوى أو عدم البت فيها للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا خلال سـبعة أيام من تاريخ رفضـه أو انتهاء المدة المحددة لذلك.

١١ـــــ أن السلطة التقديرية التي يتمتع بها قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع محصورة في نطاق ضـيق يقتضـي منه اسـتخلاص الجدية بناءً على معطيات تتعلق بارتباط النص المطعون بدستوريته بالدعوى الاصلية وأن يكون لديه شك في الدستورية، وأن يفسر هذا الشك لصالح عدم الدسـتورية بالإضـافة إلى الاكتفاء بالبحث الظاهري عن الجدية دون التعمق في دسـتورية النص من عدمه، والالمام بالاجتهاد القضائي المفصول فيها، كما أن انعدام الضابط أو المعيار المحدد لسلطة قاضي الموضوع في تقديره لجدية الدفع يفتح المجال للتأويل في استخدام هذه السلطة من قاضي موضوع لآخر.

١٢ـــ جعل المشرع الإلغاء هو الأثر المترتب على مخالفة القوانين والأنظمة لأحكام الدستور، إلا أنه لم يحدد النطاق الزمني لسريان هذا الأثر، فقد خلت نصـوص قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسـنة ٢٠٠٥ المعدل من تحديد الأثر الزمني للحكم الصـادر بعدم الدسـتورية، إلا أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لســـنة ٢٠٢٢ كان قد بيّنَ الأثر الزمني لقرارات المحكمة الاتحادية العليا، فقد فَصـلت المحكمة بين الاحكام الخاصـة بتنظيم سـريان قراراتها من حيث الزمان وفقاً لطبيعة النص محل الطعن، فالنصـوص التشـريعية كافة فيما عدا ذات الطابع الجزائي يكون قرار المحكمة سارياً من تاريخ صـدوره الا إذا كان القرار محدداً بنص يحدد موعداً معيناً له او واقعة محددة للسريان، بينما جعلت للحكم الخاص بعدم دستورية النصـوص الجزائية أثراً رجعياً وإزالة كامل الاثار المترتبة عليه.

١٣ـــــــ لم ينص المشرع صراحةً على الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية على الدعوى الاصـلية المقامة أمام محكمة الموضـوع وإنما اكتفى بالنص على الحجية المطلقة للحكم الصـادر بعدم الدسـتورية على الكافة، ويمكن الاسـتدلال من خلال تلك الحجية وسـريانها تجاه الكافة من سلطات وأشـخاص سريانها ايضـاً على الدعوى الاصـلية المنظورة ابتداءً أمام محكمة الموضـوع اســـتناداً لانعدام قيمة النص المطعون فيه كونه النص المزعوم تطبيقه عليها، وهكذا فإن انعدام

قيمة النص يؤدي الى انعدام قيمة الدعوى الاصـــلية، وبالتالي تلغى وتعد كأن لم تكن كما هو الحال بالنسبة للنص المحكوم بعدم دستوريته.

ثانياً: التوصيات

أ. التوصيات المتعلقة بالمشرع الدستوري:

١ـــــ نوصي بضرورة أن يُضمّن الدستور نصاً صريحاً بإلزام المشرع بإلغاء أو تعديل النّصّ القانوني أو اللّائحي المقضـــي بعدم دســـتوريته من قبل المحكمة الاتحادية، إذ يجب أن يســـتند الإلغاء إلى نص دستوري صريح، فلا يجوز للقضاء أن يلغي أو يعُدل نص قانوني أو لائحي إلا بناءً على ذلك النص.

ب. التوصيات المتعلقة بقانون المحكمة الاتحادية العليا:

١ـــــ نوصي المشرع إلى ضرورة أن يُضمّن قانون المحكمة الاتحادية العليا نصاً يقضي بجواز التدخل الانضمامي والاختصامي في الدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية مع بيان الشـــروط الواجب توافرها لصـــحة التدخل دون أن يترك تنظيم المســـألة للقواعد العامة المنصـــوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لســـنة ١٩٦٩ والتي قد تتعارض مع طبيعة اختصاص المحكمة الاتحادية العليا.

ت. التوصيات المتعلقة بالنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا:

١ـــ نوصي المحكمة الإتحادية العليا بتعديل نص المادة (١٨/ثانياً) من النظام الداخلي للمحكمة الإتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ وذلك كون عبارة "لأحد الخصوم" جاءت عامة ومطلقة ولم تحدد الخصوم بصفات معينة، فقد كان على المحكمة أن تبين أوصاف الخصوم وتوضح بصورة أدق من يملك حق الخصـــومة في الدفع بعدم الدســـتورية، لذلك نقترح أن يكون نص المادة (١٨/ثانياً) على النحو الآتي (ثانياً: لأي من الخصـوم سـواء أكانوا أشـخاصـاً طبيعية أم معنوية "عامة أو خاصـــة" الدفع بعدم دســـتورية نص قانوني أو نظام يتعلق بدعوى منظورة أمام محكمة

الموضـــوع، وفي هذه الحالة يكلف بإقامة دعوى بذلك، ويدفع الرســـم القانوني عنها، وتقدم إلى محكمة الموضوع خلال عشرة أيام من تاريخ الدفع بعدم الدستورية .

