الباب الثاني
المحكمة الاتحادية العليا في شقها الوظيفي

نص قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية على إنشاء هذه المحكمة وحدد – في ذات الوقت – أختصاصاتها التي من بينها الاختصاص الحصري والأصيل، بالرقابة على الدستورية، وذلك بناءاً على دعوى من مدعٍ أو بناءاً على إحالة من محكمة أخرى، في دعاوى بأن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية أو الحكومات الإقليمية أو إدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية لا تتفق مع هذا القانون[٤٦٧]، كما أن نصوص دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، أضافت اختصاصات جديدة لتمارسها المحكمة الاتحادية العليا. منها تفسير النصوص الدستورية[٤٦٨]،[٤٦٩].

٤٦٧- أنظر :المادة (٤٤/ب/ثانياً) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية الملغى، المنشور في الوقائع العراقية، العدد (٣٩٨١) المجلد ٤٥- مايس ٢٠٠٤. والمادة الرابعة والأربعون تنص على:

يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون تسمى المحكمة الإتحادية العليا.

اختصاصات المحكمة الإتحادية العليا هي:

أ- الاختصاص الحصري والأصيل في الدعاوى بين الحكومة العراقية الإنتقالية وحكومات الأقاليم وإدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية.

ب- الاختصاص الحصري والأصيل، وبناء على دعوى من مدع أو بناء على إحالة من محكمة أخرى في دعاوى بأن قانونا أو نظاما أو تعليمات صادرة عن الحكومة الإتحادية أو الحكومات الإقليمية أو إدارات المحافظات والبلديات والإدارات المحلية لا تتفق مع هذا القانون.

ج- تحدد الصلاحية الإستئنافية التقديرية للمحكمة العليا الإتحادية بقانون إتحادي.

د- إذا قررت المحكمة العليا الإتحادية أن قانونا أو نظاما أو تعليمات أو إجراء جرى الطعن به أنه غير متفق مع هذا القانون يعد ملغيا.

هـ- تضع المحكمة العليا الإتحادية نظاما لها بالإجراءات اللازمة لرفع الدعاوى وللسماح للمحامين بالترافع أمامها وتقوم بنشر. وتتخذ قراراتها بالأغلبية البسيطة ما عدا القرارات بخصوص الدعاوى المنصوص عليها في المادة ٤٤ (ب) ١ التي يجب أن تكون بأغلبية الثلثين، وتكون ملزمة، ولها مطلق السلطة بتنفيذ قراراتها بضمن ذلك صلاحية إصدار قرار بإزراء المحكمة وما يترتب على ذلك من إجراءات.

و- تتكون المحكمة العليا الإتحادية من تسعة أعضاء. ويقوم مجلس القضاء الأعلى أولياً وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقل عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فردا لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة أعضاء لكل شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة أو الإستقالة أو العزل. ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيسا لها. وفي حالة رفض أي تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين.

٤٦٨- نص الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٩٣) منه على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وكالاتي:

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

ثانياً: تفسير نصوص الدستور.

إن أبرز ما يميز تحديد اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا أنه شأن يتولاه الدستور ذاته، تاركاً للمشرع في هذا النطاق أمرين: تنظيم ممارسته، والإضافة إليه دون الاستلاب منه، هكذا كان منهج قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ المُلغى ودستور سنة ٢٠٠٥ الحالي، وسندرس ما جاء في الأول من اختصاصات للمحكمة كون الأخيرة مازالت تطبقها رغم إلغاء قانون إدارة الدولة، وسندرس اختصاصات المحكمة التي جاء بها الثاني والتي جاءت مختلفة عن الاختصاصات التي التي نص عليها قانون إدارة الدولة وقانون المحكمة رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ الذي صدر إستناداً إلى الأخير.

وحرص أيضاً دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ[٤٧٠] على دور القضاء الاتحادي بالرقابة على الدستورية، من خلال ما نص عليه من أحكام في الفرع الثاني من الفصل الثالث من الدستور، والمتعلقة بالمحكمة الاتحادية العليا، فقد راعى المشرع الدستوري أن يجعل هذه المحكمة هيئة قضائية مستقلة في المادة (٩٢/أولاً) من الدستور، وقد خصها باختصاصات محددة.

=ثالثاً:- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والأنظمة والتعليمات، والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء، وذوي الشأن، من الأفراد وغيرهم، حق الطعن المباشر لدى المحكمة.

رابعاً:- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية، وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية.

خامساً:- الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الأقاليم أو المحافظات.

سادساً:- الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء والوزراء، وينظم ذلك بقانون.

سابعاً:- المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب.

ثامناً: .

أ- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي، والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

ب - الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للأقاليم، أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم.

٤٦٩- تنص المادة الرابعة من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، والمنشور في الوقائع العراقية، العدد (٣٩٩٦) في ١٧ آذار ٢٠٠٥، على أن (تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية:-

أولاً- الفصل في المنازعات التي تحصل بين (الحكومة الاتحادية) وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلي.

ثانياً. الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أي جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ويكون ذلك بناءًعلى طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدعٍ ذي مصلحة.

ثالثاً. النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري.

رابعاً. النظر بالدعاوى المقامة أمامها بصفة استئنافية وينظم اختصاصها بقانون اتحادي.

٤٧٠- نشر في جريدة الوقائع العراقية – العدد (٤٠١٢) السنة السابعة والأربعين – في ٢٨ كانون الأول ٢٠٠٥.

في ضوء ما تقدم، يجري هذا الباب في فصلين متتاليين، وكما يلي:-

الفصل الأول: رقابة الدستورية.

الفصل الثاني: تفسير النصوص الدستورية.

الفصل الأول
رقابة الدستورية

يحتاج مبدأ سمو الدساتير هو ذاته إلى ضمان لإعماله ووسيلة فعالة لإنفاذه، ذلك الضمان هو الرقابة على دستورية القوانين، لذلك فان أهم وسائل تحقيق المبدأ، هو تطبيق الرقابة على دستورية القوانين على الوجه الصحيح[٤٧١]، فهو يقيد المشرع العادي في الحدود التي رسمها له، ومن ثم يمنع السلطة التشريعية من إصدار التشريعات التي تتعارض مع نصوص الدستور وفق ما يسمى بمبدأ دستورية القوانين. ولضمان التزام السلطة التشريعية بتلك الحدود من الضروري فرض الرقابة عليها. ولكن كيف السبيل لضمان ذلك؟

إن السبيل الأوحد للضمان المذكور هو نظام الرقابة القضائية على الدستورية، ولكن على الرغم من نص دساتير بعض الدول بشكل صريح على منع الرقابة الدستورية على قوانينها، كالدستور البلجيكي لعام ١٨٣١، والدستور البولوني لعام ١٩٢١، إلا أن دولاً أخرى أخذت بهذه الرقابة مع اختلاف في عملية تنظيمها من حيث الجهة التي تتولى هذا الرقابة، ومدى ما يمنحها القانون من صلاحيات في هذا الشأن، حيث أن أنواع الرقابة تتعدد وتختلف من نظام لآخر تبعاً لاختلاف التنظيم الدستوري، كما تختلف هذه الرقابة في آلياتها، ولم تنتهج دساتير الدول نهجاً واحداً فيما يخص الرقابة على دستورية القوانين[٤٧٢].

فقد نص قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى في المادة (٤٤) منه من على إنشاء محكمة اتحادية عليا، مهمتها الرقابة على دستورية القوانين، والنظر في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، وبناءً على ذلك، صدر قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، ونص على آلية تشكيلها والشروط الواجب توافرها في العضو، ثم صدر النظام الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ الذي حدد إجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا، وهي المحكمة القائمة حتى الآن.

هذا، ويلاحظ إن دستور سنة ٢٠٠٥، جاء – في معرض بيان اختصاصات المحكمة ونفاذ أحكامها – متأثراً بقوة بما ورد، في هذا الشأن، في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية الملغي.

٤٧١- أنظر: الدكتور علي السيد الباز – الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة) – المصدر السابق – ص٣٢.

٤٧٢- أنظر: الدكتور حسان محمد شفيق العاني، والدكتور حميد حنون الساعدي – المبادئ الأساسية لدستور العراق الدائم – بحث منشور في الموقع الالكتروني لمركز الفرات للتنمية والدراسات الإستراتيجية:

-www.fedrs.com

لذلك ستكون دراستنا لهذا الفصل من خلال المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: تحريك الرقابة.
المبحث الثاني: إجراءات الدعوى الدستورية والحكم فيها.
المبحث الثالث: تنفيذ الحكم الدستوري.

المبحث الأول
تحريك الرقابة

حددت المادة (٩٣/ أولاً) من دستور ٢٠٠٥ محل الدعوى الدستورية بالقوانين والأنظمة النافذة، والدعوى الدستورية وسيلة اختيارية خولها القانون لصاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لإيقاع الجزاء الذي يقرره القانون على إخلال البرلمان بالواجب الذي تنطوي عليه القاعدة الدستورية[٤٧٣].

حيث تختلف طبيعة الدعوى الدستورية عن غيرها من الدعاوى القضائية من خلال إجراءات تحريكها ونظرها على نحو خاص، نظراً لخطورتها ونوعيتها المتميزة من دون سائر الدعاوى[٤٧٤]، فهذه الدعوى تهدف إلى رفع الاختلاف بين ما أتاه البرلمان أو الحكومة (من تشريعات مخالفة للدستور)، وما كان عليهما إتيانه (من إصدار تشريعات تحترم الدستور)، فإذا كان القانون أو النظام من شأنهما أن يمسا مركزاً قانونياً، أو مصلحة مقررة لأحد الأفراد على صورة تجعل من هذا القانون أو ذاك النظام مصدراً للإعتداء على هذا المركز، فهنا تقوم لشاغل هذا المركز القانوني مصلحة أكيدة في الالتجاء إلى القضاء عن طريق الدعوى الدستورية، ليحصل منها على ما يضمن رد الإعتداء أو ما يجدد الاعتراف بحقه، فالخصومة الدستورية عينية بطبيعتها، إذ إن قوامها مقابلة النصوص المطعون عليها بأحكام الدستور تحرياً لتطابقها معها إعلاءً للشرعية الدستورية، ومن ثم تكون هذه النصوص نفسها هي موضوع الخصومة الدستورية أو هي بالأحرى محلها، وإهدار هذه النصوص بقدر تهاترها مع أحكام الدستور هي الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة[٤٧٥].

٤٧٣- أنظر: الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز فى الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص ١٩٠.

٤٧٤- أنظر: حكم المحكمة الدستورية في الكويت – الطعن رقم ٤ لسنة ١٩٩٥ دستوري – بتاريخ ١٩٩٦/١/٢٧ – منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء – العدد الثامن عشر – نيسان ١٩٩٧- ص ١٦٥.

٤٧٥- أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر- الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ ق – جلسة ١٩٩٥/٤/٨- الجزء السادس الأحكام التي أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٣ حتى آخر يونيو ١٩٩٥ – ص ٦٠٩.

وتقوم الخصومة الدستورية باتصالها بالمحكمة الاتحادية العليا، اتصالاً قانونياً صحيحاً، وهو ما يلزمه إتباع الأوضاع والإجراءات المرسومة قانوناً لإقامة الدعوى الدستورية، وبما يضمن أن تتحرك عبر السبل المحددة حصراً لذلك من ناحية، وأن يكون رافعها من ناحية أخرى وكشأن الدعاوى القضائية، صاحب مصلحة فيها.

إن دستور جمهورية العراق الصادر سنة ٢٠٠٥، لم يبين الطرق المتعلقة بتحريك الدعوى الدستورية، إذ أنه أشار فقط في الفقرة الثالثة من المادة (٩٣) منه إلى طريقة الدعوى المباشرة من قبل مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، وذلك فيما يتعلق بالقضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين والأنظمة والقرارات والإجراءات الاتحادية، وليس فيما يتعلق بتطبيق الدستور الاتحادي، وبذلك فإن المشرع الدستوري ترك مسألة تنظيم هذه الطرق بشكل كامل إلى المشرع العادي من خلال قانون يشرع بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، وهذا القانون لم يصدر لحد الآن، في حين نص قانون الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ في المادة (٤٤/فقرة ب /٢) منه على الأحكام العامة المتعلقة بطرق تحريك الرقابة على الدستورية، وكذلك جاءت نصوص قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، ونظامها الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ لتبين صور تحريك الدعوى الدستورية، حيث نصت الفقرة ثانياً من المادة الرابعة من قانون المحكمة، على أن "تتولى المحكمة الاتحادية العليا .....الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من آية جهة تملك حق إصدارها.ويكون ذلك بناءً على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدع ذي مصلحة".

والذي يرد على قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ في مادته (٤) قصور قد اعتوره، من خلال استخدام مصطلح (الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر ...)، والذي سيكون منعوتاً برقابة القوانين والأنظمة من حيث شرعيتها، بمعناها المنصرف إلى مدى مطابقتها مع القوانين، والحال إن موضوع الرقابة التي تمارسها المحكمة هي رقابة دستورية لا رقابة مشروعية، فغاية المشرع في نصوص دستور ٢٠٠٥ هي تحري مدى مطابقة القوانين والأنظمة النافذة للدستور من دون أن يمتد ذلك إلى رقابة المشروعية في مواجهة نصوص أخرى غير النصوص الدستورية التي يجب أن يترك الاختصاص بشأنها لمحكمة القضاء الإداري بحسب أحكام المادة(٧/ثانياً/د) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل، ولو استعمل المشرع عبارة الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين، لكان أدق وأفضل.

أما المواد (٣و٤ و٥و٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا[٤٧٦]، والمندرجة في الفصل الثاني من النظام وتحت عنوان النظر في شرعية التشريعات، فقد جاءت نصوصها على الوجه الآتي[٤٧٧]:

- إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها، أثناء نظرها دعوى البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو.....
- إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون وقرار تشريعي أو.....
- إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى، الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو..
- إذا طلب مدع الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو .....

يستفاد من نصوص هذه المواد إن إثارة اختصاص المحكمة الاتحادية العليا يكون بناءاً على طلب من محكمة، أو جهة رسمية، أو من مدع ذي مصلحة، وفي هذه الأخيرة يكون الأمر عن طريق الدعوى الأصلية التي يقيمها الأفراد أو السلطات، وهي بذلك تختلف عن التنظيم الدستوري المصري لموضوع الرقابة على دستورية القوانين، حيث أنه لم يعرف الدعوى الأصلية وإنما عرف وسائل ثلاث لتحريك الرقابة الدستورية العليا، وهذه الوسائل هي:الإحالة (المادة٢٩/أ)، والدفع (المادة ٢٩/ ب)، والتصدي (المادة ٢٧).

هذا وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة لهذه الوسائل الثلاث، وقد نص القانون على ثلاثة طرق لتحقيق هذه الغاية – باتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية – أولاً: التجاء جهة القضاء من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية نص لازم للفصل في دعوى منظورة أمام هذه الجهة، وذلك تثبيتاً لالتزام الأحكام القضائية بالقواعد الدستورية الصحيحة، والثاني الدفع الجدي من أحد الخصوم أمام إحدى جهات القضاء بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، وعندئذ تؤجل المحكمة نظر الدعوى وتحدد لمن آثار الدفع أجلاً لرفع الدعوى بنفسه، والطريق الثالث تحويل المحكمة الدستورية العليا أن تقضي من تلقاء نفسها – بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة أي من اختصاصاتها.

٤٧٦– تم نشر هذا النظام في الوقائع العراقية – الجريدة الرسمية لجمهورية العراق – العدد ٣٩٩٧ – السنة السابعة والأربعون – ٢ أيار ٢٠٠٥ – ص ٥– ٧.

٤٧٧– أنظر: الدكتورة مها بهجت يونس– إجراءات إصدار الحكم الدستوري– بحث منشور في مجلة دراسات قانونية – مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة – العدد ٢٣– بغداد – ٢٠٠٩ – ص ١٠٧–١٠٨.

هذه هي الوسائل الثلاث التي تتصل المحكمة الدستورية العليا بواسطتها بالدعوى الدستورية، وبغير هذه الوسائل الثلاث لا يجوز بأي حال من الأحوال تحريك اختصاص المحكمة بالدعوى الدستورية[٤٧٨].

وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم الأمريكية كافة، وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا، لها اختصاص في الرقابة على الدستورية، إلا أنها لا يمكن أن تمارس هذا الاختصاص بطريقة مجردة، بمعنى أنها لا يمكن أن تنظر في الرقابة الدستورية بطريق الدعوى المباشرة ضد القانون غير الدستوري وذلك لأن هذه الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية تعد رقابة محددة وتابعة للقضايا والمنازعات (Cases or controversies) المنظورة أمام هذه المحاكم، أي بمعنى أن الرقابة الدستورية تعد ذات طبيعة شخصية وواقعية ومقيدة في إطار المنازعات القائمة، إذ تحرك الرقابة على دستورية القانون النافذ بطريقة تبعية وغير مباشرة، وليس بطريقة أصلية ومباشرة، فالمنازعات الدستورية لا تتمتع بأي استقلال عن المنازعات، أو الخصومات الأخرى ذات الطبيعة المدنية التجارية، أو الإدارية بل هي تابعة لها[٤٧٩]، وبذلك يمكن القول بأن الدور الذي تقوم به المحاكم الأمريكية وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا يعد دوراً بارزاً وصعباً للغاية مادام النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية يعد موحداً، بحيث تقوم جميع هذه المحاكم بالفصل في كافة القضايا أياً كانت طبيعتها أو نوعيتها، مما يعني أن هذه المحاكم وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا تعد في الوقت ذاته قضاءاً عادياً وإدارياً ودستورياً[٤٨٠].

٤٧٨- لمعرفة المزيد عن تحريك الرقابة الدستورية في مصر أنظر:

- الدكتور ماجد راغب الحلو – دستورية القوانين – المصدر السابق – ص ١٣٩ وما بعدها.
- الدكتور رمزي الشاعر – رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة) – المصدر السابق – ص ٣٨٢ وما بعدها.
- الدكتور يحيى الجمل – القضاء الدستوري في مصر – المصدر السابق – ص ١٥١ وما بعدها.
- الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز في الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص ٣٤٦ وما بعدها.
- الدكتور مصطفى محمود عفيفي – رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية – طبعة أولى– المصدر السابق – ص ٢٧٠ وما بعدها.
- الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب – رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية) – دار الجامعة الجديدة– الإسكندرية – ٢٠١١ – ص ٢٨٨وما بعدها.

479 - See Paul Craig- constitional and Non- constitional Review – 2001-p.5. http://www.utexas.edu/law/conferences/exford/UV3.doc

480- See Elisabeth Zoller – La Cour Supreme des Etats Unis:presentation de la Cour Supreme des Etats-Unis-1998-p.5. http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc5/elzoller.htm

وبشكل محدد تمارس المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية اختصاصها الرقابي بثلاث أساليب هي: أسلوب الدفع بعدم دستورية القانون، وهو الأسلوب الرئيسي لتحريك رقابة الدستورية – كما هو الحال في مصر – ، وأسلوب أوامر المنع، وهي أوامر قضائية تتخذ صيغة النهي الصريح وتوجه إلى شخص ما لإنذاره بأنه إذا ما استمر في نشاط خاطئ معين، أو إذا باشر نشاطاً خاطئاً يوشك أن يقوم به – فوق التزامه بالتعويض – يتعرض للعقاب على أساس إهانة القضاء، وأسلوب الأحكام التقريرية، وهو طريق دعوى تقرير الحقوق وفكرتها تقوم على أساس من أن الأطراف غير الواثقة من حقوقها القانونية تريد من المحاكم أن تثبت وتحدد هذه الحقوق قبل أن يحدث إيذاء ما لها، ومن ثم فهي تضيء للمرء طريقه قبل أن يخطوه[٤٨١].

كما يلاحظ أن المحكمة لا تنظر مباشرة الدعوى، أو الطعن الذي تختص به، بل تفصل أولاً في طلب يقدم لها بشأن نظر الدعوى، وحال الموافقة عليه يتم إدراج القضية في قائمة القضايا التي ستنظرها المحكمة، وفي حالة رفض هذا الطلب فلا يمكن إدراج القضية في القائمة الخاصة بنظر القضايا، وإن كان من الممكن لمن يؤيد نظر القضية من أعضاء المحكمة طلب إعادة التصويت عليها في المؤتمر المقبل للمحكمة – أي في دور الانعقاد التالي لها– وعادة ما يصدر قرار المحكمة في هذا الصدد بدون أسباب[٤٨٢].

لذلك ستكون دراستنا لهذا المطلب من خلال المطلبين التآليين:

المطلب الأول: الاتصال بالدعوى الدستورية من خلال محكمة الموضوع.

المطلب الثاني: الدعوى الأصلية.

المطلب الأول

الاتصال بالدعوى الدستورية من خلال محكمة الموضوع

هذه هي الوسيلة الأولى من وسائل تحريك اختصاص المحكمة الاتحادية العليا برقابة دستورية القوانين.

٤٨١– لمزيد من التفصيل أنظر: الدكتور هشام محمد فوزي – رقابة دستورية القوانين في أمريكا ومصر – المصدر السابق – ص ٢٢٠ وما بعدها.

٤٨٢– انظر: الدكتور عبد العزيز محمد سالمان – رقابة دستورية القوانين – المصدر السابق– ص١٦٤.

في الحقيقة أن هذه الوسيلة ليست أكثر الوسائل انتشاراً في تحريك اختصاص المحكمة في هذا الشأن، ذلك أن الدعوى الأصلية توشك أن تكون الوسيلة الأكثر استعمالاً في هذا الخصوص، ولكننا ندرس "الإحالة" أولاً لأن النص جعلها أسبق من بقية الوسائل في تحريك اختصاص المحكمة من حيث الترتيب.

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

والمقصود بقضاء الموضوع "الجهة القضائية التي أناط بها المشرع ولاية إنزال حكم القانون على ما يطرح أمامها من خصومات فتفصل فيها، وعبر ضمانات وإجراءات محددة قانوناً، بحكم حائز للحجية يصبح عنواناً للحقيقة فيما خلص إليه"[٤٨٣].

واستناداً لما تقدم، سندرس هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الإحالة المباشرة.
الفرع الثاني: الدفع الفرعي.

الفرع الأول
الإحالة المباشرة

نصت المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على أنه: (إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها، أثناء نظرها دعوى، البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي، أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى، فترسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه..)[٤٨٤].

٤٨٣- أنظر: الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط – ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية – منشأة المعارف بالإسكندرية – ٢٠٠٢- ص ٤٢٧.

