حق التقاضي للاجنبي في الدعوى الدستورية

م.م. سارة صاوق ساجت
جامعة ذي قار/ كلية القانون

المقدمة

التعريف بالموضوع:

يرد حق التقاضي ضمن الحقوق المحددة بنطاق الحد الادنى المقرر دولياً مما يفترض النص عليه دستورياً، فيمنح للوطني والاجنبي على حد سواء؛ لكن الواقع العملي قد يحد من هذا الحق مما ينعكس سلباً على حقوق الاجنبي؛ وذلك لاختلاف القوانين بين الدول، أو لطبيعة ما تفرضه التشريعات المحلية من قيود على اقليمها.

مشكلة البحث:

ان منح الحقوق للأجنبي ضمن مستوى الحد الادنى يشكل انعكاساً على نطاق حق التقاضي المكفول دستورياً، فضلاً عن خضوع اجراءات اقامة الدعوى الدستورية في أغلب شروط قيامها الى القانون العادي - قانون المرافعات المدنية العراقي- ، الامر الذي يؤثر على تقاضي الاجنبي خصوصاً؛ بصورة تؤدي الى المساس من هذا الحق أو جعل حدوثه رهناً بالإجراءات التي يضعها القانون المحلي.

أهمية البحث:

تنبثق أهمية الموضوع من كون حق التقاضي يشكل المرتكز الاساس الذي يتوقف عليه تمتع الفرد بكافة الحقوق الاخرى لأنها تشكل ضمانة مهمة لكفالة الحقوق، فهو لا يقف عند استعادة الحق المتنازع عليه فقط، بل يمتد أثره الى ضمان عدم المساس بالحد الادنى المقرر للحقوق في الدستور.

فرضية البحث :

تتجسد فرضية البحث في دعوة المشرع العراقي الى وضع خصوصية للدعوى الدستورية من حيث تنظيم قواعد خاصة بها بدلاً من احالتها الى قواعد التشريع العادي الذي يفتقر بطبيعته أساساً الى نصوص خاصة بالأجنبي نفسه مما يجعل الامر رهناً بالقواعد العامة التي تسري في مواجهة الكل دون الاخذ بنظر الاعتبار الصفة الاجنبية الا في حالات ضئيلة جداً.

منهجية البحث:

اعتمدنا المنهج التحليلي في طرح المادة العلمية من خلال تحليل موقف المشرع الدستوري العراقي، مع الاستعانة بقوانين التشريع العادي التي أحيل اليها تنظيم الاجراءات الخاصة بإقامة الدعوى الدستورية متمثلاً بقانون المرافعات المدنية العراقي

النافذ، مع الاشارة الى بعض القوانين لغرض استيضاح بعض الجوانب المتعلقة بالموضوع.

خطة البحث:

تناولنا البحث بصورة مبحثين، الاول يتضمن البحث في دور القضاء الوطني في كفالة حقوق الاجنبي مقسماً على مطلبين يكون الاول للأساس القانوني لحق الاجنبي في التقاضي، والاخر لدور القضاء في ترسيم حدود الحق، أما المبحث الثاني لخصوصية تقاضي الاجنبي في الدعوى الدستوري مكون من مطلبين، الاول لضوابط التقاضي، والآخر لنطاق تقاضي الاجنبي في الدعوى الدستورية.

المبحث الاول: دور القضاء الوطني في كفالة حقوق الاجنبي

ان القضاء كسلطة عليا ومهمة لا يكون دورها متعلقاً بحماية الوطني وضمان حقوقه بل للأجنبي أيضاً؛ لأنه بالأصل يسعى الى ضمان تطبيق القانون وتحقيق الاستقرار في الدولة ذاتها، وان كانت هذه السلطة تتقيد بالضوابط والاجراءات التي يفرضها القانون الوطني، هذا ما نلاحظه من خلال البحث في المطلبين الآتيين.

المطلب الاول: الاساس القانوني لحق الاجنبي في التقاضي

من الحقوق التي تندرج ضمن نطاق الحد الادنى للحقوق هو حق الاجنبي في اللجوء للقضاء على اعتباره مرفقاً عاماً يمنح للأجنبي اسوةً بحقه بالتعليم والانتفاع من الخدمات العامة[١]، وهذا ما جعل الدستور أن يرد حق التقاضي ضمن الحقوق الممنوحة عموماً للأفراد، دون تقييدها بالمواطن[٢]، إذ نصت المادة (١٩/ ف ثالثاً) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥، على انه : ((التقاضي حق مصون ومكفول للجميع))؛ بذلك حدد الدستور الحق بالتقاضي بشكل مطلق بأن يكون للأجنبي الحق في اللجوء للقضاء الوطني اسوةً بالوطني دون النظر لطبيعة القانون المختص الذي يحكم الاجراءات سواء كان قانوناً وطنيا أم أجنبياً، وهذا ما سارت عليه أيضاً الدساتير العربية والاجنبية[٣].

كذلك ما جاء في الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨في المادة (١٠) منه، بالنص على انه: ((لكل انسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة نظراً منصفاً وعلنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه)).

يستمد حق التقاضي أساسه من مبدأ المساواة، وعدم التمييز بين الافراد، على اعتباره من الحقوق التي تندرج ضمن مفهوم الحقوق اللصيقة بشخص الانسان، فتُمنح للوطني والأجنبي على حدٍ سواء؛ فالدستور يحدد الضوابط الأساس للمجتمع، وبغض النظر عن صفة الأجنبي، فهي حقوق تُمنح بشكل مطلق، ودون التمييز بسبب جنسه، وجنسيته، ولونه، ومعتقده، ومركزه الاجتماعي والإقتصادي، ولا تعد هذه الحقوق قابلة للتجزئة، أو التنازل، أو التصرف؛ لأنّها ملازمة لشخص الانسان، وإنكارها يشكل إنكاراً لإنسانيته، ولا يتغير الاقرار بالحقوق بتغير الزمان والمكان[٤].

فتكون المسألة خاضعة للسياسة التشريعية التي تتبناها الدولة على أساس اطلاق الحقوق والحريات كمبادئ عامة في الدستور، لذا فإن اطلاقها وصعوبة تقييدها بشخص دون آخر، يجعل من ممارستها أو منعها أو تحديد طبيعتها لا يتوقف على تدخل من المشرع لتقييد منحها للوطني، أو فرض قيود على الأجنبي للإنتفاع منها، بإستثناء ما هو مقرر لصالح النظام العام في المجتمع، فهي تستمد أساسها من المساواة بعدَّه مبدءاً دستورياً، وان أي قانون يخالف هذا المبدأ يُشكل تشريعاً غير دستورياً[٥].