٢ـــــ نوصي المحكمة الإتحادية العليا أن تضمّن نظامها الداخلي نصاً يحدد شروط جدية الدفع بعدم الدستورية والتي تتمثل في: عدم كيدية الدفع، وأن يكون الدفع مؤثراً في الفصل في موضوع الدعوى، وأن تكون مسـألة دسـتورية القانون محل شـك، كما ونوصـي المحكمة الاتحادية العليا بوضـع معيار حاسـم لتقدير جدية الدفع من قبل قاضـي الموضـوع تجنباً للاجتهادات القضـائية المتباينة.

٣ـ نوصي المحكمة الاتحادية العليا أن تضمّن نظامها الداخلي نصاً صريحاً يبين الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية على الدعوى الأصلية المقامة أمام محكمة الموضوع، إذ أن النص الصريح القطعي الالزامي أفضل بكثير من الحكم نتيجة القياس أو الاستنتاج الظني.

٤ـ نوصي المحكمة الاتحادية العليا بتعديل نص المادة (١٨/رابعاً) وذلك بتحديد الجهة المختصة بنظر الطعن التمييزي بقرار الاســتئخار المتخذ من قبل محكمة الموضـــوع المثار أمامها الدفع، وذلك بجعل المحكمة الاتحادية هي المختصـــة بنظر هذه الطعون، دون أن يترك الأمر للقواعد العامة المنصـوص عليها في قانون المرافعات المدنية إذ قد يؤدي ذلك إلى التعارض في الأحكام والقرارات وعدم الاستقرار.

٥ـ نوصي المحكمة الإتحادية العليا أن تضمّن نظامها الداخلي نصاً صريحاً يُجيز الأخذ بالدفوع التي يتم أثارتها أمام اللجان والهيئات القضائية وعدم قصره على المحاكم، بالشكل الذي يوسع من نطاق تطبيقه ويعزز من أهمية الدفع بعدم الدستورية.

٦ـــ نوصي المحكمة الإتحادية العليا بتعديل مصطلح الطعن الوارد في المادة (١٨/ خامساً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، وذلك بهدف اكمال وصف الكلمة لإيضـــاح معناها أكثر وأن يثبت ذلك صـــراحة في النص وجعل العبارة "يخضـــع قرار محكمة الموضوع برفض الدعوى أو عدم البت فيها للطعن التمييزي أمام المحكمة الاتحادية العليا...".

٧ـــــــــ نوصي المحكمة الإتحادية العليا أن تنص في نظامها الداخلي على الأخذ بنظام هيئة المفوضين المعمول به في المادة (٤٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ بدلاً من الأمين العام للمحكمة الاتحادية العليا وبدلاً من اللجنة والإجراءات المنصوص عليها في المواد (١٧ و٢١ و٤٢ و٤٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، إذ أن هيئة المفوضين تعمل على دراسة الدعوى دراسة شاملة وإعداد تقرير مفصل بشأن المسائل الدستورية والقانونية المثارة مع رأي الهيئة على أن يكون مسبباً، وذلك يقلل من الزخم المفروض على هيئة المحكمة بالشكل الذي يضمن التحضير الجيد للدعوى واعطائها الأولوية الكاملة لتكون جاهزة أمام هيئة المحكمة.

ث. توصيات أخرى:

١ـ نوصي منظمات المجتمع المدني إلى ضرورة إقامة دورات وندوات تثقيفية لتعزيز وعي الأفراد بحقهم الدستوري المتمثل بالطعن بدستورية القوانين والأنظمة التي تنتهك حق من حقوقهم الأساسية أو تمس حرياتهم التي كفلها الدستور.

٢ـــ نوصي نقابة المحامين العراقيين بضرورة الاهتمام بتثقيف المحامين فيما يتعلق بوسائل إثارة الدعوى الدستورية لاسيما الدفع بعدم الدستورية عند توفر أي شك لديهم بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في الدعاوى التي اوكلوا فيها.

مصادر ومراجع الدراسة

مصادر ومراجع الدراسة

❖ **القرآن الكريم**

أولاً: المعاجم:

١. حسن المصطفوي، تحقيق في كلمات القرآن الكريم، ط١، ج٣، وزارة الثقافة والأرشاد الإسلامي، ١٩٩٥.