٤٨٤- أنظر بنفس المعنى: نص المادة (٤/ ثانياً) من قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣- والمادة (٢٩/ أولاً) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ولما كان قاضي الموضوع مطالب بتغليب أحكام الدستور وإعلائها على أحكام التشريعات الأدنى مرتبة، فإن ذلك يقتضي منحه الحق في إحالة النصوص التشريعية التي يتراءى له عدم دستوريتها إلى المحكمة الدستورية العليا، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الاتحادية العليا للفصل في المسألة الدستورية، والقول بغير ذلك يجعل قاضي الموضوع ملتزماً أو مطالباً بتطبيق تلك النصوص على موضوع النزاع، على الرغم من اعتقاده بعدم دستوريته وهو ما يستنكفه المنطق السليم(٤٨٥).

وهذه الصورة من صور تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة، أياً كانت تلك المحكمة، وأياً كانت درجتها، وأياً كانت جهتها سواء جهة القضاء العادي، أو القضاء الإداري، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، ووجدت تلك المحكمة، أو الهيئة القضائية أن القانون الذي ستطبقه على النزاع المنظور أمامها، أو أن نص القانون المراد تطبيقه على تلك المنازعة مشكوك في دستوريته، وأنها لا تطمئن لمخالفته للدستور في اعتقادها، عندئذ فإن المشرع قدر أنه في ظل الرقابة القضائية لدستورية القوانين، وكون المحكمة الدستورية العليا هي وحدها دون غيرها التي تملك الفصل فيما إذا كان القانون – أو نص فيه – دستوري أو غير دستوري – قدر المشرع في هذه الحالة أنه لا يجب أن تجبر المحكمة على الفصل في القضية وفقاً لقانون لا تطمئن إلى دستوريته، وأباح لها أن تحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية، أو عدم دستورية النص، أو النصوص المطلوب تطبيقها على المنازعة المطروحة على المحكمة المحيلة(٤٨٦).

وبالطبع فإن طريق الإحالة مقرر لأي محكمة سواء في ذلك محاكم القضاء العادي، أو الإداري، أو العسكري(٤٨٧)، وفي أي حالة تكون عليها الدعوى، حتى ولو كانت محجوزة للنطق بالحكم(٤٨٨).

فوصول الدعوى إلى مرحلتها الأخيرة، أو استعداداً للنطق بالحكم فيها لا يمنع القاضي، متى تولد لديه الشك بأن النص التشريعي في قانون أو نظام لازم للفصل في النزاع المطروح عليها تثور في

٤٨٥- أنظر: الدكتور عادل عمر شريف – قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر- بدون ذكر اسم الناشر أو مكانه – ١٩٨٨- ص ٤٠٨.

٤٨٦- أنظر: الدكتور يحيى الجمل – القضاء الدستوري في مصر – المصدر السابق – ص١٥٢-١٥٣.

٤٨٧- أنظر: الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله – القانون الدستوري – المبادئ العامة للقانون الدستوري- والنظام الدستوري في دستور ١٩٧١- المصدر السابق – ص٣٩٨ ؛ وكذلك أنظر: الدكتور محمد أنس قاسم جعفر – الرقابة على دستورية القوانين – دراسة مقارنة تطبيقية – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٩ – ص ١٤١.

٤٨٨- أنظر: الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز في الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص ٣٤٧.

شأنه شبهة عدم الدستورية من أحد جوانبه، فهنا توقف المحكمة الدعوى المعروضة عليها، وتحيل الأوراق إلى المحكمة الاتحادية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

فإن قررت محكمة الموضوع إحالة نص إلى المحكمة الدستورية تشك بعدم دستوريته، وجب أن يكون قرار الإحالة الذي تحيل بموجبه النص مستوفياً لوجوده القانوني ومستوفياً للبيانات الجوهرية التي تطلبها المشرع، هذا فضلاً عن أن قرار الإحالة يكون نهائياً، فلا يجوز لمحكمة الموضوع الرجوع، أو العدول عنه[٤٨٩]. لذا يجب أن يتضمن قرار الإحالة النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة[٤٩٠]،[٤٩١]. فإذا صدر قرار الإحالة خالياً من بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة فإن الدعوى الدستورية تكون غير مقبولة[٤٩٢].

ومن الجدير بالذكر أن صدور حكم الإحالة إلى المحكمة الدستورية من محكمة غير مختصة، لا يؤثر في سلامة اتصال المحكمة في الدعوى الدستورية، وهذا ما جاء في حكم المحكمة الدستورية في الكويت بالطعن رقم (١) لسنة ١٩٩٤ دستوري، بتاريخ ١٧ /٥ / ١٩٩٤ تأسيساً على أن (المحكمة الدستورية) ليست جهة طعن بالنسبة إلى محكمة الموضوع، وإنما هي جهة ذات اختصاص أصيل في مجال الرقابة على دستورية القوانين، وأن الدعوى الدستورية تستقل عن دعوى الموضوع،

٤٨٩- أنظر: الدكتور عادل الطبطبائي – المحكمة الدستورية الكويتية تكوينها، اختصاصاتها، إجراءاتها (دراسة مقارنة) – ط١- مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت- ٢٠٠٥- ص٣٠٥.

٤٩٠- أنظر: قرارات المحكمة الاتحادية العليا في إعمال اختصاصها الدستوري من خلال الاتصال بالدعوى الدستورية عن طريق قضاء الموضوع في الإحالة المباشرة – القرار ٨ /اتحادية /٢٠٠٦ – بتاريخ في ٢٠٠٦/٥/٢٩-(والذي طلبت فيه محكمة التمييز النظر في دستورية المادة (٢٠/أولاً/ثالثاً) من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦)، والقرار رقم ٢٥/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/٨ في ٢٠٠٨/١/٨(والذي طلبت فيه محكمة بداءة الكرادة البت بشرعية حكم المادتين (٣٧) (٣٨) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ – للاطلاع على القرارين أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٤٩١- أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر – الصادر في ١٨ أبريل سنة ١٩٩٢ – القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية دستورية – منشور في الجزء الخامس المجلد الأول مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا – الصادرة من =أول يوليو ١٩٩١ حتى آخر يونيو ١٩٩٢– ص ٢٦٧–٢٦٨. وأنظر:نص المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ – والمادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

٤٩٢- أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر – القضية رقم ٤٥ لسنة ٧ ق- جلسة ١٩٨٧/١/٣ – منشور في قرارات وأحكام المحكمة الدستورية العليا – الجزء الرابع – الأحكام التي أصدرتها المحكمة من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيه ١٩٩١- ص١٥.

لأنها تعالج موضوعاً مغايراً لموضوع الدعوى الأصلية الذي تتصل به المنازعة في الاختصاص، والتي تستقل تلك المحكمة (المحكمة الدستورية) بالفصل فيها[٤٩٣].

وفي مصر، نجد أن المحكمة الدستورية العليا ترفض البحث في مدى اختصاص محكمة الموضوع بنظر الدعوى الموضوعية، أو ما إذا كانت لها ولاية النظر في النزاع المعروض عليها، فقد رفضت دفعاً بعدم قبول الدعوى مؤسساً على عدم اختصاص المحكمة التي أصدرت حكم الإحالة ولائياً بنظر الدعوى، وأن انتفاء ولاية المحكمة يؤدي إلى تخلف شروط قبول الدعوى الدستورية، وقالت المحكمة رداً على هذا الدفع (أن المحكمة الدستورية العليا ليست جهة طعن بالنسبة إلى محكمة الموضوع، وإنما هي جهة ذات اختصاص أصيل حدده قانون إنشائها ...ومتى ما رفعت الدعوى الدستورية فإنها تستقل عن دعوى الموضوع، لأنها تعالج موضوعاً مغايراً لموضوع الدعوى الأصلية الذي يتصل به الدفع بعدم الاختصاص، ومن ثم تكون محكمة الموضوع دون المحكمة الدستورية هي صاحبة الولاية في الفصل فيه)[٤٩٤].

وقد يرى البعض أن القول السابق يؤدي إلى إغلاق الباب في وجه المحكمة الدستورية وحرمانها من حقها في فحص مدى سلامة إجراءات إحالة الدعوى الدستورية إليها.

ويرى الباحث أن المحكمة الدستورية الكويتية أجابت عن هذا التساؤل في قرار لها جاء فيه (.....ومن ثم يكون حكم الإحالة المشار إليه موصوماً بالبطلان إعمالاً لحكم المادتين (١٠٢) و(١٠٣) مرافعات، وأنه وإن كانت المحكمة الدستورية في ممارستها لاختصاصاتها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ليست جهة طعن بالنسبة لمحكمة الموضوع، إلا أنه من واجبها بل عليها، أن تتحقق من صحة الإجراء الذي اتصلت بمقتضاه بالدعوى الدستورية، بما لها من سلطة الإشراف على إجراءات الدعوى الدستورية، تكفل لها القيام بالاستيثاق من سلامة تلك الإجراءات ومطابقتها للقواعد التي سنها المشرع لقيامها، نتيجة لأثارها القانونية، ومنها أن يكون اتصالها بالدعوى بمقتضى حكم صحيح له وجوده قانوناً غير مشوب بالعوار والبطلان، وهي أمور تتعلق بالنظام العام تقررها المحكمة من تلقاء نفسها، لما كان ذلك، وكان الحكم الذي أحال أمر الفصل دستورية التشريع المطعون عليه باطلاً فإن قرار الإحالة يكون غير مكتمل لأوضاعه القانونية، ويكون للمحكمة أن لا تعتد بهذا الحكم،

٤٩٣- أنظر: المحامي محمد عبد القادر الجاسم - منهج المحكمة الدستورية في التعامل مع الدعوى الدستورية - مقال منشور على الموقع الالكتروني:

www.aljasem.org/default.asp?opt=2&art_id=60 - 39k

٤٩٤- أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - القضية رقم ٤٧ لسنة ٣ ق - بتاريخ ١٩٨٣/٦/١١- الموسوعة- المصدر السابق - الجزء الأول - ص ٢٩٠.

بما ينتفي معه السند القانوني لاتصال هذه المحكمة بالدعوى الدستورية)، بما مؤداه أن سلطة المحكمة في الاستبانة والتحقق تنصب على (قرار الإحالة من دون أن تمتد إلى الدعوى الموضوعية وما يتفرع عنها من دفوع)[٤٩٥].

ومن الجدير بالذكر أن اتصال المحكمة الاتحادية العليا بالمسألة الدستورية عن طريق الإحالة يتم بمجرد صدور قرار الإحالة، ولا تتقيد هذه الإحالة بميعاد بل تقوم مناسبتها كلما رجح الظن لدى محكمة الموضوع بأن النص المعروض عليها في دعوى بذاتها هو نص غير دستوري[٤٩٦]،[٤٩٧]، فترسل الطلب إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في دستورية النص.

ومن الجدير بالإشارة إليه، أن المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا لم تبين مسار الدعوى الأصلية – هل تستأخر لنتيجة الدعوى الدستورية المرفوعة أمام المحكمة الاتحادية، أو تمضي المحكمة بنظرها – بيد أنه بدلالة المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة، نرجع إلى نص المادة (٨٣/أولاً) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، والتي تنص على أنه (إذا رأت المحكمة أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع..)[٤٩٨].

في حين نصت المادة التاسعة والعشرون (أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على (إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوي عدم دستورية نص في قانون، أو لائحة، لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى، وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية)، أي قررت إيقاف الدعوى الأصلية لحين نتيجة الدعوى المُحالة.

٤٩٥- المحكمة الدستورية الكويتية – الطعن رقم ٣ لسنة ١٩٩٥- جلسة١٩/١١/ ١٩٩٥ – الجريدة الرسمية الكويت اليوم – ع٢٣٤ لسنة ٤١ بتأريخ ١٩٩٥/١١/٢٦. نقلاً عن الدكتور عادل الطبطبائي – المحكمة الدستورية الكويتية تكوينها، اختصاصاتها، إجراءاتها (دراسة مقارنة) – المصدر السابق- ص٣٠٧.

٤٩٦- تنص المادة (٢٩/ ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر على أنه (إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن)

٤٩٧- أنظر: الدكتور عادل عمر شريف – قضاء الدستورية – القضاء الدستوري في مصر- المصدر السابق- ص ٤٠٩.

٤٩٨- أنظر: الدكتور غازي فيصل مهدي – المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية – المصدر السابق- ص٥٠.

الفرع الثاني
الدفع الفرعي

تتطلب بعض الدول رفع دعوى فحص الدستورية أمام الهيئة القضائية المختصة عن طريق دفع فرعي، يقدمه أحد الخصوم في أثناء نظر الدعوى الموضوعية المرفوعة منه أمام محكمة الموضوع، ومقتضى هذه الوسيلة من وسائل تحريك بحث عدم الدستورية، أن يكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء، ويراد فيها تطبيق قانون ما على أحد الأفراد، فيوجه الخصم المراد تطبيق القانون عليه نظر المحكمة إلى مخالفة هذا القانون لأحكام الدستور ويدفع بعدم دستوريته،....فتوقف المحكمة الفصل في الدعوى لحين صدور حكم من المحكمة الدستورية المختصة بشأن القانون المتنازع على دستوريته... فالقاضي في هذه الصورة يبقى بعيداً عن بحث دستورية القانون، ما لم تكن هناك دعوى أمامه يثير فيها أحد الخصوم، بصورة عارضة، الدفع بعدم الدستورية[٤٩٩].

ويُعد هذا الأسلوب الأكثر شيوعاً وأهمية في الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، مما يعني أن رقابة الدستورية لا تثور في صورة دعوى أصلية مبتدأة ضد القانون، وإنما تثور في صورة دفع فرعي أثناء خصومة مدنية، أو جنائية، أو غيرها، أمام إحدى المحاكم[٥٠٠]، وفي مصر فأن المشرع المصري شأنه شأن غالبية التشريعات التي تقر الرقابة على دستورية القوانين، اختار وسيلة الدفع لتحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين أمام المحكمة الدستورية، وهي الوسيلة الأساسية والغالبة لتحريك الدعوى الدستورية في مصر[٥٠١].

"وهو يفترض أن هناك دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم، أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، ويدفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون مطلوباً تطبيقه في هذه الدعوى. فإذا وجدت المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن الدفع جدي، فإنها تؤجل نظر الدعوى القائمة، وتحدد للخصم الذي أثار الدفع بعدم الدستورية ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر ليرفع

٤٩٩- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – النظرية العامة للقانون الدستوري – دار النهضة العربية القاهرة – القاهرة – الطبعة الخامسة – ٢٠٠٥ – ص ٧٠٥.

٥٠٠- أنظر: الدكتور محمد علي سويلم – الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية – المصدر السابق – ص ٤٦٥.

٥٠١- أنظر: الدكتور يحيى الجمل – القضاء الدستوري في مصر – المصدر السابق – ص١٥٦.

الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا انقضى هذا الميعاد ولم يتم رفع الدعوى الدستورية يعتبر الدفع كأن لم يكن"[٥٠٢].

وفي العراق، نصت المادة الرابعة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، على هذا الأسلوب بقولها (إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر بناءاً على دفع من أحد الخصوم بعدم الشرعية، فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى، فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية، وتتخذ قراراً باستأخار الدعوى الأصلية للنتيجة أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا)[٥٠٣].

ويتبين من نص المادة الرابعة المذكورة أعلاه، عدة أمور أولها: إن أسلوب الدفع الفرعي يمر بثلاث مراحل، وتتمثل المرحلة الأولى بوجود دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم، والمرحلة الثانية تستوجب أن يكون هناك دفع من أحد الخصوم بعدم الدستورية أمام المحكمة، وتتمثل المرحلة الثالثة بتقدير هذه المحكمة لجدية الدفع.

وثانيها، أنه إذا دُفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون أو نظام، فإنه لا يُحيل أمر البحث في دستورية النص الطعين إلى المحكمة الاتحادية العليا بصورة تلقائية، بل من حقه أن يتأكد أولاً أن الدفع جدي[٥٠٤]، أي أن المحكمة التي يبدى أمامها الدفع والتي تنظر موضوع الدعوى الأصلية

٥٠٢- أنظر: الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب – رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية) – المصدر السابق – ص ٢٨٩.

٥٠٣- أنظر بنفس المعنى: نص المادة(٢٩/ثانياً) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩؛ والمادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣.

٥٠٤- يذهب بعض الفقه إلى التفرقة بين الجدية في الدفع، والمصلحة في الدفع. فالجدية في الدفع تتصل بالدلائل التي تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص التشريعي أو اللائحي للدستور، وتقدير تلك الشبهة يدخل في اختصاص قاضي الموضوع وحده، أما المصلحة في الدفع، وهو ما يعبر عنه بالمصلحة في الدعوى الدستورية، فتدخل في اختصاص المحكمة الدستورية، وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية، ومناطها أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلب الموضوعي المرتبط بها، كما يجوز إبداء الدفع في أي وقت وأمام أي درجة من درجات التقاضي ولو كان ذلك أمام محكمة النقض(أو التمييز)، ويُرتب على هذه التفرقة آثاراً منها، أنه يعد مجرد سماح محكمة الموضوع لمن أثار الدفع برفع دعواه الدستورية شاهداً بذاته على جدية الدفع، دون أن يُلزم بتقديم دليل آخر لإثبات ذلك، ولا يعد وقف الدعوى الموضوعية شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، وإنما هو نتيجة لتقدير جدية الدفع وضرورة الفصل فيه قبل الحكم في الدعوى الأصلية. أنظر: الدكتور محمد ماهر أبو العينين – الدفوع في نطاق القانون العام – الكتاب الثاني – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٥- ص ٤٣١.

هي التي تقدر جدية الدفع أو عدم جديته، ولم يضع المشرع معياراً حاسماً لكون الدفع جدياً من عدمه، وترك الأمر لمحكمة الموضوع تفصل فيه بحكم يجوز أن يكون محلاً للطعن استقلالاً أمام المحكمة الاتحادية العليا[٥٠٥].

واختلف الفقه في تحديد ما المقصود بالدفع الجدي، فقد ذهب رأي في الفقه[٥٠٦] إلى أن المقصود بجدية الدفع ينصرف إلى مسألتين هما:

أولاً: أن يكون الفصل في المسألة الدستورية منتجاً في الفصل في الدعوى الموضوعية، فيجب أن يكون الدفع بعدم الدستورية متصلاً بموضوع النزاع، بمعنى أن تكون المسألة الدستورية المثارة متعلقة بنص في قانون أو لائحة يمكن أن تكون مؤثره في الدعوى الأصلية على أي وجه من الوجوه، وأن يترتب على الحكم بعدم الدستورية إفادة صاحب الشأن في الدعوى المنظورة.

ثانياً: أن تحتمل مدى مطابقة القانون أو اللائحة للدستور اختلافاً في وجهات النظر، ويعني ذلك ضرورة وجود شبهة خروج القانون على أحكام الدستور، ومن ثم يتعين وجود شك حول المسألة الدستورية، ولا يعني ذلك أن قاضي الموضوع يتحقق من عدم الدستورية، وإنما يعني أن هذا الشك يفسر في جانب عدم الدستورية.

وذهب رأي ثانٍ[٥٠٧] إلى أن المقصود بالجدية ضرورة توافر شرطين:

أولهما:أن يكون الفصل في المسألة الدستورية متعلقاً بنص في قانون أو لائحة يُطلب تطبيقه في الدعوى الأصلية، ولو كان النص متعلقاً بالإجراءات، أو بالاختصاص، أو بالحقوق الموضوعية للخصوم، أو طريق الإثبات، أو بطريق الطعن في الأحكام.

ثانيهما:أن تكون المسألة الدستورية قائمة على أساس ظاهر، فيكفي أن يتحقق قاضي الموضوع من أن المسألة الدستورية المثارة لا تقوم على أساس، بحيث إذا ثبت العكس فإن الدفع يكون مقبولاً، ومن ثم فإنه يكفي في هذا المجال أن تكون المسألة الدستورية هذه محل شك.

وذهب ثالث إلى "أنه ينبغي تفسير الشرط – تقدير القاضي لجدية الدفع – على أنه استبعاد من القاضي للدفوع التي تبدو من ظاهرها إنها كيدية بقصد التسويف وتعطيل الفصل في الدعاوى....

٥٠٥- أنظر: الدكتور يحيى الجمل – القضاء الدستوري في مصر – المصدر السابق – ص ١٥٨

٥٠٦- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة) – المصدر السابق – ص ٣٨٨.

٥٠٧- أنظر: المستشار محمد السيد زهران – الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا – مجلة إدارة قضايا الحكومة – العدد الأول – السنة الرابعة عشر – كانون الثاني –١٩٧٠– ص ١٣٤.

أو الدفوع التي تبدو غير مؤثرة في الفصل في الدعوى، أو أن يكون القانون محل الدفع لا صلة له بالمنازعة موضوع الدعوى"[٥٠٨].

صفوة القول:

١. إن تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية في سبيل استكمال إجراءات إقامة الدعوى الدستورية هو أمر معقود لقاضي الموضوع، وبناءاً على ذلك تتوافر الجدية إذا تحقق القاضي من أن الدفع ليس وسيلة لتعطيل الفصل في موضوع الدعوى، والسعي للإضرار بالخصم نتيجة هذا التعطيل، أي ليس دفعاً كيدياً[٥٠٩].

٢. أن يكون الفصل في المسألة الدستورية المثارة منتجاً في الفصل في الدعوى الموضوعية[٥١٠]، بتعبير آخر يمكن تطبيق النص الطعين على موضوع النزاع ، وإن الحكم الصادر بعدم الدستورية سوف يستفيد منه الذي أثار الدفع[٥١١].

ومن ثم إذا لم يكن للحكم الصادر بعدم الدستورية أي أثر قانوني على الخصومة القائمة تكون الدعوى غير منتجة، لذلك رفضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية طلبات عديدة لطاعنين بإصدار أمر لإحالة الدعوى أمامها[٥١٢].

٣. "أن يقوم لدى القاضي شبهة قوية حول دستورية النصوص المدفوع بعدم دستوريتها، وذلك لأن الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية، بمعنى أن كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين أنه صادر في الحدود التي رسمها الدستور لتلك السلطة، وأن على مدعي العكس إثبات عدم دستورية القانون، فحتى يقبل الدفع أمام محكمة الموضوع يجب أن يكون دفعاً جدياً، بل حتى لو كان جدياً لا يعني ذلك رجحاناً للحكم في الدعوى الدستورية لدى نظرها أمام القاضي الدستوري، فتطلب ذلك يعني إشراك محكمة الموضوع في تقدير دستورية

٥٠٨- أنظر: الدكتور علي السيد الباز – الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة) – المصدر السابق – ص٥٥٦-٥٥٧.

٥٠٩- أنظر: الدكتور فتحي فكري – القانون الدستوري – الكتاب الأول – المصدر السابق – ص ٢٧٨.