المطلب الثاني: دور القضاء الوطني في ترسيم حدود الحق

ان القضاء لا يقتصر على كونه سلطة مختصة للحصول على الحق؛ وانما يكمن دوره أحياناً في ضمان استمرار التمتع به، وتختلف هذه المسائل حسب طبيعة الحق المتنازع عليه وحسب التفصيل الآتي:

الفرع الاول: القضاء سلطة لوجود الحق

أي يكون القضاء الوسيلة الممهدة للحصول على الحق، أي لا ينظر الى الحق في التقاضي على انه حقاً مستقلاً بذاته بقدر ما هو وسيلة لضمان هذه الحقوق، ويتحقق هذا الفرض بصورتين أما بطريق التزام القضاء بفرض وتطبيق القانون فيكون دور القضاء سابقاً على وجود الحق الممنوح له، فالأجنبي مثلاً يستطيع المحافظة على سلامة نفسه وجسده في دولة التزم فيها القضاء بتطبيق القانون، اما من خلال المفهوم الرادع للعقوبة المفروضة على مرتكب الفعل، مما يترتب على ذلك ضمان حصول الاجنبي على حقه في الحياة دون المساس به، أو يتمثل ذلك في امتناع القاضي الوطني عن اصدار أمر قبض أو اعتقال مخالف للقانون لتجريم هذه الافعال في القانون الوطني[٦]، ويمنح هذا الحق للأجنبي اسوة للوطني استناداً لما هو منصوص عليه دستورياً [٧] من كفالة لهذه الحقوق التي تندرج ضمن مفهوم الحد الادنى، ولعل أبرزها الحق في الحياة لما يتوقف عليها ضمان الحقوق الأخرى[٨]، أما الصورة الاخرى فيأتي دور القضاء بشكل لاحق على وجود الحق، فعندما يتم الاعتداء على حق ما للأجنبي، فتكون مهمة القضاء هو استعادة الحق المنتزع أو ضمان التعويض عنه، ويتحقق هذا الفرض في المسائل الجزائية والمدنية، كما الحال في التعويض المتحقق لاستعادة الحقوق سواء كانت شخصية أكان مصدرها العقد أو الفعل النافع أو الضار، أو حقوق فكرية كحق المؤلف، أو الحقوق الادبية، وغيرها، لذا يكون القضاء ملازم لوجود الحق، فأينما وجد القضاء وجد الحق، ويتأتى هذا الامر من ضمان الدستور للحقوق التي تندرج ضمن مفهوم الحد الادنى، لان بخلاف ذلك يتاح للأجنبي حق الطعن بأي قانون يمس بمبدأ حق التقاضي المنصوص عليه في الدستور.

لذا يتم تطبيق القضاء الوطني للقانون في المسائل المدنية، وذلك بتطبيقه كل من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة، وقانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، والمتمثل في تحديد التعويض عن الضرر الذي أحدثه الفاعل استناداً لتوافر

عناصر قيام المسؤولية التقصيرية - الخطأ والضرر والعلاقة السببية - [٩]، وبالتالي يتفاوت التعويض تبعاً لاختلاف القانون واجب التطبيق على النزاع؛ لكن المسألة هنا تبتعد عن تحديد القانون المختص موضوعياً على النزاع سواء كان القانون الوطني أو الاجنبي، وهو ما يخرج من نطاق بحثنا.

وكذلك للقضاء المحلي الحق في تطبيق القانون الجزائي الوطني - قانون العقوبات، قانون اصول المحاكمات- على الجرائم التي ترتكب من الشخص وبغض النظر عن كونه وطنياً أم أجنبياً، وان كان الاعتداء من أجنبي على شخص أجنبي آخر داخل العراق فالقضاء يستمد ولايته في السلطة استناداً للاختصاص الاقليمي الذي يفرض تطبيق القانون على كل الجرائم التي تحدث ضمن حدود العراق بشرط أن تكون الافعال مجرمة في القانون العراقي[١٠]، هو يفرض انتفاء التنازع فيها لأنه القاضي الجزائي ملزم بتطبيق قانونه الوطني.

الفرع الثاني: القضاء سلطة للمحافظة على الحق

ويتمثل ذلك بعدم المساس بأي حق مكتسب للأجنبي، لكنه يكون أمام قيدين **أولاً:** عدم تعارضه مع الاسس التي يرتكز عليها المجتمع، **وثانياً:** عدم تعارضه مع نص مباشر يمنع حصول الاجنبي على الحق، فالنسبة للأول يتمثل هذا التصور في احترام القضاء لحق أكتسبه الاجنبي من قانون ما سواء كان قانونه الاجنبي أو أي قانون دولة أخرى، فيأتي دور القضاء بعدم تنازعه في هذا الحق وعدم صده بفكرة النظام العام متى ما عرض عليه، هذا ما ظهر في احدى قرارات محكمة التمييز في العراق من بحث القاضي عن توافر شروط تنفيذ الحكم الاجنبي وقت تنفيذ الحكم دون المساس بموضوع الحق، فيكون له السلطة في قبول التنفيذ من عدمه وفقاً لهذا الشرط[١١].

مع ان الامر لا يقتصر على ذلك بل يسعى القضاء الى ضمان واحترام الآثار المترتبة على وجود هذا الحق، كما في اجازة القضاء للأجنبي الحق في الطلاق عن عقد زواج ابرم في الخارج، وبغض النظر عن الشروط التي حكمت العقد سابقاً، وان كانت تخالف النظام العام لو تم انشاؤها في الدولة ذاتها؛ كون القاضي الوطني يبحث فقط في مدى توافق هذه الاثار مع قضائه الوطني، وكذلك الاعتراف بالآثار الاخرى المترتبة عليه من ثبوت النسب والتوارث بينهما والوصية وغيرها [١٢].

أما القيد الثاني فيكون الانتقاص الوارد على حق التقاضي في هذه الحالة مقترن بإتمام الحصول على الحق، والذي يفترض مبدئياً وجود مصلحة قانونية يقررها القانون من وراء رفع الدعوى؛ لكن هذه الحقيقة اصطدمت بنصوص قانونية ذات طبيعة مباشرة تعرقل الحصول عليه، كما جاء في المادة (٢٣، ٢٤) من القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١[١٣]؛ كون القانون العراقي قيد انتقال الملكية للعقار الى الاجنبي، ومنعها، وبغض النظر عن الصور التي يتم فيها نقل الملكية تمثلت بالعقد، أو الوصية، أو الميراث على الرغم من ورود هذا الحق ضمن الحد الادنى ومعترف فيها دستورياً[١٤].

المبحث الثاني: خصوصية تقاضي الاجنبي في الدعوى الدستورية

تمنح أغلب الدساتير للأجنبي الحق في اللجوء للقضاء والخضوع لإجراءات عادلة أسوة بالوطني؛ لكن الصفة الاجنبية تضفي أثرها على العلاقات القانونية وتنتقص من هذا الحق بشرط أن لا يكون ماساً بجوهر أصل الحق بخضوع الاجنبي للقضاء الوطني بصفته القانون المختص بنظر العلاقة؛ ليصبح بذلك القانون المحلي قيداً ينتقص من حق التقاضي الممنوح للأجنبي؛ كونه يُقيد الاجنبي اجرائياً وأحياناً موضوعياً بالقانون الوطني، فالنسبة للأول قد يجعل من الاجنبي خاضعاً لإجراءات متعددة أو معقدة أحياناً تعيق حصوله على الحق، والتي يشترك فيها مع دعوى التشريع العادي، اما الاخرى فهي تقيد حدود نطاق الحق والمتسمة بوجود مصلحة حقيقية ومشروعة تهيأ له حصولها، هذا ما نتناوله خلال هذا المبحث، وحسب الآتي:

المطلب الاول: ضوابط تقاضي الاجنبي في الدعوى الدستورية

وان كان الموضوع يرتكز على مدى أحقية الاجنبي بالتقاضي الدستوري؛ الا ان للأمور الاجرائية الاثر المهم في تأطير حدود هذا الحق، و تكون أكثر تأثيراً من القيود الموضوعية ؛ كونها تحدد المجال الذي من خلاله يستطيع الاجنبي اللجوء الى القضاء ليس كما هو الحال عليه بالنسبة للوطني؛ لأن حق التقاضي لا يقتصر على كفالة حق الاجنبي ضمن التشريع العادي؛ بل هو حق للجميع كمبدأ دستوري أصيل، ويعمل على توفير الحماية للفرد سواء كان وطنياً أو اجنبياً [١٥].

الفرع الاول: أثر خضوع الاجنبي اجرائياً للقانون الوطني

فأن الدعوى الدستورية تخضع لإجراءات شأن ما يقتضيها القضاء العادي من حيث اجراءات رفع الدعوى وسيرها ومراحل الطعن بها، والتي من شأنها تخضع للقضاء الوطني؛ كونها تحقق العدالة والامن القانوني للأطراف سواء كانوا وطنيين أم أجانب، فوحدة الاجراءات القضائية هدفها تحقيق العدالة الشاملة في مواجهة الجميع[١٦].