٢. محمد بن أبن بكر الرازي، مختار الصحاح، مصر، القاهرة، ١٩٨٧.

ثانياً: الكتب:

١. د. إبراهيم عبد العزيز شـــيحا ود. محمد رفعت عبد الوهاب، النظم الســـياســـية والقانون الدستوري، أبو العزم للطباعة، ٢٠٠٥.

٢. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المبادئ الدستورية العامة، بلا طبعة، الدار الجامعة، ١٩٨٢.

٣. د. إبراهيم محمد علي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا تاريخ نشر.

٤. د. إبراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٥.

٥. د. أحمد ابو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣.

٦. د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط١٢، منشـأة المعارف، الإسـكندرية، بدون سنة نشر.

٧. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، منشـــأة المعارف، الإســـكندرية، ١٩٩٠.

٨. د. أحمد فتحي سـرور، الحماية الدسـتورية للحقوق والحريات، ط ٢، دار الشـروق، القاهرة، ٢٠٠٠.

٩. د. أحمد منصور محمد، إجراءات الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

١٠. د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مطبعة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.

١١. د. إكرامي بسيوني خطاب، القضاء الدستوري (دراسة تحليلية نقدية مقارنة)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١.

١٢. د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، المؤسس الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٢.

١٣. د. بشير علي باز، أثر الحكم بعدم الدستورية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

١٤. د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.

١٥. د. ثروت بدوي، النظام الدستوري العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣.

١٦. حميد إبراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الأمارات (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القومية، القاهرة، ٢٠١١.

١٧. د. رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

١٨. د. ربيع أنور فتح الباب، الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ودور المجلس الدستوري في فرنسا، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٠.

١٩. د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٢٠. د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط٥، دار النهضة، القاهرة، سنة ٢٠٠٥.

٢١. د. رمزي طه الشاعر، رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر)، ط١، دار النهضة العلمية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢٢. د. ساجد محمد الزاملي، كتابات دستورية، ط١، دار نيبور، العراق، ٢٠١٥.

٢٣. القاضي سالم روضان الموسوي، حجية احكام المحكمة العليا في العراق وأثرها الملزم (دراسة مقارنة)، ط١، مطبعة الشيماء، بغداد، ٢٠١٧.

٢٤. د. ستار عبد الله الغزالي، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ط١، دار النهضة، القاهرة، سنة ٢٠١٧.

٢٥. د. سعد عصفور، القانون الدستوري (القسم الاول)، ط١، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٤.

٢٦. د. شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

٢٧. د. شعبان أحمد رمضان، الوسيط في الأنظمة السياسية والقانون الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٢٨. د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٢٩. د. صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٣٠. د. صلاح الدين فوزي، التنظيم الدستوري والإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة "مسيرة تنمية"، معهد التنمية الإدارية، دولة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٦.

٣١. د. صلاح فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

٣٢. د. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣.

٣٣. د. طعيمة الجرف، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة النهضة، القاهرة، ١٩٦٤.

٣٤. د. عبد العزيز محمد سالمان، الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها، ط٢، مطابع روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٠.

٣٥. د. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، ط١، دار الفكر الجامعية، القاهرة، ٢٠١١.

٣٦. د. عبد العزيز محمد سالمان، موسوعة الإجراءات امام القضاء الدستوري، الكتاب الأول (إجراءات الدعوى الدستورية)، (ج١، ج٢)، ط١، دار سعد سمك، ٢٠١٥.

٣٧. د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، تطور الأنظمة الدستورية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٣٨. د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧.

٣٩. عبد القادر احمد خلف، مروة محمد فارس، تدرج القرارات الادارية في نطاق الدعوى الدستورية، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١.

٤٠. عبد الوهاب عبدول، الدعوى الدستورية امام المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٩.

٤١. د. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية مع موجز لإحكام المحكمة الدستورية العليا منذ تاريخ إنشائها وحتى الآن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٤٢. د. عصام سعيد عبد احمد، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٣.

٤٣. د. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٤٤. د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨.

٤٥. د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨.

٤٦. د. علي هادي عطية الهلالي، المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية، ط١، المركز العربي، مصر، القاهرة، ٢٠١٨.

٤٧. عمار رحيم الكناني، المحكمة الاتحادية ودورها في بناء دولة المؤسسات، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ط١، ٢٠٢١.

٤٨. د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٤٩. د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، ط٢، مكتبة القانون، بغداد، ٢٠١٧.

٥٠. د. غازي كرم، النظم السياسية والقانون والدستوري (دراسة مقارنة للنظام الدستوري في دولة الامارات)، ط١، دار إثراء، الشارقة، ٢٠٠٩.

٥١. كاظم حبيب، الدفع بعدم دستورية القوانين، نشر وتوزيع مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٣.