٥١٠- أنظر: الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد – القضاء الدستوري – شرعاً ووضعاً- المصدر السابق – ص ٣٠٨.

٥١١- بطبيعة الحال يقدم الدفع أحد الخصوم – والخصم في الدعوى الموضوعية قد يكون المدعي أو المدعى عليه – فكما يمكن أن يفيد الفصل في المسألة الدستورية المدعي في إدعاءاته يمكن أن يفيد المدعى عليه في دفاعه. أنظر: الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط – ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية – المصدر السابق – ص ٤٩٠.

٥١٢- للمزيد من الأمثلة التي قضت فيها المحكمة بعدم توافر شرط المصلحة أنظر: الدكتور أحمد كمال أبو المجد – الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري- المصدر السابق – ص ٢٣١.

القوانين واللوائح، وهذا الاختصاص معقود للمحكمة الدستورية العليا(بحسب التنظيم الدستوري للرقابة) وحدها، فلا تشاركها فيه أية محكمة أخرى من أي نوع أو درجة"[٥١٣].

ويجب أن تتضمن عريضة الإحالة موضوع الطلب والأسباب التي بني عليها بياناً كافياً بالمستندات المؤيدة له، كما يجب أن تتضمن أيضاً بياناً بالنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه المخالفة، والحكمة من ذكر البيانات السابقة هي التعريف بموضوع الدعوى وأسانيدها تعريفاً وافياً ينفي عنها الغموض والجهالة، وحتى يتمكن ذو الشأن فيها من الوقوف على حقيقة الطعن وأسبابه وإبداء ما يرونه من دفاع بشأنه، وحتى يتسنى لهيئة المفوضين لدى المحكمة حصر المسائل الدستورية والقانونية المثارة في الدعوى وتحضيرها وإبداء الرأي فيها[٥١٤].

وللتأكد من جدية النزاع يشترط توافر المصلحة الشخصية والمباشرة للطاعن، فقد أشارت المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٩، بأن "مناط المصلحة في الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية، أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الطالب في ذات الدعوى الموضوعية التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية، وذلك بأن يكون الحكم في هذا الدفع مؤثراً على الحكم فيما أبداه طالب التدخل أمام محكمة الموضوع من طلبات"، كما أشارت المحكمة الدستورية في الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٩٣/٦/١٩ بأن "إذا كان المتدخلون انضماماً للمدعين فيها غير ماثلين في الدعوى الموضوعية التي يؤثر الحكم في المسألة الدستورية على الحكم فيها، ولا يعتبرون بالتالي خصوماً ذو شأن في الدعوى الدستورية، فإن مصلحتهم في الطعن على النص التشريعي محلها تكون منتفية، مما يتعين معه الحكم بعدم قبول تدخلهم"[٥١٥].

ويكون لقاضي محكمة الموضوع التي أبدى أمامها الدفع بعدم الدستورية أن لا يُحيل أمر البحث في هذه الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا بصورة آلية وتلقائية، بل من حقه أن يتثبت من جدية الدفع المبدى فى هذا الشأن، بحيث يكون له سلطة تقديرية فى قبول أو رفض الطلب المقدم من قبل الخصوم، فإذا قدر جدية الدفع فإنه يؤجل أو يوقف الدعوى الموضوعية المنظورة أمامه ويحدد لمن ابدى الدفع ميعاداً أقصاه ثلاثة أشهر لرفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، أما إذا تأكد بأن الدفع بعدم الدستورية غير جدي، فإنه يستمر في نظر الدعوى الموضوعية ولا يكون لمن

٥١٣- أنظر: الدكتور إبراهيم محمد علي – المصلحة في الدعوى الدستورية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٦ – ص٨٠.

٥١٤- أنظر: الدكتور عادل عمر شريف – قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر– بدون ذكر اسم الناشر أو مكانه – ١٩٨٨– ص ٤٣٤–٤٣٥.

٥١٥- أنظر: المستشار عز الدين الدناصوري، والدكتور عبد الحميد الشواربي – الدعوى الدستورية – منشأة المعارف – الإسكندرية – ٢٠٠٢ – ص ٧٦ – ٧٧.

أبدى الدفع حق الالتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا، ومع ذلك فإن قرار محكمة الموضوع برفض الدفع ليس نهائياً، إذ أنه من حق صاحب الشأن أن يطعن في هذا القرار بالطرق المقررة للطعن، أي بالاستئناف أو النقض إذا كانت المحاكم العادية هي صاحبة الاختصاص، وأمام محكمة القضاء الإداري، أو المحكمة الإدارية العليا إذا كان النزاع يدخل في نطاق اختصاص القضاء الإداري[٥١٦].

وإذا تأيد حكم الرفض من المحكمة الأعلى، فيكون صاحب الشأن قد استنفذ جميع الطرق ولا يستطيع اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا في هذه الحالة[٥١٧].

"إن الحكمة من تقييد حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية باشتراط موافقة قاضي النزاع على جدية هذا الدفع ترجع إلى الرغبة في عدم إغراق المحاكم بالدفوع غير المجدية التي من شأنها أن تعطل العدالة، وتؤخر الفصل في المنازعات، وتضيع الوقت، وتشغل مرفق القضاء دون مقتض بالدعاوي التي لا طائل من ورائها"[٥١٨]، لذا نرجح في هذا المقام الحل الذي أخذ به المشرع الكويتي في قانون المحكمة الدستورية على أنه (يجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع، وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية خلال شهر من صدور الحكم المذكور، وتفصل تلك اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الاستعجال)[٥١٩].

فإذا لم يقم برفع الدعوى في خلال مدة الثلاثة أشهر، يُعد الدفع كأن لم يكن، ويتم الفصل في الدعوى الموضوعية دون النظر لهذا الدفع[٥٢٠].

أما المشرع العراقي في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، لم يحدد لمن أثار الدفع أجلاً معيناً يجب عليه تقديمه بدعوى أمام محكمة الموضوع، فالخصم إذا دفع بعدم الدستورية، كُلف بتقديم هذا الدفع بدعوى، وبعد استيفاء الرسم عنها تبت محكمة الموضوع في

٥١٦- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – النظرية العامة للقانون الدستوري – المصدر السابق – ص ٨١٥.

٥١٧- أنظر: الدكتور جورجي شفيق ساري – أصول وأحكام القانون الدستوري – الكتاب الثاني – الطبعة الرابعة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٢-٢٠٠٣- ص ٥١٤.

٥١٨- أنظر: الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز فى الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية – المصدر السابق – ص٣٥٦.

٥١٩- أنظر: المادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣.

٥٢٠- أنظر: الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد – قضاء الدستورية في مصر- في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا- الطبعة الثانية منقحة ومزيدة – دار النهضة العربية – القاهرة -٢٠٠٢- ص ١٨٢؛ أنظر: الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله – القانون الدستوري – المبادئ العامة للقانون الدستوري- والنظام الدستوري في دستور ١٩٧١- المصدر السابق – ص ٣٩٧.

قبول الدعوى، فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الدستورية[٥٢١]، وكان الأجدر بالمشرع العراقي تحديد مدة لمن أثار الدفع لأن ذلك يعطي رؤية للمحكمة للتحقق من أن رغبة الطاعن أمامها جدية، وليس مجرد كسب الوقت أو إضاعته، وهنا يبدو الخلل في عدم تحديد مدة محددة وعليه يجب معالجة هذه المسألة[٥٢٢].

وعند هذه الجزئية منح النظام الداخلي للمحكمة رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ في المادة الرابعة منه المحكمة الاتحادية العليا النظر في هذه الطعون، حينما نصت على أنه (.. إذا رفضت المحكمة الدفع المقدم من أحد الخصوم بعدم الشرعية، فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا)، حيث جاء في حيثيات قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه (ادعى وكيل المدعي (المميز)..أمام محكمة بداءة الكوت بطلب تمليك العقار ٧٠٥١/٢ مقاطعة ٢٩ داموك المملوكة للعراقية (هـ ذ ع) العقاري له وفقاً للقرار ١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ولدى سير المحكمة في الدعوى أوضحت مديرية التسجيل العقاري في واسط بأن العقار مشمول بالقرار ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ الصادر من مجلس الحكم، وفي جلسة ٢٠٠٦/٨/١٦ رفض الدفع والطلب مسببة بأنه موافق للدستور، وجاء معالج لأوضاع راهنة يمر بها البلد، ولعدم قناعة المدعية (المميز) بالحكم المذكور، طعن وكيل المدعية بلائحته التمييزية المؤرخة ٢٠٠٦/٨/٢٨ أمام المحكمة الاتحادية العليا طالباً نقض قرار المحكمة، وللأسباب التي أوردها في لائحته التمييزية، وقد جاء بالقرار .. لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن وكيل المدعي/المميز/يطعن بعريضته التميزية المؤرخة في ٢٨ /٢٠٠٦/٨ بالقرار المتخذ من محكمة بداءة الكوت في الدعوى المرقمة (٤١٢ /ب/٢٠٠٦) جلسة المرافعة المؤرخة في ٢٤ /٢٠٠٦/٨ المتضمنة رفض دفعه بعدم شرعية قرار مجلس الحكم المرقم (٨٨)لسنة /٢٠٠٣، وحيث أن محكمة بداءة الكوت لم تتخذ قرارها المميز وفقاً لأحكام المادة (٤) من النظام الداخلي لهذه المحكمة رقم (١) لسنة /٢٠٠٥، لذا تكون هذه المحكمة غير مختصة بنظر الطعن، وإنما تكون محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية هي المختصة بالنظر باعتبار الطعن قد اتخذ أثناء نظر السير في الدعوى لذا وعملاً بأحكام المادة (٣٤) و(٧٨) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ٩٦٩/ قرر إحالة الطعن التمييزي مع إضبارة الدعوة عليها للنظر فيه والاحتفاظ للميزة برسم التميز

٥٢١- أنظر: المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥.

٥٢٢- أنظر: مكي ناجي – المحكمة الاتحادية العليا في العراق – المصدر السابق – ص ٥٤.

المدفوع، وإشعار محكمة بداءة الكوت بذلك، وصدر القرار بالاتفاق في /ذي القعدة /١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/١٢/١٨)[٥٢٣].

والذي يرد على نص المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية، من مثلبة أنه لم يحدد مدة الطعن بقرار محكمة الموضوع برفض الدفع، (وهذا بخلاف ما ذهب إليه المشرع الكويتي في المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية، حيث تم منح ذوي الشأن مدة شهر) فلا يمكن أن تبقى مدد الطعن مفتوحة إلى ما لا نهاية، وهي مدد حتمية لا يمكن تجاوزها.

كما يرد التساؤل، والمتعلق في الحكم لو أن محكمة الموضوع قد رفضت جدية الدفع، وقام الطاعن برفع طعنه إلى المحكمة الاتحادية العليا لتقرر مدى جديته، فهل تلتزم محكمة الموضوع في هذه الحالة بوقف السير في الدعوى الموضوعية إلى أن تبت المحكمة الاتحادية بالطعن المقدم إليها؟ أم أن لها أن تستمر في نظر النزاع.

والواقع أن قانون المحكمة ونظامها الداخلي لم يعالج هذه النقطة، الأمر الذي يقتضي بالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، والذي ينص في المادة (٨٣/أولاً) منه على أنه (إذا رأت المحكمة أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة، واعتبار الدعوى مستاخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع).

"إلا أن السؤال الذي ينبثق هنا، هل تقوم المحكمة الاتحادية العليا، إذا ما تم الطعن بقرار المحكمة المختصة أمامها، بنقض القرار، وإعادة إضبارة الدعوى إليها للبت في الطلب مجدداً، إذا أنست في الطلب وجاهة، أو إنها تقوم بالبت في الطلب مباشرة، ومن ثم تصدر حكماً فيه وترسله إلى المحكمة المختصة لكي تستأنف النظر في الدعوى الأصلية مجدداً؟

والحل الثاني هو الأقرب للمنطق، كما أن من شأنه تسريع البت في الدعوى الأصلية، وهكذا يصل الحق إلى صاحبه بأسرع وقت"[٥٢٤]. إلا أن المحكمة الاتحادية ذهبت في حكمها عكس هذا الاتجاه بعد نقضها لقرار محكمة استئناف الكرخ القاضي برفض إحالة طلب دفع فرعي بعدم دستورية القانون رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٥ إلى المحكمة الاتحادية وجاء في قرارها "....ولما تقدم يكون الحكم

٥٢٣- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٧ / اتحادية/تمييز / ٢٠٠٦ في ١٨/ ٢٠٠٦/١٢- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٢٤- أنظر: الدكتور غازي فيصل مهدي- المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية – المصدر السابق – ص ٥٢.

المميز قد جاء مخالفاً للقانون قررت نقضه وإعادة إضبارة الدعوى لمحكمتها للسير فيها وفقاً للنهج المتقدم ..." [٥٢٥].

فإعطاء الفصل في جدية الدفع من عدمه في المرحلة الثانية من التقاضي إلى الجهة المختصة بالرقابة على الدستورية؛ (عند رفض الدفع من محكمة الموضوع) يتوافق مع فكرة مركزية الرقابة، كما يحقق حماية أكبر للأفراد في تقدير الدفوع المثارة بعدم الدستورية، لأن هذه المحكمة تعد أقدر من غيرها على الفصل في مدى شرعية المسائل الدستورية المثارة، فضلاً عن إن هذا الحل يجنب التضارب في الأحكام وعدم الاستقرار في المعاملات القانونية[٥٢٦].

ولا يخفى أن إعطاء محكمة النزاع سلطة التعرض للجدية، إنما يعني منح هذه المحكمة فرصة البحث والفصل في دستورية النص الطعين، مما يضحى معه إخلالاً لمبدأ مركزية الرقابة، حيث أن رقابة الدستورية لن تنحصر في هذا الفرض على المحكمة الدستورية العليا، بل ستشاركها في هذا محكمة النزاع[٥٢٧].

وهناك من الفقه من وافق على هذا التحليل، ولكن رأى مع ذلك ضرورة الإبقاء على سلطة محكمة الموضوع في تقدير جدية المسائل الدستورية، لتفادي أية إساءة من الخصوم لحق الطعن بعدم الدستورية، مما يؤدي إلى إغراق المحكمة الدستورية العليا بطعون لا نهاية لها[٥٢٨].

إلا أن الاتجاه الرافض لهذا التوجه "لا يعتبر رفض الدفع لعدم الجدية فصلاً من المحكمة في دستورية القانون، أو عدم دستوريته، كما لا يعتبر تضييقاً لطريق الرقابة على دستورية القوانين – كما يرى البعض – ذلك أنه يجوز إبداء الدفع بعدم الدستورية في أية حالة تكون عليها الدعوى، ويستطيع

٥٢٥- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٣ / اتحادية/تمييز / ٢٠١٠ في ٦/ ٢٠١٠/٥- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٢٦- أنظر: الدكتور إبراهيم محمد علي – المصلحة في الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص ٨٣.

٥٢٧- وهذا المبرر هو الذي دفع المحكمة الدستورية العليا إلى القول في إحدى حيثيات حكمها، بأنه ليس متصوراً – حال تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية – "أن تتعمق محكمة الموضوع في المسائل الدستورية التي طرحتها المدعية عليها، ولا أن تفصل فيها بقضاء قطعي يكون منهياً لولاية المحكمة الدستورية العليا التي يعود إليها وحدها أمر الفصل في بطلان النصوص القانونية أو صحتها، بعد أن تسلط عليها ضوابط الرقابة على الشرعية الدستورية وتزنها على ضوء مناهجها ومعاييرها". المحكمة الدستورية العليا – جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ – مجموعة أحكام المحكمة الدستورية – الجزء الثامن – ص٣٦٨. أنظر: الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية – المصدر السابق – ص٣٥٧

٥٢٨- أنظر: الدكتور جابر جاد نصار – القضاء الدستوري في مصر – المصدر السابق – ص ١٥٨.

الطاعن في حالة رفض دفعه لعدم جديته أن يدفع بعدم الدستورية مرة أخرى عند الاستئناف، أو عند الطعن بالنقض، وفي الحالتين فإنه يمكن تقدير جدية الدفع من جديد"[٥٢٩].

إذاً فإن كل ما يقوم به القاضي في هذا الصدد هو مجرد وجهة نظر أولية من المحكمة في وجود شك، أو شبهة حول النصوص القانونية المطعون عليها بعدم الدستورية، فالدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية، بل يتغيا في مضمونه ومرماه إلى مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور، ترجيحاً لها على ما عداها وتوكيداً لصلتها الوثقى بالنظام العام، وهي أقدر قواعده وأولاها بالإعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أي محكمة أياً كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضّمها[٥٣٠].

ولقد جاءت نصوص النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، معلنة تأييدها لهذا الرأي، إذ أعطت للقاضي الحق في أن يحيل مسألة الدستورية من تلقاء نفسه إلى المحكمة الاتحادية العليا[٥٣١].

صفوة القول، أن الدفع بعدم الدستورية يُعد من النظام العام، وتجوز إثارته أول مرة أمام أية درجة من درجات التقاضي.

المطلب الثاني
الدعوى الأصلية

تبيح بعض الدول الالتجاء إلى طريق الدعوى الأصلية في رفع النزاع أمام الجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية القوانين، ويتمثل أسلوب الدعوى الأصلية بأن يقوم صاحب الشأن بالطعن مباشرة بعدم دستورية القانون أمام المحكمة الاتحادية العليا، حيث ترفع هذه الدعوى مباشرة أمام هذه المحكمة دون أن تكون مسبوقةٍ بدفع أمام إحدى المحاكم ويتميز هذا الأسلوب بطابع الهجوم

٥٢٩- أنظر: الدكتور علي السيد الباز – الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة) – المصدر السابق – ص٥٥٧.

٥٣٠- أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر – الطعن رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق ، جلسة ١٩٩٤/٢/١٢- منشور في قرارات وأحكام المحكمة الدستورية العليا التي أصدرتها من أول يوليو ١٩٩٣ حتى آخر يونيو ١٩٩٥ – الجزء السادس – ص١٧٤.

٥٣١- أنظر: المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١ لسنة ٢٠٠٥، والمادة(٤/ثانياً) من قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، والمادة (٢٩/أولاً) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

على القانون، حيث لا ينتظر صاحب الشأن أن يطبق القانون على حالته الخاصة، فيدفع بعدم دستوريته بل يكفي أن يكون القانون قابلاً للتطبيق[٥٣٢].

وهو الأسلوب الآخر الذي اتبعته المحكمة الاتحادية العليا للرقابة على دستورية القوانين، مستندة في ذلك إلى نص المادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة التي نصت على أنه (تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية ..الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين، والقرارات، والأنظمة والتعليمات، والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها، وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ويكون ذلك بناءاً على طلب من محكمة أو جهة رسمية، أو من مدع ذي مصلحة)، وفصلت المادتان الخامسة والسادسة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ – كما سنرى – شروط وإجراءات ممارسة هذا الحق من قبل أشخاص القانون العام والخاص.

فتحريك الرقابة يتم في هذه الحالة عن طريق دعوى يقيمها الأفراد أو بعض الهيئات في الدولة على القانون الذي يعتقد أنه يناقض أو يخالف الدستور، فهناك إذن دعوى لا تقام من فرد (أوهيئة) على فرد آخر وإنما من فرد (أو هيئة) على قانون معين بسبب مخالفته للدستور، فالمدعى هو فرد (أو هيئة) والمدعى عليه، إن صح التعبير هو القانون المشكوك في دستوريته[٥٣٣].

لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين وكما يلي:

الفرع الأول: الطعن المباشر بعدم الدستورية من أشخاص القانون العام.
الفرع الثاني: الطعن المباشر بعدم الدستورية من أشخاص القانون الخاص.

الفرع الأول

الطعن المباشر بعدم الدستورية من أشخاص القانون العام

نصت المادة الخامسة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، على أنه (إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى، الفصل في شرعية نص في قانون، أو قرار تشريعي، أو نظام، أو تعليمات، أو أمر، فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة

٥٣٢- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – النظرية العامة للقانون الدستوري – المصدر السابق – ص ٧٠٧؛ وكذلك أنظر: الدكتورة عزيزة الشريف – دراسة في الرقابة على دستورية التشريع – المصدر السابق- ص١٦٦ .

٥٣٣- أنظر: الدكتور منذر الشاوي – القانون الدستوري (نظرية الدستور) – المصدر السابق- ص ٥٨ .

الاتحادية العليا، معللاً مع أسانيده، وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص، أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة)[٥٣٤].

والذي يتضح من نص المادة الخامسة المشار إليها آنفاً أن هناك شروطاً في حالةِ الطعن المباشر بعدم الدستورية من الجهات الرسمية ضد أية جهة أخرى وهي:

١- أن تكون هناك منازعة قائمة بين الجهات الرسمية المدعية وبين جهة أخرى، التي قد تكون رسمية أو غير رسمية، لأن النص جاء مطلقاً[٥٣٥]، بما معناه أن مناط ممارسة هذا الضرب من الرقابة عن طريق الطعن المباشر أمام المحكمة الاتحادية العليا هو وجود منازعة فعليه، أو واقعية[٥٣٦] قائمة بين هذه الجهة الرسمية وجهة أخرى.

بناءاً عليه فإنه لا يجوز للدوائر الرسمية أن تقدم طلباً إلى المحكمة بغية البحث في دستورية قانون أو نظام، بل عليها أن تقيم دعوى بهذا الشأن شرط أن تكون متمتعة بالشخصية المعنوية

٥٣٤- أنظر: المادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ التي نصت على "الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أي جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ويكون ذلك بناءاً على طلب من محكمة أو جهة رسمية ....".

٥٣٥- أنظر: مكي ناجي – المحكمة الاتحادية العليا في العراق – الطبعة الأولى – المصدر السابق – ص ٦٠.

٥٣٦- قررت المحكمة العليا الأمريكية في قضية فروثنجهام ضد ميلون عام ١٩٢٣ أن مصلحة دافع الضريبة بصفته هذه كمساهم في النفقات العامة للحكومة الاتحادية لا تعد مصلحة كافية تتيح له الطعن في دستورية قانون يتضمن اعتماد بعض المبالغ للصرف على وجه يراه الطاعن متعارضاً مع الدستور، وفي هذه القضية سعى الطاعنون إلى القضاء بعدم دستورية قانون الأمومة Maternity Act الصادر في نوفمبر ١٩٢١، وهو قانون اتحادي يتضمن اعتماد مبلغ أصلي، ومبالغ أخرى سنوية (لمدة خمس سنوات) تدفعها الولايات التي تقبل المشاركة في برنامجه بقصد التعاون في المحافظة على حياة الأمهات والأطفال. وقد بنت الطاعنة طعنها على أساس أن هذا القانون يستولي على جزء من مالها (تحت ستار الضريبة) بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة. وقد رفضت المحكمة قبول هذا الطعن مفرقة بين مركز دافع الضريبة المحلية، وبين مركز دافع الضريبة الاتحادية: ففي الحالة الأولى تصلح الصلة المباشرة بين الضريبة المحلية وبين أوجه صرف النفقات المحلية، أما دافع الضريبة الاتحادية فإن موقفه مختلف تماماً، وصلة ما يدفعه من الضرائب بأموال الخزينة العامة- التي لها إلى جانب الضرائب مصادر أخرى متعددة- صلة بعيدة وغير مباشرة ويشترك معه فيها ملايين من دافعي الضرائب على نحو يجعل مصلحته تافهة وغير محددة.

