

الباب الأول

التعريف بالدعوي الدستورية الأصلية

تمهيد وتقسيم :-

يبدو أن الدعوي الدستورية الأصلية هي دعوي يتوجه بها صاحب المصلحة مباشرة إلى القاضي الدستوري طالباً منه القضاء له علي نحو معين ولذلك فإن لهذه الدعوي صلة بأساليب تحريك الدعوي الدستورية بوجه عام، سواء في دول الرقابة السابقة أم في دول الرقابة اللاحقة علي دستورية القوانين

ولما كانت أساليب تحريك الدعوي الدستورية كثيرة ومتعددة ، فقد وجب تعريف الدعوي الدستورية الأصلية تعريفاً نافياً للجباله، عن طريق تحديد مفهومها وبيان موقعها بين الأساليب المختلفة لتحريك الرقابة علي دستورية القوانين ولهذا السبب ، خصصنا هذا الباب للتعريف بالدعوي الدستورية الأصلية، وذلك في فصلين متتاليين ، على النحو التالي:

الفصل الأول . الأساليب المساترة في تحريك الدعوي الدستورية في بعض النظم الدستورية المقارنة.

الفصل الثاني . الأحكام الموضوعية للدعوي الدستورية الأصلية.

الفصل الأول

الأساليب المباشرة في تحريك الدعوى الدستورية في بعض النظم الدستورية المقارنة

تقديم وتقسيم :-

نعلم من حائل ما ورد في مقدمة هذه الرسالة وما سيرد في الفصل التالي من هذا الباب أن الدعوي الدستورية الأصلية هي دعوي مباشرة بالأساس. وللوقوف على أهم ما يميز الدعوي الدستورية الأصلية، وبيان ماهيتها باعتبارها دعوي دستورية مباشرة ، فقد اثّرنا أن نعرض في هذا الفصل للأساليب المعمول بها في تحريك الدعوي الدستورية في بعض النظم الدستورية المقارنة، بصرف النظر عن نوع الرقابة المعمول بها في هذه الدول ، وسواء كانت رقابة سابقة أم رقابة لاحقة ، وإن كنا سنعرض بمزيد من التفصيل لصور تجرية الرقابة في دول الرقابة السابقة بالنظر إلى أن الرقابة السابقة تتحرك دائما من خلال دعوي دستورية أصلية تتولاها غالباً السلطات العامة في الدولة

وساء على ذلك سوف يقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي :-

المبحث الأول أساليب تحريك الدعوي الدستورية في نظم الرقابة السابقة على دستورية القوانين .

المبحث الثاني : الأساليب المباشرة في تحريك الدعوي الدستورية في بعض النظم الدستورية التي تأخذ بنظام الرقابة اللاحقة من حيث المبدأ.

المبحث الأول

أساليب تحريك الدعوي الدستورية في دول الرقابة السابقة علي دستورية القوانين.

تمهيد وتقسيم :-

لدراسة أسلوب تحريك الدعوي الدستورية في دول الرقابة السابقة علي دستورية القوانين، فإننا سنعرض لأساليب تحريك الدعوي الدستورية في النظام الفرنسي كأبرز نظم الرقابة السابقة علي دستورية القوانين ، ثم نتبع ذلك بالحديث عن الأساليب المباشرة في تحريك الدعوي الدستورية في بعض النظم التي اقتنت بالنظام الفرنسي .

وذلك في مطلبين متتاليين ، على النحو التالي -

المطلب الأول : أساليب تحريك الدعوي الدستورية في النظام الفرنسي .

المطلب الثاني : الأساليب المباشرة في تحريك الدعوي الدستورية في بعض النظم الأخرى .

المطلب الأول

أساليب تحريك الدعوى الدستورية في النظام الفرنسي.

نتناول فيما يلي تحديد مفهوم الرقابة السياسية السابقة وصورها وكيف نشأت في فرنسا ، و دراسة آليات تفعيلها وتقييمها من حيث مزاياها وعيوبها ، وذلك في فرع أول ، ثم نعرض بعد ذلك إلي تطور الرقابة السابقة علي دستورية القوانين في فرنسا حتى الآن في فرع ثان وذلك علي النحو التالي .

الفرع الأول

مفهوم الرقابة السياسية السابقة وصورها وتقييمها.

نتناول في مفضة أولى مفهوم الرقابة السياسية السابقة ، ثم صورها في نقطة ثانية ، ثم نتطرق أخيراً إلي تقييم تلك الرقابة من حيث مزاياها وعيوبها علي النحو التالي :-

أولاً - مفهوم الرقابة السياسية السابقة.

تقوم الرقابة السياسية السابقة علي دستورية القوانين في أساسها علي توفى صدور قانون من قبل السلطة التشريعية يخالف نصوص الدستور ، فهي رقابة وقائية وليست علاجية لأنها تهدف إلي الحيلولة دون إصدار القوانين غير الدستورية ، أو بمعنى آخر اتقاء عدم دستورية القوانين قبل وقوعها ^(١) وبالتالي هي أقرب ما يكون إلي إبعاد طريق من طرق الرقابة الوقائية ، تحاول اصلاح ما قد يقع فيه القانون العادي من أخطاء دستورية قبل دخول هذا القانون الي حيز التنفيذ ^(٢) ولهذا ، فإذا كان من المنصور أن تمارس المحاكم الرقابة علي دستورية القوانين عن طريق الامتناع عن تطبيق القوانين المحاولة للدستور ودون إحازة صريحة من هذا الأخير ، فإن الرقابة السياسية السابقة - علي العكس - لا تقترض ، ولا بد وأن تصرح الوثيقة الدستورية بها لإمكان إعمالها ^(٣).

(١) راجع في هذا المعني د أحمد تقي سريور ، تحديثات في عالم معاصر ، دار الشروق ، الطبعة الأولى ٢٠١٠ ، ص ٢٨٧.

(٢) د . عبد الرؤوف هاشم سبيوي ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، النظرية العامة للدائير النظم السياسية ، ٢٠٠٩ . مرجع سابق ، ص ٢٠٧.

(٣) د محمد عبدالحميد انوريد ، القضاء الدستوري شرعا ووضعها ، دار النهضة العربية ، دون سنة نشر ص ٢٧٧.

وإذا كانت الرقابة السياسية على دستورية القوانين هي في الأصل رقابة سابقة ، فإنها لا تختلف في جوهرها ، من ناحية الأثر ، عن الرقابة القضائية اللاحقة . فكلتاهما تسعى إلى منع إعمال النص في النظام القانوني لمخالفته للصواب الدستورية لسنه . وكلتا الرقابتين تتدخلان بعد أن ينتهي المشرع من دوره في عملية التشريع ، وكل ما هنالك أن الرقابة السابقة تكون سابقة على إصدار القانون ، والرقابة اللاحقة تكون تالية لإصدار القانون وتطبيقه . وعلي ذلك فالاختلاف بينهما يتعلق ، من الناحية الفنية ، برمس إجراء كل نوع من الرقابة ، ولا يتعلق بمضمون كل نوع منهما ، إذ أنهما من ناحية الموضوع " تتناولان قانوناً أقره البرلمان بعد أن حدد المسائل التي ينظمها ، والوسائل إلى تحقيق الأهداف التي يبتغيها من تنظيمها .

على أن الرقابة السابقة - وبتيحة لطبيعتها - لا تمتد إلا لقانون أقره البرلمان لم يصدر بعد ، ولا تمتد مثلاً لإحضار اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية لرقابتها ، ولا إلى القرارات بالقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية ، وهو ما يؤخذ به في نظام الرقابة اللاحقة ، فالرقابة السياسية ترتبط في ممارستها بالقانون وجوداً وعدماً وقبل إصداره ، حيث لا يمكن التعرض للقانون بصورة مباشرة أو غير مباشرة بعد إصداره .

ثانياً - صور الرقابة السياسية السابقة.

على عكس الرقابة القضائية التي تمارسها المحاكم ، فإن الرقابة السياسية السابقة تقوم بها هيئات يعطب على تشكيلها الطابع السياسي ، وبالتالي فإن ممارسة تلك الرقابة قد يتولاها البرلمان ، كما قد يتولاها هيئة أخرى خلاف البرلمان وذلك على النحو التالي:

١- الرقابة السياسية الذاتية.

تمارس الرقابة السياسية بواسطة البرلمان نفسه ^(١) ، ولذا تبدو أنها رقابة داخلية أو ذاتية ، كما أنها من أبرز مظاهر سيادة البرلمان باعتباره يمثل الإرادة العامة ، التي لا يمكن له

(١) قد يتولى البرلمان ذاته مهمة التحقق من مدى توافق القوانين مع بحوص الدستور وهو ما يسمى بالرقابة الذاتية ، وذلك لأن الهيئة التي تتولى التشريع هي ذاتها التي تتولى مسألة الرقابة الدستورية ، وقد يتولى هذه المهمة إحدى هيئات المجلس التشريعي أو البرلمان ، كالمكتب الإداري فيه ، وتحت إشرافه ، كما كان الحال في الدستور النرويجي الصادر سنة ١٩٤٦ (م ٢/٧٤) ، والدستور الألماني في ١٩٤٥ (م ٥٠) ، والدستور الألماني الديمقراطي الصادر في سنة ١٩٦٨ . كما قد لا يعهد البرلمان إلى إحدى هيئاته بهذه المهمة ، بل يقوم بها هو ذاته بكامل هيئته ، كما كان الحال في الدستور السوفيتي لسنة ١٩٧٧ ، والدستور البلغاري لسنة ١٩٤٧ والدستور الصيني لسنة ١٩٧٨ راجع في ذلك د رمزي الشاعر . رقابة دستورية القوانين - دراسة مقارنة ، مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر ، ٢٠٠٤ بدون دار نشر ، ص ٨٤ وما بعدها

التنازل عنها ، وتظهر هذه الرقابة أثناء تداول القانون في البرلمان ومناقشته ، حيث يملك رئيس البرلمان أن يقرر عدم جوار فتح باب النقاش علي مشروع القانون لمحالته للدستور ، كما يجوز لكل عضو بالبرلمان أن يثير عدم دستورية أية مادة بالقانون في صورة سؤال ، وفي مثل هذه الحالات لا يملك البرلمان أن يصدر القانون قبل النصل في مسألة الدستورية بتصويت خاص علي القانون أو النص المطروح ، فإذا ما انتهى إلي عدم دستورية القانون ، فإن ذلك يؤدي إلي رفض مشروع القانون أو تعديل النص غير الدستوري (١).

وعلي الرغم من أهمية هذه الصورة للرقابة عن طريق البرلمان باعتباره ممثلاً للأمة إلا أن ممارسة الرقابة علي دستورية القوانين عن طريق البرلمان ذاته لم تنتشر علي وجه الخصوص إلا في الدول ذات الاتجاهات الشيوعية والاشتراكية ، والتي تميل طبيعياً إلي التركيز الشديد للسلطة بين يدي الهيئات الحاكمة ، ولا تترك للحريات إلا هامشاً محدوداً للعناية (٢).

٢- الرقابة السياسية بواسطة هيئة خارج البرلمان.

تتمثل هذه الصورة للرقابة في إسناد هذه المهمة لهيئة سياسية خارجة عن البرلمان ، وليس إلي البرلمان نفسه ، وذلك بغرض تلافي مساوئ ممارسة البرلمان لمسألة رقابة الدستورية ، والمساواة في هذا الغرض أيضاً لا تخرج عن الاعتبارات السياسية التي قادت إلي تنفيذ نظام الرقابة السياسية

والنظام الفرنسي هو أشهر الأنظمة التي تبنت نظام الرقابة السياسية عن طريق هيئة مستقلة عن البرلمان (٣) ويعود ذلك لاعتبارات سياسية وتاريخية ترجع إلي تبني رجال الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ تصيراً ضيقاً لسد الفجوة بين السلطات ، وهو نظام الفصل الحامد للسلطات (٤) ، وذلك بغرض إبعاد المحاكم عن التعرض للأعمال التشريعية والإدارية ، نظراً

(١) د. عبد الحفيظ النسي ، القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٧١

(٢) راجع علي سبيل المثال فيما يتعلق بنظام الرقابة علي دستورية القوانين في ظل الدستور السوداني لعام ١٩٩٦ ، محمد فواز شبل ، الدستور السوداني ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٢٧٧

(٣) د. يحيى الجبل ، النظام الدستوري المصري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٩ وما بعدها .
(٤) أحد سدا الفصل بين السلطات في فرنسا ، مفاهيم مختلفة مد أن اثرته المادة السادسة عشر من وثيقة إعلان حقوق الإنسان الفرنسية ، التي أصدرتها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ م ، والتي نصت علي أن " كل جماعة سياسية لا تأسس سدا الفصل بين السلطات . ولا تتوافر الضمانات الأساسية للحقوق

لتدخلها في الفترة السابقة على قيام الثورة في أعمال السلطة التشريعية والتنفيذية ، فضلاً عن معارصنها وتعطيلها للأصلاحات التي كان رجال الإدارة يريدون إدخالها ، ومن هنا يُحد أن نظام الفصل الجامد بين السلطات هو حير سبب لإبعاد المحاكم القضائية عن التدخل في شؤون السلطات التشريعية والتنفيذية ، وهذا الحل تم تكريمه عملياً عن طريق المادة العاشرة من قانون ١٦ - الصادر في ٢٤ أغسطس لعام ١٧٩٠ ، حيث منعت المحاكم من التعرض ، أو المشاركة بصورة مباشرة أو غير مباشرة في ممارسة الأعمال التشريعية^(١).

وتفعيل الرقابة السياسية على دستورية القوانين عن طريق هيئة مستقلة عن البرلمان وحد تطبيقات في العديد من الدول التي تأثرت بالنظام الفرنسي ، وذلك كما هو الحال في بلاد المغرب العربي ، بكل هذه الأنظمة تست نظام المجلس الدستوري ليقول مهمة الرقابة السياسية السابقة على دستورية القوانين^(٢)

والحريات العامة هي يعبر دستور " كما أحد الفصل بين السلطات في فرنسا معيولاً مفيداً ، ثم معيولاً مرناً ، ففي ظل دستوري عام ١٧٩١ م ، ١٧٩٥ م الفرنسيان ، طبق مبدأ الفصل بين السلطات معيولاً المطلق وذلك منح مدين الدستوريين الجمعية الوطنية الفرنسية وحدها الحق في ممارسة الوظيفة التشريعية ، والملك و الوزراء بالوظيفة التنفيذية ، وحرروا كلاً منهما من التدخل في اختصاصات الأخرى أما دستور ١٧٩٩ م الفرنسي ، فقد نص في المادة (٥٤) منه على أن "تتخرج الحكومة القوانين وتقوم بوضع الأوامر اللازمة لتنفيذها " أما الدساتير الفرنسية التي تليه ، وحتى دستور عام ١٩٥٦ م - والمعروف بدستورية الجمهورية الرابعة - فقد طبقت الفصل المرن بين السلطات - وقد انتهى هذا التطبيق المرن المتطور لمبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور عام ١٩٥٨ م الفرنسي الحالي بإطلاقه يد السلطة التنفيذية في ميدان التشريع ، وتنفيذ السلطة التشريعية في ميادينها الأصلية وذلك بعبء المحافظة على الحرية السياسية ، وضماناً لحقوق الأفراد وحريةهم العامة لأن الحرية السياسية لا تتوافر دائماً في الحكومات المعتدلة - سواء الجمهورية أو الملكية - بسبب إساءة استخدام السلطة فيها وتركيزها بيده السلطة في يديها ، راجع في ذلك ' د عبد العظيم عبدالسلام ، د . سالم حروان الشبي ، الصلوات الدستورية والحانية لحقوق الإنسان في دولة الإمارات العربية المتحدة . الطبعة الثانية ، ٢٠١٢ ، ص ٨٩ و ٩٠

(١) والنص في لفته الأصلية على النحو التالي

Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif.

(٢) للمزيد من التفاصيل عن هذه الأنظمة ، راجع : د. رمزي الشاعر : رقابة دستورية القوانين ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٧ وما بعدها ، وانظر أيضاً د أحمد فتحي سرور : الرقابة على دستورية القوانين ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الأول ، السنة ٢٠٠٣ . العدد رقم ١٦٩ ، يناير - مارس ١٩٩٩ ، ص ١٢ . م. بدوي إبراهيم حمودة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، مجلة العلوم الإدارية ، العدد الثاني ، ديسمبر ١٩٧٨ ، ص ٧

ثالثاً - تقييم أسلوب الرقابة السياسية السابقة.

يبدو أن نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين كغيره من نظم الرقابة الأخرى ، له العديد من المزايا وكذلك العديد من السلبيات .

وسوف نعالج مزايا الرقابة السياسية السابقة وعيوبها على النحو التالي :

١ - مزايا الرقابة السياسية السابقة.

للرقابة السياسية العديد من المزايا - التي لا يمكن إنكارها أو تجاهلها - دفعت العديد من الدول إلى تبنيها وتمثل تلك المزايا في الآتي :-

أ - الرقابة السياسية رقابة وقائية تسبق صدور القانون تقوم على الحيلولة دون إيلاج قانون غير دستوري من الفاد في النظام القانوني للدولة^(١) ، وهذه من أعظم مميزات هذا النوع من الرقابة . إذ أنها تكون أحدى هذا من الرقابة اللاحقة . وذلك لأن هذه الرقابة اللاحقة قد تأتي بعد سنوات من تطبيق القانون وإنتاجه لإثارة العملية ، التي قد يصعب أو يستحيل تداركها حال الحكم بعدم دستورية القانون ، كما هو الحال بصدد النصوص الجبائية السالمة للحرية أو المتعلقة بعقوبة الإعدام .

ب - يرى البعض أنه إذا كانت الرقابة الدستورية عملية قانونية تهدف إلى التحقق من مطابقة القانون للدستور ، فإن لهذه العملية القانونية آثاراً سياسية ، إذ تنبئ إلى ضمان عدم تجاوز السلطن التشريعية والتنفيذية لحدود الدستور ، ومن هذا المطلق ، فإن الهيئة التي ترأب الدستورية يكون لها بصورة أو بأخرى دور سياسى وإن كان غير مباشر ولذا ، فإن تولي هيئة سياسية للرقابة الدستورية لهو أفضل في مثل هذه الظروف من اباطة المهمة لبيئة قضائية ، والتي قد تقف عند الاعتبارات القانونية البحتة دون التطرق إلى الاعتبارات السياسية التي تحيل بمسألة رقابة دستورية القوانين^(٢)

ج - تتميز الرقابة السياسية بالبساطة والمرونة ، فهي من ناحية لا تخضع لما تخضع له الرقابة النصائية من إجراءات طويلة ومعقدة ، حيث تنتظر الموضوع الذي يحال إليها فتفحصه ،

(١) راجع

G.Burdeau- Traité de Sciences politiques- T.3- LGDJ، 1995، p 352.

وراجع أيضاً د فتحي عبد النبي الوحدي: صناديق نداء العواذ الدستورية ، رسالة ، حقوق القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ١٥٢

(٢) د ريعت عيد سيد ، النظرية العامة للقانون الدستوري . الكتاب الأول . المبادئ الدستورية العامة ونظيراتها في مصر ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٢٧ ، ٣٢٨

ثم تصدر قرارها فيه ، وبذلك دون اسطر إجراءات ومواعيد طويلة ، ومن هنا قيل عن الرقابة السياسية انها بسيطة في إجراءاتها التي تختلف تماما عن الإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة^(١) ، ومن ناحية أخرى ، تتسم بالقابلية للتطور ، فلا تؤدي بالنائي إلى الوقوف في وجه التطورات التي تطرأ على المجتمع حصراً على المستوى الاقتصادي والسياسي ، على عكس الرقابة القضائية التي قد تكون أقل حساسية أو تقبلاً لسل هذه التطورات ، بسبب استنادها غالباً على الاعتبارات القانونية البحتة فقط. والتدليل على صحة التحليل السابق نحده مثلا في الأزمة التي تسببت بين الرئيس الأمريكي روبرت وفصاة المحكمة العليا الأمريكية أثناء أزمة سنة ١٩٣٦ الاقتصادية^(٢) .

د - الرقابة السياسية تؤدي إلى تكريس مبدأ المساواة بين المواطنين واحترام الحقوق الفردية. فمع القانون المحالف للدستور من التطبيق يؤدي إلى توقي إحلال محتمل بالمساواة ، وبالحقوق الفردية التي قد تنتج عن تطبيق القانون لعدة سنوات. ثم يفصي بعدم دستوريته عن طريق المحاكم

٢ - عيوب الرقابة السياسية السابقة.

المرايا السابقة لنظام الرقابة السياسية لم تحل دون رصد العديد من المثالب لهذا النظام ، مما دفع العديد من الدول إلى تبنى نظام الرقابة القضائية.

أ - أهم الانتقادات التي توجه إلى نظام الرقابة السياسية تكمن في طريقة تشكيل الهيئة التي تناط بها هذه المهمة. إذ أن هذا التشكيل غالباً ما يخصص للأهواء والاعتبارات والتيارات السياسية ، وهو ما يرمي بظلاله على استقلال وكيفية ممارسة هذه الهيئة لعملها^(٣)

ب - يُعاب على الرقابة السياسية أن امر تحريكها مقصور على جهات محددة ، غالباً ما تكون سياسية ، ولا تكون متاحة للأفراد^(٤) ، وذلك لعدم تطبيق القانون بعد على هؤلاء الأفراد . وهذا الأسلوب في تحريك الرقابة يتأثر بلا شك بالأهواء والاعتبارات السياسية للهيئات التي منحت حق تحريكها ، كما أنه لا يوحد ما يجمع من حدوث تواطؤ بين هذه الهيئات ، فلا يحال النص التشريعي إلى جنية الرقابة من قبل أي منها ويصدر ويطبق على الأفراد بالرغم من مخالفته للدستور . وذلك في حالات الرقابة غير الإجبارية ، كما هو الوضع

(١) د. خابر جاد نصار الوسيط في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥-١٩٩٦ ، ص ١٧٠ .

(٢) راجع في ذلك د. أحمد كمال أبو المجدد الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري ، رسالة ، حقوق القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٥١٢ وما بعدها .

(٣) د. عبدالعظيم عبدالسليم عبدالحميد ، الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا ومصر (دراسة مقارنة) منشور دار بشر ، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ ، ص ٩٢ وما بعدها .

(٤) د. سعد عسور النظام الدستوري المصري الإسكندرية ، ١٩٨٠ ، ص ٣١٦ .

في القانون الفرنسي^(١). وفي هذا إصرار أكيد للمصلحة العامة ، ومساس بحقوق المواطنين. مما يمثل مبعثاً لعدم الاستقرار القانوني *Sécurité juridique*.

ج - تظل الرقابة السياسية قاصرة على النصوص التشريعية قبل تطبيقها ، ولا تمتد إلى اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية أو ما يسمى بالتشريعات العرفية ، بالرغم من أن مظنة مخالفتها للدستور تظل قائمة بشأنها ، فهي تتضمن قواعد عامة مجردة كقوانين تماماً ، وهذه اللوائح لا تطالها الرقابة التي تغطي فقط النصوص التي يقرها البرلمان ولم تصدر بعد . ولا تخضع هذه اللوائح من ثم إلا لرقابة المشروعية التي يمارسها القضاء الإداري في الدول ذات النظام القضائي المزدوج ، وشرط أن يطعن فيها في الميعاد القانوني ، ولكن حيث يمر ذلك الميعاد ، فلا يمكن إبطال مفعول هذه اللوائح بالرغم من مخالفتها لنصوص الدستور ، وفي ذلك مساس بحقوق الأفراد .

وسئل هذه النتيجة السلبية يمكن تعويضها بطبيعة الحال في الدول التي تتبنى نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، حيث تحيز الدساتير والتشريعات في هذه الدول الطعن بعدم الدستورية في هذه اللوائح أمام جهة الرقابة القضائية ، فالمادة ١٩٢ من الدستور المصري لعام ٢٠١٢ على سبيل المثال تنص على أن " تتولي المحكمة الدستورية العليا دور غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح " (٢)

وبالرغم من العيوب السابقة ، فإن نظام الرقابة السياسية السابقة قد تسبب بعض من الدول وعلى رأسها فرنسا ، بينما فضلت أغلبية الدول التي عظم الرقابة على دستورية القوانين الأخذ بنظام الرقابة القضائية تعادياً لعمليات الرقابة السياسية المشار إليها

(١) د محمد أس جعفر: الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة نظمية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٤٢

(٢) تنقسم اللوائح إلى لوائح عادية وأخرى استثنائية ، والأولى يستلزمها السير العادي للإدارة ، أي بها من مستلزمات الوظيفة الإدارية ، وهي اللوائح التنفيذية واللوائح المستتة . وتشتمل الأخيرة على اللوائح التنفيذية ولوائح الصبغ أما اللوائح الاستثنائية فتصدر في أحوال الضرورة ولا تعتبر من مستلزمات الوظيفة الإدارية وهي لوائح الضرورة واللوائح التوجيهية راجع الدكتور / محمود عاطف السا ، بحث عن الرقابة القضائية على دستورية اللوائح ، مجلة القانون ، العدد الأول والثاني ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ . وفي شرح تفصيلي لأنواع اللوائح ، الدكتور / سليمان الضماوي ، السطم السياسية والقانون الدستوري ، دراسة مقارنة ، ١٩٨٨ ، بدون دار نشر ، ص ٥١٢ وما بعدها

الفرع الثاني

تطور الرقابة السياسية السابقة في فرنسا.

تمهيد :-

منذ أن قامت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ ، والفالون الفرنسي ينحدر باتجاه فكرة الرقابة السياسية السابقة علي دستورية القوانين ، نتيجة تبني فادة الثورة لتفسير جامد لمبدأ الفصل بين السلطات ، حيث أن المبدأ قد سبق لحجب رقابة الدستورية ، علي أساس أن نطاقها يسمح للفصاء بالتدخل في شئون البرلمان والعدوان عليه علي غير مقتضي من الدستور ، الذي يعطي من مبدأ الفصل بين السلطات وبمنع التداخل بين مؤسسات الدولة ، فمهمة القاضي تقتصر علي الحكم بالقانون ، والنزول علي مقتضاه لا محاكمة القانون والفصل في مسألة توافقه مع الدستور من عدمه^(١).

إن نقطة البداية في إقرار الرقابة السياسية علي دستورية القوانين في فرنسا قد ارتبطت في عام ١٧٩٥ بسيز SIEYES عضو الجمعية العمومية الفرنسية البارز في ذلك الوقت والصديق الحميم لنابليون بونابرت ، إلا أن هذه التجربة قد باءت بالفشل . ثم أعيدت محاولة الرقابة السياسية علي دستورية القوانين في فرنسا عن طريق مجلس الشيوخ مرة ثانية في دستور ١٨٥٢ ولم يستطع هذا المجلس أيضاً القيام بواجبه المتعلق برقابة دستورية القوانين . ثم عاد التفكير مرة ثالثة في اختيار الرقابة السياسية علي دستورية القوانين عند وضع دستور ١٩٤٦- والمعروف بدستور الجمهورية الرابعة - إلا أن هذه الرقابة لم تكن رقابة فعلية بقدر ما هي شكلية حتى يقال إن فرنسا منذ الرقابة والتطور تسير العصر . وأخيراً نحا دستور ١٩٥٨ الفرنسي في تعظيمه للرقابة علي دستورية القوانين نفس المنحى الذي نحا في دستور ١٩٤٦ حيث جعل هذه الرقابة من اختصاص هيئة سياسية أسماها المجلس الدستوري ، وإن كانت تختلف في تركيبها وتكوينها واختصاصاتها عن الهيئة التي مارست هذه الرقابة في ظل دستور ١٩٤٦ . إلى أن حدث تعديل ٢٣ يوليو الدستوري عام ٢٠٠٨ والذي يعد نقطة

(١) لمزيد من المعلومات حول الأسباب التاريخية والسياسية والفقهية حيث تتمثل الأخيرة في حجة قانونية مناداه في الأحد بمبدأ الفصل بين السلطات بما يعنيه من عدم تدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية والحكم عليه لرفض مبدأ الرقابة علي دستورية القوانين راجع .

- BENOTT (F-p.), le Droit administratif français . Ed. Dalloz , 1968 , pp280-283.

- RIVERO (J.) , le conseil constitutionnel et les libertes , Ed.conomieu 1984 , p.10 ..

التحول الأكثر في مسار الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا والذي ادخلها عهد الرقابة اللاحقة والتي سنتاولها بشيء من التفصيل في النقطه التالية من هذا الفرع

وسوف عرض للنظام الرسمي في الرقابة على دستورية القوانين في مرحلة ما قبل دستور ١٩٥٨ ، ثم في المرحلة ابتداء من صدور دستور ١٩٥٨ وحتى عام ٢٠٠٨ وذلك في نقطة اولي ، ثم نتمق بشيء من التفصيل إلى تعديل ٢٣ يوليو لعام ٢٠٠٨ بمقتضى القانون الدستوري رقم ٧٢٤ لعام ٢٠٠٨ وأثره في تطور الرقابة السابقة في فرنسا ، وذلك في نقطة ثانية وذلك على النحو التالي :

اولاً - تطور الرقابة الدستورية السابقة حتى عام ٢٠٠٨ .

تطور منذ الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا^(١) بدءاً بمرحلة كانت فيها الرقابة على دستورية القوانين فكرة نظرية وليس لها حظ في التطبيق العملي ثم تطورت واتسع نطاقها حتى وصلت لوضعها الحالي ، ويرجع بطن تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا للصراع بين البرلمان والسلطة التنفيذية على إدارة شؤون الدولة

لذا سوف نعمل وبشكل موحى على دراسة المراحل والتطورات التي عرفتها تلك الرقابة السياسية السابقة التي تمارس على دستورية القوانين في فرنسا ، وذلك من خلال عرض المحاولات التي سبقت دستور ١٩٤٦ ، ثم للوضع في ظل هذا الدستور ، واحيراً الوضع في ظل دستور ١٩٥٨ وذلك حتى تعديل ٢٠٠٨ .

(١) راجع شتال حاص في هذا المجال

-Burdeau- G traite de sciences politiques, ed- 1969, p 365 ets-Duguit, traite de droit constitutionnel ed. 1938, p 709 ets- laferriere, traité de droit constitutionnel Ed. 1927, p 308 - Fromont-M: la justice constitutionnelle dans le monde, dalloz, paris, 1996.

للمزيد من المعلومات بشأن تطور الرقابة السابقة في فرنسا في ظل الدساتير السابقة على دستور ١٩٤٦ ، وفي ظل دستور ١٩٤٦ ، ونستور ١٩٥٨

راجع كل من

د سعود احمد طه ، مدخل الي القديس الدستوري ، دراسة مقارنة وبغية لفه الدستور ، جامعة الارهر ، كلية الشريعة والقانون دوس دار بشر او سيد ستر ، ص٩٢ وما بعدها د عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد ، الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا ومصر ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٨٦ وما بعدها د جورجى شفيق ساري ، د ماهر حمر حمر ، النظم السياسية والقانون الدستوري ٢٠٠٤ ، ٢٠٠٥ ص ١٦٠ وما بعدها

١- المرحلة السابقة علي دستور ١٩٤٦.

إن المحاولة الأولى لتقرير هذه الرقابة كانت في عام ١٧٩٥ ، حينما اقترح انفييه (سيير) إنشاء هيئة سياسية تكون مهمتها إلغاء القوانين المخالفة للدستور ، إلا أن هذا الاقتراح لم يحظ بموافقة الجمعية التأسيسية . تم عاد (سيير) وطرح اقتراحه مرة أخرى عند إعداد دستور السنة الثامنة في عهد الإمبراطور (باليون) ، وتمكن من إقناع واضعي الدستور بسلامة وجهة نظره ، وأنشئ وفقاً لدستور السنة الثامنة مجلس أطلق عليه (المجلس المحافظ) ولقد أطلق على هذا المجلس لقب المحافظ لأنه وجد أساساً للمحافظة على الدستور والحيلولة دون انتهاك أحكامه من قبل السلطة التشريعية تكون مهمته التحقق من عدم مخالفة مشروعات القوانين للدستور^(١)

إلا أن التساؤل الذي أثير ، هل قام المجلس المحافظ أو (حامى الدستور) كما أطلق عليه بحماية أحكام الدستور؟ الحقيقة أن هذا المجلس لم يوفق في مهمته ، ولم يقم بأي عمل ملموس . وبُعِزِي فُتِلِه إلى سبيس رنيسيين ، الأول عدم تمتعه بالاستقلال الفعلي ، حيث كان للإمبراطور تأثير كبير عليه وذلك لنوره الواضح في تعيين أعضائه أما السبب الآخر فيعود إلي عدم ممارسة المجلس للرقابة إلا علي مشروعات القوانين التي تحال إليه من الحكومة (الإمبراطور) أو من هيئة حاضرة أنشئت لهذا الغرض . وعندما لاحظ باليون محاولة المجلس لتحرر من سيطرته قرر حله في سنة ١٨٠٧ .

إلا أن فرنسا عادت للالتخ بهذه الصورة من الرقابة في ظل دستور سنة ١٨٥٢ ، وعُعيد بنا إلى مجلس الشيوخ^(٢) وعلى نحو تنبيه بما كان معمولاً به في ظل دستور السنة الثامنة . حيث كان للمجلس حق مراجعة القوانين والتأكد من دستوريته قبل مرحلة الإصدار ، وله سلطة إلغاء القوانين التي تتعارض مع أحكام الدستور

(١) - FRANCK (C.L). Les fonctions juridictionnelles du conseil constitutionnel et du conseil d. état dans l. ordre constitutionnel , éd. L.G.D.J. , 1974 p. 44.

(٢) L . Duguit : Traite droit constitutionnel Tome troisieme 1923 , p. 707 et 717

ورغم ذلك فإن هذا المجلس لم يكن أفضل حظاً من مجلس دستور السنة التاسعة ، حيث سيطر عليه الإمبراطور وحلّه أداة طيعة في يده يستخدمها وفقاً لسيئته ولم يقدّم المجلس بأي دور في رقابة دستورية القوانين ولم يثبت أن المجلس قد ألغى أي قانون لعدم دستوريته.(^١)

٢ - الرقابة في ظل دستور سنة ١٩٤٦ .

تباشر الرقابة وفقاً لهذا الدستور(٢) لجنة سميت (اللجنة الدستورية) وتؤلف وفقاً للمادة ٩١ من الدستور وفق الآتي :

رئيس الجمهورية ، رئيس مجلس الجمهورية (مجلس الشيوخ) ، رئيس الجمعية الوطنية (مجلس النواب) ، سبعة أعضاء ينتخبون من قبل الجمعية الوطنية على أساس التمثيل النسبي للهيئات السياسية ، ثلاثة أعضاء ينتخبون من قبل مجلس الجمهورية وبذلك الطريق المذكورة أعلاه

هذا ومن الحدير بالذكر أن الأعضاء العشرة يجب ألا يكونوا من ضمن أعضاء البرلمان وينحصر اختصاص اللجنة الدستورية في التأكد مما إذا كانت مشروعات القوانين التي أقرت من الجمعية الوطنية تتّحسّن تعديلاً للدستور من عدمه. و اللجنة لا تستطيع أن تباشر هذه المهمة إلا بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الشيوخ بعد موافقة مجلس الجمهورية على ذلك بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه ، ويجب أن يقدم الطلب قبل إصدار القانون . وفي حال تقرير اللجنة أن القانون يتّحسّن تعديلاً للدستور ، فليس لها سلطة إلعائه وإنما يجب اعاسته إلى الجمعية الوطنية التي يكون لها الرأي البات في هذا الأمر. التي تقرر إما تعديل القانون بما يسجّم مع رأي اللجنة بحيث يصبح متفقاً مع أحكام الدستور ، وإما أن نصر على رأيها ، وفي هذه الحالة لا يجوز إصدار القانون إلا بعد تعديل الدستور وفقاً للإجراءات المنصوص عليها فيه.

(١) (A.) Ashworth , Le contrôle de la constitutionnalité des lois Par le sénat de la seconde Empire , R.D.P 1994 pp 45 et ss .

(٢) لمزيد من التفصيل حول الجمهورية الرابعة ، راجع PWILLIMASS, La vie politique, sous la IVe République, Paris: Appert- Colin, 1971

-TOUCHARD , La Fin de la 1^{re} République, RFSP, 1958, pp.917,et ss

ومن المعلوم أن اللجنة لم تكن تملك إثارة المسألة الدستورية من تلقاء نفسها ، كما لم يكن للأفراد حق إثارتها أصليا بدعوي مساس القانون بحقوقهم ، وإما كان ذلك يحدث بطلب مزدوج من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية بعد حصوله على موافقة الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس . وكان على اللجنة أن نبت في الأمر خلال خمسة أيام في الأحوال العادية وحلال يومين في حالة الاستعجال ، ولعل هذه المدة القصيرة عامل آخر ساهم بدوره في فشل اللجنة في ممارسة مهامها (١).

٣- الرقابة في ظل دستور ١٩٥٨.

أوجد الدستور هيئة سياسية أطلق عليها المجلس الدستوري (١) هو المنول دستورياً عن الرقابة وضمان مطابقة القوانين للدستور قبل إصدارها فصلا عن ممارسته صلاحيات عديدة أخرى (٢). يتكون هذا المجلس من صنفين من الأعضاء بحسب المادة ٥٦ من الدستور (٣). الصنف الأول يتم تسميتهم والصف الآخر أعضاء بحكم القانون ، يتكون الصنف الأول من تسعة أعضاء بعين ثلاثة منهم من قبل رئيس الجمهورية وثلاثة من قبل رئيس الجمعية الوطنية وثلاثة من قبل رئيس مجلس الشيوخ أما الصنف الثاني فهم رؤساء الجميورية السابقون وهم أعضاء مدى الحياة (٤). مدة العضوية في المجلس تسعة أعوام غير قابله للتحديد ، ولا يجوز الجمع بين عضوية المجلس والوزارة أو عضوية البرلمان (٥م) (٥).

(١) SOULIER (J.) . La délibération du comité constitutionnel. R.D.P. 1949, p. 195 .

(٢) Bandoïn (E.) : Philosophie juridique et politique (Cours) Master 2009-2010 . Université d'Auvergne.

(٣) يمارس المجلس الدستوري العديد من الصلاحيات الدستورية أبرزها بعد الرقابة على دستورية القوانين المنصّل في الممارعات الانتخابية

حسمان الفصل التشريعي بين القوانين التي بعد تشريعها من واجبات البرلمان والتعليمات التي تصدرها الحكومة بقوانين تطبيقية

(٤) Favoreu (L.) et Philippe (L.) . Le conseil Constitutionnel que saisje? P.U.F 1980, p.9 ets.

(٥) لم يتضمن تعديل ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ الدستوري المساس بهذه الجية (المجلس الدستوري) من حيث كونها صانعة الاختصاص في النظر في دستورية القوانين لكنه أدخل تغييراً جدياً على آلية ممارسة هذا الاختصاص وطرق الإحالة إلى المجلس الدستوري الذي أصبح يمارس مهامه من خلال المرح بين نظامين من الرقابة: الرقابة الأولى التي ينص عليها دستور ١٩٥٨ والتي تسمى الرقابة السانقة على إصدار القانون والرقابة الثانية التي ادخلت بعد تعديل ٢٨ يوليو الدستوري ٢٠٠٨ والتي تسمى الرقابة اللاحقة على إصدار القانون وهذا ما استحوّله لاحقاً عند التطرق إلى آلية الرقابة اللاحقة

(٦) Favoreu et Philippe, op. cit., p. 17.

وشأن الية عمل المجلس الدستوري ، فالمعروف أن الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة سابقة وليست لاحقة وهي على نوعين وجوبية وجوارية ، فبالنسبة للأولي أوجب الدستور عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها ولوائح المجالس البرلمانية قبل تطبيقها على المجلس ليري مدى مطابقتها للدستور (م ٦١) . أما بالنسبة للآخرى فيحوز لرئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو لرئيس أي من المجلسين عرض القوانين على المجلس الدستوري قبل إصدارها . وكذلك أحاز الدستور لستين نائباً أو ستين شيخاً الطعن بعدم دستورية قانون أو معاهدة دولية أمام المجلس^(١) . فإن أقر المجلس بعدم دستوريته فلا يحوز لرئيس الجمهورية التصديق عليها إلا بعد تعديل الدستور^(٢) . مع ملاحظة أن المجلس الدستوري استبعد القوانين التي يستفتى الشعب عليها من رقابته على أساس أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية^(٣) ، وكذلك استقر المجلس على عدم حصوع المراسيم بقوانين لرقابته على اعتبار أنها قرارات إدارية تخصص لرقابة مجلس الدولة^(٤) . وكذلك لا يحوز للمجلس أن يتصدي من تلقاء نفسه لنحس دستورية قانون ما ، وإنما يجب علي إحدى الجهات التي حدها الدستور أن تحرك الطعن بعدم الدستورية سواء كان وجوبياً أو اختياريّاً

ويعتبر قرار المجلس الدستوري غير قابل للنقض وملزماً للجميع فإذا كان القرار يتضمن أن القانون المطعون فيه يستعمل على نص مخالف للدستور وغير قابل للفصل من القانون عدده يكون القانون مخالفاً للدستور ولا يمكن التصديق عليه أما إذا كان القرار يقتصر على وجود نص مخالف لكن يمكن فصله عن بقية نصوص القانون ففي هذه الحالة يكون لرئيس الجمهورية الحق بإصدار القانون بعد استئصال النص غير الدستوري أو أن يطلب من الجمعية الوطنية إعادة فحص النصوص التي أعترضت غير دستورية . والمجلس الدستوري هو الذي يقرر فيما إذا كل القانون نصوصه غير الدستورية قابلاً للتطبيق والإصدار أم لا^(٥) .