لكن هنالك قيود وضوابط ترجع لاختلاف القانون المختص بنظر العلاقة، والذي بدوره يخضع لسلطة القاضي التقديرية لتحديد طبيعة المسائل الاجرائية وتمييزها عن المسائل الموضوعية التي تتقارب فيما بينها، فيكون لتكييف القاضي الاثر المهم في بيان هذه المسائل، فضلاً عن ان تحديد هذه المسائل يكون الطريق الممهد لتحديد القانون واجب التطبيق الذي يحكم الدعوى القضائية بوصفها الوسيلة الفنية التي تحدد الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني الذي ينشأ من العلاقات الخاصة الدولية [١٧].

ومنها شروط مباشرة الدعوى، وشروط صحة الخصومة، وأهلية التقاضي التي تخضع بدورها لقانون القاضي، بذلك يكون القانون الاخير حاكماً لهذه الشروط ومقيد لها، والتي تختلف عن الشروط المحددة ضمن قانون الاجنبي نفسه.

بدءاً بشروط الدعوى فيضع القانون الوطني شروطاً معينة لقبول الدعوى ويسري الامر على الاجنبي أيضاً، وتتقارب مع دعوى القضاء العادي، وذلك من خلال تطبيق نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، بأنه أشار الى

ضرورة تحقق الاهلية اللازمة لمباشرة حق التقاضي، وشرط الخصومة أو الصفة في الدعوى، والمصلحة، فالنسبة للأهلية والخصومة في الدعوى يفترض من الاجنبي أن يكون كامل الاهلية استناداً لقانون القاضي، وان كان هذا الشرط لا يقيد حق الاجنبي ذاته؛ لكنه يضيف شرطاً يتمثل في الامتناع عن قبول الدعوى الا في حال انابة الاجنبي الولي الوصي أو القيم للمطالبة بحقه في حال لو كان غير كامل الاهلية بالنسبة للقانون الوطني[١٨].

بما ان المشرع الدستوري لم يعالج صفة الخصومة بشكل خاص و اخضعها للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات المدنية دون ان يراعي طبيعتها الدستورية الخاصة [١٩]، الامر الذي يفترض عند تنظيمها الامتناع عن قبول الدعوى الدستورية من الاجنبي دون توفر شرط الصفة في الدعوى مما يجعل الامر مقيداً بسن الاهلية المحدد ضمن القانون الوطني، بسبب الاختلاف الحاصل بين الصفة والمصلحة في اقامة الدعوى، فالصفة تحدد وصف الشخص من كونه كامل الاهلية أو عديمها؛ لأنه ليس من الضروري ان يكون الشخص صاحب المصلحة لديه الصفة التي تؤهله لرفع الدعوى، مما يدفع بالقاضي الدستوري رد الدعوى شكلاً عند انعدامها، حسب ما نصت عليه المادة (١٤) من قانون المرافعات المدنية النافذ[٢٠]، وقد يصل الامر في القضاء المصري الى الاكتفاء بتوافر الشروط المتحققة في الدعوى الموضوعية من شرط الصفة والمصلحة؛ كون القانون المصري يكتفي بالطعن الفرعي دون المباشر؛ لذلك جعل الحق مقتصراً على الخصوم، وعلى وجه الخصوص من الخصم الذي دفع بعدم الدستورية، وترد الدعوى اذا رفعت من دونهم [٢١].

كذلك فيما يتعلق بمفهوم المصلحة المؤهلة لإقامة الدعوى، وان كان القانون المحلي يقرر ابتداءً حق التقاضي للأجنبي، فالأمر يبقى مقيد بمفهوم النظام العام للقانون المحلي[٢٢]؛ لذا ترفض دعوى الاجنبي المتعلقة بنصيب الارث المتضمن فرضاً التساوي بين نصيب الذكر والانثى؛ فأن من الشروط التي وضعها قانون المرافعات المدنية هو أن تكون المصلحة قانونية، أي مقررة بنص القانون؛ والمتمثلة بوجود حق حدده الدستور سلفاً، وان القانون ورد فيه انتهاك للحق المحدد دستورياً.

فضلاً عن عدم تعارضها مع ضابط النظام العام، دون الاخذ بنظر الاعتبار اختصاص القانون المحدد بموجب قاعدة الاسناد، أو تكون المصلحة التي يدعي بوجودها الاجنبي غير مشروعة أصلاً كما لو طعن الاجنبي بالقانون الذي يمنعه من ايقاع الطلاق في حال لو كان من جهة الزوجة؛ كون الامر لا ينسجم مع النظام العام للقانون الوطني، وقد يكون للقانون الاجرائي المختص السبيل القاطع لإثارة الدعوى ابتداءً لان باشتراطه للمصلحة المحققة [٢٣] بإقامة الدعوى قيداً يرد على المطالبة القضائية، والذي يتداخل بطبيعته احياناً بإثبات المسوغ لإقامة الدعوى، كما في المثال المذكور أعلاه من يطالب بنصيبه في الارث يجب عليه اثبات شروط الميراث،

وموانعه، والذي يتقيد بالقانون الاجرائي المطبق على الواقعة من حيث موانع الميراث، فيتعامل القاضي على انها من المسائل المتعلقة بضابط النظام العام.

الفرع الثاني: أثر طبيعة الدعوى الدستورية على تقاضي الاجنبي

للطبيعة الخاصة بالدعوى الدستورية كونها دعوى عينية ومستقلة الاثر الهام في تحديد طبيعة طعن الاجنبي بالقانون المخالف لأحكام الدستور، وحسب الآتي:

ابتداءً توصف الدعوى الدستورية بأنها دعوى عينية فموضوعها يرتكز بشكل أساس على تناول النصوص القانونية المطعون بعدم دستوريتها دون تعلقها بموضوعات شخصية وانما نواحي عينية - نص قانوني- لتكون محل الدعوى الدستورية، لغرض تحقق القاضي الدستوري من مدى مخالفة هذا القانون لأحكام الدستور للحيلولة من قيام أطراف النزاع بالتحايل على القانون والمحكمة لغرض التأخر في فصل الدعوى الموضوعية، وتخفيف العبء عن عمل المحكمة الدستورية واشغالها بدفوع لا يترتب عليها أي آثار قانونية[٢٤]، بما ان الطعن موجه ضد القانون، والغاية من الدعوى تكمن في حماية الدستور بتلافي وجود نصوص قانونية مخالفة لأحكامه، مما قد ينعكس على حدود حق التقاضي للأجنبي على اعتبار ان طعن الاجنبي قائم على أساس المساس بحقوقه الذي يفترض فيها المساواة أكثر مما هو طعن بقانون غير دستوري؛ لكن واقعياً ان الاجنبي عندما يقوم بالطعن وبالخصوص في طريقة الدفع الفرعي جاء استناداً لقانون مس مصلحته الشخصية، وفي الوقت ذاته يُعد قانوناً غير دستورياً.

فيما يتعلق بالوصف الآخر للدعوى الدستورية بأنها دعوى مستقلة، أي دعوى مستقلة عن الدعوى الموضوعية، وان كانت ترتبط بها من حيث المصلحة؛ لكنها تعالج موضوع مختلف عن موضوع الدعوى الدستورية؛ كون الاخيرة تنصب ببحث دستوريتها، بذلك تكون ليست دعوى عارضة أو دعوى فرعية[٢٥].

