صور الطعن في المخاصمة الدستورية (دراسة مقارنة)

أ. د. ماجد نجم عيدان الجبوري
جامعة كركوك- كلية القانون والعلوم السياسية
الباحث: نجم حبيب جبل المشايخي

Forms of appeal in the constitutional dispute (a comparative study)

a. Dr.. Majed Najm Idan Al-Jubouri
Kirkuk University - College of Law and Political Science
Researcher: Najm Habib Jabal Al-Mashaykhi

المستخلص: إن صور الطعن بالمخاصمة بالدعوى الدستورية قوامها مقابلة النصوص القانونية والأنظمة المدعى مخالفتها للدستور ، بالقواعد التي فرضها الدستور على السلطتين التشريعية والتنفيذية ، لاجبارهما بالتقيد بها في ممارستهما لاختصاصهما اتساقاً مع قواعد الدستور ، ومن ثم تكون هذه القوانين والأنظمة (اللوائح) المعيبة محلاً للمخاصمة ، ولا تقف الا بإبطال تلك القوانين والأنظمة بقدر تعارضها مع الدستور ، من خلال سلسلة من الإجراءات الشكلية والاعمال الموضوعية ، يوجب القانون مباشرتها لتصل المخاصمة الى نهايتها ، وقد وجدنا ان المشرع العراقي تقدم عن بقية الدول المقارنة بمنحه الأشخاص حق الطعن المباشر أمام المحكمة لاسيما بعد ان عظم دور المخاصمة الدستورية فبدونها لم يعد يكفي لضمان الحقوق والحريات ان تحتوي الدساتير نصوصاً بشأنها ، لاسيما بعد ان أزداد دور الدولة وازدادت معه قوانينها وأنظمتها . **الكلمات المفتاحية:** الدعوى، صور، الدستور.

Abstract

The forms of appeal by litigation in the constitutional lawsuit are based on contrasting the legal texts and regulations alleged to be in violation of the constitution , The rules imposed by the constitution on the legislative and executive authorities, to compel them to abide by them in the exercise of their competence in line with the rules of the constitution , Hence, these defective laws and regulations (regulations)

are subject to contention, and they only stop by nullifying those laws and regulations to the extent that they contradict the constitution , Through a series of formal procedures and substantive actions, the law requires that they be initiated so that the dispute reaches its end , We have found that the Iraqi legislature is ahead of the rest of the comparative countries by granting people the right to appeal directly before the court, especially after the role of the constitutional dispute has been magnified , Especially after the role of the state increased and its laws and regulations increased with it . **Keywords**: lawsuit, images, constitution.

المقدمة

اجمع الفقه الدستوري على نجاح أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة ، لأنها تحفظ وتصون سمو الدستور من الانتهاك والانتقاص ، والرقابة القضائية عمل قانوني يتولاه القضاء الدستوري فحص مدى مطابقة التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية او السلطة التنفيذية لأحكام الدستور شكلاً وموضوعاً ، للتأكد من كون القانون او النظام دستورياً أم غير دستوري يعود الى حكم المحكمة ، الا انه لابد من تحريك هذه الرقابة من قبل دعوى ترفع الى المحكمة اذ لا يمكنها ان تنظر من تلقاء نفسها في دستورية قانون أو نظام معين أو عدمها وانما يجب ان تسير هذه القضية بدعوى المخاصمة الدستورية من قبل الآخرين بوساطة الدفع الفرعي أو الدعوى المباشرة واقتصرنا على دراسة الرقابة القضائية دون الرقابة السياسية لأن الأخيرة ليست محلاً للمخاصمة الدستورية وانما هي رقابة وقائية قبل صدور القانون تعمل على اجهاض مشروع القانون المخالف للدستور . ولهذا تبنت معظم الدساتير الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة ، الا انها تباينت بأسلوب الرقابة المتبع فمنها من سار على تبني الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية (رقابة الامتناع) ومنها من اتبع على تبني الرقابة بطريق الدعوى المباشرة (رقابة الإلغاء) .

اولاً : أهمية البحث وأسباب اختيار الموضوع :- تعد صور الطعن في المخاصمة الدستورية الوسيلة القانونية التي تلجأ اليها الهيئات والمحاكم والأشخاص للطعن بعدم دستورية القوانين أو

الأنظمة (اللوائح) المشوبة بعيب مخالفة الدستور ، سواء (دعوى الامتناع) بواسطة الدفع الفرعي أو الدعوى الدستورية الاصلية المباشرة (دعوى الالغاء) ، وما يترتب من الحكم الصادر بعدم الدستورية من اثار جدٌ خطيرة ، لكون الحكم الصادر يكون باتاً وملزماً ويتمتع بحجية على السلطات كافة ، وعلى الرغم من منحها سلطة تعديل الاحكام لكن لضرورة قصوى حددها المشرع ، اما أسباب اختياره فهي على النحو الآتي :-

١- تُعدّ صور الطعن في المخاصمة الدستورية بأنواعها المعروفة وسيلة فعالة بيد القضاء الدستوري لبسط رقابته للحفاظ على سمو الدستور بواسطة التصدي للقوانين والأنظمة المخالفة لقواعد الدستور .

٢- ضرورة تواجد أداة رقابية فعالة ، تعمل على كبح جماح السلطتين التشريعية من خلال التصدي للقوانين التي شابهها عيب عدم الدستورية والتنفيذية من خلال مخاصمة أنظمتها المعيبة .

ثانياً : إشكالية البحث :- تكمن إشكالية البحث بالفقرات الآتية :-

١- إن صور الطعن في المخاصمة الدستورية تستهدف عادة قانون أو نظام مخالف لقواعد الدستور مما يعطيه بعداً فلسفياً ، فهل احسن المشرع تنظيمها بصورة جيدة ام لا ، لاسيما وان لكل نوع من هذه الصور ظروفها وموضوعها واطرافها .

٢- دأب القضاء الدستوري في العراق على ممارسة اختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة من خلال تحريك المخاصمة الدستورية سواء من الهيئات أو المحاكم المختلفة أو الافراد وإن أداة هذه المخاصمة الدفع الفرعي المتضمن الإحالة الى المحكمة الاتحادية العليا أو (الدعوى الدستورية المباشرة) ، مع ملاحظة غياب النص على تصدي المحكمة الاتحادية العليا من تلقاء ذاتها في النظر في دستورية القوانين ، فعلى الرغم من ان المشرع العراقي وفي المادة (٢١٤) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل منح هذا الحق لمحكمة التمييز الاتحادية ، في حين ان المشرع المصري نص في المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل على هذا الحق .

ثالثاً : منهجية البحث :- لغرض الإحاطة بموضوع الدراسة سنعتمد على المنهج التحليلي الاستقرائي من خلال استعراض النصوص الدستورية والقانونية ذات الصلة بموضوع البحث ،

وغني عن الإشارة تم الاستعانة بالمنهج المقارن بين القضاء الدستوري العراقي والقضاء الدستوري الامريكي والفرنسي والمصري، ولاضفاء الصبغة التطبيقية على الدراسة تم التركيز على احكام القضاء العراقي في المجال الدستوري والدول المقارنة انفاً كلما وجد الى ذلك سبيلا .

رابعاً : هيكلية البحث :- سيشتمل موضوع البحث (صور الطعن في المخاصمة الدستورية) على ثلاثة مباحث ، الأول ونتناول فيه (الدفع الفرعي) وذلك في مطلبين ، الأول (التعريف بالدفع الفرعي) والمطلب الثاني (إجراءات قاضي الموضوع) ، أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه الى (الإحالة الذاتية من قبل محكمة الموضوع والتصدي التلقائي من قبل المحكمة الدستورية) ، وذلك في مطلبين أيضاً ، الأول منه في (الإحالة الذاتية من قبل محكمة الموضوع) ، والمطلب الثاني في (التصدي التلقائي من قبل المحكمة الدستورية) ، أما المبحث الثالث فنتعرض فيه الى (الطعن عن طريق الدعوى الدستورية المباشرة) وذلك في مطلبين ، الأول منه في (مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة) والثاني (تحريك الدعوى) . ثم انتهى بنا المطاف الى الخاتمة التي تضمنت بعض الاستنتاجات والمقترحات ، ونسأل الله التوفيق .

المبحث الأول: الدفع الفرعي (رقابة الامتناع) المتضمن الإحالة الى المحكمة الدستورية:

سنتناول هذا المبحث في مطلبين وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول: التعريف بالدفع الفرعي: لقد عرفت مجلة الاحكام العدلية الدفع بأنه : ((الاتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي)) [١] ، وكذلك ((الاتيان بدعوى قبل الحكم أو بعده من قبل المدعى عليه تدفع ، أي ترد ، وتزيل دعوى المدعي)) [٢] .

أما في الإصلاح القانوني فقد عرف المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية الدفع بأنه : ((١- الدفع هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً)) [٣] ، من خلال قراءة النص آنفاً لتعريف الدفع يتجلى لنا أنَّ المشرع العراقي تبنى التعريف الذي أوردته المادة (١٦٣١) من مجلة الاحكام العدلية ، ويمكن تلمس اثر الفقه الإسلامي في التعريف الذي سار عليه المشرع للدفع ، وعلى الرغم من اختلاف الالفاظ والمباني في تعريف الدفع من الناحية القانونية إلا أنَّه لا يغاير معنى الدفع الذي جاءت به مجلة الاحكام العدلية .

(١) المادة (١٦٣١) من مجلة الاحكام العدلية .
(٢) علي حيدر ، درر الحُكام شرح مجلة الاحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ج٤ ، ط١ ، دار الكتب العالمية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص١٩٠ .
(٣) المادة (٨ / ١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

اما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد نصت في نظامها الداخلي على : ((لأي من الخصوم الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو نظام يتعلق بدعوى منظورة أمام محكمة الموضوع ، وفي هذه الحالة يكلف بإقامة دعوى بذلك ، ويدفع الرسم القانوني عنها وتقدم الى محكمة الموضوع خلال عشرة أيام من تاريخ الدفع بعدم الدستورية)) [١] .