ثم تنتقل المحكمة في نهاية حكمها إلى تقرير المبدأ العام في هذا الصدد فتقول "إنه لا يقبل من الطاعن في دستورية القانون أن يكتفي بالتدليل على قيام التعارض بينه وبين نص من نصوص الدستور، بل يجب عليه فوق ذلك أن يثبت أن القانون قد سبب له ضرراً شخصياً مباشراً، أو يوشك أن يسبب له هذا الضرر، ولا يكفي ذلك أن يثبت أنه مهدد على نحو عام غير محدد بضرر يشاركه فيه عامة الناس". للمزيد من الأحكام المتعلقة بوجود منازعة حقيقية من عدمها. أنظر: الدكتور أحمد كمال أبو المجد – الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري- المصدر السابق – ص ٢٠٨ وما بعدها.

وأن تكون لها مصلحة في رفع الدعوى تتوافر لها الشروط التي نص عليها قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل[٥٣٧]، ففي قرار للمحكمة الاتحادية العليا جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة وجد أن المدعي / إضافة لوظيفته قد أقام هذه الدعوى بواسطة وكيله على المدعى عليه السيد رئيس الادعاء العام / إضافة لوظيفته والسيد رئيس الادعاء العام وبموجب قانون الادعاء رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل لا يتمتع بالشخصية المعنوية التي تخوله حق التقاضي أمام المحاكم المختصة، وأن الذي له حق التقاضي هو السيد رئيس مجلس القضاء الأعلى التابع له السيد رئيس الادعاء العام، ولما كانت الخصومة من النظام العام وإذا كانت الخصومة غير متوجهة فتحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها، وذلك عملا بالمادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ذلك ولما تقدم قرر الحكم برد دعوى المدعي/ إضافة لوظيفته مع تحميله كافة الرسوم وأتعاب المحاماة لوكيلة المدعى عليه ..وصدر الحكم بالاتفاق حكماً باتاً لا يقبل الطعن استناداً لأحكام الفقرة ثانيا من المادة (٥) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ وأفهم علناً في ٢٠٠٧/٢/٢٠)[٥٣٨].

٢- يجب أن تكون الدعوى معللة بالأسانيد، أي ذكر النص التشريعي المطعون بمخالفته للدستور، والنص الدستوري المدعى بمخالفته معززاً بالأسانيد، فقد جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه " حيث كلفت المحكمة وكيل المدعي ببيان المواد التي جاء الأمر المطعون فيه مخالفاً لأحكامها في الدستور، أو القانون، فإن وكيل المدعي لم يبين ذلك في إجابتهم على طلب المحكمة بموجب لائحته المقدمة إليها في (٢٠١٢/٢/١)، كما لم يبين عند الاستفسار منه عما لديه تجاه لائحة وكيل المدعى عليه من الإجابة حول ذلك، وذلك في جلسة (٢٠١٢/٥/٢١) فيكون عاجزاً عن إثبات إدعائه بمخالفة الأمر المطعون فيه للدستور أو القانون، وتكون دعواه واجبة الرد .."[٥٣٩].

٥٣٧- أنظر: الدكتور غازي فيصل مهدي – مقترحات لتعديل اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا – جريدة الزمان – العدد (٢١٤٩) السنة الثامنة – ٢٩ حزيران – ٢٠٠٥- ص ٨، والملاحظ أن قانون المرافعات المدنية العراقي قد حدد شروطاً عامة لقبول الدعوى، وهي أهلية التقاضي والخصومة والمصلحة، أنظر:المواد (٣و٤و٦) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٥٣٨- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ٢١/اتحادية /٢٠٠٦ – في ٢٠٠٧/٢/٢٠، وأنظر: قرارها المرقم ٢٢/اتحادية / ٢٠٠٦ – في ٢٠٠٧/٣/٥- للاطلاع على القرارات أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٣٩- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ١٢٠/اتحادية/ تمييز/٢٠١٢ – في ٢٠١٢/٩/٢٠ – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٣- أن ترسل الدعوى بكتاب موقع من قبل الوزير المختص، أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، فقد جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه "لدى التدقيق والمداولة من المحكمة وجد أن التوقيع المنسوب إلى المدعي في عريضة الدعوى يختلف عن التوقيع المنسوب إليه في الوكالة العامة المرقمة (٢٤٣٩/٤/٥) في ٢٠٠٦/٨/٩ الصادرة من رئاسة ديوان الوقف السني/ الدائرة القانونية/ الموقعة من قبل رئيس الديوان، وحيث إن وكيل المدعي أوضح للمحكمة بأن السبب يعود إلى التوقيع المذيل في عريضة الدعوى المنسوب إلى المدعي موقع من قبل معاون رئيس ديوان الوقف السني (ي.ع)، وعليه وحيث أن عريضة الدعوى موقعة من شخص لا صفة قانونية له بتوقيعها فتكون الدعوى مقامة من شخص لا يملك حق إقامتها، وتكون خصومته غير موجهة، وإذا كانت الخصومة غير موجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد عريضة الدعوى قبل الدخول في أساسها، وذلك عملاً بالمادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل لذا قررت المحكمة الحكم برد الدعوى"[٥٤٠].

٤- أن تكون الدعوى مستوفية للشروط المنصوص عليها في المواد (٤٤ و٤٥ و ٤٦ و ٤٧)[٥٤١] من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٥- أن تقدم الدعوى من محامٍ بموجب وكالة، أو من الممثل القانوني للجهة الرسمية على أن لا تقل درجته الوظيفية عن مدير.

وبالرجوع إلى نصوص النظام الداخلي للمحكمة المحددة للإجراءات التي تنظم سير العمل في المحكمة وكيفية قبول الطلبات وإجراءات الترافع، ألزمت المادة(٢٠) من النظام الداخلي تقديم الدعاوى والطلبات إلى المحكمة الاتحادية العليا بوساطة محام ذي صلاحية مطلقة، وبلوائح مطبوعة، ولا تقبل بخط اليد، إلا أن المادة نفسها أجازت تقديم الدعاوى والطلبات من الدوائر

٥٤٠- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٤/اتحادية/٢٠٠٦ ،في ٢٠٠٦/١٠/١١ - للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٤١- ألزمت المادة (٤٤) على وجوب إقامة الدعوى بعريضة، ونصت المادة (٤٥)على أن قيمة الدعوى تحدد يوم رفعها (قيمة الحق المدعى به حسبما قدر المدعي في عريضة الدعوى عند تقديمها)، واشترطت المادة (٤٦)على أن تشتمل عريضة الدعوى على بيانات منها، اسم المحكمة التي تقام أمامها الدعوى وتاريخ تحرير العريضة واسم المدعي، واسم المدعى عليه، وبيان موضوع الدعوى، ووقائع الدعوى، وأدلتها، وطلبات المدعي وأسانيدها، وتوقيع المدعي، أو وكيله، وقضت المادة (٤٧) بضرورة تقديم المدعي عريضة دعواه أن يرفق بها نسخاً بقدر عدد المدعى عليهم وقائمة بالمستندات التي يستند إليها، فلا تقبل الدعوى إذا لم ترفق بها المستندات والصور، وكذلك لا يجوز تعيين يوم للنظر في الدعوى إلا بعد تقديم المستندات، وفي حالة عدم تقديمها خلال ٣ أشهر من تاريخ دفع الرسم تعتبر عريضة الدعوى مبطلة بحكم القانون .

الرسمية من ممثلها القانوني[٥٤٢]، بشرط ألا تقل درجته عن مدير، هذا وأن العبارة الأخيرة غير صائبة لأن (المدير) عنوان وظيفة وليس درجة، ولهذا كان الأوفق بالنص أن يأتي بصيغة (أن لا يقل عنوان وظيفته عن مدير)[٥٤٣]. وجاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه " وجد بأن عريضة الدعوى قد قدمت من وزير الصحة / إضافة لوظيفته بواسطة الموظف الحقوقي (ع.ج.م) وهو دون درجة مدير وحيث أن المادة (٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ تنص على أن (تقدم الدعاوى والطلبات إلى المحكمة الاتحادية العليا، بواسطة محام ذي صلاحية مطلقة، وبلوائح مطبوعة ، ولا تقبل بخط اليد، ويجوز تقديم الدعاوى والطلبات من الدوائر الرسمية، من ممثلها القانوني، بشرط أن لا تقل درجته عن مدير) وحيث أن عريضة الدعوى قدمت خلافاً لما ذكر أعلاه فبذلك تكون قد قدمت من شخص غير مخول قانوناً بتقديمها، ولما تقدم قررت المحكمة رد الدعوى شكلاً وتحميل المدعي/إضافة لوظيفته المصاريف وأتعاب المحاماة لوكيل المدعي/إضافة لوظيفته (س.ط) مبلغاً قدره عشرة آلاف دينار قراراً باتاً استناداً لأحكام المادة (٥/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، والمادة (٩٤) من الدستور وأفهم علناً في ٢٠١٢/١٢/١٨"[٥٤٤].

الفرع الثاني

الطعن المباشر بعدم الدستورية من أشخاص القانون الخاص

نصت المادة السادسة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، وهي بصدد بيان اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا على أنه: (إذا طلب مدع الفصل في شرعية نص في قانون، أو قرار تشريعي، أو نظام أو تعليمات، أو أمر فيقدم الطلب بدعوى مستوفية للشروط

٥٤٢- نصت المادة (٤) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ،على أنه (يشترط أن يكون المدعي عليه خصماً .. ومع ذلك تصح خصومة من أعتبر القانون خصماً..).

والمراد بمن اعتبر القانون خصماً في الدعوى ممثل الدوائر الرسمية. أنظر: القاضي مدحت المحمود – شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩وتطبيقاته العملية – المصدر السابق – ص ١٢؛ وأنظر: عبد الرحمن العلام – شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل – مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق – الجزء الأول – مطبعة العاني – بغداد –١٩٧٠– ص٥٥.

٥٤٣- أنظر: الدكتور غازي فيصل مهدي– المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية – الطبعة الأولى – موسوعة الثقافة القانونية – بغداد – ٢٠٠٨ – ص ٦٤.

٥٤٤- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٧٨/ اتحادية/٢٠١٢، في ٢٠١٢/١٢/١٨ – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

المنصوص عليها في المواد (٤٤ و٤٥ و ٤٦ و ٤٧) من قانون المرافعات المدنية، ويلزم أن تقدم الدعوى بوساطة محامٍ ذي صلاحيات مطلقة[٥٤٥]، والذي يستفاد من نص المادة (٦) المذكور أعلاه، أن اختصاص المحكمة بالرقابة على الدستورية، قد يتحرك بناءً على دعوى يقيمها أمامها فرد أو أحد أشخاص القانون الخاص. وأن تتوافر في الدعوى الشروط الآتية:

أولاً: أن تكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني، أو المالي، أو الاجتماعي، هذا الشرط نصت عليه المادة (٦/أولاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية بقولها: " أن تكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي، "فهذا يعني يجب أن تكون مصلحة رافع الدعوى حالة وغير مستقبلية وذلك عندما يطالب رافع الدعوى بالنفعة التي يقررها الحق فوراً، وفي الحال أي وقت إقامة الدعوى. كما نجد أن عبارة (ومؤثرة في مركزه القانوني أو المالي أو الاجتماعي) غير دقيقة، فالمركز المالي جزء من المركز القانوني، لأن الأخير يمثل مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية أو غير مالية، أما المركز الاجتماعي فلا شأن للقانون به إلا إذا كان الإخلال به مؤثراً في المركز القانوني[٥٤٦].

هذا، وجاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه " لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي طلب في عريضة الدعوى الحكم ببطلان العبارة التي استثنت العقارات المستولى عليها بدون بدل وفق قانون الإصلاح الزراعي ..... إذ أن قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ تشريعه ونفاذه كان لا يخالف أحكام الدستور الذي صدر في ظله.... يجب أن يكون طلب الإلغاء من هذه المحكمة مقدماً من جهة رسمية، أو مدعي ذي مصلحة بطلب هذا الإلغاء. وإذ أن المدعي لم يكن ذي مصلحة في الوقت الحاضر لأنه تم الاستيلاء على الأرض العائدة

٥٤٥- جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة وجد أن المدعية عند إقامتها لدعواها لم تلتزم بما قضت به المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ .. وحيث أن الدعوى لم تقدم من محام بل قدمت من المدعية بالذات لذا فإنها قدمت خلافاً لأحكام المادة (٦) من النظام الداخلي لهذه المحكمة المشار إليه أعلاه .. لذا فتكون الدعوى واجبة الرد شكلاً وموضوعاً للأسباب المتقدمة واستناداً لما تقدم أعلاه قررت المحكمة الحكم برد دعوى المدعية (عضو مجلس النواب العراقي) مع تحميلها كافة مصاريف الدعوى وصدر الحكم بالاتفاق حكماً باتاً استناداً لأحكام الفقرة الثانية من المادة (٥) من القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا وأفهم علناً). أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ٣/اتحادية/٢٠٠٧- في ٢٠٠٧/٧/٢- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٤٦- أنظر: الدكتور غازي فيصل مهدي – المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية- المصدر السابق – ص ٥٥.

له قبل صدور الدستور الدائم الحالي، ووفق قانون الإصلاح الزراعي الذي كان نافذاً ولا تتعارض أحكامه مع الدستور الذي نفذ في ظله، لذا تكون الدعوى من غير ذي مصلحة وفقاً لما اشترطت عليه الفقرة ثانياً من المادة (٤) من قانون المحكمة .... ولما تقدم قرر الحكم برد دعوى المدعي ..."[٥٤٧].

ثانياً: أن يقدم المدعي الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به من جراء التشريع المطلوب إلغاؤه. ويقصد بذلك أنه لا يكفي لقبول الدعوى أن يكون الضرر قد وقع بالفعل بل لا بد من تقديم الدليل المقنع على أن هذا الضرر قد لحق بالمدعي من جراء التشريع المطلوب إلغاؤه[٥٤٨].

ويجب تحديد النصوص التشريعية المطعون في دستوريتها والنصوص الدستورية المدعى بمخالفتها وأوجه المخالفة، فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في إحدى قراراتها بأنه (أما بخصوص الطلب الوارد في عريضة الدعوى المتضمنة طلب الحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لمخالفتها للمادة (٤٩) من الدستور النافذ، فقد وجد أن المادة (٤٩/أولاً) من الدستور نصت: (بأنه يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله، يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر، ويراعى تمثيل سائر مكونات الشعب فيه) وحيث أن المادة (٤٩/أولاً) من الدستور اعتمدت معيار عدد نفوس العراق في الانتخابات بنسبة واحد لكل مائة ألف نسمة من سكان العراق بخلاف المعيار المعتمد في المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ حيث اعتمدت معيار عدد الناخبين المسجلين في السجلات في كل محافظة وفقاً لما ذكر آنفاً، لذا فإن نص المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات أصبح متعارضاً مع نص المادة (٤٩/أولاً) من الدستور، وحيث أن المادة (١٣/ثانياً) من الدستور نصت على أنه: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه) وأن الفقرة (أولاً) من المادة نفسها نصت بأنه: (يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق،

٥٤٧- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٣/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٨/٢٤- للاطلاع على القرار أنظر:الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٤٨- جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه(لدى التدقيق والمداولة من المحكمة وجد أن المدعي غير محق بدعواه التي انصبت على طلب الحكم بعدم دستورية القانون رقم(٢) لسنة ٢٠٠٦(قانون هيأة حل نزاعات الملكية العقارية) ولأن دعواه تتعلق بطلب تمليكه الشقة السكنية الواقعة في المجمع السكني في زيونة والتي يتنازع فيها مع ورثة (ب . ح) والتي كانت الشقة قد خصصت لها، وسحبت منها وخصصت من قبل النظام السابق إلى المدعي الذي يعمل سائقاً في ديوان الرئاسة المنحل، وحيث أن دعاوى تمليك العقار تختص بها المحاكم المدنية، ولا تخضع لأحكام قانون هيأة حل نزاعات الملكية العقارية، ولعدم وجود مصلحة للمدعي في طلب الحكم بعدم دستورية القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦ ولم يتضرر منه عليه قرر الحكم برد دعوى المدعي). أنظر: قرار المحكمة – رقم ٣٢ /اتحادية/٢٠٠٨ – في ٢٠٠٨٢٠٠٧/٣/١٠- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

ويكون ملزماً في أنحائه كافة وبدون استثناء)، لذا ولما تقدم أعلاه قررت المحكمة الحكم بعد دستورية المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم(١٦) لسنة ٢٠٠٥ لتعارضها مع أحكام المادة (٤٩/أولاً) من الدستور، وللسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقاً أحكام المادة (٤٩/أولاً) من الدستور على أن لا يمس الإجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية .. وصدر الحكم باتاً وملزماً لكافة السلطات استناداً لأحكام المادة (١٣و٤٩/أولاً و٩٣/أولاً و٩٤) من الدستور والمادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم(٣٠) لسنة ٢٠٠٥ وأفهم علناً في ٢٠٠٧/٤/٢٦)[٥٤٩].

ثالثاً: أن يكون الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصره، ويمكن إزالته إذا ما صدر حكم بعدم شرعية التشريع المطلوب إلغاؤه. ويتضح من ذلك أن الضرر غير المباشر لا يكفي لقبول الدعوى، بل ينبغي أن يكون الضرر مباشراً ومستقلاً، فضلاً عن ذلك يجب أن يكون من الأضرار التي يمكن إزالتها عند صدور الحكم بعدم دستورية القانون المطلوب إلغاؤه[٥٥٠].

رابعاً: أن لا يكون الضرر نظرياً أو مستقبلياً أو مجهولاً، وهذا الشرط ليس إلا من باب التأكيد على المصلحة يجب أن تكون حالة ومحققة فضلاً عن كونها معلومة[٥٥١].

٥٤٩- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ١٥/ت/٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٤/٢٦ – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٥٠- جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا (..أن المدعي ليس من حقه طلب ذلك إذ أن الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة .. وإلغاء ما يتعارض منها وإحكام الدستور يجب أن يكون طلب إلغاءه من هذه المحكمة مقدماً من جهة رسمية أو مدعي ذي مصلحة بطلب هذا الإلغاء، وإذ أن المدعي لم يكن ذي مصلحة في الوقت الحاضر لأنه تم الاستيلاء على الأرض العائدة له قبل صدور الدستور الدائم الحالي و وفق قانون الإصلاح الزراعي الذي كان نافذاً ولا تتعارض أحكامه مع الدستور الذي نفذ في ظله لذا تكون الدعوى من غير ذي مصلحة وفقاً لما اشترطت عليه الفقرة ثانياً من المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥..ولما تقدم قرر الحكم برد دعوى المدعي) .
أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا،رقم ١٣/اتحادية/٢٠٠٦،في ٢٠٠٦٢٠٠٧/٨/٢٤ – للاطلاع على القرار أنظر:الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٥١- جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة وجد أن إدعاء وكيل المدعين يتضمن بان موكليه تعرضوا للضرر من جراء أعمال مكاتب ولجان تنفيذ المادة (١٤٠) من الدستور إذ تم فتح مكتب غير قانوني في منطقة بعشيقة في الموصل واخذ هذا المكتب يمارس أعمال تطبيق إجراءات تنفيذ المادة(١٤٠) من الدستور في كل الأقضية والنواحي التابعة إلى الجانب الأيسر من مدينة الموصل لغرض إحصاء المرحلين والإجراءات الأخرى المتعلقة بهم وان موكلي المدعين تعرضوا إلى التهجير القسري والترحيل من قراهم وأقضيتهم ... ولدى التدقيق تبين بأن وكيل المدعين عجز من إثبات تضرر موكليه المدعين من الأوامر والقرارات الصادرة من دولة رئيس مجلس الوزراء/إضافة لوظيفته لتطبيع الأوضاع في مدينة كركوك المطلوب إلغاؤها من المدعين بوساطة وكيلهم وان موكليه قد تعرضوا إلى الترحيل من قراهم نتيجة أعمال غير قانونية صادرة من جهات غير حكومية ومن أعمال صدرت حسب ادعائه من مكتب بعشيقة المشكل بشكل غير قانوني وان الضرر الذي يدعيه لوثبت وقوعه لموكليه قد وقع عليهم من جهات غير حكومية وليس لهم علاقة

خامساً: أن لا يكون المدعي قد استفاد بجانب من النص المطلوب إلغاؤه، ويقصد بهذا الشرط أن لا ينبغي للمدعي أن يكون مستفيداً أية فائدة كبيرة كانت أو صغيرة من النص التشريعي المطلوب إلغاؤه[٥٥٢].