(١) صدر تعديل للدستور في عام ١٩٧٤ أحاز لستين نائباً أو ستين شيخاً الطعن بعدم دستورية مشاريع القوانين ، ثم صدر تعديل آخر في عام ١٩٩٥ أحاز للعدالة الطعن بعدم دستورية معاهدة دولية . د رمري الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٨ د عبدالحفيظ الشبيبي ، القضاء الدستوري وحماية الحريات العامة ، القاهرة ٢٠٠١ ، ص ٢٧

(٢) للمزيد من التفاصيل حول مكانة المعاهدات في النظام القانوني العرسي راجع - Dominique (T.) Droit Constitutionnel, PUF paris, 2007. P 146
(٣) Favoreu (L.) et Philippe (L.) : Les grandes décisions du conseil constitutionnel éd. Sirey, 1979, p. 176

(٤) د رمري الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مصدر سابق ، ص ٥٥

(٥) راجع

ثانيا - تعديل ٢٣ يوليو لعام ٢٠٠٨ وأثره في تطور الرقابة السابقة.

وفقاً لهذا النوع من الرقابة فإن المجلس الدستوري ينظر في دستورية القوانين بعد إصدارها ودحولها حيز النفاذ ، ما يعنى أنه يمارس رقابة لاحقة علي إصدار القوانين ، وهو إجراء استحدثه تعديل ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ الدستوري بموجب إضافة المادة ٦١ / ١ من الدستور التي تنص علي (بمناسبة النظر في دعوي مقامة أمام القضاء - ودفع احد أطراف الدعوي - بأن حكماً تشريعياً ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور ، يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناء علي إحالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض اللذين يتخذان قرارهما خلال فترة محددة ويحدد بقانون تنظيمي شروط تطبيق هذه المادة) (١).

Verpeaux (M.) . Annales droit constitutionnel. methodologie. dalloz, 2010, p 206.

(١) بدا الرئيس نيكولا ساركوزي حملته الانتخابية عام ٢٠٠٢ بالدعوة إلي تحديث مؤسسات الجمهورية الحاسمة معلناً بنية قيادة التعديل الثالث والعشرين لدستور الجمهورية الفرنسية لعام ١٩٥٨ وفور وصوله قصر الإليزيه بدأ تنفيذ وعده الانتخابي بتكليف السامي المفخصرم اوارد بلاذور رئاسة لجنة تصمم مجموعة من المحامين الدستوريين والشخصيات السياسية من ذوي الخبرة في القانون لهذا الغرض احتوي تقرير هذه اللجنة علي مجموعة من الاقتراحات لتحديث مؤسسات الجمهورية الفرنسية واستناداً إلى ذلك تم بلورة اقتراح تعديل الدستور الفرنسي و تمت موافقة الجمعية الوطنية تم موافقة مجلس التبوخ انهي مهنت الطريق امام اعلان الاقرار النهائي لهذه التعديلات في اجتماع البرلمان الفرنسي بمدينة في قصر فرساي بكل ما يحمله سكان الاجتماع من دلالات تاريخية. واداً حار لنا القول ان التطور والتحديث المستمر اهم سمة ميزت دستور الجمهورية الحاسمة الفرنسي ، الذي طالبت تعديلاته انتالات والمعنوس - الى الآن - ما يرب ال ٥٠% من نصوصه ، فيه يسمي الاقرار بان تعديل ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ الآخر يعتبر الأبرر والأهم علي الاطلاق في تاريخ هذا الدستور ، ولا ريب ان اضافة المادة ١/٦١ الى الدستور تمثل العصب المحوري لهذا التعديل ، فقد دخلت هذه المادة حيز النفاذ في الأول من مارس ٢٠١٠ بعد صدور قانونها التنظيمي في ١٠/١٢/٢٠٠٩ وعندئذ من المراسيم التنفيذية التي تسبل تنفيذها وتبين اليه تطبيقها ، وتأتي أهمية هذه المادة من حيث منحها الافراد - ولأول مرة في التاريخ الدستوري الفرنسي - الحق في الطعن بدستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء مباشرة. راجع في هذا الشأن د. يسري العصار ، المحلة الدستورية العدد السادس عشر ، السنة السادسة ، أكتوبر ٢٠٠٩ بحث بعنوان الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة في فرنسا بعد تعديل ٢٠٠٨. المحلة الدستورية ، العدد السادس عشر ، السنة السابعة ، أكتوبر ٢٠٠٩ ص ٤١ وما بعدها . وللمزيد من التفاصيل حول نظام الرقابة اللاحقة علي دستورية القوانين في فرنسا راجع د عبد احمد العلول : الدفء بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم ٧٢٤ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الحاسمة دار النهضة العربية، الطبعة الاولى ٢٠١٠.

د محمد عبد اللطيف . بحث بعنوان "رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا" منشور في المحلة الدستورية ، العدد السادس عشر ، السنة السابعة ، أكتوبر ٢٠٠٩ ص ١٧ ، وبحث اخر بعنوان "المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ " جامعة التويت محلة الحقوق ، العدد الثالث ، السنة الرابعة والثلاثون ، سبتمبر ٢٠١٠ ، ص ١٥ وما بعدها . د منصور محمد احمد ، الرقابة اللاحقة علي دستورية القوانين في فرنسا ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٢ .

واستناداً إلى ذلك صدر القانون التنظيمي الذي أشارت إليه هذه المادة في ٢٠٠٩/١٢/١٠ الذي سمي هذه الرقابة - مسألة الأولوية الدستورية - (La question prioritaire de constitutionnalité) أو اختصاراً (QPC)^(١) ، وفي الأول من مارس ٢٠١٠ دخلت أحكام المادة ١/٦١ حيز النفاذ . وشرعت المحاكم الفرنسية تطبيق أحكامها وفق ما أشار إليها الدستور ونظمها القانون التنظيمي ، ونستطيع أن نوحز أهم معالم هذا التعديل الدستوري بشأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا في ثلاثة حواشي^(٢) :

الأول - أجاز للأفراد (المتخاصمين في دعوى مبطورة فسخاً) الطعن في دستورية القوانين التي تنسك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور أمام القضاء العادي الثاني : اختصاص مجلس الدولة (إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحاكم الإدارية) أو محكمة النقض (إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحاكم العادية) في إحالة الطعن إلى المجلس الدستوري من عدمه

الثالث : احتفاظ المجلس الدستوري بصلاحيته البت في هذه الطعون . تأسيساً على ذلك سحاول بيان آلية مسار الرقابة على دستورية القوانين وفق هذا التعديل الذي انتج عهد الرقابة اللاحقة في فرنسا ، ثم نقدر هذه الرقابة وأثرها في النظام القانوني الفرنسي .

١ - آلية تحريك الرقابة اللاحقة.

أتاح هذا التعديل ولأول مرة للأفراد الطعن في النصوص التشريعية (Disposition Législative) أمام القضاء العادي ، ونعني بالنصوص التشريعية تلك النصوص التي اعتدتها السلطة التشريعية سنه بالبرلمان الفرنسي بمجلسيه (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) ، ما يعني أن محل الطعن يجب أن يكون نصاً تشريعياً صوّت عليه من قبل البرلمان ، ويمكننا أن نبين النصوص التشريعية التي يصوت عليها البرلمان بالاتي^(٣) :

(١) للإطلاع على النص القانوني كاملاً انظر الموقع الإلكتروني الحكومي للتشريعات الرسمية <http://www.Legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021446446&categorieLien=id>

(٢) للمزيد من التفاصيل حول الحواشي الأصلية في هذا التعديل وقانون ٢٠٠٩/١٢/١٠ انظر مقال المتأني هنري فلوثير المتاح على الموقع الإلكتروني <http://www.legavox.fr/blog/maitew-henry-flecher/organique-decembre-2009-date-pour-1402.htm>

(٣) د عبد احمد العلول ، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي ، مرجع سابق ، ص ١٦٠ .

القوانين العادية ، القوانين التنظيمية ، القرارات (Ordonnance) التي يصدرها رئيس الجمهورية وبصادق عليها البرلمان ، القوانين الصادرة من كاليدونيا الجديدة^(١) (وهي إقليم يخضع للسيادة الفرنسية).

أما القرارات الرئاسية التي لم يصادق عليها في البرلمان والمراسيم (Décrets) والأوامر والقرارات الفردية فإنها لا تكون محلاً للطعن لأنها ستكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري^(٢).

ويلاحظ أن النص التشريعي لكي يكون صالحاً للطعن فيه يشترط أن ينتك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور ، علماً أن الحقوق والحريات المكنولة دستورياً هي التي تحتويها التشريعات الآتية^(٣).

- دستور ٤ أكتوبر لعام ١٩٥٨ وتعديلاته الكاملة
- النصوص التي أحالت إليها ديباجة دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨ وهي:
- إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩.
- ديباجة الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.
- المبادئ الأساسية التي اعترفت بها قوانين الجمهورية الفرنسية ، المشار إليها في ديباجة دستور ١٩٤٦ ، مثل حرية تأسيس الجمعيات وحرية التعليم وغيرها.
- الميثاق النبوي لعام ٢٠٠٤ ، وهو نص له قيمة دستورية يكرس حقوق الإنسان في مجتمعه ويبيته أقره البرلمان الفرنسي عام ٢٠٠٤ استجابة لجهود الرئيس حاك شيراك الذي أعلن عن مشروع الميثاق النبوي في حملته الانتخابية الثانية عام ٢٠٠٤ ، و استغرق العمل لإنتاج هذا المشروع أربع سنين وأعد من قبل لجنة كوندر التي ترأسها البروفيسور الفرنسي كوننز . وفي الثاني من فبراير ٢٠٠٥ اكتسب هذا الميثاق أهمية

(١) كاليدونيا الجديدة بالفرنسية (Nouvelle-Calédonie) هي إقليم تابع لفرنسا يقع في أوقيانوسيا أسفر فيها البريطانيون والفرنسيون أثناء النصف الأول من القرن التاسع عشر ، واستأثرت فرنسا في ١٨٥٣ ، يبلغ عدد سكانها ٢١٩٢٤٦ ر ومساحتها ٨٥٠ كم^٢ ، وعاصمتها نومييا

(٢) راجع أنشورة التوضيحية التي أصدرها المجلس الدستوري لأحكام "مسألة الأولوية الدستورية (QPC)" والمنشورة على الموقع الرسمي للمجلس

[HTTP //WWW CONSEIL- CONSTITUTIONNEL.Fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

(٣) المرجع السابق .

خاصة بعد تبني البرلمان تعديلاً دستورياً يصفى على الميثاق البيبي قيمة دستورية بعد
الاشارة إليه في ديباجة دستور ١٩٥٨^(١).

ويُثار الدفع بعدم دستورية القانون أو مسألة أولوية الدستور ، كما أسماها القانون
التنظيمي ، أمام المحاكم وبمختلف درجاتها سواء أمام محاكم الدرجة الأولى أو الاستئناف أو
النقص بُستثنى من ذلك المحاكم الجنائية (La Core d'assises) فلا يمكن إثارة الطعن أمامها ،
ومع ذلك يمكن إثارة الطعن في المراحل التي تسبق إحالة القضية إلى المحكمة الجنائية أي
الطعن أمام قاضي التحقيق (La Juge d'instruction) أو المراحل التي تلي المحكمة الجنائية
أي أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض^(٢).

ويجب في الطعن بعدم دستورية النص التشريعي المقدم أمام المحكمة أن يكون مكتوباً
ومسبباً ومفصلاً عن بقية إجراءات الدعوى الأخرى عدها يجب على القاضي النظر في هذا
الطعن مباشرة ودون تأخير سعلناً "أولويته" على بقية إجراءات الدعوى ، ثم ينظر القاضي في
الطعن فإن كان مقبولاً ومستوفياً للشروط التي وضعها القانون التنظيمي في ٢٠٠٩/١٢/١٠
وحب عليه إحالة القضية إلى محكمة النقض (إن كان قاضياً عادياً) أو مجلس الدولة (إن كان
قاضياً إدارياً) أما إذا رفض القاضي إحالة الطعن بسبب كونه غير مقبول أو غير مستوف
للشروط فإن قراره يكون قابلاً للطعن.

وبعد وصول الطعن إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة - بحسب الاحتصاص - يتم
إخصاع الطعن لمزيد من الفحص والدراسة خلال مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر بعدها يجب اتخاذ
القرار إما بقبول الطعن وهذا يعني إحالته إلى المجلس الدستوري أو رفضه وهذا يعني منع
إحالته إلى المجلس الدستوري ورده نهائياً ، ويكون قرار محكمة النقض أو مجلس الدولة في
هذه الحالة نهائياً وغير قابل للطعن^(٣).

(١) Favoreu Droit constitutionnel - Dalloze paris 2010, p. 170- (L)

(٢) د محمد عبد اللطيف ، "رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا" ، مرجع سابق، ص ٢١
(٣) د عبد أحمد العلول ، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي ، مرجع سابق، ص ٢٧٥

- والواقع إن إحالة النص التشريعي المطعون في دستوريته إلى المجلس الدستوري يعني أن الطعن دخل مرحلته النهائية ، وقد بين قانون ٢٠٠٩/١٢/١٠ التنظيمي ثلاثة معايير رئيسية يعتمدها المجلس الدستوري خلال فحصه النص التشريعي محل الطعن وهي: (١)
- أن يكون النص التشريعي المطعون فيه ينطبق على النزاع بين طرفي الدعوي أو الإجراءات القضائية المطبقة عليهم أو ركناً أساسياً في المحاكمة.
 - ألا يكون النص التشريعي المطعون فيه قد سبق نظره أمام المجلس الدستوري أو قصي المجلس مطابقته للدستور ، يستثنى من ذلك إذا استجدت ظروف جديدة.
 - أن يكون الطعن المتقدم ذا طبيعة حدية

وبعد توفر هذه المعايير يتوجب على المجلس الدستوري اتخاذ قراره بشأن دستورية النص التشريعي من عدمه خلال ثلاثة أشهر ، ولصمان تبادل اللوائح والإخطارات بين طرفي الدعوي خلال هذه السدة القصيرة سيأتم تبادل المعلومات إلكترونياً حيث يتوجب على طرفي الدعوي إعلان البريد الإلكتروني الذي يتواصلون به مع المجلس لضمان احتصار الوقت ، وبعد انتهاء تبادل اللوائح بين الطرفين المتخاصمين يحال النزاع إلى جلسة استماع عامة حيث يمكن للمحامين خلالها تقديم مذكراتهم الشفوية ، وبعد انتهاء جلسات الاستماع العام يصدر المجلس الدستوري حكمه (٢).

٢ - تقدير هذه الرقابة وأثرها في النظام القانوني الفرنسي.

المشكلة الرئيسية التي تثار أمام التطبيق العملي لـ الرقابة اللاحقة أو "مسألة الأولوية الدستورية" والتي يرجع تسميتها بهذا الاسم إلى سيبين (٣). الأول أن الطعن المقدم وفق أحكام هذا القانون له الأولوية على غيره . الثاني وهو الأهم أن هذا القانون يفرض على القاضي النظر أولاً في مطابقة القانون للدستور الفرنسي قبل نظره في مطابقة القانون للمعاهدات أو قوانين الاتحاد الأوروبي (٤).

(١) المصدر السابق ، ص ٢١٧

(٢) د منصور محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص ٢١٧

(٣) راجع

- Favoreu, Louis. Droit constitutionnel Dalloze Paris 2010 .p 338.

(٤) البروديومور (Badoud) تشير إلى وجود تيجتين متواريين لطاهرة العولمة.

- عبور النظم القانونية الوطنية

- صنف مدناً القيادة الوطنية

وقد أثّرت هذه المسألة عندما عُرضت على القامسي الوطني الفرنسي قضية جعلته بالخير بين تنفيذ القانون الوطني الذي يفرض عليه أولوية النظر في ملزمة القانون للدستور أو تنفيذ قانون الاتحاد الأوروبي الذي يفرض عليه ملزمة القانون الفرنسي لقوانين الاتحاد الأوروبي علماً بأن قرارات محكمة العدل الأوروبية تمنع قصاصة الدول الأعضاء من تطبيق أي إجراء يعمق تنفيذ قوانين الاتحاد الأوروبي باعتبار أن لها الأولوية على القوانين الوطنية^(١)

هذه المشكلة تجلت بشكل علني حينما نظرت محكمة النقض الفرنسية في الطعن المقدم في قرار الإبعاد المتخذ ضد شخصين يحملان الجنسية الجزائرية قامت السلطات الفرنسية بتفتيش وثائقهم عند الحدود الفرنسية - البلجيكية ولكلاهما لا يحملان وثائق إقامة رسمية في منطقة الاتحاد الأوروبي (Schengen) قررت السلطات الفرنسية المختصة في ٢٢ مارس ٢٠١٠ احتجازهما بهدف إبعادهما إلى الحدود^(٢).

قدم الجزائريان طعناً إلى المحكمة ينصمن أن إجراء تفتيش وثائق الإقامة عند الحدود بين دولتين عضوين في الاتحاد الأوروبي هو انتهاك لمبدأ حرية التنقل المكفول بموجب المادة ٦٧ الفقرة ٢ من معاهدة انتظام عمل الاتحاد الأوروبي^(٣)، وفي ذلك انتهاك لنص المادة ١/٨١ من الدستور الفرنسي التي تؤكد مبدأ مشاركته فرنسا لدول الاتحاد الأوروبي^(٤) وأمام هذا الطعن يتوجب على محكمة النقض استناداً إلى قانون ١٠/١٢/٢٠٠٩ التطبيقي أن تنظر في النص المطعون في دستوريته أولاً من خلال إحالته إلى المجلس الدستوري إن ثبتت جديته ، لكن من جانب آخر فإن قانون الاتحاد الأوروبي الذي له الأولوية على هذا القانون التطبيقي يلزم المحكمة بالنظر في ملزمة النص للقانون الأوروبي ، وأمام هذه الإشكالية أحالت محكمة النقض القضية

وفي ذلك إشارة إلى علو وبنود القوانين الأوروبية في مواجهة القوانين الوطنية وما يبرره من تساؤل حول محير مبدأ السيادة تفصيل أكثر راجع : محاضرات للمسرة القضاء والسياسة ، القضاة علي طلبة الساتير في كلية الحقوق - جامعة أويرس (محاضرات مطبوعة)

(١) راجع قرار محكمة العدل الأوروبية الصادر في التاسع من مارس ١٩٧٨ والقاضي بمنع كل الإجراءات التي تعيق تطبيق قوانين الاتحاد الأوروبي

(٢) للاطلاع على كامل تفاصيل القضية انظر (صالح من أجل حقوق الإنسان) صحيفة اللومويد - العالم - الفرنسية - بتاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٩ والمتاحة على الموقع الإلكتروني

<http://combatsdionlhomme.blog.lemonde.fr>

(٣) نص هذه الفقرة على صياغة عدم تفتيش الأشخاص في الحدود الدولية التابعة للدول الأعضاء انظر نص المعاهدة كمللا في الحريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي الطبعة الفرنسية رقم ١١٥/٤٧ بتاريخ

٢٠٠٨/٥/٩

(٤) راجع نص المادة ١/٨١ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨

في ١٦ أبريل ٢٠١٠ هذا الأمر إلى محكمة العدل الأوروبية لسؤالها هل أن (مسألة الأولوية الدستورية) التي يعرضها قانون ٢٠٠٩/١٢/١٠ التنظيمي الصادر استناداً إلى المادة ١/٦١ من الدستور الفرنسي يتطابق مع مبدأ علوية قانون الاتحاد الأوروبي؟

وفي ٢٢ يونيو ٢٠١٠ جاء رد محكمة العدل الأوروبية^(١) أن أولوية النظر في دستورية القوانين التي ينص عليها هذا القانون ويعرضها على المحكمة لا تتعارض مع القانون الأوروبي ما دامت الهيئات القضائية الفرنسية الأخرى حرة وفي كل وقت بالرقابة على سلامة القوانين الوطنية لقوانين الاتحاد الأوروبي وتطبيق كل الإجراءات القضائية التي تحمي قوانين الاتحاد^(٢).

وبذلك تطهر دفعه المشرع الفرنسي حيباً احتار مفردة (أولوية) التي تعني عدم إهمال أنواع الرقابة الأخرى ، ما يعي وجود أكثر من شبكة أمان للرقابة على التشريعات الوطنية^(٣).

وبعد إزالة هذا الإشكال طبقت المحاكم الفرنسية دورها القانوني في نظام الإحالة اللاحقة للمجلس الدستوري الذي مارس ولأول مرة رقابته اللاحقة على القوانين^(٤).

وبالرغم من أن الرقابة اللاحقة تتميز بإجراءات معقدة وطويلة نسبياً حيث يستغرق الطعن قراءة الستة أشهر للبت فيه فضلاً عن كونه يهدد استقرار المعاملات في المجتمع فإنه يعرض القوانين إلى الإلغاء بعد تطبيقها إلا أننا لا يمكننا إغفال الفوائد الكبيرة لهذه الرقابة من حيث مساهمتها في إصباح المحال واسعاً لتفويض النظام القانوني الفرنسي من القوانين غير الدستورية خصوصاً إذا علمنا أن نظام (الرقابة السابقة) كان حزنياً وقد مارسه المجلس الدستوري على ١٠-١٥% فقط من القوانين الصادرة أما باقي القوانين فلم يتم تمحيصها

(١) تصم الرد في النق الثاني عدم قابلية الإجراء المتخذ بحق الجرائيين الذين احتجرتهم السلطات الفرنسية حيث تسمح نوابين الاتحاد الأوروبي بنشئ الوثائق على بعد ٢٠ كم من طرفي حدود الدول الأعضاء لتفصيل أكثر سطر <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

(٢) راجع

Favoreu- Louis, op. cit., p. 341.

(٣) محاضرة القاها البروفيسور Turpin استاذ القانون الدستوري في كلية الحقوق - جامعة أويرو الفرنسية على طلبة الدكتوراه ٢٠١١

(٤) تم تقديم العديد من الطعون إلى المحاكم الفرنسية استناداً إلى هذا القانون وأحدث القرارات المتحدة استناداً إلى هذا النوع من الرقابة قرار المجلس الدستوري الفرنسي المتخذ بتاريخ ٢٠١٢/٥/١ بعدم دستورية المادة ٢٢٢-٢٣ من قانون العقوبات المتعلقة بتحريم التحرش الجنسي منبهاً أن هذا النص يفتقر إلى التحديد.

دستورياً ، من جانب آخر فإن نفاذ الضعف في القانون غالباً ما تظهر بعد تطبيق القانون وليس عند وضعه وبذلك سوف يتمكن الأفراد من الطعن في القوانين ومعرفة عيوبها التي ستبرر من حلال التطبيق العملي للقانون ، فضلاً عن أن الوقت المحدد للطعن في القوانين في ظل نظام الرقابة السابقة ، أي بعد اقرار القانون وقبل إصداره ، يعد قصيراً جداً وربما لا يعطي الوقت الكافي لدراسة القانون من كافة جوانبه أما في الرقابة اللاحقة فإن الطعن سيكون بهدوء أكثر وذا دوافع قانونية أفرقتها ضرورات التطبيق

وبذلك نلاحظ الأثر الكبير الذي أحدثته هذا التعديل الدستوري على منظومة الرقابة الدستورية في فرنسا ، ويبدو واضحاً الدور المؤثر الذي يمارسه القضاء في هذه الرقابة ، ويمكننا القول أن فرنسا وفقاً لهذا التعديل صارت أقرب إلى النموذج الأوروبي أو ما يسمى (نموذج كلين) الذي يمارس فيه القاضي نور القناة لنقل الطعن إلى هيئة دستورية متخصصة وهو بذلك يختلف عن النموذج الأمريكي الذي يمارس القاضي فيه الرقابة بشكل مباشر .

لكن القول بأن القاضي يؤدي دور القناة لنقل الطعن لا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى الاعتقاد بضعف دور القضاء في ممارسة الرقابة الدستورية في فرنسا فهو دور هام ومؤثر بل إن بعض الدستوريين^(١) يدب إلى أن محكمة النقض كانت تمارس دور المجلس الدستوري من خلال الصلاحية الممنوحة للقضاة برفض إحالة التاتون المطعون فيه إلى المجلس الدستوري مستفيدين من كون قراراتهم نهائية وغير قابلة للطعن ، وخير مثال على ذلك قرار محكمة النقض في ٧ مايو ٢٠١٠ حول قانون غيسو^(٢) (Loi Gayssou) الذي يحرم (انكار) وجود أو حجم الحرائم ضد الإنسانية ، وقد عرف ميثاق لانس ١٩٤٥ هذه الحرائم في مادته التاسعة وأمرها البولوكوكست ووجود غرف العار في معسكرات الاعتقال النازية ضد اليهود ، وعندما تم الطعن في هذا القانون على اعتبار أنه انتهك حرية الاعتقاد والتعبير المكفولة دستورياً فس حق الإنسان أن يمارس حقه في التعبير عن آرائه فنكر مثلاً بعض هذه الحرائم أو يعتبر أن حجمها مبالغ فيه ، إلا أن محكمة النقض رفضت إحالة هذا الطعن إلى المجلس الدستوري بحجة أنه يقتصر إلى الجدية.

(١) راجع

- Favoreu, Louis, Droit constitutionnel, op. cit, p 341.

(٢) قانون غيسو هو قانون اعتمدته البرلمان الفرنسي في ١٢ يوليو ١٩٩٠ بناء على اقتراح النائب الشيوعي جان كلود عيسو وبعد واحد من عدة قوانين أوروبية تحرم انكار البولوكوكست ويمنح البروفيسور روبرت فوريسون استاد بجامعة ليون أستاذ الفرنسي من أوائل من تعرض للمحاكمة بموجب هذا القانون حيث تم تعريضه وبطله من الجامعة لأنه يعتبر من أبرز منكري قصة البولوكوكست ووجود غرف الغاز في معسكرات الاعتقال النازية .

ومما سبق ، يمكن القول إن تعديل ٢٣ يوليو الدستوري ٢٠٠٨ هو نقطة التحول الأكثر أهمية في مسار الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا والذي أدخلها عهد الرقابة اللاحقة وأيد أن التطور الدستوري السمة الأبرز التي لارست دستور الجمهورية الخامسة

وهذا التعديل وإن لم يمس مؤسسة المجلس الدستوري من حيث إبنيا صاحبة الاختصاص في النظر بدستورية القوانين إلا أنه غير مسار الإحالة إلي هذا المجلس بإفصاح المجال أمام الرقابة اللاحقة ، وقد برر أثر هذا التعديل حلياً في ثلاثة مجالات: الأول علي عتطومة التشريعات الفرنسية والثاني علي دور القضاء في ممارسة الرقابة والثالث في حماية حقوق الأفراد.

ونطبق هذه الرقابة سمح بإعادة النظر في دستورية العديد من القوانين وبما سببهم شكل أكيد في تنقية سطومة التشريع الفرنسي من القوانين غير الدستورية والتي أفلنت من قبضة الرقابة السابقة ، هذه النصوية للسطومة التشريعية الفرنسية ستتم وفق آلية الأولوية الدستورية التي تعيد اعتبار سيادة التشريع الوطني علي التشريعات الأوروبية وإن لم تلغ الأخير .

أما بالنسبة إلي دور القضاء فقد منحت هذه التعديلات دوراً مؤثراً للقضاء الفرنسي سواء العادي أو الإداري من حيث السماح له بمراقبة دستورية القوانين والنظر في هذه الطعون ، بل إن القضاء أصبح له القول الفصل في عدم إحالة هذه القوانين إلي المجلس الدستوري ويكون قراره في ذلك نهائياً وبذلك بدأ القضاء يأخذ تدريجياً مكان المجلس الدستوري في تقدير عدم جدية الطعون.

كما أصبح للأفراد العديد من الصماتات التي تحول دون انتهاك الحقوق والحريات والحفاظ عليها وصار من حق الأفراد الطعن مباشرة أمام القضاء فيما يعتدوا أنه ينتك حقوقهم أو حرياتهم .

بعد هذه التطورات بات من غير الممدي نعت الرقابة الدستورية في فرنسا بأنها سياسية وثبت أنه تصنيف لا يصمد أمام التحولات الكبيرة والجدرية المتسارعة التي شهنتها بنية هذا

الدستور وبذلك يمكننا القول إن هذا التعديل فتح الباب واسعاً لأسس صحيحة تُبنى عليها دولة
سيادة القانون

المطلب الثاني

الأساليب المباشرة في تحريك الدعوى الدستورية في بعض النظم الأخرى.

تمهيد وتقسيم :-

الواقع أن نجاح التجربة العرسية منذ عام ١٩٥٨ قد أدى إلى انتشار أسلوب الرقابة النضائية السابقة على دستورية التشريعات في العديد من النظم المعاصرة في داخل أوروبا و خارجها ، فمن النظم القانونية ما فسخ لهذا النوع من الرقابة مكانة هامة إلى جانب أسلوب الرقابة اللاحقة على دخول التشريع في التطبيق كما هو الحال في كل دول أوروبا الشرقية ما عدا بولندا و ذلك بعد الإصلاح السياسي والدستوري الذي شنته هذه الدول منذ نهاية الثمانينات من القرن الماضي وفي كل من الجزائر والمغرب ومن النظم القانونية الأخرى ما لم تقبل سوى أسلوب الرقابة السابقة على دستورية التشريعات كما هو في موريتانيا (١)

لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول منه الأساليب المباشرة في تحريك الدعوى الدستورية على المستوى الأوروبي خاصة في النظم الاشتراكية وبعض دول القارة السمراء ، ونتناول في الفرع الثاني تطبيقات تلك الرقابة في بعض دول اتحاد المغرب العربي وذلك على النحو التالي .-

الفرع الأول

على المستوى الأوروبي وبعض دول القارة الأفريقية السمراء .

أخذت دول عديدة بالرقابة السياسية على دستورية القوانين وبصورة خاصة دول أوروبا الشرقية ، ولكن صور الرقابة في هذه الدول تختلف من دستور إلى آخر

فدستور الاتحاد السوفيتي لعام ١٩٧٧ جعل هذه الرقابة من اختصاص السلطة التشريعية ذاتها. ونص ذلك في المادة (١٢١) منه على أن (هيئة رئاسة السوفيت الأعلى تمارس الرقابة على التقيد بدستور الاتحاد السوفيتي وتؤمن اتفاق دساتير وقوانين الجمهوريات المتحدة مع دستور وقوانين الاتحاد السوفيتي).

(١) د عبد العلول ، الرقابة النضائية السابقة على دستورية المعاهدات ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص ٤٥.

ومن الدساتير ما جعل الرقابة من اختصاص لجنة خاصة مثل دستور ألمانيا الديمقراطية لعام ١٩٤٩ الذي بين بأن يشكل المجلس الشعبي لجنة دستورية لهذا الغرض بشرط أن يراعي في تشكيلها تمثيل مختلف الجماعات في المجلس بحسب أهميتها ، وأن يكون من بين أعضائها ثلاثة من قضاة المحكمة العليا وثلاثة من ذوي الخبرة من غير أعضاء المجلس الشعبي ، على أن تكون مهمة اللت بشكل نهائي من اختصاص المجلس الشعبي

ودستور بلعاريا لعام ١٩٤٧ نص علي اختصاص السلطة التشريعية وحدها بحق البت فيما إذا كانت الشروط التي يتطلبها الدستور قد روعيت عند إصدار القانون وفيما إذا كان هذا القانون دستوريا أما دستور الصين الشعبية ، لعام ١٩٥٤ فقد نص في المادة ٢٠ منه علي اختصاص الجمعية الصينية لنواب الشعب بالرقابة علي تطبيق الدستور أي الرقابة علي دستورية القوانين

هذا ويلاحظ أن دستور بعض الدول الأفريقية التي كانت خاضعة للاستعمار الفرنسي أحدث بما نص عليه الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ في هذا المقام وذلك بعد حصولها علي الاستقلال . حيث اتجهت إلى إيجاد مجلس دستوري يتولى الرقابة علي دستورية القوانين قبل إصدارها ، مع التباين بينها من حيث تسمية ذلك المجلس ، ومن هذه الدساتير دستور أفريقيا الوسطى لسنة ١٩٥٩ (م٣٤) ، دستور جمهورية مالي لسنة ١٩٥٩ (مجلس دولة) المادة ٤٣ ، دستور جمهورية مدغشقر لسنة ١٩٥٩ (المجلس الأعلى للنظمة بالرقابة) المادة ٩٤ ودستور جيبوتي لسنة ١٩٩٢ . ومع ملاحظة أن دستور جيبوتي اختلف عن الدساتير الأخرى التي أخذت بالرقابة السياسية من حيث تركيبة المجلس ومن حيث الاختصاص فمن حيث تركيبة المجلس يلاحظ أن المجلس يتألف من ستة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الوطني والمجلس الأعلى للتصا حيث يختص كل واحد منهم باختيار اثنين من أعضاء المجلس . هذا واشترط الدستور أن يتم اختيار أعضاء المجلس بصفة أساسية من ضمن المشتغلين بالقانون وذوي الخبرة (م٧٦) أما من حيث الاختصاص فقد نصت المادة الثمانون منه علي حواز عرضصوص القانون التي تتعلق بالحقوق الأساسية المقررة لكل شخص سوجب الدستور علي المجلس الدستوري بصفة استثنائية بمناسبة دعوي متطورة أمام إحدى المحاكم وكذلك أجاز لأي طرف في دعوي قضائية أن يدفع بعدم الدستورية أمام أية محكمة . وسبقي في هذه الحالة للمحكمة أن توقف الفصل في الدعوي وأن تحيل الأمر إلى محكمة التقص وتملك محكمة التقص

سهلة شهر لرخص الدفع إذا لم يكن له سند جاد ، أو على العكس أن تحيل الأمر إلى المجلس الدستوري للبت فيه خلال شهر . ويتم وقف تطبيق أحد النصوص إذا ثبت عدم دستورينه استناداً إلى هذه المادة ولا يجبر تطبيقه في الدعاوي القضائية .

وتأسيساً على ما تقدم يلاحظ أن هذا الدستور أخذ بالرقابة القضائية السابقة وفقاً للمادتين ٧٨ و ٧٩ منه وكذلك الرقابة القضائية اللاحقة وفقاً للمادة ٨٠ منه .

الفرع الثاني

على مستوي دول اتحاد المغرب العربي .

تأثرت دول المغرب العربي ^(١) بالمنهج الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين الذي يعد في صدارة الأنظمة التي أصلت مبدأ الرقابة السياسية بواسطة المجالس الدستورية ، وأخذت بهذا النوع من الرقابة وأنشأت مجالس دستورية أنشأت بيا مهام الرقابة على دستورية القوانين وفق شروط وإجراءات محددة ^(٢) فجعلت هذه الرقابة من اختصاص هيئة سياسية لا قضائية ، بل وسارت في نفس النهج الذي سار عليه الدستور الفرنسي الصادر في سنة ١٩٥٨ وأحدث في تشكيلها للمجلس الدستوري بما يتماثل إلى حد كبير وتنظيم المجلس الدستوري الفرنسي.

ففي المملكة المغربية شُهدت الرقابة على دستورية القوانين في ظل الدساتير الأولى (١٩٦٢ - ١٩٧٠ - ١٩٧٢) إلى جهاز سياسي قضائي تشخصه الغرفة الدستورية بالمجلس

(١) للمزيد من المعلومات بشأن الرقابة على دستورية التشريعات في دول اتحاد المغرب العربي راجع على وجه الخصوص

د رمزي الشاعري ، رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، بون دار بشر ، مرجع سابق ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٧ .

Rafau Benn Achour et Abdel Salam Lachal. Maghreb . Le contrôle de la constitutionnalité de lois. A.L.J.C., 1991, p. 637 et ss

(٢) للتفصيل حول هذه النقطة يراجع على سبيل المثال - نور الدين أنشراح، الرقابة على دستورية القوانين في المغرب ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، قانون عام، جامعة محمد الخامس، الرباط أكاد، ٢٠٠١ .

- فدوي المرباط، المجلس الدستوري والرقابة في دول المغرب العربي، المجلة المغربية للعلوم القانونية، ع ٦-٥، سنة ٢٠٠٢، ص ٤٠ وما بعدها .

- محمد ولد سيدي اب، التجربة الموريتانية في مجال الرقابة على دستورية القوانين، المحلة الحراسية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج ٣٧، العدد ٢ ، ١٩٩٩

- دوري مررة جعفر، المجلس الدستوري الجزائري بين النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مج ٢٨، ع ٢٨، ١٩٩٠

الأعلى ، وعلى أثر المراجعة الدستورية لسنة ١٩٩٢ تم استبدال تجربة العرفة الدستورية بتجربة حديثة تقوم على أساس وجود جهاز ذي طابع سياسي غير تابع لأي حياز قضائي وهو المجلس الدستوري

وفي ظل دستور ١٩٩٦ تم الاحتفاظ بنفس الالية وعُهد بالرئاسة الدستورية إلى المجلس الدستوري ، و جاء بمقتضيات حديثة ومهمة فيما يخص تشكيلته والصلاحيات التي كُلِّف بها بهدف تحقيق توازن أحسن لسر المؤسسات^(١)

أما في ظل الدستور الحالي الصادر عام ٢٠١١ فقد تم استبدال المجلس الدستوري بالمحكمة الدستورية والتي تتألف من ١٢ عضواً لفترة تسع سنوات ، ٦ يعيّنهم الملك بما في ذلك الرئيس من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى ، ٣ أعضاء ينتخبهم مجلس النواب ، ٣ أعضاء ينتخبهم مجلس المستشارين (الفصل ١٢٩) . ويتم اختيار أعضائها استناداً للفصل ١٣٠ من الدستور من بين التخصّصات القانونية ومن ذوي كفاءة قضائية أو مهنية أو إدارية ، وس المشهود لهم بالتحزّد والنزاهة.

وبموجب الفصل ١٣٢ تُسير المحكمة الدستورية على احترام سمو الدستور ، علاوة على الاختصاصات الأخرى المنوطة إليها بفصول الدستور وبأحكام القوانين التنظيمية ، بحيث نبت في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء ، ونبت بصفة الرامية في صحة ومطابقة القوانين التنظيمية ، قبل إصدار الأمر بتنفيذها ، والأنظمة الداخلية للبرلمان للدستور قبل الشروع في تطبيقها. كما نبت بصحة اختبارية في مطابقة النوايين والاتفاقيات الدولية المحالة عليها، قبل إصدار الأمر بتنفيذها أو قبل المصادقة عليها. للدستور ونبت في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان .

كما تختص أيضاً حسب سطور الفصل ١٣٣ بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيُطبق في النزاع يمسّ الحقوق والحريات التي يصنها الدستور^(٢). وينص الفصل ١٣ أنه "لا يمكن

(١) أنظر الفصول من ٧٨ إلى ٨١ من دستور ١٩٩٦

(٢) رغم أن الإرهاصات الأولية للرئاسة اللاحقة على دستورية القوانين في برسا قد بررت منذ السنوات الأولى لاجل دستور الجمهورية الخامسة خير التقييد إلا أنها لم تترى النور إلا مع التعديل الدستوري في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ من الشئ بساء المشرع الدستوري المغربي في ظل دستور ٢٠١١ بحيث أعطى للفضاء الدستوري اختصاص الت في الدفع بعدم الدستورية أثناء الدعاري التي تكون قلمة أمام إحدى

إصدار الأمر بتنفيذ مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته بموجب الفصل ١٢٢ من هذا الدستور، ولا تطبيقه، وبسبب كل مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل ١٢٣ من الدستور، لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية

وفي الجزائر إذا كانت الدساتير الأولى لم تنصن أي إشارة إلى الرقابة الدستورية، فإن دستور ١٩٨٩ نص صراحة في المادة ١٥٣ على إحداث مجلس دستوري يقوم بفحص دستورية القوانين وفي ظل الدستور الحالي تم الاحتفاظ بنفس الالية، وجاء بتعديلات مهمة تضمنت التوسيع في تشيئة المجلس وفي جهة الإخطار وكذا في الصلاحيات التي كُلف بها لتحقيق توازن أحسن لسير المؤسسات، نتيجة الأخذ بنظام التنائية المجلسية ونظام الازدواج القسائي وإنشاء مجلس الدولة كمؤسسة قضائية إدارية، علاوة على الأخذ بمفهوم القوانين العضوية.

حيث تنص المادة ١٦٣ على أن "يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسير على احترام الدستور، كما يسهر على صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية ويعلن نتائج هذه العمليات.

ويتكون المجلس، حسب المادة ١٦٤، من ٩ أعضاء مدة ولايتهم ست سنوات، ٣ أعضاء من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، وعضوين ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، وعضوين ينتخبهما مجلس الأمة، وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة. وبمقتضى المادة ١٦٥ يفصل المجلس الدستوري بالإضافة إلى الاحتصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية

ويبدي المجلس رأيه وجوباً في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان، كما يفصل المجلس في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور.

محاكم المملكة وينتج من خلال نص الفصل ١٢٢ بأن الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم، لا يمكن أن يتحقق إلا إذا توفّر شرطين أولهما: أن يكون هناك نزاع مطروح أمامها وأن يدفع أحد الأطراف بذلك، ثانيهما: أن يكون هناك مسائل باحد الحقوق والحريات الواردة بالدستور. للمزيد من المعلومات عن الرقابة اللاحقة في المملكة المغربية راجع جابر لبوع، بحث بعنوان الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في ضوء دستور المملكة لسنة ٢٠١١، والمتاح على الموقع الإلكتروني

<http://www.marocdroit.com>

وبسبب المادة ١٦٨ إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية فلا يتم التصديق عليها وإذا ارتأى أن نصاً تمييزياً أو تنظيمياً عبر دستوري يفقد هذا النص انفره ابتداءً من يوم قرار المجلس (المادة ١٦٩)

وعلى نهج نظرائه المعاربة أحد الدستور الموريتاني الحالي بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين عن طريق المجلس الدستوري^(١) والذي يتكون حسب المادة ٨١ منه ، من ٦ أعضاء فترة ابتدائهم ٩ سنوات يعين رئيس الجمهورية ٣ أعضاء من بينهم رئيس المجلس ، ويعين رئيس الجمعية الوطنية عسوين ، ويعين رئيس مجلس الشيوخ عسواً واحداً .