ويقصد به طريقة الدفاع وليس الهجوم ، باعتبار أنَّ اثارتها لا تكون الا بمناسبة نزاع معروض امام القضاء [٢] ، عليه لا يسمح القانون للمتضرر اللجوء مباشرة للمحكمة المختصة بنظر دعوى عدم الدستورية ، وانما يشترط وجود دعوى معروضة (مدنية ، تجارية ، جنائية ، إدارية ، ... الخ) امام القضاء (العادي أو الإداري) ، فيكون الدفع بعدم الدستورية متعلقاً بقانون يراد تطبيقه على طرفي النزاع المنظور امام المحكمة ، فيتقدم احد هذين الطرفين بالدفع بعدم دستورية القانون أمام المحكمة التي تنظر دعوى المخاصمة [٣] .

ويعني ذلك أنَّ المحكمة المذكورة لا تبت في مدى دستورية القانون من تلقاء نفسها ، وانما يجب أنْ يدفع احد الخصوم بعدم الدستورية ، ففي هذه الحالة تنظر المحكمة في هذا الطلب ، فإذا قررت المحكمة مخالفة القانون لنصوص الدستور امتنعت عن تطبيقه في الدعوى التي اثير الدفع بصددها [٤] .

المطلب الثاني: إجراءات قاضي الموضوع: في القضاء الفرنسي فإن المادتان (٦١ / ١ و ٦٣) بمقتضى تعديل الدستور في ٢٠٠٨/٧/٢٣ تم إضافة المادة ٦١ / ١ لتنص على انه عندما يتأكد – خلال دعوى قضائية مرفوعة امام احدى المحاكم – أنَّ حكماً تشريعياً انتقص من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور ، يمكن للمجلس الدستوري التصدي لهذه المسألة بناءً على إحالة من مجلس الدولة او محكمة النقض ، والحديث في هذا الحكم أن الدستور الفرنسي

(١) المادة (١٨ / ثانياً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ .
(٢) د. عادل الطبطبائي ، المحكمة الدستورية الكويتية ، تكوينها ، اختصاصها إجراءاتها (دراسة تحليلية مقارنة) جامعة الكويت ، ٢٠٠٥ ، ص٣٢٣ – ٣٢٤ .
(٣) د. حسن مصطفى البحري ، القضاء الدستوري ، ط١ ، بدون دار ومكان ، ٢٠١٧ ، ص٩٠ ، د. ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص٢٧ .
(٤) تجدر الإشارة في هذا الشأن الى أن فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي ظهرت لأول مرة في الولايات المتحدة الامريكية ، ومنها انتشرت الى العديد من دول العالم ؛ فعلى الرغم من أن الدستور الاتحادي الأمريكي لم ينص – في أي من مواده أو تعديلاته – على حكم المحاكم في رقابة دستورية القوانين ، فقد أعطى القضاء الأمريكي لنفسه الحق في ذلك على اثر حكم مشهور صدر عن رئيس المحكمة الاتحادية العليا جون مارشال في شباط سنة ١٨٠٣ ، وذلك في قضية (مار بوري ضد ماديسون) أشار اليه د. حسن مصطفى البحري ، مصدر سابق ، هامش (١) ، ص٩١ – ٩٤ .

اعترف بالرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون لكن بشروط احاطها المشرع منها : ان ينال القانون المطعون فيه من حق أو حرية ضمنها الدستور وان يتم التأكيد على مساس القانون بالحق أو الحرية اثناء نظر دعوى مقامة امام احدى المحاكم ، سواء المحاكم الإدارية ام العادية علاوة على ذلك يتعين أنْ تتم الإحالة من قبل مجلس الدولة أو محكمة النقض ، ويمكن ان يستفاد من المادة السابقة انه يجوز للأفراد الدفع بمخالفة القانون للدستور، فإذا تأكد لمحكمة النقض (اذا كان الدفع مبدي من الخصم أمام إحدى المحاكم العادية) أو لمجلس الدولة (إذا كان الدفع مبدي امام محاكم مجلس الدولة) أن القانون المطعون فيه قد اعتدى على احدى الحقوق أو الحريات التي نالت حماية الدستور ، أحالت القانون للمجلس الدستوري ليقول كلمته .

وطبقاً للفقرة الثانية من المادة (٦٢) من الدستور فإن النص التشريعي الذي حكم بعدم دستوريته استناداً الى المادة (٦١ / ١) يتم الغائه بداية من نشر قرار المجلس الدستوري او من تاريخ لاحق يحدده هذا القرار ، ويحدد المجلس الدستوري الشروط والقيود التي من خلالها يكون من المرجح ان تكون الآثار الناجمة عن النص التشريعي موضع خلاف ، وهكذا أصاب الدستور الفرنسي بعد تعديله سنة ٢٠٠٨ تحول جذري فيما يتعلق بالرقابة اللاحقة على صدور القانون وتطبيقه ومنحه الافراد حق تحريك دعوى المخاصمة الدستورية [١] .

أما القضاء الدستوري في مصر فإن المخاصمة قد نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا، ((... ب- اذا دفع احد الخصوم اثناء نظر الدعوى امام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون او لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي اجلت نظر الدعوى وحددت لمن اثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة اشهر لرفع الدعوى بذلك امام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم ترفع في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن)) [٢] .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا ان ((ولايتها في الدعاوى الدستورية لا تقوم الا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع الإجرائية المقرر في المادة (٢٩) من قانونها ، سواء ما اتصل منا بطريقة رفع الدعوى الدستورية أم ميعاد رفعها ، لتعلق ذلك بالنظام العام باعتبارها شكلا جوهرياً في التقاضي تغيا به المشرع المصلحة العامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية ومن ثم فان إقامة الدعوى الدستورية دون تصريح من محكمة الموضوع ،

(١) د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الامريكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٦٣ – ٦٤ .

(٢) المادة (٢٩ / ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

وإقامتها متجاوزة حدود ما صرحت به وقدرت الجدية في شأنه ، يدخل في نطاق الدعوى الدستورية المباشرة التي يتعين عدم قبولها ، لمّا كان ذلك وكان المدعي قد دفع بعدم دستورية المواد (٩٨ ، ١٠٦ ، ١١١) من قانون السلطة القضائية واقتصر في تقدير الجدية وتصدح محكمة الموضوع له بإقامة الدعوى الدستورية على نص المادتين (٩٨ ، ١١١) المشار اليها ، فإنَّ نطاق الدعوى يتحدد بهذين النصين دون المادة (١٠٦) التي شملتها صحيفة دعواه ، والتي تضحى إقامة الدعوى في شأنها بمثابة دعوة مباشرة يتعين عدم قبولها)) [١] .

من حيثيات هذه الدعوى والطعن الذي تم على ضوء وقائعها اذ يجب أنْ لا تتجاوز الحدود المصرح بها ، كون محكمة الموضوع هي الجهة المخولة بإحالة الدعوى الى المحكمة الدستورية معللة ظروف احالتها ، والاّ بخلاف ذلك عدت الدعوى ضمن نطاق الدعوى الدستورية المباشرة .

وفي الاتجاه ذاته سار المشرع العراقي الذي صرح بالدفع الفرعي (رقابة الامتناع) ، فأولى الخطوات لإجراءات دعوى المخاصمة الدستورية بطريقة الدفع الفرعي ورد في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا اذ يمكن لقاضي الموضوع أنَّ يتخذ أحد امرين ، فالأمر الأول استئخار الدعوى ولها في ذلك حكمتها الآتية : ((في حالة قبول الدعوى على محكمة الموضوع استئخار الدعوى الاصلية ، وارسالها مع نسخة مصدقة من اضبارة الدعوى الى المحكمة الاتحادية العليا خلال عشرة أيام من تاريخ قبولها))[٢] ، والامر الثاني رفض الدعوى وهذا الرفض : ((يخضع قرار محكمة الموضوع برفض الدعوى، أو عدم البت فيها ، للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا ، خلال سبعة أيام من تاريخ رفضه او انتهاء المدة المحددة في البند ثالثاً من هذه المدة)) [٣] .

وحسنا فعل المشرع بتحديد المدة آنفاً لقطع النزاع وعدم التراخي وحسم المخاصمة بأسرع ما يمكن ، فالتحديد قد جاء في محله ضمانة للأطراف المتخاصمة .

لذا فإن الطعن باستئخار دعوى المخاصمة الدستورية تطبق عليه الاحكام العامة في قانون المرافعات المدنية ، في غياب قانون مرافعات ينظم الدعوى الدستورية حسب ما ورد

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بالدعوى رقم (١) س٢٢ ق جلسة ١٦ /٢/ ٢٠٠٣ ، مجموعة احكام الدستورية العليا ، س١٠ ، ج١ ، ص٩٠٩ ، أشار اليه د. محمد علي سويلم ، المناعي الدستورية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٢١ ، ص٥٥ .

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

(٣) المادة (١٨ / خامساً) من النظام الداخلي نفسه .

بالمادة (٥٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق اذ نصت صراحة على تطبيق احكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، الامر الثاني هو رفض الدفع ، وكذلك نص عليه النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا : ((... أما اذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا)) [١] ، وهذا ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا في أحد احكامها الآتي : ((... إنَّ وكيل المميز يطعن بعدم دستورية المادة الرابعة من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ والتي نصت في الفقرة (١) منها على (يراقب الديوان الأوقاف الملحقة ويحاسب متوليها ويستوفي ١٠% من مجموع واردها مقابل ذلك ويقيم الدعوى لمنع تحويل الوقف الى ملك متجاوزاً) ذلك لمخالفتها لثوابت احكام الإسلام بخصوص الوقف وفقاً للمذهب الجعفري ولمخالفتها احكام المادة (٢ و ١٣ و ٤٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ لانه لا يجوز الحكم لدائرة الأوقاف (١٠ %) من واردات الوقف الى دائرة الأوقاف وفقاً للمذهب الجعفري بل يعمل وفق شروط الواقف في حجة الوقفية ، وتجد المحكمة الاتحادية العليا أنَّ الطعن المثار من وكيل المميز يقتضي دراسته دراسة معمقة ومتخصصة في اراء المدارس الإسلامية كافة عند الصيرورة لتشريع قانون إدارة الأوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية وفقاً لاحكام المادة (٤٣ / اولاً / ب) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ بحيث يكون هناك نصاً للعراقيين كافة على اختلاف انتماءاتهم الإسلامية حتى لا يتعارض الغاء النص المطلوب الغائه على ما استقرت عليه هذه الآراء أو يوفق بينهما وللأسباب المتقدمة يكون القرار المميز صحيحاً قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي ... مع التنويه على المحكمة بأنها عندما قررت في الجلسة المؤرخة ٢٠١١/٦/١٥ رفض دفع وكيل المستأنف بدعوى عدم دستورية المادة الرابعة من قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ كانت عليها السير في الدعوى وليس جعلها مستأخرة وذلك تطبيقاً للشق الأخير من المادة الرابعة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ ، وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٢/١/٣١)) [٢] .