من الجدير بالذكر بأن استقلالية موضوع الدعوى الدستورية لا يعني انتفاء الارتباط بينها وبين الدعوى الموضوعية تماماً؛ لأنه يكون الدفع بعدم الدستورية جاء نتيجة انتهاك حق ما للأجنبي دفع به للدفع بعدم دستوريته، بذلك جاء بمثابة سبب دفع به للطعن لذا يكون للقاضي الوطني- قاضي الموضوع- سلطة تقدير إحالة الدعوى الى المحكمة الاتحادية العليا، لتقدير جدية الدفع، لان القاضي لا يقوم بإحالة الدفع بشكل مباشر الى المحكمة المختصة دون التحقق من وجود امكانية انتهاك للحق من عدمه[٢٦]، كما ظهر ذلك في إحدى قرارات المحكمة الدستورية المصرية من التأخر بفصل الدعوى الموضوعية وتأجيلها واحالتها للمحكمة الدستورية نتيجة الطعن بدستورية قرار رئيس الجمهورية رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١، واعتباره مخالفاً لأحكام المادتين (١٠٨، ١٤٧) من الدستور، على الرغم من رد هذه الدعوى من قبل الاخيرة لانتفاء المصلحة الشخصية والمباشرة من رفع الدعوى، على أن لا يمس ذلك من حق التقاضي المكفول دستورياً؛ لكن الدعوى ردت لانعدام المصلحة[٢٧].

على ان لا يفهم ان ذلك التقدير تدخل في صميم عمل القاضي الدستوري بقدر ما يكون التقدير مرتبط بمسألة اجرائية متمثلة بكون الدفع منتجاً في الدعوى الموضوعية مما ترتب أثراً في حسم الدعوى[٢٨]؛ فضلاً عن الترابط الحاصل بين الدعويين؛ لان الدفع الدستوري مرتبط بالدعوى الاصلية؛ وان قاضي الموضوع لا يتوقف عن الفصل في الدعوى، ويقرر استئخارها الا في حال وجود ترابط بين الدعويين، والذي من خلاله يستطيع تحديد فكرة ومفهوم المصلحة المبررة لإقامة الدعوى[٢٩]، فمن غير المعقول احالة قاضي الموضوع للدفع المتضمن طعن الاجنبي بالقيود الواردة على حرية التنقل وعدها مساساً بحقه الدستوري؛ لكون القانون منح وزير الداخلية السلطة المطلقة في تقييد الاجنبي في التجوال والحركة أو المرور، وجاء ذلك التقييد لأسباب ومبررات فرضها القانون المحلي تتعلق بالأمن والنظام العام[٣٠]، اضافة الى كون التقييد لم يكُ بشكل مطلق، فبالتالي لا يجد القاضي مبرراً من احالتها الى القضاء المختص بدافع تعارضها مع مبدأ المساواة[٣١].

المطلب الثاني: نطاق تقاضي الاجنبي في الدعوى الدستورية

علاوةً على ما ذكر من الاجراءات والشروط التي يخضع اليها الاجنبي عند التقاضي واختلافه عن الوطني؛ فلابد من تحديد نطاق التقاضي للأجنبي فيما يتعلق بموضوع الدعوى، فأن هنالك خصوصية للأجنبي في اقامة الدعوى الدستورية، والتي ترد على طرق الدفع بعدم دستورية القانون، والذي يُعد بطبيعته دفعاً موضوعياً يمكن اثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وهو دفع يتعلق بالنظام العام، اذ يمكن أن تنظر به محكمة الموضوع من تلقاء نفسها وتقوم بإحالته حال التعارض مع الدستور[٣٢].

فمن الواضح ان المشرع الدستوري رسم طريقين للطعن بدستورية القانون أحداهما طريقة مباشرة وأخرى غير مباشرة، فالنسبة للأولى تتمثل بالطعن بصورة دفع مباشر أمام المحكمة المختصة- المحكمة الاتحادية العليا في العراق- على أن يكون لديه مصلحة من الدفع وهو تضرره من تطبيق القانون المطعون به، أما الطريقة الاخرى تتحقق بأن يتم الطعن بقانون ما اثناء نظر الدعوى الاصلية - دفع فرعي-، أي يتم الدفع بصورة عرضية وبغض النظر عن المرحلة الذي تكون فيها الدعوى اثناء الاستئناف أو التمييز، أو اختصاص المحكمة سواء كانت أمام محاكم الاحوال الشخصية أو محاكم التحقيق أو الجنايات وغيرها ، فتقوم محكمة الموضوع بتأجيل الفصل بالدعوى، واحالتها الى المحكمة الاتحادية العليا، لغرض البت في دستورية القانون من عدمه؛ مؤدياً بذلك الى الامتناع عن العمل بالقانون الذي طعن بدستورية في القضية المنظورة حصراً دون أن يرتب الاثر المتمثل بإلغاء القانون بصورة كلية [٣٣].

فان الدفع بعدم الدستورية مقرر لأي شخص لديه مصلحة تبرر له الطعن سواء كان وطنياً أم أجنبياً؛ لكن الواقع العملي يُقيد حدود الطعن بالنسبة للأجنبي بطريقة دون أخرى على اختلاف طبيعة المصلحة المفترض تحققها للأجنبي فالتساؤل المثار هنا هل

يمكن تحقق هذا التصور بالنسبة للأجنبي والحق له في اقامة دعوى بشكل دفع مباشر، وهل له الحق بإقامة تلك الدعوى تأسيساً على وجود مصلحة محتملة في الدعوى؟.

الموضوع محل جدال فهل يجوز للأجنبي اقامة دعوى بشكل مباشر على اعتبار الاجنبي من المخاطبين بأحكام القانون الوطني شأنه شأن المواطن هذا من جانب، ومن جانب آخر ان لطبيعة المصلحة أثراً في قبول الدعوى من عدمه، أي هل يجوز للأجنبي أن يطعن بقانون نافذ لكن لم يطبق عليه حالياً؛ لكن لا مانع من تطبيقه مستقبلياً تأسيساً على وجود ضرر مستقبلي، أي تقديم الطعن على أساس وجود مصلحة محتملة؛ وان اختلف مفهوم الاحتمالية بين الوطني والاجنبي.

نستنتج ان توجه البعض يذهب الى حقيقة عدم امكانية الأجنبي إثارة ذلك الدفع من خلال الدعوى المباشرة؛ وذلك للمبررات التي يروها أولاً لانعدام المبرر الدافع للطعن بقانون لا يمس حقه أو مصلحته في دولة لا ينتمي إليها، وثانياً أنّ الدستور العراقي أشار في المادة (٩٣/ ف ثالثاً) إلى عبارة (ذوي الشأن) وهي اشارة الى أحقية صاحب المصلحة في تقديم الطعن الدستوري[٣٤].

فأن عبارة "ذوي الشأن من الافراد" عبارة مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه، فهي تشير الى الافراد دون أن تحدد وصفهم، هل هم من الوطنيين أم من الاجانب، فضلاً ان النص يقيد بـ "ذوي الشأن" والذي يفهم إشارةً بأنهم الاشخاص الذي تكون لديهم مصلحة من تقديم الطعن الدستوري[٣٥]، أي لا مانع من كون القانون يشكل مساساً بحق أو حرية للأجنبي .