٥٢. د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين النظرية والتطبيقات الجوهرية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

٥٣. د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١.

٥٤. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٥٥. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر (القضاء الدستوري)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٢.

٥٦. د. محمد صلاح عبد البديع، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون واحكام المحكمة الدستورية العليا، ط٣، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٤.

٥٧. د. محمد عبد الله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢.

٥٨. د. محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٢.

٥٩. د. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، بلا طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١.

٦٠. د. محمد ماهر أبو العينين، الإجراءات امام المحكمة الدستورية العليا وأثر الحكم الصادر فيها على الدعوى الإدارية وفقاً لإحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، دار الكتب المصرية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٦١. د. محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٦٢. القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات، ج١، بلا جهة نشر، بغداد، ١٩٩٤.

٦٣. د. مصدق عادل طالب، النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ بين التقنيات التقليدية ومتطلبات الحداثة والتجدد (دراسة تحليلية مقارنة في الأنظمة الداخلية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق)، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٢.

٦٤. د. مصدق عادل، المحكمة الاتحادية العليا بين الواقع النظري والآفاق المستقبلية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.

٦٥. د. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩.

٦٦. ميادة عبد القادر اسماعيل، الرقابة السابقة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٥.

٦٧. ناجي هادي محمد السبع، مشروعية القضاء الدستوري تفعيل لمبدأ الرقابة الدستورية الذي تجريه المحكمة الاتحادية العليا في العراق، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١.

٦٨. د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

٦٩. د. نواف كنعان، النظام الدستوري والسياسي لدولة الامارات العربية المتحدة، ط١، دار إثراء، الأردن، ٢٠٠٨.

٧٠. د. هشام محمد البدري، الأثر الرجعي والأمن القانوني، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٥.

٧١. د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين امريكا ومصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

٧٢. د. وايت إبراهيم ووحيد رأفت، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، القاهرة، سنة ١٩٣٧.

٧٣. د. وائل منذر البياتي، ملامح العدالة الدستورية في ضوء النظام الداخلي الجديد للمحكمة الاتحادية العليا، ط١، مركز البيان للدراسات والتخطيط، بغداد، العراق، ٢٠٢٢.

ثانياً: الأطاريح والرسائل الجامعية:

أ: الأطاريح:

١. إبراهيم عبد القادر الطهراوي، الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري والفلسطيني، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ٢٠٠٧.

٢. ابو حفص عبد الرحيم وقادري محمد نجيب، الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر . الوادي، كلية الحقوق (العلوم السياسية)، ٢٠١٨.

٣. أحمد عبد السلام عبد الدائم، حدود اختصاص القضاء الدستوري، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة العراقية، ٢٠١٨.

١. أحمد علي عبود الخفاجي، آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥.

٢. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، آثار الحكم بعدم دستورية القانون الضريبي وانعكاسه على تحقيق مبدأ المساواة، أطروحة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠١٠.

٣. إيمان أحمد، دور آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠٢٢.

ب: الرسائل:

٤. تركي سطام المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة بين فرنسا، مصر، الكويت)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨.

٤. توفيق حارث كاظم، رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، ٢٠٢٢.

٥. حسام محمد حمدي عبد الفتاح الفضالي، الدفع بعدم الدستورية كوسيلة لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ٢٠١٧.

٦. حسن ظاهر ناصر المحنة، الرقابة على دستورية القوانين (العراق نموذجاً)، رسالة ماجستير، الاكاديمية العربية المفتوحة، كلية القانون، الدنمارك، ٢٠٠٨.

٧. حمد عبد الله علي عبد الله الساعدي، الدفع بعدم الدستورية في دولة الامارات العربية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الامارات العربية، ٢٠٢٠.

٨. حنان المصطفى محمد شراج، الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الدستورية، رسالة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، ٢٠١٨.

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

١٠. رؤى رزاق عبد النصيراوي، آثار الحكم بعدم الدستورية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية "الأسبق"، ٢٠١٩.

١١. سيف عباس مخلف، الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين (العراق، مصر، الكويت)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، لبنان، ٢٠٢٠.

١٢. صلاح خلف، المحكمة الاتحادية العليا في العراق –تشكيلها واختصاصها– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠١١.

١٣. ضياء الدين سعيد المدهون، الرقابة القضائية على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، أكاديمية الادارة والسياسة للدراسات العليا، جامعة الاقصى، فلسطين(غزة)، سنة ٢٠١٥.

١٤. عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.

١٥. عبد الحليم قاسم محمد العبيدي، طبيعة الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الانبار، كلية القانون، ٢٠١١.

٥. عبد الله صالح أحمد، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية حقوق الانسان في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧.