وعلى ضوء الحكم آنفاً يثار تساؤل مفاده كيف يمكن لقاضي الموضوع التأكد من جدية الدفع بعدم دستورية التشريع ؟

(١) الشق الأخير من المادة (٥٠) من النظام الداخلي نفسه .
(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا في العراق ذي العدد (٦١ / اتحادية - تمييز / ٢٠١١ في ٢٠١٢/١/٣١) ، الحكم منشور في مجلة صوت العدالة ، السنة الثالثة ، العدد السابع عشر ، ٢٠١٣ ، ص١ – ٢ .

للإجابة على هذا السؤال بأن الدفع المقدم من أحد الخصوم بعدم دستورية التشريعات يعد جدياً اذا ما احتوى امرين اساسين [١] :

الأول : الدفع الفرعي منتج اثراً لصالح مقدمه في الدعوى الاصلية : ومعنى هذا الشرط ان يكون النص المطعون في عدم دستوريته متصلاً بموضوع الدعوى الاصلية بأي شكل من الاشكال، وإنّ الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه سيقيد مقدم الدفع [٢] ، وذهب رأي اخر الى القول انه يكفي لعدّ الدفع جدياً أنْ يكون البحث مسألة عدم الدستورية متصلاً بالمخاصمة المعروضة امام محكمة الموضوع وسبب هذا الرأي أنّ التشريعات التي تنص على طريقة الإحالة بناءً على دفع فرعي غالباً ما تعطي المحاكم بالدرجات المختلفة حق الإحالة التلقائية للنصوص التي يعتورها تعارض مع الدستور [٣] .

الامر الثاني : أنْ تتحمل مسألة مطابقة النص الدستوري المطعون بعدم دستوريته اختلافاً في وجهات النظر : يجب على قاضي الموضوع لكي يقرر بجدية الدفع أنْ يتيقن من توافر شبهة خروج النص المطعون به على احكام الدستور ، ولا يقصد من ذلك أنْ يقوم القاضي بتدقيق دستورية النص المطعون به ، بل اكثر من ذلك مجرد بوادر الشك ان ذهن القاضي بأن هناك شبهة واضحة تشوب دستورية النص ، وبهذا فان جدية الدفع تكون متوافرة اذا تساندت الأدلة [٤] .

صفوة القول : إنَّ الدفع بعدم دستورية القوانين او الأنظمة هو صورة من صور تحريك المخاصمة الدستورية ؛ وهذه الدعوى حالها حال اية دعوى لابد من أنْ تتوافر فيها شروط معينة لقبولها ، مع ملاحظة ان يكون هذا الدفع جدياً ومنتجاً في الدعوى ، لاسيما وأنَّ الدعوى ستنظرها اعلى محكمة في سلم القضاء في الدولة لقطع النزاع وانهاء المخاصمة وعدم اشغالها بدعاوى لا فائدة منها سوى إطالة امد المخاصمة .

المبحث الثاني: الإحالة الذاتية من قبل محكمة الموضوع: والتصدي التلقائي من قبل المحكمة الدستورية: تعد طريقة الإحالة الذاتية من قبل محكمة الموضوع والتصدي التلقائي للمحكمة

(١) محمد رشيد مصطفى ، الرقابة على دستورية التشريعات الحكومية ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٨ ، ص٣١٣ .

(٢) د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، دار الكتب القانونية ، القاهرة، ١٩٩٨ ، ص١٣٧ .

(٣) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي ، الدعوى الدستورية في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء الدستوري ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٢ ، ص٢٠٥ .

(٤) محمد رشيد مصطفى ، مصدر سابق ، ص٣١٧ .

الدستورية لعدم دستورية التشريعات أو الأنظمة احدى طرق تحريك المخاصمة الدستورية امام المحكمة الدستورية ، وهذا ما سنتناوله في مطلبين على النحو الآتي :-

المطلب الأول: الإحالة الذاتية من قبل محكمة الموضوع: استناداً الى هذه الطريقة يكون من حق أي محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي وخلال مباشرة اعمالها إحالة نص في تشريع ما الى المحكمة المختصة بالنظر في دستورية التشريعات وذلك بعد ان تتأكد ان هذا النص مخالف للدستور [١] .

وهذا ما نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر ((اذا تراءى لإحدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائي اثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون او لائحة لازم للفصل في النزاع ، أوقفت الدعوى واحالت الأوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية)) [٢] .

والهدف الذي تغيا به المشرع هذا الطريق لتحريك الدعوى الدستورية لعلة معينة كشفت عنها المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة وتتجلى هذه العلة بتثبت التزام الاحكام القضائية بالنصوص الدستورية ، لاسيما وان محكمة الموضوع ادرى من الخصوم بوجود شبهة عدم الدستورية ، فضلاً عن ذلك تقع على عاتقها التزام قانوني بتطبيق القاعدة الدستورية الأعلى وترجيحها على القاعدة التشريعية الأدنى ، على هذا الأساس منحت سلطة الإحالة الذاتية لمشكلة عدم الدستورية الى المحكمة الدستورية العليا وذلك لكي تمتنع عن تطبق نصاً تشريعياً او لائحياً تراه انه غير دستوري[٣] ، كما نص القانون على ان : ((يتعين حتى تكون الإحالة مقبولة امام المحكمة الدستورية العليا ان تضمن القرار الصادر بالاحالة النص التشريعي التي تعتقد المحكمة المحيلة انه غير دستوري ، والنص الدستوري المدعي بمخالفته واوجه المخالفة)) [٤] .

(١) د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، دار الكتب القانونية ، القاهرة، ١٩٩٨ ، ص١٤٥ .
(٢) المادة (٢٩ / ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل .
(٣) د. عصام سعيد عبد احمد ، الرقابة على دستورية القوانين ، ط١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ، لبنان، ٢٠١٣ ، ص٤٥٧ – ٤٥٨ .
(٤) المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

ولكي يطلع أصحاب الشأن على كافة جوانبها ويتمكنوا في ضوء ذلك من بيان ردودهم وتعقيبهم عليها في المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من القانون ذاته [١] .

وأهم الملاحظات على نص المادة (٣٠) من قانون المحكمة آنفاً انه ورد على سبيل الوجوب والالزام وكذلك بيان أوجه المخالفة ، ومن الملاحظات الأخرى ان الإحالة غير مقيدة بمدة معينة كما هو الحال في الدفع الذي يبديه احد الخصوم والذي يتعين ان تحدده محكمة الموضوع لمبدئ الدفع مدة معينة لا تتجاوز ثلاث اشهر لرفع الدعوى الدستورية .

أما الإحالة من قبل محكمة الموضوع الى المحكمة الاتحادية العليا في العراق يجد سنده القانوني في النظام الداخلي للمحكمة والتي ورد على : ((لأي محكمة من تلقاء نفسها أن تطلب في اثناء نظر الدعوى البت في دستورية نص في قانون أو نظام يتعلق بتلك الدعوى ...)) [٢] ، وعلى ذكر النص (لأي محكمة) ان لفظ احدى المحاكم قد جاء مطلقاً دون تقييد أو تحديد ، لاسيما وان القاعدة الفقهية تقتضي بأن : ((المطلق يجري على اطلاقه اذا لمْ يَقُمْ دليلَ التقييد نصاً او دلالةً))[٣] .

وبهذا النظام قد اعطى الصلاحية المطلقة سواء للمحاكم العادية (الجنائية ، المدنية ، ...) أم القضاء الإداري الطلب للبت في دستورية القوانين والأنظمة .

ومن خلال الامعان في هذا النص لوحظ ان النص صرح بتعبير ((احدى المحاكم)) دون تحديد وهذا القصد منه ان إحالة القوانين والقرارات التشريعية والأنظمة والتعليمات ثابت لكافة المحاكم وبدرجاتها المختلفة ، كما تضمن نص المادة آنفاً ان محكمة الموضوع تقوم بتقديم الطلب ، وليس إحالة الدعوى مما يعني ان المحكمة الاتحادية لن تطلع على اصل المخاصمة وانما ستدقق في الطلب المقدم من المحكمة الذي يجب ان يكون مسبباً ، إلا أن نهاية المادة

(١) تنص المادة (٣٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل على : ((لكل من تلقى اعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى ان يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه مذكرة ملاحظاته مشفوعة بالمستندات ، ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاء الميعاد المبين في الفقرة السابقة ، فإذا استعمل الخصم حقه في الرد كان للأول التعقيب بمذكرة خلال الخمسة عشر يوماً التالية)) .

(٢) المادة (١٨ / أولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ .

(٣) د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، الناشرون، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص٣٤.

تضمنت عدم خضوع هذا الطلب للرسم القانوني ، مما يدل بأن هذا الطلب يجب ان يقدم بصورة دعوى قضائية [١] .

