جمهورية العراق
مجلـــس القضـــاء الاعلى
رئاسة محكمة استئناف القادسية الاتحادية

الدفع بعدم دستورية القوانين

القاضي
كاظم عباس حبيب
رئيس محكمة استئناف بابل الاتحادية

شعبان/ ١٤٣٣ه حزيران ٢٠١٢ م

المقدمة

احتلت نظرية الدفوع مكانة هامه في فقه قانون المرافعات والاجراءات المدنية لما تمثله هذه النظرية من حجر زاوية مهم في الدعوى المدنية ، وما ينتج من الاخذ بتلك الدفوع سواء كانت موضوعية ام شكليه تغير مسار الدعوى لمصلحة طرف من اطراف النزاع ، ويبرز الدفع بعدم دستورية القوانين الذي يتم طرحه اثناء نظر الدعوى من اهم هذه الدفوع كونه يوجه الى القاعدة القانونية التي تحكم ذلك النزاع ، والمراد تطبيقها على واقعة الدعوى المنظورة . فسهام هذا الدفع توجه الى مرحلة مهمة من مراحل نظر الدعوى الا وهي مرحلة التكيف والمقصود منها اسناد الواقعة المتنازع عليها الى نص قانوني يحكمها ويقوم بهذا العمل القاضي المختص بنظر النزاع ، وعند الاخذ بمثل هذا

الدفع يتم تعطيل مرحلة التكيف مؤقتاً . لحين البت في دستورية ذلك النص القانوني من عدمه ، كما برزت اهمية الدفع بعدم الدستورية مؤخراً اذ بقى هذا الدفع بين طيات كتب المرافعات المدنية لسنين طويلة ، دون ان يكون له اي دور في الواقع القضائي واقتصر تداوله على شراح القانون الدستوري والمرافعات المدنية . وكان عبارة من نظرية صرفه لا تمت بالدفوع المتداولة بأي صلة . وذلك لعدم وجود اي قواعد قانونية يمكن انه تستند اليها عند الدفع بعدم الدستورية . الا ان هذا الحال قد تغير بعد سنة ٢٠٠٣ . وانتقال العراق الى مرحلة اجتماعية وسياسية جديدة اذ فتحت هذه المرحلة ابواب جديدة كانت موصده ، واصبحت السلطة التشريعية عند اصدارها القوانين مقيدة بالدستور الذي اوجب عليها ان تكون تلك القوانين موافقة للدستور وان لا تتعارض معه وبخلاف ذلك يكون ذلك القانون عرضه للإلغاء والاعدام بعد صدوره من قبل المحكمة الاتحادية العليا . والتي كان لها دوراً رياديا في صيانة الدستور بصورة عامة. وتكريس مبدأ الرقابة القضائية بطريقتي الالغاء او الامتناع على التشريعات النافذة . وبهذا خطى القضاء العراقي العادي.

وكذلك القضاء الدستوري المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا خطوه مهمة في سلم التقدم القضائي وما يمثله هذا من رقي للدولة و المجتمع العراقي اسوة بالدول والمجتمعات المتحضرة ، ولكون دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ قد نص على وجوب تشكيل المحكمة الاتحادية العليا بقانون.

ولكون مثل هذا المشروع اصبح حديث الكثير والشغل الشاغل لجميع شرائح المجتمع ولم يقتصر على مجموعة بعينها ، وذلك لما يمثله هذا القانون من اهمية استثنائية في الدولة العراقية الحديثة ولما تمثله الرقابة القضائية على دستورية القوانين من اهمية كبرى ومن ضمن انواعها رقابة الامتناع المتمثلة بالدفع بعدم الدستورية الذي يثور من قبل الخصوم اثناء نظر دعوى اعتيادية ولوجود ضبابية في موضوع الطعن بعدم دستورية القوانين بصورة عامة والدفع بعدم الدستورية بصورة خاصة لدى الكثير من المتصدّين بهذا الشأن ولهذه الاسباب تم اختيار موضوع الدفع بعدم الدستورية للبحث فيه وقد تقسم البحث الى اربعة فصول تناولت في الفصل الاول ماهية الدفع وسلطت الضوء في المبحث الاول وبمطلبين الاول تعريف الدفع لغةً ثم اصطلاحاً . اما المبحث الثاني فقد تم تكريس لدراسة انواع الدفوع وبثلاثة مطالب الاول بحثنا فيه

الدفوع الشكلية والثاني تم بحث الدفوع الموضوعية اما الثالث فتم بحث موضوع الدفع بعدم القبول. اما الفصل الثاني فقد تم تسلط الضوء فيه على موضوع الرقابة على دستورية القوانين وبمبحثين الاول تم تكريسه للرقابة القضائية وتم دراسة انواع هذه الرقابة وتقدير الرقابة القضائية اما المبحث الثاني فقد تم تسليط الضوء فيه على الرقابة السياسية من حيث الاسلوب وتقدير تلك الرقابة . اما الفصل الثالث فقد تم تخصيصه لأحكام الدفع بعدم دستورية القوانين باعتباره دفعاً فرعياً وتم تقسيمه الى مبحثين الاول تم تسليط الضوء فيه على ماهية الدفع بعدم الدستورية وتكيف هذا الدفع والشروط الواجبة حتى يمكن الاخذ بهذا الدفع من عدمه. اما المبحث الثاني فقد تم تكريسه للإجراءات الواجبة الاتباع عند الدفع بعدم الدستورية من قبل محكمة الموضوع والمحكمة المختصة بنظر الطعن بعدم الدستورية اما الفصل الرابع فقد تناولنا فيه اثار الدفع بعدم دستورية القوانين الناتج عن صدور حكم قضائي بناء على الدفع بعد الدستورية وقد تم تكريس المبحث الاول للحكم الصادر في الدعوى الدستورية الناتجة عن دفع بعدم الدستورية اما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لحجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية الناتجة من الدفع بعدم الدستورية وختمنا بحثنا بجملة من النتائج والمقترحات.

والله لي التوفيق.

الفصل الأول

ماهية الدفع

قبل الخوض في موضوع الدفع لابد ان نعرج الى تعريفه وبيان انواعه لذلك سنكرس هذا الفصل لبحث ماهية الدفع وسنقسمه الى مبحثين نخصص الاول منه للتعريف بالدفع والثاني نخصصه لبحث انواع الدفوع .

الفصل الثاني
الرقابة على دستورية القوانين

انطلاقاً من المبدأ العتيد الا وهو مبدأ سمو الدستور ظهر بموازاة هذا المبدأ نظرية الرقابة على دستورية القوانين والتي بمفهومها البسيط هي وجوب التفرقة بين الدستور وبين التشريعات العادية باعتبار الدستور هو القانون الاعلى للدولة . بل بعبارة ادق وجوب احترام القوانين الصادرة في تلك الدولة الى دستورها . ونبحث في هذا الفصل انواع الرقابة على دستورية القوانين وهي الرقابة القضائية ونكرس لها المبحث الاول اما المبحث الثاني فقد تم تسليط الضوء فيه على الرقابة السياسية .

المبحث الأول/ الرقابة القضائية

يقصد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين قيام القضاء بالتحقيق من مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور فالرقابة القضائية ترمز اذن الى الهيئة التي تباشرها

وطابعها القضائي[1] . فأذا ثبت لتلك الهيئة القضائية عدم دستورية القانون او احدى مواده بسبب مخالفة القانون او احدى مواده لأحكام الدستور تقضي تلك الهيئة بعدم دستورية القانون او احدى مواده وتقرر الغاء القانون او بعض مواده المخالفة للدستور . وبذلك يتحقق انعدام القانون او بعض مواده من الوجود لمخالفته الدستور[2] .

وقد تبنت هذه الرقابة العديد من الدول الا انها لم تتفق على طريقة واحدة لممارسة هذه الرقابة . والتي هي على نوعين رقابة الالغاء ورقابة الامتناع . كما يجب ان تتوافر شروط معينة للرقابة القضائية وسمات خاصة بها ولهذا سنبحث في المطلب الاول انواع الرقابة القضائية والمطلب الثاني نخصصه لسمات وشروط الرقابة القضائية .

المطلب الاول / انواع الرقابة القضائية

نتعرف في هذا المطلب وبفرعين الى انواع الرقابة القضائية وهي رقابة الالغاء (الدعوى المباشرة) والفرع الثاني رقابة الامتناع (الدفع بعدم الدستورية) ونخصص فرع ثالث لموضوع الجمع ما بين الرقابيتين .

الفرع الاول / رقابة الألغاء (الدعوى المباشرة)

وبموجب هذا النوع من الرقابة القضائية يكون للأفراد او لبعض هيئات الدولة الحق في مهاجمة قانون معين والطعن في عدم دستوريته وذلك عن طريق اقامة دعوى مباشرة امام القضاء وتوصف الدعوى المباشرة دعوى موضوعية وليست دعوى شخصية لأنها تقام على قانون ما أي ان المدعي في القضية قد يكون فرداً او هيئة من هيئات الدولة والمدعى عليه هو القانون الذي يشك في دستورية .[3]

وتقام دعوى الألغاء امام محاكم دستورية تؤلف لهذا الغرض ويكون اختصاصها النظر في الدعاوى او الطعون ذات الطبيعة الدستورية ويؤدي اجابة الدعوى الى إلغاء

([1]) د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الدستوري ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٢٣٢ .

([2]) د. عصام علي الدبس ، النظم السياسية ، الكتاب الخامس ، السلطة القضائية ، عمان ، ٢٠١١ ، الطبعة الاولى ، ص ٢٠٤ .

([3]) د. احسان حميد المفرجي ، د. كطران زغير نعمه ، د. رعد ناجي الجده ، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ١٧٦ .

القانون المخالف للدستور من قبل المحكمة الدستورية ودعوى الإلغاء لا يشترط فيها تطبيق القانون على رافعها فيجوز ان يقيمها اي شخص طالباً الغاء القانون لعدم دستوريته وللمحكمة اما ان تقضي بذلك او ترد دعواه وبهذا الحالة يبقى القانون مطبقاً وساري المفعول . الا انه بالرغم ما توصف به دعوى الإلغاء للقانون المخالف للدستور بأنها دعوى موضوعية تمييزاً لها عن الدعوى الشخصية فأن الحق في رفعها لا يكون لجميع الافراد دون قيد والا كانت دعوى اصلية بحته بل يجب ان يتوفر في رافع هذه الدعوى شرط المصلحة اي ان يكون قد أصابه ضرر او يحتمل ذلك فيما لو طبق عليه .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ماهيه تلك المحكمة التي تنظر تلك الدعوى الدستورية؟ دساتير دول العالم اختلفت في ذلك فبعض الدساتير قد عهدت بالرقابة على دستورية القوانين الى اعلى محكمة في النظام القضائي ، كمحكمة النقض او محكمة التمييز فتتولى هذه المحكمة مهمة التحقق من مطابقة القانون للدستور عن طريق الدعوى الاصلية التي ترفع امامها الى جانب اختصاصاتها القضائية العادية الاخرى التي يحددها القانون . ومن الدساتير التي اخذت بهذا النوع من الرقابة الدستور السويسري[٤] حيث خول دستورها المحكمة الاتحادية وحدها سلطة فحص مدى توافق القوانين لإحكام الدستور او عدم تطابقها وإلغاء ما يكون منها مخالفاً للدستور الاتحادي او الدساتير . وكذلك دستور كولمبيا لسنة ١٨٨٦ ودستور فنزويلا لسنة ١٩٣١ ودستور السنغال لسنة ١٩٦٠ ودستور الصومال لسنة ١٩٦٠ ودستور الجمهورية اليمنية لسنة ١٩٩٤ .

اما بعض الدساتير الاخرى فقد عهدت بالرقابة على دستورية القوانين الى محكمة هي صاحبة الاختصاص في ذلك . وغالباً ما تسمى بالمحكمة الدستورية او المحكمة الاتحادية العليا وتكون هذه المحكمة هي المختصة دون غيرها بالنظر في الدعوى الاصلية التي ترفع امامها للإلغاء القانون المخالف للدستور . ومن الدساتير التي اخذت بنظام المحكمة الدستورية الخاصة ، دستور النمسا الصادر سنة ١٩٤٥ ودستور المانيا الاتحادية الصادر سنة ١٩٤٩ المواد (٩٣ ، ٩٤ ، ١٣٤-١٣٧)

---

(٤) م ١١٣ ف٣ من الدستور السويسري ، نقلاً عن د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، ج٢ ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، الطبعة الثانية ، ص ٦٠ .

ودستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ ودستور الجمهورية العربية السورية لسنة ١٩٧٣ ودستور الجمهورية اللبنانية لسنة ١٩٢٦ ودستور العرق لسنة ٢٠٠٥.[٥]

ولكل من الصورتين السابقتين للرقابة مزايا وانتقادات . فبخصوص الحالة الاولى التي يتقرر فيها الرقابة على دستورية القوانين لأعلى محكمة في سلم النظام القضائي في الدولة فأنها تمثل الوضع الطبيعي للأختصاص القضائي لأن القضاء هو المختص اصلاً بالرقابة على دستورية القوانين فلا يثير هذا الامر اي حساسية لدى المشرع عند قيام اعلى محكمة بإلغاء القوانين غير الدستورية الصادرة منها وذلك على خلاف ما اذا انطيت هذا الاختصاص الى محكمة دستورية خاصة .[٦]

كما ان الرقابة على دستورية القوانين عند ما تملكها المحكمة العليا تبقى محتفظة بطابعها القضائي الخالص . بعكس ما اذا انطيت هذه الرقابة بمحكمة دستورية خاصة فأنه يكون من الممكن ادخال بعض العناصر البعيدة عن الصفة القضائية في تشكيلها . وهذا هو المشكل الذي وقع فيه المشرع الدستوري العراقي في نص المادة (٩٢/ثانياً). من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥[٧] . وهذه المزايا هي ذات الانتقادات الموجهة الى نظام المحكمة العليا المختصة المخولة بالرقابة على دستورية القوانين . الا ان بعض الفقهاء يفضل نظام المحكمة المختصة لأن تشكيلتها على الاغلب تضم كفاءات مميزة كأساتذة الجامعات وكبار المحامين وفقهاء الشريعة الى جانب القضاة . مما يجعلها محل تقدير واحترام كافة السلطات في الدولة وبشكل خاص السلطة التشريعية .

واخيراً يجب ان يلاحظ بأن تقرير رقابة الإلغاء يكون متوقفاً على نص صريح في الدستور يميزها ويقررها . اما اذا سكت الدستور في هذا الخصوص او لم يقررها بنص صريح فأنه لا يجوز لأية محكمة في الدولة مهما علت ان تدعي لنفسها بهذا الحق في الرقابة فسكوت المشرع الدستوري في هذا الخصوص يعني ان الرقابة على دستورية القوانين لا تتم عن طريق دعوى اصلية او ابتدائية ، وانما يمكن ان تتم بطريق

---

(٥) نصت المادة (١/٩٢) المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وادارياً كما نصت المادة (٩٣) تختص المحكمة الاتحادية العليا بما ياتي : (١. الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة) .

(٦) د. ابراهيم عبد العزيز شيحة ، المصدر السابق ، ص ٢٣٩ – ٢٤٠ .

