

الآثار المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين "دراسة مقارنة"

**The effects of defenses the unconstitutionality of laws,  
a comparative study**

إعداد

يوسف سالم الغرابيات

إشراف

الدكتور محمد علي الشباطات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون العام

قسم القانون العام

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط


حزيران، 2022

## التفويض

أنا يوسف سالم الغرايات أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً  
والكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية  
أو الاشخاص حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

الاسم: يوسف سالم الغرايات

التاريخ: 2022 / 6 / 13

التوقيع: 

## قرار لجنة المناقشة

نوقشت الرسالة وعنوانها "الآثار المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين "دراسة مقارنة"

وأجيزت بتاريخ: 2022 / 6 / 13.

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	الصفة	المكان	التوقيع
د. محمد علي الشباطات	مشرفاً	جامعة الشرق الأوسط	.....
د. أيمن يوسف الرفوع	رئيس اللجنة	جامعة الشرق الأوسط	.....
د. بلال حسن الرواشدة	عضواً داخلياً	جامعة الشرق الأوسط	.....
أ.د. حمدي سليمان القبيلات	عضواً خارجياً	جامعة العلوم الإسلامية	.....

## الشكر والتقدير

قال تعالى "لئن شكرتم لأزيدنكم "

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد الصادق الامين وعلى اله  
وصحبه اجمعين

اما بعد فلا يسعني الا ان اتقدم بالشكر الجزيل والامتنان الوفير الى استاذي الفاضل الدكتور  
محمد الشباطات الذي تفضل مشكوراً للإشراف على هذه الرسالة والذي افاضني بخبرته العلمية  
الواسعة وجهده المتواصل في تقديم التوجيه السليم حتى ظهرت رسالتي على هذا الحال فجزاه الله  
خير الجزاء

كما اتقدم بعظيم امتناني وبجزيل الشكر والعرفان الى اعضاء لجنة المناقشة الافاضل على  
مشاركتهم لمناقشتي هذه الرسالة

فلا يسعني بعد الا ان اشكر المملكة الاردنية الهاشمية اولاً وجامعة الشرق الاوسط ثانياً على ما  
قدموا من رعاية وتقديم المساعدة اثناء دراستي.

## الإهداء

إلى من احمل هويته مهد الحضارة العراق العظيم..

الى من سقى ارض الوطن بدمائه دفاعاً عن العراق العظيم...

الى من شرفني بحمل اسمه والذي العزيز الذي وهبني الحياة وارشدني الى المعرفة وبذل الغالي

والنفيس في سبيل الوصول الى هذا المنجز...

الى نور عيني وفلذة كبدي امي الغالية التي كانت دعواتها وكلماتها رفيق دربي في الألق

والتفوق..

الى السند في الحياة اخواني واخواتي اقدم لكم هذا الاهداء تقديراً لدعمكم المتواصل..

الى المملكة الاردنية الهاشمية بلدي الثاني الذي احتضني بالعلم والثقافة.

## قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	العنوان.....
ب	التفويض.....
ج	قرار اللجنة للمناقشة.....
د	الشكر والتقدير.....
هـ	الإهداء.....
و	قائمة المحتويات.....
ح	الملخص باللغة العربية.....
ط	الملخص باللغة الانجليزية.....
1	<b>الفصل الأول</b>
	<b>خلفية الدراسة وأهميتها</b>
1	مقدمة.....
2	مشكلة الدراسة.....
2	أسئلة الدراسة.....
3	أهداف الدراسة.....
3	أهمية الدراسة.....
4	حدود الدراسة.....
4	مصطلحات الدراسة.....
5	منهجية الدراسة.....
6	الإطار النظري والدراسات السابقة.....
6	أولاً: الإطار النظري للدراسة.....
7	ثانياً: الدراسات السابقة.....
11	<b>الفصل الثاني</b>
	<b>الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية</b>
12	المبحث الأول: ماهية الدفع بعدم الدستورية.....
12	المطلب الأول: مفهوم الدفع بعدم الدستورية.....
14	المطلب الثاني: نشأة الدفع بعدم الدستورية.....

الصفحة	الموضوع
30	المبحث الثاني: تطور رقابة الدفع بعدم الدستورية .....
30	المطلب الأول: تطور رقابة الدفع .....
37	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية .....
39	الفصل الثالث
	الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية
40	المبحث الأول: أحكام الدفع بعدم الدستورية .....
40	المطلب الأول: تكييف الدفع بعدم الدستورية .....
43	المطلب الثاني: شروط الدفع بعدم الدستورية .....
53	المبحث الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية .....
55	المطلب الأول: تقديم الدفع بعدم الدستورية .....
57	المطلب الثاني: إجراءات نظر الدفع أمام المحكمة الدستورية .....
65	الفصل الرابع
	الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية
67	المبحث الأول: حجية الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية .....
78	المبحث الثاني: النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية الدفع .....
80	المطلب الأول: الأثر الفوري المترتب للحكم بعدم الدستورية .....
81	المطلب الثاني: الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية .....
90	الفصل الخامس
	الخاتمة النتائج والتوصيات
90	أولاً: النتائج .....
91	ثانياً: التوصيات .....
93	قائمة المصادر والمراجع .....

## الآثار المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين "دراسة مقارنة"

إعداد

يوسف سالم الغرايات

إشراف

الدكتور محمد الشباطات

### الملخص باللغة العربية

هدفت الدراسة إلى بيان الآثار القانونية المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين، والبحث في مدى حجيته وفاعلية ونجاعة الدفع بعدم الدستورية في تحقيق غاياته المرجوة منه، مع التطرق إلى أهم التشريعات والأحكام القانونية ذات العلاقة بموضوع الدراسة، إذ اتبع الباحث المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك من خلال استعراض لنصوص القوانين والأحكام القضائية العراقية والأردنية ذات العلاقة والتي هي ذات صلة مباشرة في الدراسة، وتحليلها والبحث فيها، كما استخدم الباحث المنهج المقارن من خلال المقارنة بين التشريع العراقي والأردني، والتي تتحدد في نصوص الدستور الأردني والدستور العراقي والتشريعات المقارنة.

وتوصلت الدراسة إلى عدد من النتائج أبرزها أن أثر الحكم بعدم الدستورية يدور في النظام الدستوري المقارن الذي تبنى أنظمة الرقابة ما بعد القضاء بين ثلاثة أشكال: الامتناع عن تطبيق النص المحكوم بأنه غير دستوري، أو إلغاء هذا النص، أو إلغاء قوة تنفيذه، ويوصي الباحث بضرورة تنظيم كل ما يتعلق بالحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بشأن عدم دستورية النصوص التشريعية سواء من حيث حجية هذه الأحكام والأثر القانوني المترتب عليها والنطاق الزمني لتنفيذها وكيفية هذا التنفيذ في مواجهة السلطات العامة والكافة، وذلك بموجب نصوص صريحة في الدستور، كما يوصي المشرع الأردني بتوضيح نصوص قانون المحكمة الدستورية بما يتماشى مع التعديل الدستوري لسنة 2022 للمادة (2/60) من الدستور الأردني.

الكلمات المفتاحية: المحكمة الدستورية، الدفع الأصلي، الدفع بعدم الدستورية.



## **The effects of defenses the unconstitutionality of laws, a comparative study**

**Prepared by:**

**Youssef Salem Al-Gharabat**

**Supervised by:**

**Dr. Muhammad Al-Shabatat**

### **ABSTRACT**

The aim of the research is to clarify the legal implications of advocating the unconstitutionality of laws, and to research the extent of its authority, effectiveness and efficiency in achieving its desired goals, while addressing the most important legislation and legal provisions related to the subject of the study, as the researcher followed the descriptive and analytical approach, through A review of the texts of relevant Iraqi and Jordanian laws and judicial rulings that are directly related to research, analysis and research, which are specified in the texts of the Jordanian constitution, the Iraqi constitution and comparative legislation. The researcher also used the comparative approach by comparing the Iraqi and Jordanian legislation, which is determined in the texts of the Jordanian constitution In line with the 2022 constitutional amendment of Article (60/2) of the Jordanian Constitution, the Iraqi constitution and comparative legislation.

The research reached a number of results, most notably that the effect of the ruling of unconstitutionality revolves around the comparative constitutional systems that adopt the post-judicial control system between three forms: refraining from applying the text judged to be unconstitutional, or canceling this text, or canceling the force of its implementation, and the researcher recommends the necessity of Regulating everything related to the ruling issued by the Federal Supreme Court regarding the unconstitutionality of legislative texts, both in terms of the authority of these provisions, the legal effect on them, the time scope of their implementation, and the method of this implementation in the face of public and all authorities, in accordance with explicit provisions in the constitution. The Jordanian legislator also recommends clarifying the provisions of the Constitutional Court Law in line with the 2022 constitutional amendment of Article (60/2) of the Jordanian Constitution.

**Keywords: Constitutional Court, original plea, plea for unconstitutionality.**

## الفصل الأول

### خلفية الدراسة وأهميتها

#### مقدمة:

يعد الدفع بعدم دستورية القوانين آلية قانونية ذات طابع حمائي وجزائي، وذلك كونه ضماناً قانونية لحماية الحقوق والحريات الأساسية من خلال الاعتراف بحق الفرد في الولوج إلى العدالة الدستورية عبر مباشرته الدفع بعدم دستورية القوانين والذي يعد أبرز الأساليب في مباشرة الدعوى الدستورية، كما انها تعد ضمان تكريس نفاذ القاعدة الدستورية وحماية مبدأ المشروعية وذلك من خلال كفالة مبدأ سمو الدستور وتدرج التشريع، ويتحقق ذلك عن طريق تطهير المنظومة القانونية من كل التشريعات المخالفة للدستور.

وهناك جانب من الفقه الدستوري يرى أن الدفع بعدم الدستورية التي ترفع المحاكم الدستورية وفق ما يعرف بالرقابة المركزية يتم بالمزج بين الطريقتين الأوليتين (الدعوى المباشرة والدفع الفرعي) لأن الدفع هذه الصورة يختلف عن الدفع الفرعي، وبما هي إجراءات الدعوى المباشرة حال وصول الدفع إلى المحكمة الدستورية، وهذه الرقابة تعتبر من أفضل طرق الرقابة على دستورية القوانين لما يتمتع به القضاء من استقلال في أداء عمله بعيداً عن الضغوط السياسية أو غيرها، فالمحكمة في ممارستها لرقابة الامتناع (الدفع بعدم دستورية القوانين) لا تحكم ببطلان القانون أو الغاءه وإنما يقتصر دورها في حالة تأكدها من مخالفة القانون للدستور عن الامتناع عن تطبيقه.

وقد يتقرر الدفع بعدم دستورية القوانين بعدة طرق وهذا يرجع للنظام القانوني السائد في الدولة، فإما أن يقع بناءً على طلب أحد الخصوم في الدعوى الأصلية أو بناءً على طلب القاضي،

غير أن هذه الصورة من الرقابة تفترض أن يكون هنالك دعوى مقامة أمام المحكمة ونشأ عنها طلب عدم تطبيق القانون لمخالفته الدستور على النزاع المعروض أمامه، بالإضافة إلى ذلك فإن نشأة الدفع بعدم دستورية القوانين (الامتناع) كانت تتميز بحجية نسبية، وهذا يعني أن أثرها لا يمتد إلا على النزاع المعروض أمام المحكمة، أي أن الحكم بعدم دستورية القانون والامتناع عن تطبيقه على تلك الواقعة لا يلزم محاكم أخرى أن تأخذ بها، وهو كذلك لا يلغي سريان هذا القانون على قضايا أخرى مشابهة لها، ومن هنا تحاول هذه الدراسة البحث في الآثار المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين في الأردن والعراق كدراسة مقارنة.

### مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في بيان ماهية الدفع بعدم الدستورية، وتحديد طبيعته لما يترتب على ذلك من آثار قانونية، وبيان كيفية تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية وضوابطه، باعتبار أن الجدية بمثابة التصريح الذي تسمح بمقتضاه محكمة الموضوع بوصول الدفع إلى المحكمة الدستورية، وتتمحور إشكالية الدراسة في الإجابة على السؤال الرئيس الآتي: ما هي الآثار القانونية المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين؟

### أسئلة الدراسة

- 1) ما مدى حجية الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية؟
- 2) ما مدى فاعلية ونجاعة الدفع بعدم الدستورية في تحقيق غاياته المرجوة منه؟
- 3) ما هي الآثار القانونية المترتبة في حالة قبول الدفع بعدم الدستورية؟
- 4) ما هي الآثار القانونية المترتبة في حالة رفض الدفع بعدم الدستورية؟
- 5) في حالة القبول أو الرفض هل يحق للطرف الآخر الطعن بعدم الدستورية؟

## أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى بيان الآثار القانونية المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين، والبحث في مدى حجيته وفاعلية ونجاعة الدفع بعدم الدستورية في تحقيق غاياته المرجوة منه، مع التطرق إلى أهم التشريعات والأحكام القانونية ذات العلاقة بموضوع الدراسة، ويهدف البحث إلى دراسة عدة أهداف رئيسية:

- (1) مدى حجية الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية.
- (2) مدى فاعلية ونجاعة الدفع بعدم الدستورية في تحقيق غاياته المرجوة منه.
- (3) الآثار القانونية المترتبة في حالة قبول الدفع بعدم الدستورية.
- (4) الآثار القانونية المترتبة في حالة رفض الدفع بعدم الدستورية.
- (5) التعرف على أنه في حالة القبول أو الرفض هل يحق للطرف الآخر الطعن بعدم الدستورية.

## أهمية الدراسة

تستمد هذه الدراسة أهميتها من كونها تبحث في موضوع ذي أهمية عالية، وهو الدفع بعدم دستورية القوانين، كما تسلط الضوء على أبرز النقاط البارزة فيها والتي تعمل على توضيح الجدلية والحتمية ما بين الدفع بعدم الدستورية وذلك بتوضيح حجيته وآثاره وتنفيذه وما يترتب عليها من آثار في حالة قبول أو رفض الدفع بعدم دستورية القوانين، حيث إن وجود المحكمة الاتحادية العليا، وإنشطة مهام الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين بها - والذي يعني نشوء قضاء دستوري متخصص في العراق، يعد تطوراً دستورياً وديمقراطياً مهماً، ولذا فإنه يلزم الحفاظ على هذه المحكمة وعلى اختصاصاتها، والعمل على تنفيذ أحكامها - خاصة الأحكام الخاصة بعدم دستورية

القوانين - التي تواجه السلطة العامة في الدولة والكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية إعلاءً للشرعية الدستورية وضماناً لحقوق الأفراد وحررياتهم.

### حدود الدراسة

أولاً: الحدود الزمانية تتحدد في نصوص الدستور الأردني والدستور العراقي والتشريعات المقارنة. ثانياً: الحدود المكانية بشكل رئيسي، فإن الدراسة تقتصر على التشريع الأردني والتشريع العراقي، والأحكام المعمول بها.

ثالثاً: الحدود الموضوعية تبحث هذه الدراسة في الآثار المترتبة على الدفع بعدم دستورية في القوانين والتشريعات المقارنة، ومدى حجية الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية، ومدى فاعلية ونجاعة الدفع بعدم الدستورية في تحقيق غاياته المرجوة منه.

### مصطلحات الدراسة

- الدفع بعدم دستورية القوانين: "حق يخول كل طرف في رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية أو الجنائية أو المدنية بأن يطلب إذا أراد مطابقة القانون الذي سيطبق عليه الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائياً هذا الدفع".<sup>(1)</sup>
- الدفع الأصلي: "تحدث الرقابة عن طريق الإلغاء او دعوى الاصلية وذلك عند قيام المتضرر من قانون معين بالطعن فيه بشكل مباشر امام المحاكم التي تختص بذلك، من

<sup>(1)</sup>( Debré (J.L) : «qu'est- ce que la question prioritaire de constitutionnalité,» <http://www.conseil-constitutionnel.fr/français/vidéos/2010/qu'est-ce-que-la-question-prioritaire-de-constitutionnalité.48275.html>- Roussillon (H) : «le conseil constitutionnel », Dalloz, 4eédition, 2001, p 2. (seen in 22/2/2022)

خلال طلب ألغاه لمخالفته للدستور , دون ان ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من  
الدعاوى القضائية".<sup>(1)</sup>

- الدفع الفرعي: "هو طريق الدفع وسيلة دفاعية من جانب صاحب الشأن, حيث يتم الدفع  
بعدم دستورية القانون في اثناء نظر الدعوى , وليس برفع دعوى اصلية ضد هذا القانون،  
كما ان هذا الطريق هو طريق غير مباشر او فرعي , ولهذا يطلق الفقه عليه الرقابة  
القضائية عن طريق الدفع الفرعي"<sup>(2)</sup>.

### منهجية الدراسة

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي, وذلك عن طريق عرض النصوص  
والقوانين والأحكام القضائية العراقية والأردنية ذات العلاقة والتي هي ذات صلة مباشرة في الدراسة،  
وتحليلها والبحث فيها، كما استخدم الباحث المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين التشريع  
والأردني والتشريع العراقي، وذلك حتى الوصول إلى النتائج المرجوة، والتوصيات التي تقي  
بالغرض، لا سيما وأن هذه النصوص والأحكام حديثة النشأة والصدور نسبياً.

<sup>(1)</sup> رمزي، شاعر (2004). رقابة دستورية القوانين: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص19.

<sup>(2)</sup> رمزي، شاعر، المرجع السابق، ص20.

## الإطار النظري والدراسات السابقة

### أولاً: الإطار النظري للدراسة

جاءت الدراسة موضحة الآثار التي تترتب على الدفع بعدم دستورية القوانين من خلال دراسة مقارنة، وقد تم تقسيمها إلى خمسة فصول؛ حيث عرض الفصل الأول الإطار العام للدراسة من خلال تقديم إشكالية الدراسة وأهميتها وأهدافها وأسئلتها والدراسات السابقة لها.

في حين يتطرق الفصل الثاني إلى عرض ماهية الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية من خلال مبحثين يوضح المبحث الأول ماهية الدفع بعدم الدستورية، وفي المبحث الثاني يوضح تطور رقابة الدفع وطبيعته القانونية.

وفي الفصل الثالث يوضح الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية إذ يوضح في المبحث الأول شروط الدفع بعدم الدستورية وآلية وصوله إلى المحكمة الدستورية، وفي المبحث الثاني يوضح إجراءات الدفع بعدم الدستورية.

وفي الفصل الرابع يتناول الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية، وقد بين المبحث الأول: حجية الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية والذي يعرض فيه حجية الحكم الصادر بعدم الدستورية وحجية الحكم الصادر برفض الدفع، وفي المبحث الثاني يعرض النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية الدفع من خلال توضيح الأثر الفوري المترتب للحكم بعدم الدستورية والأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

وسياتي الفصل الخامس ذاكراً خاتمة الدراسة حيث سيتم عرض أبرز النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال دراسته، وتقديم التوصيات والمقترحات التي تتوافق مع التشريعات القانونية المقارنة.

## ثانياً: الدراسات السابقة

1. دراسة (شامي، يسين، 2019) بعنوان "آلية الدفع بعدم الدستورية: قراءة في نص

القانون رقم 16/18 المجدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، بحث علمي

منشور، مجلة القانون، المجلد 8، العدد 1. الجزائر.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد آلية الدفع بعدم الدستورية فبعد صدور التعديل الدستوري

لسنة 2016 سمح المؤسس الدستوري للمتقاضين بالدفع بعدم دستورية النص التشريعي في حال

كان ماساً بحقوقهم وحررياتهم التي يضمنها الدستور وعليه فقد أصدر مؤخراً القانون العضوي

16/18 المتضمن شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية وهو القانون الذي سمح بمعرفة

كيفية قيام المتقاضين بممارسة حقهم في رفض تطبيق التشريع الذي يمس بحقوقهم وحررياتهم

الأساسية، وقد تشابهت الدراسة مع دراستنا الحالية في توضيح ماهية الدفع بعدم دستورية القوانين

في القانون الجزائري، حيث سيتم توضيح ذلك من خلال الفصل الثاني في الدراسة كما أنها تختلف

معها في تركيز الباحث على سرد الآثار التي تترتب على الدفع بعدم دستورية القوانين في مختلف

التشريعات المقارنة.

2. دراسة (عوض، 2016) بعنوان: "مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، بحث

منشور، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1، جامعة الإسكندرية،

مصر.

هدف البحث إلى التعرف على مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام. تناول البحث

ثلاثة مبادئ، وهم: المبدأ الأول: لما كان مفاد نص المادتين 95 و206 مكررا من قانون الإجراءات

الجنائية أن القانون خول أعضاء النيابة العامة بدرجة رئيس نيابة على الأقل سلطات قاضي



التحقيق في أمور معينة، من بينها الأمر بإجراء التسجيلات في الجنايات المنصوص عليها في الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون العقوبات. المبدأ الثاني: يتضح من استقراء أحكام محكمة النقض أن إثارة البطلان أياً كان سببه أمامها لأول مرة لا يجوز إلا بشرطين: الأول أن يكون البطلان متعلقاً بالنظام العام، والثاني: ألا يقتضي الفصل فيه تحقيقاً في الوقائع. المبدأ الثالث: بين الحكم محل التعليق سنده القانوني في اعتبار الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام، وكان هذا السند هو الفقرة (ب) من المادة 29 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، فقد حددت هذه المادة الكيفية التي ترفع بها الدعاوي إلى المحكمة الدستورية العليا وحصرتها في طريقين اثنين: أحدهما الإحالة عن طريق إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، والآخر رفعها إليها من قبل شخص كان خصماً في دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم أو تلك الهيئات ودفع في أثناء نظر الدعوى بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي فأجلت الدعوى وحددت له ميعاداً لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا. واختتمت الورقة بالإشارة إلى أن هناك ثلاث محاكم عليا وهم الدستورية العليا والإدارية العليا والثالثة هي محكمة النقض، وتختلف هذه الدراسة عن دراستي من ناحية أنها دراسة تبحث في الآثار المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين في التشريعات المقارنة من خلال البحث في حجية الدفع بعدم دستورية القوانين والآثار المترتبة عليه في حالة قبول الدفع أو رفضه.

### 3. دراسة (بن اعراب، 2018) بعنوان آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية

المقارنة، بحث علمي منشور، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 16، جامعة محمد خيضر

بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

يعتبر الدفع بعدم الدستورية آلية للرقابة البعدية على القوانين في المنظومات القانونية، ولم تعد

هذه الآلية حكراً على الطبقة السياسية فحسب بل تعدتها لتصبح حقاً للمتناقضين كذلك من خلال

إمكانية إثارته لهذا الدفع بمناسبة دعوى قضائية ينظر فيها، وعموماً ينقسم الدفع بعدم الدستورية إلى نظامين أساسيين الأول يتعلق بإحالة هذا الدفع من قبل جهات النقض إلى القضاء الدستوري مروراً بعملية التصفية الإجبارية، والثاني يبنى على أساس إثارة هذا الدفع أمام المحاكم واتصال القضاء الدستوري به، وفي كلا النظامين فوارق جوهرية تبرز لتمييز كل واحد عن الآخر وتتحد من أجل تحقيق غايته الأساسية المرتبطة بتنقية الأنظمة القانونية من المقتضيات غير الدستورية. وتختلف هذه الدراسة عن دراستي في أنها تبحث عن ماهية الدفع الدستورية في مختلف الأنظمة المقارنة بينما نركز في هذه الدراسة عن الآثار التي تترتب على الدفع بعدم دستورية القوانين في القوانين المقارنة.

#### 4. دراسة (القرقوري، 2016) بعنوان "الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية".

بحث علمي منشور، مجلة دراسات قانونية، العدد 23، جامعة صفاقس، كلية الحقوق.

هدفت الدراسة تناول مجال الدفع بعدم دستورية القوانين، حيث عمل المشرع الجزائري منذ بداية عمله على تكريس رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع وقد اختار التوسع في مجال هذا الصنف من الرقابة، رغم ما يمثله ذلك من مخاطر إغراق المحكمة الدستورية بدفوعات غير جديّة من التعسف في اللجوء إلى هذه التقنية الرقابية. كما كشفت الدراسة عن النظام القانوني للدفع بعدم دستورية القوانين، حيث يعتبر الحق في الولوج إلى القضاء من الحقوق الأساسية التي ضمنها دستور 27 جانفي 2014 غير أن هذا الحق يبقى غير ذي جدوى إذا لم يقترن بإجراءات واضحة تمكن المتقاضين من الوصول إلى حقوقه بيسر ومن آثار فعلية تبرر لجوؤه إلى القضاء، وتثير الإجراءات أمام المحكمة الدستورية في مادة الدفع بعد الدستورية، والآثار المترتبة عن قرار المحكمة في هذه المادة. وختاماً فمن خلال هذه القرارات القضائية وغيرها أن الدفع بعد الدستورية هو من المسائل التي سوف تثير العديد من النقاشات والتأويلات بين رجال القانون بمختلف أصنافهم وهو

أمر إيجابي باعتبار أنه سوف يؤسس لواقع جديد أساسه تعددية الآراء والمواقف فيما يتعلق خاصة  
بوظيفة القضاء ودور القاضي في التعامل مع الأحكام الدستورية وتأويل مجال اختصاصه هذا  
فضلا عن الفرص التي سوف تكون متاحة للمحكمة الدستورية لتأويل أحكام الدستور وتنزيلها في  
الممارسة القضائية.

وتتشابه في الحديث عن التعريف بماهية الدفع بعدم دستورية القوانين وتختلف هذه الدراسة  
عن دراستي من ناحية أنها دراسة تبحث في الآثار المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين في  
التشريعات المقارنة.

## الفصل الثاني

### الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية

هناك قاعدة ثابتة في القانون وهي أن الدساتير تتفوق على بقية القوانين المعمول بها داخلياً، وبما أنها تشكل قوانين أساسية في الدولة، فإن احترامها يتطلب من المشرع مراعاة مبدأ سيادة الدستور أثناء سن القوانين واللوائح وفقاً للأحكام، وقواعد النص الدستوري، ولضمان عدم انتهاكها عملت الدول على تكريس وإقرار الرقابة الدستورية في إطار التسلسل الهرمي الذي يأتي على رأسه الدستور) أو قضائية (تمارسها هيئة قضائية)، ومن حيث وقت ممارستها قد تكون قبلية أو بعدية، ومن حيث آثارها قد تكون رقابة على الإلغاء أو الرقابة على الامتناع عن التصويت مع استبعاد النص القانوني من التطبيق، ومن حيث كيفية رفعه، قد يكون مباشرة تحت دعوى قضائية أصلية وقد يكون حول طريقة الدفع (دعوى غير مباشرة).

ولما كانت الأحكام والقواعد الدستورية التي يتضمنها الدستور هي الكفيلة بضمان ممارسة الحقوق والحريات الأساسية في البلاد وبها تنقيد باقي السلطات، فإن أعمال القوانين وتطبيقه ليس بالأمر اليسير طالما أنه قد يؤدي تطبيقها إلى تضيق وتقييد ممارسة تلك الحريات والحقوق في مواجهة الأفراد، خصوصاً في الحالات التي تستدعي فصل المحاكم في المنازعات المعروضة عليها في شأن قضايا تتطلب أعمال وتطبيق القانون عليها، فقد يثير أحدهم دعواً بعدم دستورية نص قانوني أضر به ومس بحقوقه أو سلب من حرياته العامة وضاق بحقوقه الأساسية المكفولة بقوة الدستور جراء تطبيق نص قانوني لا يتطابق وقواعد الدستور على الدعوى المعروضة على محكمة الموضوع، ومن خلال هذا الفصل مبحثين يوضح المبحث الأول مفهوم ونشأة الدفع بعدم الدستورية، وفي المبحث الثاني يوضح تطور رقابة الدفع وطبيعته القانونية.

## المبحث الأول

### ماهية الدفع بعدم الدستورية

يعتبر الدفع بعدم الدستورية من أهم وأقدم طرق الرقابة القضائية على دستورية القوانين. إذ بموجبه يمكن للأفراد اللجوء إلى القضاء، والمطالبة بمنع تطبيق النص القانوني المخالف للدستور أو إلغائه حسب التنظيم القانوني والقضائي السائد في الدولة، ولأهمية هذا الموضوع فقد تم تخصيص هذا الفصل للحديث عن ماهية الدفع بعدم الدستورية ونشأته وطبيعته القانونية، وسيتم تناول ذلك من خلال مطلبين: يتحدث المطلب الأول منهما عن مفهوم هذا الدفع، في حين يتحدث المطلب الثاني عن نشأة الدفع بعدم الدستورية.

## المطلب الأول

### مفهوم الدفع بعدم الدستورية

لم تتناول التشريعات الدستورية والقانونية قديماً، وفي معظم دول العالم، تقنين وتنظيم مسألة الرقابة القضائية على دستورية القوانين بنصوص واضحة ومحددة، مما ترك المجال واسعاً أمام اجتهادات الفقه والقضاء الدستوري حيال ذلك، وكان هذا الموضوع محلاً لاختلاف الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية، لاسيما من حيث الأخذ برقابة الامتثال (الدفع الفرعي) على أقل تقدير أو عدم الأخذ به في حال عدم وجود نص تشريعي يجيز ذلك.

إذ يمكن القول هنا أنه بغياب النصوص القانونية التي تنظم مسألة رقابة الامتثال (الدفع الفرعي)، فقد كان هناك جانب كبير من الفقه الدستوري<sup>(1)</sup> ينادي بضرورة ممارسة القضاء رقابة

(1) الحيازي، عادل (1972)، القانون الدستوري الأردني، دراسة مقارنة، الجزء 1، مطبعة غانم، عمان، ص 59

الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية غير الدستورية على النزاعات المعروضة عليه، سواء دفع أحد أطراف النزاع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية النص القانوني المراد تطبيقه على النزاع، أو بمبادرة ذاتية من محكمة الموضوع ومن تلقاء نفسها، وذلك انطلاقاً من طبيعة عمل القاضي المتمثلة في الفصل بالمنازعات وتغليب النص الأعلى على الأدنى حال تعارضهما احتراماً لسمو القواعد الدستورية. وما تعارض القوانين العادية مع الدستور وفق أصحاب هذا الرأي إلا نوع من المنازعات، إضافة إلى أن الأخذ بهذه الرقابة (رقابة الامتناع) لا يمس مبدأ الفصل بين السلطات، وبذات الوقت كان هناك جانباً من الفقه يعارض فكرة ممارسة القضاء لرقابة الامتناع دون وجود نص قانوني يجيز ذلك، وإلا عدّ ذلك من وجهة نظرهم تدخلاً في أعمال السلطة التشريعية، واعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات.<sup>(1)</sup>

والباحث بدوره يؤيد الرأي الأول فيما ذهب إليه للحجج والمبررات التي ساقها أصحاب هذا الرأي.. وفحوى هذه الرقابة هي الامتناع عن تطبيق النص القانوني المخالف للدستور وليس إلغائه. وعليه فإن مفهوم الدفع الفرعي (رقابة الامتناع) تفترض أن يكون هناك دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم أيّاً كان نوعها أو درجتها، ويدفع أحد أطراف النزاع صاحب الشأن (صاحب المصلحة) بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع بهدف منع تطبيقه في الدعوى المنظورة أمامها، فتعمل المحكمة على الفصل في هذه المسألة الفرعية (الأولية) قبل الفصل النهائي في الدعوى، وإذا ثبت لها أن النص القانوني مخالف للدستور امتنعت عن تطبيقه على النزاع دون إلغائه<sup>(2)</sup>.

(1) الحيارى، عادل، مرجع سابق، ص 59

(2) دله، سام، سليمان (2002)، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، ص 121.

ويتمتع مثل هذا الحكم (الامتناع) بالحجية النسبية، وهذا هو الأصل العام في حجية الأحكام القضائية ما لم يرد نص بخلاف ذلك، فحجيته قاصرة على أطراف النزاع وموضوعه وأسبابه، وبالنتيجة يمكن القول أنه يقصد بالدفع الفرعي (رقابة الامتناع) امتناع محكمة الموضوع عن تطبيق القانون المخالف للدستور بناءً على دفع يقدمه صاحب الشأن (المصلحة) من أطراف النزاع أو بمبادرة ذاتية منها، في قضية منظورة أمامها إعمالاً لتغليب حكم القانون الأعلى (الدستور) على القانون الأدنى في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### نشأة الدفع بعدم الدستورية

وتجدر الإشارة أنه طرأ تطور على هذا الدفع الفرعي من حيث آلية إثارته وتقديره وحجيته، وأصبح هناك ما يسمى بالدفع بعدم الدستورية، والذي ساعمل على توضيح مفهومه بشكل تفصيلي في المباحث اللاحقة، ولإحاطة ببواكير نشأة هذا الدفع الفرعي (رقابة الامتناع) وتطبيقاته القضائية دون وجود نص يجيزه، فإنني سأتناول ذلك من خلال فرعين متتاليين، أبين في الأول منهما نشأة هذا الدفع قبل تقنينه قانونياً، وفي الفرع الثاني تطبيقاته القضائية.

يمكن القول أنه تكاد تجمع الدراسات الدستورية أن أول الأنظمة القضائية التي استجابت للمطالبات الفقهية بضرورة ممارسة رقابة الامتناع عن تطبيق القوانين غير الدستورية، وربما التي تجاوزت هذه المطالبات وأقرتها بمبادرة ذاتية منها، هو النظام القضائي الأمريكي، وكان ذلك في عام 1803، حينما تصدت وأقرت المحكمة الاتحادية العليا آنذاك برئاسة القاضي جون مارشال، أثناء نظرها إحدى الدعاوى، وبمبادرة ذاتية تلقائية منها دون مطالبة أحد أطراف الدعوى بذلك،

(1) بدوي، ثروت (1961)، النظام الدستوري العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 137.

أقرت بحقها وحق غيرها من المحاكم مراقبة القوانين ودستوريتها وذلك من خلال الامتناع، رغم عدم وجود نص قانوني يجيز لها ذلك، إلا أن القضاء الأمريكي استشرف ذلك من بعض النصوص الدستورية.

وإن كان هناك جانب من الفقه يرى أن رقابة الامتناع ظهرت في بريطانيا عام 1610، ثم انتقلت إلى بعض الولايات الأمريكية التي كانت مستعمرة بريطانية، حيث صدرت أحكام من محكمة ولاية نيوجرسي عام 1780، ومحكمة كارولينا الشمالية عام 1787<sup>(1)</sup>.

وكون هذا الحكم يعتبر باكورة الأخذ بهذا النوع من رقابة دستورية القوانين، فإنني أود بيانه بشيء من التفصيل، إذ تتبلور وقائع هذه القضية، بأن الرئيس الديمقراطي (الاتحادي) آنذاك جون آدمز، أصدر قراراً بتعيين عدد من القضاة، وصادق على قرار تعيينهم في اللحظات الأخيرة من فترة حكمه. إلا أنه لم يتم تعيينهم فعلياً (لم تتخذ الإجراءات اللازمة لتعيينهم)، وبعد انتهاء ولاية هذا الرئيس تم تنصيب الرئيس الجمهوري توماس جفرسون، الذي أراد تقليص عدد القضاة، حيث أوعز لوزير خارجيته ماديسون بتسليم قرارات التعيين لبعض القضاة وإيقاف التعيين عن البعض الآخر، وفعلاً أصدر وزير الخارجية ماديسون قراراً بهذا الشأن.

وكان من هؤلاء الذين تم إيقاف تعيينهم السيد (وليم ماربوري)، الذي لجأ بدوره إلى المحكمة الاتحادية العليا للاعتراض على هذا القرار والمطالبة بحقه في التعيين، فرفع الدعوى ضد وزير الخارجية ماديسون، مدعياً أن قرار وزير الخارجية غير مشروع.

(1) الأمين، شريط (2011)، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط7، ص 115.



وعندما نظرت المحكمة العليا هذه الدعوى برئاسة القاضي جون مارشال أكدت حقها في فحص دستورية القوانين وأن أي قانون يتعارض مع الدستور يعد باطلاً، ومن أهم ما ورد في حكم مارشال: (إما أن يكون الدستور هو القانون الأسمى الذي لا يقبل التعديل بالوسائل العادية، وإما أن يوضع الدستور على ذات المستوى من الأعمال التشريعية العادية التي يستطيع المشرع العادي أن يغيرها كلما أراد.

وبالإمكان اختيار إما أن التصرف التشريعي المخالف للدستور لا يعتبر قانوناً، وإما أن الدستور نفسه يصبح لغواً في محاولته لتقييد سلطة هي بطبيعتها غير مقيدة... إن الاختصاص الممنوح للسلطة القضائية بمقتضى الدستور يعطيها الحق في نظر كل القضايا المتعلقة بالقوانين والتي تثور في ظل الدستور.. فهل يعقل أن يقصد واضعوا الدستور أن يحرّموا القضاء من فحص الدستور بينما يلزمهم بالفصل في المخاصمات التي تنشأ في ظل ذلك الدستور؟ ثم ينتهي الحكم إلى نتيجة هامة وهي: إذا كان التصرف التشريعي المخالف للدستور ليس قانوناً، فإنه من غير المتصور إلزام المحاكم بتطبيقه<sup>(1)</sup>.

وانتهى الحكم إلى الامتناع عن تطبيق الباب الثالث عشر من قانون القضاء الاتحادي لعام

1789، وأن هذا الحق بالامتناع ممنوح لجميع المحاكم الأمريكية وليس للمحكمة العليا فقط.

---

(1) الباز، علي السيد (1978)، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية، مصر، ص 158.

وبذلك تعتبر المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية هي من جسدت الرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي (رقابة الامتناع)، مستندة في ذلك إلى عدة عوامل أساسية هي: "سمو الدستور، مبدأ الفصل بين السلطات وعدم وجود نص صريح يمنع هذه الرقابة"<sup>(1)</sup>.

واستوجب القضاء الأمريكي لقبول هذا الدفع الفرعي شرطين هما<sup>(2)</sup>:

1. أن يبدي الدفع في خصومة جدية لا صورية.
  2. أن يكون لصاحب الدفع مصلحة شخصية من وراء دفعه، وأن القانون محل الطعن قد يسبب له ضرراً شخصياً.
- ويرى بعض الفقه، أنه وكون النظام الأمريكي يأخذ بالسوابق القضائية، وإتباع المحاكم الدنيا لقضاء المحاكم العليا، فإن قضاء المحكمة الاتحادية العليا يعني من الناحية العملية إبطال مفعول القانون وعدم تطبيقه من قبل جميع المحاكم، وكأن حجية هذا الحكم أصبحت مطلقة<sup>(3)</sup>، وعدّ بعض الفقه مثل هذا القضاء للمحكمة العليا بمثابة رقابة إلغاء، وعدّه البعض الآخر رقابة امتناع ينحصر أثره في القضية التي يصدر فيها الحكم بالذات<sup>(4)</sup>.

ومع جانب من الفقه الأردني<sup>(5)</sup> أن هذه الرقابة هي رقابة امتناع، وإن كان أثر هذا الامتناع يزداد من الناحية العملية وذلك يعود إلى نظام السوابق القضائية في أميركا، فالمحكمة العليا قد

(1) الجمل، يحيى (2011)، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 79.

(2) صليبا، أمين (2002)، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص 119.

(3) الشرقاوي، سعاد وناصيف، عبدالله (1994)، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 162.

(4) متولي، عبد الحميد وعصفور، سعد (1966)، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 54.

(5) كنعان، نواف (2010)، القضاء الإداري، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص3.

تتراجع وتعديل عن حكمها السابق لظروف معينة، وهذا ما حصل معها فعلاً، حيث قررت في عام 1905 عدم دستورية نص قانوني يضع حد أعلى لساعات العمل في المخابز، وفي عام 1917 قررت دستورية نص قانوني صادر عن ولاية أخرى يحدد الحد الأعلى لساعات العمل في المصانع، وبعد إقرار القضاء الأمريكي لرقابة الامتثال ظلت هذه الممارسة هي التجربة الوحيدة في رقابة دستورية القوانين حتى بدايات القرن العشرين، وبعد ذلك سارت العديد من الدول على هذا النهج في أحكامها القضائية، إلا أن أخذ الدول بهذه الطريقة لم يكن بالصورة المطلوبة أو المتوقعة، بل كان يشوبها التردد والغموض، وهو ما سألناه في الفرع الثاني التالي من خلال بيان التطبيقات القضائية لهذه الرقابة سواء في الأردن أو في الدول المقارنة.

يعد مبدأ سيادة القانون والذي يعرف بمبدأ المشروعية والذي يعني خضوع الحكام والمحكومين للقانون<sup>(1)</sup> من أبرز المبادئ الراسخة في الدول الديمقراطية؛ سواء ملكية (مثل الأردن) أم جمهورية (مثل العراق)، أما التعريف الفقهي الضيق لمبدأ المشروعية من زاوية القانون الإداري فهو "خضوع الأعمال القانونية والمادية الصادرة عن السلطة التنفيذية في الدولة للقواعد القائمة مهما كان شكلها أو مصدرها"<sup>(2)</sup>، وبذلك فالمعنى الضيق لمبدأ المشروعية في مجال القانون الإداري يجب أن تكون تصرفات الإدارة في حدود القانون الذي يشمل جميع القواعد العامة الملزمة مهما كان شكلها ومصدرها وفي حدود تدرجها مهما كان تصرف الإدارة وعملها<sup>(3)</sup>.

وإن تأكيد فكرة دولة القانون يتعين أن تخضع جميع سلطاتها للقانون؛ ولذا يتعين أن تتولى جهة ما مراقبة مدى التزام السلطات بتطبيق القانون والسير على هده، حيث تثور لدينا ضرورة أن

(1) العبودي، محسن (1995)، مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان: دراسة تحليلية، (د.ط.)، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 9؛ كنعان، نواف، مرجع سابق، ص 3.

(2) بطيخ، محمد (1989). القضاء الإداري، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 35.

(3) كنعان، نواف (2010)، مرجع سابق، ص 53.

تتولى جهة فحص مدى موافقة القانون محتوى الدستور؛ لمعرفة فيما إذا خرج القانون، أو النظام عن الدستور ومضمونه وروحه، وذلك في حالة إذا ما كان الدستور جامداً وأحدث تعارضاً مع احترام الحقوق والحريات الفردية التي كفلها الدستور.<sup>(1)</sup>

ويعد مبدأ سيادة القانون ضمان أعلى درجات احترام وحماية حقوق الإنسان فإذا الحكومة احتكمت والتزمت بالقانون فإنه سوف يؤدي الى تعزيز حرية الرأي، وفي العراق نص المشرع في الدستور العراقي، على أن: "السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها..."<sup>(2)</sup>، كما أكد المشرع في الدستور العراقي، على مبدأ سيادة القانون، إذ نصت على أن: "يعد الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق، ويكون ملزماً في أبحاثه كافة وبدون استثناء"<sup>(3)</sup>، كما نص المشرع العراقي على أن: السلطة التنفيذية تمارس صلاحيتها وفقاً للدستور والقانون والتي تتكون من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء<sup>(4)</sup>.

وإن مبدأ سيادة القانون "مبدأ تلتزم به الإدارة في تصرفاتها الحدود المرسومة لها في مجموعة القواعد القانونية المقررة في الدولة وأن تمارس فعاليتها في نطاقها والقواعد القانونية في الدولة الحديثة هي مجموعة من القواعد المكتوبة (الدستور، القانون العادي، اللائحة) وغير المكتوبة (العرف، والمبادئ القانونية العامة)"<sup>(5)</sup>؛ وهذا يعني التزام جميع مكونات المجتمع وسلطات الدولة باحترام القانون كأساس لمشروعية أعمالها والعلاقات فيما بينها، ويقصد به أيضاً قيام مكونات الدولة كافة من السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية باحترام القواعد والآليات التشريعية والقانونية

(1) الزبيدي، علي وشفيق، حسان (2009)، حقوق الإنسان، عمان: اليازوري للنشر والتوزيع، ص 151.

(2) انظر نص المادة (5) من الدستور العراقي لسنة 2005.

(3) انظر نص المادة (13) من الدستور العراقي لسنة 2005.

(4) انظر نص المادة (66) من الدستور العراقي لسنة 2005.

(5) طلبة، عبد الله (1997). القانون الإداري، ط1، مديرية المطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، ص14.

النافذة، كما يُعد وسيلة لحماية المجتمع من الفوضى وعدم الاستقرار والعنف والاضطهاد الناتج عن الفساد الإداري باعتباره الأثر الأبرز لعدم الالتزام بمبدأ سيادة القانون، وبطبيعة الحال فإن جميع الأحكام القانونية تطبق على الموظف العام حتى ولو انتهت مدة خدمته أو تكليفه<sup>(1)</sup>.

إن مبدأ سيادة القانون لا يكفي تقريره من الناحية النظرية فقط، بل يجب أن يترتب على مخالفته جزاء، وينص على ضمانات تكفل احترامه، ولا يوجد ضمانات أكثر فاعلية من وجود هيئة قضائية يتوفر فيها جميع مظاهر الاستقلال والنزاهة والكفاءة؛ لذلك يجب أن يكون هناك رقابة على دستورية القوانين والأنظمة، سواء أكانت من القضاء العادي أم القضاء الدستوري، لينظر فيما إذا كان القانون أو النظام مخالفاً للدستور، ويحكم بعدم دستوريته، ويمتنع عن تطبيقه في الدعوى المنظورة في حالة مخالفته للدستور<sup>(2)</sup>.

والجدير بالذكر أن هذه الرقابة تحقق التوازن بين السلطات العامة من جهة، وتكفل وجود حماية فعالة للحريات الأساسية والعامة من جهة ثانية، لأن الدستور لا يضع تعريفاً مفصلاً للحريات العامة؛ مما ينجم عنه الحاجة إلى وضع قوانين توضحها وتنظمها، ولكن المشرع قد يتعسف عند إصدار تلك القوانين؛ لذا فإن أفضل وسيلة لتفادي تلك التجاوزات على هذه الحريات هو كفالة مراقبة دستورية أحكامها<sup>(3)</sup>، فالرقابة القضائية على دستورية القوانين هي أفضل طرق

(1) خلف، عيسى(2020)، مبدأ سيادة القانون وأثره في مكافحة الفساد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (9)، العدد (خاص)، ص191.

(2) متولي، عبد الحميد(دون سنة نشر) الحريات العامة: نظرة في تطورها و ضماناتها ومستقبلها، دون دار نشر، ص 91.

(3) بازوير، باسل(2008)، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، ص 36.

الرقابة نظراً لما يتسم به القضاء عامة من الاستقلال في أداء أعماله وبعده عن النزوات والأهواء الأمر الذي يحقق أفضل طرق الرقابة على دستورية القوانين<sup>(1)</sup>.

والرقابة القضائية على دستورية القوانين يمكن أن تمارس بإحدى صورتين هما؛ رقابة الامتناع، ورقابة الإلغاء<sup>(2)</sup>، فالقضاء كما يقول الفقه الدستوري مدعو إلى تفسير النصوص وجلو غموضها ولذا فإن قيامه بالرقابة هو نتيجة طبيعة قيامه بتفسير تلك النصوص الدستورية الغامضة وبيان مدى توافق النصوص القانونية معها، فالسلطة عندما تكون الرقابة منوطة بالمحكمة العليا التي تشكل رأس الهرم في السلطة القضائية إما هيئة عندما تكون الرقابة من قبل محكمة دستورية له بالهرم القضائي في هذه الدولة، وبسبب مهمة هذا القضاء "كسلطة أو كهيئة" اعتمدت الرقابة على دستورية القوانين<sup>(3)</sup>.

وقضت المحكمة الدستورية الأردنية في حكم لها بأن "يجوز للموظفين في أية وزارة أو دائرة أو هيئة أو مؤسسة حكومية أن ينشئوا نقابة خاصة لهم حتى وإن كانوا من الموظفين التابعين لنظام الخدمة المدنية، وبغض النظر عما إذا كان لهم مثل في القطاع الخاص خارج إطار الحكومة أم لا على أن يتم ذلك بموجب تشريع أو تشريعات تصدر لهذه الغاية وفقاً لما تراه السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع"<sup>(4)</sup>.

كما لعبت المحكمة الاتحادية العليا في العراق منذ إنشائها دوراً مهماً في صيانة الدستور وحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد بشكل عام، وكذلك تعزيز حقوق المكونات العراقية

(1) خليل، محسن (1975)، النظم السياسية والدستور اللبناني، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 608.  
(2) الخطيب، نعمان (2019)، الوسيط في النظم السياسية والقانونية الدستورية، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ص 188.

(3) الخطيب، نعمان، مرجع سابق، 188.

(4) حكم المحكمة الدستورية رقم 2013/6، تاريخ 2013/9/1.

وصيانتها وقد أصدرت في هذا الخصوص عدة قرارات التي تؤكد في مضمونها على حماية حقوق المكونات، ومن هذه القرارات قراراتين للمحكمة الاتحادية العليا لحماية الحقوق السياسية للمكون الصابئي والذي قررت فيهما بعدم دستورية الفقرة (ج) من البند (ثالثاً) من المادة (الأولى) من القانون رقم (26) لسنة 2009 قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (16) لسنة 2005، لتعارضها مع المادة (14) و(20) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، لأن هذا القانون منح المكون الصابئي حصة (الكوتا) مقعد واحد لمحافظة بغداد، وقد حدد هذه الحصة على مستوى محافظة بغداد وليس ضمن دائرة انتخابية واحدة على مستوى العراق حيث أن أبناء المكون الصابئي ينتشرون في عموم العراق وبالتالي فإن هذا القانون سيحرم أغلب أبناء هذا المكون من المساهمة في اختيار ممثلهم في البرلمان، لذا فإن القانون قد أدخل بمبدأ المساواة بين العراقيين المنصوص عليه في المادة (14) من الدستور لأن اقتصار حق التصويت للمكون الصابئي على محافظة بغداد يضر بالمرشح كما يضر بالمكون الصابئي لأنه يحرم أفراد الطائفة في المحافظات الأخرى من ممارسة حقهم كمكون صابئي في التمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشح المنصوص عليه في المادة (20) من الدستور والتي نصت على أنه (للمواطنين رجالاً ونساءً حق المشاركة في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية، بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشح). ومن ثم قررت المحكمة بعدم دستورية الفقرة (ج) من (البند/ ثالثاً) من المادة (الأولى) من القانون رقم (26) لسنة 2009 قانون تعديل قانون الانتخاب رقم (16) لسنة 2005 وإشعار السلطة التشريعية بتشريع نص جديد يكون موافقاً لأحكام المادة (14) و(20) من الدستور باعتبار المقاعد المخصصة من الكوتا للمكون الصابئي المنداني كافة ضمن دائرة انتخابية واحدة<sup>(1)</sup>.

(1) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (6/اتحادية/ 2010) وحكم رقم (7/اتحادية/2010) الصادران في

إذ إن الرقابة على دستورية القوانين عمل قانوني يتمثل بالتأكد من مدى ملائمة القانون الذي وضعه البرلمان مع قواعد الدستور لمعرفة إذا كانت تلك القوانين قد خالفت الدستور أم لا، ونظراً لما تتمتع به السلطة القضائية من استقلالية وحياد فضلاً عن القدرة القانونية التي تولد الثقة عند الأفراد فقد أعطيت هذه السلطة للتأكد من أن القوانين تحترم الدستور، إلا أن معظم الدول لم تتفق على أسلوب واحد للرقابة القضائية بل تعددت هذه الأساليب وتتنوعت، ولكن بالرغم من ذلك يمكن تقسيم هذه الرقابة القضائية إلى نوعين رئيسيين تبعاً للآثار المترتبة عليهما<sup>(1)</sup>:

### النوع الأول: رقابة الامتناع.

هذه الصورة من صور الرقابة القضائية تستطيع جميع المحاكم على مختلف أنواعها ودرجاتها أن تمارسها، وتظهر هذه الصورة عند وجود نزاع معروض أمام القضاء سواء أكان هذا النزاع جزائياً أو تجارياً أو مدنياً<sup>(2)</sup>، وإذا تبين أن القانون الذي سيطبق على الخلاف القائم يخالف أحكام الدستور، فإنها تمتنع عن تطبيقه على الدعوى التي أثارت الدفع بسببها<sup>(3)</sup>. وهذه الرقابة تعدُّ من أفضل طرق الرقابة على دستورية القوانين لما يتمتع به القضاء من استقلال في أداء عمله بعيداً عن الضغوط السياسية أو غيرها، فالمحكمة في ممارستها لرقابة الامتناع لا تحكم ببطلان القانون أو الغاءه وإنما يقتصر دورها في حالة تأكدها من مخالفة القانون للدستور عن الامتناع عن تطبيقه<sup>(4)</sup>.

---

2010/3/2، المنشورين في أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام 2010، من إصدارات جمعية القضاء العراقي، المجلد الثالث، تموز، 2011، ص 42-48.

(1) الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص 555.

(2) الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص 188.

(3) خليل، محسن، مرجع سابق، ص 617.

(4) خليل، محسن، مرجع سابق، ص 617.



وقد يتقرر الدفع بعدم دستورية القوانين بعدة طرق، وهذا يرجع للنظام القانوني السائد في الدولة، فإما أن يقع بناءً على طلب أحد الخصوم في الدعوى الأصلية أو بناءً على طلب القاضي، وتفترض هذه الصورة من الرقابة أن يكون هناك دعوى مقامة أمام المحكمة، ونشأ عنها طلب عدم تطبيق القانون لمخالفته الدستور على النزاع المعروض أمامه<sup>(1)</sup>.

وتتميز رقابة الامتناع بحجية نسبية، وهذا يعني أن أثرها لا يمتد إلا على النزاع المعروض أمام المحكمة، أي أن الحكم بعدم دستورية القانون والامتناع عن تطبيقه على تلك الواقعة لا يلزم محاكم أخرى أن تأخذ بها، وهو كذلك لا يلغي سريان هذا القانون على قضايا أخرى مشابهة لها، ولا تحتاج هذه الرقابة لنص يقررها بالدستور، كما هو الحال بالنسبة لرقابة الإلغاء، حيث يستطيع القاضي مباشرتها حتى ولو لم يشير الدستور إلى ذلك، لأن مهمة القاضي تطبيق القانون، وهذه المهمة توجب عليه التأكد من مطابقة القانون لأحكام الدستور<sup>(2)</sup>.

ووفقاً لقانون المحكمة الدستورية لم يمنح المشرع الدستوري القاضي ان يقوم بالدفع بعدم دستورية القوانين وإنما هي متروكة للمتخصصين اطراف النزاع.

(1) الليمون، عوض، (2019)، الوجيز في النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري، دار وائل للنشر والتوزيع،

عمان، الأردن، ص 398.

(2) الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص 557.

## النوع الثاني: رقابة الإلغاء .

إن المقصود برقابة الإلغاء والتي تسمى الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية: "هو قيام صاحب الشأن الذي يمكن أن يتضرر من القانون بالطعن به أمام المحكمة المختصة ابتداءً ودون أن ينتظر تطبيق القانون عليه طالباً من المحكمة الحكم بإلغاء ذلك القانون، لمخالفته أحكام الدستور، وهنا على المحكمة المختصة أن تنظر بصحة هذا الدفع فإذا تبين للمحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين صحة ما يدعيه مقدم الطعن قامت بإلغاء هذا القانون، أما إذا تبين للمحكمة عدم صحة هذا الدفع فإنها تقضي برفض الدعوى ويبقى القانون مطبقاً وساري المفعول، وحتى تقوم رقابة الإلغاء عن طريق الدعوى الأصلية لا بد أن يكون هناك قانون قد صدر وأصبح نافذاً، وأن يكون هناك مصلحة لرفع الدعوى، ودفع الضرر الذي سيلحق بالأشخاص الذين سيطبق عليهم هذا القانون إذا لم يقوموا بالطعن بصحته"<sup>(1)</sup>.

وتوصف الدعوى الأصلية لإلغاء القانون المخالف للدستور بأنها دعوى عينية<sup>(2)</sup>، وذلك لتمييزها عن الدعوى الشخصية؛ كونها موجهة ضد القانون ذاته، وبهذا فإن الحق في رفعها لا يكون مسموحاً لجميع الأفراد دون قيود، بل يجب أن يتوافر في رافع الدعوى شرط المصلحة وأنه قد يصيبه ضرر أو يحتمل أن يصيبه بتطبيق القانون عليه، والحكم الذي تصدره المحكمة بإلغاء القانون أو رفض الدعوى له حجية مطلقة أي أنه يسري على الجميع دون استثناء، ويتمتع بقوة القانون العادي، ولا يجوز إثارة الأمر مرة أخرى أمام محكمة أخرى في المستقبل، وعليه فإنه لا يجوز اللجوء إلى مثل هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين وذلك يكون بناء على تواجد

(1) الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص 557.

(2) الليمون، عوض، مرجع سابق، ص 399.

نصوص صريحة في الدستور تسمح بذلك، ويحدد المحكمة المختصة بهذا الأمر، والنتائج المترتبة على الحكم.

ولو أقمنا مقارنة بين الرقابة القضائية والرقابة السياسية نجد أن الرقابة القضائية تتقدم على الرقابة السياسية في عدة جوانب، منها أن عملية الرقابة من حيث موضوعها ومضمونها ومن حيث المسائل التي تطرحها لها طبيعة قانونية يفترض بالذين سيقومون على عملية الرقابة أن يتمتعوا بتكوين قانون خاص، وهذا التكوين القانوني قد يبدو متوفراً في رجال القضاء بدايةً، وعليه فإنهم يعدون أولى الجهات المؤهلة للقيام بذلك.

أما بالنسبة للرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة في الأردن، فإن التعديلات الدستورية لسنة 2011 جاءت بإنشاء محكمة دستورية<sup>(1)</sup>، حيث نص المشرع في المادة (1/58) من الدستور الأردني لعام 1952، على أن: "تتشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك"<sup>(2)</sup>.

ولقد نص الدستور الأردني على صلاحيات المحكمة الدستورية الأردنية في مباشرة رقابتها على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، حيث نص المشرع في المادة (1/59) من الدستور الأردني لعام 1952، على أن: "تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وتصدر أحكامها باسم الملك، وتكون أحكامها نهائية وملزمة لجميع السلطات ولكافة كما تكون

(1) حيث كانت محكمة العدل العليا قبل نشأة المحكمة الدستورية تتولى الفصل في دستورية القوانين والأنظمة والإجراءات والقرارات المخالفة للدستور بناءً على طلب المتضرر. أنظر المادة (6/9، 7) من قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992، الجريدة الرسمية، العدد (3818)، 1992/3/25، ص 516.

(2) المادة (1/58) "من الدستور الأردني لعام 1952" وتعديلاته، وأنظر أيضاً: المادة (3)، قانون المحكمة الدستورية الأردني رقم (15) لسنة 2012، الجريدة الرسمية، العدد (5161)، 2012/6/7، ص 2519،

أحكامها نافذة بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذه، وتنتشر أحكام المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها<sup>(1)</sup>.

ولقد حدد المشرع في المادة (60) من الدستور الأردني لعام 1952 وتعديلاته، الجهات التي منحت حق إقامة الدعوى الأصلية بإلغاء القوانين والأنظمة النافذة المخالفة للدستور على سبيل الحصر وهي: مجلس الأعيان، ومجلس النواب، ومجلس الوزراء، أما الدفع بعدم الدستورية فتم منحه لأي طرف من أطراف الدعوى<sup>(2)</sup>.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن المادة (3/61) من الدستور الأردني لعام 1952، أحالت إلى قانون المحكمة الدستورية عند ذكرها عبارة "يحدد القانون"، فتولى هذا القانون تنظيم استعمال حق رفع الدعوى الأصلية بعدم دستورية القوانين والأنظمة النافذة، والدفع الفرعي المقدم من أطراف النزاع في إحدى القضايا<sup>(3)</sup>.

في حين أخذ العراق بالرقابة القضائية على دستورية القوانين بموجب القانون الأساسي العراقي، إلا أنه لم يحدد هيئة ثابتة بالنظر في دستورية القوانين، إلا أن المادة (81) من دستور

(1) المادة (1/59) من الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته، ولقد نصت المادة كذلك (4/أ) من قانون المحكمة الدستورية الأردني رقم (15) لسنة 2012، على أن: "تختص المحكمة بما يلي: أ- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة".

(2) نصت المادة (60) من الدستور الأردني لعام 1952 وتعديلاته، على: "1- يقتصر حق الطعن المباشر في دستورية القوانين والأنظمة النافذة لدى المحكمة الدستورية على كل من: أ- مجلس الأعيان أو مجلس النواب على أن يصدر القرار بموافقة ما لا يقل عن ربع عدد أعضاء المجلس المعني، ب- مجلس الوزراء، 2- في الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدي تحيله إلى المحكمة الدستورية وفق أحكام القانون" بموجب التعديل المنشور في العدد 5770 تاريخ 2022/1/31 من الجريدة الرسمية، وأكدت المواد (9-11) من قانون المحكمة الدستورية الأردني رقم (15) لسنة 2012، على أن: هذه الفئات صاحبة الحق في رفع الدعوى الأصلية والدفع الفرعي بعدم الدستورية.

(3) المادة (3/61) من الدستور الأردني، وانظر أيضاً قانون المحكمة الدستورية رقم (15) لسنة 2012.

العراق لعام 1925، أشارت إلى تشكيل المحكمة العليا والتي كانت من مهامها تفسير القوانين ومحاكمة الوزراء، وموافقة القوانين، بينما لم يتطرق دستور عام 1958 إلى الرقابة على دستورية القوانين، وبالنتيجة خالف القانون الأساسي بذلك<sup>(1)</sup>، وكذلك سار دستور 29 نيسان عام 1964 على هذا النهج في عدم تحديد هيئة قضائية تنظر بالرقابة على دستورية القوانين<sup>(2)</sup>، وقد خالف دستور عام 1968 ما جاء في الدساتير السابقة، ونص المشرع في المادة (87) من الدستور العراقي، على أن: "تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام هذا الدستور، والبت في دستورية القوانين، وتفسير القوانين الإدارية والمالية، والبت في مخالفة الأنظمة للقوانين الصادرة عنها، ويكون قرارها ملزماً"<sup>(3)</sup>، في حين لم يُشر دستور عام 1970 إلى أي هيئة تتولى النظر بدستورية القوانين<sup>(4)</sup>، وبعد عام 2003 صدر في هذه المدة دستوران؛ الأول قانون إدارة الدولة العراقية الانتقالي، الذي أناطه صلاحية النظر بدستورية القوانين إلى المحكمة الاتحادية العليا التي تمارس أسلوب الرقابة القضائية عن طريق دعوى تقدم أمامها من المدعي، أو تكون الإحالة من محاكم أخرى في الدعاوى التي تتعلق بقوانين أو تعليمات أو أنظمة تصدر من الحكومة الاتحادية أو الإقليمية أو إدارة البلديات والمحافظات والإدارات المحلية التي لا تتوافق وأحكام هذا القانون، وإذا قررت المحكمة الاتحادية العليا إن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات أو إجراء مطعون فيه غير موافق للقانون عدته لاغياً وفق المادة (44/ج/3) من "قانون إدارة الدولة العراقية الانتقالي" 2004<sup>(5)</sup>.

(1) نصوص دستور العراق لعام 1958.

(2) نصوص دستور العراق لعام 1964.

(3) المادة (87) من دستور العراق لعام 1968.

(4) الدستور العراقي لعام 1970.

(5) المادة (44/3/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية الانتقالي 2004.

وقد أنط الدستور العراقي لسنة 2005 الرقابة على دستورية القوانين إلى المحكمة الاتحادية العليا، فقد جاء في نص المادة (1/92) بأن المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً<sup>(1)</sup>، وبينت المادة (93) من الدستور اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، حيث نص المشرع في المادة (93) من الدستور العراقي على أن: "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة..."، وتعدّ قرارات هذه الهيئة القضائية ملزمة لجميع السلطات وفق ما جاء في المادة (94)<sup>(2)</sup>.

ويتبين للباحث بأن المشرع الدستوري كان مسلكه محموداً بإحالة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة قضائية مستقلة، وذلك للحفاظ عليها من التأثير بالتجاوزات السياسية، نظراً لحدثة الثقافة الديمقراطية في العراق، وتأثر أغلب القائمين على الرقابة السياسية بالأهواء والتأثيرات الطائفية والمناطقية، أو القومية، أما القضاة فيتمتعون بدرجة عالية من الاستقلالية، ويتبين لنا أيضاً أن المحكمة الدستورية الأردنية تنظر في الدعوى الأصلية بعدم دستورية القوانين والقوانين المنفذة إذا تم رفعها من قبل جهات محددة، كما يجوز لأي طرف في أي خصومة قضائية أن يدفع بعدم دستورية القانون أو النظام الذي يحكم النزاع المثار.

(1) انظر المادة (92) من الدستور العراقي لسنة 2005.

(2) انظر المادة (94) من الدستور العراقي لسنة 2005.

## المبحث الثاني

### تطور رقابة الدفع بعدم الدستورية

أشرنا فيما سبق أن هناك العديد من الدول ومنها الأردن ومصر كدولة مقارنة، عملت على تطبيق رقابة الدفع الفرعي (رقابة الامتناع) دون وجود نص قانوني يجيز لها ذلك. ودون وجود نص قانوني يمنعها من ذلك أيضاً، ثم تم بعد ذلك تقنين وتنظيم مسألة الدفع بعدم الدستورية قانونياً، وطراً عليها شيء من التطور سواء من حيث الآلية أو الحجية، لذا سيتم توضيح هذا التطور في مطلب أول، وبيان الطبيعة القانونية لهذا الدفع في مطلب ثانٍ.

### المطلب الأول

#### تطور رقابة الدفع

يمكن القول أنه استمر تطبيق رقابة الامتناع في التشريعات المقارنة دون وجود نص قانوني فترة من الزمن، ويرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup> أنه كان من الأفضل النص على حجية رقابة الدفع في ذات قانون المحكمة العليا، حيث أنه وفق المادة (93) من دستور العراق والتي نصت على أنه: "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي : أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة".<sup>(2)</sup>

حيث أن نص المادة (93) واضح وصريح بصدد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية جميع القوانين والأنظمة سارية المفعول، وبالنسبة للقوانين ورد النص مطلقاً،

(1) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 260

(2) الوقائع العراقية، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق، العدد 4012، السنة السابعة والاربعون، 28 كانون الاول 2005، بغداد، ص 21.

وهذا يعني أن الرقابة المحكمة شاملة للقوانين الأصلية والتي تصدر من السلطة التشريعية بصفتها الجهة المكلف بها دستورياً القيام بهذه المهمة في جميع الأوقات والظروف، سواء أكانت هذه التشريعات صادرة عن السلطة التشريعية الاتحادية أم السلطة التشريعية للأقاليم.

كما تمتد رقابة المحكمة لدستورية الأنظمة أي امتدادها إلى تلك الطائفة من التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية سواء كان من اختصاصاتها التنفيذية أو عاملة عمل اختصاص تشريعي بشكل استثنائي وذلك بالاستناد إلى الدستور أو واقع فرض من ظروف طارئة، وإن امتداد الرقابة الدستورية إلى الأنظمة هو امر تقتضيه الاعتبارات العملية تأكيداً لسيادة القانون لما لهذه الأنظمة من أهمية لاسيما ما يتعلق منها بحرية المواطنين وأمنهم.

وبذلك يمكن القول ان المشرع الدستوري أخذ بالمفهوم الواسع للقانون وبالمدلول الموضوعي له حيث شملت رقابة المحكمة جميع النصوص التشريعية أصلية كانت ام فرعية . وهو اتجاه يساهم في الحماية المباشرة للحقوق والحريات العامة بما يعزز من دعائم دولة القانون في العراق .

كما إن المادة (93) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة 2005<sup>(1)</sup> ، قد جاءت موفقة لسببين: الأول: انها ساوت بين القوانين والأنظمة في الرقابة على الدستوريه ، أي مخالفة كل منهما لنص دستوري قائم أو الخروج على روحه ومقتضاه. ولعل حكمة التسوية بين القانون والنظام في هذا المجال ، تتمثل في أن الرقابة الدستورية تستهدف حماية الدستور وصونه من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأسمى في البلاد، وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا امتدت رقابة المحكمة الاتحادية العليا على جميع التشريعات الأصلية منها أو الفرعية (الأنظمة)، كما ان امتداد الرقابة الدستورية على الأنظمة امر تقتضيه مركزية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التي تبناها

(1)المادة (93) من الدستور العراقي لسنة 2005.



المشروع الدستوري في دستور العراق النافذة لسنة 2005، والتي يتنافى معها ترك الخوض في دستورية الأنظمة لولاية الجهات القضائية الاخرى مع ما يستتبع ذلك من احتمال تعارض الآراء وتضارب الأحكام في مسألة واحدة مما يؤثر في الأوضاع والمراكز القانونية ويصيبها بالاضطراب وعدم الاستقرار.

والثاني : انها جعلت اختصاص المحكمة الاتحادية العليا لا يمتد إلى الرقابة على دستورية التعليمات (القرارات الإدارية التنظيمية)، إذ ان إخضاع المحكمة الاتحادية العليا الأنظمة (القرارات الإدارية التنظيمية) للرقابة الدستورية سنده المعيار الموضوعي الذي تعد هذه الأنظمة في مفهومه بمثابة قوانين، فالأنظمة شأنها شأن القوانين تنطوي على مجموعة من القواعد العامة المجردة، ومن ثم كان منطقياً ان تشملها معاً الرقابة القضائية على الدستورية، أما التعليمات (القرارات الإدارية الفردية) فإنها لا تندرج تحت مدلول القوانين، لا من ناحية الشكل، ولا من ناحية الموضوع، ولذلك لا تمتد إليها الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التي تباشرها المحكمة الاتحادية العليا وفقاً لنص المادة (93) من الدستور العراقي النافذ.

أما عن تطور الدفع بعدم الدستورية في الأردن، فإنه يمكن القول وكما أسلفنا، أن القضاء الأردني بشقيه (العادي والإداري) مارس رقابة الدفع الفرعي (رقابة الامتناع) دون وجود نص قانوني يجيز ذلك أو يمنعه.

واستمر هذا الحال إلى أن صدر قانون محكمة العدل العليا رقم 12 لسنة 1992 الذي نص في المادة (7/أ/9) منه على اختصاص المحكمة دون غيرها من خلال النظر في الطعن المقدم من قبل أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام

مخالف للقانون أو الدستور<sup>(1)</sup>، وبهذا النص أصبحت محكمة العدل العليا كما ذكرنا مختصة بنظر رقابة دستورية القوانين المؤقتة بموجب دعوى أصلية مباشرة، يطلب فيها الطاعن وقف العمل بالقانون المؤقت المخالف للدستور - دون حاجة للانتظار لحين تطبيق القانون المؤقت عليه.

أما بالنسبة للرقابة على دستورية القوانين العادية، فقد بقيت رقابة امتناع على النحو الذي تم توضيحه سابقاً، وكل ما في الأمر أنه تم التأكيد على حق محكمة العدل في ممارسة هذه الرقابة بمناسبة الطعن بالقرار أو الإجراء الإداري الصادر استناداً إلى قانون غير دستوري وذلك وفق المادة (6/أ/9).

ووقف العمل بالقانون المؤقت لا يعني إلغائه بل تجميد آثاره، أي يبقى قائماً من الناحية العملية، إلا أنه لا ينتج أي أثر قانوني<sup>(2)</sup>، ورغم هذا الموقف المحمود للمشرع تجاه القوانين المؤقتة، إلا أن غالبية الفقه الدستوري الأردني استمر جاهداً بمطالبة المشرع بإصدار وتعديل التشريعات القائمة التي من شأنها التوسع في رقابة دستورية القوانين، وتنظيم هذه المسألة بشيء من التفصيل والتعمق، ومسايرة الدول المتقدمة، وأمام هذه المناشدات الحثيثة، استجاب المشرع الدستوري وأجرى تعديلاً دستورياً عام 2011، نص فيه على إنشاء محكمة دستورية تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وتكون أحكامها ملزمة ونهائية لكافة السلطات<sup>(3)</sup>.

كما نصت هذه التعديلات على طريقي الدعوى المباشرة (الطعن المباشر) والدعوى غير المباشرة (الدفع بعدم الدستورية) لتحريك هذه الرقابة الدستورية، وحددت الجهات التي لها حق

(1) المادة (7/أ/9) من قانون محكمة العدل العليا رقم 12 لسنة 1992

(2) كنعان، نواف (2013)، مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، ط1، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ص 314.

(3) كنعان، نواف (2013)، مرجع سابق، ص 314.

الطعن المباشر حصراً وهي: مجلس الأعيان ومجلس النواب ومجلس الوزراء، في حين جعلت الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية لأطراف الدعوى المنظورة أمام المحاكم.

ونصت هذه التعديلات أيضاً على ضرورة إنشاء قضاء إداري على درجتين، وفعلاً صدر قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 الذي ألغى محكمة العدل العليا وألغى من اختصاصه رقابة دستورية القوانين المؤقتة والأنظمة.

واستناداً إلى هذه التعديلات الدستورية تم إصدار قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 الذي أكد باختصاص رقابة دستورية القوانين، وعلى طريقي الطعن المباشر والدفع بعدم الدستورية لتحريك هذه الرقابة، وبيّن إجراءاتها القضائية، وأن الحكم الصادر عنها نهائي وملزم لجميع السلطات والكافة. وبإنشاء هذه المحكمة الدستورية يكون قد تحقق حلم طال انتظاره والمناداة به، وتشمل رقابة الدستورية جميع أوجه الطعن الشكالية المتعلقة بإجراءات سن التشريع، والموضوعية المتعلقة بمخالفة التشريع لحكم الدستور<sup>(1)</sup>.

وهنا من المهم الإشارة إلى التطور الذي حدث للدفع الفرعي في ظل التعديلات الدستورية وقانون المحكمة الدستورية، الذي أصبح يسمى (الدفع بعدم الدستورية)، وأصبح له مفهوماً وإجراءات وحجية مختلفة عما كان للدفع الفرعي (رقابة الامتناع).

ويُمكن أن يسمى الدفع بعدم الدستورية طعن غير مباشر (دعوى غير مباشرة) وفق ما أوضحه جانب من الفقه الدستوري الأردني بقوله<sup>(2)</sup>: (إن ما يقدم أمام محكمة الموضوع للطعن بعد الدستورية يسمى دفعاً (دفع بعدم الدستورية) حسب المادة 2/60 من التعديلات الدستورية "في

(1) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 522.

(2) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 527/528.

الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدي تحيله إلى المحكمة الدستورية وفق أحكام القانون<sup>(1)</sup>، وكذلك ورد لفظ الدفع في نصوص قانون المحكمة الدستورية في المواد (11) و (12) التي تتحدث عن الدفع بعدم الدستورية)، أما بعد وصول هذا الدفع إلى المحكمة الدستورية فقد سماه المشرع طعناً، كما جاء في المواد (13، 14، 15) من قانونها.

وعليه فإن كلمة طعن قد وردت في الدستور لتدل على الطعن المباشر، في حين استعمل قانون المحكمة كلمة دفع في المراحل الأولى لإثارة الدفع بعدم الدستورية، مروراً بمحكمة التمييز وذلك على أن يتماشى قانون المحكمة الدستورية مع التعديل الدستوري، وإذا ما وصل هذا الدفع إلى المحكمة الدستورية سماه المشرع طعناً، لأنه في هذه المرحلة يتقرر مصيره. ولا يترتب على اختلاف هذه المسميات أية آثار وفق، رأي أصحاب هذا الاتجاه<sup>(2)</sup>.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية بقولها: ".... وحيث أن الدفع بعدم الدستورية وفقاً لأحكام المادة 11 من قانون المحكمة الدستورية، ودلالة المادة 4/4 من القانون ذاته ليس دعواً فرعياً تابعاً للدعوى الموضوعية لغايات الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المدعى بعدم دستورتها، وإنما هو (الدفع بعدم الدستورية) في واقع الحال وحقيقة الأمر طعن غير مباشر بعدم الدستورية (دعوى أصلية غير مباشرة) من خلال الدعوى الموضوعية لغايات إبطال النصوص المطعون بعدم دستورتها"<sup>(3)</sup>.

(1) انظر الدستور الأردني بموجب التعديل المنشور في العدد 5770 تاريخ 2022/1/31 من الجريدة الرسمية.

(2) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 527/528.

(3) قرار المحكمة الدستورية رقم (2) لسنة 2014 الصادر بتاريخ 2014/2/26.

وعند التمعن بالنصوص الدستورية والقانونية سواء في التشريع المقارن (المصري) أو التشريع الأردني، يتضح أن هناك تطورات طرأت على الدفع الفرعي (رقابة الامتناع) الذي كانت تمارسه جميع المحاكم في الدولة، وكان يقتصر حكمها إذا رأت أن النص غير دستوري على الامتناع عن تطبيقه على النزاع المعروض عليها، إلى دفع بعدم الدستورية تختص بنظره محكمة محددة (المحكمة الدستورية)، وإذا ما رأت أن النص غير دستوري ألغته أو أبطلته.

بمعنى أن المحكمة الدستورية أصبحت هي المختصة حصراً برقابة دستورية القوانين، وتقرير ما إذا كانت هذه القوانين دستورية أم غير دستورية، أي أن رقابة الدستورية هنا انتقلت من رقابة لا مركزية تمارسها جميع المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها إلى رقابة مركزية تمارسها محكمة مختصة أنشئت لهذه الغاية، وأحكامها نهائية ذات حجية مطلقة وملزمة لجميع السلطات وللکافة.

ويرى الباحث، مع جانب من الفقه<sup>(1)</sup>، أن هذه الحصرية للمحكمة الدستورية سواء في الأردن أو في الدول المقارنة لا تمنع المحاكم الأخرى من الاستمرار بممارسة رقابة الامتناع (الدفع الفرعي) إذا ما أثير أمامها دفع فرعي بعدم الدستورية. وإلا كان في ذلك انتهاك كامل لمبدأ الشرعية الدستورية، وليس لهذه المحاكم بطبيعة الحال أن تمارس رقابة الإلغاء.<sup>(2)</sup>

وبالنتيجة فإن مفهوم الدفع بعدم الدستورية في صورته الجديدة (الطعن غير المباشر) يتمثل في إمكانية قيام أحد أطراف النزاع بالدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية النص القانوني المراد تطبيقه على النزاع مطالباً بإلغائه وليس مجرد الامتناع عن تطبيقه، ويقتصر دور محكمة الموضوع على تقدير جدية هذا الدفع - دون البت فيه - وإحالته إلى المحكمة الدستورية إذا قدرت أن الدفع

(1) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 528.

(2) كنعان، نواف (2013)، مرجع سابق، ص 314.

جدي، ونظراً لأهمية الدفع بعدم الدستورية في صورته الجديدة فقد أخذت به العديد من الدول مؤخراً مثل فرنسا، والجزائر والمغرب<sup>(1)</sup>.

وبعد الانتهاء من الحديث عن نشأة وتطور رقابة الدفع بعدم الدستورية، فإنني سأعمل في المطلب الثاني على بيان طبيعته القانونية.

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية

أشرنا فيما سبق أن الدفع الفرعي (رقابة الامتناع) يمكن إثارته أمام محكمة الموضوع من أحد أطراف النزاع، ويمكن إثارته من المحكمة ذاتها من تلقاء نفسها، وأن محكمة الموضوع تملك البت في هذا الدفع من حيث تقدير دستورية النص القانوني الذي قدم فيه الطعن.

في حين أن الدفع بعدم الدستورية (الطعن غير المباشر)، وهو نوع من رقابة الإلغاء، يمكن إثارته من أحد أطراف النزاع، ولا تملك محكمة الموضوع لدينا في الأردن إثارته من تلقاء نفسها، بخلاف الوضع في بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري مثلاً، ويقتصر دور محكمة الموضوع على تقدير جدية الدفع - دون البت في دستوريته - وإحالة المسألة إلى المحكمة الدستورية للبت فيها، ولتوضيح الطبيعة القانونية لهذا الدفع، يمكن القول ابتداءً أن الدفوع بشكل عام إما أن تكون دفوع شكلية أو دفوع موضوعية.

والدفع الشكلي هو الدفع الذي يوجه إلى إجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به، ويجب أن يثار قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق في إبدائه، أما الدفع الموضوعي فهو الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بغرض الحكم برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، ويمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، أما من حيث الطبيعة القانونية للدفع الفرعي

(1) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 528.

(رقابة الامتناع)، فيرى بعض الفقه أنه دفع موضوع وليس شكلي، إذ يمكن إثارته في أي مرحلة من

مراحل الدعوى، وأنه دفع قانوني يمكن إثارته أمام محكمة النقض / التمييز. (1)

وأنه دفع يتعلق بالنظام العام، وفق رأي غالبية الفقه، ذلك أن محكمة الموضوع ذاتها

تستطيع إثارته من تلقاء نفسها، وأنه دفع أولي (دفع في مسألة أولية)، يتعين على قاضي الموضوع

البت في هذا الدفع الأولي أولاً، بمعنى الفصل في المسألة الدستورية المثارة، ثم يفصل في الدعوى

الموضوعية، أما عن طبيعة الدفع بعدم الدستورية (الطعن غير المباشر)، فيرى الفقه (2) أنه دفع

موضوعي وقانوني يمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ويمكن إثارته أمام محكمة

التمييز، وهذا ما أكد قانون المحكمة الدستورية الأردنية في مواده (م/11أ، م/11د) وقضاء

المحكمة الدستورية في أحكامها (رقم 4/، 2018، 2021/2).

وأنه دفع في مسألة إجرائية، ذلك أن قاضي الموضوع لا يبت في الدفع (المسألة

الدستورية) وإنما يتحقق من جدية الدفع، فإن وجد أنه جدي أوقف الدعوى الموضوعية وأحال

الدفع إلى المحكمة الدستورية للبت في المسألة الدستورية، وعليه انتظار حكم المحكمة الدستورية

والتقيد به (3)، وهو دفع لا يتعلق بالنظام العام في الأردن، وكذلك في بعض الدول المقارنة، إذ لا

تملك محكمة الموضوع إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسها، بخلاف الوضع في مصر مثلاً،

حيث تملك محكمة الموضوع لديهم من تلقاء نفسها إحالة المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية

العليا دون أن يطلب أي من أطراف الدعوى ذلك. (4)

(1) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 529.

(2) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 528.

(3) انظر المادة (15/أ) من قانون المحكمة الدستورية.

(4) كنعان، نواف (2013)، مرجع سابق، ص 315.

## الفصل الثالث

### الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية

تعتبر الضوابط القانونية ممارسة لآليات الدفع بعدم الدستورية وفق شروط وإجراءات محددة قانوناً وهذا يعني بوجود محددات تحكم إجراءات وإثارة الدفع بعدم الدستورية، حيث تثبت الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية لجميع المحاكم في النظام القضائي على اختلاف أنواعها ودرجاتها<sup>(1)</sup>، وإن من الأسباب التي تدفع إلى اللجوء إلى الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية هو عدم تنظيم الدستور للرقابة على دستورية القوانين ، حيث ظهر في العراق مثل هذا التوجه لأن دستور 1970 الملغى سكت عن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين مما دفع بعض الفقه إلى القول بإمكانية قيام مثل هذا النوع من الرقابة<sup>(2)</sup>، ولبيان كيفية إثارة الدفع بعدم الدستورية ضمن الضوابط القانونية، لا بد من التطرق إلى مبحثين وهما على النحو الآتي:

- المبحث الأول: أحكام الدفع بعدم الدستورية.
- المبحث الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية.

(<sup>1</sup>) نواره، بلال (2021)، سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، دفا تر السياسة والقانون،

المجلد (13)، العدد (3)، ص 102.

(<sup>2</sup>) كنعان، نواف (2013)، مرجع سابق، ص 316



## المبحث الأول

### أحكام الدفع بعدم الدستورية

إن شروط الدفع بعدم الدستورية تتمثل في ضرورة أن يكون القانون الذي طعن بعدم دستوريته واجب التطبيق على النزاع المعروض أمام محكمة الموضوع، حيث أنه لا يمكن الفصل بالنزاع دون استظهار مدى دستورية ذلك النص، حيث أن الطعن الذي يقدم بعدم دستورية نص غير مطبق على النزاع يعد ضرباً من ضروب عدم الجدية التي تستوجب رد الطلب قبل إحالته إلى المحكمة الدستورية، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق إلى الشروط والضوابط اللازم توافرها لصحة الدفع المثار أمام محكمة الموضوع وقبوله وذلك من خلال مطلبين يعرض .

## المطلب الأول

### تكييف الدفع بعدم الدستورية

إن الرأي السائد عند فقهاء القانون بأن الدفع بعدم دستورية القوانين هو دفع موضوعي لأنه يتعلق بإرساء قاعدة قانونية واجبة التطبيق أو تسير ذات القاعدة القانونية<sup>(1)</sup>، حيث لا يوجد رأي يشير إلى اعتبار الدفع بعدم الدستورية دفعاً شكلياً وبالتالي فإن الدفع بعد الدستورية دفعاً موضوعياً بحتاً.

حيث أنه واستجابة لمطالبات العديد من الفقه الدستوري الأردني بضرورة إنشاء محكمة دستورية، فقد تدخل المشرع الدستوري عام 2011 وأنشأ هذه المحكمة وحدد اختصاصاتها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وبيّن طرق مباشرتها لاختصاصاتها، حيث أشار في المادة

(1) أبو الوفا، أحمد (1983)، أصول المحاكمات المدنية، دار الجامعة، مصر، ص262.

(2/60) من الدستور لأول مرة إلى حق الأفراد في تحريك هذه الرقابة الدستورية حيث يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدياً إحالته إلى المحكمة الدستورية وفق أحكام القانون، كما قام الدستور الأردني بإحالة تفصيلات نظر الدفع أمام المحكمة الدستورية وإجراءاتها وشروطها إلى قانون المحكمة الدستورية الذي سيصدر<sup>(1)</sup>، حيث أنه وتطبيقاً لذلك صدر قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 الذي أكد على اختصاص المحكمة برقابة دستورية القوانين والأنظمة النافذة وذلك وفق ما طرح في المادة (4) والذي وضع إجراءات تقديم الدفع بعدم الدستورية إلى محكمة الموضوع، وكيفية وصوله إلى المحكمة الدستورية.

وفي العراق يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام أي محكمة موضوع ويثبت لجميع المحاكم على اختلاف درجاتها، ولا يجوز إيراده أمام المحكمة الاتحادية العليا بصفتها التمييزية أو محكمة التمييز الاتحادية أو محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بالاستناد إلى نص المادة (3/209) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي لم تجز إيراد أي دفع جديد أمام محكمة التمييز باستثناء الدفع بالخصوم أو الاختصاص أو سبق الحكم في الدعوى والتي تنص على "لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بنظر الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصوم والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى"<sup>(2)</sup>.

(1) انظر المادة (2/60) والمادة (3/61) من الدستور الأردني.

(2) انظر المادة (3/209) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 وتعديلاته، وفي ذلك انظر قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم 243/ت/ح/11 المؤرخ في 2011/12/8 (غير منشور) والذي قضى بأنه "لدى التدقيق والمداولة لوحظ بأن الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية قرر قبول شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق لإحكام القانون لأن الشريك لا يجبر بالبقاء على حالة الشيوع في الملك الشائع إلا بناء على اتفاق أو نص قانوني وهذا ما لم يتحقق في العقار موضوع الدعوى كما إن تقرير الخبير المساح قد جاء واضحاً وبالتالي يصلح أن يكون سنداً للحكم هذا من جانب ومن جانب آخر فإن دفع المميّزة - المدعى عليها وتمسكها بلائحتها التمييزية وإقامتها دعوى قيمة مشيدات ودعوى أخرى وهي

ويدخل الدفع بعدم دستورية نص في القانون أو القانون بأكمله ضمن عموم الدفوع الفرعية لما يولده هذا الدفع الفرعي من تأجيل الخصومة أو وقفها لحين الفصل في مسائل أولية يتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع على خلاف أسلوب الدعوى المباشرة التي تمنح لصاحب الشأن في الهجوم المباشر على النص أو التشريع الذي يعتقد بأن تطبيقه يلحق الضرر به، ولتعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام ولكونه دفعاً موضوعياً فلا يسقط بالتقادم ويجوز إثارته مهما طال عمر القانون المطعون بعدم دستوريته، فعندما تنتظر المحكمة الدستورية في الدفع بعدم الدستورية - بعد تحققها من الشروط الشكلية - فإنها تنتظره كما تنتظر الدعوى الدستورية، بمعنى أن له ذات خصائص الدعوى<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن هذا الدفع يمتاز ببعض الخصائص والسمات منها:

- 1- أنه دفع لاحق على صدور التشريع غير الدستوري إذ بعد نفاذ التشريع يمكن للقضاء تطبيقه على النزاعات، وهنا فقط يمكن الدفع بعدم دستوريته.
- 2- وأنه دفع إجرائي جوازي لأطراف الدعوى الموضوعية، لهم إثارته أو عدم إثارته.

---

دعوى منع معارضة على العقار موضوع الدعوى فلا يمكن لهذه المحكمة التصدي لمثل الدفع كونه دفعاً جديداً لم يتم إثارته أمام محكمة الموضوع من قبل المدعى عليها وبالتالي لا يمكن التصدي له أو التحقق به لأن المادة (3/209) من قانون المرافعات المدنية لم تجوز إحداث دفع جديد أما المحكمة التي تنتظر الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى ودفع المدعى عليها أمام هذه المحكمة لا يحتوي على أي واحد من هذه الاستثناءات الثلاثة وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق وفق المادة 1/210 من قانون المرافعات المدنية"

(1) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 537 .

3- إجراء دفاعي (عيني) يدافع به الشخص عن نفسه في مواجهة النص التشريعي المخالف للدستور...<sup>(1)</sup>. ويمكن القول هنا أن الدفوع بشكل عام إما أن تكون دفوع شكلية أو دفوع موضوعية<sup>(2)</sup>.

وبناء على ما تقدم، يرى كثير من الفقه الدستوري، أن طبيعة الدفع بعدم الدستورية أنه دفع موضوعي، يمكن إثارته أمام جميع المحاكم أياً كان نوعها أو درجتها وكونه الأصلح لحماية حقوق الأفراد وحياتهم<sup>(3)</sup>، وأنه دفع قانوني<sup>(4)</sup> يمكن إثارته أمام محكمة التمييز أو النقض، وهي محكمة قانون، في حين كان للقضاء الدستوري المصري رأياً آخر حول طبيعة هذا الدفع بقوله: "إن الدفع بعدم الدستورية ليس من قبيل الدفوع الشكلية أو الموضوعية، وأنه يتغيا مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها، ومؤدى ذلك أن هذا الدفع يُعد من النظام العام يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أي محكمة"<sup>(5)</sup>.

## المطلب الثاني

### شروط الدفع بعدم الدستورية

لا بد من ضبط مسألة إثارة الدفع بعدم الدستورية ضمن الإطار القانوني الصحيح وذلك وفق أحكام التشريعات المقارنة حيث لا بد من توفر عدد من الشروط وذلك حتى يتم قبول ومنها

(1) عراش، نور الدين (2019)، الدفع بعدم الدستورية كآلية لتفعيل الدور الرقابي للمجلس الدستوري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الجزائر، مجلد 10، العدد 3، ص 460.

(2) رمضان، أحمد شعبان (2000)، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 162.

(3) شريف، عادل محمد (1988)، قضاء الدستورية - القضاء الدستوري في مصر -، القاهرة، مصر، ص 395.

(4) انظر المادة (11/د) من قانون المحكمة الدستورية، وبذلك انظر حكم المحكمة الدستورية رقم (4) لسنة 2018 الصادر بتاريخ 2018/7/29.

(5) الطعن رقم (14) السنة 33 قضائية دستورية جلسة 1994/2/12.

أهمية وجود الدستور حيث يعدُّ الدستور القانون الأعلى والأسمى في أي دولة من دول العالم، حيث يتضمن أهم الضمانات التي تحمي حقوق الأفراد وحررياتهم، ومنها ضمانه حرية التعبير عن الرأي التي ترد في نصوص خاصة تؤكد عليها وتتطلب وجوب احترامها باعتبارها من الحريات العامة التي يتمتع بها الإنسان بصفة عامة، فالكثير من الدول لديها دساتير ولم تتضمن أي نوع من أنواع الرقابة والتي تعارف على تسمية تلك الدساتير بالدساتير المرنة، وعلى عكس ذلك فالرقابة على دستورية القوانين سواء سياسية أم قضائية وبطريقة الإلغاء والامتناع وهذا ما بيناه سابقاً.

ومن أبرز الشروط لقبول هذا الدفع ما يلي:

### 1- وجود دعوى قضائية منظورة أمام إحدى المحاكم:

حيث أن الدفع بعدم الدستورية للقوانين يفترض من أن تكون هناك دعوى منظورة أمام القضاء، ولم يمنح كل من المشرع الأردني والعراقي الأفراد الحق في تقديم دعوى مباشرة (طعن مباشر) أمام المحكمة الدستورية حيث أن المشرع الأردني أخذ بالطعن المباشر (الدعوى المباشرة)، لكنه جعل هذا الحق قاصراً على السلطات العامة في الدولة (مجلس الأعيان، مجلس النواب ومجلس الوزراء)<sup>(1)</sup>، وبالوقت ذاته أجاز كلا التشريعين (الأردني والعراقي) للأفراد أطراف الدعوى الموضوعية، إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين أو الأنظمة، شريطة أن يثار هذا الدفع أمام محكمة الموضوع أثناء نظرها في النزاع (دعوى منظورة)<sup>(2)</sup>، بمعنى أن الدفع بعدم الدستورية بحسب رأي بعض القضاة في المحكمة الدستورية يرتبط مع الدعوى المنظورة أمام محكمة الموضوع ولا ينفك عنها، ومن ذلك قولهم: "إن الدفع بعدم الدستورية يُلزم الدعوى الموضوعية وجوداً وعدماً، وإلا

(1) انظر المادة (1/60) من التعديلات الدستورية، والمادة (9/أ) من قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012.

(2) انظر المادة (2/60) من التعديلات الدستورية، والمادة (11/أ) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية.

استحال الدفع إلى دعوى مباشرة وهو الأمر الذي لا يجيزه الدستور ولا القانون، ذلك أن هناك صلة حتمية بين الدعوى الدستورية والدعوى الموضوعية، تقتضي أن يكون النزاع الموضوعي قائماً وقت الفصل في الدعوى الدستورية وإلا فقد الحكم فيها جدواً<sup>(1)</sup>، فالدفع بعدم دستورية نص قانون معين إلا بوجود دعوى أصلية<sup>(2)</sup>.

## 2- أن يثار الدفع من أحد أطراف الدعوى:

أجاز المشرع الأردني للأفراد حق الولوج للمحكمة الدستورية للطعن (الدفع) بعدم دستورية القوانين، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً للكافة، ذلك أن الدعوى الدستورية ليست من دعاوي الحسبة التي يجوز لأي كان أن يقيمها، بل جعل المشرع هذا الحق قاصراً على أطراف الدعوى الموضوعية المنظورة أمام محكمة الموضوع<sup>(3)</sup>، وكذلك فعلت التشريعات المقارنة، وإذا ما توافر هذا الشرط فإنه يستوي أن يكون طرف الدعوى شخص وطني أو أجنبي، طبيعي أو اعتباري من خلال من يمثله<sup>(4)</sup>، وهذا الشرط يمكن أن نطلق عليه مفهوم (النطاق الشخصي للدفع)، أي أن هذا الدفع لا يمكن إثارته إلا من قبل أشخاص محددین بنص القانون وهم أطراف الدعوى الموضوعية.

(1) انظر، قرار المخالفة لأعضاء المحكمة الدستورية (الدكتور كامل السعيد والأستاذ يوسف الحمود) للحكم الصادر من المحكمة الدستورية رقم 2 لسنة 2015 الصادر بتاريخ 2015/7/1، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (5348)، الصادر بتاريخ 2015/7/14.

(2) انظر، قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 99 / اتحادية/2011 في 2011/10/18 (غير منشور).

(3) انظر المادة (2/60) من التعديلات الدستورية لعام 2022، والمادة (11/أ) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية.

(4) مدانات، نفيس (2013)، تطور الرقابة الدستورية في المملكة الأردنية الهاشمية في ضوء التعديلات الجديدة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 6، العدد 2، ص 68.

### 3- أن ينصب الدفع على قانون أو نظام:

جاء بالتعديلات الدستورية لعام 2011 بيان اختصاصات المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وجاء التأكيد على هذا الاختصاص بقانون المحكمة الدستورية ذاتها بالقول: "تختص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة"<sup>(1)</sup>.

ويقصد بالقانون جميع القواعد القانونية العامة والمجردة أيّاً كان مصدرها<sup>(2)</sup> سواء كانت قوانين عادية صادرة عن السلطة التشريعية أو قوانين مؤقتة صادرة عن السلطة التنفيذية ضمن شروط وضوابط إصدارها<sup>(3)</sup>.

ويقصد بالأنظمة وفق الرأي الراجح من الفقه<sup>(4)</sup> والقضاء، جميع أنواع الأنظمة (الأنظمة المستقلة، الأنظمة التنفيذية، أنظمة الضبط، وأنظمة الضرورة..)، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية بقولها: "...إن اختصاص محكمتنا ينعقد للنظر في الطعون بعدم دستورية الأنظمة سواء كانت صادرة لتنفيذ القوانين استناداً إلى المادة (31) من الدستور، أم صادرة لتنظيم مراكز قانونية محددة وفق المواد (2/45، 120 و114) منه، ذلك أن تعبير الأنظمة الذي ورد في المادة 1/59 من الدستور والمادة 4/4 من قانون المحكمة الدستورية جاء عاماً مطلقاً يشمل جميع القواعد العامة

(1) انظر المادة (1/59) من التعديلات الدستورية لعام 2022، والمادة (4/4) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية.

(2) الطببائي، عادل (2005)، المحكمة الدستورية الكويتية، مجلس النشر العلمي، الكويت، ص 59.

(3) انظر المادة (94) من الدستور حول ضوابط إصدار القوانين المؤقتة.

(4) - الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 522.

المجردة الواردة في الأنظمة المشار إليها دون تمييز، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده" (1).

وإن كان هناك جانب من الفقه والقضاء الأردني يرى أن الأنظمة التنفيذية لا تدخل ضمن اختصاص المحكمة الدستورية بقولهم: "أن هذه الأنظمة هي قرارات إدارية من حيث مصدرها، وقرارات تنظيمية من حيث موضوعها تصدر استناداً إلى القانون ولا يجوز لها مخالفة أحكامه، ويختص القضاء الإداري برقابة مشروعيتها إلغاءً وتعويضاً.. ويضيف هذا الرأي أن م1/12 من قانون المحكمة الدستورية، بيّنت أنه يمكن لأي من أطراف الدعوى أن يقدم مذكرة إلى المحكمة يعرض فيها بصورة واضحة ومحددة القانون أو النظام الذي أثير الدفع بعدم دستوريته ونطاق هذا الدفع ووجه مخالفته للدستور، ووجه المخالفة يعني أن المقصود بالأنظمة تلك التي تصدر استناداً إلى الدستور لا إلى القانون، وبالتالي تخرج الأنظمة التنفيذية من مجموع الأنظمة التي يجوز الطعن بعدم دستوريته" (2).

وأوجب المشرع الأردني لقبول الطعن بعدم دستورية القانون أو النظام أن يكون هذا التشريع نافذاً وذلك وفق ما جاء بأحكام المادة (1/59) من الدستور والمادة (4/أ) من قانون المحكمة الدستورية، وإلا قضت المحكمة بعدم الاختصاص أو رد الدفع شكلاً، وهذا ما جاء في حكم المحكمة الدستورية عند نظرها في الطعن (الدفع) المقدم بعدم دستورية أحد الأنظمة الملغاة بقولها: "... بعد التدقيق والمداولة، وبالرجوع إلى نظام أسواق الجملة للخضار والفواكه رقم 42 لسنة 2014 وتعديلاته والذي صدر استناداً إلى قانون البلديات رقم 13 لسنة 2011، نجد أن المادة

(1) حكم المحكمة الدستورية رقم 4 لسنة 2014، الصادر بتاريخ 3/أيلول/2014، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (5301)، الصادر بتاريخ 2014/9/16.

(2) انظر قرار المخالفة الصادر عن أ.د. محمد سليم الغزوي، عضو المحكمة الدستورية في الحكم رقم 4 لسنة 2014.



(19) من هذا النظام تضمنت صراحة إلغاء نظام أسواق الجملة رقم 47 لسنة 2004 محل الطعن ... وحيث أن المحكمة الدستورية وفقاً للفقرة الأولى من المادة 59 من الدستور تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة دون غيرها... فإن محكمتنا تكون غير مختصة في الطعن المقدم في هذه الدعوى بما يتعين معه رده من حيث الشكل" (1).

وهناك جانب من الفقه والقضاء الأردني يرى أن معنى نفاذ القوانين والأنظمة هو استمرار أثرها ومفعولها في حق المخاطبين بها، وانطباقها على حالات معينة أثناء فترة سريانها، وإن كانت ألغيت هذه القوانين والأنظمة قبل الطعن بعدم دستورتها ... أي أن الآثار والمراكز القانونية التي تقررت وفق قاعدة كاشفة تبقى قائمة ما دامت وسيلة حمايتها (الدعوى القضائية) قائمة حتى وإن ألغيت تلك القاعدة بعد نشوء تلك الآثار والمراكز القانونية، وبالتالي فإن القاعدة القانونية - وفق هذا الرأي - تكون نافذة وواجبة التطبيق وعلى المحكمة الدستورية قبول الدعوى والبت في المسألة الدستورية(2).

والباحث بدوره يؤيد ما ذهب إليه المحكمة الدستورية وما ابداه بعض الفقه بهذا الشأن، من أن القانون أو النظام الملغى لم يعد نافذاً كما يتطلبه الدستور والقانون، ولم يعد هناك مصلحة لمثير الدفع لأن النص المراد إلغاؤه أصبح غير نافذ وغير واجب التطبيق على موضوع الدعوى كما يتطلبه قانون المحكمة الدستورية(3).

(1) حكم المحكمة الدستورية رقم 1 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 2016/3/30، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (5391)، الصادر بتاريخ 2016/4/10.

(2) انظر قرار المخالفة الصادر من الدكتور عبدالقادر الطورة عضو المحكمة الدستورية في الحكم رقم 1 لسنة 2016.

(3) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 528.

ورغم أن الدفع بعدم الدستورية تقرر في التشريع الأردني، ومعظم التشريعات المقارنة لطعن بعدم دستورية القوانين والأنظمة (اللوائح) المخالفة للدستور (مخالفة النصوص الدستورية) تحديداً، وهو ما يمكن أن نطلق عليه (النطاق الموضوعي للدفع)، بمعنى أن الدفع يقتصر على القوانين والأنظمة بصورة أساسية ومباشرة، حيث يشترك القانون والنظام في صياغة قواعد قانونية عامة ومجردة، ويختلفان من حيث جهة الإصدار<sup>(1)</sup>.

#### 4- أن يكون الدفع جدياً:

رهنت معظم النظم الدستورية، ومنها النظام الأردني، ممارسة رقابة الدفع بعدم الدستورية بثبوت جدية هذا الدفع<sup>(2)</sup>، ونظراً لأهمية هذا الشرط، واعتباره العمود الفقري الذي يستند إليه الدفع بعدم الدستورية، أو التصريح الذي يُسمح بمقتضاه وصول الدفع إلى المحكمة الدستورية، فإنه لا بد من بيان مفهومه وضوابط تقديره، وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الأردني لم يبين المقصود بجدية الدفع ولم يضع معياراً حاسماً ومحددًا لتقدير هذه الجدية، وكذلك إلتزمت معظم التشريعات المقارنة الصمت إزاء ذلك، علماً بأن تحديد معيار الجدية هو الفيصل فيما إذا كان الدفع سيصل إلى المحكمة الدستورية من عدمه وهو الذي يبين كيفية بسط الرقابة القضائية على تطبيقه، وإزاء هذا الصمت التشريعي تُرك تحديد مفهوم الجدية ومعيار تقديرها لآراء الفقهاء والتطبيقات القضائية الصادرة بهذا الشأن، وهذا قد يؤدي بطبيعة الحال إلى تناقض الاجتهادات الفقهية والقضائية حيال

(1) العضالية، أمين (2012)، الوجيز في النظام الدستوري الأردني، ط2، دار الثقافة، عمان، ص 82.

(2) انظر المادة (2/60) من التعديلات الدستورية، والمادة (11/ج/1) من قانون المحكمة الدستورية. والتي تعتبر السند القانوني لضرورة توافر الجدية في الدفع.

هذه المسألة، وإن كان هناك جانباً بين الفقه يقدر عدم تعريف المشرع للجدية، بأن ترك ذلك للفقه والقضاء بدراسة ظروف كل دعوى على حدا دون التقييد بحرفية النص القانوني<sup>(1)</sup>.

وقد تعددت التعريفات التي أوردها الفقه الدستوري لجدية الدفع، فهناك جانب من الفقه قال أن الدفع الجدّي هو الذي لا يستهدف إطالة أمد التقاضي أمام محكمة الموضوع، وأن الغاية من اشتراط الجديّة استبعاد الدفع الكيدية أو غير المؤثرة في الدعوى، كأن يكون النص محل الدفع لا صلة له بموضوع الدعوى، وبالمجمل فقد اشترط الفقه الدستوري، وسانده القضاء، ضرورة توافر عنصرين أساسيين معاً لوصف الدفع المثار أمام محكمة الموضوع بأنه دفع جدي لا يقصد منه الكيدية وإطالة أمد التقاضي، وهذان العنصران هما، أن يكون الفصل في دستورية الدفع المثار منتجاً في الدعوى الموضوعية، وأن يكون هذا النص يحتمل اختلاف وجهات النظر.<sup>(2)</sup>

## 5- شرط المصلحة

وفي نطاق الدعوى الدستورية (الدفع بعدم الدستورية) فإنه لا بد من توافر بعض الشروط في المصلحة حتى تكون مقبولة، وهذه الشروط هي ارتباط المصلحة في الدعوى الدستورية بالمصلحة في الدعوى الموضوعية بمعنى أنه يجب أن يكون هناك ارتباط واتصال حتمي بين المصلحة التي يتوخاها مثير الدفع من الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه وإلغائه، وبين مصلحته في الدعوى الموضوعية، أي أن يكون النص التشريعي المثار الدفع بشأنه واجب التطبيق في الدعوى

<sup>(1)</sup> الحسبان، عيد (2011)، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع/48، ص 170.

<sup>(2)</sup> خاطر، شريف يوسف (2010)، المسألة الدستورية الأولية، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، ص 158.

الموضوعية وأن الحكم في دستورية هذا الدفع لازماً للفصل فيها ومؤثراً في نتائجها، وأن الحكم بعدم الدستورية يعود بالنفع على مثير الدفع<sup>(1)</sup>.

وبالتالي فإنه لا يجوز أن تكون الدعوى الدستورية وسيلة لإثبات وجهة نظر الطاعن في مسألة ما، إذ تكون في مثل هذه الحالة عبارة عن دعوى صورية (غير حقيقية) لا تهدف إلى تحقيق مصلحة واقعية في الدعوى الموضوعية مما يتعيّن عدم قبولها، بمعنى أنه إذا انتفت الصلة بين هاتين الدعويتين فإن المصلحة تكون منعدمة في الدعوى الدستورية والبتّ فيها غير مجدي، أما إن كان هذا الضرر لا يعود للنص المثار الدفع بشأنه أو كان مثير الدفع قد استفاد من هذا النص أو أنه غير مخاطب به فإن المصلحة تكون منتفية في الدعوى الدستورية لأن الحكم فيها لا يحقق له أية فائدة<sup>(2)</sup>، بمعنى أنه لا يكفي لقبول الدعوى الدستورية وجود مصلحة عامة (جماعية) بل لابد أن تكون المصلحة شخصية، وفي هذا تقول المحكمة الدستورية "أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط لقبول الطعن بعدم الدستورية، وأن مناط هذه المصلحة أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية أمام المحاكم"<sup>(3)</sup>.

(1) السعيد، كامل (2017)، النظرية العامة للقضاء الدستوري - دراسة تحليلية تأصيلية توصيفية توجيهية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 118.

(2) سويلم، محمد علي (2021)، المناعي الدستورية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية للنشر، مصر، ص 579.

(3) حكم المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2013 الصادر بتاريخ 2013/6/12، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (5225) الصادر بتاريخ 2013/6/26.

فشرط المصلحة يعني أن يكون للفرد الذي يدفع بعدم دستورية القانون مصلحة شخصية مباشرة في الدفع، ويجب على محكمة الموضوع أن تبحث بمدى توافر شرط المصلحة لدى الخصم عند تمسكه بعدم دستورية قانون ما ويجب أن توجه الخصومة تجاه الخصم في الدعوى الأصلية<sup>(1)</sup>.  
ومن هنا يجد الباحث بأن توافر شرط المصلحة يعد أساساً لقبول الدفع بعدم الدستورية أما في حال لم تتوافر في الطاعن مصلحة شخصية كافية يمكن أن يؤسس عليها طعنه بعدم الدستورية حيث أنه لا يمكن قبول مثل هذا الدفع وتقرر المحكمة رفضه وتتحقق مصلحة المدعى عليه بالدفع بعدم الدستورية.

---

(<sup>1</sup>) انظر بذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 62/اتحادية/ طعن/ 2011 في 2011/12/27 (غير منشور).

## المبحث الثاني

### إجراءات الدفع بعدم الدستورية

ينبغي التأكيد هنا أنه تتمثل آلية إثارة الدفع بعدم الدستورية، وفق التشريع الأردني، بوجود تحقق المحكمة أيّاً كان نوعها أو درجتها من جدية الدفع المثار أمامها، وإذا وجدته جدياً فإنها توقف الدعوى وتحيل الدفع المحكمة الدستورية وفقاً لأحكام القانون، فقد بينت المادة (2/60) من التعديلات الدستورية لعام 2022 في التشريع الأردني: "في الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدي تحيله إلى المحكمة الدستورية وفق أحكام القانون"، في حين وضحت في (3/61) من هذه التعديلات على أنه: "يحدد القانون طريقة عمل المحكمة وإدارتها وكيفية الطعن أمامها وجميع الشؤون المتعلقة بها وبإجراءاتها وأحكامها وقراراتها وتباشر أعمالها بعد وضع القانون المتعلق بها موضع التنفيذ ويبين حقوق أعضائها وحصانتهم"، واستناداً لذلك تم إصدار قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لسنة 2012 متضمناً الشروط الواجب توافرها، والإجراءات اللازمة عند تقديم الدفع بعدم الدستورية (الطعن غير المباشر) أمام محكمة الموضوع، وما يليها من إجراءات إلى أن يصدر الحكم بهذا الدفع من المحكمة الدستورية.

وفي التشريع العراقي لا بد عند لجوء الخصم بالدفع بعدم الدستورية فإن القاضي ملزم لفحص هذا الدفع وأن يقرر قبوله أو رفضه وذلك لتعلق الحكم الذي سيصدره القاضي في حكمه بالفصل في هذا الدفع الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 وكذلك قانون المحكمة الاتحادية العليا لم يعرض الآلية الواجب اتباعها عند الدفع بعدم دستورية قانون ما من قبل الخصم؛ فمن خلال المادة

(4) من النظام الداخلي لإجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية<sup>(1)</sup> يتم بموجبه إعطاء الحق لأحد الخصوم في دعوى معروضة على أحد المحاكم المدنية أو الجزائية أو التجارية والإدارية أن يدفع بعدم دستورية نص في قانون ما أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات فإذا اقتنعت المحكمة بجدية الدفع فتكلف المحكمة التي تنتظر الدعوى ولكن النص قد سكت عن المدة التي يجب على الخصم أن يرفع الدعوى خلالها.

وأشارت المادة (35) من قانون المحكمة الدستورية الأردنية إلى ضرورة إصدار التعليمات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه، في حين أشارت المادة (36) منه إلى ضرورة إصدار نظام رسوم الدفع بعدم الدستورية، وتطبيقاً لهذه النصوص صدر نظام رسوم الدفع بعدم الدستورية رقم 12 لسنة 2013، وتم إلغاؤه لاحقاً وصدر بدلاً منه نظام رسوم الدفع بعدم الدستورية رقم 67 لسنة 2019، وصدرت تعليمات المكتب الفني لدى المحكمة الدستورية لسنة 2013، والتي تم إلغاؤها لاحقاً بالتعليمات الجديدة لسنة 2019، وتعليمات إجراءات الفصل في الطعون وطلبات التفسير لسنة 2014<sup>(2)</sup>.

ونصت المادة (12) من هذه التعليمات الأخيرة على: "تطبق القواعد والأحكام الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية فيما لم يرد عليه نص في قانون المحكمة الدستورية أو في هذه التعليمات، وذلك بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة الدعوى الدستورية أو مع قانون المحكمة". ويحبذ بعض الفقه لو أنه تم إيراد مثل هذا النص في قانون المحكمة الدستورية ذاتها<sup>(3)</sup>.

(1) انظر نص المادة (4) من النظام الداخلي لإجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية رقم (1).

(2) انظر تعليمات الفصل في الطعون وطلبات التفسير لسنة 2014.

(3) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 523.

ومن خلال ما أورده كل من المشرع الأردني والعراقي تحديداً أو غيرهما من التشريعات المقارنة المماثلة، يمكن بيان الإجراءات القانونية الواجب مراعاتها عند إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محاكم الموضوع من خلال مطلبين وهما على النحو الآتي

## المطلب الأول

### تقديم الدفع بعدم الدستورية

أوجب قانون المحكمة الدستورية إثارة الدفع بعدم الدستورية بموجب مذكرة، بقوله: "يقدم الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة النازرة للدعوى بموجب مذكرة يبيّن فيها الطاعن اسم القانون أو النظام المدفوع بعدم دستوريته ورقمه ونطاق الدفع بصورة واضحة وجليّة"<sup>(1)</sup>، والغاية من ذلك التذليل على أن الدفع جدي ولا يقصد من وراء إثارته إطالة أمد التقاضي، إضافة إلى تمكين أصحاب الشأن من الإحاطة بهذا الدفع وتقديم ردودهم عليه، وكان يتوجب سابقاً قبل إلغاء نظام رسوم الدفع لسنة 2013 أن يتم استيفاء رسم مقداره (250) دينار أردني عند تقديم مذكرة الدفع لمحكمة الموضوع وذلك تحت طائلة رد الدفع شكلاً أو عدم قبوله<sup>(2)</sup>، وفي ذلك أكدت المحكمة الدستورية على هذا الأمر حيث جاء فيها: "...إن الرسوم وفق ما يُستفاد من المادة (36) من قانون المحكمة الدستورية، والمادة (2) من نظام رسوم الدفع بعدم الدستورية من مقتضيات المصلحة العامة، وأنها بالتالي من موجبات النظام العام، وعليه فإن رسوم الدفع بعدم الدستورية تكون واجبة الأداء ابتداءً عند إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع وبالتزامن معه.. ذلك أن دفع الرسوم التي

(1) انظر المادة 11/ب من قانون المحكمة الدستورية.

(2) انظر المادة 2 من نظام رسوم الدفع بعدم الدستورية رقم 12 لسنة 2013.



يفرضها المشرع إنما هي الخطوة الأولى التي تثبت جدية المخاصمة القضائية<sup>(1)</sup>، وكان يستوفى ذات الرسم (250) دينار (عند الطعن بقرار عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية سواء كان الطعن أمام محكمة الاستئناف أو التمييز حسب مقتضى الحال)<sup>(2)</sup>، وبعد إثارة هذا الدفع بموجب مذكرة خطية، أجاز القانون لأي من أطراف الدعوى الآخرين التقدم بردودهم إلى محكمة الموضوع ضمن المهلة الزمنية التي تحددها لهم على أن لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم مذكرة الدفع بعدم الدستورية<sup>(3)</sup>.

وإذا رأت محكمة الموضوع أن الدفع غير جدي استمرت في نظر الدعوى، ويكون قرارها الرفض هذا قابلاً للطعن مع موضوع الدعوى، أما إذا رأت أن الدفع جدي تحال الدعوى إلى المحكمة الدستورية وفق أحكام القانون<sup>(4)</sup>.

وقد أجاز المشرع لأي طرف في الدعوى - عند إحالة الدفع من محكمة الموضوع إلى محكمة التمييز - "أن يُقدم مذكرة إلى محكمة التمييز بشأن أمر الإحالة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدار قرار محكمة الموضوع بإحالة الدفع إلى محكمة التمييز"<sup>(5)</sup>، ويتعين على محكمة التمييز التي تتعقد بهيئة من ثلاثة قضاة على الأقل، أن تصدر قرارها في مسألة الجدّة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ورود الدفع بعدم الدستورية إليها، وإذا تحققت محكمة التمييز أن الدفع المثار

(1) حكم المحكمة الدستورية رقم (5) لسنة 2013 الصادر بتاريخ 2013/10/3، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (5245) الصادر بتاريخ 2013/10/13.

(2) انظر المادة (3) من نظام رسوم الدفع بعدم الدستورية رقم 12 لسنة 2013.

(3) انظر المادة (11/ب) من قانون المحكمة الدستورية.

(4) انظر المادة (2/60) من الدستور الأردني

(5) انظر المادة (2/ج/11) من قانون المحكمة الدستورية.

جدي تحيله إلى المحكمة الدستورية عن طريقها وتقوم بإبلاغ أطراف الدعوى بذلك<sup>(1)</sup>، وإذا ما تجاوزت محكمة التمييز مدة الثلاثين يوماً لإصدار قرارها فإنه لا يترتب على ذلك أية آثار قانونية كالبطلان مثلاً<sup>(2)</sup>، ذلك أن مثل هذه المدة هي لغايات تنظيمية، ولحث المحكمة على الإسراع في البت في مسألة الإحالة، في حين أنه في بعض التشريعات المقارنة، كالتشريع المغربي فإنه يتوجب على المحكمة العليا أو مجلس الدولة (المماثلة لمحكمة التمييز لدينا) البت في مسألة الجدية خلال ثلاثة أشهر، وإلا أحيلت المسألة تلقائياً إلى المجلس الدستوري<sup>(3)</sup>.

على أن تتماشى قوانين المحكمة الدستورية مع التعديلات التي أجريت على الدستور، ويجب الإشارة أن ارتباط المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية لا يكون ارتباطاً قانونياً صحيحاً إلا إذا قدرت محكمة التمييز جدية الدفع وأحالاته عن طريقها إلى المحكمة الدستورية... مع ضرورة التأكيد على أن دور محكمة التمييز هو التحقق من جدية الدفع فقط وعدم التدخل في بحث مسألة الدستورية، ذلك أن بحث المسألة الدستورية متروك حصراً للمحكمة الدستورية دون معقب عليها.

## المطلب الثاني

### إجراءات نظر الدفع أمام المحكمة الدستورية

عند إحالة الدفع إلى المحكمة الدستورية ودخوله في حوزتها نكون قد وصلنا إلى مرحلة جديدة من مراحل التقاضي، إذ أن هناك إجراءات ومتطلبات محددة لابد من اتباعها نص عليها

(1) انظر المادة (11/ج/3) من قانون المحكمة الدستورية.

(2) السعيد، كامل، مرجع سابق، ص 135.

(3) الدك، خالد (2016)، الدفع بعدم دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب، مجلة الفقه والقانون، العدد (48)،

قانون المحكمة الدستورية والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه لغايات تحضير المسألة الدستورية للفصل فيها، وهذه الإجراءات يمكن إجمالها بالآتي:

#### أولاً: تسجيل الدفع في سجل الطعون:

ينبغي تسجيل الدفع بعدم الدستورية في سجل الطعون في قلم المحكمة الدستورية برقم متسلسل بتاريخ وروده، ويشرف على هذا السجل المكتب الفني لدى المحكمة الدستورية<sup>(1)</sup>. ويتولى هذا المكتب الفني - تحت إشراف رئيس المحكمة - جميع الإجراءات والمخاطبات التي تتم في المحكمة الدستورية إلى حين تحضير الدعوى (الدفع) للفصل فيه من قبل قضاة المحكمة الدستورية.

ويتألف المكتب الفني من مدير وعدد من الباحثين القانونيين من ذوي الخبرة والدراية القانونية المعمّقة<sup>(2)</sup>، وقد جاء في المادة (35) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية ما يبين نفس المعنى وهو كما يلي "بضرورة تسجيل الدفع بعدم الدستورية، الذي سمحت به محكمة الموضوع، في قلم كتاب المحكمة في سجل يخص لهذه الغاية، وإبلاغ ذوي الشأن بذلك".

#### ثانياً: تقديم مذكرة خطية إلى المحكمة الدستورية:

أجاز قانون المحكمة الدستورية الأردنية لأطراف الدعوى تقديم المذكرات اللازمة لبيان آرائهم وردودهم حول المسألة الدستورية التي تنظرها، حيث بيّن في المادة (12) منه أنه:

(1) انظر المادة (2) من تعليمات إجراءات الفصل في الطعون وطلبات التفسير.

(2) انظر المادة (3) من تعليمات المكتب الفني للمحكمة الدستورية لسنة 2019.

"يمكن لأي من أطراف الدعوى أن يقدم مذكرة خطية إلى المحكمة الدستورية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه قرار الإحالة إليها، وعليه أن يبين فيها بصورة واضحة وجليّة القانون أو النظام الذي أثير الدفع بعدم دستوريته ونطاق هذا الدفع ووجه مخالفته للدستور"<sup>(1)</sup>.

"وللمحكمة الدستورية أن تكتفي بهذه المذكرات، ولها أن تسمح لأي طرف في الدعوى قدم مثل هذه المذكرة أن يقدم خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تبليغه قرار الإحالة، رداً على ما جاء في مذكرات أطراف الدعوى الآخرين"<sup>(2)</sup>.

"ويجب أن تقدم مثل هذه المذكرات أمام المحكمة الدستورية بواسطة محامٍ أستاذ مارس المحاماة لمدة خمس سنوات أو عمل في وظيفة قضائية لمدة مماثلة قبل ممارسته للمحاماة"<sup>(3)</sup>.

وترى المحكمة الدستورية الأردنية أنه لا بد من وجود وكالة خاصة لهذا المحامي الذي يتولى تقديم المذكرات، محدداً فيها ماهية النصوص المطعون فيها والجهة المختصة بنظرها وما هو المطلوب، ولا يكتفى بالوكالة الممنوحة له للسير بإجراءات الدعوى الموضوعية، وذلك بقولها:

"... وحيث أن الدفع بعدم الدستورية وفقاً لأحكام المادة (11) من قانون المحكمة الدستورية، ودلالة المادة (4/أ) من القانون ذاته، ليس دفعاً فرعياً تابعاً للدعوى الموضوعية لغايات الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المدعى بعدم دستوريته ولا يحتاج إلى توكيل خاص... وإنما هو في واقع الحال وحقيقة الأمر طعن غير مباشر بعدم الدستورية (دعوى أصلية غير مباشرة) من خلال الدعوى الموضوعية لغايات إبطال النصوص المطعون بعدم دستوريته، وله كيان مستقل عن الدعوى الموضوعية... وبالتالي فهو (الدفع بعدم الدستورية) يحتاج إلى توكيل

(1) انظر المادة (1/12) من قانون المحكمة الدستورية.

(2) انظر المادة (2/12) من قانون المحكمة الدستورية.

(3) انظر المادة (3/12) من قانون المحكمة الدستورية.

خاص تحدد فيه ماهية النصوص المطعون فيها، والمطلوب فيه والجهة المختصة بالنظر والفصل فيه، وحيث أن الوكالة المعطاة في الدعوى الموضوعية هي وكالة خاصة بهذه الدعوى، ولا يوجد فيها ما يشير إلى الدفع بعدم الدستورية لدى المحكمة الدستورية، كما لا يوجد في ملف الدعوى الموضوعية ولا في طلب الدفع بعدم الدستورية وكالة خاصة أخرى بهذا الخصوص، بما يعني ويفيد بأن الدفع (الطعن) بعدم الدستورية مقدم ممن لا يملك تقديمه، وبالتالي فهو غير مقبول قانوناً ويستوجب الرد شكلاً، لذا وبناء على ما تقدم نقرر رد (الطعن شكلاً) <sup>(1)</sup>.

في حين يرى جانب من الفقه والقضاء <sup>(2)</sup>، أنه لا يشترط تقديم وكالة خاصة للدفع إذا كانت الوكالة في الدعوى الموضوعية مرفوعة من محامي تتوافر فيه الشروط المطلوبة قانوناً وذلك بقولهم:

"أن الوكالة في الدعوى الموضوعية، إذا قُدمت من محام أستاذ خمس سنوات تكون صحيحة ومقبولة لدى المحكمة الدستورية لما تتضمنه من عبارات صريحة تخوله: (إقامة الدعوى والمدافعة والمرافعة في الدعوى أمام محكمة الموضوع وأية محكمة أخرى من المحاكم الأردنية.. وتقديم الاستدعاءات واللوائح والدفع".

وبذات المعنى جاءت نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، حيث نصت

المادة (30) منه على أنه:

"يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا بيان النص

التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة"، وأنه لا

(1) حكم المحكمة الدستورية رقم (2) لسنة 2014 الصادر بتاريخ 26/شباط/2014، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (5287) الصادر بتاريخ 2014/5/26.

(2) انظر الرأي المخالف لعضو المحكمة الدستورية الدكتور محمد سليم الغزوي في الحكم 2 / 2014 أعلاه.

يجوز مباشرة الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا إلا بواسطة محام مقبول للحضور أمامها، ومعيار القبول هنا أن يكون له خبرة ومدة زمنية معتبرة في ممارسة المحاماة.

ويتضح من هذه النصوص أن الدفع بعدم الدستورية يجب أن يكون واضحاً ومحددًا، ويتضمن البيانات الجوهرية للمسألة الدستورية من حيث (بيان النص القانوني المطعون فيه، والنص الدستوري الذي يخالفه ونطاق المخالفة وأسانيدها) بما يُنفي الجهالة (التجهيل) فيها، ويمكن ذوي الشأن من الإحاطة بالمسألة الدستورية من كافة جوانبها، ويتيح لهم إبداء ملاحظاتهم وردودهم عليها.

ومع ذلك فإن المحكمة الدستورية العليا المصرية ترى أن عدم التحديد الدقيق للمسألة الدستورية لا يترتب عليه رد الدفع إذا كان بالإمكان الاسترشاد إلى هذه المخالفة، وفي ذلك تقول:

"ليس لازماً للأغراض التي استهدفتها المادة (30) من قانون المحكمة، أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى تحديداً مباشراً وصريحاً للنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدّعي بمخالفته، بل يكفي أن تكون المسألة الدستورية التي يراد الفصل فيها قابلة للتعين"<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: إرسال نسخة من قرار الإحالة إلى رؤساء السلطتين التشريعية والتنفيذية

أوجب قانون المحكمة الدستورية على رئيس المحكمة أن يقوم بإرسال نسخة من قرار إحالة الدفع الذي ورده من محكمة التمييز إلى كل من رئيس مجلس الأعيان ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء. ولكل من الأول والثاني الرد اختياريًا في غضون عشرة أيام من تاريخ تسلمه

(1) الطعن رقم 62 لسنة 13 قضائية دستورية، جلسة 1992/9/5، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية المصرية، السنة 5، الجزء 1، ص 314.

هذه النسخة من قرار الإحالة<sup>(1)</sup>، وعلى رئيس الوزراء الرد وجوباً خلال نفس هذه المدة<sup>(2)</sup>، على أن يتمشى قانون المحكمة الدستورية مع التعديلات التي أجريت على الدستور.

إلا أن ما يجري عليه العمل، أن عدم رد رئيس الوزراء هنا لا يمنع المحكمة الدستورية من الاستمرار في نظر الطعن (الدفع) والحكم فيه، ولا يترتب على عدم الرد أية آثار قانونية، مما يعني في حقيقة الأمر أن الرد للجميع اختياريًا<sup>(3)</sup>، وللمحكمة الدستورية أن تطلب أية بيانات أو معلومات ترى أنها ضرورية للفصل في المسألة الدستورية<sup>(4)</sup>.

#### رابعاً: تحضير الدعوى لإصدار الحكم

بعد الانتهاء من تقديم المذكرات والردود عليها، وانتهاء المهل المحددة للردود، واستكمال البيانات والمعلومات الضرورية، يقوم المكتب الفني بإحالة ملف الدعوى (الدفع) إلى هيئة قضاة المحكمة الدستورية، مشفوعاً بمطالعته الأمور الدستورية والقانونية المتعلقة بالطعن (الدفع)، مثل رأي الفقه والقضاء والتشريع المحلي والمقارن، وإبداء رأيه فيها<sup>(5)</sup>.. وبهذا تنتهي مرحلة يطلق عليها مرحلة تحضير الدعوى لإصدار الحكم.

أما في التشريع المصري المقارن، فبعد انتهاء المواعيد المحددة للمذكرات والردود عليها، يقوم قلم الكتاب لدى المحكمة بعرض ملف الدعوى أو الطلب على هيئة المفوضين لدى المحكمة الدستورية (المماثلة للمكتب الفني) التي تتولى تحضير ملف الدعوى<sup>(6)</sup>، ودائرة المفوضين في

(1) أنظر المادة (12/ب/1) من قانون المحكمة الدستورية.

(2) أنظر المادة (12/ب/2) من قانون المحكمة الدستورية

(3) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 530.

(4) أنظر المادة (13) من قانون المحكمة الدستورية.

(5) أنظر المادة (5) من تعليمات المكتب الفني لدى المحكمة الدستورية لسنة 2019.

(6) أنظر المادة (33) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

جمهورية مصر عبارة عن دائرة قضائية يوكل إليها تحضير الدعاوى الدستورية، والفصل في طلبات الإعفاء من الرسم أو الكفالة في الدعوى، وتهدف إلى تمحيص القضايا بشكل دقيق من كافة الجوانب مما يرفع عن عاتق القضاة عبء تحضير الدعاوى وإفراح الوقت أمامهم للتفرغ للفصل فيها<sup>(1)</sup>.

وبعد تحضير الدعوى تقوم هيئة المفوضين بإيداع تقرير عن ذلك، تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأيها فيها مسبباً، ويمكن لذوي الشأن الاطلاع على هذا التقرير (م 40).

وتجدر الإشارة أن مثل هذا التقرير الفني الصادر عن هيئة المفوضين في مصر أو الصادر عن المكتب الفني لا يقيد المحكمة الدستورية ولا يلزمها بالأخذ به، فهو لا يعدو أن يكون رأي استشاري بالدرجة الأولى، وبانتهاء مرحلة تحضير الدعوى، تنعقد المحكمة الدستورية للفصل في الدفع بعدم الدستورية، وإصدار حكمها فيه.

وختاماً في هذا المقام يمكن القول أنه إضافة إلى المحددات والضوابط القانونية سالفة الذكر، فإن المحكمة الدستورية العليا المصرية ذاتها (صرح القضاء الدستوري العربي الأهم) أرست مبادئ تتعلق بالتنظيم الدستوري لحدود ونطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين، منها أنها لا تتعرض لملاءمة التشريع وبواعث إصداره<sup>(2)</sup> ذلك أن ملاءمة التشريع وبواعث إصداره تدخل ضمن

(1) أنظر المادة (21) والمادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

(2) الطعن رقم 131 لسنة 6 قضائية دستورية جلسة 1987/5/16، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، السنة 4، الجزء 1، ص 31. وانظر أيضاً حكم المحكمة الدستورية الأردنية رقم (4) لسنة 2014 الصادرة بتاريخ 2014/9/3، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (5301)، الصادر بتاريخ 2014/9/16. "حيث أن الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة مشروعية هذه التشريعات وعدم مخالفتها للدستور، مما مؤداه أنه لا يجوز أن تتعرض المحكمة الدستورية لبحث مدى ملاءمة التشريعات أو الخوض في



السلطة التقديرية لسلطة التشريع، وأنها لا تتعرض لبحث دستورية الدفع المثار إلا إذا كان متصلاً بالدعوى الموضوعية ولازماً للفصل فيها على وجه اليقين، وذلك احتراماً والتزاماً بقريضة الدستورية<sup>(1)</sup>. كما أرسيت مجموعة من المبادئ تتعلق بكيفية ممارسة هذه الرقابة، منها الفصل في المسألة الدستورية إذا كانت قابلة للتعيين، وأنه لا يكفي توافر المصلحة المجتمعية لقبول الدعوى الدستورية عن طريق الدفع بل لا بد أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة وإن ارتبطت بها مصلحة عامة<sup>(2)</sup> بخلاف الطعن المباشر (الدعوى المباشرة) التي يكفي توافر المصلحة العامة فيها، وأنه ليس لمثير الدفع أن يضمن دعواه الدستورية نصوصاً خلاف النصوص التي قدرت محكمة الموضوع جديتها وصرّحت له بإقامة الدعوى الدستورية بشأنها، ولكن له أن يتجاوز عن بعض النصوص التي صرّح له بالطعن فيها<sup>(3)</sup>، وله إضافة أسباب جديدة للطعن بنفس النصوص<sup>(4)</sup>، ونأمل من المحكمة الدستورية في الأردن أن تسير على ذات هذا النهج، كما فعلت باستبعاد الملاءمة والبواعث من رقابتها، وقد سايرت معظم الأنظمة القضائية العربية قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية من حيث تبنيها واتباعها لمثل هذه الضوابط والقيود والمحددات.

---

ماهية بواعثها... إذ أن هذه المسائل تدخل في الاختصاص التشريعي للجهة التشريعية التي أولها الدستور هذا الاختصاص".

(<sup>1</sup>) سالم، عبدالعزيز محمد (2011)، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية (منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، ص 95.

(<sup>2</sup>) الطبطبائي، عادل، مرجع سابق، ص 364.

(<sup>3</sup>) الطعن رقم 31 لسنة 10 قضائية دستورية، جلسة 1991/12/7، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، السنة 5، الجزء 1، ص 67.

(<sup>4</sup>) خطاب، إكرامي (2011)، القضاء الدستوري: دراسة تحليلية نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط1، ص

## الفصل الرابع

### الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية

يعد الدستور هو عامود الدولة، فلا توجد دولة قانونية بلا دستور فهو الذي يحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وسلطات الدولة وعلاقتها ببعضها، وفي الأردن والعراق ثلاث سلطات ألا وهي السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، فالدستور يتمتع بالسمو أي أنه القانون الأعلى في البلاد، فيعلوا على كل القوانين الموجودة في الدولة؛ لأن عدم الاعتراف بسمو الدستور يكون مدعاة لانهايار نظام الدولة، فالدستور هو الأساس الذي يقوم عليه النظام القانوني للدولة فهو ملزم لكل السلطات العامة الموجودة فيها. هذه السلطات تستمد وجودها من الدستور فيجب أن تتقيد بأحكامه وإلا فقدت شرعيتها وأساس وجودها.

"يعتبر القانون الدستوري قانون الحكم، وهو يطبق على الحكام والمحكومين، وهم جميعاً من بني البشر يحكم تصرفاتهم الخطأ والصواب. ومما لا شك في أن النظام السياسي الذي يحكم مجتمعاً ما يستلهم في أحكامه وتنظيماته الفلسفة والأفكار التي تقوم عليها الدولة وتتنوع بالتالي نظم الحكم في الدول تبعاً لاختلاف الظروف التاريخية والعوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية في كل دولة"<sup>(1)</sup>. فإن من أفضلية وجود حياة دستورية صحيحة، لا بد من وجود دولة القانون فهذا الذي يسبغ على الدستور المصدقية والواقعية، ولاحترام الدستور وعدم تجاوزه يجب على كل دولة أن تسعى جاهدةً لتطبيق قوانينها ولا يتم ذلك إلا بوجود مبادئ وأسس منها مبدأ المشروعية. "إن مبدأ المشروعية يطال مفهومه إلى السلطات الثلاث في الدولة (كما هو حال مبدأ الشرعية) حيث يعني بشكل عام احترام السلطات العامة للقانون، ومن هنا يتضح اتصاله بفكرة

(1) العضائية، أمين سلامة (2020)، الوجيز في النظام الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط3، ص25.

الدولة القانونية التي يجب أن تخضع له في أنشطتها كلها وتصرفاتها جميعها، وكل عمل يصدر عنها وهو مشوب بمخالفة القانون فإنه يعد عملاً غير مشروع<sup>(1)</sup>.

ومن المعروف أن الرقابة على دستورية القوانين تتخذ صورتين أساسيتين هما الرقابة السياسية والرقابة القضائية. فالرقابة القضائية هي الوثيقة الفعالة للأفراد التي يلجؤون إليها، عندما تتعسف السلطة في استخدامها، وتخرج عن نطاق مبدأ المشروعية، ونتيجةً لذلك يتم التعدي على حقوق الأفراد وحياتهم وتلحق بهم أضراراً مختلفة. ومجرد توافر المبادئ والقواعد الأساسية لا يكفي لإسباغ صفة الديمقراطية على الدستور، وإنما يجب وجود الوسائل الكفيلة لاستقراره ومن الوسائل الكفيلة لاستقرار الدستور هي تقرير تطبيق الرقابة الدستورية على القوانين.

ومن خلال هذا الفصل سيتم عرض حجية الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية في

المبحث الأول، وفي المبحث الثاني نعرض النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية الدفع.

---

(1) الحسيني، محمد (2019)، ماهية مبدأ الشرعية والمشروعية ومصدرهما، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، ص115.

## المبحث الأول

### حجية الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية

"إن وجود أسلوبين في الرقابة الدستورية أظهر عملياً تفاوتاً في توفير الحماية الفعالة للحكام الدستور فالرقابة السياسية عن طريق المجالس الدستورية وفقاً للنموذج الفرنسي، تركز على الرقابة الوقائية المسبقة، مع حرمان المواطنين من اللجوء إلى المجلس الدستوري مع إقرار الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون ونفاذه عن طريق الدفع بعدم الدستورية أمام مختلف الجهات القضائية، هذه الأخيرة التي تحيلها للمجلس الدستوري للفصل في الدستورية أي توسيع حق الدفع الدستوري للمواطنين بعد تدارك المؤسس الدستوري الفرنسي سياسته القضائية خلال سنة 2008م"<sup>(1)</sup>.

أيضاً يقصد بالدفع بعدم الدستورية لأي نص قانوني بأنه وجود نزاع قائم على نص قانوني مخالف لأحكام الدستور، حيث أنه يقدم من قبل الخصوم ويُعرض أمام القضاء كوسيلة للدفاع عن نفسه بحجة أن القانون المطبق مخالف لأحكام الدستور. ويعرض أمام جهات القضاء بشروط وضوابط؛ وذلك للتأكد من مدى دستوريته. بالتالي فإن الدفع بعدم الدستورية يمكن لنا القول بأنه هو نوع من الرقابة اللاحقة بعد دخول القانون حيز النفاذ. إذاً يتضح لنا من ذلك بأن الدفع بعدم الدستورية ما هو إلا وسيلة للدفاع التي يسعى بها الخصوم؛ وذلك للاعتراض على قانون ما يُراد تطبيقه من قبل إحدى الجهات القضائية نظراً لمخالفته للدستور.

(1) جمال الدين، سامي (2014). القانون الدستوري، والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة، الطبعة، الثانية، ص146-147.

وكما ذكرنا سابقاً بأن الدفع بعدم الدستورية من الناحية القانونية هي دفوع قانونية، إذ إن الرأي السائد لدى الفقهاء بأن الدفع بعدم دستورية القوانين هو دفع موضوعي؛ لأنه يتعلق بإرساء قاعدة قانونية واجبة التطبيق أو تفسير ذات القاعدة القانونية<sup>(1)</sup>.

أما في العراق فإن موضوع الدفع بعدم الدستورية يجوز أن يثار أمام أي محكمة موضوع ويثبت لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وحسبما ورد في نص المادة (3/209) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على أن (لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بنظر الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصوم والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى) إذا يتضح لنا أنه لا يجوز إيراد موضوع الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا بصفتها التمييزية أو محكمة التمييز الاتحادية أو محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية وذلك استناداً لنص المادة 3/209 السابق ذكرها. ويدخل أيضاً الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو قانون بأكمله ضمن عموم الدفع الفرعية لما يولده هذا الدفع الفرعي من تأجيل الخصومة أو يتم الوقف الفصل بها لحين الفصل في مسائل أولية يتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع وذلك على خلاف موضوع الدعوى المباشرة التي تسمح لصاحب الشأن الدفع بعدم دستورية النص أو التشريع الذي يُعتقد بأن عند تطبيقه مخالفة للدستور.

ولا يمكن الدفع دستورية أي نص دون توافر مجموعة من شروط، حتى يمكن قبول الدفع

لا بد من توافر شروط:

(1) أبو الوفاء، أحمد (2009). أصول المحاكمات المدنية، نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية، بغداد، ط2، ص262.

### أولاً: وجود الدستور:

"إن وجود الدستور هو المقدمة الأولى والشرط الأساسي في وجود الرقابة على دستورية القوانين ابتداءً، سواء كانت تلك الرقابة سياسية أم قضائية فلا يمكن تصور قيام شخص ما بالدفع بدعوى بعدم دستورية القانون وعدم وجود دستور لتلك الدولة وحتى وجود ذلك الدستور فلا يفترض بالضرورة وجود رقابة على دستورية القوانين"<sup>(1)</sup>.

"وعلى عكس ذلك فالرقابة على دستورية القوانين سواء سياسية أم قضائية وبطريقة الإلغاء أم الامتناع تقتضى ابتداءً وجود دستور جامد والذي لا يمكن تعديله إلا بواسطة إجراءات معقدة وأشد من إجراءات تعديل القوانين الاعتيادية وبهذا يتحقق مبدأ سمو الدستور على بقية القوانين فبوجود الدستور تكون الانطلاقة الأولى للرقابة على دستورية القوانين ومنها الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية"<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: وجود قضاء مستقل:

إن وجود الدستور ومبدأ الشرعية ذلك لا يعني أن الرقابة على دستورية القوانين قد تتحقق فلا بد من وجود قضاء يتمتع بالاستقلالية إذ هو الذي يفصل في المنازعات التي تحدث ما بين الخصوم، فلا يمكن أن تتحقق سيادة القانون دون وجود سلطة قضائية مستقلة، ولإثارة الدفع بعدم دستورية نص ما لا بد من أن تكون المحكمة التي تفصل في ذلك مشكلة تشكيلاً صحيحاً وفق أحكام الدستور والقوانين المتعلقة بالسلطة القضائية.

(1) الحميداوي، جمال ناصر جبار (2009) دراسات دستورية، بغداد، العراق، ص45.

(2) عبد الحميد، خليل حميد (2009)، القانون الدستوري، بغداد، العراق، ص73.

### ثالثاً: وجود دعوى منظورة أمام القضاء :

"فالدفع بعدم الدستورية لقانون ما يفترض ابتداءً أن تكون هناك دعوى منظورة أمام القضاء، سواء كانت هذه الدعوى شرعية، إدارية، أو جنائية أو مدنية ويراد فيها تطبيق قانون معين فيدفع صاحب الشأن بعدم دستورية ذلك القانون لمخالفته للدستور، وبالتالي عدم تطبيقه في الدعوى المنظورة عليه"<sup>(1)</sup>.

وقد عرف المشرع العراقي الدعوى في المادة 2 من قانون المرافعات المدنية والتي جاء فيها (الدعوى طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء)، أما من ناحية فقهية "هي وسيلة قانونية يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى السلطة القضائية لحماية حقه"<sup>(2)</sup>. أما بالنسبة لخصائص الدعوى فهي حقٌ وليست واجب وذلك يعود لصاحب الدعوى إما أن يختصم قضائياً أو يتخذ موقفاً سلبياً من الاعتداء عليه ففي حال اتخاذه موقفاً سلبياً من البديهي أن لا يكون هنالك الدفع بعدم الدستورية؛ لأنه لم يبادر بإقامة دعوى قضائية.

**رابعاً: شرط المصلحة:** معنى ذلك أن يكون للشخص الذي قام بالدفع بعدم دستورية قانون ما أن يكون له مصلحة شخصية مباشرة في الدفع ويجب على المحكمة أن تبحث في مدى توافر شرط المصلحة لدى الخصم عند تمسكه بعدم دستورية القانون. "يعتبر الدفع بعدم الدستورية القانونية دفعاً احتياطياً لا يجوز اللجوء إليه إلا إذا استنفذت الدفوع القانونية الأخرى فإذا كان بالإمكان الفصل في الخصومة التي تنظرها محكمة الموضوع من غير طريق المسألة الدستورية فلا يجوز للمحكمة الخوض في تلك المسألة"<sup>(3)</sup>.

(1). الصالحي، مها، (2006)، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بغداد، بغداد، العراق، ص 60.

(2) الصالحي، مها، (2006)، مرجع سابق، ص 63.

(3) الشيخ، عصمت (2003)، مدى استغلال القضاء الدستوري، مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 130.

إن الذي ينظر إلى التتبع التاريخي للآثار القانونية للحكم بعدم الدستورية وفقاً للقانون الأساسي العراقي لسنة 1925 فيما يتعلق بمسألة تحديد المدة الزمنية في تنفيذ حكم عدم الدستورية وما إذا كان بأثر رجعي أو مباشر إلا أنه لم ينشأ خلاف فيما يتعلق بتحديد الأثر القانوني للحكم بعدم الدستورية بموجب المادة (86) من القانون الأساسي، حيث ورد نص المادة (86) صريحاً في هذا الصدد ، حيث إنها تمنح المحكمة العليا سلطة إلغاء القانون إذا اتضح لها أنه في مخالفة لأحكام القانون الأساسي العراقي. تظل القوانين المعمول بها في العراق قبل نشر القانون الأساسي سارية المفعول وتعتبر سارية المفعول من تاريخ نفاذها إلى أن تقوم السلطة التشريعية بتعديلها أو إلغائها أو إلى أن تصدر المحكمة العليا قراراً بإلغائها بموجب القانون مع أحكام المادة (86).

بموجب المادتين (113 و114) أكد المشرع العراقي الدستوري سلطة المحكمة العليا في إلغاء القوانين غير الدستورية وليس مجرد تقرير دستورية أو عدم دستورية مثل هذه القوانين، كما يمكن الاستقادة من "نص المادة 86" أنه لا ضرورة لإصدار الحكم وذلك من خلال إلغاء القانون، إذ يجوز اقتصار البطلان على جزء من النصوص التي ترد فيه طالما أنها غير ماسة بالقانون. أما في حال كانت تصب في جوهر القانون أو كانت غير قابلة للتجزئة يصدر إلغاء القانون بشكل كامل. (1)

وتم تعديل "نص المادة 86 وفق ما جاء في تعديل قانون رقم 69 لسنة 1943 ليوضح أن المشرع الدستوري رتب حكم الإلغاء على القانون أو الجزء الذي خالف منه للدستور، وهو ذات الحكم الذي قرره في المادة (86) قبل تعديلها، إلا أنه جعل النطاق الزمني لتنفيذ حكم الإلغاء لا يمتد بأثر رجعي وإنما يسري بأثر فوري ومباشر، فكل قرار يصدر من المحكمة العليا ينص على مخالفة احد القوانين او بعض أحكامه لأحكام هذا القانون يجب ان يصدر بأكثرية ثلثي اراء

(1) الصالحي، مها، (2006)، مرجع سابق، ص63.



المحكمة . وإذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون او القسم المخالف منه ملغى من تاريخ صدور قرار المحكمة على أن تقوم الحكومة بتشريع يكفل إزالة الاضرار المتولدة من تطبيق الأحكام الملغاة".

أما ما جاء في نص المادة (87) من دستور 1968 المؤقت على أن " تشكل بقانون محكمة دستورية عليا.. ويكون قرارها ملزماً" ونصت المادة السادسة في فقرتها الاولى من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 159 لسنة 1968 على أن "تتخذ المحكمة الدستورية العليا القرار اللازم حول الموضوع المعروض عليها وإذا قررت بمخالفة القانون أو بعض مواد أحكام الدستور أو مخالفة النظام أو المرسوم لسندهما القانوني اصبح القانون أو الجزء المخالف منه وكذلك النظام أو المرسوم ملغى اعتباراً من تاريخ صدور القرار".

ويتبين من النص أن حكم الإبطال هو الأثر القانوني الذي يترتب للقانون أو جزء منه يتعارض مع أحكام الدستور ، والنص المنصوص عليه صراحة في تحديد هذا الأثر ، مما يزيل عدم الوضوح والغموض في هذا الموضوع ، ولم تبين المحكمة الدستورية العليا أي قرار يمكن الاستيضاح منه حول توجهها في بيان الأثر القانوني للحكم بعدم دستورية القانون المخالف للدستور<sup>(1)</sup>.

أما الآثار القانونية المترتبة على الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا وفقاً لما نصت عليه المادة (44/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية بأنها "إذا قررت المحكمة الاتحادية أن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات او اجراء جرى الطعن به انه غير متفق مع هذا القانون يعد ملغياً"<sup>(2)</sup>.

(1) الصالحي، مها، (2006)، مرجع سابق، ص64.

(2) انظر المادة (44/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية.

كما جاء قانون المحكمة الاتحادية العليا موضحاً في نص المادة (2/4) بأنه "تتولى المحكمة الاتحادية الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والانظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق اصدارها والغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية"<sup>(1)</sup>، وجاء هذا النص صراحة في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية او في قانون المحكمة الاتحادية العليا ، وهو الامر المتعلق بترتيب حكم الغاء القوانين والانظمة والتعليمات والاورامر المعلنة بعدم دستورتيتها لمخالفة أحكام الدستور، وبالرغم من خلو دستور العراق الحالي من نص يحدد الآثار القانونية للحكم بعدم دستورية قانون أو نظام لمخالفة أحكام الدستور ، فإن الحكم بإلغاء القوانين والأنظمة المخالفة للدستور هو ثابت بموجب المادة (4 / ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية<sup>(2)</sup>، فقد نصت المادة على أنه: "تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية : ... ثانياً: الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ..".<sup>(3)</sup>

ومن هنا فإن الحكم الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون أو نظام بموجب دستور العراق الذي يستلزم إلغاء هذا القانون أو النظام لمخالفته أحكام الدستور ، مع ما يترتب على ذلك من نتائج. حكم الإلغاء من غياب النص التشريعي وزوال آثاره المادية والقانونية التي ترد فيه حجية الحكم الصادر برفض الدفع لمخالفة للدستور.<sup>(4)</sup>

(1) المادة (2/4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.

(2) الصالحي، مها، (2006)، مرجع سابق، ص 65.

(3) انظر نص المادة (2/4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.

(4) الصالحي، مها، (2006)، مرجع سابق، ص 66.

قبل التعديلات على الدستور لعام 2011 والتي أنشئت بموجبها المحكمة الدستورية في الأردن، لم تكن موجودة الرقابة القضائية أو السياسية على دستورية القوانين، إلا ما جاء في نصوص قانون محكمة العدل العليا 1952 الذي نص "على أن تختص المحكمة بالطعون المقدمة من ذوي المصلحة والمتعلقة بالطعون التي يقدمها المتضرر إلغاء أي قرار بموجب أي قانون يخالف الدستور أو أي نظام يخالف الدستور أو القانون، والطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو النظام مخالف للقانون والدستور. وهنا صلاحية المحكمة تقتصر على وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت وليست القوانين الدائمة وذلك دون إلغاء هذه القوانين"<sup>(1)</sup>

فيما يخص الأثر المترتب على الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية فيما يتعلق بالدفع بعدم الدستورية قد جاء في نص المادة 15 من قانون المحكمة الدستورية الأردني ما يلي:

"أ. تصدر المحكمة حكمها في الطعن المقدم لديها باسم الملك، ويكون الحكم الصادر عنها نهائياً وملزماً لجميع السلطات والكافة"<sup>(2)</sup>.

ب. "مع مراعاة أحكام الفقرة (ج) من هذه المادة يكون الحكم الصادر عن المحكمة نافذاً بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذه، فإذا قضى بعدم دستورية أي قانون أو نظام نافذ يعتبر القانون أو النظام باطلاً من تاريخ صدور الحكم، وإذا حدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذه فيعتبر القانون أو النظام باطلاً من التاريخ المحدد في الحكم"<sup>(3)</sup>.

(1) العضيلة، أمين سلامة (2020)، المرجع السابق، ص50.

(2) الجريدة الرسمية، 6/6/2012، العدد 2528.

(3) الجريدة الرسمية، 6/6/2012، العدد 2528.

أي أن يكون الحكم الصادر عن المحكمة نافذاً وبأثر مباشر ما لم يحدد في الحكم تاريخاً آخر لنفاذه، فإذا قضت المحكمة بعدم دستورية قانون أو نظام ساري المفعول يعتبر القانون أو النظام باطلاً من تاريخ صدور الحكم، أما في حالة تحديد تاريخ آخر في الحكم يعتبر القانون أو النظام باطلاً من التاريخ المحدد في الحكم.

"ج. إذا قضت المحكمة بعدم دستورية نص يفرض عقوبة فيوقف تنفيذ الأحكام التي قضت بالإدانة استناداً لذلك النص وتنتهي آثارها الجزائية د. إذا قضت المحكمة بعدم دستورية أكثر من نص في القانون أو النظام فللمحكمة التفريق في تاريخ نفاذ حكمها بين نص وآخر وفق ما تراه مناسباً"<sup>(1)</sup>.

فيما يخص الآثار القانونية المترتبة في حالة رفض الدفع بعدم الدستورية: فقد جاء في نص المادة 2/60 من الدستور الأردني ما يلي: في الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدي تحيله إلى المحكمة الدستورية وفق أحكام القانون. من الملاحظ من نص المادة 60 أنها لم تبين من هم الأشخاص الذين يحق لهم الطعن بعدم الدستورية، فهل يعني هذا أن الأجنبي مثلاً كان طرف في الدعوى لا يحق له الطعن بالدستورية؟ لكن نجد في النص (يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية....) فعمومية النص تدل على أنه يحق لأجنبي الجنسية كما يحق للأردني. فإن الدفع بعدم الدستورية يعني أن تمتنع المحكمة عن تطبيق أي قانون مخالف لأحكام الدستور إذا تبين لها عدم دستوريته بناءً على دفع يقدمه صاحب المصلحة ، فللمحكمة الدستورية أن ترفض الدفع بعدم الدستورية شكلاً أو موضوعاً. يمكن أن ترفضه شكلاً إذا لم يتوافر شرط عدم دفع

(1) الجريدة الرسمية، 6/6/2012، العدد 2528.

الرسوم...الخ. ويمكن أن ترفضه موضوعًا إذا لم تتوافر الأسباب الموجبة لأن تقييم حكمها بعدم الدستورية.

"ففي الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية فإن الأثر الناجم عن قرار المحكمة بعدم دستورية القانون فإن القانون المخالف للدستور أو الأجزاء المخالفة منه تعد ملغاة اعتبارًا من تاريخ صدور قرار المحكمة بعدم دستوريته. وعلى المحكمة إزالة الأضرار الناشئة عن تطبيق الأحكام الملغاة بالتشريع"<sup>(1)</sup>.

"فبخصوص تصدي المحكمة الاتحادية السابقة لمواضيع تتعلق بتفسير الدستور باعتبار ان الأمر رقم (30) لسنة 2005 خلا من اختصاص المحكمة بذلك اضافة إلى اختصاصات أخرى كان البعض ينكرها على المحكمة السابقة لذا تم النص في المادة (4) من قانون التعديل على جميع الاختصاصات الدستورية المنصوص عليها في المادة (93) من الدستور والمواد الاخرى لتدخل ضمن اختصاص المحكم"<sup>(2)</sup>.

والمحكمة الاتحادية العليا العراقية تختص بتفسير النصوص القانونية والرقابة على دستورية القوانين، فقد نص الدستور لسنة 2005 على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص الدستورية، قد عملت على ممارسة تفسير النصوص الدستورية. فمن حق المحكمة الاتحادية العليا أن تقوم بتفسير النصوص الدستورية وذلك استنادًا لنص المادة 2/93 من الدستور العراقي لسنة 2005م.

(1) الخفاجي، سليم نعيم خضير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، مجلة أهل البيت، عدد8، ص321.

(2) زيدان، فائق، المحكمة الاتحادية العليا، 2021/4/11.

كما جاء في نص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا رقم 81 لسنة 1969، "تختص المحكمة العليا فيما يلي: 1. الفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم...، 2. تفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمناً لوحة التطبيق القضائي وذلك بناءً على طلب وزير العدل، ويكون قرارها بالتفسير ملزماً".

## المبحث الثاني

### النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية الدفع

تعد مسألة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو أن تحديد نطاق هذا الحكم من حيث الوقت يعد من أهم الأمور التي أثارها الرقابة القضائية بعد صدور القانون، ان مسألة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية قانون لا تثار في الدول التي اعتنقت أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين ، كما لا تثار في الدول التي اعتنقت أسلوب الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون . ويرجع ذلك إلى انه في الحالة الأولى ، فان الرقابة السياسية عادة ما تكون رقابة سابقة على صدور القانون ، وبالتالي تحول دون صدور القانون المخالف للدستور قبل تطبيقه على الأفراد ، فإذا صدر القانون من دون المنازعة في مدى دستوريته أو بعد ثبوت دستوريته ، فإن ذلك يحول دون إثارة مسألة مدى دستوريته بعد ذلك ، حتى ولو كان مخالفاً للدستور. اما في الحالة الثانية ، فان الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون تحول كذلك من دون صدور أي قانون مخالف للدستور قبل تطبيقه على الافراد ، حيث تنتهي هذه الرقابة إما إلى دستورية القانون وبالتالي عدم جواز إثارة النزاع مرة اخرى حول مدى دستورية هذا القانون بعد إصداره وتطبيقه على الأفراد، وإما إلى عدم دستورية هذا القانون لثبوت مخالفته للدستور ، وبالتالي عدم إصداره. (1)

المقصود بتحديد الإطار الزمني لتنفيذ حكم عدم الدستورية هو تحديد الزمن (الوقت) أو التاريخ الذي يمتد فيه أثر الحكم بعدم الدستورية، بمعنى تحديد ما إذا كان الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يسري بأثر رجعي على العلاقات والأوضاع السابقة على صدور هذا الحكم ، أي

(1) الصالحي، مها، (2006)، مرجع سابق، ص99.

يتمد أثره إلى الماضي على العلاقات والأوضاع التي تمت وفقاً للنص الذي قضى بعدم دستوريته ، وبالتالي تعد هذه العلاقات والأوضاع باطلة لتأسيسها على نص ثبت عدم دستوريته ، أم أن الحكم بعدم دستورية القانون يسري بأثر مباشر يقتصر نطاقه على العلاقات والأوضاع التي تنشأ من تأريخ صدور هذا الحكم ، وبالتالي تبقى تلك العلاقات والأوضاع التي حصلت في الماضي وفقاً للنص المقضي بعدم دستوريته صحيحة وجزير بالذكر ان الحكم الذي يصدر برفض الدعوى الدستورية، وهو ما يعني اقرار دستورية النص المطعون فيه، لا يثير أية مشكلة بصدد تحديد النطاق الزمني لتنفيذه ، ذلك لأنه في هذه الحالة تبقى الاوضاع مستقرة كما هي، ويستمر تطبيق النص على العلاقات الجديدة في المستقبل ، وتطبقه المحاكم فيما يعرض عليها من منازعات، ويظل النص موجوداً وناظراً إلى أن يلغى بالطرق المقررة قانوناً .<sup>(1)</sup>

ولقد اختلفت سياسة المشرع في دول العالم التي أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح في هذا الشأن ما بين مقرر لقاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ومقرر لقاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم ، في حين اعتنقت بعض الدول أسلوب يجمع بين هاتين القاعدتين معاً ، على اعتبار إحداهما القاعدة والأخرى الاستثناء، ويرجع الاختلاف في سياسة المشرع بين دول العالم التي أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين إزاء تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى اختلاف منهج هذه الدول في تحديد طبيعة هذا الحكم ، وما اذا كان يعد حكماً كاشفاً عن مخالفة النص المقضي بعدم دستوريته منذ صدوره لأحكام الدستور، حيث يكون لهذا الحكم أثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته ، وليس تأريخ صدور الحكم بعدم دستوريته ، ام أن الحكم بعدم الدستورية يعد حكماً منشأ لعدم الدستورية ، وبالتالي يكون لهذا الحكم أثر مباشر يطبق بأثر فوري من تأريخ صدور الحكم بعدم الدستورية على

(1) الصالحي، مها، (2006)، مرجع سابق، ص101.



العلاقات والأوضاع المستقبلية<sup>(1)</sup>، والحقيقة ان تقرير قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية هو الحل الذي يتفق مع طبيعة الأحكام القضائية وكونها كاشفة وليست منشئة، إلا أنه لا يمكن مع ذلك التسليم بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على إطلاقه، لأن من شأن ذلك التأثير بطبيعة الحال على الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي استقرت في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته، وبناءً عليه لا بد من توضيح الأثر الفوري المترتب للحكم بعدم الدستورية والأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ويكون تفصيل ذلك في المطلبين الآتيين :

### المطلب الأول

#### الأثر الفوري المترتب للحكم بعدم الدستورية

يرى جانب من الفقه الدستوري أن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية يسري بأثر مباشر من تاريخ صدوره أو من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية على العلاقات والأوضاع القانونية المستقبلية فقط، ولا يترد إلى الماضي، وليس له أثر رجعي على العلاقات القانونية السابقة على صدور الحكم، باعتبار أن هذا الحكم يعد منشئاً لحالة عدم الدستورية وليس كاشفاً لها<sup>(2)</sup>.

أي أن هذا الجانب من الفقه يُغلب مبدأ الأمن القانوني، الذي يعمل على تحقيق الطمأنينة واستقرار المراكز القانونية، على مبدأ الشرعية الدستورية، على عكس الأخذ بالأثر الرجعي الذي من شأنه المساس بهذه المراكز القانونية وزعزعة الطمأنينة، حيث أنه وفق هذا الرأي أن الحكم - وفق أصحاب هذا الرأي - يسري على المستقبل ولا يمتد للماضي، ويؤيدون رأيهم هذا بالاستثناء الخاص بالأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة، فلو كان للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي - حسب

(1) الصالحي، مها، (2006)، مرجع سابق، ص 105-107.

(2) العفيفي، مصطفى محمود (1990)، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المصرية، ط1، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، ص 267

قولهم - وعليه فإن النص القانوني المقضي بعدم دستوريته يظل صحيحاً منتجاً لآثاره من تاريخ صدوره وحتى اليوم التالي لنشره، ولا ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره، ولا تملك المحكمة الدستورية إلا إلغاء قوة نفاذ النص بالنسبة للمستقبل فقط.

ويضيف بعض مؤيدي هذا الاتجاه أنه من أجل تأكيد التأثير الفوري للحكم بعدم الدستورية، تلجأ دساتير البلدان التي اتخذت تأثير إنشاء حكم عدم الدستورية إلى الحد من السلبات الناتجة عن تنفيذ حكم عدم الدستورية بأثر فوري ومباشر ، من خلال تطبيق حكم عدم الدستورية في القضية المعروضة. المحكمة موضوع الدعوى التي رفعت بشأنها الدفاع بعدم الدستورية ، والتي أحيلت إلى المحكمة الدستورية ، وأصدرت هذه المحكمة الأخيرة حكماً بعدم الدستورية ، حتى يستفيد المدعي في الدعوى الدستورية ، وفي هذا كضمان للحق في التقاضي. إدراج حكمها بأثر رجعي في حدود تقديرها. في هذه الحالة ، لا ينتج عن النص الذي يُحكم عليه بأنه غير دستوري تأثيره وتنتهي قوته القانونية منذ مولده.<sup>(1)</sup>

## المطلب الثاني

### الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية

بخلاف الرأي القائل بالأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، يرى غالبية الفقه الدستوري المقارن<sup>(2)</sup>، ومعه القضاء الدستوري أن حكم المحكمة الدستورية يعتبر كاشفاً للعوار الدستوري للنص منذ صدوره وليس منشئاً له، وأن آثاره تسري بأثر رجعي وفقاً للأصول القانونية المتبعة بالنسبة لغيرها من الأحكام القضائية.

(1) الصالحي، مها، (2006)، مرجع سابق، ص 108.

(2) السنوسي، صبري محمد (2000)، آثار الحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ص 157.

ويرى أصحاب هذا الرأي، ورداً على الرأي الفقهي المقارن السابق الذي يقول بسريان الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري ومباشر لعدم المساس بالمراكز القانونية التي نشأت في ظل النص المقضي بعدم دستوريته، وأن الأخذ بالأثر الرجعي من شأنه أن يسبب آثاراً سلبية على الأمن القانوني وزعزعة الطمأنينة، فإنهم يقولون أن النص الوارد بالمادة 178 من دستور عام 1971 المصري بعدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم، هو بمثابة أمر لكافة سلطات الدولة بالتوقف عن تطبيق هذا النص، ولكنه لا يعني بحال من الأحوال عدم تطبيقه بأثر رجعي.

وأن المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا المصرية أكدت أنه استقر الفقه والقضاء على أن مؤدى هذا النص ليس عدم تطبيقه في المستقبل وحسب، وإنما أيضاً بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية. وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه الذي ينادي برجعية الحكم الصادر بعدم الدستورية<sup>(1)</sup>.

وهذا الاتجاه يغلب مبدأ الشرعية الدستورية على مبدأ الأمن القانوني للحجج التالية:

- 1- أن العدالة لا تتحقق إلا بإصلاح الأخطاء التي ترتبت على التشريع غير الدستوري، ذلك أن التشريع غير الدستوري لا يملك إنشاء مراكز قانونية لعدم اكتسابه الصفة الشرعية.
- 2- إذا لم يكن للحكم أثر رجعي فلن يستفيد مثير الدفع من الحكم الصادر بعدم الدستورية، وهذا يجافي المنطق القانوني السليم.

(1) الطعن رقم 37 لسنة 9 قضائية، جلسة 19/5/1999، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، السنة 4، الجزء 1، ص 256.

3- أنه لا يتصور أن يكون النص القانوني دستوري في الفترة التي تسبق صدور الحكم وغير دستوري منذ لحظة صدور الحكم.

بمعنى أن النطاق الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية وفق هذا الرأي الفقهي والقضائي المقارن هو الرجعية المطلقة كقاعدة عامة، وتبلغ الرجعية أقصى مداها إذا تعلق الأمر بنص جنائي، حيث تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة وذلك بالاستناد إلى النص المقضي بعدم دستوريته كأن لم تكن، فالأثر الكاشف (الرجعي) هو الأصل وفق أصحاب هذا الرأي<sup>(1)</sup>.

وخروجاً على هذه القاعدة العامة (رجعية الحكم بعدم الدستورية) وكنوع من الحل لبعض المسائل العملية التي أثيرت أمام القضاء الدستوري المصري بسبب الرجعية المطلقة وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع، والحفاظ على أمنه واستقراره اجتماعياً واقتصادياً فقد عدّل المشرع المصري عام 1998 المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي أشرنا إليها سابقاً والتي تتضمن عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخ آخر، وأن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا تكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص، وأوضحت المذكرة الإيضاحية لهذا التعديل أنه يستثنى من الأثر الرجعي لحكم عدم الدستورية الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي به أو بانقضاء مدة التقادم، وقد طبقت المحكمة الدستورية العليا المصرية ذلك في أحكامها<sup>(2)</sup>.

(1) الطببائي، عادل، مرجع سابق، ص 479.

(2) الطعن رقم 192 لسنة 21 قضائية دستورية، جلسة 2003/1/21، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، السنة 10، الجزء 1، ص 898.

وخلص ما تقدم أن الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النص

يسري بأثر رجعي كقاعدة عامة، وأنه يرد عليه استثناءين:

- الاستثناء الأول:

تترخص في تقريره المحكمة الدستورية العليا، بتحديد تاريخ سريان الحكم بعدم الدستورية - في غير المواد الجنائية والضريرية - وذلك بقصر أثره على المستقبل فقط وفق ما تراه مناسباً ومحققاً للمصلحة العامة وما تقتضيه اعتبارات الأمن الاجتماعي والاقتصادي واستقرار المراكز القانونية في المجتمع (الأمن القانوني).

وقد طبقت المحكمة الدستورية العليا هذا الاستثناء بقولها: "إن أعمال الأثر الرجعي بعدم دستورية قرار وزير الصحة مؤداه رد المبالغ السابق تحصيلها من طالبي تسجيل المستحضرات الدوائية والبيطرية والتجميلية الجديدة أو التي يعاد تسجيلها منذ تاريخ العمل بالقرار بعد أن آلت هذه المبالغ إلى صندوق تحسين الخدمة ودعم البحوث المشتركة وتم صرفها في أغراض هذا الصندوق، وهو ما يؤدي حال أعمال الأثر الرجعي إلى تحميل الدولة بأعباء مالية إضافية في ظل ظروف اقتصادية تقتضي تجنيبها هذا العبء"<sup>(1)</sup>.

- الاستثناء الثاني:

ويتمثل بجعل المشرع الحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي ذو أثر مباشر في كل الأحوال، وذلك بطبيعة الحال على أن لا يخل تطبيق هذين الاستثناءين باستفادة المدعي (مثير الدفع) من الحكم الصادر بعدم الدستورية، وينبغي القول هنا أن مثل هذه الاستثناءات التي جاءت بها المذكرة الإيضاحية، يجب أن تقنن بتشريع واضح ومحدد، لا أن تترك لتقدير المحكمة، وبهذا

(1) الطعن رقم 124 لسنة 21 قضائية، جلسة 2003/3/16، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا السنة 10، الجزء 1، ص 1023.

يتحقق التوازن بين مبدأ الشرعية ومبدأ الأمن القانوني<sup>(1)</sup>، ومن التشريعات التي أخذت بالأثر الرجعي - خلاف التشريع المصري - التشريع الكويتي<sup>(2)</sup>.

### موقف التشريع الأردني من تحديد النطاق الزمني:

أما عن تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في التشريع الأردني، فإن الأمر لا يثير أية إشكالية، إذ أشار الدستور الأردني وقانون المحكمة الدستورية صراحة إلى سريان الحكم الصادر بعدم الدستورية بأثر فوري مباشر كأصل عام، ونصت المادة (15) بفقراتها (ب، ج، د) من قانون المحكمة الدستورية على ما يلي: "ب. مع مراعاة أحكام الفقرة (ج) من هذه المادة يكون الحكم الصادر عن المحكمة نافذاً بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخراً لنفاذه، فإذا قضي بعدم دستورية قانون أو نظام نافذ يعتبر القانون أو النظام باطلاً من تاريخ صدور الحكم، وإذا حدد الحكم تاريخاً آخراً لنفاذه فيعتبر القانون أو النظام باطلاً في التاريخ المحدد في الحكم. ج. إذا قضت المحكمة بعدم دستورية نص يفرض عقوبة، فيتوقف تنفيذ الأحكام التي قضت بالإدانة استناداً لذلك النص وتنتهي آثارها الجزائية. د. إذا قضت المحكمة بعدم دستورية أكثر من نص في القانون أو النظام فللمحكمة التفريق في تاريخ نفاذ حكمها بين نص وآخر وفق ما تراه مناسباً".

ويتضح من هذا النص أن المشرع الأردني أخذ بالأثر المباشر كقاعدة عامة، حيث يبقى النص المقضي بعدم دستوريته سارياً حتى تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية، إلا أنه وبذات الوقت منح المحكمة الدستورية كاستثناء سلطة تقديرية ومرونة في تحديد تاريخ آخر لسريان الحكم بعدم الدستورية، كأن يستفيد منه مثير الدفع مثلاً أو لما تراه المحكمة محققاً لاستقرار المراكز

(1) الصالحي، مها، مرجع سابق، ص 120.

(2) انظر المادة (6) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية، رقم 14 لسنة 1973.

القانونية وتحقيق المصلحة العامة، بما يحقق التوازن بين مبدأ الشرعية الدستورية ومبدأ الأمن القانوني.... فالأمر جوازي للمحكمة الدستورية، بمعنى أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص قانوني يعني بطلان هذا النص من تاريخ صدور الحكم كأصل عام، أو من التاريخ الذي تحدده المحكمة، وإذا قضت المحكمة بعدم دستورية أكثر من نص فلها أن تفرق في تاريخ نفاذ حكمها بين نص وآخر وفق ما تراه مناسباً تحقيقاً للمصلحة العامة واحتراماً للحقوق المكتسبة.

وربما يتخوف البعض من إعطاء المحكمة الدستورية هذه السلطة التقديرية في تحديد تاريخ نفاذ حكمها، ولكن هذا التخوف يتبدد إذا ما علمنا أن الهدف الأسمى للمحكمة الدستورية يتمثل في حماية الدستور وتقدير الاعتبارات العملية لقوة حكم المحكمة وتاريخ نفاذه<sup>(1)</sup>، أما إذا تعلق الحكم بعدم الدستورية بنص تشريعي يفرض عقوبة، فيوقف تنفيذ الأحكام التي قضت بالإدانة استناداً لهذا النص وتنتهي آثارها الجزائية، أي أن الحكم هنا يسري بأثر رجعي من تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته، وذلك كاستثناء على الأثر المباشر لحكم المحكمة الدستورية، والعلة من ذلك أن هذه الأحكام تمس الحرية الشخصية، وهي أصلح للمتهم، الأمر الذي يتعين معه تغليبها على حجية الأحكام<sup>(2)</sup>.

ويرى جانب من الفقه الأردني أنه تنتهي جميع الآثار المترتبة على هذا الحكم سواء كانت

جزائية أو تأديبية وتُلغى صفة التجريم الجزائي أو التأثيم الإداري بكل مكوناته وآثاره<sup>(3)</sup>.

(1) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 492.

(2) خطاب، إكرامي، مرجع سابق، ص 340.

(3) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 553.

ويمكن القول بالنتيجة أن المشرع الأردني أخذ بالأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية كأصل عام، وأخذ بالأثر الرجعي كاستثناء.

وتجدر الإشارة هنا أن تقرير المشرع الأردني بالأثر الفوري المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية يتسق مع الدعوى الدستورية المباشرة، إلا أنه قد لا ينسجم مع الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع، ذلك أن مثير الدفع يسعى للحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه وإلغائه وعدم تطبيقه، لما في ذلك من فائدة تعود عليه، فإذا تقرر سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر مباشر بشكل مطلق فإن مثير الدفع لا يستفيد منه لأن الدعوى الموضوعية سابقة على صدور الحكم... هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الأخذ بالأثر الفوري مطلقاً يوجب على قاضي الموضوع الذي أوقف نظر الدعوى وينتظر كلمة المحكمة الدستورية تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته، وهذا القول يجافي المنطق القانوني السليم، ويجافي العدالة ومصلحة مثير الدفع<sup>(1)</sup>.

لذلك فإن التاريخ الذي تحدده المحكمة الدستورية لنفاذ الحكم الصادر عنها بعدم الدستورية قد يكون تاريخاً لاحقاً لصدور الحكم أو سابقاً عليه وفق ما تراه المحكمة مناسباً، والعلّة من تحديد تاريخ لاحق تكمن في تمكين السلطة التشريعية أو التنفيذية - حسب مقتضى الحال - من إصدار التشريع المناسب لسد الفراغ التشريعي الذي حصل بإبطال النص المقضي بعدم دستوريته أو تعديله.

أما العلة من تحديد تاريخ سابق لصدور الحكم فهي تمكين المدعي (مثير الدفع) من الاستفادة من الحكم الصادر بعدم الدستورية، أو للحالات التي ترى المحكمة أن فيها تحقيق للمصلحة العامة.

(1) الخطيب، نعمان أحمد، مرجع سابق، ص 556.



ولم يتعرض المشرع الأردني للنطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بنص مالي او ضريبي كما فعل المشرع المصري مثلاً، وذلك كون المشرع الأردني أخذ بالأثر المباشر كقاعدة عامة وإمكانية تحديد تاريخ سابق لمثير الدفع، ومع ذلك فحبذا لو نص المشرع صراحة على استفادة مثير الدفع من الحكم الصادر بعدم الدستورية كما فعل المشرع المقارن في كثير من الدول.

### موقف التشريع العراقي من تحديد النطاق الزمني:

بينت المادة (93) من الدستور العراقي الحالي اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا بما في ذلك اختصاصها بمراقبة دستورية القوانين والأنظمة النافذة، حيث بينت أن قرارات هذه المحكمة نهائية وملزمة لجميع الأطراف لكنها لم تصدر حكماً بالبطلان في القوانين والأنظمة المخالفة للدستور كما فعلت المادة (44/ج) من قانون ادارة الدولة العراقي عن الفترة الانتقالية لعام 2004. إلا أن حكم إلغاء القوانين والأنظمة المخالفة للدستور الصادر وفق ما جاء في المادة (4 / ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 - والذي ظل قائماً حتى الآن. . صالح بموجب دستور جمهورية العراق لسنة 2005<sup>(1)</sup> حيث نصت على : " تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالي:- ... ثانياً: الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية،...".

والحقيقة ان هذه المادة وان رتبت حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة المخالفة للدستور الا انها لم تحدد الإطار الزمني لتنفيذ أحكام المحكمة الاتحادية العليا، وهل يكون بأثر رجعي ام يكون بأثر فوري مباشر، ونعتقد أن تطبيق القواعد العامة في مثل هذه الحالة يقضي أن يكون حكم

(1) الصالحي، مها، مرجع سابق، ص120.

الإلغاء كاشفاً وليس منشئاً، وعليه لا بد ان يسري حكم الإلغاء بأثر رجعي يرتد الى تاريخ صدور القانون أو النظام المحكوم بعدم دستوريته ، مع مراعاة المراكز القانونية والحقوق المستقرة عند صدور الحكم بعدم الدستورية.<sup>(1)</sup>

---

(<sup>1</sup>) الصالحي، مها، (2006)، المرجع السابق، ص120.

## الفصل الخامس

### الخاتمة (النتائج والتوصيات)

بعد أن وصل الباحث إلى نهاية الرسالة وموضوعها " الآثار المترتبة على الدفع بعدم دستورية القوانين "دراسة مقارنة" يقوم الباحث بعرض أبرز النتائج التي توصلت إليها الدراسة، ثم يحدد أبرز التوصيات التي يوصي بها الخاصة بالموضوع وهي كما يلي.

#### أولاً: النتائج:

1. تهدف رقابة القضاء الدستوري إلى الحفاظ على الدستور وحمايته من الانحراف التشريعي عن أحكامه، فهو القانون الأساسي الأعلى الذي أرسى المبادئ والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم. تشريعي أم فرعي صادر عن السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري.
2. اتخذ التشريع العراقي موقفاً إيجابياً بالنسبة للقانون الذي يقضى بعدم دستوريته، يتمثل في إلغاء ذلك القانون المخالف للدستور. والحكم بعدم الدستورية في هذه الحالة يحوز حجية مطلقة ، فلا يقتصر أثره على أطراف المنازعة فقط ولا على موضوعها ، بل يمتد إلى جميع الأشخاص الطبيعية والاعتبارية والى السلطات العامة كافة في الدولة ، وإلى المنازعات كافة التي يمكن أن يطبق عليها القانون المخالف للدستور . ومثالها النظام في ظل القانون الأساسي العراقي لسنة 1925 ، ودستور 1968 المؤقت ، وقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 ، ودستور جمهورية العراق لسنة 2005.

3. يدور أثر الحكم بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة التي تتبنى نظام الرقابة ما بعد القضاء بين ثلاثة أشكال: الامتناع عن تطبيق النص المحكوم بأنه غير دستوري ، أو إلغاء هذا النص ، أو إلغاء قوة تنفيذه.

4. يقتصر الحكم بعدم الدستورية على إبطال مفعول النص الذي أعلن أنه غير دستوري ، مع استبعاد باقي النصوص الأخرى للقانون أو النظام (اللائحة) التي تضمنت هذا النص غير الدستوري ، والتي تظل سارية ونافاذة قانونًا. ومع ذلك ، فإن المحكمة المختصة بمراقبة الدستورية في النظم الدستورية المقارنة تتطلب أن تكون النصوص المتوافقة مع الدستور مستقلة عن النصوص التي تتعارض معها بحيث يمكن الحفاظ عليها وحدها، وأن تضمن النصوص المتبقية تحقيق المقاصد والأهداف. من التشريع.

5. تكمن أهمية وخطورة موضوع تحديد المدى الزمني لتنفيذ حكم عدم الدستورية ، لما لهذا التحديد من تأثير على صحة العلاقات والإجراءات القانونية التي نشأت واستقرت بموجب القانون المعلن بعدم دستورتها خلال الفترة. قبل الحكم بعدم دستورتها ، وما إذا كانت هذه العلاقات والأفعال لا تزال صالحة قانونًا ، وذلك وفقًا لقاعدة التأثير المباشر لحكم عدم الدستورية ، أو هل تصبح هذه العلاقات والأفعال باطلة كما لو لم تكن كذلك ، وفقًا لقاعدة الأثر الرجعي لحكم عدم الدستورية.

### ثانياً: التوصيات:

يوصي الباحث بما يلي:

1- ضرورة تنظيم كل ما يتعلق بالحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بشأن عدم دستورية النصوص التشريعية سواء من حيث حجية هذه الأحكام والأثر القانوني المترتب عليها والنطاق

الزمني لتنفيذها وكيفية هذا التنفيذ في مواجهة السلطات العامة والكافة، وذلك بموجب نصوص صريحة في الدستور.

2- توصي الدراسة المشرع الأردني بتوضيح نصوص قانون المحكمة الدستورية بما يتماشى مع التعديل الدستوري الأخير للمادة (2/60) من الدستور الأردني.

3- لتحقيق الفعالية الكاملة للرقابة على دستورية التشريعات يجب أن يمتد نطاق هذه الرقابة إلى ما يسمى بأعمال السيادة والتي تعد بحق خروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية . لذا يجب عدم تحصين أي تشريع سواء أكان قانوناً أم نظاماً أو أي عمل إداري من رقابة القضاء عموماً سواء كان قضاءً عادياً أم إدارياً أم دستورياً ، ونرى ضرورة إلغاء جميع المواد التي تتضمنها بعض القوانين والمتعلقة بتحصين أعمال السيادة لمخالفتها للدستور .

4- النص صراحة في الدستور على تقرير الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية لضمان احترام سلطات الدولة والكافة لهذه الحجية وعدم الخروج عليها.

5- توصي الدراسة بضرورة النص بشكل واضح وصريح في الدستور على تحديد الآثار القانونية التي تترتب على الحكم بعدم الدستورية التي تصدر من المحكمة الاتحادية العليا، كذلك الآثار الرجعية للأحكام التي تصدر بعدم الدستورية من المحكمة الاتحادية العليا، بشرط أن يستثنى من الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب

1. أبو الوفاء، أحمد (1983)، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، مصر.
2. أبو الوفاء، أحمد (2009). أصول المحاكمات المدنية، نظرية الدفع في قانون المرافعات المدنية، بغداد، ط2.
3. الأمين، شريط (2011)، الوجيز في القانون الدستوري - والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط7.
4. الباز، علي السيد (1978)، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية، مصر.
5. بدوي، ثروت (1961)، النظام الدستوري العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
6. بطيخ، محمد (1989). القضاء الإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
7. جمال الدين، سامي (2014). القانون الدستوري، والشرعية الدستورية على ضوء قضاة المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة، ط2.
8. الجمل، يحيى (2011)، القضاء الدستوري - في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة.
9. الحميداوي، جمال ناصر جبار (2009)، دراسات دستورية، بغداد، العراق.
10. الحيارى، عادل (1972)، القانون الدستوري الأردني، دراسة مقارنة، الجزء 1، مطبعة غانم، عمان، الأردن.
11. خاطر، شريف يوسف (2010)، المسألة الدستورية الأولية، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر.

12. خطاب، إكرامي (2011)، القضاء الدستوري: دراسة تحليلية نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ط1.
13. الخطيب، نعمان (2019)، الوسيط في النظم السياسية - والقانونية الدستوري، دار الثقافة للنشر.
14. خليل، محسن (1975)، النظم السياسية والدستور اللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
15. دله، سام سليمان (2002)، مبادئ القانون الدستوري - والنظم السياسية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا.
16. رمزي، شاعر (2004). رقابة دستورية القوانين: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
17. رمضان، أحمد شعبان (2000)، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، القاهرة.
18. الزبيدي، علي وشفيق، حسان (2009)، حقوق الإنسان، اليازوري للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
19. سالمان، عبدالعزيز محمد (2011)، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية (منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر.
20. السعيد، كامل (2017)، النظرية العامة للقضاء الدستوري - دراسة تحليلية تأصيلية توصيفية توجيهية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

21. السنوسي، صبري محمد (2000)، اثار الحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة.
22. سويلم، محمد علي (2021)، المناعي الدستورية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية للنشر، مصر.
23. الشرقاوي، سعاد وناصيف، عبدالله (1994)، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة.
24. شريف، عادل محمد (1988)، قضاء الدستورية - القضاء الدستوري في مصر، القاهرة، مصر.
25. الشيخ، عصمت عبد الله الشيخ (2003)، مدى استغلال القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
26. صليبا، أمين عاطف (2002)، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.
27. الطبطبائي، عادل (2005)، المحكمة الدستورية الكويتية، مجلس النشر العلمي، الكويت.
28. طلبة، عبد الله (1997). القانون الإداري، ط1، مديرية المطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب.
29. عبد الحميد، خليل حميد (2009)، القانون الدستوري، بغداد، العراق.
30. العبودي، محسن (1995)، مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان: دراسة تحليلية، (د.ط)، القاهرة: دار النهضة العربية.
31. العضاليلة، أمين (2012)، الوجيز في النظام الدستوري الأردني، ط2، دار الثقافة، عمان، ص 82.



32. العضيلة، أمين سلامة (2020)، **الوجيز في النظام الدستوري**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط3.

33. العفيفي، مصطفى محمود (1990)، **الرقابة الدستورية في مصر - والدول الأجنبية، دراسة تحليلية مقارنة، لأنظمة الرقابة في الدساتير المصرية**، ط1، مكتبة سعيد رأفت، القاهرة.

34. كنعان، نواف (2010)، **القضاء الإداري**، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

35. كنعان، نواف (2013)، **مبادئ القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني**، ط1، إثناء للنشر والتوزيع، عمان.

36. الليمون، عوض، (2019)، **الوجيز في النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري**، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

37. متولي، عبد الحميد (دون سنة نشر) **الحريات العامة: نظرة في تطورها وضماداتها ومستقبلها**، دون دار نشر.

38. متولي، عبد الحميد وعصفور، سعد (1966)، **القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية**.

#### ثانياً: المجالات والرسائل العلمية

1. بازوير، باسل (2008)، **دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.

2. الحسان، عيد (2011)، **قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري**، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع/48.

3. الحسيني، محمد طه حسين (2019)، ماهية مبدأ الشرعية والمشروعية ومصادرها، الجامعة الإسلامية، *مجلة العلوم القانونية*، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الأول.
4. الخفاجي، سليم نعيم خضير (2017)، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية، *مجلة أهل البيت*، عدد 8.
5. خلف، عيسى (2020)، مبدأ سيادة القانون وأثره في مكافحة الفساد، *مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية*، المجلد (9)، العدد (خاص).
6. الدك، خالد (2016)، الدفع بعدم دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب، *مجلة الفقه والقانون*، العدد (48).
7. الصالحي، مها، (2006)، *الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)*، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بغداد، بغداد، العراق.
8. مدانات، نفيس (2013)، تطور الرقابة الدستورية في المملكة الأردنية الهاشمية في ضوء التعديلات الجديدة، *مجلة العلوم القانونية والسياسية*، مجلد 6، العدد 2.
9. نواره، بلال (2021)، سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية، *دفا تر السياسة والقانون*، المجلد (13)، العدد (3).

#### رابعاً: المراجع الأجنبية

- 1- Debré (J.L) (2001). «qu'est- ce que la question prioritaire de constitutionnalité,» <http://www.conseil constitutionnel. Fr/français /vidéos/ 2010 qu'est ce que la question prioritaire de constitutionnalité.48275.html>- Roussillon (H) : «le conseil constitutionnel », Dalloz, 4eédition.

### خامساً: القوانين والقرارات

1. الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته.
2. قانون المحكمة الدستورية الأردني رقم (15) لسنة 2012.
3. الدستور العراقي النافذ لسنة 2005 وتعديلاته.
4. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.
5. قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم 48 لسنة 1979.