=بالأوامر الحكومية الصادرة استناداً للمادة (١٤٠) من الدستور وحيث لم يثبت تضرر المدعين من الأوامر والقرارات الصادرة من السيد رئيس مجلس الوزراء / إضافة لوظيفته استناداً للمادة(١٤٠) من الدستور فأن خصومتهم في الدعوى تكون غير متوجهة وغير متحققة وإذا كانت خصومة المدعين غير متوجهة إلى المدعى عليه/إضافة لوظيفته فتكون مصلحة المدعين في إقامة هذه الدعوى تجاه المدعى عليه/إضافة لوظيفته منتفية وغير متحققة أيضاً حيث تتطلب الفقرة (أولاً) من المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا أن تتوفر في الدعوى مصلحة حالة ومتحققة ويكون طلب وكيل المدعين بإدخال الأشخاص الثالثة في الدعوى على فرض صحة خصومتهم وصحة مصلحتهم في الدعوى غير وارد لان إدخالهم في الدعوى لا يصحح خصومة المدعين لان خصومة المدعين كانت معدومة ابتداءً فلا يمكن تصحيحها .. ولعدم ثبوت وجود ترابط بين المدعين أنفسهم والأشخاص الثالثة وبين موضوع دعوى المدعين وموضوع طلب الأشخاص الثالثة لأنه يشترط في قبول الدعوى الحادثة أن تكون دعوى الحادثة متصلة بالدعوى الأصلية سبباً وموضوعاً ومرتبطة بها بصورة وثيقة وأنهم سوف يتضررون من الحكم الذي يصدر في الدعوى لصالح المدعين حتى يجوز قبولها عملاً بالمادة (٢/٦٩) من قانون المرافعات المدنية ولعدم توفر تلك الشروط في طلب وكيل المدعين لإدخال موكليه أشخاصاً ثالثة في الدعوى فيكون طلبه بإدخال موكليه أشخاصا ثالثة إختصامياً غير وارد قانوناً لذا قررت المحكمة للأسباب المتقدمة رد الطلب .. وحيث أن خصومة المدعين في الدعوى غير متوجهة إلى المدعى عليه/ إضافة لوظيفته للأسباب المتقدمة وإذا كانت الخصومة غير متوجهة في الدعوى فتحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها. لذا قررت المحكمة الحكم برد دعوى المدعين من جهة عدم توجه الخصومة مع تحميلهم مصاريف الدعوى كافة وأتعاب المحاماة لوكيل المدعى عليه). أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٦ /اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢١ – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٥٢- جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن المدعية تطلب الحكم بعدم شرعية قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ٩١٤ في ١٩٨٦/١١/٢٧ باعتبار أن القرار المذكور حصر الإرث في الدار أو الشقة السكنية التي تملكها الشهيد قبل استشهاده بزوجته وأولاده فقط وحرم ألام من الإرث . وحيث أن ما جاء في هذا القرار من أحكام هي أحكام سبق أن تضمنها قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ١٧٥٠ في ١٩٨٠/١١/٢٩ الذي حصر الإرث بالنسبة للدار أو الشقة السكنية للشهيد بالزوجة والأولاد كما هو ثابت من نص الفقرة (٢) منه انه تملك الدار أو الشقة السكنية التي يمتلكها الشهيد قبل استشهاده باسم زوجته وأولاده ويطفأ عنها القرض العقاري إن وجد وعليه فان هذا القرار تضمن الأحكام العامة وأن ما ورد بالقرار(٩١٤) والمؤرخ ١٩٨٦/١١/٢٧ جاء مفسراً له كما هو ثابت من نص الفقرة (٢) منه. ولما كانت المدعية قد استفادت من أحكام القرار (١٧٥٠)والمؤرخ ١٩٨٠/١١/٢٩ كما هو ثابت من الفقرة (٤) من القرار المذكور التي تضمنت أن لوالدي الشهيد أو القاصرين الذين يعيلهم الشهيد قانونا طلب تخصيص دار أو شقة للسكن بدون بدل إيجار طيلة حياة الأبوين . وحيث أن المدعية هي والدة الشهيد فتكون قد استفادت بجانب من النص المطلوب إلغاؤه وبالتالي ليس لها حق طلب إلغائه عملاً بحكم الفقرة (خامساً) من المادة (٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ وعليه ولما تقدم قرر الحكم برد دعوى المدعية وتحميلها الرسوم وأتعاب محاماة وكيلي المدعى عليهم ووكيلة المدعى عليه). أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١/اتحادية/ ٢٠٠٧، في ٢٠٠٧/٧/٢ – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

سادســاً: أن يكــون الــنص المطلــوب إلغــاؤه قــدُ طبــق علــى المــدعي فعــلاً، أو يــراد تطبيقــه عليه)، ويراد بهذا الشرط التأكيد على أن الضرر الواقعي الذي لحق بالمدعي يجب أن يكون من جراء تطبيق التشريع المطلوب إلغاؤه.

وحسناً فعل المشرع العراقي حينما أخذ بفكرة الدعوى الأصلية، في المادتين (٥و٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، حيث ساير الاتجاه التشريعي الذي منح الأفراد هذه الرخصة[٥٥٣]. وأنفرد بمنح هذه الرخصة لأشخاص القانون الخاص، من دون بقية التشريعات العربية المقارنة[٥٥٤]، ففي مصر لم ينص قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، في مادته (٢٩) على رفع الدعوى بوصفها وسيلة للطعن بعدم الدستورية، فلا يجوز للأفراد رفع دعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية العليا بقصد إثبات أن قانوناً أو لائحة معينة يخالف نصاً دستورياً ما دام القانون أو اللائحة لم يجد بعدُ مجالاً للتطبيق[٥٥٥]، وهذا ما أكده وسار عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر[٥٥٦]،[٥٥٧].

٥٥٣- منح دستور ألمانيا الاتحادية الصادر في ٢٢/أيار ١٩٤٩ في مادته (٩٣) المواطنين حق رفع دعوى أمام المحكمة الدستورية، إذا أصابهم ضرر في حق من حقوقهم الأساسية، وهذا ما يطلق عليه بالشكاوى الدستورية الفرعية، أنظر:البروفسور يورغ فيك ، تقرير مقارن لدستور العراق – جمهورية ألمانيا الاتحادية والمملكة المتحدة وجمهورية فرنسا – آيار ٢٠٠٥– ص٤٠ وكذلك فعل دستور اسبانيا الصادر في ٢٩ / كانون الأول لسنة ١٩٧٨ حيث أن للمواطنين حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية التي أنشأها الدستور للطعن ضد الانتهاكات التي تنطوي على مساس بحقوقهم وحرياتهم الدستورية من جانب السلطات العامة. أنظر: الدكتور عيد أحمد الحسبان – الضمانات القضائية لحماية المقتضيات الدستورية في النظامين الأردني والأسباني – دراسة مقارنة – مجلة الحقوق – جامعة البحرين – العدد الأول – يناير ٢٠٠٢ – ص٣٦٥.

٥٥٤- أنظر: الدكتور ثروت عبد العال أحمد – السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٢ – ص٣٣.

٥٥٥- أنظر: الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد – قضاء الدستورية في مصر– في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا – الطبعة الثانية منقحة ومزيدة – المصدر السابق– ص ١٩٧.

٥٥٦- أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، بالطعن رقم ٦٨ لسنة ١٣ ق،جلسة ١٩٩٢/١١/٧– المنشور في قرارات وأحكام المحكمة الدستورية العليا التي أصدرتها من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣ – الجزء الخامس المجلد الثاني – ص ٩٠.

٥٥٧- ويقول الدكتور رمزي الشاعر (...وكنا نفضل لو أن المشرع أخذ بطريق الدعوى الأصلية إلى جوار الدفع الفرعي، وهو ما كان يتضمنه المشروع الأصلي الذي قدمته الحكومة لقسم التشريع بمجلس الدولة، فلا شك أن السماح للأفراد بإقامة الدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا للطعن في دستورية قانون أو لائحة يكفل لهم فرصة أفضل في إثارة مسألة الدستورية....) أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – النظرية العامة للقانون الدستوري – المصدر السابق – ص ٨٠٧.

أما في الكويت فإن موقف الدستور الكويتي يختلف عن موقف قانون إنشاء المحكمة الدستورية، من منح الأفراد حق رفع الدعوى المباشرة، حيث منح المشرع الدستوري هذا الحق إلى الأفراد[٥٥٨]، في حين منح قانون إنشاء المحكمة الدستورية هذا الحق إلى السلطات العامة وحددها بمجلس الأمة، أو من مجلس الوزراء[٥٥٩]،[٥٦٠].

كما أن المخاوف و السلبيات التي يمكن أن تثيرها الدعوى الأصلية غير عصية عن العلاج، إذ إن أهم اعتراض موجه على فتح باب الطعن بدستورية القوانين واللوائح بصورة مباشرة، أنها ستؤدي إلى تكدس الطعون، وإغراق المحكمة بسيل من الدعاوى، مما يثقل كاهل المحكمة بأعباء ضخمة[٥٦١]، وكل ذلك يؤدي أيضاً إلى اتساع دائرة التشكيك في القوانين بغير ضوابط، إذ إن الأصل دستورية القوانين والاستثناء مخالفتها لأحكام الدستور.

ويؤيد أخر بقوله: إن أسلوب الدعوى الأصلية في قيام الدعوى الدستورية يؤدي إلى إعاقة سير العدالة، عن طريق إرهاق كاهل القضاء بالقضايا التي تكون غير جدية، إلا هذا يمكن الرد عليه بالقول بأن إساءة استعمال حق الالتجاء إلى القضاء الدستوري لا يمكن أن يكون دليلاً على سقوط هذا الحق وإلا لسقطت كل الحقوق التي يمكن أن تكون عرضة للإساءة من جانب من يستعملونها، وكل ما في الأمر أن فتح باب المشاركة أمام الأفراد في عملية الرقابة، بصورة مباشرة، لا يتصور أن يكون بالأمر المطلق، إذ يتطلب حسن استخدام هذا الحق للأفراد أن ثمة ضوابط أو قيود تضمن حسن الاستخدام دون تفريط أو إفراط[٥٦٢]. كأنه يشترط فيمن يرفع دعوى أصلية بعدم دستورية نص قانون أو لائحة أن يكون بمركز قانوني يمسه النص المطعون فيه على غرار شرط المصلحة في دعوى إلغاء القرار الاداري[٥٦٣].

٥٥٨- نصت المادة (١٧٣) من دستور الكويت الصادر عام ١٩٦٢ على أن (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحيتها والإجراءات التي تتبعها، ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن).

٥٥٩- نصت المادة (٣) من لائحة المحكمة الدستورية لسنة ١٩٧٤ على " أن الطعن المباشر في دستورية القوانين واللوائح يقدم من قبل مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء".

٥٦٠- أنظر: الدكتور عادل الطبطبائي – المحكمة الدستورية الكويتية – المصدر السابق- ص٥٧.

٥٦١- وصلت الطلبات التي يجب على المحكمة الدستورية في ألمانيا أن تتعامل معها من (٥٠٠٠- ٦٠٠٠) طلب سنوياً أنظر: البروفسور يورغ فيدك – المصدر السابق – ص ٤١.

٥٦٢- أنظر: الدكتور عصمت عبد الله الشيخ – مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية – المصدر السابق- ص ٣٤٦.

٥٦٣- أنظر: الدكتورة سعاد الشرقاوي، والدكتور عبد الله ناصف – أسس القانون الدستوري وشرح النظام السياسي المصري – ١٩٨٤- ص ٢٠١.

المبحث الثاني
إجراءات الدعوى الدستورية والفصل فيها

الحكم في الدعوى الدستورية هو إعلان لفكرة القاضي الدستوري تجاه ما يعرض عليه من مسائل، وهو حكم قطعي بصدوره تستنفذ المحكمة ولايتها فيما فصلت فيه[٥٦٤]، ويتوجب على المحكمة قبل النظر في موضوع الدعوى أن تمعن النظر في المسائل التي تؤدي إلى منعها من نظر الدعوى، مثل عدم اختصاصها بنظر الدعوى، أو في حالة انعدام المصلحة لدى رافع الدعوى، فإذا ما وجدت المحكمة أن أية مسألة من المسائل السابقة الذكر لها أساس قانوني، فإن المحكمة لا تنظر في موضوع الدعوى، وتنهي الخصومة القضائية بإصدار الحكم، استناداً لأي سبب من الأسباب المانعة لنظر الدعوى، وفي حالة ما إذا رأت المحكمة أنها مختصة بنظر الدعوى، وأن صحيفة الدعوى صحيحة من الناحية القانونية، فإنها تبحث في موضوع الدعوى، وإذا ما تم بحث الموضوع من قبل المحكمة، فيجب عليها أولاً أن تبحث في شكل القانون المطعون فيه قبل أن تجيل بنظرها في مضمونه، لأن البحث في مدى استيفاء النص المطعون فيه لأوضاعه الشكلية أمر سابق على خوض المحكمة في العيوب الموضوعية، وبهذا التدرج تعرض الدعوى الدستورية في صورة سلسلة من الحلقات يمكن أن تقطع عند أية حلقة منها، ذلك أن الفصل في مسألة قد يؤدي إلى منع النظر فيما يليها من المسائل[٥٦٥].

والأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة نهائية وغير قابلة للطعن فيها، وتسري على الدعاوى المرفوعة أمام المحكمة القواعد العامة المقررة في قانون المرافعات المدنية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاصات المحكمة، والأوضاع المقررة أمامها قانوناً.

عليه، سندرس هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: إجراءات سير الدعوى الدستورية.
المطلب الثاني: الحكم في الدعوى الدستورية.

٥٦٤- أنظر: إبراهيم عبد القادر الطهراوي – الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري والفلسطيني – دراسة مقارنة- رسالة ماجستير – معهد البحوث والدراسات العربية – المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم – ٢٠٠٧- ص ٨٥.

٥٦٥- أنظر: الدكتور رفعت عيد سيد – النظرية العامة للقانون الدستوري – الكتاب الأول – المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٥- ص٧٤٠.

المطلب الأول

إجراءات سير الدعوى الدستورية

تبدأ إجراءات سير الدعوى بتسجيل الأخيرة بقلم كتاب المحكمة الاتحادية العليا، وذلك بتقديم صحيفتها إلى قلم كتاب المحكمة من إحدى المحاكم، أو من الخصوم مباشرة في صورة الطعن المباشر بعدم الدستورية، كما يجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على بيانات جوهرية فضلاً عن البيانات المنصوص عليها بالمادتين (٤٤و٤٦) من قانون المرافعات المدنية، ليتم بعد ذلك تبليغها لأصحاب الشأن حتى يتسنى لهم إبداء تعقيباتهم في خصوصها، ومن ثم يتم تهيئة الدعوى الدستورية للفصل فيها.

عليه، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وكالآتي:

الفرع الأول: رفع الدعوى الدستورية.
الفرع الثاني: تبليغ الدعوى الدستورية.

الفرع الأول

رفع الدعوى الدستورية

نصت المادة (١) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على:

"... **أولاً:** على المدعي عند تقديم عريضة دعواه أن يرفق بها نسخاً بقدر عدد المدعى عليهما وقائمة بالمستندات، ويجب عليه أن يوقع هو، أو وكيله، على كل ورقة من الأوراق المقدمة، مع إقراره بمطابقتها للأصل.

ثانياً: لا تقبل عريضة الدعوى إذا لم ترفق بها المستندات المنصوص عليها في الفقرة (أولاً) من هذه المادة.

ثالثاً: تؤشر عريضة الدعوى من رئيس المحكمة، أو من يخوله ويستوفى الرسم عنها، وتسجل في السجل الخاص وفقاً لأسبقية تقديمها، ويوضع عليها ختم المحكمة، وتاريخ التسجيل، ويعطى المدعي وصلاً موقعاً عليه من الموظف المختص بتسلمها يبين فيه رقم الدعوى وتاريخ تسجيلها".

يتم رفع الدعوى الدستورية بتقديم صحيفتها إلى قلم كتاب المحكمة الاتحادية العليا من إحدى المحاكم، وذلك في صورتين: الأولى: بطلب معلل إلى المحكمة للبت فيه، ولا يخضع هذا الطلب إلى الرسم إن كان التقاضي بها بطريقة الإحالة التلقائية المنظم بالمادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥[٥٦٦]، والثانية: بدعوى مقدمة من الخصم عن دفعه الفرعي مستوفى عنه الرسم من محكمة الموضوع، بعد قبوله من الأخيرة حيث ترسل الدعوى مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه إن كان التقاضي بها طريقه الدفع الفرعي المنظم بالمادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا[٥٦٧].

أما في التقاضي بطريق الطعن المباشر بعدم الدستورية المنظم بالمادتين (٥ و٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، فالمسألة الدستورية يتم رفعها بتقديم صحيفتها إلى قلم كتاب المحكمة الاتحادية العليا مباشرة من الخصوم المرخص لهم برفعها[٥٦٨].

٥٦٦- تنص المادة (٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، على "إذا طلبت إحدى المحاكم من تلقاء نفسها، أثناء نظرها دعوى، البت في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، ولا يخضع هذا الطلب إلى الرسم".

٥٦٧- تنص المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، على "إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى . وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية، وتتخذ قراراً باستئجار الدعوى الأصلية للنتيجة . أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا .

٥٦٨- تنص المادة (٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، على "إذا طلبت إحدى الجهات الرسمية، بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى، الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر، فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا، معللاً مع أسانيده، وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة". كما تنص المادة (٦) من نفس النظام على" إذا طلب مدع، الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر، فيقدم الطلب بدعوى مستوفية للشروط المنصوص عليها في المواد (٤٤ – ٤٥ – ٤٦ – ٤٧) من قانون المرافعات المدنية، ويلزم أن تقدم الدعوى بوساطة محام ذي صلاحية مطلقة وان تتوفر في الدعوى الشروط الآتية: –

أولا: – أن تكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركز القانوني أو المالي أو الاجتماعي.

ثانياً: – أن يقدم المدعي الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به من جراء التشريع المطلوب إلغاؤه.

ثالثاً: – أن يكون الضرر مباشراً ومستقلاً بعناصر، ويمكن إزالته إذا ما صدر حكم بعدم شرعية التشريع المطلوب إلغاؤه.

رابعاً: – أن لا يكون الضرر نظرياً أو مستقبلياً أو مجهولاً.

خامساً: – أن لا يكون المدعي قد استفاد بجانب من النص المطلوب إلغاؤه.

سادساً: – أن يكون النص المطلوب إلغاؤه قد طبق على المدعي فعلاً أو يراد تطبيقه عليه".

وصحيفة الدعوى الدستورية يحررها المدعي صاحب الحق، أو من ينوب عنه، ويجب أن تشتمل بجانب البيانات المنصوص عليها بالمادتين (٤٤و٤٦) من قانون المرافعات المدنية، بيانات جوهرية والتي تتعلق بالنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، وتقديم الدعاوى والطلبات من محامٍ ذي صلاحيات مطلقة.

أي يجب أن تتضمن عريضة الدعوى، أو قرار الإحالة شروطاً معينة حتى تكون الدعوى الدستورية صحيحة شكلاً، وتتمثل هذه الشروط بما يلي:

أولاً: بيانات صحيفة الدعوى أو قرار الإحالة.

١. يجب أن تتضمن عريضة الدعوى أو قرار الإحالة بياناً بالنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته وأوجه المخالفة.
٢. يجب أن يكون بيان النص التشريعي والنص الدستوري في قرار الإحالة أو عريضة الدعوى كافياً لعدم تجهيل الدعوى الدستورية.
٣. وهناك بيانات أخرى عامة يجب أن تتضمنها عريضة الدعوى، كأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم، تنفيذاً لما نص عليه قانون المرافعات، تنفيذاً للمادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة التي أحالت إلى قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه نص[٥٦٩].

ويثور التساؤل حول مدى إمكانية قبول المحكمة الاتحادية العليا لصحيفة الدعوى التي لم تتوافر فيها إحدى البيانات السابقة؟

نجد الإجابة في نص الفقرة (أ) من المادة (٥٠) من قانون المرافعات المدنية على أنه (إذا وجد خطأ أو نقص في البيانات الواجب ذكرها في عريضة الدعوى من شأنه أن يجهل المدعى به، أو المدعي، أو المدعى عليه، أو المحل المختار لغرض التبليغ، يطلب من المدعي إصلاحه خلال مدة مناسبة، وإلا تبطل العريضة بقرار من المحكمة).

ثانياً: ضرورة توقيع الدعوى والطلبات من محام ذي صلاحية مطلقة[٥٧٠].

٥٦٩- تنص المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، على "تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وقانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ فيما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة الاتحادية العليا وفي هذا النظام".

٥٧٠- أنظر: المادة (٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، التي تنص على "تقدم الدعاوى والطلبات إلى المحكمة الاتحادية العليا، بوساطة محام ذي صلاحية مطلقة وبلوائح مطبوعة، ولا تقبل بخط اليد، ويجوز تقديم الدعاوى والطلبات من الدوائر الرسمية من ممثلها القانوني بشرط أن لا تقل درجته عن مدير".

ولا شك أن هذا الشرط له ما يبرره، إذ إن دعوى فحص الدستورية من الدعاوى التي تحتاج إلى خبرة قانونية كاملة وكفاية من درجة معينة. ومن المعروف أن جمهور المتقاضين ينقصه الثقافة القانونية الكافية التي تسمح بالاستغناء عن المحامي في مثل هذه القضايا الهامة بحيث يخشى إضاعة الوقت إذا استغنى المتقاضي عن محام يوجهه وينبهه[٥٧١].

ثالثاً: استيفاء الرسم من صاحب الدعوى.

تطلب المشرع أن يستوفي صاحب الدعوى ما قرر عليها من رسوم قضائية، واعتبر ذلك شرطاً لقبول الدعوى، وجاء في المادة (١٨) من النظام الداخلي للمحكمة "تطبق أحكام قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١ على الدعاوى والمنازعات والطعون الداخلة ضمن اختصاص المحكمة".

"ويجب الالتزام بإجراءات التقاضي المنصوص عليها في قانون المحكمة ونظامها، فالأصل أن القانون يحمل بين جنباته قرينة الدستورية، وعلى من يدعي عكس ذلك فعليه أن يثبت دعواه، ولإثبات ذلك يجب أن يذكر المدعى النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، وبغير هذه البيانات يعجز المدعي عن خلع رداء الدستورية عن القانون المطعون فيه"[٥٧٢]، هذا من جانب ومن جانب آخر، أراد المشرع بهذه البيانات أن ينبئ عن جدية الدعوى الدستورية، وأنها ليست دعوى كيدية بقصد التسويف، أو المماطلة من الخصوم.

وبعد استيفاء الإجراءات المذكورة أعلاه، تسجل الدعوى في السجل الخاص بأرقام متتابعة وفقاً لأسبقية تقديمها، ويعطى المدعى وصلاً بالدعوى من قبل الموظف المختص بعد ختمها مثبتاً فيه رقم الدعوى وتاريخ تسجيلها.

٥٧١- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – الطعن بعدم الدستورية وإجراءاته – دار النصر للطباعة الحديثة – دون ذكر مكان الناشر– ٢٠١٢-٢٠١٣ – ص ١٠٥.

٥٧٢- أنظر: الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز فى الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص٣٥٢.

الفرع الثاني
تبليغ الدعوى الدستورية

تفرد النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ بقواعد إجرائية تختلف عن القواعد العامة التي وردت في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، وتحديداً ما جاء بالمادة (١/٤٨) منه والتي نصت على" يؤشر على العريضة من قبل القاضي ويحدد موعد للنظر الدعوى بعد أن يستوفى المعاون القضائي الرسوم القضائية، ويسجلها في نفس اليوم بالسجل الخاص وفقاً لأسبقية تقديمها، ويوضع عليها ختم المحكمة وتأريخ التسجيل ويعطى المدعي وصلاً موقعاً عليه من قبل المعاون القضائي بتسليم عريضة الدعوى مع مرفقاتها يبين فيه رقم الدعوى وتاريخ تسجيلها، وتاريخ الجلسة ويوقع المدعي على عريضة الدعوى بما يفيد تبليغه بيوم المرافعة".

ونصت المادة (٢) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ على أنه:

"**أولاً:** تبلغ عريضة الدعوى ومستنداتها إلى الخصم ويلزم بالإجابة عليها تحريرياً خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ.