ويسهر المجلس على صحة انتخابات رئيس الجمهورية، ويظهر في العلوي ويعلق نتائج الاقتراع (المادة ٨٣). ويبت في حالة نزاع متعلق بصحة انتخاب النواب والشيوخ (المادة ٨٤) ويسهر على صحة عمليات الاستفتاء ويعلن نتائجها (المادة ٨٥) ويبت وجوباً في دستورية القوانين النظامية، قبل إصدارها، والنظم الداخلية للغرفتين البرلمانيتين ، قبل تنفيذها، وبصفة احتبارية في مدي تطابق أي قانون قبل إصداره مع الدستور (المادة ٨٦). ولا يصدر أو ينفذ أي حكم أقر المجلس الدستوري عدم دستوريته ، وتتمتع قرارات المجلس بسلطة الشيء المقضي به ، ولا يُقبل الطعن في قرارات المجلس وهي ملزمة للسلطات العمومية وجميع السلطات الإدارية والقضائية (المادة ٨٧)

(١) تعتبر الرقابة الدستورية بواسطة هيئة سياسية في موريتانيا نتاجاً لتحررة الدستورية الفرنسية ، وقد فندتها موريتانيا في هذا الإتجاه من دون أن تهتم بالمسار التاريخي والتأريخات التي جعلت فرنسا تختار هذا الشكل من أشكال رقابة دستورية القوانين وقد دفع فرنسا إلى الأخذ بهذه الصورة من صير الرقابة ، التفسير الذي ساد النسخة الفرنسية في فهم نظرية الفصل بين السلطات كذلك اعتبار البرلمان هو المعبر عن سيادة الأمة وأن العلوي هو التعبير عن هذه الإرادة هذا الأمران حالاً بين فرنسا وبين الأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين.

المبحث الثاني

الأساليب المباشرة في تحريك الدعوي الدستورية في بعض النظم الدستورية التي تأخذ من حيث المبدأ بنظام الرقابة اللاحقة.

تمهيد وتقسيم :-

اتحدت بعض الأنظمة القانونية لمحاولة الاستفاد من مزايا الرقابة السياسية والرقابة القضائية - بالرغم من اعتمادها لنظام الرقابة القضائية اللاحقة علي دستورية القوانين - إلي تطبيق نظام الرقابة السابقة علي دستورية القوانين ، عن طريق ذات هيئة الرقابة القضائية التي تتولى أعمال الرقابة اللاحقة علي أن هذه الأنظمة قد جعلت من الرقابة اللاحقة أساساً في التطبيق ووسعت من سبل إعمالها ، وجعلت بالمقابل من نظام الرقابة السابقة استثناءً لا يخل بالقاعدة العامة. بل إن بعض الأنظمة قد جعلت من الرقابة السابقة استثناءً وحيداً يتعلق بقانون يعينه ، كالنظام المصري

لذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي :-

المطلب الأول : أساليب تحريك الدعوي الدستورية بشكل مباشر في مصر في ضوء تعديل المادة ٧٦ من دستور ١٩٧١ ، ومملكة البحرين .

المطلب الثاني : العمل بالرقابة السابقة بعد تعطيل العمل بدستور ١٩٧١ .

المطلب الثالث : أساليب تحريك الدعوي الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

أساليب تحريك الدعوي الدستورية بشكل مباشر في مصر والبحرين.

سعرض أولاً ، لاحتصاصات المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة بمقتضى تعديل المادة ٧٦ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ مقارنة بمملكة البحرين ، من خلال عرض النصوص المنظمة للرقابة السابقة في القانون المصري والبحريني ، ثم لنوابع أعمال الرقابة السابقة وذلك في فرع أول ، ثم نعرض لحجية القرار الصادر في مجال الرقابة السابقة ونقيم لاتجاه كل من المترعين المصري والبحريني وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الخطوط العريضة للمنظمة للرقابة السابقة وضوابط أعمالها في مصر والبحرين .

سنقتصر دراستنا لنموذج الرقابة السابقة في رحاب رقابة قضائية علي نظامين تشريعيين عربيين لدولتين من دول المشرق العربي وهما النظام المصري والنظام البحريني، وسعرض لهما في عجاله نقتصر فقط على الخطوط العريضة للنظامين دون الحوض في التفاصيل التي قد لا تتناسب مع عرض دراستنا لنظام الرقابة السياسية السابقة ويشير في البداية الى أننا لا نتحدث بصدد هذين النظامين عن رقابة سياسية سابقة علي دستورية القوانين ، بل نتحدث عن رقابة قضائية سابقة.

أولاً - النصوص المنظمة للرقابة السابقة في مصر والبحرين .

فيما يتعلق بالقانون المصري ، نصت الفقرة الأخيرة من المادة (٧٦) من دستور ١٩٧١ بعد تعديلها ، وموافقة المواطنين عليها في الاستفتاء الذي اجري يوم ٢٥ مايو سنة ٢٠٠٥ على أن "يعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون السخلم للانتخابات الرئاسية علي المحكمة الدستورية العليا بعد اقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره لتقرير مدى مطابقتها للدستور" (١).

(١) كانت هذه المادة ايضاً محل تعديل اخر في عام ٢٠٠٧ بمقتضى تحبيب القنود المنروضة علي الشرسح لرئاسة الجمهورية ولم يعدل اي من الاحكام محل المعالجة. فقد تم تعديل الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة ، واصبح نصها كما يلي. "ولكل حزب من الأحزاب السياسية انقي مصى علي تأسيسها خمسة اشوام متصلة علي الأقل قبل اعلان فتح باب الشرسح ، واستمرت طوال هذه المدة في ممارسة نشاطها مع حصول اعضاءها في اخر انتخابات علي نسبة (٢٣%) علي الأقل من مجموع مقاعد المنحسين في مجلسي الشعب والشورى ؛ او سا يساوي ذلك في أحد المجلسين ، ان يرشح لرئاسة الجمهورية أحد اعضاء هيئته العليا وفقاً لنظامه الأساسي متى حصلت علي عسويته في هذه سنة متصلة علي الأقل

واستثناء من حكم الفقرة السابقة ، يجوز لكل حزب من الأحزاب السياسية الشرسح اليها ، انقي حصل اعضاءه بالانتخاب علي مقعد علي الأقل في اي من المجلسين في اخر انتخابات ان يرشح في اي

وفيما يتعلق بالقانون البحريني تنص المادة (١٧) من المرسوم بقانون رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٢ بإنشاء المحكمة الدستورية على أن " للملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها ، لتقرير مدى مطابقتها للدستور".

ويشير هذا النص في كل من النظامين المصري والبحريني إلى أخذهما بنظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين ، بجانب نظام الرقابة اللاحقة الذي يعد الأصل ، وهذا الاتجاه له ما يبرره من الناحية القانونية ، إذ يجعل لحيات بعيدا حق إحالة مشروع النص للمحكمة الدستورية للوقوف على مدى مطابقته للدستور ، وهي طريقة مثلى تعرض بعض القوانين الحساسة - التي تتعلق بالأمور الهامة جداً في الدولة على المحكمة - قبل التطبيق - تقييداً للطعون - بعد نفاذها - التي قد تؤدي إلى الحكم بعدم دستوريته ، فيؤدي ذلك بدوره إلى عدم الاستقرار القانوني وترتيب آثار عملية قد تؤدي إلى قلقه النظام السياسي في الدولة ككل وقد يكون هذا التبرير هو الدافع الحواري للمشرع الدستوري المصري إلى تبني نظام الرقابة السابقة بصدد قانون انتخاب رئيس الجمهورية.

على أن يجب أن يشير إلى فارق هام جداً بين النظامين المصري والبحريني : فالنظام المصري تبني الرقابة السابقة بصدد قانون انتخابات رئيس الجمهورية فقط ، على عكس النظام البحريني الذي تبني الرقابة السابقة بوجه عام إلى جانب الرقابة اللاحقة ، وجعل للملك سلطة تقديرية في إحالة مشروع أي قانون إلى المحكمة الدستورية قبل إصداره. وذلك لأن الرقابة القضائية تفرص - قانوناً - أوصاعاً وإجراءات شكلية ودعوي وتحضيرها ، والفصل فيها ، وهو ما لا يتوافر بصدد نظام الرقابة السابقة ، مما يعني أن الدستور قصد في مادته (٧٦) تقرير استثناء على الأصل العام ، وبالتالي لا يحور القياس عليه ولا التوسع في تفسيره (١). ولنا أن

انتخابات رياضية تجري خلال عشر سنوات اعتباراً من أول مايو ٢٠٠٧ ، أحد أعضاء هيئته العليا وفقاً لنظامه الأساسي متى مضت على عصويته في هذه الهيئة سنة متصلة على الأقل".

(١) عرض مشروع قانون انتخاب رئيس الجمهورية والذي حمل بعد ذلك القانون رقم (١٧٤) لسنة ٢٠٠٥ ، بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره على المحكمة الدستورية العليا طبقاً للمادة (٧٦) من الدستور المعدلة التي أدخلت عليه تعديلات كثيرة وقد تضمنت المحكمة بعدم دستورية النص الذي يقضي بعدم مشروعية قيام مرشحي الرئاسة بالدعاية المدفوعة في وسائل الإعلام المرئية والمسموعة (م ٢٢ من المشروع) ورات عدم وجود داع لهذا النص في ظل تحديد سقف مالي للدعاية الانتخابية ، وقررت المحكمة تعديل أحد الفصول من المادة الخامسة من المشروع والذي يقضي بأنه في حالة وجود مانع لأي رئيس للجنة العليا يحل محله رئيس الاستئناف ورات أن يحل محله من يليه في المحكمة الدستورية وعملت المحكمة المادة (٥٩) من المشروع بحدود العرامة المالية للمرشح الذي يثبت تقيده

تساءل عن إمكانية إثارة منازعة دستورية بخصوص قانون الانتخابات الرئاسية في مصر بعد تطبيقه ، خاصة وأن المشرع الدستوري لم يصع أي قيد أمام قبني هذا الحل عند تعديله للمادة (٧٦) ، فكل ما اشترطه هو ضرورة عرض مشروع القانون المنظم لانتخابات الرئاسة علي المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل الإصدار .

بداية نقول إن هذا الحل جد مستبعد من الناحية العملية ، لوضوح الإرادة الصريحة للمشرع الدستوري في عرض المشروع على المحكمة الدستورية لتقول كلمتها في مدي دستوريته ، بقصد إغلاق الباب أمام أي منازعة في دستورية القانون بعد إصداره ، وذلك لحظورة الحكم بعدم دستورية هذا القانون بعد تطبيقه إذ يعني ذلك أن انتخاب الرئيس قد تم بالاستناد إلي قانون غير دستوري ، وبالتالي ضرورة إجراء انتخابات جديدة ، وهي مسألة في عالية الخطورة تؤدي إلى عدم الاستقرار الدستوري والقانوني في الدولة ، ولذا أراد المشرع الدستوري أن تجري الانتخابات الرئاسية منذ البداية علي أساس دستوري صحيح تأمياً للمراكز القانونية التي تترتب على انتخابات رئاسة الجمهورية.

علي أن هذا التحليل لا يحول دون إمكانية تبني الجانب الآخر للمسألة ، إذ يمكن القول بأن المشرع الدستوري أراد الاستيثاق من دستورية القانون المنظم لانتخابات الرئاسة قبل تطبيقه نظراً لأهميته ، دون أن يحول بين المحكمة الدستورية العليا وبين إجراء رقابتها القضائية اللاحقة علي القانون أو أحد بنوده إذا ما اتصلت بمنازعة دستورية متعلقة به طبقاً للأوضاع القانونية السليمة ، خصوصاً وأن نص المادة (٧٦) من الدستور لا يحول دون هذا الحل ، ولا ينظر - من ثم - إلى نظام الرقابة السابقة إلا إنه يهدف إلي ضمان أكثر قدر من الاستقرار القانوني دون أن يهدر نظام الرقابة اللاحقة.

وهذا الحل الأخير هو الذي تبناه القانون الحريني ، الذي أجاز الرقابة السابقة دون أن يحول بين المحكمة الدستورية وبين إجراء رقابتها اللاحقة علي النصوص التي تخضع لرقابتها طبقاً للدستور في حال اتصالها بالمنازعة الدستورية طبقاً للأوضاع القانونية الصحيحة. "فكل من الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة تعمل في مجال خاص بها ، لا تتطني فيه علي مجال

أموالاً أجنبية والإكتفاء بعقوبة الحبس وذلك لعدم دستورية العقوبة المالية وغيرها من التعديلات التي أدخلتها المحكمة علي المشروع قبل إصداره معلومات مستفاه من موقع

http://www.egypti.com/itop417_items.asp

الأخرى ، ولا يمنع لجوء الملك إلى الرقابة السابقة من لحوء الأفراد إلى الرقابة اللاحقة عند توافر شروطها ، خاصة وأن الرقابة السابقة متصورة على القوانين دون اللوائح بما فيها المراسيم بقوانين^(١). فيمكن إعمال النوعين من الرقابة دون إهدار أو مساس بالحجية المطلقة التي يتمتع بها أحكام المحكمة الدستورية. ذلك أنه مما لا شك فيه أن إجازة الرقابة اللاحقة لذات النصوص التي خضعت للرقابة السابقة قد يثير التساؤل حول مساسها بقرارات الرقابة السابقة ، وهي مطلقة وملزمة لكافة سلطات الدولة

ثانياً - ضوابط تحريك الرقابة السابقة في النظامين المصري والبحريني .

انضبط القانونان المصري والبحريني تحريك الرقابة عن طريق رئيس الدولة فقط فلا يمكن تحريكها من قبل أي جهة أخرى وإلا كان اتصال المحكمة الدستورية بالمسألة مخالفاً للدستور. علي أن مسألة الإحالة تبقى جواريه للملك في القانون البحريني^(٢). أما في التشريع المصري ، فالإحالة إجبارية وليس لرئيس الجمهورية تدبير في ذلك .

على أن كلا من القانونين المصري والبحريني لم يحدد مدة للإحالة ، فهذا حاضع للسلطة التقديرية لرئيس الدولة. ولذا نرى ضرورة تحديد المدة التي يلتزم الرئيس خلالها بإحالة مشروع القانون إلى المحكمة الدستورية وإن كان تطلب هذه المدة غير ذي جنوى في القانون المصري ، وذلك لصدور القانون الذي تطلب الدستور عرضه علي المحكمة الدستورية ، ولا يجوز استخدام هذه المكنة من قبل الرئيس بصدد أي مشروع آخر ، لأن الأمر تعلق باستثناء دستوري وحيد حاص بقانون انتخاب رئيس الجمهورية. وفي كل الأحوال ، يترتب على إحالة القانون من قبل الرئيس إلى المحكمة الدستورية في كل من القانونين المصري والبحريني وقف مدة إصدار القانون حتى تفحص المحكمة مدى مطابقة المشروع المعروض للدستور .

ومن صواب إعمال الرقابة السابقة في كل من القانونين أيضاً أنها لا تمتد إلى اللوائح . بل تقتصر فقط على القوانين ، فاللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية - أي كان نوعها - تنظيمية أو تنفيذية تستبعد في مجال إعمال الرقابة السابقة التي تنحصر في القوانين بطراً لطبيعتها ، لأن

(١) د. رمزي أنشاع: رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر ، نون دار نشر ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٢٢

(٢) تنص المادة (١٧) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية البحرينية الصادر في عام ٢٠٠٢ علي أن "للملك أن يحيل الي المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها ، لتقرير مدى مطابقتها للدستور"

مظنة مخالفة هذه القوانين للدستور تكون قائمة ، ولا تخضع لرقابة القاضي العادي ، ولذلك فإنها تخضع للرقابة الدستورية السابقة ، أما اللوائح فلا تعدو أن تكون أعمالاً إدارية ، تخضع لرقابة القاضي للنظر في مشروعيتها. ولذلك ، فإن عدم إخضاعها للرقابة السابقة لا يثير مشكلة كبيرة من الناحية العملية (١).

ومن الضوابط كذلك ، أن سلطة الإحالة لا يفرض عليها الالتزام بدات الشروط المتطلبة في الفرص الذي يحال فيه النص المشكوك في دستوريته من محكمة الموضوع ، فلا يلتزم رئيس الجمهورية ولا الملك بأن يُستَـرَـا في قرار الإحالة إلى النص الدستوري المدعي بمخالفته ، ولا إلى النصوص المخالفة للدستور وأوجه عدم دستوريّتها ، بل إن الضوابط الدستورية لانعقاد الولاية للمحكمة تكون متوفرة بمجرد إحالة المشروع إليها للتأكد من مدى احترامه للدستور ككل لكي تُعمل المحكمة رقابتها على سائر نصوص المشروع. فالإحالة هنا تأتي تأكيداً لمبدأ احترام الدستور ، وهو ما لا يمكن إعماله عند الإحالة من قاضي الموضوع ، فإحالة كل نصوص القانون في هذه الحالة الأخيرة فيه تعميم وتجهيل لأوجه المخالفة الدستورية ، وهو ما يبطل الإحالة التي تتطلب لصحتها ضرورة تحديد النصوص التشريعية المخالفة للدستور والنصوص الدستورية المدعي مخالفتها وأوجه هذه المخالفة ، حتى لا يفسر الدفع على أنه تعطيل للعدالة ، ومظنة التعطيل هذه لا يمكن إنارتها بصدد الإحالة من الرئيس أو الملك ، لأن الأمر يتعلق بمجرد مشروع قانون ، كما أنه لا يمكن أن يدعي بأن أعلى سلطة في البلاد تهدد إلى تعديل إصدار النص مثلاً ، لأنه يملك من الأصل حق الاعتراض عليه من الناحية الدستورية.

(١) ففي الدول ذات النظام الرقابي المزدوج والتي يوحد بها قضاء إداري . فإنها (أي اللائحة) تراقب عن طريق القضاء الإداري لتأكد من مدى احترامها لضوابط المشروعية، بل لضوابط الدستورية كما هو الوضع في القانون الرسمي ، حيث يراقب مجلس الدولة مدى احترام اللوائح للنصوص الدستورية.

الفرع الثاني

حجية الحكم الصادر في مجال الرقابة السابقة على تعديل المادة ٧٦ من الدستور المصري
وتقييم اتجاه المشرعين البحريني والمصري.

نتناول في هذه النقطة حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية ، وتقييم مسلك
المشرعين المصري والبحريني وذلك على النحو التالي
أولاً - حجية الحكم الصادر في مجال الرقابة السابقة.

تبني نظام الرقابة السابقة بثير مشكلة الحجية القانونية للأحكام الصادرة من هيئة الرقابة:
هل يكون للحكم حجية مطلقة على غرار الحكم الصادر في حالة الرقابة اللاحقة؟ ومصدر هذا
التساؤل يكمن في طبيعة الرقابة السابقة ذاتها ، إذ لا تتوفر لها ذات القواعد والإجراءات
والصماتات التي تتوفر لنظام الرقابة اللاحقة ، ومن أهمها - بالطبع - نظام الدعوي الدستورية
وتحصيلها وقواعد نظرها وإصدار الحكم فيها ، فكل هذا لا يوجد في حالة الرقابة السابقة

وهذا الاختلاف لا يمنع القول بأن حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر والمحكمة
الدستورية في البحرين له - حال الرقابة السابقة - حجية مطلقة تعرض على سائر سلطات الدولة
والأفراد على أن قواعد أعمال هذه الحجة تختلف عن حالة الحكم الصادر في الرقابة اللاحقة ،
فيما الحكم الأخير يطبق ككل ويكون حجة علي الكافة ، لأن القانون لا يعرض ككل على
المحكمة ، بل الذي يعرض عليها هو نصوص محددة أشير اليها في دستورها. ولذلك فالحجية
تكون هنا للنص الذي قضي بدستورينه أو بعدم دستوريته ، أما حال أحيل مشروع قانون إلى
المحكمة فإن الأمر يختلف حسب صيغ القرار الصادر من المحكمة

١- حالة عدم دستورية كل نصوص القانون الخاضع للرقابة .

في هذه الحالة لا يجوز للرئيس أو الملك أن يصدر القانون الذي رأت المحكمة
الدستورية عدم دستوريته برسمه. وذلك لحجية أحكامها وقراراتها المطلقة علي كافة المؤسسات
بما فيها مؤسسة الرئاسة: فعلى الرئيس أو الملك أن يعيد إرسال المشروع إلى البرلمان مرفقاً به
تقرير المحكمة الدستورية لكي تتلاني هذه الأخيرة أوجه عدم الدستورية التي أثارته
المحكمة.(١).

(١) والبرلمان في هذه الحالة بين خيارين ، فهو بين أن يعيد مناقشة المشروع أو انحيوت عليه أحدا في
الاعتبار ملاحظات المحكمة الدستورية ، أو أن يصرف النظر عن مشروع القانون ككل إذا لم يقتنع بما

٢ - حالة عدم دستورية بعض نصوص القانون الخاضع للرقابة.

هذا وحيث نرى المحكمة الدستورية عدم دستورية بعض النصوص أو بعض الأجزاء فقط في مشروع القانون ، وأمكن فصل هذه الأجزاء عن بقية نصوص المشروع بمعنى أن المشروع يقوم قانوناً دونها ، فيجوز للرئيس أو الملك إصدار الجزء غير المخالف للدستور ، ويحبل النصوص المقتضية بعدم دستورتها إلى البرلمان مرفقاً به تقرير المحكمة الدستورية. ويجوز للرئيس أو الملك ألا يصدر القانون ككل ، ويرسله إلى البرلمان ليعيد سنه في ضوء ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية ، لكي يعيد مشروعاً آخر يأخذ بعين الاعتبار أوجه عدم الدستورية التي أثارها المحكمة بشأن مشروع القانون^(١).

ويثار أخيراً قاعدة دستورية بديهيّة تتعلق بإصدار القانون من قبل الرئيس أو الملك وهي أن حكم المحكمة الدستورية بدستورية المشروع المرفوع إليها لا يحول بين الرئيس أو الملك وبين أن يستخدم حقه الدستوري في الاعتراض على القانون وعدم إصداره وإعادته إلى البرلمان مرة أخرى

وفي حالة استمرار البرلمان على القانون كما صوت عليه وعدم تبنيه لملاحظات الرئاسة عليه ، فيجب عليه التصويت على المشروع المرسل من قبل الرئيس بأغلبية الثلثين ، ويرسله إلى الرئيس أو الملك لإصداره ، ويجب على ذلك الأخير إصداره في هذا النرض بالرغم من اعتراضاته ، فلا تعارض بين إحالة مشروع القانون إلى المحكمة الدستورية لتقرير مدى دستوريته ، وبين أن يستخدم الرئيس أو الملك حقه الدستوري في الاعتراض على مشروعات القوانين المرسلة إليه من قبل البرلمان لإصدارها

رأته المحكمة الدستورية ، ولا يمكنه من ثم إحالتها وإذا ما أرسل المشروع إلى البرلمان مرفقاً به تقرير المحكمة الدستورية وأعيد مرة أخرى إلى مؤسسة الرئاسة بعد تفعيل ملاحظات المحكمة ، فلا يوجد ما يحول بين الرئيس أو الملك وبين أن يرسل للمشروع للمرة الثانية إلى المحكمة الدستورية قبل إصداره لكي تنظر مدى دستوريته بعد عزمه مرة أخرى على البرلمان ويرتبط بهذا الفرص الحالة التي تروى فيها المحكمة الدستورية مخالفة جزء من القانون فتتطوّل للدستور وكان من غير الممكن فصل ذلك الجزء عن بقية القانون ، وذلك لابتداء موضوع القانون على ذلك الجزء المقتضي بعدم دستوريته ، فيما لا يجوز للرئيس أو الملك أن يصدر الجزء غير المخالف للدستور ، وذلك لأن القانون لا يقوم من الناحية الدستورية دون إصداره كاملاً

^(١) علي أن إصدار الرئيس أو الملك للجزء من المشروع غير المخالف للدستور لا يحول بين البرلمان وبين أن يتناول في مشروع لاحق كل جوانب الموضوع محل التشريع بما فيها تلك التي أصدرها الرئيس أو الملك ، وذلك لأن للبرلمان الاختصاص الأصلي بالتشريع وله أن يتناول أي موضوع بالتشريع حتى تلك التي سبق تناولها بما يتضمنه ذلك من تعديلها أو إلغاؤها

ثانيا - تقييم اتجاه المشرعين المصري والبحريني .

لم يلق اتجاه المشرع البحريني في تنفي الرقابة السابقة إلي جانب الرقابة اللاحقة نقداً من جانب الفقه ، بل يري ذلك الفقه أن الجمع بين الطريقتين فيه استخلاص لمزايا كل منهما ، وترك للعيوب التي نواجهها عند الأحد بأحد النظامين منفرداً ، كما أن اعتماد نظام الرقابة السابقة لم يعلق الطريق أمام مجلسي الشورى والنواب ، وكذلك الأفراد ، لممارسة حقهم في الدلس بعدم الدستورية أو بالدفع أمام محكمة الموضوع بالنسبة لذوي الشأن من الأفراد ، أو حتى حق محكمة الموضوع في الإحالة من تلقاء نفسها. ومن هنا ينظر الي تنفي النوعين من الرقابة على أنه توسيع لمجال اتصال المحكمة الدستورية بالممارسة الدستورية بما يعكس ديمقراطية النظام الدستوري في الدولة ، ويهدف إلي سلوك العديد من السبل للحيلولة دون حدوث اعتداء على الوثيقة الدستورية (١).

أما في القانون المصري ، فإن تنفي نظام الرقابة السابقة إلي جانب الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين يقتصر على قانون واحد فقط ، هو قانون الانتخابات الرئاسية ، والذي كان محلاً لدفاع البعض وانتقاداً للبعض الآخر ، فقد ذهب بعض الفقهاء إلي أن إحالة مشروع قانون الرئاسة إلي المحكمة الدستورية قبل إصداره هو أمر جيد بسبب الآثار الجسيمة التي قد تنتج في حالة ما إذا قضت المحكمة بعدم دستوريته بعد فترة من التطبيق وخصوصاً من حيث عدم الاستقرار السياسي والدستوري والقانوني. ويرى هذا الحائث أن إقرار الرقابة بشأن هذا القانون لا يمثل أي عدوان على المحكمة الدستورية العليا ، لأن لفظ الرقابة على دستورية القوانين الوارد فيما يتعلق بتفليم اختصاص المحكمة هو لفظ عام يسمح بقول مبدأ الرقابة اللاحقة والرقابة السابقة في ذات الوقت (١).

بالمقابل ، يري البعض الآخر أن تنفي نظام الرقابة السابقة في هذا القرض فيه عدوان على المحكمة الدستورية العليا التي تتولى رقابة قضائية لاحقة لا سابقة ، وفيه أيضاً إعطاء اختصاص إلى المحكمة ليس من بين اختصاصاتها الذي هو حق أصيل للمحكمة وصار عليه العمل فترة طويلة وأصبح من الأعراف الدستورية وتغييره إلي الرقابة السابقة لا يتناسب مع الدور والغرض الذي أسست من أجله المحكمة الدستورية ، وسوف يؤدي إلي اضطرابات وخلل

(١) د. طه رمزي الشاعر رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٤ ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ وما بعدها

(٢) د محمد عبدالنظيف جريدة الأسبوع ، العدد الصادر ، بتاريخ ١٢ يونيو ٢٠٠٥

في المنظومة القضائية وازدواج في الاختصاص وخاصة أن هذا الدور يقوم به مجلس الدولة ولن يحول دون الرقابة اللاحقة للمحكمة الدستورية على القوانين وهو استثنائي في نصوص قبل إصدارها ، ويرى هذا الحائز أخيراً أن السرعة والعجلة في إعداد القوانين دون تسريها أو عرضها على أهل التخصص والعلم وخاصة قسم " الفتوى والتشريع " بمجلس الدولة يفقدها الشرعية ويجعلها غرضة للطعن نظراً لانتهاكها على الكثير من العوار الدستوري لأن من يقصدون إلى التشريع ليسوا مؤهلين . و أن منح المحكمة الدستورية هذا الاختصاص فيه تعد على قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الذي يحتص بمراجعة التشريعات (١).

ومن جانبنا فإننا نرى أن منح هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا لا يستدعي أوجه الانتقاد السابق الإشارة إليها: فمن جانب ، فإن تبني نظام الرقابة السابقة بشأن قانون الانتخابات الرئاسية أمر مبرر بسبب حدوث هذه القوانين ، والأثار السلبية الخطيرة التي قد تنتج عن الحكم بعدم دستورية قانون تم انتخاب رئيس الدولة بالاستناد إليه. كما أن تبني نظام الرقابة السابقة ليس فيه من جانب آخر - أي عدوان على المحكمة الدستورية العليا ، وذلك لأن الدستور هو الذي أنشأها وحدد اختصاصاتها ، وهو الذي يستطيع أن يعدل أو يضيف إلي هذه الاختصاصات اختصاصات لاحقة أو سابقة في مجال الرقابة ، وإلا فلو حار القول بعبر ذلك لحاز الحديث عن نصوص في الدستور غير دستورية ونصوص أخرى دستورية وهذا ما لا يمكن القول به. فالدستور هو الذي أنشأ وحدد الاختصاصات وهو الذي يعدل و يبعد تحديد هذه الاختصاصات. فكل النصوص الدستورية لها ذات المرئنة ولا تدرج بينها حتى نقول إن إضافة اختصاص بالرقابة السابقة فيه عدوان على المحكمة الدستورية العليا

ولا يمثل هذا من باب أولي عدواناً على مجلس الدولة ، لأن الحكم جاء في الدستور نفسه. كما أن عرض القانون على المحكمة الدستورية لتقرير سدي دستوريته لا يتعارض مع عرصه على قسم التشريع بمجلس الدولة لمراجعة صياغته ، فكلتا المهنتين مختلفتان تماماً ولا تتناقصان. أضف إلى ذلك من ناحية أخيرة - أن الأمر يتعلق باستثناء وحيد خاص بقانون الانتخابات الرئاسية ، ولا يمثل من ثم عدواناً أو خطورة على المحكمة الدستورية العليا واختصاصاتها كما ذهب إلى ذلك البعض من الفقه.

(١) د شوقي السيد ، مقال منشور بحريسة الدستور في عددها الصادر بتاريخ ٢٦ / ٨ / ٢٠١٢ ، بعنوان خبراء : يجب ألا تكون رقابة الدستورية سابقة على القوانين .

المطلب الثاني

اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة بعد تعطيل العمل بدستور عام ١٩٧١ .
مما لا شك فيه أن حداثة التكريس الدستوري للرقابة السابقة على الدستورية ، وكذلك محدودية مجالها حتى في ظل دستور ٢٠١٢ ، يفسر بدرجة ممارستها . فقد تعلقّت قراراتها - قبل صدور دستور ٢٠١٢ بقوانين تنظيم الانتخابات الرئاسية ، حيث يرجع أول قرار - في هذا المجال - إلى ٢٦ من يونيو ٢٠٠٥ ، وكان متعلقاً بقانون الانتخابات الرئاسية ، وإعمالاً للمادة (٧٦) من الدستور بعد تعديلها بموجب الاستفتاء الذي جرى في ٢٠٠٥ . ثم مورست الرقابة السابقة أيضاً - بخصوص مشروع المرسوم بقانون بتعديل أحكام القانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٥ ، بتنظيم الانتخابات الرئاسية ، وكان ذلك بموجب قرارها بتاريخ ١٧ من يناير ٢٠١٢

أما عقب صدور دستور ٢٠١٢ ، فقد أتيحت للمحكمة الدستورية العليا الفرصة لممارسة رقابتها مرة واحدة - وذلك بمناسبة عرض مشروع قانون تعديل قانوني البرلمان والحقوق السياسية ، وكان ذلك بموجب قرارها الصادر في ١٧ من فبراير ٢٠١٣ .

ويتمثل دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة السابقة علي دستورية التشريعات في الفترة اللاحقة علي تعطيل العمل بدستور ١٩٧١ وحتى اخر عام ٢٠١٢ وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين على النحو التالي.

الفرع الأول

الرقابة السابقة علي إعداد مشروع الدستور في الإعلان الدستوري الصادر عام ٢٠١٢ .
في السابع عشر من يوبيه عام ٢٠١٢ أصدر المجلس الأعلى للتوات المسلحة إعلاناً
نستوريا بتعديل الإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس عام ٢٠١١ بإضافة ذقرة ثالثة للمادة
٣٠ والمواد ٥٣ مكرر و٥٣ مكرر ٢ و ٥٦ مكرر و ٦٠ مكرر و ٦٠ مكرر^(١) .

وقد أضافت المادة ٦٠ مكرر ١ اختصاصاً حديداً للمحكمة الدستورية العليا هو
اختصاصها بالرقابة السابقة على إعداد مشروع الدستور - والمعروف بالإعلان الدستوري
المكمل - حيث ورد بالنص المذكور (إذا رأي رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الأعلى
للقوات المسلحة أو رئيس مجلس الوزراء أو المجلس الأعلى للبيات القضائية أو خمس عدد
أعضاء الجمعية التأسيسية أن مشروع الدستور يتضمن نصاً أو أكثر يتعارض مع أهداف الثورة
ومبادئها الأساسية التي تتحقق بها المصالح العليا للبلاد، أو مع ما تواتر من مبادئ في الدساتير
المصرية السابقة، فلاي منهم أن يطلب من الجمعية التأسيسية إعادة النظر في هذه النصوص
خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً، فإذا أصرت الجمعية علي رأيها، كان لأي منهم عرض
الأمر على المحكمة الدستورية العليا، وتصدر المحكمة قرارها خلال سبعة أيام من تاريخ
عرض الأمر عليها.

ويكون القرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا ملزماً للكافة، ويُبشر القرار بغير
مصرفات في الحريدة الرسمية خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

وفي جميع الأحوال يُوقف الميعاد المحدد لعرض مشروع الدستور علي الشعب لاستفتاءه
في سنته والمنصوص عليه في المادة ٦٠ من هذا الإعلان الدستوري حتى الانتهاء من إعداد
مشروع الدستور في صياغته النهائية وفقاً لأحكام هذه المادة.

وفد تم إصدار هذا الإعلان الدستوري عقب ظهور نتيجة المرحلة الأولى من انتخابات
رئاسة الجمهورية والتي أظيرت تنوق مرشح جماعة الإخوان المسلمين، كما سبق أن حصد

(١) الجريدة الرسمية العدد ٢٤ مكرر الصادر في ٢٧ رجب سنة ١٤٣٣ الموافق ١٧ يونيو سنة ٢٠١٢
السنة الخامسة والحمدون.

حرب الخربة والعدالة نسبة كبيرة من مفاهيم مجلسي الشعب والشورى في انتخابات عام ٢٠١١. وأرى أن الدافع وراء إصدار هذا الإعلان الدستوري هو حالة اعدام الثقة المتبادل بين جماعة الإخوان المسلمين والنقوي السياسية الأخرى والتي أصبحت قلقة للغاية من تصور جماعة الإخوان المسلمين حول مبدأ المواطنة بين المسلمين والاقباط ، و عن وضع المرأة في المجتمع ، وكذلك مدى التزام جماعة الإخوان المسلمين بمبدأ الفصل بين السلطات.

وبتير النص المذكور فكرة المبادئ العليا عبر المكتوبة، حيث يرى الفقيه الفرنسي "دوجي" Duguit أن هناك قواعد ملزمة وُجدت قبل وجود الدولة ويجب أن تخضع لها كافة تشريعاتها بما فيها الدستور لأنها تنمو على الدستور، والتي ترجع لفكرة القانون الطبيعي أو نظرية الحقوق الفردية التي تقوم على أن الفرد يولد وله حقوق فرنسية سابقة علي وجود الجماعة، كما يثير النص السابق فكرة التدرج بينصوص الدستور، وهذا التدرج يعكس الاختلاف في القيم التي تعبر عنها النصوص والمبادئ الدستورية دون أن يخل ذلك بفكرة وحدة الدستور، حيث تعبر بعض النصوص والمبادئ الدستورية عن قيم هامة وعظيمة بحيث تبلغ أهميتها إلى وجوب احترامها ولو لم ينص عليها الدستور صراحة، ولذلك قد تواترت كافة المساتير على الأخذ بهذه المبادئ (١).

وبتين من النص السابق أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة علي إعداد مشروع الدستور قد حدد الإعلان الدستوري من حيث السلطات المختصة بتحريك الرقابة، والنصوص القانونية الخاضعة لهذه الرقابة ، والمرجع في الرقابة السابقة علي إعداد مشروع الدستور. وسعرض الأحكام التي نصحتها المادة ٦١ مكرراً من الإعلان الدستوري علي النحو التالي:

أولاً . السلطات المختصة بتحريك الرقابة السابقة على إعداد مشروع الدستور

ثانياً . النصوص القانونية الخاصة بالرقابة السابقة

ثالثاً : اثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية

(١) د . هادي حميدي الشكرابي ، حدود سلطة الدولة والنظريات التي فسرت أساس خضوعها للقانون ، بحث منشور علي الموقع الإلكتروني :

<http://www.uobabylon.edu.iq/uobColleges/lecture.aspx?fid=7&lcid=24308>

أولاً - السلطات المختصة بتحريك الرقابة السابقة علي إعداد مشروع الدستور.

حدد الإعلان الدستوري الصادر في السابع عشر من يونيو عام ٢٠١٢ السلطات المختصة بتحريك اختصاص المحكمة الدستورية بأنها رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة ورئيس مجلس الوزراء والمجلس الأعلى للهيئات القضائية وخمس عدد أعضاء الجمعية التأسيسية

واختصاص رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الأعلى للقوات المسلحة ورئيس مجلس الوزراء بتحريك اختصاص المحكمة الدستورية في هذه الحالة له ما يبرره لما يصطاح به كل منهم من اختصاصات وسلطات، فالأول هو رئيس الدولة ومن أهم مهامه العمل على تطبيق مبدأ سمو الدستور والسهر على تأكيد سيادة القانون، ومراعاة الحدود بين السلطات لضمان تأدية دورها في العمل الوطني، والثاني قد تولى إدارة شئون البلاد منذ انتهاء ولاية الرئيس السابق وقد تحمست في بده كافة سلطات الدولة حتى انتخاب الرئيس الجديد، وكذلك يتولى الثالث إدارة الدولة فعلياً، فيتعين أن تتوافر لكل من هذه الوسائل التي يحافظ بها علي المبادئ العامة التي رددتها الدساتير المصرية السابقة

وقد اعطى النص المذكور المجلس الأعلى للهيئات القضائية الحق في تحريك رقابة المحكمة الدستورية نظراً لما يتمتع به أعضاؤه من خبرة قانونية طويلة ؛ ولأن الرقابة الدستورية هي في الأصل عملية قانونية، وكنت أتسى أن يُعطى أساتذة القانون الدستوري هذا الحق ، أما عن حق خمس عدد أعضاء الجمعية التأسيسية في تحريك اختصاص المحكمة الدستورية فيرجح ذلك لسبع سيطرة أحد التيارات على عملية إعداد الدستور وفرص مبادئها التي قد تتناهى مع المبادئ العامة للقانون أو تعبر هوية الدولة بإعطاء هذا الحق للأقلية في الجمعية التأسيسية يمنع الخلاف بين أعضائها، ويوفر لهم حجة محايدة تفصل فيما يقع بينهم من اختلاف في الرأي، خاصة والمحكمة الدستورية هي أقدس الهيئات على فيم نصوص الدستور ومبادئها وقد عملت على الحفاظ علي مبدأ سمو الدستور منذ إنشائها

ثانياً - النصوص القانونية الخاضعة للرقابة السابقة.

استحدث النص المذكور حكماً جديداً هو احتصاص المحكمة الدستورية بالرقابة علي نصوص الدستور ذاته قبل عرضها علي الشعب لاستفتاءه عليها، وهذا يخالف ما جري عليه عمل المحكمة الدستورية منذ إنشائها من الرقابة على دستورية القوانين واللوائح فقط، وأري أن هذا التغيير له ما يبرره حيث سيطرت الأحزاب ذات المرجعية الدينية علي الجمعية التأسيسية للدستور وكثير منهم قليل الخبرة فقد بصر علي وضع نصوص في الدستور لا يعرف مداها وتأثيرها علي المجتمع.

وعملية احتصاص الحجة الفانسة بالرقابة علي الدستورية بالرقابة علي مشروع الدستور يتفق مع اتجاه بعض الدول التي تُخصص التعديلات الدستورية لرقابة القضاء الدستوري، ويرجع ذلك الي أن دساتير الدول المذكورة لا تتساوي فيها مرتبة نصوص الدستور، أو تضع قيوداً أو ضوابط إجرائية علي سلطة تعديل الدستور تهدف إلي منع تعديل بعض النصوص الدستورية - نظراً لأهمية هذه النصوص من وجهة نظر المشرع الدستوري - أو تعطيل تعديل الدستور خلال فترة زمنية معينة أو في ظل ظروف معينة، وعند إحالة هذه التشريعات للقاضي الدستوري يكون دوره هو بحث مدى التزام سلطة التعديل بالضوابط المنصوص عليها بالدستور. ومن أمثلة النظم القانونية التي تضع قيوداً علي سلطة تعديل الدستور بلجيكا وأسبانيا وألمانيا^(١) وكذلك قد حظر الدستور المصري الصادر عام ١٩٢٣ اقتراح تعديل الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي البرلماني، وببظام وراثه العرش وبمبادئ الحرية والمساواة، إلا أن ما يميز القاعدة التي وضعها الإعلان الدستوري الصادر في السابع عشر من يوبيه عام ٢٠١٢ هو أنه وضع قيوداً علي الجمعية التأسيسية التي تضع الدستور ابتداءً، وليس علي سلطة تعديل الدستور.

(١) تنص المادة ٨٤ من الدستور البلجيكي الصادر في ٧ فبراير ١٨٣١، المعدلة في ١٣ يوليو ١٩٨٤، بأنه في خلال فترة "الوصاية على ملك فاضر"، لا يمكن تعديل النصوص الدستورية المنظمة لسلطات الملك الدستورية، كما لا يمكن تعديل نصوص المواد من ٦٠ الي ٦٤ والمواد من ٨٠ إلى ٨٥ من الدستور. كما تنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من الدستور الألماني علي "يحظر كل تعديل لهذا القانون الأساسي" الدستور "إذا كان من شأنه أن يمس بالنظام الفيدرالي أو بالملكي، التي ينص عليها الدستور في المادة الأولى والمادة ٢٠، كما تنص المادة ١٦٩ من دستور الأساتي عام ١٩٧٨ علي أنه لا يمكن الشروع في تعديل الدستور في أوقات الحرب، أو في حالة تواجد ظروف من الظروف المنصوص عليها في المادة ١١٦ من هذا الدستور.

وقد حدد الإعلان الدستوري التواعد التي تعد مرجعاً لرقابة المحكمة الدستورية بأنها أهداف الثورة ومبادئها الأساسية التي تتحقق بها المصالح العليا للبلاد، أو ما تواتر من مبادئ في الدساتير المصرية السابقة، وتعني الحماية الدستورية للمبادئ المذكورة أن تتضمن الوثيقة الدستورية الحق أو الحرية المذكورة، ومن جهة أخرى توفير نظام فعال للرقابة على دستورية القوانين بما يكفل رد الاعتداء على المبادئ التي يتضمنها الدستور والتزام المنرع العادي بحدوده الدستورية

ثالثاً - أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية.

يترتب علي إحالة النص الدستوري محل الخلاف للمحكمة الدستورية العليا وقف الميعاد المحدد لعرض مشروع الدستور علي الشعب لاستفتاءه في شأنه، والمنصوص عليه في المادة ٦٠ من هذا الإعلان الدستوري^(١) حتى الانتهاء من إعداد مشروع الدستور في صياغته النهائية.

وقد حدد الإعلان الدستوري المهلة التي يتعين أن تصدر المحكمة رأيها فيها وهي سبعة أيام من تاريخ عرض الأمر عليها، وهي مدة مناسبة لعدم تعطيل مشروع الدستور كما أنها كافية لكي تنتهي المحكمة الدستورية لرأي في الموضوع

وقد نص الإعلان الدستوري على أن القرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا في هذه الحالة ملزم للكانة، وهذا يتفق مع ما نص عليه الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا، من تقرير الحجة المطلقة للأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا. ويتم نشر القرار الصادر من المحكمة الدستورية في الحريدة الرسمية خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

إلا أن هذا الإعلان الدستوري لم يعمل به، وتم إلغاؤه بموجب قرار رئيس الجمهورية الصادر في ١٢ أغسطس ٢٠١٢^(٢).

(١) نصت المادة ٦٠ من الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠ (بمجمع الأعضاء غير النعبيين لأول مجلسي شعب وشوري في اجتماع مشترك، بدعوه من المجلس الأعلى للفرات المسجلة، خلال ستة أشهر من انتخابهم، لانتخاب جمعية تأسيسية من مائة عضو، تتولي إعداد مشروع دستور جديد للبلاد في موعد غايته ستة أشهر من تاريخ تشكيلها، ويعرض المشروع، خلال خمسة عشر يوماً من إعداده، على الشعب لاستفتاءه في شأنه، ويعمل نألدستور من تاريخ اعلان موافقة الشعب عليه في الاستفتاء).

(٢) اصدر رئيس جمهورية مصر العربية قراراً في ١٢ أغسطس ٢٠١٢ م تضمن ثلاث مواد المادة الأولى العاء الاعلان الدستوري المكمل الصادر في ١٧ يونيو ٢٠١٢ م

الفرع الثاني

الرقابة السابقة علي دستورية القوانين في ظل دستور ٢٠١٢.

تم وضع الدستور المصري عام ٢٠١٢ بناء على نتيجة الاستفتاء الذي أجري في يومي ١٥، ٢٢ ديسمبر عام ٢٠١٢ وقد تضمنت المادة ١٧٧ من الدستور صورة أخرى من صور الرقابة السابقة علي دستورية القوانين، حيث ورد بالنص المذكور (يعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية وللاقتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور. وتصدر قرارها في هذا الشأن خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها، وإلا عُدَّ عدم إصدارها للقرار إحالة للنصوص المتترحة. فإذا قررت المحكمة عدم مطابقة نص أو أكثر لأحكام الدستور وجب إعمال مَنصِّي قرارها. ولا تخضع القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى للرقابة اللاحقة المنصوص عليها في المادة ١٧٥ من الدستور.) ويلاحظ أن هذا النص قد احتفظ بالرقابة السابقة علي دستورية قانون انتخاب رئيس الجمهورية، والمنصوص عليه بدستور ١٩٧١ بعد تعديله عام ٢٠٠٥ ومد نطاق الرقابة السابقة لمشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية وللاقتخابات التشريعية والمحلية، ولا شك أن المرجع في الرقابة علي دستورية هذه القوانين هو الدستور الجديد الصادر عام ٢٠١٢، وسع عرض لاختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة السابقة علي دستورية القوانين المنصوص عليه بدستور عام ٢٠١٢ علي النحو التالي.

أولاً - القواعد القانونية الخاصة بالرقابة السابقة

ثانياً- إجراءات الرقابة السابقة علي دستورية القوانين في دستور عام ٢٠١٢.

ثالثاً - أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية

المادة الثانية استبدال "نصر" المادة ٢٥ بفرقة ٢ من الإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١ بالنص الآتي : "ويشتر فور توليه مهام منصبه كامل الاختصاصات المنصوص عليها بالمادة ٥٦ من هذا الإعلان".

المادة الثالثة اذا قام مانع يحول دون استكمال الجمعية التأسيسية لعملها شكل رئيس الجمهورية خلال ١٥ يوما جمعية تأسيسية جديدة تمثل اطياف المجتمع المصري بعد استشارة مع القوي الوطنية لإعداد مشروع الدستور الجديد خلال ٣ اشهر من تاريخ تشكيلها'

أولاً - القواعد القانونية الخاضعة للرقابة السابقة.

حدد الدستور القواعد الخاضعة للرقابة الدستورية السابقة بأنها القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية وللاستشارات الرئاسية والتشريعية والمحلية، ويعتبر تطبيق الرقابة السابقة على دستورية هذه القوانين - أيما كان الباعث عليها - خطوة للأمام حيث إنها تحقق غاية دستورية هي استقرار المراكز القانونية.

ويرجع السبب في اتجاه الجمعية التأسيسية للدستور في إجراء هذا التعديل في طريقة اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوي الدستورية إلى النتائج التي تترتب على الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بتاريخ ٢٠١٢/٦/١٤ بعدم دستورية بعض مواد قانون مباشرة الحقوق السياسية، والتي تم إجراء انتخابات مجلس الشعب على أساسها وما ترتب على ذلك من حل مجلس الشعب، وترجع وقائع هذه القضية إلى أنه بتاريخ ٢٠ فبراير عام ٢٠١٢ قضت دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا بإحالة ملف الطعن رقم ٦٤١٤ لسنة ٥٨ قضائية للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المستدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠١١، لما تضمنته من عدم قصر الانتخاب الفردي على المرشحين المستقلين غير المتسمين لأي حزب من الأحزاب السياسية بما ترتب عليه من مزاحمة مرشحي الأحزاب للمستقلين في المقاعد المحصصة لهم ٠٠٠ وقد جاء بأسباب الحكم المذكور (بعض النصوص المتعلقة بكيفية تكوين مجلس الشعب لم تلتزم فيما تضمنته بمبدئي المساواة وتكافؤ الفرص وخرجت عليهما حين فرصت أولوية وأفضلية للأحزاب ومرشحين من عدة وجوه منها أنها جعلت انتخاب ثلثي الأعضاء بنظام القوائم الحزبية، وثلث الآخر بنظام الانتخاب الفردي رغم أن الشرعية الدستورية تستوجب أن تكون القسمة بالسوية ٠٠٠ وأضافت أن المرسوم بقانون رقم ١٠٨ لسنة ٢٠١١ أقر بتعديل بعض أحكام قانون مجلس الشعب حيث تضمن أن يكون انتخاب نصف الأعضاء بنظام الانتخاب الفردي والنصف الآخر بنظام القوائم الحزبية غير أن هذه القسمة قد تم العدول عنها إلى الثلثين للأحزاب والثلث فقط للمستقلين بما جعل النصوص الحالية منوبة بعدم الشرعية الدستورية لأنها فرصت فرصتين لمرشحي الأحزاب مقابل فرصة واحدة للمستقلين وغير متكافئة عليهم.

وبتاريخ ٢٠١٢/٦/١٤ قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المستبدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠١١ ، وبعدم دستورية ما تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون المستبدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ٢٠١١ من إطلاق الحق في التقدم بطلب الترشح لعضوية مجلس الشعب في الدوائر المخصصة للأحزاب للانتخاب بالنظام الفردي للمنتخبين للأحزاب السياسية إلى جانب المستقلين غير المنتمين لتلك الأحزاب. وبعدم دستورية المادة التاسعة مكرر (أ) من القانون المشار إليه المصافة بالمرسوم بقانون رقم ١٠٨ لسنة ٢٠١١ فيما نصت عليه من تعيين الكشف النهائي لأسماء المرشحين بالنظام الفردي يبين الحزب الذي ينتمي إليه المرشح وبعدم دستورية نص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠١١ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠١١ وبسقوط المادة الثانية منه. وقد ورد بحجيات الحكم المذكور (١٠٠٠) وحيث إنه متى كان ذلك، وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناء علىصوص ثبت عدم دستورتها، فليؤدي ذلك ولازمه - على ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن تكوين المجلس بكامله يكون باطلاً منذ انتخابه، بما يترتب عليه روال وحوادث بقوة القانون اعتباراً من التاريخ المشار إليه، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء آخر كإلغاء الحكم بعدم دستورية التصوص المتقدمة، وإنفاذاً لمقتضى الإلزام والحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعوي الدستورية في مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة وسلطاتها المختلفة طبقاً لصريح نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٩، إلا أن ذلك لا يؤدي إلى إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة، وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية. بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى صحيحة وبإذرة، وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو بقضى بعدم دستورتها بحكم من المحكمة الدستورية العليا إن كان لذلك نمة وجه آخر غير ما سبق عليه هذا الحكم. (١)

(١) الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق دستورية بجلعة ١٤ من يونيو عام ٢٠١٢ والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٢٤ (أ) في ٢٠١٢/٦/١٤

وقد ترتب على هذا الحكم الصادر ببطال تشكيل مجلس الشعب هجوم حاد علي المحكمة الدستورية حتى وصل الأمر إلي المطالبة بإلغائها كما تم محاصرة المحكمة الدستورية بمعرفة بعض أنصار تيار الإسلام السياسي ومعها من أداء عمليا بعد أن وجه ليا رئيس الجمهورية اتهامات علنية بإنشاء أسرار المداولات، وحيث إن معظم أعضاء مجلس الشعب في المجلس المسحل بناء على الحكم المذكور ينتمون لتيار الإسلام السياسي، وكذلك غالبية أعضاء الجمعية التأسيسية؛ فقد عمدوا لتحجيم دور المحكمة الدستورية في الرقابة علي دستورية القوانين بتطبيق نظام الرقابة السابقة علي دستورية القوانين المتعلقة بالانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية وتقليل عدد أعضاء المحكمة الدستورية بقمص استبعاد بعضهم.

إلا أنه وأيا كان العرض من هذا التعديل، فتطبيق الرقابة السابقة علي دستورية القوانين المذكورة أكثر تحقيقاً للأمن القانوني من ترك الأمر للمحكمة الدستورية لتحديد النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية في نطاق الرقابة اللاحقة، كما يقي من المشكلات الناتجة عن القضاء بعدم دستورية هذه الطائفة من القوانين وما يثيره من خلاف حول تحديد آثار الحكم الصادر بعدم دستوريته. وكان يمكن تجنب هذه المشاكل بتطبيق الرقابة السابقة علي دستورية القانون المنظم لانتخابات مجلس الشعب خاصة وقد كان عدم دستورية النص المذكور ظاهراً وكانت المحكمة الدستورية ستقتضي بذلك دون حاجة لتطبيقه.^(١)

(١) وقد سبق الحكم المذكور صدور عدة أحكام من المحكمة الدستورية بعدم دستورية نصوص في قانون مباشرة الحقوق السياسية وترتب عليه بطلان تشكيل مجلس الشعب ومثال ذلك قضاء المحكمة الدستورية في القضية رقم ١١ لسنة ١٣ ق- دستورية - ٨ - يولييه ٢٠٠٠ في الطعن بعدم دستورية الفقرات الثانية والرابعة والخامسة من المادة ٢٤ والمادة ٣٤ والفقرة الثالثة من المادة ٣٥ من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية معنلاً بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٩٠ مع ما يترتب على ذلك من آثار منها الحكم بطلان انتخابات مجلس الشعب التي أحررت بناء على النصوص القانونية المطعون بعدم دستورتها، وبطلان تشكيل مجلس الشعب من تاريخ انتخابه. وقد قضت المحكمة بعدم دستورية بعض الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية - قبل تعديله بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ - فيما تضمنه من حوار تعيين رؤساء المجالس الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية. إلا أن المحكمة قد قضت صراحة بعدم تأثير القضاء بطلان انتخابات مجلس الشعب على ما صدر عن مجلس الشعب من قوانين حيث ورد بالحكم المذكور ٠٠٠ في الأصل - على ما حري به قضاء هذه المحكمة - أن إجراء انتخابات مجلس الشعب بناء على نص تشريعي قصي بعدم دستوريته، يؤدي إلى بطلان تكوينه منذ انتخابه، إلا أن هذا البطلان لا يترتب عليه البتة إسقاط ما أقره ذلك المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة على تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات ذاتة علي أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى نافذة ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يقضي بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم يصدر من هذه المحكمة إن كان لذلك وجه آخر غير ما بُني عليه هذا الحكم

ويبتدئ جانب من الفقه موقف المحكمة السابق بشأن انتخابات مجلس الشعب ويرى أنصار هذا الاتجاه أن المحكمة طبقت الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية ولم تطبق كل آثاره، فكان يتعين عليها أن تقضي صراحة ببطالان جميع القوانين والقرارات الصادرة من مجلس الشعب بتشكيله الباطل ويرى أنصار هذا الاتجاه أن هذا الشق من الحكم سياسي وليس قضائي^(١).

وكذلك بري جانب كبير من الفقه أن ما ورد بنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا من ترك الحرية للمحكمة الدستورية في تحديد الآثار التي تترتب على الحكم بعدم الدستورية مخالف للدستور. حيث أن المادة ١٧٨ من دستور عام ١٩٧١ - قد خولت المشرع العادي تحديد أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية ومقتضي هذا النص أن المشرع العادي عليه وحده تنظيم الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية فلا يجوز أن يفوض في ذلك غيره؛ وذلك عملاً بالقاعدة أنه لا تفويض في التفويض^(٢).

وأرى أن الرقابة السابقة على دستورية القوانين يمكن تطبيقها على الكثير من التشريعات التي تنسم بالأهمية مثل سائر القوانين الأساسية وذلك بعرضها على المحكمة الدستورية قبل إصدارها نخباً للنتائج الخطيرة التي تترتب على القضاء بعدم دستورتها ولأنها تنظم ذات الموضوعات التي ينظمها الدستور مثل قانون السلطة القضائية وقانون المحكمة الدستورية العليا بدلاً من تركها للسلطة التشريعية لتتخذها وسيلة للعبث باستقلال السلطة القضائية.

وينصح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية قد انتهت إلى وقف الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية سراعاً للاستقرار وعدم حدوث هزات في المجتمع وعدم أحداث فراغ تشريعي، وقد حرصت المحكمة على الرد على طلب المدعين الحكم ببطالان جميع ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من إجراءات بأن فصلت المحكمة في هذه المسألة وقضت بصحة القوانين والقرارات والإجراءات السابقة على القضاء بعدم الدستورية ما لم يتقرر عدم دستورتها لسبب آخر على الرغم من أن اختصاص المحكمة يقتصر على القضاء في موضوع الدعوى بعدم دستورية النص أو برفض الدعوى - إلا أن المحكمة حرصت على تبرير صحة ما صدر عن المجلس من أعمال في الفترة السابقة لصنور الحكم ببطالان انتخاب أعضائه للحفاظ على الاستقرار

(١) د. أحمد مواني - حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨

ص ٥١

(٢) د. أحمد مواني - المرجع السابق ص ٦١

ثانياً - إجراءات الرقابة السابقة علي دستورية القوانين في دستور عام ٢٠١٢.

حدد المشرع الدستوري الجهات المختصة بحريك اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة السابقة علي دستورية القوانين بإبها رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب، وواضح من نص المادة ١٧٧ من الدستور أنها رقابة وجوبية فيتعين علي أي من المذكورين إحالة مشروع القانون المتعلق بمباشرة الحقوق السياسية أو المنظم لانتخابات رئاسة الجمهورية أو لانتخابات التشريعية والمحلية للمحكمة الدستورية للبت في مدى مطابقتها للدستور، وتكون إحالة القوانين المذكورة عب مناقشتها بمجلس النواب والموافقة عليها وقل إصدارها

وقد حدد المشرع الدستوري للمحكمة الدستورية العليا مهلة للبت في دستورية القانون المعروف عليها هي خمسة وأربعون يوماً تبدأ من تاريخ عرض مشروع القانون عليها، وإلا أعتبر ذلك موافقة منيا علي مشروع القانون، أي يسقط حق المحكمة في إبداء رأيا في مدى دستورية القانون بعد مرور هذه المدة، وفي ذلك يختلف حكم الدستور المصري عن الكول التي سبقتها في اتباع نظام الرقابة السابقة علي دستورية التشريعات مثل فرنسا ودول المغرب العربي حيث إن المستقر عليه في هذه الدول أن المدة المحددة للمجلس الدستوري لإبداء رأيه في دستورية القوانين مدة تنظيمية، تهدف إلى حت المجلس الدستوري علي سرعة إبداء رأيه في مسروعات القوانين المعروضة عليه؛ وبالتالي قد يتجاوز المجلس الدستوري هذه المدة دون أن يسقط حقه في الفصل في مدى دستورية القانون، أما في مصر فتعتبر هذه مدة سقوط نفاذها يعتبر التشريع دستورياً، وهذا يويد ما ذكرناه من أن الهدف من التعديل هو تقليص دور المحكمة الدستورية

وأري أنه يجب علي المحكمة الدستورية العليا الانترام بذات الصواب التي سبق أن حذنتها حال مباشرتها للرقابة السابقة علي دستورية قانون انتخابات رئاسة الجمهورية فيخرج عن اختصاص ما يلي

١- مراجعة الصياغة القانونية للمشروع.

٢- النظر في أي تناقض بين بصوص المشروع بعضها البعض أو تعارضها مع أية نصوص قانونية أخرى، ما لم يرق هذا التناقض الي مصاف المخالفات الدستورية.

٣- تقرير مدي ملائمة بعض الأحكام التي حواها المشروع، باعتبار أن ذلك الأمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.^(١)

حكم المحكمة الدستورية العليا بخصوص مجلس الشورى.

بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا ببطالان النصوص القانونية التي تم علي أساسها انتخاب مجلس النواب، توقع الكثير من الفقه القانوني صدور حكم من نفس المحكمة يقضي ببطالان النصوص القانونية التي تم علي أساسها انتخاب مجلس الشورى ٢٠١٢ نظراً لتشابه هذه النصوص

وهذا ما تم فعلاً قامت دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا بإحالة هذه الدعوي للفصل في دستورية المادتين (٢) فقرة أولى، (٨) فقرة أولى من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن مجلس الشورى وتعديلاته، وقضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها بالاتي^(٢).
أولاً. عدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (٢) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ لسنة ٢٠١١.

ثانياً. عدم دستورية ما تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة (٨) من القانون ذاته، المستبدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١١. من إطلاق الحق في التقدم بطلب الترشح لعصوية مجلس الشورى في الدوائر المحصنة للانتخابات بالنظام الفردي للمتمتعين بالأحزاب السياسية إلي جانب المستقلين غير المتمتعين لتلك الأحزاب.

ثالثاً. عدم دستورية المادة (٢٤) من القانون ذاته، المستبدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١١، فيما نصت عليه من أن يسري على مجلس الشورى أحكام المادة التاسعة مكرراً (أ) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس النواب.

رابعاً. تحديد موعد انعقاد مجلس النواب الجديد تاريخاً لإعمال أثر هذا الحكم وفقاً لنص المادة (٢٣٠) من الدستور

(١) د. حسين عثمان، القانون الدستوري للجمهورية الثانية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ٢٠١٢. ص ٢٨٢. وراجع في ذلك أيضاً القرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا بتاريخ السادس عشر من مايو سنة ٢٠١٢م والمشور بموجب المحكمة الدستورية العليا علي شبكة الإنترنت
(٢) راجع حكم الدستورية العليا في الدعوى رقم ١١٢ لسنة ٣٠ قضاية "دستورية" الصادر في ٢٠١٣ (الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر الصادر في ٣ يويه سنة ٢٠١٣)

ولما كانت نص الأسباب التي ذهبت إليها المحكمة في هذا الحكم هي نفسها التي ذهبت إليها في حكمها السابق في الدعوي رقم ٢٠ لسنة ٢٤ قضائية دستورية الحاصة بعدم دستورية بنصوص انتخاب مجلس النواب، لذلك رأينا عدم التعرض لهذا الحكم لتساويه مع حكم مجلس النواب.

وإن كان هذا الحكم محل نقض بسبب ما جاء فيه من حل مجلس الثوري مع استمراره في التشريع لحين انتخاب مجلس النواب ، فكيف لمجلس تم انتخابه بنصوص معينة تم الحكم بعدم دستوريته ورغم ذلك يسند إليه أمر التشريع لفترة مؤقتة ، بل كان يجب أن يكون الحكم بالحل باتاً وقاطعاً مثلما حدث في الحكم الخاص بعدم دستورية النصوص التي تم انتخاب مجلس النواب علي أساسها .

ومن الجدير بالذكر أنه قد صدر القرار بحل مجلس الثوري^(١) بعد شهر واحد تقريباً من صدور الحكم ببطال قانون انتخابه، عقب أداء رئيس الجمهورية المؤقت اليمين الدستوري^(٢) بعد عزل الرئيس السابق بمزحج البيان الصادر عن المجلس الأعلى للقوات المسلحة

المشاكل التي أثارها حكم المحكمة الدستورية العليا.

تنفيذاً للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا رقم ٢٠ لسنة ٢٤ قضائية دستورية أصدر المجلس الأعلى للقوات المسلحة القرار رقم ٣٥٠ لسنة ٢٠١٢ باعتبار مجلس النواب منحلّاً اعتباراً من ١٥ يونيو ٢٠١٢^(٣).

وترتب علي حكم المحكمة الدستورية العليا والقرار الصادر تنفيذاً له، أن السلطة التشريعية عادت إلى المجلس الأعلى للقوات المسلحة.

(١) راجع قرار رئيس الجمهورية المؤقت بحل مجلس الثوري (الحريدة الرسمية، العدد ٢٧ مكرر في ٦ يوليو سنة ٢٠١٢)

(٢) راجع نص البيان الصادر عن المجلس الأعلى للقوات المسلحة بعزل الرئيس السابق وتولي رئيس المحكمة الدستورية العليا إدارة شؤون البلاد لفترة انتقالية وتعديل مواد الدستور (الحريدة الرسمية، العدد ٢٦ مكرر (ج) الصادر في ٣ يوليو سنة ٢٠١٢)

(٣) أصدر المجلس الأعلى للقوات المسلحة قراره بحل البرلمان في ٢٠١٢/٦/١٥ أي قبل حولة الإعادة في الانتخابات الرئاسية التي كان محدد لها يومي ٢٠١٢/٦/١٦، ١٧

وعُتِب أداء رئيس الجمهورية للقسم أمام الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا^(١) بأيام قليلة^(٢) أصدر القرار الجمهوري رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ سحب قرار المجلس الأعلى للقوات المسلحة باعتبار مجلس النواب محللاً، مع دعوة المجلس لعقد جلساته وممارسة اختصاصاته^(٣). المنصوص عليها في الإعلان الدستوري الصادر في ٣٠ مارس ٢٠١١^(٤) بل وقرر إحالة الحكم الدستوري بحل مجلس النواب إلى محكمة النقض للنظر فيه وللغسل في صحة عضوية أعضائه طبقاً لنص المادة (٢٠) من الإعلان الدستوري

وفي هذا الشأن قررت محكمة النقض - وبإجماع آراء جميع رؤساء الدوائر بها عدم اختصاصها بنظر الطلب الوارد إليها من مجلس النواب حول كيفية بحث تطبيق حكم المحكمة الدستورية العليا^(٥)

وإن كان هناك من الفقه من يري^(٦) أن هذا القرار وبمقتضى الشريعة يصطدم بقواعد قانونية ثابتة وراسخة^(٧). فالقرار الصادر من المجلس الأعلى للقوات المسلحة كرئيس للجمهورية يتعبد حكم المحكمة الدستورية يطابق القانون نصاً وروحاً وهي الحجة الملزمة

(١) راجع بحث المادة (٣٠) مرة ثالثة من الإعلان الدستوري الصادر في ١٧ يوبيه سنة ٢٠١٢ (الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ مكرر) في ١٧ يوبيه سنة ٢٠١٢).

(٢) عقب أداء الرئيس محمد مرسى-اليمين أمام المحكمة الدستورية العليا وإعلانه أن يحترم المحكمة الدستورية وأحكامها والقضاء وأحكامه ومؤسساته جميعاً اتجه إلى جامعة القاهرة ليؤدي اليمين للمرة الثانية ويقول "إن المؤسسات المنتخبة ستعود لأداء دورها" في إشارة مستترة لعودة مجلس النواب المنحل بحكم المحكمة الدستورية العليا راجع بحث التكمش في جريدة الأهرام، عدد أول يوليه ٢٠١٢ ص: ٧ للخطاب أمام المحكمة الدستورية العليا، وص: ٧ للكلمة التي ألقاها في جامعة القاهرة

(٣) ومن الجدير بالذكر أن المادة الثالثة من القرار الجمهوري رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ نصت بإجراء انتخابات مبكرة لمجلس النواب خلال سبب يوماً من تاريخ موافقة الشعب على الدستور الجديد والانتهاه من قانون مجلس النواب

(٤) الجريدة الرسمية العدد (١٢) مكرر (ب) الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١١.

(٥) راجع د فتحي فكري مرجع سبق، ص ٢٧ حيث سكر سوابقه "وكانت محكمة النقض تعني في العبارة السابقة أن النزاع في جوهره يتعلق بالمعارضة في حكم دستوري يندخل في اختصاص القضي التي أصدره أما فيما يخص أحالة رئيس مجلس النواب لفحص العضوية، فيتعلق أن صحة العضوية تبني اختيار مرشح لا تتوافر فيه الضوابط التي قررها القانون أو بالمخالفة للإجراءات التي حددها المشرع لسير العملية الانتخابية، وبالتالي لفحص صحة العضوية، بطوي على صلاط مننى ألا وهو صحة القانون الذي شكل المجلس على أسسه وبقيت القوانين لم يعد هناك هيئة برلمانية لنقض صحة عضويته

(٦) د فتحي فكري. جوار الزنداد عن الشرعية الدستورية إلى الشرعية الثورية، بحث منشور في مجلة الدستورية العدد (٢٢) السنة العاشرة أكتوبر، سنة ٢٠١٢ ص ٢٧

(٧) المحكمة الإدارية العليا، ١٩٩٥/٢/٢٥، المجموعة د، السنة ٤٠، الجزء الأول، ص ١٦٥٩ ولها أيضاً حكم في ٢٠٠٣/١/١١، المجموعة ٤، السنة ٤٠، ص ٢٠٣.

تنفيذه^(١) فالقرار محل السحب بمثابة عمل تنفيذي، لكونه لا يعزف جديداً للنظام القانوني، علي خلاف القرارات الإدارية بالمعني الدقيق والتي لابد وأن يتمخض عنها تعديل أو تثبيت في المراكز القانونية القائمة.

وكان هذا المسلك من رئيس الجمهورية السابق بعد وبحق سقطة كبري أثارت غضب الأوساط السياسية والقانونية عليه ، فكيف يتم دعوة مجلس النواب للانعقاد بعد حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النصوص التي تم انتخابه علي أساسها ، وهو الذي أدري اليمين أمامها وأعلن عقب أدائه لليمين أنه يحترم المحكمة الدستورية وأحكامها والقضاء وأحكامه ومؤسساته جميعاً .

حكم المحكمة الدستورية العليا بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم ١١ لسنة ٢٠١٢م. لرد الأمور إلى نصابها الصحيح طمس على قرار عودة البرلمان المنحل أمام المحكمة الدستورية العليا والتي انتهت فيه إلى وقف تنفيذ واعتباره معدوماً ومحدد عقبة في سبيل تنفيذ حكمها بحل البرلمان^(٢)

ثالثاً - أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية.

تتميز الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية بالأهمية البالغة بالنظر لما يترتب عليها من حماية سداً للشرعية الدستورية، والواضح من نص المادة ١٧٨ من الدستور ان للقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية بأشأت الدستورية أو علي العكس نفياً للحجية السطلفة أمام كافة سلطات الدولة فلا يحور إعادة بحث مسألة الدستورية السابق الفصل فيها مرة أخرى، حيث قد نص الدستور صراحة علي أنه إذا قررت المحكمة عدم مطابقة نص أو أكثر لأحكام الدستور وجب إعمال مقتضى قرارها، كما أوجب نشر قرار المحكمة بالجريدة الرسمية.

كما نص الدستور على عدم جواز حصوع قانون مباشرة الحقوق السياسية أو قانون انتخابات رئاسة الجمهورية أو الانتخابات التشريعية أو المحلية للرقابة اللاحقة التي تمارسها

(١) بل ان عدم اصياع رئيس المجلس الأعلى للنواب المسلحة باعذاره رئيس الجمهورية - في ذلك الوقت - للحكم كان سيوقعه تحت طائلة الغزرة الثانية للمادة (١٢٣) عقوبات والتي تعاف بالحس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم مني كان تنفيذ الحكم داخل في اختصاصه.

(٢) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوي رقم ٦ لسنة ٣: قضائية "منازعة نعت" بتاريخ ٢٠١١/٧/٨ الصادر بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية رقم ١١ لسنة ٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/٧/٨ والمنتشر بمجلة الدستورية، العدد الثاني والعشرون، السنة العاشرة، أكتوبر ٢٠١٢، ص ١٠٣ - ١٠٨

المحكمة الدستورية العليا بعد إجراء الرقابة السابقة عليها، وبذلك قد حسم الدستور الخلاف الفقهى الذي ثار في ظل الدستور السابق بالسبب لقانون انتخاب رئيس الجمهورية ومدى حواز خصومه لرقابة المحكمة الدستورية اللاحقة

إلا أن ذلك يوجب عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية مرة أخرى إذا أجري عليه البرلمان تعديلات بناء على قرار المحكمة الدستورية، وذلك حتى تتأكد المحكمة من التزام البرلمان بقرار المحكمة وأنه قد نقاذي العيوب الدستورية التي شابته النص التشريعي، وإلا سيصبح البرلمان خصماً وحكماً في ذات الوقت.

والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحصين مشروعات القوانين المعيبة من الرقابة القضائية، فقد تعتمد الأغلبية في البرلمان الائتلاف على قرار المحكمة الدستورية وإجراء تعديل على مشروع القانون لا يطهره من المخالفة الدستورية. ولذلك فالضمان الوحيد لحسن تطبيق نظام الرقابة السابقة أن يُعاد مشروع القانون للمحكمة الدستورية بعد تصحيحه بمعرفة البرلمان للتحقق من تنفيذ قرارها، وإلا لغات الغرض من الرقابة السابقة، وأرى أنه في حالة عدم تنفيذ البرلمان لقرار المحكمة الدستورية العليا، وعدم إعادة عرض مشروع القانون على المحكمة؛ فإن القانون يحضغ للرقابة اللاحقة على دستوريته بطريق الدفع الفرعي أو الإحالة من محكمة الموضوع أو التصدي، وذلك بعد صدوره وتنفيذه، حيث إن ما ورد بالدستور من عدم جوار خضوع القانون للرقابة اللاحقة شروط بالالتزام بقرار المحكمة.

وهنا يتعين علينا أن نشير للقانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٣ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب ، والقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ المتعلق بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية والذي أرسله مجلس الشورى وهو فى طور المشروع للمحكمة الدستورية العليا لتعرض رقابتها السابقة عليه قبل إصداره إعمالاً لنص المادة (٢٢٠) الواردة فى الفصل الثالث من الباب الحامس الذي يحوي الأحكام الحثاسية والانتقالية اتى تنص على أن " يتولى مجلس الشورى القائم بتشكيله الحالى سلطة التشريع كاملة من تاريخ العمل بالدستور حتى انعقاد مجلس النواب الجديد . " مما مؤداه أن مجلس الشورى أصبح الجهة الوحيدة التي تتولى سلطة التشريع كاملة خلال الفترة الانتقالية التي تقع من تاريخ العمل بالدستور وحتى انتخاب مجلس النواب الجديد ، إلا أن المحكمة أعادت المشروع لرئيس الجمهورية انذاك لإعادة

عرضه علي مجلس الشورى لتأفي ملاحظاتها في بعض مواد القانون ، فما كان من الأخير إلا أن اعد المشروع لمجلس الشورى لمراعاة ماأحد المحكمة الدستورية ، حيث رعم مجلس الشورى قيامه بضبط ما أخذته المحكمة الدستورية علي مشروع القانون فما كان من رئيس الجمهورية إلا أن قام بإصدار القانون مباشرة دون عودته للمحكمة الدستورية . إلا أنه ووفقاً لنص المادة " ١٧٧ " من دستور ٢٠١٢ قد حري علي أن يعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعاً القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية والقوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية علي المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها ، لتقرير مدى مطابقتها للدستور ، ونصدر قراره خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها ، وإلا عد عدم إصدارها إجازة للنصوص المقترحة فإذا قررت المحكمة عدم مطابقة نص أو أكثر لأحكام الدستور وجب إعمال مقتضى قرارها ولا تحصى القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى للرقابة اللاحقة المنصوص عليها في المادة ١٧٥ ولما كان شرط هذه الرقابة لا يتحقق إلا بأن تكون المحكمة الدستورية العليا هي اليد الأخيرة التي تطالع المشروع وتعتمد للإصدار قبل إصدار رئيس الجمهورية له ، فكان يتعين علي رئيس الجمهورية أن يعيد مشروع القانون سالف الإشارة إلي المحكمة الدستورية لتقوم الأخيرة بعرض رقابتها السابقة علي مشروع القانون وتقول كلمتها في شأن هل قام مجلس الشورى بما يجب أن يقوم به ارتقاء للمأخذ التي سبق وأن بينتها المحكمة الدستورية في مشروع القانون

ولذا كان من المتعين علي رئيس الجمهورية العمل علي سرعة انخال تعديل تشريعي علي القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٣ ، وصولاً إلى إعادة عرض القانون مرة أخرى علي المحكمة الدستورية العليا لتعرض صواب رقابتها الدستورية السابقة علي القانون الذي دون ذلك الإجراء محكوم عليه بعدم الدستورية مستقبلاً . وهو ما حدث بالفعل وقضى بعدم دستورية القانون المنسار إليه

المطلب الثالث

أساليب تحريك الدعوى الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية.

نجد الولايات المتحدة الأمريكية أسبق الأنظمة في تشييد صرح الرقابة على دستورية القوانين ، بيد أن نشأة هذه الرقابة في أمريكا لم يكن نتيجة نص في الدستور يقرها صراحة ، ولا ثمرة مقارنة نظرية هادنة بين مزايا الرقابة وعيوبها . وترجيح واع لهذه المرايا على تلك العيوب ، وإبما ظهرت هذه الرقابة نتيجة تصاهر عدد من الأصول النظرية والتاريخية التي لازمت المجتمع الأمريكي وصاحبت تطوره^(١) وقد قرر الفقه الدستوري أن نشأة الرقابة على دستورية القوانين في أمريكا كان نتيجة لتضاهر عدد من الأصول النظرية والسوابق التاريخية التي يمكن بلورتها في حمود الدستور الأمريكي ، والشكل الفيدرالي للدولة ، وبعض السوابق التاريخية^(٢) كما تمثل أساليب ممارسة الرقابة على دستورية القوانين في النظام الأمريكي في ثلاثة أساليب هي علي الترتيب وفقاً لتاريخ ظهورها واللجوء لاستخدامها ، وهي الدفع بعدم الدستورية ، وأسلوب الأمر القضائي ، وأسلوب الحكم التقريري^(٣) .

ويعتبر تحريك الدعوى الدستورية بطريق الدفع الفرعي هو أبرز أساليب تحريك هذه الدعوى في إطار الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين التي تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مبدؤها ومن أوائل الدول التي عملت بها^(٤) .

وفي حالة الدفع الفرعي ، يفترض في هذه الحالة أن تكون هناك دعوى منظورة أمام القضاء حثائية أو مدنية ، فيدفع أحد الأطراف بعدم دستورية القانون المطبق في تلك الدعوى . وفي هذه الحالة يكون احتمالصاص المحكمة بالتأكد من دستورية القانون قد جاء متبرعاً من الدعوى المطروحة أمامها . ولذلك يطلق على هذا النوع من الدفع (الدفع الفرعي) فإذا رأت

(١) د أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، مرجع سابق ، ص ٣٩ ، ٤٠ .

(٢) د. شعيل أحمد رمضان ، صوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين ، رسالة دكتوراه ، جامعة اسبوط ، ٢٠٠٠ ، ص ٦٣ .

(٣) د. سعد عصفور ، المعانيء الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأ المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ ، ص ٦٥ جيرود ١ . بارون ، الوخير في القانون الدستوري ، ترجمة محمد مصطفى غيم ، الجمعية المصرية لشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ١٩٩٨ ، ص ٦٣ وما بعدها ، د محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، ١٩٧٠ ص ١٣٥ وما بعدها .

(٤) للمزيد من المعلومات راجع القاضي/ رحيم حسن العكيلي الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني لحريدة الصباح الجديدة.

المحكمة أن القانون غير دستوري استتعت عن تطبيقه وفصلت في الدعوي بسا فيه صالح المدعى أو المدعى عليه

وهكذا يلاحظ أن الرقابة القضائية علي دستورية القوانين في الولايات المتحدة هي - من حيث المبدأ- قضاء امتناع مؤسس علي نظام السوابق القضائية ، الذي وفقاً له تتقيد كل محكمة بالحكم الذي تصدره ، وتتقيد به المحكمة التي في درجتها والمحكمة الأدنى منها درجة

أما بالنسبة للأسر القضائي والحكم التقريري، فيمكن اعتبارهما من تطبيقات الدعوي الدستورية الأصلية في الولايات المتحدة الأمريكية ، وهي من أبرز دول الرقابة اللاحقة ، لأنهما يقومان علي فكرة توجه صاحب الدعوي مباشرة إلي القاضي الدستوري مطالباً إياه بالحكم في دعواه علي نحو معين (١) .

ويعد أسلوب الأمر القضائي أحد أساليب الرقابة القضائية التي نشأت في ظل الدستور الأمريكي دون الاستناد إلي نص دستوري صريح يجبرها أو يعطمها بل نشأت استناداً إلي جيد القضاء الأمريكي (٢).

وتتلخص هذه الصورة بالسماح لأي شخص باللجوء إلي المحكمة أو الدلب منها أن توقف تنفيذ قانون ما ، علي أساس أنه غير دستوري وأن تنفيذه قد يلحق ضرراً به فإذا ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري ، تصدر أمراً قضائياً إلي الموظف المحنص بعدم تنفيذ القانون ، وعلى الموظف أن يلتزم بذلك وإلا تعرض للساءلة القانونية بتهمة (احتقار المحكمة) (٣).

(١) ويقترب هذا الأسلوب من أسلوب الدعوي الأصلية في أنه إجراء محوسمي ضد القانون المزمع تطبيقه ، وأيضاً في الامتناع عن تطبيق القانون الغير دستوري راجع د. عبدالعظيم عبدالسلام الرقابة علي دستورية القوانين (دراسة مقارنة) مطبعة حاد الحديثه بدميتر بدور سنة ٥٧ و ٥٨ ، وراجع ايضاً د / مسري محمد السوسي ، آثار الحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة) ٢٠٠٠ ، بدون دار نشر ، ص ١٧

(٢) د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد ، الرقابة علي دستورية القوانين (دراسة مقارنة) مرجع سابق . ص ٥٩

(٣) من التطبيقات القضائية بطريق الأسر القضائي . كبت شركة ستوكس وستوكس Stockton & Stokes قد تعافنت مع حكومة الولايات المتحدة علي نقل التريد ، وعندما حان وقت دفع الأجر علي ذلك لم ترفع إدارة الرئيس حاكمسون ان تدفع . وبدون أن أصحاب شركة (ستوكس وستوكس) كانوا خصوصاً حيايين لجاكسون وأنه كان هناك بعض أسساؤل حول قيمة خدماتهم ، وكان رأي الكونجرس ان المنعبد يجب ان يتقاضى نصيبه من المال لذلك أقر قانوناً " مصمونه ان علي مدير التريد ان يدفع للمتعهد اي مبلغ يراه مخامي إدارة التريد العامة معقولا ، وأحضر المحامي مدير التريد (غاموس

ويظراً لإساءة استخدام هذا الأسلوب أصدر الكونجرس قانوناً في سنة ١٩١٠ جعل مهمة إصدار الأمر القضائي من اختصاص محكمة اتحادية مكونة من ثلاثة قضاة ، مع جواز الطعن في قراراتها أمام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة^(١).

أما أسلوب الحكم التقريري ، فقد استخدم هذا الأسلوب ابتداء من عام ١٩١٨ ويتلخص هذا الأسلوب بأن يذهب شخص ما إلى المحكمة ويطلب سنيا إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون الذي سيطبق عليه دستورياً أم لا؟ ويحب علي الموظف المختص في هذه الحالة ألا يعصل في الموضوع المطروح أمامه حتى صدور حكم من المحكمة بذلك .

هذا ويفضل الفقه الأمريكي الأخذ بهذا الأسلوب باعتباره أكثر انسجاماً مع العاية من تخويل المحاكم اختصاص الرقابة علي دستورية القوانين ، لأنها وفقاً لهذا الأسلوب تستطيع أن تعلن رأياً في دستورية قانون ما من عدمه دون اللجوء إلي دعاوي صورية بعية إعلان هذا الرأي^(٢).

ونتيجة لما تقدم أصدر الكونجرس قانوناً في سنة ١٩٣٤ أجاز بمقتضاه للمحاكم الاتحادية أن تصدر أحكاماً تقريرية في شأل دستورية القوانين .

كندال) أنه يجب أن يدفع للشركة مبلغ (١٦١٥٦٣) دولار لكن كندال) بدعم من الرئيس جاكسون رفض أن يتبع أكثر من (١٢٢١٠٢) دولار ، وعندئذ توجهت الشركة إلى المحاكم ساعية وراء إصدار أمر قضائي مطالبة بدفع المبلغ بكامله ، وقررت المحكمة العليا أن بإمكانها إصدار أمر قضائي بطلب دفع كامل المبلغ . وجاء في رأي الأكثرية أن هذا الأمر لا يمثل أي نوع من تدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية في شؤون السلطة التنفيذية ، بل كل ما سعي إليه الأمر القضائي هو تحديد واجب وراي لا يمنع الرئيس أو منير البريد بأية صلاحية لا تماره أو التحكم به . للمزيد راجع ديبند كيه بيكولز - اسطورة الرئاسة الأمريكية الحديثة - ترجمة صادق إبراهيم عودة - الأردن- عمان - الدار الأهلية للنشر والتوزيع ص ١٤٤ وللتوسع أكثر حول القضية المذكورة مراجعة نفس المرجع ص ١٥٣-١٥٨ . للمزيد من المعلومات راجع : المحامي طالب الوحييلي - النواعد العامة في الرقابة القضائية علي دستورية القوانين - دراسة منشورة في الموقع الإلكتروني لشبكة النبا المعلوماتية - www.annabaa.org

(١) د. سعد عصفور ، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، مرجع سابق ، ص ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) د. سعد عصفور ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص ٦٦ ، د. محمد كامل أبلة القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

الفصل الثاني

الأحكام الموضوعية للدعوي الدستورية الأصلية

تمهيد :

لكي يفسنى للرقابة القضائية على دستورية القوانين أن تؤتي ثمارها، فس الضروري أن يوسع المشرع من سبل تحريك الدعوي الدستورية أمام الجية القضائية المختصة بالنصل فى المنازعات الدستورية ؛ بحيث يكون لهذه الهيئة اختصاص موسع بالاتصال بالمسألة الدستورية، لترسيخ مبدأ دولة القانون والشرعية الدستورية بما يحقق ديمقراطيه الدولة ومدى تقدمها . فالدولة التى تؤم سيادة القانون توسع بتدر الإمكان من طرق الرقابة الدستورية . والعكس ، فالدول التى لم ترسخ ديباً بعد منطق الدولة القانونية تحنح إلى تضيق سبل اتصال هذه الهيئة بالمسألة الدستورية.

ويبدو أن الخلاف بدور حول مدى حوار أو عدم حوار اللجوء مباشرة إلى القاضي الدستوري من خلال دعوي دستورية مستقلة ، نظراً لما لهذه الوسيلة من طابع الهجوم بالطعن على القانون دون أن تكون هناك دعوي مرفوعة أمام قاضى الموضوع ، وبسبب هذا الطابع الهجومي للدعوي الأصلية لم تلحأ كثير من الأنظمة الدستورية إليه. ولإذا تحنح غالبية الدول التى بطلت الرقابة الدستورية على تشريعاتها إلى إقرار أسلوب الدفع الفرعي ، أو أسلوب الإحالة من قبل قاضى الموضوع ، وأحياناً التصدي من قبل القاضى الدستوري نفسه

ولكى نقف على حنحة الدعوي الدستورية الأصلية ، نرى أنه من الواجب علينا أن نعرض فى المقام الأول لمآهيتها، ثم نعرض بعد ذلك لتطبيقاتها فى بعض النظم الدستورية المقارنة . وسيكون ذلك فى سبحين متتالين على النحو الأتي -

المبحث الأول: ماهية الدعوي الدستورية الأصلية

المبحث الثاني . تطبيقات الدعوي الدستورية الأصلية فى بعض النظم الدستورية المقارنة

المبحث الأول

ماهية الدعوي الدستورية الأصلية.

للقوف علي ماهية الدعوي الدستورية الأصلية، يتوجب علينا أن نعرض بداية لمفهوم هذه الدعوي ، ثم نعرض للعلاقة بينها وبين ما يختلط بها من دفوع ودعاوي أخرى ، وعلي وجه الخصوص نظام الفحص الأولي باعتباره شرطاً حاصلاً لقبولها.

وسيكون ذلك في سطينين متتاليتين علي النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الدعوي الدستورية الأصلية

المطلب الثاني: العلاقة بين الدعوي الدستورية الأصلية وما قد يختلط بها من بعض الدفوع والدعاوي الدستورية الأخرى.

المطلب الأول

مفهوم الدعوي الدستورية الأصلية.

لبيان مفهوم الدعوي الدستورية الأصلية، يتوجب علينا أن نعرض بدايةً المقصود تحديدًا بهذه الدعوي ، وخصائصها المميزة باعتبارها دعوي عينية ومستقلة عن الدعوي الموضوعية، وشروط قبولها، ثم لعلاقتها ببعض الدفوع والدعاوي الدستورية الأخرى وخصوصاً نظام الفحص الأولي باعتباره شرطاً حاصلاً لقبولها، وذلك في ثلاثة فروع متتالية على النحو التالي .-

الفرع الأول: المقصود بالدعوي الدستورية الأصلية

الفرع الثاني: الخصائص المميزة للدعوي الدستورية الأصلية باعتبارها من الدعاوي العينية.

الفرع الثالث: شروط قبول الدعوي الدستورية الأصلية.

الفرع الأول

المقصود بالدعوي الدستورية الأصلية .

الواقع أن الرقابة القضائية عن طريق الدعوي الأصلية أو المباشرة هي دعوي قضائية منصوب عليها صراحةً في الدستور، من خلال إسناد تلك المهمة إلى جهة قضائية يحددها في نصوصه تمكّن صاحب الشأن من مهاجمة التشريع للطعن فيه أمام المحكمة الدستورية طالباً إبعاده لمخالفته للدستور وبالتالي، فإن الرقابة القضائية عن طريق الدعوي الأصلية هي - كتاعدة عامة - رقابة لاحقة علي إصدار القانون ويكون الحكم بعدم الدستورية ذا حجية مطلقة في مواجئة الكافة

وبفقرص هذا النوع من الرقابة أن قانوناً أو لائحة ما قد صدر ، ويقوم صاحب الشأن - من الأفراد أو بعض هيئات الدولة - الذي يمكن أن يتضرر من القانون يرفع دعوي أصلية أمام المحكمة المختصة ضد القانون الذي يُعتقد أنه يتعارض مع الدستور ، ويطلب فيها الحكم بإلغاء القانون المخالف لأحكام الدستور، مستفيداً من ذلك إلغاء القانون قبل تطبيقه^(١). وقد يكون ذلك الحكم قبل صدور القانون المخالف للدستور، فنسبي رقابة الإلغاء السابقة، ومن خلالها تُفحص مشروعات القوانين قبل إصدارها من رئيس الدولة، حيث يحوز له قبل إصدار القانون إحالته إلي المحكمة المختصة لبيان مدى مطابقتها للدستور. وهذا الحل يأخذ به دستور أيرلندا لسنة

(١) د. ماحد راجح الحلبي، «النظم السياسية والقانون الدستوري»، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٠٢ وما بعدها

١٩٣٧ الذي أحاز لرئيس الدولة - بعد استشارة مجلس الدولة - أن يحيل أي مشروع قانون إلى المحكمة العليا خلال مدة سبعة أيام من تاريخ وصوله إليه ونقل إصداره ، وعلى المحكمة أن تبث في دستوريته خلال مدة لا تتجاوز ستين يوماً من تاريخ الإحالة. ويتوقف مصير القانون على قرار المحكمة العليا ، فإن قضت بدستوريته تم إصداره والعكس صحيح^(١) ، وأخذ بذلك أيضاً دستور سوريا لسنة ١٩٥٠ ، وذلك في حالة اعتراض ربع أعضاء مجلس النواب على دستورية قانون نقل إصداره ، أو إذا أرسله رئيس الجمهورية إلى المحكمة العليا بحجة مخالفة الدستور ، فيوقف نشره إلى أن تصدر المحكمة العليا قرارها فيه خلال عشرة أيام ، وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة أن تبث فيه خلال ثلاثة أيام^(٢) وإذا قررت المحكمة العليا أن القانون مخالف للدستور ، أعيد إلى مجلس النواب لتصحيح المخالفة الدستورية ، وإذا لم تصدر المحكمة العليا قرارها خلال المدة المحددة في هذه المادة وحسب علي رئيس الجمهورية إصدار القانون وفقاً لنص المادة ٦٣ من ذات الدستور.

كما أخذ بالحل السابق دستور سوريا لسنة ١٩٧٣ ، وذلك وفقاً لنص المواد من ١٤٥ إلى ١٤٨ ، حيث يجوز لرئيس الجمهورية أو لربع أعضاء مجلس الشعب الاعتراض على دستورية قانون نقل إصداره ، وفي هذه الحالة يوقف إصدار القانون إلى أن تبث المحكمة الدستورية العليا فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تحيل الاعتراض لديها ، وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة الدستورية أن تبث فيه خلال سبعة أيام^(٣)

وأخذ دستور البحرين بالرقابة السابقة - فضلاً عن الرقابة اللاحقة - وذلك بإعطاء الملك صلاحية إحالة ما يراه من مشروعات القوانين إلى المحكمة الدستورية قبل إصدارها لتقرير مضي مطابقتها للدستور، ويعد التقرير ملزماً لجميع سلطات الدولة والكافة وفقاً للمادة ١٠٦ من الدستور البحريني .

(١) ومن الدساتير التي أحدثت رقابة الإلغاء السابقة أمام هيئة قضائية أيضاً دستور كولومبيا لعام ١٨٨٦ ، ودستور بنما لعام ١٩٠٢ ، ودستور الكوتادور لعام ١٩٢٩ ، راجع في ذلك د. إبراهيم عبدالعزير شيجا ، القانون الدستوري بيروت ١٩٨٢ ص ٢٤٢

(٢) د حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري ، وتطور النظام السياسي في العراق، بدون سنة نشر ص ١٧٤ ، ١٧٥

(٣) د حميد حنون خالد ، مرجع سابق ص ١٧٥

وقد تكون الرقابة بعد إصدار القانون ، فتسمى رقابة الإلغاء اللاحقة . وثباتر هذه الرقابة علي القوانين بعد صدورها، ولذلك سُميت بالرقابة اللاحقة حيث بحوز الطعن في القانون عبر الدستوري من قبل الأفراد أو من قبل هيئات حكومية ، وذلك عن طريق إقامة دعوي أصلية أمام المحكمة المختصة التي خولها الدستور صلاحية النظر في هذه الدعوي. وهكذا ، يلاحظ أن هذه الرقابة هجومية حيث لا ينتظر الشخص تطبيق القانون عليه لكي يرفع بعدم دستوريته وإنما يحوز له مهاجمته من خلال رفع دعوي عدم الدستورية (١).

وعلى هذا النحو ، تكون الرقابة عن طريق الدعوي الأصلية بمثابة وسيلة هجومية تتحصل في مهاجمة القانون ذاته وبشكل مباشر بسبب مخالفته للدستور بغية إلغائه لأنه يخالف الدستور، وليست وسيلة دفاعية لدرء خطر تطبيق نص يراه أحد الخصوم مخالفاً للدستور. بمعنى أن صاحب الشأن لا ينتظر حتى تطبيق القانون الذي يراه غير دستوري ، بل يبادر بالظعن فيه (٢) ولذلك تتطلب الدول التي تأخذ بالدعوي الأصلية عادة أن يكون للطاعن مصلحة شخصية مباشرة في إلغاء التشريع . كما أنها تتطلب عادة ميعاداً معيناً منذ صدور القانون أو اللائحة للطعن فيه بهذا الطريق المباشر ، بحيث إذا مضى هذا الميعاد لا يصح أمام الطاعن إلا الدعوي غير المباشرة عن طريق الدفع أمام محكمة الموضوع عندما يطبق عليه القانون فعلاً (٣).

ويستطيع صاحب الشأن أن يرفع الدعوي الأصلية بصورة مستندة ، أي مستقلة عن أي نزاع آخر (٤) . وبالتالي، فإن الدعوي الأصلية لا تقام من قبل فرد علي فرد أو هيئة علي هيئة وإنما من قبل فرد أو هيئة علي قانون محالف للدستور كما يُطلق عليها الرقابة المجردة . حيث أياً لا ترتبط بنزاع مطروح أمام القضاء (٥).

-
- (١) د حميد حو حالي ، مرجع سابق . ص ١٧٥ ، ١٧٦ .
(٢) د اسماعيل مررة ، مبادئ القانون الدستوري ، العلوم السياسية ، دار الملاك للفنون والأدب والنشر ، بغداد ، طبعة ٢ ، عام ٢٠٠٤ ، ص ٩٣ .
(٣) د رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٤ ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ وكذلك مؤلفه في الشطرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ، ٢٠٠٥ ، ص ٨٩١ - ٨٩٢ .
(٤) د سعد عصفور القانون الدستوري ، ١٩٦٥ ، بدون دار نشر ، ص ١٥١ .
(٥) د فتحي فكري القانون الدستوري المبادئ الأساسية ٢٠٠٤ ، دون دار نشر ، ص ٢ .
راجع كذلك د يري العصار المحلة الدستورية ، العدد السابع عشر ، السنة الخامسة ، إبريل ٢٠١٠ ، بحث منشور بعنوان الدعوي الدستورية المباشرة ، ص ١٧ .

وتوصف الدعوي الأصلية بأنها دعوي موضوعية وليست شخصية ، ذلك لأن المدعي في هذه الدعوي قد يكون فرداً أو هيئة من هيئات الدولة والمدعي عليه هو القانون المشكوك في دستوريته^(١). ويشترط فيمن يرفع الدعوي أمام القضاء أن يتوافر لديه شرط المصلحة أي أن يكون قد أصابه ضرر أو يحتمل ذلك فيما لو طلق عليه القانون.

والمصلحة الشخصية لرافع الدعوي ليست شرطاً صعب المنال لكل من يطعن في دستورية نص قانوني ما ، لأن السكود بالمصلحة هنا ليست فقط الفائدة المادية أو المحسوسة والتي بانعائهما طاهرياً يكون الشخص غير ذي صلة كما هو الحال في الدعاوي المدنية أو الدعاوي الجنائية المتعلقة بالحق الخاص . وإنما تكون مصلحة فيما يتعلق بنصوص القوانين المطعون في دستوريته، متحققة لكل شخص مخاطب بأحكامها ، ذلك لأن القانون من النظام العام تنطبق نصوصه على الجميع وعليه يكون تطبيقه بالمخالفة للدستور إنما هو من باب الإضرار بكل المخاطبين بأحكامه.

فقد جاء في المبادئ التي أرسنها المحكمة العليا السودانية في قضية : أسماء محمد محمود طه ، عبد اللطيف عمر حسب الله ، ضد حكومة السودان أن المركز القانوني السليم الذي تتطلبه دعوي حماية الحق^(٢). التي تشكل أسس التقاضي في الدعاوي العالدية إلى ارتباط وثيق بحق مقرر دستورياً تركز حمايته غاية في حد ذاته، بصرف النظر عما يمكن أن ينشأ عن ذلك الحق من مصلحة مادية أو يترتب على إهداره من ضرر أيا كانت طبيعته.

وإذا كانت معظم الدساتير تفتح باب الطعن أمام الأفراد بعدم الدستورية ، طالما توافر شرط المصلحة في الدعوي ، فإن بعضها فتح الباب على مصراعيه أمام طعون الأفراد بعدم دستورية القوانين دون اشتراط مصلحة خاصة جدية في الطعن . أي حتى ولو لم يكن هناك ضرر من تطبيق القانون قد وقع على الطاعن ، مثل الدستور الإسباني الصادر سنة ١٩٣١^(٣) ،

(١) د. إحسان حميد الملاحى ، المطوية العامة في القانون الدستوري ، النظام الدستوري في العراق الطبعة الرابعة لسنة ٢٠١١ مطبعة العائك ص ١٧٦ ، ١٧٧

(٢) الدعوي رقم ٤٢/ق ١٤٠٦ هـ ، مجلة الأحكام القضائية الصادرة عن الهيئة القضائية السودانية ١٩٨٦ ص ١٦٤

(٣) د. عبد العلي سبيسي عبدالله ، القانون الدستوري ، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري في دستور ١٩٧١ بعد تعديلات سنة ٢٠٠٥ وسنة ٢٠٠٧ ، مكتبة الطالب الاسكندرية ، الطبعة الرابعة ، ٢٠١١ ، ص ١٢٨ .

إد تتبل هذه الدعوي من كل فرد، حتى ولو لم يكن مستفيداً من إلغاء القانون موضوع الدعوي
(١)

الفرع الثاني

خصائص الدعوي الدستورية الأصلية باعتبارها من الدعاوي العينية.

تتسم الدعوي الدستورية بعدة خصائص تميزها عن باقي الدعاوي التضائية الأخرى فهي
دعوي عينية قوامها مقابلة التشريع المخالف للدستور ، وهي كذلك مستقلة ، حيث تستقل
بموضوعها عن الدعوي الموضوعية ، وهجومية حيث يبادر المتضرر من قانون معين بالطلع
فيه مباشرة ودون انتظار ، وحاسمة حيث تحسم النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة

وعليه مستحدث عن تلك الخصائص ، مستعرضين من خلالها بعض الأحكام التي فضت
بها المحكمة الدستورية العليا.

أولاً- الدعوي الدستورية الأصلية دعوي عينية .

من الأمور المستفزة لدي فقهاء القانون أن الدعوي الدستورية دعوي عينية بطبيعتها
وهذا يعنى أنها لا تستهدف حماية مصالح الأفراد المتنازعة فحسب ، بل إنها تهدف من حيث
الأساس الي محاربة التشريع المخالف لنصوص الدستور وإلزام السلطتين التشريعية والتنفيذية
بما تقتضي به ، بحيث تحوز أحكامها على حجية في مواجئة الكافة^(٢).

ولقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية علي ذلك في حثبات حكم لها قررت فيه
" أن الطبيعة العينية للدعوي الدستورية تقوم في جوهرها على مقابلة النصوص التشريعية
المطعون عليها بأحكام الدستور تحرياً لتحللتها سعيها إعلاء للشرعية الدستورية"^(٣).

كما فضت في حكم آخر لها بأن "الخصومة في الدعوي الدستورية - وهي بطبيعتها من
الدعاوي العينية - قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحرياً

(١) د رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ،
٢٠٠٥ ، ص ٢٠٨

(٢) د.إبراهيم محمد حسين الرقانة النصابية علي دستورية القوانين ، دار النهضة للنشر سنة ٢٠٠٠ ، ص
١٥٠ ، كذلك د أحمد محمود جمعة. أصول إجراءات الشداعي امام مجلس الدولة والمحكمة الدستورية
العليا . منشأة المعارف لنشر .الإسكندرية، سنة ١٩٨٥ م ، ص ١٠٨

(٣) النصية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية . جلسة ١٩٩٥/٤/٨ م ، مشار اليه د إبراهيم محمد حسين المرحح
السابق ، ص ١٥٠.

لتطابقها معاً إعلاء للشرعية الدستورية ، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الدعوي الدستورية أو هي بالأحرى محلها ، وإدارها بقدر تهاتها مع أحكام الدستور هي الغاية التي تنتعيا هذه الحصومة^(١).

ثانياً - استقلال الدعوي الدستورية الأصلية عن الدعوي الموضوعية.

تعتبر خاصية استقلال الدعوي الدستورية عن الدعوي الموضوعية من أهم المميزات التي تتمتع بها ، ذلك أن المحكمة الدستورية العليا ليست جهة طعن لما تقضي به محكمة الموضوع ، وإنما هي جهة قضائية مستقلة ذات اختصاص أصيل ، بحيث إذا ما اتصلت الدعوي الدستورية بنا اتصالاً وفقاً للأوضاع الإحرائية المحددة قانوناً ، فإنها تستقل عن الدعوي الموضوعية ، فهي تعالج موضوعاً معيارياً لموضوع الدعوي الأصلية الذي أثرت شأنه الدعوي الدستورية^(٢).

وتطبيقاً لذلك فمست المحكمة الدستورية العليا المصرية المبتدئة بصفتها محكمة دستورية قبل إنشاء الأخيرة بأن "الدعوي الدستورية قائمة بداتها وتختلف موضوعاً عن الدعوي الأصلية ومحكمة الموضوع وحدها هي الجهة المختصة بالفصل فيما يُقدم إليها من دُفوع بعدم اختصاصها بنظر الدعوي وليست المحكمة العليا جهة طعن بالنسبة إليها ولا تتعرض لموضوع الاختصاص إلا حين يقوم تنازع على الاختصاص بين الهيئات القضائية ويرفع الأمر لتعيين الجهة المختصة تطبيقاً للفقرة الرابعة من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا^(٣).

وهذا الأمر ما اكدت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية بعد إثنائها في قضاء لها حيث قررت فيه "أن لكل من الدعويين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقرماتها ، تلك أنيما لا يحتلطان ببعضهما ولا تتخذان في شرائط قبوليما ، بل تستقل كل منها عن الأخرى في موضوعيما ، وكذلك في معصرون الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها ، والدعوي الدستورية تتوحي الفصل في التعارض المدعي به بين نص تشريعي وقاعدة في الدستور ، في

(١) القضية رقم ١٥ لسنة ١٤ قضائية ، جلسة ١٩٩٣/٥/١٥ ، مشار اليه د إبراهيم محمد حسين المرجع السابق ، ص ١٥٠

(٢) د أحمد محمود جمعه المرجع السابق ، ص ١٠٧

(٣) القضية رقم ١١ لسنة ١ قضائية عليا ، "دستورية" ، جلسة ١٩٧٧/٤/١ مشار اليه د محدي المنولي: مبادئ القضاء المصري ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سنة ١٩٩٦ م ، ص ١٧

حين تطرح الدعوي الموضوعية في صورها الأكثر شيوعاً الحقوق في نزاع يدور حول إثباتها أو نفيها عند وقوع عنوان غيباً^(١).

ولكن مما يحذر ذكره في هذا السياق أنه وعلى الرغم من الاستقلالية التي تتميز بها الدعوي الدستورية عن الدعوي الموضوعية ، فإن الدعويين وثيقاً الصلة ببعضهما البعض من ناحيتين

أما عن الناحية الأولى ، فهي تتعلق بشروط المصلحة ، حيث إن المصلحة في الدعوي الدستورية مناطها ارتباطها بالمصلحة في الدعوي الموضوعية ، بمعنى أنه يشترط لقبول الدعوي الدستورية سواء كانت عن طريق الاحالة من محكمة الموضوع ، أو عن طريق الدفع وحوادث مصلحة للحصم للفصل في دستورية التشريع الملغى بعدم دستوريته ، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية له أثره في القضية الموضوعية المرتبطة بها.

أما الناحية الثانية ، فتتمثل في أن الفصل في الدعوي الموضوعية متوقف دوماً على الفصل في الدعوي الدستورية ، ولا يعتبر الفصل في الدعوي الموضوعية قبل الدعوي الدستورية هدماً للصلة بينهما^(٢)

وبذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها "أن الدعوي الدستورية وإن كانت تستقل بموضوعها عن الدعوي الموضوعية ، باعتبار أن أولهما يتوخى الفصل في التعارض المدعى به بين نص شرعي وقاعدة في الدستور ، في حين تطرح ثانيهما - في صورها الأغلب وفوعاً - الحقوق المدعى بها في نزاع موضوعي يدور حول إثباتها أو نفيها إلا أن هاتين الدعويين لا تفترقان عن بعضهما من راوبتين. أولهما أن المصلحة في الدعوي الدستورية - وهي شرط لقبولها - مناطها ارتباطها بالمصلحة في الدعوي الموضوعية ، وذلك بأن يكور الحكم في المسألة الدستورية مؤثراً في الطلب الموضوعي المرتبط بها ، ثانيهما أن الفصل في الدعوي الموضوعية متوقف دوماً على الفصل في الدعوي الدستورية ، ولا يعدو استباق الفصل في الدعوي الموضوعية أن يكون هدماً للصلة الحتمية والعضوية بينها وبين

(١) الفصية رقم ١٠ لسنة ١٣ قضاية "دستورية" ، جلسة ١٩٩٤/٥/٧ م ، مشار إليه د. إبراهيم محمد حسنين المرجع السابق ، ص ١٥٢.

(٢) د. إبراهيم محمد حسين المرجع السابق ، ص ١٥١

الدعوي الدستورية ، وكان قانون المحكمة الدستورية العليا قد خول المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي السلطة الكاملة التي تندر بها "ابتداء" الدلائل على جدية المطاعن الدستورية الموجبة الي النصوص التشريعية . فإذا حاز لها "انتهاء" أن تفصل في النزاع الموضوعي المعرض عليها قبل الفصل في الدعوي الدستورية التي ترتبط بها هذا النزاع ، وكان قضائها به دالاً على تطبيقها - في النزاع المعروض عليها - للنصوص التشريعية التي ثارت لديها شبهة مخالفتها للدستور ، والتي لا تزال المطاعن الموجبة إليها منظورة أمام المحكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو بطلانها ، وليس ذلك إلا عدواناً علي ولايتها متضمناً تسليطاً لقضاء أدبي علي أحكام المحكمة الدستورية العليا ، وهي في القمة من التنظيم القضائي في جمهورية مصر العربية^(١).

ثالثاً - الدعوي الدستورية الأصلية دعوى حاسمة .

وتتميز هذه الطريقة ، بأنها تعطى الحق للمحاطبين بالقانون غير الدستوري أن يبادروا الي الطعن في هذا القانون والمطالبة بإلغائه ، دون انتظار لتطبيق القانون عليهم

لذلك تتصف هذه الطريقة بالحسم والفاعلية ، إذ يتم حسم النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة وبشكل نهائي بحيث يقلل الباب في المستقبل أمام أية دعوي أخرى يمكن ان تنثار بشأن الحالات الفردية التي يحكمها هذا القانون الذي فصلت المحكمة المختصة بشأن دستوريته، مما يؤدي إلى تحقيق الوحدة الدائنية في الدولة^(٢)

وإذا قررت حية القضاء الدستوري مخالفة هذا القانون أو هذه اللائحة للدستور فإبدا تنصى بإلغائهما ، ويتمتع الحكم الصادر عنها بحجية مطلقة نسري على الكافة^(٣) .

ونظراً لأهمية هذه الطريقة ، فإن الاتجاه العالب في النول التي تأخذ بها جعلتيا مركزية ، اي تركيز سلطة البت في دستورية القوانين في يد محكمة واحدة ، دون بقية المحاكم في الدولة . بيد أن الدساتير التي قررت مركزية الرقابة تحتلف فيما بينها بالنسبة للحية التي يُعيد إليها

(١) الفخسة رقم ٩٢ لسنة ١٢ فصلية "دستورية" ، جلسة ١٩٩٤/٣/٥ م ، ح ٦٠ ، مشور في كتاب المبادئ التي قررتيا المحكمة الدستورية العليا في أربعين سنة ، ص ٢١٣ .

(٢) د. أحمد كمال ابو السحد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأفليم المصري ، مرجع سابق ، ص ٥٧٧ وفي ذات المعنى ايضاً : د. نبيلة عند الحليم كامل ، الرقابة النصائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري) ، دار الشهصة العربية ، ١٩٩٣ ، ص ٤٤ .

(٣) د. يسري العصار ، المحله الدستورية ، الدعوي الدستورية المسائرة ، مرجع سابق ، ص ١٧ ، ١٨ .

بهذه المهمة ، فمنها ما جعل هذا الاختصاص للمحكمة العليا في النظام القضائي العادي ، ومنها ما أناط هذه المهمة بمحكمة دستورية متخصصة (١)

رابعاً - الدعوي الدستورية الأصلية دعوي هجومية ومباشرة.

تعد هذه الطريقة ، طريقة هجومية (٢) حيث يُبادر صاحب الشأن المتضرر من قانون معين بالظعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة طالباً إلعاء لمخالفته للدستور فور صدوره وشره دون انتظار تطبيقه على الحالات الواقعية ثم المنازعة فيه بمناسبة انطباقه على هذه الحالات (٣).

وهكذا تمثل هذه الطريقة وسيلة هجومية يبادر فيها صاحب الشأن بمهاجمة القانون نفسه المخالف للدستور ، وهي بذلك تضمن تصفية النزاع دفعة واحدة وبصفة مطلقة ، بتقاضيها تماماً على القانون المخالف للدستور مما يترتب عليه "وحدة الدستور " داخل الدولة (٤).

الفرع الثالث

شروط قبول الدعوي الدستورية الأصلية.

المسلم به أن موضوع الدعوي الأصلية بعدم الدستورية يتعلق بطلب أصلي بإلغاء قانوناً أو لائحة ، يُقدم من قبل أحد الأفراد أو إحدى السلطات مباشرة إلى هيئة الرقابة على دستورية القوانين (٥). وسبب خطورة هذا الطريق ، فلا يمكن إعماله إلا إذا توافرت شروط ثلاثة تتمثل في الآتي -

أولاً : ضرورة النص على الدعوي الدستورية الأصلية في التشريع .

لا يمكن قبول الدعوي الدستورية الأصلية إلا إذا أقرت النصوص ذلك صراحة ، فلا يستطيع أحد الأفراد أن يلجأ إلى هيئة الرقابة مباشرة طالباً الحكم بعدم دستورية نص قانوني إلا حيث تُجيز له النصوص المنظمة لرقابة الدستورية هذا الطريق . فبدون هذا التصريح من النصوص ، فإن الدعوي ستكون غير مقبولة

(١) د عبدالحى بسيوى ، الوسيط في العلم السياسية والقانون الدستوري ، مطابع السعدي ٢٠٠٤ ، ص ٥٥١

(٢) د. ثروت بدوي ، مقرر القانون الدستوري ، طعة عام ١٩٧٣ ، ص ٨٩ .

(٣) د. يحيى الجمل ، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية ، طعة ١٩٧٤ ، ٩٤ .

(٤) د طعيمة الحرف ، القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ، مطبعة القاهرة الحديثة ، ١٩٦٤ ، ص ١٥١

(٥) د يحيى الجمل ، النظام الدستوري المصري ، دار النهضة العربية ٢٠٠٤ ص ١١٦

وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر في ١٥ يناير ٢٠٠٦ . حيث تعلن في طلب إيليا للحكم بعدم دستورية المادة ٢٩ من قانونها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ لم تقدر محكمة الموضوع حينئذ أنه وحيث إنه عن طلب الحكم بعدم دستورية الفقرتين (١ ، ب) من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا فيؤى غير مقبول ذلك أن مناهل ولاية هذه المحكمة بالرقابة على الشرعية (الدستورية) - على مايجرى قضاها - هو انصاليا بالمائل المطروحة عليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة (٢٩) من قانون إنشائها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وذلك إما بإحالتها مباشرة من محكمة الموضوع إذا ما ارتأت سببه عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أو من خلال دفع بعدم الدستورية يديه أحد الخصوم ، وتقدر المحكمة حديثه وتعد هذه الأوضاع من النظام العام ، باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي تغيا بيا المشرع مصلحة عامه . . .

لما كان ذلك وكان المدعى قد مثل أمام محكمة الموضوع ودفع بعدم دستورية نصوص المواد (٢ ، ٨ ، ١١ ، ١٣ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٤٣) من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية والمادة (٧٦) من الدستور والمادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وبعد تفكير المحكمة لجنية الدفع صرحت للمدعى بإقامة الدعوى الدستورية بشأن المواد (٢ ، ٨ ، ١١ ، ١٣ ، ٢٤ ، ٢٥) من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ المشار إليها دون غيرها من المواد المنفوع بعدم دستورتها ، بما مؤداه أن محكمة الموضوع لم تقدر جنية الدفع بعدم الدستورية عن تلك المواد التي لم تصرح بإقامة الدعوى الدستورية بشأنها ومن بينها نص المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه ، ومن ثم فإن طلب الحكم بعدم دستورية تلك المادة يكون قد رفع بالطريق المباشر وتعين القضاء بعدم قبوله^(١)

فإذا ما أجازت النصوص القانونية السطمة للرقابة على دستورية القوانين الدعوى الأصلية بعدم الدستورية واتصلت هيئة الرقابة أو المحكمة الدستورية بالمنازعة وفقاً لهذا

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا ، ١٥ يناير ٢٠٠٦ ، الدعوى رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ ق د

الطريق ، وطبقاً للتوصاع القانونية المقررة ، ورات المحكمة أن النص المطعون فيه مخالف للستور ، قابلاً تقضى بإلغائه بأثر رجعى يرتد إلى تاريخ صدور النص^(١)

على أننا سترى أن القوابن في بعض الدول قد نظمت سلطة المحكمة الدستورية تجاه النص الذي تنتهي إلى عدم دستوريته ، فلا يحصر أثر انتهاء المحكمة إلى عدم دستورية النص بالضرورة في إلغائه ، بل توجد وسائل أخرى أمام المحكمة تحقق ذات الغرض ، المتمثل في احراج النص المخالف للستور من إطار النظام القانونى المطبق في الدول بتعطيل قوة نفاذه.

ولذلك ، فإن تنظيم اثر الدعوى الأصلية يعد من الأمور شديدة الأهمية نظراً لاثارها العملية بالغة الخطورة ، والتي من أحصا اثاره حنيطة البرلمان ضد هيئة الرقابة أو المحكمة ، حيث يشعر أن هناك وصاية على أعماله من قبل هيئة معينة حتى ولو كانت من القصة ، من حيث إنه المسئل الحقيقى عن الإرادة العامة والشعب بمختلف طوائفه ، مما يجعل من مسألة رقابة أعماله مسألة صعبة في نتائجها السياسية على وجه الخصوص ، ولهذه النتائج التى تثير الكثير من الحساسيات بين البرلمان والمحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوابن ، فإن عالية الدول التى نظمت الرقابة القضائية على دستورية تشريعاتها لم تنظم هذا الطريق من بين الطرق التى أحازتها فوابها لإثارة المبالغة الدستورية أمام هيئة الرقابة .

ثانياً - لا يعمل بالدعوى الدستورية الأصلية في ظل نظام لامركزية الرقابة .

وكما لا يمكن أن يلجأ إلى نظام الدعوى الأصلية بعدم الدستورية إلا حيث تصرح النصوص بها ، فإنه لا يمكن أيضاً أن يقتس هذا الطريق في ظل نظام لامركزية الرقابة على دستورية القوابن^(٢) ، نظراً لأنها وسيلة هجومية توجه ضد القانون مباشرة دون ارتباط بدعوى منظورة أمام قاضى الموضوع. كما أن الحكم يكون نهائياً منتجاً أثارة بالسبة للقانون ، وهو ما لا ينصور من أكثر من محكمة كما هو الحال في ظل نظام لاسمركزية الرقابة فهذا الأسلوب لرقابة الدستورية لا يتصور إعماله مثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية ، فيكون لكل محاكم الدولة أن تنظر ذات النص بدعوى أصلية ، مما يؤدي إلى تضارب الانحاهات بين محكمة تری

(١) د فتحي فكري ، القانون الدستوري ، الكتاب الاول - السادس ، الدستورية العامة - دستور ١٩٧١ وتطبيقها في مصر ، ٢٠٠٤ ، دون دار شر ص ٢٠٠ و ٢٠٠١

(٢) د سامي جمال الدين ، انظم السياسية والدانون الدستوري ، مشاه المعارف ، الإسكندرية ، دون سنة نشر ، ص ٤٩٨ - ٤٩٩ .

أن البعض غير دستوري ، وأخري تري عكس ذلك . ومن هنا . فإن نظام الدعوي الأصلية بعدم الدستورية يحتاج بلا شك إلي محكمة واحدة في الدولة تنظر في النص ، فتقرر بشأنه حكماً نهائياً يلزم كافة البنات والأفراد ، وبصورة نهائية تحول دون العونة لطرح امر دستورية النص مرة أخرى . ولذلك ، فلا يمكن تصور نظام الدعوي الأصلية إلا في ظل الأحد بنظام مركزية الرقابة علي دستورية القوانين^(١) .

بالمقابل ، فإن ربط اللجوء إلي الدعوي الأصلية بعدم الدستورية بالنظام المركزي في الرقابة لا يستلزم بالضرورة إنشاء محكمة دستورية متخصصة ، بل يمكن إعمال هذا الأسلوب لرقابة الدستورية عن طريق المحكمة العليا في النظام القضائي في الدولة . فليس المهم إنشاء محكمة دستورية متخصصة بالنسبة لهذا الأسلوب فتر أهمية توحيد الاتجاه بشأنها عن طريق منح الاختصاص لمحكمة واحدة في الدولة لتفادي تعدد واختلاف الاتجاهات القضائية بصدد أسلوب للرقابة لا يحتمل ذلك . فالدستور السويسري لعام ١٨٧٤ أعطي المحكمة الفيدرالية (العليا) الاختصاص بنظر الدعوي التي يقيمها الأفراد ضد القوانين التي تخرق وتنتيك الحقوق الدستورية المسجلة ، بينما لحا الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧ إلي إعطاء هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية وليس المحكمة العليا في نظام القضاء^(٢) .

على أن ذلك لا يحول دون إعمال وسيلة الدعوي الأصلية بعدم الدستورية في ظل نظام لا مركزية للرقابة عن طريق قصر الاختصاص بنظر الدعوي بعدم الدستورية على المحكمة العليا فقط دون غيرها من المحاكم ، التي يترك لها ممارسة رقابة الدستورية عن طريق الامتناع ، فيكون النظام القانوني في الدولة قد جمع بصورة أو بأخرى بين نظام لا مركزية الرقابة ونظام مركزية الرقابة ، وهو ما يؤدي إلي تعميق دولة القانون وسيادة الشريعة . إلا أن هذا الحل يتطلب في جميع الأحوال إجازة تشريعية صريحة لتحديد من لهم حق اللجوء إلي نظام الدعوي الأصلية بعدم الدستورية ، وتحديد قواعده وضوابط نظر المحكمة للدعوي وترتيب اثار الحكم بصدها .

(١) د رمري الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، دون دار نشر . . مرجع سابق . ٢٠٠٤ ص ١٢٧ .

(٢) د. ضحي فكري . القانون الدستوري - المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر ، مرجع سابق ، ص ٢٠١ وما بعدها .

على أن هذا البدر يظل تحليلًا نظريًا ، فالولايات المتحدة الأمريكية مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، والتي تطبق نظلم لا مركزية الرقابة لا تتبنى أسلوب الدعوي الأصلية بعدم الدستورية .

وكما يرى النصح بالنسبة لمنح الاختصاص بالدعوي الأصلية بعدم الدستورية إلى محكمة مركزية متخصصة ، فإن هذا الأسلوب يمتاز بإمكانية إدخال العنصر السياسي في تشكيلها ، استجابة للجانب السياسي الملف لرقابة الدستورية وهذا العامل له وزنه ، إذ يُفتح رؤية شاملة للمشكلة ، كما أنه ربما ساهم في تخفيف حدة التوتر بين المحكمة التي تراقب الدستورية والسلطة التشريعية التي تتعرض قوانينها من وقت لآخر للإلغاء^(١).

ثالثاً - ضرورة توافر المصلحة في رفع الدعوي الدستورية الأصلية.

علي أن فتح طريق الدعوي الأصلية بعدم الدستورية لا يُعنى في نفس الوقت إتاحة الفرصة لكل الأشخاص في اللجوء إليها ، بل تخضع للصوابط العامة للدعوي القضائية ومن بينها الشروط الشكلية للقبول ، ويأتي على رأسها شرط المصلحة^(٢) . والدعوي الدستورية يشترط لقبولها - كغيرها من الدعاوي - توافر المصلحة لرافعها وإلا غدت غير مقبولة. ولهذا فإن اللجوء إلى الدعوي الأصلية لا يعني بحال أن تصبح دعوي حسبه ، يمكن رفعها من أي شخص دون شروط^(٣) . فصفة المواطن لا تكفي لإقامة دعوي أصلية بعدم الدستورية ، بل يجب أن يكون هناك ماس من مآثر بالحقوق المعترف بها قانوناً للشخص ، حتى يمكنه أن يقيم

(١) د. فتحي فكري ، الملوك الدستوري - المبادئ الدستورية العامة وتطبيقها في مصر ، مرجع سابق ، ص: ٢٠٥ و ٢٠٦

(٢) يقصد بالمصلحة الدالة العلة التي تعود على رافع الدعوي إذا حكم له بطلانها ، فإذا كانت لا تعود فائدة من رفع الدعوي على رافعها ، فلا تُقبل دعواه . ولذلك قيل أن المصلحة ساط الدعوي راجع د. وحدي رافع ود. سيد أحمد محمود ، قانون المرافعات الكويتي ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٩٤ ، ص ٥٧ وما بعدها . ويتعين أن تكون المصلحة قانونية ، أي تستند إلى حق أو مركز قانوني بحيث يكون العرض من الدعوي حماية هذا الحق أو المركز القانوني بنذيره إذا مورع فيه أو دفع العنوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك رافع في ذلك د. رمزي سيف ، قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون القضاة الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٤ ص ١٥٦ . كما يشترط أن تكون المصلحة يبا قاعمة ، بمعنى أن يكون هناك اعتداء بالفعل وقع على حق رافع الدعوي أو المركز القانوني الذي يقصد حمايته ، أو أن يكون الضرر الذي يسمي رافع الدعوي إلى دفعه أو إصلاحه قد وقع بالفعل

(٣) د. بيري محمد العصار ، بحث بعنوان الفصل الأولي للدعوي والطعون أمام المحاكم العليا ، دراسة مقارنة للجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في الكويت والانظمة السائلة . منشور بمجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة الثامنة والعشرون ، العدد الثاني ، يونيو ١٩٩٨ ، عدد خاص لتأبين المرحوم د. داود سليمان العيسى ، ص ١٣٤

الدعوى الأصلية. فمن المبادئ العامة للحليفة في التقاضي ، أنه حيث لا مصلحة فلا دعوى . لأن المصلحة مناط الدعوى . وأساس هذه القاعدة هو تفريره ساحات القضاء عن الاشتغال بدعاوي لا فائدة عليّة منها، فمثل هذه الدعاوي غير مستحبة أو كيدية ، ولم تنشأ المحاكم لمثل هذه الدعاوي(١)

وفكرة الدعوى الأصلية على هذا النحو قد تكون إيجابية أكثر في حالة منح الحق في رفعها للبيانات والسلطات العامة أكثر من الفرد العادي لأن الهدف الأساسي الذي تسعى السلطات إلى تحقيقه هو الصالح العام ، وتنكها عنه يؤدي إلى انحرافها في تحقيقه(٢) ، حيث إن لجوء الفرد إلى الدعوى الدستورية يفتقر له نوافر المصلحة ، أي أن يكون هناك مصلح مباشر بأحد حقوقه التي كفلها له الدستور . ومن هنا ، فإنه سيكون من الأبدى والأجدى للشخص المصالح من تطبيق قانون غير دستوري عليه أن يلجأ إلى القاضي الدستوري طالماً الحكم بعدم دستوريته ، والدخول في محالات التردد ، واحتمالية أن يري القاضي الدستوري أن القانون المدعي بعدم دستوريته لا يحالف الدستور ، فيكون قد خسر الوقت والمال ، وتحمل الأضرار الناشئة عن تطبيق القانون دون فائدة . أما لجوؤه إلى قاضي الموضوع لرفع ضرر حقيقي حاق به لا يحتمل وجهات نظر ، فيكون أجدي له من الناحية الواقعية ، وعلى سبيل المثال: عندما يطبق نص يقرر توقيف الأشخاص ، وراي الشخص الذي طبق عليه هذا النص أنه مخالف للدستور فإنه لن يلجأ إلى القاضي الدستوري كي يحكم بعدم دستوريته ، لأنه يحتاج إلى إجراء سريع لإنهاء هذا الاحتجاز من خلال قاضي الموضوع وليس القاضي الدستوري ، الذي قد يستغرق وقتاً للعسل في دستورية النص المعروض . ولذا فالإجراء الأسرع سيكون من حلال دفع فرعي أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية النص

بعد أن تطرقنا لحصائص وشروط الدعوى الدستورية الأصلية إلا أن هناك تساؤلاً يُثار بشأن مدى تضمن تلك الدعوى على قبول خاص من قبل المحكمة الدستورية بغية تخفيف العبء الملقى على المحكمة من خلال ابتكار نظام يسمح بتصفية الدعاوي والطعون المقدمة إليها وهو نظام الفحص الأولي ، الأمر الذي يتولد عنه تساؤل آخر عن مدى وجود ارتباط بين الدعوى

(١) د . عادل الطبطبائي ، بحث منشور بعنوان مفهوم المصلحة في الدعوى الدستورية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول ، السنة الرابعة والعشرون ، مارس ٢٠٠٠ ، ص ١٥ .

(٢) راجع في هذا السبيل د . عادل الطبطبائي ، نفس المرجع ، ص ١٩ .

الأصلية وهذا النظام ، وإذا كان هناك ارتباط بينهما؟ فهل هذا الارتباط هو ارتباط حتمي أم لا؟
للإجابة على هذين التساولين نتصح من خلال تناولنا لموضوع السطاب التالي.

المطلب الثاني

العلاقة بين الدعوي الدستورية الأصلية وما قد يختلط بها من بعض الدفوع والدعاوي الدستورية الأخرى.

تمهيد وتقسيم :

لتخفيف العبء الملقى على عاتق المحكمة التي تتولى رقابة الدستورية ، وحتى لا تغرق المحكمة تحت وطأة عدد كبير من الدعاوي ، يثار تساؤل عن مدى تضمن الدعوي فضلاً عن شروط قبولها السابق ذكرها علي قبول خاص من المحكمة الدستورية ، مما دفع المشرع للتدخل لتخفيف العبء الملقي على عاتق المحكمة التي تتولى رقابة الدستورية من خلال ابتكار نظام يسمح بتصفية الدعاوي والطعون المقدمة إليها ، ويتم ذلك عادة من خلال تكوين لجنة أو دائرة مصغرة داخل هذه المحكمة تتولى فحص هذه الدعاوي والطعون فحصاً أولياً من أجل استبعاد تلك التي لا تتوافر فيها الشروط الشكلية التي يستلزم القانون توافرها لكي يمكن قبول الدعوي أمام القضاء ، وكذلك استبعاد الدعاوي والطعون التي لا تكون قائمة على أسباب حديثة ، وبذلك تتفرغ المحكمة التي تتولى رقابة الدستورية للفصل في الدعاوي الجديرة بالنظر. الأمر الذي ينم عن وجود ارتباط وثيق بين نظام الفحص الأولي للطعون بعدم الدستورية وأسلوب الرقابة بطريق الدعوي الأصلية أو المباشرة ، وتفسير ذلك أن فتح الباب على مصراعيه للأفراد لرفع دعاوي مباشرة أمام القضاء الدستوري للطعن بعدم دستورية قانون أو لائحة تنتج عنه زيادة كبيرة في أعداد الدعاوي المرفوعة أمام القضاء الدستوري الأمر الذي يتطلب التدخل لتصفيتهما .

وللوقوف على مدى الارتباط بين نظام الفحص الأولي للطعون بعدم الدستورية وأسلوب الرقابة بطريق الدعوي الأصلية أو المباشرة ، فإبنا سنعرض تطبيقاته في بعض السطم الفيدرالية ونسبه الفيدرالية وذلك في فرع أول . علي أن ستعرض في الفرع الثاني التمييز بين رقابة الامتناع ورقابة الإلغاء بطريقة الدعوي الأصلية وذلك علي النحو التالي :

الفرع الأول

الدعوي الدستورية الأصلية والفحص الأولي في بعض النظم الدستورية التي تتبنى الدعوي الدستورية الأصلية .

الواقع أن بعض المحاكم الدستورية فضلت أن تسند صلاحية دراسة الدعاوي دراسة أولية لأقسام مصغرة داخل المحكمة "غرف مثلاً" وتتولى هذه الأقسام عند الاقتضاء فحص الدعاوي وقد تنتهي إلى رفضها من البداية "Ali Mine" من خلال إجراء عاجل إذا كانت الشكوى غير مقبولة أو غير قائمة على أسباب حدية ، وقد تتصل لمصلحة رافع الدعاوي إذا كانت الدعاوي قائمة على أسباب حدية وهكذا يمكن من خلال تلك الآلية التخفيف من عبء العمل الملقى على عاتق المحكمة وهذه الآلية تسمى الفحص الأولي للدعاوي ، ونتمتع المحكمة بكافة الصلاحيات في قبول الدعاوي أو رفضها

وقد وجدنا تطبيقات لنظام الفحص الأولي والطعون الدستورية في دول ألمانيا وبلجيكا وأسبانيا وسويسرا ، وهي دول تتبنى أسلوب الدعوي الأصلية في رقابة الدستورية. مما يدل على وجود ارتباط بين أسلوب الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوي الأصلية وأسلوب الفحص الأولي للدعاوي إلا أن هذا الارتباط ليس ارتباطاً حتماً ، حيث نجد أن بعض الدول التي لا تتبنى أسلوب الرقابة الدستورية عن طريق الدعوي الأصلية المتاحة للأفراد تطبق مبيع الفحص الأولي للطعون المقدمة للمحكمة الدستورية كما في إيطاليا ومن ناحية أخرى فإن بعض الدول التي تسمح للأفراد باللجوء مباشرة للمحكمة الدستورية عن طريق رفع دعوي أصلية ، لا تقصر تطبيق أسلوب الفحص الأولي على هذه الدعاوي ، وإنما تطبق كذلك الطعون الأخرى المقدمة أمام المحكمة الدستورية خارج نطاق الدعوي الأصلية كما في بلجيكا^(١) وبالتالي سوف نتناول نظام الفحص الأولي في الدول السابق ذكرها على النحو التالي.

أولاً - الفحص الأولي في أسبانيا .

أسست المحكمة الدستورية الأسبانية بمقتضى الدستور الصادر بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٧٨ وتمارس المحكمة الدستورية عدداً من الاختصاصات - وفقاً للمادة ١٦١ من الدستور

(١) د بري محمد العصار ، الفحص الأولي للدعاوي والطعون أمام المحاكم العليا ، دراسة مقاربة للجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في الكويت ، مرجع سابق ، ص ١٢٥ و ١٢٦

الأسبابي أهمها رقابة دستورية القوانين وما يأخذ حكمها من التشريعات الأخرى. ولا يطبق نظام الفحص الأولي علي جميع الدعاوي والطعون التي تنظرها المحكمة ، فهناك بعض الصور من هذه الدعاوي والطعون لا تخضع للفحص الأولي ، في حين أن أهم صور الدعاوي التي تختص بها المحكمة وهي دعوي الأضرار- تخضع لأسلوب الفحص الأولي أمام المحكمة

وفيما يتعلق أولاً بالدعاوي والطعون التي لا تطبق المحكمة بشأنها أسلوب الفحص الأولي فإنها تتمثل فيما يلي (١) :

١- الطلبات التي تُقدم للمحكمة من أجل حل انتزاع على الاختصاص بين السلطات أو الهيئات العامة في الحالة التي تمارس فيها إحدى الجهات عملاً يدخل في اختصاص سلطة أخرى. ويحب في هذه الحالة أن تطلب الجهة صاحبة الاختصاص من الجهة الأخرى سحب العمل الذي أصدرته خلال شهر من صدوره ، فإذا رفضت سحب هذا العمل أو لم ترد على طلبها فإن السلطة صاحبة الاختصاص ترفع الأمر للمحكمة الدستورية لكي تحدد - خلال مدة شهر من تقديم الطلب إليها - السلطة التي يدخل العمل في اختصاصها.

٢- الطلبات التي تقدم من الحكومة أو أحد مجلسي البرلمان من أجل فحص مدي اتفاق إحدى المعاهدات مع الدستور

٣- الدعاوي الأصلية التي يكون موضوعها الطعن بعدم دستورية أحد القوانين دون أن يكون قد ثار نزاع بشأن تطبيقه ودون أن تتوافر مصلحة شخصية لدي رافعها من إحدى الجهات الآتية: رئيس الوزراء ، ٥٠ عضواً من مجلس النواب أو من مجلس الشيوخ ، الجهاز التنفيذي لأحد الولايات أو إحدى المقاطعات ، أحد المجالس المحلية ، وأخيراً محاسي الشعب ويحدد القانون ميعاداً ثلثة أشهر من تاريخ نشر القانون المطعون فيه.

٤ - الطعون بعدم دستورية القوانين المحالة إلي المحكمة الدستورية من إحدى المحاكم بمناسبة دعوي موضوعية مطروحة علي هذه المحكمة الأخيرة.

(١) انظر

- Bon (p.) Moderne (F.) et Rodriguez (Y.) La justice constitutionnelle en Espagne. Paris, Economica- 1984, p. 74 et s.
- Favoreu (L.) Les cours constitutionnelles. paris, PUF, Que sais-je? 1986, p. 105 et s.

أما دعاوي الأملارو التي تُرفع أمام المحكمة الدستورية الأسبانية فإنها تخضع لأسلوب الفصل الأولي^(١) ، ونعني كلمة أملارو الحماية أو الدفاع والتي ترجى الحديث عنها بالتفصيل في المنحت الثاني من الفصل الثاني من الباب الثالث المتعلق بالتطبيقات الحالية للدعوي الدستورية الفردية. معنا للكرار.

والعلاقة بين دعوي الأملارو ورقابة دستورية القوانين عاتقة وتيقّة^(٢) - وتفسير ذلك أن هذه الدعوي- التي تُرفع أساساً ضد الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية تنفيذاً للقانون أو ضد الأحكام القضائية - قد تدفع المحكمة الدستورية إلى سطر رقابتها على دستورية القانون الذي تصدر هذه الأعمال أو الأحكام تنفيذاً له ، ويتم ذلك في الحالة التي نذكر فيها الدائرة التي تنظر دعوي الأملارو بالمحكمة الدستورية أن عيب عدم الدستورية يكمن ليس فقط في العمل الإداري أو القضائي الصادر تنفيذاً للقانون ، وإنما يكمن كذلك في القانون الذي استند إليه هذا العمل . ففي هذه الحالة يجب على الدائرة التي تنظر الدعوي أن تُحيل الأمر إلى الجمعية العمومية للمحكمة لكي تعمل في مدي اتفاق هذا القانون مع الدستور.

وتتولي مهمة الفصل الأولي لدعاوي الأملارو لجنة أو دائرة من دوائر المحكمة الدستورية تتكون من ثلاثة أعضاء (أما المحكمة دائياً فإنها تتكون من ١٢ عضواً) وقد كانت الإجراءات أمام اللجنة حصورية حتى عام ١٩٨٨ و بتاريخ ٩ يونيو ١٩٨٨ أصبحت اللجنة لا

(١) راجع

- Bon Moderne et Rodríguez, la justice constitutionnelle en Espagne, op cit , p 122.
- Guasch (J.): la mise en cause de la constitutionnalité des lois a travers le recours d'amparo en Espagne (dans: l'Annuaire international de justice constitutionnelle, 1992, p. 25).
- Verdussen (M.): le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une Perspective comparative (dans: le recours des particuliers devant le juge constitutionnel- Paris- Economica- 1992, p. 170).

(١) تحتل دعاوي الأملارو أهمية كبيرة في القانون الإسباني ، ونصل نسبة الدعاوي إلى ٩٠% من مجموع الدعاوي التي تنظرها المحكمة الدستورية وقد ساهم في هذه النتيجة أن المادة ١٦٢ من الدستور الأسباني الصادر عام ١٩٧٨ تنص على أنه يمكن قبول هذه الدعاوي أن يتوافر لدى رابعها مصلحة متروعة في رفع الدعوى ، بالإضافة إلى " محامي الشعب Defensor du Peuple الذي يسمى في دول عديدة وسيط العدالة ولم تشترط هذه المادة في المصلحة أن تكون شخصية أو مباشرة أو حالة ومن هنا فقد كان احصاء هذه الدعاوي لطام الفصل الأولي من أجل تصنيفها أمراً طبيعياً ، أن لم يكن ضرورياً إلى أن صدر تعديل ٢٠٠٧

تلتزم بالاستماع للحصوم ولا تتسبب قرارها برفض الدعوي إذا أصدرت هذا القرار بإجماع أعضائها ، وفوق ذلك فقد أوقف القانون الجديد نشر قرارات اللجنة

ومن ناحية أخرى ، يحوز لرافع دعوي الأمارة أن يلتزم وقف تنفيذ القرار الإداري أو الحكم القضائي المطعون فيه. ويقدم الطلب بسرد رفع الدعوي ، ولذلك فإنه يعرض على لجنة فحص الطعون. كما يجوز لصاحب الشأن أن يقدم هذا الطلب في أية مرحلة لاحقة ، وتلتزم اللجنة التي يقدم إليها الطلب (سواء أكانت لجنة فحص الطعون أم المحكمة ذاتياً) بالاستماع للحصوم وطلب رأي النيابة العامة بشأن هذا الموضوع ، ويعود القرار أو الحكم المطعون فيهما إلى التطبيق بمجرد انتهاء مدة الوقف ، حتى ولو كانت المحكمة لم تفصل بعد في الدعوي^(١).

ثانياً - الفحص الأولي في ألمانيا.

نص قانون المحكمة الدستورية الاتحادية الصادر بتاريخ ١٢ مارس ١٩٥١ على إنشاء عدد من اللجان الداخلية بالمحكمة الدستورية الاتحادية وعهد إليها بمهمة الفحص الأولي للدعوي المرفوعة أمام المحكمة من أجل تصفية هذه الدعوي ولا يتطلب ذلك القانون في صحيفة الدعوي التي ترفع أمامها أن تكون موقعة من محام ، وقد ساهم ذلك في زيادة أعداد الدعوي التي تنظرها المحكمة. ولذلك فقد نص القانون على إنشاء عدد من اللجان الداخلية بالمحكمة الدستورية الاتحادية وعهد إليها بمهمة الفحص الأولي للدعوي المرفوعة أمام المحكمة من أجل تصفية هذه الدعوي^(٢). ويطلق على هذه اللجان اسم لجان العرائض ، ويبلغ عددها ست لجان موزعة على الدائرتين اللتين تتكون منهما المحكمة يواقع ثلاث لجان في كل دائرة

وتتكون كل لجنة من ثلاثة من أعضاء المحكمة الذين يصل عددهم إلى ١٦ عضواً ، نصفهم في الدائرة الأولى من دائرتي المحكمة والنصف الآخر في الدائرة الثانية. ويجب لصدر الحكم من أي دائرة منهما حضور ستة من بين الأعضاء الثمانية الذين تتكون منهم الدائرة. ويجوز أن يشترك عضو واحد في أكثر من لجنة من اللجان التابعة لنفس الدائرة. ويتم

(١) أنظر الرقعة على دستورية القوانين في ألمانيا ، للأساتذة بون ومودرون وروبيجير ، سبت الإشارة إليه ، ص ١٢٣.

(٢) Beguin (J.C.): Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale Allemagne, Economica, 1982, p 53

تشكيل اللجنة لمدة ثلاث سنوات ويُعاد تشكيلها من جديد عند انقضاء هذه المدة وتخضع هذه اللجان في تنظيمها وممارستها لعملها للأنظمة الداخلية للمحكمة الدستورية الاتحادية.

وتصدر لجنة العرائض قراراتها بقبول الدعاوي بأغلبية أصوات أعضائها. ولا تنقيد الدائرة المختصة بالمحكمة - حيسا تقوم بالفصل في الدعوي التي قبلتها لجنة العرائض - بالقرار الذي اتخذته اللجنة فيمكن للدائرة أن تحكم بعدم قبول هذه الدعوي من حيث الشكل أو برفضها من حيث الموضوع بعد قبول اللجنة لها وهنا يتعين أن يصدر بإجماع أعضائها.

ويجوز أن يستند عدم القبول إلي عيب في شكل الدعوي ، كما يجوز أن يستند إلي عدم قيامها على أسس جدية ، كما يمكن للجنة أن تقرر عدم قبول الدعوي لأنها غير محتملة الكسب فيما لو غرست على المحكمة . ومن ذلك ينضج أن اللجنة تملك سلطة واسعة في مجال قبول الدعوي الدستورية .

ولا تستمع اللجنة لمرافعات الخصوم ، ولا تلتزم بتسبب قراراتها ، ولا يتم نشر هذه القرارات كما لا تحوز قرارات اللجنة حجية الأمر المقضى التي تتمتع بها أحكام المحكمة الاتحادية. ولذلك يجوز أن يُعرض على المحكمة مرة أخرى ذات النص المطعون فيه والذي رفضت اللجنة الدعوي الموجبة صده من أحد الأفراد.

وقد كان قانون المحكمة الدستورية محل انتقاد من جانب الفقه الدستوري نتيجة عدم إلزام لجنة العرائض بالاستماع لمرافعات الخصوم وعدم إلزامها بتسبب قراراتها^(١).

ويمكن أن تتم إعادة عرض النص على المحكمة بإحدى الطرق الأخرى التي تُمارس بها المحكمة رقابة الدستورية، كتطبيق الإحالة بواسطة أحد المحاكم بمناسبة نزاع مطروح عليها ، وطريق الرقابة المحددة (أي الرقابة التي لا ترتبط بنزاع مطروح على القضاء). ويقتصر قانون المحكمة الدستورية الاتحادية حق تحريك الرقابة المحددة على الجهات الآتية

حكومة الاتحاد ، حكومات الدول الأعضاء في الاتحاد، وثلاث أعضاء مجلس bundestage^(١).

(١) راجع بيجن ، مرجع سابق ص ١٥٨
(١) لم يمنح المشرع الحق في تحريك الرقابة المحددة لمجلس Bundesrat لأن أعضاء هذا المجلس يعيرون بواسطة حكومات الدول الأعضاء في الاتحاد، وهذه الحكومات تملك الحق في تحريك هذه

ولما كانت قرارات لجنة العرائض لا تكتسب وصف الأحكام القضائية فإنها لا يطبق عليها قاعدة عدم جواز مخالفة إحدى الدائرتين اللتين تتكون منهما المحكمة الاتحادية الماديّة التي استقرت عليها الدائرة الأخرى إلا بناء على موافقة الجمعية العمومية للمحكمة.

وهناك حالة وحيدة يتمتع فيها القرار الصادر من لجنة العرائض بذات الحجية التي يتمتع بها حكم المحكمة الاتحادية ، ألا وهي الحالة التي تقرر فيها اللجنة ، بالإجماع رفض الدعوي لأن المسألة الدستورية التي تقوم عليها سبق للمحكمة الاتحادية حسمها بحكم سابق^(١).

ومن المعلوم كذلك ان لجاء العرائض تحتص بدراسة الطلبات التي يُقدمها الأفراد ، عند رفع دعوي أصلية لعدم دستورية أحد القوانين ، يلتمسون فيها إصدار أمر وقتي بوقف تطبيق القانون المطعون فيه إذا كان يمكن أن يترتب على تطبيقه أضرار جسيمة بهم ، ولا يمكن أن يصدر أمر وقتي *ordonnance provisoire* من المحكمة بوقف تطبيق القانون إلا إذا قررت لجنة العرائض قبول الدعوي الموجهة ضد هذا القانون. ويسري الأمر الوقتي لمدة ثلاثة أشهر ، ويجوز تجديده بموافقة ثلثي أعضاء الدائرة المختصة بنظر الدعوي^(٢).

ثالثاً - الفحص الأولي في بلجيكا.

الواقع انه في عام ١٩٨٨ تم تعديل المادة ١٠٧ من الدستور مرة ثانية من أجل السماح للأفراد باللجوء مباشرة لمحكمة التحكيم بالطعن لعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو أمر تتوافر له مصلحة شخصية مباشرة في الغائه

وبذلك اتسع اختصاص محكمة التحكيم في مجال رقابة الدستورية لكي يشمل اندعاوي الدستورية المرفوعة من الأفراد والنوعية ضد أي نص في قانون أو مرسوم أو أمر ينصص أساساً بحقوقهم وحرّياتهم التي يحميها الدستور.

الرقابة كما لم يمنع المشرع هذا الحق لرئيس الإتحاد لأنه هو الذي يتولى إصدار القوانين التي يصوت عليها البرلمان ، راجع Beguin ، المرجع السابق ، ص ٦٦

(١) Fromont (M.): La cour constitutionnelle République fédérale d'Allemagne. la jurisprudence constitutionnelle en 1984 et 1985 Revue du droit public 1987, p.1201.

(٢) راجع Beguin ، المرجع السابق ، ص ١٥٨

وبناء على ذلك صدر قانون جديد ينظم محكمة التحكيم بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٩ وقد حدد هذا القانون سبعاً قصيراً لرفع الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي بحور للأفراد رفعها هو ميعاد ستة أشهر من نشر النص المطعون فيه

وبالإضافة لذلك ، فقد نص هذا القانون على إنشاء دائرة مصغرة لمحكمة التحكيم تتولي فحص جميع صور الدعاوي والطعون التي تقدم للمحكمة بهدف تصنيفها واستبعاد الدعاوي والطعون التي لا تكون جديرة بالعرض على المحكمة^(١).

وتتكون الدائرة المصغرة المخصصة بالفحص الأولى للطعون من ثلاثة أعضاء هم رئيس المحكمة والمستشاران المقرران ، بينما يبلغ العدد الكلي لأعضاء المحكمة ١٢ عضواً ، ولا يتنصر اختصاص الدائرة المصغرة على الفحص الأولي للدعاوي الأصلية بعدم الدستورية المرفوعة من الأفراد أمام محكمة التحكيم إنما يتسع ليشمل كذلك الدعاوي المرفوعة من مجلس الوزراء أو الأجهزة التنفيذية في الولايات والمقاطعات أو المجالس النيابية ، كما يمتد لفحص الطعون بعدم الدستورية المحالة لمحكمة التحكيم من المحاكم الأخرى بمناسبة المنازعات الموضوعية المطلوبة أمامها.

ويوجب القانون الصادر بتاريخ ٦ يناير ١٩٨٩ على دائرة فحص الدعاوي والطعون تمكين أصحاب الشال من تقديم جميع أوجه دفاعهم بما فيها المرافعة الشعبية ويقوم المستشاران المقرران بالعمل الأساسي في الدائرة ، فهما اللذان يتوليان القيام بالفحص الأولي للدعوي أو الطعن ويندلمان تقريراً بنتيجة هذا الفحص إلى رئيس الدائرة خلال ثلاثين يوماً من رفع الدعوي أو الطعن لمحكمة التحكيم ، ويقصر القانون هذه المدة إلى عشرة أيام فقط إذا كان رافع الدعوي أو الطعن قد طلب وقت تطبيق النص المطعون فيه ويرتب القانون نتيجة ميمة على عدم تقديم التقرير خلال هذا الميعاد هي عرض الدعوي أو الطعن مباشرة على محكمة التحكيم للفصل فيها بحكم نهائي.

(١) راجع شال هذا الموضوع

- Andersen (R.) : Le recours en annulation devant le cour d'arbitrage (dans: le recours des particuliers devant le juge constitutionnel. Paris, Economica, 1991, p 26.
- Delpere (F.) Recueil d'études sur la cour d'arbitrage, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 17.
- Sarot (J.) Vandermoot (p.) et peremans) (E.) La jurisprudence de la cour d'arbitrage, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 122 ets.

وتُعرض الدعوي أو الطعن على المحكمة للفصل فيهما إذا قررت دائرة فحص الطعون قبولهما (بأغلبية الأصوات أو بالإجماع) أو قررت رفضهما بالأغلبية دون إجماع أعضائها علي ذلك ومعنى ذلك أن الدعوي أو الطعن لا يعرضان علي المحكمة إلا في حالة واحدة فقط ، هي أن يصدر حكم بالإجماع من دائرة فحص الطعون بعدم قبولهما^(١).

رابعاً - الفحص الأولي في سويسرا .

تتكون المحكمة الاتحادية من ستة محاكم داخلية هي: محكمة نقص جنائية ، محكمتين للقانون المدني، محكمة للتأمينات الاجتماعية ، محكمتين للقانون العام والقانون الإداري وتملك جميع هذه المحاكم رقابة الدستورية ولكن المحكمتين الأخيرتين هما اللتان تقومان بالدور الأكبر في هذا المجال.

وبموجب القانون للأفراد حق اللجوء مباشرة للمحكمة الاتحادية للطعن في الأعمال ذات الصفة التشريعية الصادرة من المقاطعات خلال ثلاثين يوماً من نشرها كما يمنحهم الحق في الطعن أمامها في القرارات الإدارية والأحكام القضائية الصادرة تنفيذاً لتوانين المقاطعات خلال ثلاثين يوماً من إعلانها لصاحب الشأن .

وفي هذه الحالة الأخيرة تمتد رقابة المحكمة لفحص دستورية القانون الصادر من المقاطعة والذي يستند إليه القرار أو الحكم المطعون فيه. ويمكن كذلك توجيه الدعوي للأجراءات التي تصدر تبعاً لقرارات الحكومة الاتحادية^(٢).

وفي عام ١٩٨٥ وسعت المحكمة الاتحادية رقابتها على الأعمال التشريعية الصادرة عن المقاطعات وأقرت لنفسها بالحق في رقابة مدى اتفاق دساتير المقاطعات مع الدستور الاتحادي^(٣).

(١) راجع Andersen ، المرجع السابق ، ص ٢٨-٢٩

(٢) راجع

• Knuptier (Ph.): Les juges constitutionnels: le cas du tribunal fédéral Suisse. Annuaire International de justice constitutionnelle. 1988, p 220 et s

(٣) راجع

• Knuptier (Ph.): op.cit., p. 221.

ولا تعد الدعوي الأصلية التي يحور للأفراد رفيعا أمام المحكمة الاتحادية دعوي حسبه
مناحة للكافة ، فهذه الدعوي يجب أن تستند إلى مصلحة شخصية وسائرة للدعوي في مواجهة
النص أو الاحراء المطعون فيه. كما يجب أن يكون الهدف منها حماية الحقوق الدستورية
للمواطنين.

وتتولى المحكمة ذاتها مهمة الفحص الأولي للدعوي المرفوعة إليها من أصحاب
المصلحة وبجوز لها ، بإجماع الاراء ، أن تنتهي بعدم قبول الدعوي شكلاً ، إذا انتفي فيها أحد
الشروط اللازمة لقبولها أو برفضها موضوعاً إذا كانت غير قائمه علي أسباب جدية ويتم ذلك
بغير مداولة وبناء على اقتراح مسبق مُقدم من رئيس المحكمة يقوم بتمريره علي أعضاء
المحكمة ، فإذا وافقوا عليه بالإجماع يصدر حكم موجز من المحكمة بعدم قبول الدعوي أو
برفضها أما إذا لم يوافق عمو أو أكثر من أعضاء المحكمة على هذا الاقتراح يُعاد عرض
القضية علي المحكمة وفقاً للإجراءات العادية^(١).

كما يحور لبيئة المحكمة - إذا قدرت أن إحدى الدعوي المنظورة أمامها لا تتطلب
مجهوداً كبيراً في البحث والدراسة إما لأن الاحتمال الراجع هو أن المحكمة لن تقبلها شكلاً أو
سترفضها موضوعاً ، وإما علي العكس ، لأن الاحتمال الراجع أن المحكمة ستحكم فيها لصالح
المدعى بناء علي قوة الاساس القانوني الذي يستند إليه ، يجوز لبيئة المحكمة في أي من هذه
الحالات أن تعيد لثلاثة قط من أعضائها بنظر الدعوي وإصدار الحكم فيها^(٢)

(١) راجع.

• Cavin (P.): Le tribunal fédéral suisse, revue international de droit comparé, 1978, p. 359.

(٢) أما فيما يتعلق بتشكيل المحكمة الاتحادية فإنها فهي تضم ٢٨ من الأعضاء الأساسيين بالإضافة إلى ١٥ من الأعضاء الاحتياطيين الذين يمارسون عملهم كلما تطلبت الأمر ذلك ، ويتم توزيع هذا العدد من الأعضاء علي المحاكم الست التي تتكون منها المحكمة الاتحادية ، ويصدر الحكم بحضور خمسة أعضاء علي الأقل في كل واحدة من هذه المحاكم ما عدا المحكمتين المحكمتين بمرات الفاتون العام والقانون الإداري فيتم تشكيلهما من سبعة أعضاء ناشئة للدعوي المهمة التي يكون موضوعها طلب الماء احد قوانين المقاطعات أو حماية الحقوق الأساسية للمواطنين ، راجع Knupfer ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠.

خامساً - الفحص الأولي للطعون أمام المحكمة الدستورية في إيطاليا .

نص الدستور الإيطالي الصادر بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٤٧ علي إنشاء محكمة تتولي مهمة الرقابة على دستورية القوانين ، ولكن إنشاء هذه المحكمة تأخر ثماني سنوات فهي لم تنشأ فعلياً إلا بتاريخ ٣٠ نوفمبر ١٩٥٥ .

وتطبق المحكمة الدستورية نظام الفحص الأولي لبعض أنواع الطعون المقدمة أمامها رغم أن القانون الإيطالي لا يتبنى أسلوب رقابة دستورية القوانين بطريق الدعوي الأصلية أو المباشرة المناحة للأفراد ويدل هذا علي أن الارتباط بين نظام الفحص الأولي للطعون وأسلوب الدعوي الأصلية المناحة للأفراد ليس حتمياً

وتتمثل الدعوي والطلبات التي تحتص بها المحكمة الدستورية والتي لا تخضع لنظام الفحص الأولي أمام المحكمة فيما يلي (١)

- الطلبات المقدمة من إحدى السلطات العامة أو إحدى الوحدات الإدارية المحلية بهدف حل مشكلة التنازع على الاختصاصات فيما بينهم .
- الطعون الوقائية المرفوعة من الحكومة ضد أحد القوانين الصادرة عن مجلس من مجالس الولايات قبل تطبيق هذا القانون .
- الطعون الوقائية المقدمة من الولايات ضد القوانين الصادرة عن الدولة والتي تكون لها علاقة بتوزيع الاختصاصات بين الدولة والولايات وتهدف الولايات من رفع هذه الطعون إلى حماية اختصاصاتها في مواجهة الدولة

أما الطعون التي يطبق عليها نظام الفحص الأولي فهي تتمثل في الطعون المحالة إلي المحكمة الدستورية من أية محكمة بمناسبة قيام هذه المحكمة الأخيرة بالفصل في إحدى الدعوي

(١) راجع

- Crisatulli (V.) : Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie, revue de droit public, 1968, pp. 83-132.
- Escarras (J.C.) : Les juges constitutionnels en Italie , Annuaire international de justice constitutionnelle, Economica, 1988, pp. 165-181.
- Favoreu (L.): les cours constitutionnelles, op.cit., pp 72-87

المنظورة أمامها ، إذا قدرت أن النص القانوني الذي ينطبق على النزاع تثير بشانه شكوك جدية حول مدى اتفائه مع الدستور .

وبمجرد وصول امر الإحالة *ordonnance d'admission* إلى رئيس المحكمة الدستورية يأمر بشره في الجريدة الرسمية لكي يتم إعلان السلطات العامة وقضاة باقي المحاكم والكافة أن النص الذي أُحيل إلى المحكمة الدستورية سوف يصدر بشأنه حكم من المحكمة الدستورية ولا يؤدي النشر لوقف تطبيق هذا النص بشكل الي وإنما يحوز لماقي المحاكم وقف تطبيقه على الممارعات المطروحة عليها إلى حين صدور حكم المحكمة الدستورية .

ويجوز للخصوم أصحاب المصلحة التدخل أمام المحكمة الدستورية خلال ٢٠ يوماً من تاريخ نشر الإحالة وإذا مرت هذه المدة دون أن يتدخلوا في الطعن المائل أمام المحكمة الدستورية فإن هذه الأخيرة تقتضي بعدم قبول الطعن بعدم الدستورية بموجب امر *Ordonance* لا يكتسب وصف الحكم القضائي ولا يتمتع بحجية الأحكام .

أما إذا حضر أصحاب الطعن أمام المحكمة الدستورية فإنها تتصدي للنقض الأولي للطعن - بكامل دينتها- ولا توكل هذه المهمة إلى لجنة أو دائرة صغيرة فيها^(١) فإذا تيسر للمحكمة ان الطعن بعدم الدستورية غير قائم على أساس حسب الظاهر أو ان فرصته في النجاح معدومة فإنها تقتضي برفضه باحراءات مختصرة وبدون استماع إلى مرافعي الخصوم وتصدر قرارها برفض الطعن في صورة أمر وليس حكم^(٢)

(١) تتكون المحكمة الدستورية الإيطالية من ١٥ عضواً ، ولا تنتم هذه المحكمة الى دوائر متعددة راجع Favoreu المرجع السابق ، ص ٧٢ ، Escartas المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

(٢) Favoreu ، المرجع السابق ، ص ٨٠ .

الفرع الثاني

التمييز بين رقابة الامتناع ورقابة الإلغاء بطريقة الدعوي الأصلية.

للحديث عن أوجه التمييز بين رقابة الامتناع عن طريق الدفع ورقابة الإلغاء عن طريق الدعوي الأصلية ، فيذا يستلزم التطرق أولاً إلى تحديد ماهية رقابة الامتناع ثم نتحدث تالياً عن المفارقة بين رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع وذلك على النحو التالي:

أولاً - الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية (رقابة الامتناع) .

تعتبر الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية (رقابة الامتناع) وسيلة دفاعية هدفها التخلص من تطبيق قانون معين دون المساس به ، في حين تعتبر الرقابة بطريق الدعوي الأصلية المباشرة كما سبق القول وسيلة هجومية هدفها الطعن في قانون معين بعية إلعانه لأنه يخالف الدستور (١).

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية المتحدة الدولة الأم في تطبيق الرقابة على دستورية القوانين بطريق الامتناع وقد ساعدت عدة عوامل في إقامة هذا النوع من الرقابة في أمريكا وتتمثل هذه العوامل في صفة الجمود التي تميز بها الدستور الأمريكي والتي تعود إلى العوامل التاريخية وشكل الدولة الاتحادي وأخيراً الجهود التي بذلتها المحكمة العليا (٢).

وعلى عكس أسلوب الرقابة بطريق الدعوي الأصلية الذي يستلزم وجود نص في الدستور ينظم هذه الدعوي ويحدد المحكمة المختصة بنظرها ، فإن أسلوب الرقابة بطريق الدفع يفترض سكوت الدستور وعدم وجود نص ينظم هذا الأسلوب وبالتالي فإن هذا النوع من الرقابة لا يبص عليه الدستور ، وإنما يستنتج من صفة الدستور فإذا كان جامداً ولم يمنع القضاء من ممارسة تلك الرقابة صراحة حق له ممارستها عن طريق الدفع (٣).

(١) د محسن خليل ، د عبدالحميد متولي ود. سعد عصفور ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، ١٩٧٦ ، ص ١٤٦

(٢) د إيمان المعرجي ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مرجع سابق ، ص ١٨٣

(٣) راجع في هذا المعنى د جورج شديق ساري ، د ماهر جبر بصر ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ١٧٦.

والقول بعير ذلك يعنى هدم فكرة مبدأ دستورية القوانين ووضع الدستور في بعد المرتقة مع القوانين الأخرى ، مما يتنافى وحمود الدستور الذي يختلف عن القوانين الأخرى من حيث إنه المصنر الأساسي للقوانين.

والرقانة عن طريق الدفع أو الامتناع تقتصر على عدم تطبيق القانون المطعون فيه إذا كان مخالفاً للدستور دون إلحائه ، وبذلك يكون القضاء في هذه الحالة مخيراً بين الدستور والقانون العادي ، فيفضل الأول ويستبعد الثاني مما يحقق مبدأ الفصل بين السلطات ، حيث لا يتدخل القضاء في اختصاص السلطة التشريعية بإلغاء القانون أو إصدار أمر إليها بذلك وقد ظهر هذا النوع من الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية على أثر صدور قانون من السلطة التشريعية بمقاطعة رود إيرلند Rhode Island سنة ١٧٨٧ وكان مخالفاً للدستور فرفضت محكمة المقاطعة تطبيقه بعد فحصه استناداً إلى أنه مخالف للدستور ، ونجح عن صدور ذلك الحكم بعدم إعادة انتخاب أعضاء تلك المحكمة مما حدا بالمحاكم الأخرى إلى الإحكام عن النظر في دستورية القوانين

وبعد إنشاء المحكمة الاتحادية العليا عُرضت عليها قضية أُثيرت فيها مسألة دستورية القوانين وكان ذلك سنة ١٨٠١ وهي قضية ماربوري ضد ماديسون والتي لم تفصل فيها المحكمة نتيجة للصراع السياسي بين الاتحاديين والجمهوريين إلا في مارس سنة ١٨٠٣ حيث أقرت حق القضاء بحث دستورية القوانين بمررة حكماً بأن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون ، غير أنه في حالة تعارض قانونين أو عدة قوانين مع بعضها فإن مهمته أولاً هي البحث وتحديد القانون الواجب التطبيق ، وما دام الدستور هو القانون الأساسي المنظم للسلطات العامة الثلاث فإنه هو القانون الأسمى من تلك التي تسنها كل هيئة علي حدة ، نظراً لأن الدستور يلزم هذه الهيئات بالامتناع عن القيام بأي عمل لا يفتق وبموضوعه ، وما دام الأمر كذلك ، فإن القاضي في هذه الحالة لا يكون أسامه وهو ينتمي إلى هيئة من الهيئات المنشأة بواسطة الدستور إلا أن يحترم النصوص الأساسية فيطبقها وبالتالي يكون ملزماً بعدم تطبيق ما هو مخالف للدستور (أي استبعاد) أي الامتناع عن تطبيقه وهذا الامتناع بعكس الحال في الرقابة عن طريق الدعوي

الأصلية ، يتماشى ومبدأ الفصل بين السلطات. فالقاضي هنا لا يتدخل لإلغاء القانون المخالف للدستور وإسما يتمتع فقط عن تطبيقه دون الحكم بإلغائه^(١).

وقد كان لقضية ماربورى ضد مانسون ودور القاضي مارشال في معالجة المشاكل القانونية التي انطوت عليها الدعوى عميق الأثر في اتجاه القضاء الأمريكي بحيث سارت المحاكم الأخرى على مسلك المحكمة الاتحادية العليا وأصبحت هي الأخرى تمارس الرقابة على دستورية القوانين.

بعد أن تعرفنا بإيجاز ، على المقصود بالرقابة القضائية عن طريق الامتناع أو الدفع بورد كيبه تدخل القضاء لبحت دستورية القوانين.

إن الرقابة عن طريق الدفع لا تُمارس إلا بناء على طلب من جهة ، وأن حكمها لا يلغى القانون ولو كان مخالفاً للدستور. من جهة أخرى ، فعند صدور القانون في هذه الحالة رغم أنه يمس مصلحة الأفراد لو طبق عليهم إلا أنهم لا يستطيعون مهاجمته طالين إلغاءه ، بل على كل شخص أن ينتظر إلي ما يراد تطبيق ذلك القانون عليه فيمتنع عن الخضوع له ثم يُقَم إلي المحكمة متهماً بعدم الخضوع للقانون ، وهنا يدفع أمام القضاء بعدم دستورية ذلك القانون باعتباره مخالفاً للدستور ، ومن ثم فإن من حقه عدم الخضوع له.

فالدعوى الأصلية تقتضى أن الفرد حالف بصوص القانون فتُدَم للمحكمة عن فعله ذلك ، ولكن الدفع الذي تقدم به يعد دعوى فرعية وليس أصلية

وهنا نلتزم المحكمة بالبحث وفحص دعوى الشخص المقدم للمحكمة ، ومعناه بحث مدى دستورية ذلك القانون قبل أن تصدر حكمها عليه في الدعوى الأصلية فإذا ظهر لها أن ذلك القانون غير دستوري ، فإنها تمتنع عن تطبيقه عليه في تلك الدعوى دون الحكم بإلغائه ، فتبرئ المتهم.

(١) راجع شال الحبح اثني أوردتها القاضي مارشال لتبرير حق القضاء الأمريكي في الرقابة ونرى نقد هذه الحبح والرد على أوجه النقد ، د أحمد كمال أبوالمجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها

والقول بهذا لا يعنى أن تلك المحكمة ملزمة بالتقيد بأحكامها ، بل لىا الحرية فى الحكم مرة أخرى دستورية ذلك القانون الذى قضت بعدم دستوريته فى حكمها الأول وكذلك الشأن بالنسبة للمحاكم الأخرى فإنها ليست مقيدة بأحكام المحاكم أو بأحكامها إلا إذا كان الحكم صادراً من المحكمة الاتحادية العليا.

وإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يقبدي فى امتناع القضاء عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور دون التدخل فى اختصاص السلطة التشريعية بإلغاء ذلك النوع من القوانين ، فإن المحكمة الاتحادية العليا لعبت دوراً هاماً فى تفسير ورقابة دستورية القوانين تماثياً مع التطور السياسى والاقتصادى والاجتماعى وتداخل الاختصاصات وقد سارت على منوالها المحاكم الأخرى.

فبالنسبة لتفسير الدستور نلاحظ أن المحكمة لعبت دوراً بالغ الأهمية فى سد النقص الملاحظ على دستور البلاد الذى لم يكن يتضمن عند إصداره سنة ١٧٨٧ سوى سبع مواد ففرضت آراءها وأحلت تقديرها محل تقدير المشرع الدستوري .

غير أن تفسير هذا الدستور تماثياً مع العصر كان نتيحة للرقابة على دستورية القوانين التى مارسها المحكمة العليا وغيرها من المحاكم والتى توسعت فيها استجابة للتطور مما أدى بالعديد من الفقهاء إلى وصف حكومة الولايات المتحدة الأمريكية بحكومة القضاة وارشتراطية القضاء والتشريع المقنع وتحكم الأقلية القضائية ، وشنت حملة واسعة ضد القضاة بتهمة تدخلهم فى اختصاصات الهيئات الأخرى مما حدا بالعص من القضاة إلى اتخاذ موقف معارض من رملانهم ووقوفهم بجانب الهيئات الأخرى وبالحصوص الهيئة التشريعية

وقد احتدم الصراع وبلغ أوجه فى عهد حكومة الرئيس فرانكين روزفلت عندما عرض هذا الأخير مشروع الإنعاش الاقتصادى لمواجهة الأزمة الاقتصادية فس الكونجرس عدة قوانين سنة ١٩٣٣ لتطبيق ذلك المشروع ، لكن المحكمة العليا قصت بعدم دستوريته ، استناداً إلى أن الحرية الاقتصادية متروكة للأفراد ولا بحق للدولة التدخل لممارستها. ولكن فوز روزفلت مرة أخرى فى نوفمبر ١٩٣٦ أكد تأييد الرأي العام للسياسة الجديدة التى يريد تطبيقها وبرامجه الإصلاحية ، وهو ما شجعه على وضع مشروع لتعديل نظام المحكمة الاتحادية العليا يسمح فيه لنفسه بإحالة القضاة البالغين من العمر سبعين سنة على المعاش وتعيين موالين له

دون أن يشير إلى المشكل الدستوري. إلا أن مشروعه رُفض من طرف لجنة الشئون القضائية ثم صُوت عليه مجلس الشيوخ وكانت بـ ٧٠ صوتاً ضد المشروع وعشرين معه.

غير أن المحكمة الاتحادية العليا لم تلت أن تراجعت عن مواقفها ابتداء من سنة ١٩٣٧ مساهمة للتطور ومطالب روزفلت والشعب الأمريكي ، فحكمت بدستورية عدة قوانين من بينها قانون الصمان الاجتماعي المفروض على أرباب العمل لمواجهة البطالة^(١). وكانت حجة المحكمة العليا في ذلك أن مثل هذه القوانين تعتبر مساساً بالاقتصاد الحر وتشكل تعدياً على حريات الأفراد التي تضمنها الدستور الاتحادي ولهذا تعتبر قوانين غير دستورية .

ومما يؤخذ على المحكمة العليا هو استخدام الرقابة الدستورية بطريقة الدفع كسلاح يطبق أكثر من كونها إجراءً رقابياً صرفاً^(٢).

وفي مقابل ذلك لا يمكن نكران المساعدة التي قدمتها المحكمة العليا للحكومة الاتحادية في سبيل مكافحة سياسة التمييز العنصري في مجال التعليم وذلك عندما أبطلت قرارات أصدرتها بعض الولايات الأمريكية^(٣).

إلا أن البعض من الكتاب يرون أن هذا التراجع ناتج من تغور مناصب ثلاثة قضاة من المحكمة ، فعين روزفلت مكانهم ثلاثة موالين لسياسته مما أدى إلى تراجع المحكمة عن حكمها السابق وقصت بدستورية القوانين الخاصة بالإنعاش الاقتصادي .

ثانياً - أوجه الاختلاف بين الرقابة بطريقة الدفع والرقابة بطريقة طريق الدعوي الأصلية.

إن الرقابة عن طريق الدفع يختلف عن طريق الدعوي الأصلية في أمور عدة أهمها :-

١ - في طريقة الإلغاء عن طريق الدعوي الأصلية تحتص محكمة واحدة في الدولة بالنظر في دستورية القوانين ، سواء كانت هذه المحكمة هي المحكمة العليا في النظام القضائي السائد في الدولة أم كانت محكمة دستورية أُنشئت خصيصاً لهذه المهمة^(٤) في حين في

(١) انظر في الأزمة بين المحكمة العليا والرئيس روزفلت ، د. احمد كمال أبو المجد الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد المصري ، مرجع سابق ، ص ٥٢٢ وما بعدها

(٢) G. Burdeau , Traité des Sciences Politiques, tome III, paris, 1950, p. 109

(٣) G. Burdeau, Op. Cite, p. 110 .

(٤) د جرجي شبيب ساري ، د. ماهر جبر نصر ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ و ١٧١

طريقة الامتناع (الدفع) فإن جميع المحاكم على اختلاف درجاتها ، سواء كانت من الدرجة الأولى أم الثانية وسواء كانت مدنية أو حنائية أو إدارية ، فإنها تحتص بالنظر في هذا الدفع.

٢ - إن طريقة الإلغاء تفرض نصاً دستورياً يحير ممارسة الرقابة الدستورية ويحدد المحكمة المختصة بنظرها ويحدد عادة المدة التي يجب مراجعة المحكمة خلالها أما طريقة الدفع فلا تحتاج لمثل هذا النص وإن ممارستها لا تتقيد بمدة معينة. بل يمكن إثارة الدفع في كل مرة يراد تطبيق تلك القابض في دعوى من الدعاوي القضائية . وينتج عن ذلك أن طريقة الإلغاء التي ينص عليها الدستور تزول بالغاء أو تعديل ذلك الدستور في حين تبقى طريقة الدفع حتى بعد زوال المنزور لأنها لم تنقر بموجب هذا الدستور إلا إذا نص الدستور الجديد صراحة على منع هذه الرقابة.

٣ - في طريقة الإلغاء تتم الرقابة الدستورية عن طريق الطعن بالتقاضي بدعوى مبتدأه ، حيث يهاجم صاحب الشأن القانون بطريقة مباشرة ، أما الرقابة بطريق الدفع فتتم بطريقة غير مباشرة ، أي بمناسبة دعوى منظورة أمام القضاء يراد فيها تطبيق القانون بمعنى أنها لاتتخذ شكلاً هجوماً ، ولكنها تتخذ شكلاً دفاعياً (١).

٤ - في رقابة الإلغاء تقضى المحكمة المختصة بإلغاء القانون إذا ما تأكدت من عدم دستوريته ، أما في رقابة الامتناع فإن حكم المحكمة يقتصر على الامتناع عن تطبيق ذلك القانون على الدعوى المنظورة أساساً

٥ - إن ممارسة الرقابة بالدعوى الأصلية ، وما يترتب عليها من إلقاء القانون المحالف للدستور ، قد تثير حساسية السلطة التشريعية وتؤدي إلى التصادم بينها وبين المحكمة ، أما ممارسة طريقة الدفع فلا تثير حساسية السلطة التشريعية ، لأن المحكمة لا تتدخل بعمل السلطة التشريعية ولا تقوم بإلغاء القانون المحالف للدستور ، بل إنها تمتنع عن تطبيقه فقط.

٦ - يحوز الحكم الصادر بالإلغاء في الدعوى الأصلية بعدم الدستورية على حجية مطلقة في مواجهة كافة ، لأنه يلغى القانون المطعون فيه ، ويحكم ببطلانه ، أما قرار المحكمة

(١) د. احسان المعرجي. النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ٢٠١١ ، مرجع سابق ص ١٨٢ . وراجع أيضاً د. نروت نوري ، موحى القانون الدستوري ١٩٧٣ ، القاهرة دار النهضة العربية ، ص ٩٥ و ٩٦ .

بالامتناع عن تطبيق القانون ، فيتمتع بحجة سببية لأن أثره يقتصر على أطراف الدعوي فقط.

وقد أخذت بهذه الطريقة في الرقابة العديد من الدول منها كندا وأستراليا والبعض من دول أمريكا اللاتينية كالمكسيك في دستورها لسنة ١٩١٧ وبعض دول أوروبا كالبرتغال في دستورها لسنة ١٩٤٩ والحقيقة أن طريقة الدفع بعدم دستورية القوانين ليست الإجراء الوحيد بل هناك وسيلتان أيضاً يستطيع بموجبيها الأفراد الطعن في دستورية القوانين أمام المحاكم الأمريكية وهما: الأمر القضائي ، والحكم التفريري .

وبعد أن انتهينا من التطرق لماهية دعوي الامتناع والعرق ببيها وبين الدعوي الأصلية . نتطرق إلى تساؤل آخر يمثل في مدى وجود اختلاف بين الرقابة القضائية عن طريق الدفع المقترن بعدم الدستورية و الرقابة القضائية عن طريق الدعوي الأصلية ؟

لم يكن في معظم دساتير الدول في الأصل تقديم الطعن بالإلغاء إلى المحكمة الدستورية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، ثم أُجيز ذلك بطريقة غير مباشرة. وبيان ذلك بتقديم الأفراد بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام المحاكم ، فإن اقتنعت بجدية الطعن تقدمت به إلى المحكمة الدستورية.

وهذه الرقابة تفرص وجود دعوي يراد فيها تطبيق قانون معين فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا القانون وفي هذه الحالة لا تفصل المحكمة في صحة الدفع بل توجه المعلن في الدعوى وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة الدستورية التي يكون لحكمها حجية مطلقة تجاه كافة . وهذه الطريقة المتبعة في مصر ، والمحكمة التي يثار فيها الدفع بعدم دستورية قانون ما تمنح صاحب الشأن مهلة لا تتجاوز الثلاثة أشهر لمراجعة المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم يفعل اعتبر الدفع كأنه لم يكن فنظام الرقابة على دستورية القوانين كما نظمها القانون في مصر بالنسبة للأفراد تعد طريقة خاصة من الرقابة تختلف عن الطريقتين التقليديتين الرقابة بطريقة الدعوي الأصلية ، والرقابة بطريقة الدفع العرعي. وإن كان يقوم المرجع ببيها فهو يختلف عن طريق الدعوي الأصلية المباشرة في أمرين.

الأمر الأول . أن مسألة دستورية القوانين لا يمكن أن تثار بداية أمام المحكمة الدستورية العليا ، وإسما يجب أن يتعلق الأمر بدعوي سبق أن أقيمت أمام إحدى المحاكم ودفع فيها بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه ، وقدرت هذه المحكمة جدية الدفع

أما الأمر الثاني : أن المحكمة العليا عندما يُرفع الأمر إليها وتحكم بعدم دستورية القانون ، فإنها لا تلغي القانون وإسما تمنع تطبيقه فقط ، وهو يختلف عن نظام الرقابة بطريقة الدفع وذلك في حالتين:

الأولى : أن المحكمة التي يدفع أمامها عدم دستورية القانون المراد تطبيقه ليست هي التي تنصل في مسألة الدستورية وإسما يقتصر دورها على تقرير ما إذا كان الدفع جدياً أم غير حدي ، فإذا رأت حديثه أوقفت الفصل في الدعوي وحددت للخصوم ميعاداً لرفع دعوي عدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا التي تتولي الفصل في الأمر .

الثانية : أن أحكام المحكمة ملزمة لجميع سلطات الدولة كافة

وتلأهياً لعيوب الرقابة القضائية بطريقة الدعوي الأصلية من ناحية ، والرقابة القضائية بطريقة الدفع الفرعي من ناحية أخرى ، فقد اتجهت بعض الدساتير التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى المرح بين طريقتي الرقابة القضائية ، إذ أحازت هذه الدساتير الطعن في دستورية القوانين بمناسبة النظر في قضية معينة مرفوعة أمام القضاء ، فيدفع احد الخصوم بعدم دستورية القانون ، المراد تطبيقه علي تلك القضية . وفي هذه الحالة لا تنظر المحكمة في حق الطعن في دستورية القانون وإنما تتوقف فقط من النظر في الدعوي وتحيل الطعن بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا المختصة وحدها بالفصل في دستورية القانون . وتعطي الدساتير عادة للقرار الصادر من المحكمة العليا بعدم دستورية القانون المشكوك في دستوريته قوة إلعاء ذلك القانون ويكون لقرارها هذا حُجية مطلقة في مواجهة كافة لئذا تنص الدساتير التي تأخذ بهذا النوع من الرقابة علي ضرورة نشر القرارات بنفس الطريقة التي تُنشر بها التشريعات العادية (١) .

ومن أمثلة الدساتير التي تبنت أسلوب الرقابة عن طريق الدفع المقترن بدعوي عدم الدستورية ، الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧ (المادة ١٣٦) .

(١) د ابراهيم عبدالعريز شيخا ، الدسور الدستوري ، بيروت ١٩٨٣ ، ص ٢٧٧-٢٨٠ .

والواقع أن الأحد بطريق معين من طرق الرقابة ، سواء كانت سياسية أو قضائية (بأنواعها المختلفة) رهين بطروف كل دولة على حدة ، وأن الحكم على مدى ملائمة أو نجاح طريقة معينة من طرق الرقابة ينبغي أن يتم على النتائج التي يحققها هذا الأسلوب في الدولة التي نأخذ به . ومن الضروري مراجعة هذه النتائج للإبقاء على الأسلوب المعمول به أو العدول عنه إلى أسلوب آخر يكون أكثر ملائمة وفعالية من هذا الأسلوب السابق (١) .

ما الحل إذا سكت الدستور عن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين ؟

رغم أن العاللية العظمى من دستائر الدول تبنت إحدى أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، إلا أن هناك مسألة أخيرة حديرة بإلقاء الضوء عليها ، وهي سكوت الدستور تماماً عن التطرق لموضوع الرقابة على دستورية القوانين ، وأسباب ذلك متعددة فقد يكون السكوت متعمداً وذلك لايامان المشرع الدستوري بالسلطة المطلقة للمجالس التشريعية المنتخبة باعتبارها المعبر عن إرادة الجماعة ، وقد يفضل واضعو الدستور في الاتفاق على أسلوب معين في الرقابة ، وقد يكون التقصاء قد قرر لنفسه حق الرقابة دون نص في ظل الدستور السابق ، فيصدر الدستور الجديد دون تنظيم أسلوب جديد للرقابة مكتفياً بالأسلوب القائم (٢)

والدستائر التي سكنت عن تنظيم الرقابة كثيرة ، منها على سبيل المثال الدستور الفرنسي لعام ١٨٧٥ والدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ .

غير أن سكوت الدستور عن تنظيم الرقابة لا يمنع من إثارة مسألة عدم دستورية القانون أمام القضاء في قضية معروضة عليه وذلك عن طريق الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى والسؤال المطروح هو : هل يستطيع القاضي قبول هذا الدفع ؟ وإذا اقتنع القاضي بصحة الدفع فهل يستطيع الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري ؟

في الواقع لقد اختلف الفقه في الإجابة عن هذه التساؤلات وانقسم إلى اتجاهين مختلفين

(١) د. سعد عصفور ، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والعظم السياسية ، الإسكندرية ١٩٨٠ ، مرجع سابق ، ص ٨١

(٢) د. عبدالفتاح حسن ، مبادئ النظام الدستوري في الكويت ، بيروت ١٩٦٨ ، ص ٧٥

الاتجاه الأول :

يذهب إلى أنه ليس للتضاء حق رقابة دستورية القوانين إذا سكت الدستور عن تنظيمها ، ويستند هذا الاتجاه إلى الحجج التي أوردتها بعض الفقهية الأوروبيين^(١) ، ومن هذه الحجج :

١ - وظيفة القضاء هي تطبيق القانون وليس الحكم عليه ، ولأن القانون يعد تعبيراً عن الإرادة العامة للجماعة فلا يحق للناضي التعقيب عليها وهو لا يملك تفسير القواعد الدستورية فذلك من عمل السلطة التشريعية ، وهو ليس برقيب على أعمالها ولأن بحثه في دستورية القوانين يحل مبدأ الفصل بين السلطات ، ويجعل القضاء سلطة سياسية تسمى على سائر سلطات الدولة^(٢)

٢ - كما وأن إصدار القانون من قبل الرئيس الأعلى للدولة يجعله بسأى عن بحث دستوريته ، لأن الإصدار يعتبر بمثابة شهادة دستورية ذلك القانون من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، ولهذا لا يجوز للتضاء أن يتعرض لبحث دستورية ذلك القانون من جديد^(٣)

الاتجاه الثاني :

في حين ذهب جانب آخر من الفقه^(٤) إلى إعطاء القضاء سلطة النظر في دستورية القوانين ولو لم ينظم الدستور هذه الرقابة ، وله الحق في الامتناع عن تطبيق القانون إذا اقتنع بعدم دستوريته

ويورد أنصار هذا الاتجاه حججاً كثيرة لتبرير وجهة نظرهم ، ومن هذه الحجج .

١ - أن عدم إعطاء القضاء هذا الحق ، يؤدي إلى نتيجة خطيرة وهي عدم وجود أية وسيلة للتعقيب على أعمال السلطة التشريعية إذا ما خالفت الدستور ، وينتج عن ذلك تطبيق قوانين غير دستورية

(١) وميمم الفقيهان الفرنسيان (كلاريه دومالبيريك) و (إيسمان) والفقيه الألماني (لايباند) والفقيه النمساوي (جيلبيك) ، راجع د. اسماعيل مرزوق ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، بغداد ١٩٦٠ ص ٢٠٤

(٢) أورد هذه الحجج الفقيه (إيسمان) مشار إليها لدى الدكتور إسماعيل مرزوق ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤

(٣) أورد هذه الحجة الفقيه (لايباند) مشار إليها لدى د. اسماعيل مرزوق ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥

(٤) وميمم الفقهية (هوريب وديكي ومارتلمي ورولان) ، مشار إليها لدى د. اسماعيل مرزوق ، ص ٢٠٥

٢ - عندما يبت القاضي في دستورية القوانين فإنه يقوم بعمل يدخل في صميم وظيفته ، فعندما تتعارض أسامه قواعد مختلفة الدرجة ، فيجب عليه إعمال النص الأعلى وإهمال النص الأدنى . فالقاضي إذن يعلب النص الأعلى (نص الدستور) على النص الأدنى (نص القانون العادي).

٣ - حق القضاء في بحث دستورية القوانين يستند إلى مبدأ مشروعية تصرفات الدولة بمختلف هيئاتها ، وهذا معيار التفرقة بين الدولة القانونية التي تخضع للقانون وبين الدولة البوليسية التي لا تنقيد بالقانون في تصرفاتها (١)

٤ - لا يعتبر عمل القضاء عندما يبت في دستورية القوانين ، ماساً بالإرادة العامة للجماعة المعبر عنها من قبل المجالس التمثيلية . لأن هذه المجالس يجب أن تمارس وظيفتها ضمن الحدود الموضوعية المرسومة لها في الدستور . فإن هي حالفت الدستور ، فليس من حقها إلزام القضاء بمحاربتها في المحالفة وتطبيق قانون مخالف للدستور (٢) .

٥ - كما أن الرقابة التي يمارسها القضاء في حالة سكوت الدستور عن تنظيم الرقابة ، هي رقابة امتناع تلقائية وتظل باقية حتى في حالة انتهاء العمل بالدستور ، أما الرقابة التي ينظمها الدستور فتسقط باستقوطه

وس الأمثلة التي سكتت دستورها عن تنظيم الرقابة ، ومارسها قضاؤها دون نص ، الولايات المتحدة الأمريكية ، وألمانيا قبل الحرب العالمية الثانية وكندا وأستراليا ومصر (٣) .

(١) د عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .

(٢) د اسماعيل مرره ، المرجع السابق ، ص ٢١٢ .

(٣) د عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص ٧٨ - ٨٠ .

المبحث الثاني

تطبيقات الدعوي الدستورية الأصلية في بعض النظم الدستورية المقارنة.

نعرض في هذا المبحث لموقف بعض الدساتير المقارنة من الدعوي الدستورية ، خاصة دساتير الدول العربية ، علي أن نرجئ الحديث عن تطبيقات هذه الدعوي بشيء من التوسع في النظم الأجنبية المقارنة إلي الفصل الثاني من هذا الباب والثالث من هذه الدراسة وبعد الانتهاء من ذلك ، نعرض لموقف الفقه والقضاء الدستوريين من الدعوي الدستورية الأصلية، ومدى الأخذ بها في النظام القانوني المصري .

وسيكون ذلك في مطلبين متتاليين علي النحو التالي

المطلب الأول: تطبيقات الدعوي الأصلية في بعض النظم الدستورية العربية

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء الدستوريين من الدعوي الدستورية الأصلية .

المطلب الأول

تطبيقات الدعوى الأصلية في بعض النظم الدستورية العربية.

إذا كان القانون المصري لم يَتنّ طريق الدعوى الأصلية بعدم الدستورية كأسلوب للاتصال بالمحكمة الدستورية العليا ، مما حدا بهذه الأخيرة أن ترفض نظام الدعوى الأصلية ، وتحكم برفضها، فإن الأمر كان خلاف ذلك بالنسبة لتشريعات بعض الدول العربية والخليجية ، حيث أقرت بضوابط نظام الدعوى الأصلية بعدم الدستورية كما سبقي ، لذا سنتناول تطبيقات تلك الدعوى في فرعين متتاليين ، نبحث في الأول منه عن الدعوى الدستورية الأصلية في دول الخليج العربي ، ثم نتناول في الفرع الثاني عن تطبيقات تطبيق تلك الدعوى خارج دول الخليج العربي وذلك على النحو التالي :-

الفرع الأول

تطبيقات الدعوى الدستورية الأصلية في دول الخليج العربي .

في دولة الإمارات العربية المتحدة يُجيز القانون اللجوء إلى الدعوى الأصلية بعدم الدستورية وفقاً لضوابط محددة ، حيث تنص المادة (٩٩) من دستور الإمارات العربية المتحدة في ثنائيا الثانية علي أن تختص المحكمة الاتحادية العليا ببحث دستورية القوانين الاتحادية ، إذا ما طُعن فيها من قبل إمارة أو أكثر لمخالفتها لدستور الاتحاد، بحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات إذا ما طُعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية ، لمخالفتها لدستور الاتحاد أو القوانين الاتحادية

ويسمح هذا النص لما ياءاء العديد من الملاحظات فس ناحية أولي ، يتضح من النص السابق أن الأفراد العاديين لا يحوز لهم أن يلجأوا إلى المحكمة العليا طعنأ في دستورية أحد النصوص من خلال الدعوى الأصلية بعدم الدستورية ، فليس أمام هؤلاء من مكنات فيما يتعلق بالمساواة الدستورية سوي الطعن من خلال دفع فرعي أمام قاضي الموضوع ، ومن خلال منازعة موضوعية بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق علي المنازعة كما تنص علي ذلك

الفقرة الثالثة من دات المادة ، كما أكدت عليه المادة (٥٨) من قانون المحكمة العليا وهذا المعنى هو المستفاد من المادة ٩٩/ فقرة ٣^(١).

ومن ناحية ثانية ، إذا كان الدستور قد قصر اللجوء إلى الدعوى الأصلية بعدم الدستورية على السلطات العامة ، إلا أنه لم يحدد هذه السلطات من خلال النصوص المتعلقة بالسلطة القضائية الاتحادية علي أن المادة (٤٥) من الدستور تكفلت ببيان هذه السلطات وهي المجلس الأعلى للاتحاد، ورئيس الاتحاد وبانته ومجلس وزراء الاتحاد وهي المجلس الأعلى للاتحاد والقضاء الاتحادي . إلا أن الأمر ينور فيما يتعلق بهذه السلطات كما هو الحال بالنسبة للقضاء الاتحادي الذي يملك الحق في الإحالة إلى المحكمة العليا بالنسبة للنصوص المخالفة للدستور ، مما ينير التساؤل حول سدي جدوى إعطاء القضاء الاتحادي سلطة تحريك الدعوى الأصلية بعدم الدستورية . وإن كان البعض يعلن أن هذا لا يعني انتفاء حق المحاكم الاتحادية في سلوك هذا الطريق بالطعن في دستورية تشريع صادر عن إحدى الإمارات لمخالفته للدستور الاتحادي ، أو للتوانين الاتحادية دون انتظار لأن تثار منازعة أمامها ، ولكن لا يجوز من ناحية أخرى لهذه المحاكم الاتحادية أن فباثر ذات الحق بالنسبة للقوانين الاتحادية التي تملك بالنسبة إليها محدد الإحالة إلى المحكمة العليا ، وذلك إذا كانت هناك دعوى قضائية منطوية أمامها^(٢)

والأمر مقرر أيضاً بالنسبة للمجلس الوطني الاتحادي بالرغم من اعتراض البعض على منحة هذا الاختصاص ، نظراً لأنه يشارك في العملية التشريعية ويستطيع تقاضي الطعون الدستورية في التشريعات المحلية المخالفة للدستور .

إلا انه وبالرجوع إلى الدستور يري أن منح هذا المجلس الحق في الطعن في دستورية القوانين بدعوى أصلية له سنه : إذ إن دور المجلس في العملية التشريعية لا يتعدى الدور الاستشاري ، وقد يري تعديلات في تشريع ما أو يرفض أحد التشريعات ومع ذلك يصدر هذا القانون ويطبق بالرغم من معارضته ، وهنا تبدو فائدة منحه هذا الحق - فالمادة (١١٠) من

(١) أنظر في نفس المعنى د عادل الطنطيسي ، النظام الاتحادي في الإمارات العربية ، دراسة مقارنة ، رسالة بكتنوراه ، جامعة عين شمس ١٩٧٨ ص ٣٢١ ، ٣٢٣ ، وكذلك د. تحي فكري ، التنظيم الدستوري للسلطات الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة تحليلية نقدية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ص ٢٠٥ .

(٢) د. محمد السيد إبراهيم ، أسس التنظيم الاساسي والدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة ، ابوظبي ، ١٩٧٥ ، ص ١٧٨ وما بعدها

الدستور تعلن أن السلطة المختصة بإعداد مشروعات القوانين هي مجلس الوزراء ، فلا يملك المجلس الوطني الاتحادي هذه السلطة . كما أن معارضته لقانون أو تعديله لا تحول دون إصداره^(١).

لذا تنص الفقرة الثالثة من المادة علي أن " يعد مجلس الوزراء مشروع القانون ويعرضه على المجلس الوطني الاتحادي " وتنص الفقرة التالية على أن " يعرض مجلس الوزراء مشروع القانون على رئيس الاتحاد للموافقة عليه " وتنص الفقرة السابعة من ذات المادة علي أنه " إذا أدخل المجلس الوطني الاتحادي تعديلاً علي مشروع القانون ولم يكن هذا التعديل مقبولاً لدي رئيس الاتحاد أو المجلس الأعلى ، أو إذا رفض المجلس الوطني الاتحادي المشروع ، فإن لرئيس الاتحاد أو المجلس الأعلى أن يعيده إلي المجلس الاتحادي ، فإذا اجري المجلس الوطني في ذلك أي تعديل لم يكن مقبولاً لدي رئيس الاتحاد أو المجلس الأعلى ، أو لأن المجلس الوطني الاتحادي رفض المشروع كان لرئيس الاتحاد أن يصدر القانون بعد مصادقة المجلس الأعلى فيه " بينما تنص الفقرة التالية علي أن " يقصد بعبارة " مشروع القانون " الواردة في هذه الفقرة المشروع الذي يقدم لرئيس الاتحاد من مجلس الوزراء مستملاً على التعديلات التي أدخلها عليه المجلس الوطني الاتحادي ، إن وجدت " .

ومثل هذا التنظيم الدستوري لدور المجلس الوطني الاتحادي يبرر دون شك منحه الحق في الدعوي الدستورية الأصلية^(٢).

ومن ناحية ثالثة ، فإنه طبقاً للنص الدستوري (م ٩٩) ، فإن إمكانية اللجوء للدعوي الأصلية عن طريق السلطات التي لها الحق بها ليست مطلقة من حيث موضوعها ، فالسلطات الاتحادية لا تملك أن تسلك طريق الدعوي الأصلية إلا بالنسبة للقوانين الصادرة عن إحدى الإمارات ، وذلك إذا رأت أنها مخالفة للدستور أو للقوانين الاتحادية ولا تستطيع ذلك بالنسبة للقوانين الاتحادية . كما أن الإمارات لا تستطيع أن ترفع دعوي أصلية بعدم الدستورية إلا بالنسبة إلي القوانين الاتحادية إذا رأتها مخالفة للدستور دون غيرها من التشريعات التي تصدر

(١) د فتحي تكري ، مرجع سابق ص ٢١٢

(٢) د رمضان بطيح ، تطور الفكر السياسي والدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة ، مؤسسة العين للإعلان ، ١٩٨٨ ص ١٤٠

عن الإمارات حتى لو رأت أنها مخالفة للدستور أو للقوانين المحلية . إذ لا يجوز اللجوء إلى
الدعوى الأصلية بصددّها عن طريق إحدى الإمارات

ويتركّز على مخالفة هذه القواعد المتعلقة بالسلطات التي يجوز لها استعمال الدعوى
الأصلية بعدم الدستورية وموضوعها أن تصبح الدعوى عبر مقبولة^(١)

وفي القانون الكويتي ، نجد أيضاً تطبيقاً للدعوى الأصلية بعدم الدستورية ، حيث تنص
المادة (١٧٣) من الدستور الكويتي على أن " يعين القانون الجهة القضائية التي تختص
بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ويكتل القانون حق كل من
الحكومة ودوي الشأن في الطعن لدي تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح " وجاءت المادة
الرابعة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بشأن المحكمة الدستورية ليفصل ما أقره الشارع
الدستوري ، فنصت على أن " ترفع المنازعات إلى المحكمة الدستورية ... بطلب من مجلس
الأمة أو من مجلس الوزراء ... " ^(٢).

وكما يتضح من هذه النصوص ، فإن المشرع قد تبني طريق الدعوى الأصلية بعدم
الدستورية ، وأعطى الحق في اللجوء إليها لكل من مجلس الأمة ومجلس الوزراء . وقد يدور
التساؤل حول إعطاء مجلس الأمة هذا الحق وهو السلطة التشريعية ويستطيع أن يعدل أو يلغي ،
أو يصدر قوانين يعدل أو يلغي بها قوانين سابقة يراها غير دستورية . ولا يتصور أن الإجراء
يفسد بها اللوائح وليس القوانين . لأن السلطة التشريعية الأصلية هي لمجلس الأمة يستطيع من
حلالها أن يتناول ما يشاء من موضوعات سبق أن بطنها السلطة التنفيذية عن طريق اللوائح .
وعلى العكس ، فإن منح مجلس الوزراء الحق بالدعوى الأصلية له ما يبرره ، فقد ينضم مجلس
الوزراء ، أحد مشروعات القوانين إلى مجلس الأمة فيعده أو ينظم الموضوع بطريقة لا تتعاطى
مع ما ارتأه مجلس الوزراء . وقد يري ذلك المجلس مشروع القانون مخالفاً للدستور ومع ذلك
يصدره مجلس الأمة . وهنا تبرز جدوى منح مجلس الوزراء الحق في الطعن بعدم الدستورية
من خلال الدعوى الأصلية^(٣).

(١) راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا في ١٩ لسنة ١٩٩٢ ق دستورية الصادر في ٣ يناير ١٩٩٢ ، مجموعته
أحكام المحكمة الاتحادية العليا ، العدد ١٤ ص ٥

(٢) د رمزي الشاعر ، رقابة دستورية النواحي ، ٢٠٠٢ مرجع سابق ص ١٧٧

(٣) د عادل الطبطبائي ، بحث مشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت بعنوان مفهوم الطعن المباشر في
النظام الدستوري الكويتي ، السنة الثالثة والعشرون العدد الأول مارس ١٩٩٩ ص ١٨ ، ١٩

وفي كل الأحوال فإن الفقه يري أن تقرير أسلوب الدعوي الأصلية بعدم الدستورية لهو مما ينسجم مع الأخذ بمركزية الرقابة في القانون الكويتي علي أساس أن ذلك يعد نتيجة طبيعية لتبني الدستور لرقابة الإلغاء دون الامتناع (١). إلا أن هناك ملاحظة جديرة بالإشارة وتتعلق باختلاف القانون الحاص بالمحكمة الدستورية عن الدستور في تنظيم الرقابة ، إذ تعلن المادة (١٧٣) من الدستور مبدأ أن يكفل القانون للحكومة ولذوي الشأن الحق في الطعن لدي تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح ، ولم يمنح القانون هذا الحق سوى لمجلس الأمة ومجلس الوزراء ، فلم يجز للأفراد اللجوء إلى المحكمة الدستورية مباشرة من خلال دعوي أصلية بعدم الدستورية ، حيث يستلزم القانون ضرورة أن تكون هناك دعوي موضوعية مثارة أمام إحدى المحاكم ويدفع أحد الخصوم بعدم دستورية النصوص واحة التطبيق علي السريعة ثم يخضع هذا الدفع بعد ذلك لتقدير هذا القاضي ليري مدى جديته ، قبل أن يصرح للدافع باللجوء إلي القضاء الدستوري ، في حين أن النص الدستوري يعطي للأفراد حق الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية من خلال دعوي أصلية بعدم الدستورية وهو ما لا يتحقق من خلال الدفع الذي قد يقرر قاضي الموضوع عدم جديته . فيحجب هذا الشخص عن الوصول للقاضي الدستوري بالرغم من كفالة الدستور مباشرة لهذا الحق .

وبسبب هذا الأسلوب الذي انتهى قانون المحكمة الدستورية الكويتية في تنظيم رقابة الدستورية حاجباً حق الأفراد في الدعوي الأصلية بعدم الدستورية قاصراً إياها علي مجلس الأمة ومجلس الوزراء ، يذهب الفقه إلي عدم دستورية القانون فيما يتعلق بهذا الموضوع لأنه يهدر الحكمة من النص عليه لأنه يؤدي في الواقع العكسي ، إلي تعطيل أعمال الرقابة علي دستورية القوانين واللوائح بطريق الدعوي الأصلية . فيصحح النص علي هذا الطريق من طرق الطعن عديم الفائدة ونتقي الحكمة من تقريرها (٢).

وفي مملكة البحرين (٣) نص دستورها الصادر في عام ٢٠٠٢ في مادته ١٠٦ علي أن " تنشأ محكمة دستورية ... وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح . ويكفل حق كل من

(١) د محمد عبد المحسن المفاطع ، الراسخ في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية -دراسة في إطاره النظري وتطوره التاريخي وتطبيقه العملية والتعقيب علي ممارسات السلطتين والتعليق علي أحكام القضاء الدستوري ، الطبعة الأولى ٢٠٠٦ ، دوى دار نشر ص ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) د عثمان عبدالملك الصالح الرقابة النصائية امام المحكمة الدستورية في الكويت ١٩٨٦ ، ص ٨٢

(٣) للمزيد من المعلومات عن الرقابة الدستورية في مملكة البحرين راجع

الحكومة ومجلس الشورى ومجلس النواب ونوبي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن لدى المحكمة في دستورية القوانين واللوائح .. " وبصت المادة (١٨/أ) من قانون المحكمة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٢ على أن تُرفع المنازعات الخاصة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح " بطلب من رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى أو رئيس مجلس النواب".

وكما هو واضح فالقانون البحريني لم يسمح للأفراد بسلوك طريق الدعوي الأصلية بعدم الدستورية مفسراً علي بعض السلطات العامة علي الرغم من أن النص الدستوري يكفل للأفراد صراحة الطعن في دستورية القوانين واللوائح ليس عن طريق قاضي الموضوع من خلال منازعة يدفع بها بعدم الدستورية ويحضع من ثم لتقدير قاضي الموضوع ، وإنما مباشرة امام المحكمة مثل السلطات العامة ، فنص المادة (١٠٦) تعلن صراحة علي أن يكفل القانون ذوي الشأن والأفراد وغيرهم في " الطعن " لدى المحكمة في دستورية القوانين واللوائح وأحال إلي القانون للتنظيم وليس المصع .

ومن هنا تثار نفس الملاحظة السابقة بشأن القانون الكويتي فيما يتعلق بعدم دستورية القانون بصدد حظر حق الأفراد في سلوك سبيل الدعوي الأصلية بعدم الدستورية .

الفرع الثاني

تطبيقات الدعوي الدستورية الأصلية خارج دول الخليج العربي .

وفي العراق نجد أيضاً تطبيقاً للدعوي الأصلية بعدم الدستورية حيث تنص المادة ٩٣/أ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ "علي أن تختص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة علي دستورية القوانين والأنظمة ، وتفسير نصوص الدستور ، والفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية وقد أحاز الدستور في السد ثالثاً من المادة الثالثة والتسعين لكل من مجلس الوزراء ، ونوبي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المناسر لدى المحكمة (١) . (وجاءت المادة ٤/ ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ التي نصت علي أنه (الفصل في

د رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، لون دار نشر ، ص ٢٨٤ وما بعدها ، وكذا د أحمد المشهداني ، ومروان المدرس ، القانون الدستوري في البحرين ، جامعة البحرين ، كلية الحقوق الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٤ وما بعدها .

(١) د . حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مكتبة السبوري - بغداد ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٢ ، ص ١٨٧ ، ١٨٨ .

المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض معها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، ويكون ذلك بناء على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدعي المصلحة".

ويتبين من هذا النص أن المشرع الدستوري قد تلافى النقص الحاصل في القانون الأساسي لعام ١٩٢٥ والدستور المؤقت لعام ١٩٦٧ من حيث إنه قد سمح للأفراد الطعن في دستورية القوانين مباشرة لدى المحكمة العليا .

وفي فلسطين ... تبنى المشرع الفلسطيني فكرة الدعوي الأصلية باعتبارها طريقاً من طرق الرقابة القضائية على دستورية القوانين متجاوباً بذلك مع الفقه الفلسطيني الذي رأي ضرورة الأخذ بها (١) .

(١) يحذر الإشارة هنا إلى أن مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني لم يمس بإدني الأمر على الدعوي الأصلية كأحدى طرق اتصال الدعوي الدستورية بالمحكمة ، إلا أن المشرع الفلسطيني أثناء دراسته لمشروع القانون ، تجاوب مع المذكرة التي قدمها د. فتحي الوحيدي لرئيس اللجنة القانونية بالمجلس التشريعي الفلسطيني / ريان أبو ريان بتاريخ ٢٠٠٥/٧/١٠ والتي جاء بالبند الرابع عشر منها على أنه " يجب إضافة مادة لاحتصاص المحكمة بتجريح دعوي أصلية مباشرة أسرة بما هو منع في استنادها ومبرراتها وبعض الدول المتقدمة ... حيث يرى الفقه الدستوري الحديث ضرورة منح الأفراد حق رفع دعوي أصلية بعدم الدستورية ، لأن هذا يكفل فرصة أوفر لإنارة مسألة الدستورية ويعطي المواطنين من التيقن والانتظار لحين أن تعام الدعوي صدهم وبعد ذلك يتسنى لهم إبداء الدعي بعدم الدستورية ويقتنع المحكمة المطبوعة أمامها الدعوي بجدية الدفع أو تقوم بحالة الأوراق من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا في مسألة الدستورية ، وبالطبع هذا سيؤدي إلى المشاركة الفعالة من المواطنين ، وكذلك الهيئات العامة في الرام المشرع العادي حدود الدستور ، ومن السك نغادي الاعتراض الفام على تكديس الطعون أمام المحكمة ، مما يعوقها عن التفرغ لمهامها ، وذلك من حيث وضع شرط متعلق بالمصلحة في الدعوي ، بمعنى أن يشترط فيس يرفع الدعوي الأصلية بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ، أن يكون في مركز قانوني يمس النص المطعون فيه ، على عرار شرط المصلحة في دعوي الإلغاء ، فضلاً عن إمكانية فرص عرامة مالية علي من يحضر دعواه ، مما يحد من عدد الدعوي أمام المحكمة بحيث لا يرفع الدعوي إلا من كان حاداً ومتقنعاً بعدم دستورية القانون ، ومن أجل ندادي الانتقادات الموجهة إليها فإنه يمكن إعطاء الحق في رفع الدعوي الأصلية إلى الهيئات المختلفة الموجودة بالدولة والتي تتسع بشخصية معبوية عامة كالحاميات وكليات النقوق والقبامات وبمسح حصة بقانة المحامين والمحائس البلدية وغيرها ، فنقل هذا القول بقصي علي التخوف من إعطاء الأفراد بذواتهم الحق في اللجوء إلى الدعوي الأصلية ، كما يجعل من هذه الوسيلة طريقاً عملياً للرقابة على دستورية القوانين . والنص المقترح هو (يجوز للأفراد والهيئات التي تتسع بالشخصية المعبوية العامة رفع دعوي أصلية أمام المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة علي أن يكون صاحب الدعوي الدستورية في مركز قانوني يمس النص المطعون فيه وتفرض غرامة مالية بفدورها المحكمة الدستورية علي كل من يحضر دعواه) راجع . عمر حمزه التركستاني ، رسالة ماجستير ، جامعة الأزهر ، عره ، بعنوان القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لعانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ ، ٢٠١٠ ، هامش ص ١٩٧ .

ولبيان ذلك فإن الأمر يستدعي منا استعراض ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ التي نصت على " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي : ١- بطريق الدعوي الأصلية المباشرة التي يقيمها النحصر المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (٢٤) من القانون.

وعلى الرغم من أن المشرع الفلسطيني قد حدد من حيث اللفظ الذي أورده في المادة (٢٧) بأن تلك الدعوي تثبت للأشخاص المتضررة من التشريع المطعون بعدم دستوريته ، فإن انحائها فقهيًا – يري أن ذلك الحق يثبت كذلك للهيئات المعنية بسيادة القانون المتمتعة بالأهلية القانونية ، حيث يحق لمثل تلك الهيئات أن تلجأ للمحكمة الدستورية بالطعن المباشر ، وبصورة أصلية ومنبثقة في دستورية تشريع لمخالفته لنصوص الدستور (١).

وقد حصر فقهاء القانون الأهداف التي يتوخاها عادة المشرع من منح الأفراد والهيئات العامة صاحبة المصلحة الطعن في دستورية التشريعات بطريق الدعوي الأصلية في حماية الحقوق والحريات ، الرقابة على دستورية القوانين والتحقق من شرعية أعمال الدولة ، وتعميق قيم الديمقراطية في ضمير الشعب من خلال وضع الرقابة الدستورية في متناول أفراد الشعب (٢).

ولكي تحقق هذه الطريقة نمارها فلاند من أن تُعبد مثل تلك الرقابة إلى محكمة قضائية متخصصة يتكفل الدستور بتحديد أسوة بما فعله المشرع الفلسطيني منعا لتعسار الأحكام فيما لو كان مثل ذلك الاحتصاص معقوداً لأكثر من جهة قضائية (٣).

أما فيما يتعلق بالنظام القانوني المتبع في سوريا فتتمثل صورته الأساسية في الرقابة القضائية السابقة على إصدار القوانين كما هو متبع في البحرين ، وحدد طرق اتصال الدعوي الدستورية بالمحكمة على سبيل الحصر ، فجعل أمر تحريك الدعوي من اختصاص هيئات

(١) د. فتحي الوحيدي ، القضاء الدستوري في فلسطين وفي أحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا ، دراسة مقارنة ، دار المتداد ، ٢٠٠٤ ، ص ١١٣

(٢) د. فتحي الوحيدي ، القضاء الدستوري في فلسطين ، المرحع السابق ، ص ١١٣ ، وكذلك د. حلد الرعى ، الرقابة على دستورية القوانين في محكمة العدل والمحاكم الوطنية في الأردن ، مجلة موده للبحوث والدراسات ، جامعة موده ، الأردن ، المجلد الحادي عشر ، العدد الأول ، ١٩٩٦ ، ص ٤٤

(٣) د. عد المنعم محفوظ ، القضاء الدستوري في مصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤ ، ص ٢٨

رسمية تتمثل في رئيس الجمهورية أو ربع أعضاء مجلس الشعب طبقاً لنص السادة ١٥ من دستور ١٩٧٣ وقانون المحكمة الدستورية العليا السورية رقم ١٩ .

ولم يفرد المشرع السوري نصاً مستقلاً لبيان طرق اتصال الدعوي الدستورية بالمحكمة ، وإنما دمج ذلك مع نص المادة (١٥) التي تحدث فيها عن اختصاصات المحكمة حيث جاء فيها " تنظر المحكمة في الأمور التالية :

- أ - التحقيق في الطعون الخاصة بصحة انتخاب أعضاء مجلس الشعب
- ب- دستورية القوانين قبل إصدارها بناء على طلب رئيس الجمهورية أو ربع أعضاء مجلس الشعب .
- ج- دستورية المراسيم التشريعية بناء على طلب رئيس الجمهورية
- هـ قانونية مشروعات المراسيم بناء على طلب رئيس الجمهورية
- و- محاكمة رئيس الجمهورية

ويتضح مما سبق أن اختصاصات المحكمة يمكن إيجازها في الآتي (١) :
أولاً الاختصاصات التحقيقية - وتتمثل في التحقيق في الطعون الانتخابية وإحالة تقريرها إلى مجلس الشعب

ثانياً الاختصاصات القضائية : وهي المتعلقة بالنظر في دستورية القوانين قبل إصدارها والبت في دستورية المراسيم بقوانين بناء على طلب ربع أعضاء مجلس الشعب .
وقانونية مشروعات المراسيم بناء على طلب رئيس الجمهورية ، علاوة على اختصاصها بمحاكمة رئيس الجمهورية

ثالثاً الاختصاصات الاستشارية : وهي ابداء الرأي في دستورية وقانونية مشروعات القوانين والمراسيم بناء على طلب رئيس الجمهورية

ومن الواضح أن المشرع السوري قد اعتنق طريق الدعوي الدستورية الأصلية في حالة واحدة وهي حالة الطعن في صحة انتخابات مجلس الشعب من الأشخاص الذين لم يحالفهم الحظ بالفوز في عضوية المجلس وهو الأمر الذي بينه في المادة (١٧) من قانون محكمة الدستورية

(١) د أحمد إسماعيل ، تفعيل دور المحكمة الدستورية السورية ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد ١٧ المجلد ١٧ عام ٢٠٠١ ، ص ٣٥٨ .

العليا حينما أقر (يحق للمرشحين في كل دائرة انتخابية ، ممن لم يتوروا في عصوية مجلس الشعب الطعن في صحة انتخاب الأعضاء الثائرين في تلك الدائرة أمام المحكمة الدستورية العليا. واشترط في ذلك ان يتقدم صاحب المصلحة بايذاع طعنه لرئيس المحكمة الدستورية العليا السورية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ نشر المرسوم الخاص بنتيجة الانتخابات .

وهو الأمر الذي أكد عليه صراحة في المادة (١٨) من قانون محكمته الدستورية العليا التي نصت علي (يُقدم الطعن في صحة الانتخابات الي رئيس المحكمة خلال خمسة عشر يوما بدءاً من اليوم الذي يلي نشر المرسوم المتضمن تسمية أعضاء مجلس الشعب تحت طائلة الرد)

وفي القانون الليبي ، نجد أيضاً تطبيقاً للدعوي الأصلية بعدم الدستورية ، حيث نصت السادة (١٦) من قانون المحكمة العليا الانحادية لسنة ١٩٥٣ والذي نُشر في الحريدة الرسمية بتاريخ ١٨ من نوفمبر ١٩٥٣ على أنه (يحور لكل ذي مصلحة شخصية ومباشرة الطعن أمام المحكمة العليا في أي تشريع أو إجراء أو عمل يكون مخالفاً للدستور)

والواقع أنه من الناحية النظرية المحنة فإن النص المشار إليه والذي حاز فيه الطعن أمام المحكمة العليا في التشريع أو الإجراء أو العمل المخالف للدستور بعد خطوة تقديمية في باب رقابة دستورية القوانين بواسطة السلطة القضائية ذلك أن المعروف في الولايات المتحدة الأمريكية أنه لا يجوز الطعن في دستورية القوانين عن طريق الدعوي الأصلية وأن الطريق المعتاد للطعن في دستورية تشريع معين إنما يكون عن طريق الدفع بعدم دستورية القانون أو النص المراد تطبيقه في حصومة معينة وفي حدود هذه الحصومة ، وتقتضاء المحكمة الأمريكية بعدم الدستورية أو النص المعين المراد تطبيقه علي واقعة النزاع لا يؤدي إلى إلغاء القانون أو النص وإنما يؤدي إلى محرد الاستناع عن تطبيقه علي واقعة النزاع المطروحة .

ولم يحدد القانون موعداً محدداً تُرفع خلاله الدعوي بعدم الدستورية إلا أن اللائحة الداخلية للمحكمة العليا قد حددت سبعة ستين يوماً من تاريخ النشر أو الإعلان ، تُرفع خلالها الدعوي الأصلية المبتدأه . وعلي ذلك فإذا مصت السنون يوماً المشار إليها فلا يجوز للأفراد مباشرة الدعوي الأصلية المبتدأه ولا يقي أمامهم إلا إثارة احتصاص المحكمة العليا عن طريق غير مباشر وفقاً لنص المادة ١٥ من قانون المحكمة العليا . هذا وقد استرطت المادة ١٦ من قانون المحكمة العليا "المصلحة الشخصية المباشرة" ليقول الطعن بعدم الدستورية الا أن

المحكمة العليا قد توسعت في تقدير تلك المصلحة إلى درجة أنها اعتبرت المصلحة الاحتمالية للطاعن كافية لمباشرة الطعن. فقررت أنه لا يلزم أن تكون المصلحة حالة بل يكفي أن تكون محتملة^(١). كما قضت بأن هذه المصلحة الحالة أو المحتملة يكفي أن تتحقق يوم رفع الدعوي. فعاء في حكمها الصادر في ٢٩ فبراير سنة ١٩٦٤ في الطعن رقم ٣ لسنة ٦ قضائية ، مبدأ رقم ٦ متى كان التشريع موضوع الطعن واجب التطبيق على الطاعن فإن مصلحته الشخصية المباشرة في الطعن على هذا التشريع تقوم منذ الوهلة الأولى دون انتظار لتطبيقه بالفعل^(٢).

وعلى خلاف ذلك جاءت النصوص المتعلقة بالمحكمة الاتحادية العليا في ليبيا في المادة ١٦ من قانون المحكمة أنه يحوز لصاحب المصلحة المباشرة أن يرفع دعوي أصلية أمام المحكمة العليا مباشرة بطعن فيها في دستورية القانون أو الإجراء أو العمل المخالف للدستور.

هذا وقد نصت المادة ١٥٥ من الدستور الليبي على أن المبادئ التي تقرها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم في ليبيا. ورددت المادة ٢٨ من قانون إنشاء المحكمة هذا النص وراحت عليه أن ما تقرره المحكمة العليا لا يكون ملزماً للمحاكم المختلفة فقط وإنما يكون ملزماً للسلطات الأخرى "تكون المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم والسلطات في المملكة الليبية المتحدة"^(٣).

(١) حكم المحكمة الصادر في ٨ برتمبر سنة ١٩٥٦ ، في الطعن رقم ٣ لسنة ٢ قضائية
(٢) د. اسماعيل مررة القانون الدستوري ، دراسة مقارنة للدستور الليبي وسليقير القول العربية الأخرى ، منشورات الجامعة انليبية ، دار صادر ، بيروت ١٩٦٦ ص ٥٥٢ وما بعدها.
(٣) د. يحيى الحبل في المجلة المصرية للعلوم السياسية ، العدد الخامس والعشرون ، أبريل ١٩٦٣ بعنوان نظام المحاكم الاتحادية العليا، دراسة مقارنة ص ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣

المطلب الثاني

موقف الفقه والقضاء المصريين من الدعوي الدستورية الأصلية وتقييمها .

سنقدم هذا المطلب الي فرعين ، نتناول في الأول منه موقف القضاء والفقه المصريين من الأخذ بأسلوب الدعوي الأصلية ، على أن نتناول في الفرع الثاني منه تقييم الدعوي الأصلية من حيث مراياها وعيوبها مقارنة بالطرق الأخرى على النحو التالي :

الفرع الأول

موقف الفقه والقضاء المصريين من الدعوي الدستورية الأصلية

تبنى الدستور المصري السابق الصادر عام ١٩٧١ ، في مادته ١٧٥ ، نظام الرقابة المركزية علي دستورية القوانين واللوائح ، وعهد إلى المحكمة الدستورية العليا بمهمة تفسير النصوص التشريعية، إلا أنه ترك للمشرع العادي تحديد طرق رفع الدعوي الدستورية وقد نص القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ علي ثلاثة طرق لاتصال المحكمة الدستورية بالدعوي ، وهي : الدفع الفرعي بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة أثناء نظر دعوي أمام إحدى المحاكم. يكون لازماً للفصل في النزاع ، ويشترط أن تتبله المحكمة أو الإحالة من هذه المحكمة مباشرة إلى المحكمة الدستورية ، أو تنصدي المحكمة الدستورية ، من تلقاء نفسها ، بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ، لفحص دستورية أي نص قانوني أو لائحة يكون متصلاً بالنزاع المطروح عليها .

وفي عام ٢٠٠٥ أضاف المشرع الدستوري اختصاصاً جديداً للمحكمة الدستورية ، هو الرقابة السابقة على دستورية مشروع القانون المصمم للانتخابات الرئاسية بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره بواسطة رئيس الجمهورية. ثم جاء دستور ٢٠١٢ ونص في المادة ١٧٧ علي اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة علي أربعة قوانين وهي قانون الانتخابات الرئاسية ، وقوانين المجالس النيابية والمحلية ومباشرة الحقوق السياسية ، إلا أن الوضع تغير في دستور ٢٠١٣ ولم يأخذ بالرقابة السابقة ، وفي اعتقادي أن السبب في ذلك هو خشية المشرع الدستوري من تدخل السلطة التنفيذية في أعمال المحكمة الدستورية مما يؤثر على استقلاليتها .

ولم ينتس المشرع المصري حتى الآن أسلوب رقابة الدستورية بواسطة دعوي أصلية تُقام مباشرة أمام المحكمة الدستورية بواسطة الأفراد أو الجماعات

فبحسب القانون الأساسي المعدل وكذلك مشروع قانون المحكمة الدستورية المستند إليه لم يأخذ أي منهما بطريق الدعوي الدستورية الأصلية التي تأخذ بها بعض الدول مثل سويسرا وأستراليا وهذا هو موقف المشرع الدستوري والعادي في مصر^(١).

علماً بأن المشروع الأساسي لقانون المحكمة الدستورية العليا الذي تقدمت به الحكومة إلى قسم التشريع في مجلس الدولة والذي أقره المجلس في ٢٠ من ديسمبر عام ١٩٧٢ كان يأخذ بفكرة الدعوي الأصلية التي تعطي للأفراد الحق في الطعن مباشرة في القوانين واللوائح أمام المحكمة الدستورية العليا ، ولكن المشروعات التي تلت هذا المشروع جاءت حالية من تقرير هذا الحق للأفراد بما فيهم دستور ٢٠١٢ باستثناء قوانين الانتخابات^(٢) وكذا الدستور الحالي ٢٠١٢ .

وبستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا علي أن ولاية هذه المحكمة في الدعاوي الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوي اتصالاً قانونياً طبقاً للأوضاع المقررة في المادتين ٢٧، ٢٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٩ اللتين رسستا سبل التقاضي في شأن الدعاوي الدستورية وليس من بينها الدعوي الأصلية أو الطلبات العارضة التي تقدم إلى المحكمة مباشرة طعنًا في دستورية التشريعات.

(١) راجع بخصوص الرقابة عن طريق الدعوي الأصلية بصيغة عامة:

- (C.) Leclercq, Droit constitutionnel et institutions politiques 4e ed 1984, p 108.
- Kelsen (H.) La garantie juridictionnelle de la constitution, R. D. P., Paris, 1928, p. 199 et ss.
- L. Ferrière (J.): Manuel de Droit constitutionnel, Paris, 1947, p. 312 et ss.

وراجع أيضاً:

د. إسماعيل مرزوق، مبادئ القانون الدستوري ، بغداد ، ١٩٦٠ ، ص ٥٢
ميشيل سيثوراء، نظم الحكم الحديثة ، ترجمة أحمد كامل ومراجعة الدكتور سليمان الطماوي ، ١٩٦٢ ، ص ١٨٢
د. ثروت بدوي القانون الدستوري ، وتطور الأنظمة الدستورية في مصر ، ١٩٧١ ، ص ١٣٣ وما بعدها

(٢) مشار إليه عند الدكتور / إبراهيم محمد علي ، المصلحة في الدعوي الدستورية ، بدون سنة أو دار نشر ، ص ١٠١ ، ١٠٢ .

وبضيف حكم المحكمة المذكور أنه لا يجوز للأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة رفع دعوي أصلية أمام المحكمة الدستورية العليا ذلك تأسيساً على أن قانون المحكمة الدستورية العليا قد بطم بالمادتين ٢٧ و ٢٩ منه الطرق التي لا تُقبل الدعوي الدستورية إلا بولوجها ، والبين من هاتين المادتين أن كليهما لا تحوّل للأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص العادية الطعن في النصوص التشريعية بالطريق المباشر^(١).

وقد برر بعض النقه الدستوري عدم إسناد هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا بأن إعطاء الأفراد هذا الحق قد يؤدي إلي إرهاب المحكمة سبل من الدعاوي ويأل إجارة هذا الحق للأفراد يتنافي مع الأصل ، وهو دستورية القانون واللائحة وليس العكس فإجارة هذا الحق يُسعر بلا شك أن عدم الدستورية هو الأصل وأن الدستورية هي الاستثناء^(٢)

وهذه التبريرات لا تستعصى على التقيد ، فربط إثارة المسألة الدستورية بوجود نزاع موضوعي أمام قاضى الموضوع ، يرتبط أيضاً بافتتاح هذا الأخير بوجود شك فى دستورية النص واجب التطبيق علي المنازعة ، وهو أمر ليس مؤكداً ويؤدي إلى اختلاف نظر القضاة والأفضل إتاحة الفرصة للقاضي الدستوري ليقول كلمته القاطعة مرة واحدة بخصوص هذا النص كما أن إتاحة هذا الطريق للأفراد يحنبهم مشنة الانتظار حتى يُثار براع موضوعي يستطيعون من خلاله أن يهاجسوا النص الذى يرويه غير دستوري .

أصف الي ذلك أن التخوف من إرهاب المحكمة بالدعاوي ليست بالصورة التي يراها البعض ، نظراً لأن المحكمة ستعلن رأيها في النص وبحكم نهائي ملزم لكافة سلطات الدولة بما يحول نور العودة الي إثارة البراع الدستوري بشأنه . كما أن ربط اللجوء إلى الدعوي الأصلية بعدم الدستورية بتوافر المصلحة الشخصية المباشرة سيؤدي إلياً إلى تقليل الدعاوي أمام المحكمة

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا ، الطعن رقم ٨ لسنة ٢ ق ، جلسة ١٩٨١/١٢/٥ ، الموسوعة الدستورية المستشار حسن الكهاني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٢٢٩
حكم المحكمة الدستورية العليا ، الطعن رقم ٩٢ لسنة ٦ ق ، جلسة ١٩٨٨/٢/٦ ، الموسوعة الدستورية ، المرجع السابق ، ص الجزء الثالث ، ص ١٢٣٠ .
حكم المحكمة الدستورية العليا ، الطعن رقم ٥٩ لسنة ١٣ ق ، جلسة ١٩٩٤/١/١ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣ (تابع) فى ١٩٩٤/١/٣٠ .
حكم المحكمة الدستورية العليا ، الطعن رقم ٦٨ لسنة ١٣ ق ، جلسة ١٩٩٢/١١/١٧ ، الموسوعة الدستورية ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٥٥٦ .
(٢) مشار اليه لذي الدكتور / ابراهيم محمد علي ، المصلحة في الدعوي الدستورية ، مرجع سابق ، ص ١٠١

لأن هذا الطريق سينغلق أمام من لا مصلحة له ، مما يحول دون أن تصبح الدعوي الأصلية بعدم الدستورية دعوي حسة

وتطبيقاً لذلك ، رفضت المحكمة الدستورية العليا أسلوب الدعوي الأصلية بعدم الدستورية نظراً لغياب المصلحة الشخصية المباشرة ، ونظراً لغياب - وهو أهم - الإحارة التشريعية لهذا الأسلوب من أساليب إثارة النزاع الدستوري ، كما حدث في دعوي رفعت أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ، حيث قد طلب المدعى عليهم الحكم بعدم التعرض لهم من خلال تطبيق المواد ٩٨ ، ٨٩/أ مكرر و ٩٨/ب مكرر و ٩٨/ج و ٩٨/د و ٢١٥ من قانون العقوبات لمصادرتها للحقوق الدستورية المكفولة بالمواد ٢ و ٤٦ و ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ من الدستور ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا - بعد عرض الأمر عليها - رفضت الدعوي لغياب أية إجراءات أتخذت صدهم ، أو اتهام بالتطويق لهذه المواد مما يعني غياب المصلحة المباشرة وتحول الأمر إلي دعوي حسة فقد أعلنت المحكمة بصورة قاطعة " أن المشرع لم يجر الدعوي الأصلية سبيلاً للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية ، وإنما اشترط قيام دعوي موضوعية أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي (ولذا) فإنه يجب أن تستل دعوي الموضوع بطلبات غير محردة للحكم بعدم دستورية نصوص قانونية معينة وإلا كانت هذه الدعوي في حقيقتها دعوي دستورية رُفعت بغير الطريق الذي رسمه القانون (١)

وذهب حائث آخر من الفقه المصري إلى ضرورة منح الأفراد حق رفع دعوي أصلية بعدم الدستورية لاسيما بعد تطبيق نظام الحصص الأولى أو المدني للدعوي الدستورية بمقتضى القانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨ والذي يمكن تطويره بحيث يمدح المشرع للمحكمة سلطة استبعاد الدعوي السبائية غير الحادة (٢).

وذلك استناداً إلي الدستور الأنشائي الصادر عام ١٩٣١ الذي لم يشترط توافر شرط المصلحة لرفع الدعوي ، ونص علي قبولها من أي فرد حتى ولو لم يكن مستفيداً من إلقاء

(١) المحكمة الدستورية العليا ، ٦ فبراير ١٩٨٨ ، القضية رقم ٩٢ لسنة ٦ ق د مشار اليه لدي الدكتور / علي حسن نجيدة ، الرقابة علي دستورية القوانين ، المحكمة الدستورية العليا ، طبعته ومهاجها وأهم ساندنيا ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٩٠ ، ص ٥٢ و ٥٣ وهامش (١) ص ٥٣.

(٢) د. بسري العصار ، الدعوي الدستورية المباشرة ، المحلة الدستورية ، مرجع سابق ، ص ١٧

القانون موضوع الدعوي^(١) كما أضاف أنصار هذا الاتجاه إلى إمكانية فرض غرامة مالية على من يحسر الدعوي الأصلية .

ويري بعض الفقه أنه إذا كان هناك تخوف من إباحة الطعن للأفراد عن طريق الدعوي الأصلية للمحكمة الدستورية العليا ومن أجل تعادي الاستقادات الموجبة لهذه الطريقة في اللجوء إلى المحكمة الدستورية ، فإنه يمكن إعطاء هذا الحق في رفع الدعوي الأصلية إلى الهيئات الموحدة في الدولة والتي تتمتع بشخصية معنوية عامة مستقلة كالجامعات ، كليات الحقوق والمجالس البلدية والنفابات وبصفة خاصة نقابة المحامين هذا بالإضافة إلى مجلس الشعب ومجلس الوزراء^(٢) .

ويري البعض أن الرأي السابق أقرب إلى الأفكار المنالية منه إلى الأفكار العملية التي يمكن أن تحد لها نصيباً من التطبيق ، وليس العيب في الفكرة ذاتها التي يقوم عليها هذا الرأي بفقر ما هو في الظروف أو الوسط الذي يحيط بالتطبيق الواقعي لتلك الفكرة ، خاصة في دول العالم الثالث ، والدول حديثة العهد بالديمقراطية والتي لا تزال السلطة التنفيذية فيها ، تسأثر لنفسها بالهيمنة والعلة والمبطرة على بقية السلطات العامة الأخرى ، ومن باب أولى سيطرتها على المؤسسات والهيئات العامة المختلفة الموجودة في الدولة^(٣) .

ولذا يفصل بعض الفقه السماح للأفراد بإقامة الدعوي الدستورية بصفة أصلية ، وبذلك تُعطي لهؤلاء الأفراد ضماناً أكبر للرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وتجنبهم قلق

(١) د. كمال العالي - سادى القانون الدستوري والنظم السياسية ، حاسه دمتق ، الطبعة السابعة ، ١٩٧٣ ، ص ١٥٦ .

(٢) د رمري الشاعر ، المطبوعة العامة للقانون الدستوري ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ ، ص ٥٧٨ .

ويؤيده في هذا الرأي د طعيمة الحرف ، راجع مولفه ، انشاء الدستوري ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٤ ، ص ١٨٣ .

كما يؤيد هذا الرأي أيضاً المرحوم الدكتور/ مصطفى عفيفي ويرى السماح بأسلوب بالدعوي الأصلية في تحريك الاختصاص الرقابي على الدستورية ، ولكن بواسطة السلطات العامة وحدها أو ممثليها دون أن يسمح بذلك للأفراد الذين يتاح لهم هذا الأمر من خلال النفع الفرعي أمام قاضي الموضوع والاحالة التلقائية. راجع سؤلة رقابة الدستورية في الدول الاجنبية ومصر ، المرجع الملق ، ص ٢٩٢ ويذهب جانب آخر إلى المطالبة بأن تكون الدعوي الدستورية دعوى حسنة لأنها دعوي براد بها التمسك بأهداف المشروعية والدستور

م احمد ممنوح عطية. دراسة مقارنة تحليلية حول قانون المحكمة الدستورية ، مختصرة لنفاها بتأريخ ١٩٧٩/١٢/٢٣ ، منشور بمجموعة المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الأول ، ص ١٠٧-١٢٤ .

(٣) د إبراهيم محمد علي ، المصلحة في الدعوي الدستورية ، مرجع سابق ص ١٠٣

الانتظار لحين قيام دعوي صدهم كي يتمنى إبداء الدفع بعدم الدستورية ، أو حتى تقتنع المحكمة المنظورة أمامها الدعوي بإحالة الأوراق من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مسألة الدستورية^(١)

ويمكن تفادي التخوف من إعطاء الأفراد الحق في رفع دعوي أصلية بعدم دستورية القوانين و اللوائح ، بأن ينص المشرع صراحة علي ضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشرة لمن يحرك الدعوي الدستورية وأن يحلل مناطها كونه في مركز يمس النص المطعون فيه ، وذلك على غرار شرط المصلحة في دعوي الإلغاء^(٢).

الفرع الثاني

تقييم الدعوي الدستورية الأصلية مقارنة بالأساليب الأخرى المتبعة في تحريك الرقابة علي دستورية القوانين .

انقسم فقهاء القانون الدستوري ما بين مويد ومعارض لفكرة الدعوي الدستورية الأصلية في مصر وكان لكل منهم مبرراته وحججه التي استند عليها لتدعيم رأيه ، فانهضرت حجج المؤيدين بذكر مزايا الدعوي الدستورية الأصلية ، بينما ركز أصحاب الرأي الآخر على بيان عيوب تلك الطريقة وسوف نتحدث في هذا الفرع عن مزايا تلك الطريقة وعيوبها علي النحو التالي :-

أولا - مزايا الدعوي الدستورية الأصلية .

يرى بعض فقهاء القانون الدستوري ، ضرورة منح الأفراد الحق في رفع دعوي أصلية بعدم الدستورية لما تتمتع به من مزايا جعلها في الآتي :-

- تتميز الدعوي الدستورية الأصلية التي يرفعها الأفراد والجامعات مباشرة أمام القضاء الدستوري ، في الأنظمة التي تبنتها ، بطلب الحكم بعدم دستورية قانون أو لائحة بأنها

(١) د سعد عصفور ، النظام الدستوري ، ١٩٨٠ ، مرجع سابق ، ص ٢١٦
(٢) د سعد الشرفاوي ، د عبدالله ناصف القانون الدستوري ، ١٩٩٣ - ١٩٩٤ ، دار النهضة العربية ، ص ٢٠٠

وراجع أيضاً
د ابراهيم عبدالعزيز شيبا ، النظام الدستوري ، ١٩٩٣ ، بنون دار نشر ، ص ٣٤٧ . د علي حنين بحبده الرقابة علي دستورية القوانين ١٩٨٨ ، ص ٥٠ ، د عبدالعزيز محمد سالم . رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ٣٢٨ ، د عبدالعزيز عبدالسلام الرقابة علي دستورية القوانين ، ١٩٩١ ، مرجع سابق ، ص ٢٩٥

تتضمن طعناً في هذا القانون أو اللائحة ، فور صدورها وبشرهما دون انتظار تطبيقهما على الحالات الواقعية ثم المصارعة فيما بمناسبة انطباقهما على هذه الحالات^(١) .

• كما تسار بالطابع الحاسم و النهائي لقرارات المحكمة المختصة بالنظر في القوانين المتعارضة مع الدستور حيث تلغيتها بصورة سما لا يسمح بالعودة مرة أخرى لطرح النزاع نفس القانون أمام محكمة أخرى أو أمام ذات المحكمة ويتمتع الحكم الصادر عنها بحجية مطلقة تسري في مواجهة الكافة^(٢) .

وإذا قررت حبة القضاء الدستوري مخالفة هذا القانون أو هذه اللائحة للدستور فإنها تقتضى بإلغائهما وبإطلاق علي هذا النوع من الرقابة علي دستورية القوانين واللوائح الرقابة الهجومية أو رقابة الإلغاء. كما يطلق عليها الرقابة المجردة ، حيث إنها لا ترتبط بنزاع مطروح أمام القضاء^(٣) .

• وحدة الجهة القضائية المختصة في الفصل في دعوي عدم الدستورية ، مما يجنب الدولة الدخول في دوامة تصارب أحكام المحاكم المتعددة حول دستورية أو عدم دستورية القوانين ، ويؤدي إلى ثبات الأوضاع واستقرار المعاملات القانونية.

• تتفادى النتائج التي تترتب علي تطبيق القانون أو اللائحة المخالفة للدستور خلال فترة قد تطول قبل أن يصدر حكم بعدم دستوريتهما، في دعوي معاقبة أمام القضاء الدستوري ، بناء علي دفع مقدم من إحدى المحاكم أو إحالة من هذه الأخيرة أو التصدي للمحكمة الدستورية ذاتها.

• تجريد النصوص المطعون في دستوريتهما من الطابع الشخصي الخاص لرفع دعوي عدم الدستورية، ذلك لأنه لا يشترط في هذه الدعوي أن يكون الطعن في الدستورية جاء نتيجة لظن دعوي أحري من محكمة عادية يطبق النص المطعون في دستوريته^(٤) .

(١) د. يسري العصار ، الدعوي الدستورية المباشرة ، المحلة الدستورية ، مرجع سابق ، ص ١٧
(٢) حسن ناصر المحة ، الرقابة علي دستورية القوانين ، رسالة ماجستير ، الأكاديمية العربية المفتوحة بالدمشق ، ٢٠٠٨ ص ٦٧

(٣) د. يسري العصار ، الدعوي الدستورية المباشرة ، مرجع سابق ، ص ١٨
(٤) باعز بري علي بن علي العكي ، القضاء الدستوري السوداني (اختصاصاته وتطبيقه في شطب الدعوي) تطبيقاً علي قانون المحكمة الدستورية لسنة ١٩٩٨ ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد السابع ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٧٧

• تستند الدعوى الدستورية الأصلية أو المباشرة إلى حق الأفراد والجماعات في اللجوء للفضاء الدستوري، ممارسة من جانبهم لتحقيق في التفاصيل، الذي يُعتبر من الحقوق الدستورية الجوهرية، كما تسهم هذه الدعوى في تمكين الأفراد والجماعات من الدفاع عن حقوقهم التي كفلها الدستور في مواجهة أي اعتداء عليها من جانب القوانين واللوائح.

ثانياً - المآخذ علي طريق الدعوي الأصلية .

علي الرغم من المميزات التي قيلت في الرقابة القضائية علي دستورية القوانين من خلال الدعوي الأصلية ، فإن انحاضاً فقياً يري الاكتفاء بالوسائل الثلاثة وهي الدفع الفرعي ، والإحالة ، والتصدي لاتصال الدعوي الدستورية بالمحكمة العليا دون طريق الدعوي الأصلية ، ويبررون ذلك بالآتي

١ - أن إعطاء سلطة إلغاء القوانين يعطى للمحكمة مركزاً قوياً ونفوذاً كبيراً باتحاح سلطات الدولة لاسيما السلطة التشريعية ومن ثم فقد تنقلب المحكمة المختصة إلي هيئة تعارض السلطة التشريعية وتعرقل أعمالها وتعطل عليه التشريع عبر الطعن في دستورية القوانين بصورة متكررة (١).

٢ - صعوبة الحزم بإمكان توفر الاستقلالية اللازمة للمحكمة المختصة لتتمكن من القيام بمهمتها القضائية ذات الطبيعة الدستورية نون التأثير عليها خاصة من قبل السلطتين التنفيذية والتشريعية . فقد اتهم البعض نموذج المحكمة الدستورية باستهداف العملية الديمقراطية (إذ قامت المحكمة الدستورية في تركيا علي مدي الأربعين عاما الماضية بإزالة ٢٢ حزباً تركيا من الوجود الشرعي ، وكان خطر الأحزاب السياسية هويتها لا مسئوليتها) (١).

٣- أن منح الأفراد الحق في إقامة الدعوي الدستورية بصورة أصلية أمر من شأنه أن يؤدي إلي إساءة استعمال ذلك الحق بما يكس القضاة أمام المحكمة الدستورية العليا ويجعل

(١) د عادل الحيارى ، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأرميني ، دون دار نشر ، ١٩٧٢ ص ٢٥٩ وما بعدها وكذلك حسن ناصر المحنة ، الرقابة علي دستورية القوانين ، رسالة ماجستير ، مرجع سابق ، ص ٦٧ .

(١) راجع : باعوري علي بن علي الفكي ، القضاء الدستوري السوداني ، مرجع السابق ، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ .

من تلك عائقاً عن التفرع لمهامها السامية المحددة بنصوص الدستور (١). ورغم تلك المآخذ فإن الطرق الأخرى لرفع الدعوى الدستورية ، التي نساها المشرع المصري، فإنها وعلى الرغم من أهميتها تحقق للأفراد والجماعات مرايا أقل من تلك التي تحققها ليم الدعوى الأصلية أو المباشرة فمن ناحية ، فإنهم لا يمارسون أي دور في حالة تحريك الدعوى الدستورية بناء على إحالة من محكمة الموضوع

أما في حالة الدفع الفرعي فإن الأخذ بهذه الطريقة يؤدي إلى :-

- تناقص الأحكام وعدم الوحدة التشريعية في الدولة
- لا تضع حداً نهائياً للخلاف الذي يمكن أن يثور حول عدم دستورية قانون من القوانين.
- قد تؤدي - كما في نموذج الدعوى الأصلية - إلى نوع من الصراع بين السلطة القضائية والسلطة التشريعية بتعطيل القضاء ومعارضة الكثير من المشروعات ، مما يحول السلطة القضائية إلى لحظة سياسية مثل الدور الذي لعبته المحكمة الاتحادية الأمريكية العليا في معارضة تدخل الدولة في المجالات الاجتماعية والاقتصادية ، مستندة على أن الدستور سطوع بطابع الردية التي يجب احترامها عبر عدم التدخل في الاقتصاد الحر .
- فإن كل ما يملكونه هو مجرد إثارة مسألة عدم دستورية النص القانوني أو اللانحي المطبق على دعوام الموضوعية أمام المحكمة التي تنظر هذه الدعوى ، ويخضع تقرير مدي جنية هذا الدفع للسلطة التقديرية ليده المحكمة ، التي تملك رفضه ، وفي هذه الحالة فإنهم سوف يحرمون من حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية لكي تفحص طعنهم بعدم دستورية النص القانوني أو اللانحي المطبق على دعوام وخير بالذكر في هذا الصدد أن بعض الأنظمة القانونية التي تبنت رقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي أتاحت للأفراد حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية للطعن في حكم محكمة الموضوع الذي رفض الدفع المقدم منهم بعدم دستورية القانون أو اللائحة المطبقين علي دعوام.

(١) د أحمد نصحى سرور . الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق للنشر ٢٠٠٠ ص ١٩٢ ، وكذلك د سعد الشوقى ، القانون الدستوري والنظام السياسي المعاصر تحرير الاقتصاد ودستور ١٩٧١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص ٢٠٦

أما في حالة التصدي فإن المحكمة الدستورية ، وحدها هي التي تملك اللجوء إليه ، من تلقاء نفسها إذا قدرت بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها ، وجود صلة بين النص الذي تتصدي لتحته مدي اتفاقه مع الدستور وبين النزاع القائم أمامها. وقد توسعت المحكمة الدستورية في استخدام رخصتها في التصدي^(١) ، في الحكم الصادر عدليا بتاريخ ١٦/٥/١٩٨٢ ، في القضية رقم ١٠ لسنة القضائية الأولى وكان موضوع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم هو الطعن بعدم دستورية نص كل من الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ والفقرة الثانية من المادة ١١٩ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، والمعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٢ فيما تتضمنه من حظر طعن أعضاء مجلس الدولة في قرارات نقلهم وتدابيرهم . وقد قررت المحكمة الدستورية أن الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من القانون المشار إليه لا تحالف الدستور ، ولكن الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من هذا القانون تخالف نص المادة ٦٨ من الدستور الخاصة بكفالة الحق في التقاضي . كما قدرت المحكمة أن هذا النص يمثل نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية، والذي لم يكن معروضاً علي المحكمة واستخدمت المحكمة رخصتها في التصدي التي تنص عليها المادة ٢٧ من القانون المنظم لها وقضت بعدم دستورية هذين النصين .

ولكن المحكمة الدستورية تبنت ، بعد ذلك ، رخصتها في التصدي ، في حكمها الصادر بتاريخ ١٤/١/١٩٩٧ في القضية رقم ٢ لسنة القضائية رقم ١٥ ، وكان موضوع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم هو الطعن بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن إنشاء نقابات المهنيين التمثيلية والسياسية والموسيقية والذي يقصر حق إخراج الأعمال المسرحية علي المخرج المسرحي . وقد أسس المدعي طعنه علي محاولة هذا القيد بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص ولحرية الرأي والإبداع الفني (ولم تكف لمجرد وجود صلة بين النص المعروض عليها والنص الذي تتصدي لفحص دستوريته ، بل اشترطت لإعمال رخصة التصدي ضرورة وجود تأثير للفصل في دستورية النصوص المرتبطة في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية القائمة أمامها حيث أصدرت المحكمة الدستورية حكماً بتاريخ

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية رقم ١٠ لسنة القضائية الأولى ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢١ في ١٩٨٢/٥/٢٧ وحيثيات الحكم المشار إليه لدي د. يسري العصار ، التصدي في القضاء الدستوري دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ ص ٨٦ وما بعدها .

٤/٤/١٩٩٨ بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة رقم ٥٤ من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ بشأن المقاتلات العمالية اللارمة لمباشرة هذه التنازلات لسلطانيا.

واستندت في ذلك إلى مخالفة هذا الحظر لبدأ المساواة بين الأشخاص القانونية الخاصة ، كما قصت المحكمة فوق ذلك بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من هذه المادة فيما نصت عليه ، من اعتبار اموال المنظمة التنازية التعاونية أموالاً عامة في غير مجال تطبيق قانون العقوبات ولم تكن هذه الفترة محلاً للطعن بعدم الدستورية ، ولكن المحكمة قدرت وجود ارتباط بين الفترتين وإن لم تصف هذا الارتباط بأنه لا يقلل التحزنة ، ذلك أن الفصل بينهما ممكن وكان يكفى في حقيقة الامر بالنسبة للمدعي ، لكي يحقق طلباته ، أن تقضي المحكمة بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥٤ المطعون فيها وحدها حيث قررت المحكمة أن هاتين الفقرتين مترابطتان.

وحيث أن المدعي طعن بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٥٤ من قانون النقابات العمالية إلا أن ربطها بالفقرة الأولى من هذه المادة ، يملأ إطار الحماية التي كفلها القانون لأموالها ويتعين بالتالي قراءتهما معاً^(١).

ومن ناحية ثانية ، فإن المحكمة الدستورية تمارس رقابتها على دستورية القوانين واللوائح في الدعاوي التي يتم تحريكها ، بناء على الطرق الثلاثة المشار إليها . بعد صدور هذه القوانين واللوائح وسرورها ، وبعد أن تكون قد أحدثت أثراً في محيط العلاقات القانونية بين الأفراد والجماعات. وحيثما تقضي المحكمة بعدم دستورية أحد النصوص القانونية أو اللائحة بأثر رجعي فقد نحدث اضطرابات في العلاقات القانونية الحاصصة لهذه النصوص وأثار سلبية على المراكز القانونية التي تعلقت بها حقوق الأفراد، ولهذا السبب فإن المحكمة الدستورية تلجأ في بعض أحكامها لاستخدام الرخصة التي سمحتها لها المادة ٤٩ من القانون المظم لها، والمعدلة بالقرار بنانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ ، وتقضي بعدم دستورية قانون معين بأثر فوري وليس بأثر رجعي .

(١) التقصية رقم ٣٧ لسنة التقصية الثامنة عشر، الحريدة الرسمية ، العدد ١٦ الصادر في ١٦ أبريل سنة ١٩٩٨

وفيما يتعلق بملطة المحكمة الدستورية في الرقابة السابقة علي دستورية مشروع قانون الانتخابات الرئاسية ، فإنها تمارس هذه الرقابة بناء على إحالة من رئيس الجمهورية وإن كان يلاحظ أن صدور قرار من المحكمة بشأن مشروع هذا القانون لا يمنع المحكمة من ممارسة رقابتها اللاحقة ، وهي الدفع الفرعي والإحالة والتصدي، وذلك لكي تقرر مدى التزام مجلس الشعب بقراراتها الصادرة في مرحلة الرقابة السابقة^(١).

نخلص مما سبق إلى أن الدعوي الأصلية أو المسائرة تحقّق للأفراد والجماعات مزايا لا تحقّقها الطرق الأخرى لرفع الدعوي الدستورية من أهمها:

- الممارسة الكاملة للحق في التقاضي ، عن طريق تمكين أصحاب المصلحة من اللجوء مباشرة للمحكمة الدستورية للطعن بعدم دستورية أي قانون أو لائحة يتضمن اعتداء على مراكزه القانونية
- ضمان تحقيق حماية قضائية واسعة للحقوق والحريات العامة التي كتلتها الدستور.
- توفير الوقت والجهد اللذين تتطلبهما إجراءات التقاضي.
- تفادي الآثار الصارّة بالمراكز القانونية التي تمس بها القوانين واللوائح، التي تصدر أحكاماً بعدم دستورتها، في إطار الرقابة عن طريق الدفع الفرعي أو الإحالة أو التصدي بعد انقضاء فترة طويلة من تطبيتها.

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ٢٠٠٦/٠١/١٥، في القضية رقم للسنة القضائية ٢٧ .