إنَّ الإحالة التلقائية من محكمة الموضوع للدعوى الدستورية الى المحكمة الاتحادية العليا هي طريقة من طرق تحريك اختصاص المحكمة آنفاً على الرغم من انها ليست اكثر الطرق اتساعاً ، وعلى ذلك اذا تراءى لأية محكمة مهما كانت درجتها ابتدائية أو استئنافية ، وأياً كانت جهتها سواء جهة القضاء العادي أم القضاء الإداري أم هيئة ذات اختصاص قضائي ، ووجدت تلك المحكمة أو الهيئة القضائية أن القانون الذي ستطبقه على المخاصمة المنظورة امامها او أنَّ النص المراد تطبيقه على تلك المخاصمة شكوى مشكوك في دستوريته ، وانها لا تطمئن لتطبيقه لمخالفته للدستور في اعتقادها ففي هذه الحالة لا مانع أنْ تحيل الامر الى المحكمة الدستورية والتي تمثل المحكمة الاتحادية العليا في العراق لتفصل في دستوريته من عدمه على المخاصمة المعروضة على المحكمة المحيلة [٢] ، إذ لا تخضع الإحالة الى الرسوم كما ذكرنا سابقاً لأن القاضي هو المحيل وليس هناك يد لأحد الخصوم في ذلك [٣] ، وجدير بالذكر ان الإحالة التلقائية لمحكمة الموضوع للمخاصمة الدستورية على المحكمة الاتحادية العليا غير محدد بوقت معين لتعلقه بالاختصاص الوظيفي المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية على : ((الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، ويجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليهما للدعوى)) [٤] ، وتتجلى أهمية الإحالة في الفقه الإسلامي في كونها تطبيقاً عملياً لقاعدة ((تخصيص القضاء)) والتي مفادها ان لا يحكم قاض في غير عمله ، ولا يتعدى بمحكمة نطاق ولايته [٥] ، فإذا قضت محكمة الموضوع بعدم اختصاصها القيمي أو الوظيفي أو النوعي أو المكاني وجب عليها ان تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم [٦] ، استناداً الى قانون المرافعات المدنية العراقي [٧] .

(١) مها بهجت يونس ، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد (١١) ، العدد (٢١) ، كانون الأول ٢٠٠٨ ، ص١٦٧ .
(٢) د. يحيى الجمل ، رقابة دستورية القوانين ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص١٦٢ .
(٣) د. جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص٢٢٠ .
(٤) المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .
(٥) عواد حسين ياسين العبيدي ، الدعوى الدستورية ... ، مصدر سابق ، ص٢٢٦ .
(٦) المصدر السابق نفسه ، ص٢٢٤ .
(٧) تنص المادة (٧٨) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ((اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها القيمي أو الوظيفي أو النوعي أو المكاني وجب عليها أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة مع

المطلب الثاني: التصدي التلقائي من قبل المحكمة الدستورية: من حق المحكمة الاتحادية العليا باعتبارها صاحبة الولاية العامة والفريدة بعمل رقابة دستورية القوانين في أن تقرر بعدم دستورية أي نص في قانون او نظام يُعرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالمخاصمة المنظور امامها ، وهذه الوسيلة يطلق عليها (رخصة التصدي) [١] ، ويقصد بالتصدي (الرخصة القانونية المخولة للمحكمة الدستورية لاثارة عدم دستورية نص ما من تلقاء نفسها والتعرض للفصل فيه) [٢] ، ويعود سبب إعطاءها هذا الحق الى سببين :

السبب الأول : كونها صاحبة الولاية الوحيدة في مجال الرقابة على دستورية التشريعات ، ولها الصلاحية بالتصدي لفحص أي نص تظن في مدى دستوريته [٣] .

السبب الثاني : تمنح اغلب الدساتير التي تتبنى نظام الرقابة على دستورية التشريعات المحاكم بمختلف درجاتها حق الإحالة التلقائية لاي نص تحوم حوله مخالفته للدستور ، واذا كان الوضع على هذه الشاكلة فانه من المفروض ان تمنح الهيئة القضائية التي تنظر في دستورية التشريعات حق التصدي التلقائي لانها في الأصل صاحبة الولاية دستورياً [٤] .

ففي القضاء الدستوري المصري نص قانون المحكمة الدستورية العليا على ان ((يجوز للمحكمة الدستورية العليا في جميع الحالات ان تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون او لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليه وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية)) [٥]، على ضوء هذا النص فان رخصة التصدي تتلخص في النقاط الآتية [٦] :- الأولى : انها لا تمارس الا اثناء ممارسة المحكمة اختصاصاتها ، وهو حق تباشره من تلقاء ذاتها ، ولا يقدم اليها بصفة دفع ، لأن الدفع لا يقدم الاّ الى محكمة الموضوع ، ولا تعد المحكمة الدستورية محكمة موضوع ، باستثناء طلبات

الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية وتبلغ الطرفين أو الحاضر منهما بمراجعة المحكمة المحالة عليها الدعوى في موعد تعيّنهُ على ان لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ الإحالة ، فإذا لم يحضرا أو لم يحضر المبلغ منهما أمام تلك المحكمة في الموعد المعين فتطبق احكام المادة (٤٥) من هذا القانون)) .

(١) د. مصطفى محمود إسماعيل ، وسائل اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا في المرافعات الدستورية ، ط١ ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٢٢ ، ص٤٦٠ .

(٢) د. محمد المنجي ، دعوى عدم الدستورية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص١٧٣ .

(٣) عواد حسين ياسين العبيدي ، الدعوى الدستورية ... ، مصدر سابق ، ص٢٢٨ .

(٤) د. يسري محمد العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٥١.

(٥) المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٦) د. يسري محمد العصار ، مصدر سابق ، ص٦١ – ٦٢ .

أعضاء المحكمة الدستورية لنص المادة (١٦) من قانون انشائها[١] ، الثانية : ان قضاء المحكمة الدستورية العليا جرى على أنَّ استعمالها لحق التصدي يكفي فيه أنْ تقوم صلة فحسب بين النص المعروض عليها والنص الآخر ، ولم تشترط ان يكون النص الذي يطاله حق التصدي لازماً في الفصل في موضوع المخاصمة المعروض عليها ، الثالثة : يقترب التصدي من الطعن بالنقض لمصلحة القانون[٢] ، الرابعة : اكدت المحكمة آنفاً على انه يشترط لإعمال رخصة التصدي أن يكون النص الذي يرد عليه الحق متصلاً بنزاع مطروح امام هذه المحكمة [٣] ، الخامسة : اتخاذ إجراءات تحضير الدعوى الدستورية بإحالتها لهيئة المفوضين ، وعلى تلك الهيئة ان تودع بعد تحضير الموضوع تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأي الهيئة فيه مسبباً [٤] .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إنَّ ((اعمال المحكمة الدستورية العليا لرخصة التصدي المقرر لها طبقاً لنص المادة (٢٧) من قانونها – على ما جرى به قضاءها – رهن بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلاً بالنزاع المطروح عليها ، فإذا انتفى قيام النزاع امامها، فلا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ اعمالها)) [٥] .

ويثار تساؤل قانوني مهم قد يرد في الواقع العملي ما هو رأي المحكمة الدستورية العليا عند تصديها لنصوص مرتبطة بالنص المعروض على المحكمة الدستورية للبت في دستوريته ، وتلك النصوص مرتبطة بالنص محل التصدي ارتباطاً غير قابلة للانفصال ؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل من الضروري تحديد النصوص غير القابلة للانفصال في حالتين : الأولى : اذا كان فصل النصوص التي قضت المحكمة بعدم دستوريتها عما سواها متعذرة وكان ملحوظاً عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ، ما بينها من صلة حتمية تجعل

(١) تنص المادة (١٦) من قانون انشاء المحكمة الدستورية العليا على ان ((تختص المحكمة دون غيرها بالفصل في الطلبات الخاصة بالمرتبات والمكافآت والمعاشات بالنسبة لأعضاء المحكمة أو المستحقين عنهم ، كما تختص بالفصل في طلبات الغاء القرارات النهائية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وكذلك طلبات التعويض المرتبة على هذه القرارات ..)) .

(٢) د. محمد علي سويلم ، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص٤٩٣ .

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بالطعن رقم ١٠ س١ ق في ١٩٨٢/٥/١٦ ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا س٢ – ج١ ، ص٥٠ ، أشار اليه د. محمد علي سويلم ، الرقابة على دستورية القوانين...، مصدر سابق ، ص٤٩٣ .

(٤) د. يسري محمد العصار ، مصدر سابق ، ص١٠٠ – ١٠١ .

(٥) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بالطعن رقم س٣٣ ق في ٢٠٠٢/٣/١٠ ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا س١٠ ، ج١ ، ص١٢٤٦ ، أشار اليه د. محمد علي سويلم ، الرقابة على دستورية القوانين... ، مصدر سابق ، ص٤٩٥ .

ترابطها معاً واتصالا اجزائها ببعض ، حقيقة قانونية لا مراء فيها ، اما الثانية : اذا كانت متعذرة بعد الحكم بعدم دستورية النصوص المخالفة للدستور ، ان تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد المشرع وغاياته[١] .

وفي القانون الفرنسي ورد نص في القانون الأساسي للمجلس الدستوري ، بأنه في الحالة التي يقرر فيها المجلس وجود نص في القانون المحال اليه مخالفة للدستور وغير قابل للانفصال عن باقي نصوص هذا القانون ، فلا يجوز حينئذ اصدار القانون وهذا ما حدث بالفعل بالنسبة لحكم المجلس الدستوري ، إذا اثار المجلس من تلقاء ذاته موضوع دستورية النص الذي كان يقضي بعدم جواز ان تحتوي القائمة الواحدة في الانتخابات المحلية اكثر من ٧٥ % من الجنس نفسه [٢] .

أما في مصر فان قضاء المحكمة الدستورية قد استقر على ان المحكمة اذا قضت بعدم دستورية نص محال اليها ، وكانت هناك نصوص أخرى مرتبطة بهذا النص ارتباطاً لا يقبل الانفصال والتجزئة ، فهي تقضي تلقائياً ، وفي الدعوى الدستورية ذاتها بعدم دستورية تلك النصوص المرتبطة ، على هذا المعنى ذهبت المحكمة الدستورية العليا حين قضت : ((... وحيث إنه ... يكون حكم الفقرة الأولى من المادة (١٥) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ مخالفة للمواد ٤٠ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩ ، ٧١ من الدستور ، اذا كان ذلك وكانت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ١٥ من قانون المحاماة ، فيها تنصان عليه من عدم سريان الحظر المثار اليها في فقرتها الأولى على المحامين المقيدين لدى غير المحاكم المنصوص عليها في هذه الفقرة وقت صدور القانون ، ووقوع كل عمل يتم بالمخالفة لاحكام هذه المادة باطلاً مرتبطين بفقرتها الأولى ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، اذ لا قوام لهما بدونها ولا يتصور اعمالهما استقلالاً عنها ، ومن ثم فانهما يسقطان بسقوطها ويبطلان تبعاً لها)) [٣] ، وبهذا قالت المحكمة الدستورية العليا كلمتها الفصل في هذه القضية بعدم دستورية المادة رقم (١٥) من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ حسب ما جاء بحيثيات الحكم والأسباب الجوهرية .