اي يفترض مثلاً جواز طعن الاجنبي بقانون العمل العراقي حال لو تضمن نصاً يشير الى انتهاك صريح لحق الفرد في العمل بصورة ماسة بحقوق الانسان، كما لو نص على منعه من العمل، على ان لا يفهم من الشروط التي ترد قيداً على العامل الاجنبي كما وضعها مشرع قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ من شرط الحصول على رخصة من وزارة العمل؛ كون هذه الامور لا تمس حق العامل بقدر ما تكون اجراءات تنظيمية [٣٦]، فأن طعن الاجنبي بدستورية قانون العمل استوفى كل الشروط التي حددها القانون آنفاً من وجود مصلحة شخصية ومباشرة وقانونية، أي يجب ان يتم الطعن بسلب أو تقييد الانتفاع بحق أو حرية حددت سلفاً بالدستور، على أن لا يكون المنع مشروعاً مقروناً باعتبارات خاصة بالقانون[٣٧] كما لو تم المساس بحق العمل المكفول دستورياً، وحسب ما نصت عليه المادة (١٩/ ف ثالثاً) من الدستور العراقي، والتي جاء فيها: ((التقاضي حق مصون ومكفول للجميع))، فضلاً عن تعذر تحقق فكرة الدفع الفرعي في مثل هكذا دعوى، لان الامتناع عن العمل لم يرد ضمن قرار معين صدر ضد العامل، ولم يحصل انتهاك لحقوق العامل من قبل صاحب العمل اثناء العمل، وانما ورد الانتهاك حصراً في القانون الذي يشكل مساساً بالحقوق التي ترد ضمن نطاق الحد الادنى، بخلاف ما لو تم الانتهاك بتفصيلات القانون ذاته، كما لو كان

دفع المدعي- العامل- بقانون العمل الذي يتضمن انتهاكاً بإحدى ضمانات العمل سواء تمثلت بالأجر، ساعات العمل، أو اجازات العمل، وغيرها.

واستناداً لذلك يقتضي منا تحديد توجه المشرع الدستوري العراقي في جواز الافراد الطعن بطريق مباشر استناداً لتوافر شروط اقامة الدعوى.

فان المشرع الدستوري اجاز للفرد اقامة الدعوى الدستورية بطريقة مباشرة عن طريق الدفع بدستورية القانون امام المحكمة الاتحادية العليا؛ هذا صريح ما وضعه قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ في المادة الرابعة بالنص على انه: ((بناءً على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدع ذي مصلحة))، وكذلك أشار الدستور في المادة (٩٣) منه الى عبارة "ذوي الشأن من الافراد"، فهذه العبارة تشير الى أحقية الطعن المباشر من قبل الافراد دون التمييز بين الوطني والاجنبي [٣٨] لغرض المطالبة بإلغاء نص قانوني مخالف لأحكام الدستور استناداً الى توفر مجموعة من الشروط لقبول الدعوى حددتها المادة (٦) من قانون النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، ان تكون للمدعي مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي، وان يكون الضرر واقعياً ومباشراً ومستقلاً بعناصره، وليس ضرراً نظرياً أو مستقبلياً أو مجهولاً، وان يكون النص المطلوب الغاؤه قد طبق على المدعي فعلاً أو يراد تطبيقه عليه [٣٩].

من الملاحظ ان الاثر المترتب على طعن الاجنبي بقانون غير دستوري لا يقتصر على الاجنبي ذاته، بل تمتد آثاره الى الوطني أيضاً، فيحوز الحكم حجية الامر المقضي به، ويجعل من ذلك الحكم باتاً وملزماً، للصفة التي تمتاز بها قرارات المحكمة الاتحادية العليا بكون قراراتها باتة وملزمة للجهات كافة [٤٠].

فيما يخص التساؤل الآخر -احتمالية المصلحة- في جواز طعن الاجنبي بقانون يمس مصلحته لكن بشكل غير آني، فالمثال الاهم في تلك الحالة هو طعن الاجنبي بقانون ضريبي نافذ وغير دستوري قبل تحقق الواقعة المنشأة لإقامة الدعوى، أي قبل تحقق السنة المالية لفرض الضريبة على الاجنبي، لذا يفترض لقبول الدعوى ابتداءً التحقق من وجود المصلحة الممهدة لرفع الدعوى، والتحقق من سريان القانون عليه حال تحقق نتيجة الحكم، لذا لا مبرر من طعن الاجنبي المقيم لمدة محددة، فالأمر يتحقق بالنسبة للأجنبي المقيم والخاضع للنظام الضريبي الوطني؛ لان بهذه الحالة يمكن الكشف عن وجود مصلحة وان كانت مستقبلية؛ لكنها في الوقت نفسه تمثل مصلحة أيضاً، وهذا صريح ما وضعه النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا من شروط، اذا أشارت في (المادة ٦/ف ٦) " أن يكون النص المطلوب الغاءه قد طبق على المدعي فعلا أو يراد تطبيقه عليه".

من خلال ذلك نستنتج ان الضرر متوقع حدوثه مستقبلياً؛ لكن المصلحة غير محتملة، وبذلك يختلف المفهوم الاخير للمصلحة المحتملة عما ما هو وارد في القانون الوطني، فالفرض يتحقق في طعن الوطني بقانون لم ينفذ بعد، كما لو طعن الوطني

بقانون ضريبي غير دستوري أخل بمبدأ المساواة المكفول دستورياً[٤١]، والذي يقضي بفرض الضريبة بشكل مختلف بين المكلفين، وحدد مدة نفاذه بالسنة اللاحقة لصدور القانون، أي الطعن هنا قائماً على وجود مصلحة محتملة حال نفاذ القانون، ما يترتب على القاضي الدستوري صعوبة في تقدير الضرر المتحقق مستقبلياً [٤٢]، على خلاف الفرض الاول؛ كون الاحتمالية متحققة بالنسبة للفرد "المكلف بدفع الضريبة" وليس القانون المطعون بدستوريته.

في ضوء ما تقدم اتضح لنا ان للأجنبي الحق في اقامة الدعوى المباشرة بناءً على الاسباب والمبررات المذكورة سلفاً؛ لكن محددة ضمن نطاق معين؛ أولاً كون الدفع بعدم الدستورية مقرراً استثناءً، فالأصل أن يأتي القانون متوافقاً مع أحكام الدستور، وثانياً ان نطاق حدود الطعن للأجنبي تتسع بشكل أكبر في اسلوب الدفع الفرعي؛ لان الاجنبي يثير الدفع نتيجة لانتهاك ماساً بحق أو حرية شكلت اعتداءً على نفسه أو ماله، وهذا الامر يصعب حدوثه في طريق الدفع المباشر.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع حق التقاضي للأجنبي في الدعوى الدستورية، لابد من الاشارة الى أهم النتائج والمقترحات التي تم التوصل إليها، وحسب الآتي:

أولاً- النتائج:

١- يكون وجود القضاء ملاصقاً لوجود الحق، وباختلاف سلطاته، فتمارس احياناً لحماية الحق، والحفاظ عليه، واسترداد الحق المتنازع عليه في أحياناً اخرى.

٢- للقانون الوطني أثراً في تحديد نطاق حق التقاضي الممنوح للأجنبي من خلال فرض الشروط الاجرائية التي يقتضيها القانون الوطني، فضلا عما تستدعيه وجود بعض النصوص الامرة، وتوافقه مع الضوابط والاسس التي يفرضها القانون المحلي.

٣- تضفي الدعوى الدستورية خصوصيتها على حق التقاضي عموماً، والاجنبي على وجه الخصوص، فالأول كون الدعوى تمثل استثناءً على الاصل فهي تشكل طعناً بالقانون، وبشروط حددها النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، اما الثاني يتعلق بالتحقق من مدى أحقية طعن الاجنبي بالقانون الوطني، واختلاف بمفهوم المصلحة المؤهلة للطعن.

ثانياً- المقترحات:

١- ندعو المشرع العراقي النص على تحديد اجراءات خاصة بالدعوى الدستورية، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة المحددة ضمن قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ، لما ذلك من انعكاس ضمان الحقوق الدستورية، ويستتبعه ذلك تأثيراً على الاجنبي نفسه.

٢- ندعو المشرع العراقي الى مراعاة خصوصية الاجنبي عند اقامة الدعوى بشكل

عام؛ كون الامر يفتقد لمعالجة حقيقية، ويطبق بشأنه القواعد العامة في اقامة الدعوى، مما تنعكس سلباً على حقوق الاجنبي، أو تؤدي الى المساس بها.

