



الرقم الدورى: ISSN2075-7220
الرقم الدورى الالكترونى: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الجلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر
عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

أ.د. إسماعيل صعصاع
أحمد فاهم مسلم

✓ الحماية القضائية لمبدأ المنافسة
في المناقصات الحكومية. (دراسة
مقارنة)

أ.د. إيمان طارق مكي
م.م. وسيم جبار

✓ النظرية الوصفية في تحديد طبيعة
مدة العقد الممتد. (دراسة مقارنة)

أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي
م.انغام محمود شاكر

✓ مفهوم الوصية بالمنافع. (دراسة
مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين
الأحوال الشخصية)

أ.د. هادي حسين الكعبي
كرار معد عظيم

✓ الحكم القضائي الصوري.
(دراسة مقارنة)

العدد الرابع

السنة الحادية عشر

2019

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhakiq Al-Hilly Journal **For Legal and** **political science**

Quarterly Refereed and Scientific Journal
Issued By
College of Law in Babylon University

✓ **Judicial protection for the principle of competition in the field of government tenders. (comparative study)**

P. Dr. Ismaeel S.Ghedan
Ahmad Fahim Muslem

✓ **Theoretical Theory In Determining The Nature Of The Duration Of The Extended Contract. (Comparative Study)**

P.Dr. Eman T. Makki
Wasseam J.A. Shemary

✓ **The concept of the willfulness of the benefits. (Comparative study between Islamic jurisprudence and personal status laws)**

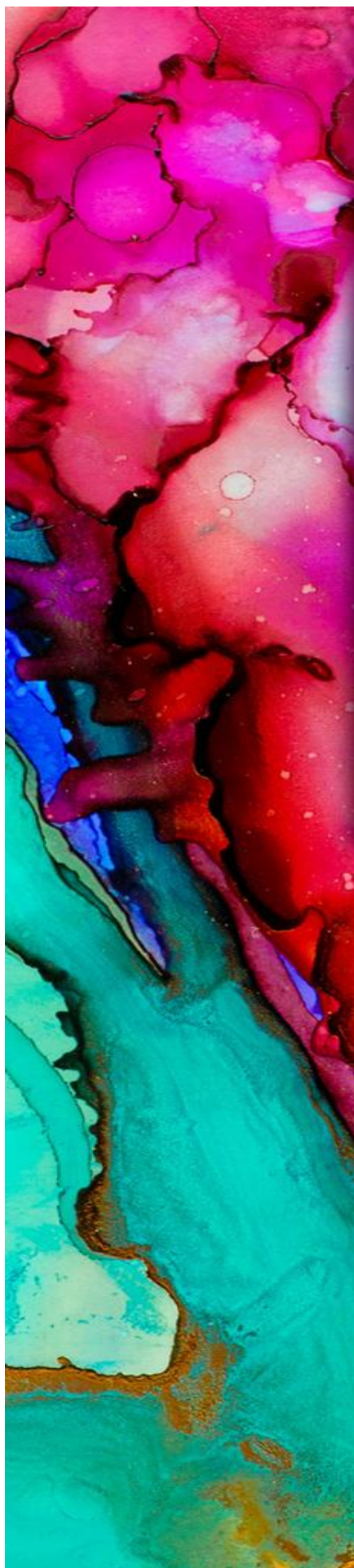
P.Dr. Salam A. Abdullah
Lec.Angham Sh. M.

✓ **Mock adjudication (A comparative study)**

P. Dr. Hadi H.Al.Kaabi
Karar M.Adeem

Fourth Issue 2019 Eleventh Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009



الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١-	الحماية القضائية لبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية. (دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل صعصاع البديري أحمد فاهم مسلم	٤٣-٩
٢-	النظرية الوصفية في تحديد طبيعة مدة العقد الممتد. (دراسة مقارنة)	أ.د. إيمان طارق الشكري م. م. وسيم جبار الشمري	٧٥-٤٤
٣-	مفهوم الوصية بالمنافع. (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية)	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي م. أنغام محمود شاكر	١١٢-٧٦
٤-	الحكم القضائي السوري. (دراسة مقارنة)	أ.د. هادي حسين عبد علي الكعبي كرار معد عظيم	١٦٢-١١٣
٥-	القيود الواردة على حرية عقد المعاهدات الدولية في الأنظمة القانونية الداخلية. (دراسة مقارنة)	أ.م. د. سرمد عامر عباس ياسر حسن علي حاجي	٢٠٧-١٦٣
٦-	الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية.	أ.م. د. رفاه كريم رزوقي سعد غازي طالب	٢٥٥-٢٠٨
٧-	إرتفاقات الضرورة في القانون الإنكليزي. (دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني العراقي)	أ.م. د. د. يونس صلاح الدين علي	٢٩٥-٢٥٦
٨-	اثر العيوب على التصرفات الإرادية. (القسمة الرضائية للشيوع أنموذجاً - دراسة مقارنة)	أ.م. د. مثنى محمد عبد م. د. علي كاظم جواد	٣٢٠-٢٩٦
٩-	دور المنظمات الدولية غير الحكومية في إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.	أ.م. د. حيدر عبد محسن شهد فاضل علي عبد الحسين	٣٥٨-٣٢١
١٠-	الضوابط القانونية لحرية التعبير عن الرأي.	م. سامر حميد سفر	٣٨٤-٣٥٩

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

كلية القانون/جامعة بابل

أ.م.د. رفاه كريم رزوقي

كلية القانون/جامعة بابل

سعد غازي طالب

ملخص البحث

في ظل الدساتير الجامدة تتميز القاعدة الدستورية بسموها الشكلي والموضوعي , الذي يعني أن أي قانون يصدر يجب إلا يكون مخالفاً للدستور , ولا فرق في كون الدستور مكتوباً أو عرفي , ويراد بالسمو أيضاً أن النظام القانوني للدولة يجب أن يكون خاضعاً بأكمله للقواعد الدستورية , لكن هذا التأكيد النظري على علو القاعدة الدستورية غير كاف لضمان هذه الأعلوية ما لم تتوفر الحماية لتلك القواعد الدستورية بوسائل تحمي هذه الأعلوية وتؤكد بها بالفعل , ومن البديهي أن تكون هذه الحماية تجاه من يضع القواعد القانونية وهو المشرع , فحماية القواعد الدستورية تجاه من يضع القواعد القانونية وهو المشرع , أي أن الحماية يجب أن تكون تجاه الاعتداءات المحتملة للمشرع على الدستور , ولتأكيد مبدأ سمو نشأ بجانبه مبدأ آخر وهو الرقابة على دستورية القوانين للحفاظ على الدستور بوصفه معبراً عن إرادة الشعب , وبما أن المشرع يسن القوانين الأساسية والعادية على السواء لذلك فإن الرقابة على دستورية القوانين الأساسية تحتل أهمية كبيرة لسببين الأول - أن هذه القوانين الأساسية تقوم بوضع أسس لبناء سلطات الدولة وتنظيم العلاقة فيما بينها مستكملة بذلك نصوص الدستور ومتصلة بحقوق وحرريات الأفراد بشكل غير مباشر عن طريق هذه السلطات, أما السبب الثاني - فيتمثل في علاقة هذه القوانين الأساسية بحقوق الأفراد وحررياتهم بشكل مباشر عن طريق تنظيمها لتلك الحقوق والحرريات , لذلك تناول البحث هذه الرقابة القضائية في كل من مصر والعراق محاولاً حمل المشرع العراقي على وضع أسس للرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية وتمييزها بإجراءات خاصة كما فعل المشرع المصري .

المقدمة

١ - التعريف بالموضوع وأهميته

إذا كانت هناك دول مثل فرنسا قد أخذت بمبدأ الرقابة السياسية فإن دول أخرى اعتنقت مبدأ الرقابة القضائية , والسبب الذي دفع بعض الدول إلى الأخذ بمبدأ الرقابة القضائية هو فشل الوسائل السابقة في إلزام البرلمان بحدود اختصاصه التشريعي^(١), اتجهت الأفكار حينها إلى البحث عن طرق أخرى تكون أكثر فائدة , ووجدوا ذلك في منح هذه الرقابة إلى هيئة قضائية حيث يقوم القاضي بالتأكد من مطابقة القانون للدستور , وذلك للتأكد من التزام البرلمان بالحدود الدستورية التي حددها له الدستور وعدم تجاوز تلك الحدود بما يفضي إلى عدم دستورية القانون , وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي الولايات المتحدة الأمريكية ومنها انتقلت إلى دول عديدة , حيث وجدت في اختصاص القضاء وسيلة فعالة لضمان نفاذ القاعدة الدستورية وحماية الدستور من الاعتداء عليه ومخالفة أحكامه , وفي الحقيقة فأن الدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧ لم يتضمن النص على حق القضاء في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وإنما نشأت هذه الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية باجتهاد قضائي^(٢) ,

وهي لم تنشأ دفعة واحدة وإنما مرت على مراحل ففي البدء كانت المحاكم الأمريكية تطبق القوانين دون التطرق لمدى توافقها أو تعارضها مع الدستور , وأن كانت هناك بعض الأحكام للمحاكم الأمريكية التي باشرت مثل هذه الرقابة قبل نشأة الاتحاد الأمريكي سنة ١٧٨٩^(٣) , وأصدرت أحكام بعدم دستورية بعض القوانين إلا أن هذه الأحكام قوبلت بعدم الرضا من أهالي الولايات وقد أدى هذا الموقف إلى تهيب المحاكم من الخوض في مسألة الدستورية , مما أدى إلى ركود المسألة لحين قيام الاتحاد الأمريكي وتشكيل المحكمة الاتحادية العليا وكانت قضية ماربوي ضد ماديسون بداية الفرصة التي استطاعت المحكمة العليا أن تقرر بصددها حق القاضي في عدم تطبيق القانون متى رأى أنه مخالف للدستور . وإذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية الدولة الأم التي اعتنقت مبدأ الرقابة القضائية أن دولاً أخرى أخذت بالرقابة القضائية لتحذو بذلك حذو الولايات المتحدة الأمريكية ومن هذه الدول مصر والعراق . وسوف نقسم هذا البحث إلى مطلبين نخصص الأول إلى مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية في حين يكون الثاني للرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية في كل من مصر والعراق .

ثانياً - مشكلة البحث

يواجه بحث موضوع الرقابة القضائية على القوانين الأساسية الإشكالات الآتية :-

الإشكالية الأولى :- يطبق العراق مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية , وبيّان هذا الاختصاص المحكمة الاتحادية العليا العراقية , والاتجاه الغالب يمنح القوانين الأساسية مرتبة أعلى من القوانين العادية وأقل من الدستور , فهل يعني هذا وجوب الحكم بعدم دستورية القانون العادي في حالة مخالفته للقانون الأساسي .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

الإشكالية الثانية :- إذا كانت القاعدة العامة في القوانين الأساسية هي أنها تمثل مرتبة أعلى من القوانين العادية وهي مكملة للدستور , فهل يمكن للمحكمة الاتحادية العليا أن تسمح بتدخل هذه القوانين في النطاق الدستوري بما يؤدي إلى تعديل الدستور خارج نطاق أحكامه .

٣ - منهجية البحث

سوف نعتمد في دراسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية على المنهج التحليلي الذي يهتم بعرض المشكلة وموقف رجال الفقه وأحكام القضاء منها , والمنهج المقارن من خلال إيراد النصوص الدستورية والقانونية في الدول محل المقارنة وهي مصر والعراق , مصر وفق دستورها الملغي لعام ١٩٧١ ودستورها النافذ لعام ٢٠١٤ المنشور في الجريدة الرسمية ٧٥ مكر (ب) في ١٨ يناير ٢٠١٤ ميلادي , الموافق ١٧ ربيع الأول ١٤٣٥ هجري , والعراق وفق دستوره النافذ دستور جمهورية العراق المنشور في الوقائع العراقية في العدد ٤٠١٢ السنة السابعة والأربعون في ٢٨ - ١ ٢٠٠٥ و الموافق ٢٧ ذي القعدة ١٤٢٦ .

٤ - خطة البحث

اقتضى معالجة موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن يتم بحثه وفق خطة علمية مكونة من مطلبين وكما يلي :-

المبحث الأول : مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

المطلب الأول : تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

المطلب الثاني : صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية في مصر والعراق

المطلب الأول : رقابة المحكمة الدستورية العليا المصرية على القوانين الأساسية

المطلب الثاني : رقابة المحكمة الاتحادية العليا العراقية على القوانين الأساسية

المبحث الأول

مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

المقصود بالرقابة القضائية على دستورية القوانين هي منح هذه الرقابة إلى جهة قضائية تكون هي المختصة فيما إذا كان القانون مطابق للدستور أم غير مطابق وتمارس هذه الرقابة القضائية على دستورية القوانين بصورتين فهي إما أن تكون لا مركزية حيث تذهب بعض الدول التي تأخذ بمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى إعطاء هذا الحق إلى محاكم القانون العام وليس إلى جهة قضائية متخصصة يتم إنشاءها خصيصاً للقيام بهذه المهمة ، وبذلك نجد أن كافة المحاكم تمارس تلك الرقابة في حدود اختصاصاتها النوعية والإقليمية المفروضة لها^(٤) ، والسبب في ذلك أن هذا الاتجاه لا يرى في الرقابة إلا جزءاً طبيعياً من وظيفة المحاكم الأصلية في نظر خصومات الأفراد ومنازعاتهم^(٥) ، والتي تتمثل في إنزال حكم القانون على الوقائع المطروحة عليها ومن ثم تقتضي طبيعة عمل المحكمة إعمال مبدأ التدرج في القواعد القانونية ، على أساس أن القانون يعلو على اللائحة وأن كليهما خاضع لأحكام الدستور ، وهذا العمل لا يجوز أن تباشره محكمة دون أخرى وإنما تباشره جميع المحاكم إعمالاً لوظيفتها القضائية ونزولاً عليها^(٦) ، ومن الدول التي أخذت بهذا النهج الولايات المتحدة الأمريكية بموجب دستورها لعام ١٧٨٧ في حالة واحدة وهي حالة تعارض الدستور أو قوانين إية ولاية مع الدستور الاتحادي أو القوانين الاتحادية ، بحيث لم يخص المحكمة الاتحادية العليا وحدها النظر في دستورية القوانين وإنما منحت هذه السلطة إلى جميع الجهات القضائية على اختلاف درجاتها سواء في الولايات المتحدة أو في الحكومة المركزية .

ولما كان من شأن أسلوب لا مركزية الاختصاص برقابة الدستورية بالنسبة للقوانين الأساسية هو عدم المساس بنفاذ وسريان القانون الذي امتنعت المحاكم عن تطبيقه ، فليس هناك ما يمنع المحاكم الأخرى وحتى المحكمة التي امتنعت عن تطبيق القانون من تطبيقه مرة أخرى ، وقد تمتع المحاكم أخذاً برأي المحكمة التي امتنعت عن تطبيق القانون ولا تطبق القانون أيضاً^(٧) ، لذلك نجد أن بعض الدول اتجهت إلى منح هذا الاختصاص وهو الرقابة على دستورية القوانين الأساسية إلى جهة واحدة فقط ، وهو ما يعرف (بمركزية الرقابة) حيث يحدد الدستور جهة واحدة تختص بالرقابة على دستورية القوانين الأساسية ، وعند مراجعة الدساتير يبرز أمامنا تجربتان للأخذ بالرقابة المركزية على دستورية القوانين الأساسية وهما الدستور المصري لعام ٢٠١٤ والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ، حيث نصت المادة / ١٩٢ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على (تتولى المحكمة الدستورية

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين (...), في حين نصت المادة ٩٣/ من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ على (تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي أولاً - الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة) . وسوف نقسم هذا المبحث إلى فرعين نخصص الأول لتعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية في على أن يكون الثاني لصور هذه الرقابة .

المطلب الأول

تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

ذكرنا سابقاً أن الرقابة القضائية هو منح هذه الرقابة إلى جهة قضائية تتولى الفصل فيما إذا كان القانون المعروض عليها موافق أم غير موافق للدستور, وهذه الرقابة القضائية بشكل عام سواء كان القانون أساسي أم عادي , وتعرف هذه الرقابة أيضاً بأنه الرقابة التي تمارسها هيئة قضائية تختص بالفصل في مدى دستورية أي قانون تصدره السلطة التشريعية^(٨) , وعرفها آخرون بأنها " البت في مصير قانون ما من حيث كونه دستوري أو غير دستوري يعود إلى هيئة قضائية , أي إلى محكمة سواء كانت متخصصة لهذا الغرض أم غير متخصصة"^(٩) , أما الرقابة القضائية على القانون الأساسي فيمكن تعريفها بأنها تعني أن تفصل الجهة القضائية التي حددها الدستور في شأن القانون الأساسي من حيث كونه دستوري أم غير دستوري بناءً على الإحالة لها من الجهة التي منحها الدستور الحق في نقل القانون الأساسي إلى الجهة القضائية المختصة , وقد يكون المقصود به القضاء الدستوري الذي يفصل في المسائل الدستورية , أي المسائل التي تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور , وهنا ينصرف الاصطلاح إلى الفصل في هذه المسائل سواء صدرت من محكمة دستورية مختصة أم من محكمة أخرى من المحاكم العادية أو الإدارية^(١٠) , وهذا هو المعنى الموضوعي وهو أوسع نطاقاً من المعنى الشكلي للاصطلاح , والذي يقصد به المحكمة أو المحاكم التي خصصها الدستور داخل التنظيم القضائي في الدولة دون غيرها لممارسة الرقابة الدستورية وحسب هذا المعنى فأن القضاء الدستوري لا يوجد إلا بوجود المحاكم الدستورية المختصة أو غير المختصة^(١١) .

أن عملية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات تدخل بصورة طبيعية - من حيث المبدأ - في اختصاص القضاء , حيث أن وظيفة القاضي هي تطبيق القوانين على ما يعرض أمامه من

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

منازعات , وهو يفصل فيها وفقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية فإذا وجد أن النص التشريعي الذي يحتج به أمامه يتعارض مع قاعدة أعلى منه (الدستور) , عند ذلك يكون القاضي ملزم بإنزال حكم الدستور واستبعاد تطبيق القاعدة المخالفة , وهذا لا يمكن أن يحقق النتيجة المرجوة إلا بوجود نظام السوابق القضائية , واحترام المحاكم الأدنى للقرارات الصادرة عن المحاكم الأعلى وهذا ما يمليه منطق العدالة والمشروعية بصفة كاملة^(١٢) , ومن الجدير بالذكر أن من مزايا هذه الرقابة أن منطق الأمور يفرض أن يعهد بهذا الأسلوب الرقابي ذا الطابع القانوني إلى هيئة قضائية يتوافر في أعضائها التكوين القانوني السليم كي تستطيع التحقق من تطابق القانون مع أحكام الدستور , الذي من المفترض أنه المعبر الوحيد عن السيادة الوطنية التي اعتمدها الشعب^(١٣) , فإذا ما أريد أن تنتج الرقابة على دستورية القوانين الأساسية أثرها الصحيح والقانوني فيجب أن يعهد بها إلى هيئة قضائية , حيث يتسم القضاء - عادة - بالحياد والنزاهة والاستقلالية إضافة إلى الخبرة القانونية فضلاً عن كون القضاء يتبع إجراءات وأصول قضائية عادلة ومنصفة في نظر الخصوم , تبعث الثقة والاطمئنان في أحكامه كعلانية الجلسات وتسبب الأحكام وكفالة حق الدفاع فهذه الأصول الإجرائية تكفل للرقابة على دستورية القوانين الأساسية موضوعيتها ونجاعتها^(١٤) .

وعلى الرغم من هذه المزايا إلى أن للرقابة على دستورية القوانين الأساسية مثالبها فتعتبر أخلاقياً بمبدأ الفصل بين السلطات , حيث أن السلطة القضائية تتدخل في عمل السلطة التشريعية بل وتعتبر حاكماً عليها , من جهة أخرى أن رفض أو قبول القانون ليس بسبب مخالفته أو عدم مخالفته للدستور وإنما مدى توافقه أو مخالفته للرؤية السياسية والاقتصادية والاجتماعية للقاضي الدستوري , لذلك فإن الفقه الدستوري الأمريكي يهتم بشكل خاص بفهم الرؤى السياسية والقانونية لأعضاء المحكمة الاتحادية العليا , حتى أنهم يؤسسون النظريات وينشرون المؤلفات في تحليل تلك الرؤى ورصد انعكاساتها على ما أصدره أو يتوقع أن يصدره أولئك القضاة في أحكام تتعلق بدستورية القوانين^(١٥) , كما أن من المآخذ على الرقابة القضائية أن تعيين أعضائها يكون بيد باقي السلطات سواء كانت تشريعية أو تنفيذية , مما يخل بالحياد المطلوب لأعضائها ومدى استقلاليتهم ويجعلهم عرضة للتأثير من جانب السلطات الأخرى .

المطلب الثاني

صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

تمارس الرقابة القضائية بشكل عام بعدة صور يمكن معرفتها من دراسة تجربة الرقابة القضائية في بلدها الأم وهو الولايات المتحدة الأمريكية وهذه الصور التي تمارس بها الرقابة القضائية هي الدعوى المباشرة وبموجب هذه الطريقة يطعن من له حق الطعن أمام المحكمة مباشرة , أما الصورة الأخرى فهي الدفع بعدم الدستورية وهذا يعني وجود دعوى أمام إحدى المحاكم وأن هناك قانون غير دستوري يراد تطبيقه فيدفع الخصم بعدم دستورية القانون فتمتنع المحكمة عن تطبيقه , وهناك طريقة الأمر القضائي وتعني أن هناك إجراءً اتخذ تجاه أحد المواطنين يستند إلى قانون غير دستوري فيلجأ إلى المحكمة ليطلب منها إصدار أمر تقييري إلى تلك الجهة تطلب منها إيقاف ذلك الإجراء والامتناع عن تطبيق القانون^(١٦) .

أما في مصر فحددت ثلاث صور للطعن بالقانون الأساسي وهي صورة الدفع والتي نصت عليه المادة / ٢٩ من قانون المحكمة أي أن هناك دعوى مرفوعة أمام إحدى المحاكم ودفع أحد الأفراد بعدم دستورية القانون , فتوقف المحكمة النظر بالدعوى وتمهله ثلاثة أشهر لغرض إقامة الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا , والصورة الأخرى التي ترفع بها الدعوى على القانون الأساسي هي طريقة الإحالة والتي نصت عليها المادة / ٢٩ من قانون المحكمة فإذا وجدت إحدى المحاكم أن هناك قانون غير دستوري يراد تطبيقه أوقفت النظر في الدعوى وأحالت الأوراق بلا رسم إلى المحكمة الدستورية العليا , والصورة الثالثة التي تمارس بها الرقابة على دستورية القانون الأساسي في مصر هي طريقة التصدي والتي نصت عليها المادة / ٢٧ من قانون المحكمة وبموجب هذه الطريقة فأن المحكمة الدستورية العليا يحق لها أن تقضي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة تراءى له إثناء ممارسة اختصاصها بعد تحضير إجراءات الدعوى الدستورية .

أما في العراق ومن خلال نص المادة / ٩٣ فقرة ثالثاً من الدستور النافذ لعام ٢٠٠٥ نجد أنه أخذ بطريقة الدعوى المباشرة حيث نصت هذه المادة على " ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة " , فمن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الدستوري العراقي أجاز الحق في الطعن في القانون الأساسي عن طريق الدعوى المباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا .

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية في مصر والعراق

أخذت كل من مصر والعراق بمبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية حيث خصص كل من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ جهتين قضائيتين لممارسة هذه الرقابة , فبموجب المادة /١٩٢ من الدستور المصري النافذ لعام ٢٠١٤ اختصت المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية القوانين الأساسية , وبموجب المادة /٩٣ من الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ اختصت المحكمة الاتحادية العليا بممارسة الرقابة وكما ذكرنا فإن كل من العراق ومصر قد أخذت بمبدأ الرقابة المركزية التي تمنح هذه الرقابة إلى جهة قضائية مركزية . وسوف نقسم هذا المبحث إلى فرعين الأول لرقابة المحكمة الدستورية العليا في مصر على القوانين الأساسية ويكون الثاني لرقابة المحكمة الاتحادية في العراق على القوانين الأساسية .

المطلب الأول

رقابة المحكمة الدستورية العليا المصرية على القوانين الأساسية

اعتنقت مصر مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين وأنشأت أول محكمة متخصصة للنظر في دستورية القوانين عام ١٩٦٩ بموجب القانون رقم ٨١ (قانون المحكمة العليا) , أما قبل هذا التاريخ فقد اختلف الفقه المصري في إمكانية القضاء في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين بين مؤيد ومعارض^(١٧) ,

وعى الرغم من الاختلاف الفقهي خلال المرحلة السابقة على نشوء القضاء الدستوري في ممارسة الرقابة من عدمها^(١٨) , فإن القضاء ضمّن بعض أحكامه حقه في ممارسة تلك الرقابة , وكان من أول الأحكام التي تعرض فيها القضاء المصري لحقه في الرقابة الحكم الذي أصدرته محكمة جنايات الإسكندرية , التي دفع أمامها عام ١٩٢٤ بعدم دستورية القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٢٣ الذي أضاف فقرتين إلى المادة / ١٥١ من قانون العقوبات , وقد أقرت المحكمة في حكمها أن القانون قانون دستوري وقد أيدتها في ذلك محكمة النقض^(١٩) , ويعتبر الحكم الذي أصدرته محكمة مصر الابتدائية الأهلية في ١-٥-١٩٤١ الحكم الذي أقر صراحة بحق القضاء في الرقابة على الدستورية وقضى

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

بعدم الدستورية , إلا أن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم في ٣٠ - ٥ - ١٩٤٣ وأنكرت على المحاكم هذا الحق , في حين أن القضاء الإداري كان قد أقر حق القضاء في الرقابة على الدستورية (٢٠) , وقد أقرت محكمة النقض حق الرقابة على دستورية القوانين في حكمها في ٥ - ٢ - ١٩٥٢ وكذلك حكمها في ٣ - ٣ - ١٩٥٣ .

وعلى الرغم من إقرار (لجنة الخمسين) المكلفة بوضع مشروع دستور ١٩٥٣ لإنشاء محكمة دستورية تتولى الرقابة على دستورية القوانين , وإقرار المبدأ ذاته في ميثاق العمل الوطني الصادر عام ١٩٦٣ (٢١) ,

إلا أن هذه المحكمة لم تر النور إلا في عام ١٩٦٩ بموجب القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ قانون المحكمة العليا (٢٢) , وبعد صدور دستور ١٩٧١ الملغي نص على حق القضاء في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وأحال هذا الحق إلى محكمة متخصصة هي المحكمة الدستورية العليا ثم صدر قانون المحكمة رقم ٤٨ لسنة ٧٩ , وبصدور الدستور المصري النافذ لعم ٢٠١٤ أكد هذا الحق أيضاً ومنحه إلى المحكمة الدستورية العليا . وسوف نتناول في هذا المطلب تشكيل المحكمة ووسائل اتصالها بالدعوى ونطاق رقابتها على القوانين الأساسية مستنديين في ذلك إلى قانون المحكمة والدستور النافذ لعام ٢٠١٤ مع الإشارة إذا تطلب الأمر إلى الدستور الملغي لعام ١٩٧١ .

أولاً - تشكيل المحكمة

أشار دستور جمهورية مصر العربية الملغي لعام ١٩٧١ وقد أشار في الفصل الخامس من الباب الرابع المتعلق بنظام الحكم إلى المحكمة الدستورية العليا في المواد ١٧٤ - ١٧٨ , وقد أحال الدستور إلى قانون يصدر بكيفية تشكيل المحكمة والشروط الواجب توفرها في أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم , وصدر قانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ محددًا كيفية تشكيل المحكمة واختصاصاتها ووسيلة ممارستها لاختصاصاتها (٢٣) , وقد نصت المادة / ١٩٢ من الدستور المصري النافذ لعام ٢٠١٤ على " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين" .

واستناداً إلى المادة / ١٩٣ من الدستور تتكون المحكمة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس وتصدر قراراتها من سبعة أعضاء (٢٤) , وتؤلف هيئة المفوضين بالمحكمة من الرئيس وعدد كاف

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

من الرؤساء بالهيئة والمستشارين والمستشارين المساعدين , وتختار الجمعية العامة رئيس المحكمة من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة كما تختار نواب الرئيس وأعضاء هيئة المفوضين لها ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية .

أما شروط العضوية في المحكمة وفقاً لقانونها^(٢٥) فهي لم تختلف عن سابقتها المحكمة العليا وأصبح العمر ما لا يقل عن خمسة وأربعون سنة واختيار أعضاء المحكمة وفقاً للمادة / ٤ من قانون المحكمة من الفئات التالية :-

- أعضاء المحكمة الحاليين
- أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمسة سنوات متصلة على الأقل .
- أساتذة القانون الحاليين والسابقين في الجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثماني سنوات متصلة على الأقل .
- المحامين الذين عملوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل .

أما اختصاصات المحكمة وفقاً للمادة / ٢٥ من قانونها فهي كما يلي :-

- الرقابة على دستورية القوانين واللوائح^(٢٦)
- الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وذلك إذا رفعت الدعوى في موضوع واحد أمام جهتين ولم تتخلى أحدهما عنها أو تخلت كلتاهما عنها .
- الفصل في النزاع بشأن حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى .
- تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرار بقانون الصادر من رئيس الجمهورية استناداً إلى الدستور إذا ما أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها^(٢٧) .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ثانياً - وسيلة اتصال المحكمة بالدعوى^(٢٨) وهناك ثلاث وسائل لاتصال المحكمة بالدعوى وتحريك الرقابة على دستورية القوانين الأساسية وهي :-

- الإحالة : استناداً لنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التي تنص على (إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي إثناء نظر إحدى الدعاوي عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازمة للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية^(٢٩) .

- الدفع : أشارت إلى هذه الوسيلة الفقرة الثانية من المادة /٢٩ من قانون المحكمة بنصها (إذا دفع أحد الخصوم إثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم يرفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن) .

- التصدي : نصت على هذه الوسيلة المادة / ٢٧ من قانون المحكمة (يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة اختصاصها ويتصل بالنزاع المعروض عليها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية) .

ثالثاً- نطاق رقابة المحكمة الدستورية العليا على القوانين الأساسية وأثرها

١ - نطاق رقابة المحكمة الدستورية على القوانين الأساسية

سبق وأن أشرنا فيما يتعلق بفرنسا أن الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي على القوانين الأساسية هي رقابة سابقة باعتبارها إجراء من إجراءات صدور القانون الأساسي الذي لا يكتمل بدونها ، أما في مصر فأن الرقابة هي رقابة قضائية لاحقة على القانون تمارسها المحكمة الدستورية العليا ، لكن في التعديل الدستوري الذي جرى على الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغي والذي تم في ٢٠٠٥ تطلب المشرع عرض بعض القوانين ونقصد بذلك قانون الانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا لتعلن مطابقتها للدستور مما يعني أن الرقابة في مصر كانت دائرة بين الرقابة السابقة واللاحقة ، وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا هي التي منحها المشرع الحق في

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

الرقابة على دستورية القوانين فإن المحاكم الأخرى كان لها دور في فرض هذه الرقابة والأسئلة التي تثار هي هل الرقابة في مصر هي رقابة سابقة أم لاحقة؟ وما هو دور المحاكم الأخرى في هذه لرقابة، وما هي الكيفية التي تمارس بها من قبل المحكمة الدستورية العليا؟ وسوف نجيب على هذه الأسئلة تباعاً .

أ- الرقابة على القوانين الأساسية في مصر بين الرقابة السابقة واللاحقة

إذا كان الأصل في النظام الدستوري المصري هو الأخذ بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين الأساسية استناداً لقانون المحكمة الدستورية العليا، فإنه قد تم الخروج على هذا الأصل وذلك عند تعديل الدستور المصري الملغي لعام ١٩٧١ في ٢٦ مايو ٢٠٠٥ في حين لم يشر الدستور الحالي لعام ٢٠١٤ إلى عرض قانون الانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا، وبذلك سيكون حديثنا عن الدستوري المصري الملغي لعام ١٩٧١ فبعد التعديل المذكور أصبح من الممكن للمحكمة الدستورية العليا أن تمارس الرقابة السابقة وأن كان هذا يخص بعض القوانين فقط لتصبح المادة / ٧٦ بعد تعديلها ".... يعرض رئيس الجمهورية القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره لتقرير مدى مطابقتها للدستور" فبموجب هذا النص أصبح الواجب على رئيس الجمهورية - وعليه وحده - (٣٠) ، أن يعرض مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية وهو من القوانين الأساسية المكتملة للدستور (٣١) ، وذلك طبقاً للشروطيين اللذين وضعتهما المحكمة الدستورية العليا لوجود القوانين الأساسية وطبقاً للدستور المصري الملغي لعام ١٩٧١ بعد تعديله عام ٢٠٠٧ ، الذي أقر بوجود عرض القانون على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب لكي تقرر مدى مطابقتها للدستور ، وهذا ما يجعل رقابة المحكمة الدستورية العليا رقابة سابقة على مشروع القانون وليس على القانون كما هو الحال بالنسبة للقوانين الأخرى حسب ما تفرضه طبيعة عمل المحكمة التي حددها الدستور وحددها قانونها .

ومن الجدير بالذكر فإن الرقابة التي تفرضها المحكمة على القانون المنظم للانتخابات الرئاسية هي رقابة دستورية لا تختلف عن الرقابة التي تمارسها على القوانين الأخرى إلا من حيث ميعاد ممارستها ، وبالتالي فإن المحكمة تقوم بذات الدور المعهود لها ولا يوجد في ذلك مخالفة للدستور أو لقانونها فقد تم النص على ممارسة الرقابة على مشروع القانون قبل إصداره (٣٢) ، وهو ما حرصت المحكمة على تأكيده بمناسبة عرض مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية عليها مع الإشارة

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

إلى ما يخرج عن اختصاصها إسهاماً منها في تحديد ما يخرج عن هذه الرقابة , وحيث أن اختصاص المحكمة محدد بموجب المادة / ٧٦ من الدستور في مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور وبالتالي يخرج عن هذا الاختصاص^(٣٣) ما يلي :-

- مراجعة الصياغة القانونية للمشروع

- النظر في نصوص المشروع ومدى تعارضها مع بعضها البعض

- تقرير مدى ملائمة بعض الأحكام التي حواها المشروع باعتبار ذلك يدخل في السلطة التقديرية للمشرع^(٣٤) .

أما عن حجية الحكم الصادر في القانون المنظم للانتخابات الرئاسية وهل يؤدي الأخذ بها إلى تحصين القانون بعد صدوره ضد الرقابة اللاحقة من جانب المحكمة الدستورية العليا ؟

للإجابة على هذا السؤال نجد أن الفقرة الأخيرة من المادة / ٧٦ من الدستور المصري الملغي بعد تعديلها تنص على "وفي جميع الأحوال يكون قرار المحكمة ملزماً للسلطات كافة ولجميع سلطات الدولة " وبالتالي لا بد من أن يثير ذلك خلافاً في الفقه وأنقسم الفقه إلى فريقين :-

الفريق الأول :- يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الرقابة السابقة التي تباشرها المحكمة على مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية , من شأنه تحصينه ضد أي رقابة لاحقة من جانبها وهذا ما كان محل انتقاد من جانب أغلب الفقه^(٣٥) .

الفريق الثاني :- يرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذه الرقابة لا تمنع المحكمة من مراقبة القانون بعد صدوره إذا ما تحققت إحدى وسائل اتصالها به وفقاً لما حدده قانونها , وهو ما ذهب إليه الاتجاه الغالب من الفقه ودعمه اتجاه المحكمة الدستورية العليا ونحن نميل إلى تأييد الاتجاه الثاني^(٣٦) أما مبررات هذا التأييد فهي :-

أن الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية هي إجراء من إجراءات صحة صدوره , وليست كما هو الحال بالنسبة للرقابة القضائية اللاحقة .

أن هذه الرقابة طبقاً للمادة / ٧٦ من الدستور تفرض على مشروع القانون ولست على القانون بعد اكتماله .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

يرى البعض من الباحثين وهو ما نؤيده أن ذلك لا يمنع من الرقابة اللاحقة التي يمكن أن تقرضها المحكمة الدستورية على القانون , وذلك لأن نص المادة / ٧٦ من الدستور تقرر مبدأ خاص وهي الرقابة السابقة على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية , في حين أن المادة / ١٧٥ من الدستور الملغي تقرر مبدأ عام وهو الرقابة القضائية على القوانين التي تقرر للمحكمة الدستورية العليا , وبذلك لا مانع على المحكمة من فرض رقابتها على القانون إذا ما توفرت وسيلة اتصالها به طبقاً لقانونها^(٣٧) .

أما بالنسبة للدستور النافذ لعام ٢٠١٤ فلم يشر إلى ضرورة عرض قانون الانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا قبل تصديقه من قبل الرئيس , وبذلك انحصرت وظيفة المحكمة وفقاً للدستور النافذ وقانونها بالرقابة اللاحقة .

ب- رقابة المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي على القوانين الأساسية

إذا كانت المحكمة الدستورية العليا هي صاحبة الاختصاص الأصلي في الرقابة على دستورية القوانين استناداً إلى المادة / ١٩٢ من الدستور النافذ لعام ٢٠١٤ واستناداً لقانون المحكمة , فإنه مع ذلك يبقى للمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي بعض الاختصاص في هذا المجال بما من شأنه أن يخفف من مركزية الرقابة ويضيق من مجال تطبيقها^(٣٨) , فطبقاً للمادة / ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا حيث تكفلت ببيان كيفية مباشرة المحكمة لاختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين الأساسية , حيث تم تحديد الطرق التي تتصل المحكمة بموجبها بالدعوى وهي الإحالة والدفع والتصدي , وذلك على خلاف قانون المحكمة العليا بموجب القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ حيث لم يكن هناك سوى وسيلة واحدة لاتصال المحكمة بالدعوى ومباشرة الرقابة على دستورية القوانين وهي وسيلة الدفع^(٣٩) , وهذا يعني أن قانون المحكمة الدستورية العليا قد وسع من نطاق مساهمة المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي في الرقابة على دستورية القوانين^(٤٠) .

وقد ثار خلاف في الفقه حول المقصود بجدية الدفع أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي الذي أشارت إليه المادة / ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا , فذهب البعض أن المقصود بجدية الدفع هو استبعاد الدفوع الكيدية التي يكون القصد من ورائها إطالة أمد النزاع أو تلك التي لا تساعد على الفصل في الدعوى , في حين يرى البعض الآخر أنه يعني تقرير مدى

لزوم النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته للفصل في الحقوق المدعى بها أو وجود ثمة شكوى حول مسألة الدستورية ، في حين أن هناك رأي ثالث يجمع بين كل هذه التفسيرات وهو ما نؤيده لأن عبارة (تقدير جدية الدفع) صيغت بصفة عامة مطلقة تحمل كل التفسيرات وقيل بأن (المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد بدليل) ، ومع ذلك يبقى لهذه الهيئات والمحاكم دور بتحديد مدى التعارض بين نصوص الدستور ونص التشريع المطعون فيه وذلك يقرر اختصاصاً ضرورياً ولازماً قبل أن تتصل الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا^(٤١) .

ولما كان لفظ قانون الذي ورد في المادة /٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا قد ورد مطلقاً فإنه ينصرف إلى كل من القانون الأساسي والعادي ، وبذلك فإن وسيلتي الدفع والإحالة كوسيلتين من وسائل تحريك الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا ، يبقى المحرك الأساسي فيهما المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي حيث لا تخلو من قدر من الرقابة التي تفرضها هذه المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي على دستورية القوانين الأساسية إذا ما وقع الدفع أمامها ، أو تراءى لإحدى المحاكم عدم دستورية نص في قانون أساسي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها وهو ما يؤكد الواقع العملي لكلتا الوسيلتين . وسوف نتناول كلتا الوسيلتين :-

١ - وسيلة الإحالة بوصفها وسيلة من وسائل اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى

قامت محكمة القضاء الإداري بطنطا في ٢٧ يوليو ١٩٩٩ بوقف الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا ، للفصل في دستورية المادة /٢ من القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية - وهو قانون أساسي طبقاً لقضاء المحكمة الدستورية - عندما تراءى لها مخالفة نص هذه المادة مع المادتين (٦٨ ، ١٧٢) من الدستور ، وهو ما حرصت المحكمة الدستورية العليا على الإشارة إليه وبيانه^(٤٢) ، حيث أن الوقائع - على ما يتبين من حكم الإحالة وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعين كانوا قد أقاموا الدعوى رقم ٤٤٦٨ لسنة ٦ قضائية أمام محكمة القضاء الإداري بطنطا ، بطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء قرار مديرية الشؤون الاجتماعية بطنطا واستبعادهم من الترشيح لعضوية مجلس إدارة الجمعية الشرعية بقرية أبو مشهور مركز " بئر السبع " ، وما يترتب على ذلك من آثار تأسيساً على أن اعتراض جهة الأمن الذي قام عليه قرار الاستبعاد قد خلا من وقائع محددة بعينه منسوب إليهم ارتكابها ، مما يفقد القرار المطعون فيه سببه الصحيح ويجعله مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ، فقررت تلك المحكمة بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٧ - ٧ - ١٩٩٩ وقف الدعوى وإحالتها للمحكمة الدستورية العليا للفصل في

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

دستورية نص المادة الثانية من القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية ، وذلك لما تراءى لها من أن نص هذه المادة إذ اختص المحكمة الابتدائية بنظر المنازعات الناشئة عن هذا القانون بين الجهة الإدارية والجمعيات والمؤسسات الأهلية - مع أنها منازعات إدارية- ، يكون قد استلب الاختصاص المعقود لمجلس الدولة في شأنها باعتباره صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية وقاضيها الطبيعي مما يكون مخالفاً لإحكام المادتين (٦٨ ، ١٧٢) من الدستور^(٤٣) .

٢- وسيلة الدفع : تطبيقاً لهذه الوسيلة تلعب المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي دوراً كبيراً عن طريق تقديرها لجدية الدفع وفي تحديد نطاق هذه الرقابة من جانب المحكمة الدستورية العليا ، وتطبيقاً لذلك قامت محكمة القضاء الإداري بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية الذي أبداه المدعي في الدعوى المنظورة أمامها^(٤٤) ، والذي من نتيجته أن صرحت له برفع الدعوى الدستورية بشأن قانون الانتخابات الرئاسية ، مستبعدة بذلك الدفع الذي قام به بعدم دستورية بعض مواد القانون الأخرى لتحديد ذلك نطاق رقابة المحكمة الدستورية العليا على القانون ، محل الدفع ، وهو ما حرصت المحكمة الدستورية العليا على الإشارة إليه وإثباته في حكمها^(٤٥) ، حيث أن الوقائع - على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل من أن المدعي كان قد أقام على المدعي عليهما الدعوى برقم ٣١٥٨٣ لسنة ٥٩ قضائية أمام الدائرة الأولى بمحكمة القضاء الإداري وبجلسة ٢-٨-٢٠٠٥ دفع المدعي بعدم دستورية المواد ٢، ٨، ١١، ١٣، ٢٤، ٢٥، ٤٣ من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية ، ونص المادة/ ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وإذ تقدر المحكمة جدية الدفع في خصوص قانون الانتخابات الرئاسية دون غيرها من المواد التي أشار إليها وصرحت له برفع الدعوى الدستورية بشأنها فقد أقام دعواه الماثلة ، وإقراراً من المحكمة الدستورية العليا بدور محكمة الموضوع في تحريك الدعوى الدستورية وتحديد نطاقها عن طريق وسيلة الدفع والتزامها بهذا التحديد قررت " يخرج عن نطاق ما صرحت به محكمة الموضوع - في غير محله- وحيث أنه عن طلب الحكم بعدم دستورية الفقرتين (أ ، ب) من المادة / ٢٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قانون المحكمة الدستورية العليا ، فهو غير مقبول ذلك أن مناط ولاية المحكمة بالرقابة على الشرعية الدستورية - على ما جرى فيه قضائها - هو اتصالها بالمسائل المطروحة عليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة / ٢٩ من قانون إنشائها ، وذلك أما بإحالتها مباشرة من محكمة الموضوع إذا ما ارتأت شبهة عدم الدستورية في نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع ،

أو من خلال دفع يبيديه أحد الخصوم وتقدر المحكمة جديته وتأذن لمبيديه خلال أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر برفع دعواه الدستورية في الحدود التي قدرت فيها جدية الدفع ، وتعد هذه الأوضاع من النظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي أراد بها المشرع مصلحة عامة ، وحتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي حددها ولما كان المدعي قد مثل أمام محكمة الموضوع ودفع بعد دستورية المواد سألقة الذكر ، من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية والمادة / ٧٦ من الدستور والمادة / ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا " ، وبعد تقدير المحكمة لجدية الدفع صرحت للمدعي بإقامة الدعوى الدستورية بشأن المواد السابقة المشار إليها دون غيرها من المواد المدفوع بعدم دستورتيتها ، بما مؤداه أن محكمة الموضوع لم تقدر جدية الدفع بعدم الدستورية عن تلك المواد التي لم تصرح بإقامة الدعوى الدستورية بشأنها ومن بينها نص المادة / ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، ومن ثم فإن طلب الحكم بعدم دستورية تلك المواد قد رفع بالطريق المباشر ويتعين على القضاء عدم قبوله^(٤٦) .

ومن خلال إيراد هذين الحكمين يظهر دور المحاكم والذي يشمل جميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها في مجال الرقابة على دستورية القوانين الأساسية ، من حيث تحريك الدعوى الدستورية واتصالها بالمحكمة الدستورية العليا ، وكذلك من حيث تحديد نطاق اختصاص هذه الأخيرة بالدعوى الدستورية ، وذلك عن طريق وسيلتي الدفع والإحالة اللتين نص عليهما قانون المحكمة الدستورية العليا على إحالة من الدستور .

ج- مظاهر رقابة المحكمة الدستورية العليا على القوانين الأساسية

من الثابت بأن الدستور هو المرجع الذي ترجع إليه جميع القواعد القانونية في الدولة ، ولضمان ذلك تقوم المحكمة الدستورية العليا بإيجاد هذا المعيار أي معيار تحديد القوانين الأساسية ، حيث تقوم بفحص القانون الأساسي ومدى توفر هذا المعيار فيه من عدمه ، وأستمر ذلك إلى أن عدل الدستور المصري الملغي لعام ١٩٧١ حيث حدد هذا المعيار تحديداً حصرياً لما يعتبر من القوانين الأساسية . وسوف نتناول هذه المظاهر من حيث رقابة المحكمة على التكيف ورقابتها من الناحية الإجرائية ورقابتها من حيث الموضوع :

١ - رقابة المحكمة الدستورية على القوانين الأساسية من حيث التكييف

لم يضع الدستور المصري الملغي لعام ١٩٧١ قبل تعديله في عام ٢٠٠٧ وكذلك الدستور النافذ لعام ٢٠١٤ معياراً لتحديد القوانين الأساسية ، وبالتالي فالمعيار المعول عليه هو المعيار الذي وضعتة المحكمة الدستورية العليا حيث وضعت شرطين لاعتبار القانون من القوانين الأساسية^(٤٧) ، وبالتالي فعندما تتدخل المحكمة الدستورية العليا في الرقابة تقوم بفحص القانون من حيث مدى توافر هذا المعيار لتكييفه بأنه قانون أساسي ، إضافة إلى ذلك فإن الرقابة استندت أيضاً على قيام القانون الأساسي بتنظيم موضوع أحال إليه الدستور صراحة بشأن تنظيمه ، حيث يجب أن ينص الدستور صراحة في مسألة معينة على أن تنظيمها بقانون أو وفقاً للقانون أو في الحدود التي بينها القانون أو طبقاً للأوضاع التي يقرها القانون ، وهي في ذلك تتبع ذات الترتيب الذي تتبعه عند فحصها لدستورية القوانين العادية ، وذلك بأن تبدأ بفحص توافر الشرط الشكلي فإذا ما تحققت من وجوده تنتقل إلى توافر الشرط الموضوعي^(٤٨) ، أما إذا انتهت إلى عدم وجود الشرط الشكلي فأنها لا تنتقل إلى بحث توافر الشرط الموضوعي ، وهذا ما قرره المحكمة بخصوص قانون الأحوال الشخصية عندما طعن به أمامها بعدم الدستورية لعدم عرضه على مجلس الشورى باعتباره من القوانين المكملة للدستور ، حيث ذهبت " وحيث أنه متى كان ذلك وكان قانون الأحوال الشخصية المطعون فيه لا يتناول موضوعاً نص الدستور على أن يكون تنظيمه بقانون ، فإنه أياً كان وجه الرأي في شأن اتصال النصوص الشرعية التي تضمنها قانون الأحوال الشخصية بقاعدة دستورية بطبيعتها أو انفكاكها عنها ، فإن مراعاة الشكلية التي نصت عليها المادة /١٩٥ من الدستور لا يكون واجباً من زاوية دستورية ، إذ يتعين دوماً لاعتبار نص تشريعي مكملاً للدستور أن يكون قد تناول مسألة يعتبر موضوعها متعلقاً بقاعدة دستورية بطبيعتها ، متى نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون وهو ما يخلق في واقعه النزاع المائل الذي يكون معه النعي على القانون محل الطعن - في هذا الوجه - مفتقراً إلى الدعامة التي يستند عليها فيكون حرياً بالرفض"^(٤٩) .

٢ - رقابة المحكمة الدستورية العليا على القوانين الأساسية من الناحية الإجرائية

دائماً ما يضع الدستور إجراءات معينة لا بد من استيفائها لكي يكون القانون سليماً من الناحية الإجرائية ، وبالتالي فالرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية مهمتها فحص القانون للتأكد من استيفائه لهذه الإجراءات ، ولما كانت القوانين الأساسية في مصر تتميز عن القوانين العادية ببعض الإجراءات التي يتعين مراعاتها لإصدارها ، فإن حدود ممارسة المحكمة الدستورية العليا

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

لرقابتها من الناحية الإجرائية تتسع لتشمل التأكد من توافر هذه الإجراءات , ولما كان الدستور المصري النافذ لعام ٢٠١٤ لم يضع إجراءات معينة لتمييز القوانين الأساسية سوى ما نصت عليه المادة /١٢١ من الدستور التي نصت على " كما تصدر القوانين المكملة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس ... " وبالتالي نجد أن الدستور بعد أن حدد الأغلبية المطلوبة لإقرار القوانين وهي ثلث عدد أعضاء المجلس نجد أنه ميز القوانين الأساسية حيث تطلب لإقرارها ثلثي عدد أعضاء مجلس النواب , ومن ثم فإن المحكمة الدستورية العليا عندما تباشر رقابتها على القانون الأساسي فإن عليها أن تتأكد من استيفائه لجميع متطلبات إقرار القوانين العادية بالإضافة إلى الإجراء الذي نصت عليه المادة / ١٢١ السالفة الذكر .

٣ - رقابة المحكمة الدستورية العليا على القوانين الأساسية من الناحية الموضوعية

يتمثل المظهر الثالث للرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على القوانين الأساسية والتي تعتبر الأساس في ممارسة الرقابة على القوانين الأساسية , في قيامها بفحص القانون لمعرفة مدى مطابقته لنصوص الدستور من الناحية الموضوعية , وذلك تمهيداً للحكم باتفاقه أو مخالفته للدستور من هذه الناحية , وبناءً على ذلك حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المواد (٥ مكرراً , ٦/فقرة ١ , والسابعة عشر /فقرة ١) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب المعدل بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣ لمخالفتها المواد (٨ , ٤٠ , ٦٢) من الدستور المقررة لمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة وحق الترشيح , حيث ذهبت " وحيث أنه لما كان مؤدى المواد السابقة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ المطعون فيهما , وحيث أن المشرع حينما نص على أن يكون انتخاب أعضاء مجلس الشعب عن طريق الانتخابات بالقوائم الحزبية , وما استتبع ذلك من النص على اعتبار صورة قائمة الحزب الذي ينتمي إليه المرشح المثبت بها إدراجها , شرطاً ضمناً لقبول طلب ترشيحه يكون قد قصر حق الترشيح لعضوية مجلس الشعب على المنتمين إلى الأحزاب السياسية المدرجة أسمائهم بقوائم هذه الأحزاب , وحرّم بالتالي غير هؤلاء من ذلك الحق دون مقتضى من طبيعته ومتطلبات مباشرته , ولما كان ذلك وكان حق الترشيح من الحقوق العامة التي كفلها الدستور للمواطنين في المادة / ٦٢ منه ومن ثم فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق على ما سلف ينطوي على إهدار لأصله وإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون ويشكل بالتالي مخالفة للمواد (٨ , ٤٠ , ٦٢) من الدستور^(٥٠) .

ثانياً- أثر قرار المحكمة

لم يحدد المشرع المصري في دستور ١٩٧١ الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي , ولم يبين ما هي حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا , واكتفى بالنص على أن تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوي الدستورية تاركاً ذلك إلى قانون المحكمة .

وبالرجوع إلى الدستور النافذ لعام ٢٠١٤ نجد أن المشرع قد توسع في هذا الشأن أكثر من سابقه , فقد نص على وجوب النشر وإضافة على ذلك حدد أن الأحكام الصادرة من المحكمة ذات حجية مطلقة وهي ملزمة للكافة وجميع السلطات^(٥١) , وتنفيذاً للنص الدستوري نص المشرع في قانون المحكمة على أن " أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن " ^(٥٢) , وكذلك بأن " أحكام المحكمة في الدعاوي الدستورية والأحكام التفسيرية ذات حجية مطلقة وأنه ... يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ^(٥٣) , ولعل في تحديد حجية الأحكام والزاميتها ووجوب نشرها دليل على الأثر المترتب عليها , إذ أن الحكم بعدم دستورية تشريع ما يجعل هذا التشريع معدوم من الوجود وهو بحكم الملغي , ما يلزم المشرع إلى تعديله وفقاً لتوجيهات المحكمة الدستورية وبالتالي يكون المشرع قد حسم الخلاف وأعتبر أن رقابة المحكمة الدستورية العليا هي رقابة إلغاء .

المطلب الثاني

رقابة المحكمة الاتحادية العراقية على القوانين الأساسية

وكما هو الحال بالنسبة لمصر نجد أن المشرع الدستوري العراقي قد اعتنق مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين , وكانت أولى التجارب في ظل أول دستور عراقي في عشرينيات القرن الماضي وذلك هو القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ أو ما يسمى بالدستور الملكي , وقد أخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ^(٥٤) , وأنشأ محكمة لهذا الغرض وهي المحكمة العليا , وفي العهد الجمهوري لم يشر أي دستور إلى الرقابة على دستورية القوانين منذ ١٩٥٨ ولحين دستور ١٩٦٨^(٥٥) حيث أنشأ المشرع الدستوري المحكمة الدستورية العليا وأناط بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين , وبعد الاحتلال الأمريكي للعراق في عام ٢٠٠٣ وما حصل من تغيير في شكل الدولة وفي بنيتها السياسية والدستورية , ولأن قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية نص على

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية
العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

المبادئ الدستورية العامة التي تبنى عليها الأنظمة الدستورية الحديثة مثل مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ سمو الدستور ، ولأجل تحقيق هذه المبادئ كان لا بد من إيجاد جهة عليا مستقلة تشرف على عمل مؤسسات الدولة وتحافظ على وحدتها وتنظم عمل السلطات وتضمن عدم طغيان سلطة على أخرى ، ومن هنا كانت الضرورة لإنشاء المحكمة الاتحادية العليا التي منحت مجموعة اختصاصات منها الرقابة على دستورية القوانين ، وتبنى دستور العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ النص على تشكيل المحكمة الاتحادية وجعل من أول اختصاصاته الرقابة على الدستورية . وسوف نتناول تشكيل المحكمة ووسائل اتصالها بالدعوى ونطاق رقابتها للقوانين الأساسية وأثرها :-

أولاً- تشكيل المحكمة

في الثامن من آذار لعام ٢٠٠٤ صدر قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية ونصت المادة / ٤٤ منه على تشكيل محكمة اتحادية عليا تتولى الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة والتعليمات^(٥٦) ، وتتألف المحكمة بموجب قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية من ثمانية أعضاء يعينهم مجلس الرئاسة بناء على ترشيح مجلس القضاء الأعلى واستناداً إلى ذلك صدر قانون المحكمة الاتحادية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ .

ثانياً - وسيلة اتصال المحكمة بالدعوى

أما عن كيفية اتصال المحكمة بالدعوى بموجب قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية فبموجب المادة / ٤٤ حددت الكيفية التي تعرض بها الدعوى الدستورية أمام المحكمة وفق الآلية الآتية :-

- إذا أقيمت دعوى من ذي مصلحة

- إذا أحالت محكمة أخرى طلباً بذلك بناءً على دعوى معروضة أمامها

- أضاف قانون المحكمة الاتحادية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ حالة أخرى وهي أن تكون الإحالة بناءً على طلب من إحدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينها وبين جهة أخرى^(٥٧) .

وعند صدور الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ فقد أشار للمحكمة الاتحادية العليا في المواد ٩٢ - ٩٤ ، حيث نص على إنشاء محكمة^(٥٨) ،

اختصاصها الأساسي الرقابة على دستورية القوانين إضافة إلى اختصاصات أخرى^(٥٩) ،

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ونصت المادة / ٩٢ على استقلالية المحكمة مالياً وإدارياً^(٦٠) , في حين نصت فقرتها الثانية على تشكيل المحكمة حيث نصت على (تتكون المحكمة من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون^(٦١) , حيث يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب)^(٦٢) , ويلاحظ من النص أن المشرع لم يعطي الأقاليم دوراً في تشكيل المحكمة^(٦٣) , كما ترك تحديد عدد أعضائها وطريقة اختيارهم وعمل المحكمة إلى قانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب , وبذلك ماثل نظيره الألماني والأمريكي بعدم تحديد لعدد أعضاء المحكمة إلا أنه خالف توجهه السابق في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية , أما من له الحق في الطعن أمام المحكمة فقد حدد بموجب البند ثالثاً من المادة / ٩٣ من الدستور فمن له الحق في الطعن هو مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم ممن له الحق في الطعن , وترك تنظيم ذلك إلى القانون الذي يجب أن يصدر لتنظيم طريقة الطعن^(٦٤) , وإذا كان المشرع الدستوري والنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا قد حدد من لهم حق الطعن بالقانون أمام المحكمة فأن الدستور وبموجب المادة / ٩٣ فقرة ثانياً قد منح المحكمة اختصاصاً آخر وهو تفسير الدستور إلا أن الدستور وكذلك قانون المحكمة لم يحدد من له الحق في تقديم طلبات التفسير , ونعتقد بأن المشرع الدستوري ترك ذلك إلى قانون المحكمة الأساسي الذي يجب أن يسن , ولا نعتقد أنه سوف يسن في القريب العاجل بسبب الفوضى السياسية التي يعيشها العراق لذلك فأن من له الحق في تقديم طلبات التفسير سوف يخضع لاجتهاد الفقه الدستوري وقضاء المحكمة الاتحادية من خلال المبادئ العامة لطبيعة عمل القضاء .

ثالثاً- نطاق رقابة المحكمة للقوانين الأساسية وأثر قرار المحكمة

١ - نطاق رقابة المحكمة للقوانين الأساسية

تراقب المحكمة الاتحادية العليا القانون الأساسي من حيث الإجراءات ومن حيث المضمون أما من حيث التكيف فلا توجد رقابة كما هو الحال في مصر , حيث لا يوجد معيار دستوري أو معيار وضعت المحكمة لتحديد القوانين الأساسية .

أ- رقابة المحكمة الاتحادية للقانون الأساسي من حيث الإجراءات

ويقصد به أن يصدر القانون على خلاف الإجراءات التي أوجبها الدستور في كل مرحلة من مراحل سنه^(٦٥)، ومن الملاحظ عملياً أنه نادراً ما نجد مخالفة للمشرع (السلطة التشريعية) من الناحية الإجرائية ، وذلك بسبب الآلية الطويلة والدقيقة التي يمر بها القانون لحين إقراره حيث تشترك السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية في إقرار التشريع ، وهذه المشاركة أساسها مبدأ التعاون والتوازن بين السلطتين الذي يعتبر ركن أساسي من أركان مبدأ الفصل بين السلطات ، لذلك فإن الرقابة على دستورية القوانين الأساسية يمكن أن تثار بسبب العيوب الدستورية الأخرى كالعيوب الموضوعية أو عيب عدم الاختصاص^(٦٦) ، خصوصاً وهناك اتجاه فقهي يذهب إلى عدم إخضاع القانون سواء كان قانون أساسي أو عادي لرقابة الدستورية إلا بعد أن تستكمل مراحل سن هذا التشريع ، فإذا لم تستكمل إجراءات سن التشريع الواجبة دستورياً فيعتبر كالمولود الذي لم يكتمل نموه بعد ، فلا يسمى قانون ولا يمكن إخضاعه للرقابة التي يكون محلها القانون وعليه فلا مجال لإثارة العيب الإجرائي في نطاق الرقابة على دستورية القوانين^(٦٧) ، وقد أخذت المحكمة الاتحادية بهذا الاتجاه ، حيث قررت المحكمة الاتحادية عند النظر في مراجعة تقدم بها أحد المواطنين ضد رئيس الوزراء ورئيس مجلس النواب ، طالباً بإبطال قانون المصادقة على الاتفاقية الأمنية بين العراق والولايات المتحدة الأمريكية جاء فيه " وجد أن المدعي أقام الدعوى ودفع الرسم عنها في ١٢/١ / ٢٠٠٨ ، طالباً فيه بإبطال الاتفاقية الأمنية بين العراق والولايات المتحدة الأمريكية ووجدت المحكمة أن القانون المذكور قد صدر عن مجلس الرئاسة في الجلسة المنعقدة في ٢٤/١٢/٢٠٠٨ وتم نشره في الجريدة الرسمية في ٢٤ / ١٢ / ٢٠٠٨ ويعد نافذاً في ١ / ١ / ٢٠٠٩ ، وتأسيساً على ما تقدم يكون المدعي قد أقام دعواه والاتفاقية لا تزال في دور التشريع وغير معمول بها وغير نافذة ولم تصبح قانوناً على وفق الإجراءات الدستورية وقد يتم تشريعها وتكتسب المرحلة النهائية وقد لا يتم ذلك في هذا الوقت وعليه تكون دعوى المدعي قد أقيمت قبل أوانها"^(٦٨)

ب- رقابة المحكمة الاتحادية العليا على القانون من الناحية الموضوعية

والمقصود هنا هو موضوع القانون أو مضمون نصوصه كلها أو بعضها ، حيث يأتي القانون مخالفاً لمضمون الدستور مخالفة موضوعية حيث يرسم الدستور للمشرع سلطة محددة أو مقيدة ، وأكثر ما يظهر هذا العيب دستورياً في النصوص الدستورية المتعلقة بالحريات والحقوق العامة وهي من

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

القوانين الأساسية وذلك في النصوص التي ترسم للمشرع سلطة محددة حيث لا تترك له مجالاً في الاجتهاد والتقدير , وعلى العكس من ذلك نجد أن بعض الأحيان يعمد المشرع الدستوري إلى ترك تنظيم بعض الحقوق والحريات العامة إلى قانون يكون فيه للمشرع سلطة تقديرية واسعة لتنظيمه واختيار النصوص الأكثر ملائمة لنصوص الدستور , ومن القوانين الأساسية الذي قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته هو قانون الانتخاب رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٦ والذي قضت المحكمة بعدم دستوريته^(٦٩) حيث ورد الطعن على المادة / ١٥ / ثانياً من القانون لمخالفتها للمادة / ٤٩ من الدستور , التي أشارت إلى أن مجلس النواب يتكون من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة ألف من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله , في حين نجد أن المادة / ١٥ من القانون المطعون بدستوريته اعتمدت معيار عدد الناخبين المسجلين في السجلات في كل محافظة , فقضت المحكمة بأن المادة / ١٥ من قانون الانتخابات تتعارض مع المادة / ٤٩ من الدستور , وبالتالي عدم دستورية القانون المذكور وقد أورد بعض الباحثين الطعن بالقرار المذكور على أساس أن عدم الدستورية هو الانحراف التشريعي^(٧٠) , وإيراد عدم دستورية القانون المذكور على أساس الانحراف التشريعي هو محل نظر , حيث أن الانحراف التشريعي يتحقق عندما يأتي القانون مكتمل الأركان عدا ركن الغاية التي يسعى إليها المشرع البرلماني , والتي تكون غير المصلحة العامة أي يتعلق الانحراف بركن الغاية فقط , في حين أن مخالفة القانون المشار إليه للدستور تتعلق بمضمون الدستور وليس بغايته وبالتالي فهو قانون غير دستوري لمخالفته المحل وليس الغاية .

٢ - أثر قرار المحكمة

أن قرارات المحكمة ملزمة وهذا ما نص عليه قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية في المادة / ٤٤ منه , وعلى أثره نص النظام الداخلي للمحكمة على " أن قرارات المحكمة ...باتة لا تقبل أي طرق من طرق الطعن^(٧١) , وبنفس الاتجاه ذهب الدستور النافذ لعام ٢٠٠٥ حيث نصت المادة / ٩٤ منه على " قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة , وعلى هذا الأساس تعد القرارات الصادرة عن هيئة المحكمة الاتحادية العليا قرارات تتمتع بصفة البتات والإلزام المطلق في الوقت ذاته , والبتات المقصود به أن قرارات المحكمة قطعية لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن , إضافة إلى صفة البتات فإن قرارات المحكمة تعتبر ملزمة والمقصود بالإلزام هنا هو أن قرارات المحكمة وأرائها التفسيرية تكون في مواجهة كافة وتطبق على كافة دون تمييز سواء كانوا أشخاصاً أم مؤسسات أهلية أم حكومية , والغاية من هذا الإلزام هو توحيد تطبيق النصوص

الدستورية , بغية صون الدستور والحفاظ على الحقوق المنصوص عليها دستورياً^(٧٢) , ومما يأخذ على الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ أنه خلا من أي نص يحدد الأثر المترتب على القرار الصادر من المحكمة , في حين أن قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية حدد ذلك الأثر بشكل واضح , حيث أورد نصاً صريحاً في أن الجزاء المترتب على الأحكام الصادرة من المحكمة المتضمنة عدم دستورية قانون هو الإلغاء وذلك بموجب المادة / ٤٤ منه , واستناداً إلى ذلك نص قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ على أن الإلغاء هو الجزاء المترتب على الحكم الصادر من المحكمة بالإلغاء , علماً أن قانون المحكمة لم يبلغ ولم يعدل استناداً إلى المادة / ١٣٠ من الدستور , كما أن صفة الإلزام في قرارات المحكمة تؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية النص التشريعي مرة واحدة وبصفة نهائية , بما لا يسمح لأي احتمالات باختلاف الاجتهاد في شأنه أو التناقض بين الآراء حوله , وبالتالي فإن أي فرد لا يملك أن يثير مستقبلاً نزاعاً أو شكاً حول نص قضى بعدم دستوريته , كما أن المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها ملتزمة بالامتناع عن تطبيق النص الذي قضى بعدم دستوريته , بمعنى أنه إذا ما دفع أمام المحكمة بعدم الدستورية لنص معين وأخذ الدفع مساره حتى قضى بعدم الدستورية فإن الحكم بعدم دستورية النص ملزم للمحاكم كافة^(٧٣) .

ومن خلال الإطلاع على الأساس القانوني لعمل المحكمة من خلال الدستور النافذ لعام ٢٠٠٥ وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والنظام الداخلي للمحكمة والتي استبشر بها رجال القانون لسد النقص الذي صاحب الدساتير العراقية خلال العهد الجمهوري , الذي اقتصر على تجربة فقيرة بموجب دستور ١٩٦٨ هي تجربة المحكمة الدستورية العليا , ومن مزايا هذه التجربة بموجب المحكمة الاتحادية العليا منح الأفراد الحق في الطعن في القوانين فتلافى المشرع النقص الذي رافق التجارب السابقة في الرقابة الدستورية وذلك حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم من اعتداءات السلطات عليها , ونظراً للدور الكبير الذي تقوم به المحكمة الاتحادية العليا فيما يتعلق بالسير المنتظم لسلطات الدولة من خلال التصدي للمنازعات التي تحصل بينها سواء على الصعيد الاتحادي أو المحلي , كذلك حماية حقوق وحرريات الأفراد من تغول السلطات عليها , ونظراً لحدثة التجربة العراقية مع القضاء الدستوري فإن ذلك يتطلب تنظيم تشكيل المحكمة واختصاصاتها وآثار قراراتها بما يمنحها الحيادية بعيداً عن التأثير الذي يمكن أن يمارس عليها ويمكنها من تأدية واجبها على الوجه الأكمل ولنا على الرقابة الدستورية في ظل المحكمة الاتحادية العليا الملاحظات الآتية فكان يفترض بالمحكمة الاتحادية أن تميز القوانين الأساسية بعد سكوت الدستور عن ذلك وأن تضع معياراً لتمييز هذه القوانين نظراً للدور الكبير الذي تلعبه في بناء سلطات الدولة وحماية الحقوق

والحريات كما يفترض تحديد شروط العضوية بموجب الدستور وعدم ترك ذلك للقانون نظراً لأهمية دور القاضي الدستوري^(٧٤) , كما يجب مراعاة طبيعة الجهة المختصة بممارسة الرقابة على الدستورية من حيث كونها محكمة وليست مجلس^(٧٥) ومن ثم فإن إضافة خبراء في الفقه الإسلامي ضمن تشكيل المحكمة يتعارض مع طبيعتها ومع اختصاصاتها القانونية البحتة فيجب أن يكون جميع أعضائها من القضاة^(٧٦) , كما يجب ضرورة تحديد النطاق الزمني لسريان الإلغاء وأن يحدد من قبل المشرع الدستوري دون ترك ذلك للمشرع العادي , ونؤيد البعض من الباحثين الذي يذهب إلى عد القانون ملغياً من تاريخ صدور قرار المحكمة^(٧٧) , وذلك حماية للحقوق المكتسبة مع وجوب النص على إلزام البرلمان بإصدار تشريع يعالج الآثار التي نشأت نتيجة تطبيق القانون الملغي , كما أهمل المشرع الدستوري سواء في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية أو في الدستور النافذ أو في قانون المحكمة النص على وجوب نشر قرارات المحكمة الاتحادية وتاريخ نفاذها^(٧٨) , في حين نجد أن الدستور المصري لعام ٢٠١٤ نص في المادة / ١٩٥ منه على وجوب نشر قرارات المحكمة الدستورية العليا , وتظهر أهمية النشر حيث تؤدي إلى امتناع الجهات المعنية عن تطبيق القانون المقضي بعدم دستوريته , كذلك احتجاج الأشخاص بالحكم المنشور للدفع بعدم تطبيقه , ونقترح أن يكون النفاذ من اليوم التالي لتاريخ النشر في الجريدة الرسمية , وبالتالي كان لزاماً على المشرع أن ينص على وجوب النشر بالنسبة للأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا عند قضائها بعدم الدستورية , ذلك أن النشر هو الطريقة الوحيدة التي يمكن بواسطتها افتراض قرينة العلم للكافة ولجميع السلطات في الدولة بمضمون الحكم على نحو يكفل استقرار المعاملات والأحكام الصادرة كما يجب تحديد المدة التي يجب أن ترفع فيها الدعوى الدستورية , حيث لم تنص المادة / ٤ من النظام الداخلي للمحكمة على تلك المدة^(٧٩) , وهو خلل ينبغي تلافيه عند تعديل النظام الداخلي^(٨٠) .

الخاتمة

توصلنا من خلال البحث إلى مجموعة نتائج نقرنها بتوصيات وكما يلي :-

أولاً- النتائج

١- يميل الباحث إلى تأييد بعض الباحثين المصريين الذي يعتبر أن الرقابة السابقة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا على قانون الانتخابات الرئاسية , لا يمنع من ممارسة الرقابة اللاحقة إذا ما تحققت إحدى وسائل اتصالها بالدعوى .

٢- لم يؤيد الباحث التسمية التي أطلقها بعض الفقه المصري على المرحلة السابقة على ظهور القضاء المتخصص , تسمية مرحلة لا مركزية الرقابة حيث أن لامركزية الرقابة تتطلب نص الدستور على حق القضاء في ممارسة في ممارسة الرقابة دون تحديد الجهة التي لها الحق في ممارسة هذا الاختصاص , في حين أن الدساتير المصرية في تلك الفترة لم تنص على حق ممارسة الرقابة قبل ظهور القضاء المتخصص .

٣- يؤيد الباحث ما يراه البعض من الباحثين المصريين في أن فرض المشرع الفرنسي الرقابة الوجوبية على القوانين الأساسية , في حين جعلها جوازية بالنسبة للقوانين العادية لكي يحفظ للقانون الأساسي هيئته .

٤- يؤيد الباحث رأي البعض من الباحثين العراقيين في ضرورة فصل المحكمة الاتحادية العليا العراقية عن السلطة القضائية , وعدم ارتباطها بها إدارياً أو مالياً تنفيذاً لنص المادة / ٩٢ من الدستور العراقي التي تنص على استقلال المحكمة إدارياً ومالياً .

المقترحات

- ١- يدعو الباحث المشرع العراقي إلى ضرورة تمييز القوانين الأساسية بإجراءات رقابة دستورية خاصة وضرورة تمييزها عن القوانين العادية .
- ٢- يدعو الباحث إلى ضرورة تشكيل المحكمة الاتحادية العليا العراقية من القضاة مراعاة لطبيعتها القضائية , على أن يكون خبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون بصفة مستشارين خارج تشكيل المحكمة .
- ٣- يدعو الباحث إلى تحديد النطاق الزمني لسريان الإلغاء بالنسبة للقانون المقضي بعدم دستوريته أمام المحكمة الاتحادية العليا , وأن يحدد من قبل المشرع الدستوري واقتراحنا أن يعتبر القانون ملغياً من تاريخ صدور قرار المحكمة , وذلك حماية للحقوق المكتسبة مع إلزام البرلمان بإصدار تشريع يعالج الآثار التي نشأت نتيجة تطبيق القانون الملغي .
- ٤- يدعو الباحث إلى ضرورة إلزام المحكمة بنشر قراراتها , حيث أهمل ذلك سواء في قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية أو في قانون المحكمة وكذلك في الدستور النافذ , وتأتي أهمية النشر حيث يلزم الجهات المعنية بعدم تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته وكذلك احتجاج الأشخاص بالحكم المنشور للدفع بعدم تطبيقه .
- ٥- يدعو الباحث إلى ضرورة تحديد المدة التي يجب أن ترفع خلالها الدعوى الدستورية , حيث لم تنص المادة / ٤ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على تلك المدة وهو خلل ينبغي تلافيه عند تعديل النظام الداخلي .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

الهوامش

(1) قبل إسناد الرقابة إلى هيئة قضائية كان البعض من الدول قد منحت هذا الاختصاص للسلطة التشريعية نفسها , أو إلى المكتب الإداري التابع للسلطة التشريعية . للمزيد يراجع د. رمزي طه الشاعر , النظرية العامة في القانون الدستوري , دار النهضة العربية , ٢٠٠٥ , ص ٦٧٦ وما بعدها .

(2) يذهب الدكتور السيد صبري إلى رأي مخالف في ذلك حيث يعتبر أن اجتهاد المحكمة الاتحادية العليا في اعتمادها مبدأ الرقابة على دستورية القوانين , أساسه هو المادة الثانية من الدستور الأمريكي التي تنص على " أن السلطة القضائية الاتحادية تشمل كل خصومة يمكن أن تنشأ عن تطبيق هذا الدستور أو قوانين الولايات المتحدة " وزيادة على ذلك نصت المادة السادسة من الدستور على " أن قانون البلاد الأعلى يتألف من دستور الولايات المتحدة وقوانينها التي تسن وفقاً لهذا الدستور " لذلك إذا ناقضت القوانين التي يسنها البرلمان أو تسنها برلمانات الولايات نص الدستور - وهو القانون الأعلى للبلاد - يكون من واجب القضاء إتباع القواعد الدستورية التي لها قوة الإلزام عليها , وإلا أصبحت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية مطلقتي السيادة رغم الحدود التي وضعها الدستور , ولهذا أسنقر الرأي في أمريكا على حق السلطة القضائية عموماً في تقرير دستورية القوانين التي تعرض عليها " . نقلاً عن محمد عبد الرحيم حاتم , الاتجاهات الحديثة للقضاء الدستوري في الوطن العربي , أطروحة دكتوراه , الجامعة الإسلامية , لبنان , ٢٠١٦ , ص ٤٤ .

(3) من ذلك حكم محكمة ولاية نيوجرسي ١٧٨٠ حيث قضت ببطلان قانون صادر بتشكيل هيئة محلفين من ستة أعضاء بدلاً من اثني عشر عضواً كما استقر العرف على ذلك , والحكم الصادر من محكمة رود إيلاند سنة ١٧٨٦ حيث قضت بعدم دستورية قانون صادر بجعل عملة الولاية نقود ورقية بدلاً من معدنية مخالفاً بذلك قانون الولاية , وكذلك الحكم الصادر من ولاية كارولينا الشمالية والذي قضى بعدم دستورية قانون صادر بالاعتراف بملكية العقارات المشتراة من بين ما صودر من أموال من خصوم الثورة . نقلاً عن د. رمزي الشاعر , المصدر السابق , ص ٦٨٤ .

(4) د. مصطفى عفيفي , رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية , دراسة تحليلية لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة , منشورات جامعة عين شمس , بلا سنة , ص ١٠٥ .

(5) د. احمد كمال أبو المجد , الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٦٠ , ص ١٨٥ .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- (6) عادل عمر شريف , قضاء الدستورية , القضاء الدستوري في مصر , أطروحة دكتوراه , جامعة عين شمس , ١٩٨٨ , ص ٧٧ .
- (7) د. حيدر محمد حسن الوزان , حماية حرية الرأي في مواجهة التشريع , دار النهضة العربية , ٢٠١٧ , ص ٣٢٦ .
- (8) د. حسام مرسي , القانون الدستوري , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠١٣ , ص ١٦٤ .
- (9) د. عبد خازن أحمد , القانون الدولي الدستوري , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١١ , ص ١٤٨ .
- (10) محمد عبد الرحيم حاتم , المحكمة الاتحادية العليا في الدستور العراقي , منشورات زين الحقوقية , ٢٠١٦ , ص ٦٧ .
- (11) د. عزيزة الشريف , دراسة في الرقابة على دستورية التشريع , الكويت , ١٩٩٥ , ص ١٢٣ .
- (12) د. عزيزة الشريف , دراسة في الرقابة على دستورية التشريع , مصدر سابق , ص ٨٢ .
- (13) د. أمين عاطف صليبا , دراسة الدساتير والسيادة الوطنية في ظل المعاهدات والقرارات الدولية , المؤسسة الحديثة للكتاب , ٢٠١٤ , ص ٣٩ .
- (14) ينظر د. محمد رفعت عبد الوهاب , رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان , الدار الجامعية , بيروت , ٢٠٠٠ , ص ٢٦١ .
- (15) د. أحمد كمال أبو المجد , دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الأول , السنة الأولى , القاهرة , كانون الثاني , يناير , ٢٠٠٣ , ص ٧ .
- (16) للمزيد من الإطلاع على هذه الصور يراجع :-
- د. إحسان المفرجي و د. كطران زغير نعمة و د. رعد ناجي الجدة , النظرية العامة في القانون الدستوري , جامعة بغداد , ١٩٩٠ , ص ١٧٦ وما بعدها .
- د. رمزي الشاعر , القضاء الدستوري في مملكة البحرين - دراسة مقارنة , بلا دار نشر , ٢٠٠٣ , ص ١٣٥ وما بعدها .

(17) يستند أصحاب الاتجاه المعارض إلى المادة /١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية والمادة /١٨ من قانون نظام القضاء لعام ١٩٤٩ ، حيث تضمنت منع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو وقف تنفيذها ومن ثم يمتد الحظر من باب أولى إلى القوانين التي يجب أن يمتنع القضاء من مراقبة دستورتها ، كذلك يستند أصحاب الاتجاه المعارض إلى مبدأ الفصل بين السلطات لرفض مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ، في حين يستند أصحاب الاتجاه المؤيد لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين إلى عدم وجود نص يمنع المحاكم من التصدي لبحث الدستورية ومن ثم فالأصل أن تتولى المحاكم ذلك لأنه من صميم وظيفتها . من أصحاب الاتجاه المعارض د. وحيد إبراهيم ود. وايت إبراهيم ، القانون الدستوري ، ١٩٣٧ ، ص ١٤ وما بعدها . ومن أصحاب الاتجاه الثاني د. السيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري ، ص ٦٤٨ وما بعدها. ود. عبد الحميد متولي ، الوسيط في القانون الدستوري ، ص ٥٧٨ . ود. محمد كامل مرسي ود. السيد مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ١٩٣٤ ، ص ١٠٩ . للمزيد ينظر د. محسن العبودي ، المبادئ الدستورية العامة وتطور الأنظمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٠٤ . وينظر أيضاً إبراهيم محمد حسين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، أطروحة دكتوراه ، جامعة طنطا ، ١٩٩٠ ، ص ٢٣ .

(18) يذهب البعض من الباحثين إلى تسمية المرحلة السابقة على ظهور القضاء المتخصص بمرحلة (لا مركزية الرقابة) ، ونحن لا نميل إلى هذه التسمية لأن لا مركزية الرقابة تتطلب نص الدستور والقوانين على حق القضاء في الرقابة ، ودون تحديد جهة قضائية لممارسة هذا الحق ، في حين أن الدساتير المصرية منذ عام ١٩٢٣ وحتى عام ١٩٥٦ لم تتضمن الحق في الرقابة ، وإنما مورست الرقابة في بعض الحالات باجتهاد قضائي . من الباحثين الذين أطلقوا تسمية لا مركزية الرقابة د. حمدان حسن فهمي ، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٧١ . وكذلك سعد ممدوح نايف ، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، بلا دار نشر ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٣ .

(19) يذهب الدكتور يحيى الجمل إلى أنه لا يشترط أن يحكم القضاء بعدم الدستورية ليثبت حقه في الرقابة وإنما الحق يقوم إذا تصدى القضاء فعلاً لبحث الدستورية ، سواء انتهى إلى الإقرار بالدستورية أو عدم الدستورية . د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٩٩ .

(20) وذلك في الحكم الصادر في القضية رقم ٦٥ في ١٠-٢-١٩٤٨ . للإطلاع على حيثيات الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري ينظر د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٥٣ وما بعدها .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- (21) ذكر المبدأ أيضاً في بيان ٣٠ آذار ١٩٦٨ الذي ألقاه الرئيس جمال عبد الناصر .
- (22) بعد صدور القانون المذكور بحوالي عام صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ في ٢٥ آب عام ١٩٧٠ وهو قانون الإجراءات أمام المحكمة .
- (23) وقد عهد الدستور إلى القانون العادي بتشكيل المحكمة ويعلل البعض إناطة المشرع الدستوري ذلك إلى القانون العادي , كونه أكثر مرونة في الاستجابة للمتغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تفرض إرادتها في تغيير عدد الأعضاء وإجراءات العضوية وشروطها , ويضيف أن المشرع لم يجعل ذلك من اختصاص القانون العضوي كون القانون العضوي يستلزم آلية معينة لتشريعته وبالتالي قد تواجه مشاكل أو صعوبات عند الحاجة إلى التعديل بعدد الأعضاء أو آلية العضوية أو شروطها . ينظر د. مصطفى محمود عفيفي , رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية , مصدر سابق , ص ٢٤٢ .
- (24) استناداً إلى المادة / ٣ من قانون المحكمة فإن القرار لا يمكن أن يصدر من أقل من سبعة أعضاء ونرى أن عدم تحديد أعضاء المحكمة بنص دستوري يمكن أن يسمح للسلطة السياسية بتعيين أعضاء جدد بالمحكمة كلما رأت أن ذلك في مصلحتها مما قد يؤثر في استقلال المحكمة .
- (25) تنقسم تلك الشروط إلى شروط عامة وخاصة الشروط العامة هي تلك الشروط اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ , وهي الواردة في المادة / ٣٨ منه في بنود خمسة أساسية على الترتيب -التمتع بجنسية جمهورية مصر العربية - كامل الأهلية - بلوغ السن المطلوب كحد أدنى للتعيين في المحاكم الابتدائية والاستئناف والنقض , ولقد طرحت المادة / الرابعة / فقرة أولى من قانون المحكمة هذا الشرط جانباً بتقريرها وجوب إلا نقل سن عضوية المحكمة الدستورية عن ٤٥ سنة أي أعلى من السن المفترض لقضاة النقض بسنتين , والحصول على إجازة الحقوق أو ما يعادلها بشرط اجتياز امتحان المعادلة , والتمتع بالأهلية الجنائية أو التأديبية , وعدم الحكم عليه جنائياً أو تأديبياً لأمر مغل بالشرف ما لم يكن قد رد إليه اعتباره , وأن يكون محمود السيرة حسن السمعة . أما القسم الآخر من الشروط الخاصة فقد وزعتها الفقرة الثانية من المادة / الرابعة من الفصل الأول من الباب الأول التي سبق ذكرها .
- (26) ولا يعني ذلك قصر الرقابة على دستورية القوانين سواء كانت أساسية أو عادية على المحكمة الدستورية العليا , حيث لم يفقد القضاء العادي في ذلك كل سلطاته في هذا الصدد حيث لا يزال للقاضي الحق الأصيل في تقدير مدى جدية الدفع أمامه بعدم الدستورية لوقف الفصل في الدعوى التي أثير الدفع بصدها ومنح الشخص الدافع بعدم

الدستورية مهلة ثلاثة أشهر لرفع دعواه بذلك أمام المحكمة الدستورية . د. حيدر محمد حسن الوزان , حماية حرية الرأي في مواجهة التشريع , مصدر سابق , ص ٣٤٢ .

(27) ويرى الدكتور رمزي الشاعر أن قانون المحكمة كان يجب أن يتضمن اختصاصات أخرى إضافة إلى تلك الاختصاصات , تتمثل في كيفية محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء ونواب الوزراء والفصل في صحة عضوية مجلسي البرلمان , واستشارتها في استخدام المادة/ ٧٤ من الدستور وهذا ما يجعل لها دوراً خاصاً في النظام الدستوري إذ تهدف إلى حماية الدستور ومبادئه , وإذا كانت المحكمة الدستورية هي التي تختص بالرقابة على دستورية القانون المخالف للدستور فكان يجب أن يقرر لها الاختصاص بالتعويض عن الأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية , سواء في ذلك الأعمال البرلمانية أو الأعمال التشريعية وفي هذا ما يدحض الحجة التي يستند إليها البعض لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال التشريعية إذ تصبح المحكمة الدستورية هي المختصة بهذا التعويض . د. رمزي طه الشاعر , رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد في الدولة الحديثة , بحث منشور , مجلة المحاماة , العددان الثامن والتاسع , السنة ٥١ , أكتوبر ونوفمبر ١٩٧٩ , ص ٥٦-٥٧ .

(28) لم يحدد الدستور المصري لعام ٢٠١٤ وسيلة معينة لتحريك الدعوى كما هو منهج دستور ١٩٧١ الملغي , وقانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أستبعد طريق الطعن المباشر أو الدعوى الأصلية وحصر وسائل اتصال المحكمة بالدعوى بثلاث وسائل هي الدفع الفرعي والإحالة والتصدي .

(29) يرى البعض من الباحثين أن السبب في منح محكمة الموضوع هذه السلطة هو حماية الشرعية الدستورية عن طريق المحاكم والجهات ذات الاختصاص القضائي , إذا ما تخاذل الأفراد عن الدفع بعدم الدستورية خوفاً من طول الإجراءات أو مشقة وعناء رفع الدعوى الدستورية , بالإضافة إلى رفع الحرج عن المحاكم حتى لا يجبر القاضي على الحكم وفقاً لنصوص غير دستورية , وخصوصاً أنه لا يستطيع الامتناع عن تطبيقها لعدم دستورتها بعد الأخذ بنظام مركزية الرقابة على دستورية القوانين التي تتولاها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها . د. عاطف سالم عبد الرحمن , دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي - الاقتصادي الاجتماعي , دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة , ط ١ , بلا ناشر , ٢٠١٠ , ص ٢٢٧ .

(30) ينتقد البعض من لباحثين حصر الاختصاص بعرض القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على الرئيس وحده ويتساءل ما الحل إذا أهمل الرئيس عرض القانون , ويرى بأنه كان من الممكن أن يمنح هذا الحق لرئيس الحكومة وفي حالة تقاعسه فأن المسؤولية الوزارية أمام البرلمان كفيلة على حمل رئيس الحكومة على الإحالة . للمزيد ينظر

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

د. رفعت عيد سيد , الجوانب السياسية والقانونية لتعديل المادة / ٧٦ من الدستور , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٥ , ص١٤٦ .

(31) د. احمد فتحي سرور , الرقابة القضائية على دستورية القوانين لاحقة أم سابقة , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الثامن , أكتوبر ٢٠٠٥ , ص١٢ .

(32) د. محمد محمد عبد اللطيف , رقابة الدستورية السابقة والدستور المصري , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الرابع , ١٩ يونيو , ٢٠٠٥ , ص١٠ .

(33) ينظر د. عاطف البنا , الرقابة القضائية السابقة على دستورية القوانين هل تفق مع نظامنا الدستوري والقانوني والقضائي , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الثامن , السنة الثالثة , أكتوبر , ٢٠٠٥ , ص١٣ .

(34) أن السلطة التقديرية للمشرع تعني تعدد الخيارات المتاحة تحت أمره صاحب التصرف وإمكانية أن يختار منها القرار الذي يرتضيه . د. عبير حسين , دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٩ , ص١١٠ .

(35) من أصحاب هذا الاتجاه :-

- د. احمد فتحي سرور , الرقابة القضائية على دستورية القوانين لاحقة أم سابقة , مصدر سابق , ص١٢ .

- د. عاطف البنا , الرقابة القضائية السابقة , مصدر سابق , ص١٥ .

- د. محمد رفعت عبد الوهاب , مدخل إلى الإصلاح الدستوري , ملاحظات على تعديل المادة / ٧٦ من الدستور , الرقابة السابقة على قانون الانتخابات الرئاسية , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الثامن , السنة الثالثة , أكتوبر ٢٠٠٥ , ص٢٢-٢٣ .

- د. رفعت عيد سيد , الجوانب السياسية والقانونية لتعديل المادة / ٧٦ من الدستور , مصدر سابق , ص١٥٨ .

(36) من أصحاب الاتجاه الثاني :-

- د. فتحي فكري , الرقابة السابقة سياسية متصلة - تساؤلات مثارة - إشكالية محتملة , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الثامن , السنة الثالثة , أكتوبر , ٢٠٠٥ , ص٤٠ .

- د. دعاء الصاوي , القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات , دار النهضة العربية , ٢٠٠٧ , ص٦٠٩ .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

(37) الرأي للدكتورة دعاء الصاوي , القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات , مصدر سابق , ص ٦١١ . وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا إمكانية مباشرتها للرقابة اللاحقة على قانون الانتخابات الرئاسية , رغم مباشرتها الرقابة السابقة عليه وذلك بموجب قرارها الصادر في ١٥ يناير ٢٠٠٦ . لمراجعة تفاصيل القرار وموقف المحكمة الدستورية العليا ينظر د. رفعت عيد سيد , الجوانب السياسية والقانونية لتعديل المادة /٧٦ من الدستور , مصدر سابق , ص ١٥١ .

(38) د. محمد حسنين عبد العال , القانون الدستوري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٢ , ص ١٥٩ .

(39) تنص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ على " تختص المحكمة العليا دون غيرها في الفصل في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم الدستورية أمام إحدى المحاكم " .

(40) د. عبد العزيز سالم , دور محكمة الموضوع في رقابة الدستورية , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الثامن , السنة الثالثة , أكتوبر , ٢٠٠٥ , ص ٤٩ .

(41) للمزيد في أوجه الخلاف ينظر :-

- د. عبد العزيز سالم , دور محكمة الموضوع في رقابة الدستورية , مصدر سابق , ص ١٣ وما بعدها .

- د. أحمد فتحي سرور , حدود ولاية القضاء العادي في مسألة الدستورية , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد السادس , أكتوبر , السنة ٢٢ , ٢٠٠٤ , ص ٥ .

- أسامة أنور العربي , دستور جمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة للدستور , دار العربي , ٢٠١٥ , ص ٢٧٧ .

(42) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٣ يونيو لسنة ٢٠٠٠ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية دستورية .

(43) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٥٣ , ٢١ ق.د بتاريخ ٣ يونيو ٢٠٠٠ . نقلاً عن د. دعاء الصاوي , القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات , مصدر سابق , ص ٦٢٦ .

(44) الدعوى برقم ٣١٥٨٣ لسنة ٥٩ قضائية دستورية .

(45) الحكم الصادر في ١٥ يناير ٢٠٠٦ في القضية رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ قضائية دستورية .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

(46) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ ق. د بتاريخ ١٥ يناير ٢٠٠٦ . نقلًا عن د. دعاء الصاوي , المصدر السابق , ص ٦٢٩ .

(47) تم ذكر الشرطين في في موضع سابق من البحث عند التطرق إلى التعريف القضائي للقوانين الأساسية .

(48) د. دعاء الصاوي , مصدر سابق , ص ٦٣٧ .

(49) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة الثامنة , ق. د الصادر في ١٥ مايو ١٩٩٣ . نقلًا عن د. عمرو فؤاد بركات , القوانين الأساسية المكملة للدستور , مصدر سابق , ص ٨٨ .

(50) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية , رقم ١٣١ لسنة ٦ ق. د بتاريخ ١٦ مايو ١٩٨٧ . نقلًا عن د. دعاء الصاوي , مصدر سابق , ص ٦٤٩ .

(51) تنظر المادة / ١٩٥ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ .

(52) ينظر نص المادة / ٤٨ من قانون المحكمة .

(53) ينظر نص المادة / ٤٩ من قانون المحكمة .

(54) د. حنان محمد القيسي , الوجيز في نظرية الدستور , نشر وتوزيع مكتبة صباح , بغداد , الكرادة , ٢٠٠٨ , ص ١٩٣ .

(55) يكاد يجمع الفقه العراقي على أن عدم وجود تنظيم للرقابة على دستورية القوانين لا يعني عدم وجودها , بل تخضع في ذلك للقواعد العامة التي تجيز الدفع بعدم الدستورية في حالة سكوت الدستور عنها , لأن ذلك من صميم واجبات القضاء مما لا يحتاج إلى نص خاص عليها , وقد مورست هذه الرقابة في العراق عندما امتنعت إحدى المحاكم عن تطبيق نص أحد قوانين الإصلاح الزراعي لمخالفته الدستور . نقلًا عن د. حنان محمد القيسي , المصدر السابق , ص ١٩٦ .

يرى البعض من الفقه العراقي أن النص على تشكيل المحكمة ومنحها اختصاص الرقابة على دستورية القوانين كان طبيعياً , فالقانون الذي يصدر من مجلس النواب يجب أن يدور في فلك الدستور وأن يستوفي الإجراءات الشكلية التي وردت في الدستور , أما من الناحية الموضوعية فلا يجوز أن يرد في القانون أي نص يتعارض أو يتناقض مع المبادئ العامة الواردة في وثيقة الدستور . د. رافع خضير شبر , ضمانات تطبيق وحماية القواعد الدستورية , بحث منشور , مجلة الفيحاء , بابل , العدد ٨٤ , ٢٥ - ١٠ - ٢٠٠٥ , ص ٣ .

(57) يذهب البعض من الباحثين العراقيين وهو ما نؤيده أن الإضافة المشار إليها في قانون المحكمة هي مخالفة لنص المادة / ٤٤ من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية ، التي حددت اختصاصات المحكمة على سبيل الحصر ولم تخول المشرع العادي الحق في إضافة اختصاص للمحكمة . د. حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مكتبة السهوي ، بغداد ، ٢٠١٢ . ص ١٨٥ .

(58) كان هناك اتجاه في لجنة كتابة الدستور مثله بعض أعضاء القائمة الكردستانية ، ومنهم السيد سعدي البرزنجي والسيد فريدون عبد القادر والسيد محمود عثمان يذهب إلى جعلها مجلس دستوري وفق النموذج الفرنسي وليست محكمة . ينظر محاضر إعداد الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ، إعداد قسم الوثائق في الدائرة البرلمانية ، محضر الجلسة ٢٨ بتاريخ ٣٠ / ٧ / ٢٠٠٥ ، ص ٢٤٢ .

(59) اختصاصات المحكمة الأخرى بموجب المادة / ٩٣ من الدستور النافذ هي :- تفسير نصوص الدستور ، الفصل في القضايا التي تنشأ نتيجة تطبيق القوانين الاتحادية ، الفصل في المنازعات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم ، الفصل في المنازعات بين حكومات الأقاليم والمحافظات ، الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء ، وأخيراً الفصل في تنازع الاختصاص القضائي سواء بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية الأخرى أو بين الهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات ، وثمة اختصاصات أخرى وردت في بعض النصوص الدستورية ، منها المادة / ٥٢ من الدستور والمادة / ٢٠ من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ .

(60) يرى البعض من الباحثين العراقيين أن المشرع اعتبر المحكمة من ضمن تشكيلات السلطة القضائية وجعلها خاضعة لهذه السلطة دون السلطات الأخرى عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات ، كذلك فإن ميزانية هذه المحكمة تكون من ضمن ميزانية السلطة القضائية ، وعليه فإنها لا تتمتع باستقلال مالي وإداري . فارس رشيد الجبوري ، كيف تمارس الرقابة على السلطة القضائية ، بحث منشور ، مجلة القانون المقارن ، العدد ٥٤ ، جمعية القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٣ .

(61) يتساءل البعض من الباحثين العراقيين بحق عن دور الخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون في تشكيل المحكمة ، وهل يقتصر دورهم على تقديم الخبرة والاستشارة أم أن هذه العضوية مساوية لقرارات وآراء القضاة من حيث الإلزام ، وبعد أن يورد هؤلاء الباحثين تعريفاً للفقيه القانوني والخبير الإسلامي يرون وهو ما نؤيده أن يقصر تشكيل المحكمة على القضاة مراعاة لطبيعتها القضائية . للمزيد من الإطلاع ينظر محمد عبد الرحيم حاتم ، المحكمة الاتحادية العليا في الدستور العراقي ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٦ ، ص ٣٨ .

- (62) يؤخذ على النص الدستوري أنه تضمن آلية جديدة لتشكيل المحكمة بموجب المادة / ٩٢ فقرة ٢ من الدستور تختلف عن الآلية التي أقرها قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية وكذلك قانون المحكمة رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ بموجب المادة / ٣ منه . للمزيد من الإطلاع على أثر التحديد الدستوري لاختصاصات المحكمة وفق الدستور النافذ على اختصاصاتها وفق قانونها. ينظر د. علي هادي الهلالي , النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي , مطبعة الأجراس , بغداد , ٢٠٠٨ , ص ١١٧ - ١٢١ .
- (63) نتج بعض الدول ذات النظام الاتحادي نحو إعطاء الأقاليم دوراً في تشكيل المحكمة العليا بوصفها أداة للوحدة . للمزيد ينظر محمد حاتم عبد الرحيم , المحكمة الاتحادية العليا في الدستور العراقي , مصدر سابق , ص ٢١ .
- (64) قدم مشروع قانون المحكمة الاتحادية وتمت قراءته الأولى في الجلسة ٢٩ في ٥ - ٢ - ٢٠١١ , وتضمن في المادة / ٨ فقرة ٣ حق مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وممثلي الأشخاص المعنوية العامة والخاصة والطعن مباشرة لدى المحكمة , ويرى جانب من الفقه العراقي وهو ما نؤيده أن اتجاه المحكمة كان إيجابياً حيث منح حق رفع الدعوى إلى إحدى السلطات العامة وهي مجلس الوزراء , ومن شأن ذلك أن يحقق التوازن بين سلطات الدولة حيث يحق لمجلس الوزراء الطعن في القانون الصادر من مجلس النواب , كم يحسب للدستور أنه منح الحق للأفراد برفع الدعوى وهذه ميزة تحسب للدستور , إذ أن القانون الذي يصدر قد يمس حقوق الأفراد لذلك فأن منحهم حق الطعن من شأنه أن يحفظ ويصون الدستور ويشعر الأفراد بأهمية دورهم في حماية الدستور وضمان تطبيقه بشكل سليم . د. رافع شبر , ضمانات تطبيق وحماية القواعد الدستورية , مصدر سابق , ص ٣ .
- (65) د. راغب الحلو , النظم السياسية والقانون الدستوري , منشأة المعارف الإسكندرية , ٢٠٠٥ , ص ٨٠٣ .
- (66) محمد عبد الرحيم , المحكمة الاتحادية العليا في الدستور العراقي , مصدر سابق , ص ١١٤ .
- (67) ينظر د. عبد الحميد متولي , القانون الدستوري والأنظمة السياسية , منشأة المعارف , الإسكندرية , ١٩٨٩ , ص ١٩٣ .
- (68) قرار المحكمة الاتحادية العليا , العدد ٤٤ / اتحادية / ٢٠٠٩ في ٩ / ٢ / ٢٠٠٩ , منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية .
- (69) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية ١٥ اتحادية , ٢٠٠٦ , في ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٦ , متاح على الموقع الالكتروني . [www. Iraq . judicatora](http://www.Iraq.judicatora)

(70) الرأي للدكتور خاموش عمر عبد الله , دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات الفردية , بحث منشور , مجلة كلية القانون والسياسة , جامعة صلاح الدين , السنة العاشرة , العدد ١١ , ٢٠١٢ . ص ١٣٩ .

(71) ينظر المادة / ١٧ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .

(72) د. علي هادي الهلالي , النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي , مصدر سابق , ص ١٤٤ .

(73) محمد حاتم عبد الرحيم , المصدر السابق , ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

(74) من خلال الإطلاع على محاضر لجنة إعداد الدستور يبدو أن هناك اتجاه نحو النص على شروط عضوية المحكمة في الدستور إلا أنه لم يأخذ به , حيث ذكر السيد منذر الفضل أن رئيس الجمهورية يؤدي اليمين أمام القاضي فيجب وضع شروط القاضي في الدستور . محاضر إعداد الدستور العراقي , محضر الاجتماع الثامن والعشرين , ٣٠ - ٧ - ٢٠٠٥ , ص ٢٢٣ . وقد تضمن مشروع قانون المحكمة النص على شروط العضوية .

(75) أخذ الدستور الإيراني بصيغة المجلس (الرقابة السياسية السابقة) بهدف ضمان مطابقة التشريعات لأحكام الإسلام المادة / ٩١ من الدستور الإيراني لعام ١٩٧٩ . للمزيد من الإطلاع على الرقابة السياسية في إيران يراجع حسين عذاب السكيني , الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي (الدين والدولة) , دار الغدير للطباعة والنشر , البصرة , ٢٠٠٨ , ص ٣٧ .

(76) تضمن مشروع قانون المحكمة هئتين هما الهيئة القضائية والهيئة الاستشارية والتي تتضمن خبراء في الشريعة وفقهاء القانون , وحسناً فعل المشرع بجعل خبراء الفقه الإسلامي ضمن الهيئة الاستشارية وأن كان الأفضل أن تكون الهيئة الاستشارية بصيغة مجلس خارج تشكيل المحكمة .

(77) د. حميد حنون خالد , مبادئ القانون الدستوري والنظام السياسي في العراق , مصدر سابق , ص ١٨٩ . وتختلف الأنظمة التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين في هذا الشأن بين مقرر لقاعدة الأثر الرجعي وبين مقرر لقاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم , ويرجع الاختلاف بين هذه الأنظمة إلى الاختلاف بين منهج هذه الدول في تحديد طبيعة هذا الحكم وهل هو كاشف عن مخالفة النص الدستوري المقضي بعدم دستوريته منذ صدوره لأحكام الدستور , فيكون لهذا الحكم أثر رجعي يترد إلى صدور النص المقضي بعدم دستوريته , أو أن الحكم بعدم الدستورية يعد حكماً منشئاً لعدم الدستورية وبالتالي يكون لهذا الحكم أثر مباشر يطبق فوراً من تاريخ صدوره .

للمزيد ينظر د. مها بهجت الصالحي , إجراءات إصدار الحكم الدستوري , بحث منشور , مجلة دراسات قانونية , بيت الحكمة , بغداد , العدد ٢٣ , ٢٠٠٩ , ص ١٦٩-١٧٠ .

(78) نص مشروع قانون المحكمة على النشر في المادة / ١٥ وتضمن إلغاء القانون من تاريخ النشر .

(79) تنص المادة /٤ من النظام الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ على (إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعيبناءً على دفع أحد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذه الدعوى .

(80) هناك من الباحثين من يثير إشكالية المدة التي يجب أن ترفع الدعوى الدستورية خلالها وهل هي مفتوحة أم يطبق قانون المرافعات المدنية باعتباره المرجع لعمل المحكمة فيما لم يرد بشأنه نص , فيرى أن بقاء المدة مفتوحة يعني مخالفة مبدأ استقرار المراكز القانونية , أما إذا افترضنا أن تحديد المدة يتم بالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية , فهذا يقتضي منا أن نحدد صفة المحكمة الاتحادية عند نظرها الطعن المقدم فهل تعتبر محكمة استئناف بصفتها التمييزية ؟ أم محكمة تمييز ؟ أم محكمة موضوع مختصة بنظر اختصاص أصيل وذلك بالاستناد إلى أحكام الدستور والقانون ؟ لذلك كان يجب على المشرع أن يحدد بنص قاطع الدلالة مدة الطعن والصفة القضائية للمحكمة الاتحادية عند نظرها الطعن . للمزيد ينظر محمد حاتم عبد الرحيم , مصدر سابق , ص ١٢٢ .

المصادر

أولاً- الكتب القانونية

- ١- د. إحسان المفرجي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد ناجي الجدة , النظرية العامة للقانون الدستوري , جامعة بغداد , ١٩٩٠ .
- ٢- د. أحمد كمال أبو المجد , الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٦٠ .
- ٣- أسامة أنور العربي , دستور جمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة للدستور , دار العربي , القاهرة , ٢٠٠١٥ .
- ٤- د. أمين عاطف صليبا , دراسة الدساتير والسيادة الوطنية في ظل المعاهدات والقرارات الدولية , المؤسسة الحديثة للكتاب , ٢٠١٤ .
- ٥- حسين عذاب السكيني , الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي (الدين والدولة , دار الغدير , البصرة , ٢٠٠٨ .
- ٦- د. حمدان حسن فهمي , اختصاصات القضاء الدستوري في مصر , دار أبو المجد للطباعة , القاهرة , ٢٠٠٩ .
- ٧- د. حميد حنون خالد , مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق , مكتبة السنهوري , بغداد , ٢٠١٢ .
- ٨- د. حسام مرسي , القانون الدستوري , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠١٣ .
- ٩- د. حنان محمد القيسي , الوجيز في نظرية الدستور , نشر وتوزيع مكتبة صباح , بغداد , ٢٠٠٨ .
- ١٠- د. حيدر محمد حسن الوزان , حماية حرية الرأي في مواجهة التشريع , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠١٧ .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- ١١- د. دعاء الصاوي , القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات , دار النهضة العربية , ٢٠٠٧ .
- ١٢- د. رفعت عيد سيد , الجوانب السياسية والقانونية لتعديل المادة / ٧٦ من الدستور , دار النهضة العربية , ٢٠٠٥ .
- ١٣- د. رمزي الشاعر , النظرية العامة للقانون الدستوري , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٥ .
- ١٤- د. رمزي الشاعر , القضاء الدستوري في مملكة البحرين - دراسة مقارنة , بلا ناشر , ٢٠٠٣ .
- ١٥- سعد ممدوح نايف , الرقابة على دستورية القوانين واللوائح , بلا دار نشر , ٢٠٠٦ .
- ١٦- د. عاطف سالم عبد الرحمن , دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي - الاقتصادي والاجتماعي , دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة , بلا ناشر , ٢٠١٠ .
- ١٧- د. عبد الحميد متولي , القانون الدستوري والأنظمة السياسية , منشأة المعارف , الإسكندرية , ١٩٨٩ .
- ١٨- د. عبد خازن أحمد , القانون الدولي الدستوري , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١١ .
- ١٩- د. عبير حسين , دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع , دار النهضة العربية , ٢٠٠٩ .
- ٢٠- د. عزيزة الشريف , دراسة في الرقابة على دستورية التشريع , مطبعة الكويت , ١٩٩٥ .
- ٢١- د. علي هادي الهلالي , النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي , مطبعة الأجراس , بغداد , ٢٠٠٨ .
- ٢٢- د. محسن العبودي , المبادئ الدستورية العامة وتطور الأنظمة , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠١ .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- ٢٣- د. محمد حسنين عبد العال , القانون الدستوري , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٢ .
- ٢٤- محمد عبد الرحيم حاتم , المحكمة الاتحادية العليا في الدستور العراقي , منشورات زين الحقوقية , بيروت , ٢٠١٦ .
- ٢٥- د. محمد رفعت عبد الوهاب , رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان , الدار الجامعية , بيروت , ٢٠٠٠ .
- ٢٦- د. مصطفى عفيفي , رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية , دراسة تحليلية لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة , منشورات جامعة عين شمس , بلا سنة .
- ٢٧- د. هشام محمد فوزي , رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر , دار النهضة العربية , ٢٠٠٧ .
- ٢٨- د. يحيى الجمل , القضاء الدستوري في مصر , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠ .

ثانياً - أطاريح الدكتوراه

- ١- إبراهيم محمد حسين , الرقابة القضائية على دستورية القوانين , أطروحة دكتوراه , جامعة طنطا , ١٩٩٠ .
- ٢- عادل عمر شريف , قضاء الدستورية , القضاء الدستوري في مصر , أطروحة دكتوراه , جامعة عين شمس , ١٩٨٨ .
- ٣- محمد عبد الرحيم حاتم , الاتجاهات الحديثة في القضاء الدستوري في الوطن العربي , أطروحة دكتوراه , الجامعة الإسلامية , لبنان , ٢٠١٦ .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية / العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

ثالثاً - البحوث والدوريات

- ١- د. احمد فتحي سرور , الرقابة القضائية على دستورية القوانين لاحقة أم سابقة ؟ , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الثامن , أكتوبر , ٢٠٠٥ .
- ٢- د. احمد فتحي سرور , حدود ولاية القضاء العادي في مسألة الدستورية , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد السادس , أكتوبر , ٢٠٠٤ .
- ٣- د. احمد كمال أبو المجد , دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الأول , السنة الأولى , كانون الثاني , يناير , ٢٠٠٣ .
- ٤- د. خاموش عمر عبد الله , دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات الفردية , بحث منشور , مجلة كلية القانون والسياسة , جامعة صلاح الدين , السنة العاشرة , العدد ١١ , ٢٠١٢ .
- ٥- د. رافع شبر , ضمانات تطبيق وحماية القواعد الدستورية , بحث منشور , مجلة الفيحاء , بابل , العدد ٨٤ , ٢٠٠٥ .
- ٦- د. رمزي الشاعر , رقابة الدستورية وحماية الفرد في الدولة الحديثة , بحث منشور , مجلة المحاماة , العددان الثامن والتاسع , السنة ٥١ , أكتوبر ونوفمبر , ٢٠٠٣ .
- ٧- د. عاطف البنا , الرقابة القضائية السابقة على دستورية القوانين هل تتفق مع نظامنا الدستوري والقانوني والقضائي ؟ , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الثامن , السنة الثالثة , أكتوبر , ٢٠٠٥ .
- ٨- د. عبد العزيز سالم , دور محكمة الموضوع في رقابة الدستورية , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الثامن , السنة الثالثة , أكتوبر , ٢٠٠٥ .
- ٩- فارس رشيد الجبوري , كيف تمارس الرقابة على السلطة القضائية ؟ , بحث منشور , مجلة القانون المقارن , العدد ٥٤ , بغداد , ٢٠٠٨ .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الأساسية

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الرابع / السنة الحادية عشر ٢٠١٩

- ١٠- د. فتحي فكري , الرقابة السابقة سياسية متصلة - تساؤلات مثارة - إشكالية محتملة , بحث منشور مجلة الدستورية , العدد الثامن , السنة الثالثة , أكتوبر , ٢٠٠٥ .
- ١١- د. محمد رفعت عبد الوهاب , مدخل إلى الإصلاح الدستوري , ملاحظات على تعديل المادة / ٧٦ من الدستور , الرقابة السابقة على الانتخابات الرئاسية , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الثامن , السنة الثالثة , أكتوبر , ٢٠٠٥ .
- ١٢- د. محمد محمد عبد اللطيف , رقابة الدستورية السابقة والدستور المصري , بحث منشور , مجلة الدستورية , العدد الرابع , ١٩ يونيو , ٢٠٠٥ .
- ١٢- د. مها بهجت الصالحي , إجراءات إصدار الحكم الدستوري , بحث منشور , مجلة دراسات قانونية , بيت الحكمة , بغداد , العدد ٢٣ , ٢٠٠٩ .

Abstract

Under constitutional constitutions, the constitutional rule is characterized by its formal and objective character, which means that any law issued must not be contrary to the constitution. There is no difference in the constitution being written or customary. The constitution also states that the legal system of the state must be subject to constitutional rules. The theoretical basis of the constitutional rule is insufficient to guarantee this priority unless protection of these constitutional rules is protected by means of protection.

It is obvious that this protection is against the person who sets the legal rules, the legislator, the protection of the constitutional rules against the person who sets the legal rules, the legislator, that is, the protection should be against the potential attacks of the legislator on the constitution, and to confirm the principle of Highness, Which is to control the constitutionality of laws to preserve the Constitution as a reflection of the will of the people, and since the legislator enacts both basic and ordinary laws, so the control of the constitutionality of basic laws is of great importance for two reasons.

The basic reason is the relationship between these basic laws and the rights and freedoms of individuals directly through the organization of these rights and freedoms, The study dealt with judicial control in both Egypt and Iraq, in an attempt to induce the Iraqi legislator to lay the foundations for judicial review of the constitutionality of the Basic Laws and to distinguish them by special procedures, as did the Egyptian legislator.

Judicial control over the constitutionality of basic laws

By

**A. P. Dr. Rafah K. Razzouki
Saad Ghazi Talib**