١٦. علي محمود محمد ابو عال، مدى سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٦.

١٧. فادي بلال عبد الله برمبو، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٨.

٦. محمد عباس، اختصـــاص المحكمة الاتحادية في الرقابة على دســـتورية القوانين في العراق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.

٧. مصعب يوسف محمد صالح، أثر الحكم بعدم الدستورية (دراسة في النظام الدستوري العراقي والمقارن)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٩.

١٨. هاوري كمال محمد، دور القضـاء الدسـتوري في حماية الحقوق والحريات "العراق أنموذجاً"، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق، لبنان، ٢٠١٥.

١٩. هدى ســـجاد محمود الخياط، المحكمـة الاتحـاديـة العليـا في العراق بين المشـــروعيـة والاستقلالية، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية، كلية الحقوق، لبنان، ٢٠٢١.

ثالثاً: البحوث:

١. أشرف حسين عطوة، وسائل الحماية القضائية للكيان الدستوري في ظل الدستور الاتحادي لدولة الامارات، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة علمية محكمة)، كلية الحقوق، جامعة العين للعلوم، العدد (١)، ٢٠١٧.

٢. آمال عنان، مساهمة الدفع بعدم الدستورية في الكشف عن عدم الكفاءة السلبية للبرلمان، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد ١٢، العدد ١، ٢٠٢١.

٣. بلال نورة وعربي باي يزيد، سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، المجلد ١٣، العدد ٣، ٢٠٢١.

٤. حبيب عبيد العماري ونجاة كريم جابر الشمري، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفوع، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، المجلد ٢٧، العدد ١، ٢٠١٩.

٥. سعودي نسيم، خصوصية شرط الجدية في مجال الدفع بعدم الدستورية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، الجزائر، المجلد ٩، العدد ١، ٢٠٢٢.

٦. سليم نعيم خضير الخفاجي، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، بحث منشور في مجلة أهل البيت، جامعة البصرة، العراق، العدد ٨، ٢٠٠٩.

٧. د. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، العراق، العدد (١٨)، ٢٠١٠.

٨. د. عبد العزيز محمد سالمان، أسلوب وإجراءات إصدار الحكم الدستوري، بحث منشور في مجلة المحكمة الدستورية العليا، مصر، العدد٢٨، ٢٠٢١.

٩. عبد الكريم حسن رجب، ضوابط تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، مصر، المجلد ١٦، العدد ٢٨، ٢٠٠٨.

١٠. عثمان الزياني، المواطن والعدالة الدستورية (حق الافراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل ١٣٣ من دستور ٢٠١١، بحث منشور في مجلة الحقوق "سلسلة المعارف القانونية والقضائية"، المغرب، المجلد ٢١، العدد١، ٢٠١٤.

١١. د. علي هادي عطية، إشكالية قبول المصلحة المحتملة في الطعون الدستورية وتطبيقاتها في الطعن بدستورية النصوص الضريبية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العدد الأول، ٢٠١٣.

١٢. د. علي يوسف الشكري، الدفع الفرعي للأفراد امام القضاء الدستوري العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العراق، ٢٠١٩.

١٣. عمار محسن علوان السلطاني، طرق الرقابة على دستورية القوانين (دستور العراق لعام ٢٠٠٥ أنموذجاً)، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، العراق، المجلد (٣)، العدد (٢)، ٢٠١٩.

١٤. عوض محمد عوض، مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد ١، ٢٠١٦.

١٥. فوزي حسين سلمان الجبوري، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد (٧)، السنة (٢).

١٦. د. محمد السيد بنداري، عوارض الخصومة في الدعوى الدستورية "دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة"، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة حلوان، مصر، مجلد٩، العدد١، ٢٠٢٣.

١٧. محمد جرادات، الدفع الفرعي طبقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني المعدل رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث، الجامعة العربية الامريكية، فلسطين، المجلد ٣٧، العدد ١، ٢٠٢٣.

١٨. نادية بوراس، فكرة النظام العام كقيد على حرية التعبير، بحث منشور في مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة التكوين المتواصل، سطيف، العدد (١٠)، بدون سنة نشر.

رابعاً: التشريعات:

أ-الدساتير

١. دستور دولة الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١.

٢. الدستور المصري لسنة ١٩٧١المعدل.

٣. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

ب . القوانين:

١. القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥.

٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٣. قانون المحكمة العليا المصري رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩.

٤. قانون المحكمة الاتحادية العليا الاماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣.

٥. قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

٦. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦ المعدل.

٧. قانون الإجراءات المدنية الاماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ المعدل.

٨. قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

٩. قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.

١٠. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١.