ثانياً: لا يعين موعد للمرافعة في الدعوى إلا بعد إكمال التبليغات وإجابة الخصم عليها، أو مضي المدة المنصوص عليها في الفقرة (أولاً) من هذه المادة، وفي هذه الحالة لا يقبل من الخصم طلب تأجيل الدعوى لغرض الإجابة".

ويتبين من المادتين المذكورتين أعلاه أن هناك نقاط خلاف تنحصر في النقاط التالية[٥٧٣]:

١. تؤشر عريضة الدعوى من رئيس المحكمة الاتحادية العليا، أو من يخوله باستيفاء الرسم والتسجيل.
٢. لا يعين موعد للمرافعة عند تسجيل الدعوى، بل يبلغ الخصم بعريضة الدعوى، وبعد تبلغه يتوجب عليه أن يجيب على عريضة الدعوى في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ، وبعد ورود الإجابة أو مضي المدة بعد التبلغ من دون أن تتم الإجابة تحريرياً يتم تعيين موعد للمرافعة، ويجري التبليغ مرة أخرى على الموعد المعين لنظر الدعوى.

٥٧٣- أنظر: مكي ناجي – المحكمة الاتحادية العليا في العراق – المصدر السابق – ص ١١٢.

٣. يجوز للمحكمة الاتحادية العليا إجراء التبليغات في مجال اختصاصاتها بوساطة البريد الالكتروني، والفاكس، والتلكس، إضافةً لوسائل التبليغ الأخرى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية[٥٧٤].

ويمكن القول إذا كان التبليغ بهذه المنزلة إجراء تقوم به المحكمة الاتحادية العليا نفسها، ولا شأن للخصم بمباشرته، فإنه لا يُعد من شروط صحة انعقاد الخصومة الدستورية ولا يؤدي تعيبه بالتبع إلى بطلان الدعوى ذاتها متى اتصلت بالمحكمة اتصالاً صحيحاً وفق الإجراءات والأوضاع المقررة لذلك[٥٧٥].

المطلب الثاني
الحكم في الدعوى الدستورية

بعد تهيئة الدعوى وإكمال الإجراءات الخاصة بها، وبعد تعيين موعد للجلسة، وفي اليوم المعين للمرافعة، فإن المحكمة تتصدى أولاً لشروط قبول الدعوى الدستورية أمامها، قبل أن تتصدى لموضوع المخالفة المدعاة؛ إذ لا يمكنها بحث موضوع الدعوى إلا بعد أن يتأكد لها توافر هذه الشروط، وإذا لم تتوفر تحتم عليها الحكم بعدم قبولها دون التغلغل في الموضوع، فإذا تحققت المحكمة من توافر شروط قبول الدعوى، بحثت في مدى توافر العيوب الشكلية والموضوعية في النصوص محل الدعوى، لتقضي بدستوريتها أو عدم دستوريتها[٥٧٦].

لذلك ستكون دراسة هذا المطلب في فرعين، وكالآتي:

الفرع الأول: شروط قبول الدعوى الدستورية.

الفرع الثاني: إجراءات إصدار الحكم في الدعوى الدستورية.

٥٧٤- أنظر: المادة (٢١) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، وجدير بالإشارة إليه إن طرق التبليغ قد نص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ في المواد (١٣-٢٨) منه.

٥٧٥- أنظر: الدكتور عادل عمر شريف – قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر – ١٩٨٨- ص ٤٣٤.

٥٧٦- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – الطعن بعدم الدستورية وإجراءاته – المصدر السابق – ص ١١٨.

الفرع الأول
شروط قبول الدعوى الدستورية

شروط قبول الدعوى الدستورية التي يجب على المحكمة التأكد من توافرها قبل الفصل في الدعوى تتمثل بالآتي:

١. الاختصاص:

على المحكمة التأكد من قواعد الاختصاص، أي مدى اختصاص المحكمة بنظر الدعوى، لأنهُ لا يتصور بداهةً أن تنظر المحكمة الاتحادية العليا في موضوع الدعوى قبل أن تفحص أولاً، وبحسب ماهية هذه الدعوى، إمكانية نظرها بداءة، فتقوم المحكمة بداية بتكييف الدعوى المرفوعة لنظرها لتحديد وضعها من قواعد الاختصاص والقبول المقررة، وذلك على ضوء طلبات الخصوم، وبحسب حقيقة معناها ومقاصدها بغير وقوف عند حرفية العبارات المصاغة بها[٥٧٧].

وبعد تكييف الدعوى وتحديد ماهيتها، تبحث المحكمة الاتحادية العليا فيما إذا كانت هذه الدعوى بحسب النظام المقرر لها، مما يندرج في اختصاصها ولائياً أم لا، ففي قرار للمحكمة الاتحادية العليا جاء في حيثياته (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن وكيل المدعي طلب نقض قرار محكمة التمييز في إقليم كوردستان المرقم (٣/س/٢٠٠٨) المؤرخ ٢٠٠٩/٢/١٦، وإعادة تسجيل القيود المشار إليها في عريضة الدعوى، وفي مقدمة هذا القرار باسم موكله (س.ح.ا) . وحيث أن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا محددة في المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وفي المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، وليس من بين هذه الاختصاصات إلغاء القرارات القضائية الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية، أو محكمة التمييز في إقليم كوردستان، لذا تكون هذه المحكمة غير مختصة بنظر دعوى المدعي قرر الحكم بردها من جهة الاختصاص، وتحميل المدعي المصاريف وأتعاب محاماة لوكيل المدعى عليه وقدرها عشرة آلاف دينار وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٢/٦/٤)[٥٧٨].

٥٧٧- أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر – القضية رقم (١) لسنة ١٠ ق – منازعة تنفيذ – في ١٩٩١/٤/٦ – مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا – الجزء الرابع – الأحكام التي أصدرتها المحكمة من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونية ١٩٩١– ص ٥٧٥.

٥٧٨- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ١٢/اتحادية/٢٠١٢ – في ٢٠١٢/٦/٤– للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

وجاء في قرار آخر للمحكمة الاتحادية العليا بأنه (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن دعوى الشركة المدعية شركة أثير للاتصالات المحدودة (زين العراق) تتضمن أن الهيئة العامة للإعلام والاتصالات قد طالبتها بمبلغ (٢٦٢ مائتان واثنان وستون مليون دولاراً أمريكياً) بموجب كتابها المرقم (٦٩٧) المؤرخ ٢٠١١/٢/٦ لاستخدام شركة (زين العراق) أربعة ملايين رقم هاتف جوال دون استحصال موافقة الهيئة، مما شكل خرقاً لأحكام البند (١٤) من عقد الترخيص، وأن المبلغ المطالب به تمثل بفرض غرامة مقدارها (١٠٠ مائة مليون دولاراً أمريكياً) وأجور استخدام الشرائح المذكورة والبالغة (٢٦٢ مائتان واثنان وستون مليون دولاراً أمريكياً) . وادعى وكيلا المدعية أنهما طعنا بقرار الهيئة المدعى عليها أمام مجلس الطعن، فقرر المجلس بقراره المرقم ٢٦/طعن/٢٠١١ المؤرخ ٢٠١٢/١/٣٠ إسقاط قرار المطالبة، طلب وكيلا المدعي إضافة لوظيفته بتنفيذ قرار مجلس الطعن ومنع مطالبة موكله بمبلغ الغرامات، وقد رد المدعى عليه على عريضة الدعوى باللائحة التي تضمنها كتابه المرقم (٣٦٩٥) المؤرخ ٢٠١٢/٦/٢٧، بأن هذه المحكمة غير مختصة بنظر الدعوى، وأن الأمر (٦٥) لسنة ٢٠٠٤ رسم طريقاً للطعن بقرارات الشركة المدعية أمام مجلس الطعن، وأن القرار المطعون فيه المرقم (٦٩٧) في ٢٠١١/٢/٦ قد طعن به أمام مجلس الطعن، ونقض بقرارها المرقم (٢٦/طعن/٢٠١١) وأن مجلس الأمناء في هيئة الإعلام والاتصالات أصدرت قراراً جديداً برقم (مصادقة/٦) المؤرخ ٢٠١٢/٣/١٨ وكان على الشركة المدعية الطعن به أمام مجلس الطعن، وليس اللجوء إلى المحكمة الاتحادية العليا وطلب رد الدعوى، وحيث أن وكيلا المدعية قد أوضحا بأقوالهما في جلسة يوم ٢٠١٢/١٠/٢ أن دعوى موكلهما هي منع مطالبة هيئة الإعلام والاتصالات للشركة المدعية بالمبلغ التي فرضتهما الهيئة عليها، وحيث أن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا تتحدد في المادة (٩٣) من دستور عام ٢٠٠٥، والمادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، وليس من بين هذه الاختصاصات دعاوى منع المعارضة بالمطالبة بمبالغ معينة، لذلك تكون الدعوى واجبة الرد من جهة الاختصاص، وعليه قرر الحكم برد دعوى المدعي/إضافة لوظيفته وتحميله المصاريف وأتعاب محاماة لوكيل المدعى عليه وقدرها عشرة ألاف ديناراً وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٢/١٠/٢)[٥٧٩].

٥٧٩- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا- رقم ٤٩/اتحادية/٢٠١٢- في ٢٠١٢/١٠/٢- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٢. الصفة في الدعوى الدستورية:

تعتبر الصفة شرطاً مستقلاً لقبول الدعوى الدستورية، ويقصد بالصفة كشرط للدعوى أن تنسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى، وسلباً لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته[٥٨٠]. والصفة في الدعوى الدستورية ليست بهذا المعنى العام، وإنما قيدها القانون بمعنى محدد فليس كل صاحب حق يعتبر من ذوي الصفة أمام القضاء الدستوري، وإنما حدد القانون الدستوري المقارن أصحاب الصفة في اللجوء إلى القضاء الدستوري، ولا يجوز لغيرهم اللجوء إليه ولو كان له مصلحة في هذا اللجوء، وقد تفاوتت النظم المقارنة في تحديد أصحاب الصفة في رفع النزاع إلى القضاء الدستوري تفاوتاً واضحاً[٥٨١].

وتثبت الصفة في الدعوى الدستورية للخصم في الدعوى الموضوعية لأشخاص القانون العام، أو لأشخاص القانون الخاص الذين يدفعون أمام محكمة الموضوع في حال صرحت لهم المحكمة برفع الدعوى، بعد أن تتأكد من جدية الدفع، أو قاموا برفع الدعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة عن طريق الدعوة الأصلية.

كما تثبت الصفة أيضاً للمحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها سواء في ذلك للقضاء العادي، أو الإداري في رفع الدعوى الدستورية عن طريق قرار يصدر منها بالإحالة.

وجاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن عريضة الدعوى قدمت إلى هذه المحكمة من قبل وكلاء المدعي وبتواقيعهم، وهم المحامون السادة (ش.س) و (ح.ش) و (ر.أ) وذلك بتاريخ ٢٠٠٥/١١/٣٠ وقد تم استيفاء الرسم القانوني عن الدعوى بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/١، ولدى الاطلاع على وكالة السادة المحامين المذكورين تبين أنها وكالة عامة صادرة من دائرة كاتب العدل في الكرخ بعدد عمومي ٣٩٨٤ وبتاريخ ٢٠٠٦/٢/٢، وأن كتاب التأييد الصادر من جبهة التوافق العراقية قد صدر بتاريخ ٢٠٠٦/٢/١٩ المتضمن تأييدها بأن المحامي (ش.س) هو وكيل عن أمينها العام السيد (ط.أ) في الدعوى المقامة حول عدم دستورية نص المادة (١٥) من قانون الانتخابات، وحيث أن المحامين المذكورين قد وقعوا على عريضة الدعوى دون أن يكونوا مفوضين بذلك في تاريخ إقامتها المصادف ٢٠٠٥/١٢/١، حيث أن وكالتهم العامة قد نظمت لهم بتاريخ لاحق لإقامة الدعوى المصادف (٢٠٠٦/٢/٢)، لذلك تكون الدعوى قد أقيمت من أشخاص ليس لهم صفة قانونية لإقامتها، وتكون عريضة الدعوى غير مستوفية للشرط السابع من المادة (٤٦) من قانون

٥٨٠- أنظر: الدكتور فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني – المصدر السابق- ص٧٢.

٥٨١- أنظر في ذلك: الدكتور محمد عبد اللطيف – إجراءات القضاء الدستوري – المصدر السابق – ص١٦٩وما بعدها.

المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، كما أن قانون المرافعات المدنية لم يأخذ بمبدأ (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) الواردة في المادة (٩٢٨) من القانون المدني، وأن مجال تطبيق هذه المادة هو في المعاملات التي تنشأ بين الوكيل والغير، وللأسباب المتقدمة تكون الدعوى واجبه الرد شكلاً من جهة الخصومة تطبيقاً لأحكام المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية المعدل، لذا قرر الحكم برد الدعوى وتحميل المدعية الرسوم وأتعاب المحاماة لوكيل المدعي عليه، إضافة لوظيفته السيد (ع.ح) مبلغاً قدره عشرة ألاف ديناراً وصدر الحكم بالاتفاق حكماً باتاً لا يقبل الطعن استناداً لأحكام الفقرة (ثانياً) من المادة (٥) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥)[٥٨٢].

٣. المصلحة في الدعوى الدستورية:

يشترط لقبول الدعوى أن تكون هناك مصلحة لرافعها، فلا دعوى بغير مصلحة، فالمصلحة هي مناط الدعوى، فهي بهذا المعنى، المنفعة التي تعود على المدعي إذا حكم له بطلباته الواردة في الدعوى، فالمصلحة إذن هي الباعث على رفع الدعوى، وهي الغاية المقصودة منها[٥٨٣].

"وإذا كانت القاعدة بأن المصلحة في الدعاوى العادية تستهدف حماية حق ذاتي لرافع الدعوى، كذلك الشأن في دعوى القضاء الكامل(التعويض)، فإنها تستهدف حق المدعي في جبر الضرر الذي أصابه من جراء قرار أو فعل الإدارة الخاطئ، وفي دعوى الإلغاء تستهدف المصلحة الدفاع عن مبدأ المشروعية، ويكفي لقبولها أن يكون الطاعن في مركز قانوني خاص يؤثر عليه القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً، أما الدعوى الدستورية، فلا يشترط بالنسبة لها أن يستند الطاعن إلى حق شخصي اعُتدي عليه، بل يتعلق الأمر بمراكز قانونية عامة أو موضوعية، وينحصر إدعاء الطاعن فيها بوجود نصوص تشريعية مخالفة للدستور"[٥٨٤].

ويجب توافر شرط المصلحة سواء كانت الدعوى الدستورية قد أقيمت عن طريق الدفع الفرعي، أو عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع.

ويتحقق شرط المصلحة أمام المحكمة الاتحادية العليا في حالتي الإحالة التلقائية، والدفع الفرعي من خلال ارتباط المصلحة في الدعوى الدستورية بالمصلحة في الدعوى الموضوعية، ومؤدى

٥٨٢- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ٢/اتحادية/٢٠٠٥ – في ٢٠٠٦/٥/٢٩ – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٨٣- أنظر: الدكتور أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية– المصدر السابق – ص ١٢١.

٥٨٤- أنظر: الدكتور إبراهيم محمد علي – المصلحة في الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص ٥٨.

هذا الارتباط أن يكون من شأن الحكم في الدعوى الدستورية، أن يؤثر في الطلبات التي أبديت في الدعوى الموضوعية[٥٨٥].

ومن ذلك يتضح أن للمصلحة في الدعوى الدستورية في صورتيها، الإحالة المباشرة، والدفع الفرعي وجهين هما:

<u>الوجه الأول</u>: الارتباط بالمصلحة في الدعوى الموضوعية.

فمن خلال قراءة نص المادتين (٣و٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، يتبين اشتراط قيام دعوى موضوعية أمام إحدى المحاكم، وأن يوجد نص في قانون أو نظام ترى المحكمة إنه لازم للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها، ويتراءى لها عدم دستوريته[٥٨٦]، ويدخل في سلطة قاضي الموضوع وحده أمر تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية ولزومه للفصل في الدعوى الموضوعية المطروحة عليها، وفي حالة الإحالة المباشرة من محكمة الموضوع لا بد من أن تقوم شبهة قوية لدى قاضي الموضوع في أثناء نظره للنزاع بعدم دستورية نص تشريعي لازم للفصل في هذا النزاع المطروح على المحكمة، وبحث هذا الأمر تستقل بتقديره المحكمة المُحيلة من دون تعقيب عليها من المحكمة الأعلى، طالما أنها ستوقف الدعوى الموضوعية وتحيلها إلى المحكمة الاتحادية العليا.

<u>الوجه الثاني</u>: يجب أن ترتبط المصلحة في الدعوى الدستورية بالمصلحة في الدعوى الموضوعية.

وهذا الأمر تتولاه محكمة الموضوع، إلا أن للمحكمة الاتحادية العليا دوراً في هذا الشأن أيضاً، إذ لا بد من أن تتأكد المحكمة أن الفصل في المسألة الدستورية، من شأنه أن يؤثر فيما أبداه الطاعن من طلبات في دعوى الموضوع.

٥٨٥- أنظر: الدكتور عادل الطبطبائي – شرط المصلحة في الدعوى الدستورية – مجلة الحقوق –جامعة الكويت – العدد الأول – السنة الرابعة والعشرون – آذار ٢٠٠٠ – ص ٢٠.

٥٨٦- وجاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا " وجد بأن الطلب المقدم من محكمة البصرة / الأولى. للبت في شرعية المادة (٢٨) من قانون المشروبات الروحية رقم ٣ لسنة ١٩٣١ المعدل.. لم يكن بناءاً على دعوى منظورة أمامها بصدد موضوع الطلب. كما لم يكن بناء على دفع من أحد الخصوم بعدم شرعية تلك المادة عند نظرها دعوى مقامة أمامها. فبذلك تكون محكمة تحقيق البصرة/ الأولى قد خالفت أحكام المادتين(٣و٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، عند تقديمها الطلب المذكور أنفاً. لذا قرر رد الطلب والإشعار إلى المحكمة المذكورة بمراعاة ذلك". أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ٩٩/اتحادية/٢٠١١ – في ٢٠١١/١٠/١٨ – للاطلاع على القرار أنظر:الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

"وذلك بأن يكون من شأن الحكم في الدعوى الدستورية أن يؤثر فيما أبدى من طلبات في دعوى الموضوع، أي أن يصبح الفصل في النزاع الموضوعي كلياً أو جزئياً متوقفاً على الفصل في المسائل الدستورية التي تدعى المحكمة الدستورية لنظرها، فإذا كان ارتباط المصلحة في الدعويين غير قائم، أو كان الحكم في الدعوى الدستورية ليس من شأنه التأثير على الطلبات الموضوعية المنظورة أمام محكمة الموضوع، فإن المصلحة في الدعوى الدستورية تكون منعدمة، وتكون الدعوى غير مقبولة"[٥٨٧].

الفرع الثاني
إجراءات إصدار الحكم في الدعوى الدستورية

بعد إكمال التبليغات وتعيين موعد للمرافعة بالنسبة للدعاوى، وتهيئة الدعاوى التي ترسل إليها من قبل رئاسة محكمة القضاء الإداري والطلبات الأخرى، (يدعو رئيس المحكمة أعضاءها للانعقاد قبل الموعد المحدد بمدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً، إلا في الحالات المستعجلة وبحسب تقدير رئيسها، ويرفق بكتاب الدعوة جدول الأعمال وما يتعلق به من وثائق)[٥٨٨].

وفي اليوم المعين للمرافعة (تنظر المحكمة في المنازعات بجلسة علنية، إلا إذا قررت أن تكون الجلسة سرية إذا كان ذلك ضرورياً، مراعاة للمصلحة العامة، أو النظام العام، أو الآداب العامة، وبقرار من رئيسها)[٥٨٩]، كما (تنظر المحكمة في المنازعة ولو لم يحضر الخصوم بعد أن تتحقق من صحة تبلغهم بموعد المرافعة)[٥٩٠].

فالخصوم إذا تبلغوا ولم يحضروا عند موعد المرافعة، فلا تترك الدعوى للمراجعة ومن ثم إبطالها[٥٩١]، وإنما تستمر المحكمة الاتحادية العليا بنظر المنازعة بدون حضور طرفي الدعوى[٥٩٢]،

٥٨٧- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – الطعن بعدم الدستورية وإجراءاته – المصدر السابق – ص ١٢٧.

٥٨٨- أنظر: المادة (٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥.

٥٨٩- أنظر: المادة (١٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا – والمادة (١١) من لائحة المحكمة الدستورية في الكويت لسنة ١٩٧٤.

٥٩٠- أنظر: المادة (١١) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا – والمادة (١٣) من لائحة المحكمة الدستورية في الكويت لسنة ١٩٧٤.

٥٩١- أنظر: نص المادة (٥٤/أ) من قانون المرافعات المدنية قضت بأن (تترك الدعوى للمراجعة إذا اتفق الطرفان على ذلك، أو إذا لم يحضرا رغم تبلغهما أو رغم تبليغ المدعي، فإذا بقيت الدعوى كذلك عشرة أيام ولم يطلب المدعى أو المدعى عليه السير فيها تعتبر عريضة الدعوى مبطلة بحكم القانون)، بينما قضت الفقرة (أ) من المادة (١٩٠) من نفس القانون (إذا لم يحضر المستأنف والمستأنف عليه في اليوم المعين للمرافعة رغم التبلغ تقرر المحكمة ترك الدعوى الاستئنافية لحين

وهذا التخريج ينسجم مع دعاوى المشروعية التي تنتمي إليها الدعوى الدستورية، والتي غايتها تحقيق المشروعية الدستورية.

ومما تجدر ملاحظته أن للمحكمة الاتحادية العليا إجراء ما تراه من تحقيقات في المنازعات المعروضة عليها، أو تندب لذلك أحد أعضائها ولها طلب أي أوراق أو بيانات من الحكومة، أو أية جهة أخرى للاطلاع عليها، ولها عند الضرورة أن تأمر بموافاتها بهذه الأوراق، أو صورها الرسمية حتى لو كانت القوانين، والأنظمة لا تسمح بالاطلاع عليها أو تسليمها[٥٩٣].

حيث نقرأ في إحدى قرارات المحكمة الاتحادية العليا بأنه: (ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ذلك لأن المحكمة لم تطلع على القرار الإداري المطعون فيه، ولم يقدم المدعين التظلم من القرار الإداري كما تتطلبه الفقرة (هـ) من البند ثانياً من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩، وإنّ ما ورد في لائحة وكيل المدعين بعدم الحاجة لتقديم الطلب ورفضه، والتظلم من قرار الرفض فإن الإجراءات الواجب إتباعها قبل إقامة الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري لا تعفي المدعي من سلوك الطريق القانوني، كما أن المحكمة أجرت مرافعة مبتسرة ولم تطلع على أصل مستندات الدعوى وتثبت محتوياتها في محاضر الضبط، وحيث أن كل ذلك قد أخلّ بالحكم المميز، قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة، وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٠٨/٩/١٥)[٥٩٤].