(٧) نصت المادة (٩٢/ثانياً) تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في القه الاسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم ، وتنظم طريقة اختيارهم ، وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب .

اخر وهو طريق الدفع بعدم دستورية القانون ، فالرقابة عن طريق الدعوى الاصلية لا يتصور وجودها بغير نص صريح في الدستور ينظمها ويوضحها .

اما اذا سكت الدستور عن الرقابة الدستورية . فلا يمكن اعتبار وجود لأي رقابة على دستورية القوانين وهذا ما اتسمت به دساتير الانظمة الشمولية والمستبدة . وليس بعيداً عنا دستور العراق المؤقت لسنة ١٩٧٠ الذي خلى من اي نص يشير بوجود اي رقابة على دستورية القوانين .

الفرع الثاني / رقابة الأمتناع (الدفع بعدم الدستورية)

يقصد برقابة الامتناع او كما تسمى بالرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة او بمبادرته منها في قضية منظورة امامها اعمالاً بتغليب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدول.[٨]

فهذه الرقابة تعد وسيلة دفاعية وليست وسيلة هجومية كما هي عليه الحال رقابة الإلغاء ويترتب على هذا ان الدفع بعدم الدستورية يفترض ابتداءاً ان يكون هناك دعوى منظورة امام القضاء سواء كانت هذه الدعوى مدنية ام تجارية ام ادارية ام جنائية[٩]، فهذه الطريقة اذاً لا تتضمن اقامة دعوى على القانون المشكوك بدستوريته وانما تتضمن التخلص من تطبيقه على شخص معين في دعوى مدنية كالمطالبة بدين او جزائية كأيقاع عقوبة الحبس اقيمت امام محكمة اعتيادية .

فالمدعى عليه الذي يراد تطبيق قانون معين عليه يدفع بأن هذا القانون يخالف او يناقض الدستور وبالتالي يطلب عدم تطبيقه في القضية المعروضة فهناك اذن دعوى (مدنية او جزائية) بين شخصين (وليس بين شخص وقانون ما) . تنظر فيها محكمة مدنية او جزائية لكن اثناء النظر في القضية يثير المدعى عليه كوسيلة للدفاع عدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه . ومن واجب المحكمة في هذه الحالة ان تنظر في هذا الدفع ، فأن انتهت في تقديرها الى صحة الدفع فأنها تقرر قبوله ومن ثم

---

(٨) د. نعمان احمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، عمان ، ٢٠١١ ، ص ٥٦٤ .

(٩) د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥ .

تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور[١٠] ويجب ان يلاحظ بأن مباشرة المحاكم لهذا الحق ليس حقاً خالصاً بها تمارسه بمحض ارادتها وانما تتصدى لذلك عندما يطرح امامها نزاع ويطلب احد الخصمين تطبيق قانون ما ، فيطعن الاخر بعدم دستورية ذلك القانون وبهذا يسمى هذا الدفع (بالدفع الفرعي) ورقابة الامتناع عن طريق الدفع لا تقرر لمحكمة معينة في النظام القضائي وانما تثبت لجميع المحاكم على اختلاف انواعها واختلاف درجاتها وحتى اللجان والهيئات ذات الطابع القضائي كاللجنة تثبيت الملكية المشكلة بموجب قانون التسجيل العقاري واللجنة القضائية الخاصة بتطبيق منازعات الملكية العقارية بأستثناء محكمة التمييز لأن مهمتها تنحصر في الاجراءات التدقيقية للدعوى ودون حضور الخصوم امامها الا للاستيضاح منهم ودون مرافعه[١١]. وقد انتهى الفقه الدستوري في غالب الاحيان بأن الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية لا تتطلب وجود مثل هذا النص فسكوت الدستور لا يمنع من قيامها واسس هذا الفقه تفسيره على اعطاء القضاء مهمة الفصل في المنازعات وتطبيق حكم القانون عليها يفرض عليه واجب تفسير القانون وتبيان حكمه فيما يعرض عليه من أقضية فأذا ما وجد القضاء تعارضاً بين قانونين وجب عليه اعمال قواعد التفسير المتعارف عليها فيعد القانون الاحدث ناسخاً للقانون الاقدم فيما يوجد بينها من تناقض او تعارض ، كما يجب عليه ان يرجح حكم القانون الأعلى على حكم القانون الادنى منه درجة ، ومن ثم يكون من واجب القاضي انزال حكم الدستور واهدار حكم القانون العادي متى كان هذا الاخير قد تضمن احكاماً مخالفة لإحكام الدستور[١٢] .

وتعتبر الولايات المتحدة الأميركية بحق الدولة الام في تطبيق الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع بعدم الدستورية . وقد ساعدت عوامل في اقامة هذا النوع من الرقابة في امريكا وهذه العوامل هي صفة الجمود التي تميز بها الدستور الامريكي والتي تعود الى عوامل تاريخية وشكل الدولة الاتحادي والجهود التي بذلتها المحكمة الاتحادية العليا ، فقد كانت المحاكم الاميركية تطبق اول الامر قوانين الولايات على حالتها دون محاولة التعرض لبحث دستوريتها بإعتبارها مستعمرات انكليزية حددت

---

(١٠) د. محمد علي آل ياسين ، القانون الدستوري ، المبادئ الدستورية العامة ، بيروت ، ١٩٧٣ ، ص ١٣٠.

(١١) الاستاذ مكي ناجي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، بغداد ، ط١ ، ٢٠٠٧ ، ص ١٠٣ .

(١٢) د. ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر ، ١٩٧١ ، ص ١٤٢ .

اختصاصات هيائتها التشريعية بموجب الوثائق الانكليزية وكان على هذه الهيئات ان لا تخرج عن الحدود المرسومة لها في تلك الوثائق وبخلاف ذلك كان في امكان مجلس الملك الخاص في لندن الطعن في القوانين وإلغائها فكان لهذه الخلفية التاريخية اثرها في تكوين العقلية السياسية الاميركية عند وضع الدستور الاتحادي سنة ١٧٨٧ الذي اتصف بالجمود واعتبر القانون الاعلى للبلاد . فبات لزاماً ان تكون القوانين الاتحادية والقوانين المحلية للولايات موافقة له . اي وجوب اخضاع القانون العادي للدستور بموجب رقابة القضاء التي تكفل احترام الدستور . كما كان لشكل الدولة الاتحادي كذلك اثره في بروز الرقابة على دستورية القوانين لأن من المبادئ التي يقوم عليها النظام الاتحادي هو مبدأ توزيع الاختصاصات بين الدولة الاتحادية والولايات الاعضاء في الاتحاد . والطريقة التي اتبعها الدستور الامريكي في توزيع تلك الاختصاصات يتطلب اقامة نوع من الرقابة القضائية[١٣] . والملاحظ ان الدستور الامريكي لم ينص صراحة على مبدأ الرقابة بل لم يلمح عليه ولكن الفضل يعود في تنبيه الى الدور البارز الذي قامت به المحكمة الاتحادية العليا التي بذلتها في هذا السبيل وقد لعب رئيس المحكمة القاضي مارشال دوراً مهماً في هذا الخصوص وذلك في القرار الشهير الصادر سنة ١٨٠٣ في قضية ماربوري ضد ماديسون[١٤] ، وبعد ذلك تواترت احكام المحكمة العليا في نظر دستورية القوانين عند الدفع امامها بذلك وعلى ذات المنوال اتجهت بقية المحاكم في الولايات المتحدة الاميركية فاذا اقتنعت محكمة معينة بالدفع الذي يبديه احد الخصوم في قضية معينة بعدم دستورية قانون معين يراد تطبيقه عليه فأنها تمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة امامها وتصدر قرارها بذلك. ولم تقتصر الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدفع على الولايات المتحدة فقط . بل تعدتها الى دول اخرى مثل كندا واليابان بعد الحرب العالمية الثانية (دستور ١٩٤٦ م ٨١) والبرازيل في دستور ١٨٩١ والمكسيك في دستور سنة ١٩١٧ وشيلي في دستور ١٩٢٥ .

---

(١٣) د. احسان حميد المفرجي ، د. كطران زغير نعمه ، د. رعد ناجي الجده ، المصدر السابق ، ص ١٨٤ .

(١٤) يعلل القاضي (مارشال) حق القضاء في رقابة دستورية القوانين بقوله (ان الحق ناشئ من تمازج فكرتين ، سلطات القضاء ومبدأ سمو الدستور . وان مهمة القاضي هي تطبيق القانون في القضايا المعروضة عليه ، فأذا وجد في قضية معروضة عليه تنازع نص دستوري ونص قانوني وجب على القاضي ان يطبق احد النصين وبما ان النص الدستوري هو الأعلى فيجب عليه ان يطبقه) .

الفرع الثالث / الجمع بين الرقابيتين

تلافياً لعيوب الرقابة القضائية بطريقة الدعوى المباشرة (الإلغاء) من ناحية والرقابة القضائية بطريقة الدفع بعدم الدستورية (الامتناع) من ناحية اخرى ، فقد اتجهت بعض الدساتير التي اخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين الى الجمع بين نوعي الرقابة القضائية ، اذ اجازت هذه الدساتير الطعن في دستورية القوانين بمناسبة النظر في قضية معينة مرفوعة امام القضاء ، فيدفع احد الخصوم بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على تلك القضية وفي هذه الحال لا تنظر المحكمة في حق الطعن في دستورية القانون وانما تتوقف فقط من النظر في الدعوى وتحيل الطعن بعدم الدستورية الى المحكمة العليا المختصة وحدها بالفصل في دستورية القانون[١٥] .

فالعمل وفقاً لهذه الرقابة مزج ما بين وسيلة الدفع الفرعي ووسيلة الدعوى الاصلية بعدم الدستورية مع الاخذ بفكرة مركزية الرقابة . وعندما يحال الطعن بعدم الدستورية الى المحكمة العليا المختصة تكون هي الجهة الوحيدة التي تبت بالفصل في دستورية ذلك القانون وتجعل الدساتير للحكم الصادر من المحكمة العليا بعدم دستورية القانون المتنازع على دستوريته قوة إلغاء ذلك القانون ، ويكون لهذا الحكم حجية مطلقة تجاه الكافة ، لذلك تنص الدساتير الى تتبنى هذا الاسلوب في الرقابة على ضرورة نشر مثل هذه الاحكام بنفس الطريقة التي تنشر بها القوانين العادية[١٦] كما ان هناك بعض الدساتير تمييز الى جانب الاسلوب السابق في الرقابة اي اسلوب الدفع المقترن برفع دعوى عدم الدستورية اسلوب الدعوى الاصلية امام المحكمة العليا مباشرة . وحينئذ يكون للقضاء ان يراقب الدستورية عن طريق الدفع المقرون برفع دعوى عدم الدستورية وكذلك عن طريق الدعوى الاصلية مباشرة امام المحكمة العليا المختصة . ومن الدساتير التي تبنت هذا النظام الدستور الايطالي الصادر سنة ١٩٤٧ ودستور العراق لسنة ٢٠٠٥ والذي يلاحظ على هذا الاسلوب الرقابي الذي يجمع بين الدفع والدعوى بعدم الدستورية اي الإلغاء والامتناع ، انه يتلافى عيب احتمال تناقض الاحكام الذي قد ينتجه الاخذ بنظام طريقة الدفع الفرعي اذ يعطي للمحكمة الدستورية وحدها سلطة

---

(١٥) د. احسان حميد المفرجي ، د. كطران زغير نعمه ، د. رعد ناجي الجده ، المصدر السابق ، ص ١٩١ .

(١٦) د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، المصدر السابق ، ص ٢٧٨ .

الفصل في الدفع بعدم الدستورية الامر الذي يؤدي الى تثبيت المراكز القانونية استقرارها . واخيراً فأن المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد اخذت برقابة الالغاء وفقاً لما جاء بالمادة (٤/ثانياً) من النظام الداخلي حتى في دعوى الدفع بعدم الدستورية لأنها دعوى غير مباشرة تقدم امام محكمة الموضوع اضافة للدعوى المباشرة التي تقدم الى المحكمة الاتحادية العليا[١٧] .

المطلب الثاني / تقديم الرقابة القضائية

ان الرقابة القضائية على دستورية القوانين تهدف بالاساس الى ضمان علوية وسمو الدستور فالمحكمة التي يعهد اليها امر الرقابة تقوم بالحفاظ على علوية الدستور وذلك بإلغاء او تجميد او شل جميع القوانين المخالفة او المناقضة لهذا الدستور . فالدستور يعلو على القواعد القانونية بحيث ان هذه القواعد يجب ان تخضع له اي لا تخالفه او تناقضه في مضمونها والقضاء هو الذي سيقول فيما اذا كان قانون ما يخالف او يناقض الدستور . وعند تأكده من ذلك يقرر الغاء او شل مفعول هذا القانون المخالف للدستور . وعليه فمن خلال الحكم الذي تصدره المحكمة حول دستورية قانون ما ، فأن علوية الدستور هي التي تتأكد او هي التي تضمن وبعبارة اخرى ان حكم القضاء هو تأكيد او اقرار لعلوية الدستور على القوانين الاعتيادية ، بل ايضاً اقراراً وتأكيداً لعلو قواعده[١٨] وكان للرقابة القضائية انصار وخصوم وقد طعن خصوم هذه الرقابة بانها تؤدي الى اهدار مبدأ الفصل ما بين السلطات لأن آلية عملها تؤدي الى تدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية والتنفيذية ، كما ان حدود اي قانون ما هو الا تعبير عن الارادة العامة وان هذه الارادة العامة هي صاحبة السيادة ولا يمكن ان يقوم عليها رقيب من قضاء او غيره[١٩] . ويترتب على هذا تغير طبيعة سلطة القضاء فمن هيئة المفروض فيها ان تطبق القانون اصبحت هيئة تراقب العمل

([١٧]) الاستاذ مكي ناجي ، المصدر السابق ، ص ٤٦ .

([١٨]) د. منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص ٧٠ .

([١٩]) د. محمد علي آل ياسين ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ .

التشريعي بل وتمارس هذا العمل التشريعي ايضاً . وفي اخر المطاف اصبحت هيئة تحكم ويكون القضاة القابضون الحقيقيون على السلطة .[٢٠]

اما انصار الرقابة القضائية على دستورية القوانين فيرون ضرورة ممارسة القضاء للرقابة على دستورية القوانين وقاموا بتفنيد الحجج الذي قال بها خصوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، فرداً على الحجة القائلة بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تؤدي الى اهدار مبدأ الفصل بين السلطات قالوا ان هذه الحجة مدحوضه لأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات . اذ ليس معنى هذا المبدأ امكان تجاوز الهيئة التشريعية لحدود اختصاصاتها وسلطاتها المثبته في الدستور . وانما هو استعمال كل سلطة لأختصاصها ووظائفها بالحدود وبالحق المبين في الدستور ، وهذا يقتضي قيام تعاون متبادل بين هذه السلطات على اساس احترام كل واحد منها للقواعد التي قررها الدستور وبغير هذا تصير الامور الى فوضى لا حد لها ، ومبدأ الفصل بين السلطات بهذا المعنى لا يتعارض مع الرقابة القضائية على دستورية القوانين بل بالعكس من ذلك تماماً ، لأن الرقابة القضائية هذه تؤدي الى حفظ التوازن بين السلطات . والتزام كل منها بأستعمال اختصاصاتها بالشكل المحدد في الدستور . كما رد انصار الرقابة القضائية على الحجة القائلة بأن القانون ما هو الا تعبير عن الارادة العامة للدولة قالوا بأن هذه الحجة مردودة لأن القانون انما هو من صنع السلطة التشريعية وهي احدى سلطات ثلاث مصدرها الامة ، وليس من المستحيل ان تقع هذه الهيئة او السلطة التشريعية في خطأ تتجاوز فيه حدود سلطاتها المرسومة لها في الدستور ولذلك فمن الضروري جداً وجود الرقابة القضائية على هذه القوانين غير الدستورية اعمالاً لمبدأ سيادة الدستور وسيادة قواعده , كما ان مبدأ الشرعية او القانونية يقضي بضرورة الاخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين فدولة القانون تخضع لقواعد القانون وفق التدرج القائم بين هذه القواعد والذي يقضي بعدم مخالفة القاعدة القانونية الادنى درجة للقاعدة القانونية الاعلى درجة منها ، وهذا يقتضي ان يكون للقضاء الحق في مراقبة دستورية هذه القوانين لضمان عدم مخالفتها للدستور ، اما بخصوص الطعن المتعلق بتحول عمل القضاء من هيئة تطبق القوانين الى هيئة تحكم فقد رد انصار الرقابة القضائية

---

(٢٠) د. منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص ٧٥ .

بأن الدساتير تنص على ان السلطة القضائية تتولاها المحاكم وبعبارة اخرى انها تنيط ولاية القضاء بالمحاكم ويؤدي هذا انه يكون للمحاكم تفسير القوانين اولاً ومن ثم تطبيقها فعملية قيام القاضي لفحص القانون يعتبر من صميم عمله حتى يمكن له فض المنازعات التي تعرض عليه وبالنتيجة فان القضاء يملك الفصل عند تعارض القوانين في ايهما هو الواجب التطبيق اذ لا يعدو ان يكون هذا التعارض صعوبة قانونية تتولد من المنازعة فتشملها السلطة التقديرية للمحكمة لأن قاضي الاصل هو قاضي الفرع.

يضاف لكل ما تقدم ان الرقابة القضائية على دستورية القوانين نتيجة لازمه من النتائج المترتبة على التمييز بين القوانين الدستورية والقوانين العادية اي انها نتيجة من نتائج نظرية الدساتير الجامدة فالدستور الجامد هو القانون الاعلى الذي تضعه السلطة المؤسسيه فهو اعلى واسمى من القوانين العادية بأعتباره مصدر السلطات جميعاً من تشريعية وتنفيذية وقضائية ويتفرع عن ذلك نتيجة منطقية ان للسلطة التشريعية وهي سلطة موسسه لا تملك تشريع القوانين الا في الحدود التي رسمها الدستور ، ولهذا فلا يجوز لها مخالفته ، فأن وقعت هذه المخالفة فمن واجب القاضي الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور باعتبار ان الدستور هو القانون الأعلى المعبر عن ارادة الامة وهو المنظم للسلطات الثلاث ، والتي يجب على كل منها ان تلزم بأستعمالها على الصورة المبينة في الدستور .

ونحن نتبنى اسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين بما فيها مزايا وضمانات ناتجة من اشخاص القائمين على تطبيق هذه الرقابة وهم القضاة البعديين كل البعد عن التأثيرات والتجاذبات السياسية .

المبحث الثاني/ الرقابة السياسية على دستورية القوانين

نعرج في هذا المبحث على رقابة ثانية على دستورية القوانين الا وهي الرقابة السياسية ، وتم تسليط الضوء في المطلب الاول على اسلوب الرقابة السياسية وفي المطلب الثاني تقدير الرقابة السياسية .

المطلب الاول / اسلوب الرقابة السياسية

تعني الرقابة السياسية هي تولي الرقابة على دستورية التشريعات هيئة غير قضائية تختص بالنظر في التشريعات ويكون من حقها إلغاء المخالف منها لإحكام الدستور وهذا النوع من الرقابة يسمى بالرقابة الوقائية . لما يؤدي اتباعها من تحطيم ومنع مخالفات الدستور عند المنبع[٢١] فهي رقابة تحول دون اصدار القوانين المخالفة لإحكام الدستور ومن ثم فهي رقابة سابقة على اصدار القانون فتباشر في الفترة بعد سن القانون وقبل اصداره وتعتبر فرنسا بحق الوطن الام لنشأة هذا النوع من الرقابة[٢٢] وكذلك الدول ذات النزعة الاشتراكية سابقاً ، ويفضل بعض الفقهاء تسمية هذا النوع من الرقابة بالرقابة اللاقضائية على دستورية القوانين ومنهم الاستاذ الدكتور منذر الشاوي وقد يبدو من الوهلة الاولى ومن المنطقي ان تعهد حماية الدستور والمحافظة عليه الى هيئة سياسية لأنه وان كانت هذه الرقابة في جوهرها رقابة قانونية باعتبار انها لا تخرج عن نطاق البحث والتحقق فيما اذا كان القانون قد صدر من جهة مختصة وفيما اذا كانت السلطة التشريعية لم تتجاوز حدود اختصاصاتها المرسومة لها في الدستور ولكن مع ذلك فأن اثار هذه الرقابة اثار سياسية من دون شك لأنها تتضمن الرقابة على السلطة التشريعية وعلى الحكومة التي تقترح في الغالب مشروعات القوانين ، فالهيئة التي يكون من اختصاصها الفصل في موضوع القوانين وبيان ما اذا كانت دستورية يجب اتباعها او غير دستورية ومن ثم فلا قيمه قانونية لها تكون هذه الهيئة اعلى هيئة في الدولة وتكون لها في الحقيقة السيادة الفعلية . وذلك لأنها ما دامت تستطيع الحكم

([٢١]) المستشار عز الدين الدناصوري والدكتور عبد الحميد الشواربي ، الدعوى الدستورية، مصر، الاسكندرية، ٢٠٠١ ، ص ٢٤ .

([٢٢]) ابراهيم عبد العزيز شيحا ، النظام الدستوري اللبناني ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٢٠٩ .

على القوانين فمعنى ذلك انه لا يمكن ان يتم عمل شيء في الدولة بدون موافقتها ورضاها ، ولهذا فقد قيل بأن هذه الهيئة او العضو يجب ان يكون سياسياً . ولضمان تحقق الرقابة السياسية على دستورية القوانين وجدت سبل متعددة لذلك منها :

حق الاعتراض ويثبت ذلك لرئيس المجلس في النظام البرلماني او رئيس كل من المجلسين في حالة تكوين البرلمان من مجلسين ، كما يثبت هذا الحق للجان البرلمانية . ويتضمن هذا الحق امكانية الاعتراض على اي مشروع قانون يعتقد انه مخالف للدستور وتكون الكلمة الاخيرة في الموضوع من حيث قبول الاعتراض او رفضه للبرلمان نفسه ويعد هذا الحق من طبيعة العمل البرلماني ولا يحتاج الى نص في الدستور ، او في النظام الداخلي للمجلس وقد اناطت بعض الدساتير صراحة مهمة الرقابة السياسية على دستورية القوانين بالبرلمان نفسه ومن امثلتها دستور البرازيل لسنة ١٩٣٧[٢٣] . كما تنص بعض الدساتير على اعطاء رئيس الدولة حق الاعتراض المطلق بينما تنص غالبيتها على اعطائها رئيس الدولة حق الاعتراض التوقيفي.

فأذا رأى رئيس الدولة ان مشروع القانون يخالف الدستور وكان له حق الاعتراض المطلق فأنه بأعتراضه يقضي على مشروع القانون غير الدستوري اما اذا كان له حق الاعتراض التوقيفي فقط فأن اعتراضه قد لا يحقق الغاية المرجوه لأن اقرار المشروع من جديد من قبل المجلس (البرلمان) يمحو اثر الاعتراض ومن الدول التي اخذت بجواز اعتراض رئيس الجمهورية دستور البرازيل لسنة ١٩٧٣ . كما يمكن اعتبار عملية التصديق على اصدار القانون شكل من اشكال الرقابة السياسية على دستورية القوانين والتي يقوم بها رئيس الدولة بصفته الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية فأذا رأى فيه مخالفة للدستور فأنه يمتنع عن اصداره .

ولكن الطريقة المثلى لمباشرة الرقابة السياسية على دستورية القوانين تكون من قبل هيئة او لجنة ذات صيغة سياسية غير قضائية وقد انفردت فرنسا منذ اوائل القرن الثامن عشر في الدعوى الى ايجاد هيئة سياسية يكون من اختصاصها الغاء جميع القوانين التي تسن مخالفة لإحكام الدستور ولكن كيف يمكن ممارسة الرقابة السياسية ؟ وللأجابة على هذا الاستفهام يجب معرفة الهيئة المكلفة بهذه الرقابة والجهة التي تحرك هذه الرقابة . فالهيئة التي تنظر الرقابة السياسية اما ان تكون متخصصة او هيئة غير

([٢٣]) د. محمد علي آل ياسين ، المصدر السابق ، ص ١٢١ .

متخصصة . وقد اخذ دستور فرنسا في ظل الجمهورية الرابعة لسنة ١٩٤٦ بالهيئة المتخصصة ، اما في ظل الجمهورية الخامسة فقد اناط دستور سنة ١٩٥٨ مهمة الرقابة الى هيئة اسماها (المجلس الدستوري) تتكون من نوعين من الاعضاء تسعة اعضاء يتم تعينهم من قبل رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ، كما يضم المجلس رؤساء الجمهورية السابقون للأستفادة من خبراتهم السياسية التي تم اكتسابها نتيجة عملهم السابقة ، اما رئيس المجلس فيعين من بين اعضاء المجلس من قبل رئيس الجمهورية[٢٤] .

ويمارس المجلس الدستوري الرقابة على القانون قبل اصداره ويتم تحريك الرقابة الدستورية من قبل احد الجهات التي ذكرها الدستور وهي رئيس الجمهورية ، رئيس مجلس الوزراء ، رئيس مجلس النواب ، رئيس مجلس الشيوخ ، ستون عضواً من مجلس النواب او ستون عضواً من مجلس الشيوخ بالنسبة للقوانين العادية والمعاهدات الدولية ، اما فيما يتعلق بالقوانين الاساسية وهي القوانين المكملة للدستور ، فأن المجلس الدستوري ينظر في دستورية مشروعاتها تلقائياً ، اي يجب ان تمر على المجلس الدستوري قبل اصدارها وذلك نجد من متطلبات تشريعها وبعد احالة مشروع القانون الى المجلس الدستوري يجب ان يصدر قراراً بشأنه خلال نص شهر واحد من تاريخ الاحالة ، وقرارات المجلس الدستوري تعتبر نهائية غير قابلة للطعن بها مطلقاً ، وعندما ينظر المجلس الدستوري في دستورية مشروع قانون ما فهو يقرر ما يلي :

١. ان مشروع القانون لا يخالف الدستور فان عملية تشريعه تستمر ويصدق عليه .
٢. ان مشروع القانون يخالف الدستور فهو اما ان يخالفه في كل اجزائه بحيث لا يمكن اصداره فيتم صرف النظر عن مشروع القانون ، او ان يخالفه في بعض اجزائه فيتم صرف النظر عن هذا الجزء فقط ، رغم كل ذلك فأن لرقابة الدستورية في فرنسا اخذت طابعاً قضائياً بالرغم من ان تشكيل المجلس الدستوري غير قضائي ورقابته سابقة ووقائية اذ يقرر الدستور منح صفة الحجية لما يصدره المجلس من القرارات ويقرر نشرها لتصبح ملزمة شأنها شأن الاحكام فلا يستطيع البرلمان ان يصدر

([٢٤]) د. احسان المفرجي واخرون ، المصدر السابق ، ص ١٧٣ .

تشريعاً مخالفاً للدستور وان وصل الامر الى حد امكان تعديل الدستور حتى يقر القانون دون ان يخالف قرار المجلس الدستوري .[٢٥]

المطلب الثاني /تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين

ان الرقابة السياسية وان كانت تبدو بسيطة ومنطقية في ظاهرها لأنها رقابة وقائية تتوخى التخلص من عيب اللا دستورية قبل وقوعها ولكنها برغم ذلك تعرضت لبعض الانتقادات ومنها :

١. اذا كان تحريك الرقابة يعود للسلطة التنفيذية او للسلطة التشريعية ، فأن ذلك يؤدي في الواقع الى اقامة الطعن في دستورية القانون على اعتبارات سياسية اكثر من اقامتها على اعتبارات قانونية وموضوعية ، واذا كانت الرقابة تمارس بشكل تلقائي من قبل هيئة الرقابة فأن ذلك قد يخلق من هيئة الرقابة مشرعاً اخر ، لأن القانون لا يمكن ان يشرع او يصدر دون موافقتها اي ان مصير القانون في هذه الحالة سيتوقف على ارادة هيئة الرقابة[٢٦] . وبناء على ذلك لا يمكن منح سلطة الرقابة على دستورية القوانين لهيئة ذات طابع سياسي محض لأن مثل هذه الهيئة بحكم تكوينها ستعمل على تغليب الاعتبارات السياسية على الاعتبارات القانونية .

٢. تتكون هيئة الرقابة السياسية اما عن طريق التعين او الانتخاب او الاختيار الذاتي، فأن هي تكونت عن طريق التعين فأن الطابع السياسي سيطغى عليها الامر الذي يؤدي الى عدم ضمان الاستقلال والحياد اللازمين لكي تقوم بدورها الرقابي . اما اذا تكونت هيئة الرقابة عن طريق الانتخاب من قبل الشعب فتكون عرضه لأن تسيطر عليها نفس الاتجاهات والتيارات السياسية التي تسيطر على المجالس التشريعية وبالنتيجة لن تكون رقابتها في هذه الحالة فعاله ، اما اذا تكونت الهيئة ذاتياً اي عن طريق تعين اعضائها من قبلها فأن ذلك سيحولها بمرور الزمن الى هيئة ارستقراطية لا تتفق مع المنطق الديمقراطي . [٢٧]

([٢٥]) الدكتور عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استغلال القضاء الدستوري، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣، ص ٧.

([٢٦]) د. احسان المفرجي واخرون ، المصدر السابق ، ص ١٧٥ .

([٢٧]) د. احسان المفرجي واخرون ، المصدر السابق ، ص ١٧٦ .

٣. كما يؤخذ على هيئة الرقابة السياسية حرمانها من النظر في دستورية بعض القوانين وهو اضعاف لدورها في الرقابة وكذلك ايضاً بعدم السماح للأفراد بحق الطعن بعدم دستورية قانون ما الامر الذي يؤدي الى التقليل من شأنها كضمانة لأحترام نصوص الدستور وخصوصاً تلك المتعلقة بحقوق الافراد وحرياتهم .