جـ ـ اللوائح والأنظمة الداخلية والأوامر:

١. المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

٢. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

خامساً: الأحكام القضائية المتوفرة على المواقع الإلكترونية والأحكام المنشورة وغير المنشورة:

١. قرار رئيس الجمهورية في ٣١ اغسطس ١٩٦٩, استناداً الى قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ – القرار بقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ الخاص بأنشاء المحكمة العليا.

٢. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى رقم (٢٨) لسنة ١٢ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩١/١٠/٥، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا الآتي: https://www.moj.gov.ae.

٣. قرار ١١٤/اتحادية/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٤ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية الاتي: https://www.iraqfsc.iq/.

٤. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلسة ١٩٩٠/٥/١٩ قضية رقم ٣٧ منشور على الموقع الآتي: http://hrlibrary.umn.edu/ .

٥. حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية رقم ٣٩٠ لسنة ٢٩ قضائية إداري، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٣٠، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الإماراتية الاتي: https://www.moj.gov.ae/.

٦. حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ١٩ يونيو، القضية رقم ١٠٢ لسنة ١٢ قضائية دستورية، ح ٢/٥ دستورية، ص٣٤٣ , مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة والمحكمة العليا في أربعين عام (١٩٦٩، ٢٠٠٩).

٧. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم (٧٣) لسنة ١٩ قضائية، دستورية، في ١٩٩٨/٢/٧، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا الآتي: http://www.hccourt.gov.eg/ .

٨. حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٤٣/ اتحادية/ ٢٠١٠) في ٢٠١٠/٧/١٢، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية الآتي: www.iraqfsc.iq.

٩. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢/ اتحادية/ ٢٠١٣) بتاريخ ٢٠١٣/٥/٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية الآتي: www.iraqfsc.iq.

١٠. حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٩/ اتحادية/ ٢٠١٣) بتاريخ ٢٠١٣/٨/٢٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq.

١١. حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٤/ اتحادية/ ٢٠٠٧) بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٢، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq.

١٢. حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣١/ اتحادية/ ٢٠١٣)، بتاريخ ٢٠١٣/٨/٢٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq.

١٣. حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (٦٧/ اتحادية/ ٢٠١٢)، بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٢٢، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq.

١٤. حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٠/اتحادية/٢٠٠٩)، بتاريخ ٢٠٠٩/٥/٢٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: www.iraqfsc.iq .

١٥. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٨ إبريل ١٩٩٥ في الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية، مجموعة احكام المحكمة، الجزء السادس.

١٦. قرار المحكمة الاتحادية العليا ذو الرقم ٩١/ اتحادية/ ٢٠١٥ بتاريخ ٢٤/ ١١/ ٢٠١٥ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.iraqfsc.iq/.

١٧. قرار المحكمة الاتحادية العليا ذو الرقم ١٩/ ٢٤/ موحدة/ اتحادية/ أعلام/ ٢٠١٥ بتاريخ ٦/٧/ ٢٠١٥ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.iraqfsc.iq/.

١٨. قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد ٢/ اتحادية/ ٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٢٣، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية الاتي:. www.iraqfsc.iq .

١٩.القرار بالعدد ٦١/اتحادية/ ٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٤/٥/٥، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا: www.iraqfsc.iq .

٢٠. حكم المحكمة الدستورية العليا، دعوى رقم ١٨٦ لسنة ٢١ قضائية (دستورية) جلسة ٢٠٠٠/١١/٤ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصري الآتي: https://www.sccourt.gov.eg .

٢١.حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، دعوى رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ جلسة ٢٠١٤/١١/٢٥، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الاماراتي الآتي: https://www.moj.gov.ae/ .

٢٢.قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية، العدد ٣١/ اتحادية/ ٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٢٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية الآتي: https://www.iraqfsc.iq .

٢٣.حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الدعوى رقم ١ لسنة ٢٠١٤ دستورية، جلسة ٢٠١٤/١١/٢٥ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الإماراتية الآتي: https://www.moj.gov.ae/.

٢٤.قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢/اتحادية/٢٠٠٥/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٩، احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧)، المجلد الأول، بدون سنة نشر.

٢٥.قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٨٢/اتحادية/٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٨، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي الآتي: . https://www.iraqfsc.iq/

٢٦.قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٦٧/اتحادية/٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٨، منشـور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي الآتي: https://www.iraqfsc.iq/ .

٢٧. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، قضية رقم (٢) لسنة ٢٠ قضائية . طلبات أعضاء، في ٩/ أيلول/ ٢٠٠٠، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٩، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٢٨. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم ٢ لسنة ٥ق دستورية، جلسة ١٩٨٤/٦/١٦، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا الآتي: https://www.sccourt.gov.eg/ .