وللمحكمة الاتحادية العليا إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي المستشارين لديها، آو خبراء من خارجها فتقرر الاستعانة بهم ويكون رأيهم استشارياً[٥٩٥]، والخبرة هي إحدى طرق الإثبات التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في الدعوى، كما أن للقاضي أن يلجأ إليها من تلقاء نفسه كلما دعت الحاجة للتثبت من مسائل فنية اختصاصيه[٥٩٦]، ولا تلجأ المحكمة إليها إلا عند عدم إدراكها

=المراجعة، وإذا مضى على تركها ثلاثون يوما دون أن يراجع الطرفان أو أحدهما لتعقيبها تبطل عريضة الدعوى الاستئنافية ولا يجوز تجديدها).

٥٩٢- أنظر: مكي ناجي – اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا – المصدر السابق – ص ١١٥- ١١٦.

٥٩٣- أنظر: نص المادة (١٣) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا – والمادة (١٤) من لائحة المحكمة الدستورية في الكويت لسنة ١٩٧٤.

٥٩٤- أنظر: قراري المحكمة الاتحادية العليا – رقم ٤٤/اتحادية/تمييز/ ٢٠٠٨ و ٤٦/اتحادية/تمييز/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/١٥- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٥٩٥- أنظر: المادة (١٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا.

٥٩٦- أنظر: الدكتور محمود جمال الدين زكي – الخبرة في المواد المدنية والتجارية – مطبعة جامعة القاهرة – ١٩٩٠- ص ١١-١٢.

للمسألة المعروضة بنفسها، أو عندما تكون الأدلة المعروضة في الدعوى غير كافية لتوضيحها، وهي تقتصر من حيث المبدأ على المسائل الفنية من دون المسائل القانونية التي تبقى حصراً من اختصاص القاضي[٥٩٧].

كما منح النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠٠٥(المتعلق بسير إجراءات التقاضي) المحكمة الاتحادية العليا (..أن تكلف الادعاء العام بإبداء الرأي في موضوع معروض أمامها، وعلى الادعاء العام إبداء رأيه تحريرياً خلال المدة التي تحددها المحكمة)[٥٩٨].

والذي يستبان من النص المذكور سابقاً أن تكليف المحكمة الاتحادية العليا للإدعاء العام في إبداء الرأي يكون جوازياً، في حين أن الأمر على خلافه في النظام القضائي في دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث نصت المادة (٤٢) من قانون المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣، على أنه (يجب على النيابة العامة الاتحادية أن تتدخل في كل الدعاوي والطلبات والطعون المقامة أمام المحكمة العليا)، ولو اتخذ المشرع العراقي الاتجاه التشريعي السابق، والمتضمن وجوب التدخل من قبل الادعاء العام في الطعون المقامة أمام المحكمة الاتحادية العليا لكان أصوب، حيث يتراءى لنا أن بعض الاختصاصات الممنوحة للمحكمة الاتحادية العليا كالمادة (٩٣/سادساً) من دستور ٢٠٠٥، والمتعلقة بالنظر في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء، والوزراء، من الواجب حضور رئيس الادعاء العام أو من يمثله أمام المحكمة حتى تمارس اختصاصها الذي تباشره المحكمة لوظيفة جزائية.

وعندما تدرس المحكمة الاتحادية العليا موضوع الدعوى، تقوم بمطابقة النصوص التشريعية لأحكام الدستور من عدمها، والتي تكون رهناً ببراءتها، مما قد يشوبها من مثالب دستورية، سواء في ذلك تلك التي تقوم على مخالفات شكلية للأوضاع الإجرائية التي يتطلبها الدستور، أم تلك التي يكون مبناها مخالفة لقواعد موضوعية.

وتصدر المحكمة القرارات والأحكام بالأغلبية البسيطة، عدا الأحكام والقرارات الخاصة بالفصل في المنازعات الحاصلة بين الحكومة الاتحادية، وحكومات الأقاليم، والمحافظات، والبلديات والإدارات المحلية، فيلزم أن تصدر بأغلبية الثلثين[٥٩٩].

٥٩٧- أنظر: قانون الخبراء أمام القضاء رقم ١٦٣ لسنة ١٩٦٤ المعدل – المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (١٠٢٩) في ١٩٦٤/١٠/١٨.

٥٩٨- أنظر: المادة (١٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم(١) لسنة ٢٠٠٥.

و(عند النطق بالحكم أو القرار يجب أن تودع مسودته في إضبارة الدعوى بعد التوقيع عليها، ويلزم أن يكون الحكم أو القرار مشتملاً على أسبابه، فإن لم يكن بالإجماع أرفق معه الرأي المخالف مع أسبابه)[٦٠٠].

المبحث الثالث

تنفيذ الحكم الدستوري

سوف نتناول دراسة هذا المبحث في مطلبين، نخصص الأول لدراسة حجية الحكم الدستوري، أما الآخر فنتناول فيه بيان النتائج أو الأثر المترتب على حجية الحكم. وكما يلي:

المطلب الأول: حجية الحكم الدستوري.

المطلب الثاني: نفاذ الحكم الدستوري.

المطلب الأول

حجية الحكم الدستوري

يقصد بالحجية أن الحكم القضائي إذا صدر، فإنه يكون حجة فيما فصل فيه من الحقوق، بمعنى أنه يحوز الاحترام والإلزام سواء أمام المحكمة التي أصدرته، أو أمام المحاكم الأخرى، بما يمنع من إعادة نظر النزاع في المسألة المقضي فيها مرة أخرى، فإذا أقام أحد الخصوم دعوى جديدة أمام المحاكم لإثارة النزاع المقضي فيه، كان للخصم الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها، وهو دفع من النظام العام يجوز إبداؤه في أي مرحلة من مراحل التقاضي، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[٦٠١].

٥٩٩- أنظر: المادة (٥/أولاً) من الأمر رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥- الصادر عن السلطات الائتلافية المؤقتة التي حكمت العراق بعد الاحتلال الأمريكي للعراق بعد عام ٢٠٠٣.

٦٠٠- أنظر: المادة (١٦) من النظام الداخلي للمحكمة رقم (١) لسنة ٢٠٠٥.

٦٠١- أنظر: الدكتور عبد الله ناصف – حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٨ – ص ١٩.

وحجية الأحكام نوعان، أولهما حجية نسبية إذ يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدر بشأنها الحكم، وعلى ذات النزاع الذي فصل فيه محلاً وسبباً، ويشترط في إعمال هذه الحجية اتحاد الخصوم، واتحاد الموضوع، واتحاد السبب.

وثانيهما حجية مطلقة إذ لا يخضع إعمالها لأي شرط من الشروط السابقة، فأثر الحكم يمتد بحجيته إلى الكافة، أي الخصوم وغير الخصوم في الدعوى، بل وسلطات الدولة أيضاً، ونظراً لكون الحكم الحائز للحجية المطلقة متحرر من شرط اتحاد السبب، فإن الحكم يعمل أثره ويحق التمسك به في أي دعوى ولو اختلفت في سببها عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم الحائز للحجية المطلقة[٦٠٢].

عليه، سندرس هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية.
الفرع الثاني: حجية الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية.

الفرع الأول
حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية

إذا كانت القاعدة العامة في الأحكام القضائية (القضاء الشخصي) بوجه عام، أنها ذات حجية نسبية، لكن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لا تشملها هذه القاعدة على إطلاقها، وإنما هناك تفصيلات تختلف باختلاف النظم الدستورية في القانون المقارن.

ففي النظام القضائي العراقي تعتبر الحجية النسبية للأحكام القضائية، هي القاعدة العامة، على نحو ما قررته المادة (١٠٥) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩[٦٠٣].

٦٠٢- أنظر: الدكتورة عزيزة الشريف – دراسة في الرقابة على دستورية التشريع – المصدر السابق- ص١٩١-١٩٢.

٦٠٣- نصت المادة (١٠٥) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، على أن" الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزع بذات الحق محلاً وسبباً".

إلا أنه خلافاً لما تقدم، فقد جعل المشرع العراقي الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة أي قطعية[٦٠٤]. وذلك بموجب قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، وهذا ما أكده النظام الداخلي للمحكمة[٦٠٥].

يتبين مما سبق، ان أحكام المحكمة الاتحادية العليا فيما يتعلق بدستورية القوانين والأنظمة والتعليمات باتة أي قطعية، ولا يجوز الطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن، وهو ما يعني أن التقاضي أمام المحكمة الاتحادية العليا فيما يتعلق بدستورية القوانين يكون على درجة واحدة، كما أن عدم القابلية للطعن تشمل جميع طرق الطعن العادية وغير العادية، وسواء كان الحكم بعدم الدستورية أو برفض الدعوى، لأن النص ورد مطلقاً بهذا الخصوص، كما أن هذه الأحكام تتمتع بالحجية المطلقة فهي ملزمة للسلطات العامة وللكافة وعلى الجميع احترامها وتطبيقها[٦٠٦].

وبعد صدور دستور سنة ٢٠٠٥، بينت المادة (٩٣) منه اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، وكان أول هذه الاختصاصات هي الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، أما المادة (٩٤) من الدستور فقد نصت على أن "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة"[٦٠٧]، فالنص بهذا الإطلاق يعني أن التقاضي أمام المحكمة الاتحادية العليا يتم على درجة واحدة، وقرارات المحكمة تصدر باتة وحاسمة للدعاوى والطلبات التي صدر فيها غير مقبول الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن.

ونستفيد من نص هاتين المادتين أن المشرع الدستوري أخذ بنظام مركزية الرقابة الدستورية، إذ أوكل مهمة البت في دستورية القوانين والأنظمة إلى المحكمة الاتحادية العليا، وبذلك لا يمكن لأي محكمة أخرى أن تمارس هذا الاختصاص، وفي ذلك ضمان لوحدة الأحكام القضائية المتعلقة بدستورية القوانين والأنظمة، ثم جعل المشرع قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة أي قطعية فلا يجوز

٦٠٤- نصت المادة (٥/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا، على أن"... ثانياً- الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة".

٦٠٥- نصت المادة (١٧) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، على "أن الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن".

٦٠٦- أنظر: الدكتورة مها بهجت يونس – المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين – المصدر السابق – ص٣٦.

٦٠٧- وبنفس المعنى أنظر: المادة (١) من قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، والمادتان (٤٨و٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

الطعن عليها بأي وجه من أوجه الطعن، كما جعلها ملزمة لجميع سلطات الدولة، من ذلك نخلص إلى أن أحكام المحكمة الاتحادية العليا ذات حجية مطلقة وليست نسبية، وهذه الأحكام تتمتع بالحجية المطلقة سواء كانت بعدم الدستورية أو بالرفض الموضوعي وذلك لأن نص المادة (٩٤) صريح وواضح وورد مطلقاً[٦٠٨].

والحقيقة أن نهائية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية وعدم قابليته للطعن يرجع إلى أكثر من مبرر، فمن ناحية أولى طبيعة النظام الذي تبناه المشرع العراقي من جعل الرقابة على دستورية القوانين رقابة مركزية، تنحصر في يد قضاة المحكمة الاتحادية العليا وحدهم، باعتبار أنّ هذه المحكمة هيئة قضائية مستقلة وقائمة بذاتها يدعم نهائية الحكم، ولأن القول بجواز الطعن في الحكم سيحصل على كلمة الفصل في المسألة الدستورية من نصيب محكمة الطعن، وليس للمحكمة الاتحادية العليا، ومن ناحية ثانية، طبيعة الدعوى الدستورية بحسبانها دعوى عينية وما يفرضه ذلك من أن القاضي الدستوري يتجاوز نطاق الخصومة، وينظر في جميع العيوب التي تشوب القانون المطعون فيه من دون التوقف عند الأسباب التي تمسك بها الخصم[٦٠٩].

أمام نص المادة (٩٤) من الدستور التي قضت بأن (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة)، نستطيع القول بأن حجية القرار الصادر بعدم الدستورية، يؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون أو النظام مرة واحدة وبصفة نهائية، ومن ثم لا يسمح في المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد بصدد الحالات الجزئية التي يمكن أن يحكمها هذا القانون، أو ذاك النظام، وتعد لذلك القرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا في هذا الشأن ملزمة للكافة في العراق، يُقصد بـ(الكافة) جميع الأشخاص الطبيعية والاعتبارية من الأغيار، فهي ملزمة للسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، ولكن في دستور ٢٠٠٥، لا نعلم هل أراد المشرع الدستوري أن تكون قرارات المحكمة الاتحادية العليا ملزمة للسلطات العامة فقط من دون الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، أم إنه يقصد إلزامها للكافة من الأشخاص أيضاً؛ على اعتبار أن واجب الالتزام بأحكام المحكمة الاتحادية العليا، ومنها أحكامها بعدم الدستورية ملزمة للأفراد طالما اعتبرها ملزمة لكافة السلطات العامة في الدولة، هذا ونعتقد أن التفسير الثاني هو أصوب وأقرب إلى الحقيقة. لكن كان الأجدر بالمشرع أن

٦٠٨- أنظر: الدكتورة مها بهجت يونس – الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون – سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها بيت الحكمة العراقي– بغداد – ٢٠٠٩– ص١٣٣.

٦٠٩- أنظر في ذلك: الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز في الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص ٤١٢.

يأتيَ بنص المادة واضحاً وصريحاً بهذا الشأن، وذلك بأن يكون على الوجه الآتي: "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باته وملزمة لجميع السلطات العامة وللكافة"[٦١٠].

الفرع الثاني
حجية الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية

إذا كانت الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الاتحادية العليا الصادرة بعدم الدستورية، لا تثير خلافاً فإنّ القول بهذه الحجية قد يكون محل خلاف في ما يخص القرارات الصادرة برفض الطعن بعدم الدستورية، بحيث يثور التساؤل عما إذا كانت هذه القرارات بالرفض تتمتع بالحجية المطلقة أم بالحجية النسبية؟

فالحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا المصرية، أو المحكمة الاتحادية العليا في العراق برفض دعوى عدم دستورية قانون أو لائحة يرتب استمرار نفاذ هذا القانون، أو تلك اللائحة (الأنظمة) لأن الحكم في هذه الحالة يعتبر استصحاباً لأصل صحتها؛ وقاضياً بزوال الشبهة التي كانت عالقة بالنصوص المعروضة عليها، كذلك لا يجوز لمحكمة الموضوع الامتناع عن تطبيق نص في قانون لم يقضَ بعدم دستوريته أصلاً، أو كان قد صدر حكم برفض الطعن عليه بعدم الدستورية[٦١١].

وفي مصر، ذهب بعض الفقه إلى التمييز بين نوعين من الأحكام، النوع الأول يتعلق بالأحكام الصادرة بعدم الدستورية، هنا يكون للحكم حجية مطلقة. أما النوع الثاني فيضم الأحكام الصادرة برفض الدعوى، ويجب التفرقة بين الأحكام الصادرة برفض الدعوى شكلاً، وبين الأحكام الصادرة برفض الدعوى موضوعاً لثبوت دستورية القانون أو اللائحة، بالنسبة للأحكام الصادرة برفض الدعوى شكلاً لعدم توافر شروط قبولها كشرط المصلحة أو شرط الميعاد، فان الفقه الدستوري متفق على أن هذه الأحكام لا تحوز الحجية المطلقة، وإنما تكون حجيتها نسبية لا تمنع المحكمة من إعادة نظر دستورية ذات النص القانوني أو اللائحي الذي سبق وأن قضت بعدم قبول الدعوى الدستورية، سواء بالنسبة للمدعي أو بالنسبة لغيره[٦١٢]، فالمحكمة لم يسبق لها نظر الموضوع في الدعوى الأولى، ولا ينبغي أن يكون عدم القبول حائلاً دون نظره بعد ذلك عند استيفاء الشروط المطلوبة قانوناً[٦١٣].

٦١٠- أنظر: عباس العنبكي- تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا - الحوار المتمدن - العدد٣٣ - ٢٠١١، تم نشر المقال على الموقع الإلكتروني: http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid-249803

٦١١- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر - رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة) - المصدر السابق- ص ٥٥٤.

٦١٢- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر - رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة) - المصدر السابق- ص ٥٢٩.

٦١٣- أنظر: الدكتور عادل عمر شريف - قضاء الدستورية- القضاء الدستوري في مصر- المصدر السابق - ص ٤٦٠.

"أما بالنسبة للأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية موضوعاً، أي التي تقرر أن القانون أو اللائحة محل الدعوى مطابق للدستور، فقد اختلف الفقه بشأن الحجية المقررة لهذه الأحكام وهل هي حجية مطلقة أم حجية نسبية؟"[٦١٤].

فبعد أن استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في هذا الخصوص؛ على أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية تتمتع بحجية مطلقة، واستندت في ذلك إلى نصوص الدستور، وقانون إنشائها، تصرحان في بيان الطبيعة العينية للدعوى الدستورية، التي توجه فيها الخصومة إلى النصوص التشريعية المطعون بعدم دستوريتها. ومن ثم تكون حجيتها "حجية مطلقة"، وآثارها غير قاصرة على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما يمتد هذا الأثر وينصرف إلى الكافة، ويلزم جميع سلطات الدولة[٦١٥].

اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لتوجه المحكمة الدستورية السابق، فالمؤيدون يرون أن المحكمة إنما تسترد كامل سلطتها بالنسبة للقانون، أو اللائحة المطعون بعدم دستوريتها، كما أنه للمحكمة حق التصدي من تلقاء نفسها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها للنص غير الدستوري في قانون، أو لائحة معروضة أمامها، بالإضافة إلى أن الفقرة الأولى من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قررت أن الأحكام في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة، وللكافة، لم تفرق بين الحكم الصادر بعدم الدستورية، والحكم الصادر برفض الطعن، مما يدل: على أن المشرع قد أراد أن تكون الحجية واحدة سواء بالنسبة لأحكام القبول، أو الرفض الموضوعي[٦١٦].

أما الرافضون لاتجاه المحكمة انتقدوا مذهبها بشأن تقرير الحجية المطلقة لجميع الأحكام الصادرة منها – سواء في ذلك الأحكام الصادرة بعدم الدستورية، أم برفض الطعن– بحسبان أن مسلك

٦١٤- أنظر: الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد – قضاء الدستورية في مصر– في ضوء قانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا– المصدر السابق – ص ٣٥١.

٦١٥- أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم ٤٨ لسنة ٣ قضائية "دستورية" – جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ – مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا – الجزء الثاني – ص١٤٨ وما بعدها.

٦١٦- أنظر: الدكتور عادل عمر شريف – قضاء الدستورية – المصدر السابق – ص ٤٦٥؛ وكذلك أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – النظرية العامة للقانون الدستوري – المصدر السابق – ص ٨٤٤؛ وكذلك أنظر: الدكتور محمود أحمد زكي – الحكم الصادر في الدعوى الدستورية – آثاره وحجيته وتنفيذه – دار النهضة العربية – القاهرة – الطبعة الثانية – ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥– ص ٤٧٠.

المحكمة العليا في التفرقة بين هذين النوعين من الأحكام، وتقرير الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، وحجبها عن الأحكام الصادرة برفض الطعن، وهو ما كان يتعين الأخذ به[٦١٧].

أما في العراق، فالأصل إن قرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات وللكافة، إلا أن ذلك يقتضي علينا أن نميز بين نوعين من الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة، الأولى أحكام وقرارات ترجع إلى عيب شكلي أو إجرائي في الدعوى الدستورية، والثانية أحكام وقرارات ترجع إلى عيب موضوعي.

فالقرارات المستندة على عيب شكلي أو إجرائي مثل عدم قبول الدعوى لعدم توافر المصلحة[٦١٨]، أو الصفة[٦١٩] لدى رافعها، أو لعيب في صحيفة الدعوى بسبب رفعها بعد الميعاد[٦٢٠] أو لخلوها من البيانات التي أوجبها القانون، أو لتغيير موضوع الدعوى تغييراً جوهرياً[٦٢١]، هنا يعد القرار الصادر في الدعوى الدستورية لهُ حجية نسبية، حيث يجوز تصحيح العيب الشكلي عن طريق إجراءات جديدة وصحيحة.

فالمحكمة الاتحادية العليا لم تنظر في مضمون التشريع المطعون فيه، بل اكتفت باكتشاف العيب الإجرائي الذي كفاها عن الاستمرار في نظر الدعوى، من هنا يجوز لذوي الشأن أن يعيدوا طرح المسألة الدستورية ذاتها على المحكمة بإجراءات سليمة من حيث الشكل[٦٢٢]، أما القرارات التي استندت على عيوب موضوعية، فإن لها حجية مطلقة سواء انتهت هذه القرارات إلى دستورية النص التشريعي الطعين أم عدم دستوريته.

٦١٧- أنظر: الدكتور عبد الله ناصف – حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل- المصدر السابق – ص ٢٨؛ أنظر: الدكتور ماجد راغب الحلو – القانون الدستوري- المصدر السابق – ص ٤٠٣؛ وكذلك أنظر: الدكتور صبري محمد السنوسي – آثار الحكم بعدم الدستورية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠- ص ٦٣.

٦١٨- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ١٣/اتحادية /٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٨/٢٤ – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٦١٩- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ٢/اتحادية/٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٥/٢٩- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٦٢٠- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا- رقم ٦/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٨/٩ – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٦٢١- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا- رقم ١/اتحادية /٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٥/٢٩- للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٦٢٢- أنظر: الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز في الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص ٤١٩.

وعند الرجوع إلى تحليل الرأيين السابقين لوجدناهما قد تغافلا عن الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري إزاء دعوى لها طبيعة عينية، فالقاضي الدستوري لا يكتفي بفحص الأسباب التي استند إليها الخصوم في دعواهم، بل يتجاوزها إلى غيرها من الأسباب التي يمكن أن تعيب القانون الطعين، وبهذه الطريقة يصبح القانون محل الطعن وقد خضع لرقابة كاملة من القاضي الدستوري، مما يستحيل معه أن يأتي خصوم آخرون بأسباب أخرى جديدة لم يتعرض لها القاضي، فمن المتصور أن يطرح على المحكمة الاتحادية العليا عدم دستورية نص لأسباب معينة، ولا تكون تلك الأسباب مؤدية إلى القضاء بعدم دستوريته، ولو اقتصرت المحكمة على الأسباب المعروضة عليها، فإن القرار برفض الدعوى وحجيته النهائية سيحول دون العودة إلى النص على الرغم من وجود دواعي – بخلاف تلك المثارة – من شأنها القضاء بعدم دستوريته[٦٢٣].

والملاحظ أن التقاضي أمام المحكمة الاتحادية العليا، بما في ذلك المنازعات الدستورية على درجة واحدة وهذا المبدأ قررته المادة (٩٤) من الدستور، حيث تحسم المسألة الدستورية مرة واحدة وبصورة باتة[٦٢٤]، ومع ذلك يمكن العودة للمحكمة الاتحادية العليا تطبيقاً للقواعد العامة في المرافعات المدنية كتصحيح الأخطاء المادية[٦٢٥]، كما أن نهائية الأحكام وعدم قابليتها للطعن، لا تمنع من المطالبة ببطلان أحكام المحكمة الاتحادية بسبب مخاصمة أعضاء المحكمة[٦٢٦]، أو عدم صلاحيتهم[٦٢٧].

٦٢٣- أنظر: فتحي فكري – التنظيم الدستوري للسلطات الأتحادية في دولة الأمارات العربية المتحدة- دراسة تحليلية نقدية – دار النهضة العربية – ١٩٩٩- ص٢٢٠.

٦٢٤- أنظر: الدكتور غازي فيصل مهدي – نصوص جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في الميزان – موسوعة الثقافة القانونية (١)- بغداد – ط١- ٢٠٠٨ – ص٦٤.

٦٢٥- تنص المادة (١٦٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على (١- لا يؤثر في صحة الحكم ما يقع فيه من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وانما يجب تصحيح هذا الخطأ من قبل المحكمة بناء على طلب الطرفين أو احدهما ٢- إذا وقع طلب التصحيح دعت المحكمة الطرفين لاستماع اقوالهما أو من حضر منهما بشأنه وأصدرت قرارها بتصحيح الخطأ الواقع ٣- يدون قرار التصحيح حاشية للحكم الصادر ويسجل في سجل الأحكام ويبلغ للطرفين).

٦٢٦- أنظر: المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

٦٢٧- أنظر: المادة (٩١) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

المطلب الثاني

نفاذ الحكم الدستوري

نصت المادة (٩٤) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ بأن (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة)، ونص قانون المحكمة في المادة (٥/ثانياً) منه أن "الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة"، وأكد النظام الداخلي للمحكمة بتات الأحكام التي تصدرها المحكمة، ونص في المادة (١٧) منه، على أن "الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن".

يتضح من النصوص السابقة أن المشرع الدستوري والقانوني أسبغ الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الاتحادية العليا الصادرة بعدم الدستورية، وتظهر أهمية تلك الحجية على النتائج المترتبة عليها، والمتمثلة بإلزامية الحكم بعدم الدستورية لجميع سلطات الدولة وللكافة، من جهة، والأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي – في الأنظمة الدستورية المقارنة – من جهة ثانية.

عليه سندرس هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: إلزامية الحكم بعدم الدستورية لجميع سلطات الدولة وللكافة.
الفرع الثاني: الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي.

الفرع الأول

إلزامية الحكم بعدم الدستورية لجميع سلطات الدولة وللكافة

تُعد الأحكام بعدم دستورية نص تشريعي ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة والكافة، ويرجع ذلك لحجيتها المطلقة، فهي لا تتمتع بالحجية النسبية، أي التي تنحصر في أطراف الخصومة التي رفعت المنازعة بشأنها، بل تتعدى أطراف القضية إلى السلطات العامة والأفراد.

فبعد صدور الحكم بعدم الدستورية فان من واجب السلطات – التشريعية والتنفيذية والقضائية – التقيد بمضمونه لأن أثره يمتد في مواجهتها، وكذلك بالنسبة للأغيار من الأشخاص الطبيعية والمعنوية.

ففي مصر نصت المادة (٤٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية المصرية على أن "أحكام المحكمة في الدعوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع

سلطات الدولة والكافة، وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية، وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها".

وبذلك، يكون المشرع المصري قد أقر هذا المبدأ وجعل حجية الأحكام بعدم الدستورية تسري بمواجهة سلطات الدولة وللكافة، من جانب، وفرض نشر الأحكام في الجريدة الرسمية لتكون الوسيلة التي يتم بها علم السلطات العامة والكافة بالحكم الصادر في الدعاوى الدستورية، ولا شك أن نشر الحكم وأسبابه هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها افتراض علم الكافة بمضمون الحكم، على نحو يكفل استقرار المعاملات والأحكام القضائية[٦٢٨].

فيقع على عاتق سلطات الدولة الالتزام بتنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا القاضي بعدم دستورية نص تشريعي، فعلى البرلمان أن يلغيه، أو يعدله حتى يتفق مع الدستور، وهذا الإلغاء أو التعديل يتعين على البرلمان أن يشرع فيه من وقت نشر الحكم في الجريدة الرسمية، إلا أنه غير ملزم بميعاد محدد يتعين عليه أن يصدر القانون الجديد، فمن الضروري منحه مدة معقولة حتى يتدبر أمره، ويتخذ من الإجراءات ما يكفل عدم وقوعه في حومة عدم الدستورية مرة أخرى. إلا أن يجب ألا يتراخى في إصدار القانون الجديد أكثر من الوقت اللازم، لكون القانون الذي كان معمولاً به قبل القانون الذي حكم بعدم دستوريته يتولى تنظيم المسألة محل الدراسة حتى إصدار القانون الجديد، وهذا ما قررته المحكمة الدستورية العليا بقولها: "وحيث أن إلغاء المشرع لنصوص قانونية بذاتها، يفترض أن يكون التنظيم التشريعي الصادر بإلغائها صحيحاً ووفقاً للدستور، فإذا تقرر بقضاء من هذه المحكمة بطلان هذا التنظيم بكامل أجزائه، أعتبر أثره منعدماً في شأن النصوص التي عطل سريانها، فلا يزول وجودها"[٦٢٩].

وعلى السلطة التنفيذية أن تتقيد بالحكم الصادر في الدعوى الدستورية، وعدم تطبيق القانون أو اللائحة التي قضى بعدم دستوريتها على الحالات الفردية، كما يجب عليها أن تلغي النص اللائحي الذي قررت المحكمة عدم دستوريته وإحلال نص جديد بدلاً منه، والامتناع عن تنفيذ نص القانون

٦٢٨- أنظر في ذلك: الدكتور إبراهيم محمد حسنين- أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية – مصر – المجلة الكبرى- دار الكتب القانونية – ٢٠٠٦- ص٢٣١.

٦٢٩- أنظر: الدعوى رقم ٢٨ – لسنة ٦ ق – جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا – الجزء الثامن – ص١٣٨١ وما بعدها. وكذلك أنظر: الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز فى الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص٤٩٤-٤٩٥.

المخالف للدستور، وإعداد مشروع قانون يتفادى العيب الدستوري، وتقدمه إلى البرلمان إذا رأت ضرورة ذلك[٦٣٠].

أما ما يتعلق بالتزام السلطة القضائية تجاه الأحكام الصادرة بعدم الدستورية؛ فعلى جميع المحاكم أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستوري في جميع الدعاوى المطروحة أمامها. لأن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بهذا الشأن ملزمة لجميع المحاكم المصرية، سواء ذلك في المحاكم العادية أو الإدارية، بحيث لا يقتصر الإلزام على المحكمة التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية، أو التي أثارت الدفع بعدم الدستورية وقررت الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا[٦٣١].

ويتمتع الحكم الصادر بعدم الدستورية بحجية في مواجهة المحكمة الدستورية ذاتها، ولا يقدح في ذلك أن هذه المحكمة هي التي أصدرت الحكم، فالصيغة العامة التي جاءت بها المادة (١/٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، تفيد خضوع المحكمة الدستورية العليا مثلها في ذلك مثل سائر المحاكم للحكم الصادر في الدعوى الدستورية، كما تلتزم المحكمة الدستورية العليا بالحكم (الذي أصدرته بعدم الدستورية) حال مباشرتها لاختصاصاتها الأخرى، كتفسير النصوص التشريعية، والفصل في حالات التنازع[٦٣٢].

أما في العراق فالأمر لا يختلف كثيراً عما جاء به المشرع المصري بخصوص إلزامية الحكم لسلطات الدولة، فقد وصف المشرع الدستوري حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا: بـ"ملزمة للسلطات كافة"، ومن الوصف المتقدم أعتقد أن المحكمة الاتحادية لم تستند في تجريد قراراتها من الحجية المطلقة إلى أي أساس دستوري، أو قانوني، بل إنها انطلقت من فهم خاص بها لمبدأ الفصل بين السلطات، كونها تعتنق الفصل المطلق، حيث أنه يتوجب على السلطة التشريعية أن تقوم بإلغاء النص التشريعي الذي قُضيَ بعدم دستوريته، كما يتوجب عليها أن تقوم بإصدار تشريع جديد إذا ما ترتب على إلغاء النص المقضي بعدم دستوريته فراغ تشريعي، بمعنى أن القانون غير الدستوري يبقى ساري المفعول؛ حتى ترى السلطة التشريعية التدخل بإلغائه، وقد لا تتدخل بإلغائه مطلقاً أو أن تدخلها يرجأ إلى مدد طويلة، فقد جاء بقرارها "... وجد أن المدعي يطلب في دعواه الحكم بإلغاء نص الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم(١٤) لسنة ١٩٩١ لمخالفة ذلك لأحكام المادة (١٠٠) من الدستور .....ولما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية نص

٦٣٠- أنظر: الدكتور رمزي الشاعر – رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة) – المصدر السابق- ص ٥٥٤.

٦٣١- أنظر: الدكتور صبري محمد السنوسي – آثار الحكم بعدم الدستورية – المصدر السابق – ص ٦٦.

٦٣٢- أنظر: الدكتور رفعت عيد سيد – الوجيز فى الدعوى الدستورية – المصدر السابق – ص٤٩٦-٤٩٧.

الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، وبقدر تعلق الأمر بعدم إخضاع عقوبتي لفت النظر والإنذار إلى الطعن، مما يقتضي إلغاء هذه الفقرة من السلطة التشريعية حسب الاختصاص، وإحلال فقرة جديدة محلها تُخضع جميع العقوبات الانضباطية إلى الطعن تطبيقاً لأحكام المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق..."[٦٣٣].

يتبين من الحكم السابق أن المحكمة الاتحادية العليا قضت بعدم دستورية نص تشريعي بناء على دعوى مدعي، وبادر بإقامة دعوى ثانية للمطالبة بإلغاء النص الذي حكم بعدم دستوريته، فقررت المحكمة رد طلبه، حيث جاء بقرارها " وجد أن المدعي أقام هذه الدعوى يدعي أن المحكمة سبق أن أصدرت حكماً بالدعوى(٤/اتحادية/٢٠٠٧)، يقضي بالحكم بعدم دستورية نص الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم(١٤) لسنة ١٩٩١، وبقدر تعلق الأمر بعدم إخضاع عقوبتي لفت النظر والإنذار إلى الطعن لمخالفة ذلك لأحكام المادة (١٠٠) من الدستور، وطلب بالنتيجة الحكم بإلغاء الأمر المرقم (٢٣٧٤٥) في ٢٠٠٧/١١/١٧ القاضي بتوجيه عقوبة الإنذار له ..وحيث أن صلاحيات المحكمة محددة بالمادة (٤) من قانونها والمادة (٩٣) من الدستور ولم يكن من بين هذه الاختصاصات النظر بإلغاء عقوبة الإنذار أو العقوبات الأخرى الموجهة لموظفي الدولة؛ وعليه يكون الطلب الوارد في الدعوى خارج اختصاص هذه المحكمة، ومن اختصاص مجلس الانضباط العام، لا سيما بعد صدور قرار هذه المحكمة في الدعوى (٤/اتحادية/٢٠٠٧) القاضي بعدم دستورية الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي، أصدرت السلطة التشريعية القانون رقم (٥) لسنة ٢٠٠٨[٦٣٤]، وتتضمن المادة (٤) منه حذف الفقرتين (رابعاً) و(خامساً) من المادة (١١) من القانون المذكور(بما يتيح لمن وجهت له إحدى العقوبتين الطعن بالقرار الصادر بفرضها)، ولما تقدم ولكون موضوع الدعوى خارج اختصاص هذه المحكمة قرر الحكم بردها"[٦٣٥].

أما السلطة التنفيذية فعليها الالتزام بتنفيذ أحكام المحاكم بعدم دستورية التشريع، فيجب عليها عدم تطبيق القانون، أو النظام التي قضى بعدم دستوريتها على الحالات الفردية، كما يجب عليها

٦٣٣- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٤/اتحادية ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢ المتضمن عدم دستورية المادة (١١/ الفقرة الثانية) – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

٦٣٤- قانون التعديل الأول لقانون أنضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ – المنشور في الوقائع العراقية بالعدد رقم (٤٠٦١) السنة التاسعة والأربعون – بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٤.

٦٣٥- أنظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا – رقم ٣/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٣/١٠ – للاطلاع على القرار أنظر: الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا المذكور سابقاً.

أيضاً أن تلغي الأنظمة التي قررت المحكمة عدم دستوريتها، وكذلك أوجب على السلطة التشريعية أن تقوم بإلغاء النص التشريعي الذي قُضيَ بعدم دستوريته، كما يتوجب عليها أن تقوم بإصدار تشريع جديد إذا ما ترتب على إلغاء النص المقضي بعدم دستوريته فراغ تشريعي، أي أنها ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة ومنها السلطة القضائية، حيث يتوجب على جميع المحاكم في النظامين القضائيين العادي والإداري: الامتناع عن تطبيق النص الذي قضيَ بعدم دستوريته في جميع القضايا المعروضة أمامها؛ والتي يراد تطبيق النص عليها. وكذلك تعد تلك الأحكام ملزمة للمحكمة الاتحادية العليا ذاتها في أحكامها اللاحقة، إعمالاً للحجية المطلقة لأحكام المحكمة الاتحادية العليا.

والمفروض أن هذه الأحكام لا تكون حجة على سلطات الدولة فقط، وإنما تكون حجة على الكل أفراداً كانوا أم مؤسسات فهم ملزمون بعدم التعامل وفقاً للنص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته، سواء كانوا أطرافاً في الدعوى أم لا، ولذلك مما يؤخذ على النصوص المتقدمة – نصوص دستور ٢٠٠٥، وقانون المحكمة ونظامها – عدم ذكرها عبارة "للكافة" التي تدل على شمول الأغيار من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، أو نشر أحكام عدم الدستورية بالجريدة الرسمية، فندعو المشرع إلى ملاحظة ذلك عند تعديل قانون المحكمة أو إصداره للقانون الجديد الذي نص عليه دستور ٢٠٠٥.

الفرع الثاني

الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي

يدور أثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي في الأنظمة الدستورية المقارنة، والتي تأخذ بنظام الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين بين صور ثلاث:

الصورة الأولى: هي الامتناع عن تطبيق النص (المحكوم بعدم دستوريته) من دون التعرض لوجود النص ذاته، وهو ما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية.

الصورة الثانية: هي أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يؤدي إلى إلغاء هذا النص، وهذا هو الحال في إيطاليا، وألمانيا، والعراق.

الصورة الثالثة: هي أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يؤدي إلى إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته. وهذه الصورة تتشابه من ناحية "أثرها العملي" مع الصورة الثانية، وهو ما أخذ به المشرع المصري بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النافذ[٦٣٦].

ويثور التساؤل: عما إذا كان الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا(بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة) يؤدي إلى إلغاء قوة هذا النص؛ فيغدو لهذا معدوماً من الناحية القانونية ويسقط التشريع ، بالتالي، من تشريعات الدولة، أم أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي (فقط) إلى الامتناع عن تطبيق هذا النص الذي تبين عدم دستوريته على النزاع المعروض على المحكمة؟

وللإجابة عن هذا التساؤل ينبغي التعرف على موقف الفقه الدستوري والقضاء المصريين في هذا الشأن، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: موقف الفقه الدستوري في مصر:

يلاحظ أن الفقه الدستوري في مصر قد انقسم إلى ثلاثة اتجاهات بصدد إجابته عن أثر الحكم بعدم دستورية النص التشريعي:

الاتجاه الأول: ذهب إلى أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى الامتناع عن تطبيق النص دون إلغائه.

ومن أنصار هذا الاتجاه الدكتور مصطفى محمود عفيفي الذى يقول: بأن الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص قانوني أو لائحي فتحظى بحجية مطلقة في مواجهة السلطات العامة والكافة، مؤدها التزامها جميعاً بعدم تطبيق ذلك النص اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم،...كما وان هذا الأثر يتوقف عند حد الإلزام العام لجميع السلطات وللكافة بعدم تطبيق النص غير الدستوري دون أن يتضمن ذلك "إلغائه" فذلك أمر لا تملكه المحكمة الدستورية العليا[٦٣٧].

الاتجاه الثاني: ذهب إلى أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى إلغاء النص التشريعي نفسه، أو إلغاء القانون كله المحكوم بعدم دستوريته.

٦٣٦- أنظر في ذلك: الدكتور حمدان حسن فهمي – اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها – دار أبو المجد للطباعة بالهرم – ٢٠٠٩- ص ٢٤٤-٢٤٥؛ أنظر: الدكتورة مها بهجت يونس – الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون – المصدر السابق– ص١٦٣.

٦٣٧- أنظر في ذلك: الدكتور مصطفى محمود عفيفي – رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية – المصدر السابق – ص٢٧٦.

ومن أنصار هذا الرأي الدكتور محمد كامل ليلة، حيث ذهب إلى تسمية هذا النوع من الرقابة برقابة "الإلغاء"، على نحو صريح في مقابل الرقابة عن طريق الامتناع، التي يكون فيها الحق للقضاء في الحكم ببطلان القانون أي بإلغائه إذا ما ثبت له بعد فحصه أنه مخالف للدستور، ويترتب على الحكم ببطلان القانون إلغاؤه بالنسبة للكافة، فيعتبر القانون بعد الحكم كأن لم يكن ولا يجوز الاستناد إليه بعد ذلك(٦٣٨).

أما **الاتجاه الثالث** من الفقه فيذهب إلى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي قوة نفاذ النص التشريعي، ولا يلغي النص نفسه.

ومن أنصار هذا الاتجاه الدكتور عادل عمر شريف فهو يرى أن ما يترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية، هو إلغاء قوة نفاذ النص المقتضي بعدم دستوريته، وهذا الأثر يتساوى عملاً مع الإلغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقاً للتحديد الذي رسمه المشرع، بحيث لا يكون بوسع أية جهة تطبيقه خلافاً لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم الدستورية(٦٣٩).

ثانياً: موقف المحكمة الدستورية العليا:

نصت المادة (٤٩/٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: "ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم". وكما هو واضح من صياغة النص فإن حكم المحكمة الدستورية العليا لا يلغي نص القانون، أو اللائحة المقضي بعدم دستوريته وإنما يوقف نفاذه، أو يفقده قوته الإلزامية.

يتبين من نص المادة (٤٩) السابقة أن المشرع نص على عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية، وهو خطاب موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه، ولما كان القاضي الدستوري من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي، لذلك جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية، هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته، مما يعني أن النص المحكوم بعدم دستوريته وإن كان يمتنع على الكافة تطبيقه لمخالفته للدستور، إلا أنه ومع ذلك يظل من الناحية النظرية قائماً إلى أن تلغيه السلطة

٦٣٨- أنظر: الدكتور محمد كامل ليلة – المبادئ الدستورية العامة والنظم السياسية – الطبعة الأولى – دار الفكر العربي – القاهرة – ص١٦٦ وما بعدها. أشار إليه الدكتور حمدان حسن فهمي – اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها – المصدر السابق– ص٢٤٧.

٦٣٩- أنظر في ذلك: الدكتور عادل عمر شريف – قضاء الدستورية – القضاء الدستوري في مصر– المصدر السابق– ص ٤٧٠.

المختصة بذلك ، فإعدام النص أو إلغائه ليس من سلطة المحكمة الدستورية العليا، وفي هذا تقول المحكمة في حكمها الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ ".. أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة (٤٩)، لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضي بعدم دستوريتها من قوة نفاذها، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعاً فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها"(٦٤٠).

وأكدت المحكمة المبدأ في حكم آخر جاء فيه "إما كان ذلك وكان القضاء بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢، يترتب عليه انعدام هذا النص وإبطال العمل به فيما قرره من أن...، ومن ثم يكون النعي على نص – الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المشار إليه_ قد أضحى غير مجد، وبالتالي؛ غير مقبول؛ إذ لم يعد له مجال في التطبيق بعد أن ألغى نفاذ النص على كيفية توزيع المقاعد النيابية"(٦٤١).

أما عن الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في العراق فالأمر يستلزم التمييز بين ما جاء به قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ من جهة، وما ورد بدستور ٢٠٠٥ من أحكام بخصوص الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية، فقد نصت المادة(٤٤/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية لسنة ٢٠٠٤، على أنه "إذا قررت المحكمة الاتحادية أن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات أو إجراء جرى الطعن به، أنه غير متفق مع هذا القانون يعد "ملغياً". كما نصت الفقرة الثانية من المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، على أن "تتولى المحكمة الاتحادية الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها، وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية".

يتبين من النصين السابقين؛ إن النص ورد صريحاً سواء في قانون إدارة الدولة العراقية (للمرحلة الانتقالية) لسنة ٢٠٠٤، أو في قانون المحكمة الاتحادية العليا، بشأن ترتيب حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر المقضي بعدم دستوريتها لمخالفتها لأحكام الدستور، وبناءً على هذا النص يترتب على الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون، أو

٦٤٠- القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ ق "دستورية" – جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ – مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا – الجز، الثامن – ص١٩٥ وما بعدها.

٦٤١- المحكمة الدستورية العليا – القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق " دستورية" – جلسة ١٩/مايو/ ١٩٩٩- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا – الجز، الرابع – ص٢٥٦.

نظام، إلغاء هذا القانون أو النظام لمخالفته لأحكام الدستور، مع ما يرتبه حكم الإلغاء من انعدام النص التشريعي وزوال آثاره[٦٤٢].

أما ما يتعلق بدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، فقد جاء خالياً من أي نص يحدد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو نظام لمخالفته لأحكام الدستور، مما يعد بلا شك قصوراً يجب تلافيه، إما بموجب تعديل دستوري، أو أن يتولى تنظيمه بقانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد بشكل واضح وصريح[٦٤٣].

٦٤٢- أنظر: الدكتورة مها بهجت يونس – الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون – المصدر السابق – القانون ١٧٩-١٨٠.

٦٤٣- أنظر: الدكتورة مها بهجت يونس الصالحي – المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين– المصدر السابق – ص ٤٠.