(١) عواد حسين ياسين العبيدي ، الدعوى الدستورية ... ، مصدر سابق ، ص٢٣٤ .
(٢) حكم المجلس الدستوري الفرنسي في ١٩٨٢/١٢/١٨ ، أشار اليه محمد رشيد مصطفى ، مصدر سابق ، ص٣٢٥.
(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بالطعن رقم ٦ لسنة ١٢ قضائية دستورية في ١٩٩٢/٧/١٦ ، أشار اليه عواد حسين ياسين العبيدي ، الدعوى الدستورية ... ، مصدر سابق ، ص٢٣٥ .

أما موقف الفقه الدستوري في العراق حول صلاحية المحكمة الاتحادية العليا حق التصدي التلقائي في الدعوى الدستورية فهو منقسم بصدده بين رافض ومؤيد ، وتسليط الضوء على هذين الرأيين والحجج التي ساقها كل مذهب نستعرضها على النحو الآتي :

١- الاتجاه الأول : الاتجاه الرافض لوسيلة التصدي التلقائي ، اذ ذهب انصار هذا الاتجاه الى الاعتقاد بأنه لا مجال لتصدي المحكمة الاتحادية العليا للنظر في صحة التشريعات واستند على الحجج الاتية ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ لم يتضمن السماح للمحكمة الاتحادية العليا النظر بشرعية نص قانون أو نظام أو تعليمات أو امر عرض عليها في اثناء ممارستها لأعمالها ، ويرجع السبب في ذلك الى انَّ نص البند (٢) من الفقرة (ب) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الملغي ، ونص الفقرة (٢) من المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ ، نص فيهما على أنَّ النظر بشرعية القوانين والأنظمة والتعليمات والاوامر يتوقف على وجوب طلب من محكمة أو جهة رسمية أو مدع ما ، وبهذا فلا مجال لتصدي المحكمة الاتحادية للنظر في صحة التشريعات ، كون النصوص المتقدمة اشترطت وجود طلب تتمكن المحكمة من النظر في صحة التشريعات [١] ، الا انه تم العدول عن هذا الرأي بالتعديل رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ للقانون آنفاً اذ نص القانون ((اولاً : الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ...)) [٢] ، وكذلك ((الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والأنظمة...)) [٣] .

٢- الاتجاه الثاني : المؤيد لوسيلة التصدي التلقائي فقد ذهب انصار هذا الاتجاه الى القول ان من حق المحكمة الاتحادية العليا ان تنظر ومن تلقاء ذاتها في اثناء ممارستها لاعمالها النصوص القانونية من الناحية الدستورية مطلة هذا الامر لسببين : السبب الأول : ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نص في البند (ثانياً) من المادة (٩٣) على ان من مهام المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ، ولم يحدد طريقة هذه الرقابة ، وبهذا فإن المحكمة ان تنظر بدستورية القوانين بالطرق التي سوف تحدد بموجب قانون المحكمة الاتحادية العليا الذي يجب ان يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب ، اما نص الفقرة (٢)

(١) مها بهجت يونس ، مصدر سابق ، ص١٦٥ ، ومكي ناجي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها ، دار الفياء للطباعة والتصميم ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٧ ، ص٤٢ .

(٢) المادة (٢ / اولاً) من قانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ ، التعديل الأول (الامر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥) .

(٣) المادة (٢ / ثالثاً) من القانون نفسه .

من المادة (٤) من قانون المحكمة انفاً الذي يشترط وجود طلب من محكمة أو جهة رسمية أو مدعٍ فقد جاء مسايرة لنص المادة (٢/٤٤/ب) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، الا انه غير متناسق تماماً مع نص المادة (٢/٩٣) من الدستور آنفاً الذي نص على الرقابة بشكل مطلق ، اما السبب الآخر ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا واستناداً الى نصوص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الملغي ، وقانون المحكمة الاتحادية العليا ، اعطى الحق للمحاكم بمختلف مستوياتها واختصاصاتها وفي اثناء النظر في الدعوى امامها ان تحيل نص قانون أو نظام أو تعليمات أو أمر الى المحكمة الاتحادية العليا للبت بشرعيته ، وبذلك منح القانون المحاكم العادية ان تحيل النصوص القانونية الى المحكمة الاتحادية العليا من تلقاء ذاتها ودون وجود طلب من احد الخصوم ، وبما ان حق الإحالة التلقائية منح المحاكم العادية ، فانه من باب أولى أنْ يعطي حق التصدي التلقائي للمحكمة الاتحادية العليا ، لانها صاحبة الولاية بالنظر في صحة التشريعات ، فضلاً عن أنَّ رخصة التصدي تثبت للقاضي الدستوري في حالة تصديه لأمر من النظام العام [١] ، ويمكن إضافة سبباً ثالثاً الى ما تقدم يعزر احقية المحكمة الاتحادية العليا في التصدي التلقائي للنظر في شرعية النصوص القانونية وهو ان المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية اعطى الحق لمحكمة التمييز عند اجراء تدقيقاتها التمييزية في الدعوى ان تفصل في النزاع اذا كان موضوعة صالحاً للفصل فيه وأنَّ هذا الالزام على سبيل الوجوب ، وهذا الحكم يستفاد من سياق النص ((... وكان الموضوع صالحاً فيه وجب عليها ان تفصل فيه ...)) [٢] ، فمن باب أولى ان يمنح حق التصدي للمحكمة الاتحادية العليا بمناسبة نظرها الدعوى الدستورية لمساس الموضوع بالنظام العام ، فضلاً عن ان من مهام المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ، وان الشروط الواردة في المادة (٢١٤) مرافعات مدنية هي اكثر مقبولية وحضور في الدعوى الدستورية، فضلاً عن ان المادة (٥٠) من النظام الداخلي للمحكمة انفاً رقم (١) لسنة ٢٠٢٢

(١) د. عواد حسين ياسين العبيدي ، الدعوى الدستورية ... ، مصدر سابق ، ص٢٣٧ .

(٢) تنص المادة (٢١٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على : ((اذا رأت محكمة التمييز نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون او للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه وجب عليها ان تفصل فيه ، ولها في هذه الحالة دعوة الطرفين وسماع اقوالهما ان وجدت ضرورة لذلك ، ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه بطريق تصحيح القرار في مدته القانونية لدى الهيئة العامة)) .

نصت صراحة على تطبيق احكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على الدعوى الدستورية [١] .

وخلاصة القول فإنّ وسيلة التصدي التلقائي للدعوى الدستورية من قبل المحكمة الاتحادية العليا بعدِّها احدى طرق اتصال المحكمة بالدعوى ، تستوجب إعادة النظر من الناحية التشريعية في هذه الوسيلة وسن تشريع واحد يحسم هذا الخلاف الفقهي ، ويقرر صراحة على اعتماد طريقة التصدي التلقائي وإيجاد التنظيم القانوني لهذه الوسيلة المهمة اسوة بالمشرع الدستوري المصري .

المبحث الثالث: الطعن عن طريق الدعوى الدستورية المباشرة: من طرق الرقابة القضائية الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة كما تسمى بـ (الدعوى القضائية) ، ويطلق عليها رقابة (الإلغاء) ، إذ تُعد من أخطر وسائل تحريك الدعوى الدستورية ، لأنها تمنح الافراد والهيئات الأخرى حق الطعن المباشرة في دستورية النصوص التشريعية والأنظمة دون انتظار تطبيقها على ارض الواقع ، نظراً لما قد يسبب هذا التشريع أو النظام من اضرار محققة الوقوع وذلك ابتغاء المحافظة على المشروعية الدستورية وضمان الحقوق والحريات المكفولة دستورياً .

ومن الملاحظ ان اتجاه الدول في الاخذ بوسيلة الدعوى المباشرة مختلف بين اتجاهين وبعض الدساتير تقتصر هذا الحق على رئيس الدولة أو الحكومة أو المجلس التشريعي أو ترخص به لهؤلاء جميعاً من غيرهم ممن تحددهم من سلطات الدولة الأخرى إذْ لا يكون للأفراد العاديين ولا لغيرهم من اشخاص القانون الخاص في ذلك [٢] ، ففي فرنسا ، الرقابة التي يقوم بها المجلس الدستوري مقررة لصالح السلطات العامة وليس لصالح الافراد [٣] ، اذ ينظر المجلس الدستوري في دستورية القوانين بناءً على طلب رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ ، بموجب القانون الدستوري رقم ٩٠٤/٧٤ الصادر في ٩ أكتوبر ١٩٧٤ ، كما خولت صلاحية الطعن ايضاً لستين عضواً من أعضاء

(١) عواد حسين ياسين العبيدي ، الدعوى الدستورية ... ، مصدر سابق ، ص١٩٦ .
(٢) د. طعيمة الجرف ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٧٧ .
(٣) حنان محمد إبراهيم الشويهدي ، القضاء الدستوري – المؤسسات والإجراءات – دراسة مقارنة ، ط١ ، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع ، بنغازي ، ٢٠١٢ ، ص٧٩ .