٢٩.حكم المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، دعوى رقم ١ لسنة ٢٠١٢ دستورية، جلسة ٢٠١٣/٤/٢٢، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: https://www.moj.gov.ae/ .

٣٠.حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في القضية رقم ٣٩ لسنة ٢ قضائية دستورية، جلسة ٦ فبراير ١٩٨٢ المنشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً، منشورات المحكمة الدستورية العليا المصرية، ١٩٦٩. ٢٠٠٩.

٣١. قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المنشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الآتي: http://www.iraqffsc.iq.

٣٢.حكم المحكمة الدستورية العليا: جلسة ١٢ فبراير , ١٩٩٤ , القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا، ج ٦.

٣٣.المحكمة العليا الاتحادية الإماراتية، الدعوى رقم ٣ لسنة ٢٠١١ دستورية، جلسة ٢٠١٢/٤/٢.

٣٤. المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية، الدعوى رقم ٥ لسنة ٢٠١٣ دستورية، جلسة ٢٠١٤/١٢/٢٣.

خامساً: الدوريات:

١. الجريدة الرسمية، العدد (٢٨) مكرر (ب)، بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٢.

٢.الوقائع العراقية العدد (٤٦٤٩)، بتاريخ ٢٠٢١/٩/٢٧.

سادساً: المواقع الالكترونية:

١. أمل المرشدي، ما هو المقصود بالرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة، مقال منشور على الموقع الآتي: https://www.mohamah.net/ .

٢. اياد محسن ضمد، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، مقال منشور على الموقع الآتي: https://shafaq.com/ar/ .

٣. د. خالد الزعبي، الرقابة على دستورية القوانين في قوانين محكمة العدل العليا والمحاكم النظامية في الأردن، بحث منشور على موقع المكتبة القانونية العربية الآتي: https://www.bibliotdroit.com.

٤. خالد عيسى طه، تأمل ان يكون التشريع الامريكي منفذاً يؤدي الى الاستقرار، مقال منشور على موقع الحوار المتمدن بتاريخ ٢٠٠٧/١١/١٥ على الموقع الاتي: https://m.ahewar.org/s.asp .

٥. الرجوع عن طريق طعن جديد على الأحكام الباتة في قانون الإجراءات المدنية الاتحادي، مقال منشور على موقع المدونة القانونية الآتي: https://legaladviceme.com/ .

٦. د. عباس علي محمد الحسيني، السلطة التقديرية للقاضي، مقال منشور على الموقع الآتي: https://law.uokerbala.edu.iq/.

٧. عبد الغني الدلي، نظرة مقارنة في دستور (١٩٢٥) ودستور (٢٠٠٥)، مقال منشور على الموقع الاتي: https://almadapaper.net/.

٨. قاموس الكل (قاموس عربي)، متاح على الموقع الآتي: https://www.almaany.com.

٩. محمود هاشم، الدعوى والخصومة والمطالبة القضائية، مقال منشور على موقع منتدى المحامين العرب الآتي: http://www.mohamoon-montada.com/.

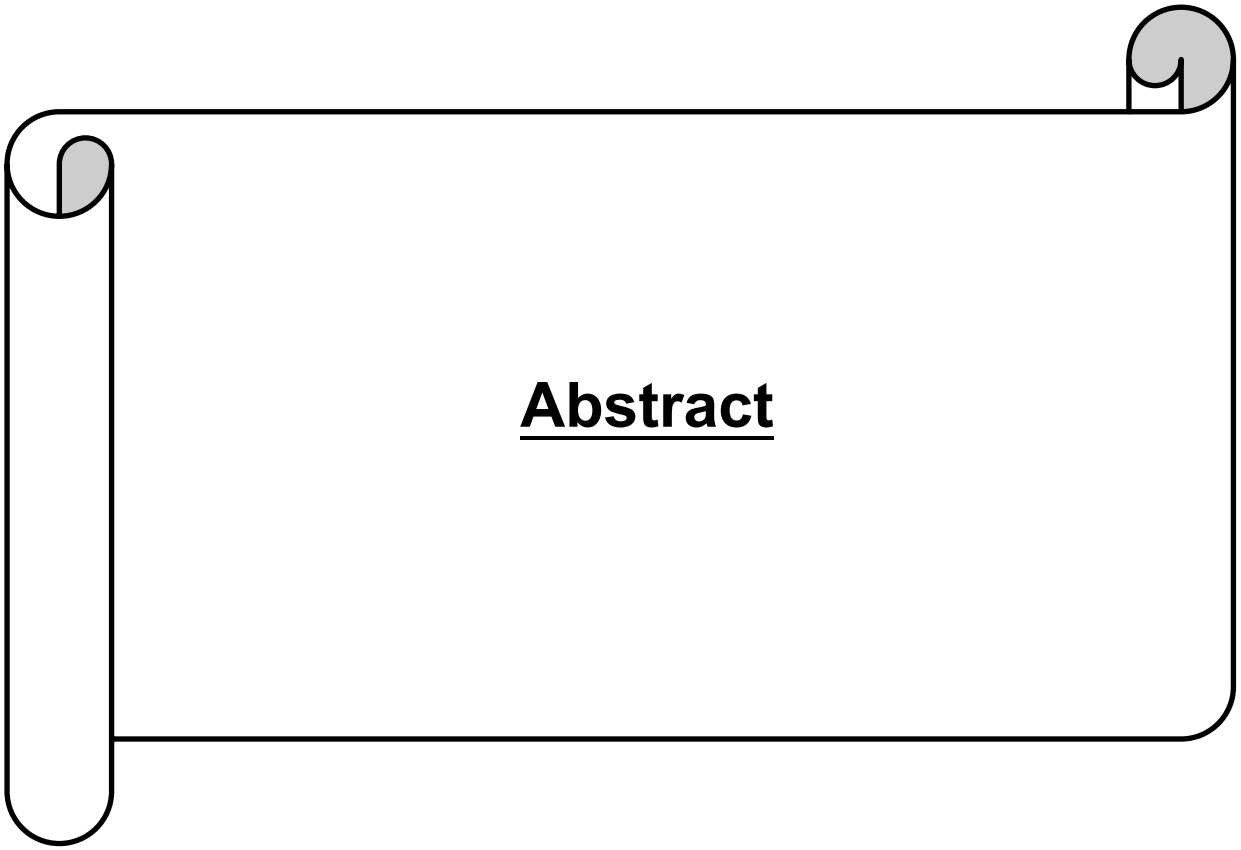
١٠. المعجم الرائد، متاح على الموقع الآتي: https://www.almaany.com .

١١. معجم اللغة العربية المعاصر، متاح على الموقع الإلكتروني الآتي: https://www.almaany.com .

١٢. معجم المعاني الجامع (معجم عربي)، متاح على الموقع الآتي: https://www.almaany.com .

١٣. مفهوم النظام العام من الناحية القانونية، مقال منشور على مجلة المقاولون العرب، على الموقع https://www.arabcont.com .

١٤. الموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية العليا في مصر https://www.sccourt.gov.eg،.



Abstract

Abstract

The secondary defense of unconstitutionality is an essential means for initiating a constitutional lawsuit and one of the most important constitutional means established to protect the rights and freedoms of individuals. It is not an offensive method, as is the case with the direct (original) lawsuit, but rather a defensive method that the appellant resorts to when there is a pending case before one of the state courts, so he appeals The unconstitutionality of the law or the system (regulation) to be applied to that case before the subject court when there is a suspicion that the law or the system (the regulation) violates the provisions of the constitution, but the exercise of this right is not directly before the body that monitors the constitutionality of laws, but is subject to the principle of liquidation that has been Granting his authority to the judiciary so that the Constitutional Court is notified of the plea of unconstitutionality through referral by the subject court after its assessment of the seriousness of the plea. The importance of the role of the defense of unconstitutionality in the protection of rights and freedoms is highlighted in that it is a means that enhances the confidence of individuals in the judiciary. In addition, ensuring the principle of legitimacy is related to the issue of rights and freedoms that are subject to prejudice through some laws and regulations, and therefore the absence of this method would harm those interests and rights. However, the protection provided by the means of payment may face many problems, including the shortcomings in its legal regulation and the inadequacy of the texts regulating it, and in order to reach a solution to these problems, we followed the comparative analytical approach in order to become more aware of the aspects of the sub-payment method of the unconstitutionality of laws.

Abstract

Through this, we concluded that the claim of unconstitutionality is of a concrete nature, aiming at examining the constitutional defects that afflict some laws and regulations (regulations). The constitutional judge does not adjudicate in conflicting individual rights, but rather judges the extent to which the legislation subject to his control agrees with the substantive and procedural provisions of the constitution, and also, we found that the defense of unconstitutionality is one of the defenses related to public order and may be raised before any subject court and proven to all courts of different types and degrees. Our study also concluded with the call of the Federal Supreme Court that it should include in its internal system a text that defines the conditions for the seriousness of the defense of unconstitutionality and setting a decisive criterion for assessing the seriousness of the payment by the trial judge.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and Scientific Research
University of Maysan
College of Law / Department of Public Law

The sub-argument of the unconstitutionality of laws

(A comparative study)

A master's thesis submitted to the College of Law / University of Maysan, which is part of the requirements for obtaining a master's degree in public law

Submitted by the Student

Enass Hussein Jaber

Supervisor By

Dr. Raheem Hussein Mousa

Professor of constitutional law at the College of Law, Maysan University

2023 A.D **1445 A.M**