وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عباس لغرور خنشلة
كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق
نيابة العمادة للدراسات في التدرج

دور القضاء في مراقبة دستورية القوانين

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون دستوري

الطالبين
فريال بوقرة
كلثوم هاني

إشراف الأستاذ
أ.حمزة جبايلي

لجنة المناقشة

اللقب و الإسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د.خلاف بدر الدين	أستاذ محاضر –ب–	خنشلة	رئيسا
أ. جبايلي حمزة	أستاذ مساعد –أ–	خنشلة	مشرفا و مقررا
أ.جبايلي صبرينة	أستاذ مساعد –ب–	خنشلة	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية 2015-2016

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى على فضله و توفيقه لنا، والقائل في محكم تنزيله

"**لئن تشكرتم لأزيدنكم**".

ونتقدم مصداقا لقول النبي عليه الصلاة و السلام "**من لم يشكر الناس لم يشكر الله**".

نشكر كل من ساهم من قريب او من بعيد في انجاز هذه الدراسة و تشكراتنا الخالصة

الى الاستاذ المشرف "**جبايلي حمزة**" الذي سهل لنا طريق العمل و لم يبخل علينا بنصائحه

القيمة ، فوجهنا حين اخطانا وشجعنا حين الصواب، فكان نعم المشرف .

كما نتقدم ايضا بفائق الشكر و التقدير الى اساتذتي الموقرين اعضاء لجنة المناقشة

على تفانيهم الكبير في تأطير البحث العلمي ، و على قبولهم مناقشة هذه المذكرة

رغم مشاغلهم الكثيرة فلكم اساتذتي جزيل الشكر.

كما نتقدم بالشكر الى جميع اساتذتنا الذين اشرفوا على تدريسنا،

ولكل من ساهم بالكثير او القليل، من قريب اوحتى من بعيد في اقتراح

هذه الدراسة الى النور.

و في الاخير نحمد الله علا وجل الذي اعاننا في انهاء هذه الدراسة .

حياتنا الم ، يغطيها امل ، يحققها عمل ، نهايتها اجل ولكل امرئ جزاء بما عمل

كلثوم / فريال

اهداء

اهدي ثمرة جهدي الى من يجب له الحمد اولا و اخيرا لأنه كان لي معينا ، الى من يستحق الشكر كله و الثناء اليك ربي عسى ان تقبله مني خالصا لوجهك الكريم .

هنا سوف اضع كلمات لكل من ترك بصمة في حياتي و غير مجراها و عمق في توسيع مداركي العلمية و العقلية لكل من علم احزاني بين فترة و اخرى الى ينبوع الحنان الذي لا يمل العطاء الى "**والدتي العزيزة**" .

الى من سعى و شقا لأنعم بالراحة و الهناء الذي لم يبخل بشي من اجل دفعي الى طريق النجاح الذي علمني ان ارتقى سلم الحياة بحكمة وصبر الى " **والدي العزيز** ".

الى من يجري في عروقي دمه ، و اعتز بكوني منه و كونه مني، الى اخي امين.

الى رفيقة دربي و اختي الوحيدة منال، و الى صديقاتي مليكة، سارة، سوهة، اية، صفوة.

الى كل من رفيقاتي : امال ، انصاف، منى ، احلام ، حنان .

دون ان انسى صديقي العزيز عبد الرؤوف .

و الى كل من تناسهم قلمي فهم بالقلب مذكورين و موجودين

فريال

اهداء

الهي لا يطيب الليل الا بشكرك ، ولا يطيب النهار الا بطاعتك ، و لا تطيب اللحظات الا بذكرك ، و لا تطيب الجنة الا برؤيتك جل جلالك .

الى من بلغ الرسالة و ادى الامانة سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم سيد الخلق

الى من احمل اسمك بفخر

الى من جرع الكاس فارغا ليسقيني قطرة حب

الى من حصد الاشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم الى القلب الكبير ابي العزيز

الى كل من في الوجود بعد الله و رسوله

الى من ارضعتني الحب و الحنان الى رمز الحب و بلسم الشفاء

الى القلب الناصع بالبياض امي الحبيبة

الى من اظهروا لي ما هو اجمل من الحياة الى القلوب الطاهرة الرقيقة الى رياحين حياتي اخواتي ، رباب ، عفراء ، امينة ، خنساء ، لينة.

الى من يجري في عروقي دمهم ، و اعتز بكوني منهم و كونهم مني ، الى اخوتي ، زايد ، ايمن ، بلال ، فيصل ، زين الدين .

الى من كانوا ملاذي و ملجئي الى من تذوقت معهم اجمل اللحظات صديقاتي فريال ، شيماء، خولة ، هاجر ، ريمة ، مروى ، شيما، صفاء ، اسيا، مريم .

الى كل معارفي سواء من قريب او من بعيد

الى كل من يجعل العلم غاية يستعين لتحقيقهو يجاهد في سبيله

الى كل هؤلاء اهدي هذا الانجاز

كلثوم

مقدمة

مقدمة :

يرتد أساس فكرة الرقابة على دستورية القوانين الى نظرية أولئك الفلاسفة الذين كانوا يؤمنون بقانون طبيعي يسمو فوق سائر القوانين الوضعية بحيث لا تملك تلك القوانين أن يخرج عليه فإن هي خرجت عن العادات الطبيعية و لا تستطيع أن تلزم الناس الى بالقهر و الإنكار.

و إذا كانت الأديان السماوية ترى أن المبادئ و القواعد السماوية أسمى من القواعد الوضعية فإنها تلزم المشرع الوضعي و تسمو عليه و لا تجوز له الخروج عليها و إلا أصبح في اعتبارهم خارجا على مبدأ المشروعية .

الدولة الحديثة في الأغلب دولة لها دستور يحدد سائر السلطات الأخرى يحدد إختصاصاتها و كيفية ممارسة هذه السلطات بما فيها السلطة التشريعية و يبين كيفية تكوينها و كيفية ممارستها لإختصاصها ، فإن تلك السلطة التي حددها الدستور لا تستطيع الخروج عن الدستور الذي يمنحها سند وجودها و سند اختصاصها ، حيث أن علو الدستور يصبح كلمة عديمة القيمة إذا أمكن مخالفتها من جانب أجهزة الدولة بلا جزاء و منه و في هذا السياق نطرح الإشكال التالي المصحوب بتساؤلات فرعية.

أهمية الموضوع :

لهذا البحث أهمية نظرية تتمثل في بحث و تحليل و تقييم تجربة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدول حديثة العهد بهذا النظام ، و ما حققه هذا النظام من إيجابيات وانتصارات ، وهذا ما أكدته الأحكام و القرارات التي صدرت عن المحاكم الدستورية من احترام الوثيقة الدستورية أو المشروعية وسيادة القانون ، و ما اخفقت في تحقيقه حتى الآن.

أهمية علمية :

تتمثل فيما تحقق من مساهمة إيجابية لهذه الرقابة من معاصرة و تفعيل الحرك السياسي و الديمقراطي للمجتمعات و تسيير إندماجها مع النظم و السياسات الدولية و المتغيرات التي إجتاحت دول العالم المتقدم و النامي على حد سواء ، حيث ستضع هذه الدول على قدم المساواة مع غيرها من دول العالم المتمدن في الأخذ بأفضل السبل من حيث الرقابة القضائية على

دستورية القوانين.

كما تكمن أهمية هذه الدراسة من جهة أخرى في أنها تسد ثغرة في ميدان البحث ، حيث لم تتطرق دراسة في حدود علم الباحث الى هذا الموضوع، و لهذا تعد الدراسة إثراء جديدا في هذا المجال لندرة تلك الدراسات في هذا الميدان، كما أنها تفتح بابا جديدا للدارسين للولوج الى هذا الميدان مما يؤدي الى نتائج إيجابية تعود بالنفع على المواطن و الحاكم على حد سواء.

وهناك أهمية نفسية:

من وجهة نظري تتحقق من خلال هذا البحث و هي أن المواطن العربي سيشعر بالارتياح النفسي، حين يطمئن بأن هناك جهة مسؤولة عن تحقيق العدالة في هذا الشأن ، و أن الأمور تسير في نصابها و للصالح العام، فيطمئن و يبدع و يبتكر و يشعر بالفخر و الإعتزاز لهذا الإنجاز الحضاري، و أن الديمقراطية الحقة ستأخذ مجراها من خلال تلك الرقابة، و ليس هناك مجال لتدليس على المواطن بسن القوانين و إتخاذ القرارت المجحفة بحق الوطن و المواطن، وأن هناك من سيكشف عن الحقائق من خلال الدراسة و البحث و التنقيب من خلال الرقابة على دستورية القوانين.

الإشكالية المطروحة :

- **ما مدى فعالية القضاء في مراقبة دستورية القوانين ؟**

التساؤلات الفرعية :

- ما المقصود بالقضاء الدستوري كوسيلة لمراقبة مدى دستورية القوانين؟
- فيما تتمثل الدعوى الدستورية و ما هي أهم النماذج التي درست هذه الدعوى؟

أسباب إختيار البحث:

لماذا اخترنا هذا البحث؟ و يتضح ذلك كما يلي:

أ. الرغبة الملحة و الميل الى هذا الموضوع و القدرة على البحث فيه.

ب. هذا الموضوع يدخل في نطاق تخصصنا، و هو القانون الدستوري.

ج. لدينا أرضية قاعدة في الموضوع من خلال إطلاعنا سابقا على المصادر و المراجع المتعلقة بهذا الموضوع.

أهداف الموضوع:

يهدف هذا البحث بدرجة أولى الى بحث(دور القضاء) نظم الرقابة القضائية على دستورية القوانين و طبيعتهاو اهدافها بالاضافة الى انواعها واثارها وايضا الدعوى الدستورية و طبيعتها و في التشريعات المقارنة الحكم في الدعوى الدستورية " الولايات المتحدة الأمريكية و فرنسا" كنموذج لهذا النظام .

منهج البحث :

قمنا في هذا البحث بالاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي كمنهج أساسي من خلال تحليل مختلف النصوص و المراسيم القانونية المتعلقة بهذا الموضوع و المنهج المقارن كمنهج مساعد من خلال المقارنة بين النظام الفرنسي و النظام الأمريكي في الوقت ذاته حيث يعتمد على وصف واقع النظم الدستورية و القانونية للرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال الوثائق الخاصة بذلك و تحليلها، و تحليل القواعد الوضعية المعمول بها سواء وردت في الوثيقة الدستورية أم في تشريعات مكملة تحدد معالم و حيثيات إنشاء و تشكيل الجهات القضائية المنوط بها الرقابة على دستورية القوانين، و كافة الإجراءات و القواعد و الضوابط الحاكمة لهذه الامور، و قمنا بالمقارنة في هذه الدراسة باستعمال نماذج تطبيقية للرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية و فرنسا مع الإشارة الى بعض التشريعات العربية و الأجنبية، التي تتعلق بالموضوع.

خطة البحث :

إعتمدنا في بحثنا هذا على الخطة الثنائية ، حيث خصصنا الفصل الأول منه للإطار المفاهيمي للقضاء الدستوري حيث يمتد البحث في هذا الفصل الى مبحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم القضاء الدستوري أما المبحث الثاني فجاء تحت عنوان النظرية العامة للرقابة القضائية على دستورية القوانين و فصل ثاني بعنوان الدعوى الدستورية حيث تناولنا فيه مبحثين،

مبحث أول بعنوان النظرية العامة لدعوى الدستورية و كيفية تحريكها ومبحث ثاني تحت عنوان الحكم في الدعوى الدستورية و خصصنا الدراسة لنموذجين أساسيين ألا و هما النموذج الفرنسي و النموذج الأمريكي .

الصعوبات:

لقد واجهنا العديد من الصعوبات و العراقيل من أجل إنجاز هذا البحث و المتمثلة كالاتي :

- قلة المصادر و المراجع المتخصصة في هذا المجال.
- ضيق الوقت ضغط علينا كثيرا على انفسنا
- رفض العنوان من طرف الإدارة و إعادة صياغة عنوان جديد لا يوجد فيه إشكال.

الفصل الأول

الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للقضاء الدستوري

سنتناول في هذا الفصل القضاء الدستوري حيث قسمناه الى مبحثين ,والمبحثين الى المطلبين, المطلب الاول تناولنا تعريف القضاء الدستوري لغة واصطلاحا اما بالنسبة للمطلب الثاني فيتمثل في اهمية القضاء الدستوري ,اما با لنسبة للمبحث الثاني فقد خصصناه للرقابة القضائية على دستورية القوانين و اهدافها بالإضافة الى مميزتها و تطورها ,اما بالنسبة للمطلب الثاني فقد خصصناه للآثار الرقابة القضائية على دستورية القوانين و انواعها و تقييمها .

المبحث الأول : مفهوم القضاء الدستوري

سنتطرق في هذا المبحث الى مفهوم القضاء الدستوري حيث قسمنا هذا المبحث الى مطلبين، المطلب الاول يتناول تعريف القضاء الدستوري لغة و اصطلاحا اما بالنسبة للمطلب الثاني فقد تناولنا اهمية القضاء الدستوري.

المطلب الاول: تعريف القضاء الدستوري

تناولنا في هذا المطلب تعريف القضاء الدستوري من حيث اللغة والاصطلاح وهي كتالي :

الفرع الاول : تعريف القضاء

يعرف القضاء الدستوري بأنه مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري[1].

أولا : تعريف القضاء لغة:

أصل كلمة القضاء قضاي، لأنها من قضيت، فأبدلت الياء همزة لتطرفها إثر ألف زائدة، وجمعها أقضية، ومثل كلمة قضاء قضية إلا أنها تجمع قضايا على وزن هدايا وقد جاء لفظ القضاء في اللغة لمعاني متعددة:

- **الحتم والأمر** ، ومنه قوله تعالى : "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه أي أمر ربك حتم ، وقوله تعالى : " فلما قضينا عليه الموت" أي ألزمناه وحتمنا به عليه.
- **الفصل في الحكم** ، ومنه قوله تعالى : " ولولا كلمة سبقت من ربك لقضي بينهم " أي

[1] د.ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997، ص 11.

لفصل الحكم بينهم ، ومنه يقال : " قد قضى القاضي بين الخصوم " أي قطع بينهم في الحكم.

- **لإيجاد والصنع:** ومنه قوله تعالى: " فقضاهن سبع سموات في يومين " ومنه قول الشاعر "وعليهما مسرودتان قضاهما داود أو صنع السوابع تبع"

ثانيا : تعريف القضاء اصطلاحا

تعددت تعريفات الفقهاء للقضاء، واختلفت تعريفاتهم في بيان حقيقة القضاء الشرعية على النحو الآت:

- **تعريف القضاء عند المالكية:**

ذكر فقهاء المالكية للقضاء عدد من التعريفات نذكر منها:

- ✓ القضاء هو الإخبارعن حكم شرعي على سبيل الإلزام، وهذا التعريف لابن رشد، وقد نقل عنه في مواهب الجليل، وتبصرة الحكام.

ويخرج بقوله: على – سبيل الإلزام – الإفتاء لأنه إخبار عن حكم شرعي ولكن ليس على جهة الإلزام.

ونقد الحطاب هذا التعريف من وجهين:

الوجه الأول: أن لفظ (الإخبار) يتبادر عن ما يحتمل الصدق والكذب المقابل للإنشاء، وليس هذا مرادا هنا، وإنما المراد أمر القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام.

الوجه الثاني: أن هذا التعريف غير مانع، فإنه يشمل حكم حكمي جزاء الصيد وتنازع الزوجين وحكم المحكم، وغيرهم ممن ليست لهم ولاية قضائية.

- ✓ القضاء هو إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الإجتهاد المتقارب فيما يقع النزاع فيه لمصالح الدنيا وهذا تعريف(القرافي) في كتابه الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ،ويعاب عنه انه تعريف غير مانع أيضا.

- **تعريف القضاء عند الحنفية:**عرف فقهاء الحنفية القضاء بعدة تعريفات، وهي كما يلي:

✓ القضاء هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل، وذكر هذا التعريف في بدائع الصنائع ، ويؤخذ على هذا التعريف انه لم يبين العناصر الأساسية التي تميز القضاء عن غيره، فهو غير مانع، إذ يدخل فيه حكم من ليست له ولاية قضائية كالمحكم وغيره ، ومن شروط التعريف أن يكون مانعا لا يدخل فيه فرد من أفراد غير المعرف.

✓ القضاء هو فصل الخصومات وفض المنازعات، وقد ذكر هذا التعريف في الدار المختار ولسان في الحكام، وقال في الدر المختار: " وشرعا قطع الخصومة " وقد اعترض ابن العابدينعلى هذا التعريف، لأنه يدخل فيه الصلح بين الخصمين، ولهذا رأى أن يزاد فيه عبارة " على وجه الخاص "

المطلب الثاني :اهمية القضاء الدستوري

سنتناول في هذا المطلب اهمية القضاء الدستوري وذللك من خلال تقسيمه الى فرعين، الفرع الاول تصحيح مكامن الخلل والفرع الثاني حماية البرلمان من سيطرة السلطة التنفيذية وهي كالاتي:

أصبح الاعترف بوجود مايسمى ب" **القضاء الدستوي**" محل جدل فقهي كبير، إذ طرح التساؤول أو الاشكال فيما معناه أنه كيف يعقل" **لهيئة دستورية**" يكون أعضاؤها منتخبين من البرلمان وليس الشعب أو فيهم المعينين من السلطة التنفيذية أن تمارس الرقابة على عمل نشريعي صادر من ممثلين منتخبين من الشعب، أي كيف لهذه الهيئة "**غير المنتخبة**" أن تمارس رقابة على أعمال هيئة أو هيئات أخرى منتخبة؟

وهذا التحليل أوصل حتى البرلمانيين في صراعهم مع **القضاء الدستوري** إلى التصريح كيف هم كممثلي الشعب يتم مراقبتهم من أعضاء المحاكم أو المجالس الدستورية وهم يمثلون مجال السياسة أو أكثرية برلمانية أوصلتهم إلى مواقعهم؟[1]

[1] ماز حسن، القضاء الدستوري طريق نحو الديمقراطية، دراسة في التجارب الدستورية المقارنة، مجلة الفقه و القانون، العدد 15، يناير 2014 ، ص 184.

لكن رغم هذه التساؤلات حول شرعية وجود" **القضاء الدستوري**"، فإن الواقع يؤكد وجوده، فانتقل البحث من "**جدوى وجوده إلى**" **كيفية التعامل معه**" والاستفادة منه إلى أقصى تقدير. لذلك تظهر أهمية القضاء الدستوري في جملة من النقاط:

الفرع الاول :تصحيح مكامن الخلل او الهوة البرلمانية:

قد ينتج عن أي انتخابات برلمانية ظهور أغلبية برلمانية تسيطر على الاقلية، وتحاول أن تمرر قوانينها التي تخدمها رغما على هذه الاقلية، وربما يكون في تمرير هذه القوانين مساسا بالقواعد الدستورية خدمة لمصالح سياسية أو حزبية، فيأتي القضاء الدستوي من أجل وقف هذه السيطرة ومنع مرور أي قوانين تخدم الأغلبية وتكون مخالفة للدستور. فالقضاء الدستوري في النهاية، هو حماية للديمقراطية وضمانة لمبدأ سمو الدستور.

الفرع الثاني :حماية البرلمان (السلطة التشريعية)من سيطرة السلطة التنفيذية

يسن البرلمان أحيانا قوانين في مجالات معينة في إطار اختصاصاته، ولكن لأسباب ما، تكون ناقصة أومقتصرة على معالجة المواضيع التي صدرت بشأنها، فتأتي السلطة التنفيذية لتكملة هذه القصور بإصدارها جملة من القوانين بحجة تسيير الأمور. ويحدث أن تكون هذه التكملة مخالفة للدستور، فيتدخل القضاء الدستوري لرقابةهذه القوانين المكملة حماية للبرلمان من جهة، ووقف للسلطة التنفيذية عند حدود اختصاصاتها، وهذا ما هو معبر عنه في القضاء الدستوري الفرنسي بمصطلح "incompétence négative".[1]

الفرع الثالث: تحسين مستوى اداء البرلمان

تؤدي الرقابة على دستورية القوانين من طرف القضاء الدستوي إلى تطوير عمل السلطة التشريعية من خلال محاولتها إصدار قوانين تكون متفقة مع الدستور حتى لا يقع في إحرج أمام "القضاءالدستوري" بما أن الاجتهادات التي يصل إليها القضاء الدستوري تكون بمثابة مرجع لأي عمل تشريعي.[2]

---

[1] أنظر: Yann Aguilla , le conseil constitutionnel et la philosophie du droit, LGDJ, 1993, p.75.

[2] عصام سليمان، العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان، ص.379، نقلا عن:

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تناولنا في هذا المبحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين و ذللك من خلال تقسيمه الى مطلبين ,تطرقنا في المطلب الاول الى النظرية العامة لرقابة القضائية على دستورية القوانين و اهدافها , وفي المطلب الثاني تناولنا اثار الرقابة القضائية على دستورية القوانين و انواعها وفي هذا المطلب قمنا با لتعرض الى تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين اولا ومميزاتها ثانيا وتطورها التاريخي ثالثا اضافة الى اهدافها رابعا وانهينا هذا المبحث باثارها وانواعها .

المطلب الاول:النظرية العامة لرقابة القضائية على دستورية القوانين واهدافها

يظهر من خلال تعريف الرقابة القضائية على أنها رقابة ذات معنى واسع، كما أن تطورها كان محل اختلاف من حين لآخر، ومن فكر قانوني لآخر.

الفرع الاول: تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين

عرفت الرقابة القضائية على دستورية القوانين بأنها " تقرير الحق لجهة قضائية لأن تفرض رقابتها على ما تصدره السلطة التشريعية من قوانين لتحديد مدى انسجام الأحكام التي تقررها هده القوانين مع النصوص الدستورية."[1] فهي عمل قانوني يهدف إلى التأكد من تطابق القانون مع أحكام الدستور، والتعرف عما إذا كانت السلطة التشريعية قد التزمت حدود اختصاصها أو تجاوزتها[2].

فالرقابة القضائية هي إسناد عملية رقابة مبدأ السمو لجهة تمتاز بمؤهلات قانونية وضمانات جيدة واستقلالية مفترضة، وما تحمله الرغبة في تأكيد احترم ١لدستور[3].

اولا: مميزات الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تتميز الرقابة القضائية بعدة مميزت، فهي تمتاز بالحياد والموضوعية من خلال استقلال

---

www.conseilconstituionnelliban.com/sub

[1] نجاح غربي، إجرءات تحرك الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين الجزائر ومصر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2004، ص3.

[2] د. بدوي، النظام الدستوري العربي، المرجع السابق ، ص.128.

[3] د. نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص555.

السلطة القضائية عن باقي السلطات في الدولة. تتكون السلطة القضائية المكلفة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين تتكون من قضاة مؤهلين ومكونين تكوينا قانونيا سليما يسمح لهم بمهمة الرقابة للمتقاضين تهدف للوصول إلى الحقيقة المجردة وتكفل تطبيق الإجرءات القضائية تطبيقا سليما[1].

ثانيا: التطور التاريخي للرقابة القضائية على دستورية القوانين

قبل دراسة التطور التاريخي للرقابة القضائية على دستورية القوانين، يجدر النظر أولا، ولو باختصار، إلى ظهور فكرة الرقابة على دستورية القوانين بوجه عام، ثم نفصل في الرقابة القضائية.

أ. ظهور فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين بوجه عام

لم تنشأ الرقابة على دستورية القوانين دفعة واحدة كما هو عليه الحال في الوقت الحالي، بل مرت بعدة مراحل تاريخية ساهمت في بلورتها وارساء قواعدها. ويمكن ملاحظة ذلك من خلال جملة من المراحل التاريخية:

أ. في الفكر القانوني القديم:

ظهرت فكر الرقابة على دستورية القوانين مع ظهور فكرة القانون الطبيعي عند الشعوب الغربية والشرقية ذات القانون الإلهي. فالقاتون الطبيعي والقانون الإلهي بمثابة دساتير تقتضي الخضوع لها من كل القوانين التي تصدر في ذلك الوقت، بحيث عد هذان القانونان حاجزا أمام الأنظمة الاستبدادية[2].

أ. عهد الثورة الفرنسية:

بعد قيام الثورة الفرنسية، وخوفا من طغيان الملك حتى عام 1791، وضمانا لحقوق

[1] د. علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ابتراك للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2004، ص.463.

[2] د. زهير شكر، الوسيط في القاتون الدستوري والمؤسات السياسية، النظرية العامة، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدربسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1994، ص.167

المواطنين من استبداد السلطة التشريعية، ظهرت مشاريع لإيجاد نوع من الرقابة على دستورية القوانين، إلا أن هذه المشاريع باءت بالفشل، لأن البرلمان الفرنسي رفض هذه المشاريع بحجة أنه يمارس أعمال السيادة نيابة عن الشعب ولا يجوز أن تخضع أعماله لرقابة سلطة تعلوه. وفي دستور السنة الثامنة للجمهورية الفرنسية"مجلس الشيوخ" لحماية الدستور وذلك سنة 1799، وبناء على اقتراح الفقيه Siyes ولم تلق هذه الفكرة, الطريق إلى القبول إلا سنة 1802. بينما كان الدستور السويسري لعام 1874 أول دستور اوروبي يتبنى نظرية الرقابة على دستورية القوانين، رغم اقتصار الرقابة على القوانين التي تصدر عن المجالس التشريبعية في الكونتونات دون القوانين الفيدرلية. ثم تبنى الدستور الفرنسي لسنة 1946 صراحة فكرة الرقابة على دستورية القوانين من خلال "**اللجنةالدستورية**" التي تحولت الى" **مجلس دستوري**" في دستور 1958.[1]

أ. ظهور الرقابة القضائيةعلى دستورية القوانين:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مهد هذا النوع من الرقابة، ثم لحقتها العديد من الدول الأوروبية بعد الحرب العالمية الأولى. ورغم أن الولايات المتحدة هي البلد التي ظهرت فيه الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إلا أن دستورها لم يتضمن نصا صريحا يعطي الحق للمحاكم في ممارسة هذه الرقابة، بل كانت وليدة الممارسة القضائية والتأييد الفقهي الواسع. وكانت بداية هذه الممارسة القضائية حكم محكمة New jersy سنة 1780 وحكم محكمة Roadisland سنة 1786 وحكم محكمة كارولينا الشمالية North Carolina سنة 1787[2].

ورغم هذه القضايا والأحكام، إلا أن الانطلاقة الحقيقية لهذه الرقابة كان مع حكم جون مارشال John Marshall في قضية "مالبوري" ضد "ماديسون"[3]

ثالثا: أهداف الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تهدف الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى إقامة مبدأ دولة القانون، أي إخضاع

[1] د. المرجع نفسه، ص168.

[2] د. فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، ص.ص. 201-202.

[3] سبق تفصيل القضية في هذا المؤلف أعلاه، ص 9 وما بعدها .

كل ما في الدولة إلى القانون. وهذا الخضوع لن يتحقق إلا بوجود ضمانات أساسية، هي وجود دستور، ثم الفصل بين السلطات، مع الاعتراف بالحقوق والحربات العامة ومراعاة مبدأ تدرج القاعدة القانونية. فالدستور هو أهم ضمانة لدولة القانون، وبه يمكن للسلطة التشريعية أن تسن ما تراه مناسبا من قواعد قانونية دون أن تمس بأحكامه أو تخالف قواعده. كما أن السلطة التنفيذية تراعي مبدأ الشرعية في إصدارها للقررت واللوائح. وبهذا المنطق تكون كل السلطات في الدولة خاضعة للدستور.

أما مبدأ الفصل بين السلطات فيقتضي عدم تجاوز سلطة لاختصاصات سلطة أخرى في الدولة مع عدم تجميع السلطات في يد واحدة، وهي كلها ضمانات لقيام دولة القانون[1].

أما مسألة الاعتراف بالحقوق والحريات العامة، فهي ضمانة هامة في حماية مبدأ دولة القانون، لأن الدولة التي لا تحترم حقوق وحريات أفرادها هي دولة غير قانونية. فالرقابة الدستورية للقوانين كان هدفها الأول وسبب ظهورها هي حماية الحقوق والحريات من تعسف السلطة، والنظام الأمريكي خير دليل على ذلك[2].

أما مبدأ الاعتراف بتدرج القواعد القانونية، فيقتضي بأن النظام القانوني في الدولة يتميز بأنه عمودي وليس أفقي، أي أن القواعد القانونية مسلسلة عموديا وليست متساوية أفقيا. فالقاعدة القانونية الأدنى يجب أن تخضع للقاعدة الأسمى، ثم الأسمى حتى تصل إلى القاعدة الدستورية التي تكون في قمة النظام القانوني للدولة.

المطلب الثاني :اثار الرقابة القضائية على دستورية القوانين و انواعها

سنتطرق في هذا المطلب الى اثار الرقابة القضائية على دستورية القوانين بانواعها وذلك من خلال تناولها في فرعين و سوف نتعرف عليهم فيم يلي :

تمتاز الرقابة القضائية على دستورية القوانين بالاستقلالية والحياد كما سبق تفصيله، لذلك لجأت إليها معظم النظم القانونية في العالم، ون اختلفت الأساليب الرقابية، فمنها من لجأت

[1] د. فوزي اوصديق، المرجع السابق، ص.ص. 149-150

[2] د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005، ص.161

إلى أسلوب رقابة الوجود المادي للقانون، ومنها من لجأ إلى أسلوب النسخ، ثم أسلوب الامتناع، ومنها من وصل حتى إلى أسلوب الإلغاء، وهو ما سنفصل فيه تباعا.

الفرع الاول: رقابة الوجود المادي للقانون

بغياب النص على الرقابة القضائية على دستورية القوانين، يلجأ القضاء قبل تطبيق أي نص على منازعة مطروحة أمامهم التأكد من وجود النص واستيفائه كل شروط الإصدار، من شروط واوضاع وضعه وتوافر أغلبية صدوره، وصدوره في دورة عادية أو غير عادية، وغيرها من الإجراءات التي يكون دستور الدولة قد نص عليه[1].

ويكون هذا النوع من الرقابة، خصوصا مع أسلوب الرقابة اللامركزية، أي معطاة لجميع المحاكم، وهو ما سنراه لاحقا.

اولا: رقابة النسخ

تعتبر رقابة النسخ بالنظر إلى الناحية الموضوعية للنص القانوني المراد رقابته، عكس رقابة الوجود المادي للقانون التي تنظر إلى الناحية الشكلية للنص. والنسخ المقصود في هذا المقام هو الإلغاء الضمني للنص، أي أن القاضي ينظر في النص المراد رقابته هل هو ساري المفعول أم تم نسخه من نص آخر، مساوي له في القيمة القانونية أو أعلى منه[2].ويفترض في هذا النوع من الرقابة أن تختص به كل المحاكم، لأن سريان النص من عدمه يفترض أنه من اختصاص كل قاضي مهما كانت درجته.

ثانيا: رقابة الإلغاء (الدعوى الأصلية):

تفترض هذه الرقابة قيام المتضرر من قانون ما الطعن فيه بدعوى أصلية أمام المحكمة المختصة بنظر دستورية القوانين، فهي طريقة هجومية، لأن المتضرر لا ينتظر تطبيق النص عليه، بل قد يطعن دون انتظار التطبيق طالبا إلغائه[3].

---

[1] د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص.ص. 501 –502

[2] د. إبراهيم درويش، القانون الدستوي، النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.191

[3] د. عبد العزيز أحمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر ١العربي، 1995، ص.243

يفترض هذا النوع من الرقابة أن النص المطعون فيه صدر فعلا و اصبح نافذا، وأن تطبيق هذا النص سيلحق ضررا، لذلك يتم مهاجمته بالدعوى الأصلية، التي ستكون نتائج الحكم فيها إلغاء النص وتميزه بحجية مطلقة، ولا يجوز إثاراته أمام أي محكمة أخرى، لذلك يفترض أن هذه الرقابة منصوص عليها صراحة في الدستور، والتي تكون موضحة بالمحكمة المختصة بها[1]. وهي محكمة واحدة بها قضاة متمرسون، وهو ما يعرف بمركزية الرقابة[2].

ثالثا : رقابة الامتناع(الدفع الفرعي):

على عكس رقابة الإلغاء، فإن رقابة الامتناع تقضي امتناع المحكمة عن تطبيق نص قانوني مخالف للدستور تم الطعن فيه أمامها من صاحب مصلحة بأنه غير دستوي. لذلك فإن هذاالنوع من الرقابة هي رقابة دفاعية، لأن المتضرر ينتظر حتى يراد تطبيق النص في أي نوع من الدعوى، مدنية أو جنائية أو إدارية، ثم يدفع بعدم دستوريته لمنع المحكمة من تطبيقه، فتمتنع المحكمة عن تطبيقه فقط دون أن يكون لها حق إلغائه، فهي ليست مختصة بذلك عن طريق الدعوى الأصلية، لذلك يكون حكمها ذو حجية نسبية فقط، أي بين أطراف القضية فقط[3].ويعاب على هذا النوع من الرقابة أنها مفتوحة لكل المحاكم، باختلاف أنواعها، لذلك قد تكون أمام تناقض

الفرع الثاني: انواع الرقابة على دستورية القوانين

اولا :الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية

تقتضي درسة هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين النظر في ماهية هذه الرقابة واجرءات ممارساتها.

ثانيا: مفهوم الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية:

تتميز الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية بأنهاتختلف إلى حد بعيد عن بقية أنواع الرقابة القضائية. كما أن الجهة القضائية المكلفة بها تختلف أيضا.

---

[1] د. نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص177

[2] د. عبد العزيز أحمد سلمان، المرجع السابق، ص. 76

[3] د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص24.

أ. تعريف الدعوى الاصلية

تقتضي هذه الدعوى أن كل مدعي، فردا كان أو هيئة، يرى أن قانونا معيناغير دستوري ومتضرر منه أو له مصلحة في إلغائه ولو لم يكن متضررا منه، يحق له رفع دعوى قضائية أمام محكمة أو جهة قضائية ملتمسا إلغائه تماما وإخراجه من المنظومة القانونية[1].

إن أطرف هذاالنوع من الدعاوى هو المدعي الدي يطالب بإلغاء نص قانوني يرى أنه غير دستوري، ومدعى عليه هو عمل قانوني (النص)، يتم مهاجمته، لذلك يسمى هدا الأسلوب بالأسلوب الهجومي[2].

ب.خصائص الدعوى الأصلية:

من خلال التعريف السابق للدعوى الأصلية، يمكن تحديد الخصائصا التي تميزها، وهذه الخصائص هي:

- ✓ هدف الدعوى هو إلغاء النص المطعون فيه بعدم الدستورية.
- ✓ تختلف دساتير الدول في تحديد الأشخاص القانونية التي يحق لها رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المنصوص عليها دستوريا[3].
- ✓ يسمح الدستور الذي ينص على هذا النوع من الرقابة بمنح القضاء سلطة الحكم بإلغاء القانون إذا ما ثبت أنه مخالف للدستور، فيسري هذا الإلغاء على الماضي والمستقبل[4]. ويكون هذا الحكم بالإلغاء حجة على العامة، يجعل القانون كأنه لم يكن[5].
- ✓ تنص الدساتير التي تعتنق هذا النوع من الرقابة على شروط ممارستها.

---

[1] د. الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2007، ص.145.

[2] د. محمد عبد العالي السناري، النظرية العامة للقاتون الدستوي والنظم السياسية، القاهرة، دس، ص.223.

[3] د. فيصل شنطاوي، النظم السياسية والقانون الدستوي، الأردن، الطبعة الأولى، 2003، ص.345.

[4] حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2003، ص 112.

[5] د.الأمين شريط ، المرجع السابق ، ص 145.

- ✓ غالبا ما تكون هذه الدعاوى محكومة بقواعد ومدد قانوتية حفاظا على الاستقرر القانوني والتشريعي في الدولة، وهو ما أصبح يعرف حديثا بفكرة "**الأمن القانوني**."
- ✓ إذا ما تم رفض الدعوى، فيبقى القانون المطعون فيه ساريا.

ج. ممارسة الدعوى الأصلية

اختلفت الأنظمة القانونية التي تبنت هذه الدعوى في إسنادها إلى جهة ما لممارستها. وتنوعت هذه الجهات إلى نوعين،مركزيةولامركزية. والمقصود بمركزية ممارسة الدعوى الأصلية هي إسناد طلب الإلغاء أو رقابة الدستورية إلى محكمة مختصة تنشأ خصيصا لهذا الغرض أو إلى أعلى محكمة في الجهاز القضائي في الدولة. أما لامركزية الممارسة ، فتعني إعطاء ممارسة الدعوى الأصلية لكل المحاكم مهما كان ترتيبها في سلم الجهات القضائية، فهي تعد، في هذه الحالة، جزءا من الوظيفة الأصلية للسلطة القضائية، التي تتمثل في الفصل في الوقائع المطروحة أمامها وفق حكم القانون[1].

د. الرقابة عن طريق محكمة دستورية متخصصة:

يتم النص على هذه المحكمة الدستورية المختصة في صلب الدستور، وتسمى غالبا "بالمحكمة ١لدستوية" تكون مختصة دون غيرها، من المحاكم بنظر الدعوى الأصلية لإلغاء القانون المطعون فيه بعدم الدستورية[2].

وتعددت الدساتير التي تنص على هذه المحكمة الدستورية مثل دستور تشيكوسلوفاكيا (سابقا) سنة 1920، دستور النمسا سنة 1920، إيطاليا سنة 1948، وإسبانيا سنة 1931.

تتشكل المحكمة الدستورية الإسبانية من اثني عشر عضوا، يتم تعيينهم من الملك بعد ترشيحهم من مجلس النواب بنسبة 5/3، أي 60 % من النواب، ويشترط أن يكون الأعضاء من رجال القضاء[3].

---

[1] د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورتة، دار النهضة العربية، 1993، ص.215

[2] د. نعمان أحمد الخطيب، المرجع اسابق، ص.558

[3] د. صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورتة، دراسة مقارنة، دار النهضة ١لعرية، 2000، ص.26

أما المحكمة الدستورية الإيطالية فتتشكل من خمسة عشر قاضيا حسب دستور 1947، يختارون من القضاة واساتذة القانون والمحامين الذين مارسوا المهنة لمدة عشرين سنة، يقتسم تعيينهم رئيس الجمهورية بخمسة اعضاء والبرلمان بخمسة اعضاء في جلسة مشتركة، أما الخمسة الباقين فيتم تعيينهم من المجلس الأعلى، وذلك لمدة 12 سنة[1].

هـ.الرقابة عن طريق محكمة عليا

يعهد بممارسة هذه الدعوى وفق هذا الأسلوب إلى أعلى محكمة في النظام القضائي في الدولة، ولتكن المحكمة العليا أو محكمة النقض أو التمييز مثلا، فتصبح هذه المحكمة مختصة في نظر دستورية النص القانوني إضافة إلى اختصاصها الأصيل.

ومن أمثلة الدساتير التي أخذت بهذا الأسلوب في الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية دستور بوليفيا سنة 1880، كولومبيا 1874، والدستور السويسري.

و.الفر ق ببن المحكمة العليا والمحكمة المتخصصة

تظهر بعد دراسة نوعي الأسلوبين في الرقابة بموجب الدعوى الأصلية، عدة فروق بين إسناد الاختصاص بنظرها إلى المحكمة العليا في الدولة، مهما كانت تسميتها، وإسناد الاختصاص لمحكمة متخصصة لها اسمها الخاص، ومن هذه الفروق:

- ✓ المحكمة العليا هي محكمة قضائية عادية، أما المحكمة الدستورية المتخصصة فإنها لا تؤلف وتشكل بطريقة خاصة[2].
- ✓ قد يكون قضاة المحكمة القضائية العادية، ولو أنها تأتي في هرم النظام القضائي للدولة، غير مختصين في المسائل الدستورية، بينما يفترض أن القضاة الذين يعينون أو ينتخبون في المحكمة الدستورية ذوي تخصص دقيق في مثل هذه المسائل .

[1] د. أحمد كمال أبو المجد، ١لرقابة على دستورية القوانين، مكتبة النهضة ١لمصرية ، 1960، ص.578.

[2] انظر: الوحيلي طالب، القواعد العامة في ١لرقابة القضائية على دستورية القوانين، دراسة منشورة في الموقع الالكتروني لشبكة النبأ المعلوماتية، الخميس 8 حزرن 2006 www.annabaa.org

الفرع الثاني: انواع الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية

تتفرع الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية إلى نوعين، رقابة سابقة ورقابة لاحقة.

اولا: الرقابة السابقة

تفترض هذه الرقابة أن هناك قانونا صادرا من الجهة المختصة وفق ما ينص عليه الدستور، فيتم تقديمه للجهة المخولة بإصدار، فتقوم هذه الأخيرة بإحالته إلى المحكمة المتخصصة بالرقابة على دستورية القوانين لمعرفة مدى دستوريته. فإن تم التأكد من دستوريته يتم إصداره، وإن كانت الحالة عكسية لا يتم إصداره.

وترجع أصول هذا النوع من الرقابة السابقة إلى دول أمريكا اللاتينية، كما أن الدستور الأيرلندي الصادر سنة 1937 اعتنق هذا الاتجاه.

ولعدم ترك الحرية للجهة المخولة بالإصدار في اختيار توقيت الإحالة للرقابة السابقة، وحتى لا يترك المجال لجهة هذه الرقابة، فإن الدساتير تلجأ إلى تحديد مدة زمنية محددة لكل مرحلة، حتى تحافظ على استقرر الأوضاع الدستورية والقانونية[1].

ذهب الفقه الدستوري إلى أن المحكمة التي يعرض فيها النص المراد التأكد من دستوريته أو عدم دستوريته في هذه الرقابة السابقة، تلجأ إلى فحص مطابقة النص للقواعد الدستورية. وقد تتعدى إلى رقابة بواعث ومبررات ودوافع إصدار القانون، ومقاصد وهدف المشرع من إقراره، وهو ما يعرف بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية، قياسا لفكرة الانحراف على الدستور بفكرة الانحراف الإداري، وهو ما ينتج عنه النتيجة نفسها وهي الإلغاء.

ثانيا :الرقابة اللاحقة

في هذا النوع من الرقابة، يكون القانون قد تم إصداره، ويتم الطعن فيه بالدعوى الأصلية أمام محكمة مختصة كما تنص عليه بعض الدساتير كالدستور الإيطالي[2] أو المحكمة العليا في

[1] د. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهر، 2000، ص130

[2] د. حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 109.

الهرم القضائي في بعض الدول الأخرى.

ولما كانت هذه الرقابة قد تصل إلى حد إلغاء نص تشريعي صادر من السلطة التشريعية، فإن الدساتير التي أخذت بهذه الرقابة تشددت في شروط وإجرءات هذه الدعوى[1].

أ.اجراءات رفع الدعوى الأصلية

يقصد بإجرءات رفع الدعوى الأصلية تلك الشروط التي تتوافر في المدعي من أهلية ومصلحة وصفة، أو شروط الدعوى وكيفية تحريكها، ومن له حق تحريكها.

ب.شروط رفع الدعوى الاصلية:

هناك شروط يجب توافرها في رفع الدعوى كمدعي، ثم هناك شروط يجب توافرها في الدعوى في حد ذاتها.

- ✓ **الشروط المطلوبة في المدعي:**يشترط في المدعي أن تتوافر فيه الأهلية والمصلحة والصفة. فأما الأهلية المقصودة في هذا المقام فهي الأهلية المدنية، باعتبار أن دعوى عدم دستورية نص قانوني هي دعوى مدنية، لذلك فإن الأهلية الواجب توافرها في رافعها هي الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني للدولة المعنية، وهذا مثلا ما نجده عند المشرع المصري باشتراطه واحد وعشرون سنة. أما المصلحة فهي الفائدة المرجوة من رفع هذه الدعوى الدستورية، لذلك يجب أن تكون دعوى ذات مصلحة دستورية أو مصلحة شخصية وقانونية وقائمة[2]. أما الصفة فهي مرتبطة بصاحب المصلحة الذي له حق رفع الدعوى. أما إذا كان هناك مانع قانوني يجعل من الصفة غير ممكنة التحقق، رغم وجود المصلحة، فإن لصاحب الصفة أن ينوب عنه الوصي أو الولي أو الممثل القانوني الذي يذكر اسم من ينوب عنه (الأصيل) ومن ستتصرف له آثار الحكم فيما بعد[3].
- ✓ **الشروط المرتبطة بالدعوى:** مثلما هناك شروط يجب توافرها في المدعي، هناك شروط

[1] د.ابراهيم درويش ، المرجع السابق، ص 222.

[2] د. صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص.ص. 155.156.

[3] المرجع نفسه، ص.ص. 168 — 169.

يجب توافرها في الدعوى بعدم الدستورية. فمن ضمن شروط الدعوى أن يكون هناك نص قانوني يبرر رفعها٠ كما يجب أن تكون هناك محكمة مختصة بنظرها منصوصا عليها في الدستور، سواء كانت محكمة عليا أو محكمة متخصصة كما سبق تفصيله. ويرجع سبب هذا التحديد الدقيق هو أن الأصل في إلغاء نص قانوني هو أن يكون من الجهة التي أصدرته، لكن في مثل هذه الدعوى (الخاصة) فإن النتيجة أيضا قد تكون الإلغاء، وهو ما يستوجب شروطا دقيقة، عكس أسلوب الدفع الذي قد يسمح للقاضي بالفصل بعدم الدستورية رغم عدم توافر نص صريح، لأن نتيجته لن تكون الإلغاء كما سنرى لاحقا[1].

وما دامت الدعوى الأصلية هي دعوى عامة مثلها مثل بقية الدعاوى، ولو أنها تمتاز بخصوصيات معينة، فإن هناك مواعيد تحكمها أيضا، وهو ما أخذت به بعض الدساتير، مثل الدستور الإسباني الذي حدد مهلة ثلاثة أشهر من تارخ نشر القانون المطعون فيه. كما أخذت بلجيكا بمدة 06 أشهر طبقا للمادة 142 من الدستور البلجيكي المعدل سنة 1994. بينما لم تحدد دساتير أخرى هذا الميعاد إطلاقا كما هو الحال مع الدستور الألماني وقانون المحكمة الدستورية النمساوية والبرتغالية[2]. وتبقى مسألة المواعيد يحكمها ما يحكم المواعيد في الدعاوى العادية الأخرى من عطل رسمية ومسافة، وتخضع الدعوى للوقف في الميعاد أو قطعه.

ج. كيفية تحريك الدعوى الأصلية

تختلفا جهات تحريك الدعوى الأصلية بحسب الأنظمة الدستورية المقارنة، فهناك من قصرها على هيئات معينة دون الأفرد، وهناك من سمح بها للهيئات والأفراد معا.

- ✓ **تحريك الدعوى من الهيئات:** سمحت بعض دساتير الدول للهيئات برفع الدعوى الأصلية، فسمحت إسبانيا وإيطاليا للسلطات العامة برفعها. فالدستور الإسباني قصر رفع الدعوى الأصلية على رئيس الوزراء ومحامي الشعب وخمسين عضوا من مجلس النواب أو خمسين عضوا من مجلس الشيوخ ورؤساء الهيئات التنفيذية للاتحادات المستقلة. كما

[1] د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 182.

[2] المرجع نفسه، ص.183.

سمح للهيئات القضائية الإسبانية، وفق قانون المحكمة الدستورية، بإثار مسألة عدم الدستورية عند تعرضها لنزاع ما وكان الفصل في عدم الدستورية ضروريا للسير في النزاع. وسمح القانون الإيطالي للسلطات المركزية والاقليمية الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية عن طريق الدعوى الدستورية[1].

لكن مع بروز قيم الديمقراطية، كان لابد من فتح الباب أمام الأفرد ولتحريك الدعوى الأصلية.

- ✓ **تحريك الدعوى الأصلية من الأفراد:** لجأت بعضى الدساتير إلى منح حق تحريك الدعوى الأصلية للأفرد العاديين مباشرة، كسويسرا مثلا، حيث أنه من حق أي فرد له مصلحة مشروعة رفع دعوى ضد قانون ما يراه مخالفا للدستور، ولو أن بعض الدساتير اشترطت استنفاذ طرق الطعن العادية كالدستور النمساوي حسب الفقرة الاولى من المادة 441. لكن ما يمكن ملاحظته عن هذه الطريقة في التحريك أن جل الدساتير التي سمحت بها اشترطت أن يكون القانون قد انتهك حقوق وحريات أساسية لهم، وهو ما جعل بعض الفقه يسميها بالشكوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية.

د. الحكم الصادر في دعوى الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

تقتضي دراسة حكم الدعوى الدستورية التطرق إلى طبيعته وحجيته ثم اثاره القانونية على الاطراف

- **طبيعةالحكم و حجيته:**

نصت بعض دساتير الدول على طبيعة الأحكام المترتبة عن الدعوى الدستورية. فقانون المحكمة الدستورية الإسبانية مثلا عالج هذا الأمر بنصه أن الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة ملزمة لكافة السلطات وتحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة. فوفقا للمادة 40 من هذا القانون، فإن المحاكم القضائية تلتزم بهذا الحكم ولا نصدر ما يخالف هذا الحكم[2]، فلا يجوز الطعن في

[1] د.ابراهيم محمد حسنين، المرجع السابق، ص 672.

[2] د. محمد صبري السنوسي، المرجع السابق، ص.27.

الدعوى الأصلية والحكم الصادر عنها بأي طريقة من طرق الطعن، سواء كان الحكم صادر بالدستورية أو عدم الدستورية[1].

هـ.اثار الحكم في الدعوى

يقتضي درسة اثار الحكم في الدعوى الدستورية التطرق إلى هذا الحكم من حيث سريانه وتأثيره على الحقوق المكتسبة إذا ما تم الحكم بعدم دستوريته.

فأما من حيث سريان الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، فإن آثار الحكم لا تقبل التجزئة، فهو ينصرف إلى الكافة ويكون حجة عليهم[2]. كما يترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم تطبيق النص في المستقبل. كما أن الحكم يمس الوقائع والعلاقات السابقة عن صدور الحكم إلا ما كان يمس المراكز القانونية التي تحققت واستقرت[3]. كما يعد الحكم الصادر عن الدعوى الدستورية بعدم دستورية النص كاشفا عندما يؤكد تعارض قاعدة قانونية مع نص دستوري، فهو يبين أن الأسس التي اعتمد عليها النص القانوني كانت أسسا غير سليمة لأنها لم تراع الأحكام الدستورية المطلوبة لصدوره، وبالتالي جاء هذا الحكم ليكشف هذه العيوب[4].

أما إذا ما تم إلغاء النص غير الدستوري بموجب الحكم الدستوري فإن هذا الحكم يعد منشئا لأنه ألغى النحى وأخرجه من المنظومة القانونية نهائيا[5].

و. تقييم الدعوى الأصلية

واجهت الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية بعض الانتقادات، رغم ما حققته في الواقع القانوني للدول التي اعتنقت هذه الرقابة. ومن بين هذه الانتقادات نذكر:

- ✓ بقاء السلطة التشريعية تحت رحمة الطعن القضائي لأي قانون تصدره، خاصة إذا ما كان

---

[1] المرجع نفسه، ص.26.

[2] د.شعبان أحمد رمضان، ضوابط و آثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 582.

[3] د. صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص.331.

[4] د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص.331.

[5] المرجع نفسه، ص 336.

مسموحا للهيئات والافراد بممارستها وفي أي وقت، مما يجعلها معرضة لعدم الثقة وعدم الاستقرار التشريعي.

- ✓ اشترطت معظم الدساتير والقوانين الخاصة بالمحاكم الدستورية التي اعتنقت هذا النوع من الرقابة المصلحة كشرط أساسي لممارسة الدعوى والاستمرار فيها، لكن هذا يعتبر عيبا لأن العبرة في النهاية هي الطابع العيني للحكم الدستوي وتقريره لمصلحة الشرعية الدستورية وليس للمصلحة الخاصة فقط[1].
- ✓ إن الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية لها آثار خطيرة لأنها قد تعدم القانون وتمحيه من المنظومة القانونية للدولة، لذلك وجب الاحتياط في ممارستها وفي شروط تطبيقها.

لكن رغم ذلك تبقى للرقابة عن طريق الدعوى الأصلية ميزات تجعلها ضرورية في الحياة القانونية للدولة، ومن بين هذه الميزات أن سلطة القضاء في الإلغاء للنص غير الدستوي لم تكن من تلقاء نفسه، بل استمدها من الدستور ذاته الذي قيد كل السلطات، لذلك فإن الإلغاء للنص عن طريق الدعوى الأصلية هو إعلاء للدستور في حد ذاته وحفاظا على مبدأ السمو[2].

الفرع الثالث : الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية هي مهد ومنشأ هذا النوع من الرقابة القضائية، رغم أن الدستور الأمريكي لم ينص عليها صراحة.

اولا : مفهوم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي (الامتناع) وتطورها:

سميت هذه الرقابة بأنها تتم عن طريق الدفع الفرعي لأنها تتم بأسلوب غير مباشر ،فهي تسمح لصاحب المصلحة الطعن في عدم دستورية النص أثناء نظر الدعوى التي يراد تطبيق هذا النص المطعون فيه في جزء منها، وذلك مهما كانت المدة التي تفصل بين نظر الدعوى

[1] د. أحمد عبد العزيز سلمان، المرجع السابق، ص.432.

[2] د. إبرهيم درويش، المرجع اسابق، ص.227.

وصدور هذا القانون[1]. وتكون نتيجة هذه الرقابة امتناع القاضي عن تطبيق النص المطعون فيه دون إلغائه أو المساس به، لذلك تسمى برقابة الامتناع[2].

ثانيا :تعريف رقابة الدفع الفرعي

تعرف االرقابة عن طريق الدفع الفرعي بأنها الرقابة التي يمارسها القاضي أثناء نظره للدعوى، مهما كان نوع الدعوى، مدنية، تجارية، جزائية، حيث يدفع أحد الأطرف بأن نصا ما سيطبق عليه في القضية غير دستوري، فيقوم القاضي بفحصه. فإذا ماتبين له عدم صحة الدفع فإنه يستمر في نظر القضية بهذا القانون المطعون فيه، في حين إذا ما تبين له جدية الدفع فإنه يمتنع عن تطبيق القانون المطعون فيه ولا يلغيه. وسمي دفعا فرعيا لأنه يكون من المدعى عليه وفي فرع من قضية وليس هو القضية في حد ذاتها[3].

ث الـ ثا: تمييز رقابةالدفع الفرعي عن رقابة الدعوى الاصلية

تختلف رقابة الدفع الفرعي عن رقابة الدعوى الأصلية في عدة أوجه:

- ✓ يطالب صاحب المصلحة في الدعوى الأصلية بإلغاء القانون المطعون فيه بعدم الدستورية، بينما ليس من حق صاحب المصلحة في الدفع الفرعي ذلك لأنه يطالب بعدم تطبيقه عليه فقط.
- ✓ للطاعن في عدم دستورية النص عن طريق الدعوى الأصلية مهاجمة النص ولو لم يطبق بعد، لذلك سميت بالدعوى الهجومية، بينما ليس للطاعن في عدم الدستورية عن طريق الدفع الفرعي مهاجمة النص، بل ينتظر حتى يطبق عليه ليطعن فيه بعدم الدستورية، فهو أسلوب دفاعي وليس هجومي.
- ✓ الحكم الصادر في الدعوى الأصلية هو حكم ذو حجية مطلقة على الجميع وليس على أطراف الدعوى فقط، لأنه سيلغي النص ويعدمه من أساسه إن تبين عدم دستوريته. أما

[1] مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، الجرئر، 2007، ص.625.

[2] د.محمد كاظم المشهدلي، القانون الدستوي، الدولة، الحكومة، الدستور، مؤسسة النقابة الجامعية، الاسكندرية،د.س، ص.281.

[3] د.محمد عبد العزيز بوزيد، المرجع السابق، ص 294.

الحكم الصادر في دعوى الدفع الفرعي فهو حكم ذو حجية نسبية فقط، أي لا يسري إلا على أطرف الدعوى دون البقية.

- ✓ تلجأ الدول التي تعتنق الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الاصلية إلى منح اختصاص ممارستها إلى محكمة واحدة فقط يكون منصوصا عليها في الدستور، سواء كانت محكمة متخصصة (محكمة دستورية، محكمة دستورية عليا، محكمة عليا ..٠) أو يمنح الاختصاص إلى المحكمة الأعلى في الهرم القضائي العادي في الدولة. لذلك تسمى هذه الرقابة بالرقابة المركزية، أي تركيز نظرها في جهة قضائية واحدة. أما رقابة الامتناع، أو االرقابة عن طريق الدفع الفرعي، فهي من اختصاص كل المحاكم في الدولة، مهما كانت درجتها[1].
- ✓ موضوع الدعوى الأصلية موضوعا واحدا، عدم دستورية النص، أما موضوع الدعوى عن طريق الدعوى الفرعية فهو متعدد، إذ يكون النظر في موضع معين، فيطعن أثناء ذلك بعدم تطبيق نص لهذا الموضوع، التجاري أو المدني أو الجنائي...، لذلك تكون متعددة المواضيع.
- ✓ تحكم الدعوى الأصلية غالبا بمدة زمنية معينة حفاظا على استقرر المراكز القانونية والاستقرر التشريعي في الدولة. بينما لا يكون ذلك في الدفع الفرعي لأنه متوقف على تطبيق النص المطعون فيه بعدم الدستورية أثناء نظر قضية ما.

رابعا: نشأة وتطور الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي:

كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي أسبق الدول في تبني الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي. ولم ينص الدستور الأمريكي على الرقابة على دستورية القوانين، لكن هذه الرقابة فرضت نفسها في المجال القانوني الأمريكي٠ ويعود الفضل في ذلك إلى اجتهادات المحكمة العليا الأمريكية، ومن ورائها الفقه الدستوري الأمريكي٠ وكانت قضية مالبوري ضد ماديسون سنة 1803 بداية اعتناق نظرية الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية

[1] د.محمد كاظم المشهداني، المرجع السابق، ص 282.

خامسا :اساليب الرقابة عن طريق الدفع الفرعي

تمت ممارسة الرقابة عن طريق الدفع الفرعي في الولايات المتحدة الأمريكية بثلاث أساليب، مرتبة وفق ظهورها التاريخي، وهذه الأساليب هي:

أ. أسلوب الدفع بعدم الدستورية:

يقصد بهذه الطريق وجود دعوى أمام القضاء، وأثناء النظر فيها يتم الدفع بعدم دستورية نص معين، وتختص المحاكم الأمريكية بالنظر في مثل هذه الدفوع إذا ما أثارها الخصوم و تفصل فيها وفق سلطتها التقديرية، ويشترط في الفرد الذي يدفع بعدم دستورية نص ما نفس الشروط العامة لدفع الدعاوى، ويكون الحكم الصادر بعدم الدستورية له حجية نسبية، أي لا تؤثر إلا على الأطراف فقط دون العامة[1]. كما يشترط في الدعوى، حسب اجتهادات المحكمة العليا الأمريكية، أن تكون جادة وذات خصومة حالة وقائمة. كما يجب أن تكون هناك مصلحة شخصية للذي يدفع بعدم الدستورية. وتشددت المحكمة العليا في هذا الشرط بالذات لأن الدفع بعدم الدستورية له آثار ذات أهمية خاصة. وتكون نتيجة المحكمة، إن راءت عدم دستورية النص المطعون فيه، هو استبعاد تطبيقه فقط[2].

ب.أسلوب الأمر القضائي:

الأمر القضائي بالمنع هو صيغة قضائية تتضمن نهيا صريحا توجهه المحكمة إلى جهة ما لمنعها من تنفيذ قانون معين لأنه مخالف للدستور[3]، ويكون هذا الأسلوب بناء على طلب أحد الأطرف من المحكمة أن تصدر أمرا بوقف قانون معين على أساس أنه غير دستوري وسيكون له ضرر معين إذا ما طبق عليه. فهو إجراء وقائي Protective . فتنظر المحكمة في هذا الطلب، فتصدر أمرا للموظف الذي يريد تطبيق القانون بأن يتوقف عن تنفيذه، فإذا امتنع عن

[1] د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص.22.

[2] د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط...، المرجع السابق، ص575.

[3] د. أحمد كمال أبو المجد، ١الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة...، المرجع السابق، ص.240.

تنفيذ هذا الأمر القضائي أصبح مرتكبا لجريمة احتقار المحكمة Comptempt of court [1].

وكانت نشأة هذا النوع من الرقابة أصله قضائي مرتبط بالتطور الذي عرفه النظام القضائي الأمريكي المتأثر بمبادئ القانون العام Common law ومبادئ العدالة Equity.

وتنقسم اوامر المنع إلى آوامر مؤقتة تصدرها المحكمة خلال نظرها الدعوى المرفوعة أمامها وتسمى Preliminary injunctions ، و أوامر دائمة تصدرها المحكمة بناء على دعوى مباشرة ترفع أمامها وتسمى[2] Perpetual injunction.

وشاع استخدام هذا الأسلوب منذ أواخر القرن التاسع عشر، ونتج عنه تعطيل بعض التشريعات، لذلك عمد الكونغرس إلى توفير بعض الضمانات لاستعمال هذا الأسلوب، فأصدر سنة 1910 قانونا يتضمن بأن يكون صدور الأمر القضائي من اختصاص محكمة اتحادية خاصة تتشكل من ثلاثة قضاة يجوز الطعن في أحكامها أمام المحكمة العليا الاتحادية مباشرة[3].

ج. أسلوب الحكم التقريري

يشبه هذا الأسلوب إلى حد كبير أسلوب الأمر القضائي، لكن الفرق بينهما هو أن هذا الأسلوب لا يشترط وجود دعوى قضائية، حيث يلجأ فرد إلى المحكمة طالبا منها إصدار حكم يقرر عدم دستورية نص معين يرد تنفيذه عليه. ويعد هذا الأسلوب أحدث الأساليب في الرقابة عن طرق الدفع الفرعي، حيث بدأت المحاكم تستخدمه بداية من سنة 1918.

ويرى شراح القانون الدستوري في هذا الأسلوب أفضل الأساليب في الدفع بعدم الدستورية، لأنه يحقق الغاية دون اشترط وجود نزاع قضائي، فهو يهدف إلى معرفة موقف المحاكم من النص. ورغم أن المحاكم رفضت استعمال هذا الأسلوب بحجة أنها مختصة بنظر الدعاوى القضائية، لكن تراجعت على ذلك خصوصا مع صدور قانون اتحادي سنة 1934 يسمح للمحاكم حق إصدار أحكام تقريرية في المسائل المتعلقة بدستورية القوانين[4]. ويكون للحكم التقريري حجية نسبية لا ينعكس أثرها إلا على من

---

[1] د.رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص480.

[2] د. كمال أبو المجد، ١الرقابة على دستورية القوانين...، المرجع السابق، ص.247.

[3] د.عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 296.

[4] د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقاتون الدستوري، المرجع السابق، ص.268.

يقرر لصالحه، وأصبح لهذا الأسلوب وجود في العديد من الدول منها كندا واستراليا والهند وباكستان وغانا[1].

سادسا :الحكم في دعوى الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي

يتطلب درسة حكم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي دراسة أربعة نقاط:

أ.النطاق الزمني لتنفيذ حكم عدم الدستورية

يقصد بالنطاق ١لرذي تحديد تاريخ سريان اثار الحكم بعدم الدستورية، هل ستكون سارية منذ تاريخ صدورها وتنفذ في المستقبل فقط، أم سيكون لها أثر رجعي في حالات معينة ؟

قررت النظرية السائدة في الفقه والقضاء الأمريكيين أن الحكم بعدم الدستورية لا يبطل القانون ولا يلغيه ولا ينشئ من ورائه أي مركز قانوني جديد، بل يكشف عن حقيقة القانون من الناحية الدستورية، هل هو دستوري أم غير دستوي. فإذا قررت المحكمة عدم دستوريته فمعنى ذلك أن العمل التشريعي لم يحترم الحدود المرسومة له دستوريا، وبالتالي فهو نص منعدم من حيث القيمة القانونية، والمنعدم سيكون له آثار مستقبلية وحتى له أثر رجعي لأن ما بني على باطل فهو باطل، فينصرف أثره إلى كافة العلاقات القانونية التي نشأت بمقتضاه ماضيا وحاضرا ومستقبلا. وعبرت المحكمة العليا الأمريكية على ذلك صراحة في حكمها في قضية Northon سنة 1886، حينما اوضحت أن التشريع المخاف للدستور ليس في الحقيقة قانونا على الإطلاق، فهو لا ينشئ حقوقا ولا يرتب واجبات ولا يمنح حماية ولا ينشئ وظيفة، فهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماما، وكأنه لم يصدر أصلا[2].

ب.حجية الحكم بعدم الدستورية:

يعتبر القضاء الدستوري في الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي رقابة امتناع فقط، فهي لا تلغي ولا تبطل القانون، فكل ما يقوم به القاضي هو عدم تطبيق النص إذا ما حكم بعدم دستوريته٠ وقررت المحكمة العليا الأمريكية هذا الحكم بوضوح سنة 1936 في قضية الولايات

---

[1] أنظر: Jennings, Sir Ivor, The law and the constitution, University of London Press, 1943 ; p 145

[2] د.شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص.ص 620-622.

المتحدة الأمريكية ضد بتلر، حينما أكدت أنه ايجب ألا يساء فهم المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين، إذ كثيرا ما يقال إن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور وهو قول غير صحيح، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري بجانب النص القانوني المطعون فيه لتحديد حقيقة ما بينها من توافق أو تعارض، فإذا فصلت في هذه المشكلة وترتبت عليها نتيجة في خصوص الدعوى المعروضة أمامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون.

لذلك يترتب عن الحكم الصادر بعدم الدستورية في النظام الأمريكي أنه يصبح حائزا لحجية نسبية يقتصر أثرها على طرفي النزع بخصوص الدعوى المقامة بينهما، بحيث لا يلزم هذا الحكم المحاكم الأخرى التي يمكنها تطبيقه إذا ما رات عكس ذلك[1].

ج. آثار الحكم بعدم الدستورية(عن طريق الدعوى الفرعية (الدفع الفرعي)

سبق التفصيل في أن آثار الحكم بعدم الدستورية الناتج عن الدفع الفرعي لا يرتب آثارا على الغير، بل اثار نسبية على طرفيه فقط، المدعي والمدعى عليه. لكن المقصود بالآثار في هذه النقطة هي آثار الحكم على النص غير الدستوري في حد ذاته، هل الحكم بالامتناع عن تطبيقه يعني أنه يلغى أو يبطل؟ وهل الإبطال أو الإلغاء يمس كل النص أم الجزء غير الدستوري منه فقط؟

قد يبدو طرح هذا السؤال غير منطقي ما دام أنها رقابة امتناع فقط دون أن تكون رقابة إلغاء. لكن الحقيقة العملية هي أننا أمام نظام قانون يطبق نظام السوابق précédents لأنه يتبع النظام الانجلوساكسوني، أي أن الحكم الذي تصدره المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون يكون ملزما عملا وقانونا لكافة المحاكم الأخرى، الأمر الذي يجعل من الامتناع عن تطبيق القانون من الناحية العملية بمثابة إلغاء له.

الإشكال الثاني الذي يطرح في الحكم بعدم الدستورية في النظام الأمريكي هو في حالة ما وجدت المحكمة، بعد فحصها للنص المطعون فيه، أن جزءا من أجزئه أو بعضا منه يتعارض مع نصوص في الدستور، بينما يتفق باقي أجزائه مع الدستور، فكيف يكون موقف القاضي؟

[1] د.شعبان أحمد رمضان ، المرجع السابق، ص.576.

فصلت المحكمة الدستورية الأمريكية في هذا الإشكال بأنها مختصة في الحكم بعدم دستورية الجزء المخالف للدستور دون باقي الأجزء. لكن لتطبيق هذا الفصل يجب أن تكون الأجزاء المحكوم بعدم دستوريتها قابلة للفصل عن الأجزء المحكوم بدستوريتها، بحيث يمكن تنفيذ الأجزاء الدستورية على نحو يحقق الغرض من النص المطعون فيه ولو تحقيقا جزئيا أو ناقصا[1].

وحكمت المحكمة العليا الأمريكية بمعيارين لتطبيق عملية الفصل، معيار موضوعي يتصل بنصوص القانون نفسها، ومعيار شخصي يتصل بواضع النص. وكان وضع هذين المعيارين في قضية Dorch سنة 1924 ضد ولاية تكساس، وصرحت المحكمة أن عملية الانفصال للاٍجزء غير الدستورية عن الأجزء الدستورية لا يتحقق إلا بشرطين:

- ✓ –**الشرط الأول:** أن يتضح أنه يستطيع وحده إنتاج أثر قانوني.
- ✓ –**الشرط الثاني:** أن المشرع لو علم بسقوط الأجزاء المخالفة للدستور لاختار بقاء هذا الجزء.

ويبدو أن هذا المعيار دفع الكونغرس الأمريكي إلى اتقاء خطر الحكم بعدم دستورية قوانينه فأصبح يلجأ إلى الفصل والتجزئة في قوانينه.

د. تقييم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي:

يمكن تقييم الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي بالتطرق إلى إيجابياتها (مزاياها) وسلبياتها (عيوبها).

هـ.مزاياها:

للرقاية القضائية عن طريق الدفع الفرعي عدة مزايا، منها:

- ✓ لا تمس بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن القاضي يمتنع عن تطبيق النص غير الدستوي دون إلغائه، فهو لا يمس بالسلطة التنفيذية أو التشريعية[2].

[1] د.شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص.ص 604–605.

[2] د. السعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزئر، 2005، ص.183.

- ✓ تمارس هذه الدعوى من طرف قاضي متخصص وليست من جهة سياسية[1].
- ✓ تمتاز بالمرونة، لأنها تكون ضمن قضية مطروحة على القاضي، فهي جزء منها.

و. عيوبها :

للرقابة القضائية عدة سلبيات، منها:

- ✓ تناقض الأحكام الذي قد يكون بين مختلف المحاكم، ما دام أن كل المحاكم سيكون مسموحا لها ممارسة هذا النوع من الرقابة. كما أنه لا يضع حدا للخلاف حول مدى دستورية النص من عدم دستوريته[2]
- ✓ قد تكون ممارسة هذا النوع من الرقابة ذو شق سياسي في بعضن الأحيان، لأن عملية الموازنة بين الدستور والتشريع قد تكون عملية سياسية في بعضن الأحيان[3]

[1] د. حسني بوديار، المرجع السابق، ص.110.

[2] د. ماجد رغب الحلو، المرجع السابق، ص. ص. 18 -19.

[3] د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص.27.

الفصل الثاني

الفصل الثاني الدعوى الدستورية

سنتعرض في هذا الفصل الى النظرية العامة للدعوى الدستورية وقمنا بتقسيمه الى مطلبين, المطلب الاول تعرضنا فيه الى تعريف الدعوى الدستورية و خصائصها و التمييز بين الدعوى الدستورية الاصلية والدعوى الدستورية الاحتياطية اضافة الى المطلب الثاني الذي يتحدث عن كيفية تحريك الدعوى الدستورية و شلروط قبولها ,اما بالنسبة الى المبحث الثاني و الذي هو معنوان بالحكم في الدعوى الدستورية حيث تطرقنا الى نماذج تطبيقية في فرنسا و الولايات المتحدة الامريكية و دراسة كل ما يتعلق بهما .

المبحث الاول : النظرية العامة للدعوى الدستورية و كيفية تحريكها

تطرقنا في هذا المبحث الى النظرية العامة للدعوى الدستورية حيث قسمنا هذا المبحث الى مطلبين, المطلب الاول تناولنا فيه تعريف الدعوى الدستورية وخصائصها والمطلب الثاني كيفية تحريك الدعوى الدستورية و شروط قبولها.

المطلب الاول :تعريف الدعوى الدستورية و خصائصها

سنتناول في هذا المطلب تعريف الدعوى الدستورية و كيفية تحريكها بالاضافة الى خصائصها و ذللك من خلال تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ,الفرع الاول يتناول تعريف الدعوى الدستورية والفرع الثاني خصائصها اما بالنسبة للفرع الثالث فيتناول التمييز بين الدعوى الاصلية و الدعوى الدستورية .

الفرع الاول : تعريف الدعوى الدستورية

عرفت الدعوى الدستورية بأنها "رخصة منحها المشرع للأشخاص الطبيعية والهيئات القضائية لحماية حقوقهم المنتهكة بمخالفة سلطات الدولة لنصوص الدستور وذلك عبر الوسائل والاجراءات المحددة قانونا"٠

كما عرفت الدعوى الدستورية بأنها "الوسيلة التي يمكن الهيئات القضائية التي تنظر النزاع الموضوعي من أداء مهمتها في تطبيق النصوص القانونية الواجبة بحسب المرتبة التشريعية لها إذا ما ثبت لديها مخالغة إحدى سلطات الدولة، ولا سيما التشريعية والتنفيذية لنصوص الدستور".

الفرع الثاني :خصائص الدعوى الدستورية

تتميز الدعوى الدستورية بعدة خصائص تميزها عن باقي الدعاوى القضائية الأخرى، فهي دعى عينية، كما انها دعوى مستقلة بموضوعها.

اولا : انها دعوى عينية:

استقر فقهاء القانون الدستوري أن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية بطبيعتها، بمعنى انها لا تستهدف حماية لصالح الافراد المتنازعة فحسب، بل تهدف أساسا إلى مجابهة التشريع المخالف لنصوص الدستور وازام السلطتين التشريعية والتنفيذية به، بحيث تحوز احكامها على حجية في مواجهة الكافة، وذلك عكس الدعوى الشخصية ذات الحجية النسبية والاثر النسبي بين أطرافها[1].

وجاء في حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في جلسة 15 ماي 1993 تحت رقم 15 لسنة 14 قضائية انه:"الخصومة في الدعوى الدستورية، وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية، قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحريرا لتطابقها مع اعلاء للشرعية الدستورية .

ثانيا: استقلال الدعوى الدستورية عن الدعوى الموضوعية

تعتبر المحكمة المختصة التي تنظر الدعوى الدستورية محكمة مستقلة بذاتها، فهي ليست جهة طعن لما تقضي به محكمة الموضوع، وانما هي جهة قضائية مستقلة نات اختصاص أصيل، بحيث إذا اتصلت الدعوى الدستورية بها وفق الإجرءات المنصوص عليها فإنها تستقل عن الدعوى الموضوعية التي تعالج موضوعا مغايرا لموضوع الدعوى الاصلية التي أثيرت بشأنه الدعوى الدستورية.[2]

---

[1] عمر التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006، رسالة ماجستير، 2010، ص.ص 112-113.

[2] احمد محمود جمعة، أصول إجراءات التداعي امام محاكم مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا، منشأة المعربى، الإسكذرية، 1985، ص.107.

الفرع الثالث : التمييز بين الدعوى الدستورية الاصلية والدعوى الدستورية الاحتياطية

تعتبر كلتا الدعوتين الاصلية والاحتياطية وسائل ممنوحة للمحاكم الدستورية بهدف حماية الحقوق والحريات الأساسية، فهما تهدفان لتحقيق هدف واحد. لكن رغم ذلك لا يعدان دعوى واحدة، وانما تختلفان في عدة أمور منها:

اولا : من حيث الأطراف المخولة بتحريكها

لا يمكن للأفراد العاديين تحريك الدعوى الاصلية، وانما هي مقتصرة على السلطات العامة والهيئات السياسية، بينما الدعوى الاحتياطية فإنه، بالإضافة للجهات السابقة، يمكن للاشخاص الطبيعية والمعنوية تحريكها امام المحكمة الدستورية بـ هدف حماية حقوقهم الدستورية[1].

ثانيا: من حيث زمن تحريكها

يمكن للجهات المخولة بالطعن في دستورية القوانين أن تلجأ الى المحكمة الدستورية المختصة للطعن في القانون بمجرد نفاذه دون انتظار تطبيقه، وبالتالي لا يشترط اتصال او ارتباط الدعوى الدستورية الاصلية بدعوى موضوع منظورة أمام الجهات القضائية الأخرى. فهي وسيلة دستورية عامة ومطلقة بغض النظر عن مصدر العمل التشريعي. بينما الدعوى الدستورية الاحتياطية لا يمكن اللجوء اليها ما دامت هناك وسيلة أخرى لإمكانية حماية الحق المنتهك، سواء امام جهات القضاء العادي او الإداري، لذلك تتطلب استنفاذ كافة طرق التقاضي العادي والإداري، وإلا سيتم رفض الدعوى لعدم توافر الشرط لإمكانية انعقاد اختصاصها بنظر الدعوى الدستورية الاحتياطية.[2]

ثالثا: من حيث نطاقها

تنصب الدعوى الدستورية الاصلية على الاعمال التشريعية، سواء الصادرة عن السلطة

[1] د. أحمد عيد الحسبان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية عن طريق الدعوى الدستورية الاحتياطية في النظم الدستورية الغربية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الاسباني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 28، أكتور 2006، ص332.

[2] المرجع نفسه، ص333.

التشريعية بوصفها صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع أو عن السلطة التنفيذية استنادا لاختصاصها التشريعي الاستثنائي (مراسيم او قوانين في غياب السلطة التثريعية لأي سبب). بينما تنصب الدعوى الاحتياطية على كل الاعمال، سواء كانت تشريعية او قضائية حال مساسها لاحد الحقوق والحريات المحمية دستوريا للأشخاص الطبيعية او المعنوية، فنطاق الدعوى الاحتياطية أوسع من نطاق الدعوى الاصلية.[1]

المطلب الثاني : كيفية تحريك الدعوى الدستورية وشروط قبولها

سوف نتناول في هذا المطلب كيفية تحريك الدعوى الدستورية و شروط قبولها و ذللك من خلال تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع كالاتي,اولا كيفية تحريك الدعوى ,ثانيا شروط قبول الدعوى و اوجه الطعن بعدم الدستورية .

الفرع الاول : كيفية تحريك الدعوى الدستورية

تتحرك الدعوى الدستورية بثلاث طرق متنوعة:

اولا :الدفع امام محكمة الموضوع من طرف أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية

إذا دفع أحد الخصوم، أثناء نظر دعوى امام إحدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة ورات المحكمة او الهيئة أن الدفع جدي اجلت النظر في الدعوى الموضوعية المطروحة امامها وحددت لمثير الدفع ميعادا لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة المختصة بنظر عدم دستورية نص او لائحة.[2] لكن ما المقصود بان يكون الدفع جدي؟

المقصود بالجدية أن الدفع لا يكون المقصود منه إطالة امد الدعوى الموضوعية. فالدعوى التي يستهدف تسويفها واطالة عمر النزاع فيها يعد الدفع فيها بعدم الدستورية دفعا غير جدي.

---

[1] ازهار صبر كاظم، سرى صاحب محسن، الدعوى الدستورية الاحتياطية ودويها في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، جامعة واسط، العراق، العدد 10، المجلد 15، 2009، ص.ص.204-206.

[2] د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 1998، ص 91.

كما يعد الدفع جديا إذا كان له تأثير في الدعوى. فإذا لم يكن له تأثير فيها عد دفعا غير جدي.[1]

كما استعمل اتجاه فقهي اخر معيار لقياس مدى اعتبار الدفع جدي، وهو أن يكون الفصل في مسألة الدستورية "منتجا"، بمعنى أن يكون القانون او اللائحة المطعون في دستوريتها متصلة بموضوع النزاع. كما يجب أيضا ان تحتمل مدى مطابقة القانون أو اللائحة للدستور اختلافا في وجهات النظر، أي مختلفا فيها[2].

ويرى جانب اخر من الفقه أن الجدية في الدفع بعدم الدستورية في إيطاليا كان له:

- ✓ أن يكون الفصل في مسالة الدستورية منتجا في الدعوى الاصلية.
- ✓ ألا تكون المسالة الدستورية قائمة على أساس ظاهر، أي أنه يكفي ان تكون مسالة الدستورية محل شك[3].

فمسألة الجدية هي مسالة موضوعية يقدرها القاضي الذي طرحت امامه القضية الموضوعية، فله تقدير هذه المسالة وفق سلطته التقديرية. فإذا رى توافر الجدية بعدم دستورية النص المطعون فيه بعدم الدستورية، طلب من صاحب الدفع التوجه إلى المحكمة المختصة بنظر الدستورية. اما إذا رى عدم توافر عنصر الجدية فله رفض الدفع، ويكون الطعن في رفض قاضي الموضوع امام محكمة الدرجة الثانية.

كما طرح تساؤل اخر حول طبيعة الدفع بعدم الدستورية، هل هو من النظام العام وبالتالي يجوز اثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي؟ ولو من القاضي من تلقاء نفسه؟ أو هو ليس من النظام العام وبالتالي لا يجوز اثارته في المراحل المتقدمة من الدعوى إذا لم يكن قد تم اثارته في الدرجة الأولى؟

---

[1] د.علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الدامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص134.

[2] د.رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1983، ص580.

[3] د. محمد زهران، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الأول، السنة 14، يناير–مارس، 1970، ص.ص.134–135.

كانت هناك عدة احكام مصرية رأت أنه ليس من النظام العام[1].

ثانيا :الإحالة المباشرة من الموضوع:

إن الطريقة الثانية التي تحرك بها الدعوى الدستورية هي الإحالة مباشرة من محكمة الموضوع، حيث أنه إذا ترءى لإحدى المحاكم او الهيئات القضائية اثناء نظر دعوى معينة عدم دستورية نص قانوني معين ضروري للفصل في القضية المطروحة امامها، أوقفت الدعوى واحالت النص المشكوك فيه بعد الدستورية إلى المحكمة المختصة بنظر الدستوريةا للفصل فيه. وتكون هذه الطريقة مقررة لكل المحاكم مهما كان نوعها، مدنية إدارية وغيرها، ومهما كانت درجتها. ويكون تقدير الإحالة للمحكمة، اي من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة المحكمة الأعلى.[2]

ثالثا: التصدي من المحكمة المتخصصة

يمكن للمحكمة المتخصصة بنظر دستورية القوانين أن تقضي بعدم دستورية أي نص قانوني يعرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المطرح عليها وذلك باتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية.

يظهر من هذا ان المحكمة المتخصصة بالرقابة على دستورية القوانين تتصدى للنص المراد الفصل في مدى دستوريته وفق ضوابط معينة منها:

- ✓ تمارس المحكمة المتخصصة هذا الاختصاص بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها سواء اثناء نظرها دعوى دستورية ام دعوى تنازع او دعوى تفسير.
- ✓ أن يكون النص الذي تتصدى له المحكمة ذو صلة بالنزاع المطروح على المحكمة.[3]
- ✓ لا يجب ان يكون موقف المحكمة من التصدي لمدى دستورية النص ان تفصل بعدم

---

[1] راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتارخ 1975/05/13، مجموعة احكام النقض، الدائر المدنية، السنة 25، 1975، ص.783، وحكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 1983/23802، مجموعة احكام النقض، الدائرة المدنية، 1983، ص.366.

[2] – د. صلاح فوي، المرجع السابق، ص.96 .

[3] – المرجع نفسه، ص.97.

دستوريته ضرورة، بل هو مجرد راي أولي قد يكون الحكم النهائي فيه بأنه غير دستوري.

الفرع الثاني : شروط قبول الدعوى الدستورية

يشترط لقبول الدعوى الدستورية امام المحكمة المتخصصة بنظر مدى دستورية نص قانوني الشروط ذاتها لقبول أي دعوى أخرى. ومن بين هذه الشروط:

اولا :شرط الصفة في الدعوى الدستورية

يشترط لقبول الدعوى الدستورية أن تتوافر الصفة في المدعي والمدعي عليه. فالمدعي وجب ان تكون له صفة في المطالبة بما يدعيه، والامر نفسه يجب توافره في المدعي عليه. فالصفة شرط لمباشرة الدعوى امام القضاء الدستوري. فقد يكون هناك صاحب مصلحة في إقامة الدعوى ولكن لا تتوافر فيه الصفة لمباشرة الدعوى لأي سبب كان معدم الاهلية مثلا. ففي هذه الحالة يكون صاحب الصفة هو الوصي او الولي او الممثل القانوني مع ضرورة ذكر اسم الأصيل حتى يتم توضيح من تقوم الدعوى باسمه ومن تنصرف إليه آثار الحكم الدستوري[1].

ثانيا: شرط المصلحة في الدعوى الدستورية:

لا تقبل أي دعوى لا تكون فيها مصلحة لرافعها. وهذا النص العام ينطبق على الدعوى الدستورية باعتبارها دعوى قبل أي شيء آخر. فلا دعوى بغير مصلحة، لأن المصلحة هي الفائدة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضها، فهي شرط لقبول الدعوى الدسدورية.

ولكي تكون المصلحة في الدعوى الدستورية مقبولة لا بد أن تتوافر فيها ثلاثة شروط:

أ. **أن تكون الدعوى مرتبطة بالمصلحة في الدعوى الموضوعية:** فالدعوى المتعلقة بالطعن في دستورية نص قانوني معين يجب ان يكون لهذا النص تأثيرا في الدعوى الموضوعية المرفوعة. لذلك يؤثر الحكم في المسألة الدستورية بالضرورة في الدعوى الموضوعية.

[1]– د. صلاح فوي، المرجع السابق ، ص.129.

ب. المصلحة يجب ان تكون قانونية وشخصية ومباشرة: يشترط في المصلحة المطلوبة في الدعوى الدستورية أن تكون قانونية، أي مصلحة يقرها القانون ويحميها (فحتى المصلحة الاقتصادية وحدها لا تكفي لقبول الدعوى الدستورية)[1]، فالطاعن بالدستورية ضد نص معين يشترط أن يراد تطبيقه ضده ومخالفا للدستور. كما يشترط في المصلحة ان تكون شخصية، أي النص المطعون فيه يمس المدعي الطاعن بالدستورية، وان تكون مباشرة ومستمرة خلال نظر الدعوى إلى غاية الفصل فيها. كما يكفي ان تكون المصلحة أدبية وليست مادية فقط.[2]

ج. المصلحة يجب ان تكون قائمة: معنى ذلك أن تكون للطاعن بعدم الدستورية مصلحة قائمة وقت رفع الدعوى الدستورية. فالمصلحة الاحتمالية لا تكفي لقبول الدعوى، وهذا عكس الدعوى في المواد المدنية والتجارية. وتنتفي المصلحة في عدة مواضيع منها:

- ✓ -التنازل عن الحق المطالب به في الدعوى الموضوعية.
- ✓ -وجود سابقة صدور حكم في شأن دستورية النص المطعون بعدم دستوريته، وهنا يصدر حكم بانتهاء الخصومة وليس بعدم قبول الدعوى، خصوصا وان الحكم بعدم القبول معناه عدم توافر شروط رفع الدعوى ابتداء. بينما الحكم بانتهاء الخصومة تفترض توافر شروط رفع الدعوى (ومنها شرط المصلحة) ثم تزول فيما بعد[3].

الفرع الثالث : أوجه الطعن بعدم الدستورية

تتمثل أوجه الطعن في دستورية نص قانوني في ثلاث أوجه، هي وجه مخالفة الاختصاص الدستوري، ووجه الشكل والإجرءات، ثم وجه مخالفة الاحكام الموضوعية للدستور. وسنحاول تفصيلها تباعا:

---

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر في مارس 1975، مجموعة احكام المحكمة، ص.315.

[2] د. صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص.ص.165-166.

[3] د.عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، 1988، ص 446.

اولا: وجه مخالفة الاختصاص الدستوري

ينقسم وجه الطعن في دستورية نص قانوني من خلال عيب مخالفة الاختصاص الدستوري إلى ثلاث أنواع:

أ.البطلان الكلي للقانون: عدم اصدار القانون كله

في حالة فصل المجلس الدستوري بعد دستورية النص المطعون فيه كلية أو عدم دستورية جزء لا يمكن فصله عن بقية الأجزء، فإن هذا النص لا يتم إصداره، والبرلمان في هذه الحالة، يقوم بتبني قانون جديد مع مراعاة ملاحظات المجلس الدستوي.[1] اما إذا كانت الرقابة لاحقة لصدور القانون في النتيجة تكون الغاء النص المطعون فيه واخراجه من المنظومة القانونية كلية إذا كان لا يقبل التجزئة.

ب.البطلان الجزئي للنص

حسب المادة 23 من الامر الصادر في 7 نوفمبر 1958 المتعلق بالقانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي، فإنه في الحالة التي يعلن فيها المجلس الدستوري أن القانون محل الرقابة يتضمن نصا مخالفا للدستور، وكان النص المخالف للدستور يمكن فصله عن النص المطعون فيه كلية، أمكن اصدار الجزء المتناسق مع الدستور وعد اصدار الجزء الاخر، أو الامتناع عن اصدار النص كاملا حتى يتم تصحيح الجزء غير الدستوري[2] أما إذا كانت االرقابة لاحقة، فالنص الذي يمكن فصله فقط هو الذي يتم إلغاؤه واخراجه من المنظومة القانونية.

المبحث الثاني :الحكم في الدعوى الدستورية (نماذج فرنسا,الولايات المتحدة الامريكية)

قمنا في هذا المبحث الخاص بالحكم في الدعوى الدستورية الى دراسة نماذج تطبيقية لرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال النموذج الفرنسي والنموذج الامريكي بجميع عناصرهم وقد قسمنا هذا المبخث الى مطلبين ,المطلب الاول خصصناه باجراءات اصدار الحكم الدستوري في النظام الفرنسي والمطلب الثاني خصص حجية و اثار الحكم الدستوري في الولايات

[1] أنظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 1993/07/28 والمعروف بقانون Fillon

[2] د. محمود أحمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ، آثاره و حجيته..، المرجع السابق، ص 147.

المتحدة الامريكية.

المطلب الاول :اجراءات اصدار الحكم الدستوري في النظام الفرنسي (المجلس الدستوري الفرنسي)

سوف نتطرق فيهذا المطلب الى اجراءات اصدار الحكم في النظام الفرنسي حيث قسمنا هذا المطلب الى فرعين ، الفرع الاول الاثر القانوني المترتب عن قرار المجلس الدستوري الفرنسي و الفرع الثاني حجية القرار الصادر من المجلي الدستوري و سوف نرى ذللك فيم يلي. يخضع الحكم في الدعوى الدستورية ، مثله مثل بقية الاحكام الأخرى، إلى المراحل نفسها في الصدور، من مداولة وتسبيب ونشر. كما ستكون له حجية حددها القانون، ينتج عنها آثار معينة.

وسوف تكون دراسة الحكم الدستوري في هذه الدراسة من خلال التعرض لنظامين مختلفين كنموذجين لنوع الرقابة على دستوربة القوانين، النظام القانوني الفرنسي الذي يعد المرجع في الرقابة السياسية على دستورية القوانين من خلال المجلس الدستوي الفرنسي، ثم النظام القانوني الأمريكي الذي يعد رئدا في الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ينظم آثار القرر الصادر عن المجلس الدستوي الفرنسي نص الفقر الأولى من المادة 62 من الدستور ١لفرسي الصادر سنة 1958 والمادتين 22 و23 من الامر رقم 58/1067 المؤخ في 7 نوفمبر 1958 المتعلق بالقانون الأساسي لمجلس الدستوري الفرنسي.

تنص الفقر الأولى من المادة 62 من الدستور الفرنسي على" ان النص الذي يعلن عدم دستوريته لا يمكن إصداره او تطبيقه...." كما **تن**ص المادة 22 من القانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي على أنه: في الحالة التي يعلن فيها المجلس الدستوري ان القانون الخاضع لرقابته يحوي نصا يتعارض مع الدستور ولا يمكن فصله عن القانون في مجمله، فإن القانون لا يمكن إصداره"

وأضافت المادة 23 من القانون الأساسي للمجلس الدستوي الفرنسي على أنه" في الحالة التي يعلن فيها المجلس الدستوري ان القانون محل الرقابة يحوي نصا يتعارض وأحكام الدستور، ودون أن يقرر في الوقت نفسه بأن هذا النص غير الدستوري لا يمكن فصله عن القانون في مجمله، فإن رئيس الجمهورية يستطيع اما اصدار القانون بدون هذا النص، وإما أن يطلب من مجلسي البرنمان قراءة جديدة".

أما بشأن حجية القرر الصادر عن المجلس الدستوي فإن هذه الحجية نظمتها المادة 62 من دستور 1958 والتي ورد فيها أن قرارات المجلس الدستوي لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن وانها ملزمة لكل السلطات في الدولة، الإدارية والقضائية.

الفرع الاول : الاثر القانوني المترتب عن قرار المجلس الدستوري الفرنسي

إن الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي هي رقابة وقائية سابقة على صدور النص المطعون في دستوررته، كما أنها أصبحت رقابة لاحقة بعد التعديل الدستوري لسنة 2008 كما سبق تفصيله سابقا.[1] وبالتالي يكون الأثر المترتب عن صدور القرار بعدم الدستورية لنص معين هو عدم إصداره أو وضعه موضع التطبيق إذا كانت رقابة سابقة[2]، أو إلغائه وإخرجه من المنظومة القانونية إذا كانت الرقابة لاحقة (بعد 2008).

ففيما يخص الرقابة السابقة، وهي نوعين، اجبارية واختيارية، فإن الرقابة السابقة الاختيارية والتي تكون للقوانين الأساسية (العضوية) فإعلان المجلس الدستوي عدم مطابقتها للدستور يترتب عنها عدم إصدارها، والأمر نفسه ينطبق على اللوائح المنظمة لغرفتي البرلمان الفرنسي.

أما فيما يتعلق بالرقابة السابقة الاختيارية، والمتعلقة بالمعاهدات الدولية والقوانين العادية، فإن حكم المجلس الدستوري بعدم مطابقة المعاهدة للدستور، كان تحتوي شرطا أو نصا لا يتفق مع الدستور، فلا يتم تعديل النص الوارد في المعاهدة، بل يتم تعديل الدستور حتى لا يكون هناك

[1] يرجى الرجوع إلى تفصيل الرقابة السياسية على دستورية القوانين في فرنسا التي سبق تفصيلها في هذا المؤلف.

[2] أنظر: Lavroff, D.G,le droit constitutionnel de la republique, 1999, p 240.

تعارض بين المعاهدة والدستور ٠ وأكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا الاتجاه في عدة قررت منها قراره الشهير رقم 92/308 الصادر في 09 ابريل 1992 عندما مارس رعابته على معاهدة ماستريخت1 (maastricht1) فتبين للمجلس الدستوري بعد فحصه لشروط واحكام المعاهدة أنها تحوي شروطا عديدة تتعارض مع السيادة الفرنسية، وانتهى إلى أنه لا يمكن المصادقة على المعاهدة إلا بعد إجراء تعديل دستوري، وهو ما تم فعلا في 25 جويلية 1992 باجتماع مجلسي البرلمان في شكل جمعية تأسيسية لإجراء هذا التعديل.[1]

أما فيما يتعلق بالرقابة السابقة الاختيارية المتعلقة بالقوانين العادية فإنه يجب التفرقة بين حالتين: البطلان الكلي والبطلان الجزئي.

الفرع الثاني: حجية القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي:

بينت المادة 62 من دستور 1958 أن النص الذي يعلن عدم دستوريته لا يجوز إصدار أو تطبيقه. كما أن قرارات المجلس الدستوري لا تقبل أي طريق من طرق الطعن، وهي ملزمة لكل السلطات في الدولة، القضائية والإدارية[2].

والمقصود بالقرار في هذه الحالة هو القرر الصادر بالدستورية او عدم الدستورية. فالحكم بالدستورية تعطي للنص المطعون فيه حصانة، أي لا يجوز الطعن فيه مستقبلا بعدم الدستورية، وإلا يتم الفصل بسبق الفصل. أما قرار "عدم الدستورية" فهو إخراج النص من المنظومة القانونية وعدم إمكانية إصداره إذا لم يتم إصداره. أما إذا كانت الرقابة لاحقة، أي بعد صدور النص والطعن فيه من المتضرر، فإن الحكم بعدم الدستورية يعني إلغائه واخرجه من المنومة القانونية الفرنسية. أما إذا تم الفصل بدستوريته، وفق الرقابة اللاحقة دائما، فإنه يتم منحه حصانة لا يمكن لاحد الطعن في عدم دستوريته مستقبلا.

واعطيت هذه الصفات لقرارات المجلس الدستوري نظرا للخاصية التي تتميز بها الدعوى الدستورية، فهي "**دعوى عينية**". كما أن هذه الصفة تجعل من الحكم الدستوري يسري تجاه

---

[1] د. شعبان احمد رمضان، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين، درسة مقارنة، ص595٠ وما بعدها.

[2] أنظر: Drago, G ,l'execution des decisions du conseil constitutionnel ; 1999.

الكافة، فله حجية مطلقة، ويتم نشر القرار في الجريدة الرسمية.

المطلب الثاني :حجية واثار الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية.

تعد الولايات المتحدة الامريكية النموذج الأول والاقدم للدول التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين رغم عدم وجود نص يسمح بممارسة هذه الرقابة. فقد نشأت هذه الرقابة مبكرا في النظام القضائي للولايات المتحدة الامريكية[1].

وقبل التفصيل في حجيةو آثار الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية، يجدر أن نعطي نظرة عن التقسيم القضائي الأمريكي.

الفرع الاول :هيكلة النظام القضائي الأمريكي

ينقسم النظام القضائي الأمريكي إلى نوعين من القضاء، القضاء الاتحادي والقضاء الولائي.

اولا: القضاء الاتحادي: يتكون القضاء الاتحادي الأمريكي من:

أ -**المحكمة العليا:** وهي أعلى محكمة في الولايات المتحدة الامريكية، وهي المحكمة الوحيدة المنشأة دستوريا حسب نص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي، ومقرها واشنطن، أحكامها تمثل المبادئ النهائية التي تسير عليها وتتقيد بها باقي المحاكم. وتتضمن في كثير من الأحيان تفسيرا لنصوص الدستور والقوانين الاتحادية.

تتكون المحكمة من رئيس و 08 قضاة، كلهم من الرئيس الأمريكي، بعد موافقة الكونغرس، ويعينون مدى الحياة، ولا يجوز عزلهم إلا عن طريق الاتهام impeachement وللمحكمة اختصاصات اصلية واختصاصات تشاركها فيها محاكم اخرى.

ب- الاختصاصات الاصلية للمحكمة العليا كدرجة أولى:

- ✓ جميع المنازعات التي تكون بين ولايتين أو أكثر بشرط أن تكون حكومة الولاية هي الخصم في الدعوى.

[1] د.يحي الجمل، طرق الرقابة على دستورية القوانين في البلاد العربية، دراسة منشورة بنشرة اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، النشر الأولى، ديسمبر 2002، ص.9.

- ✓ جميع الدعاوى والإجراءات المقامة ضد السفراء ووزراء الدول الأجنبية (الوزراء المفوضين) او تابعيهم.

ثانيا: الاختصاصات المشتركة مع محاكم أخرى كدرجة أولى

- ✓ الدعاوى التي يقيمها السفراء والوزراء المفوضين التابعين لدول أجنبية.
- ✓ المنازعات بين الحكومة الاتحادية واحدى الولايات
- ✓ الدعاوى المقامة من مواطني إحدى الولايات ضد مواطني ولاية أخرى أو ضد الأجانب.

كما قد تكون المحكمة العليا الامريكية محكمة نقض لأحكام وقرارات المحاكم الأخرى وهي المحكمة الابتدائية ومحاكم الاستئناف والاحكام النهائية الصادر عن المحاكم العليا في كل ولاية.

أ. **المحاكم الاقليمية (محاكم الدرجة الأولى):** وهي محاكم الدرجة الأولى للتقاضي، توجد في جميع الولإيات، إذ توجد في كل ولاية محكمة أو أكثر، وتتشكل من قاضي واحد أو أكثر، وتختص هذه المحاكم بنظر جميع الدعاوى القضائية الاتحادية المدنية والجنائية.

ب. **محاكم الاستئناف:** وهي محاكم الدرجة الثانية، وتستأنف أمامها أحكام المحاكم الإقليمية (محاكم الدرجة الأولى)، عددها إحدى عشر محكمة، إحداها في العاصمة واشنطن، لها اختصاص إقليمي وفقا لتقسيم معين، وتتكون من ثلاثة قضاة، رئاسة المحكمة تكون لاقدمهم.

ج. **القضاء الولائي:**

يكون القضاء الولائي في كل ولاية أو إقليم معين. وسمي بالولائي ارتباطا بالولاية الامريكية. ويكون تكوينها وتشكيلها لاعتبارت خاصة تعود لحجم الولاية وإلى عناصر أخرى سياسية ودستورية[1].

[1] د. محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، اثار وحجيته، دراسة مقارنة في ضوء احكام المحكمة الدستورية العليا حتى ابريل 2003، ص.ص.203-204.

الفرع الثاني : الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية:

قبل التطرق إلى حجية واثار الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية، يجدر التطرق إلى نطاق الرقابة على دستورية القوانين في هذه الدولة.

اولا :نطاق الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية:

إن ممارسة الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة قضائية يؤدي حتما للاحتكاك بالسلطة التشريعية المختصة بإصدار التشريعات والسلطة التنفيذية المكلفة بتنفيذها لذلك كان القضاء حريصا على وضع ضوابط وقيود ذاتية لوضع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في نطاقها الصحيح وتفادي هذا الاحتكاك المحتمل، خاصة أن المجابهة قد تكون نتيجتها في غير صالح السلطة القضائية.[1]لذلك حرصت المحكمة العليا الامريكية على وضع ضوابط لعملها، وهي ضوابط وقيود ذاتية (JUDICIALSELF RETREINT) يقررها القضاء الدستوري في ممارسته الرقابية ومن هذه الضوابط والقيود نذكر:

أ -قصر الرقابة على الدستورية دون رقابة بواعث اصدار التشريع او ملائمته:

يقتضي مبدأ الفصل بين السلطات أن تمارس كل سلطة من سلطات الدولة لاختصاصاتها المحددة دستوريا دون ان تتجاوزها أو تنتهكها وإلا كان هناك انتهاك للمبدأ في حد ذاته٠ لذلك فإن دور السلطة القضائية يقتصر على بحث مدى مشروعية تلك القوانين دون التعدي إلى بحث اعتبارات الملائمة أو الاعتبارات السياسية التي أدت إلى وضع ذلك التشريع. فالرقابة القضائية هي رقابة قانونية وليست سياسية. فالبحث في بواعث اصدار التشريع أو الضرورات التي أدت إلى ذلك أو أهميته العملية كلها لا تدخل ضمن عمل السلطة القضائية[2].

ب – عدم التعرض للمشكلة الدستوريةالا اذا كان لازما للفصل في الخصومة الاصلية :

يعد هذا الضابط أو القيد من القيود التي اعتبرها الفقه الدستوي الأمريكي من الوسائل القضائية لحسم المنازعات ذات الطابع الدستوري

[1] د٠ عادل عمر الشريف، قضاء الدستورية...، المرجع السابق، ص 133.

[2] د٠ محمود أحمد زكي ، المرجع السابق، ص 204.

judicial techniques in[1] constitutional litigation

ويقصد بهذا القيد أنه لا يجوز للمحكمة البحث في موضوع دستوية القوانين إلا إذا كان ذلك القيد يعتبر مسألة ضرورية واولية يتوقف عليها الفصل في الخصومة الاصلية. وكان هدف المحكمة العليا الامريكية من وراء هذا القيد هو التضييق من نطاق الرقابة على دستوية القوانين والتشدد في قبول الدفع بعد الدستوية. بل وذهبت المحكمة إلى حد استعمال شرط المصلحة وقيام الخصومة وتشددت فيهما[2].

ج- قرينة براءة القوانين من العيوب الدستورية:

ويقصد بهذا الضابط ما يسمى بقرينة "الدستورية" التي سبق التفصيل فيها في هذا المؤلف[3]. وتسمى أيضا بقرينة المطابقة أو الصلاحية، إذ يفترض أن القانون بمجرد صدوره يكون مطابقا للدستور وبريئا من العيوب الدستورية ، ومن يدعي عكس ذلك يقع عليه عبء الاثبات.

ثانيا: اثار الحكم الصادر بعدم الدستورية في النظام القضائي الأمريكي

هناك تساؤلات تطرح في هذا النظام الذي يعتنق الرقابة القضائية على دستويية القوانين حول مآل القانون المطعون فيه، سواء بالحكم بدستوريته أم بعدم دستوريته، خصوصا الحالة الأخيرة، أي عدم الدستورية، هل يلغى أم يتم الامتناع عن تطبيقه فقط؟ كما أن هناك تساؤل آخر يطرح حول المدى العني للحكم الصادر بعدم الدستورية، أي تحديد التاريخ الذي تمتد عليه اثار الحكم وبالتالي الوقوف على ما إذا كانت هذه الاحكام تنفذ بالنسبة للمستقبل فقط أم يكون لها أثر رجعي؟

الفرع الثالث: اثار الحكم الصادر بعدم الدستورية على القانون

أولا :اثار الحكم الصادر بعدم الدستورية على القانون المقضي بعدم دستوريته :

أثار الحكم الصادر من المحكمة العليا الامريكية بعدم دستورية نص جدلا فقهيا كبيرا، فكان

---

[1] د. أحمد كمال أبو المجد، رقابة دستورية القوانين...، الميجع السابق، ص.242.

[2] د. علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص633.

[3] – انظر الصفحة 5 وما بعدها من هذا المؤلف.

التساؤل المطرح هو هل هذا الأثر يتمثل في إلغاء التشريع المعيب أم أنه يقف فقط عند حدود الامتناع عن تطبيقه؟

وكان هذا التساؤل مطروح بشدة لأن موقف القضاء الأمريكي كان موقفا سلبيا من النصوص غير الدستورية، فهو لم يقض ببطلانها ولا بإلغائها، بل ولم يرتب أي جزاء عام يمسها في كيانها، وإنما كان ما فعله هو الامتناع عن تطبيقه في النزاع المعروض أمامه، بحيث اختار احترم النصوص الدستورية ومخالفة أوامر المشرع المخالفة لهذه النصوص، فتقضي المحكمة فى الخصومة وكأن الذص–غير الدستوري–غير موجود من اصله .

يتضح من هذا المسلك أن القضاء الأمريكي تقف سلطته عند الامتناع عن تطبيق النص غير الدستوري وليس ابطاله أو إلغائه، إلا أنه يجوز لبقية المحاكم تطبيقه. لكن مادام النظام القانوني الأمريكي هو تابع للنظام القانوني الانجلوساكسوني الذي يتبع نظام السوابق القضائية، فإن الحكم الذي تصدره المحكمة العليا تطبقه بقية المحاكم الأدنى منها درجة.[1]

وهو ما يعني أن الامتناع سيكون مطبقا من كل المحاكم مهما كانت درجتها، فيعد بذلك أن القانون الممتنع عن تطبيقه ملغى ضمنيا.

ثانيا: احكام المحكمة العليا الامريكية من حيث الاثر الرجعي و الاثر الفوري:

إلى غاية سنوات الثلاثينات من القرن العشرين، كانت معظم الاحكام الصادرة عن المحكمة العليا تسري بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النص الذي تم الحكم بعدم دستوريته٠ إلا أنه بعد هذا التاريخ أصبحت غالبية الاحكام تصدر بأثر فوري و مستقبلي، خاصة بدءا من سنوات الستينات لما كانت المحكمة العليا تحت رقابة القاضي وارن warren، حيث أصبحت الاحكام تنظر إلى الاضرار الجسيمة التي خلفتها الاثار الرجعية لإلغاء النصوص[2]، خصوصا في النصوص المتعلقة بالعقود والقضايا الجنائية وقضايا الأحوال الشخصية. ولم يكن هذا الموقف

[1] د. بررف١م محمد عطاالله، قاعدة الزامية السابقة القضائية وأقولها في القانون الإنجليزي الحديث، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة 15، 1970، العدد الأول، ص.ص.133–155.

[2] د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط واثار ١لرقابة على دستورية القوانين...، المرجع السابق، ص.602.

القضائي ليكون مختلقا من زمن لآخر إلا في غياب نص صريح في الدستور الأمريكي، لذلك كانت ظروف كل قضية هي المتحكمة في الأثر الرجعي أو الفوري.

وبين إيجابيات وسلبيات الأنر الرجعي للحكم بعدم الدستورية والأثر الفوري، فقد كان للمحكمة العليا موقفا من أسباب عدم الرجعية، حيث عددتها في ثلاث:

- ✓ القرر الذي لا يطبق بأثر رجعي يكون مؤكدا لمبدأ قانوني جديد.
- ✓ أنه يجب أخذ المزايا والعيوب في كل قضية على حدى، وهل تطبيق الأثر الرجعي سيخدم القرر بعدم الدستورية أم سيعرقله.
- ✓ أن إعمال الأثر الرجعي سيؤدي إلى نتائج ظالمة بحق من اعتمدوا على وجود القانون قبل تقرير عدم دستوررته.

كما ذهب القاضيان kennedy and white إلى أنه في القضايا المدنية يكون من المناسب أحيانا أن ينتج القرار القضائي أثر مستقبليا فقط وذلك لرفع الظلم عن الذين اعتمدوا – لمبرر مقبول–على القانون المطعون فيه.

ولكن بداية من التسعينات من القرن العشرين ظهر مبدأ آخر في اعمال الأثر الرجعي أو الفوري في الحكم بعدم الدستورية، وهو مبدأ "العدالة" مكان مبدأ "الاعتمادا ". فمبدأ العدالة يعني المساواة أو توحيد المعاملة بين أصحاب المراكز المتساوية، أي الاستفادة من القاعدة للكل وليس للبعض لمجرد أن جزء توجه للمحكمة العليا والباقي لم يتوجه لها، وسواء كانت القضية مدنية أو جزائية.

وكخلاصة لهذه الدرسة، فإن الري الغالب في الفقه الأمريكي يرى أن الدستور الفيدرالي لم ينص على تطبيق قرار عدم الدستورية باثر فوري اوباثر رجعي وان كلاهما يتفق مع المادة الثالثة من الدستور الامريكي و هو ما يتيح للمحكمة التعامل بمرونة مع كل قضية على حدى, ولو مع وجود نظام السوابق القضائية الذي يعد مبدا مرنا و ليس جامدا[1].

[1] د.رهام محمد عط الله ، المرجع السابق ، ص 133 و ما بعده.

الخاتمة

الخاتمة :

وصلنا بعون الله و توفيق منه الى خاتمة بحثنا حول"**دور القضاء في مراقبة دستورية القوانين**" فكان هذا البحث محاولة لتوضيح وبيان الدور الفعال الذي يلعبه القضاء في تكريس وتجسيد فكرة دستورية القوانين.

فالرقابة على دستورية القوانين من جانب القضاء باتت من المواضيع التي تقتضي الالمام بمفهومها ودراسة لما لها من تجسد دولة القانون والديمقراطية ,حيث تهدف هذه الرقابة الى ضمان ان تكون كافة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والاوامر الصادرة من السلطة التشريعية غير مخالفة للدستور ,الذي يعتبر هذا الاخير مبادئ تتعلق بالحقوق والحريات العامة المقررة لمصلحة الافراد,فهي حارس على الشرعية القانونية و تحافظ على الحدود الدستورية للسلطات كما يهدف الى ضمان حقوق الانسان وحرياته و سيادة القانون وكفالة العدالة و المساواة في المجتمع الديمقراطي .

حيث ان الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي تللك الرقابة التي تختص بها هيئة قضائية تفصل في خصومات الافراد والدولة ,بما ان القضاء يتسم با لحياد والنزاهة و الاستقلالية بالاضافة الى الخبرة القانونية .

وهذه الرقابة قد تكون عن طريق الامتناع وذللك بالدفع بعدم الدستورية وهنا يكون اختصاص المحكمة بالتاكد من دستورية القانون الذي جاء عن طريق الدعوى المنظورة امامها او عن طريق الامر القضائي الذي يعتبر حق لاي شخص ارتاى عدم دستورية قانون ما وقد تكون ايضا عن طريق الالغاء بتشكيل محكمة خاصة تخكم ببطلان القانون الغير دستوري با لنسبة للجميع بمعنى امتداده للكافة.

النتائج و الإقتراحات:

1. النتائج :

- ✓ ان الرقابة القضائية تكون في ايدي قضاة محايدين و مستقلين .
- ✓ الاجراءات المتبعة في الدعاوي القضائية على دستورية القوانين ,كعلنية المحاكمة و حرية التقاضي و الدفاع و تسبب الاحكام.
- ✓ التكوين الفانوني لرجال القضاء.
- ✓ ان نظام الرقابة القضائية اثبت فائدة كبيرة ,لهذا اخذت به العديد من الدول كالولايات المتخدة الامريكية الا انها لم تتفق على اسلوب واحد بل تعددت الاساليب فبعضهم اخذ برقابة الالغاء و بعضهم الاخر تبنى رقابة الامتناع .
- ✓ ان رقابة الامتناع تكون دائما لاحقة على اصدار القانون اما رقابة الالغاء يمكن ان تكون سابقة.

2. <u>الاقتراحات</u>

بعد ان انهينا هذه الدراسة المتعلقة بدور القضاء في مراقبة دستورية القوانين فاننا نقوم بطرح بعض الاقتراحات المتعلقة بتعديل نظام هذه الرقابة ,و الاقتراحات هي :

- ✓ بما أن المحكمة الدستورية العليا تقوم بمهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية فنرى ضرورة إشراك هذه السلطة التشريعية في اختيار جزء من أعضاء المحكمة.
- ✓ أن يتم التمييز بين نوعين من القوانين في مجال ممارسة الرقابة:القوانين المتعلقة بحقوق المواطنين وواجباتهم و القوانين العادية.
- ✓ اعطاء الحق لربع اعضاء مجلس الشعب بالاعتراض على دستورية المراسيم التشريعية الصادرة .
- ✓ ان تكون المحكمة الدستورية العليا مختصة حصرا في البت بعدم الدستورية بطريق الدفع

اذا ما اثير في نزاع معروض امام احدى المحاكم.

- ✓ لكي تكون رقابة دستورية القوانين ذات فاعلية كبيرة و ناجعة ,نرى انه من الأمثل استمرار.
- ✓ العمل بالرقابة السابقة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا من جهة لأنها رقابة وقائية تتقي المخالفات الدستورية قبل وقوعها و تمنع صدور القانون المخالف لدستور.

قائمة المصادر
و المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

أ. قائمة المصادر و المراجع باللغة العربية

1) إبراهيم درويش، القانون الدستوري، النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة ١لعربية، القاهر، 2004.

2) إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

3) أحمد عيد الحسبان، الحماية الدستوية للحقوق والحيات الأساسية عن طييق الدعوى الدستوية الاحتياطية في النظم الدستوبية الفيية المقاية وخاصة النظام الدستويي الاسباني، مجلة الثريعة والقانون، العدد 28، أكتور 2006.

4) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005.

5) أحمد كمال أبو المجد، ١لرقابة على دستورية القوانين، مكتبة النهضة ١لمصرية، 1960.

6) احمد محمود جمعة، أصول إجرءات التداعي امام محاكم مجلس الدولة والمحكمة الدستوية العليا، منشأة المعربى، الإسكذدربة، 1985.

7) ازهار صبر كاظم، سى صاحب محسن، الدعى الدستوية الاحتياطية ودويها في حماية الحقوق والحييات الأساسية، مجلة وابسط للعلوم الإنسانية، جامعة وابسط، العرإق، العدد 10، المجلد 15، 2009.

8) الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2007.

9) حسين بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر،2003.

10) رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1983.

11) زهير شكر، الوسيط في القاتون الدستوري والمؤسسات السياسية، النظرية العامة، الجز الأول، المؤسسة الجامعية للدربسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1994.

12) سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000 .

13) السعيد بوالشعير، القانون الدستوي والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزئر.

14) شعبان أحمد رمضان، ضوابط و آثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

15) صبري محمد السنوسي، آثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000.

16) صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العريية، 1993.

17) عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، 1988.

18) عبد العزيز أحمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر ١لعربي، 1995.

19) عصام سليمان، العلاقة بين القضاء الدستوي والبرلمان

20) علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الدامعات المصرية، الإسكندرية، 1978.

21) علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ابترك للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2004.

22) عمر التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا

رقم 3 لسنة 2006، رسالة ماجستير.

23) فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية.

24) فيصل شنطاوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، الأردن، الطبعة الأولى، 2003.

25) ماجد رغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003.

26) ماز حسن، القضاء الدستوري طريق نحو الديمقراطية، دراسة في التجارب الدستورية المقارنة، مجلة الفقه و القانون، العدد 15، 2014 ،

27) محمد زهرن، اليابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدار قضايا الحكومة العدد الأول، السنة 14، يباير–مارس، 1970.

28) محمد عبد العالي السناري، النظرية العامة للقاتون الدستوي والنظم السياسية، القاهرة، دس.

29) محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري، الدولة، الحكومة، الدستزر، مؤسسة النقابة الجامعية، الاسكندرية،د.س.

30) محمود احمد زكي، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، اثار وحجيته، درسة مقارنة في ضوء احكام المحكمة الدستورية العليا حتى ابريل 2003.

31) مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، الجرئر، 2007.

32) نجاح غربي، إجراءات تحريك الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين الجزإئر ومصر، رسالة ماجستير، كلية الحقنى، جامعة سطيف، 2004.

33) الوحيلي طالب، القواعد العامة في ١لرقابة القضائية على دستورية القوانين، درإسة منشور في الموقع الالكتروني لشبكة النبأ المعلوماتية، الخميس 8 حزرن 2006 .

34) يحي الجمل، طنى الربابة على دستورية القوانين في البلاد العربية، درسة منشور بنشر اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، النشر الأولى، ديسمبر 2002.

أ.قائمة المصادر و المراجع باللغة الاجنبية:

1. Lavroff, D.G,le droit constitutionnel de la republique, 1999.
2. Yann Aguilla , le conseil constitutionnel et la philosophie du droit, LGDJ, 1993.
3. Jennings, Sir Ivor,The law and the constitution, University of London Press, 1943.
4. Drago, G ,l'execution des decisions du conseil constitutionnel ; 1999.

الفهرس:

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للقضاء الدستوري	6
المبحث الأول : مفهوم القضاء الدستوري	6
المطلب الاول: تعريف القضاء الدستوري	6
الفرع الاول : تعريف القضاء	6
المطلب الثاني :اهمية القضاء الدستوري	8
الفرع الاول :تصحيح مكامن الخلل او الهوة البرلمانية:	9
الفرع الثاني :حماية البرلمان (السلطة التشريعية)من سيطرة السلطة التنفيذية	9
الفرع الثالث: تحسين مستوى اداء البرلمان	9
المبحث الثاني : الرقابة القضائية على دستورية القوانين	10
المطلب الاول:النظرية العامة لرقابة القضائية على دستورية القوانين واهدافها	10
الفرع الاول: تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين	10
المطلب الثاني :اثار الرقابة القضائية على دستورية القوانين و انواعها	13
الفرع الاول: رقابة الوجود المادي للقانون	14
الفرع الثاني: انواع الرقابة على دستورية القوانين	15
الفرع الثالث : الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي	24
الفصل الثاني الدعوى الدستورية	34
المبحث الاول : النظرية العامة للدعوى الدستورية و كيفية تحريكها	34
المطلب الاول :تعريف الدعوى الدستورية و خصائصها	34
الفرع الاول : تعريف الدعوى الدستورية	34
الفرع الثاني :خصائص الدعوى الدستورية	35
الفرع الثالث : التمييز بين الدعوى الدستورية الاصلية والدعوى الدستورية الاحتياطية	36

المطلب الثاني : كيفية تحريك الدعوى الدستورية وشروط قبولها	**37**
الفرع الاول : كيفية تحريك الدعوى الدستورية	**37**
الفرع الثاني : شروط قبول الدعوى الدستورية	**40**
الفرع الثالث : أوجه الطعن بعدم الدستورية	**41**
المبحث الثاني :الحكم في الدعوى الدستورية (نماذج فرنسا,الولايات المتحدة الامريكية)	**42**
المطلب الاول :اجراءات اصدار الحكم الدستوري في النظام الفرنسي (المجلس الدستوري	**43**
الفرع الاول : الاثر القانوني المترتب عن قرار المجلس الدستوري الفرنسي	**44**
الفرع الثاني: حجية القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي:	**45**
المطلب الثاني :حجية واثار الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية.	**46**
الفرع الاول :هيكلة النظام القضائي الأمريكي	**46**
الفرع الثاني : الحكم الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية:	**48**
الفرع الثالث: اثار الحكم الصادر بعدم الدستورية على القانون	**49**
الخاتمة	**53**
قائمة المصادر و المراجع	**57**

ان الرقابة القضائية على دستورية القوانين تُعد من أهم أنواع الرقابة التي تستهدفُ تأكيدَ احترامِ ما يَصدُرُ عن السُّلطةِ التشريعيةِ من تشريعاتٍ لأحكامِ الوثيقةِ الدستورية، وعدم مُخالفتِها لتلك الأحكام في كافةِ المراحل ، ولذلك تَحرِصُ معظمَ الدول أن تتضمن دساتيرها نصوصاً صريحةً تكفُلُ وضع السِّياج التشريعي والإجرائي لمباشرة جهة قضائية متخصصة للرقابة على دستورية القوانين، بحيث يكون للقاضي الحق في أن يَتيقّنَ من تطابق القانون ومن ثم اللائحة التنفيذية مع أحكام الدستور، وأن يقف على مدى تجاوز السلطة التشريعية لحدود الاختصاصات التي حددتها لها الوثيقة الدستورية.

وتُعتبر الرقابة القضائية التي بدأت أولى ممارساتها في المحاكم الأمريكية بجهود المحكة العليا، ومن دون نَصٍ دستوري ، أكثر أنواع الرقابة انتشارًا وشيوعاً في العالم لما لها من قبولٍ أكثرَ لدى الفِقهِ الدستوري، ولأنها في و اعتبرها مُؤيديها انها تَحوزُ على الثقةِ في ضمانِ التطبيق الأمين لنصوص الدستور، والمحافظةِ على استقلالِ كل سلطةٍ من السلطات الثلاث، ومنع اعتداء سلطة على أخرى، لاسيّما أن القضاء يُعد دوما صمام الأمان لحقوقِ وحريات المواطنين.

Résumé :

Le contrôle judiciaire sur la constitutionnalité des lois types de contrôle les plus importants qui ciblent la confirmation du respect de ce qui sort du pouvoir législatif de la législation avec les dispositions du document constitutionnel, et non la violation de ces dispositions à toutes les étapes, et donc la plupart des pays sont désireux que leurs constitutions contiennent des dispositions explicites pour assurer le développement de la clôture législatif et procédural pour diriger un spécialiste judiciaire de surveiller la constitutionnalité des lois, de sorte que le juge a le droit d'être certain de la loi et ensuite correspondre le règlement d'exécution avec les dispositions de la Constitution, et qui se tient sur le législatif a dépassé les limites de son mandat fixé par le document constitutionnel.

Le contrôle judiciaire, qui a commencé la première pratique dans les tribunaux américains, les efforts de la cour suprême, et sans un texte constitutionnel, types de contrôle plus répandues et de publicité dans le monde en raison de leur acceptation de plus la jurisprudence constitutionnelle, mais il est dans les yeux de ses partisans gagner la confiance pour assurer l'application fidèle des dispositions de la Constitution, et de maintenir l'indépendance de chacun de ses trois branches du gouvernement, et pour empêcher une attaque contre l'autorité de l'autre, d'autant plus que le pouvoir judiciaire est toujours la soupape de sécurité pour les droits et libertés des citoyens.