الهوامش

(١) ينظم حق التقاضي الى مجموعة من الحقوق والحريات تندرج ضمن مفهوم الحد الادنى، حددت بموجب الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨من تحديد للحقوق التي تثبت للفرد باعتباره إنساناً: (الحق في الحياة والحرية، الإعتراف بالشخصية القانونية، الحق في حرية الفكر والدين، الحق في التملك، الحق في حرية التعبير عن الرأي والإجتماع، الحق في العمل واللجوء إلى القضاء)، فضلا عن النصوص الدستورية التي اشار اليها في مواضع متفرقة منه.

(٢) كما جاء في نصوص المواد الآتية من الدستور:(١٥,١٧، ١٩، ٢٩، ٣٢، ٣٤/ف١، م٣٧، ٣٩، ٤٠، ٤٢).

(٣) من الدساتير العربية التي اقرت المساواة الدستور المصري النافذ لسنة٢٠١٤اذ نصت المادة(٥٣)منه على: ((المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والحريات ....))، وكذلك دستور الامارات العربية المتحدة لعام١٩٧١،والدستور القطري لسنة٢٠٠٤والدستور البحريني لسنة٢٠٠٢،وغيرها من الدساتير.

(٤) من الشرائع السماوية التي جاءت بهذا المبدأ، هي الشريعة الاسلامية التي أقرت الوحدة الانسانية بين أبناء الجنس البشري، كما في قوله تعالى(ولقد كرمنا بني آدم)، وقول الرسول الكريم (ص) (الناس سواسية كأسنان المشط)، للمزيد يُنظر لطفاً:

- د. عبد الرسول الاسدي، تأثير المركز العالمي للأشخاص في قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، مج٦، ع١، العراق، ٢٠١٤، ص٥.

(٥) د. أحمد فاضل حسين العبيدي، نصوص دستور العراق ٢٠٠٥ ودورها في حماية مبدأ المساواة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة ديالى، ع٤١، العراق، ٢٠٠٩، ص٧.

(٦) للمزيد من التفصيل ينظر: المادة (٤٢١) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، والمادة (٩٢) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

(٧) اذ نصت المادة (١٥) من الدستور العراقي النافذ على انه: ((لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية.....)) وكذلك المادة (٣٧/ف ب) والتي جاء فيها: ((لا يجوز توقيف أحد أو التحقيق معه الا بموجب قرار قضائي)).

(٨) د. حسن علي كاظم و ابراهيم عباس الجبوري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ، ط١، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، ٢٠١٨، ص٢٥٤.

(٩) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، عباس حسن الشمري، النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة في مسائل الاحوال، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل ، ع ٣، العراق س٦، ٢٠١٣، ص٢٢٧.

(١٠) اذ نصت المادة السادسة من قانون العقوبات العراقي النافذ على انه: ((تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق وتعتبر الجريمة المرتكبة في العراق اذا وقع فيه فعل من الافعال المكونة لها أو اذا تحققت فيها نتيجتها أو كان يراد أن تتحقق فيه.....)).

(١١) ينظر قرار محكمة التمييز بالعدد ١٠و١١/ هيأة موسعة/٨٠ في ١٩٨٢/١/٣٠، أشار اليه : جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى اقامة الدعوى المدنية، ط٤، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص٣٢١-٣٢٣، وكذلك ينظر قرار محكمة التمييز عدد ٥٠/ هيأة موسعة مدنية/٢٠٠٩، أشار اليها: د. عبد الرسول الاسدي، بعض قرارات القضاء العراقي في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠، ص١٠٨-١٠٩.

(١٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، ج٢، (بلا طبعة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص٢٠٤.

(١٣) نصت المادة (٢٣/ ف ثانياً) من القانون المدني العراقي على أنّه: ((تطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق والعائدة الى متوفي أجنبي وفي كيفية انتقالها)).

وما جاء به نص المادة (٢٤) من القانون المدني على أنّه: ((المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وبنوع خاص طرق إنتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده)).

فأن إنتقال الحق يتقيد أيضاً بالقانون المحلي؛ فالنصوص المحددة لانتقال الحق العيني وبالأخص الحقوق العقارية مقيدة بقانون محل التصرف، وتعد هي من النصوص المباشرة التي تقضي بتطبيق القانون الوطني وبصرف النظر عن صفة الشخص وطنياً كان أم أجنبياً، وكذلك في حال كونه المال منقولاً فهو الآخر يتقيد بالقانون الوطني وما يضعه من شروط، وغالباً ما تتعلق بشرط المعاملة بالمثل في أغلب التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والايصاء وغيرها، ليتحقق من مدى توافر هذا الشرط بالقانون الاجنبي.

[١٤] توقف العمل بالنصوص القانونية التي تنص على تملك الاجنبي للعقار بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٤.

[١٥] هذا ما اتبعته المحكمة الدستورية المصرية في عدة قرارات قضائية، للاطلاع على تفاصيل ذلك يُنظر لطفاً:

- قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر: رقم (٨) لسنة (٨) قضائية في ١٩٩٢، متاح على الموقع الالكتروني: hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt تاريخ الدخول: ٢٠٢٠/١٢/١١.

- قرار المحكمة الدستورية العليا رقم (٩٩) لسنة (٤) قضائية في عام ١٩٨٨، متاح على الموقع الالكتروني: hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt، تاريخ الدخول: ٢٠٢٠/١٢/١١.

[١٦] د. عبد الرسول الاسدي، النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة، مصدر سابق، ص٢٣١.

[١٧] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص٣٠٢.

[١٨] نصت المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ على انه: ((يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، والا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في هذه الحقوق))، ونصت المادة (٤) منه على انه: ((تصبح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال الوقف وخصومة من اعتبره القانون خصماً حتى في الاحوال التي لا ينفذ فيها اقراره)).

[١٩] د. بتول مجيد، التصدي في القضاء الدستوري، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد ١٧، ٢٠١٩، ص٢٧١ وما بعدها.

[٢٠] شوَرش حسن عمر، دووبار حميد أحمد، شروط قبول الدعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا في العراق، Journal of university of Garmian، ٢٠١٩، ص٢٣١ وما بعدها.

[٢١] زيد أحمد توفيق الكيلاني، الطعن في دستورية القوانين(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠١٢، ص١٠٦.

[٢٢] النظام العام يمثل مفهوم غير واضح ومحدد المعالم على انه فكرة وظيفية تهدف الى تحقيق غاية معينة؛ وعلى المستويين الداخلي والدولي؛ كون الفكرة تُعد انعكاساً للرأي العام والافكار السائدة في مجتمع دولة القاضي في زمن معين، وهي قابلة للتغيير والتطور باستمرار، وقد عبر عنها في قانون المرافعات المدنية العراقي على كونها قاعدة اجرائية تتعلق بالقواعد الشكلية، نظراً لاتصالها بالنظام القضائي للدولة مما يترتب على مخالفتها البطلان، ينظر :

- حبيب عبيد العامري و نجاة كريم جابر الشمري، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفوع (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، العراق، مج ٢٧، ع١، العراق، ص١٨.

[٢٣] يقصد بالمصلحة على انها المنفعة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباتها كلها أو بعضها، فأن المصلحة هي مناط الدعوى، وانه لا دعوى حيث لا مصلحة، للمزيد من التفصيل ينظر:

- د. علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص٤٢١ وما بعدها.

[٢٤] حنان المصطفى محمد شراج، الاحالة الى المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الدستورية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٨، ص١٧ وما بعدها.

[٢٥] عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٥، ص٣٥٤.