الجمعية الوطنية أو ستين عضواً من أعضاء مجلس الشيوخ [١] ، ولكن دساتير بعض الدول الأخرى كدستور سويسرا الصادر سنة ١٩٩٩ المعدل ، ترخص للأفراد العاديين ولغيرهم من اشخاص القانون الخاص ، في تحريك الدعوى المباشرة ضد القانون المخالف للدستور ، ولا تشترط في ذلك ، سواء توفر شروط المصلحة الشخصية والمباشرة [٢] ، اما الأنواع الأخرى من الدساتير فلا ترخص للأفراد حق الطعن المباشر بعدم الدستورية ، وإنما ترخص لهم ذلك بوسيلة غير مباشرة ، وذلك حينما يثار أمام المحكمة طعناً بعدم دستورية قانون يتوقف عليه الفصل في الدعوى فإن المحكمة تتوقف عن تطبيق القانون وترفع القضية الى المحكمة الدستورية للفصل في دستورية القانون من عدمه [٣] ، وبهذه الوسيلة أخذ قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، والذي جعل حق الافراد في الالتجاء الى المحكمة الدستورية العليا يتصل بدفع يباشر بعدم دستورية نص قانون أمام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص المرفوعة امامها الدعوى ، ومن ثم فلا يحق للأفراد الادعاء مباشرة الى المحكمة الدستورية العليا للطعن في عدم دستورية أي نص من قانون او لائحة بوسيلة الدعوى المباشرة [٤] . لذا فهناك دعوى وهي لا تقام الا من فرد أو هيئة لمخاصمة نص تشريعي معين بسبب مخالفته للدستور ، فالخصم في هذه الدعوى ليس فرداً او هيئة أخرى وإنما هو النص المشكوك في دستوريته [٥] . للإحاطة بكافة جوانب هذه الوسيلة نتناولها بمطلبين :-

المطلب الأول: مفهوم الدعوى الدستورية المباشرة: لبيان المقصود بالدعوى الدستورية المباشرة يستوجب أنْ نقف عند تعريفها التشريعي والفقهي في فرعين وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول : التعريف التشريعي :- تعد المناعي أو المطاعن الدستورية من اشهر المصطلحات التي نالتها بالايضاح المحكمة الدستورية العليا في مصر كما اطلقت عليها في العديد من احكامها المطاعن الدستورية ، سواء المطاعن الشكلية أم المطاعن الموضوعية [٦] .

(١) د. علي يوسف شكري ، سعيد السيد الليثي ، النظرية العامة في القانون الدستوري ، ط١ ، دار الاتحاد للطباعة ، بنغازي ، ٢٠٠٣ ، ص١٨٢ .

(٢) حنان محمد إبراهيم الشويهدي ، مصدر سابق ، ص٨٠ .

(٣) د. عبد القادر اقدورة ، د. حقي إسماعيل بربوتي ، القانون الدستوري ، ج١ ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، بدون مدينة ، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣ ، ص١٨٥ .

(٤) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، تحليل النظام الدستوري المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص٣٤١ .

(٥) د. منذر الشاوي ، نظرية الدستور ، منشورات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص٥٨ .

(٦) د. محمد علي سويلم ، المناعي الدستورية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٢١ ، ص٨ – ٩ .

اولاً : المناعي أو المطاعن الشكلية :- تقوم العيوب او المناعي أو المطاعن الشكلية على مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور سواء في ذلك ما كان منها متصلاً باقتراح النصوص التشريعية أم إقرارها أم إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية .

ثانياً : المناعي أو المطاعن الموضوعية :- تقوم المناعي الموضوعية على مخالفة النصوص الطعينة لقاعدة في الدستور من حيث مضمونها أو موضوعها .

ولم يتضمن قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر سياق إقامة الدعوى المباشرة كإحدى وسائل تحريك الدعوى الدستورية ، وإنما اقتصر تحريكها على ثلاث وسائل وهي : ((الإحالة ، والدفع ، والتصدي)) وبالمقابل وردت في دساتير وقوانين دول أخرى ومنها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إشارة واضحة الى الدعوى الدستورية المباشرة اذ ورد في متنه (الطعن المباشر) وجاء فيه : ((... ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء ، وذوي الشأن ، من الافراد وغيرهم ، حق الطعن المباشر لدى المحكمة ...)) [١] ، يتجلى من النص ان المقصود بحق الطعن المباشر هو ان تقوم الجهات المسموح لها دستوريا بالطعن في التشريعات المشكوك بدستوريتها أمام المحكمة الاتحادية العليا للمطالبة بتطبيق الجزاء القانوني عليها فيما لو بان لها عدم دستوريتها ومخالفتها لأحكام الدستور [٢] .

الفرع الثاني : التعريف الفقهي :- وردت عدة تعريفات من لدن الفقهاء وبشأن الدعوى الدستورية المباشرة ، سنركز على التعريفات التي وسعت منه ومنها من عرفها بأنها : ((الدعوى التي يقيمها المواطن العادي أمام المحكمة المخولة صلاحية النظر بها بموجب الدستور والقانون ابتداءً وبصورة مباشرة مطالباً بإلغاء التشريع المطعون بعدم دستوريته بعد التأكد من مخالفته لأحكام الدستور)) [٣] ، كما عرفت الدعوى الدستورية المباشرة ايضاً بأنها : ((دعوى مستقلة يتم رفعها من قبل الافراد أو بعض الهيئات في الدولة أمام المحكمة المخولة صلاحية النظر في هذه الدعوى بموجب الدستور على القانون المشكوك بدستوريته)) فهي دعوى لا تقام من فرد

(١) المادة (٩٣ / ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
(٢) رحاب خالد حميد الشمري ، الدعوى الدستورية المباشرة ، ط١ ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٢٠ ، ص١٢٩ .
(٣) د. زهير شكر ، الوسيط في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، ج١ ، ط٣ ، الدار الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٤ ، ص١٧٠ .

على فرد وإنما من قبل (فرد) أو (هيئة) على تشريع مشكوك بدستوريته ومخالفته لاحكام الدستور [١] .

بعد عرض التعريفين انفاً والتي سبقت للدعوى الدستورية المباشرة نجد ان الهدف هو الغاء التشريع المشكوك بعدم دستوريته من دون الانتظار حتى يتم تطبيقه ، لكن هناك اختلاف ورد في تعاريف لم يتسع المجال لعرضها ، وهو اختلافها من ناحية النطاق من حيث إعطاء الحق للأفراد أو الهيئات أو كليهما معاً ، ونميل الى التعريف والاراء التي شملت الافراد والهيئات للتقدم بالدعوى الدستورية المباشرة تأكيداً لدورهم الإيجابي في تحمل المسؤوليات العامة بصورة مباشرة ، من مراقبة الالتزام بمبدأ المشروعية وسيادة القانون .

ولا يفوتنا أنْ نضع تعريف لعله يكون مناسب للدعوى الدستورية المباشرة على الوجه الآتي : الدعوى الدستورية التي يرفعها الأشخاص (الطبيعية والمعنوية) أو الهيئات في مفاصل الدولة بوساطة مخاصمة التشريع أمام المحكمة صاحبة الولاية الدستورية وذلك للادعاء بإلغاء التشريع المشوب بعيب دستوري من دون التروي الى ان يتم تطبيقه عليهم للحيلولة دون الاضرار المحققة الحدوث حفاظاً على المشروعية الدستورية وحماية حقوق الافراد وحرياتهم المنصوص عليهم دستورياً .

المطلب الثاني: صلاحية تحريك الدعوى: لتوضيح معنى الصلاحية نطرح السؤال الآتي ، من يملك تحريك الدعوى المباشرة ؟ بدءاً ان طريقة الدعوى الدستورية المباشرة تُعد وسيلة هجومية وليست دفاعية ، بوصفها وسيلة مبتدئة يقوم صاحب الشأن بتوجيهها بصفة مستقلة ضد قانون معين للحكم بإلغائه معتمداً في ذلك على حقه المستمد من الدستور وللاجابة على السؤال السالف الذكر وبشكل عام تضمن نظام اغلب المحاكم الدستورية طريقتين لإحالة هذه الدعوى للطعن في دستورية النصوص التشريعية فهي اما تقدم من جهة رسمية أو تقدم من الأشخاص ، وهذا ما سنتكلم عنه في فرعين وعلى النحو الآتي :-

الفرع الأول : الدعوى الدستورية المقامة من احدى الجهات الحكومية :-

إنَّ طرق تحريك الرقابة على الدستورية امام المجلس الدستوري الفرنسي تختلف باختلاف صور الرقابة التي يمارسها وهذه الصور اما تكون وجوبية أو جوازية فإذا ما كانت الرقابة وجوبية فيما يتعلق بالقوانين الأساسية والأنظمة الداخلية لمجلس البرلمان ، في حالة مخاصمتها

(١) د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، ج٢ ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص٥٨ .

لاعتوارها بعيب دستوري ، فإنَّ تحريك هذه الرقابة يتم بوساطة الإحالة الإلزامية من قبل رئيس الوزراء فيما يتعلق بالقوانين الأساسية قبل إصدارها او من قبل احد رؤساء مجلس البرلمان فيما يتعلق بالأنظمة الداخلية قبل تطبيقها وذلك وفقاً للمادة (٦١) فقرة (١) من الدستور والمادة (١٧) من القانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي أما اذا كانت الرقابة على الدستورية جوازية فإن تحريكها لمخاصمتها يتم بوساطة الدعوى المباشرة من قبل بعض السلطات السياسية وهم رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيس مجلس الشيوخ ورئيس مجلس النواب وستون نائباً أو ستون شيخاً وذلك فيما يتعلق بالقوانين العادية قبل إصدارها وفقاً للمادة (٦١) فقرة (٢) من الدستور اذا ما شابها عيب دستوري ، وكذلك فيما يتعلق بالتعهدات الدولية قبل التصديق عليها وفقاً للمادة (٥٤) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ [١] .

اما في مصر لم يتضمن قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر طريقة إقامة الدعوى الدستورية المباشرة كإحدى وسائل تحريك الدعوى الدستورية المباشرة ، اذ أنَّ تحريك الدعوى الدستورية امام المحكمة الدستورية العليا في مصر يجري بالطرق الثلاث المتقدمة والتي سبق ان تم تناولها في الفقرة (اولاً / ب) من هذا الفرع والتي هي (طريقة الدفع الفرعي وطريقة الإحالة التلقائية ، وطريقة التصدي) [٢] .

أما في العراق فقد جاء في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على : ((لأي من السلطات الاتحادية الثلاث والوزارات والهيئات المستقلة ورئاسة وزراء الإقليم والجهات غير المرتبطة بالوزارة والمحافظين الطلب من المحكمة البت بدستورية نص قانوني أو نظام على أن يرسل الطلب الى المحكمة بكتاب موقع من رئيس السلطة المعنية أو الوزير المختص أو رئيس الهيئة المستقلة أو رئيس وزراء الإقليم أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ، على أن يتعلق النص المطعون فيه بمهام تلك الجهات وأثار خلافاً في التطبيق)) [٣] .

(١) د. عصام سعيد عبد احمد ، مصدر سابق ، ص٤٠٩ – ٤١٠ ، مع العرض آنفاً تنص المادة (٥٤) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ المعدل على الآتي : ((إذا قرر المجلس الدستوري بناءً على اخطار من رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو رئيس احد المجلسين أو ستين نائباً أو ستين عضواً في مجلس الشيوخ ان تعهداً دولياً ما يتضمن بنداً مخالفاً للدستور ، فإنه لا يؤذن بالتصديق على هذا التعهد الدولي أو الموافقة عليه إلا بعد مراجعة الدستور)) .

(٢) د. محمد محمد عبده إمام ، الوجيز في شرح القانون الدستوري ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧، ص٢٢٢ .

(٣) المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ .

مع العرض ان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ حدد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة حصراً [١] ، مما يقصد منه تقييد واضح من المشرع الدستوري بأن الرقابة على دستورية القوانين تقتصر على القوانين والأنظمة النافذة في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ يستوي في ذلك صدورها بعده او قبله لكنها لا تزال نافذة طالما لم تلغى صراحةً أو ضمناً [٢] . وتأسيساً على ما تقدم يستوجب توافر شروط عديدة في الدعوى الدستورية وتتمثل على النحو الآتي[٣] :

الشرط الأول : وجود منازعة حقيقية بين الجهات الرسمية ، اذ ينصرف معنى المنازعة الى وجود خلاف حول مسألة قانونية معينة ، يستوي في ذلك عرض المنازعة على القضاء من عدمه ، بمعنى أنه تعذر حل النزاع بالوسائل القانونية يستوي في ذلك الوسائل الرضائية أو القضائية .

الشرط الثاني : تقديم دعوى يُشترط فيها أنْ تكون مستوفية للشروط القانونية باستثناء دفع الرسم عنها ، وان تكون مسببة (معللة) ، وأن ترسل بكتاب موقع من الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة حصراً .

الشرط الثالث : أضاف آخرون وجوب أنْ تقدم الدعوى إما من محامي ذو صلاحية مطلقة أو من الممثل القانوني للجهة الرسمية على أنْ لا تقل درجته الوظيفية عن مدير ، يستوي في ذلك أنْ يكون مدير عام أو مدير قسم أو مدير احد عناوين الملاك الوظيفي .

يتضح مما تقدم بأنه يمكن للجهات الرسمية الحق بالطعن بالقوانين النافذة حصراً ، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الاتحادية العليا في العديد من قراراتها ومنها قرارها : ((لا تختص المحكمة الاتحادية العليا بالقوانين والقرارات التي انتهى نفاذها)) [٤] .

هكذا يتضح لنا مما سبق ذكره اشتراط توقيع اصل طلب المخاصمة الدستورية من قبل الوزير أو رئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة وعرض الدعوى والحضور والترافع فيها حسب الإجراءات القانونية امام المحكمة الاتحادية العليا ومن قبل محامٍ حاصل على صلاحية مطلقة

(١) لمزيد من التفصيل ينظر المادة (٩٣ / اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
(٢) تنص المادة (١٣٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ((تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ أو تعدل وفقاً لأحكام الدستور)) .
(٣) د. مصدق عادل ، القضاء الدستوري في العراق ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧ ، ص٣٩ .
(٤) حكم المحكمة الاتحادية العليا في العراق ذي العدد ٣٨ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٥/٤ ، من منشورات احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا ، اعداد القاضي جعفر ناصر حسين ، ص٦٤ – ٦٦ .

أو الممثل القانوني للجهة الرسمية لا تقل درجة عن مدير وننوه في هذا المقام الفارق بين إقامة الدعوى الدستورية المباشرة بين القضائين المصري والعراقي ، بأن الأول اتخذ مسار الدعوى الدستورية غير المباشرة وفصلناه في معرض حديثنا سابقاً ، اما في العراق فمساره معروف بالتقديم بدعوى مباشرة لمخاصمة نص قانون أو نظام أصابه عوار دستوري من قبل الجهات الرسمية .

الفرع الثاني : الدعوى الدستورية المباشرة من قبل الأشخاص :-إن حق التقاضي حقٌ مصون ومكفول للجميع ، وكلمة التقاضي جاءت مطلقاً، فطالما حق التقاضي مكفولٌ امام المحاكم العادية ، فمن باب أولى أنَّ يكون هذا الحق امام المحاكم الدستورية كذلك . ففي فرنسا ، الرقابة التي يقوم بها المجلس الدستوري من خلال دعوى المخاصمة الدستورية في حالة تصديه للقانون او اللائحة المشوبة بعيب من عيوب عدم الدستورية هي مقررة لصالح السلطات العامة وليس لصالح الافراد [١] ، وفي هذه الحالة يصعب على الافراد التوجه الى المجلس الدستوري بدعوة دستورية مباشرة مما يشكل مجافاة لحقوق الافراد وحرياتهم .

أما في مصر فقد سارت على الأسلوب الذي يأخذ بطريقة غير مباشرة ، والذي جعل حق الافراد في الالتجاء الى المحكمة الدستورية العليا منوط بدفع يبدي بعدم دستورية نص قانون امام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص المرفوعة امامها الدعوى ، ومن ثم فلا يتمكن الافراد وليس من حقهم الادعاء مباشرة الى المحكمة الدستورية العليا للطعن في عدم دستورية أي نص من قانون او لائحة بوساطة الدعوى الاصلية او المباشرة [٢] ، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر ((مؤدى نص المادة ٢٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا ان المشرع لم يجز الدعوى الاصلية للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية ، وإنما اشترط قيام دعوى موضوعية امام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، وان يكون هناك نص قانوني أو لائحة ترى محكمة الموضوع انه لازم في الفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليهم ويتراءى لها عدم دستوريته ، أو يدفع احد الخصوم بعدم دستوريته ...)) [٣] ، واضح من الحكم آنفاً انه يشترط قيام دعوى موضوعية او لائحة ، وفي هذا الصدد آن الأوان

(١) حنان محمد إبراهيم الشويهدي ، مصدر سابق ، ص٧٩ .
(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، تحليل النظام الدستوري المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص٣٤٨ .
(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بالطعن الدستوري رقم ٤٧ لسنة ٧ ق ، المكتب الفني ، س٤ ، ص٧٢ في ١٩٨٨/٢/٦ ، المصدر السابق نفسه ، ص٣٤١ .

ليخول الافراد والهيئات حق الطعن في دستورية أي قانون يمس مصالحهم بواسطة الدعوى الاصلية أي المباشرة خلال مدة معينة من تاريخ النشر ، متى توافرت في شأنهم شروط معينة حتى لا يساء استعمال هذا الحق ... وغني عن البيان ان ذلك سيكون فضلاً عن الوسائل التي نص عليها قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل [١] ، وان ما جاء بالدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل والخاص بالمحكمة الدستورية العليا من الناحية الدستورية للطعن في القوانين بالدعوى الاصلية امام المحكمة المذكورة في انها : ((تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، واللوائح ...)) [٢] ، وجاءت الرقابة مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه أي رقابة الامتناع بالدفع الفرعي رقابة الإلغاء بالدعوى المباشرة ، وتبعاً ذلك يتطلب الامر تعديل قانون المحكمة آنفاً رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل ليتسع كافة صور الطعن .

أما في العراق فان اختصاص المحكمة بالرقابة على الدستورية من خلال مخاصمة القانون أو النظام المخالف للدستور قد يتحرك بناءً على دعوى يقيمها احد الافراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة حسب ما نص عليه النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا : ((لأي من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة أو منظمات المجتمع المدني المعترف بها قانوناً ، الحق في إقامة الدعوى المباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا ، للبت بدستورية نص في قانون أو نظام ، على أن تكون الدعوى مستوفية لكافة الشروط المنصوص عليها في المواد (٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ ، ٤٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، وان تقدم الدعوى من المدعي بالذات أو وكيله على أن يكون محامياً ذي صلاحية مطلقة فضلاً عن توافر الشروط الآتية :

أ- أنْ يكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي ، على ان توافر ابتداءً من إقامة الدعوى وحتى صدور الحكم فيها .

ب- أنْ يكون النص المطعون فيه قد طُبق على المدعي فعلاً .

ج- أنْ لا يكون المدعي قد استفاد من النص المطعون فيه كلاً او جزءاً .

---

(١) د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحقوق والحريات ، النسر الذهبي لطباعة القاهرة ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص١٤١٤ .

(٢) جزء من نص المادة (١٩٢) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل .

د- أنْ تتضمن عريضة الدعوى البريد الالكتروني للمدعي وعنوان المدعى عليه أو بريده الالكتروني ، وبيان واضح للنص المطعون فيه والنص الدستوري المدعى مخالفته وأسباب المخالفة الدستورية ، ويرفق معها نسخة من النص التشريعي المطعون فيه)) [١] .

وتأكيداً على توافر المصلحة قضت المحكمة الاتحادية العليا في احد احكامها ((لا مصلحة للمدعي في الطعن بالقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٣ (قانون تعديل قانون مؤسسة السجناء السياسيين) لأنه لم يخفض راتبه ولم يتضرر من صدوره ، وكذلك لا مصلحة لرئيس الحزب في الطعن به كونه لم يكن سياسياً ولا يمثل افراد حزبه وليس مخولاً من الحكومة بإقامة الدعوى))[٢] .

وتفريعاً عما مضى ، فإن توجه المخاصمة في حالة الدعوى المباشرة بعدم الدستورية من الافراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة يوكل للمحامي ذي الصلاحية المطلقة [٣] ، وإنَّ المبررات التي ساقها الفقه بهذا الصدد ، إنَّ دعوى المخاصمة الدستورية من الدعاوى ذات الوزن الكبير لانها تلامس القوانين والأنظمة من أعلى السلطات التشريعية والتنفيذية فتحتاج الى دراية وخبرة قانونية عالية والمام بما يتناسب وأهمية الطعون والجهة التي يترافع امامها والخصوم ، وجهد المحامي يصب في صالح الطرفين المدعي والمحكمة الاتحادية العليا ، إذ الطرف الأول ليس لديه المام بالإجراءات الشكلية والموضوعية ولا يعلم قيمة الدفوع مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ **قد قم كج كد كخ كل كملج** ﴾ [٤] ، أما الطرف الثاني وهو المحكمة فهناك لغة قانونية مشتركة تكون قاسم مشترك بين المحامي والمحكمة فالقضاء الواقف المتمثل بالمحامي مكمل للقاضي الدستوري لقطع المخاصمة بيسر وسهولة وبأقل وقت وجهد .

نخلص مما تقدم الى أنَّ المشرع العراقي قد تقدم على المشرع الفرنسي والمصري بأنه سمح للأفراد بالطعن بالمخاصمة الدستورية استناداً الى حق مكفول حسب الدستور ، تطبيقاً للحقوق والحريات المنصوص عليها دستورياً كجزء من الرقابة الشعبية على دستورية القوانين والأنظمة .

(١) المادة (٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ .
(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم الدعوى ٤ وموحدتها ١٢ / اتحادية / ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٥/٦ ، المجلد التاسع ، ط١ ، احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠١٨ ، بيروت ، ٢٠١٩ ، ص٦٣ .
(٣) المادة (٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ .
(٤) سورة الزمر ، الآية (٩) .

ونطرح السؤال الآتي هل ان المشرع نص على إقامة الدعوى المباشرة على الافراد فحسب ؟

عند مراجعتنا لنص المادة (٩٣ / ثالثاً) والتي تكرر ذكرها خلال البحث منه نصت على : ((... ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة ...)) .

للإجابة على هذا التساؤل فان المشرع استخدم لفظ الفرد وهذا يمثل الشخص الطبيعي واتبعه وغيرهم كأنه يقصد الاشخاص المعنوية العامة والخاصة وبهذا يكون النص قد شمل كافة الأشخاص من دون حصر الامر بالأفراد فحسب .

الخاتمة: بعد ان انتهينا من دراسة الموضوع ، بات وجوباً علينا بيان أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها في هذه الدراسة وعلى النحو الآتي :-

اولاً : الاستنتاجات :-

١- تعد دعوى المخاصمة الدستورية سواء عن طريق الدفع الفرعي أم الدعوى الدستورية المباشرة، دعوى موضوعية (عينية) تقوم على مخاصمة نصوصاً تشريعية أو أنظمة (لوائح)، وتهدف الى احترام مبدأ المشروعية الدستورية ، فهي طريقة فعالة في مواجهة السلطة التشريعية عند إصدارها للقانون المخالف للدستور أو السلطة التنفيذية عند إصدارها أنظمة مخالفة لروح الدستور .

٢- ان دعوى المخاصمة الدستورية لا تكن على حالة واحدة وانما تتمثل بأكثر من صورة فهي اما دعوى المخاصمة بوسيلة الدفع الفرعي ضد التشريع أو النظام المخالف للدستور من خلال دعوى قضائية تقام امام المحكمة المختصة او دعوى دستورية مباشرة تقام من قبل الهيئات أو الاشخاص .

٣- نص المشرع العادي المصري في المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل على دعوى التصدي التلقائي للمخاصمة الدستورية في نظر الدعوى الدستورية ، وحسناً فعل ، وفي المقابل سكت المشرع الدستوري العراقي عن هذه الوسيلة ، على الرغم من أنَّ المشرع وفي المادة (٢١٤) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل قد منح هذا الحق لمحكمة التمييز الاتحادية في

الدعاوى المدنية ، وهو الشريعة العامة والقانون ذاته كقانون إجراءات للقضائين الإداري والدستوري ، مما يثير بعض الالتباس حوله.

ثانياً : التوصيات :-

١- ندعو المشرع الدستوري الى تشريع قانون اجرائي واثبات للتقاضي الدستوري لخصوصية طبيعة دعوى المخاصمة الدستورية ، التي تنص على مخاصمة التشريعات والأنظمة المشوبة بعيب عدم الدستورية ، لاسيما وان صورها تختلف عن باقي الدعاوى ، وعدم الاكتفاء بالاحالة الى القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٢- بيان مصير التشريع المحكوم بعدم دستوريته ، وما هي الخطوات الواجبة العمل عند الحكم حوله ، ونأمل الأخذ بالنص الوارد في المادة (٨٦ / ١) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ الملغى ، الذي نص صراحة على الغاء القانون أو القسم المخالف لأحكام القانون الأساسي ملغياً من تاريخ صدور قرار المحكمة الدستورية وأنَّ تقوم الحكومة بتشريع يضمن إزالة الاضرار المتولدة من تطبيق الاحكام الملغاة ، ونقترح النص الآتي : ((عند صدور حكم بعدم دستورية قانون أو نظام مخالف لأحكام الدستور يُعد ملغياً من تاريخ صدور حكم المحكمة الاتحادية العليا وعلى الجهة ذات العلاقة القيام بتشريع قانون يزيل الاثار المتولدة عن تطبيق القانون الملغى)) .

٣- ضرورة اعتماد وسيلة التصدي التلقائي للمحكمة الاتحادية العليا ، اسوة بما فعل المشرع الدستوري المصري في النص صراحة على هذه الوسيلة بموجب المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، وأقترح النص الآتي : ((إذا كانت المحكمة الاتحادية العليا تنظر مخاصمة معروضة عليها واثناء السير في المخاصمة ، تبين للمحكمة ان هناك نص غير دستوري متصل بالمخاصمة فلها من تلقاء ذاتها ان تتصدى له بأن تفصل في عدم دستوريته ، على ان يكون النص متصلاً فعلاً بالمخاصمة الموضوعة امامها حسب الأصول .

قائمة المصادر

- القرآن الكريم
اولاً : الكتب القانونية :-

١- د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .
٢- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، تحليل النظام الدستوري المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣. .
٣- د. جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٦ .
٤- د. حسن مصطفى البحري ، القضاء الدستوري ، ط١ ، بدون دار ومدينة ، ٢٠١٧ .
٥- حنان محمد إبراهيم الشويهدي ، القضاء الدستوري – المؤسسات والإجراءات – دراسة مقارنة ، ط١ ، دار ومكتبة الفضيل للنشر والتوزيع ، بنغازي ، ٢٠١٢ .
٦- رحاب خالد حميد الشمري ، الدعوى الدستورية المباشرة ، ط١ ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٢٠ .
٧- د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الامريكية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٨- د. زهير شكر ، الوسيط في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، ج١ ، ط٣ ، الدار الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بلا مكان نشر ، ١٩٩٤ .
٩- د. طعيمة الجرف ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠١ .
١٠- د. عادل الطبطبائي ، المحكمة الدستورية الكويتية ، تكوينها ، اختصاصها إجراءاتها (دراسة تحليلية مقارنة) جامعة الكويت ، ٢٠٠٥ .
١١- د. عبد القادر اقدورة ، د. حقي إسماعيل بربوتي ، القانون الدستوري ، ج١ ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، بدون مدينة ، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣ .
١٢- د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، الناشرون، بيروت ، ٢٠١٠ .
١٣- د. عصام سعيد عبد احمد ، الرقابة على دستورية القوانين ، ط١ ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ، لبنان ، ٢٠١٣ .
١٤- علي حيدر ، درر الحُكام شرح مجلة الاحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ج٤ ، ط١، جار الكتب العالمية ، بيروت ، ٢٠١٠ .
١٥- د. علي يوسف شكري ، سعيد السيد الليثي ، النظرية العامة في القانون الدستوري ، ط١، دار الاتحاد للطباعة ، بنغازي ، ٢٠٠٣ .
١٦- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي ، الدعوى الدستورية في ضوء اراء الفقه وأحكام القضاء الدستوري ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٢ .
١٧- د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحقوق والحريات ، النسر الذهبي لطباعة القاهرة ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
١٨- د. ماجد راغب الحلو ، القانون الدستوري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٧.
١٩- د. محمد المنجي ، دعوى عدم الدستورية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ .
٢٠- محمد رشيد مصطفى ، الرقابة على دستورية التشريعات الحكومية ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٨ .
٢١- د. محمد علي سويلم ، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ .
------ المناعي الدستورية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٢١.
٢٢- د. محمد محمد عبده إمام ، الوجيز في شرح القانون الدستوري ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .
٢٣- د. مصدق عادل ، القضاء الدستوري في العراق ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧ .
٢٤- د. مصطفى محمود إسماعيل ، وسائل اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا في المرافعات الدستورية ، ط١ ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٢٢ .
٢٥- د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، ج٢ ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١ .
------ نظرية الدستور ، منشورات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١ .
٢٦- د. يحيى الجمل ، رقابة دستورية القوانين ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
٢٧- د. يسري محمد العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

ثانياً : الدساتير :-

١- الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ المعدل .
٢- دستور جمهورية فرنسا لسنة ١٩٥٨ المعدل .

٣- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
٤- دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ المعدل .

ثالثاً : القوانين :-
١- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .
٢- قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ المعدل .
٣- قانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ التعديل الأول لقانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية (الامر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥) .

رابعاً : البحوث والمقالات :-
- مها بهجت يونس ، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد (١١) ، العدد (٢١) ، كانون الأول ٢٠٠٨.

خامساً : الأنظمة الداخلية :-
١- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ .

سادساً : الاحكام والقرارات القضائية الادارية :-
١ _ احكام وقرارات المحكمة العليا الامريكية
٢ _ احكام وقرارات المجلس الدستوري الفرنسي .
٣ _ احكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية .
٤ _ احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية .