" وسائل تحريك الدعوى الدستورية بواسطة الأشخاص "

(دراسة مقارنة فلسطين,مصر,فرنسا)

الباحث / عماد رضا حردان عباهرة

مسجل دكتوراه بقسم القانون العام

كلية الحقوق – جامعة المنصورة .

تحت إشراف

السيد الأستاذ الدكتور / وليد محمد الشناوى

أستاذ ورئيس قسم القانون العام

وعميد كلية الحقوق – جامعة المنصورة

المقدمة

تعتبر المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة، حيث تأخذ فلسطين ومصر بمركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين وحل الصراعات بين السلطات الرئيسة والناشئة عن ممارسة كل منها لاختصاصها المنوط بها، وذلك طبقا للقانون المنشأ للمحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ والمحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

وقد اختلفت الدول التي أخذت بنظام الدعوى الدستورية حول وسائل تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، بعضها أجاز للأفراد الطعن مباشرةً أمام المحكمة المختصة، والبعض الآخر قد حظر على الأفراد الطعن مباشرة امام المحكمة وقررته للسلطات العامة. ومن الدول التي أجازت للأفراد الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا المشرّع الفلسطيني وذلك في صلب المادة (١/٢٧)من قانون المحكمة الدستورية العليا، بطريق الدعوى الأصلية المباشرة، وهو ما حظره التشريع المصري الذي لم يعطِ هذا الحق للأفراد، وإنما أجاز للأفراد الطعن بعدم دستورية نص في قانوني أو لائحة أو نظام من خلال الدفع الفرعي في نص المادة (٢٩/ب) وهي ذات الطريقة التي أجازها أيضاً المشرّع الفلسطيني للأفراد، بالإضافة للدعوى الأصلية حسب نص المادة (٣/٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

وتناولت هذه الدراسة وسائل تحريك الدعوى الدستورية بواسطة الأشخاص وهي الدعوى الأصلية المباشرة و الدفع الفرعي أمامحكمة الموضوع،وبناءً على ذلك، فإنّنا سوف نخصص هذا البحث للحديث عن الوسائل والطرق التي أجازها القانون المصري والفلسطيني للطعن بعدم دستورية نص قانوني أو نظام أو لائحة من قبل الأفراد المتضررين من ذلك النص، وذلك من خلال وسيلتي هما الدعوى الأصلية المباشرة والدفع الفرعي، وذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول للحديث عن الدعوى الأصلية المباشرة, من خلال فرعين الأول عن ماهية الدعوى الأصلية المباشرة أما الفرع الثاني للحديث عن تقدير الدعوى الأصلية المباشرة أما**المطلب الثاني** فسوف نخصصه للحديث عن الدفع الفرعي بعدم الدستوريةباعتبارها من أكثر الوسائل المتبعة لدى العيد من الدول من خلال ثلاثة فروعالأول للحديث عن مفهوم الدفع الفرعيوطبيعته القانونيةوالثاني حول تقدير محكمة الموضوع لمدى جدية الدفع الفرعي أما الفرع الثالث فسوف نتحدث به عن أثار قبول الدفع الفرعي بعدم الدستورية

أهمية الدراسة:

تبحثهـــذه الـــدراســـــة إحدى أهم الطرق التي تكفل احترام الحقوق والحريات العامة، والحفاظ على المشـــروعية الدســـتورية من خلال المسائلة القضائية للسلطة التشريعية في حال تجاوزها للحدود القانونية والتي تؤسس على مطابقة التشريعات الصادرة عنها لأحكام الدستور، من خلال استبعاد وإلغاء النص المحكوم بعد دستوريته.

أسئلة الدراسة:

تســـعى هذه الدراســـة للإجابة على بعض الأسئلة التي بحاجة إلى توضيح، بخصوص الدعوى الأصـــلية المباشـــرة و الدفع الفرعي أمام المحكمة الدستورية العليا، مما نقل مسؤولية الإجابة على تلك الأسئلة للفقه والقضاء، ومن أهم هذه الأسئلة:-

١ – هل يجوز لأي شـــخص أن يحرك الدعوىالأصلية المباشرةأمام المحكمة الدستورية العليا نفسها.

٢ – هل يجوز الدفع الفرعي أمام محكمة النقض و المحكمة الدســـتورية العليا وذلك لكونهما ينظران الدعوى تدقيقا.

٣- هل يوجد مدة محددة لتحريك الدعوى الأصليةأمام المحكمة الدستورية العليا.

٤ – ما هي حدود ســـلطة محكمة الموضوع عند تقديرها لجدية الدفع وماهي المدة التي يجب عليها أن تقدر خلالها مدى جدية الدفع.

إشكالية الدراسة:

تكمن الإشـــكالية الرئيســـة التي يدور حولها البحث، أن المشرع لم يحدد معيار حاسم ودقيق نســـتطيع من خلاله تحديد الزمن المحدد لإقامة الدعوى الأصـــلية المباشرة كما لم يحدد المشرع معنى الجدية في الدفع الفرعي، لم يحدد لنا ما هو الزمن الذي يجب من خلاله أن تقدم محكمة الموضوع ردها على الدفع المقدم بعدم دستورية نص بقانون أو لائحة.

صعوبات الدراسة:

– حداثة نشـــأة السلطة المستقلة والمختصة بالحفاظ على مبدأ تدرج القواعد القانونية من خلال ترتيب الجزاء المقررعلى مخالفة هذا المبدأ، فالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية حديثة النشأة مقارنة بالأنظمة القضائية الأخرى.

– قلة الإحكام القضائية الدستورية الفاصلة لأي نزاع يثور حول مبدأ تدرج القواعد القانونية.

– قلة الدراسات الفلسطينية المتخصصة في موضوع البحث.

منهجية الدراسة:

اتبع الباحث في هذه الدراســـة المنهجين الوصـــفي، التحليلي والمقارن، وذلك من خلال اســـتعراض النصـــوص القانونية الناظمة لمســـألة الدعوى الأصلية المباشرة و الدفع الفرعي، وتطابق هذه النصـــوص مع أحكام المحكمة الدســـتورية العليا، مع الاستعانة بآراء واجتهادات الفقهاء في المســـائل التي ســـكت عنها المشـــرع . وبالنظر إلى الدراسات السابقة نجد أن هذه الدراســـة تتميز بدقة البحث، حيث أنها تبحث فيالدعوى الأصلية المباشرة و الدفع الفرعي محل الدراســـة بصورة متخصصة ومعمقة،باعتبارهما الوسيلتين التين يسمحان للأفراد الطعن بمدى دستورية القوانين والأنظمة واللوائح مما يجعلها أكثر شمولية وأكثر تفصيلا للموضوع،

تقسيم الدراسة: –

ســـنتناول موضـــوع الدعوى الأصلية المباشرة و الدفع الفرعي أمام المحكمة الدستورية العليا وفقا لما يلي:–

المطلب الأول :– الدعوى الأصلية المباشرة

الفرع الأول :– ماهية الدعوى الأصلية المباشرة

الفرع الثاني:– تقدير الدعوى الأصلية المباشرة

المطلب الثاني:– الدفع الفرعي بعدم الدستورية.

الفرع الأول:– مفهوم الدفع الفرعيوطبيعته القانونية

الفرع الثاني:– تقدير محكمة الموضوع لمدى جدية الدفع الفرعي

الفرع الثالث:– أثار قبول الدفع الفرعي بعدم الدستورية.

المطلب الأول

الدعوى الأصلية المباشرة

اعتنق المشـــرّع الفلسطيني فكرة الدعوى الأصلية المباشرة كوسيلة من وسائل اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية، حيث ورد النص على الدعوى الأصلية المباشرة من خلال نص المادة ١/٢٧ الســـابقة الذكر من قانون المحكمة الدســـتورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦، بينما لم يرد ما يشـــابهه في قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، وبناءً على ذلك نخص هذا المطلب للحديث عن الدعوى الأصـــلية المباشـــرة في القانون الفلســـطيني، وموقف المشرّع المصري والقضاء المصري من الدعوى الأصلية المباشرة، ذلك من خلال الفرع الأول الذي ســـيخصـــصه الباحث للحديث عن ماهية الدعوى الأصلية المباشرة، ومن ثم الحديث عن تقدير الدعوى الأصلية المباشرة من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول

ماهية الدعوى الأصلية المباشرة

يقصد بهذه الدعوى أن يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون معين، برفع دعوى أصلية أمام المحكمة المختصـــة يطلب فيها الحُكم ببطلانه لمخالفته الأحكام الدستورية، ومن ثم فهي وسيلة هجومية تتم دون انتظار لتطبيق القانون على صاحب الشأن[١].

وتُعدّ الدعوى الأصـــلية دعوى قضـــائية قائمة بذاتها منفصلة عن غيرها من النزاعات الموضـــوعية، وبموجبها يحق لصـــاحب الشـــأن الذي تضـــرر من التشريع المخالف للقواعد الدســـتورية وتوافر فيه شروط المصلحة بان أصابه ضرر أو قد يصيبه بالمستقبل رفع دعوى أمام المحكمة المختصـــة بشـــكل مباشـــر للنظر فيه، وحتى وإنْ لم يطبق عليه التشـــريع بعد،

---

(١) د. رمضـــان بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دائرة النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٦، ص ٣٥٧.

وللمحكمة أن تقضـــي بإلغائه إذا تبيّن عدم دســـتوريته أو رفض الدعوى في خلاف ذلك، دون ارتباطهما بنزاع قائم أمام محكمة أخرى(٢).

وهذا يعني أنّ هذا النوع يتمثل في مبادرة من صاحب الشأن يرفع دعوى أمام المحكمة المختصـــة، للمطالبة بإلغاء قانون مخالف للدســـتور، دون أن ينتظر حتى يطبق عليه، ويترتب على رفع الدوى طرحها على المحكمة المختصة للتحقق من المخالفة، فإذا ثبتت المخالفة قضت ببطلـــان هذا القانون وإلغائه، ولذلك تســـمى هذه الرقابة أيضـــاً برقابة الإلغاء، ويكون الحكم الصـــادر في هذه الحالة ذو حجة عامة ومطلقة، أي يسري في مواجهة الكافة واعتبار القانون المحكمة بإلغائه كأنْ لم يكن، ســـواءً من حيث تاريخ صدوره أم بالنسبة للمستقبل فحسب، مما يحول دون عرض النزاع مرة أخرى، ولو بصدد مسألة فرعية يحكمها هذا القانون(٣).

فالمراد بهذه الدعوى، هو أن يختصـــم صـــاحب الشأن القانوني بصفة أصلية ومستقلة عن أي نزاع آخر، لذلك فالرقابة عن طريق الدعوى "وســـيلة هجومية" مباشـــرة، موجّهة إلى القانون المخالف لأحكام الدســـتور، فصاحب الشأن لا ينتظر تطبيق القانون عليه أو وجود نزاع معين أمام القضـــاء، حتى يطعن بعدم الدســـتورية، إنما يســـتطيع أن يرفع هذه الدعوى بصفة أصـــلية ومستقلة عن أي نزاع آخر، ولذلك سميت هذه الدعوى بالدعوى الأصلية المباشرة، ولا يشـــترط بالطاعن بعدم دستورية القانون أن تكون له مصلحة جدية في إلغاء القانون، بل يكفي أن يكون القانون المطعون فيه قد يمسّ مصـــلحة من مصـــالحه، ولو كانت محتملة، في حالة تطبيقه، يستطيع صاحب الشأن أن يرفع دعواه دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه(٤).

وقد أخذت الكثير من الدســـاتير بالدعوى الأصـــلية كالدســـتور الألماني والبولندي والنمساوي والمجري، وكذلك المحكمة الدستورية الإسبانية، حيث أخذت إسبانيا بما يُسمى نظام محامي الشـــعب الذي يســـعى إلى الدفاع عن ســـيادة الدســـتور ومصالح الجماعة في مواجهة

---

(٢) نوار بدير، الرقابة القضـــائية على دســـتورية القوانين، ســـلســـلة أوراق عمل، بيرزيت للدراسات القانونية، جامعة بيرزيت، وحدة القانون الدستوري، العدد ٥ لسنة ٢٠١٧.

(٣) د. محمد علي سويلم، القضاء الدستوري، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، طبعة ٢٠١٩، ص ٥٢٣.

(٤) زيد أحمد توفيق الكيلاني، الطعن في دســـتورية القوانين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، لسنة ٢٠١٢، ص ٦٨.

الحكومة، وعرفت البرتغال كذلك هذه الرقابة وأوجدت نموذجاً سُـــمي (بالإمبودســـمان)، وهو شبيه بما هو موجود في إسبانيا، حيث يقوم بحماية الدستور والحقوق والحريات العامة، كما أنه يستطيع اللجوءللمحكمة الدستورية لإلزام البرلمان بإصدار ما هو ضروري من تشريعات لتنفيذ القواعد الدستورية(٥).

وقد تبنّى المشـــرّع الفلســـطيني الدعوى الأصـــلية المباشرة صراحة بقانون المحكمة الدســـتورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦، حينما نصّت المادة ١/٢٧ على "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: ١- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشـــخص المتضـــرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة ٢٤ من هذا القانون..."، على أن تكون هذه الرقابة لاحقة للتشـــريعات بعد إصـــدارها، بالتالي فإن هذه النص خوّل الشـــخص المتضـــرر إمكانية الطعن بدســـتورية أي تشـــريع يعتقد بأنّه غير دستوري وينتهك أحد حقوقه وحرياته أمام المحكمة الدستورية المختصة بذلك.

وعلى الرغم من أنّ المشرّع الفلسطيني في النص السابق قد حدّد من حيث اللفظ الذي أورده في المادة ٢٧، بأنّ الدعوى تثبت للأشـــخاص المتضـــررين من التشريع المطعون بعدم دســـتوريته، فإنّ اتجاهاً فقهياً(٦) يرى أنّ ذلك الحق يثبت كذلك للهيئات المعنية بســـيادة القانون المتمتعة بالأهلية القانونية، حيث يحق لممثل تلك الهيئات أن تلجأ للمحكمة الدســـتورية بالطعن المباشـــر في دســـتورية تشـــريع مخالف لنصوص الدستور، وهو الأمر الذي اتبعته المحكمة الدستورية العليا في فلسطين، حيث تتيح لكافة الأشخاص الطبيعية والاعتبارية الحق في اللجوء المباشـــر عن طريق الدعوى الأصلية المباشرة للطعن بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة أو نظام.

وتجدر الإشـــارةإلى أنّ هذا الحق الذي منحه المشـــرّع الفلســـطيني للأشخاص بالطعن المباشـــر بعدم دستورية القوانين، إنما يكون بعد صدور القانون وتطبيقه، وليس قبل إصدارها، أي أنّ هذه الرقابة تُعد بمثابة الرقابة اللاحقة لإصـــدار القانون، وليست رقابة وقائية سابقة، كما

---

(٥) د. علي الخشـــان، محاضـــرة بعنوان نحو قضـــاء دستوري فلسطيني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، لسنة ٢٠٠٤، ص ١٤٠.

(٦) د. فتحي الوحيدي، القضاء الدستوري في فلسطين، دار المقداد للنشر،غزة،لسنة ٢٠٠٤ ص ١١٣.

نجد المشـــرّع الفلسطيني قد أتاح هذا الحق لجميع الأشخاص دون تقييد رفع الدعوى الدستورية الأصلية، بشرط أن تتوافر لهم المصلحة.

والمصـــلحة التي يشترط توافرها هي المصلحة القانونية المباشرة طبقاً لنص المادة ٣ من قانون أصـــول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لســـنة ٢٠٠١، والتي تنصّ على أنّه "لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصـــاحبه مصـــلحة فيه"[٧]، لاســـيما أنّ المشرّع الفلســـطيني قد أحال ذلك الأمر للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وهذا ما نصّت عليه المادة(٢٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بقولها، "تسري على قرارات الـــإحـــالـــة والدعاوى والطلبات (التي تقدم للمحكمة) الأحكام المقررة في قانون أصـــول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.

وقد ســـارت المحكمة الدســـتورية على هذا المبدأ، وهو توفر شرط المصلحة استناداً للقواعد العامة في العديد من أحكامها، حيث جاء في خضـــمّ حيثيات حكم أصـــدرته في قضية عرضت عليها عندما نازع أحد الأشخاص بطريق الدعوى الأصلية المباشرة في مدى دستورية قرار مجلس الوزراء رقم ٢٠/٢٣١/١٧/م.و/ر.ح لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١٢/٤ القاضي بالمصادقة على نهاية الفقرة (٧) من التوصيات الصادرة عن الجنة الفنية لتنظيم قطاع التبغ في فلســـطين، التي تفيد بفرض ضـــريبة شراء على إدخال واستيراد فلاتر السجائر بواقع ١,٤٠ لكل ٢٠ فلتر، لمخالفتها نص المادة ٨٨ من القانون الأســـاســـي، التي تفيد بأنّ فرض الضـــرائب يتم بموجب قانون، حيث قررت المحكمة الدســـتورية بالأغلبية عدم قبول الدعوى ومصادرة الكفالة وتضمين الطاعن ٢٠٠ دينار لانعدام مصلحتهم المباشرة في إقامة الدعوى[٨].

كما تجدر الإشـــارةإلى أنّ القضـــاء الفلســـطيني قد اتبع هذا النهج وهو الطعن بطريق الدعوى الأصلية المباشرة، قبل صدور قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم ٣ لسنة

---

(٧)د. عثمان التكروري, الكافي في شـــرح قانون أصـــول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لســـنة ٢٠٠١، ، لســـنة ٢٠١٢، ص ٢٨٣ وما بعدها.

(٨) طعن رقم ٢٠١٩/٨، جلســـة ٢٠١٩/٥/٢٧، أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا عبر شبكة الانترنت.

٢٠٠٦، حيث أقرّ بموجب الحكم الصـــادر عن المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية استناداً لنص المدة ١٠٤ من القانون الأســـاسي الفلسطيني في الطعن رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ على أنّه "من حق الأفراد والهيئات ذات الصـــفة القانونية رفع الدعوى الدستورية بصفة رسمية إلى المحكمة العليا بصـــفتها دستورية، حيث أنّ القضاء لم يشترط المصلحة الشخصية المباشرة، وإنما اكتفى بشرط الصفة[٩].

أما فيما يتعلق بموقف المشـــرّع والقضـــاء المصـــري، تجدر الإشارةإلى أنّ المشرّع الدســـتوري في مصـــر لم يأخذ بطريق الدعوى الدســـتورية الأصـــلية التي أخذ بها المشرّع الفلسطيني وبعض الدول مثل سويسرا وإسبانياً، ذلك أنّ النصوص الدستورية وكذلك نصوص قـــانون المحكمة العليا وقانون المحكمة الدســـتورية العليا لم يرد في أيّ منها أي ذكر لطريق الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة[١٠].

حيث لم تُجزْ المادتان ٢٧، ٢٩ من قانون المحكمة الدســـتورية العليا المصرية الطعن بطريق الدعوى الأصـــليةالمباشـــر في النصـــوص المدعى مخالفتها للدســـتور، ذلك أنّ هاتين المادتين نظمتا طرق اتصـــال الخصـــومة الدســـتورية بها، وهي طرائق لا بديل عنها ولا تفيد جواز الطعن بالطريق المباشـــرة في دســـتورية النصوص القانونية المدعى مخالفها للدستور، بقصد إبطالها إبطالاً مجرداً[١١].

وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية على القضاء بعدم قبول الدعوى الدســـتورية، إذا ما رفعت من قبل الأفراد بطريق مباشـــر، أي أنها اســـتقرت على أنه لا يحق للأفراد اللجوء إلى المحكمة الدســـتورية العليا للطعن بعدم الدستورية، وهذا ما قضت به أيضاً المحكمة العليا المصـــرية من قبلً، على أنّ مؤدى المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية أنّ المشـــرّع لم يجز صراحةً الدعوى الأصلية كوسيلة للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية، فلا يجوز للأفراد رفع دعوى أصـــلية أمام المحكمة الدستورية العليا، بقصد إثبات أن قانوناً أو

---

(٩) أ. يحيى نافع الفرا، طرق إقامة الدعوى الدستورية، محاضرة بجامعة الأمة، غزة، لسنة ٢٠١١، ص ٢٦.

(١٠) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، مكتبة الكتب العربية، لسنة ٢٠٠٢، ص ١٩٦.

(١١) د. عوض المر، الرقابة القضـــائية على دســـتورية القوانين في ملامحها الرئيســـة، مركـــز رينيه – جان دبوي للقانون والتنمية ، سنة ٢٠٠٣م ، ص ٦٩٧.

لائحةً معينةً يخالف نصـــاً دســـتورياً ما دام القانون أو اللائحة لم يجد بعد مجالاً للتطبيق، ولا يجوز كذلك للأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة رفع دعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية العليا المصـــرية، وذلك تأسيساً على أن قانون المحكمة الدستورية العليا قد نظم بالمادتين ٢٧، ٢٩ الطرق التي لا تقبل الدعوى الدستورية إلا بموجها، والبيّن من هاتين المادتين أن كلتاهما لا تخولان الأشـــخاص الاعتبارية أو الأشـــخاص الطبيعية الطعن في النصوص التشريعية بالطرق المباشرة(١٢).

وهذا الأمر أكّدته المحكمة الدســـتورية العليا المصرية في خضمّ حيثيات حُكم أصدرته في قضـــية عُرض عليها "وحيث أنّه عن طلبا المدعي إعادة الدعوى للمرافعة والتصـــريح له باتخاذ إجراءات الطعن بعدم دســـتورية المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لســـنة ١٩٩٨ المشـــار إليه، فإنّ قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنّ ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، مناطها اتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليهـــا في المادة ٢٩ من قانونها، وذلك إما بإحالة هذه المســـائل إليها مباشـــرةً من محكمة الموضوع لتقول كلمتها فيها، وإما من خلال دفع بعدم دستورية نص قانوني يبديه الخصم أثناء نظر النزاع الموضوعي، ونقد محكمة الموضوع جدلية لترخص بعدئذٍ لهذا الخصم وخلال أجل لا يجاوز ثلاثة أشـــهر، يرفع دعواه الدســـتورية في شأن النصوص التي تناولها هذا الدفع، ولم يجز الشارع –بالتالي– الدعوى الأصلية التي ترفع مباشرةً أمام المحكمة الدستورية العليا سبيلاً للطعن بعدم دســـتورية النصـــوص التشـــريعية، وهذه الأوضاع الإجرائية تُعدّ من النظام العام باعتبارها من الأشـــكال الجوهرية التي نفيا بها المشرّع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المســـائل الدستورية بالإجراءات التي حددها، فإنّ هذا الطلب يكون غير مقبول لرفعه إلى هذه المحكمة بالمخالفة لقانونها(١٣).

أما من حيث موقف الفقه المصـــري حول الدعوى الأصـــلية المباشرة، فقد انقسم الفقه المصـــري مـــا بين مؤيّـــد ومعارض؛ فقد ذهب البعض في تبرير عدم الأخذ بطريق الدعوى

---

(١٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر،مرجع سابق ، ص ١٩٧.

(١٣) راجع طعن رقم ٢٣٠ لســـنة ٢٠ قضـــائية دســـتورية، جلسة ٨ يونيو ٢٠٠٠، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء ٩، ص ٦٣٧.

الأصلية إلى أنه قد رأى الاكتفاء حالياً بالوسائل الثلاثة خشية أن تؤدي إباحة حق الطعن المباشر إلى إساءةاستعماله، بما يكدّس القضايا أمام المحكمة ويعوقها من التفرغ لمهامها الجسام، علاوةً على أنّ الأصـــل هو مراعاة كافة القوانين واللوائح لأحكام الدستور، أي أنّ يثور خلاف جرى بشـــأن عدم دســـتورية أي نص منها عند طرحه على القضاء لتطبيقه فيعرض أمر دستوريته للبت فيه(١٤).

ومع ذلك فإنّ جانباً من الفقه يفضل أن يأخذ المشرّع بطريق الدعوى الأصلية، لأنّه من المحقق أن الســـماح للأفراد بإقامة دعوى بعدم الدستورية يكفل لها فرصة أوفى في إثارة مسألة الدســـتورية، ويعفيهم من القلق والانتظار لحين أن تُقام دعوى ضـــدهم، حتى يتسنى لهم إبداء الـــدفع بعدم الدســـتورية، وتقتنع المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بجدية الدفع أو تقوم بإحالة الأوراق من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستوريةالعليا للفصل في مسألة الدستورية(١٥).

وقد ذهب أيضاً المستشار الدكتور عبد العزيز سلمان في كتابه رقابة دستورية القوانين بأنّه كان من الأوفق أن يأخذ المشـــرّع المصري بطرق الدعوى الأصلية بجانب الطرق الثلاث الأخرى، وعدم التعلل لترك هذا الطريق بإســـاءة اســـتخدام المواطنين له، بل من الواجب عدم حرمانهم من هذا الحق الأصـــيل للتقاضـــي في شأن دستورية أو عدم دستورية القوانين، وكان من الأولى الأخذ ببعض الضـــمانات لعدم إســـاءة اســـتخدام هذا الحق، كان يشترط ممن يرفع دعوى أصلية بعدم الدستورية أن يكون في مركز قانون يمسه النص المعطون عليه.

وتأخذ الرقابة بطريق الدعوى الأصلية المباشرة صورتين:

<u>الصـــورة الأولى</u> وهو الرقابة السابقة، وهي الرقابة التي تباشر في مرحلة تكوين القانون، أي أنها تتم في مرحلة اقتراح وســـنّ القانون، ومثال ذلك ما هو مقرر في الســـويد، إذ لا يعرض الاقتراح بمشـــروع قانون ما على البرلمان إلا بعد موافقته لأحكام الدستور، والوضع الغالب أن تتم هذه الرقابة بعد ســـنّ القانون وقب إصداره، وإذا كان رئيس الدولة هو الذي يتولى إصدار

---

(١٤) المســـتشـــار أحمد ممدوح عطية، ، دراسة مقارنة تحليلية حول قانون المحكمة الدستورية العليا، الجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمةالدستورية العليا في مصر، القاهرة ، ص ١٣٨.

(١٥) د. ســـعد عصـــفور، المبادئ الأســـاسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، لسنة ١٩٩٨، ص ٣١٦.

القانون بعد سنة من قبل السلطة التشريعية، فيكون هو المختص بتحريك هذه الرقابة إذا رأى وجهاً لذلك[١٦].

الصورة الثانية: الرقابة اللاحقة، وهي التي تمارس بعد صدور القانون، وبعد استكمال كافة الإجراءات اللازمة لنفاذه، فهي تفترض صدور القانون وأنه يمكن الطعن في دستوريته عن طريق دعوى تُرفع أمام القضاء المختص، فإذا تحقق عن دستوريته حكم بإلغائه، وتطبيقاً لذلك قررت بعض الدول للأفراد حق الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية المختصة، ومن ذلك الدستور الإسباني الصادر في ٢٩ ديسمبر لسنة ١٩٧٩[١٧]، كما أنّ المشرّع الفلسطيني اعتنق جزاء الأسلوب أيضاً من خلال المادة ١/٢٧ قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ السابق ذكرها.

الفرع الثاني

تقدير الدعوى الأصلية المباشرة

انقسم الفقه الدستوري ما بين مؤيد ومعارض لفكرة الدعوى الأصلية المباشرة، وكان لكل منهم حجته التي استند إليها، وذلك لتدعيم موقفه ومبرراته، فقد ركّز الجانب المؤيد لفكرة الدعوى الأصلية المباشرة على أهم مميزات هذه الدعوى، بينما ركّز الجانب الآخر من الفقه وهو المعارض لفكرة الدعوى الأصلية لذكر عيوب هذه الطريقة من طرف اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية.

أولاً- مزايا الدعوى الأصلية المباشرة:

تعرّض المشرّع الذي رفض اتباع تلك الوسيلة في نصوص قانونه المُنشئ للمحكمة الدستورية العليا للنقد، على اعتبار أنّ إهدار تلك الطريقة يؤدي إلى انتهاك حق الأفراد في كفالة حقوقهم، مما يجعلهم في حالة من القلق والانتظار المستمر لحين أن تُقام دعوى ضدهم،

---

(١٦) د. محمد علي سويلم، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٥٣٢.

(١٧) د. محمد علي سويلم، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٥٣٣.

تمكّنهم من الدفع بعدم الدستورية عن طريق الدفع الفرعي[١٨]، وقد أسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالمبررات التالية:

١- تُعدّ الدوى الأصلية المباشرة دعوى مبتدأه يقوم صاحب الشأن بتوجيهها بصفة مستقلة ضد قانون معين للحكم بإلغائه، نظراً لمخالفته للدستور وهي دعوى مباشرة تهاجم القانون بطريقة مباشرة، ناعيةً عليه خروجه عن أحكام الدستور[١٩].

٢- الدعوى الأصلية تركّز سلطة الرقابة في أيدي جهة قضائية بعيداً عن الأنجذابات للتيارات والأهواء السياسية، كذلك يجعل حُكم المحكمة حاسماً للنزاع بصورة نهائية، بحيث يقفل الباب فيالمستقبل أمام أي دعوى أخرى قد تثور بشأن دستورية التشريع[٢٠].

٣- كذلك تمتاز هذه الدعوى الدستورية التي ترفع من قبل الأفراد بصورة أصلية للطعن في تشريع معين، أو فينص منه، بأنّها دعوى موضوعية على اعتبار أنّ الطاعن لا يخاصم شخصاً معيناً، وإنما يخاصم تشريعاً مطعوناً بدستوريته، وذلك على خلاف الأصل العام المقرر في الدعاوى القضائية الأخرى باعتبارها دعوى شخصية[٢١].

٤- يمكن تدارك جميع النتائج السلبية التي يمكن أن تعيب مثل هذه الطريقة من خلال وضع شروط وضمانات كافية للحد من كيديتها، مثل أن يكون الحق في رفعها لا يكون لجميع الأفراد دون قيد، وإلا كانت دعوى أصلية بحتة، بل يجب أن يتوفر في رافع هذه الدعوى شروط المصلحة، أي أن يكون قد أصابه ضرر أو يحتمل ذلك فيما لو طبق عليه. وكذلك فرض غرامة مالية على من يخسر الدعوى الأصلية، وكذلك من خلال إعطاء حق رفع الدعوى الأصلية إلى الهيئات المختلفة الموجودة في الدولة، والتي تتمتع بشخصية معنوية

---

(١٨) د. سعاد الشرقاوي، القانون الدستوري والنظم السياسية المصرية، تحرير الاقتصاد والدستور، ١٩٧١، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة ١٩٩٨، ص ٢٠٦.

(١٩) د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٩٧م ، ص ٢٠٠.

(٢٠) د. حسن ناصر المحن، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، لسنة ٢٠٠٨، ص ٦٧.

(٢١) د. عادل الحياري، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، لسنة ١٩٧٢، ص ٢٥٦.

عامة مستقلة مثل الجامعات وكليات الحقوق والنقابات، وبصفة خاصة نقابة المحامين والمجالس البلدية وغيرها[٢٢].

ثانياً- عيوب الدعوى الأصلية المباشرة:

على الرغم من المزايا والمبررات التي ساقها الجانب المؤيد لفكرة الدعوى الأصلية المباشرة، إلا أنّ هناك جانب آخر من الفقه يرى أنّه يجب الاكتفاء بالوسائل الثلاثة لأتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية فقط، وهي الدفع والإحالة والتصدي دون الدعوى الأصلية، ويبرر هذا الجانب من الفقه حججه بالمبررات التالية، والتي تُعدّ عيوب الدعوى الأصلية، وهي كالتالي:

١. تؤدي الدعوى الأصلية إلى إباحة حق الطعن المباشر في دستورية القوانين إلى إساءة الاستعمال، مما يكرّس القضايا أمام المحكمة الدستورية العليا ويعيقها من التفرغ لمهامها، علاوة على أنّ الأصل هو مراعاة كافة القوانين واللوائح لأحكام الدستور، إلى أن يثور خلاف جدي بشأن عدم دستورية أي نص منها عند طرحه على القضاء لتطبيقه، فيعرض أمر دستوريته للبت فيه[٢٣].

٢. يؤدي إعطاء محكمة معينة سلطة إلغاء القوانين غير الدستورية، يجعل منها قوة هائلة ويمنحها نفوذاً ضخماً في مواجهة السلطات العامة الأخرى وقد يؤدي إلى الصدام بينها وبين البرلمان.

٣. إن قيام المحكمة بإلغاء القانون المخالف لأحكام الدستور، ابتداءً من خلال الدعوى الأصلية المباشرة، وهذا الأمر يمثل تدخل في عملية التشريع وخروجاً على اختصاص القضاء، وبالتالي إهدار مبدأ الفصل بين السلطات[٢٤].

---

(٢٢) د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٢، ص ٥٥٦.

(٢٣) د. فتحي الوحيدي، القضاء الدستوري في فلسطين، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٢٤) محمد أبو زيد محمد، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة ٢٠٠٥، ص ١٥٨.

في رأينا فإنّ المشـــرّع الفلسطيني كان موفّقاً عندما منح الأفراد الحق في رفع الدعوى الأصـــلية المباشرة، وقد كان المشرّع الفلسطيني متجاوباً في ذلك مع الاتجاه الفقهي الفلسطيني، وخصـــوصـــاً الـــدكتور فتحي الوحيدي، الذي قدّم مذكرة لرئيس اللجنة القانونية في المجلس التشـــريعي، وذلك لغاية إدراج موضـــوع الدعوى الأصلية كوسيلة من وسائل اتصال المحكمة بالدعوى، وخصـــوصـــاً أنّ مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا في فلسطين كان يخلو من هذه الوسيلة، وقد تجاوب المشرّع الفلسطيني مع هذه المذكرة، وحسناً فعل المشرّع الفلسطيني، وذلـــك لما لهذه الطريقة من أهمية في صـــون الحقوق وحريات الأفراد، وحماية مصـــالحهم القانونية من جانب، كما أنّ انتهاك هذا الحق يُعدّ خروجاً عن مبدأ دســـتوري مقارن، ومن أهم مبادئ حقوق الإنسان، وهو أنّ حق التقاضي مصون للجميع من جانب آخر.

المطلب الثاني

الدفع الفرعي بعدم الدستورية

يُعدّ الدفع الفرعي إحدى وســـائل تحريك الدعوى الدســـتورية، وهي وســـيلة ليســـت بالهجومية، كما الحال بالنســـبة للدعوى الأصـــلية، وإنما تُعدّ وسيلة دفاعية حيث أنّ الطاعن لا يلجأ إلى الدفع الفرعي بصـــورة مباشرة، بل يفترض وجود دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم النظامية أو هيئة ذات اختصـــاص قضـــائي، وإنّ هناك قانوني أو لائحة ســـيتمّ تطبيقه في تلك الدعوى، حينئذٍ يقوم الطاعن بالدفع أمام محكمة النزاع بعدم دســـتورية هذا القانون أو اللائحة، فإذا رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدّي، أجلت النظر في الدعوى المنظورة أمامها، وحددت لمن أثار الدفع أجلاً لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا انقضى الميعاد ولم ترفع الدعوى اعتبر الدفع كأنْ لم يكن.

ويختلف إجراء محكمة الموضـــوع التي أثير أمامها الدفع الفرعي بحســـبما إذا كانت ضمن نظام مركزية الرقابة الدستورية أو لا مركزيتها, **في ظل مركزية الرقابة**؛ توقف المحكمة الســـير في الـــدعوى المنظورة أمـــامهـــا لحين البت من قبل المحكمة الدســـتورية العليا في دستوريةالقانون المتنازع على دستوريته كما هو الحال في فسلطين ومصر.

أما في ظل لامركزية الرقابة؛ إذا سلم قاضي الموضوع بصحة الدفع المثار، عندئذٍ يمتنع عن تطبيق القانون المتعارض مع الدستور، مثال ذلك ما هو مطبق أمام المحاكم الأمريكية.

وتعتبر وسيلة الدفع الفرعي هي الأداة الأساسية الأكثر شيوعاً وانتشاراً لتحريك الدعوى الدستورية، ولا سيّما في الدول التي لا تعتنق الدعوى الأصلية المباشرة كوسيلة من وسائل اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية[٢٥] مثل جمهورية مصر العربية.

وقد أخذ كلٌّ من المشرّع الفلسطيني والمشرّع المصري بهذه الطريقة على حدٍّ سواء، واعتبروها من وسائل اتصال المحكمة بالدعوى الدستورية، فقد نصّ المشرّع الفلسطيني في المادة ٣/٢٧ من قانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ قانون المحكمة الدستورية على "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي:"..... ٣- إذا دفع الخصوم أثناء النظر بالدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون او مرسوم أو لائحة أو نظام، ورأت المحكمة أو الهيئة أنّ الدفع جدي، يؤجل النظر بالدعوى ويحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ٦٠ يوماً[٢٦]، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإنّ لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأنْ لم يكن".

كما نصّت المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه الآتي: "..... ب- إذا دفع الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أنّ الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأنْ لم يكن".

---

(٢٥) د. محمد زياد جرادات، الدفع الفرعي طبقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني المعدل رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح الوطنية للبحوث,لسنة ٢٠٢١ ص ٤.

(٢٦) تم تعديل ميعاد الدفع من تسعين يوماً إلى ستين يوماً بموجب القرار بقانون رقم١٩ لسنة ٢٠١٧ بتعديل أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة٢٠٠٦.

وعلى ضـــوء هذين النصـــين السابقين، فإننا سوف نقسم هذا المطلب لعدة فروع على الوجه التالي:

الفرع الأول: مفهوم الدفع الفرعي وطبيعته القانونية.

الفرع الثاني: تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع الفرعي.

الفرع الثالث: آثار الدفع الفرعي.

الفرع الأول

مفهوم الدفع الفرعي وطبيعته القانونية

يقصـــد بهـــذه الطريقة الدفاع وليس الهجوم، باعتبار أنّ إثارتها لا يكون إلا بمناســـبة نزاع معروض أمام القضاء، فطريق الدفع الفرعي يفترض أن هناك نزاعاً ما مطروحاً أمام محكمة جنائية أو مدنية أو إدارية[٢٧]، وهناك قانون معين مطلوب تطبيقه في هذا النزاع، فيدفع الخصم بعدم دستورية ذلك القانون، وفي هذه الحالة إذا وجد القاضي أن الدفع جدياً وأنّ القانون يخالف الدســـتور حقيقة، فلا يقضي بإلغاء هذا القانون، وإنما يمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة، ولكن يبقى القانون قائماً وموجوداً، بل يمكن لمحكمة أخرى أن تطبق ذات القانون في قضـــية أخرى إذا لم يدفع بعدم دســـتوريته أو إذا وجدت المحكمة أن القانون دســـتوري، ومن ثم تُعدّ طريقة الدفع طريقة دفاعية تســـتهدف اســـتبعاد تطبيق القانون في قضـــية معينة فحســـب، ولا تستهدف إلغاءه وإعدامه من الوجود[٢٨].

وتكتســـب هذه الوســـيلة من وســـائل تحريك الدعوى الدستورية أهمية كبير، وذلك باعتبارها الوســـيلة الوحيدة التي يملك بموجبها الأفراد تحريك الدعوى الدستورية، إذا ما حُرموا من حق تحريك هذه الدعوى عن طريق الدعوى الأصلية المباشر، كما هو في فرنسا ومصر.

---

(27) Le premier critèreportesur le lien matériel entre la disposition contestée et le procès, comme le précisel'ordonnance de 1958: "*La contestation portesurune disposition législative qui commandel'issue du litigeou la validité de la procédure*". Cecritèrerenforcel'idéeque la QPC est un simple moyenlors d'un procès et non quece dernier puisseêtreconsidérécommel'accessoire du contrôle de constitutionnalité.

(٢٨) د. محمد علي سويلم، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٥٣٩.

وتلعب السلطة القضائية دوراً هاماً في تحريك الدعوى الدستورية عن طرق الدفع الفرعي، وذلك من خلال سلطتها في تقدير جدية الدفع الفرعي المثار من أحد الخصوم بعدم دستورية تشريع، حيث أنّ وصول هذا الدفع إلى جهة الرقابة الدستورية متوقف على اقتناع المحكمة التي أثير أمامها بجديته ووجاهته وارتباطه بالدعوى المعروضة عليها[٢٩].

والدفع الفرعي بعدم دستورية نص أو قانون بأكمله يدخل ضمن عموم الدفوع الفرعية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦، وهي تلك الدفوع التي تستهدف تأجيل الخصومة أو وقفها لحين الفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع.

ويمكن القول أنّ الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة أو مرسوم يثير مسألة أولية على النحو الذي تبناه المشرع الفرنسي La question prioritaire de constitutionnalité، ومن ثمّ لا تستطيع محكمة الموضوع أن تتنظر الدعوى المعروضة أمامها ولا تفصل فيها ما لم تحسم المسألة الأولية، أي مسألة موضوع الدفع[٣٠].

ويعتبر الدفع بعدم الدستورية من الدفوع الموضوعية التي يمكن إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، كما أنه من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، إذ تستطيع المحكمة أن تتعرض لها من تلقاء نفسها، بأن تحيل موضوعه إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيه، وهو كذلك من الدفوع القانونية التي يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض.

وهذا المبدأ أكّدت عليه محكمة النقض المصرية في حكمها الذي جاء فيه "إن مفاد نص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض يدلّ على الشرعية الدستورية أن تكون النصوص التشريعية الواجبة التطبيق على أي نزاع مطابق لأحكام الدستور، فلا يجوز لأي محكمة أو هيئة اختصها المشرّع بالفصل في نزاع معين، وأيّاً كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها أعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها، إذا بدا لها مخالفة للدستور، من باب

([٢٩]) تركي سطام المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

([٣٠]) د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ١٧١.

أولى إذا قضـــت المحكمة الدســـتورية العليا بعدم دستوريته، فهذا القضاء واجب التطبيق على جميع المنازعات التي تخضع لتطبيق هذا النص القانوني، ما دام الحكم بعدم الدستورية قد لحق الـــدعوى قبل أن يصـــــدر فيها حُكم باتّ، وهذا الأمر يتعلق بالنظام العام، ويتعين على محكمة النقض إعماله من تلقاء نفسها، كما يجوز إثارته لأول مرة أمامها، وذلك باعتبارها من المحاكم التي عنتها المادة ٢٩"[٣١].

وفي نفس الاتجاه ســـار قضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، حيث جاء فيه "بعد التـــدقيق والاطلاع على قرار محكمة النقض بتاريخ ٢٠١٩/٧/١٠، فإنّ المحكمة الدســـتورية العليـــا ترى أنّ الطعن رقم ٢٠١٩/١٨ قـــد ورد وفقاً لأحكام المادة ٣/٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته، إذ تم الدفع أمام محكمة النقض بعدم الدستورية، ومن ثم ســـمحت له المحكمة باللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا، وهذا يتم وفقاً لأحكام المادة ٣/٢٧ من قانون المحكمة الدســـتورية، وبهذا فإنّ المحكمة الدســـتورية العليا تتجاوز الخطأ المادي الذي ورد في قرار محكمة النقض بالإشارة إلى المادة ٢/٢٧ وهي المادة ٣/٢٧، وحيث أنّ الطعن المـــاثل تم خلال المدة القانونية، فإنّ المحكمة الدســـتورية العليا تعتبر أنّ اتصـــال الـــدعوى الـــدســـتورية بالطعن تم بطريق الدفع الفرعي وفقاً لأحكام المادة ٣/٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا"[٣٢].

الفرع الثاني

تقدير محكمة الموضوع بجدية الدفع الفرعي

لم يضـــع المشـــرّع الـــدســـتوري معيـــاراً حاســـماً لكون الدفع جدياً من عدمه ."*caractèresérieux*"، ولكنه ترك الأمر بذلك لمحكمة الموضوع تفصل به بحُكم يجوز أن يكون محلاً للطعن اســـتقلالاً أمام المحكمة الأعلى، وإذا كان المشرّع الدستوري قد خوّل قاضي الموضـــوع ســـلطة تقديرية فى تحديد مدى جدية الدفع بعدم الدستورية دون أن يحدد المقصود

([٣١]) محكمة النقض المصرية رقم ٢٤٨٩ لسنة ٥٦ قضائية، بتاريخ ١٩٩٧/٥/٢٩.

([٣٢]) راجع الطعن رقم ٢١ لسنة ٤ قضائية، جلسة ٢٠١٩/١١/٢٨، الوقائع الفلسطينية، العدد رقم ١٦١، ص ١٠٠.

بتلـــك الجـــديـــة[٣٣]، إلا أنّ الفقه قد تعرّض لمســـألة جدية الدفع، فقد تعدّدت الآراء في تحديد المقصود بالدفع الفرعي.

حيث ذهب جانب من الفقه[٣٤] إلى أنّ الدفع الجدي يقصـــد به الدفع الذي لا يســـتهدف إطالة أمد الدعوى الموضوعية، حيث أنّ الدفع الذي يستهدف التسويف يعتبر غير جدي عندما يكون القانون محل الدفع لا صلة له بالمنازعة موضوع الدعوى.

ويرى جانب آخر من الفقه[٣٥] ضـــرورة توافر شـــرطين لجدية الدفع وهما: أنْ يكون الفصل في المسألة الدستورية منتجاً في الفصل في الدعوى الموضوعية، فيجب أن تكون مسألة الدســـتورية متعلقة بنص في قانون أو لائحة يطلب تطبيقه في الدعوى الأصـــلية، وأن تكون مسألة الدستورية قائمة على أساس ظاهر أي أنّه يكفي أن تكون مسألة الدستور محل شكّ، أي أنّ هناك شـــبه خروج على أحكام الدســـتور تعلقت بالقانون أو لائحة، ولا يعني ذلك أن قاضي الموضوع يتحقق من عدم دستورية النص، بل المقصود من ذلك أن هذا الشك يُفسّر من جانب عدم الدستورية.

وذهب رأي آخر[٣٦] أكثر تحديداً إلى أنّ المقصـــود بجدية الدفع ينصرف إلى مسالتين أساسيتين:

الأولى أن يكون الفصـــل في المســـألة الدســـتورية منتجاً في الفصـــل في الدعوى الموضـــوعية، فيجب أن يكون الدفع بعدم الدستورية متصلاً بموضوع النزاع، بمعنى أن تكون المســـألة الدستورية المثارة متعلقة بنص في قانون أو لائحة يمكن تطبيقه على الدعوى الأصلية على أي وجه من الوجوه، وأن يترتب على الحكم بعدم الدســـتورية إفادة صـــاحب الشـــأن في الدعوى المنظورة.

---

(33) Le *caractèresérieux*. On retrouvetoutel'ambiguïtéd'une formulation qui donne un pouvoirdiscrétionnaire au juge *a quo*, sans pour autant en limiter la portée. Seulel'absence de caractèresérieuxpouvantservir de fondement a unrefus de transmission.

(٣٤) د. علي الســـيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، لسنة ١٩٧٨، ص ٥٥٦.

(٣٥) د. فتحي الوحيدي، القضاء الدستوري في فلسطين، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٣٦) د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ٣٨٨.

أمـــا المســـألة الثانية فتتمثل في كون أمر مطابقة القانون أو اللائحة يحتمل اختلافاً في وجهات النظر، فيتعين أن تكون هناك شـــبهة خروج على أحكام الدســـتور، ولا يعني ذلك أن قاضـــي الموضـــوع يتحقق من عدم الدستورية وإنما يعني أن هذا الشك يُفسّر في جانب عدم الدستورية.

ويبدو أن تفســـير المحكمة الدســـتورية المصرية للمقصود بجدية الدفع يتوافق مع هذا الجانب الأخير، حيث ذهبت المحكمة إلى أنّ "ما ينعاه أحد الخصـــوم في نزاع موضـــوعي من مخـــالفـــة نص قانوني لقاعدة في الدســـتور يفترض أمرين: أولهما أن يكون هذا النص لازماً للفصـــل في ذلك النزاع، فإذا لم يكن متعلقاً بالحقوق المدعى بها ومنتجاً في مجال الفصل فيها فَقَدَ منعاه ومغزاه، ثانيهما أن تكون المطاعن الدســـتورية المدعى بها في شأن هذا النص لها ما بظاهرها، وهو ما يعني جديتها من وجهة نظر أولية"[٣٧].

ونشـــير أيضـــاً في هذا إلى قرار محكمة صـــلح رام الله، والقاضـــي برد الدفع بعدم الدســـتورية المثار أمامها، وهي تنظر القضية الجزائية رقم ١٢٣١ لسنة ٢٠١٢، وذلك عندما تبين لهـــا عدم جدية هذا الدفع، إذ تقول في جنبات حيثيات قرارها: "بعد التدقيق في أوراق هذه الدعوى، تجد المحكمة أنّ الدفع الذي تقدم به وكيل الجهة المتهمة ينصـــبّ على شـــبهة عدم دســـتورية نص المادة ١٢ من قانون المطبوعات والنشـــر رقم ٩ لســـنة ١٩٩٥ مبيناً أنّ وجه المخالفة الدســـتورية المشتبه بها ينصرف إلى عدوان نص هذه المادة على القواعد الدستورية المنصـــوص عليها في المواد ١٥، ١٩، ٢٧ من القانون الأســـاسي الفلسطيني، ملتمساً بالنتيجة وقف السير بالدعوى وتأجيلها لتمكينه من ا لتقدم بدعوى دستورية لدى المحكمة العليا الموقرة بصـــفتها محكمة دستورية، وفي هذا تجد المحكمة أنّ دورها يقتصر على تحديد مدى جدية هذا الدفع الدســـتوري الفرعي عملاً بأحكام المادة ٣/٢٧ من قانون المحكمة الدستورية النافذ ليصار إلى التقرير في هذا الدفع وفق ما تمليه أحكام هذه المادة...".

([٣٧]) القضـــية رقم ٨٨ لســـنة ٢٠ قضـــائية دســـتورية، جلســـة ٢٠٠١/١٢/٩، مجموعة أحكام المحكمة الدســـتورية العلياالمصرية.

إنّ الدفع المثار لم يتطرق إلى شـبهة عدم الدسـتورية لنصوص المواد المسندة للجهة المتهمـة، ولا إلى تلك النصـوص التي يمكن أن تكون لازمة للفصـل بالدعوى، وهذا ما لا يسـتنهض ولـاية هذه المحكمة للتقرير بجدية هذا الطعن أو الجنوح إلى التقرير بإحالة هذه الدعوى إلى المحكمة العليا الموقرة بصـفتها الدسـتورية، عملاً بأحكام المادة ٢/٢٧ من قانون المحكمة الدسـتورية العليا النافذ، ذلك أنّ النيابة العامة لم تجنح إلى إسـناد أي وصـف للجهة المتهمة أو من يمثلها، اسـتناداً إلى نص المادة ١٢ من قانون المطبوعات والنشـر المطعون بدسـتوريتها، وإنما اقتصـر التجريم على المادة ٣٥٨ بدلالة المواد ١٨٨، ١٩٨ من قانون العقوبات، ولما كان من الثابت أن أعمال الدفع الدستورية من قبل هذه المحكمة، سواءً بطريق الدفع الفرعي أو بطريق الإحالة من قبل هذه المحكمة من تلقاء نفسها، يستنهض ولاية المحكمة العليا الموقرة التي تنعقد مؤقتاً بصـفتها الدستورية، للتصدي للبحث في دستورية نص ما، فإنّ ذلك يوجب أن يكون هذا الاستنهاض لازماً للفصل في موضوعية الخصومة الجزائية من حيث مدى اتفاقها مع الحقوق الأساسية التي كفلها القانون الأساسي، بقيام الدليل على أنّ ضرراً واقعاً بحق المتهم مردّه النص المطعون فيه، وأن لا يكون هذا الضـرر متوهماً، مرجعه إلى الخطأ في تأويل النص يفهمه على غير معناه، أو بتحريف على غير وجهه الصـحيح، أو بإضـافته على خلاف الحقيقة، وهو ما ينطبق على ما تضمنه دفع وكيل الجهة المتهمة...".

"... لـذلك واسـتناداً لكل ما تقدم، تقرر المحكمة رد دفع وكيل الجهة المتهمة لانعدام الجدية، وتبعاً لذلك تكليف ممثل الجهة المتهمة الحاضر بالإجابة عن التهمة المسندة لها"[٣٨].

ومما سبق يتبين لنا أنّه يمكن اعتبار الدفع الفرعي جدياً إذا توافر فيه الشروط التالية:

١- أن يكون الدفع الفرعي منتجاً ومؤثراً للفصل في الدعوى الأصلية، بحيث لا يتم إشغال المحكمة الدستورية بقضايا كيدية.

٢- أن يتكون لدى قاضـي الموضـوع شـكوك حول دستورية النصوص المدفوع بعدم دستوريتها.

([٣٨]) الحكم في القضـية رقم ١٢٣١ لسـنة ٢٠١٢ محكمة صلح رام الله، الصادر بتاريخ ٣ سبتمبر ٢٠١٢، المنشور في منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني (المقتفي)، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت.

٣- ألا يكون الدفع كيدياً، وألا يقصد منه المماطلة تعطيل السير في الدعوى الأصلية[٣٩].

وفي هذا السياق يثور تساؤلاً في غاية الأهمية حول تعلق الدفع الفرعي بالنظام العام، وبالتالي يمكن إثارته في أي مرحلة تكون عيها الدعوى؟

للإجابة على هذا السؤال يمكن القول أنّ الدفع الفرعي بعدم الدستورية يُعدّ من الدفوع القانونية المعلقة بالنظام العام[٤٠]، وبالتالي يمكن إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وأيضاً يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، وهذا ما أ:دت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية في العديد من أحكامها.

كما يثور تساؤل آخر وهو حول حق المحكمة الدستورية العليا في التعقيب على حُكم محكمة الموضوع بجدية الدفع بعدم الدستورية؟

يُعدّ تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية، التي تباشر من خلال نوع من التقييم المبدئي لمضمون المطاعن الموجهة للنص محل الدفع، وسلامة أسسها، حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية -في هذا السياق- إلى أنّه "ولئن كان الفصل في اتصال النص المطعون فيه بالنزاع الموضوعي من مسائل القانون التي لا ترخص فيها، إلا أن تقدير محكمة الموضوع جدية المطاعن الموجهة إليه هو مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية التي تباشر من خلاله نوعاً من التقييم المبدئي لمضمون هذه المطاعن وسلامة أسسها، فإذا لم تقل محكمة الموضوع كلمتها في شأن جديتها، قبل رفع الدعوى الدستورية، دل ذلك على نفيها تلك الجدية التي يعدّ ت سليمها بها شرطاً أولياً لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا[٤١].

ورغم ذلك فإنّ قرار محكمة الموضوع في مسألة جدية الدفع ليس نهائياً، حيث أنه إذا ما رفضت محكمة الموضوع الدفع المثار أمامها حول عدم دستورية نص أو لائحة، فيكون

([٣٩]) د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص ٩٢.

([٤٠]) د. علي عبد العال سيد أحمد، الدفع بعدم الدستورية، الطبعة الثانية، ١٩٩٧، مؤسسة دار الكتاب الكويتية، ص ٤٠.

([٤١]) طعن دستوري رقم ١٦٨ لسنة ٢١ قضائية دستورية، جلسة ٢٠٠٠/١١/٤، قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية.

الطعن فيه أمام محكمة ثاني درجة وليس أمام المحكمة الدستورية العليا، لأنّ هذه الأخيرة ليست جهة طعن بالنسبة للأحكام الصادرة عن محكمة الموضوع[٤٢].

وفي هذا السياق ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى أنّه "من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا في ممارستها لاختصاصاتها التي ناطها بها الدستور والقانون، سواءً ي مجال الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، أو الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة، أو فض التناقض الذي يقع بين الأحكام النهائية الصادرة منها، ليست جهة طعن في الأحكام القضائية الصادرة من محكمة الموضوع في المنازعات التي تطرح عليها[٤٣].

أما فيما يتعلق بإمكانية الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا باعتبارها محكمة موضوع، فيمكن القول بأنّ ذلك ممكناً وخصوصاً في المسائل التي تدخل في صميم اختصاص المحكمة الدستورية العليا، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ١٩٧٩/٤٨، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أنّه اختصها دون غيرها بالفصل في المسائل التي حددها حصراً، باعتبارها أولى من غيرها ببحثها وإصدار حكم فيها، لتعلقها بأعضائها والمستحقين عنهم في الشؤون التي تعنيهم مباشرة، وقوامها الطلبات الخاصة بمرتباتهم ومكافآتهم معاشاتهم، وكذلك القرارات الإدارية النهائية الصادرة في أي شأن من شؤونهم، سواءً تعلق الأمر بطلب إلغائها أم بالتعويض عنها، وتفصل المحكمة الدستورية العليا في تلك المسائل بوصفها محكمة موضوع تقصياً للعناصر الواقعة للنزاع المعروض عليها، وما يتعلق بها من القواعد القانونية التي ينبغي تطبيقها في شأن هذا النزاع، وعليها حلها قبل الخوض فيه، أن تفصل في المسائل الدستورية التي يطرحها الخصم عليها من خلال دفع بعدم الدستورية تقدر جديته[٤٤].

الفرع الثالث

آثار قبول الدفع الفرعي بعدم الدستورية

([٤٢]) د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص ٩٢-٩٣.

([٤٣]) طعن رقم ٧ لسنة ١٩ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٩/١٠/٢، قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية.

([٤٤]) القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية دستورية، جلسة ٢٠٠٠/٢/٥،احكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية.

بعد قيام أحد الأشـــخاص بالدفع بعدم دســـتورية نص أو لائحة أمام محكمة الموضوع، وثبت للمحكمة مدى جدية الدفع بعدم الدســـتورية، وتحققت كافة شـــروط الدفع وقررت محكمة الموضوع قبوله، فإنه يترتب على ذلك الآتي:

أولاً- تأجيل النظر في الدعوى أمام محكمة الموضوع:

عند قبول الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة، يستلزم قانون المحكمة الدستورية في كل من فســـلطين ومصـــر وفرنسا تأجيل الدعوى الموضوعية، فقد نصّت المدة ٣/٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ على أنه: "... إذا رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى..."، كما نصّـــت المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدســـتورية العليا المصرية على أنه: "... ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجّلت نظر الدعوى...". و في فرنســـا فى المادة ٢٣-٣ من القانون الدســـتوري رقم ١٠٦٧ لسنة ١٩٥٨ المســـتحدثه بالقانون ١٥٢٣ لسنة ٢٠٠٩ فاذا تمت الاحالة الى محكمة النقض او مجلس الدولة اجلت المحكمة نظر الدعوى الى حين ورود رأى المجلس الدستوري... [٤٥].

وبناءً على هذه النصـــوص السابقة الذكر، فإنه إذا ثبت لمحكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية، وأنّ هذا الدفع منتج في الدعوى، فإنّ المحكمة تقرر تأجيل النظر في الدعوى المنظورة أمامها وإعطاء صـــاحب الدفع مهلة قانونية لرفع دعوى أمام المحكمة الدســـتورية العليا.

وفي هذا المجال يثور التســـاؤل حول صـــحة ما نصّ عليه قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية والمصرية، من تأجيل نظر الدعوى من قبل محكمة الموضوع، أم أن الأفضل أن توقف محكمة الموضوع نظر الدعوى في حال قبول الدفع المثار أمامها من أحد الخصوم؟

إن التشـــريعات الدستورية سالفة الذكر نصّت على أن تقوم محكمة الموضوع بتأجيل نظر الدعوى، فمن خلال الموعد الذي حددته لمقدم الدفع تســـتطيع أن تتربص قضاء المحكمة

([45]) Art 23-2 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 Création LOI organique n°2009-1523 "Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

الدستورية العليا لتطبيقه على الموضوع، أو أن تمضي بنظر الموضوع حال عدم إقامة الدعوى الدستورية قبل فوات الأجل، أما وقف الدعوى فإنه لن يكون مقيّداً بأجل معين، وإنما سيكون مقيداً بإجراء يتوقف عليه الفصل في الدعوى الأصلية[٤٦].

أما قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، فقد ساوى بين التأجيل والوقف، حيث قضت المحكمة أنّه "من البين من نص المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا أن محكمة الموضوع إذ ترخص لمن أثار الدفع بعدم الدستورية بعد تقديرها لجديته برفع الدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، فإنّ هذا الترخيص لا يلزمها سوى بتأجيل الدعوى الموضوعية المنظورة أمامها، وبالتالي لا يكون وقفها شرطاً بقبول الدعوى الدستورية، ولا يغير من النظر أن تستفيض محكمة الموضوع في حالة بذاتها، وفي حدود سلطتها التقديرية عن تأجيل الدعوى الموضوعية المطروحة عليها بوقفها، لأنّ ذلك لا يعدو أن يكون تربصاً بقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية النصوص التشريعية المطعون عليها، وهي عين النتيجة التي قصد المشرّع بلوغها من وراء تأجيل الدعوى الموضوعية إثر التصريح برفع الدعوى الدستورية[٤٧].

وفي رأينا فإننا نؤيد ما ذهب إليه المشرّع المصري والفلسطيني من النص على تأجيل النظر في الدعوى، وإعطاء مهلة، وذلك لكون التأجيل يكون محدداً بأجل معين يُعطى لمن أثار هذا الدفع لإقامة الدعوى الدستورية حول ما أثاره أمام محكمة الموضوع، فإذا ما أقيمت الدعوى أمام المحكمة الدستورية خلال الأجل الذي حددته محكمة الموضوع، فإنّ الدعوى المنظورة أمام محكمة الموضوع سوف تتوقف بحُكم القانون، وسيتوقف الفصل فيها بناءً على قرار المحكمة الدستورية حول النص أو اللائحة التي دفع بعدم دستوريتها، فإذا لم يقيم من أثار الدفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، فإنّ محكمة الموضوع تعتبر الدفع كأنْ لم يكن وتسير في نظر الدعوى، وذلك لأن المقصّر أولى بتقصيره.

([٤٦]) د. محمد زياد جرادات،الدفع الفرعي طبقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني المعدل رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦, مرجع سابق، ص ٢٦.

([٤٧]) القضية رقم ٢٥ لسنة ١١ قضائية دستورية، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٧،احكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية.

ثانياً- الترخيص لمن أثار الدفع برفع دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا خلال أجل محدد:

ويعني ذلك أن تقوم محكمة الموضـــوع، وبعد قبول الدفع بعدم الدســـتورية، تأجيل الدعوى الموضـــوعية طبقاً لنص المادة ٣/٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وتحديد موعد لمن أثار الدفع لا يتجاوز ســـتين يوماً[٤٨] لرفع دعواه أمام المحكمة الدســـتورية العليا.

وقد جاء نص المادة ٢٩/ق المقابلة في القانون المصـــري محدداً بثلاثة أشـــهر، حيث نصّـــت المادة على أنّه "إذا رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجّلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى...".

وتجدر الإشـــارة هنا أنّ ميعاد رفع الدعوى الدســـتورية تســـري عليه أحكام المدد المنصـــوص عليها في قانون أصـــول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، طبقاً لنص المـــادة ٢٦ من قانون المحكمة الدســـتورية العليا الفلســـطيني، وذلك فيما يتعلق بكيفية احتساب المواعيد بصفة عامة وامتدادها بالنسبة للعطل الرسمية[٤٩].

أمامفي فرنســـا فانه بحســـبان نص الفقرة الرابعة من المادة ٢٣-٢ من القانون الدستوري رقم ١٠٦٧ لسنة ١٩٥٨ ألمستحدثه بالقانون الدستوري رقم ١٥٢٣ لسنة ٢٠٠٩ نصت على انه فى حالة صدور قرار من محكمة الموضوع بإحالة الطعن إلى مجلس الدولة او الى محكمة النقض فيلزم ان تتم هذه الإحالة خلال ثمانية أيام مرفق بها مذكرة الطعن. و يكون هذا القرار بالإحالة غير قابل للاعتراض عليهو لا يكون من الجائز الطعن على قرار رفض الاحالة الا عند الطعن على الحكم الفاصل فى النزاع[٥٠].

---

(٤٨) تم تعديل المدة من تسعين يوماً إلى ستين يوماً بموجب القرار بقانون المعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا، وذلك بموجب المادة الرابعة عشرة منه، حيث كانت أقصى مدة تسعين يوماً قبل التعديل.

(٤٩) د. محمد زياد جرادات، الدفع الفرعي طبقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، مرجع سابق، ص ٢٧.

(50) Art 23-2 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 Création LOI organique n°2009-1523 “La décision de transmettre la question estadressée au Conseild'Etatou à la Cour de cassation dans les huitjours de son prononcé avec les mémoiresou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucunrecours. Le refus de transmettre la question ne peutêtrecontestéqu'àl'occasion d'un recourscontre la décisionréglant tout oupartie du litige

إذ نستنتج أنّ المشرّع قد حدد أجلاً أقصى لإقامة الدعوى الدستورية، وهو ستين يوماً وفقاً للقانون الفلسطيني وثلاثة أشهر وفقاً للقانون المصري، وذلك حتى لا تتأبد المنازعات، ويُعدّ هذا الميعاد حتمياً ويتعلق بالنظام العام، لذا يمكن لمحكمة الموضوع أن تحدد أجلاً لمبدي الدفع يكون أقل من ذلك، ولكنها لا تستطيع أن تعطيه أجلاً أطول مما نصّ عليه القانون، فإذا حددت المحكمة ميعاداً يزيد عن المدد المحددة في القانون أو لم تحدد المحكمة أجلاً لرفع الدعوى، فيتعين على صاحب الشأن أن يقيم دعواه خلال مدة لا تتجاوز تلك التي حددها القانون، وهي ستين يوماً طبقاً للقانون الفلسطيني وثلاثة أشهر وفقاً للقانون المصري، وإلا قضت المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى، وردها شكلاً باعتبار أن ذلك الميعاد مقرر للمصلحة العامة، ولمنع الكيد والمماطلة عن طريق الدفع بعدم الدستورية.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول: "وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط ولايتها والرقابة الشرعية والدستورية هو اتصالها بالمسائل الدستورية المطروحة عليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها، وذلك إما بإحالتها لها مباشرة من محكمة الموضوع إذا ما رأت شبهة عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، وإما من خلال الدفع بعدم دستوريته نص مماثل يبديه أحد الخصوم، وتقرر تلك المحكمة جديته وتأذن لمبديه بعدئذٍ من خلال أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر برفع دواه الدستورية في الحدود التي قدرت بها جدية دفعه، ولم يُجزْ المشرّع –بالتالي– الدعوى الأصلية أو المباشرة سبيلاً للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية، وهذه الأوضاع الإجرائية تُعدّ من النظام العام، باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي قصد منها المشرّع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي حددها[1].

ومن هنا يجب على من أثار الدفع بعدم الدستورية، وقدرت محكمة الموضوع مدى الجدية في الدفع، فإنّه يجب أن يبادر برفع دعوى عدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا خلال الميعاد الذي حددته له محكمة الموضوع، بشرط أن لا يزيد عن المدة التي نصّ عليها

([1]) القضية رقم ٩٣ لسنة ٢٣ قضائية دستورية، جلسة ٢٠٠٣/٧/٦،احكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية. المصرية.

المشـــرّع وهي ٦٠ يوماً في القانون الفلسطيني وثلاثة أشهر في القانون المصري، حيث أنّه إذا ما رفعت الدعوى خلال هذا الأجل الذي حددته محكمة الموضـــوع يصـــبح الدفع كأنْ لم يكن، وتستطيع المحكمة السير في الدعوى الموضوعية من النقطة التي وصلت إليها.

الخاتمة:

بعد أن انتهينا من اســـتعراض النظام القانوني للدعوى الأصـــلية المباشرة والدفع الفرعي أمام المحكمة الدســـتورية العليا الفلســـطينية والمصرية من خلال بيان ماهيته وأحكامه، توصلنا من خلال البحث إلى ما يلي: –

أولا: – النتائج:

١– وتُعدّ الدعوى الأصـــلية دعوى قضـــائية قائمة بذاتها منفصلة عن غيرها من النزاعات الموضوعية, ومن ثم فهي وسيلة هجومية تتم دون انتظار لتطبيق القانون على صاحب الشأن.

٢– أن الدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع يجب أن يكون مؤثراً في النزاع الموضوعي، وان لا يكون الهدف منه إطالة أمد النزاع.

٣– تبنّى المشرّع الفلسطيني الدعوى الأصلية المباشرة صراحة بقانون المحكمة الدستورية العليا بينما لا يوجد نص يقابله في قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.

٤– يجوز لمبدي الدفع أن يدفع ولو لأول مرة أمام محكمة النقض باعتبارها جزء أصـــيل من المحاكم المشمولة بنص المادة رقم (٣/٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا.

٥– يجوز أن يتم الدفع أمام المحكمة الدســـتورية العليا ذاتها باعتبارها محكمة موضـــوع فيما يدخل ضمن اختصاصاتها الأصلية بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا.

٦– أناللأجل المحدد لتقديم الدفع أمام المحكمة الدســـتورية العليا والمقدر بســـتين يوما يعتبر من النظام العام، وبالتالي لا يجوز أن يتم تقديم الدفع إلا خلال تلك المدة.

٧- نرى أن جعل اجل تقديم الدفع بستين يوما أفضل بكثير من المدة السابقة والمقررة بتسعين يوما، حيث أن مبدي الدفع يكون بأمس الحاجة للجوء للمحكمة الدستورية العليا لإبداء دفعه بعدم دستورية النص، وبالتالي سيكون بعجلة من أمره وليس بحاجة إلى مدة طويلة.

ثانيا: - التوصيات:

١- .يوصي الباحث بضرورة أن يقوم المشرع الفلسطيني بوضع ضوابط قانونية للممارسة الدعوى الأصلية المباشرة وذلك من خلال تحديد مدة لطعن بدستورية القانون أواللائحة من تاريخ نشره وصدوره.

٢- يوصي الباحث بضرورة اعتناق المشرع الدستوري المصري للدعوى الأصلية المباشرة مع وضع الضوابط القانونية لممارستها لما لذلك من صون للحقوق والحريات.

٣- يوصي الباحث بضرورة وضع معيار حاسم وواضح لمفهوم الجدية، وان لا يترك الأمر لاجتهاد الفقه أو أن يكون ضمن سلطة محكمة الموضوع، حتى لا يصبح أمر التقدير متغيرا من نزاع لأخر بحسب تقدير محكمة الموضوع.

٤- يوصي الباحث بضرورة أن ينص المشرع الدستوري على وقف العمل بالقانون المطعون بعدم دستوريته بطريق الدعوى الأصلية لحين صدور قرار عن المحكمة بدستوريته.

٥- يوصي الباحث بضرورة تحديد مدة زمنية تقوم من خلالها محكمة الموضوع بالرد على الدفع المقدم، سواء بالرفض أو القبول، وان انتهت المدة الزمنية دون رد اعتبر الدفع مرفوض.

٦- يوصي الباحث بضرورة وضع معيار حاسم وواضح لمفهوم الجدية، وان لا يترك الأمر لاجتهاد الفقه أو ان يكون ضمن سلطة محكمة الموضوع، حتى لا يصبح أمر التقدير متغيرا من نزاع لأخر بحسب تقدير محكمة الموضوع

قائمة المراجع

أولا: – المراجع العامة.

١. د. رمزي الشـــاعر: النظرية العامة في القانون الدستوري، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢. د. عبد الغني عبد الله بســـيوني, النظم الســـياســـية والقانون الدستوري، ١٩٩٧، منشأة المعارف، الإسكندرية.

٣. عثمان التكروري, الكافي في شـــرح قانون أصـــول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، لسنة ٢٠١٢.

٤. د. ســـعاد الشـــرقاوي، القانون الدســـتوري والنظم السياسية المصرية، تحرير الاقتصاد والدستور، ١٩٧١، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة ١٩٩٨.

٥. د. نعمان أحمد الخطيب، الوســـيط في النظم الســـياسية والقانون الدستوري، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٢.

٦. د. ســـعد عصـــفور، المبادئ الأســـاســـية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، لسنة ١٩٩٨.

٧. د. عادل الحياري، القانون الدســـتوري والنظام الدســـتوري الأردني، دار الثقافة للنشـــر والتوزيع، عمان–الأردن، لسنة ١٩٧٢.

ثانيا: – المراجع المتخصصة.

١. المســـتشـــار أحمد ممدوح عطية، ، دراسة مقارنة تحليلية حول قانون المحكمة الدستورية العليا، الجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر، القاهرة .

٢. تركي ســـطام المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، لسنة ٢٠٠٨.
٣. د. حسن ناصر المحنة، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة، الدنمارك، لسنة ٢٠٠٨.
٤. د. رمزي طه الشـــاعر، رقابة دستورية القوانين،دراسة مقارنة, مطابع التيسير ، القاهر ، ٢٠٠٤.
٥. د. رمضـــان بطيخ، النظرية العامة للقانون الدســـتوري، الطبعة الأولى، دائرة النهضـــة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٦.
٦. زيد أحمد توفيق الكيلاني، الطعن في دســـتورية القوانين، رســـالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، لسنة ٢٠١٢.
٧. د. عبد الغني بســـيوني، النظم الســـياسية والقانون الدستوري ، منـــــشأة المعـــــارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٩٧م .
٨. د. علي الســـيد الباز، الرقابة على دســـتورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، لسنة ١٩٧٨.
٩. د. علي الخشـــان، محاضـــرة بعنوان نحو قضـــاء دستوري فلسطيني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، لسنة ٢٠٠٤.
١٠. د. علي عبد العال ســـيد أحمد، الدفع بعدم الدســـتورية، مؤسسة دار الكتاب الكويتية،، الطبعة الثانية، ١٩٩٧
١١. د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسة، مركـــز رينيه – جان دبوي للقانون والتنمية ، سنة ٢٠٠٣م
١٢. د. فتحي الوحيدي، القضاء الدستوري في فلسطين، دار المقداد للنشر،غزة,لسنة ٢٠٠٤
١٣. د. محمد علي ســـويلم، القضـــاء الدستوري، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، طبعة ٢٠١٩.
١٤. د. محمد صـــلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، مكتبة الكتب العربية، لسنة ٢٠٠٢.
١٥. محمد أبو زيد محمد، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة ٢٠٠٥
١٦. د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضـــائية على دســـتورية القوانين، دار النهضـــة العربية، لسنة ١٩٩٣.

ثالثا: المراجع الاجنبية:

1- Le premier critèreportesur le lien matériel entre la disposition contestée et leprocès, comme le précisel'ordonnance de 1958: "*La contestation portesurune disposition législative qui commandel'issue du litigeou la validité de la procédure*". Cecritèrerenforcel'idéeque la QPC est un simple moyenlors d'un procès et non quece dernier puisseêtreconsidérécommel'accessoire du contrôle de constitutionnalité

2- Le *caractèresérieux*. On retrouvetoutel'ambiguïtéd'une formulation qui donne un pouvoirdiscrétionnaire au juge *a quo*, sans pour autant en limiter la portée. Seulel'absence de caractèresérieuxpouvantservir de fondement a unrefus de transmission.

3- Art 23-2 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 Création LOI organique n°2009-1523 "Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

4- Art 23-2 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 Création LOI organique n°2009-1523 "La décision de transmettre la question estadressée au Conseild'Etatou à la Cour de cassation dans les huitjours de son prononcé avec les mémoiresou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucunrecours. Le refus de transmettre la question ne peutêtrecontestéqu'àl'occasion d'un recourscontre la décisionréglant tout oupartie du litige

رابعا: – الدوريات.

١– د. محمـــد زيـــاد جرادات، الـــدفع الفرعي طبقاً لقانون المحكمة الدســـتورية العليا الفلسطيني المعدل رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح الوطنية للبحوث,لسنة ٢٠٢١.

٢– نوار بدير، الرقابة القضـــائية على دستورية القوانين، سلسلة أوراق عمل، بيرزيت للدراسات القانونية، جامعة بيرزيت، وحدة القانون الدستوري، العدد ٥ لسنة ٢٠١٧.

٣– أ. يحيى نافع الفرا، طرق إقامة الدعوى الدســـتورية، محاضرة بجامعة الأمة، غزة، لسنة ٢٠١١.

خامسا: – التشريعات والأحكام القضائية.

١– قانون المحكمة الدســـتورية العليا الفلســـطيني رقم ٣ لســـنة ٢٠٠٦ والمعدل بالقرار بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٧.

٤– قانون المحكمة الدســـتورية العليا المصـــري رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والمعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨.

٥- قانونأصـــول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ وتعديلاته، المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد ٣٨.

٦- قانون المرافقات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ وتعديلاته.

٧- مجموعة مبادئ أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية.

٨- ديوان الفتوى والتشـــريع الفلســـطيني، الوقائع الفلسطينية، أحكام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

الفهرس

المقدمة	٢
المطلب الأول: الدعوى الأصلية المباشرة	٥
الفرع الأول: ماهية الدعوى الأصلية المباشرة	٥
الفرع الثاني: تقدير الدعوى الأصلية المباشرة	١٢
أولاً- مزايا الدعوى الأصلية المباشرة	١٢
ثانياً- عيوب الدعوى الأصلية المباشرة	١٤
المطلب الثاني: الدفع الفرعي بعدم الدستورية	١٥
الفرع الأول: مفهوم الدفع الفرعي وطبيعته القانونية	١٧
الفرع الثاني: تقدير محكمة الموضوع بجدية الدفع الفرعي	١٩
الفرع الثالث: آثار قبول الدفع الفرعي بعدم الدستورية	٢٤
أولاً- تأجيل النظر في الدعوى أمام محكمة الموضوع	٢٤
ثانياً- الترخيص لمن أثار الدفع برفع دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا خلال أجل محدد	٢٦
الخاتمة	٢٩
النتائج	٢٩
التوصيات	٢٩
قائمة المراجع	٣٠
الفهرس	٣٤