[٢٦] اذ ظهر ذلك في إحدى قرارات المحكمة الاتحادية العليا، اذ كانت هنالك دعوى طلب تصديق الطلاق الخلعي امام محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء الواقع خارج المحكمة-المحكمة الجزائية الانكحة بالرياض، وهنالك دفع يتضمن الطعن بالمادة ٣٤/ف٢ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ كونها مخالفة لأحكام المادة ٤١ من الدستور، فان الدفع ليس له علاقة بحسم متطلبات النزاع؛ كونه لا يمس حق المدعي، لذا فأن

ذهاب المحكمة في قراراها المميز رفض الدفع قد جاء صحيحاً ومتفقاً مع ما تقدم، للاطلاع على تفاصيل القرار، ينظر لطفاً:
- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٣٣/اتحادية/ طعن/٢٠١١ بتاريخ ٢٠١١/٦/٢٢، أشار إليها: القاضي سلمان عبيد عبد الله الزبيدي أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، اصدارات جمعية القضاء العراقي، ع٤، العراق، ٢٠١٢، ص٣٢-٣٣.

[٢٧] للاطلاع على تفاصيل القرار ينظر : قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٩٩) لسنة (٤) قضائية في ١٩٨٨ متاح على الموقع الالكتروني hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt تاريخ الدخول: ٢٠٢١/٣٢/٢٦.

[٢٨] د. علي هادي عطية، المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص٦٤- ٦٥.
اي لا يتعدى اختصاص المحكمة الموضوعية البحث في الدعوى الموضوعية؛ لان ذلك يؤدي الى تضارب الاحكام، فضلا عن كونه يشكل اعتداءً على اختصاص المحكمة الدستورية لان مهمتها التحقق من مدى دستورية القانون المطعون به، ينظر:
- رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين(دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٤٣-٤٧.

[٢٩] ينظر حول الموضوع: د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣٨٢.

[٣٠] ينظر المادة (٢٢) من قانون اقامة الاجانب العراقي النافذ رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧.

[٣١] ينظر حول الموضوع: د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٨١٥-٨١٦.

[٣٢] عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية والقانون المصري)، جامعة حلوان، كلية الحقوق، ١٩٨٨، ص ١٠٦٥-١٠٦٦.

[٣٣] د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،٢٠٠٨،ص٢٧،أشار اليه:

[٣٤] ينظر: د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص١٨١-١٨٤.

[٣٥] ينظر: د. علي هادي عطية، اشكالية قبول المصلحة المحتملة في الطعون الدستورية وتطبيقاتها في الطعن بدستورية التشريعات الضريبية- دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، ع١، س ٥، العراق، ٢٠١٣، ص١٢٧ وما بعدها.

[٣٦] الشروط التي تضعها قوانين العمل متفاوتة بين التشريعات، كما جاء في قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ في المواد (٢٧، ٢٨)، حيث اشترط التعامل بالمثل، كذلك يجب أن يكون دخول الأجنبي، والإقامة في البلد بقصد العمل، مع تحديد نطاق الأعمال المسموح بها، اضافة الى شرط الحصول على ترخيص للعمل من وزارة الصحة.

[٣٧] رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص٣٨٠..

[٣٨] علماً ان هذا الموقف أخذت به أغلب التشريعات الدستورية بإقامة الدعوى بطريقتي الدفع المباشر والفرعي، بخلاف موقف المحكمة الدستورية العليا في التشريع المصري التي اقتصرت على اسلوب الدفع الفرعي، ينظر: د. علي هادي عطية، مصدر سابق، ص٥٩.

[٣٩] للمزيد الاطلاع على نص المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، والمواد (٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧) من قانون المرافعات المدنية النافذ رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، والتي حددت بها شروط اقامة الدعوى.

[٤٠] المادة (٩٤) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.

[٤١] المادة (١٤) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.

[٤٢] للمزيد من التفصيل حول الموضوع ينظر : د. علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص ١٠٧ وما بعدها.

تعليق على القرارات
شرط السمعة الحسنة للتشريح لرئاسة جمهورية العراق
في ظل حكم المحكمة الاتحادية
بالعدد١٧/اتحادية/٢٠٢٢في ١٣-٢-٢٠٢٢

أ.د. علي هادي عطيه الهلالي
عميد كلية القانون – جامعة بغداد

حدد دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ شروطاً عدة في الترشيح لرئاسة الجمهورية ((١)) ، وأوجبها على المرشح لرئاسة الوزراء وزاد عليها ((٢)) ؛ وتستقر أهمية الشروط ونطاقها في مهام المنصب وأهميتها مسقر القلادة على جيد الفتاة ، فإذا كان رئيس الدولة رمزاً لوحدتها ويحافظ على استقلالها وسيادتها وغيرها من الصفات والواجبات والمهام ((٣)) فلا تثريب إن كان المشرع الدستوري قد أحكم نطاق شروط تولي المنصب مراعياً الجنبتين السياسية والقانونية مجتمعة ، إذ لا تغني إحداهما عن الأخرى، بل سعى الى اقصى غايات المثالية في تحديده للشروط حين اشترط "السمعة الحسنة" في المرشح ((٤))، مما يتطلب تحديد معنى الشرط وبيان ذاتيته المستقلة وأدلة انتفائه؟.

حددت معاجم اللغة معنى "السمعة الحسنة" بانها: "نقي السيرة"((٥))، وحددها القضاء المصري بأنها:" مجموعة من الصفات والخصال يتحلى بها الشخص فتجعله موضع ثقة المجتمع وتنأى به بعيداً عن مواطن السوء والشبهات " ((٦)) .

ويظهر إن توجه المشرع الدستوري هو استقلالية شروط تولي منصب رئاسة الدولة وتأطير ذاتيتها المتميزة وإن كانت تلك الشروط متكاملة متراصة ، وبخلاف هذا الفهم يكون تنوع الشروط وتعددها الوارد في الدستور لغواً ، وهذا ما تتأباه الصياغة التشريعية المثلى .

ولكن إن كانت الالفاظ التي يستخدمها المشرع الدستوري في تعداد شروط تولي منصب رئيس الجمهورية قد قصد منها المشرع الاستقلالية والذاتية فإن تلك الالفاظ قد لا تكون دالة على معانيها بما يظهر الابهام والغموض والشك عليها ، ويعسر فهم نطاقها ودلالتها ، لذا فإن مما يُسهل الفهم ويوضح المعنى ويحدد النطاق هو مقاربة شروط تولي المنصب مع الواجبات والمهام ، فاختصاص رئيس الدولة بإصدار العفو الخاص ،

والقوانين مثلاً ((٧)) ، يتقارب مع شرط عدم المحكومية بجريمة مخلة بالشرف ((٨)) ، ولكن الفهم يصعب من دون أن يستحيل كلما توارى معنى شرط تولي المنصب ولم يمكن مقاربته مع الواجبات والمهام ، وبخاصة إذا ما اقترب الشرط من الحيز السياسي وابتعد عن النطاق القانوني أو التشريعي .

من الزاوية المتقدمة ظهر شرط "السمعة الحسنة" بحاجة الى بيان دلالته ونطاقه، فقد يكون الشرط المذكور متقارباً مع ما يمثله رئيس الدولة من رمزية لوحدة الدولة وممثلاً لسيادته ((٩))، لذا تتسع دلالة الالفاظ المبينة للشرط لتستوعب "حسن السمعة الداخلية والخارجية" على حد سواء، فواجبات رئيس الدولة تلك تتعدى نطاق الدولة المحلي وتمتد الى خارج ذلك النطاق، "فحسن السمعة الدولية" قد لا يقل أهمية عن "حسن السمعة الداخلية" إذا ما سلمنا أن الدول تتعايش وتتفاعل مع المنظومة الدولية بل أن مديات تقدمها وتحسن احوالها السياسية والاقتصادية والمالية واستقرارها والحفاظ على امنها واحترام المجتمع الدولي لالتزاماته ازائها مرتهن بمديات ذلك التعايش والتفاعل والاقتراب .

ولكن هل أن شرط "السمعة الحسنة" بنطاقيه (الوطني والدولي) يستوجب التحقق من تطابق دلائله الداخلية (الوطنية) والخارجية (الدولية) أم أن تحقق احداهما يكفي؟، وما هي النسبة التي تؤيد قيامه أو تعارض تخلفه؟؛ أظن أن المشرع الدستوري قد اكتفى بالإشارة الى دالة اثباته بتصويت الغالبية ممن يمثل الشعب في المجلس النيابي على تولي المنصب، ولم ينص على مؤشر تحققه أو تخلفه قبل التصويت((٩))، بمعنى: سيكون توافر شرط "السمعة الحسنة" اصلاً والمنازعة بانتفائه استثناءاً، أي: أنه لا يتطلب لقيامه اثبات وجوده ولكن ادعاء انتفائه يشترط الاثبات ، إذ لا يصح أن يطالب المرشح لتولي المنصب باثبات شرط "السمعة الحسنة" بدليل كتابي أو سواه وإلا لكان تكليفه بمستحيل ، فلا يمكن اعتبار تقديم وثيقة " عدم المحكومية " مثلاً دليلاً لازماً للتحقق من توافر الشرط بل ربما مؤشراً على تأييد تحقق الأصل وبالنتيجة لا يعد حائلاً دون اثبات تخلف تحقق الشرط حتى في حالة تقديم تلك الوثيقة من قبل المرشح نفسه ، وبخاصة أن هذه الوثيقة هي لإثبات شرط آخر من شروط تولي المنصب وهو شرط عدم المحكومية، وبخلاف هذا الفهم ستكون شروط تولي المنصب متداخلة في المفهوم والاثبات والنفي وهذا ما لا يمكن قبوله في التعامل مع الصياغات التشريعية وبخاصة الدستورية منها .

إن التحليل المتقدم باعتبار شرط "السمعة الحسنة" أصلاً ثابتاً لا يثقل المرشح باثبات وجوده بل يكلف المعارض بنفيه يجد مرتكزه بمبادىء دستورية عدة أخصها: "مبدأ المساواة" ((١٠))، و"تكافؤ الفرص" ((١١))، و"الأصل البراءة"((١٢))، وغيرها من المبادئ التي يتفرع منها " الحق في السمعة الحسنة " لدى الافراد كافة ما لم يستمكن الدليل المناهض من نفي وجوده .

ولعل ما يؤيد التحليل المتقدم أن الشرط نفسه لم يكن صريحاً بيناً ضمن الشروط التي حددها المشرع الدستوري في النائب لعضوية مجلس النواب ((١٣)) ، والوزير ((١٤)) ، رغم اشتراك رئيس الجمهورية و النائب في تأدية القسم الدستوري نفسه ((١٥)) ، كما يؤيده خلو الدساتير المقارنة من التصريح به ((١٦)) .

استناداً إلى ما تقدم قبلت المحكمة الاتحادية العليا الطعن في انتفاء شرط "السمعة الحسنة" من أحد مرشحي رئاسة الجمهورية في القضية بالعدد (١٧/ اتحادية/٢٠٢٢ في ١٣-٢-٢٠٢٢) ، وبغض الطرف عن التداخل البين في الاسانيد التي بدت في الحكم متشابكة وبخاصة في نوع الاختصاص الذي مارسته المحكمة فيما إذا كانت قد استندت الى اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين (المادة /٩٣ – أولاً) أم استندت الى اختصاصها في الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية (المادة /٩٣ – ثالثاً) من جهة ، وعدم بروز تحقق شرط المصلحة في قبول الدعوى ومدى صحة مخاصمة قرار مجلس النواب المتخذ في ٣١-١-٢٠٢٢ المتضمن قبول ترشيح (ه ز) لمنصب رئاسة الجمهورية وعدم سمو القرار المخاصم الى منزلة القوانين من جهة أخرى .

إلا أن المحكمة استوقفت "بحق" عند استقلالية شرط "السمعة الحسنة" وذاتيته الخاصة عن باقي شروط الترشح لرئاسة الجمهورية الأخرى ، فضلاً عن كونها قد ربطت "بحق" بين فهم مدلولات شروط الترشح لرئاسة الجمهورية من جهة و المهام والصلاحيات التي يتولى رئيس الجمهورية ممارستها من جهة أخرى ، وهذا ما يستقيم مع وجوب اقتران الشروط بالمهام كما اوضحنا ، ولكن المحكمة جنحت الى هدم اصل "السمعة الحسنة" بثبوت وجود قرار برلماني صادر بأغلبية ١٥٨ عضواً في الدورة البرلمانية السابقة والمتضمن سحب الثقة من المرشح "ه ز" .

ان المسار القضائي في هدم وجود شرط "السمعة الحسنة" عند ثبوت قرار برلماني سابق بالأغلبية ومصطبغ بالصبغة السياسية فيه ركون الى التثبت من قيام شرط "السمعة الحسنة" وانتفائه بدلائل سياسية فقط مما يجعله مرتبطاً بمفاهيم سياسية مرنة، بخلاف التثبت من باقي شروط تولي المنصب التي تستقيم على دلائل قانونية أو كتابية موثقة ، ولكن مرتكزات هذا المسار القضائي لا تكفي " بمفردها" في نفي تحقق شرط "السمعة الحسنة" وبخاصة أن القرارات ذات الصبغة السياسية تكون متذبذبة بين فترة وأخرى ولا أدل على كون المجلس النيابي نفسه الذي اصدر قرار سحب الثقة بحق المرشح "ه ز " في وقت سابق ، قد منع استبعاد أي مرشح من الانتخابات بسبب فقدانه شرط حسن السيرة والسلوك بموجب قراره بالعدد ٢٥٣٥ في ١٩/ ٣/ ٢٠١٤ ، وأيد المنحى نفسه في قبول ترشيح الشخص نفسه في الوقت الحاضر بموجب قراره المطعون بعدم دستوريته ، لذا كان على المحكمة استشراف المستقبل وأن يكون حكمها مبيناً لإطار متكامل لشرط "السمعة الحسنة" وأن تكون دلائل نفيه (قانونية – سياسية موثقة)، لا أن تكون سياسية مجردة لا تدعمها أدلة قانونية أو دلائل تستجمعها المحكمة من بينات

ثابته، وأن تؤسس عقيدتها القضائية بربط شرط "السمعة الحسنة" بوجهيها الداخلي والخارجي بمدى قدرة المكلف برئاسة الدولة على أن يكون رمزاً لها، والذي لا يقف عند حدود سمعته بالداخل فقط .

((١)) المادة /٦٨ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
((٢)) المادة /٧٧ من الدستور .
((٣)) المواد ٦٧ و ٧٣ من الدستور .
((٤)) المادة /٦٨ – ثالثاً من الدستور .
((٥)) معجم المعاني الجامع .
((٦)) المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعنان ٤٤٩٠ ، ٥١١٠ لسنة ٥٥ ق – جلسة ٢٦- ٦ – ٢٠١٠ مجلة هيئة قضايا الدولة – العدد الثالث – السنة الخامسة والخمسون – ٢٠١١ .
((٧)) المادة /٧٣ من الدستور .
((٨)) المادة /٧٨ من الدستور .
((٩)) المادة /٧٠ من الدستور .
((١٠)) المادة /١٤ من الدستور .
((١١)) المادة /١٦ من الدستور .
((١٢)) المادة /١٩- خامساً من الدستور .
((١٣)) المادة /٤٩ من الدستور .
((١٤)) المادة /٧٧ - ثانياً من الدستور .
((١٥)) المادة /٥٠ من الدستور .
((١٦)) المادة /١٤١ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ .