



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الموصل
كلية الحقوق



الرقابة على دستورية القوانين

بحث تقدم به الطالب
فؤاد وليد أحمد الطائي

إلى

مجلس كلية الحقوق / جامعة الموصل

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف

م.د. محمد ذنون يونس الاطرقي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَإِذَا حَكَّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ

تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴿٥٨﴾

صدق الله العظيم

سورة النساء / الآية (٥٨)

الإهداء

الى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ... ونصح الأمة ... الى نبي
الرحمة ونور العالمين (سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم)
الى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب
الى من كلت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة
الى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم ...
ارجو من الله ان يمد في عمرك لتري ثماراً قد حان قطافها
بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم
وفي الغد والى الأبد ... (والدي العزيز)
الى من ارضعتني الحب والحنان
الى رمز الحب وبلسم الشفاء
الى القلب الناصب بالبياض ... (والدتي الحبيبة)
الى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة
الى رياحين حياتي ... (اخوتي)
الى من أنسني في دراستي وشاركني همومي تذكراً
وتقديراً ... (اصدقائي)

شكر وثناء

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود بها الى اعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع اساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهود كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد.

وقبل ان نمضي نقدم اسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة الى الذين حملوا اقدس رسالت في الحياة.

الى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة.

الى جميع اساتذتنا الأفاضل.

وأخص بالشكر الجزيل الى استاذي الفاضل (محمد ذنون يونس الاطرقجي) الذي سهل لي مهمة البحث بتوجيهه العلمي والتربوي ومنحي من وقته وجهده الشيء الكثير وكان لمتابعته الأثر في اظهار هذه الدراسة بشكلها الحالي.

قائمة المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
أ - ب	المقدمة
١٥-١	المبحث الأول: الرقابة السياسية
٢-١	المطلب الأول: مفهوم الرقابة السياسية
١١-٣	المطلب الثاني: طرق الرقابة السياسية
٥-٣	الفرع الأول: الرقابة السياسية بواسطة المجلس الشيوخ لمحافظ عام ١٧٩٥
٧-٥	الفرع الثاني: الرقابة السياسية بواسطة لجنة الدستورية عام ١٩٤٦
٨-٧	الفرع الثالث: الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري عام ١٩٥٨
١٥-١٢	المطلب الثالث: تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين
٣٣-١٦	المبحث الثاني: الرقابة القضائية
٢٠-١٦	المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية
٣٠-٢١	المطلب الثاني: طرق الرقابة القضائية
٢٦-٢١	الفرع الأول: الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية
٣٠-٢٦	الفرع الثاني: الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية
٣١	المطلب الثالث: مزايا الرقابة القضائية
٣٣-٣٢	المطلب الرابع: تطبيق الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية
٣٥-٣٤	الخاتمة
٣٦	المصادر والمراجع

المقدمة

ان الخطأ من سمات اعمال البشر والانحراف من طبائع الناس وكل يملك سلطة لا بد ان يميل بها في حين من الدهر . فذلك ضعف بشري من المكابرة انكاره. ومن اجل ذلك شرع نظام رقابة دستورية القوانين. فيما شرع من انظمة لتحقيق هذا الغرض وتقويم هذه الأخطاء بعد أن ازداد نشاط الدولة وتدخلها في مختلف شؤون الحياة، فلم تعد وظائف الدولة قاصرة على الواجبات التقليدية في الدفاع والأمن والقضاء، انما ازداد واتسع نشاطها بعد انتشار المذاهب الاشتراكية والمبادئ التي تنادي بتدخل الدولة لحماية الأفراد، واصبحت الدولة المعاصرة تتدخل في مختلف شؤون الأفراد من سياسية واقتصادية واجتماعية، بل وأصبحت تتدخل في الحياة الشخصية للأفراد، والرقابة على دستورية القوانين تعني التحقق من مدى موافقة القوانين للدستور تمهيدا لعدم اصدارها اذا كانت لم تصدر. او لإلغائها او الامتناع عن تطبيقها اذا كان قد تم اصدارها، بعبارة أخرى فان الرقابة على دستورية القوانين وسيلة لتحقيق غاية تشمل في تحقيق التوازن بين السلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة التشريعية وبين حقوق وحرريات الأفراد الدستورية فالسلطة التقديرية لا تعني انها سلطة مطلقة او انها بلا قيود او احكام تنظمها وتقرر كيفية ممارستها وانما هي سلطة تقديرية ضمن نطاق الاحكام والقيود الواردة في الدستور وموضوع الرقابة على دستورية القوانين من اهم الموضوعات الدستورية التي حظيت باهتمام خاص لدى رجال الفقه الدستوري لما يتسم به من أهمية عملية تفوق أهميته النظرية في حياة الدولة القانونية و مما زاد من أهمية الرقابة على دستورية القوانين في الوقت الحاضر أن الدساتير المعاصرة تتمثل بنزعتها الايديولوجية فهي لا تكتفي بتحديد اختصاصات السلطة العامة وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات وانما تحدد ايضا الاهداف التي تبتغيها من وجود هذه السلطات. فالسلطات العامة لم تعد حقا او امتيازاً شخصياً لمن يمتلك مباشرتها بل أصبحت خدمة عامة يجب تؤدي وفق القانون وبما يحقق الصالح العام.

وإذا كان الدستور يسمو على جميع السلطات العامة في الدولة فان سموه يغدو ضرباً من الخيال لو كان بمقدور هيئات الدولة انتهاكه دون أن يكون هناك ثمة جزاء يتقرر على ذلك الانتهاك اذا تب ان يكون هناك من الضمانات ما يكفل احترام هذه السلطات العامة لأحكام الدستور الذي يبين لها اختصاصاتها ورسم لها حدود ممارستها واصولها.

وتؤدي الرقابة على دستورية القوانين الى توسيع نطاق المشروعية بحيث لا يقتصر على القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية فحسب انما يمتد ليشمل القواعد الدستورية كذلك وبما يؤدي الى اخضاع الحكام واعمالهم لأحكام القانون ومن ثم سيادة القانون على جميع الأشخاص في الدولة سواء كانوا حكاما أم محكومين وتتصف هذه السيادة بأهمية كبرى في حياة المجتمعات يصفها لنا الزعيم الهندي جواهر لال نهرو حين يقول أن المجتمع الذي لا يعيش في ظل سيادة القانون يتحول إلى مجتمع غير قانوني معدوم النظام ويعني ذلك قليلا أو كثيرا اقامة نظام عيش فوضوي أن ادامة سيادة القانون والمحافظة عليها كما يظهر يرادف ادامة الحياة المتمدنة ونظرا لأن الرقابة على دستورية القوانين هي توطيد لمبدأ سيادة الدستور وسلاح لا يستغني عنه لتوكيد مبدأ المشروعية فقد اخترناها موضوع البحثنا هذا ومن اجل اعطاء صورة واضحة عن الرقابة على دستورية القوانين فقد حرصنا على ان نبرز الكثير من الجوانب المتعلقة بدستورية القوانين وكانت البداية في تحديد مفهوم هذه الرقابة.

وستكون خطة البحث كما يأتي:-

المبحث الأول: الرقابة السياسية

المطلب الأول: مفهوم الرقابة السياسية

المطلب الثاني: طرق الرقابة السياسية

الفرع الأول: الرقابة السياسية بواسطة المجلس الشيوخ لمحافظة عام ١٧٩٥

الفرع الثاني: الرقابة السياسية بواسطة لجنة الدستورية عام ١٩٤٦

الفرع الثالث: الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري عام ١٩٥٨

المطلب الثالث: تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين

المبحث الثاني: الرقابة القضائية

المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية

المطلب الثاني: طرق الرقابة القضائية

الفرع الأول: الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية

الفرع الثاني: الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية

المطلب الثالث: مزايا الرقابة القضائية

المطلب الرابع: تطبيق الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية

المبحث الأول

الرقابة السياسية

المطلب الأول: مفهوم الرقابة السياسية

وقد يبدو للنظرة الأولى أنه من المنطقي جدا أن تعهد حماية الدستور والمحافظة عليه او بعبارة أخرى الرقابة على دستورية القوانين الى هيئة السياسية ذلك لأنه وان كانت هذه الرقابة في جوهرها رقابة قانونية باعتبار أنها لا تخرج عن نطاق البحث والتحقيق فيها اذا كان القانون قد صدر من جهة مختصة وفيها اذا كانت السلطة التشريعية لم تتجاوز حدود اختصاصها المرسومة لها في الدستور ولكن مع ذلك فان اثار هذه الرقابة اثار سياسية من دون شك لأنها تتضمن الرقابة على السلطة التشريعية وربما الحكومة التي تقترح في الغالب القوانين فالهيئة التي يكون من اختصاصها الفصل في موضوع القوانين وبيان ما اذا كانت دستورية يجب اتباعها أو غير دستورية ومن ثم فلا قيمة قانونية لها. تكون هذه الهيئة اعلى هيئة في الدولة وتكون لها في الحقيقة السيادة الفعلية ذلك لأنها ما دامت تستطيع الحكم على القوانين فمعنى ذلك أنه لا يمكن أن يتم عمل شيء في الدولة بدون رضاها و لهذا فلقد قبل بأن هذه الهيئة او هذه العضو يجب ان يكون سياسيا وهذا التعليل هو الذي احتج به (سيس) أمام مجلس التأسيس. عند وضع دستور السنة الثامنة الفرنسي^(١).

ومن الطبيعي ان اعطاء مهمة الرقابة على دستورية القوانين لهيئة سياسية أمر منطقي السببين فمن ناحية تكون هذه الرقابة وقائية وتمنع صدور القانون مخالف للدستور بالتالي تكون أكثر فعالية من غيرها من صور الرقابة اللاحقة لصدور القانون اعمالا للمبدأ القائل (بأن الوقاية خير من العلاج) ومن ناحية اخرى تبدو الرقابة السياسية اكثر اتفاقا مع طبيعة الاثار المترتبة على تنظيم الرقابة على دستورية القوانين فلا شك أن السلطة التي يناط بها مهمة التحقق من دستورية القوانين لتكتسب مكانة عليا بالنسبة إلى غيرها من السلطات العامة المنشأة ومن بينها السلطة التشريعية اذ أن نشاط السلطات العامة جميعا سيكون خاضعا لرقابة تلك السلطة المنوط

(١) د. محمد علي ال ياسين، قانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة المعارف، الطبعة الأولى، بغداد ١٩٦٤،

بها ضد هذه الرقابة وبالتالي تستطيع هذه الأخيرة أن تشمل نشاط تلك السلطات وان تحدد اختصاصاتها وان تمنع نفاذ الأعمال الصادرة منها كلما وجدتها معارضة مع احكام الدستور طالما أن الرقابة السياسية هي رقابة سابقة لصدور القانون فهي أذن رقابة على مشروعات القوانين وليس على دستورية القوانين^(١).

وفي نهاية المطب الأول يمكن تعريف الرقابة السياسية من خلال مفهومها ظهرت عدد من التعاريف. الرقابة السياسية هي رقابة وقائية تسبق صدور القانون ومن ثم تحول دون صدوره اذا خالف نصا في الدستور وتقوم بهذه الرقابة لجنة سياسية يتم اختيارها بواسطة السلطة التشريعية بالاشتراك مع السلطة التنفيذية^(٢).

وايضا تعني الرقابة السياسية يراد بهذا الرقابة.

ترمز الرقابة السياسية الى صفة الهيئة التي تباشرها اي انها تكون من جانب هيئة ذات صفة سياسية تكون مستقلة عن بقية السلطات الثلاثة السلطة التشريعية، التنفيذية والقضائية تقوم بهذا الرقابة قبل صدور التشريع فهي رقابة وقائية تكون مهمتها التحقق من مطابقة اعمال السلطات العامة وبصفة خاصة اعمال السلطة التشريعية الأحكام الدستور اي رقابة تحول دون صدور القوانين المخالفة الأحكام الدستور ومن ثم فهي رقابة سابقة على صدور القانون تباشر في الفترة بعد سن القانون قبل اصداره^(٣).

(١) د. خليل حميد عبد الحميد، القانون الدستوري، المكتبة القانونية الشركة لقائك لصناعة الكتاب لسنة ٢٠٠٩، ص٧٨.

(٢) د. فؤاد العطار، النظم السياسية، القانون الدستوري، دار النهضة العربية لسنة ١٩٧٤، ص٣٥٣.

(٣) د. عبد الكريم علوان، النظم السياسية القانون الدستوري، دار الثقافة لسنة ٢٠٠٩، ص٣٠٩.

المطلب الثاني: طرق الرقابة السياسية

الفرع الأول: الرقابة السياسية بواسطة المجلس الشيوخ لمحافظة عام ١٧٩٥

الفرع الثاني: الرقابة السياسية بواسطة لجنة الدستورية عام ١٩٤٦

الفرع الثالث: الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري عام ١٩٥٨

الفرع الأول: الرقابة السياسية بواسطة المجلس الشيوخ لمحافظة عام ١٧٩٥

ان المحاولة الاولى لتقرير هذه الرقابة كانت في عام ١٧٩٥ حينما اقترح الفقيه (سييز) انشاء هيئة سياسية تكون مهمتها الغاء القوانين المخالفة للدستور الا ان هذه الاقتراح لم يحضر بموافقة الجمعية التأسيسية ثم عاد (سييز) وطرح اقتراحه مرة أخرى عند إعداد دستور السنة الثامنة في عهد الإمبراطور (نابليون) وتمكن من اقناع واضعي الدستور بسلامة وجهة نظره وانشأ وفقا للدستور السنة الثامنة مجلس أطلق عليه (مجلس الشيوخ المحافظ) تكون مهمته التحقق من عدم مخالفة المشروعات القوانين للدستور.

الا ان التساؤل الذي أثير هل قام لمجلس المحافظ بحماية احكام الدستور في الحقيقة أن هذا المجلس لم يوفق في مهمته ولم يقم بأي عمل ملموس.

يعزى فشله الى سببين رئيسيين. الاول عدم تمتعه بالاستقلال الفعلي حيث كان للإمبراطور تأثير كبير عليه ذلك لدوره الواضح في تعيين أعضائه.

اما السبب الآخر فيعود الى عدم ممارسة المجلس للرقابة الأعلى مشروعات القوانين التي تحال اليه من الحكومة (الإمبراطور) او من الهيئة خاصة انشأت لهذا الغرض.

ويلاحظ بجلاء الخلل الذي اعترى هذا الأسلوب اذ من الصعوبة الإقرار بقيام الحكومة المجلس للنظر في دستوريته وهي التي قامت باقتراحها فظلا عن ذلك لوحظ أن الهيئة اصبحت تحت سيطرة (نابليون) هي والمجلس وعندما لاحظ (نابليون) محاولة لمجلس التحرر من سيطرته قرر حله في سنة ١٨٠٧^(١).

(١) د حميد حنون خالد، القانون الدستوري، تطور نظام السياسة في العراق، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠١٢،

ص ١٥٧ وما بعدها.

وقد نص في الدستور من أن يكون لهذه المجلس رقابة دستورية القوانين بحيث يسلك الغاء القوانين للدستور الغاء كاملا وفي مواجهة الكافة وله الحق في تنظيم كل ما لم ينظمه في الدستور ويكون ضرورياً لنفاذه فضلا من حقه في تفسير احكامها الغامضة.

كذلك نص الدستور على كيفية اختيار اعضاء هذا المجلس بحيث كفل لهم نوعا من الاستقلال يمكنهم في أداء مهمتهم. على أن هذا المجلس رغم سلطاته الواسعة لم يرق بأداء مهمته فلم يبطل ولا عملا لعدم دستورية رغم كثرة مثل هذه الأعمال في عهد الامبراطور بل العكس مستعملا السلطة التأسيسية قام بدور مهم في تكييف الدستور وتوجيهه في المسلك الذي ثبت السلطات للإمبراطور رغم اتجاهه الدكتاتوري فهو كما يقول البروفسور (Burdeau) (خلق ليكون وديعا. اصبح خادماً) وذلك لأنه أصبح اداة في يد نابليون الذي فرض سيطرته عليه سخره لتعديل الدستور وفقا لرغباته.

فالنسبة لتكوينه كان يتألف المجلس من اعضاء معينين من قبل لجنة يرأسها نابليون واطباء منتدبين الا ان سرعان ما انفرد نابليون بتعيين جميع الاعضاء مباشرة بل وفتح امامهم مناصب الدولة والرواتب والمخصصات فهيمن عليهم وبسط نفوذه وبهذا يصبح جميع هؤلاء الاعضاء من الناحية الواقعية اداة طيعة في يد نابليون..

والسبب الثاني في عجز هذا المجلس عن أداء مهمته كحام الدستور كان مرده الى ان الاجراءات التي اتبعت اودت باختصاصاته وصيرتها صورية بحتة وذلك لأن دعوة هذا المجلس للنظر في دستوريته اي عمل قانوني كان في اختصاص الحكومة وحدها ولا يتصور أن تدعو الحكومة المجلس للنظر في دستورية قانون اذا كان لها صالح في أعماله (كان ايضا من اختصاص هيئة خاصة تسمى (Tribunat) أن تثير مسألة دستورية القوانين أمام مجلس الشيوخ المحافظ الا انها الغيت لسنة ١٨٠٧ فاصبح للحكومة وحدها هذا ولذلك كانت هذه التجربة على غاية من الأهمية اذ ان المجلس بوجوده بهذا الشكل اثبت ان الرقابة دستورية القوانين عن طريق الهيئة السياسية لا بد وان تتجرف في أذيال السلطة الحاكمة ومن جهة أخرى كانت اضراره انه شل بوجوده بهذا الشكل سلطة المحاكم العادية بالقيام بمهمة المحافظة على أحكام الدستور^(١).

(١) د. اسماعيل مرارة، القانون الدستوري والعلم السياسي الطبعة الثالثة، لسنة ٢٠٠٤، ص ١٧٠ وما بعدها.

وعندما وضع الدستور السنة الثامنة الاعلان للجمهورية عام ١٧٩٩ اعاد الفقيه (سيس) محاولته وتقدم بمشروعه مرة اخرى ووجد في هذه المرة آذانا صاغية من واضعي الدستور نظرا لدوره الملموس هو نفسه في وضع هذا الدستور وهكذا اخذ دستور السنة الثامنة بمشروع المحلفين الدستوريين لكن باسم (مجلس الشيوخ) المحافظ) وكان هو اول رقابة السياسة تأخذ بها فرنسا للرقابة على دستورية القوانين قبل اصدارها وكان مجلس الشيوخ المحافظ كهيئة سياسية يتكون من ثمانين عضوا وكفل لهم الدستور ضمانات هامة تكفل استقلالهم. مثل تعيينهم لمدى الحياة وعدم جواز عزلهم وكذلك عدم جواز جمعهم عضوية مجلس الشيوخ واي طبقة اخرى^(١).

الفرع الثاني: الرقابة السياسية بواسطة لجنة الدستورية عام ١٩٤٦

استمرت محاولات رقابة دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية مع دستور الجمهورية الرابعة العام ١٩٤٦ فاسند هذا الدستور الرقابة الدستورية لهيئة عليا ذات تشكيل سياسي سميت باللجنة الدستورية فهي كانت تشكل طبقا للدستور من رئيس الجمهورية رئيسا بحكم منصبه ومن اثني عشر عضوة يختارون على الوجه الآتي:

رئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الجمهورية (بمثابة مجلس الشيوخ) وسبعة أعضاء تختارهم الجمعية الوطنية من غير اعضاءها على اساس التمثيل النسبي للهيئات السياسية (الاحزاب) وذلك كل عام واخيرة ثلاثة أعضاء ينتخبهم مجلس الجمهورية كل عام^(٢).

وينتقد البروفسور (laferriere) بحق مراعاة التمثيل النسبي للأحزاب ويقول ان ذلك من شأنه أن يؤدي الى السيطرة الاعتبارية الحزبية على تشكيل اللجنة وهذا يؤدي الى اختيار اعضاء وان كانوا بارزين في احزابهم انه قد لا تتوفر فيهم الكفاءة القانونية اللازمة ثم انها تحيل اللجنة الدستورية من هيئة ينبغي أن تتمتع بالاستقلال والحيادة بصورة خاصة إلى مجرد هيئة تابعة للبرلمان اعضاءها بأنهم مدينون بمراكزهم للهيئات المتمثلة فيه ومن ثم لا يتصور أن يفقوا موقفا يتضمن ادانة القوانين التي سنتها تلك الهيئات^(٣).

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق ص ٢٠٩.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢١٢.

(٣) د. اسماعيل مرزة، مصدر سابق، ص ١٧٣.

واختصاص اللجنة اختصاص اللجنة الدستورية في التأكد مما اذا كانت مشروعات القوانين التي اقرت من الجمعية الوطنية تتضمن تعديلا للدستور من عدمه الا أن اللجنة لا تباشر هذه المهمة الا بناءا على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الجمهورية على ذلك بأن أغلبية المطلقة لعدد اعضاءه ويجب أن يقدم الطلب قبل اصدار القانون وفي حال تقرير اللجنة أن القانون يتضمن تعديلا للدستور فليس لها سلطة الغائه وانما يجب اعادته الى الجمعية الوطنية التي يكون لها الرأي لبات في هذا الأمر فهي التي تقرر اما تعديل القانون بما ينسجم مع رأي اللجنة بحيث يصبح متفقا مع احكام الدستور واما ان تصر على رايها وفي هذه الحالة لا يجوز اصدار القانون الا بعد تعديل الدستور وفقا للإجراءات المنصوص عليها فيه^(١).

ومختصر القول ان اختصاص اللجنة الدستورية في النظام الفرنسي الحالي وبالشكل الذي هو عليه يؤدي كما يقول البروفسور (بيردو) إلى جعل الدستور متمشية مع احكام الدستور. واذ ما انتقلنا الى اطار سياسي اخر النظام اشتراكي فإننا نجد دولا أخرى كثيرة قد طبقت جهد الرقابة السياسية الدستورية للقوانين وقد جاءت تجاربهم فعلا بنتائج حسنة ولكن ليس مرد ذلك الى الاجراء ذاته وانما يعود الى مزاج الأفراد والسلطات والنظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي اي الاطار العام الذي عاش بداخله هذا الاجراء (الرقابة السياسية لدستورية القوانين) فنجد مثلا ان الدستور المانيا الشرقية الصادر في ٧ اكتوبر ١٩٤٩ قد جعل رقابة دستورية القوانين من اختصاص لجنة تسمى (لجنة الدستورية) يقوم بتشكيلها المجلس الشعبي على ان يكون بين أعضائها ثلاثة قضاة من المحكمة العليا كما نجد دستور تشيكو سلوفاكيا الصادر في السنة ١٩٥٨ تنظيميا مقاربا فانه يجعل رقابة دستورية القوانين من اختصاص (المكتب الاداري) للهيئة التشريعية وتحت اشراف هذه الهيئة^(٢).

وتختص هذه اللجنة بالتحقيق من مطابقة القوانين التي أصدرتها الجمعية الوطنية أو عدم مطابقتها للدستور فاذا رأت أن قانونا تضمن تعديلا للدستور اعادت القانون الى الجمعية الوطنية وامتنع على رئيس الجمهورية اصداره الى ان تعدله الجمعية الوطنية بحيث يتفق واحكام الدستور او تعدل الدستور ذاته وفقا للإجراءات المقررة لذلك على أن المادة ٩٢ من الدستور

(١) د حميد حنون خالد، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(٢) إسماعيل مرزة، مصدر سابق، ص ١٧٤ ما بعدها.

قيدت مباشرة اللجنة الدستورية لاختصاصها بان يكون بناء على طلب صادر من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية معا كما قيدت اختصاص اللجنة بان تقتنه على المسائل التي تضمنها احكام الباب الاول الى الباب العاشر من ضمن الدستور^(١). كما ان بعه الدول الاشتراكية الأخرى تجعل رقابة دستورية القوانين من اختصاص الهيئة التشريعية ذاتها كالنظام السوفيتي الذي أعطاه اختصاص رقابة الدستورية القوانين للمجلس السوفيتي الأعلى الذي له حق الاشراف على دستور الاتحادي مطابقة القوانين لأحكامه فله حق الفصل فيها اذا كانت الشروط التي يتطلبها الدستور قد روعيت عند اصدار القانون وفيها اذا كان هذا القانون دستوريا كما له أن يتخذ الاجراءات التي تكفل توافق دساتير الجمهوريات مع نصوص احكامه. ان هذه الدول تدين بالمذهب الاشتراكي العلمي وتسعى لتطبيقه بالشكل الكامل ولما كانت الفكرة الحاكمة في مثل هذه الدول تتطابق غالبا الفكرة القانونية السائدة وان احتمال اختلافها ليس ممكنا لفترة طويلة وذلك لتوافر حسن النية والرغبة الصادقة لخدمة الغير ولذلك لا تصدر القوانين فيها مخالفة للنصوص الدستورية عن عمد وانما ان حدث وخالف قانون نصا دستوريا فان ذلك يحدث عن سهو لاشك فوجود عضو (ناجح) كما هو حال الرقابة السياسية الدستورية القوانين يكفي في مثل هذه النظم ان ترجع السلطة التشريعية عن مخالفتها ممتنة وتقيد عن رغبة بالحدود الواردة في النص الدستوري الى احترامها. فأساس هذه الرقابة اذ يرجع بصفة أساسية إلى النضج السياسي الذي يميز افراد ضد المجتمع عادة كما يرجع الى المستوى الخلقى الذي يتحلى به هؤلاء الأفراد^(٢).

الفرع الثالث: الرقابة السياسية بواسطة المجلس الدستوري عام ١٩٥٨

يقول احد الفقهاء الفرنسيين الكبار وهو الاستاذ (كلود ليكليرك) بشأن اهمية المجلس الدستوري في ظل دستور ١٩٥٨ الحالي في فرنسا (ان التجديد الأساسي الذي أحدثه دستور ١٩٥٨) لم يكن انتخاب رئيس الجمهورية بالاقتراع العام المباشر من الشعب منذ التعديل

(١) د. فؤاد العطار، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(٢) اسماعيل مرزة، مصدر سابق، ص ١٧٠.

الدستوري بتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٦٢ لان فرنسا سبق أن عرفت مثل هذا الانتخاب المباشر لرئيس الدولة في ظل الجمهورية الثانية وفقا لدستور ١٨٤٨ ويستطرد هذا الفقيه قائلا "ان موطن التجديد الحقيقي في رأيه هو انشاء المجلس الدستوري في دستور فرنسا الحالي الصادر في ٤ اكتوبر ١٩٥٨ هو يعبر عن استحداث هذا المجلس بأنه يمثل "ثورة قانونية" يريد بذلك اختصاصه الهام الفعلي الذي كلفه به دستور ١٩٥٨ مع اختصاصات اخرى سنشير اليها الا رقابة دستورية القوانين"^(١).

الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا وفقا لدستورها الأخير لسنة ١٩٥٨

انيطت هذه الرقابة بهيئة خاصة ذات صفة سياسية كما تقدم اسمها الدستور بالمجلس يتألف هذا المجلس من اعضاء لمدى الحياة وهم رؤساء الجمهوريات السابقين يضاف اليهم تسع اعضاء اخرين يعينون لمدة تسع سنوات غير قابلة لتجديد يعين ثلاث منهم من قبل رئيس الجمهورية. الدستوري في وثلاثة من قبل رئيس المجلس الوطني وثلاثة من قبل رئيس مجلس الشيوخ. اما رئيس المجلس الدستوري فيعيين بقرار من رئيس الجمهورية من بين اعضاء المجلس، ويقسم اعضاء المجلس جميعا اليمين بممارسة وظائفهم من دون تحيز وبالمحافظة على سرية المناقشات، لا يجوز لأعضاء المجلس الاشتراك في الحكومة او في البرلمان أو في المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

فان عين احد هؤلاء العضوية المجلس الدستوري فتتعرض موافقته على ذلك مالم بيد رغبته العكسية في خلال ثمانية أيام يعتبر مستقيلا من المجلس من قبل أعضائه عملا أو وظيفة لا تتلائم مع عضوية المجلس^(٢).

مدة العضوية: أن مدة العضوية في المجلس تسعة أعوام غير قابلة للتجديد ولا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الوزراء وعضوية البرلمان م(٥٧).

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(٢) د. محمد علي ال ياسين، ص ١٠٦.

الية عمل المجلس الدستوري

ان الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة سابقة وليست لاحقة وهي على نوعين: وجوبية، وجوازية، بالنسبة للأولى اوجب الدستور عرض القوانين الأساسية قبل اصدارها لوائح المجلس البرلمانية قبل تطبيقها على المجلس ليرى مدى مطابقتها للدستور (م ٦١) اما بالنسبة للأخرى فيجوز لرئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس أي من المجلسين عرض القوانين على المجلس الدستوري قبل اصدارها.

كذلك أجاز الدستور لستين نائبا أو ستين شيخا الطعن بعدم دستورية قانون او معاهدة دولية امام المجلس مع ملاحظة أن المجلس الدستوري استبعد القوانين التي يستفتي الشعب عليها من الرقابة على اساس انها تعتبر مباشر عن السيادة الشعبية كذلك استقر المجلس على عدم الخضوع المراسيم بقوانين لرقابته على اعتبار أنها قرارات ادارية تخضع لرقابة مجلس الدولة. وكذلك لا يجوز للمجلس أن يتصدى من تلقاء نفسه لفحص دستورية قانون ما وانما يجب على احدى الجهات التي حددها الدستور ان تحرك الطعن بعدم الدستورية سواء كانت وجوبية او اختيارية^(١).

ويختص المجلس الدستوري بالتحقق من عدم مخالفة القوانين التي يتعمدها البرلمان للدستور ولا يختص بالنسبة للقوانين الي يقررها الشعب عن طريق الاستفتاء متى احيلت هذه القوانين الى المجلس الدستوري وجب عليه أن يصدر قرارا بشأنها خلال شهر من تاريخ الاحالة ويلاحظ أن القوانين التي يقرر المجلس عدم دستورتها لا يمكن اصدارها او نفاذها. قرارات مجلس في الصدد في الدولة جميع الهيئات الادارية القضائية نهائية أي غير قابله للطعن فيها باي وجه من اوجه الطعن ملزمة لكافة السلطات^(٢).

(١) د. حميد حنون خالد، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٢) عبد الكريم علوان، مصدر سابق، ص ٣١٠.

اما اختصاصات المجلس الدستوري:

١. الفصل في المنازعات الانتخابية لانتخاب رئيس الجمهورية ولانتخاب النواب والشيخ يراقب قانونية عملية الانتخاب.
٢. تقديم المشورة لرئيس الجمهورية في الحالات الخطرة التي يجوز فيها الرئيس الجمهورية أن يقرر استعمال السلطات الاستثنائية والمخولة له في المادة ١٦ من الدستور.
٣. الفصل في دستورية النصوص التشريعية في دستورية الالتزامات الدولية وهذا الاختصاص يعد اهم اختصاصاته.

طريقة ممارسة المجلس الدستوري لاختصاصاته:

يجتمع المجلس بناء على دعوة من رئيسه وان لم يحضر الرئيس فيترأس المجلس اكبر الاعضاء سننا، ويجب بقراراته أن تصدر بموافقة سبعة أعضاء على الأقل وهي اغلبية قوية. اما تقديره لمطابقة نصوص قانون عادي او قانون تنظيمي او نصوص نظام لاحد مجلس البرلمان الأحكام الدستور فإنما يكون بناء على تقرير يتقدم به احد المستشارين اي احد اعضاء المجلس وهو العضو المكلف بدراسة القضية وذلك من خلال مدة شهر من تاريخ تقديمها للمجلس الا اذا كانت القضية مستعجلة. فيمكن تقصي هذه المدة من شهر الى ثمانية أيام فقط. تصدر قرارات المجلس على شكل صريح ويجب أن تكون مسببه كما انها تنشر في الجريدة الرسمية^(١).

فدستور ١٩٥٨ وضع اسس نظام المجلس الدستوري على نحو يكفل له ضمانات الاستقلال والحيدة في ممارسة عمله الرقابي عن السلطتين التنفيذية والتشريعية لما للمجلس من رقابة حقيقية على دستورية القوانين ليس رقابة وهمية وصورية مثل حال اللجنة الدستورية التي انشأها دستور ١٩٤٦ من قبل. ان كانت الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري على دستورية القوانين تبقى مثل السمة العامة للرقابة السياسية رقابة سابقة على اصدار القانون وكان ضعف وصورية نظام الرقابة السياسية في ظل دستور ١٩٤٦. وقبلها في دستور السنة الثامنة على اعلان الجمهورية العام ١٧٩٩ ودستور ١٨٥٢ حيث فشلت الرقابة التي كان يمارسها مجلس

(١) محمد علي ال ياسين، مصدر سابق، ص١٠٦.

الشيخ بسبب خضوع المجلس لسيطرة الامبراطور كان المتبقي لهذه الرقابة الفاشلة من الماضي هو التأثير الطاعي في فرنسا لمبدأ سيادة الأمة على الأذهان منذ الثورة الفرنسية فالقانون بوضعه تعبيراً عن الإرادة العامة للامة التي يمثلها البرلمان هو اعلى القواعد في الدولة ولا يجوز تخطئه بحجة مخالفة الدستور لان الإرادة العامة للامة لا تخطئ وكان للبرلمان أن يشرع في مجال يريد أن يشرع فيه ينظم بلا أي قيود تحده وهكذا أن مبدأ علو الدستور الجامد لغوا بلا قيمة عملية بالنظر لهذه السيادة المطلقة للقانون فلا جزاء حقيقي يتصور ضد هذا القانون ولو ادعى بانه خالف الدستور لذلك لم تمارس نظم الرقابة السياسية في الدساتير السابقة على دستور ١٩٥٨ رقابة حقيقية^(١).

والملاحظ على الرقابة السياسية الدستورية القوانين بمختلف أشكالها انها غير ذات اثر فعال في حماية الدستور من عدم مخالفة القوانين وذلك لأنه امر تحريك الرقابة يعود للسلطة نفسها ويصدر بناء على رغبتها لذلك فلا ينتظر من السلطة أن تحرك ضد ارادتها الصريحة لذلك تبدو هذه الرقابة بلا جدوى لكن أهمية هذه الرقابة تبدو شكليا في اثار الرقابة قبل تشريع القانون مما قد يبدو من المنطق في العملية بذاتها أي درء مخالفة مشروع القانون للدستور . وبذلك احترام الدستور المفروض أن أصحاب المصلحة في الدستور وهم الأفراد يترك لهم امر تحريك الرقابة على دستورية القانون وهذا مالم يؤخذ في هذه النوع من الرقابة السياسية الدستورية القوانين بدون ذلك فان الرقابة السياسية بأوجهها المختلفة لا تحقق رقابة فعالة^(٢).

(١) محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(٢) د. حسان محمد شفيق العاني، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

المطلب الثالث: تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين

مزايا الرقابة السياسية

١. تتفق الرقابة السياسية مع طبيعة عمل السلطة التشريعية الذي تتداخل فيها الاعتبارات السياسية مع الاعتبارات القانونية لان الرقابة على الدستورية هي مسألة قانونية في موضوعها وسياسية من حيث اثارها فإنه من الأوفق أن تباشرها هيئة سياسية يقوم البرلمان بتشكيلها وتكون من اعضائه اساسا تلافيا للعوامل الحساسة التحدي ومحاولة السيطرة المتبادلة بينهما.
٢. لا تقتصر الرقابة السياسية على الجوانب القانونية فحسب وانما تمتد لتشمل السياسية المحيطة بالعمل محل الرقابة والتقدير مدى الاثار المترتبة على الرقابة من حيث دستورية هذا العمل او من حيث ملائمته.
٣. الرقابة السياسية هي رقابة وقائية غالبا فهي تحول اصلا دون صدور العمل غير الدستوري تمنع بعد صدوره الجدل حول الدستورية تتفادى خطر تضارب الأحكام القضائية الذي يحدث في حالة الاخذ بالرقابة القضائية مما يضاعف من فعالية هذه الرقابة^(١).
٤. اعدام القانون غير الدستوري في مرحلة ولادته دونما تحمل اعباء المطالبة بإلغائه في المستقبل^(٢).
٥. كما تميز الرقابة السياسية بانها تستمد اساسها من المبدأ الفصل بين السلطات باعتبار ان المبدأ يقوم على أنه لا يجوز للسلطة القضائية التدخل في اعمال السلطة التشريعية بهذه الرقابة يتمكن البرلمان من تفادي السيطرة والقضاء وتدخله من ناحية يتيح للبرلمان الفرصة في المساهمة في تشكيلها وتتفادى الصدام بين السلطات^(٣).
٦. وتبينت انها تتطلب نوا صريحا في الدستور على انشائها. يحدد الدستور اسلوب تشكيلها هو اسلوب عادة سياسي كما يحدد اختصاصاتها وفي مقدمتها رقابة دستورية

(١) د. خليل حميد عبد الحميد، القانون الدستوري، المكتبة القانونية لسنة ٢٠٠٩، ص ٨٠.

(٢) د. نعمان احمد القطيب، الوجيه في النظام السياسة لسنة ١٩٩٩، ص ١٨٨.

(٣) د. حنان محمد القيسي، الوجيه في نظرية الدستور، ص ٢٠٤.

القوانين اذ قد يستند لها الدستور اختصاصات اخرى مثل المجلس الدستوري الفرنسي في دستور ١٩٥٨ الحالي.

٧. أن الرقابة السياسية لا يتولاها قضاء بل هيئة سياسية ولو دخلها بعض من الرجال القانون الان الملحوظ في اختيار أعضاء هيئة الرقابة انه يتم بواسطة السلطات السياسية فقد تختارهم السلطة التشريعية وحدها أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية.

ويضيف بعض الفقه من خلال تطبيقات الرقابة السياسية التي كانت شائعة في الاتحاد السوفيتي السابق دول الكتلة الشيوعية سابقا انه احيانا قد تختص السلطة التشريعية بالرقابة السياسية عن طريق لجنة منبثقة منها في تشكيل لجنة رقابة السياسية وحيانا اخرى لجنة سياسية تمثل مختلف الهيئات والسلطات في الدولة واخيرا بواسطة رئاسة الحزب الحاكم^(١).

عيوب الرقابة السياسية

١. ان الرقابة على دستورية القوانين لها طبيعة قانونية في من حيث موضوعها عمل فني قانوني يتطلب مؤهلات فنية كفاءة قانونية خاصة في القائمين به لتحديد مدى تطابق الاجراءات والقوانين الصادرة من السلطة التشريعية مع نصوص الدستور واحكامه ومعرفة ما اذا كانت ضد الاجراءات والقوانين قد خالفت حكما من أحكام الدستور وبيان حدود اختصاصات السلطة التشريعية للتحقق من أن القوانين التي أصدرتها تدخل او ضمن الاختصاصات كل ذلك يفترض حكما أن القائمين بمهمة الرقابة على دستورية القوانين لديهم لتكوين القانوني اللازم للقيام بهذه المهمة ويكون من غير المعقول أذن أن توضع هذه المهمة في ايدي هيئة سياسية قد لا تتوفر لدى أفرادها القدرة على فهم المشاكل القانونية.

٢. وان وضع مهمة الرقابة بيد هيئة السياسية من شأنه اخضاع الأخيرة للاهواء والنزوات السياسية والتأثر بالأطماع التي يمكن أن تخضع لها الهيئات السياسية الأخرى وسوف

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة لسنة ٢٠١١، ص ٢٠٦، ٢٠٧.

يؤدي ذلك إلى نقل مركز ثقل في النظام السياسي من البرلمان الى تلك الهيئة وتصبح الأخيرة هي الهيئة العليا بين جميع الهيئات السياسية في الدولة^(١).

٣. الكيفية التي يتم بها تشكيل الجهة الرقابية فالهيئة السياسية التي تقوم بمهمة الرقابة على دستورية القوانين ليس بمنأى من الخضوع للنزوات السياسية وهذا يفسد الغاية من تقرير الرقابة فالهيئة التي يتم تشكيلها بالتعيين من قبل البرلمان تكون عرضة لأن تكون تابعة له وبالتالي تفقد السبب من وجودها وهو الرقابة على نشاطه واما اذا كانت التعيين بواسطة السلطة التشريعية مثار لتصادم مستمر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. واما اذا كانت تشكيل الهيئة بطريق الانتخاب من قبل الشعب فان ذلك يؤدي الى السيطرة الاتجاهات السياسية ذاتها التي تسيطر على البرلمان وبالتالي تنعدم القيمة من انشاءها ويرى بعض الفقه أن الاختيار الذاتي كوسيلة لتشكيل الهيئة السياسية سرعان ما سيحولها الى هيئة أرستقراطية وهو ما يتناقض مع المبادئ الديمقراطية^(٢).

٤. أن تحريك الرقابة السياسية يكون فقط بواسطة السلطات العامة فلا يسمح للأفراد وبذلك رغم انهم الأكثر تضررا من القوانين الأعمال غير الدستورية وسيما اذا تم التفاهم بين السلطات العامة على عدم احترام قواعد الدستور او بعضها مما يؤدي الى افلات كثير من الأعمال نجد الدستورية من الرقابة الانعدام مصلحة هذا السلطات من اثاره مشكلة دستوريته^(٣).

٥. وقد وجه الفقه العديد من سهام النقد لهذا الأسلوب من الرقابة من ذلك أن الهيئة السياسية قد تشكل بطريق التعيين او بطريق الانتخاب وهي أن شكلت بطريق التعيين من قبل البرلمان فتكون معرضة لان تصير تابعة له تفقد بذلك صلاحيتها لأن تكون رقيببة عليه ان شكلت بطريق الانتخاب من الشعب فتكون معرضة لان تسيطر عليها نفس الاتجاهات السياسية التي تسيطر على البرلمان بعبارة أخرى أن نظام الرقابة كما قيل يتطلب اولاً ما يتطلب حتى يكون مؤثرة وفعلاً ان تتمتع الهيئة القائمة بالرقابة بالاستقلال

(١) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

(٢) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٣) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٨٠.

والحيادة في مواجهة جميع السلطات وهو ما لا يتوفر بالنسبة لهيئة الرقابة السياسية لان تشكيلها بطريقة او اخرى تجعل منها هيئة تابعة لغيرها من السلطات في الدولة^(١). لكل ما تقدم يمكن القول أن الرقابة السياسية مهما اختلف صورها وتباينت نظمها لا تحقق رقابة فعالة ومنتجة فالرقابة لا تكون محققة لأغراضها ما لم تكن من اختصاص هيئة قضائية تمتع بالحيادة والاستقلال اللازمين لضمان عدم تأثرها بالتيارات السياسية والحزبية يكون في التكوين القانوني لأعضائها ما يكفل لهم فهما سليما للمشكلة الدستورية وإدراكا واعيا لنصوص الدستور وإحكامه^(٢).

(١) د. عبد الكريم علوان، مصدر سابق، ص ٣١١.

(٢) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية

المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية

وضحنا فيما سبق الرقابة السياسية الغير فعالة على نحو كاف لحل المشاكل التي تواجه الرقابة على دستورية القوانين الامر الذي جعل العديد من الدول الانصراف عن هذه الرقابة والاتجاه نحو الرقابة القضائية. ولا خلاف في أن موضوع الرقابة الدستورية ووسائلها لها طبيعة قانونية واضحة فالمشكلة الأساسية التي تثيرها هذه الرقابة هي مشكلة التحقق من تطابق او عدم تطابق القانون مع احكام الدستور ومعرفته فيها اذا كانت احدى السلطات العامة كالبرلمان قد تجاوز حدود الصلاحيات التي رسمها له الدستور في الطبيعي أن يعهد هذا الحل مثل هذه المشاكل ذات الطبيعة القانونية الى السلطة القضائية كونها تتمتع باختصاص المهني من حيث التكوين القانوني لأعضائها بالإضافة إلى ما تقدمه من ضمانات الحيدة والاستقلال وحرية النقاضي وحق الدفاع، علانية الجلسة، كل هذا ما يجعل من هذه الرقابة ضمان لمبدأ احترام الدستور سلاحا فعالا في حماية نصوص^(١).

أن قضية الرقابة على دستورية القوانين ما هي الا قضية قانونية تتعلق في بحث ما اذا كانت احدى السلطات العامة وهي السلطة التشريعية قد تصرفت ضمن اختصاصها الدستوري او انها قد تجاوزت هذا الاختصاص هل انها احترمت القواعد القانونية المنصوص عليها في الدستور ام انها انتهكت هذه القواعد وهل هناك تناقض بين احكام القانون، وبين الأحكام الواردة في الدستور. أن تحقيق مثل هذه القضايا هو في صميم عمل القضاء كذلك ارتباط هذه الرقابة بالقضاء في ضمانات اخرى تتعلق باختصاص القضاة القضايا القانونية فتكوين القاضي وروحه القانونية تدفعه الى عدم التحيز في قضائه ثم ان الاجراءات القانونية ما فيها من علانية ومناقشات حضورية ومن ضرورة تسبب القرارات الصادرة كذلك يعد من قبيل الضمانات المهمة التي تؤدي الى الاطمئنان بان يكون القرار عادلا فمهمة القاضي مهمة قانونية بحته لا علاقة لها

(١) خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٨٣.

ببيان ما إذا كان قانونا مناسباً او غير مناسب. صالحاً او لا انما يقتصر بحثه على تحقيق والتأكد من موافقة القانون مع الدستور وعدم معارضته له.

وازاء هذه الحجج المؤيدة لاناطة الرقابة بالقضاء فهناك الحجج الاقرب تناقض هذا الراي وتقصد ضرورة عدم اعطاء القضاء مثل هذا الحق تستند هذه الحجج بما يأتي أن خضوع الدولة والأفراد للقانون ليس من طبيعة واحدة فهناك مصالح عليا يجب أن تنفرد الدولة في تقريرها انه من الصعوبة بإمكان ترك تقريرها لمصلحة السلطة القضائية مستقلة لا تتحمل مسؤولية الحكم. فمهما كانت هذه الرقابة ملائمة معتدلة في اطار قانوني فإنها تجعل منه اجلاً أم عاجلاً لسلطة السياسية ذات نفوذ كبيرة^(١).

ولكن ماهي الطريقة التي يتبعها القضاء في معالجته لهذه الرقابة ؟

تتوقف الاجابة على هذا السؤال تبعاً للنص الوارد في الدستور فاذا نص الدستور صراحة على اخضاع دستورية القوانين لرقابة القضاة كان للجهة القضائية التي حددها الدستور ان تنظر في صحة القوانين اذا طعن أمام هذه الجهة القضائية في دعوى اصلية بعدم دستورتيتها وان تقضي بإلغاء ما كان منها مخالفاً لأحكام الدستور وهذا ما يطلق عليه اصطلاحاً اسم الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية) مثال ذلك ما تضمنه تقرير لجنة المؤتمر العام لقوة الشعبية حيث أوجب أن تقام كل الضمانات الكفيلة بصيانة القانون بحيث يصدر تطبيقاً للدستور ومن ثم فقد أصبح ملائماً لان تأكيد الحرية ودعمها لها. أن يقرر انشاء محكمة دستورية عليا يحدد الدستور الجديد طريقة تشكيلها واختصاصاتها.

اما اذا حدد الدستور خلواً من هذا النص أي لم يتضمن نصاً يمنع القضاء صراحةً من التعرض لبحث دستورية القوانين ففي هذه الحالة فان الأخذ بقاعدة الدستور يتتبع حتماً تطبيق مبدأ دستورية القوانين القول بغير ذلك يؤدي إلى اعتبار أحكام الدستور عملاً في حكم العدم كذلك لا يقتصر تحقيق الرقابة القضائية من حيث القضاء على اعمال الادارة فقط بل يمتد الى اعمال السلطة التشريعية.

(١) محمد علي ال ياسين، مصدر سابق، ص ٧٩.

وفي هذه الأخيرة يقدم الدستور بوصفه القانون الأساسي للدولة ويستبعد القانون من التطبيق وهذا ما يطلق عليه اصطلاحاً اسم الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية^(١). واختصاص القضاء في هذا المجال هو اختصاص مستمد من طبيعة وظيفة التي تقوم على تطبيق القانون بمعناه العام ذلك انه من غير القبول أن يعتمد القضاء قانوناً يتم اصداره بطريقة سليمة خالية من العيوب الشكلية إذ اتضح له انه لا يتفق والدستور من حيث الموضوع والقول بغير ذلك يؤدي الى تضحية بالدستور وبالتالي بالأداة التي تعمل على بقاء القانون^(٢). والقضاء الذي يراقب السلطة التشريعية قد يكون قضاء عادياً او ادارياً أو كلاهما معاً، أو قد تمارس محكمة مختصة مهمة الرقابة هذه إذ تنشأ اساساً لهذه المطلب.

والقاضي مقيد بالقوانين العادية كما هو مقيد بالدستور الذي هو اعلى من القوانين العادية والقاضي لا بد له من أن يطبق الدستور وهو القانون الأعلى عند تعارضه مع قانون أدنى منه. فلو عارضت اللائحة القانون العادي فعلى القاضي أن يطبق أحكام القانون. ويمتنع عن تطبيق اللائحة لان القانون اعلى وأقوى.

فالقاضي ملزم بتطبيق نص الدستوري واهمال نص القانون العادي وفي كلا الحالتين لا يكون القاضي قد خرج عن دائرة عمله. فهو لا يلغي القانون بل يطبق القانون الاعلى درجة. وهذا هو جوهر عمله القانوني وهذا ابسط انواع الرقابة تأخذ بها المحاكم في كافة الأنظمة حتى تلك التي لا تعترف بحق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين^(٣).

ويمكن تعريف الرقابة القضائية من خلال ما تقدم:

يقصد بها قيام القضاء بالتحقق من مدى مطابقة القانون الأحكام الدستور فالرقابة القضائية اذا تقر بها الهيئة تباشرها وطابعها القضائي فالثاني هنا لا لا يتوقف عمله عند فحص القانون الواجب التطبيق في القضية المعروضة امامه بل يتعداها إلى التأكيد في مدى مطابقتها القانون والدستور^(٤).

(١) فؤاد العطار، مصدر سابق، ص ٢٥٩.

(٢) عبد الكريم علوان، مصدر سابق، ص ٣١٤.

(٣) حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٤) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

التعريف الثاني للرقابة القضائية:

يقصد بها أن يتولى القضاء فحص دستورية القوانين الصادرة من البرلمان للتحقق من مطابقتها او مخالفتها لقواعد الدستور فهذه الرقابة تتميز عن الرقابة السياسية بواسطة هيئة سياسية بان الذي يقوم بها اذا الهيئة القضائية ذاتها أما المحاكم المختلفة التي تمارس في هذه الحالة رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور واما محكمة عليا مركزية او محكمة دستورية عليا ينص عليها الدستور.

وان القيام بالرقابة تتم من قبل هيئة قضائية على دستورية القوانين وذلك للمحافظة على علوية الدستور اما الأثر المترتب على مزاوله عملها اي في حالة تقرير القانون هو ما يلي:-
أولاً: الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري وهو يسمى الرقابة امتناع.
ثانياً: الحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور اي ان الرقابة هي رقابة الغاء. والالغاء يمكن أن يتم قبل صدور القانون مسمى الغاء سابق وقد يكون الالغاء بعد صدور القانون فيطلق عليه الالغاء اللاحق^(١).

والرقابة القضائية غالباً ما تكون رقابة لاحقة لصدور القانون. لكنها قد تكون سابقة لصدوره وقد اخت العديد من الدول بالرقابة القضائية السابقة، كما هو الحال في ايرلندا بموجب دستورها الصادر سنة ١٩٢٧ حيث يجوز لرئيس الدولة بعد استشارة مجلس الدولة خلال مدة سبعة أيام من تاريخ تقديمه اليه ويجب على المحكمة العليا ان تبت في امر دستورية القانون خلال سنين يوماً من تاريخ الإحالة اليها. ويترتب على قرارها بعدم دستورية القانون امتناع رئيس الدولة على اصداره اما اذا كان قرارها انه سيوفق الدستور.

وقد اخذ دستور كولومبيا الصادر سنة ١٨٨٦ بأسلوب الرقابة القضائية السابقة. دستور بنما الصادر لسنة ١٩٠٤ وقد ألزمت المادة ٣٩ من الدستور السنة ١٩٥٨ الفرنسي الحكومة بعرض مشروعات القوانين على مجلس الدولة الفرنسي من اجل صياغتها وابداء الرأي فيها قبل عرضها على البرلمان كذلك فعل المشرع المصري حيث قضت المادة ٦٣ في قانون مجلس الدولة المصري رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ المعدل على كل وزارة او مصلحة قبل استصدار أي قانون

(١) د. حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية الدستورية المقارنة، ص ٢٢٣.

او قرار من رئيس الجمهورية ذي صفة تشريعية أن يعرض المشروع المقترح على مجلس الدولة لغرض مراجعة صياغته.

اما الرقابة القضائية اللاحقة فهي الأكثر شيوعا حيث أخذت بها اغلب الدول التي اخذت بالرقابة على دستورية القوانين وان كانت اساليبها مختلفة الا انه يمكن تقسيم هذه الأساليب على قسمين يعرف الأول برقابة الإلغاء واما الثاني فيعرف بالرقابة الامتناع او الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية^(١).

(١) رياض محسن مجول، الرقابة على دستورية القوانين، نوقف الدساتير العراقية منها، رسالة في القانون الدستوري، جامعة عدن، رسالة غير منشورة، لسنة ٢٠٠٠، ص ٥٣.

المطلب الثاني: طرق الرقابة القضائية

الفرع الأول: الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية

الفرع الثاني: الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية

الفرع الأول: الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية

أولاً: مفهوم الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية (رقابة الإلغاء)

يقصد بهذه الرقابة أن يعطي الدستور للمواطن حق رفع دعوى أصلية مباشرة أمام المحك الدستورية أو المحكمة العليا. طالبا منها إلغاء قانون لمخالفته النصوص الدستورية فاذا تحققت المحكمة من وجود هذه المخالفة الدستورية، قضت بإلغاء القانون المخالف للدستور بحكم نهائي لا يقبل الطعن وله حجية مطلقة أمام الكافة^(١).

ويراد بها مخاصمة القانون المخالف بدعوى أصلية يرفعها الطاعن امام وبعد فحص القانون المطعون بدستورية ان وجد القاضي المخالفة اصدر الحكم بإلغائه كلا او جزءا وان لم يجدها قرر رد الدعوى وتفترض رقابة الإلغاء وجود قانون مخالف للدستور يدفع السلطات والأفراد إلى الطعن به امام القضاء بدعوى أصلية يوجهها صاحب شان بصفة مستقلة ضد قانون معين للحكم بإلغائه كما أن رقابة الإلغاء تهاجم القانون المخالف للدستور ناعية عليه خروجه عن احكام الدستور بدعوى موضوعية يخاصم فيها المدعي القانون وبذلك تختلف دعوى الإلغاء عن الدعوى الشخصية التي يخاصم فيها الأشخاص^(٢).

بموجب هذا النوع من الرقابة القضائية يكون للأفراد أو بعض هيئات الدولة دون الأفراد الحق في مهاجمة قانون معين والطعن في دستوريته وذلك عن طريق اقامة دعوى مباشرة امام القضاء. ويقصد رفع هذه الدعوى عادة بمدة معينة (ستون يوما) كما هو الحال في ظل الدستور السويسري لعام ١٨٧٤ وذلك من أجل ضمان استقرار القانون واستقرار المعاملات وتوصف الدعوى المباشرة بانها دعوى موضوعية وليس دعوى شخصية لأنها تقوم على قانون معين. أي

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

(٢) أ.م.د. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري. النظرية العامة، النظام الدستوري في العراق، الطبعة الثانية،

سنة ٢٠١٣، ص ١٢٢.

أن المدعي في القضية قد يكون فردا او هيئة من هيئات الدولة والمدعي عليه هو القانون الذي يشك في دستوريته^(١).

وبذلك تكون الرقابة عن طريق الدعوى وسيلة هجومية تتحصل في مهاجمة القانون والطعن فيه بطريق غير مباشرة أي استقلالا عن أي نزاع اخر ويتطلب فيها صاحب الشأن المختصة الغاء القانون لمخالفته للدستور. ذلك بوصف هذه الدعوى من الحقوق التي تثبت للشخص في الدستور مباشرة^(٢).

ونتيجة للأثر الكبير الذي يترتب على قرار القضاء بخصوص القانون المطعون بدستورية لذلك ترى اناطة هذه المهمة بمحكمة خاصة تشكل لهذا الغرض. حين يلاحظ أن الدساتير تباينت في تحديد المحكمة التي تختص بالرقابة. فمنها جعلتها المحاكم العادية كدستور بوليفيا السنة ١٨٨٠ في حين هنالك دساتير اخرى جعلت ذلك من اختصاص محكمة خاصة دستور النمسا لسنة ١٩٤٥ ايطاليا لسنة ١٩٤٧ والمانيا ١٩٤٩ ودساتير العراق لسنة ١٩٢٥، ١٩٦٨، ٢٠٠٥^(٣). وقد عرفت اوروبا بعد الحرب العالمية الأولى هذا النوع من المحاكم ففي النمسا نص الدستور ١٩٢٠ (المعدل عام ١٩٢٩) في مادته السابعة والثلاثين بعد المائة على اقامة محكمة للنظر في دستورية القوانين تحت اسم (محكمة القضاء الدستوري). اما اسبانيا الجمهورية فهي الدولة الوحيدة التي فتحت بشكل واسع أمام الأفراد هذا النوع من الدعوى حيث نص دستورها (٩ كانون الأول ١٩٣١ م ١٢١ وما بعدها) على انشاء محكمة الضمانات الدستورية التي تقام الدعوى أمامها من قبل الادعاء العام والمحاكم وقبل كل مواطن أو شخصية جماعية حتى ولو لم يمسه ضرر في القانون محل الطعن اما فقد نص دستور (٢١ آذار ١٩٢٥ م ٨١) على تشكيل محكمة عليا يناط بها أمر النظر في دستورية القوانين. وفي عهد الجمهورية نص دستور الجمهورية الرابعة (الدستور ٢١ ايلول ١٩٦٨ المؤقت في مادته السابعة والثمانين على أن تشكل بقانون) يكون مهامها للبت في دستورية القوانين وبالفعل فقد صدر في ١٤ تشرين الثاني ١٩٦٨

(١) د. احسان حميد المفرجي، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، الطبعة الثانية،

لسنة ٢٠٠٧، ص ١٧٦ وما بعدها.

(٢) الدكتور فؤاد العطار، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

(٣) أ.د. حميد حنون. خالد، مصدر سابق، ص ١٧٣ وما بعدها.

قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨^(١). الا ان اهمية الموضوع محل البت (وهو الحكم بإلغاء قانون ما) جعل امر الرقابة على دستورية القوانين لا يعهد الى اية محكمة من المحاكم الاعتيادية وانما الى اعلى محكمة اعتيادية في الدولة فهذه المحكمة العليا بالإضافة إلى اختصاصاتها النظر في مختلف الدعوى المدنية والجزائية. تنظر في الدعوى المقامة على القوانين التي يدعي انها مخالفة للدستور. فامر الرقابة على دستورية القوانين قد عهد الى اعلى درجة. درجات المحاكم الاعتيادية وذلك لأهمية موضوع الدعوى والنتائج المترتبة على اصدار حكم في هذه الدعوى وهو الغاء القانون اذا تبينت مخالفته للدستور^(٢).

والرقابة القضائية بطريقة الدعوى المباشرة هي قاعدة عامة لاحقة على صدور القانون ولكنها قد تكون رقابة سابقة وذلك اذا حدد الدستور هيئة قضائية معينة يجوز أن يدفع أمامها قانون معين قبل اصداره وبهذه الهيئة الغاء المشروع اذا تبين لها انه مخالف للدستور^(٣).

ثانيا: للرقابة عن طريق الدعوى الأصلية (طريق الالغاء) صورتان هما

أ. رقابة الالغاء السابقة:

وبمقتضاها يكون الرئيس الدولة حق الاعتراض على أي قانون اقره القانون واحالته الى المحكمة العليا للنظر في دستوريته. ويتوقف مصير القانون على الحكم الصادر هذه المحكمة. فهي قضت بدستوريته امكن أن يستكمل الإجراءات اللازمة نحو نفاذه. وان اصدرت المحكمة حكمها بعدم دستورية ذلك القانون اعتب هذا كان لم يكن ومن هذه الدول التي تبنت هذا الاجراء (ايرلندا الحرة) وبعض دول امريكا اللاتينية مثل كولومبيا، بنما والاكوادور. تقرب هذه الرقابة والرقابة السياسية لكنها تختلف عنها من حيث الأثر المترتب على الحكم^(٤)

فبعد تشريع او سن القانون من قبل السلطة التشريعية المكلفة بإعداد القانون يرسل القانون للتصديق عليه لغرض اصداره وقد يرتأي رئيس الجمهورية من ارسال هذا القانون الى محكمة خاصة يحددها الدستور للتأكد من عدم تعارض القانون مع الدستور فتحريك الرقابة يكون من السلطة وليس من قبل الأفراد. وقد اخذ دستور ايرلندا السنة ١٩٣٧ حيث يتعين على رئيس

(١) د. مندر الشاوي، القانون الدستوري، نظرية الدستور، الجزء الثاني، بغداد ١٩٨١، ص ٦٠.

(٢) نفس المصدر، ص ٥٩.

(٣) احسان حميد المفرجي، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٤) د. اسماعيل مرارة، مصدر سابق، ص ١٩٢.

الدولة اذا رغب بممارسة حق المراقبة أن يحيل القانون في ظروف (سبعة أيام من تاريخ استلامه للقانون الى حكمة العليا بعد استشارته لمجلس الدولة ويجب على المحكمة العليا أن تصدر حكمها في فترة لا تتجاوز (ستين يوما)). فاذا أصدرت المحكمة حكما بدستورية القانون المحال اليها وجب على رئيس الدولة اصداره وأن قضت بالعكس فعندها يتمتع رئيس الجمهورية من التصديق على القانون وكأنه لم يوجد^(١).

وخذ دستور البحرين بالرقابة السابقة فضلا عن اللاحقة ذلك بإعطائه للملك صلاحية احالة ما يراه من مشروعات القوانين الى حكمة الدستورية قبل اصدارها التقرير مدى مطابقتها للدستور وبعد التقرير ملزما لجميع سلطات الدولة ولكافة وفقا لمادة ١٠٦ من الدستور^(٢).

ب- رقابة الغاء اللاحقة:

تباشر هذه الرقابة على القوانين بعد صدورها ولذلك سميت بالرقابة اللاحقة حيث يجوز الطعن في القانون غير الدستوري من قبل الافراد او من قبل هيئات حكومية. ذلك عن طريق اقامة دعوى أصلية أمام المحكمة المختصة التي خولها الدستور صلاحية النظر في هذه الدعوى وهكذا يلاحظ أن هذه الرقابة هجومية حيث لا ينظر لشخص تطبيق القانون عليه لكي يرفع بعدم الدستورية انما يجوز له مهاجمته من خلال رفع دعوى عدم الدستورية^(٣).

ولم يكن للأفراد في معظم هذه الدول في الأصل تقديم الطعن بالإلغاء الى المحكمة الدستورية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. ثم أجاز لهم ذلك عن طريق غير مباشر وبيان ذلك يتقدم الأفراد بالطعن بعدم دستورية قانون ما امام بعض المحاكم. فان اقتنعت هذه بجدية الطعن تقدمت به الى المحكمة الدستورية وهكذا أصبح من الأفراد في تلك الدول الرقابة دستورية القوانين فاذا ما صدر قانون اظهر للأفراد انه غير دستوري لجا هؤلاء الى بعض المحاكم وتكون هذه عادة المحكمة العليا في البلد لأثارة دعوى للطعن بالإلغاء فان اقتنعت هذه المحاكم بوجهة نظر الافراد تتقدم هي بالطلب الى المحكمة الدستورية وعلى قرار المحكمة يتوقف مصير القانون^(٤).

(١) د. حسان محمد شفيق العاني، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

(٢) حميد حنون خالد، مصدر سابق، ص ١٧٥.

(٣) حميد حنون خالد، مصدر سابق، ص ١٧٥ وما بعدها.

(٤) اسماعيل مرارة، مصدر سابق، ص ١٩٣.

ثالثا: تقدير الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية

١ - مزايا:

تحقق الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية بعض المزايا. تمتاز الرقابة القضائية بواسطة الدعوى المباشرة بأنها تنيط الرقابة الى جهة قضائية واحدة سواء كانت أعلى هيئة قضائية في الدولة أو هيئة قضائية متخصصة. ومن شان هذه الميزة انها تؤدي الى وحدة الحلول القضائية بشأن دستورية القوانين. ذلك لأن المحكمة المكلفة بالنظر في دستورية قانون معين تصدر حكمها بشأنه سلبا او ايجابا. في كلتا الحالتين لا يمكن اثاره مسالة دستورية ذلك القانون مرة ثانية لان قرارها يتمتع بحجية مطلقة لكونه يسري تجاه الكافة^(١).

وتمتاز رقابة الالغاء بأثرها الحاسم في مواجهة القوانين واللوائح غير دستورية اذا تعمل على الغائها واعدامها. بهذا تصان الحقوق وتحفظ الحريات المنصوص عليها في الدستور من تعسف واستبداد السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في وضع تسعين فيه إلى تماشي التشريعات الصادرة منهم مع أحكام الدستور خشية الغائها. كما انها تحفظ استقرار المعاملات وثبات الأوضاع القانونية ووحدها بإلغائها التشريع المخالف للدستور لكافة السلطات والأفراد^(٢).

هكذا نرى أن طريق الدعوى الأصلية بانها طريقة هجومية وليس دفاعية بمعنى ان المواطن او صاحب الشأن يهاجم القانون مباشرة أمام المحكمة الدستورية بدعوى مبتدأة يرفعها استقلاللا عن أي نزاع اخر. كما تميز هذه الطريقة بان حكم المحكمة الدستورية يحسم المنازعة بشأن دستورية القانون بصفة نهائية وبحكم يحوز حجية مطلقة ازاء كافة وكل السلطات^(٣).

فعندما يعهد للمحكمة العليا بالنظام القضائي للدولة بممارسة الرقابة على دستورية القوانين. فهذا يتوافق تماما مع الاختصاص الطبيعي للقضاء باعتبار أن القضاء هو المختص اصلا بالرقابة على دستورية القوانين الأمر الذي لا يثير اية حساسية لدى المشرع عند قيام المحكمة العليا بإلغاء القوانين غير الدستورية الصادرة منه وذلك على خلاف ما اذا انيط هذا الاختصاص الى محكمة دستورية خاصة. كما قيل ايضا بان المحكمة العليا التي تمارس الرقابة

(١) د. احسان حميد المبرجي، مصدر سابق، ص ١٨١.

(٢) أ.م.د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٣) محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

على دستورية القوانين تبقى محتفظة بطابعها القضائي الخاص. بعكس ماذا انيطت هذه الرقابة بمحكمة دستورية خاصة. فانه يكون من الممكن ادخال بعض العناصر السياسية في تشكيلها^(١).

٢ - عيوب:

غير أن هذه الرقابة تعرضت للانتقاد من جانب الفقه الدستوري. لأنها تمثل خروج على حدود مهمة القضاء وتؤدي الى تدخله في العمل التشريعي مما يعد مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات. هذا وأن منح المحكمة سلطة الغاء القانون اذا اقتنعت بانه غير دستوري يعطيها مركزاً قوياً ونفوذاً كبيراً اتجاه سلطات الدولة الأخرى^(٢).

وترى أن هذه الانتقادات التي وجهت الى الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية ليس بتلك الأهمية التي تقلل من قيمة المميزات التي يحققها هذا الأسلوب من الرقابة. فالمحكمة التي تباشر الرقابة دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية. اذا افترضنا انها تعلق على بقية السلطات وخصوصاً السلطة التشريعية. فان هذا العلو لم يأتي من فراغ. انما جاء بموجب نص دستوري اعطاها هذه المكانة وعليه فان هذا العلو على السلطة التشريعية لا يكون الا اذا قامت الاخيرة بتجاوز حدود اختصاصاتها المرسومة في الدستور أي أن هذا العلو يأتي من عمل السلطة التشريعية نفسها^(٣).

الفرع الثاني: الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية

ان الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدعوى تعني اقامة دعوى أمام محكمة اعتيادية او مختصة على قانون يعتقد أنه مخالف للدستور بغية الحصول على حكم (قرار من هذه المحكمة بإلغائه أي ازالته من وجوده).

فالرقابة على دستورية القوانين بطريق الدعوى تتضمن في الحقيقة مهاجمة قانون ما بغية ازالته نهائياً لأنه يتناقض مع الدستور. ولا شيء من كل هذه في الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع فهذه الطريقة لا تتضمن اقامة الدعوى على القانون المشكوك بدستوريته. وانما

(١) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٢) د. حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(٣) رياض محسن مجول، مصدر سابق، ص ٥٨.

تتضمن التخلص من تطبيقه على شخص معين في دعوى مدينة (المطالبة بدين) أو جزائية (إيقاع عقوبة الحبس) اقيمت امام محكمة اعتيادية (مدنية، جزائية) فالمدعي عليه الذي تراد ادانته وفقا لقانون معين يدفع بان القانون المذكور يخالف او يناقض الدستور. بالتالي يطلب عدم تطبيقه في القضية التي قدم من اجلها للمحاكمة. فهناك اذن دعوى (مدنية او جزائية) بين شخصين (و ليس بين شخص وقانون ما) دائما يقوم بذلك بقدر ما يكون ذلك ضروريا لحسم القضية المعروضة امامه. فان وجد القانون المذكور مخالفا للدستور اقتصر على عدم تطبيقه على القضية المعروضة امامه اما اذا لم يجد القانون الذي يرى المدعي عليه بانه مخالف للدستور فانه يقوم بتطبيقه على القضية المذكورة^(١).

في هذه الطريقة للرقابة القضائية لا ترفع الدعوى الأصلية مباشرة لإلغاء القانون لعدم الدستورية. انما تثور دستورية القانون بطريقة فرعية اثناء نظر قضية موضوعية معروفة امام احدى المحاكم. فطريق الرفع الفرعي يفترض أن هنالك نزاعا ما مطروحا امام محكمة جنائية او مدنية او ادارية. وهنالك قانون معين مطلوب تطبيقه في هذا النزاع. حينئذ يقوم الخصم المطلوب تطبيق القانون عليه بالرفع بعدم دستورية ذلك القانون^(٢).

ويبني على ذلك أن المحكمة في هذه الصورة لا نقضي في دستورية القانون وعدم دستورية من تلقاء نفسها بل بناء على دفع من احد الخصوم كما يصح للمحكمة ذاتها اذا قضت بعدم دستورية قانون في نزاع معين أن تعدل عن رايها الاول وتقرر دستورية القانون في نزاع اخر معروض عليها. في الحالتين يظل القانون قائما الى ان يلغي بقانون اخر ولكن الى يتم الغاء هذا القانون من جانب الشارع يجوز تطبيقه على حالات اخرى^(٣).

هذا ولا تحتاج رقابة الامتناع الى نص يقرها لممارستها. اذ يمكن للقاضي الركون اليها في حالة غياب النص لذا مارسها كل من القضاء الأمريكي واليوناني والنرويجي والكندي والاسترالي والقضاء المصري قبل تأسيس المحكمة الدستورية العليا ١٩٧٩.

(١) د. منذر الشاوي، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

(٣) د. فؤاد العطار، مصدر سابق، ص ٢٦٤.

ولا تقتصر رقابة الامتناع على محكمة واحدة سواء كانت محكمة عليا او محكمة دستورية متخصصة وانما تقرر لجميع المحاكم وعلى اختلاف درجاتها وينحصر اثر الحكم الصادر بالامتناع عن تطبيق قانون بعدم دستوريته في أطراف النزاع فقط. اذا تتعد له حجبة التنبية بان يكون اثره مقتصر على اطراف الدعوى دون غيره. لهذا لا يكون ملزما للسلطات تشريعية كانت ام تنفيذية كما لا يكون ملزما للمحكمة ذاتها في قضية اخرى اذا رات ان القانون موافق للدستور اذا يبقى القانون حيا قابلا للتطبيق^(١).

وتعتبر الرقابة القضائية بطريق الرفع بعدم دستورية وسيلة دفاعية هدفها التخلص من تطبيق قانون معين دون المساس به وفي حين تميز الرقابة بطريق الدعوى المباشرة وسيلة هجومية هدفها الطعن في قانون معين بغية الغاءه لأنه يخالف الدستور^(٢).

فنظر المحكمة في دستورية القانون. انما يكون بصورة عرضية ومتفرعة عن الدعوى المرفوعة أمامها. ولا يكون بصورة اصلية او مباشرة لان نظر المحكمة في دستورية القانون يتوقف على دفع يتقدم به احد اطراف الدعوى يطعن فيه بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه والحق في الطعن بعدم دستورية مباح في أي مرحلة كانت عليها الدعوى شرط الا يكون قد صدر فيها حكم اكتسب درجة البتات دون تقيد بمدة معينة حيث يمكن للدفع بعدم الدستورية متى قامت الدعوى في الوقت المناسب لصاحب الشأن أي كانت المدة التي قضت على حدود القانون^(٣).

وأن نظام الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القانون يكون لجميع المحاكم على اختلاف درجاتها (حق الرقابة على دستورية القوانين اذ ان الطبيعة القانونية للرقابة كجزء من السلطة القضائية أن تقوم المحكمة مهما كانت درجاتها بحل النزاع الذي قد يحدث بين القوانين التي تحكم النزاع المعروف عليها فتغلب نص الدستوري الأعلى اثناء قيامها بتعيين القانون الواجب تطبيقه. قد اطرده الكتاب في مصر على التعبير عن الدفع بعدم الدستورية بانه (الدفع الفرعي) والواقع أن وصف الدفع بانه فرعي تزيد لا موجب له. فالدفع لا يتصور الا أن يكون فرعيا أي متفرعا عن خصومة قائمة.

(١) أ.م.د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٢) د. حسان حميد المبرجي، مصدر سابق، ص ١٨٢.

(٣) رياض محسن مجول، مصدر سابق، ص ٥٩.

وفقا لهذه الطريقة يمكن القاضي من فرض رقابته عن طريق الدفع الذي يدفع به احد الأطراف في الدعوى منظورة أمام القضاء بعدم دستورية القانون الذي يكون مطلوبا تطبيقه عليه. فاذا كان القاضي بصدد النظر الدعوى مرفوعة فان المحكمة بعد تيقنها من صحة الدفع تستبعد احكام ذلك القانون (غير الدستوري) وليس معنى ذلك أن يتساوى ابتعاد القانون بإلغائه او بطلانه وانما فقط تجاهله وتطبيق النص الدستوري الاسمي بدلا منه^(١).

تقدير الرقابة بواسطة الدفع بعدم الدستورية (رقابة الامتناع)

١ - مزايا:

تمتاز هذه الطريقة بكونها اقل من سابقتها اثارة حساسية المشرع نظرا الى انها لا تلغي القانون الغاء كليا بالنسبة للكافة وبالتالي لا تؤدي إلى مثل ما تؤدي اليه الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية من تصادم وتصارع مع البرلمان ممثل الشعب^(٢). وتمتاز هذه الطريقة بالبساطة وانها لا تثير حفيظة المشرع تجاه الرقابة القضائية فسلطة القاضي هنا لا تمتد إلى الغاء القانون وانما تنحصر في الامتناع عن تطبيقه في النزاع المعروف امامه فقط. ويبقى القانون قائما خارج نطاق هذا النزاع وهذا الحكم لا يقيد المحاكم الأخرى ولو دفع امامها بعدم دستورية نفس القانون بل انه لا يقيد ذات المحكمة في المستقبل. فيجوز لها العدول عن قرارها السابق كما أن هذا النوع من الرقابة لا يحتاج الى نص دستوري ينظمه حتى تمارسه المحاكم. وبالتالي فان سقوط الدستور او تعديله لا يؤثر في ممارسة الرقابة طالما لم ينص الدستور الجديد على حظر هذه الرقابة^(٣).

٢ - عيوب:

بالرغم من هذه المزايا فقد تعرضت رقابة الامتناع الى انتقادات تابعين من تجربتها في الولايات المتحدة وهما:

(١) مستشار دكتور اشرف فايز اللساوي، المبادئ الدستورية في التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠١٠، ص ١٨ وما بعدها.

(٢) د. خليل حميد عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٩٠.

(٣) رياض محسن مجول، مصدر سابق، ص ٦٧ وما بعدها.

١. الانتقاد الأول: تتناقض الأحكام اذ يؤدي اكتساب الحكم الصادر بالامتناع للحجية النسبية الى قصره على اطراف النزاع دون أن يمتد إلى السلطات أو المحاكم الاخرى وبالتالي يمكن أن يكون ذات قانون دستوري في محكمة غير دستوري في محكمة اخرى مما يؤدي إلى عدم استقرار الأوضاع القانونية واضطرابها^(١).

٢. الانتقاد الثاني: يؤدي هذا الأسلوب الى احلال تقدير القضاء محل تقدير المشرع في مدى موافقة القانون الأحكام الدستور كما أن هذا الاسلوب لا يؤدي الى دفع الضرر الناتج عن القانون غير الدستوري. حيث لا يمكن الدفع بعدم دستورية الا في حالة رفع الدعوى فعلا في الخصوم وحتى يتم ذلك فان على الأفراد تحمل الضرر الناتج عن تطبيق القانون دون أن يكون لهم دفعة او ان القانون لا ينطبق فيبقى الأفراد مهددين بتطبيقه في أي وقت^(٢).

(١) أ.م.د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٢) رياض محسن مجول، مصدر سابق، ص ٦٨.

المطلب الثالث: مزايا الرقابة القضائية

١. تقدم ضمانات اكيده لحسن سير القضاء جعله يمارس رقابة فعالة في مواجهة السلطات العامة من خلال الاجراءات التي اعتاد على انتهاجها كعلنية الجلسات وحرية التقاضي وحرية الدفاع والتزام القاضي بتسييب احكامه تعدد القضاة في كثير من الأحيان^(١).
٢. الرقابة بواسطة هيئة قضائية تتفق مع مشكلة رقابة دستورية القوانين وذلك أن هذه المشكلة هي اساسا مشكلة قانونية ليس سياسية لأنها لا تتعلق بملائمة القانون بالظروف الاجتماعية والاقتصادية وانما تتصل بمدى مطابقة القانون او عدم مطابقتها لمبادئ ونصوص الدستور باعتباره القانون الاعلى وتلك مشكلة قانونية ومن ثم يجب أن يختص بها بما له من خبرة قانونية في تفسير القوانين وتطبيقها.
٣. القضاء يتميز بالحيده والاستقلال وهو ما يوفر ضمانات جدية لبحث دستورية القوانين ام الرقابة بواسطة هيئة سياسية فهي لا تتوفر ضمانات الحيده والاستقلال لان هذه الرقابة السياسية يكون اختيار اعضائها غالبا بيد البرلمان والحكومة او الاثنين معا ففي الحالتين ستكون خاضعة في قراراتها لتأثيرها ان تصورنا هذه الهيئة السياسية منتخبة من الشعب فسوف تتنافس البرلمان وتعطل قوانين بلا مبرر جدي.
٤. الرقابة القضائية تعطي دائما امكانية للأفراد كمواطنين للطعن على القوانين التي تهدر او تنتقص من حرياتهم وحقوقهم العامة أو الاساسية وهذا واضح في ظل اسلوب الدفع الفرعي مجددا اما لمحاكم بعدم دستورية القانون وموجود ايضا في تشريع المقارن في ظل وجود محكمة دستورية عليها اذا يسمح بدفع فرعي امام محكمة ويدفع التنازع على الدستورية من المحكمة الدستورية بإذن الموضوع الجانب ان في المانيا هناك امكانية الدعوى اصلية مباشرة أمام الدستورية وهذا أو ذلك لا يتحقق في الرقابة السياسية فالمواطن ليس له حق الطعن امام هيئة الرقابة^(٢).

(١) د. خليل حميد عبد الحميد، المصدر السابق، ص ٨٤.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٢٦١.

المطلب الرابع

تطبيق الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية

١. الدفع بعدم الدستورية: يفترض في هذه الحالة أن تكون هناك دعوى منظورة أمام القضاء جنائية أو مدنية فيدفع أحد الأطراف بعدم دستورية القانون التطبيق في تلك الدعوى وفي هذه الحالة يكون اختصاص المحكمة بالتأكد في دستورية القانون قد جاء متفرعا عن الدعوى المطروحة أمامها. لذلك يطلق على هذا النوع من الدفع (الدفع الفرعي) فإذا رأت المحكمة أن القانون غير دستوري امتنعت عن تطبيقه وسلت في الدعوى بما فيه صالح المدعي أو المدعي عليه^(١).

ان الحكم الصادر من المحكمة بالامتناع عن تطبيق القانون ذو حجية نسبية لذا يبقى قائما نافذا في الحالات الاخرى ولا يسري اثره الا في الدعوى لذي انتهت بالامتناع عن تطبيقه^(٢).

٢. الأمر القضائي: تتلخص هذه الصورة بالسماح لأي شخص باللجوء الى المحكمة والطلب منها أن توقف تنفيذ قانون ما. على اساس انه غير دستوري وان تنفيذه قد يلحق ضررا به. فاذا ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري تصدر امرا قضائيا الى الموظف المختص بعدم تنفيذ القانون. وعلى الموظف أن يلتزم بذلك. الا تعرض للمسالة القانونية بتهمة (احتقار المحكمة).

ونظرا لإساءة استخدام هذا الأسلوب اصدر الكونجرس قانونا في سنة ١٩١٠ جعل مهمة اصدار الأمر القضائي من اختصاص محكمة اتحادية مؤلفة من ثلاث قضاة. مع جواز الطعن في قراراتها أمام المحكمة الاتحادية العليا المباشرة^(٣).

(١) أ.د. حميد حنون خالد، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٢) أ.م. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٣) حميد حنون خالد، مصدر سابق، ص ١٧٢.

٣. الحكم التقريري او الاعلان القضائي: الحكم التقريري او الاعلان القضائي هو طريقة توضيحية لمضمون قانون ما تتم عن طريق اقامة دعوى مباشرة من مدعي امام القضاء يطلب فيها من المحكمة توضيح مضمون القانون الذي سيطبق عليه وبيان ما اذا كان موافقا للدستور او مخالفا له. استعملت هذه الطريقة في الرقابة منذ عام ١٩١٨ ولا يشترط وجود منازعة دائمة هي اسلوب وقائي يلجأ اليه الطاعن اذا ما اعتقد ان ثمة قانون مخالف للدستور سيطبق عليه. فان قضت المحكمة بعدم دستورية بالإعلان القضائي احتج بهذا الحكم لتفادي تطبيق القانون عليه وقد رفضت المحكمة في بادئ الأمر اللجوء الى هذا الأسلوب لعدم وجود منازعة الا انها عدلت عن موقفها هذا وقررت ممارسة الرقابة. تؤكد الأمر بإصدار الكونجرس قانون عام ١٩٣٤ الذي يخول المحاكم الاتحادية ممارسة هذا النوع من الرقابة^(١).

(١) أ.م.د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق، ص ١٣٠.

الخاتمة

نستخلص من دراستنا عن الرقابة على دستورية القوانين منها عدة نتائج تمثل في

الآتي:-

١. تعد الرقابة على دستورية القوانين ضمانا حقيقية ومهمة للمحافظة على احكام الدستور وحماية حقوق وحرقات الأفراد من جور وتعسف السلطة التشريعية واستبدالها فكون هذه السلطة منتخبة من الشعب يعني أنها ستكون بعيدة الانحراف او الاستبدال. اذا لم توجد قيود تحد من سلطتها وتلزمها بحدود اختصاصاتها المرسومة في الدستور فالسلطة التي لا تحدها حدود ولا تقيدتها قيود لا تكون سلطة قانون وانما تكون سلطة استبدال وقوة. وقديما قالو ان الفضيلة نفسها في حاجة الى حدود. الا نغالي في القول اذا قلنا ان الرقابة على دستورية القوانين توازي في اهميتها اهمية النصوص الدستورية نفسها. فلا قيمة للنصوص الدستورية اذا لم يوجد جزاء يترتب على مخالفتها. ويضمن الالتزام بها ولا يمكن فرض هذا الجزاء ما لم توجد جهة تراقب عمل السلطة التشريعية وتبين مقدار التزامها بحدود اختصاصاتها مدى توافق القوانين التي تسنها مع الدستور. تقرر فرض الجزاء المترتب على مخالفة احكامه ذلك غير ممكن التحقيق الا عن طريق الرقابة على دستورية القوانين. فالرقابة على دستورية القوانين تعمل على منع استبدال السلطة التشريعية والحيلولة دون اساءة استعمال هذه السلطة.

٢. ان ادخال العيوب الشكلية التي تلحق بالقانون ضمن نطاق الرقابة على دستورية تضمن لنا التزام السلطة التشريعية بحدود اختصاصاتها فاذا صدر قانون دون أن يستكمل الاجراءات الشكلية الضرورية لإصداره كان هذا القانون معدوما غير أن هذا القانون لا ينفي شبيهه وجود القانون. لذلك كان لزاما وجود جهة تقرر أن هذا القانون قد خالف الاجراءات الشكلية الضرورية الموجودة وما يترتب على ذلك من انعدام هذا القانون أي ان ادخال العيوب الشكلية ضمن نطاق الرقابة على دستورية القوانين. هو الذي يكفل احترام السلطة التشريعية لأحكام الدستور. ضمان عدم سنها أي قانون يخالفه.

٣. لم يكن موقف الدول من الرقابة على دستورية القوانين موقفا واحدا فقد اختلفت مواقفها بين من منعها أو سكت عنها او من اخذ بها وعين الجهة التي تباشرها. قد اتجهت

الدول الى اناطة امر الرقابة على دستورية القوانين الى الجهة القضائية بعد ما تبين لها أن عدم فعالية الرقابة السياسية في ضمان الالتزام بأحكام الدستور جراء عدم الحيادية واللاموضوعية اللتان تتصف بهما الهيئة السياسية عملها. وقد اوكلت بعض الدول امر الرقابة الى القضاء العادي في حين قام قسم آخر بإنشاء محكمة خاصة لهذا الغرض.

وقد تبين لنا أن الأسلوب الأخير هو الأمثل لممارسة الرقابة على دستورية القوانين نظرا لإمكانية تشكيل هذه المحكمة من اعضاء يملكون الخبرة والدراية بالأمور القانونية والسياسية ومن ثم تكون الأحكام الصادرة عنها متناسبة مع ما يترتب على تلك الأحكام من آثار قانونية أو سياسية وتكون الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة ذات حجية مطلقة وحماية المشكلة دستورية القانون. وما يترتب على ذلك استقرار الأوضاع ولمركز القانونية. كما أن هذه المحكمة تكون خارج السلم القضائي للدولة وبذلك فإنها لا تثير حفيظة السلطة التشريعية من قيام القضاء بمراقبة اعمالها.

المصادر والمراجع

١. احسان حميد المفرجي، النظرية العامة في النظام الدستوري للنظام الدستوري في العراق، الطبعة الثانية، لسنة ٢٠٠٧.
٢. اسماعيل مرارة، القانون الدستوري، العلم السياسي، الطبعة الثالثة، لسنة ٢٠٠٤.
٣. اشرف فايز اللساوي، المبادئ الدستورية في التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى لسنة ٢٠١٠.
٤. حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، القاهرة.
٥. حميد حنون خالد، القانون الدستوري، تطور النظم السياسية في العراق، لسنة ٢٠١١.
٦. حنان محمد القيسي، الوجيز نظرية الدستور.
٧. خليل حميد عبد الحميد، القانون الدستوري، المكتبة القانونية، شركة العاتك لصناعة الكتب، لسنة ٢٠٠٩.
٨. عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، لسنة ٢٠٠٩.
٩. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري، النظرية العامة للنظام الدستوري في العراق، الطبعة الثانية، لسنة ٢٠١٣.
١٠. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، لسنة ١٩٧٤.
١١. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة على دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة لسنة ٢٠١١.
١٢. محمد علي ال ياسين، القانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة المعارف، بغداد، لسنة ١٩٦٤.
١٣. منذر الشاوي، القانون الدستوري (النظرية الدستور) بغداد، الجزء الثاني لسنة ١٩٨١.
١٤. نعمان احمد الخطيب، الوجيز في النظم السياسية، لسنة ١٩٩٩.

الرسائل

١. رياض محسن مجول، الرقابة على دستورية القوانين، موقف الدساتير العراقية منها، رسالة في القانون الدستوري، جامعة عدن، لسنة ٢٠٠٠، غير منشورة.