



كلية الدراسات العليا
قسم العلوم القانونية
برنامج ماجستير القانون الإداري والنظام الدستوري

رسالة بعنوان:
الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة
وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006
وتعديلاته (دراسة تحليلية مقارنة)

إعداد الطالبة: رنا واصف رفيق عبد الحافظ

إشراف
الدكتور حسن سليم

تم تقديم هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في تخصص
القانون الإداري والنظام الدستوري

2023/12

الجامعة العربية الأمريكية – 2023
جميع حقوق الطبع محفوظة.

الإجازة

الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته

(دراسة تحليلية مقارنة)

إعداد الطالبة:

رنا واصف رفيق عبد الحافظ

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2023/12/11 وأجيزت

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة:


.....

.....

مشرفاً ورئيساً

1. الدكتور حسن سليم

ممتحناً داخلياً

2. الدكتور أحمد الأشقر

ممتحناً خارجياً

3. الدكتور أسامة دراج

إقرار

أقر أنا الموقع أدناه الطالبة رنا واصف عبد الحافظ، حاملة هوية رقم 919092007 أن هذه الرسالة مقدمة إلى الجامعة الأميركية لنيل درجة الماجستير، وهي نتيجة ما قمت به من جهد خاص في البحث والكتابة، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيث ما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة علمية أو بحث علمي لدى أي جهة أو مؤسسة تعليمية أو جماعية أو معهد. وعليه فإنني أفوض الجامعة العربية الأميركية حق تصوير رسالتي كلياً أو جزئياً، لتزويد نسخ من الرسالة للأفراد والمؤسسات وفقاً لأنظمة الجامعة العربية الأميركية.

الاسم: رنا واصف عبد الحافظ

رقم الطالبة الجامعي: 202112733

التاريخ: 2024/02/06

التوقيع: 

قال تعالى

(قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ)

إهداء

إلى أولادي وروح روعي ونبض قلبي فأنتم أغلى ما أملك و أنتم سر سعادتي و أمل مستقبلتي ومهجة قلبي.... حبي لكم كامتداد السماء ليس له نهاية حفظكم الله ورعاكم وجعلكم ذخراً وسنداً لي.

إلى إخوتي وأخواتي ورفقاء دربي..... فأنتم السند والجبل الصامد والطفولة والماضي والحاضر، فحبكم كنز لا يفنى ولا يتغير مهما تغير الزمن.

إلى زوجي الحبيب وصديقي ورفيقي و توأم روعي...إلى من كان مصدر قوتي الدائمة حين تخور القوى.... إلى من كان لي ملهماً وداعماً.... و أماناً...ومحباً...لرؤيتي أفضل الناس... أدامك الله في قلبي للأبد.

إلى خالي العزيز وعائلته الكريمةكبرت على حبكم لي، وفخركم بتقدمي وسعادتكم لما وصلت إليه اليوم، حفظكم الله ورعاكم، ودمتم مصدر فرحاً في حياتي.

إلى زملائي الذين كنتم بمثابة إخوة لي.... كنتم خير الزملاء وكان لكم فضلاً في دعمكم لي ولم تتوانوا للحظة في مدي بالبيانات والمعلومات اللازمة لإعداد رسالتي.

وأخيراً إلى أساتذتي الأفاضل فمنكم استقيت الحروف وتعلمت كيف أصوغ العبارات وأحتكم إلى القواعد.

أهديكم جميعاً عملي المتواضع هذا

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

قال تعالى في كتابه الحكيم (وما جزاء الإحسان إلا الإحسان)

أخص بالذكر بالشكر الجزيل وامتناني وعرفاتي لمشرفي وأستاذي الفاضل الدكتور حسن سليم الذي لم يبخل بوقتٍ وجهد لمساعدتي في إنجاح هذه الرسالة وكان السراج المنير والمعلم طيلة مسيرتي في استكمال هذا العمل وتطويره..

والشكر والتقدير إلى لجنة المناقشة الفاضلة بكافة أعضائها التي تكرمت بمراجعة هذه الرسالة وتقييمها.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل أساتذتي الذين رافقوني بمسيرتي العلمية هذه، واثراء ثقافتي العلمية بعلمهم وخبراتهم.

وأخيراً الشكر والتقدير إلى جامعتي الجامعة العربية الأميركية التي كانت البيت والصرح العلمي الذي تعلمت فيه، وهي التي وفرت لي كل الخدمات العلمية والمهنية لوصولي لهذه اللحظة وهذه المكانة العلمية التي أتشرف بها.

أهمية الدراسة:

تظهر جلياً أهمية هذه الدراسة في توسعها للحديث عن الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة بشكل خاص، وتميز المشرع الفلسطيني بالأخذ بها على خلاف التشريعات الأخرى، وبيان ماهيتها وضوابطها والأسس التي قامت عليها وتصنيفها تحت نوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين واتصالها بالمحكمة الدستورية، واجراءات الفصل فيها ومدى حجية أحكامها وقوتها.

وأيضاً تندرج أهمية هذه الدراسة لعدم أسبقية البحث في موضوعها بشكل خاص، إذ كان قد سبق دراسة طرق الطعن الدستورية بشكل عام، والحديث عنها دون التطرق لدراسة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة بشكل معمق ومقارن على نحو دراستي هذه.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى التعرف على ماهية الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة كطريقة من طرق الرقابة على دستورية القوانين، وبيان خصائصها وطبيعتها، وتوضيح موقف المشرع الفلسطيني من تبني هذه الطريقة وتحديد مكانتها المعتبرة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين وتفعيلها.

مشكلة الدراسة:

نظراً لحدثة تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في النظام القانوني الفلسطيني، ولتبني المشرع الأخذ بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة دون غيره من التشريعات الأخرى، وبعد مرور ما يقارب سبع سنوات على تطبيقها، وفي ظل ما رافق الأخذ بهذه الطريقة جاءت الحاجة لدراستها وكان لا بد للباحث ومن خلال دراسته تعرضه لوجود إشكالية وهي **كيف نظم المشرع الفلسطيني طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة؟**

وللإجابة على إشكالية الدراسة كان لا بد من الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

- 1_ ماهية الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة؟
- 2_ ماذا كان موقف الفقه والقضاء الدستوري من وجود الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة؟
- 3_ ماهي أسس الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة؟

- 4_ على ماذا قامت الأسس الفلسفية والتشريعية للأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة؟
- 5_ ما هي ضوابط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة؟
- 6_ ماهي الشروط والإجراءات الواجب توافرها لتحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة؟
- 7_ ما مدى حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة؟
- 8_ هل الحكم بعدم الدستورية يرتب آثاراً من حيث النطاق الزماني؟

يتحدد نطاق الدراسة بالحدود التالية:

1. **الحد الزمني:** تحددت الدراسة زمانياً بالمدة التي تشكلت بها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ومارست اختصاصها من عام 2016_ حتى نهاية عام 2023.
2. **الحد المكاني:** المناطق التي تسري فيها الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في المحافظات الشمالية (الضفة الغربية) والمحافظات الجنوبية (قطاع غزة).

منهجية الدراسة

اعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن للإجابة على إشكالية الدراسة والأسئلة الفرعية للوصول إلى النتائج والتوصيات التي خلص إليها.

الدراسات السابقة

- 1_ رسالة ماجستير بعنوان "الطعن في دستورية القوانين" للباحث زيد أحمد الكيلاني، جامعة النجاح الوطنية، 2012م، تناول الباحث آلية الطعن في التشريعات المخالفة للدستور، وتطرق الباحث للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة بشكل بسيط.
- 2_ دراسة بعنوان "الرقابة على دستورية القوانين في الأردن" دراسة تحليلية في ضوء التعديلات الدستورية لسنة 2011_2013، صباح موسى عبد الرحمن المومني، رسالة دكتوراة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، حيث تعرضت الباحثة من خلال دراستها لبيان ماهية الرقابة الدستورية من حيث مفهومها وطرقها وأنواعها وأهميتها، كما تناولت الحديث عن إنشاء المحكمة الدستورية وتعرضت إلى طرق تحريك الدعوى الدستورية إجراءاتها الأحكام الصادرة بها.

3_ دراسة بعنوان " تحريك الدعوى الدستورية"(دراسة مقارنة) للباحث قصي أحمد الرفاعي، رسالة ماجستير، جامعة القدس، 2016، والتي تطرق فيها الباحث إلى التعريف بآليات تحريك الدعوى الدستورية، وبيان الدور الذي يمارسه القضاء بخصوص الرقابة على دستورية القوانين كدراسة مقارنة بين فلسطين ومصر.

وان اهم ما يميز دراستي عن الدراسات السابقة، هو التوسع بالحديث عن الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة ومناقشة تفاصيلها وبيان أهميتها والتنظيم القانوني لتحريكها وحجية الأحكام الصادرة بموجبها، والأسس التي قامت عليها ومقارنة التشريع الفلسطيني مع التشريعات الأردنية والمصرية.

هيكلية الدراسة

اعتمد الباحث التقسيم الثنائي في الدراسة فجاءت على فصلين:

الفصل الأول: قيام الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

المبحث الأول: ماهية الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

المبحث الثاني: أسس الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

الفصل الثاني: التنظيم القانوني للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

المبحث الأول: ضوابط وشروط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

المبحث الثاني: حجية الحكم الصادر بموجب الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

الفهرس

أ	الإجازة.....
ب	إقرار.....
ج	إهداء.....
د	الشكر والتقدير.....
هـ	أهمية الدراسة.....
هـ	أهداف الدراسة.....
هـ	مشكلة الدراسة.....
و	منهجية الدراسة.....
و	الدراسات السابقة.....
ز	هيكلية الدراسة.....
ح	الملخص.....
1	مقدمة.....
2	الفصل الأول: قيام الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة
3	المبحث الأول: ماهية الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.....
3	المطلب الأول: مفهوم الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.....
4	الفرع الأول: تعريف الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.....
5	الفرع الثاني: أهمية الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.....
10	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.....
10	أولاً: دعوى عينية.....
12	ثانياً: دعوى قضائية مستقلة.....
13	المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء الدستوري من الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.....
14	الفرع الأول: موقف الفقه الدستوري المصري.....
15	الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء الدستوري الفرنسي.....
17	المبحث الثاني: أسس الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.....
17	المطلب الأول: الأساس الفلسفي للأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.....
18	الفرع الأول: ضمان احترام سمو الدستور.....

18	أولاً: السمو الموضوعي للدستور.
20	ثانياً: السمو الشكلي للدستور.
23	الفرع الثاني: ضمان احترام الحقوق والحريات.
27	المطلب الثاني: الأساس التشريعي للأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.
28	الفرع الأول: الأساس الدستوري.
31	الفرع الثاني: الأساس القانوني.
33	الفصل الثاني: التنظيم القانوني للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.
34	المبحث الأول: ضوابط وشروط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.
34	المطلب الأول: ضوابط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.
35	الفرع الأول: مخالفة قواعد الاختصاص والقواعد الشكلية.
35	أولاً: مخالفة قواعد الاختصاص.
38	ثانياً: مخالفة القواعد الشكلية.
41	الفرع الثاني: المخالفة الموضوعية للدستور.
41	أولاً: العيب الذي يلحق محل التشريع.
42	ثانياً: عيب الانحراف بالسلطة التشريعية.
43	المطلب الثاني: شروط وإجراءات تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.
43	الفرع الأول: شروط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.
43	أولاً: شرط المصلحة.
46	ثانياً: شرط الصفة.
48	ثالثاً: شرط الميعاد.
49	الفرع الثاني: إجراءات تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.
49	أولاً: إيداع صحيفة الدعوى.
51	ثانياً: إعلان صحيفة الدعوى.
52	ثالثاً: ميعاد تقديم المذكرات والمستندات.
53	رابعاً: تحضير الدعوى الدستورية.
54	خامساً: قفل باب المرافعات.
56	المبحث الثاني: آثار الأحكام الصادرة عن الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

56.....	المطلب الأول: حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا
57.....	الفرع الأول: الحكم ذو الحجية المطلقة
59.....	الفرع الثاني: الحكم ذو الحجية النسبية
62.....	المطلب الثاني: آثار الحكم بعدم الدستورية من حيث النطاق الزمني
62.....	الفرع الأول: النطاق الزمني لأثر الحكم الرجعي بعدم الدستورية
64.....	الفرع الثاني: النطاق الزمني للأثر المباشر بعدم الدستورية
67.....	الخاتمة
70.....	التوصيات
71.....	قائمة المصادر والمراجع
78.....	Abstract

المخلص:

تهدف هذه الدراسة الى بيان حقيقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة في التشريع الفلسطيني، وكيفية قيامها وبيان ماهيتها وتعريفات الفقهاء لها وموقف المشرع الفلسطيني منها والأسس التي أخذت بها، من خلال مناقشة الأسس الفلسفية والتشريعية، ومن ثم التطرق للتنظيم القانوني لها وبيان الضوابط والشروط والإجراءات اللازمة لتحريكها من خلال اتصالها بالمحكمة الدستورية والتطرق لآلية نفاذ وحجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية، واتباع الباحث في الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن للإجابة على إشكالية الدراسة والأسئلة الفرعية للوصول إلى النتائج التي خلص إليها، كما واعتمد الباحث التقسيم الثنائي في الدراسة فجاءت على فصلين الفصل الأول لقيام الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة فيما خصص الفصل الثاني للتنظيم القانوني للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

وفي الخاتمة خلص الباحث الى مجموعة من النتائج، كان من أبرزها أن القانون الأساسي الفلسطيني والذي يعد بمثابة الدستور المؤقت لدولة فلسطين، هو القانون الأعلى درجة في البلاد، وتميز المشرع الدستوري الفلسطيني عن غيره من التشريعات بتبني طريقة الدعوى الدستورية الاصلية المباشرة.

وخلص الباحث أيضا الى مجموعة من التوصيات، وكان من أبرزها: أنه يوصي المشرع الفلسطيني بالمحافظة على أسلوب الدعوى الدستورية المباشرة، والسماح للأفراد بالتوجه مباشرة للمحكمة الدستورية مما يوطد لمبدأ الرقابة الشعبية، والمحافظة على الحقوق والحريات.

مقدمة

حرصت النظم الدستورية الحديثة على الرقابة على الأعمال التشريعية التي تصدر عن سلطة التشريع صوناً لأحكام الدستور، وتحصيماً له تحت مسمى الرقابة الدستورية، رقابة تمارس بأساليب متعددة قضائية وغير قضائية، ومن الثابت بأن الرقابة القضائية هي من أهم أساليب الرقابة الدستورية وأعمقها أثراً على خلاف الرقابة السياسية التي غالباً ما تكون عاجزة عن كفالة أغراضها، وبناءً على ذلك يعنى القضاء الدستوري في الاختصاص المطلق في الفصل المسائل الدستورية التي يجب أن تطابق في نصوصها التشريع مع الدستور.

ولما كان الدستور هو الأساس الأول في بناء دولة قانونية، كان لا بد من إنشاء محكمة دستورية في فلسطين، التي تعد نقطة التحول في النظام القانوني الفلسطيني، من خلال إعطاء سلطة للرقابة على دستورية النصوص القانونية وتفسير الدستور من خلال جهة قضائية دستورية متخصصة.

ولضمان تطبيق أحكام الدستور يجب أن تصدر هذه التشريعات متفقة مع أحكام الدستور من حيث الشكل والموضوع، وأن تكون التشريعات واضحة المعاني خالية من أي لبس أو غموض. وبناءً على ذلك كان هنالك سبل وطرق متبعة لكشف عدم تطابق التشريعات مع أحكام الدستور وإزالة الغموض الذي يشوب هذه التشريعات وتفسيرها، ومن أهم هذه الطرق هي إقامة الدعوى الدستورية التي تعد الوسيلة المتاحة أمام القضاء الدستوري حتى يتم تفسير نصوص الدستور وإبطال أي نص تشريعي مخالف للدستور من خلال طرق حددها القانون ورسمها لهذه الدعوى وشروط وضوابط خاصة لرفع هذه الدعوى الدستورية حتى تكون مقبولة ابتداءً أمام المحكمة الدستورية للنظر فيها ومن ثم إصدار الحكم فيها.

وكما هو معلوم بأن مبدأ المشروعية بمفهومه الواسع، يتمثل في خضوع الحكام والمحكومين لحكم القانون، وتتحدد قوة هذا المبدأ بمصادره، وعلى رأسها الدستور، وهذا الأخير هو الذي يترتب على هرم القوانين، ولا يحق للأدنى درجة منه أن يخالفه، لأن المخالف له سيتعرض للطعن بعدم الدستورية أمام القضاء الدستوري، ويعد الأخير بمثابة جدار الصد والمنع لكل تشريع يخالف أحكام الدستور، وغالباً ما تحدد دساتير العالم المحكمة المختصة في تمثيل القضاء الدستوري، كالمحكمة الدستورية العليا في فلسطين والأردن ومصر، وغالباً ما تحتكم تلك الأخيرة في إجراءاتها لقانون ينظم عملها، وهذا القانون يحدد بين نصوصه آلية اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية، ومنها الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، والتي ستكون محل البحث في هذه الدراسة.

الفصل الأول

قيام الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

إن القانون الأساسي الفلسطيني والذي يمثل القانون الأعلى درجة في البلاد، و يكون لزاماً بحكم موقعه في الهرم التشريعي على كل التشريعات الأدنى منه درجة أن تحترم قواعده و مبادئه السامية، و لضمان ديمومة هذا الاحترام وجدت الدعوى الدستورية مكانة لها في أروقة المحكمة الدستورية العليا، والتي أكد القانون الأساسي الفلسطيني على ضرورة انشائها¹، لتستلم مهام الرقابة على دستورية القوانين، و لعل الوصول للمحكمة الدستورية العليا يكون من خلال عدة صور، و هي إما عن طريق الاحالة من محكمة الموضوع، أو من خلال الدفع الفرعي في نزاع قائم أمام محكمة الموضوع، أو من خلال التصدي تلقائياً من المحكمة الدستورية العليا كما جاء في نص المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية²، وأخيراً من خلال الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة و التي ستكون محور دراسة الباحث.

في هذا الفصل سيستعرض الباحث ومن خلال المبحث الأول ماهية الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة من خلال مطلبين الأول مفهوم الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، والثاني موقف الفقه والقضاء الدستوري من الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة. أما المبحث الثاني فقد خصه الباحث لأسس الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة من خلال المطلب الأول الذي سينصب على الأساس الدستوري الذي قامت عليه الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، فيما خصص المطلب الثاني للأساس القانوني.

¹تنص المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003م على الآتي¹ "تشكل محكمة دستوريه عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها. ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات. ج- الفصل في نزاع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي. 2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإلتباع، والآثار المترتبة على أحكامها" ..

² تنص الفقرة الرابعة من المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، "إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدي بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول.." .

المبحث الأول

ماهية الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

اختلفت الأنظمة القانونية في معظم الدول على منح الأشخاص حق اتصالهم بالمحكمة الدستورية أسوةً بالسلطات، فكان منها من أتاح للأشخاص بتحريك الدعوى الدستورية عن طريق إقامة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، أو طريقة الدفع، ومنهم المشرع الدستوري الفلسطيني، ومنها من اكتفت بطريقة الدفع الفرعي والإحالة والتصدي.³

ومن خلال هذا المبحث سيتناول الباحث بشكل أوسع مفهوم الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة من خلال المطلب الأول، ومن ثم سيخصص المطلب الثاني لموقف الفقه والقضاء الدستوري من الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

المطلب الأول

مفهوم الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

تشكل عملية توسيع المساحة للأشخاص لمخاصمة النص التشريعي المراد الطعن بعدم دستوريته، كفالة وضمانة لعدم سريان هذا النص ونفاذه، وعدم تطبيقه عليهم، ومن خلال الرقابة الدستورية يمكن لهم استباق تطبيقه عليهم من خلال مهاجمته بواسطة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.⁴

وتقتضي معالجة هذا المطلب المخصص لمفهوم الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة للتعرض بالدراسة لتعريفها في الفرع الأول، وكذلك أهميتها من خلال الفرع الثاني، فيما سيخصص الفرع الثالث للطبيعة القانونية.

³ زايد. عباس محمد . "الرقابة على دستورية القوانين في اليمن". (د.ط). دار النهضة العربية للنشر. القاهرة. 2009. ص431.

⁴ يرى د. سعد عصفور أن إصطلاح الدعوى الأصلية ، هو من باب التزويد بذكر كلمة أصلية، وهو غير موجود في التعبير الفرنسي، حيث أن إصطلاح الدعوى بمفردها يفيد بأنها أصلية، أنظر، سعد عصفور. "القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف. الإسكندرية. 1980. ص670.

الفرع الأول: تعريف الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

يقصد بهذه الطريقة أن يقوم المتضرر من قانون نافذ أو مطبق على الأشخاص بإقامة دعوى دستورية أمام المحكمة المختصة ودون انتظاره لتطبيق القانون عليه، فإذا وجدت المحكمة المختصة أن القانون مخالف لأحكام الدستور عليها أن تقضي بإلغائه، أما إذا تبين للمحكمة غير ذلك تقضي برفض الدعوى والإبقاء على القانون مطبقاً وسارياً المفعول⁵، ولما كان المركز القانوني للأفراد يفسح لهم المجال للجوء الى القضاء عن طرق إقامة الدعاوى اللازمة طلباً لحماية مراكزهم القانونية المعتدى عليها، فإن هذه الدعوى يكون مصدرها وتاريخ ميلادها في واقعة الاعتداء على حقوقهم⁶.

ويمكن الإشارة إلى أنه غالباً ما يطلق على الرقابة عن طريق الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة برقابة الإلغاء، من خلال إقامة الأشخاص المتضررين من قانون معين دعاوى دستورية أصلية مباشرة أمام المحكمة المختصة، لغايات إلغائه، فتتظر المحكمة المختصة الطعن لتقرر في حكمها دستورية القانون من عدمه، وبالنتيجة إلغاءه⁷.

تعرف الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة أيضاً بأنها الطريقة الدستورية التي يلجأ لها الأفراد مباشرة دون وجود أية دعاوى أصلية مقامة أمام أي محكمة مختصة وإنما لوجود نص قانوني مخالف للتشريع يمكن أن يطبق على الأفراد ذوي المصلحة ومن شأنه أن يضر بمصالحهم وحقوقهم ومراكزهم القانونية، فعند اختصام الفرد بشكل مباشر للنص القانوني المخالف للدستور هذا يعد هجوماً مباشراً موجه إلى القانون المخالف لأحكام الدستور⁸، دون الانتظار لتطبيقه، أو منازعة في دستوريته، بطلب مباشر بصفة أصلية ومستقلة بوقف نفاذه، ويترتب على هذا الهجوم إلغاء النص القانوني إذا ارتأت المحكمة عدم دستوريته وخلاف ذلك تحكم بدستورية النص وسريان تطبيقه على الأفراد⁹.

وعرفها بعض الفقه¹⁰، بأنها دعوى تقام أمام محكمة مختصة تشكلت بموجب الدستور، تختص بالتحقق من مطابقة التشريعات سواء كانت قوانين بالمعنى الدقيق صادرة عن السلطة

5 النصور. فهد أبو العثم. "القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق" ط (1) دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن. 2016. ص184.

6 سيد. رفعت عيد. "الوجيز في الدعوى الدستورية" ط (1). دار.

. النهضة العربية. القاهرة. 2004. ص190

7 الجبوري. سارة خليل. "القضاء الدستوري في الوطن العربي" (دراسة تقييمية). (ط1). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2016. ص59.

8 أبو زيد. محمد. "الوجيز في القانون الدستوري المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري المصري" (د.ط) القاهرة. 2005. ص156.

9 سالماني. عبد العزيز. "نظم الرقابة على دستورية القوانين". (ط2). دار الفكر الجامعي للنشر. القاهرة. 2014. ص 123.

10 الشواربي، عبد الحميد، (2001)، الدعوى الدستورية، الاسكندرية، مصر، ص13، أو راجع، لصلح، نوال، (2019)، خصوصية الدعوى الدستورية في التشريع الجزائري دراسة تحليلية مقارنة، ع2، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد العاشر، ص971.

التشريعية أم كانت لوائح صادرة من السلطة التنفيذية، وسواء كانت عادية أم لها قوة القانون مع أحكام الدستور.

وبالإضافة لما ورد من تعريفات فإن الباحث يعرف الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، بأنها دعوى عينية تقام مباشرة أمام القضاء الدستوري، دون اللجوء الى المحاكم لطلب إقامتها وتختص بالنظر في مدى مطابقة النصوص العادية مع الدستور.

وبالإطلاع على قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، يتضح بأن المشرع قد أخذ هذه الطريقة وفقاً لأحكام المادة (27) على أنه " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1_ بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون"¹¹.

الفرع الثاني: أهمية الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

مما لا شك فيه أن طريقة الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة التي أخذ بها المشرع الفلسطيني، تحمل في طياتها أهمية كبيرة جداً للأفراد، ويفتح لهم المجال بعرض دعواهم بشكل مباشر أمام المحكمة الدستورية، دون مرورهم بالمحاكم العادية، الأمر الذي يكفل لهؤلاء الأفراد حقوقهم وحررياتهم ومراكزهم القانونية، ويساعدهم في مواجهة أي استقواء على تلك الحقوق والمصالح والمراكز من قبل السلطة التشريعية.

تستمد الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة أهميتها نظراً لخطورة النتائج المترتبة عليها

ويمكن تلخيص أهميتها ومزاياها على النحو الآتي:

1. من حيث طريقة إقامتها بشكل هجومي مباشر على النص القانوني، يدفع صاحب المصلحة بعدم الدستورية دون انتظار تطبيق القانون على وضعه الخاص على خلاف الطرق الأخرى وإنما يتبع أسلوب المهاجمة، الأمر الذي يؤدي إلى حصر الرقابة في يد محكمة مختصة واحدة تصدر حكماً بشكل نهائي وحاسم بحيث لا يجوز إثارة عدم الدستورية مرة أخرى بهذا النص القانوني إذا تم إلغائه.

¹¹ المادة (1/27). من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية. رقم (3). لسنة 2006. وتعديلاته.

2. ثبات المراكز القانونية وحفظ الحقوق.
3. الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية تكون له حجة على الكافة¹²، لأنه يحظر القانون المطعون فيه ويحكم ببطلانه وعدم سريانه.
4. تتميز بأنها دعوى موضوعية وذلك على خلاف الدعاوى الأخرى التي تكون شخصية، حيث أن الدعوى الأصلية المباشرة تكون ضد قانون معين وليست ضد شخص معين.
5. الرقابة على دستورية القوانين وشرعية أعمال الدولة، وتجسيد مبدأ حكم الشعب والمحافظة على الدستور الذي أقره الشعب وأن عدم السماح للأفراد بالطعن المباشر يقلل من هذه الرقابة في ظل الضعف التشريعي الموجود.
6. الطعن يتم بواسطة أحد الأشخاص الطبيعيين، ويجوز للأشخاص المعنويين إذا ما سمحت القوانين بذلك.

تميز المشرع الفلسطيني بأخذه بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، ونص عليها في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، فتنص المادة (27) الفقرة (1) " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1. بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون"¹³ ، يلاحظ من هذه المادة بأن المشرع أضاف طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة والتي تسمى بالرقابة المجردة الغير مرتبطة بنزاع قائم وهذا ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا في قرارها في القضية رقم(4) لسنة(3) قضائية والتي جاء بقرارها على أنه" استقر عليه اجتهاد المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في العديد من قراراتها، وهو عدم قبول الطعن المباشر أمامها في نزاع منظور أمام محكمة الموضوع، كون أن هناك طرق أخرى للطعن في حال كان النزاع مرتبط بمحكمة موضوع وهو طريق الدفع او الإحالة المنصوص عليها في المادة(27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وعليه إن هذا الطعن مخالف لصحة الإجراءات المذكورة، ولم يتقيد بشروطها، فإنه يكون غير مقبول"¹⁴

¹² مجول، رياض محسن. "الرقابة على دستور القوانين وموقف الدساتير العراقية منها". جامعة عدن. اليمن. رسالة ماجستير. 2000. ص52_53.

¹³ نصت المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لسنة 2006 على ان اختصاصات المحكمة الدستورية، حيث جاء فيها "تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: 1. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة. 2. تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها. 3. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي. 4. الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من جهة قضائية او جهة ذات اختصاص قضائي أو من جهة أخرى منها. 5. البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً للأحكام البند (20/1) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003. ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد اعضاءه.

¹⁴ قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية. "الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2014/5.. دعوى أصلية مباشرة رقم (4) لسنة (3) قضائية. جلسة 26 شباط لسنة 2018. والقاضي بعدم قبول الطعن.

ومن الدول التي تبنت طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة الأردن التي نصت في قانون المحكمة الدستورية العليا الأردني على طريقة الدعوى الأصلية المباشرة من خلال نص المادة (60) في الفقرة الأولى من الدستور الأردني على أن للجهات التالية على سبيل الحصر حق الطعن مباشرة لدى المحكمة الدستورية في دستورية القوانين والأنظمة النافذة: 1. مجلس الأعيان 2. مجلس النواب 3. مجلس الوزراء" بينما خلا قانون المحكمة الدستورية العليا المصري من أخذ طريقة الدعوى الأصلية المباشرة واكتفى بطريقة الإحالة والدفع الفرعي والتصدي.

ومن الدول الأوروبية التي أخذت بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة من خلال دساتيرها، ألمانيا وبولندا والنمسا والمجر، فأخذت المحكمة النمساوية بأسلوب الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة في المادة 140/1 من الدستور الاتحادي¹⁵، وفي المحكمة الدستورية في المجر (1989) والمحكمة البولندية (1997) وأيضاً الدستور الإسباني، الذي حدد إقامة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة أمام المحكمة الدستورية الإسبانية في المادة 161/2 إذا ما تم مخالفة الحقوق والحريات المنصوص عليها في المادة 53/3 من الدستور الإسباني، والتي حددت بأنه يحق لكل شخص طبيعي له مصلحة أو شخص قانوني أو النيابة العامة أو محامي الشعب بإقامة الدعوى¹⁶. واستخلاصاً لما سبق يجد الباحث أن الدستور الأردني قد حدد الجهات التي لها الحق في إقامة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة لثلاث جهات، وهي مجلس الأعيان ومجلس النواب ومجلس الوزراء، أي أنه أعطى هذه الصلاحية للسلطة التنفيذية والتشريعية وذلك على خلاف المشرع الفلسطيني الذي فتح باب إقامة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة على مصراعيه لكافة الأفراد.

وبالمقارنة مع التشريع الأردني والتشريع الفلسطيني، يتفق الباحث مع ما أخذ به المشرع الأردني، وهو تضيق الجهات التي يمكن لها إقامة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة وعدم فتح المجال لأي فرد، وذلك كون أن تحديد الجهة يختصر كثير من الوقت على المحكمة الدستورية لعدم نظر الطعونات المقدمة التي يمكن أن تكون مردوده بنتيجتها، نظراً لمكانة المحكمة الدستورية وسموها واختلافها عن باقي المحاكم هذا من جانب، ومن جانب آخر يرى الباحث أن فتح باب الطعن بدستورية القوانين لكافة الأفراد من شأنه تكديس الملفات على رفوف المحكمة الدستورية، الأمر الذي يشكل إرهاقاً على المحكمة ويهدر من وقتها وجهدها.

¹⁵ مجول. رياض محسن. مرجع سابق ص 60_61.

¹⁶ سالمان. عبد العزيز. مرجع سابق. ص 135.

وكان على المشرع الفلسطيني أن يشدد في استعمال هذه الطريقة وذلك لتفادي الطعونات الكيدية التي تعطل من عمل المحكمة الدستورية، أو السير على نهج المحكمة الدستورية الألمانية وإنشاء دوائر خاصة لفحص الطعونات، مشكلة من ثلاث أعضاء مخولة لرد الدعوى أو الحكم بعدم الدستورية إذا تبين لها بأنه تم الفصل مسبقاً من قبل المحكمة الدستورية¹⁷.

وبالرغم من محاولات المشرع الفلسطيني بإجراء مشروع للتعديلات على نص المادة (27) المتعلقة بحق الافراد بإقامة الدعوى، حيث قامت بتعديل الفقرة الأولى من نص المادة حيث كانت قبل التعديل: " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه الاتي: بطريق الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون"، وأصبحت المادة بعد التعديل وبتاريخ 2012/10/30 نصت المادة (11) من القرار بقانون على أن تعدل الفقرة 1 من المادة (27) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الاتي¹⁸، 1. بطريق الدعوى الأصلية المباشرة المقامة من: رئيس السلطة الوطنية، رئيس أو ثلثي أعضاء مجلس الوزراء، رئيس أو ربع أعضاء المجلس التشريعي، رئيس أو ثلثي أعضاء مجلس القضاء الأعلى، المفوض العام للهيئة المستقلة لحقوق الانسان، ممثلو الأحزاب السياسية المرخصة للعمل في أراضي السلطة الوطنية ".
وبسبب ضغوطات المؤسسات الحقوقية، ومؤسسات المجتمع المدني، وقوائم البرلمان في المجلس التشريعي، وما بين مؤيد ومعارض، أصدر رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية قراراً يوقف نشر القرار بقانون "بلا رقم" لسنة 2012، ومن ثم أصدر رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في عام 2014 قرار بقانون للمرة الثانية "بلا رقم" بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتم أحالته بواسطة ديوان الرئاسة الفلسطيني إلى ديوان الفتوى والتشريع لغايات نشره ولم يتم النشر.

ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني كان قد سلك القرار الصائب في تعديله للمادة رقم (11) من القرار، بقانون بتعديله للفقرة 1 من المادة (27) من القانون الأصلي، وكان عليه تفعيل العمل بهذا النص المعدل بتحديد الجهات التي بواسطتها يمكن إقامة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، وذلك لعدم فتح المجال لإقامة هذه الدعوى وإرهاق المحكمة الدستورية بتكدس الملفات على رفوفها عند فتح المجال لكافة الأفراد بإقامتها، والتي من الوارد أن يكون تقدير الضرر من قبل الأفراد أنفسهم، ومنظورهم الخاص بعدم دستورية النصوص القانونية.

¹⁷ مجول. رياض محسن. مرجع سابق. ص 66

¹⁸ قرار بقانون بدون رقم لسنة 2012 بخصوص تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006 غير منشور.

وعلى الرغم من المزايا المهمة للأخذ بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، فإن هنالك عيوب لهذه الطريقة لا بد من التطرق لذكرها، يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

1. إن منح الأفراد لإقامة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة ممكن أن يؤدي لوجود دعاوى كيدية، أو دعاوى لتحقيق مصالح شخصية.
2. يترتب إلغاء القانون الذي تم الطعن به لعدم دستوريته، الأمر الذي يشكل تدخلاً لعمل التشريع ومنافياً لمبدأ الفصل بين السلطات.

وعلاوة على ذلك فإن إلغاء المحكمة الدستورية للقوانين بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة يمنحها نفوذاً كبيراً لمواجهة السلطات الأخرى وفيما إذا تراخت المحكمة الدستورية عن دورها تفادياً لهذا الصدام نكون أمام عدم وجود رقابة جديدة على دستورية القوانين¹⁹.

ويتمثل الخطر عندما يغالي القضاء في فرض رقابته، ويفرض هيمنته أمام المشرع الأمر الذي يرغم المشرع بإزالة هذه العقبات من طريقه، حتى يتسنى له تدارك ما يستهدفه من عمليات تعديل وتطوير في النظام الاجتماعي والاقتصادي، عن طريق إما إلغاء نظام الرقابة، أو تعديله، وهذا كله يشكل خطراً على الديمقراطية، وأن وجود مثل هذه المخاطر التي سببتها طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة دفع الكثير من الأنظمة والتشريعات الدولية بتفضيل الرقابة القضائية بطريقة الدفع الفرعي، أو الإحالة بعدم دستورية القوانين²⁰.

ويرى الباحث أن المشرع الفلسطيني كان عليه تحديد القضايا التي تحدث ضرراً للأشخاص على غرار الدول الأخرى والتي حددت هذه الأضرار، تحرزاً لحماية حقوق أفرادها، فعلى سبيل المثال قامت المحكمة الدستورية الإسبانية بتحديد الاختصاص المتعلق بحماية الحقوق الأساسية، وحددت طرق الطعن بها أمام المحاكم العادية وبالأخص طعن الحماية الدستورية، التي أوردتها في الباب الأول منه باستثناء الطعون المتعلقة بالجنسية، فلا يتم الطعن بها إلا من خلال المحاكم العادية، كما أنها حددت الطعون الخاصة بطعن الحماية وهي جميع الأعمال الصادرة عن الأجهزة التشريعية والقضائية والتنفيذية، والتي تمس حقيقة الحقوق التي نص عليها الدستور، بالإضافة إلى أنه حدد الأشخاص الذين يحق لهم تقديم الطعون بحق الحماية²¹.

19 الكيلاني. زيد احمد توفيق. "الطعن في دستورية القوانين دراسة مقارنة" (ط1). دار الشامل للنشر والتوزيع. فلسطين. 2016. ص. 88.

20 الكيلاني. زيد احمد. مرجع سابق. ص. 88.

21 قاسم. محمد الحاج. "الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين. دراسة منشورة في مجلة العدالة والقانون. العدد (8). المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء مساواة. ص. 246.

استناداً لما سبق، ونظراً لأهمية النتائج التي تترتب على الأخذ بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة في الطعن بعدم دستورية اللوائح والأنظمة والقوانين، فإن إقرارها يجب أن يكون بناءً على نص دستوري ومحكمة خاصة.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

تحدد طبيعة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة القانونية من خلال خاصيتين: الأولى بأنها دعوى عينية، أي أن الخصومة تكون للنص التشريعي وليس لشخص معين. والخاصية الثانية أنها دعوى قضائية مستقلة تقام أمام المحكمة الدستورية مباشرة، وهي غير تابعة لأية دعاوى أخرى أو مقامة أمام محكمة موضوع وسيوضح الباحث الخاصيتين على النحو الآتي:
أولاً: دعوى عينية

تعد الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها، حيث تكون النصوص القانونية ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، وليست لأشخاص معينين كما هو الحال في الدعاوى العادية، ويعتبر إهدار تلك نصوص التي تعارض الدستور هو الغاية المرجوة من هذه الدعوى، وتكوت أحكام هذه الدعوى حجة على الكافة ولا ينحصر أثرها على شخص معين.²²

وكانت المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى 9 لسنة 2008، قد قررت في هذا الصدد أن "الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية هي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري تكون لها وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة حجية مطلقة، حيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفع الدعوى على هذا الأساس.²³

وجاء قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية أيضاً قولها "...ذلك أن الخصومة في الدعوى الدستورية وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية إنما توجه إلى النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور، ولا يعتبر قضاء المحكمة باستيفاء العمل التشريعي لأوضاعه الشكلية أو مخالفتها، أو بتوافق النصوص المطعون عليها، أو تعارضها مع الأحكام الموضوعية من الدستور،

22 الناصوري. عز الدين. الشواربي. عبد الحميد. "الدعوى الدستورية مع موجز لأحكام المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها وحتى الآن". (د.ط). منشأة المعارف للنشر. الإسكندرية. 2002. ص 39.

23 الكيلاني. زيد أحمد. مرجع سابق ص 30

منصرفاً إلى من كان طرفاً في الدعاوى التي صدر فيها دون غيره، بل متعدياً إلى كل سلطة في الدولة، بما يردّها عن التحلّل منه أو مجاوزة مضمونه²⁴.

هذا وتعددت الآراء الفقهية إلى أن الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة هي من الدعاوى الدستورية العينية التي لم توجد بالأصل لحماية حقوق شخصيه للأفراد، وإنما للطعن واختصاص قوانين غير دستورية فتكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، ولا تنتهي الخصومة إلا بإهدار تلك النصوص بقدر ما تعارضت به مع الدستور، وإن قضاء المحكمة الدستورية من شأنه أن يحوز تلك الحجية التي ينطلق أثرها في مواجهة الدولة حيث أن أحكامها لا تنحصر على من يكون طرفاً في الخصومة الدستورية، بل يكون حجة على الكافة بحكم الدستور²⁵.

ولما كان أغلب الفقه قد اعتبر أن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية، فإن البعض منهم اتجه اتجاه مخالفاً، يرى فيها بأنها دعوى شخصية وذلك على اعتبار أن الدعوى الدستورية بمخاصمتها للقانون المطعون فيه، فإنما تعتبره بأنه إفصاح للمشرع عن إرادته بإنشاء مراكز قانونية جديدة، وكان خلاصة القول من هذا الرأي الفقهي بأن الدعوى الدستورية هي دعوى مختلطة تجمع بين العينية والشخصية، حيث أن قيام القاضي بإلغاء النص المخالف للدستور من جهة، هي خاصية بأن الدعوى الدستورية عينية، وبذات الوقت أن الخاصية بأنها دعوى شخصية، يتمثل في ذاتية المركز القانوني الذي حمته هذه الدعوى من جهة أخرى²⁶.

وتأسيساً على ذلك يرى الباحث أن الدعوى الدستورية ليست إلا طعناً عينياً يقوم على أساس المصلحة العامة، وعندما يسمح للأفراد بتحريكها عن طريق إقامة الدعوى الأصلية المباشرة، فذلك يدل على أن المشرع يرغب في جعل هؤلاء الأفراد رقباء على الهيئات العامة، تحقيقاً للعدالة والديمقراطية، وسيادة القانون، وهم بهذا الدور يلعبون دوراً يشبه دور النيابة العامة، عندما يحركون الدعوى العمومية باسم المجتمع و استهدافاً لتحقيق المصلحة العامة²⁷، فطالما كان أساس الطعن بدستورية القوانين هو النص ذاته، وعليه فإن الدعوى الدستورية لا تكون دعوى شخصية، فهي لا تمثل خصومة متعلقة بحقوق الأفراد الشخصية، مثل دعوى التعويض، ولا تثير منازعات بين خصمين مدين ودائن، ولكنها تعتبر مثال للقضاء العيني كون أنها مجرد مخاصمة لقوانين المخالفة للدستور، بقصد تحقيق الحماية الشرعية الدستورية.

24 القرار رقم 65 لسنة 4 الصادر في 16 مايو سنة 1992. الموسوعة الشاملة لأحكام المحكمة الدستورية. الجزء الثالث. ص 262.

25 الناصوري. عز الدين. مرجع سابق. ص 39.

26 النسور. فهد أبو العثم. مرجع سابق. ص 240.

27 النسور. فهد أبو العثم. مرجع سابق. ص 239.

وبالاطلاع على الآراء الفقهية السالفة الذكر، فإن الباحث يؤيد الرأي الأول القاضي بأن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية تهاجم النص نفسه، وبنيتها يصبح الحكم حجة على الكافة وملزم لجميع سلطات الدولة، الأمر الذي ينفي الشخصية وتحقيق المصالح الشخصية منها، فطالما كان الجوهر من الطعن الدستوري هو النص القانوني، فإن الدعوى الدستورية لا تكون شخصية، فهي لا تمثل حقوق شخصية مثل دعوى التعويض، وتلقى الطبيعة العينية للدعوى الدستورية على سلطة القاضي الدستوري.

ثانياً: دعوى قضائية مستقلة

يقصد بذلك أن الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة تقام أمام محكمة مشكلة تشكيلاً قضائياً وليس تشكيلاً سياسياً، مثل فلسطين والأردن ومصر، وعلى الرغم من أن ليست كل الدول أجازت الدعوى الدستورية المبتدأه، مثل مصر التي شملت بعض خصائص أسلوب الدعوى وبعض خصائص الدفع أو الإحالة، واشترطت أن يكون هنالك نزاع أو دعوى موضوعية أثير فيها دفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع، وأن الفصل فيه لازم بعد تأكد قاضي الموضوع من جدية الدفع، فإنه يقوم بإيقاف السير في الدعوى، ويتيح المجال لصاحب الدفع باستكمال إجراءاته أمام المحكمة الدستورية خلال أجل قانوني محدد بالقانون، وهنا تقوم المحكمة الدستورية بنظر الدعوى كدعوى مباشرة، ولكن ليست دعوى مبتدأه، وإنما هي دعوى على أعقاب دعوى أثير فيها الدفع وثبت لقاضي الموضوع جديته، وأن الفصل فيه كان ضرورياً ومتعلقاً بالحكم في الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، ومن ثم تقول المحكمة الدستورية كلمتها الفصل في هذا الدفع وبناءً عليه يحكم قاضي الموضوع ويفصل في النزاع على هدي قرار المحكمة الدستورية²⁸، مما يجعل الدعوى الدستورية ذات طابع مستقل.

وهنا كانت دولة فلسطين والأردن متميزة بأنها وضعت طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة طريقه إضافية لطريقة الدفع والإحالة والتصدي، ونجد أن المشرع لم يشترط لإقامتها أن ترتبط بدعوى موضوعية مقامة أمام محكمة الموضوع، ولا يوجد خصومة قائمة بين أطراف معينة، ولا يوجد نزاع قائم بينهم، وبناءً عليه تنتظر المحكمة الدستورية الطعن في النص القانوني وبالنتيجة تحكم في دستوريته من عدمها.

وخلاصة القول بأن لكل من الدعوى إن كانت دعوى بطريق الدفع أو الإحالة أو التصدي أو دعوى دستورية أصلية مباشرة، ستكون أمام المحكمة الدستورية لها طابع خاص ومستقل، ولا تختلط مع الدعوى الموضوعية من حيث الشروط لقبولها، بل تستقر أي منها في موضوعها،

28 شريف عادل. "لقضاء الدستوري في مصر". ط(1). القاهرة. 1988. ص254.

وكذلك الأمر في مضمون شروطها الذي يتطلبها القانون لجواز إقامتها، فالدعوى الدستورية تتوخى في فصلها التعارض المدعى به مع النص الدستوري وليس في الحقوق المدعى بها في الدعوى الموضوعية، وفي هذا الإطار جميع الطرق تجعل من الدعوى الدستورية ذات طابع مستقل وخاص، لتفرد المحكمة الدستورية به وجعلها الجهة القضائية الوحيدة للبت في عدم دستورية القوانين والأنظمة واللوائح دون غيرها.²⁹

المطلب الثاني

موقف الفقه والقضاء الدستوري من الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

اختلف الفقه والقضاء الدستوري ما بين مؤيد ومعارض لإتباع طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، خاصة وأن غالبية الدول أخذت بهذه الطريقة، مما أثار انتقادات الفقه الدستوري المصري، أما المشرع الدستوري الفرنسي، فقد تميز بأسلوب الرقابة السياسية التي تسبق إصدار القوانين أمام المجلس الدستوري الذي تم إنشائه في عام 1958، وذلك من خلال السلطات العامة وهي رئيس الجمهورية، ورئيس الوزراء، ورئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الشيوخ، أو من خلال ستين عضواً من أعضاء مجلس الشيوخ، أو ستين نائباً، وإتباع الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين جراء التعديل الدستوري بتاريخ 23 يوليو 2008.³⁰

ولتوضيح هذه الآراء الفقهية بشأن الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول موقف الفقه الدستوري المصري من أسلوب الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، فيما خصص الفرع الثاني لموقف الفقه والقضاء الدستوري الفرنسي.

²⁹ حسنين. إبراهيم محمد. "الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه وفي القضاء". (د.ط) دار الكتب القانونية. 2003. ص 151_152.

³⁰ نص المادة 61. من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية. لسنة 1958. والمضاف إليها الرقابة الدستورية اللاحقة بموجب التعديل الدستوري المؤرخ في 23 يوليو 2008.

الفرع الأول: موقف الفقه الدستوري المصري

استند الفقه الدستوري إلى حق التقاضي الذي كفله الدستور واعتبره من أهم الحقوق الدستورية للتسليم بضرورة تحريك الدعوى الدستورية المباشرة، ويمكن تلخيص آراء الفقه الدستوري المصري هذا الخصوص على النحو الآتي:

1. لم يأخذ المشرع المصري بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة بالإضافة إلى الطرق الثلاث الأخرى وهي الإحالة والدفع والتصدي، مع العلم أن استخدام المواطنين لهذا الحق هو أصيل، وإن استخدام هذا الحق لا يشكل إساءة بخصوص دستورية القوانين من عدمها، ولا يجوز حرمانهم من هذا الحق بصورة مطلقة، بل يجب تنظيم استخدام هذا الحق لعدم إساءة استعماله.³¹

2. يعتبر أسلوب الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة هو أسلوب هجومي لإلغاء النص التشريعي المخالف للدستور، وهي وسيلة من شأنها القضاء على محاولات المشرع لتجاوز نصوص الدستور، واستئصال هذه المحاولات من جذورها.³²

3. يطلق على الرقابة الدستورية بطريق الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة برقابة الإلغاء أو الرقابة الهجومية، كما يطلق عليها أيضاً بالرقابة المجردة، وذلك لعدم ارتباطها بنزاع قائم أمام القضاء، بحيث أنه يتم الطعن بهذه الطريقة بعدم دستورية نص قانوني فور صدوره ونشره دون انتظار تطبيقه، وإذا ما وجدت المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص القانوني تحكم فوراً بحظر تطبيقه على الكافة بحجية مطلقة أو بحجة نسبية وذلك حسب النص القانوني المطعون فيه.³³

4. تحقق الأساليب التي تبناها المشرع المصري لتحريك الدعوى مزايًا أقل من تلك التي تحققت الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، حيث لا يمكن للأفراد بطريقة الدفع الفرعي أو بطريقة الإحالة ممارسة أي دور، سيما وأن محكمة الموضوع هي التي تقدر جدية الدفع من عدمه، وهذا من شأنه أن يحرم الأفراد من حقهم للجوء إلى القضاء الدستوري، وكذلك الأمر في حالة التصدي حيث أن المحكمة الدستورية لوحدتها تملك هذا الحق من خلال تعارض نص أمامها أثناء ممارستها لبحث دستورية نص ما، وكان الأخير له صلة بين النص المطعون به وبين

31 سالمان. عيد العزير. مرجع سابق. ص 34.

32 كامل. نبيلة عبد الحليم. "الرقابة القضائية على دستورية القوانين". القضاء الدستوري. ط (1). دار النهضة العربية للنشر. 1993. ص 44_45.

33 العصار. يسري. "الدعوى الدستورية المباشرة". العدد السابع عشر. 2010. ص 17.

النزاع المقام أمامها ، فتتصدى له من تلقاء نفسها وتحكم بعدم دستوريته،³⁴ أما باستخدام طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة ، فيمكن تفادي هذا الحرمان وإعطاء الأفراد الحق باللجوء إلى المحكمة الدستورية مباشرة.

5. تناقض حجة عدم قبول الأخذ بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة بسبب أن الدعوى الأصلية قد تغرق المحكمة بكم هائل من الدعاوى الغير جادة، أمام تطبيق نظام الفحص المبدئي للدعاوى الدستورية الذي اتبعه المشرع المصري بموجب أحكام المادة رقم 184 لسنة 2008 بشأن تعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية³⁵، حيث منح هذا القانون للمحكمة الدستورية سلطة استبعاد أية دعوى أصلية غير جادة، أو غير قائمة على أساس قانوني سليم، وهذا من شأنه التخفيف على المحكمة بعدم تكديس الدعاوى على روفوها.

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء الدستوري الفرنسي

نظم القضاء الدستوري موضوع الرقابة على دستورية القوانين بمقتضى دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958، وكان هو النموذج الأمثل للرقابة السياسية على اعتبار أنها تمارس من طرف هيئة سياسية، وبصفة تسبق إصدار القوانين.³⁶

بيد أن المجلس الدستوري الفرنسي يكتسب الصفة القضائية، وذلك لأنه يفصل في المنازعات بالإجراءات التقليدية، وهذا يعني أن المكان الذي يشغله يتطلب أن يكون التكليف السياسي له أعلى من ذلك، خاصة وأن القضاء الفرنسي متطور، فهو يمارس رقابته على الصعيد العملي على كافة القوانين، وتحوز قراراته على الحجية المطلقة تجاه كافة الأفراد وكافة السلطات.³⁷

وقد توسعت مهام المجلس الدستوري الفرنسي وانطلاقه فور صدور قراره بتاريخ 16 يوليو لعام 1971 والذي بمقتضاه منح قيمة دستورية لإعلان حقوق الإنسان، ولديباجة دستور الجمهورية الرابعة لعام 1946، مما مهد الطريق للمجلس الدستوري الفرنسي للتوسع في الحماية الدستورية للحقوق والحريات والمراكز القانونية، وفي إمكانية تحريك رقابة الدستورية السابقة،

34 العصار. يسري. مرجع سابق. ص 18.

35 نص المادة 184 المحكمة الدستورية العليا المصرية لسنة 2008. وتعديلاته. مادة (44) مكرر نصها كالآتي: "تتعقد المحكمة في غرفة مشورة لنظر الدعاوى التي تحال إليها من رئيس المحكمة والتي ترى هيئة المفوضين إنها تخرج عن إختصاص المحكمة أو أنها غير مقبولة شكلاً أو سبق للمحكمة أن أصدرت حكماً في المسألة الدستورية المثارة فيها. فإذا توافرت إحدى الحالات المتقدمة أصدرت المحكمة قراراً بذلك يثبت فيه محضر الجلسة مع إشارة موجزة لسببه وإلا أعادتها لهيئة المفوضين لإعداد تقرير في موضوعها". نشر في الجريدة الرسمية العدد 25 (أ) في 22/6/2008.

36 كامل. نبيلة عبد الحليم. مرجع سابق. ص 99.

37 البنا. عاطف. "الرقابة القضائية على دستورية اللوائح". مجلة القانون والاقتصاد. جامعة القاهرة. القاهرة. 1978. ص 198.

على إصدار القوانين بواسطة ستين عضواً أو سنين نائباً من مجلس الشيوخ وذلك بمقتضى التعديل الدستوري الذي جرى لعام 1973.³⁸

ويتضح من ذلك بأنه يجب أن تكون الإحالة للمسألة الدستورية من جانب السلطات العامة بعد تبني البرلمان للقانون، أي أنه يتم توقيف مدة إصدار القانون محل الطعن بعد الدستورية، وأن هذه الإحالة على الغالب تجري من جانب المعارضة وذلك بسبب الصلاحيات الواسعة التي منحت إليها والتي ذكرت آنفاً بمقتضى التعديل المؤرخ لعام 1973، وهذا ما جرى عليه الفقه الدستوري الفرنسي بأن القانون الذي لم يحكم به بعدم دستوريته قبل إصداره يمكن تقدير دستوريته بعد نفاذه بصدور قانون لاحق له يقوم بتعديله أو تكملته، وتصبح هذه الرقابة لدستورية القوانين متاحة للمتقاضين عن طريق محكمة النقض أو بواسطة مجلس الدولة، وذلك ما نص عليه التعديل الدستوري الفرنسي تاريخ 23 يوليو لعام 2008، والذي حدد أسلوب الرقابة عن طريق الدفع أمام محكمة النقض.

واستخلاً لكل ذلك يجد الباحث بأن الفقه الدستور الفرنسي كان بعيداً كل البعد عن فكرة الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، وذلك استناداً للصلاحيات الممنوحة له، والتي جعلته يحتكر الأساليب الدستورية التي يمكن تحريكها للطعن بدستورية النصوص التشريعية والتي انحصرت بالدفع أمام محكمة الموضوع.

وبناءً على ما تم تفصيله من موقف الفقه والقضاء الدستوري المصري والفرنسي، حيث انطوت وجهة النظر لميل الباحث إلى ما جاء به الفقه الدستوري المصري، الذي كان هو الأقرب لتوضيح مزايا أسلوب الدعوى الأصلية المباشرة، وإقناع المشرع المصري بتبني هذا الأسلوب الذي يحقق حماية أبر لحقوق الأفراد وحماية مراكزهم القانونية ويحقق عدالة أكبر من خلال الالتزام بالأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية في الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، واعتبارها حجة على كافة الأفراد وكافة السلطات.

³⁸ كامل. نبيلة عبد الحليم. مرجع سابق. ص102

المبحث الثاني

أسس الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

مما لا شك فيه أن تبنى دعاوى الدستورية والتي هي نوع من أنواع الرقابة الدستورية على قواعد وأسس كانت السبب في وجودها، ودعمت ثباتها، ومن بينها الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، وقد تولدت جميع الأسس من أفكار ومبادئ فلسفية وتشريعية اتحدت جميعها لثبات ولمعرفة أسس الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

ومن خلال المبحث، فإن الباحث قد خصص المطلب الأول لدراسة الأساس الفلسفي للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، فيما خصص المطلب الثاني للأساس التشريعي للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

المطلب الأول

الأساس الفلسفي للأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

تعددت الأسس الفلسفية التي كانت مرتكزاً للأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة والتي عززت بالأصوات التي نادى بالرقابة الدستورية وتعزيزها من خلال القضاء الدستوري، الذي يتولى مهمة ضبط عملية التشريع.

وفي هذا المطلب سيقوم الباحث بإجمال هذه الأسس من خلال تقسيمه إلى فرعين، الأول لضمان احترام سمو الدستور، والفرع الثاني لضمان احترام الحقوق والحريات.

الفرع الأول: ضمان احترام سمو الدستور

يندرج الأساس الفلسفي للرقابة على دستورية القوانين والأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة تحت مبدأ سمو الدستور واحترامه، وهو المبدأ الذي يعني بأن القواعد الدستورية تسمو وتعلو على كل ما ينبثق من السلطة التشريعية من قوانين وقرارات وأنظمة ولوائح، وهو من أهم المبادئ الأساسية المسلم بها دون الحاجة إلى النص عليه في متن الدستور، وهو مبدأ يؤكد لمبدأ المشروعية بنطاقها الواسع، ويؤيد لنظام الدولة القانونية التي يلتزم بها أصحاب السيادة وأفراد المجتمع، مهما كانت درجاتهم، ومما لا شك فيه بأن التقيد بأحكام القانون الأعلى هو أهم وأجدر من التقيد بأحكام القانون الأقل درجة³⁹.

وبعد طرح المعنى العام لمبدأ سمو الدستور، لا بد من توضيح أن لهذا السمو نوعان لا ينفكان عن بعضهما لتكامل مفهومه الذي يؤدي بالنتيجة إلى احترامه وعدم المساس به وحمايته بالرقابة الدستورية.

أولاً: السمو الموضوعي للدستور.

يعرف السمو الموضوعي للدستور، أن تسمو قواعد الدستور على كافة القواعد القانونية الموجودة في الدولة، مستنداً هذا السمو إلى طبيعة المواضيع التي ينظمها الدستور، كما وتستمد جميع السلطات من سلطة تشريعية أو سلطة قضائية أو سلطة تنفيذية صلاحياتها من الدستور.⁴⁰ ومما لا شك فيه بأن السمو الموضوعي للدستور، هو أمر ثابت ولا مجال لإنكاره بالنسبة لكل أنواع الدساتير، سواء كانت دساتير مرنة أو جامدة، أو دساتير عرفية أم مكتوبة، كما وأن القواعد الدستورية بعلوها الموضوعي غير مقتصرة على تلك القواعد الواردة في الوثائق الدستورية، وإنما تمتد إلى القواعد المنصوص عليها في مقدمات الدساتير وإعلانات حقوق الإنسان لاتصال قواعدهما بالحريات العامة والحقوق الفردية، ويترتب على السمو الموضوعي للدستور عدم السماح لأي سلطة بتفويض سلطة أخرى بمهام معينة دون ان يسمح الدستور ذلك صراحةً، وذلك لأن الصلاحية الدستورية والاختصاص الدستوري لا يعد أمراً شخصياً يمكن التنازل عنه، وإنما هو واجب ألقاه الدستور لسلطة معينة نظراً منه بأن تلك السلطة على قدر لعمل ذلك الواجب والعمل نظراً للإمكانات والظروف التي تجعلها قادرة على هذا العمل المكلف من قبل الدستور.⁴¹

³⁹ قنديل. راند صالح. " الرقابة على دستورية القوانين " (دراسة مقارنة). (د.ط). دار النهضة للنشر. القاهرة. 2010. ص 22.

⁴⁰ الحلو. ماجد راغب. "دستورية القوانين"(د.ط). دار الجامعة العربية للنشر. القاهرة. الإسكندرية. 2014. ص 57_58.

⁴¹ الحلو. ماجد راغب. مرجع سابق..ص 58.

واستخلاقاً لذلك يرى الباحث أن القواعد الدستورية هي التي تحدد السلطات ومهامها، وتحديد علاقاتها بالأفراد، ولذلك يجب أن تكون هذه القواعد لها صفة العلو والسمو والصدارة، ويجب احترامها وعدم المساس بها.

ولتوضيح هذه السيادة الموضوعية لقواعد الدستور لا بد من التنويه بأن هذه القواعد الموضوعية لها وجهين وهما:

أ_ يحدد الدستور فلسفة أو فكرة القانون التي يقوم عليها نظام الدولة السياسي، فقواعد الدستور هي التي تنظم كافة الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية.⁴²

ب_ يحدد الدستور الأشخاص الذين يملكون الحق في ممارسة الصلاحيات التي حددها لسلطة معينة، وهو لا يعين الأشخاص بذاتهم ولكن من خلال الشروط المعينة والأوصاف التي تنطبق عليهم الأمر فهم بناءً على ذلك لا يمارسون هذه الصلاحيات بحق ذاتي لهم، بل بواجب وظيفي محدد.⁴³

واستناداً لما سبق يلخص الباحث أهم مزايا مبدأ سمو الموضوعي على النحو الآتي:

1_ تعد ضمانات الدستورية⁴⁴ أول الأسس الفلسفية التي كانت المحرك الأول لقيام الرقابة الدستورية على دستورية القوانين، وهي من أكثر الوسائل فعالية ونجاحاً لضمان عدم تماهي السلطات على أحكام الدستور، كون أن القضاء يتميز بالاستقلالية والحيادية،⁴⁵ ومن خلال التطبيق العملي يظهر الارتباط بين الدستورية والديمقراطية ودور الرقابة الدستورية في حمايتها، ذلك وبالرغم أن الديمقراطية تمثل حكم الشعب لنفسه، إلا أنها بحاجة إلى وسائل قانونية لحمايتها، والتي تتمثل بالرقابة الدستورية التي تعد وسيلة إلزامية تؤكد على احترام الدستور وقواعده،⁴⁶ باعتبار أن القواعد الدستورية هي من تحدد دستورية القوانين، ولضمان التطبيق السليم لتلك القواعد تطلب وجود قضاء دستوري يكفل هذا التطبيق.⁴⁷

2_ تعزيز مبدأ المشروعية وتفعيله من خلال خضوع السلطات جميعها وكذلك كافة الأفراد عند مباشرتها لصلاحياتها التي حدد الدستور باحترام هذه القواعد الدستورية، وإلا فقدت صفتها

⁴² Burdeau (G). constitutionnel. et. Institution politiques. 15eme Ed. L.G.D.J. paris. 1970. P. 64
⁴³ بطيخ. رمضان. " النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر". الجزء الأول. دار النهضة العربية للنشر. القاهرة. 1997. ص 329.

⁴⁴ تعرف الدستورية بأنها" الإعتقاد الداعم للدستور بوصفه أكثر من خارطة السلطة، وظيفته تنظيم السلطة السياسية بصورة لا يمكن إستعمالها على نحو تعسفي". الشرفاني. " الأسس الفلسفية للرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" العدد 23. السنة السادسة. مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية. العراق. 2014. ص 227.

⁴⁵ سليم. حسن جميل. "القرار بقانون في النظام الدستوري الفلسطيني" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة". جامعة عبد المالك السعدي. طنجة. 2021. ص 181.

⁴⁶ الكعبي. نايف راشد محمد. "رقابة المحاكم الدستورية"(دراسة مقارنة). أطروحة دكتوراة. كلية العلوم القانونية. جامعة الحسن الثاني. الدار البيضاء. المغرب. 2011. ص 41.

⁴⁷ صليبيا. عاطف. "دور الرقابة في إرساء دولة القانون"(د.ط). المؤسسة الحديثة للنشر. طرابلس. لبنان. 2002. ص 143.

الشرعية وتجردت أعمالها من القانونية من خلال إقامة الدعاوى الدستورية ومن بينها الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة التي تهاجم النص التشريعي المعيب، والذي شابه عيب مس الدستور، ومس سموه وتجاوز الخطوط الحمراء التي نص عليها الدستور.

3_ التسليم بأن الدستور هو القانون الأساسي وهو مصدر السلطات كافة بالدولة، يجعل السلطات والأفراد الذين يعملون بوظائف حددها الدستور ومواصفات لهم أيضاً حددها الدستور، يجعلهم مدركين بأن هذه الوظائف ليست حقاً شخصياً لأي منهم، إنما هي وظائف دستورية حددها الدستور وبين شروطها وحدودها ومداهها أيضاً.

4_ يمنع سمو الدستور التفويض في الاختصاص من قبل أي سلطة لسلطة أخرى، كون أن الحكام مكلفين ابتداءً بممارسة وظائف دستورية معينة وليست وظائف ذاتية لهم، فلا يجوز تفويض غيرهم بتلك الأعمال والوظائف دون إذن صريح من الدستور.⁴⁸

ثانياً: السمو الشكلي للدستور.

يقصد بالسمو الشكلي للدستور، هو السمو المتعلق بالإجراءات التي اتخذت لوضع الدستور بالمقارنة مع الإجراءات التي تتخذ لسن القوانين العادية، حيث يضمن السمو الدستوري باحترام أحكامه من جميع السلطات عن طريق تنظيم الرقابة على دستورية القوانين والقرارات الإدارية،⁴⁹ ويتحقق السمو الشكلي للقواعد الدستورية فقط في الدساتير الجامدة التي لا يمكن تعديلها أو تغيير نصوصها بنفس طريقة تعديل نصوص القوانين العادية، وإنما يلزم لتعديلها إجراءات وقواعد أشد من القواعد والإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، الأمر الذي يحدد السمو الدستوري بأنه ليس لكل الدساتير، حيث أن السمو الموضوعي هو صفة أساسية تتصف بها كل الدساتير بينما السمو الشكلي يكون للدساتير المرنة وليس للدساتير الجامدة وذلك لصعوبة تعديل إجراءات قواعده كما ذكرنا سابقاً.⁵⁰

واستكمالاً لما سبق، فإنه من الأهمية تحديد القوانين التي تملوها القوانين الدستورية سمواً شكلياً وهي على النحو التالي:

1. السمو على القوانين العضوية والتي يمكن تعريفها بأنها القوانين المكتملة للدستور، والتي تتصل بتنظيم السلطات العامة في حدود أحكام الدستور، وتكون إجراءات سنها أصعب من إجراءات

48 كامل. نبيلة عبد الحليم. مرجع سابق.. ص 19.

49 هذا ويجب التنويه على أن القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية يجب أن لا تخالف كلا من القواعد الدستورية وقواعد القانون العادي. ويقوم القضاء الإداري بدور هام في الحفاظ على مشروعيتها، ويدخل هذا الموضوع في إطار القانون الإداري. الحلو.

ماجد راغب. مرجع سابق. ص 59.

50 بطيخ. رمضان. مرجع سابق. ص 332.

- سن القوانين العادية وأكثر سهولة من إجراءات سن قواعد القانون الدستوري، وتعود فكرة القوانين العضوية إلى دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية الذي صدر بتاريخ 1958.⁵¹
2. السمو على القوانين العادية حيث تسمو القوانين الدستورية الصادرة عن السلطة التأسيسية، على القوانين العادية الصادرة عن السلطة المنشأة التي أنشأتها السلطة التأسيسية، كما أن تعديل و سن القواعد الدستورية أكثر تعقيداً من تعديل و سن القوانين العادية.⁵²
3. السمو على التشريعات الفرعية أو اللوائح، وهي عبارة عن قواعد صادرة عن السلطة التنفيذية تقوم بأعمال تنظيمية، وأن قواعد الدستور أعلى درجة من قواعد القانون العادي وبالتالي تكون أعلى من التشريعات الفرعية أو اللوائح، وذلك لأن السلطة التشريعية مهمتها التشريع وأن السلطة التنفيذية مهمتها تنفيذ ما شرعته السلطة التشريعية وبالتالي تكون القواعد التي صدرت عنها أقل درجة من السلطة التنفيذية التي تتولى التنفيذ حتى وإن كانت هذه التشريعات صادرة من رئيس تم انتخابه من الشعب.⁵³
4. السمو على الاجتهادات القضائية بما فيها اجتهادات القضاء الإداري والتي يستنبطها القاضي الإداري من أحكام القضاء الإداري بوصفه قاض مبتكر ومنشئ، وذلك على اعتبار أن السلطة القضائية هي سلطة منشأة، والقواعد التي تنتجها هي قواعد تضاهي قوة القواعد التي تصدر من القوانين العادية، ولكن في الحقيقة هي أقل درجة لأنها لا تملك إلغاء أو تعديل القانون المكتوب.⁵⁴

واستناداً إلى ذلك يلخص الباحث أهمية السمو الشكلي بأنه يحقق استقرار القواعد الدستورية و ضمان احترامها، حيث أن من خصائص القاعدة الدستورية الدوام والثبات، وفي بعض الدول يسمى بالدستور الدائم، وهذا القول لا يمكن اعتباره صحيحاً، لأن القاعدة الدستورية

51 إن فكرة القوانين العضوية قد عرفتها بعض الدساتير قبل وبعد صدور دستور عام 1958 الفرنسي، دون تسميتها بهذه التسمية، فاشترطت بعض الإجراءات الأشد من إجراءات سن القوانين العادية بالنسبة لبعض القوانين التي قدرت أهميتها، وتتمثل صعوبة إجراءات سنها بالنسبة لإجراءات سن القوانين العادية في عدة أمور تتمثل فيما يلي:

1. تبدأ مناقشة مشروع أو اقتراح القانون العضوي بعد مرور خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه.
2. يشترط الأغلبية المطلقة لجميع أعضاء الجمعية الوطنية وليس أغلبية الأعضاء الحاضرين فقط، لإقرار القانون العضوي في حالة الخلاف بين مجلس البرلمان بشأنه.

3. يجب عرض القوانين العضوية على المجلس الدستوري للتحقق من دستورتها، أما القوانين العادية فلا تعرض على المجلس إلا بناءً على طلب المختصين الذين حددهم الدستور، غير أن هذه الإجراءات أقل شدة من إجراءات تعديل نصوص الدستور التي تسلفتم:

1. موافقة كل من مجلسي البرلمان، الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ.
2. إقرار التعديل الدستوري بإحدى طريقتين، حسب إختيار رئيس الجمهورية عن طريق الإستفتاء الشعبي أو موافقة أعضاء مجلسي البرلمان منعقداً بهيئة مؤتمر، بأغلبية ثلاثة أخماس الأعضاء. المادة 89 من دستور عام 1958 الفرنسي.

أيضاً نص الدستور المصري في عام 1956 من لإشترط موافقة أغلبية ثلثي أعضاء البرلمان لإقرار بعض القوانين كقانون مجلس الأمة، ومنها ما جاء بدستور عام 1971 المصري أيضاً الذي إستلزم في المادة 195 منه، وأخذ رأي مجلس الشورى في مشروعات القوانين المكتملة للدستور. الحلو. ماجد راغب. مرجع سابق. ص 60. سالمان. محمد عبد العزيز. " رقابة الإغفال في القضاء الدستوري. (د.ط). العدد 15. المجلة الدستورية. 2009. ص 97_100.

52 الحلو. راغب ماجد. مرجع سابق. ص 61.

53 قنديل. راند صالح. مرجع سابق. ص 32_33.

54 قنديل. راند صالح. مرجع سابق. ص 36.

عندما أنشئت كانت في ظل ظروف معينة وضعت من أجلها، فإذا تغيرت تلك الظروف، أو ثبتت عدم صلاحية القاعدة وتطبيقها على الظروف الجديدة، ينبغي تغييرها بما يتفق مع تحقيق المصلحة العامة،⁵⁵ بينما هنالك قواعد دستورية ثابتة لا ينبغي المساس بها ولا تتغير مهما تغيرت الظروف مثل قواعد العدالة والمساواة وقواعد عدم رجعية القواعد القانونية.⁵⁶ وإن القصد من ثبات القواعد الدستورية هو إضفاء أكبر قدر من الاستقرار عليها حتى يحافظ على ثبات نظام الحكم في الدولة، وللدولة من توغل كل سلطة ومحاولتها لزيادة سلطتها على حساب السلطات الأخرى الأمر الذي يضمن احترام القواعد الدستورية.

وتميز المشرع المصري بإدراكه لأهمية السمو الشكلي للقواعد الدستورية وذلك ما قضته المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن "سيادة الدستور ليس مناطها عناصر مادية وقوامها مضمون الأحكام التي احتواها والتي تنظم بوجه خاص تبادل السلطة وتوزيعها والرقابة عليها، بما في ذلك العلائق بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وكيفية مباشرتهما لوظائفهما، ونطاق الحقوق التي يمارسها المواطنون والحريات التي يتمتعون بها، وذلك لأن الدستور محددٌ بالمعنى السابق على ضوء القواعد التي انتظامها يكون محظوراً إليه من زاوية مادية بحتة لا شأن لها بسمو القواعد الدستورية وإخضاع غيرها من القواعد القانونية لمقتضاها....."⁵⁷

ومن خلال ما تمت دراسته بخصوص السمو الموضوعي والسمو الشكلي للدستور يرى الباحث أنه وبالرغم من أهمية كل منهما، وعدم إمكانية المساس بهما، فإنه لا قيمة لهذين النوعين من السمو إذا لم يكن هناك جزءاً قانونياً لخروج المشرع عن أحكام الدستور والمساس بسموه الموضوعي والشكلي، وذلك من خلال أعمال الرقابة الدستورية على دستورية القوانين والتي تتمثل بالرقابة القضائية اللاحقة التي تظهر أهميتها بأن لا يتم الإنتظار إلى حين تطبيق النصوص القانونية ليتم الدفع بعدم دستورتها، بل من خلال مهاجمة تلك النصوص من خلال الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة ، وبدون هذه الرقابة تصبح أحكام الدستور معرضة للانتهاك والتعديل بكل سهولة بدون جزاء، والمساس سمو الدستور الموضوعي والشكلي، فالرقابة القضائية على دستورية القوانين هي ضمان لنفاذ القاعدة الدستورية وضمن للحفاظ على مبدأ سمو الدستور.

⁵⁵ عبد المجيد. منير. " الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح". (د.ط). منشأة المعارف للنشر. القاهرة. 2001. ص179.

⁵⁶ بطيخ. رمضان. مرجع سابق. ص 293.

⁵⁷ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (13) لسنة 1994. الصادر بتاريخ 1994/12/17.

الفرع الثاني: ضمان احترام الحقوق والحريات

تشكل الحقوق والحريات الركيزة الأساس للأنظمة الدولية على اختلاف أنواعها، وقد سعت هذه الأنظمة إلى حماية تلك الحقوق والحريات وذلك من خلال "إدخال الحريات العامة في القاعدة القانونية الأسمى، النص الدستوري بحيث تصبح هذه القاعدة خارج صلاحيات السلطات الدنيا".⁵⁸

ولكن التساؤل الذي يطرح هل تمكنت الأنظمة القانونية الدولية من تحقيق الديمقراطية من خلال النص منفرداً دون أية ضوابط؟ في الواقع أن هنالك شكوكاً بالإجماع على عدم تحقيق تلك الغاية كون أن "الديمقراطية لا تقتصر على مجموعة من الضمانات الدستورية، أي على حرية سلبية، إنها نضال تخوضه ذوات فاعلة في ثقافتها وبحرياتها ضد منطق هيمنة الأنظمة"⁵⁹ كون هذه الأنظمة تتجاوز في أغلب الأحيان من خلال ما تفرضه مضمون القاعدة الدستورية، لتحقيق أهدافاً سياسية.

ولهذا فإن مختلف الأنظمة القانونية السياسية الديمقراطية تحاول تفعيل دورها السياسي من خلال تضمين دساتيرها كافة النصوص التي توفر الحماية والاحترام للحريات العامة.⁶⁰ ويتبادر في ذهن الباحث سؤالاً هل كل الدساتير نصت على الاعتراف بحقوق الأفراد وحرياتهم العامة وعلى لزوم احترامها وحمايتها؟ الجواب الطبيعي هو أن جميع الدساتير نصت على ذلك من الناحية الشكلية ولكن يبقى التساؤل المطروح بمدى تطبيقها لهذه النصوص على الصعيد الواقعي والعملي، ومن هنا جاءت فكرة الرقابة الدستورية على القوانين في أول عهدها، وكانت بناءً على اجتهاد من المحكمة العليا في الولايات الأمريكية المتحدة في قضية (مارب وري ضد ماديسون) وكانت برئاسة القاضي (جون مارشال) سنة 1803م⁶¹، والتي لخصت أن الدستور يتميز بتفوقه على القوانين العادية، التي تكون معرضة للإبطال إذا خالفت أحكام الدستور،⁶² وبهذا تكون الولايات المتحدة الأمريكية الأسبق بين الدول في تشييد صرح الرقابة القضائية من خلال

58 Jean rocge. Andre Pouille. Libertes Publiques. Dalloz Paris Ilere Edit 1995. P34.

59 صليبا. عاطف. مرجع سابق. ص 103.

60 صليبا. عاطف. مرجع سابق. ص 105.

61 " أعلنت فيها المحكمة العليا الأمريكية من حق المحاكم في كل مستوياتها أن تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور إذا دفع أمامها بعدم الدستورية وتبين للمحكمة حقيقة القانون لأحد نصوص الدستور " رفعت. عبد الوهاب. " رقابة دستورية القوانين المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011. ص 5.

62 الداغلي. يحيى. " القضاء الدستوري ودوره في بناء دولة القانون في المغرب". أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في القانون العام. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. جامعة الحسن الثاني. الدار البيضاء. المغرب. 2007_2008. ص 140.

المحاكم ذاتها دون النص على ذلك في دستورها الصادر عام 1787 صراحةً، وعليه أنشأت المحكمة الاتحادية العليا لتمارس حق الرقابة القضائية⁶³.

بيد أن فكرة الرقابة على دستورية القوانين من خلال القضاء، وكونها فكرة حديثة في بداية عهدها، كانت لا تعدو أكثر من تطبيق مبدأ تدرج القاعدة القانونية حسب النموذج الأمريكي، أو تجسيداً لمبدأ الفصل بين السلطات حسب النموذج الفرنسي، أصبحت اليوم من أهم التقنيات الأساسية التي يعتمد عليها لحراسة النظام الديمقراطي لمنع توغل استبداد السلطات ولحماية الحقوق والحريات⁶⁴.

ومما لا شك فيه كان للقضاء الدستوري أهمية كبيرة في حماية الحقوق والحريات، وينطلق القاضي الدستوري لخفيات متعددة بناءً على ذلك، فهو لا يستطيع ان ينظر للحقوق من منظوره الفردي، بل يجب عليه أن يحلل النصوص الدستورية من خلال ضوابط معينة، وهي الشخص ذاته، والمجتمع، ومتطلبات التي يقتضيها النظام العام⁶⁵، وبناءً على تلك الضوابط استطاع القضاء الدستوري تأكيد ضمانات حقوق الإنسان وحياته واحترامها، الامر الذي جعل بعض المحاكم الدستورية تجاوز حدود النص الدستوري لتأكيد حمايته القضائية لهذه الحقوق، ومثالاً على ذلك حكم المحكمة الدستورية في جنوب إفريقيا في قرارها الصادر بتاريخ 6 حزيران لعام 1995 برفض الإعدام الذي لم يتمكن المشرع بنفسه إلغائه، لرؤيته بعدم توافقه مع القسم التاسع من دستوره الذي أقر بحقوق الإنسان الفردية وبالأخص حقه بالحياة⁶⁶.

ومن المعلوم أن احترام حقوق الإنسان وحياته وعدم المساس بها هي حق مكتسب له وليست منة أو هبة تمنح له، ونظراً لارتفاع وتيرة المساس بها، حرصت الدول من خلال أنظمتها الدستورية على التنصيص عليها بما يكفل للأفراد التمتع بها، كما وحرص المشرع الدستوري والقانوني بالحفاظ عليها من خلال الآليات التي وضعها حتى يتمكن الأفراد من ممارستها دون تعرضهم لفقدانها وحرمانهم منها، وهذا ما سلكه المشرع الدستوري الفلسطيني، بحيث أورد باباً مستقلاً في القانون الأساسي، وهو الباب الثاني في المواد من (9_33)، الأمر الذي استوجب على المشرع الدستوري إيجاد آلية دستورية تضمن احترام هذا الباب المخصص، وأن لا يكون فقط

63 الشواربي. عبد المجيد. مرجع سابق. ص 11.

64 برفوق. عبد العزيز. " دور الرقابة الدستورية في حماة الحقوق والحريات"(دراسة مقارنة). أطروحة دكتوراة. جامعة الجزائر بن

يوسف بن خدة. 2015_2016. ص 1_4

65 الأشقر. أحمد حسني. "دور القضاء الدستوري والإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في فلسطين" (دراسة مقارنة). رسالة

ماجستير. جامعة بيرزيت. فلسطين. 2013. ص 73

66 الأشقر. أحمد حسني. مرجع سابق. ص 74

مجرد حبراً على ورق، أو كنصوص شكلية غير ملزمة،⁶⁷ وقد أضفى هذا التنصيص قدسية للنص، وأكسبه أهمية كبيرة بين القواعد القانونية الأخرى.

وبالرغم من حرص المشرع الدستوري الفلسطيني على تنصيبه المبكر على الحقوق والحريات في القانون الأساسين، إلا أنه ومن الجانب العملي كان حريصاً على عدم إطلاقه لسلطة التشريع أن تشمل كافة الحقوق والحريات، وجاءت هنالك قيوداً تحسباً من أي مساس يمكن أن يلحق بحقوق الأفراد الأساسية، فالأصل أن لا تطلق يد المشرع لتنظيم الحقوق والحريات العامة، ولا بد وجوباً عليه ان ينصاع للضوابط الدستورية المنظمة لحقوق الإنسان في الحدود الموضوعية، وأن لا يتعدى عليها إلى حد الإهدار لها، أو أن يفرض قيوداً من شأنها تقييد الأفراد في استعمالها،⁶⁸ وكان لزاماً لتحقيق هذه الحماية إنشاء محكمة دستورية تكون الدرع الحصين لأحكام القانون الأساسي والحارس الأمين عليها وعلى تطبيقها، وبناءً على ذلك نص القانون الأساسي في المادة (103) على أن تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتحديد اختصاصاتها،⁶⁹ وإنفاذاً لذلك صدر قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وجرى عليه تعديلات كثيرة، وشكلت المحكمة الدستورية العليا في شهر نيسان لعام 2016، وتؤدي المحكمة منذ إنشائها مهمتها بالمراقبة على دستورية القوانين والأنظمة وغيرها من الاختصاصات وفقاً لضوابط معينة، وطرق حددها قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لإقامة الطعون الدستورية والدعاوى ومن أولها الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، وكان عمل المحكمة الدستورية العليا في فلسطين يعبر بنتيجته عن مدى حفاظه لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية والتي تعد من أقدس واجبات الدولة، ولا سبيل لتحقيق ذلك إلا باحترام نصوص القانون الأساسي وتطبيقه التي تكون بواسطة الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا، وكان من أبرز قرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على الحفاظ على حريات وحقوق الأفراد قرارها في الطعن الدستوري رقم (8)/2016 بخصوص عدم دستورية المادة (10/أ) من نظام تدريب المحامين المعدل وقرار مجلس نقابة المحامين الفلسطينيين والذي جاء فيه " إن النص المطعون بعدم دستوريته قد خالف مبدأ أساسياً من مبادئ القانون الأساسي ألا وهو مبدأ المساواة بين المخاطبين بأحكامه، الأمر الذي يترتب عليه إهدار مبدأ آخر وهو مبدأ تكافؤ الفرص بينهم...

67 نجيب. سحر محمد. "التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته" (دراسة مقارنة). (د.ط). دار الكتب القانونية للنشر. مصر. 2011. ص.9.

68 سليم. حسن جميل. مرجع سابق. ص.169.

69 انظر المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003.

وعليه تقرر المحكمة قبول الطعن ورد الكفالة والحكم بعدم دستورية نص المادة(10/أ) من نظام تدريب المحامين المعدل وقرار مجلس نقابة المحامين الفلسطينيين⁷⁰

ومن الجدير بالذكر أن فكرة حماية الحقوق والحريات للأفراد والتي نادى بها الإعلانات العالمية والاتفاقيات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان، والتي أكدت في موثيقها على أهمية احترام حقوق الإنسان وحرياته بمختلف مفرداتها وتفصيلها من عدم حصول أي اعتداء عليها من قبل الآخرين أو من قبل سلطات الدولة،⁷¹ وإن هذه الفكرة جذبت العديد من الدول حيث اتجهت بعض الدول إلى ضرورة إصدار اتفاقيات تتعلق بحقوق الإنسان تلتزم فيه الدول الموقعة عليها باحترام القواعد الأساسية الواردة فيها، وذلك لتلافي نسبة الإلزام أو الالتزام الأدبي للقرارات الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة ومن هذه الاتفاقيات الاتفاقية الأوروبية والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان⁷²، وانطلاقاً منها ظهرت فكرة تبني مبدأ الرقابة الدستورية على القوانين للعديد من الدول، سيما وأن هذا المبدأ لم يتخذ مفهوماً واحداً بينها بسبب اختلاف الثقافات السياسية لكل دولة، وطريقة كل دولة بتطبيقها للديمقراطية،⁷³ إلا أنها وبالنتيجة أشارت لوجود نظام مؤسساتي تخضع فيه السلطات لقوة القانون فيها، وبناءً عليه يتم حماية الحقوق والحريات من تغول الدولة وتعسفها.⁷⁴

ولتحقيق ذلك جاءت المطالبات بالاعتراف بالرقابة الدستورية لحمل المشرع على احترام الحقوق والحريات وصونها، فالتنصيص على الحقوق والحريات في متن الدستور دون العمل به يصبح بلا فائدة، وأن عدم وجود آلية دستورية متمثلة بالرقابة الدستورية تضمن منع إعاقة الأفراد من التمتع بما نصه الدستور من حقوق وحريات وتمنع المساس بها، يستدعي وجود الرقابة القضائية وتفعيلها.⁷⁵

وخلاصة القول أن الرقابة على دستورية القوانين استطاعت أن تحقق توازناً كبيراً بين السلطات والحقوق والحريات إلى حدٍ سمح لمواجهة السلطات عندما تتغول وتعسف في استخدام صلاحياته سواء كان ذلك التغول من خلال معتقات، أو أفكار سياسية تسعى خلفها، وهذا ما تطلب

70 قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية. "الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2016/8. دعوى أصلية مباشرة. القضية رقم (8) لسنة(2) قضائية. جلسة 4 كانون الثاني لسنة 2017. والقاضي بقبول الطعن. 71. جفال. صالح عمر. "حجية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي في التشريع الفلسطيني". (دراسة مقارنة). رسالة ماجستير. جامعة القدس. 2018. ص 65.

72 جفال. صالح عمر. مرجع سابق. ص66. 73 العشوري. محمد فؤاد. "القضاء الدستوري ووظيفته الشرعية الديمقراطية". مجلة الأبحاث في القانون والإقتصاد والتدبير. العدد 2. كلية العلوم القانونية. جامعة مولاي إسماعيل. مكناس. المغرب. 2016. ص 9.

74 Jacques Cgevallier. L Etat de Droiet. Mintcgrestitien. 4eme. Edition. Paris 2003. P.46. 75 سلمان. داوود سلمان. والعكيلي. علي مجيد. ط مدى تأثير الظروف الإستثنائية على الشرعية الدستورية"(دراسة مقارنة). ط1. المركز القومي للإصدارات القانونية. القاهرة. 2015. ص91.

وجود بناء قوي يواجه إي اختراق للسلطات ويمنعها من التعدي على هذه الحريات والحقوق وهو بناء الرقابة الدستورية.

واستناداً لما سبق بشأن الأسس الفلسفية التي قامت عليها الرقابة الدستورية المتمثلة بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، فإن الباحث يرى بأنها تثبت أحقية القضاء في ممارسة الرقابة الدستورية على القوانين، وتثبت أهميتها ودورها في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم وتنظيم علاقة السلطات وتطور العلاقة فيما بينها مما ينتج تطوراً للمجتمع يرقى بمكانة أمنه لأفراده وتمتعهم بظل دولة عادلة ديمقراطية وعلى وجه الخصوص من خلال الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة كوسيلة لمهاجمة النصوص التي تمثل مساساً بالحقوق والحريات.

المطلب الثاني

الأساس التشريعي للأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

تعتبر الرقابة على دستورية القوانين، إحدى أهم الوسائل الحديثة والمهمة لضمان نفاذ القواعد الدستورية، وإن اختيارات الدول العديدة للأنظمة الدستورية وما جاءت به في دساتيرها بشأن الرقابة على أعمال السلطات، وخاصة أعمال السلطة التشريعية، نجد بأنها أسندت اختصاص الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى هيئة علي تكون مستقلة عن الهيئات الأخرى وهي المحكمة الدستورية العليا، ونظراً لطبيعة دور الرقابة القضائية في مواجهة السلطات في حال كانت تصرفاتها خارجة عن حدود الدستورية، فلم تكن طريق الرقابة القضائية بتلك السهولة، بل كانت محل معارضة من قبل الكثير من الأنظمة الدستورية تكفي لهدمها وعدم الاعتراف بها بحجج منها ما يتعلق بمبدأ سيادة الأمة، ومبدأ الفصل بين السلطات جاءت عليه غالبية الدساتير باعتراف على دستورية القوانين بشكل مركزي واتخاذها أساساً وطريقاً ممهداً للعمل بأساليب تحريك الدعوى الدستورية ومن بينها طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

ولدراسة الأسس التشريعية من خلال هذا المطلب وللإحاطة بها يقسمه الباحث إلى فرعين الأول للأساس الدستوري، فيما سيخصص الفرع الثاني لدراسة الأساس القانوني للأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

الفرع الأول: الأساس الدستوري

تميز المشرع الفلسطيني بإقراره بأهمية الرقابة الدستورية من خلال التنصيب المبكر⁷⁶ عليها في القانون الأساسي الأول عام 2002، والذي من خلال النص على تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية،⁷⁷ ومما لا شك فيه أن تبني المشرع الدستوري الفلسطيني للرقابة الدستورية على قوانينه من خلال المحكمة الدستورية العليا، يعد تمييزاً له بين المشرعين في الدول الأخرى، متجلباً بتفديسه لمبدأ سمو الدستور وأحكامه ومحترماً لمبدأ الفصل بين السلطات ومحافظةً على الحقوق والحريات الخاصة بأفراده وحمايتها من تعسف السلطات.

وكان الأساس الدستوري الذي استندت عليه الرقابة الدستورية ابتداءً في القانون الأساسي ومن ثم إصدار قانون مكمّل يتمثل بقانون المحكمة الدستورية العليا، حيث أن المشرع الدستوري الفلسطيني عاد وأقر من خلال القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 ذات النص في المادة (103) منه على تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والتي جاء فيها "1_ تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها ب_ تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات الفصل في تنازع الاختصاص القضائي. 2_ يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإتباع، والآثار المترتبة على أحكامها". وبناءً على ما نصت عليه المادة (103) فإنه يستخلص ما يلي:

1_ أوجب المشرع الفلسطيني تشكيل هيئة مختصة للنظر في دستورية القوانين واللوائح والنظم وغيرها.

2_ قرر المشرع الفلسطيني أن هيئة المحكمة هي الهيئة المختصة بالنظر بالدستورية.

3_ منح المشرع الفلسطيني المحكمة الدستورية العليا البت في دستورية النصوص التشريعية بالإضافة إلى اختصاص التفسير لنصوص القانون الأساسي والنصوص التشريعية وكذلك اختصاص الفصل بين الجهات القضائية والإجراءات ذات الاختصاص القضائي.

4_ تنازل المشرع الفلسطيني لصالح المشرع العادي الحق في تحديد طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، وإجراءات إتباعها والآثار المترتبة على أحكامها، وقد اكتفى فقط بالنص على وجوب تشكيلها، وبعض اختصاصاتها.

⁷⁶ أن التنصيب الدستوري المبكر الذي جاء في القانون الأساسي الفلسطيني على تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بشكل واضح وصريح، كان له أهمية كبيرة وحماية لمبدأ عملها، حتى يمنع المساس بها، من قبل سلطة التشريع التي يحيل المشرع الدستوري إليها آلية تنظيم عملها بشكل تفصيلي، والإجراءات اللازمة لإتباعها والآثار التي تترتب على أحكامها.

⁷⁷ المادة (94) القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2002. الصادر بتاريخ 2002/5/29. الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع). العدد ممتاز(بدون رقم). الصادر في يوليو 2002، ص 4_48.

أما المشرع المصري فكان عدم إنشاء محكمة دستورية عليا ثغرة كبيرة في نظام القضاء المصري على مر العصور، حيث أغفل المشرع الدستوري المصري تنظيم رقابة دستورية القوانين بالرغم من أهميتها وفي عام 1948 أثير دعفاً بعدم الدستورية مرسوم بقانون رقم 148 لسنة 1944 يخص إلغاء ترفقيات وعلاوات تعيينات استثنائية أمام المحكمة الإدارية، فقضت في 10 فبراير سنة 1848 باختصاصها بالنظر في دستورية القوانين ولمراسيم بقوانين، مستندة إلى أنه لا يوجد أي نص في القوانين المصرية يحظر على المحاكم البت في دستورية القوانين، الامر الذي أحدث فوضى عارمة لاختلاف وجهات النظر في دستورية الأحكام من قبل المحاكم، خاصة وأن قرارات المحاكم العادية الصادرة بعدم الدستورية لم يكن لها حجية أمام القضاء، مما أهدر الطمأنينة على حقوق الأفراد والمراكز القانونية لهم، وهذا الأمر استدعى ضرورة إنشاء المحكمة الدستورية العليا وقانون خاص ينظمها رقم 48 لسنة 1979، والتي خصص لها الدستور فصلاً مستقلاً في الدستور المصري يعالج نظام الحكم وهو الفصل الرابع في المواد (191 و192)⁷⁸ وتنص فيه على أن المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة بحد ذاتها تتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، كما تتولى تفسير نصوص القانون.⁷⁹

وحدد المشرع المصري ثلاثة طرق للرقابة على دستورية القوانين من خلال الدفع الفرعي من أحد الخصوم أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة أو الإحالة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا للبت في دستورية نص لازم للفصل في الدعوى المقامة أمامها، والتصدي من المحكمة الدستورية حيث تخول المحكمة الدستورية العليا لنفسها أن تقضي بعدم دستورية نص قانوني أثناء نظرها لدعوى دستورية مقامة أمامها.⁸⁰

وتجدر الإشارة بأن المشرع المصري لم يأخذ بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة على غرار المشرع الفلسطيني حيث أنه اكتفى في إتباعه طرق الإحالة والدفع الفرعي والتصدي، الأمر الذي يجعل المشرع الفلسطيني مميزاً وموسعاً لطرق تحقيق العدالة والحفاظ على حقوق أفرادها، ومتطوراً أكثر من المشرع الدستوري المصري.

78 تنص المادة (191) من الدستور المصري على أنه " المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة، قائمة بذاتها، مقرها مدينة القاهرة، ويجوز في حالة الضرورة إنعقادها في أي مكان آخر داخل البلاد، بموافقة الجمعية العامة للمحكمة، ويكون لها موازنة مستقلة، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها، وتدرج بعد إقرارها في الموازنة العامة للدولة رقماً واحداً، وتقوم الجمعية العامة للمحكمة على شؤونها، ويؤخذ رأيها في المشروعات والقوانين المتعلقة بشؤون المحكمة. المادة (192) "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يكون بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها".

79 المنجي. محمد. "دعوى عدم الدستورية" ط1. دار المعارف للنشر. الإسكندرية. 2002. ص8_9.

80 المنجي. محمد. مرجع سابق. ص9.

اما المشرع الأردني فكانت الرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة التي مارستها المحاكم العادية رقابة لا مركزية، بمعنى أنها لم تكن حكراً على جهة قضائية واحدة، فكانت الرقابة اللامركزية هي السائدة قبل تعديل الدستور في الأردن سنة 2011 وإنشاء المحكمة الدستورية سنة 2012 لتصبح الرقابة رقابة مركزية تمارس من جهات قضائية مختصة، حيث اقتصر دور المحاكم الأردنية في هذه الرقابة على إعلان عدم دستورية النص والامتناع عن تطبيقه عن الدعوى المنظورة أمامها دون باقي القضايا الأخرى التي يكون فيها النص الذي قرر بعدم دستوريته واجب التطبيق،⁸¹ مما جعل لها أثر نسبي، الأمر الذي خلق حالة عدم استقرار تشريعي، وذلك لاختلاف المحاكم في قراراتها عن عدم الدستورية بالإضافة إلى نقص الخبرة القضائية للعديد من القضاة لمباشرة شؤون القضاء الدستوري الذي يتطلب الكفاءة القانونية العالية التي لا تتوفر في القاضي العادي.⁸²

واستناداً لتلك الأسباب تعاضمت الحاجة لإنشاء محكمة دستورية عليا تحت مظلة قضاء دستوري مستقل، يمارس من قضاة يتمتعون بالخبرة الواسعة والدراسة في مجال الفقه الدستوري والقانوني، حيث استمر العمل بالرقابة اللامركزية للبت في دستورية القوانين والأنظمة حتى عام 2011، ومن ثم خضع الدستور الأردني لتعديلات جوهرية كان من أهمها إنشاء محكمة دستورية عليا أردنية في عام 2012، وخصص لها فصلاً كاملاً وهو الفصل الخامس بالمواد (58 و59)⁸³، لينتهي بذلك عهد الرقابة اللامركزية وولادة رقابة جديدة مركزية وجهة قضائية واحدة مختصة وهي المحكمة الدستورية العليا.⁸⁴

وخلاصة القول واستناداً لما تم توضيحه بشأن الأساس الدستوري بالأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة يجد الباحث إن المشرع الفلسطيني قد تميز بتبنيه لنظام الرقابة الدستورية وقام بالتنصيص عليها في القانون الأساسي، غير أنه لم يأت بالنص على طرق الرقابة من خلال المحكمة الدستورية، فقد ترك ذلك للمشرع العادي.

81 المومني. صباح موسى عبد الرحمن. "دراسة بعنوان "الرقابة على دستورية القوانين في الأردن"، رسالة دكتوراة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، لسنة 2011_2013، ص 199.

82 المومني. صباح موسى. مرجع، ص 200.

83 نص المادة (58) من الدستور الأردني "1- تنشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة، وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها". مادة (59) "1- تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وتصدر أحكامها باسم الملك، وتكون أحكامها نهائية وملزمة لجميع السلطات وللکافة، كما تكون أحكامها نافذة بأثر مباشر ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لنفاذه، وتنتشر أحكام المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها. 2- للمحكمة الدستورية حق تفسير نصوص الدستور إذا طلب إليها ذلك بقرار صادر عن مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلسي الأمة بالأغلبية ويكون قرارها نافذ المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية".

84 نصرأوين. ليث كمال. "رقابة المحكمة الدستورية على القوانين والأنظمة في الأردن. المجلد 43. العدد 3. 2016. ص 1998.

وتوصل الباحث أيضاً أن نظام الرقابة الدستورية الذي اتبعه المشرع الفلسطيني هو نظام مركزي منذ ولادته منحصر بالمحكمة الدستورية العليا على خلاف المشرع المصري والأردني الذي كان يتبع نظام اللامركزية قبل تعديل نصوصها وإنشاء المحاكم الدستورية لديها.

الفرع الثاني: الأساس القانوني

يستمد الأساس القانوني للأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة قوته من النص الدستوري الوارد في القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته، فحدد المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية العليا⁸⁵ بنص المادة (1) أن المحكمة الدستورية العليا هي هيئة قضائية مستقلة بذاتها، وذلك ليستبعد المشرع فكرة تبعيتها أو خضوعها للسلطة القضائية. ومن المؤكد أن تصنيف المحكمة الدستورية بهذا الوصف يرتبط بمكانتها الهامة وموقعها الأساسي في تطوير النظام الديمقراطي للدولة، وفي حماية النصوص الدستورية من تمادي السلطات وتجراًها عليها، الأمر الذي جعل المشرع الدستوري الفلسطيني ينص على إنشاء محكمة دستورية عليا وتخصيص قانون خاص بها وهو قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، والذي حدد بموجبه اختصاصات المحكمة ومهامها للرقابة على دستورية القوانين واستخدام الطرق لتحريك الدعوى الدستورية للطعن في دستورية القوانين ومن بينها طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.⁸⁶

وهذا ما جاء به قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته وتمائشياً مع ما حدده المشرع الدستوري الفلسطيني في نص المادة (103) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 على تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والتي جاء فيها "1_ تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها ب_ تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات ج_ الفصل في تنازع الاختصاص القضائي. 2_ يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة للإتباع، والآثار المترتبة على أحكامها"، فحدد قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في المادة (27) طريقة الأخذ بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة في البند الأول والذي ينص على أنه "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1_ بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون.

⁸⁵ صدر قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ويحمل الرقم (3) لسنة 2006 الأصلي عن المجلس التشريعي بتاريخ 2006/2/17. الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع). العدد (62). الصادر في مارس 2006. ص 93_112.

⁸⁶ سليم. حسن جميل. مرجع سابق. ص 193.

وبالمقابل أسقط المشرع المصري هذه الطريقة ولم يقرر حق الأفراد في الرقابة الدستورية المباشرة على دستورية القوانين مكتفياً بطرق الإحالة والدفع والتصدي. أما المشرع الأردني فنص على طريقة الأخذ بالدعوى الأصلية المباشرة حيث خصصت المادة (60) في الفقرة الأولى من قانون المحكمة الدستورية العليا الأردني على هذه الطريقة كطريقة رقابة قضائية على دستورية القوانين والتي جاء من خلالها "على أن للجهات التالية على سبيل الحصر حق الطعن مباشرة لدى المحكمة الدستورية في دستورية القوانين والأنظمة النافذة: 1. مجلس الاعيان 2. مجلس النواب 3. مجلس الوزراء".⁸⁷

ومن خلال ما سبق ذكره عن الأساس القانوني توصل الباحث أن ترسيخ هذا الأساس للأخذ بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة كان ابتداءً من الأساس الدستوري الذي نص على رقابة دستورية القوانين، والتي أقرها المشرع الفلسطيني صراحةً في نصوص القانون الأساسي الفلسطيني، وأشار إلى التخصيص القضائي للرقابة من خلال المحكمة الدستورية العليا والتي بدورها حددت الطرق الدستورية التي يتم إتباعها لتحريك الطعون والدعوى الدستورية للطعن بدستورية القوانين ومن أولها طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

⁸⁷ قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 وتعديلاته.

الفصل الثاني

النتظيم القانوني للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

معلوم أن النصوص التشريعية تحمل على قرينة الدستورية على الافتراض لمطابقتها للدستور، وبالتالي فإن مجرد الطعن بها لا يوقف أحكامها ولا يمنع من أن تعرض على المواطنين كون أن إبطالها منوط فقط بصدور قرار من المحكمة الدستورية العليا في حال ثبت الدليل على مخالفتها للدستور، ولذلك فإن وجود ضوابط وشروط لتحريك الدعوى الدستورية المباشرة هو أمر أساسي وضروري لصحة دعاوى الدستورية من الناحية القانونية، وأن الأحكام المترتبة على هذه الدعوى لها حجية قانونية، وقد أخذ المشرع الفلسطيني بطريق الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة ضمن طرق الرقابة القضائية على دستورية القوانين وفق أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006⁸⁸، ولبيان ما سبق ذكره فإن الباحث قد قسم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول لضوابط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، بينما خصص المبحث الثاني لحجية الحكم الصادر بموجب الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

⁸⁸ نصت احكام المادة 27 / 1 على أنه "تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة القضائية على الدستورية بإحدى الطرق التالية " بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة "

المبحث الأول

ضوابط وشروط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

اختلفت الدول في تحديد ضوابط وشروط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، وذلك لاختلاف الأنظمة التي اعتمدها لتطبيق الرقابة القضائية، غير أن جميعها كانت متفقة على وجود ضوابط شكلية وموضوعية متعلقة بالدستور، وبأنه لا يكفي أن يراعي القانون الشكل الذي يتطلبه الدستور فقط، وإنما يجب أن يكون متفقاً مع القواعد الموضوعية التي تنسجم وروح الدستور، بالإضافة إلى تطابق الأنظمة والتعليمات التي تصدر عن السلطة التنفيذية والتي تندرج تحت مسمى التشريعات الفرعية يجب أن تكون متفقة مع القانون والدستور من حيث الشكل والموضوع.

ولبيان ذلك سيقوم الباحث بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين سيخصص الأول لضوابط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، فيما سيكون الثاني لشروط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

المطلب الأول

ضوابط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

تحظى القواعد الدستورية بمكانة عليا وتسمو على كل القوانين والأنظمة والتعليمات أو أية قرارات متخذة من السلطة التشريعية، أو أية سلطات أخرى، وإن هذه القواعد الدستورية لأهميتها ومكانتها يجب على سلطة التشريع أن تراعي قيوداً وضوابط عند إصدارها. وفي هذا المطلب سيقوم الباحث بتفريعه إلى فرعين، الأول مخالفة قواعد الاختصاص والشكل، والفرع الثاني لمخالفة القواعد الموضوعية.

الفرع الأول: مخالفة قواعد الاختصاص والقواعد الشكلية

تخضع القواعد المتعلقة بإصدار القوانين لعدة ضوابط وقيود محددة من حيث الشكل، ومن حيث الاختصاص والمحل، وعلى سبيل المثال فإن القرارات بقانون في التشريع الفلسطيني⁸⁹، أو ما يسمى بالقوانين العادية ولوائح الضرورة في التشريع المصري، أو القوانين المؤقتة في التشريع الأردني وجميع هذه القرارات بقانون على مختلف تسمياتها لا يجوز لسلطة التشريع أن تتجاوز أو تتغاضى عنها، على اعتبار أن الشكل للنصوص القانونية يعتبر من أصل قوامها وأساساً ثابتاً في بنائها، ولا يجوز المساس بهذا البناء أو تصدع أحد أعمده⁹⁰.

ومن المعلوم أن مبدأ الفصل بين السلطات يحدد مسؤولية كل سلطة دون تدخل أية سلطة بالأخرى، وأن العلاقة بين السلطات هي علاقة تعاونية متوازنة ومرنة، فالسلطة التشريعية هي السلطة المختصة بسن التشريعات والقوانين في البلاد وأن الخروج عن الاختصاص المنوط بالسلطة التشريعية يجب أن يكون بنص خاص واضح وصريح في الدستور، وإن اختصاص السلطة التنفيذية هو تولي أعمال التنفيذ، واختصاص السلطة القضائية الفصل في المنازعات والخصومات بين أفراد الدولة الطبيعيين والمعنويين، ويعتبر الخروج عن أصل هذه الاختصاصات لأية سلطة يحتاج أيضاً نصاً واضحاً وصريحاً⁹¹.

أولاً: مخالفة قواعد الاختصاص

هنالك أربعة عناصر مهمة تقوم عليها قواعد الاختصاص الدستوري

أ: الاختصاص العضوي أو الشخصي

لما كان لكل سلطة في الدولة اختصاصاً منوطاً بها ولا يخرج عن أصله، فقد حدد القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته، أن السلطة التشريعية تختص بالتشريع، فيما تختص السلطة القضائية بتطبيق القانون، أما السلطة التنفيذية فتختص بتنفيذ القانون، ولما كان ما سبق هو الأصل العام إلا أن الخروج عنه يتطلب نصاً دستورياً صريحاً، كما هو الحال في القانون

89 نصت المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 على أنه "الرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تتحمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على المجلس السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

90 الشوابكة، محمد عبد الله. رقابة الامتناع على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، ط (1)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 67.

91 الكيلاني. زيد أحمد. مرجع سابق. ص 91.

الأساسي الفلسطيني بنص المادة (43) المعدل لسنة 2003⁹²، والذي منح رئيس السلطة الوطنية سن وإصدار القوانين في حالات الضرورة التي لا تحتل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي.

وكذلك الأمر في الدستور الأردني في المادة (94) منه التي أعطت السلطة التنفيذية حق سن القوانين وهي ما سمته بالقوانين المؤقتة في ظروف معينة عندما يكون مجلس الأمة غير منعقداً أو منعقداً⁹³.

وبنص المادة (147) من الدستور المصري⁹⁴، الذي منح حق التشريع لرئيس الجمهورية المصرية وفقاً للمواد (112) و(114) من الدستور، بحقه في التشريع تحت ظروف استثنائية وحالات معينة في حال غياب مجلس الشعب وظروف تستوجب عدم التأخير.

وباستقراء ما سلف فإنه يتضح أن الدستور قام بتحديد اختصاص كل سلطة، وقام بتحديد الحالات التي يمكن لكل سلطة أن تتجاوز اختصاصها بنصوص صريحة في الدستور، وإن تجاوز أية سلطة اختصاصها خارج هذا النطاق يعد تصرفاً غير دستورياً، ومخالف مخالفة واضحة وصريحة بقواعد الاختصاص العضوي، فهو أمر يستوجب الطعن بعدم دستورية التصرف الصادر عن السلطة التي خرجت عن اختصاصها، ويستوجب تحريك الدعوى الدستورية للطعن بعدم الدستورية للنص أو النظام أو القرار الصادر عن السلطة المخالفة.

ب: عدم الاختصاص الموضوعي

يقصد بعدم الاختصاص الموضوعي بأن تمارس كل سلطة الاختصاص المحدد لها دون أن يمتد إلى ممارسة اختصاصات سلطة أخرى، ويتركز الاختصاص الموضوعي عن طريق تحديد لكل سلطة ما يحق لها من تصرفات قانونية في إطار سلطتها وحدودها، وإن خالفت السلطة العنصر الموضوعي في اختصاصها دعت هذه المخالفة عيباً دستورياً مقترناً بعدم الاختصاص

92 نصت المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 على أنه "الرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تتحمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على المجلس السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

93 الدستور الأردني لسنة 1995، مادة (94) والتي تنص على "عندما يكون مجلس الأمة غير منعقداً أو منعقداً يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتل التأخير أو لمستدعي صرف نفقات مستعجلة غير قابلة للتأجيل ويكون لهذه القوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام هذا الدستور قوة القانون على أن تعرض على المجلس في أول اجتماع لعقده الكيلاني. مرجع سابق. ص 92

94 الدستور المصري لسنة 1971، المادة (147) وتنص على (إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون).

الموضوعي⁹⁵، كأن تقوم السلطة التشريعية بإصدار قرارات فردية على شكل قانون في غير الحالات المحددة في الدستور، وأن تخالف السلطة التشريعية طبيعة عملها وهو تشريع قوانين قواعد ذات طابع عام هو مجرد، وهذه هي طبيعة القانون وفقاً للمعيار الموضوعي⁹⁶. ومن أبرز الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (92) من القانون الأساسي الفلسطيني التي لم تجز للسلطة التنفيذية إجراء عقد قروض أو أن ترتبط بمشاريع مترتبة عليها إنفاق مبالغ خارجة من الخزينة العامة إلا بموافقة المجلس التشريعي. وفي المقابل نصت المادة (121) من الدستور المصري حيث أنها لم تجز للسلطة التنفيذية أن تجر أية عقود قروض أو غير مما يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزينة الدولة إلا عن طريق موافقة مجلس الشعب، وبناءً عليه فإن صدور قرار فردي من السلطة التشريعية على شكل قانون في غير الحالات المحددة في الدستور غير دستوري لعدم الاختصاص الموضوعي للبرلمان⁹⁷.

ت: عيب عدم الاختصاص الزمني

تُفيد السلطة بمدة زمنية يضعها الدستور حتى تمارس اختصاصها، فإذا مارست السلطة هذا الاختصاص خارج المدة المحددة لها، كان الاختصاص معيباً بعدم الدستورية، ومن الواجب إلغاؤه، كأن يقوم رئيس السلطة التنفيذية الفلسطينية بإصدار قرار بقانون في حالة الضرورة وفقاً لأحكام المادة (43) من القانون الأساس الفلسطيني، وكان في ظل انعقاد المجلس التشريعي، وبالتالي يكون قرار رئيس السلطة التنفيذية معيباً بعبء الاختصاص الزمني، وهذا طبقته أيضاً الدساتير المصرية والأردنية، في حالات إصدار قرارات مؤقتة مقيدة بحالات الضرورة بوجود مجلس النواب المنعقد على رأس عمله غير منحل⁹⁸، أو أن يمارس المجلس التشريعي اختصاص التشريع بعد انتهاء ولايته.

⁹⁵ العجرش، فارس حامد عبد الكريم، بحث منشور بعنوان أسباب الطعن بعدم الدستورية، موقع الكتروني

<http://www.iraker.dk/maqalat27/destor.html>.

⁹⁶ الشوابكة، محمد عبد الله. مرجع سابق، ص 70-71.

⁹⁷ الكيلاني، زيد أحمد. مرجع سابق. ص 94.

⁹⁸ الكيلاني، زيد أحمد. مرجع سابق. ص 95.

ث: عيب عدم الاختصاص المكاني

يتمثل هذا الاختصاص عندما ينص الدستور على مكان محدد لانعقاد السلطة التشريعية وسنّها للتشريعات فيها، فإذا قامت السلطة بإصدار التشريع في مكان آخر مختلف ومغاير لما حدده الدستور لها، فيصبح هذا التشريع معيباً بعبء عدم الاختصاص المكاني⁹⁹.
ومن الجدير بالذكر بأن القانون الأساسي الفلسطيني والدستور الأردني قد خلت من هذا القيد المكاني في نصوصهما بينما تمسك به الدستور المصري في المادة (100) لسنة 1972 والتي أشارت بأن المقر الرسمي للبرلمان هو العاصمة، فإذا انعقد البرلمان (مجلس الشعب) في غير المكان المحدد له بالدستور تصبح أعماله مشوبة بعبء الاختصاص المكاني¹⁰⁰.

ثانياً: مخالفة القواعد الشكلية

تُعرف الشكلية في القانون بأنها الصورة الخارجية التي يظهر بها مضمون القانون ويمكن أيضاً تعريفها بأنها العنصر الخارجي الذي يشترط القانون إضافته الى واقعة قانونية أن تكون أثراً ملزمة قانونياً أو أثراً تنشأ حقاً أو مركزاً قانونياً أو تعديله أو انقضاؤه، كاشتراط نشر القانون في الجريدة الرسمية لنفاذه حتى يواجه الكافة، أو اشتراط الكتابة لبعض القرارات الإدارية حتى تنتج آثارها، أو اشتراط الشكل لصحة بعض العقود¹⁰¹.
فيما يعرف الباحث الشكلية الدستورية بأنها مجموعة من الإجراءات والقواعد التي يتطلبها الدستور والتي يجب مراعاتها وعدم التجاوز عنها حتى يكون التشريع دستورياً وغير باطلاً بسبب أنه معيب لعيب عدم مراعاة قواعد الشكل.

99 الرفاعي، قصي أحمد "تحريك الدعوى الدستورية" (دراسة مقارنة). رسالة ماجستير جامعة القدس، أبو ديس، فلسطين، 2016، ص81.

100 الشوابكة، محمد عبد الله. مرجع سابق. ص72.

101 الكيلاني. زيد أحمد. مرجع سابق، ص96.

وبالنظر إلى ضوابط القواعد الشكلية فيما يتصل بالعملية التشريعية يتضح أن المشرع قد أوجب شروطاً للالتزام بها كما رتب جزاءً لعدمه وهي:

أ_ الإجراءات الشكلية في العملية التشريعية

تتصل العملية التشريعية بعدة مراحل وأوضاع يجب فيها مراعاة الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الدستور أثناء القيام بهذه العملية المتمثلة بالاقترح والإقرار والإصدار بالتشريع، وأن التشريع إذا خرج عن هذه الإجراءات الواجب إتباعها يكون معيباً بعبء الشكل¹⁰². وقد وضع القانون الأساسي الفلسطيني أسساً معينة وإجراءات لسن القوانين من حيث اقتراحها وإقرارها وإصدارها في نص المادة (41) من الباب الثالث من القانون الأساسي الفلسطيني حيث نصت على أنه: "1- يُصدر رئيس السلطة الوطنية القوانين بعد إقرارها من المجلس التشريعي الفلسطيني خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إحالتها إليه، وله أن يعيدها إلى المجلس خلال ذات الأجل مشفوعة بملاحظاته وأسباب اعتراضه وإلا اعتبرت مصدرة وتنتشر فوراً في الجريدة الرسمية -2- إذا رد رئيس السلطة الوطنية مشروع القانون إلى المجلس التشريعي وفقاً للأجل والشروط الواردة في الفقرة السابقة تعاد مشاركته ثانيةً في المجلس التشريعي فإذا أقره ثانيةً بأغلبية ثلثي أعضائه اعتبر قانوناً وينشر فوراً بالجريدة الرسمية".

ب_ جزاء تخلف الشكل

رتب المشرع على الخروج عن القواعد الشكلية الواجبة والمقررة بالدستور عيباً شكلياً، وبالتالي جزاء هذا الخروج اعتبار القانون الصادر عنه غير دستوري، ولا يكون محلاً للتطبيق واتجهت بعض الآراء الفقهية بأن جعل البطلان هو جزاء للخروج على الإجراءات الجوهرية، وكانت أسس التفرقة عند الفقهاء مبنية على الإجراءات الشكلية إذا كانت جوهرية أو غير جوهرية، وأن تكون مبنية على الغاية التي تريدها من كل إجراء. ومن الأمثلة على مثل هذه الآراء المتعلقة بالإجراءات الجوهرية، أن ينظر أحد المجلسين مشروع قانون في غير دور الانعقاد أو أن ينظره مجلس الشيوخ ومجلس النواب وهما منحلين، أو أن يجتمع مجلس دون أن تحضر أغلبيته فهنا يعد الإجراء باطلاً بطلاناً جوهرياً، أما بخصوص الإجراءات الغير جوهرية وجد الباحث أن من أنسب الأمثلة عليه، أنه في حال وجود مشروع لاقتراح قانون ما وعرض هذا المقترح على اللجنة المختصة، وتجاوزت اللجنة المدة الممنوحة وتأخرت لمدة أكثر من شهر فإن هذا التأخير لا يكون سبباً موجباً للبطلان وهذا سبب غير جوهرية¹⁰³، أو كأن يحيل مجلس

102 سالماني، عبد العزيز. مرجع سابق. ص334.

103 الكيلاني. زيد أحمد. مرجع سابق. ص99.

الوزراء القوانين أو الاقتراحات إلى رئيس المجلس التشريعي مرفقه بمذكراتها الإيضاحية ويقوم الرئيس بإحالة المشروع أو الاقتراح إلى اللجنة المختصة لإبداء الرأي فيه، وتتجاوز اللجنة تقديم تقريرها المدة القانونية الممنوحة لها من تاريخ إحالته إليها¹⁰⁴.

وقد أعطى الأستاذ الفقيه عبد الرازق السنهوري مثلاً كان له رأياً خاصاً به وهو إذا أعدت الحكومة مشروع قانون لتقديمه إلى البرلمان، يجب أن يعرض أولاً على قسم التشريع في المجلس لصياغته القانونية، فإذا لم يتم عرضه وأقره البرلمان وصادق عليه الملك هل يكون التشريع هنا باطلاً بسبب عدم عرضه على قسم التشريع؟¹⁰⁵

وكان هنالك رأياً ببطلان الإجراء شكلياً وذلك استناداً لنص المادة (35) من قانون مجلس الدولة بصراحة النص بوجود عرض مشروع القانون على قسم التشريع لصياغته وإن أي مرسوم بمشروع قانون لم يصغه قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين يكون باطلاً من ناحية الشكل فإذا بنى هذا المرسوم الباطل تشريعاً كان هذا التشريع باطلاً وما بني على باطل فهو باطل. وكان للفقيه الدكتور السنهوري رأياً مخالفاً على قاعدة أن عدم عرض مشروع القانون على قسم التشريع لصياغته هو إجراء غير باطل ولا يرتب بطلان التشريع ليس لأن العرض على القسم غير وجوبي ولكن على اعتبار بأن العرض على قسم التشريع ليس بالإجراء الجوهري وإن الإخلال به غير موجبا لبطلان التشريع¹⁰⁶.

ويتفق الباحث مع الرأي القائل الأول أن التشريع يعتبر باطلاً ويخالف مع الاحترام رأي الدكتور السنهوري، على اعتبار أن الغاية من وراء سن التشريعات والقوانين تنظيم العلاقات المجتمعية وتحقيق استقرار للمراكز القانونية للأشخاص، وتحقيق هذه الغاية أصبح اليوم نظراً لكثرة التشريعات والقواعد القانونية مرهون بوجود صياغة قانونية جيدة سواء من الناحية اللغوية أو البنائية أو من ناحية المعالجة الافتراضية للأمور المتوقع حصولها بعد عدة سنين على اعتبار أن الصياغة التشريعية هي اللسان الناطق بجوهر النص القانوني، وبالتالي فإن عدم عرض مشروع القانون على قسم الصياغة التشريعية فيه مخالفة جوهريّة يستحق التشريع سببها جزاء البطلان، لذلك تحرصُ الدولُ في العصر الحديث على توفير مقومات الصياغة الجيدة لتشريعاتها المختلفة إدراكاً منها بقيمة هذه الصياغة ودورها المتعاظم في الارتقاء بمستوى تشريعاتها ومن هنا كانت الأهمية والحاجة لوجود قسم يختص بالصياغة التشريعية توكل إليه مراجعة التشريعات لتصويب ما قد يقع فيها من أخطاء لغوية أو قانونية .

¹⁰⁴ انظر احكام الفقرة الأولى من المادة (65) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني.

¹⁰⁵ الكيلاني. مرجع سابق. ص 98

¹⁰⁶ سالم، عبد العزيز. مرجع سابق. ص 337- 339.

الفرع الثاني: المخالفة الموضوعية للدستور

تتمثل المخالفات الموضوعية أو العيوب الموضوعية في مخالفة التشريع لروح الدستور الذي يعرف بعيب الانحراف للسلطة التشريعية¹⁰⁷، وسيتم دراسة هذا العيب من خلال فرعين الأول لدراسة العيب الذي يلحق محل التشريع، فيما الفرع الثاني لدراسة عيب انحراف السلطة التشريعية.

أولاً: العيب الذي يلحق محل التشريع

يمثل محل التشريع موضوعه، والموضوع هو ما تتجه إرادة المشرع إليه، وإن إرادة المشرع تكون متجهة للمركز القانوني الذي يريد أن يحدثه أو أن ينشأ حالة قانونية معينة، أو يعدلها، أو أن يقوم بإلغائه¹⁰⁸، ويتمثل هذا العيب بأن تصدر قوانين غير متفقة مع الأحكام التي قررتها نصوص الدستور، الأمر الذي يتصل منها بالحقوق الأساسية للأفراد بالرغم من وجود سلطة تقديرية للمشرع إلا أن الدستور وفي بعض الأحيان فضل تقييد هذه السلطة بضوابط دستورية¹⁰⁹.

وطالما أن الدستور قد حدد في نصوصه الإطار الذي يجب أن يسلكه المشرع لوضع التشريعات، وكانت ضمن الإطار الدستوري في محلها وموضوعها، فهي بالتأكيد ستكون بمنأى عن الطعن الدستوري وعدم مشروعيتها، وخلاف ذلك ستكون معيبة بعيب عدم الدستورية في محلها وموضوعها.

ومن أبرز الأمثلة على السلطة التقديرية للمشرع ما نصت عليه المادة رقم (6) من الدستور المصري لسنة 2019 وتعديلاته والتي تنص على أن الجنسية المصرية ينظمها القانون، وأن الدستور قد أجاز للمشرع أن ينظم أحكامها، فإن نظم المشرع مثلاً تجديد مدة للإقامة المشروعة حتى تمنح الجنسية المصرية لشخص ما لمدة سنة أو خمس سنوات أو عشر سنوات، فهذا التصرف يكون في حدود السلطات المخولة للمشرع له في الدستور¹¹⁰.

وأيضاً من أبرز الأمثلة على تقييد سلطة المشرع ما نصت عليه المادة (17) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 من "إن للمساكن حرمة فلا يجوز مراقبتها أو دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون"، وعليه فإن تنظيم إجراءات التفتيش لا بد أن

107 كامل. نبيلة عبد الحليم. مرجع سابق. ص196-197.

108 يحيى، الجمل، القضاء الدستوري في مصر، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ط (1)، 1992، القاهرة، ص137.

109 موقع الكتروني <http://www.iraker.dk/maqalat27/destor.htm> ص21.

110 الشوابكة، مرجع سابق، ص71.

يكون القانون الذي أصدره مراعيًا لحاله أنه لا يتم إلا بأمر قضائي، وإلا كان القانون غير دستوري¹¹¹.

كذلك نصت المادة (8) من الدستور الأردني لسنة 1952 على عدم جواز توقيف أحد أو حبسه إلا وفق أحكام القانون، وبالتالي فالمشرع حين تنظيمه حالات التوقيف والحبس يكون قد استمد كافة صلاحياته من الدستور¹¹².

ثانياً: عيب الانحراف بالسلطة التشريعية

عيب الانحراف التشريعي هو عيب متعلق بعنصر التشريع، ولا يتحقق هذا العيب إلا في حالة إساءة المشرع لسلطته التقديرية، وهذا ما كان صعباً إثباته في القضاء الدستوري. إن عيب الانحراف التشريعي لا يتعلق بالبواعث التي توجب على المشرع أن يسن القوانين في وقت معين، أو عدم سنّها على اعتبار بأنها مكملات تركت للمشرع وهي غير خاضعة للرقابة الدستورية أو للرقابة القضائية، وهو على العكس تماماً لغايات التشريع التي تكون خاضعة لرقابة القضاء الدستوري في حال انحرافها عن الصالح العام، فإذا تحققت سمي هذا بالانحراف التشريعي¹¹³.

ومما لا شك فيه أن الانحراف التشريعي يكون بذات المضمون والجوهر من حيث انحراف المشرع عند إصدار نص ما عن تحقيق الصالح العام، ويكون عيب الانحراف التشريعي في المجالات التي منح الدستور السلطة التقديرية للمشرع فيها، وليس في السلطة المقيدة، وهو عيب يجب أن يتم التقصي عنه والبحث عنه لأنه عيب غير ظاهر وواضح ولا يشكل مخالفة مباشرة من المشرع بل يتضمن مخالفة لمتن النصوص وروحها ومقاصدها، فهو متصل بغايات القانون ويجب مقارنة هذه الأهداف مع غايات الدستور ونصوصه والبحث فيه بشكل دقيق حتى يظهر عيب الانحراف التشريعي، ومن الصعب جداً إثباته لتعلقه بالنوايا، ومن الصعب توجيهه للسلطة التشريعية التي تجمع نواب الأمة، وأن تسند لهؤلاء النواب أنهم انصرفوا عن الصالح العام وهو من العيوب التي لا يلجأ إليها القضاء الدستوري إلا عندما لا يثبت له عيوب أخرى في التشريع¹¹⁴.

111 كامل، نبيلة عبد الحليم. مرجع سابق..ص217، انظر في ذلك أيضاً أحكام المواد (39 – 52) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001 .

112 المادة 8 من الدستور الأردني لسنة 1952.

113 الجمل. يحيى. مرجع سابق. ص137.

114 عبد الوهاب، محمد رفعت. مرجع سابق. ص153-154.

ومن أبرز الأمثلة على ذلك وفقاً للدكتور عبد الرازق السنهوري، هو أن يقوم البرلمان بإصدار قانون يهدف إلى إلغاء هيئة قضائية، وفي نيتها التخلص من أعضائها، أو من أشخاص معينين في تلك الهيئة، ومن ثم يعود للبرلمان ويشكل هذه الهيئة، ولكن بتشريع جديد بعد فترة قصيرة من صدور التشريع الأول¹¹⁵.

المطلب الثاني

شروط وإجراءات تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

تُعتبر الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة هي من الدعاوى القضائية التي يشترط لقبولها ذات الشروط التي تتوفر في الدعاوى القضائية من حيث توافر شرط الصفة والأهلية وشرط المصلحة، ولقد أفرد المشرع للدعوى الدستورية شروطاً معينة لقبولها وإجراءات لسيرها مختلفة عن الأوضاع المعتادة التي يتم من خلالها إقامة الدعاوى الموضوعية¹¹⁶. وعلى ضوء ذلك سيقوم الباحث بتقسيم المطلب إلى فرعين سيخصص الأول لشروط تحريك الدعوى الأصلية المباشرة، فيما سيكون الثاني لإجراءات تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

الفرع الأول: شروط تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

أولاً: شرط المصلحة

تُعرف المصلحة بأنها المنفعة والفائدة التي تعود على رافع الدعوى، وهو المدعي إذا ما استجابت المحكمة لدعواه من خلال الحكم له بطلباته¹¹⁷، ويجب أن تكون المصلحة في الدعوى الدستورية هي مصلحة شخصية مباشرة، حيث أنه لا يكفي فقط أن يكون النص غير دستورياً بل يجب أن يكون النص بتطبيقه على المدعي قد ألحق به أشد الضرر الواقعي، وقد أحالت أحكام المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على الدعاوى والطلبات التي تقدم للمحكمة الدستورية العليا ما ورد في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 وبالرجوع إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المذكور نجد أنها اشترطت لقبول الدعوى أو الطلب أو الدفع أو الطعن أن يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه¹¹⁸

115 السنهوري، عبد الرازق، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، يناير، 1950، ص70.

116 عبد المجيد، منير. مرجع سابق، ص7.

117 الحلو، ماجد راغب. مرجع سابق. ص247.

118 لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه بقراها القانون.

وهذا الشرط من شروط قبول الدعوى الدستورية أكدته المحكمة العليا الفلسطينية بصفقتها محكمة دستورية عندما استقرت في العديد من قراراتها بأن يكون لرافع الطعن مصلحة لا بل وان تكون المصلحة مستمرة باستمرار الدعوى او الطعن المقدم من الشخص المتضرر¹¹⁹، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بقولها في قرارها بالطعن الدستوري رقم(10)/2016 بخصوص الضرر المباشر وتوضيح أوجه الضرر بقولها " إن اهم أسانيد الدعوى المباشرة وفقاً لأحكام المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاتهن ووقع الضرر على الطاعن مباشرة وهذا ليس قائماً، الجهة الطاعنة وإن كان لها الحق في تمثيل الجمهور امام القضاء إلا أنه ليس لها الحق في ادعاء وقوع ضرر مفترض نيابة عن الجمهور، ولم تظهر هذا الضرر ومداه ومدى وقوعه"¹²⁰، وايضاً أكدت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بخصوص المصلحة" قولها المصلحة النظرية الصرفة هي مصلحة لا يجوز الركون إليها لقبول الدعوى الدستورية ولا محل للقول ان المحكمة الدستورية العليا لا ولاية لها في بحث شرط المصلحة وإلا عد ذلك تعقيباً من جانبها على قرار محكمة الموضوع بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية"¹²¹.

وتتمثل المصلحة في الدعاوى القضائية بشكل عام بأنها الغاية والفائدة التي يقصدها المدعي من إقامتها، وأن المصلحة يجب أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة، وكانت المحكمة الدستورية العليا وحدها هي المسؤولة عن أعمال شرط المصلحة والتحقق منه، وليس لأي محكمة أخرى أن تتدخل أو أن تعطي مفهوماً معنياً بمضمون هذه المصلحة المتعلقة بالدعاوى الدستورية، حيث أن المحكمة الدستورية هي سيدة الموقف لتحديد وجود المصلحة من عدمها¹²². ومن أبرز الأحكام التي استمرت على هذا المضمون للمصلحة هو حكم المحكمة العليا الفلسطينية بصفقتها محكمة دستورية في الطعن الذي يحمل الرقم 2003/1 التي قررت قبول الطعن شكلاً ومن ثم رفض الطعن موضوعاً، وكان من حيثيات الحكم أنه يشترط بالطعن في شرعية تطبيق القانون أن يكون قد رتب أثراً قانونياً بالنسبة للطاعن تحقق بناءً على مصلحة شخصية ومباشرة في إبطاله، حيث أن الطاعن لم يقم الدليل على ترتب أي أثر قانوني بالنسبة له أثناء تنفيذ

119 انظر الطعن الدستوري رقم (2) لسنة 2011 الصادر عن المحكمة العليا بصفقتها محكمة دستورية بتاريخ 2011/09/06.
120 قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية " الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2016/10. دعوى أصلية مباشرة رقم (10) لسنة (3) قضائية. جلسة 12 أيلول لسنة 2018. والقاضي بعدم قبول الطعن.

121 حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الدعوى رقم 68 المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 3/12/1992
122 عبد الباسط، محمد فؤاد، "ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية"، دار منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2002، ص629

القانون رقم 11 لسنة 1966 على محافظات قطاع غزة قبل إلغائه مما تنتفي معه أية مصلحة قائمة يعتبرها القانون تجيز له إقامة دعواه الراهنة مما ترى المحكمة معه رفضه¹²³.

وكانت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قد استقرت على مضمون المصلحة الشخصية المباشرة من خلال قرارها في الطعن الدستوري رقم 2015/1 في القضية رقم (6) لسنة (2) قضائية بقولها "وحيث أن الدعوى الدستورية الماثلة قدمت إلى المحكمة الدستورية العليا كدعوى أصلية مباشرة، في الوقت الذي لا يجيز فيه قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 إقامة هذا النوع من الدعاوى إلا وفقاً لأحكام المادة (27) دستورية والتي لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا تحققت للمدعي مصلحة شخصية مباشرة باعتبارها شرطاً أساسياً لقبول الدعوى الدستورية..."¹²⁴

وكذلك المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر في جلسة 1/7/1984 في الدعوى رقم 35 "يشترط لقبول الطعن بعدم الدستورية أن تتوافر لدى الطاعن مصلحة شخصية ومباشرة في طعنه، ومناطق هذه المصلحة ارتباطها بمصلحته في الدعوى الموضوعية التي أثرت دفع بعدم الدستورية"¹²⁵.

ويستخلص الباحث بأنه يمكن تحديد مضمون شرط المصلحة من خلال المقومات التالية:

- 1- يجب أن تكون المصلحة مباشرة وشخصية.
 - 2- المصلحة المحتملة لا تكفي لإقامة الدعوى الدستورية.
 - 3- يمكن أن تتوافر المصلحة بدون إقامة دعوى أصلية أمام محكمة الموضوع، مثل المصلحة في الدعوى الأصلية المباشرة، ويمكن أن تتوافر إذا كان المدعي خصماً في الدعوى الموضوعية وهذا مقتصر على حالتين الحالة الأولى تحريك الدعوى الدستورية بطريقة الدفع الفرعي، والحالة الثانية بطريق الإحالة.
 - 4- يجب أن تكون المصلحة مستمرة حتى الفصل في الدعوى.
 - 5- يجب أن يكون الضرر قائم على المدعي وقع عليه بالفعل حتى يبزر لجؤه للقضاء.
- ظهرت العديد من الأسئلة أهمها المتعلقة بشأن وجوب أن تكون المصلحة مستمرة حتى الفصل في الدعوى مما أثار للباحث لتساؤل مهم، أنه لو انتهت المصلحة الشخصية خلال نظر

¹²³ الطهراوي، إبراهيم عبد القادر خليل، "الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري والفلسطيني" (دراسة مقارنة). جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، رسالة ماجستير في القانون، مصر، 2005، ص75.

¹²⁴ قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية "الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2015/1. دعوى أصلية مباشرة رقم (6) لسنة (2) قضائية. جلسة 2 تموز لسنة 2017. والقاضي بعدم قبول الدعوى.

¹²⁵ سالم، عبد العزيز. مرجع سابق. ص353-354.

المحكمة الدستورية في الدعوى مثل وفاة المدعي أو زوال الضرر عنه، وكان النص المطعون به نصاً توفرت فيه ضوابط إقامة الدعوى الدستورية، وهي ضوابط شكلية أو مخالفة قواعد الاختصاص، فهل انتهاء المصلحة الشخصية تنتهي معه المخالفات الشكلية أو الموضوعية للنص الغير دستوري؟ سيما وأن الطعن قد صار بين أيدي المحكمة الدستورية؟ وهل عدم قبول الطعن أو عدم البت فيه لانتهاء المصلحة الشخصية للطاعن وعدم استمرارها يدفع المحكمة الدستورية لأن تقرر عدم قبوله بالرغم من وجود مصلحة عامة فيه؟

وإجابة على ما سبق من تساؤلات فإن الباحث قد وجد بأن الطعون الدستورية هي طعون تزيل ما لحق في الطاعن من ضرر مادي أو معنوي وتجبر الضرر الذي أصابه من المخالفة الدستورية، وبذات الوقت تزيل المخالفة الدستورية بما يتضمن به طعن مصلحة عامة قد يستفيد منه أشخاصاً أو مجموعات من الشعب.

ويرى الباحث بأن شرط المصلحة هو فقط مفتاح دخول للدعوى التي ستقام على أثر وجود مصلحة بصرف النظر عن استمرار هذه المصلحة أم لا، إن كان هناك مصلحة عامة، سيما أن الدفاع عن المشروعية والرقابة القضائية هو ممارسة طبيعية للمحكمة الدستورية ومن اختصاصها، وهو دور أساسي منوط بها للرقابة على دستورية القوانين والأنظمة وغيرها حتى لو كانت مصلحة الطاعن الشخصية قد انتهت واستمرت المخالفة الدستورية ومست المصلحة العامة، وإن انتهاء مصلحة الطاعن الشخصية ليس معياراً لانتهاء المصلحة في الدعوى ما دام هنالك مصلحة عامة¹²⁶.

ثانياً: شرط الصفة

اختلفت الأنظمة المقارنة في تحديد أصحاب الصفة لإقامة الدعوى أمام المحكمة الدستورية، فعلى سبيل المثال كان النظام الفلسطيني يقوم على تعداد الجهات والأشخاص الذين يحق لهم إقامة الدعوى الدستورية وذلك حسب نص المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية لسنة 2007 فكان هذا الحق للأفراد عن طريق الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، أو من خلال طريق الإحالة من محكمة الموضوع، أو عن طريق الدفع الفرعي، وإن المشرع عندما أعطى الأفراد حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة يكون قد حافظ على حقوقهم وذلك على خلاف المشرع المصري الذي لم يتضمن في نصوصه طريقة الطعن بالدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

¹²⁶ الكيلاني، زيد أحمد. مرجع سابق. ص118.

وعلى نظيره المشرع الجزائري واللبناني، الذي إقتصر هذا الحق فقط على فئة معينة¹²⁷، ففي النظام المصري تثبت الصفة للخصم في الدعوى الدستورية على من اختصهم في الدعوى الموضوعية، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، ولا يجوز أن تقام الدعوى الدستورية على من لم يختصم في الدعوى الموضوعية، ومن هنا لا يجوز لغير الخصوم في الدعوى الموضوعية وتحديداً خصم الذي دفع بعدم الدستورية ووافقت له المحكمة الدستورية على إقامة الدعوى، فإذا أقامت الدعوى عن غير هذا الطريق كانت غير مقبولة، كأن تقوم المحكمة بتأجيل الدعوى الموضوعية إذا ما رأت أن الدفع جدياً للطعن بنص قانوني بعدم دستوريته، وتسمح للمدعي بإقامة دعوى دستورية أمام المحكمة المختصة¹²⁸.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يكفي للطاعن توافر شرط المصلحة حتى يقيم الدعوى الدستورية، إنما يجب أن تكون له صفة قائمة ملازمة بالمصلحة الشخصية، بمعنى أن يكون هو صاحب المركز القانوني أو صاحب الحق الذي يطلب حمايته وعدم المساس به، وأن شرط المصلحة يجب توافره في الدعاوى الدستورية سيما وأنه شرط لإقامة الدعاوى العادية.

واشترطت المحكمة الدستورية العليا في فلسطين وجود هذا الشرط للطعن بعدم دستورية نص ما، وسيوضح الباحث ابتداءً ما هو شرط الصفة بشكل عام ومن ثم سوف يوضح شكل الصفة والميعاد بشكل خاص في الدعاوى الدستورية.

ففي شرط الصفة بشكل عام لا تُقبل الدعوى إلا من صاحب المركز القانوني أو صاحب الحق الذي يطالب بحمايته، وأن يكون هو الشخص المُعتدى على حقه، ولكن هنالك استثناءات في القانون على قبول الدعاوى حتى لو أن مقيمها ليس صاحب مركز قانوني، أو صاحب حق مباشر، وإنما الحق يكون متعلق بشخص أو أشخاص آخرون، وإن مقيم الدعوى يكون نائباً عن صاحب الحق.

ومن هذه الاستثناءات:

1- دعاوى النيابة القانونية مثل الولي أو الوصي، إذ إن مجرد تحقق حالة الوصي أو الولي عن شخص ما يجيز له طلب إقامة دعوى دستورية عن الشخص الذي يمكن أن يكون فاقداً لأهليته، مثلاً وفي مثل هذه الحالة يتم التحقق من اسم الولي أو الوصي الذي يرغب بالتصرف نيابةً عنه لإقامة دعوى دستورية¹²⁹.

127 الكيلاني، زيد أحمد. مرجع سابق. ص129.

128 سالماني، عبد العزيز. مرجع سابق. ص256. 257.

129 الطهراوي، مرجع سابق، ص245-246.

ومثال على ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 أنه "يجب أن يكون من طرفي الخصومة متمتعاً بالأهلية القانونية التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه من يمثله".

2- دعاوى الحسبة في الشريعة الإسلامية، وهي دعاوى متعلقة بحق من حقوق الله عزّ وجل وهي دعاوى ممكن أن تقام على أي شخص إذا كان هنالك اعتداء على حق من حقوق الله، مثل دعاوى قائمة للتفريق بين زوج مرتد عن الإسلام عن زوجته، حيث ذهبت أغلب الدول أن هذا الحق يمنح للنيابة العامة بصفتها ممثلة لكافة المجتمع¹³⁰.

3- الدعاوى التي ترفعها النقابات، كالدعاوى التي ترفعها نقابة الأطباء، حيث أن مصلحة النقابة باعتبارها ممثلة لمهنة الطب وأن مصلحتها في الدعوى تكون شخصية ومباشرة، وأن مثل هذه الدعاوى لا تقوم إلا على المصالح الجماعية وليست على المصالح الفردية¹³¹.

ثالثاً: شرط الميعاد

يفيد شرط الميعاد وبصورة عامة يعرف بأنه المدة أو المهلة الزمنية التي يحددها القانون لإجراء عمل قانوني معين، وإذا انقضت هذه المدة يسقط الحق بإجراء هذا العمل القانوني¹³². واستخلاً لذلك يمكن تعريف الميعاد في الدعوى الدستورية بأنه المدة الزمنية التي يحددها القانون للطاعن حتى يتسنى له إقامة الدعوى الدستورية، ومن المعروف بأن الفقه والقضاء قد أستقر على اعتبار أن ميعاد الطعن القضائي هو شرط متعلق بالنظام العام، فالقاضي يمكن له ومن تلقاء نفسه أن يثير دفع الميعاد دون أن يُطلب منه ذلك، ولا يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الشرط¹³³.

وقد اشترط المشرع الفلسطيني شرط الميعاد لإقامة الدعوى الدستورية وتحريكها، سواء كانت الدعوى هي دعوى دستورية أصلية مباشرة التي اختص بها المشرع الفلسطيني، على خلاف المشرع المصري أو دعوى الإحالة من محكمة الموضوع أو ميعاد للدفع الفرعي، الذي يكون مثاراً من أحد الخصوم، أو عن طريق المحكمة الدستورية بطريقة التصدي.

وهذا ما أكدته المادة (27) في الفقرة (3) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية المعدل على أنه " إذا دفع الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات

130 عبد المجيد. منير، مرجع سابق. ص 40-43.

131 الكيلاني، زيد أحمد. مرجع سابق. ص 124-125.

132 شريف، عادل. مرجع سابق، ص. 412.

133 عدل عليا، قرار رقم 23/4/1996، مجلة نقابة المحامين الفلسطينيين، 1996، ص 169.

الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ستين يوماً، وهذا أيضاً ما اتجهت إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية التي اعتبرت أن ميعاد رفع الدعوى الدستورية هو أحد مقومات الدعوى الدستورية، وقد وضع المشرع المصري مدة ثلاثة أشهر وهو الأجل الذي تحدده محكمة الموضوع من خلال الدفع الفرعي المقدم من الخصوم، وهو موعد فرض كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، ويتعين على الخصوم الالتزام به وأن فواته يترتب انعدام الدفع كأن لم يكن، ولا يجوز لمحكمة الموضوع إمهال الخصم مدة إضافية أو مدة جديدة بعد انقضاء الميعاد الأول¹³⁴.

الفرع الثاني: إجراءات تحريك الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

تبدأ الخصومة الدستورية عن طريق المطالبة القضائية، التي تعتبر عمل إجرائي وشكلي يقدمه المدعي بنفسه أو بواسطة ممثله القانوني الى المحكمة الدستورية العليا يطلب فيها الطعن بالقانون الذي مسه واعتباره غير دستوري، وهناك شكلاً محدداً يجب إتباعه للمطالبة القضائية، وإعلان صحيفة الدعوى وميعاد تقديم المذكرات سيتم تفصيله على النحو الآتي:

أولاً: إيداع صحيفة الدعوى

تُقام الدعوى الدستورية بصحيفة تودع لدى قلم المحكمة الدستورية العليا، وذلك استناداً لأحكام المادة (35) لسنة 2006 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية وتعديلاته، وأحكام المادة رقم (49) لسنة 1979 من قانون المحكمة المصرية العليا، أيضاً في قانون المحكمة الدستورية الأردني نص المادة (9) من القانون رقم (15) لسنة 2012 وفق أحدث التعديلات حتى عام 2023، ويشترط أن تكون الصحيفة مودعة من الأشخاص الذين حددهم قانون كل دولة، حيث نصت المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية المعدلة بالقرار بقانون رقم 19 لسنة 2017 المادة (15) منه على أنه "لا يجوز مباشرة الإجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة النائب العام أو أحد مساعديه، ممثلاً عن مؤسسات الدولة، ومن باقي الخصوم بواسطة محامٍ لا تقل خبرته وممارسته لمهنة المحاماة عن عشر سنوات".

بينما نصت المادة (34) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية أنه "يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعوى بالدعاوى التي تقدم الى المحكمة الدستورية العليا موقفاً عليها من محامٍ مقبول للحضور أمامها، أو عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل"، وهذا

134 حسنين، سعد، "الرقابة على دستورية القوانين واللوائح". دار النهضة العربية للنش، ط (1)، القاهرة، 2009، ص.38

طبعاً في الدعاوى التي يتضمن فيها قرار الإحالة الى المحكمة الدستورية العليا من قبل محكمة الموضوع، كون أنه وسبق الذكر بأن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم تأخذ بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة.

وبالمقابل نصت المادة (9) القانون رقم (15) لسنة 2012 من قانون المحكمة الدستورية العليا الأردنية على أنه: "أ_ للجهات التالية على سبيل الحصر حق الطعن مباشرة لدى المحكمة في دستورية القوانين والأنظمة النافذة: 1. مجلس الاعيان 2. مجلس النواب 3. مجلس الوزراء. ب_ إذا قررت أحد الجهات المحددة في الفقرة (أ) من هذه المادة الطعن في دستورية قانون أو نظام يقدم الطعن لدى المحكمة بطلب موقع من رئيس الجهة الطاعنة..."

ويترتب على إيداع الصحيفة رسوم وغرامات مالية، فقد اشترط المشرع الفلسطيني إيداع كفالة نقدية شرط لقبول الدعوى الدستورية مقدارها مائة دينار أردني، أو ما يعادلها من العملة المتداولة، ويشمل الرسم المفروض جميع الإجراءات القضائية الخاصة بالدعوى، شاملة إعلان الأوراق والأحكام، وتكون الكفالة واحدة إذا تعدد المدعون في لائحة دعوى واحدة، وتقضي المحكمة بمصادرة الكفالة إذا تبين أن الطعن غير محق، إذا قررت المحكمة رد الدعوى أو رفضها¹³⁵، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بقرارها الصادر في الطعن الدستوري رقم (2)/2015 في منطوق الحكم الذي جاء بأنه "حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ومصادرة الكفالة وإلزام الطاعن بالمصاريف ومبلغ (100) دينار أردني أتعاب محاماة لخزينة الدولة"¹³⁶

وهو ما نصت عليه أيضاً المحكمة الدستورية العليا المصرية، بإيداع كفالة نقدية مقدارها خمسة وعشرون جنيهاً، وفي خلاف دفع الكفالة المفروضة فعلى قلم الكتاب إن يرفض قيد الدعوى.¹³⁷

أما المحكمة الدستورية العليا الأردنية لم تفرض أية رسوماً أو كفالات على إقامة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، وذلك على اعتبار أنها مقدمة من أحد المجالس، الأعيان أو النواب أو مجلس الوزراء وهي مجالس حكومية معفاة من دفع الرسوم.

واستثنى كلا المشرعين الفلسطيني والمصري فيما لو عجز المدعي عن دفع الرسوم، أو الكفالة المطلوبة وهو ما نصت عليه نص المادة (46)¹³⁸ من قانون المحكمة الدستورية العليا

¹³⁵ نص المادة 45 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته.

¹³⁶ قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية "الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2015/2. دعوى أصلية مباشرة جلسة 20 تشرين الثاني لسنة 2016. والقاضي بعدم قبول الطعن.

¹³⁷ نص المادة 53 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 وتعديلاته.

الفلسطينية، ويقابلها نص المادة (54)¹³⁹، من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، حيث بينت النصوص الحالات التي يعفى فيها المدعي من دفع الرسم المطلوب.

ثانياً: إعلان صحيفة الدعوى

يعد إعلان صحيفة الدعوى عملاً إجرائياً منفصلاً ولاحقاً لإيداع الصفيحة، حيث تعتبر الدعوى الدستورية مقامة بمجرد إيداع الصحيفة لدى قلم المحكمة الدستورية، أن الإعلان يكون بواسطة قلم المحضرين حيث يعلن عن صحيفة الدعوى إلى ذوي الشأن خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ قيد الصحيفة، وهو ما نصت عليه المادة (32) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية والتي جاءت على أنه: "يقيد قلم الكتاب قرارات الإحالة الواردة إلى المحكمة والدعاوى والطلبات المقدمة إليها في يوم ورودها أو تقديمها في سجل مخصص لذلك، وعلى قلم كتاب المحكمة إعلان ذوي الشأن بالقرارات أو الدعاوى أو الطلبات خلال خمسة عشر يوماً من ذلك التاريخ، وتعتبر الحكومة من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية"¹⁴⁰، ويقابلها أحكام نص المادة (35) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية والتي جاءت على أنه: "يقيد قلم الكتاب قرارات الإحالة الواردة إلى المحكمة والدعاوى والطلبات المقدمة إليها في يوم ورودها أو تقديمها في سجل مخصص لذلك، وعلى قلم كتاب المحكمة إعلان ذوي الشأن بالقرارات أو الدعاوى أو الطلبات خلال خمسة عشر يوماً من ذلك التاريخ، وتعتبر الحكومة من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية"¹⁴¹.

بينما نصت المادة (10) من قانون المحكمة الدستورية العليا الأردنية على أنه "يقدم الرد للمحكمة خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمه"¹⁴²، وأن الغاية من إبلاغ ذوي الشأن بصحيفة الدعوى هو انعقاد الخصومة، وتكون إجراءات إعلان الصحيفة هي ذات الإجراءات المتبعة في تبليغ صحيفة الدعوى بشكل عام¹⁴³.

138 نص المادة 45 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية "يعفى من الرسوم كلها أو بعضها من يثبت عجزه عن الدفع ويفصل رئيس المحكمة في طلبات الإعفاء بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطالب، ويكون قراره في ذلك نهائياً.

139 نص المادة 54 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية "يعفى من الرسم كله أو بعضه ومن الكفالة كلها أو بعضها من يثبت عجزه عن الدفع شرط أن تكون الدعوى محتملة الكسب. ويفصل رئيس هيئة المفوضين في طلبات الإعفاء وذلك بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطالب وملاحظات قلم الكتاب ويكون قراره نهائياً.

140 نص المادة 32 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته.

141 نص المادة 35 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 وتعديلاته.

142 نص المادة 10 من قانون المحكمة الدستورية العليا الأردنية رقم 15 لسنة 2012 وتعديلاته فقرة أ "يرسل الرئيس نسخة من الطعن المقدم إليه بمقتضى أحكام المادة 9 من هذا القانون ل رئيسي كل من الجهتين الأخريين المذكورتين في الفقرة أ من المادة 9 من هذا القانون ولأي منهما أن يقدم رده للمحكمة خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمه.

143 سالمان. عبد العزيز. مرجع سابق. ص232.

ثالثاً: ميعاد تقديم المذكرات والمستندات

جاء تحديد ميعاد تقديم المذكرات والمستندات كما ورد سابقاً لغايات انعقاد الخصومة، حيث يجوز للخصم أن يرد على الادعاءات بمذكرة خلال المدد التي نصت عليها المحاكم الدستورية العليا في كل من فلسطين ومصر والأردن خلال موعد أقصاه خمسة عشر يوماً وفي الأردن خلال عشرة أيام.

حيث نصت المادة (34) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على أنه "1. لكل من تلقى إعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات، 2. للخصم الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاؤ الميعاد المبين بالفقرة السابقة، فإذا استعمل الخصم حقه في الرد، كان للأول التعقيب بمذكرة خلال الخمسة عشر يوماً التالية".¹⁴⁴

ويقالها نص المادة (37) من قانون المحكمة الدستورية المصرية العليا على أنه "1. لكل من تلقى إعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى، أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات، 2. لخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاؤ الميعاد المبين بالفقرة السابقة، فإذا استعمل الخصم حقه في الرد كان للأول التعقيب بمذكرة خلال الخمسة عشر يوماً التالية".¹⁴⁵

وأيضاً حددت المادة (33) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من قانون رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، بأن مكتب المحامي الذي وقع على صحيفة الدعوى أو الطلب هو بمثابة محلاً مختاراً للمدعي.¹⁴⁶

وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (36) من قانون المحكمة الدستورية المصرية العليا، وأكدته في حكمها الصادر بتاريخ 1992/4/18، عندما رفضت قبول لائحة دعوى دستورية غير موقعة من المحامي، على اعتبار أن توقيع المحامي يعد من الإجراءات الشكلية الجوهرية في لائحة الدعوى لقبولها، حيث أن المحكمة قررت وحيث أن المادة (34) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979، تنص على أنه يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا، موقعاً عليها من محامٍ مقبول للحضور أمامها، أو عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال، وأن يرفق بالطلب

¹⁴⁴ نص المادة 34 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته.

¹⁴⁵ نص المادة 37 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 وتعديلاته.

¹⁴⁶ نص المادة 36 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية من القانون رقم 48 لسنة 1979 وتعديلاته.

المنصوص عليها في المادتين (31) و(32) صورة رسمية من الحكمين اللذين يقع في شأنهما التنازع أو التناقض وإلا كان الطلب غير مقبول¹⁴⁷.

رابعاً: تحضير الدعوى الدستورية

أوجب المشرع الفلسطيني على قلم المحكمة بعرض ملف الدعوى مباشرة خلال ثلاثة أيام من تاريخ انقضاء مدة الرد المنصوص عليها لرئيس المحكمة الدستورية العليا، وذلك لتسريع الإجراءات، إذ يقوم بعدها رئيس المحكمة بتعيين جلسة للدعوى المطروحة، وتبليغ ذوي الشأن حسب الأصول خلال موعد أقصاه خمسة عشر يوماً، حتى يتمكن الخصم من الحضور¹⁴⁸.

بينما أوجب المشرع الدستوري المصري على أن يعرض ملف الدعوى على هيئة المفوضين في اليوم التالي بعد انقضاء المدد الخاصة بالإعلان، وتبادل المذكرات حتى يتسنى لها لتحضير موضوع الدعوى، كما وأعطى المشرع الدستوري المصري لهيئة المفوضين الحق للتواصل مع المدعون للحصول على أية بيانات أو أوراق لتهيئة الدعوى، كما أيضاً لها الحق للبت في طلبات الإعفاء من الرسوم القضائية أو الكفالات المفروضة ويعد قرارها نهائياً بهذا الخصوص¹⁴⁹.

وبالنسبة لتشكيل هيئة المفوضين حسب المحكمة الدستورية العليا المصرية، فتتكون هيئة المفوضين من رئيس وعدد من المستشارين المساعدين، ويعين رئيس الهيئة وأعضاؤها بقرار من رئيس الجمهورية بناءً على ترشيح من رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية، وبعد مشاوره الجمعية العامة للمحكمة، وهم جميعهم غير قابلين للعزل ولا يجوز نقل أيّاً منهم إلا بعد موافقتهم¹⁵⁰، وتجدر الإشارة بأن المشرع الدستوري الفلسطيني لم يأخذ بنظام هيئة المفوضين كما هو عند المشرع المصري.

أما بخصوص الحضور والغياب التي اعتادت عليها المحاكم العادية، فاستبعد المشرع الفلسطيني في نص المادة 37 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، والمقررة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فيما يتعلق بالدعوى والطلبات المعروضة على المحكمة، وهو

147 أبو العينين. محمد ماهر. "الموسوعة الدستورية الوجيز في أحكام المحكمة الدستورية" (د.ط). دار أبو المجد للنشر. القاهرة (د.س). ص73.

148 نص المادة 53 من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على أنه "يعرض قلم الكتاب ملف الدعوى أو الطلب على رئيس المحكمة خلال ثلاث أيام التالية لإنقضاء المواعيد المبينة بالمادة السابقة وذلك ليحدد تاريخ الجلسة التي تنتظر فيها الدعوى أو الطلب".

149 السناري. محمد عبد العال. "النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة دراسة مقارنة". مطبعة الأسراء. القاهرة. ص220_221.

150 عبد الوهاب. محمد. "رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين" (د.ط). دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. ص55.

ما سلكه أيضاً المشرع المصري في تطبيق قواعد الحضور والغياب في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى الدستورية¹⁵¹.

ويرى الباحث أن عدم وجود هيئة مفوضين في التشريع الفلسطيني كان له ميزات وعيوب على غرار التشريع المصري فيمكن اعتبار عدم وجود هيئة مفوضين، يسرع من إجراءات الدعوى والفصل فيها من جانب، ومن جانب آخر إن عدم وجود هيئة مفوضين من شأنه أن يثقل على كاهل المحكمة وجهدها أمور التواصل مع الخصوم لاستكمال البيانات والأوراق الخاصة بالدعوى، وفي البت في طلبات الإعفاء من الرسوم والكفالة وإضاعة وقتها.

خامساً: قفل باب المرافعات

استندت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على اتخاذها طريق الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة بخصوص تقديم الطلبات العارضة بتنظيمها وفقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، وذلك طبقاً لنص المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية¹⁵²، ولم تنص المحكمة على أي نص يحظر تقديم الطلبات العارضة وتتنظر هذه الطلبات تدقيقاً بغير مرافعة، إلا إذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية، فلها أن تسمع الخصوم عن طريق المحامي، وللمحكمة أن تطلب ما تراه مكملاً من مستندات وبيانات، وتكليف ذوي الشأن بذلك¹⁵³.

وذلك خلاف ما جاء به في التشريع المصري، بحيث يتم إقفال باب المرافعات بعد تقرير هيئة المفوضين واستيضاح الرأي الدستوري والقانوني منها، وبمجرد إقفال باب المرافعة تنقطع صلة الخصوم بالدعوى الدستورية ولا يجوز إجراء أية تعديلات أو تقديم طلبات إضافية على الدعوى، وهو ما قرره في الدعوى رقم 156 لسنة 18 جلسة 6 يونيو 1998 بأنه "أن هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا تستكمل تحضير موضوع النزاع المعروض عليها، بمجرد إيداعها تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة فيه ورأيها بشأنه، وكان ما توخاه قانون هذه المحكمة من ألا يجد رئيسها جلسة لنظر الدعوى، أو الطلب قبل أن تتولى هيئة المفوضين بها تحضيره، هو أن تستجلي بنفسها مختلف العناصر التي تقوم عليها الخصومة

151 نص المادة 45 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية "لا تسري على الدعاوى والطلبات المعروضة على المحكمة قواعد الحضور أو الغياب المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

152 نصت المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه "تسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم للمحكمة الأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لرقم 2 لسنة 2001، بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها".

153 قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته. فحوى نص المادة 36.

القضائية، وأن تمحص أوراقها وأدلتها، فلا يكون النزاع بعد انتهاءها من تحضيره إلا مهياً للفصل فيه، ذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا يفترض مضيها في نظر النزاع المعروض عليها بعد إيداع هيئة المفوضين لتقريرها على ضوء ما هو قائم من الأوراق المتصلة بالنزاع.

المبحث الثاني

آثار الأحكام الصادرة عن الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة

تُعتبر حجية الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بشأن الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة وآثارها من المواضيع التي أثارت الجدل بين جمهور الفقهاء، وذلك لما يترتب عليها من مساس بالمراكز التي تخص الأفراد قبل صدور هذه الأحكام سيما وأنه في ظل الرقابة القضائية وبعد أن تكون التشريعات قد ترنبت آثارها، وتنبثق الإشكاليات حول حجية ما يصدر عن المحكمة الدستورية العليا من أحكام ومدى إلزام هذه الأحكام للسلطات أو الأفراد من جانب، ومن جانب آخر بخصوص فترة سريانها، سيما وإن المشرع الدستوري الفلسطيني لم يذكر أثر هذه الأحكام سواء من جانب الحجية أو من جانب السريان بل ترك الأمر مقدرًا للمحكمة الدستورية العليا. وسيتم تقسيم هذا المبحث لمطلبين الأول لحجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا فيما سيكون الثاني مخصصاً لآثار الحكم بعدم الدستورية من حيث النطاق الزماني.

المطلب الأول

حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

يقصد بحجية الأحكام أو بمسمى آخر حجية الأمر المقضي به¹⁵⁴، بأنه إذا صدر حكم قضائي فإنه يحوز على الاحترام والالتزام، بحيث يمنع من إعادة النظر في النزاع في الحكم المقضي به مرة أخرى، ولكن يثور التساؤل حول: هل الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا أن كانت حجة مطلقة أم نسبية؟ وللإجابة على هذا السؤال سيقوم الباحث بتقسيم هذا المطلب الى فرعين الأول للحديث عن الحكم ذو الحجة المطلقة، والثاني للحديث عن الحكم ذو الحجية النسبية.

154 تختلف حجية الأمر المقضي به عن قوته من حيث أن الحجية لا تمنع الطعن بالحكم الأصلي بالطرق المقررة قانوناً لعادية وغير العادية، والحجية تتقرر بمجرد صدور الحكم القضائي بينما تكون قوته بأن يكون الحكم غير قابل للطعن به بطريقة المعارضة أو الاستئناف. ناصف. عبد الله "حجية واثار أحكام المحكمة الدستورية قبل التعديل وبعد التعديل. دار النهضة العربية. القاهرة. 1998. ص20.

الفرع الأول: الحكم ذو الحجية المطلقة

تُعد مسألة آثار الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، وهي الأحكام القضائية الصادرة عن الدعوى الدستورية، وتخضع لقواعد نظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية، هي من المسائل الجوهرية وذلك لما يترتب عليها من نتائج وتغيرات على المراكز القانونية بعد صدور هذه الأحكام¹⁵⁵، وهذا ما رسخه المشرع الدستوري الفلسطيني من خلال نص المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على أنه "أحكام المحكمة في الدعوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة"، وذلك استناداً إلى أن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية تهاجم النص القانوني فقط وتعيب بعدم دستوريته، ولا تهاجم أشخاصاً، بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها، إنما تتصرف آثارها على الكافة وتكون ملزمة لجميع سلطات الدولة، دون النظر إلى نتيجة الحكم سواء كانت بدستورية النص المطعون فيه أو عدم دستوريته¹⁵⁶، ولما كانت الأحكام لها حجية مطلقة كما نصت المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، فذلك دلالة على إنهاء النزاع والطعن المثار بشكل نهائي وعدم إثارته مستقبلاً¹⁵⁷.

وقد أجمع غالبية الفقه على أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا تكون لها حجية مطلقة وذلك استناداً لطبيعة الدعوى الدستورية بأنها دعوى عينية، وبالتالي تكون أحكامها حجة على الكافة وعلى كافة سلطات الدولة¹⁵⁸.

وكان القضاء الدستوري قد استقر على أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية هي أحكام مطلقة لها حجية مطلقة على الكافة، باعتبار أن الخصومة تستهدف نص تشريعي ويتم البت فيه، ولا يجوز إعادة طرحه مرة أخرى¹⁵⁹، وهذا ما قررت فيه المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن "قضاء هذه المحكمة في المسائل الدستورية سواء فيما فصل فيه من ناحية العيوب الشكلية أو المطاعن الموضوعية، إنما يحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة

155 سليم. حسن جميل. مرجع سابق. ص236.

156 دراج. أسامة. "الوسيط في القانون الدستوري والنظام الدستوري الفلسطيني". (ط1). الكلية العصرية الجامعية. رام الله. 2001. ص 246 وما بعدها.

157 الناصوري. عز الدين. مرجع سابق. ص125.

158 إن الفقه والقضاء الدستوري استقر على أن الأحكام التي تصدر من المحكمة الدستورية والتي تكون بطبيعتها دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، تكون ذات حجة مطلقة فهي لا تقتصر فقط على الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم إنما يمتد أثرها إلى الكافة، وعلى جميع السلطات الإلتزام بها، سواء كانت هذه الأحكام إنتهت إلى عدم الدستورية أم إلى دستورية النص وذلك لعموم تلك النصوص، وبالتالي سلامة النص من العيوب التي تلغي نفاذه، وسلامة أوجه البطلان فيه، بما يمنع النظر نظر أي طعن جديد يثور بشأنه، حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الطعن الدستوري 2019/20 في القضية رقم (22) لسنة 4 قضائية الصادر بتاريخ 2019/10/20، الجريدة الرسمية الفلسطينية(الوقائع)، العدد (162)، الصادر بتاريخ 2019/12/26، ص (63_65).

159 أبو العينين. أحمد ماهر. مرجع سابق. ص 450.

بكامل سلطاتها وعلى امتداد تنظيماتها المختلفة، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه، أو السعي لنقضه من خلال إعادة طرحه على هذه المحكمة لمراجعته، ذلك أن الخصومة في الدعوى الدستورية وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية ، قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحريماً لتطابقها معها أعلاء للشرعية الدستورية¹⁶⁰.

أما إذا كان قرار المحكمة الدستورية العليا بأن النص المطعون بعدم دستوريته مشوب جزئياً بعيب عدم الدستورية، فتقوم المحكمة بتوضيح ذلك الجزء وفيما يخص باقي النص تبت فيه بالدستورية، ويكون قرارها بكتا الحالتين حجة على الكافة، وإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلق بحكم جزائي صدرت فيه الإدانة يقوم رئيس المحكمة الدستورية بمخاطبة النائب العام بالحكم فور النطق به تداركاً وحفاظاً على حريات الأفراد حتى يقوم النائب العام بالإجراء اللازم قانونياً¹⁶¹، وهذا ما نصت عليه المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته أنه: "2. إذا قررت المحكمة أن النص التشريعي موضوع المراجعة مشوب كلياً أو جزئياً بعيب عدم الدستورية توضح ذلك بقرار مغلل يرسم حدود عدم الدستورية والنص الذي تقرر عدم دستوريته يعتبر في حدود قرار المحكمة محذور التطبيق 3. إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جزائي، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً الى ذلك النص محظورة التطبيق، ويقوم رئيس المحكمة بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء المقتضى القانوني اللازم".

باستقراء ما سبق بشأن اختصاص المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية عند الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يتضح أنه محصور بحظر تطبيقه فقط، ويلاحظ من نص المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بأنه لا يوجد ما يمنح القضاء الدستوري بإلغاء النص المقتضى بعدم دستوريته، على اعتبار بأن الرقابة القضائية هي رقابة امتناع فقط وليست رقابة إلغاء، ويعتبر فقط محذور التطبيق وحجة على كافة الأفراد والسلطات، بما يعنى بقاء النص الغير دستوري لحين إغائه من سلطة التشريع¹⁶².

ويرى الباحث بأن الإبقاء على النص المخالف للدستور مع حظر تطبيقه وعدم إغائه وترك المشرع إغائه، هو حفاظاً على مبدأ الفصل بين السلطات، واحترام السلطة التشريعية،

160 الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 7 لسنة 14 قضائية المحكمة الدستورية العليا الصادر في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 19 يونيو سنة 1993.

161 سليم حسن جميل. مرجع سابق. ص 238.

162 الشاعر. رمزي. "النظرية العامة للقانون الدستوري (د.ط). دار النهضة العربية للنشر. 1983. ص 140_141.

وعدم المساس بالتشريع على اعتبار قاضي المحكمة الدستورية هو قاض مختص بالرقابة القضائية وليس مشرع ثان.

ويمكن استخلاص مما نصت عليه المادة (41) بخصوص حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا بما يلي:

1. أن المشرع جعل للأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص التشريعية حجة مطلقة، وألزم بها كافة السلطات وجعلها حجة مطلقة على الكافة بمعنى يفيد بأنه يمنع من تطبيقها.
2. الحكم بعدم دستورية النص التشريعي يمكن أن يكون جزئياً وليس كلياً، الأمر الذي لا يلزم بعدم تطبيق باقي النص لترابط النصوص التشريعية ببعضها.
3. حسم المشرع أمر عدم الجواز بإثارة النزاع مرة أخرى في الحكم الصادر بعدم دستورية النص التشريعي.
4. يجب أن يكون الحكم بعدم دستورية نص تشريعي مسبباً ومعللاً تعليلاً قانونياً دستورياً.
5. إذا تعلق الحكم بعدم دستورية نص جزائي، تعتبر كافة الأحكام التي صدرت بالإدانة محظورة التطبيق.

الفرع الثاني: الحكم ذو الحجية النسبية

لما كان الأصل أن الحجية مطلقة للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية، إلا أنه ثمة حالات تكون فيها الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا ذات حجية نسبية في حالات معينة، وتقتصر فقط على أطراف الدعوى، أي أنها غير ملزمة للكافة ولا تمنع الآخرين من إثارة الدفع بعدم الدستورية مرة أخرى أمام المحكمة الدستورية العليا، في حال توفرت الشروط والضوابط اللازمة قانوناً للطعن، وعلى حسب أسباب رفض المحكمة للدعوى الدستورية، وعلى طبيعة النزاع إذا كان شخصياً أو لنص قانوني¹⁶³.

ولا بد من التمييز بين الأحكام التي تعتبر حجة مطلقة على الكافة، وبين الأحكام التي تعتبر لها حجية نسبية تقتصر على الأطراف، وأيضاً التمييز بين الأحكام الدستورية برد الدعوى شكلاً والتي تقتصر فقط على المدعي، وبين حجية الأحكام لأسباب موضوعية تعتبر حجة على

¹⁶³ عبد البديع. صلاح. "فضاء الدستورية في مصر" (ط2). مكتبة الكتب العربية. 2002. ص 350_351.

الكافة، وعلى كافة سلطات الدولة لتعلقها بنص مخالف للدستور وتكون فيها الخصومة عينية وليست شخصية في الدعوى الدستورية¹⁶⁴.

وفي هذا الاطار رأى جمهور الفقه بأنه إذا كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة لأسباب متعلقة بالشكل من حيث الشروط التي يجب أن تتوافر في الدعوى الدستورية كما سبق وتم ذكرها في المبحث الأول مثل الصفة والمصلحة والميعاد، فإنه يمكن للطاعن إعادة رفع الدعوى الدستورية مرة أخرى متى تم تدارك عدم توفر أحد الشروط، وأن حجية رد الدعوى تكون نسبية فقط على صاحب الدعوى، ولا يمتد أثرها على الكافة، في حين أن حجية رد الدعوى الدستورية لأسباب موضوعية تتصل بالنص التشريعي تكون حجة على الكافة وعلى جميع سلطات الدولة، الأمر الذي لا يجوز إعادة طرحة مرة أخرى أمام المحكمة الدستورية العليا بغض النظر عن الجهة الطاعنة¹⁶⁵.

وانتفتت المحكمة الدستورية مع هذا الرأي بأنه إذا ردت الدعوى الدستورية لأسباب موضوعية يكون حكمها حجة على الكافة، بينما إذا كان الرد لأسباب شكلية متعلقة بالطاعن يكون الحكم بحجة نسبية فقط على صاحب الدعوى وليس على الكافة¹⁶⁶.

أما القول الذي يذهب الى أن جميع أحكام الدعوى الدستورية لها حجية مطلقة على الكافة وليس منها ما يوجد فيه حجة نسبية، فإن مثل هذا القول لا يجانب المنطق، ولا يمكن التذرع بنص المادة (40) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية بأن " أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن" كون أن المقصود من تلك الأحكام هي الأحكام التي تختص بعدم الدستورية فقط، ورد الدعوى لأسباب موضوعية وليس لأسباب شكلية، وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في حكمها الصادر في الطعن الدستوري 2019/20 في القضية رقم (22) والمنشور بالجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع) والقاضي ببرد الدعوى الدستورية شكلا المقدمة بطلب إحالة.

واستخلاصاً مما سبق فإن ثبوت الحجة المطلقة على الأحكام بعدم الدستورية للقانون المطعون فيه، وكذلك على الأحكام بالدستورية للنص القانوني، وخلوه من وجه من أوجه البطلان، لا يتعارض مطلقاً مع الحجية النسبية لرفض الأحكام، وتكون الأسباب عائدة لشروط قبول الدعوى سواءً كانت متعلقة بالدعوى أو بالطاعن، بحيث أنه من غير المنطق البحث في ذات الأسباب التي

164 الناصوري. عز الدين. الشواربي. عبد الحميد. "مرجع سابق. ص 125.

165 الشاعر. رمزي. مرجع سابق. ص 275.

166 ناصف. عبدا لله. "حجية وأثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل"(د.ط). دار النهضة العربية للنشر.

الفاخرة. 1998. ص 24_25.

ردت الدعوى من أجلها موضوعياً وصدراً حكماً، فيها سواء بالحكم بالدستورية أو بعدم الدستورية، وهذا يختلف عندما يكون السبب لرد الدعوى بسبب عيوب شكلية متعلقة بالطاعن، ولا يمنع ذلك من إعادة إقامة الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا فور توافر الشروط الشكلية للطاعن أو لطاعن آخر.

لكن يبقى التساؤل المطروح إذا صدر حكم ببرد دعوى دستورية لثبوت دستورية نص تشريعي معين ومن ثم صدر تعديل دستوري على هذا النص، فهل يبقى للنص الدستوري الصادر به حكماً حجية مطلقة؟ أم هل يجوز إعادة الطعن به؟

وإجابة على تلك التساؤلات أن الهدف من الرقابة على دستورية القوانين هو احترام الدستور وتطبيقه بالشكل المطلوب الذي يكفل الحفاظ على حقوق وحريات ومراكز أفراد الدولة وسلطاتها، وإن كان القول فقط مقتصرًا على النصوص السارية، فإن ما صدر منها بخلاف ذلك من نصوص لم تعد سارية ليس مبرراً للاستناد إليها، وعليه فإن النصوص الدستورية التي صدرت في ظل الدستور القديم تقاس دستوريته تبعاً لمدى احترام نصوص الدستور التي صدرت في ظله حتى إذا صدر الحكم بعدم دستوريته يبقى ارتباطها مع النصوص الدستورية التي كانت سارية في حينه، ولا يكسبها ذلك الحكم الحجية المطلقة الأبدية، فيكون على المستوى الإجرائي جواز الطعن بها مرة أخرى فيه حال تعديل الدستور، أو صدور دستور جديد، في حال تعارضت نصوصها مع نصوص الدستور الجديد أو المعدل.¹⁶⁷

¹⁶⁷ فهمي. حسن حمدان. "حجية أحكام القضاء الدستوري وأثارها". أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2006. ص 274_275.

المطلب الثاني

آثار الحكم بعدم الدستورية من حيث النطاق الزمني

يُقصد بالنطاق الزمني لتنفيذ الأحكام التي تصدر عن المحكمة الدستورية العليا، بأنه التاريخ الذي يمتد إليه أثر الحكم إن كان له أثراً رجعياً باعتبار أن الحكم ذو طبيعة كاشفة، أو أن يكون له أثر مستقبلي فهنا يكون الحكم الصادر هو حكماً منشئاً وليس كاشفاً¹⁶⁸.

ولدراسة آثار الحكم بعدم الدستورية من حيث النطاق الزمني، فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول سيخصص للبحث في النطاق الزمني لأثر الحكم الرجعي بعدم الدستورية، بينما خصص الفرع الثاني للنطاق الزمني لأثر الحكم المباشر بعدم الدستورية.

الفرع الأول: النطاق الزمني لأثر الحكم الرجعي بعدم الدستورية

لا يشكل النطاق الزمني للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية أي إشكالية بخصوص القرار برد الدعوى الدستورية، كون أن هذا القرار لم يمس النص التشريعي ولم يجر عليه أي تغيير، وهو ساري المفعول كما كان قبل صدور الحكم، وأن الحكم الصادر برد الدعوى بعدم دستوريته ما هو إلا تأكيداً على دستوريته من تاريخ صدوره على خلاف الأحكام التي تصدر بعدم دستورية النص التشريعي، وبيان العيوب التي شابته¹⁶⁹.

وفيما يتعلق بالأثر الذي يترتب على الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا من حيث النطاق الزمني فقد نص المشرع الدستوري الفلسطيني من خلال المادة (25) الفقرة (3) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 الغير معدل، على أنه "3_ عند الحكم بعدم دستورية أي عمل يعتبر محظور التطبيق، وعلى الجهة التي قامت به تصويب الوضع وفقاً لأحكام القانون الأساسي والقانون ورد الحق للمتظلم أو تعويضه عن الضرر أو كلاهما معاً"¹⁷⁰.

وبناءً على ذلك فقد أخذ المشرع الفلسطيني بالأثر الرجعي للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا من تاريخ صدورها، وللمتضرر الحق في استرجاع حقه من خلال رده أو تعويضه أو كلاهما معاً.

وخلاصة القول بأن الأحكام الصادرة هي أحكام كاشفة وليست منشئة، ذلك أن الأحكام لا تنشئ مراكز جديدة لم تكن موجودة من قبل، وأنها فقط كشفت عن مدى خروج النص التشريعي عن الدستور، وأن الحكم الصادر بعدم دستوريه يكون فقط من تاريخ صدوره.

168 قنديل. أشرف عبد القادر. مرجع سابق. ص201

169 الشريف. عادل عمر. مرجع سابق. ص471.

170 تم تعديل نص المادة بقرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 بتاريخ 2017/10/2 العدد رقم (137) الصادر بتاريخ 2017/10/15 في جريدة الوقائع الرسمية الفلسطينية. ص (4_10).

وقد اتجه معظم الفقه الدستوري على اعتبار الأثر الرجعي للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بأنه حكم كاشف عن حالة النص التشريعي بعدم دستوريته وليس منشئاً له¹⁷¹، وحيث أن إبطال النص التشريعي بعدم دستوريته هو إقرار لزواله من تاريخ صدوره وتفسيراً، لذلك لا يكون تاريخ النشر محددًا لصحته من بطلانه كون أنه من غير المنطق أن يكون النص التشريعي باطلاً إلا اعتباراً من اليوم التالي لنشره، وتنطوي وجهة النظر بأن ذلك يؤدي إلى عبثية التقاضي في حال كان للنص التشريعي زمنين إثنين، الأمر الذي يجعله صحيحاً في المرة الأولى وباطلاً في المرة الثانية، ومن الثابت بأن البطلان لا يمكن تجزئته وهذا ما قررتة المحكمة الدستورية العليا المصرية¹⁷².

وهنا يثور التساؤل كيف يمكن أن يكون الأثر مباشراً للحكم بعدم دستورية نص تشريعي بصورة مطلقة على الرغم من أن هذا النص قد ولد باطلاً من الأساس؟

وللإجابة على هذا التساؤل أجاب الدكتور يحيى الجمل بأن الأحكام القضائية بشكل عام هي أحكام كاشفة للمراكز القانونية وللحقوق وليست منشئة لها، وأن القضاء الدستوري عندما يحكم ببطلان نص تشريعي فهو لا ينشئ هذا البطلان بحكمه بل يكشف عنه منذ ولادته، وعليه فإن النص التشريعي يكون باطلاً منذ ولادته ويجب إعدامه بأثر رجعي من تاريخ صدوره، واعتباره كأن لم يكن تماشياً مع مبدأ تدرج القواعد القانونية وسمو القواعد الدستورية¹⁷³.

لهذا فإن الباحث لا يؤيد ما اتجه إليه المشرع الفلسطيني، عندما حصر الأثر فقط بأنه أثراً مباشراً للحفاظ على الاستقرار الذي نشأ به النص التشريعي التي كانت لها الصبغة الدستورية، ذلك أن الأثر المباشر يتعارض مع مبدأ المساواة أمام القانون، وكان من الأجدر أن يتجه المشرع الفلسطيني إلى اعتبار الأثر أثراً رجعياً تطبيقاً لمبدأ المساواة أمام القانون في المراكز القانونية¹⁷⁴.

171 عبد البديع محمد صلاح. "الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر" (ط1). دار النهضة العربية للنشر القاهرة 2000. ص36.

172 حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1996/11/30 في القضية رقم 22 لسنة 18 قضائية دستورية أورده ناصف.

عبد الله. "مرجع سابق. ص38_39

173 الجمل. يحيى. مرجع سابق. ص 269 وما بعدها.

174 برقوق. عبد العزيز. مرجع سابق. ص.202.

الفرع الثاني: النطاق الزمني للأثر الحكم المباشر بعدم الدستورية.

يُقصد بالأثر المباشر للحكم بعدم دستورية النص التشريعي بأن تطبيقه يصبح منشئاً لعدم الدستورية، وهذا ما اتجه إليه المشرع الدستوري الفلسطيني كما تمت إليه الإشارة سابقاً بأن "النص الذي تقرر عدم دستوريته يعتبر في حدود قرار المحكمة محظور التطبيق"¹⁷⁵، وذلك بعد نشره في الجريدة الرسمية¹⁷⁶.

وهذا يعني أنه يحظر تطبيق النص التشريعي من تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية، أي أن النص يبقى صحيحاً وسارياً طوال المدة التي تسبق النشر.

وكان المشرع الفلسطيني ومن خلال ما أجرى من تعديلات لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 قبل تعديله بقرار بقانون¹⁷⁷، قد أخذ بالأثر الرجعي طبقاً لنص المادة (3/25) بأنه "عند الحكم بعدم دستورية أي قانون، أو مرسوم، أو لائحة، أو نظام، يعتبر محظور التطبيق، وعلى الجهة التي قامت به تصويب الوضع وفقاً لأحكام القانون الأساسي".

ولا مناص من القول بأن تعديل المشرع الدستوري الفلسطيني من خلال القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 قد غير من اعتبار الأثر للحكم الدستوري من أثر كاشف إلى أثر منشئ حيث أنه جعلها مباشرة من تاريخ تحديدها من المحكمة الدستورية، وبالمقابل منع المتضرر من استعادة حقه أو تعويضه حسب ما كان ينص عليه بالقانون قبل التعديل.

ولا بد من الإشارة بأن هذا التعديل الذي قام به المشرع الفلسطيني أطلق العنان للسلطة التنفيذية من ممارسة صلاحية التشريع في ظل عدم وجود مجلس تشريعي، وغياب الرقابة التشريعية وبالتالي إلغاء المراكز القانونية التي ترغب السلطة التنفيذية بزوالها وذلك عكس ما أورده القانون في المحكمة الدستورية قبل تعديله، على الاعتقاد بأن ذلك يحقق الاستقرار القانوني، ولا يمس بالحقوق التي تولدت من السابق قبل الحكم بعدم دستورية النص التشريعي¹⁷⁸.

وفي ذلك يرى الباحث بأن التذرع باستقرار القانوني والأخذ بالأثر المباشر حتى بعد الحكم بعدم دستورية النص التشريعي وبطلانه، هو فقط من باب فتح المجال أمام السلطة التنفيذية وتوسيع مهامها في تثبيت أو إلغاء المراكز القانونية التي ترغب هي بوجودها أو عدم وجودها، الأمر الذي يمس بالسلطة التشريعية وعملها حتى وأن كانت غائبة ومعطلة، وكان الأصل التعامل

¹⁷⁵ نص المادة (3/41) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته.

¹⁷⁶ نص المادة (53) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته "تنتشر قرارات المحكمة ونظامها الداخلي واللوائح، الصادرة بمقتضى أحكام هذا القانون في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدوره".

¹⁷⁷ القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017. الصادر بتاريخ 2017/10/2.

¹⁷⁸ سرور. أحمد فتحي. "القانون الجنائي الدستوري" (ط2). دار الشروق. القاهرة. ص218.

على أن غياب السلطة التشريعية هو مؤقتاً وأن احترام مبدأ الفصل بين السلطات هو مقدس، ولا يجوز المساس به لتحقيق مصالح وإشباع رغبات السلطة التنفيذية.

ومع وجود هذا الصراع بين وجود الأثر المباشر والأثر الرجعي للنطاق الزمني في الأحكام الصادرة بعدم الدستورية، فقد ظهر اتجاه ثالث جمع بينهما محاولاً تدارك كافة الانتقادات الموجهة إلى الاتجاهين السابقين والذي تبناه المشرع الكويتي حيث جاء في نص المادة (6) من قانون المحكمة الدستورية الكويتية رقم 14 لسنة 1973: "إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون، أو مرسوم بقانون، أو لائحة، أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضي"¹⁷⁹.

واستناداً على ذلك يرى الباحث بأن المشرع الكويتي ذهب إلى تبني قاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية دون أية استثناءات على اعتبارها أحكاماً قد كشفت عن العيب الدستوري للنص التشريعي من تاريخ صدورها، مما يحتم على كافة السلطات باتخاذ الإجراءات اللازمة لمعالجة ما تحقق عنا من آثار في الماضي، ولم يغفل المشرع الكويتي عن عدم المساس بالحقوق والمراكز القانونية التي استقرت بناءً على أحكام قضائية، بأنه كانت محمولة على ذلك النص التشريعي الذي قضت به المحكمة الدستورية بعدم دستوريته¹⁸⁰.

وهنا ينفق مع الاتجاه الذي أخذ به المشرع الكويتي، بأن الأخذ بالأثر الرجعي بصورة مطلقة من الصعب تطبيقه وذلك بأنه سيمس الكثير من الحقوق التي ترتب في عهد النص التشريعي المشوب بالعيب الدستوري، الأمر الذي يتسبب بالكثير من الإشكاليات القانونية ويؤدي إلى بقاء آثار النص التشريعي المخالف للدستور وبالنتيجة المساس بالمراكز القانونية التي ترتبت طيلة سنوات سريان النص التشريعي المعيب.

ومن الجدير بالذكر بأنه كان للفقهاء والقضاء الأميركي رأياً في جعل الآثار رجعية بصورة مطلقة على عدم دستورية النصوص التشريعية، حيث أنها قامت بتقييدها وذلك حتى تتجنب الأضرار التي يمكن حدوثها على المراكز القانونية والحقوق التي ترتبت والواجبات التي تحتمت في ظل القانون المحكوم بعدم الدستورية، وهذا ما قضت به المحكمة الأميركية العليا في حكم لها صادر في عام 1940، حيث حكم به القاضي الأميركي (هيوز): "أن الوجود المادي للقانون قبل

179 قانون المحكمة الدستورية الكويتية رقم 14 لسنة 1973 الصادر بتاريخ 9 يونيو 1973 المنشور في الجريدة الرسمية الكويتية (الكويت اليوم)، في العدد 936 السنة (19)، ص (3_6)

180 الطبطباني. عادل. "الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية". (د.ط). مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت. الكويت. 2000. ص485.

أن يقضي بعد دستوريته حقيقة واقعه، ليس من السهل تجاهلها، فليس من الحكمة في كثير الأحوال أن تسدل المحكمة على الماضي ستاراً من النسيان، ولذلك يجب أن يعاد النظر في أثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الأوضاع والعلاقات التي نشأت في ظلّه "181.

181 سليم. حسن جميل. مرجع سابق. ص251.

الخاتمة

تناول الباحث بالدراسة التحليل والمقارنة لموضوع الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة في النظام الفلسطيني، وكان ابتداءً بالتعريف بماهية الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة مروراً بمفهومها وأهميتها وبالأسس التي قامت عليها، وقد عمد الباحث وهو يدرس إشكالية الدراسة إلى المقارنة مع النصوص التشريعية في عديد الأنظمة العربية والأجنبية كالمصري والأردني والفرنسي في محاولة منه إلى التعرف على ما يمكن ان يعالج القصور في التشريع الفلسطيني، وكذلك عرض عديد الأحكام القضائية للتعرف على وجه النظام القضائي من الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، وكذلك الفائدة من الأخذ بهذه الطريقة من الاتصال بالمحكمة الدستورية سواء للأفراد أو لصون المبادئ التي تبناها المشرع الدستوري، ومن خلال الدراسة أفرد الباحث الفصل الثاني للنظام القانوني للدعوى الدستورية الأصلية المباشرة لدراسة الضوابط والشروط الواجب توفرها ليتسنى نظر الدعوى، كما تم دراسة الآثار كنتيجة لإصدار الأحكام عن المحكمة الدستورية بموجب الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة الأمر الذي أفضى لصورة أوضح عن ما هو مطلوب معالجته تشريعياً لتحقيق المبتغى من تبني طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة.

ومن خلال الدراسة توصل الباحث لجملة من النتائج أهمها:

- 1_ إن القانون الأساسي الفلسطيني والذي يعد بمثابة الدستور المؤقت لدولة فلسطين هو الذي يتربع على رأس الهرم القانوني.
- 2_ تميز المشرع الدستوري الفلسطيني عن غيره من التشريعات بتبني هذه الطريقة على خلاف المشرع الدستوري المصري الذي اكتفى بطرق الدفع والإحالة والتصدي للطعن بدستورية القوانين.
- 3_ الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة هي دعوى عينية، تقام أمام القضاء الدستوري، وتختص بالنظر في مدى مطابقة النصوص العادية مع الدستور، ويتم رفعها بعدة طرق يحددها القانون الناظم لعمل المحكمة الدستورية، والدعوى الدستورية الأصلية المباشرة تتيح للأفراد اللجوء للمحكمة الدستورية مباشرة وتحريك الرقابة على دستورية التشريعات المخالفة للدستور.
- 4_ توصف الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة بأنها وسيلة "هجومية" فهي تقوم بمهاجمة النصوص التشريعية المخالفة لأحكام الدستور مباشرة، ومن غير الانتظار حتى يتم تطبيقها على الحالات الواقعية وبالتالي يحق للأشخاص أو إحدى الجهات الرسمية المسموح لها بالطعن بعدم الدستورية، الطعن في النصوص المخالفة للقانون الأساسي.

- 5_ حدد الدستور لكل سلطة اختصاص منوط بها بنصوص واضحة وصريحة يجب أن لا تتجاوزه وأن تجاوز أي سلطة خارج اختصاصها يعد تصرف غير دستوري ومخالف للقواعد الشكلية وقواعد الاختصاص، وهو أمر يستوجب تحريك الدعوى الدستورية للطعن بعدم دستورية النص أو النظام الصادر عن تلك السلطة.
- 6_ بالرغم من وجود سلطة تقديرية للمشرع إلا أن الدستور قيد هذه السلطة بضوابط دستورية حرصاً على عدم المساس بحقوق الأفراد وحمايتها من الانحراف التشريعي والتعسف.
- 7_ إذا خرج التشريع عن أحد الإجراءات الشكلية الواجبة والمقررة في الدستور فيكون جزاء هذا الخروج بطلان النص القانوني وبالنتيجة عدم تطبيق النص وهو قابل للطعن أمام المحكمة الدستورية.
- 8_ الدعوى الدستورية بكافة طرقها سواء طريقة الدعوى الأصلية المباشرة أو بطريقة الإحالة أو بطريقة الدفع الفرعي أو التصدي، فهي الوسيلة الوحيدة التي يمكن اللجوء إلى القضاء الدستوري بواسطتها لطلب إبطال أي نص أو تشريعي مخالف للدستور، وطلب تفسير نصوص الدستور.
- 9_ حدد المشرع ضوابط وشروط حتى يكون الطعن صحيحاً أمام المحكمة الدستورية وحتى يتسنى للمحكمة الدستورية أن تنظر فيه وتحكم بعدم دستورية النص من عدمه.
- 10_ يجب أن تكون المصلحة في الدعوى الدستورية مصلحة شخصية ومباشرة، حيث أنه لا يجوز الاعتماد على المصلحة النظرية ويجب أن يكون الضرر قائماً على المدعي وقد وقع عليه بالفعل حتى يبرر لجؤه للقضاء
- 11_ حتى تقبل الدعوى الدستورية المباشرة أمام القضاء الدستوري، لا بد من توافر مصلحة في المدعى عند رفعها، وتتمثل هذه المصلحة في مهاجمة النص المخالف للقانون الأساسي، ولا بد من توافر شرط الصفة في رافع الدعوى الدستورية المباشرة، وهي تثبت لكل شخص متضرر أو من المحتمل أن يلحقه ضرر من التشريع المخالف للقانون الأساسي وذو أهلية قانونية تمكنه من رفع الدعوى الدستورية المباشرة.
- 12- لا يكفي للطاعن توافر المصلحة حتى يقيم الدعوى الدستورية وإنما يجب أن يكون له صفة قامة ملازمة للمصلحة الشخصية.
- 13- يجب الالتزام بالمواعيد المحددة لإقامة الدعوى الدستورية بالطرق التي حددها المشرع مثل طريقة الدفع الفرعي التي حُدد لها مدة ستون يوماً من تاريخ وقف السير في الدعوى الأساس.

- 14- لم يحدد المشرع مدة معينة للطعن بطريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة، واكتفى فقط بتوافر المصلحة المباشرة المستمرة والصفة القائمة حتى صدور قرار الطعن.
- 15_ تكون الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية ملزمة لكافة الجهات القضائية، وبالتالي أثرها لا يقتصر على الخصوم بل يمتد للكافة، وأحكامها واجبة النفاذ في وجه الأفراد ومؤسسات الدولة وعلى رأسها السلطة التشريعية.
- 16_ إن ثبوت الحجية المطلقة على الأحكام بعدم الدستورية للقانون المطعون فيه، وكذلك على الأحكام بالدستورية للنص القانوني، وخلوه من وجه من أوجه البطلان، لا يتعارض مطلقاً مع الحجية النسبية لرفض الأحكام، وتكون الأسباب عائدة لشروط قبول الدعوى سواءً كانت متعلقة بالدعوى أو بالطاعن، بحيث أنه من غير المنطق البحث في ذات الأسباب التي ردت الدعوى من أجلها موضوعياً وصدر حكماً.
- 17_ إن الأخذ بالأثر الرجعي بصورة مطلقة من الصعب تطبيقه، وذلك بأنه سيمس الكثير من الحقوق التي ترتب في عهد النص التشريعي المشوب بالعيب الدستوري، الأمر الذي يتسبب بالكثير من الإشكاليات القانونية ويؤدي الى بقاء آثار النص التشريعي المخالف للدستور وبالنتيجة المساس بالمراكز القانونية التي ترتبت طيلة سنوات سريان النص التشريعي المعيب.

التوصيات

استناداً لما خلص إليه الباحث من نتائج فإنه يوصي بما يلي:

- 1_ التنصيص صراحة على طرق الطعن لدى المحكمة الدستورية العليا وعلى وجه التحديد طريقة الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة في متن الدستور في حال تم صياغة دستور دولة فلسطين، حتى تحوز على الحماية الدستورية.
- 2- توسيع السلطة التقديرية للمحكمة الدستورية العليا للبت في الطعون التي انتهت فيها المصلحة الشخصية لرافع الدعوى وكانت هنالك مصلحة عامة للجماعة باقية وقائمة، كون أن ذلك ممارسة لطبيعة اختصاص المحكمة الدستورية لرقابتها على دستورية القوانين واللوائح وغيرها، وأنه من غير المعقول أن تنتهي الطعون الدستورية بالرد لانتفاء المصلحة الخاصة أو انتهائها بالرغم من وجود مصلحة عامة تتراءى أمام ناظري المحكمة الدستورية وعدم الانتفاء إليها فقط لأن المصلحة الشخصية قد انتهت أو لم تستمر لحين البت في الطعن.
- 3- تشكيل لجنة قسم صياغة لمشاريع القوانين على غرار دولة الأردن قبل عرضها على رئيس السلطة الوطنية ونشرها في الجريدة الرسمية في ظل تعطل المجلس التشريعي، تداركاً لعدم وجود اللبس والغلط والأخطاء والغموض في هذه التشريعات والنصوص وذلك من باب الحفاظ على حقوق وأفراد المواطنين كون أن هذه النصوص ستنتطبق على الجميع.
- 4_ ضرورة تشكيل لجان مفوضه أو هيئات خاصه للنظر في الطعونات الدستورية من قبل المحكمة الدستورية وحصرها بسقف زمني محدد، وذلك للحفاظ على عدم تجميد القرارات الدستورية بيد هيئته واحدة واحتكارها على جهة واحدة وذلك لتحقيق العدالة بشكل اوسع وللحفاظ على حقوق الافراد من عدم إغلاق الأبواب من قرار المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص وحجبيته على الكافة وعدم امكانية الطعن به ابدًا ويحظر تطبيقه.
- 5_ تحديد الأضرار التي تقام عليها الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة على غرار بعض الدول، وعدم فتح المجال لتقدير الأضرار من قبل الأشخاص لإقامة الدعوى.
- 6_ تحديد أجلاً ومدته معينة للبت في الطعن الدستوري وعدم ترك المدة مفتوحة للمحكمة الدستورية العليا وذلك من أجل تسريع الأحكام وعدم تكديس ملفات المحكمة الدستورية، وأيضاً للحفاظ على حقوق المواطنين وعدم هدرها بحبال المحاكم الطويلة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الدساتير والقوانين

- القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2002.
القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.
دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية. لسنة 1958.
الدستور المصري في عام 1956.
الدستور الأردني لسنة 1952.
قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته.
قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 وتعديلاته.
قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية لسنة 2008. وتعديلاته.
قانون المحكمة الدستورية العليا الأردنية رقم 15 لسنة 2012.
قانون المحكمة الدستورية الكويتية رقم 14 لسنة 1973
قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لرقم 2 لسنة 2001.
قرار بقانون رقم (19) لسنة 2017. الصادر بتاريخ 2017/10/2.
قرار بقانون بدون رقم لسنة 2012 بخصوص تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006 غير منشور.

أحكام قضائية

- عدل عليا، قرار رقم 23/4/ 1996. مجلة نقابة المحامين الفلسطينيين. 1996. ص 169.
حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1996/11/30 في القضية رقم 22 لسنة 18 قضائية دستورية.
المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 7 لسنة 14 قضائية المحكمة الدستورية العليا الصادر في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 19 يونيو. سنة 1993.
المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الطعن الدستوري 2019/20 في القضية رقم (22) لسنة 4 قضائية الصادر بتاريخ 2019/10/20. الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع). العدد (162). الصادر بتاريخ 2019/12/26.

المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الطعن الدستوري رقم (2) لسنة 2011 الصادر عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية بتاريخ 2011/09/06.

حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الدعوى رقم 68 المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1993/12/3.

حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (13) لسنة 1994. الصادر بتاريخ 1994/12/17.

قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية. "الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2015/1. دعوى أصلية مباشرة رقم (6) لسنة (2) قضائية. جلسة 2 تموز لسنة 2017.

قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية. "الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2014/5.. دعوى أصلية مباشرة رقم (4) لسنة (3) قضائية. جلسة 26 شباط لسنة 2018.

قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية. "الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2016/10. دعوى أصلية مباشرة رقم (10) لسنة (3) قضائية. جلسة 12 أيلول لسنة 2018.

قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية. "الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2015/2. دعوى أصلية مباشرة جلسة 20 تشرين الثاني لسنة 2016.

قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية. "الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا 2016_2020". الحكم رقم 2016/8. دعوى أصلية مباشرة. القضية رقم (8) لسنة (2) قضائية. جلسة 4 كانون الثاني لسنة 2017.

الكتب العامة

المراجع القانونية المتخصصة:

أبو العينين. أحمد ماهر. "الموسوعة الدستورية الوجيز في أحكام المحكمة الدستورية" (د. ط). دار أبو المجد للنشر. القاهرة.

أبو زيد. محمد. "الوجيز في القانون الدستوري المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري المصري" (د. ط) القاهرة. 2005.

البناء. عاطف. "الرقابة القضائية على دستورية اللوائح". مجلة القانون والاقتصاد. جامعة القاهرة. القاهرة. 1978.

الجبوري. سارة خليل. "القضاء الدستوري في الوطن العربي" (دراسة تقييمية). (ط1). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2016.

الخلو. ماجد راغب. "دستورية القوانين" (د. ط). دار الجامعة العربية للنشر. القاهرة. الإسكندرية. 2014

دراج. أسامة. "الوسيط في القانون الدستوري والنظام الدستوري الفلسطيني". (ط1). الكلية العصرية الجامعية. رام الله. 2001.

السنهوري. عبد الرزاق. مجلة مجلس الدولة. السنة الأولى. يناير، 1950.

الشاعر. رمزي. "النظرية العامة للقانون الدستوري" (د. ط). دار النهضة العربية للنشر. 1983

شريف. عادل. "القضاء الدستوري في مصر". ط (1). القاهرة. 1988

الشرفاني. أحمد. الأسس الفلسفية للرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" العدد 23.

السنة السادسة. مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية. العراق صليبا. عاطف. "دور

الرقابة في إرساء دولة القانون" (د. ط). المؤسسة الحديثة للنشر. طرابلس. لبنان.

2002.

الشوابكة. محمد عبد الله. رقابة الامتناع على دستورية القوانين "دراسة مقارنة". ط (1). دار

الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. الأردن، 2012.

الشواربي، عبد الحميد. "الدعوى الدستورية مع موجز لأحكام المحكمة الدستورية العليا منذ

إنشائها وحتى الآن" (د. ط). منشأة المعارف للنشر. الإسكندرية. 2002. القاهرة.

2002.

العشوري. محمد فؤاد. "القضاء الدستوري ووظيفته الشرعية الديمقراطية". مجلة الأبحاث في

القانون والاقتصاد والتدبير. العدد 2. كلية العلوم القانونية. جامعة مولاي إسماعيل.

مكناس. المغرب. 2016.

العصار. يسري. "الدعوى الدستورية المباشرة". العدد السابع عشر. 2010.

الطبطباني. عادل. "الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية". (د. ط) مجلس النشر

العلمي. جامعة الكويت. الكويت. 2000.

الكيلاي. زيد احمد توفيق. "الطعن في دستورية القوانين دراسة مقارنة" (ط1). دار الشامل للنشر

والتوزيع. فلسطين. 2016.

الناصري. عز الدين. "الدعوى الدستورية مع موجز لأحكام المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها وحتى الآن (د. ط). منشأة المعارف للنشر. الإسكندرية. القاهرة. 2002.

النسور. فهد أبو العثم "القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق". ط (1) دار الثقافة للنشر والتوزيع. الأردن. 2016.

المنجي. محمد. "دعوى عدم الدستورية" ط1. دار المعارف للنشر. الإسكندرية. 2002.

ناصر. عبد الله. "حجية واثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل" (د. ط). دار النهضة العربية للنشر. القاهرة. 1998.

بطيخ. رمضان. " النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر". الجزء الأول. دار النهضة العربية للنشر. القاهرة. 1997.

حسنين. إبراهيم محمد. "الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه وفي القضاء" (د. ط) دار الكتب القانونية. 2003.

زايد. عباس محمد "الرقابة على دستورية القوانين في اليمن". (د. ط). دار النهضة العربية للنشر. القاهرة. 2009.

سالمان. عبد العزيز. "نظم الرقابة على دستورية القوانين". (ط2). دار الفكر الجامعي للنشر. القاهرة. 2014.

سرور. أحمد فتحي. "القانون الجنائي الدستوري" (ط2). دار لشروق. القاهرة.

سعد عصفور. "القانون الدستوري والنظم السياسية". منشأة المعارف. الإسكندرية. 1980.

سلمان. داوود سلمان والعكلي علي مجيد "مدى تأثير الظروف الاستثنائية على الشرعية الدستورية" (دراسة مقارنة). ط1. المركز القومي للإصدارات القانونية. القاهرة.

سيد. رفعت عيد. "الوجيز في الدعوى الدستورية" ط (1). دار النهضة العربية. القاهرة. 2004.

عبد الباسط. محمد فؤاد. "ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية". دار منشأة المعارف للنشر. الإسكندرية. 2002.

عبد البديع. صلاح. "قضاء الدستورية في مصر" (ط2). مكتبة الكتب العربية. 2002.

عبد البديع. محمد صلاح. "الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر" (ط1). دار النهضة العربية للنشر القاهرة. 2000.

عبد المجيد. منير. "ول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح". (د. ط). منشأة المعارف للنشر. القاهرة. 2001.

عبد الوهاب، محمد رفعت، "رقابة دستورية القوانين المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية"، دار
الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011.

قنديل. رائد صالح. "الرقابة على دستورية القوانين" (دراسة مقارنة). (د. ط). دار النهضة للنشر.
القاهرة. 2010.

كامل. نبيلة عبد الحليم. "الرقابة القضائية على دستورية القوانين". القضاء الدستوري. ط (1).
دار النهضة العربية للنشر. 1993.

لصلح. نوال "خصوصية الدعوى الدستورية في التشريع الجزائري" (دراسة تحليلية مقارنة) ع2،
مجلة العلوم القانونية والسياسية. المجلد العاشر. 2009.

نجيب. سحر محمد. "التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته" (دراسة مقارنة). (د.
ط). دار الكتب القانونية للنشر. مصر. 2011

نصراوين. ليث كمال. "رقابة المحكمة الدستورية على القوانين والأنظمة في الأردن. المجلد 43.
العدد 3. 2016. ص 1998.

يحيى. الجمل. القضاء الدستوري في مصر. المؤسسة الفنية للطباعة والنشر. (ط1). القاهرة.
1992.

المراجع الأجنبية:

Jacques Cgevallier. L Etat de Droiet. Mintcgrestitien. 4eme. Edition. Paris
2003.

Burdeau (G). constitutionnel. et. Institution politiques. 15eme Ed. L.G.D.J.
paris.1970.

Jean roce. Andre Pouille. Libertes Publiques. Dalloz Paris IIere Edit 1995.

الرسائل العلمية:

أطاريح دكتوراة

الداعلي يحيى " القضاء الدستوري ودوره في بناء دولة القانون في المغرب". أطروحة لنيل درجة
الدكتوراة في القانون العام. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. جامعة
الحسن الثاني. الدار البيضاء. المغرب. 2007_2008.

الكعبي. نايف راشد محمد. "رقابة المحاكم الدستورية"(دراسة مقارنة). أطروحة دكتوراة. كلية العلوم القانونية جامعة الحسن الثاني. الدار البيضاء. المغرب.
المومني. صباح موسى عبد الرحمن. "دراسة بعنوان "الرقابة على دستورية القوانين في الأردن"، رسالة دكتوراة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، لسنة 2011_2013.
برقوق. عبد العزيز. " دور الرقابة الدستورية في حماة الحقوق والحريات"(دراسة مقارنة). أطروحة دكتوراة. جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة. 2015_2016.
سليم حسن جميل القرار بقانون في النظام الدستوري الفلسطيني أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة جامعة عبد المالك السعدي. طنجة 2021.
فهيمي. حسن حمدان. " حجية أحكام القضاء الدستوري وأثارها". أطروحة دكتوراة. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. 2006.

رسائل ماجستير

الطهراوي، إبراهيم عبد القادر خليل، "الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري والفلسطيني" (دراسة مقارنة). جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، رسالة ماجستير في القانون، مصر، 2005،
الرفاعي، قصي أحمد "تحريك الدعوى الدستورية"(دراسة مقارنة). رسالة ماجستير جامعة القدس، أبو ديس، فلسطين، 2016.
الأشقر. أحمد حسني. "دور القضاء الدستوري والإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في فلسطين" (دراسة مقارنة). رسالة ماجستير. جامعة بيرزيت. فلسطين. 2013.
جفال. صالح عمر. " حجية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي في التشريع الفلسطيني".(دراسة مقارنة). رسالة ماجستير. جامعة القدس. 2018.
حسنين. سعد. "الرقابة على دستورية القوانين واللوائح". دار النهضة العربية للنشر، ط (1) القاهرة، 2009.
مجول رياض محسن "الرقابة على دستور القوانين وموقف الدساتير العراقية منها جامعة عدن اليمن رسالة ماجستير. 2000.

الأبحاث المنشورة والمواقع الإلكترونية

العجروش. فارس حامد عبد الكريم. بحث منشور بعنوان أسباب الطعن بعدم الدستورية. موقع

<http://www.iraker.dk/maqalat27/destor.html>. الكتروني

قاسم. محمد الحاج. "الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين. دراسة منشورة في مجلة العدالة والقانون. العدد (8) المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء

مساواة. موقع الكتروني <http://www.iraker.dk/maqalat27/destor.htm>

Abstract

This study aims to clarify the reality of the direct original constitutional lawsuit in the Palestinian legislation, how it was filed and its nature, as well as its definitions by the jurists, and the position of the Palestinian legislator towards it and the foundations on which it was based, by discussing the philosophical and legislative foundations, and then to address the legal regulation of it and to indicate the restrictions, conditions and procedures necessary to move it through its contact with the Constitutional Court, and to address the mechanism of the effectiveness and authority of the ruling issued by the Constitutional Court. In this study, the researcher adopted the binary division; as the study includes two chapters. The first chapter addresses the filing of direct original constitutional lawsuit, whereas second chapter discusses the legal organization of direct original constitutional lawsuit.

In conclusion, the researcher reached to a set of results; mainly that the Palestinian Basic Law, which serves as the interim constitution of the state of Palestine, is the highest degree of law in the country. In addition, the Palestinian constitutional legislator is distinguished from other legislations by adopting the direct original constitutional lawsuit methodology.

The researcher also reached to a set of recommendations; mainly: he recommends the Palestinian legislator to maintain the method of direct constitutional lawsuit, and allow individuals to apply directly to the constitutional court; thereby reinforcing the principle of popular control, and preserving rights and freedoms.