والى نقيض هذه الانتقادات نجد بعض الفقهاء قد استحسن الرقابة السياسية مما دفع الى تبنيها من بعض الدساتير ، ومن جملة مزايا الرقابة السياسية :

١. تتم الرقابة السياسية قبل صدور القانون وصيرورته نافذاً ولهذا سميت بالرقابة الوقائية وهذا الاسلوب يمنع صدور اي قانون مخالف للدستور وبالنتيجة تبدو هذه الرقابة اكثر فاعلية وفائدة من الرقابة اللاحقة التي تشغل الكثير من الاجهزة القضائية وتؤخر مسيرة العدالة في كثير من الاحيان ولذلك فأن الرقابة السياسية الوقائية تنسجم وتتماشى مع مبدأ الوقاية خير من العلاج .

٢. اذا كانت الرقابة على دستورية القوانين رقابة قانونية من حيث موضوعها فهي رقابة سياسية من حيث آثارها نظراً للمكانة العليا التي تكتسبها الجهة المنوط بها الرقابة السياسية على دستورية القوانين ومن ثم يكون منطقياً ان تباشر هذه الرقابة هيئة تتسم بالطابع السياسي ، ويكون تأثير الهيئة على عمل السلطة التشريعية كبيراً وموجهاً لها وضد احكام الدستور وما يتلائم مع المصلحة التي تقدرها هيئة سياسية معينة .[٢٨]

ومع هذه المزايا فأننا نتبنى الرقابة القضائية دون الرقابة السياسية لعدة اسباب، اولها بعد الرقابة والتي يمارسها القضاء من التجاذبات السياسية وان عمله الاول والاخير قانوني محض سواء كان عن طريق الية تكوين تلك الرقابة او آثارها .

الفصل الثالث

([٢٨]) د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الدستوري ، المصدر السابق ، ص ٢٢٨ .

أحكام الدفع بعدم دستورية القوانين

نتناول بالدراسة في هذا الفصل أحكام الدفع بعدم دستورية قانون ما وقد كرسنا المبحث الأول بدراسة ماهية الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية وشروطه , وبمطلبين الأول تم تخصيصه لتكيف الدفع بعدم الدستورية والثاني تم تكريسه للشروط المطلوبة بالدفع بعدم الدستورية .

أما المبحث الثاني فنتناول فيه الإجراءات الواجبة إتباعها من قبل الخصوم أو المحكمة عند الدفع بعدم الدستورية .

المبحث الأول/ ماهية الدفع بعدم دستورية القوانين

نتناول في هذا المبحث ماهية الدفع بعدم الدستورية وبمطلبين الأول لتكيفه القانوني والثاني لشروطه .

المطلب الأول / تكيف الدفع بعدم دستورية القوانين

اتضح لنا في الفصلين السابقين بان الدفع بعدم الدستورية ما هو إلا وسيلة من وسائل الدفاع التي يسعى احد الخصوم من خلالها إلى الاعتراض على قانون ما يراد تطبيقه عليه بواسطة إحدى الجهات القضائية نظراً لمخالفته للدستور . ومن هنا يجب إن نحلل طبيعة هذا الدفع من الناحية القانونية فهل هو من الدفوع الشكلية أم من الدفوع الموضوعية أو دفع بعدم قبول الدعوى ؟ الرأي السائد لدى فقهاء قانون المرافعات والإجراءات المدنية بان الدفع بعدم دستورية القوانين هو دفع موضوعي لانه

يتعلق بإرساء قاعدة قانونية واجبة التطبيق أو تفسير ذات القاعدة القانونية[٢٩] . ولم نجد أي رأي يشير إلى اعتبار الدفع بعد الدستورية دفعاً شكلياً . وبالتالي فانه من المسلم به فقهاً بان الدفع بعدم الدستورية دفعاً موضوعياً بحتاً . ويعتبر من الدفوع القانونية والتي يجوز . إثارتها لأول مرة إمام محكمة النقض أو المحكمة الادارية العليا وهذا ما اخذ به الفقه والقضاء المصري . وذلك لتعلقه بالنظام العام[٣٠]. أما في العراق فان الدفع بعدم الدستورية يجوز إثارته إمام أي محكمة موضوع ويثبت لجميع المحاكم على اختلاف انواعها واختلاف درجاتها , ولا يجوز إيراده إمام المحكمة الاتحادية العليا بصفتها التمييزية او محكمة التمييز الاتحادية أو محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية استناداً لصراحة نص المادة (٣/٢٠٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي لم تجز إيراد أي دفع جديد إمام محكمة التمييز باستثناء الدفع بالخصوم أو الاختصاص او سبق الحكم في الدعوى والتي نصت (لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة إمام المحكمة المختصة بنظر الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصوم والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى).

وقد قضي "لدى التدقيق والمداولة لوحظ بان الطعن التمييزي مقدم ضمن مدته القانونية قرر قبول شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق لإحكام القانون لان الشريك لا يجبر بالبقاء على حالة الشيوع في الملك الشائع إلا بناء على اتفاق أو نص قانوني وهذا ما لم يتحقق في العقار موضوع الدعوى كما إن تقرير الخبير المساح قد جاء واضحاً وبالتالي يصلح إن يكون سنداً للحكم هذا من جانب ومن جانب آخر فان دفع المميزة – المدعى عليها وتمسكها بلائحتها التمييزية وبإقامتها دعوى قيمة مشيدات ودعوى أخرى وهي دعوى منع معارضة على العقار موضوع الدعوى فلا يمكن لهذه المحكمة التصدي لمثل الدفع كونه دفعاً جديداً لم يتم إثارته إمام محكمة الموضوع من قبل المدعى عليها وبالتالي لا يمكن التصدي له أو التحقق به لان المادة (٣/٢٠٩) من قانون المرافعات المدنية لم تجوز إحداث دفع جديد أما المحكمة التي تنظر الطعن تمييزياً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق

---

(٢٩) د . احمد الوفاء : أصول المحاكمات المدنية , المصدر السابق ,ص٢٦٢ . وكذلك أيضا د. نبيل خليل,ل عمر و د. احمد خليل , المصدر السابق , ص٣٢٧ .

(٣٠) د . عصمت عبد الله الشيخ / المصدر السابق , ص١٣١ .

الحكم في الدعوى ودفع المدعى عليها إمام هذه المحكمة لا يحتوي على أي واحد من هذه الاستثناءات الثلاثة وتأسيسا على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق وفق المادة ١/٢١٠ من قانون المرافعات المدنية" [٣١] . كما يدخل الدفع بعدم دستورية نص في القانون أو القانون باكمله ضمن عموم الدفوع الفرعية لما يولده هذا الدفع الفرعي من تأجيل الخصومة أو وقفها لحين الفصل في مسائل أولية يتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع على خلاف أسلوب الدعوى المباشرة التي تمنح لصاحب الشأن في الهجوم المباشر على النص أو التشريع الذي يعتقد بان تطبيقه يلحق الضرر به . ولتعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام ولكونه دفعاً موضوعياً فلا يسقط بالتقادم , ويجوز إثارته مهما طال عمر القانون المطعون بعدم دستوريته .

المطلب الثاني / شروط الدفع بعدم دستورية القوانين

لا يمكن لأي شخص ما في الدولة سواء كان طبيعياً أو معنوياً إن يدفع بعدم دستورية قانون ما إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط حتى يمكن قبول هذا الدفع وهذه الشروط هي :

اولاً : وجود دستور:

إن وجود الدستور هو المقدمة الأولى والشرط الأساسي في وجود الرقابة على دستورية القوانين ابتداءاً سواء كانت تلك الرقابة سياسية أم قضائية فلا يمكن تصور قيام شخص ما بالدفع بدعوى بعدم دستورية القانون وعدم وجود دستور لتلك الدولة وحتى وجود ذلك الدستور فلا يفترض بالضرورة وجود رقابة على دستورية القوانين[٣٢].

إذ الكثير من الدول لديها دساتير ولم تتضمن أي نوع من أنواع الرقابة والتي تعارف على تسمية تلك الدساتير بالدساتير المرنة.

وعلى عكس ذلك فالرقابة على دستورية القوانين سواء سياسية أم قضائية وبطريقة الإلغاء أم الامتناع تفترض ابتداءاً وجود دستور جامد والذي لا يمكن تعديله إلا بواسطة إجراءات معقدة واشد من إجراءات تعديل القوانين الاعتيادية . وبهذا يتحقق

---

(٣١) قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٢٤٣/ت/ح/١١ المؤرخ في ٢٠١١/١٢/٨ (غير منشور) .

(٣٢) جمال ناصر جبارالحميداوي/ دراسات دستورية /بغداد/٢٠٠٩ , ص٤٥ .

مبدأ سمو الدستور على بقية القوانين[٣٣]. فبوجود الدستور تكون الانطلاقة الأولى للرقابة على دستورية القوانين ومنها الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية .

ثانياً : وجود قضاء مستقل :

لا يكفي وجود دستور والإيمان بمبدأ الشرعية لتحقيق الرقابة على دستورية القوانين إذ لابد من وجود قضاء يتمتع بالاستقلالية يتولى عملية الفصل في الخلافات ما بين الخصوم وبوجود السلطة القضائية متلازم ومرتبط بمبدأ المشروعية إذ لا يمكن تحقيق سيادة القانون دون تصور وجود سلطة قضائية مستقلة . ولهذا ينبغي عند إثارة الدفع بعدم دستورية قانون ما ان يتم من خلال محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً وفق لإحكام الدستور والقوانين المتعلقة بالسلطة القضائية . ومهما كان نوعها أو درجتها في السلم القضائي أو لجنة ذات اختصاص قضائي مثل لجنة تثبيت الملكية المشكلة وفقاً لإحكام قانون التسجيل العقاري .

ثالثاً : وجود دعوى منظورة إمام القضاء :

فالدفع بعدم الدستورية لقانون ما يفترض ابتداء إن تكون هناك دعوى منظورة إمام القضاء . سواء كانت هذه الدعوى شرعية أو مدنية أو إدارية أو جنائية ويراد فيها تطبيق قانون معين فيدفع صاحب الشأن بعدم دستورية ذلك القانون لمخالفته للدستور. وبالتالي عدم تطبيقه في الدعوى المنظورة عليه[٣٤]. وقد عرف المشرع العراقي الدعوى في المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية والتي جاء فيها (الدعوى طلب شخص حقه من آخر إمام القضاء) . أما فقهاً فقد عرفت الدعوى (هي وسيلة قانونية يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى السلطة القضائية لحماية حقه)[٣٥]. كما عرفت الدعوى (هي تقاضي حماية حق أو مصلحة اخل بها أو أصبحت عرضة للإخلال أو الضياع)[٣٦] .

واهم خصائص الدعوى هي حق وليست واجب لان لصاحب الدعوى ان يحصل على الحماية القضائية او ان يتخذ موقفاً سلبياً من الاعتداء عليه . فإذا اتخذ الخصم

---

(٣٣) د. خليل حميد عبد الحميد , القانون الدستوري, بغداد ,٢٠٠٩ , ص٧٣ .

(٣٤) د . إبراهيم عبد العزيز شيحا, القانون الدستوري, المصدر السابق, ص٢٤٥.

(٣٥) د . احمد أبو الوفا , أصول المحاكمات المدنية , المصدر السابق , ص١٣٨ .

(٣٦) د . صلاح الدين الناهي , النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والأصول المدنية , عمان , ١٩٨٨, ص٢٠ .

الموقف السلبي ولم يبادر بإقامة دعوى لحماية حقه إمام القضاء فلا يتصور وجود دفع بعدم الدستورية . ونحن نرى بأنه يمكن أثارة الدفع بعدم الدستورية إمام اللجان ذات الصفة القضائية .

ولا يمكن تصور الدفع بعدم دستورية نص قانون معين الا بوجود دعوى اصلية وبهذا قضت المحكمة الاتحادية العليا " لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا – وجد بانه الطلب المقدم من محكمة تحقيق البصرة / الاولى – للبت في شرعية المادة (٢٨) من قانون المشروبات الروحية رقم (٣) لسنة ١٩٣١ المعدل .. لم يكن بناءاً على دعوى منظوره امامها بصدد – موضوع الطلب – كما لم يكن بناء على دفع من احد الخصوم بعدم شرعية تلك المادة عند نظرها دعوى مقامة امامها فبذلك تكون محكمة تحقيق البصرة الاولى قد خالفت احكام المادتين (٣ و ٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ عند تقديمها الطلب اعلاه .. لذا قرر رد الطلب ولاشعار الى المحكمة اعلاه بمراعاة ذلك " [٣٧] .

رابعاً : شرط المصلحة :

يقصد بالمصلحة هي الميزة أو الفائدة أو المنفعة المادية أو الأدبية أو الاقتصادية التي تعود على رافع الدعوى فيما لو كسب دعواه فالمصلحة يتم تقديرها بالنظر إلى النتيجة التي ستسفر الدعوى عنها[٣٨] .

شرط المصلحة يعني إن يكون للشخص الذي يدفع بعدم دستورية القانون مصلحة شخصية مباشرة في الدفع . أي إن يكون صاحب حق أو مركز قانوني يراد حمايته عن طريق الدفع بعدم الدستورية . ويجب على محكمة الموضوع إن تبحث بمدى توافر شرط المصلحة لدى الخصم عند تمسكه بعدم دستورية قانون ما ويجب ان توجه الخصومة تجاه الخصم في الدعوى الاصلية وبذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا " لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان وكيل المدعين يطعن بعدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٥٨) المؤرخ ٢٠٠٣/٣/١٠ المنشور بالوقائع العراقية بالعدد (٣٩٧٥) في ٢٠٠٣/٣/٢٤ وحين ان المدعين اقاموا الدعوى ضد وزير الدفاع الحالي / اضافة لوظيفته , انهم كانوا قد طالبو بالتعويض عن

---

(٣٧) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٩٩ /اتحادية /٢٠١١ في٢٠١١/١٠/١٨ غير منشور .

(٣٨) د . نبيل إسماعيل عمر و د . احمد خليل , المصدر السابق , ص٢٥٩ .

الاضرار التي سببتها القطاعات العسكرية في الارض التابعة لهم اثناء الحرب مع ايران ومع الكويت وحيث ان وزارة الدفاع السابقة تعتبر من الكيانات المنحلة المنصوص عليها في امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٢) الصادر في ٢٠٠٣/٥/٢٣ الذي علق في البند (٢) من القسم (٢) جميع الالتزامات المالية الخاصة بالكيانات المنحلة وتضمن هذا البند بامر مدير سلطة الائتلاف المؤقتة سيحدد الاجراءات التي يتبعها أي شخص للمطالبة بمستحقاته ولعدم تحديد هذه الجهات , فقد اصدر مجلس الوزراء بتاريخ ٢٠٠٧/٣/١١ وبالجلسة الاعتيادية الثانية عشر قراراً بالموافقة على تحميل وزارة المالية التزامات لكيانات الحكومة المنحلة التي لم يحدد القانون الجهة التي ستؤول اليها حقوقها او ستتحمل التزاماتها لذلك فان الخصومة تعتبر غير متوجهة ضد وزارة الدفاع الحالية التي تاسست بعد ٢٠٠٣/٤/٩ وان طلب الغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المشار اليه انفاً لاسند له من القانون لانها ليست الجهة التي اصدرت القرار رقم (٥٨) المؤرخ ٢٠٠٣/٣/١٠ حتى تكون خصماً في دعوى طلب الغائه ولا تعتبر امتداداً لوزارة الدفاع السابقة وفق مامر في اعلاه , عليه قرر الحكم برد دعوى المدعين وتحميلهم المصاريف وصدر الحكم بالاتفاق في ٢٠١١/١٢/٢٧" [٣٩] وفي قرار اخر قضت المحكمة الاتحادية العليا " لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان وكيل المدعي يطعن بعدم دستورية الفقرة (٣) من المادة (٣٩) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقانون رقم (٥١) لسنة ١٩٩٥ التي تنص على " اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه يقدر جملة على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى " وان المدعي وجه الخصومة في الدعوى الى مطلقته المدعي عليها التي اقامت عليه دعوى بالمطالبة بالتعويض عن الطلاق وحيث ان المادة (٤) من قانون المرافعات المدنية قد اشترطت ان يكون المدعى عليه خصماً يترتب على اقراه حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوماً او ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى وان هذا الشرط لا يتوفر في المدعى عليها لانها ليست الجهة التي شرعت النص موضوع الطعن لذلك فان الخصومة تعتبر غير متوجهة في الدعوى ,

(٣٩) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٦٢ /اتحادية/طعن/٢٠١١ في ٢٧ /١٢/٢٠١١ غير منشور .

عليه قرر رد الدعوى من هذه الجهة وتحميل المدعي مصاريف الدعوى وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٢/١/٣٠ [٤٠] ".ولهذا يعتبر الدفع بعدم الدستورية القانونية دفعاً احتياطياً لا يجوز اللجوء أليه إلا إذا استنفذت الدفوع القانونية الأخرى فإذا كان بالإمكان الفصل في الخصومة التي تنظرها محكمة الموضوع من غير طريق المسالة الدستورية فلا يجوز للمحكمة الخوض في تلك المسالة[٤١]" فإذا توافر شرط المصلحة فيعد أساسا لقبول الدفع بعدم الدستورية . أما إذا لم تتوافر في الطاعن مصلحة شخصية كافية يمكن ان يؤسس عليها طعنة بعدم الدستورية فلا يقبل مثل هذا الدفع وتقرر المحكمة رفضه وتتحقق مصلحة المدعى عليه بالدفع بعدم الدستورية لمجرد رفع الدعوى لأنه يصبح مهدداً بخطر الحكم عليه لذا تصبح له مصلحة في توقف هذا الخطر عن طريق الدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه .

خامساً :

إن يكون الدفع بعدم الدستورية دفعاً قانونياً جوهرياً ويقصد بذلك إن يكون الدفع بعدم الدستورية القانونية إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة وليس الهدف منه الكيد والمماطلة فإذا كان قصد الدافع به الكيد والمماطلة فلا يعتبر دفعاً قانونياً كونه يهدف إلى تحقيق أمر غير مشروع والقاعدة العامة إن شرط المصلحة في الدعوى أيا كانت طبيعتها يعد شرطاً من شروط قبولها . بحيث لا مصلحة لا دعوى وهذه القاعدة قائمة بالنسبة للدعوى الدستورية والمدنية والجنائية والإدارية. وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بأنه لا يقبل من الطاعن في دستورية القانون إن يكتفي بالتدليل على قيام التعارض بينه وبين نص من نصوص الدستور بل يجب عليه فوق ذلك إن يثبت إن القانون قد سبب له ضرراً شخصياً مباشراً أو يوشك إن يسبب له هذا الضرر ولا يكتفي في ذلك انه مهدد على نحو عام غير محدد بضرر يشاركه فيه جميع عامة الناس[٤٢].

كما يجب إن يكون هذا الدفع متعلقاً بموضوع الدعوى ومؤثراً فيها بحيث لو صح هذا الدفع يؤدي إلى تغيير وجه الحكم في الدعوى الأصلية , وجوهرية الدفع

---

(٤٠) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٣٩ /اتحادية /٢٠١١ في٢٠١١/١/١٨٣٠ غير منشور .

(٤١) د . عصمت عبد الله الشيخ , المصدر السابق , ص١٣٠ .

(٤٢) د . عصمت عبد الله الشيخ , المصدر السابق , ص١١٠ .

الموضوعي تتطلب إن يكون جدياً ومثمراً وإلا وجب رفضه . وأساس هذا الشرط المصلحة العملية فيجب إن يكون الدفع بعدم الدستورية في منازعه جديه وان تكون غير مفتعلة من اجل الوصول إلى تقرير عدم دستورية تشريع معين أو نص وبهذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية ... (إذ تبين للمحكمة انه لا يوجد خصومة حقيقية بين إطراف القضية وان الطرفين قد تواطئا معاً على رفع الدعوى إمام القضاء والطعن في دستورية القانون .. وان ليس للمحكمة اختصاص عام بالإشراف على دستورية القوانين إنما تختص بذلك إذا أثيرت هذه المشكلة في معرض خصومة حقيقية جادة بين إطراف تتعارض مصالحهم وادعائهم[٤٣]).

سادساً : الصفه :

ويقصد بالصفة في الدفع السلطة التي تخول الشخص مباشرة الحق في الدفع أما لكونه طرفاً في الحق المدعى به واما استناداً إلى نص في القانون أو إلى اتفاق ما بين الخصوم[٤٤].

والصفه في الدفع بعدم دستورية القوانين تثبت لمن كان طرفاً في الحق المدعى به أو لمن خوله القانون صفه غير عادية للتمسك بحق غيره بسبب حلوله محل الطرف الأصلي في الحق في الدعوى , كالدائن في الدعوى غير المباشرة أو للمشتري الذي يحل حلولها قانونياً محل البائع أو للورثة الذين يحلون محل مورثة في حالة وفاته بعد أقامة الدعوى وقبل صدور حكم فيها . كما تثبت هذه الصفة في الدفع للادعاء العام إذا تدخل في أمر يهم الحق العام في الدعاوى المدنية . فيجوز له الدفع بعدم دستورية قانون ما . كما إن فلسفة مفهوم الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية والغاية منها يقودنا إلى الإقرار لكل مواطن صفه مفترضة في عرض النصوص التي يراها مخالفة

---

(٤٣) د . عصمت عبد الله الشيخ , المصدر السابق , ص١١٢ .

(٤٤) القاضي الدكتور قاسم محمد بني بكر , نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون , عمان, ٢٠٠٩, ص١٤١ .

للدستور على المحكمة أو الجهة القضائية التي خصها الدستور أو القانون برقابة الشرعية الدستورية بحيث يكون لكل شخص طبيعي أو معنوي الحق في الدفع على اعتبار إن لكل شخص مصلحة في الدفاع عن الشرعية الدستورية ومن ثم فان صفة المواطنة تكفي للطعن مباشرة بعدم الدستورية .

كما يقتضي من الناحية الإجرائية بقاء صفة ذات الخصم في الدفع بعدم الدستورية وكذلك أيضا عند تقديمه الدعوى الدستورية امام المحكمة الاتحادية العليا اما اذا انتفت الصفة فتكون الدعوى الدستورية واجبة الرد من جهة الخصومة وبهذا المئال قضي (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد إن الدعوى مقامة من المحامي (ف.ن.ص) وكالة عن وزير الموارد المائية إضافة لوظيفته ولدى السؤال منه عما إذا كانت عريضة الدعوى المقدمة قدمت بتوقيعه فأجاب بالإيجاب ولدى تكليفه بإبراز وكالته فأجاب بأنه وكيل عن مدير عام المديرية العامة لتشغيل وصيانة مشاريع الري إضافة لوظيفته وليس عن وزير الموارد المائية وان وكالته مبرزة في ملف الدعوى (صورة منها) وهي بعدد (٦٦) في ٢٠٠٨/١١/٣ تشير إلى ذلك .

وعليه ولما تقدم أنفا وحيث إن المحامي (ف.ن) أقام الدعوى ووقع عريضتها ولم يكن وكيلاً عن المدعي إضافة لوظيفته لذا تكون الدعوى قد أقيمت من غير خصم قانوني ولا يمكن قبوله في الدعوى وكيلاً عن المدعي لأنه وكيل عام عن مدير عام للمديرية العامة لتشغيل وصيانة مشاريع الري إضافة لوظيفته لان الفقرة (٧) من المادة ٤٦ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ قد نصت انه يجب إن تشتمل عريضة الدعوى على البيانات ومن جملتها توقيع الدعوى من المدعي أو وكيله إذا كان الوكيل مفوضاً بسند مصدق عليه من الجهة المختصة لذا تكون الدعوى واجبة الرد من جهة الخصومة لان الدعوى أقيمت من شخص لا صفة قانونية له . وإذا كانت الخصومة غير موجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها وذلك عملاً بحكم المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩...)[٤٥].

(٤٥) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد (٤٥/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤) منشور في المجلد الثالث لإحكام قرارات المحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠١٠/تموز/٢٠١١ , ص١٣٦-١٣٧ .

المبحث الثاني/ إجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين

عندما يلجأ الخصم بالدفع بعدم دستورية قانون ما إثناء نظر دعوى إمام المحكمة فان القاضي ملزم بفحص هذا الدفع وان يقرر قبوله أو رفضه وذلك لتعلق الحكم الذي سيصدره في حكمه بالفصل في هذا الدفع[٤٦] الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ وكذلك قانون المحكمة الاتحادية العليا لم يعرض الإلية الواجبة الإتباع والإجراءات التي يجب إتباعها عند الدفع بعدم دستورية قانون ما من قبل الخصم إلا إن المادة (٤) من النظام الداخلي لإجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ قد تناولت ذلك التي نصت (إذا طلبت احد المحاكم الفصل في شرعية نص قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى , , فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية وتتخذ قراراً باستئخار الدعوى الأصلية للنتيجة . أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن إمام المحكمة الاتحادية العليا) .

ووفقاً لهذا النص تم بموجبه أعطاء الحق لأحد الخصوم في دعوى معروضة على احد المحاكم مدنية أو جزائية أو تجارية إن يدفع بعدم دستورية نص في قانون ما أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات فإذا اقتنعت المحكمة بجدية الدفع فتكلف المحكمة التي تنظر الدعوى الخصم الذي تقدم بالدفع بعدم دستورية النص إلى تقديم دفعه بدعوى ولكن النص قد سكت عن المدة التي يجب على الخصم إن يرفع الدعوى خلالها لان تحديد المدة يعطي رؤية للمحكمة المختصة من إن رغبة الطاعن إمامها جدية وليس مجرد اكتساب الوقت وهذا خلل يجب معالجته وذلك بتحديد مدة ترفع

---

(٤٦) د . محمد علي ال ياسين , المصدر السابق , ص١٣١ .

خلالها الدعوى[٤٧]. ولنا أسوة حسنة ما جاء في حكم المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر المرقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والتي حددت عند اثارة الدفع بعدم الدستورية امام المحكمة ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة اشهر فإذا لم ترفع الدعوى في المدة المحدد اعتبر الدفع لاغياً[٤٨] وللمحكمة التي أثير إمامها الدفع بعدم الدستورية أما إن ترفض ذلك ويكون قرارها غير قابل للطعن كونه من القرارات الإعدادية والتي لا يجوز تمييزها على انفراد استناداً إلى المادة (١٧٠) من قانون المرافعات المدنية . والتي نصت (القرارات التي تصدر إثناء سير المرافعة ولا تنتهي بها الدعوى لا يجوز الطعن فيها إلا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى كلها عدا القرارات التي أتيح تمييزها استقلالاً بمقتضى القانون) . أما إذا اتجهت المحكمة الى فحص هذا الدفع لبيان فيما إذا كانت تقبله من عدمه فتكلف الخصم الذي دفع بعدم دستورية القانون بتقديم هذا الدفع بدعوى. وبعد إن يتم استيفاء رسم الدعوى الدستورية تبت المحكمة في الدعوى في هذه الحالة وتكون المحكمة إمام خياران:

الخيار الأول : قبول الدعوى :

إذا رأت المحكمة بان الدفع بعدم الدستورية دفعاً جدياً وله مبرراته القانونية . وكانت شروط الدعوى متوافرة جميعاً فتقرر ما يلي :-

١. إرسال الدعوى الدستورية إلى المحكمة الاتحادية للبت في الدفع بعدم دستورية نص القانون الذي يراد تطبيقه على الخصم الذي تمسك بهذا الدفع .

٢. تقرر المحكمة جعل الدعوى الأصلية مستأخرة لحين البت في الدعوى الدستورية والاستئخار مصطلح اخذ به المشرع العراقي في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية وهو يرادف مصطلح وقف الفصل في الدعوى الواردة في المادة (١/٨٣) من قانون المرافعات المدنية والتي جاء فيها (إذا رأت المحكمة إن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستاخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع وعندئذ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي رفعت عندها

---

(٤٧) مكي ناجي, المحكمة الاتحادية العليا في العراق , النجف الاشرف ,٢٠٠٧ , ص ٥٣ .

(٤٨) نصت المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر (إذا وقع احد الخصوم إثناء نظر دعوى إمام احد المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في القانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة إن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى وبذلك إمام المحكمة الدستورية العليا . فإذا لم ترفع الدعوى بالميعاد اعتبر الدفع كان لم يكن)

ويجوز الطعن في هذا القرار بطريق التمييز) . وبخلاف ذلك يكون قرار المحكمة عرضة للنقض وبهذا قضي (... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون ذلك لأنه فيما يخص احتساب مهر المميز عليها فان قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٧ في ١٩٩٩/٧/٢٤ تضمن استيفاء المرأة لمهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج ويترتب على ما تقدم احتسابه من تاريخ إيقاع الطلاق وليس من تاريخ المطالبة القضائية . أما الفقرة الحكمية الخاصة برفض طلب وكيل المميز بشان عدم دستورية القرار المذكور الذي دفع به في جلسة يوم ٢٠١٠/١١/٣٠ وطلب إحالة الدعوى على المحكمة الاتحادية فهو الأخر غير صحيح لمخالفته النظام الداخلي رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ والخاص بإجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا حيث نصت المادة (٤) منه على (إذا طلبت إحدى المحاكم الفصل في شرعية نص في القانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر بناء على دفع من احد الخصوم بعدم الشرعية فيكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى وبعد استيفاء الرسم عنها تبت في قبول الدعوى فإذا قبلتها ترسلها مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الدفع بعدم الشرعية وتتخذ قراراً باستئخار الدعوى الأصلية . أما إذا رفضت الدفع فيكون قرارها بالرفض قابلاً للطعن إمام المحكمة الاتحادية العليا لذا قرر نقض الحكم المميز كلاً وإعادة الدعوى إلى محكمتها...)[٤٩].

كما قضت (... وجد انه غير صحيح ومخالف لإحكام الشرع والقانون لان وكيل المميز المدعى عليه قدم لائحة مؤرخة ٢٠١٠/٤/٢٩ يطعن فيها بدستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل (الذي لم يذكر رقمه في اللائحة ويقصد به القرار رقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٩). مما كان الواجب تكليفه تقديم هذا الدفع بدعوى وبعد استيفاء الرسم القانوني لها , فان قبلت المحكمة هذا الدفع تجعل الدعوى مستاخرة للنتيجة وترسل الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا وان رفض ذلك فان قرارها يكون قابلاً للطعن فيه إمام المحكمة الاتحادية العليا المادة (٤) من نظام المحكمة الاتحادية رقم السنة ٢٠٠٥

(٤٩) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٣٥٥/الأحوال الشخصية الأعلى/٢٠١١ في ٢٠١٠/٤/١١ ,غير منشور .

وحيث إن محكمة الموضوع قد سارت بالدعوى دون التقيد بما تقدم لذا قرر نقض الحكم المميز..)[٥٠].

وقرار الاستئخار المتخذ من قبل المحكمة يخضع للطعن التمييزي كونه من القرارات المنصوص عليه في المادة (١/٢١٦) من قانون المرافعات المدنية والتي جاء فيها (يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي الحجز الاحتياطي والقرارات الصادرة في التظلم من الأوامر على العرائض والقرارات الصادرة بإبطال عريضة دعوى أو بوقف السير في الدعوى واعتبارها مستاخرة حتى يفصل في موضوع آخر والقرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطتين أو برفض الإحالة لعدم الاختصاص القيمي أو المكاني او قرار رد طلب تصحيح الخطأ المادي في الحكم أو قبوله وقرار رفض طلب تعيين المحكمين وردهم وقرار تحديد أجور المحكمين وتكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو اعتباره مبلغاً).

وإذا كان نص المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا قد اوجب استئخار الدعوى وما يترتب عليه من جواز الطعن تمييزاً بهذا القرار . إلا إن النص لم يذكر الجهة التي تنظر الطعن (التمييزي) بقرار الاستئخار . وبالتالي يقتضي تطبيق القواعد العامة وفقاً لما جاء بالمادة (٢/٢١٦) من قانون المرافعات المرتبة التي نصت (يكون الطعن تمييزاً في القرارات المذكورة في الفقرة (١) من هذه المادة , لدى محكمة استئناف المنطقة إن كانت صادرة من محكمة البداءة . ويكون الطعن لدى محكمة التمييز إن كانت تلك القرارات صادرة من محاكم الأحوال الشخصية أو محاكم المواد الشخصية أو محاكم الاستئناف بصفتها الاستئنافية ويكون القرار الصادر بنتيجة الطعن واجب الإتباع) . ونحن نرى بان سكوت المشرع عن تحديد جهة الطعن التمييزي في قرار الاستئخار عيب يجب تداركه عند تشريع قانون المحكمة الاتحادية العليا . وذلك حتى لا تتناقض القرارات القضائية بعضها البعض . إذ قد تصدر المحكمة التي تنظر الطعن التمييزي قراراً بنقض قرار الاستئخار فما هو مصير الدعوى الدستورية التي أرسلت إلى المحكمة الاتحادية . كما إن هذا السكوت يجعل الاجتهاد مفتوحاً هذا من جانب ومن جانبٍ اخر فانه وفقاً لما جاء بنص المادة (٤) من النظام الداخلي

(٥٠) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣١٤٨ / شخصية أولى/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٩/٧ , غير منشور .

للمحكمة الاتحادية والتي حددت المحكمة الاتحادية العليا جهة الطعن بقرار رفض قبول الدفع فمن باب أولى أيضا يكون قرار الاستئخار قابلاً للتمييز إمام المحكمة الاتحادية العليا لأنه يعتبر الخطوة الأولى التي يسلكها الخصم في الدعوى الدستورية .

ولسد مثل هذا الاجتهاد الذي قد لا يقتنع به الكثير ويعارضونه نرى ضرورة النص في قانون المحكمة الاتحادية العليا على الجهة التي تنظر كافة الطعون التمييزية المتعلقة بالدعوى الدستورية ومنها قرار الاستئخار .

وبعد صدور قرار الاستئخار للدعوى الأصلية يتم إرسال الدعوى الدستورية مع مستنداتها إلى المحكمة الاتحادية العليا . وبهذا الصدد نرى وجوب إن تتضمن الدعوى الدستورية المحالة صراحة النص التشريعي المطعونة بعدم دستوريته وللنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة الدستورية(٥١).

الخيار الثاني : رفض الدفع بعدم دستورية القانون :

للمحكمة التي يطعن إمامها الخصم بعدم دستورية النص القانوني المزمع تطبيقه عليه بعد استيفاء الرسم وتقديم الدعوى الحق برفض هذا الدفع ويفترض إن يكون قرارها مسبباً بالرفض إلا إن عدم إيرادها لأسباب الرفض لا يجعل هذا القرار عرضة للنقض لأنه ليس بحكم حاسم للنزاع المعروض إمامها . ووفقاً للمادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا فان قرار الرفض يخضع للطعن إمام المحكمة الاتحادية العليا . ويبدو من هذا النص وكتحصيل حاصل إن الطعن الذي قصده المشرح إمام المحكمة الاتحادية العليا هو الطعن التمييزي رغم عدم توصيفه او تسميته للطعن بهذا المسمى , ونرى وجوب توضيح ماهية الطعن وإعطائه الوصف الدقيق , كما إن مدة الطعن لم تحدد وبالتالي يجوز للخصم الذي رفض دفعه بعدم الدستورية إن يطعن بهذا القرار وقت ما يشاء إلى حين صدور قرار بات بموضوع النزاع . وهذا خلل يجب تداركه . أما في مصر ففي حالة رفض الدفع بعدم الدستورية وذلك عندما يثبت للمحكمة على وجه اليقين انه لا شبهة في دستورية القانون فان من حق المحكمة إن ترفض الدفع وتمضي قدماً في الفصل بموضوع النزاع وعلى العكس ما هو عليه في العراق .لا يكون لمن دفع بعدم الدستورية معه الالتجاء إلى المحكمة الدستورية العليا , ويكون حقه

---

(٥١) لم يتضمن قانون المحكمة الاتحادية العليا وكذلك النظام الداخلي لها ذلك على عكس قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر التي اوجبت المادة (٣٠) منه ذكر النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته صراحةً .

فقط الطعن في حكم المحكمة التي ابدي الدفع إمامها ورفضته إمام المحكمة الاستئنافية بالنسبة للمحكمة التي رفضت الدفع , ولا يطعن فيه إمام المحكمة الدستورية لان هذه المحكمة ليست جهة طعن بالنسبة لمحكمة الموضوع وانما جهة ذات اختصاص أصيل حدده قانون إنشائها(٥٢).

ومن التطبيقات القضائية على رفض الدفع بعدم الدستورية قرار المحكمة الاتحادية العليا والذي جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً . ولدى عطف النظر على القرار المميز برفض قبول الدفع المثار بدعوى عدم دستورية العبارة. (بحكم المستملكة) الواردة في المادة الثانية من القانون رقم ١٣٨ سنة ١٩٧١ قانون تنفيذ مشاريع الري لتعارضها مع المادة (٢/٢٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ . لان المحكمة لم تجد تعارض في هذه العبارة مع حق الملكية الذي كفله الدستور العراقي . ولدى التمعن في القرار المميز وجد إن العبارة المذكورة الواردة في المادة الثانية من القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٧١ قانون تنفيذ مشاريع الري. قد وردت في المادة المذكورة من القانون أنفا .

الذي صدر في ظل الدستور المؤقت الصادر في عام ١٩٧١, حيث نصت الفقرة (ج) من المادة السادسة عشر من الدستور المؤقت لعام (١٩٧٠) على انه (لا تنزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل حسب الأصول التي يحددها القانون).

وقد حدد القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٧١ في نصوصه كبقية التعويض عن الأراضي الواقعة ضمن تنفيذ مشاريع الري لذا فان العبارة المذكورة لا تتعارض مع أحكام الدستور المؤقت لعام ١٩٧٠ , ويكون القرار المميز قد قضى برد الطعن المثار بدعوى عدم دستورية العبارة المشار أليها أعلاه من المادة الثانية من القانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٧١ لسبب آخر لذا فانه جاء صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي(٥٣)

---

(٥٢) د . عصمت عبد الله الشيخ , المصدر السابق , ص١٤٢ .

(٥٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٧٩/اتحادية /طعن /٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٨ منشور في المجلد الثالث من أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٠/تموز/٢٠١١ , ص١٠٧ .

كما قضت المحكمة الاتحادية العيا " طعن وكيل المدعي المستانف (المميز بعدم دستورية المادة (٤) من قانون ادارة الاوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦ المعدل وذلك اثناء النظر في الدعوى الاستئنافية المرقمة (٣١٤/ ٣٢٢/٣٤٦/س/٢٠١٠) وبناءاً على تكليف محكمة استئناف البصرة الاتحادية اقام وكيل المستانف المدعي المميز دعوى بدفعه معنونة الى المحكمة الاتحادية العليا بواسطة رئاسة استئناف البصرة الاتحادية الى ان المحكمة وبموجب قرارها المؤرخ (٢٠١١/٥/٢٩) قررت رفض دعوى الطعن بعدم دستورية المادة المذكورة ولعدم قناعة وكيل المستانف بالذكر طعن به تمييزاً لدى المحكمة الاتحادية العليا بموجب لائحته التمييزية المدفوع عنها الرسم القانوني للطعن في (٢٠١١/٥/٢٩) وقررت المحكمة جعل الدعوى الاستئنافية مستاخرة لحين حسم نتيجة النظر في الطعن التمييزي المقدم الى المحكمة الاتحادية ولدى التدقيق والمداولة في المحكمة الاتحادية العليا وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك لان المميز يطعن تمييزاً بقرار رفض محكمة استئناف البصرة الاتحادية باقامة دعوى بدفعه امام المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية المادة (٤) من قانون ادارة الاوقاف رقم (٦٤) لسنة ١٩٩٦ المعدل والتي نصت في الفقرة (١) منها على (يراقب الديوان الاوقاف الملحقة ويحاسب متوليها ويستوفي ١٠% من مجموع وارداتها مقابل ذلك ويقيم الدعوى لمنع تحويل الوقف الى ملك تجاوزاً بحجة مخالفتهم للمادة (٢) و (١٣) و (٤٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لانه لايجوز لدائرة الاوقاف استيفاء ١٠% من واردات الاوقاف وفقاً للمذهب الجعفري وتجد المحكمة الاتحادية العيا بان المادة (٤٣) والتي نصت في اولاً منها على اتباع كل دين او مذهب احرار في أ. ممارسة الشعائر الدينية بما فيها الشعائر الحسينية . ب. ادارة الاوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية وينظم ذلك بقانون وحيث ان المشرع في المادة (٤٣/اولاً –ب) قد علق كيفية ادارة الاوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية على تشريع قانون ياخذ بنظر الاعتبار اراء كافة المدارس الاسلامية في شؤون الوقف وان القانون المذكور لم يشرع لحد الان فتكون الدعوى بالطعن قد اقيمت قبل اوانها ولم تكن مؤسسة على قانون لم يصدر بعد ويكون القرار المميز صحيحاً وموافقاً للقانون قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في

(٢٠١٢/٥/٢٠) [٥٤] وبذات المآل قضت " لدى التدقيق والمداولة في المحكمة الاتحادية الاتحادية العيا وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لانه لدى الرجوع الى (البند/ ثانياً/ أ) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) في (١٩٧٧/١١/٢) تبين انه نص على (تفصل محكمة البداءة في الدعوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القرار ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه تمييزياً لدى محكمة الاستئناف التابعة لها تلك المحكمة خلال ثلاثون يوماً من تاريخ التبلغ به وقرار محكمة الاستئناف في هذا الشان غير قابل للطعن عن طريق تصحيح القرار) ونص في الفقرة (ب) منه على (تعتبر الدعاوي المشمولة باحكام هذا القرار من الدعاوي المستعجلة) ولدى الرجوع الى المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ تبين عدم وجود اية علاقة بين نص البند (ثانيا) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وبين المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وان النص في الفقرة (أ) من البند (ثانيا) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل انفاً على جعل النظر في الطعون التمييزية الناشئة عن تطبيق القرار المذكور انفاً في القرارات الصادرة من محاكم البداءة امام محكمة الاستئناف التابعة لها تلك المحكمة هو من خيار المشرع ولايعد مخالفاً لاحكام المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ او اية مادة اخرى من الدستور , لذا يكون الطعن التمييزي فاقداً لسنده القانوني مما يقتضي رده لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا رده وتحميل المميز رسم التميز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١١/٦/١٠ [٥٥] .

الفصل الرابع

(٥٤) قرار المحكمة الاتحادية بالعدد ١٨/اتحادية /٢٠١٢ في ٢٠١٢/٥/٢٠ غير منشور .

(٥٥) قرار المحكمة الاتحادية بالعدد ٤١/اتحادية/طعن /٢٠١١ في ٢٠١١/٥/٢٠ غير منشور .

اثار الدفع بعدم دستورية القوانين

بعد ان يتم احالة الدعوى الدستورية الى المحكمة الاتحادية لفحص القانون المطعون بعدم دستوريته من قبل احد الخصوم . تكون هناك اثار قانونية موضوعية واجرائية للمحكمة ولأطراف النزاع . ومن هذه الاثار هي وجوب تصدي المحكمة الاتحادية العليا للنظر في الدفع والذي وصل اليها بشكل دعوى دستورية . والحكم الصادر من قبلها سواء كان بالايجاب او السلب يولد اثار قانونية منها ما يتعلق بحجية الحكم الصادر بالدعوى الدستورية . ولهذا نكرس هذا الفصل وبمبحثين نتناول في المبحث الاول الحكم الصادر بالدفع بعدم الدستورية والثاني حجية الحكم الصادر من محكمة الاتحادية العليا .

المبحث الاول/

الحكم الصادر في الدعوى

الدستورية الناتجة عن الدفع بعدم دستورية القوانين

توضح لنا سابقاً بأن الرقابة عن طريق الامتناع (الدفع بعدم الدستورية) تنظرها محكمة الموضوع باعتبار الدفع فيها دفعاً فرعياً اي بصورة عارضه اثناء نظر الدعوى الاصلية المقامه امامها . ولا يمكن لأي محكمة البت في الدفع المتعلق بدستورية نص قانوني من عدمه باستثناء المحكمة الاتحادية العليا في العراق استناداً لصراحة نص المادة (٢٩٣/ اولاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ والمادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا . اما اذا تصدت محكمة الموضوع الى دستورية او عدم دستورية القانون الذي دفع الخصم بعدم دستوريته وحكمت بذلك فيكون قراراها معدوماً وبهذا قضي (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان الطعن التميزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً . ولدى عطف النظر في موضوعه تبين ان المميز المدعي / كان قد اقام الدعوى المرقمة ١٦٨٠/ب/٢٠٠٨ امام محكمة بداءة الكرخ اصالة عن نفسه ووكالة عن بقية المدعين طلب فيها الحكم بالزام المدعى عليه وزير المالية اضافة لوظيفته باجر مثل العقار تسلسل ٢٥٦ لأستغلاله له دون وجه قانوني وللمدة من ١٩٨٨/١٠/١ الى تاريخ اقامة الدعوى المصادف في ٢٠٠٨/٩/١٦ وقد سحب بمبلغ قدره خمسمائة مليون دينار . وان محكمة البداءة نتيجة المرافعة الحضورية العليا وبعد ان حصر وكيل المدعى دعوى موكله في لائحته التميزية المقدمة الى المحكمة والمؤرخة في ٢٠٠٨/١١/٢٥ بطلب استرداد العقار دون النظر عن المطالبه بقيمته قضت الحكم برد دعوى المدعي من جهة عدم توجه الخصومة الى المدعى عليه اضافة لوظيفته بموجب حكمها الصادر في ٢٠٠٩/٢/٢٦ ولعدم قناعة وكيل المدعي بالحكم طعن به استئنافاً امام محكمة استئناف الكرخ بصفتها الاصلية بموجب لائحته الاستئنافية المؤرخة في ٢٠٠٩/٣/١٠ وسجلت تحت عدد الاضبارة (٣١٨/س/٢٠٠٩) حيث طلب فيها الحكم بفسخ الحكم البدائي المستأنف ومن ثم الحكم بالزام المستانف عليه اضافة لوظيفته بتأديته الى المستأنفين على وفق ما جاء في استدعاء الدعوى في مرحلة الحكم البدائي . وذلك للأسباب التي ذكرها في لائحته الاستئنافية كما طعن في الفقرة (اولاً) من البند (ثالثا) من لائحته الاستئنافية بمخالفة امر سلطة الائتلاف رقم ٢ لسنة ٢٠٠٣ والقانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٥ لأحكام المادة (٢٣/اولاً) من دستور جمهورية العراق وعملاً باحكام المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ طلب احالة القضية الى المحكمة الاتحادية العليا

لأجل البت في شرعية القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٥ فيما يتعلق بالعقار موضوع الدعوى من عدمه ، وفي الجلسة المؤرخة ٢٠٠٩/٥/٧ لاحظت المحكمة طلب وكيل المستأنفين في اللائحة الاستئنافية . وقررت تكليفه بتقديم دفعه بدعوى وبعد استيفاء الرسم القانوني عنها فأن المحكمة ستنظر فيها بقبولها او بعدم قبولها . وبناء على ذلك فان وكيل المستأنفين اقام الدعوى لدى محكمة الاستئناف بصفتها الاصلية وسجلت لديها بالعدد (٤٣٩/س/٢٠٠٩) وبعد اطلاعها عليها قررت المحكمة جعل الدعوى الاستئنافية الاصلية المرقمة (٣١٨/س/٢٠٠٩) مستأخره لحين الفصل في الدعوى المقامة المرقمة (٤٣٩/س/٢٠٠٩) بالنظر لتعلق حسمها بنتيجة الطعن في الدعوى المسجلة (٤٣٩/س/٢٠٠٩) بعدم دستورية القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٥ ثم باشرت برؤية الدعوى (٤٣٩/س/٢٠٠٩) ناصبة نفسها محل المحكمة الاتحادية العليا ومن ثم قضيت فيها بتاريخ ٢٠٠٩/٨/١٣ برفض دعوى المدعي مع تحميل المدعين كافة مصاريفها واتعاب المحاماة . لوكيل المدعى عليه دون ملاحظة نص المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والتي اعطت لمحكمة الموضوع في حالة عدم قبولها الدعوى رفض الدفع المثار بعدم دستورية النص المطعون فيه بعدم دستوريته وليس رفض الدعوى علماً انه ليس في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل مصطلح (رفض الدعوى) التي استعملتها المحكمة في ردها لدعوى المدعين المقامة بناء على طلبها . وحيث ان النظر في الطعن او في دعوى عدم دستورية قانون ما . هو من صلب اختصاص المحكمة الاتحادية العليا وذلك بموجب المادة (٩٣/اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ والمادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ فيكون القرار الصادر من محكمة استئناف الكرخ بصفتها الاصلية في الدعوى المقامة بالطعن بعدم دستورية نص القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٥ المرقمة (٤٣٩/س/٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٨/١٣ قد صدر من محكمة غير مختصة بنظرها وتكون المحكمة قد ارتكبت خطأً فاحشاً بنظرها للدعوى بدلاً من المحكمة الاتحادية العليا ومن ثم يكون القرار الصادر معدوماً بصدوره من محكمة غير مختصة بنظر الدعوى وحيث ان القرار المعدوم لا تلحقه حصانه ولا

يزول عيبه بمضي المدة القانونية ولا يغلق بشانه اي طريق للتمسك بانعدامه لذا يكون الحكم المميز قد جاء مخالفاً للقانون قرر نقضه...)[٥٦] .

ويعرف الحكم في الدعوى الدستورية هو اعلان لفكر القاضي الدستوري ازاء المسألة الدستورية وهو حكم قطعي ، بصدوره تستنفذ المحكمة الدستورية العليا ولايتها بشأن ما فصلت فيه[٥٧] ، والقاضي الدستوري في مجال رقابته لدستورية النصوص التشريعية المطعون فيها يقوم اولاً بتحديد المسألة الدستورية محل البحث اذ يشترط ان يكون الحكم في هذه المسألة لازماً للفصل في الطلبات المطروحة امام محكمة الموضوع وتشترط سلطة القاضي الدستوري عند تحديد المسألة الدستورية الاستيثاق من الاوضاع الشكلية للنصوص التشريعية قبل الخوض في عيوبها الموضوعية .

ويترتب على هذا انه يتعين على المحكمة الاتحادية العليا ان تتدرج في خطواتها عند نظر الدعوى الدستورية فتبحث اولاً في المسائل التي تؤدي الى منعها من نظر الموضوع مثل عدم الاختصاص او انعدام المصلحة لدى رافع الدعوى او ان المحكمة سبق لها وان فصلت في ذات المسألة وبهذا قضت المحكمة الاتحادية العليا (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا فقد وجدت ان المدعي في هذه الدعوى سبق ان قدم طعناً تمييزياً الى هذه المحكمة وطلب الحكم بعدم دستورية المادة (٧٧) من قانون الاثبات بعد ان رفض طلبه بهذا الدفع امام محكمة بداءة المحاويل في الدعوى المرقمة (٢٣٠/ب/٢٠٠٩) في الدعوى الاستئنافية المنظورة من محكمة استئناف بابل المرقم (٣٨/س/٢٠١٠) وحيث ان هذه المحكمة وبموجب قرار المرقم (٦٠/اتحادية / ٢٠١٠) في (٢٠١٠/١٢/٢١) قد قضت بان نص المادة (٧٧/ ثانياً) من قانون الاثبات لا يخالف ثوابت الاسلام بل جاء منسجماً مع احكام الاية (٢٨٢) من سورة البقرة ونصها " يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ... " ومن هذه الاية فان الله (سبحانه وتعالى) يامر من عليه الحق ان يكتبه وليتق الله ربه وعليه يكون ما ورد بالمادة (٧٧) من قانون الاثبات منسجماً واحكام الاية الكريمة وانها نظمت ما اشترط القانون كتابته من حقوق ولم تجد

([٥٦]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٢٢/اتحادية/تمييز/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٥/٦ منشور في المجلد الثالث من احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٠/تموز/٢٠١١ ، ص ١٩٣ – ١٩٤ .

([٥٧]) د. رفعت عبد سيد ، المصدر السابق ، ص ٣٩٩ .

هذه المحكمة في المادة (٧٧) من قانون الاثبات ما يخالف الدستور وبذا فان المحكمة الاتحادية العليا سبق وان فصلت بموضوع هذه الدعوى بقرارها المرقم (٦٠/اتحادية/٢٠١٠) في ٢٠١٠/١٢/٢١ وعلى الوجه المتقدم انفاً وبذا تكون دعوى المدعي هذه واجبة الرد عليه قرر الحكم برد دعوى المدعي وتحميله المصاريف واتعاب محاماة وكل المدعي عليهم / اضافة لوظائفهم مبلغاً قدره عشرة الاف دينار تقسم بينهم بالتساوي وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١١/٢/٢٢[٥٨])، فأذا وجدت المحكمة الاتحادية العليا المسائل المذكورة سلفاً فصلت بالنزاع دون التصدي للموضوع اما اذا وجدت المحكمة الاتحادية العليا بأن الدعوى من الناحية الشكلية صحيحة فتبحث في موضوع الدعوى . وان تبحث في القانون المطعون به من حيث الشكل ومن ثم من حيث المضمون . ولطبيعة الدعوى الدستورية باعتبارها دعوى عينيه اساسها التصادم مع النصوص القانونية المطعونه بعدم دستوريتها فهذا مبرر وراء منح المحكمة الاتحادية العليا سلطة واسعة عند نظرها الدعوى وعدم اعتمادها فقط على الاسباب التي يتمسك بها الخصم . كما ان النص القانوني المطعون بدستوريته لا يكون بالضرورة ظاهر التعارض مع احكام الدستور . لأن السلطة التشريعية ليست بالسذاجة بحيث يكون تعارض نصوص تشريعتها مع الدستور واضحاً . بل ان لديها من الوسائل ما يمكنها من اخفاء المخالفة[٥٩] وعندما تتصدى المحكمة الاتحادية العليا لنظر الدفع بعدم الدستورية كدعوى قائمة بذاتها والتي توصف بالدعوى الدستورية تصدر احد الحكمين الآتين :

اولاً : الحكم بعدم دستورية القانون او النظام المدفوع بعدم دستوريته :

وهذا الحكم ينطوي على اعلان او منطوق الفقرة الحكمية بعدم دستورية النص ويترتب على مثل هذا الحكم نتائج بالنسبة للنص التشريعي او النظام المحكوم بعدم دستوريته .

وتختلف هذه الاثار بحسب نظام الرقابة الدستورية المتبع في الدولة . اذ انه في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة السابقة يعد منطوق الحكم بعدم الدستورية عائقاً دون

([٥٨]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٦/ اتحادية /٢٠١١ في ٢٠١١/٢/٢٢ غير منشور .

([٥٩]) مها بهجت يونس الصالحي ، المصدر السابق ، ص ٣١ .

اصدار النص التشريعي المخالف للدستور . بينما في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة اللاحقة يعد منطوق الحكم بعدم الدستورية محدداً لالغاء او لحذف النص التشريعي من النظام القانوني لتلك الدولة وبالنتيجة النهائية يتم استبعاد تطبيق القانون اوالنظام على النزاع المعروض في الدعوى الاصلية .

ثانياً : الحكم المتضمن رد دعوى عدم الدستورية :

قد تصدر المحكمة الاتحادية العليا قراراً برد دعوى عدم الدستورية التي اقامها الخصم بناء على ما ترتب من دفعه بعدم الدستورية لقانون ما في الدعوى الاصلية . وبهذه الحالة يكون للمحكمة الاصلية التي تنظر النزاع بعد ان انتهى لها دستورية القانون انه تحكم به على النزاع المعروض امامها .

والجدير بالملاحظة بان الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا سواء كان بالرفض او الايجاب يكون قرارها باتاً وملزماً استناداً لصراحة نص المادة (٩٤) من الدستور التي جاء فيها (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باته وملزمه للسلطات كافة) . وكذلك ما جاء بالمادة (٥/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا والتي نصت (الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باته) . وهذه نتيجة منطقية لأن التقاضي امام المحكمة الاتحادية العليا يتم على درجة واحدة والاحكام الصادرة منها غير قابلة للطعن فيها بأي وجه من اوجه الطعن وبهذا الصدد قضت (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان وكيل طالب التصحيح طلب تصحيح القرار التميزي المرقم ٦٤/اتحادية/تميز/٢٠١٠ المؤرخ في ٢٠١٠/٨/١٦ الصادر من هذه المحكمة القاضي بتصديق قرار الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المرقم ٢٠٠٩/٢٧٠ في ٢٠١٠/٤/٢٢ وحيث ان القرار التميزي الصادر من هذه المحكمة لا يقبل الطعن بطريق تصحيح القرار لأن القرارات والاحكام التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باته استناداً لأحكام البند(ثانياً) من المادة الخامسة من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ لذلك قررت رد طلب التصحيح وقيد التأمينات المستوفاة ايراداً للخزينة وصدر القرار بالاتفاق[٦٠]. وهكذا يتبين لنا بأن

([٦٠]) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ١٢٨/اتحادية/تميز/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٨ ، منشور في المجلد الثالث من احكام المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٠/تموز/٢٠١١ ، ص ٢٦٥ .

الحكم الصادر في الدعوى الدستورية المقامة بناء على الدفع بعدم الدستورية – لا يجوز الطعن منه وبصدوره تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة للمسألة الدستورية المعروضة عليها وتنتهي الخصومة فيها . الا ان هناك بعض الحالات التي يجوز فيها النظر مجدداً في الحكم الذي اصدرته المحكمة الاتحادية العليا رغم نهائيته وعدم قابليته للطعن وهذه الحالات تكفلت القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية معالجتها ومنها حالة بطلان الحكم او انعدامه كأن يصدر الحكم ولم يتم تشكيل المحكمة تشكيلاً صحيحاً وفقاً لما تطلبته المادة (٢٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا بسبب عدم اكتمال النصاب القانوني لها . وكذلك في حالة تصحيح الخطأ المادي في الحكم الصادر من قبل المحكمة الاتحادية العليا فيجوز تصحيح الخطأ المادي وفقاً لأحكام المادة ١٦٧ من قانون المرافعات المدنية ، ومن قبيل الاخطاء المادية التي يمكن علاجها بالتصحيح الخطأ في رقم المادة القانونية المطعون بعدم دستوريتها مع وضوح هذا الخطأ في حيثيات الحكم . والتصحيح امام المحكمة الاتحادية العليا تحكمه نفس القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات باستثناء واحد فقط هو عدم جواز الطعن بقرار التصحيح المادي ، كونه يصدر باتاً وذلك لصدوره من المحكمة الاتحادية العليا والتي قراراتها باته وملزمة . الا ان هذا لا يعني عدم جواز تقديم طلب تصحيح الخطأ المادي في قرار المحكمة الاتحادية مرة ثانية .

المبحث الثاني/

حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية الناتجة عن الدفع بعدم دستورية القوانين

تعني حجية الحكم هي ان الاحكام القضائية التي صدرت عن القضاء صحيحة شكلاً ومضموناً لوضع حد للخصومة حتى لا تتابد[٦١] . بمعنى انه يعتبر عنواناً للحقيقة في شأن واقعة معينة بالنسبة للخصوم والغير[٦٢] فالحجية اذن هي الصفة غير القابلة للمنازعة والثابته بواسطة القانون لمضمون الحكم وعليه فأن الشيء الذي نوزع وصدر بشأنه حكم لا يكون قابلاً للمنازعة فيما بعد ولا يجوز رفضه عن طريق دعوى مرة ثانية[٦٣] . والحكم القضائي اذا صدر فأنه يكون حجه بما فصل فيه بمعنى انه

([٦١]) محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات ، بغداد ، ١٩٨٣،الجزء الثالث،ص٩٥٧.

([٦٢]) د. سليمان مرقس ، من طرق الاثبات ، شهادة الشهود والقرائن وحجية الشيء المحكوم فيه والمعاينة والخبرة في تقنينات البلاد العربية ، الجزء الثالث ، القاهرة ، مصر ، ١٩٧٤ ، ص ١٣٧ .

([٦٣]) محمد علي الصوري ، المصدر السابق ، ص ١٠٠٧ .

يحوز الاحترام والالزام في المسالة المقضي فيها ويمنع نظرها مرة اخرى[٦٤] . فأذا اقام احد الخصوم دعوى جديدة امام القضاء لأثارة النزاع المقضي فيه كان للخصم الاخر ان يدفع بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها وهو دفع من النظام العام يجوز اثارته في اي مرحلة من مراحل التقاضي ويجوز ان تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا يجوز قبول اي دليل ينقض حجية الحكم القضائي البات وبهذا المآل قضي (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التميزي مقدم في مدته القانونية قرر قبوله شكلاً وعند النظر الحكم المميز ظهر انه صحيح وموافق للقانون لأن (المميزين/المدعون) سبق وان اقاموا الدعوى المرقمة ٩٠٦/ب/٢٠٠٧ على نفس المميز عليه/المدعى عليه/ لنفس السبب وحسمت بالرد شكلاً وموضوعاً واكتسب قرار الحكم الصادر فيها الدرجة القطعية وان الاحكام الصادر من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً ، ولا يجوز قبول دليل ينقض حجية الاحكام الباتة (م١٠٥و ١٠٦ من قانون الاثبات) وبذلك تكون الدعوى موجبة للرد وهذا ما قضت به المحكمة بحكمها المميز عليه قرر تصديقه ...)[٦٥] وحجية الاحكام نوعان الاولى نسبية تقتصر على الخصوم في الدعوى التي صدر الحكم القضائي بشأنها على شرط اتحاد الخصوم والموضوع والسبب . والثانية حجية مطلقة يمتد اثر الحكم بحجيته الى الكافة الخصوم والغير . وحجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية المقامة بناءً على دفع بعدم الدستورية تختلف من دولة الى اخرى حسبما يقرره دستور تلك الدولة . فالحكم الصادر بعدم الدستورية في الولايات المتحدة الامريكية ذو حجية بسيطة . فالقانون الذي صدر حكم بعدم دستوريته لا يلغى ويستمر في تطبيقه على قضايا اخرى واثره يقتصر على اطراف الدعوى فقط . ولا يلزم المحاكم الاخرى حيث انها تستطيع تطبيق القانون المذكور على قضايا اخرى ولا يلام القاضي نفسه الذي اصدره بحيث يستطيع تطبيقه في قضية اخرى[٦٦] لأن جوهر الاخذ بالرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية ينبع من هدف الخصم بعدم

([٦٤]) مها بهجت يونس الصالحي ، المصدر السابق ، ص ٥٥ .

([٦٥]) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢٣٣/الهيأة المدنية/عقار/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٩/٢٨ غير منشور .

([٦٦]) د. منذر الشاوي ، المصدر السابق ، ص ٦٥ .

تطبيق القانون المخالف للدستور على موضوع النزاع المنظور امام محكمة معينة فحيث تتحقق المحكمة من صحة دفع صاحب الشأن بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في نزاع معين، فأنها تمتنع عن تطبيقه وتفصل في الدعوى بناء على تغليب القاعدة الدستورية على القاعدة القانونية العادية .

وبناء عليه فأن المحكمة التي تمتنع عن تطبيق قانون معين لمخالفته الدستور لا تلغي ذلك القانون لأنها لا تمتلك تلك السلطة ، فيقتصر قرارها على الامتناع دون الالغاء بحيث لا يقيد هذا القرار اي محكمة اخرى ولا يكون حجة عليها[٦٧] .ونخلص مما تقدم بأن الحجية النسبية لقرار المحكمة بالامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور قد استقرت في النظام القضائي الامريكي وهذا بدوره يعني ان القانون المحكوم عليه بعدم دستوريته يبقى قائماً بالنسبة للغير لأنه لم يلغ او يعدل او يتقرر بطلانه الا في حدود القضية محل النظر ، فهو كما عبرت عنه المحكمة العليا ليس اكثر من تجاهل المحكمة للقانون المخالف للدستور وهو تجاهل مؤقت وخاص بكل قضية على حدة لا يؤثر في تطبيق القانون المخالف للدستور من قبل محاكم اخرى بل ومن المحكمة ذاتها في قضية اخرى[٦٨] . اما في مصر فأن الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا تكون ذو حجية مطلقة وعامة . مما يؤدي الى قطع النزاع بشأن دستورية القانون او اللائحة بصورة نهائية وبحكم واحد . ولا يجوز اثارة هذه المشكلة مرة ثانية مستقبلاً . وهذا الاتجاه جاء متفقاً واحكام المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي نصت (احكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافه . وتنشر الاحكام والقرارات المشار اليها في الفترة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها) . ومما هو جدير بالذكر هنا هو تميز الفقه الى نوعين من الاحكام النوع الاول يتعلق بالاحكام الصادرة بعدم الدستورية وهنا يكون للحكم حجية مطلقة اما النوع الثاني فيضم الاحكام الصادرة برد الدعوى الدستورية اي يمفهوم المخالفة الاحكام الصادرة بدستورية القانون . وهذه الاحكام لها حجية نسبية ولكن يجب علينا ان نميز بين نوعين من الاحكام ذو الحجية النسبية .

([٦٧]) د. نعمان احمد الخطيب ، مبادئ القانون الدستوري ، منشورات جامعة مؤته ، ١٩٩٣ ، ص١١٥–١١٦.

([٦٨]) د. نعمان احمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، المصدر السابق ، ص ٥٧٤ .

فالاحكام المستندة الى عيب شكلي او اجرائي مثل عدم قبول الدعوى لأنعدام المصلحة لدى رافعها فهنا يعد الحكم الصادر في الدعوى له حجية نسبية . حيث يجوز تصحيح العيب الشكلي عن طريق اجراءات جديدة وصحيحة . اما الاحكام التي استندت على عيب موضوعي فان له حجية مطلقة وهذا ما اتجهت اليه المحكمة الدستورية العليا بقضائها والتي اكدت بأن الاحكام الصادرة في الدعوى الدستورية وهي بطبيعتها دعاوى عينيه توجه الخصومة فيها الى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري ، تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر اثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها ، وانما ينصرف هذا الاثر الى الكافه وتلتزم به جميع سلطات الدولة سواء كانت هذه الاحكام قد انتهت الى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه ام الى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الاساس . وذلك لعموم نصوص المادتين ١٧٥ ، ١٧٨ من الدستور والمادة ١/٤٩ من قانون المحكمة المشار اليها ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد الى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي نفاذه او الى تقرير دستوريته وباتلالي سلامته من جميع العيوب و أوجه البطلان)[٦٩] .

اما حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية في العراق فأن المادة (٩٤) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ .

قد نصت (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باته وملزمة للسلطات كافه) . كما ان المادة (٥/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قد نصت (الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باته) و من هذين النصين الصريحين نجد بأن احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق ذات حجية مطلقة وليست نسبية سواء كانت بعدم الدستورية او بالرفض الموضوعي . لأن نص المادة (٩٤) قد جاء مطلقاً والمطلق يجري على اطلاقه ما لم يرد نص يقيده . الا ان جانب من الفقه يرى بأن الحكم الصادر بعدم الدستورية في الدعوى الدستورية المقامة بناء على دفع احد الخصوم ذات حجية نسبية ، لأن محكمة الموضوع تمتنع عن تطبيق النص المخالف للدستور على وقائع الدعوى المنظورة وهذا الامتناع لا يسري

(٦٩) قرار المحكمة الدستورية العليا، جلسة١٧/مارس/١٩٨٤ ، نقلاً عن د. رفعت عبد سيد، المصدر السابق، ص ٤١٩ .

على دعاوى اخرى منظوره من قبل المحكمة لوقائع مماثله وهذا هو جوهر الفرق ما بين دعوى الدفع بعدم الدستورية ودعوى الالغاء[٧٠] .

ونحن نميل الى هذا الرأي لأن الحكم الصادر بعدم الدستورية لقانون ما الصادر من المحكمة الاتحادية يعتبر باتاً وملزماً لأطرافه فقط . لأن آلية الغاء اي قانون يجب ان تكون بذات الاليه التي سن بها . واستدلالاً بما جاء بحكم المادة (١٣٠) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ والتي نصت (تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ او تعدل وفقاً لأحكام الدستور) . ولم ينص الدستور صراحة عن الية الغاء القانونية وكيفية ذلك .

الا انه كتحصيل حاصل فأن السلطة التي تملك حق اصدار القوانين تملك حق الغائها . وفي العراق فأن مجلس النواب هو الجهة المختصة التي تملك حق اصدار القوانين فقط ، وامام هذا الواقع نرى ضرورة ان يتم توضيح حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية في قانون المحكمة الاتحادية العليا المزمع تشريعه قريباً تنفيذاً لحكم المادة (٩٢/ثانياً) من الدستور وسد اي منفذ لأي احتمالات لأختلاف الاشتهاد في شأنه او التناقض بين الاراء وبالنتيجة لا يمكن لاي شخص ان يثير زوبعة حول نص قضي بعدم دستوريته كما لا يمكن الاعتماد على المادة (١٧) من النظام الداخلي لإجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا والتي نصت (الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باته ، لا تقبل اي طريق من طرق الطعن وتنشر في الجريدة الرسمية اذا كان الحكم او القرار متضمناً الغاء او تعديل نص تشريعي) .

لأن النشر في الجريدة الرسمية للحكم القضائي لا يعني بالضرورة الغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته . ما لم يصدر قرار الالغاء من الجهة المختصة المتمثلة بالسلطة التشريعية وتفسير خلاف ذلك يؤدي الى المساس بمبدأ الفصل ما بين السلطات الذي تبناه الدستور العراقي . ولكن السؤال التقليدي الذي يطرح نفسه بصدد حجية الحكم القضائي هل يثبت في منطوق الحكم ام يمتد الى اسبابه ؟ فأذا صدر حكم من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية نص او غير دستورية فهل تثبت هذه الحجية في منطوقة الحكم ام تثبت في اسباب ؟ القاعدة ان الحجية لا تثبت الا

---

(٧٠) الاستاذ مكي ناجي ، المصدر السابق ، ص ٥٦ .

لمنطوق الحكم الصريح لأن هذا الجزء هو الذي يفصل في النزاع[٧١] لأن العبرة في الاحكام بمنطوقها ولا تعد الاسباب التي حمل عليها هذا المنطوق جزء منها الا بقدر ارتباطها به ارتباطاً وثيقاً لا تقوم له قائمة بدونها حيث تكون وحده لا تتجزأ او يتكون منها عناصره الاساسية ويشترط لقيام هذه القاعدة ان يكون هناك ترابط بين المنطوق والاسباب والا يكون هناك اي تعارض او تناقض فأذا وجد التعارض يؤدي الى بطلان الحكم اما اذا وجد التناقض فأنه يؤدي الى انعدام الحكم. ومما يدعم هذه القاعدة المستندة على ان حجية الحكم تكون لمنطوقه وهذا هو الاصل العام الا انها قد تمتد الى الاسباب ايضاً عندما تكون هذه الاسباب مكمله ومفسره للحكم نتيجة ارتباطها بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً . كما ان الحكم القضائي الدستوري كغيرة من بقية الاحكام القضائية يجب ان يكون مسبباً فأذا اصدرت المحكمة المختصة بنظر دستورية او عدم دستورية نص ما وكان حكمها غير مسبب فيكون مثل هذا الحكم باطلاً لتعارضه مع نص المادة ١٥٩ من قانون المرافعات المدنية والتي اوجبت ان تكون الاحكام القضائية مشتمله على الاسباب التي بينت عليها وأوجبت على المحكمة ان تعرض الاسباب التي حملتها على قبول او رد الادعاءات او الدفوع[٧٢] . ويتفرع من هذا بأنه في حالة غموض المنطوق في الحكم الصادر بدعوى عدم دستورية ودستورية نص قانوني ما يجوز الرجوع الى اسباب ذلك الحكم ومن ثم ازالة الغموض والوقوف على الحجية الحقيقية لذلك الحكم . فنكون هنا امام حجية لأسباب الحكم دون منطوقه . على ان يشترط في ذلك ان لا تتجاوز المحكمة المختصة بنظر الطعن بعدم الدستورية والتي اصدرت حكماً بذلك في قضائها حدود النزاع المطروح عليها لأن ما يرد في اسباب الحكم زائدة عن حاجة الدعوى . لا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه . فأذا عرضت المحكمة في بعض اسباب حكمها الى مسألة خارجه عن حدود النزاع المطروح عليها ، او لم يكن لها حاجه للفصل في الدعوى ففي هذه الحالة لا تحوز الاسباب الزائدة الحجية وبالتالي فأن ما يرد في اسباب الحكم بعدم الدستورية . من تقريرات قانونية

---

(٧١) محمد علي الصوري ، المصدر السابق ، ص ٩٦٦ .

(٧٢) نصت المادة ١٥٩ (١. يجب ان تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وان تستند الى احد اسباب الحكم المبينة في القانون . ٢. على المحكمة ان تذكر في حكمها الاوجه التي حملتها على قبول او رد الادعاءات والدفوع التي اوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت اليها) .

زائدة عن حاجة الدعوى ، لا يكون لها حجية مطلقة بل وليس لها حجية نسبية في الدعوى الموضوعية التي اثيرت بشأنها الدعوى الدستورية .[٧٣]

الخاتمة :

لكل شيء نهاية ونهاية البحث الخاتمة ، وقد توصلنا في بحثنا لموضوع الدفع بعدم دستورية القوانين الى مجموعة من النتائج والمقترحات وهي كما يلي :

اولاً : النتائج :

١. ان موضوع الدفوع قد تناولتها كافة قوانين المرافعات المدنية ومن ضمنها قانون المرافعات المدنية العراقي ... والدفوع على ثلاثة انواع دفع شكلي واخر موضوعي وثالث بعدم القبول . وقد استقر القضاء العراقي على الاخذ بهذه الدفوع الثلاثة ووفقاً لخصوصية كل دفع على حده .

٢. توضح لنا بان الدفع هو عمل ايجابي وليس سلبي وبالتالي لا يعتبر انكار المدعى عليه لدعوى المدعي دفعاً موضوعياً او شكلياً لان المنكر للأدعاء لا يكلف بالاثبات على عكس من يتمسك بالدفع فعليه عبء الاثبات اذا كان الدفع لا يتعلق بالنظام العام . كما ان الانكار لا يؤدي الى انهاء الخصومة مثلما عليه الحال الدفع .

٣. بان لنا بأن الدفع بعدم دستورية القوانين المراد تطبيقه يشتمل القوانين والانظمة والتعليمات والقرارات وقد اجتمعت كلمة الفقه والقضاء على اعتباره دفعاً موضوعياً وهذا الدفع لا يسقط بالتقادم مهما طال عمر القانون المطعون بعدم دستوريته .

٤. ان الخصومة في الدعوى الناتجه عن الدفع بعدم دستورية القوانين عند اقامة الدعوى يجب ان توجه نحو ذات الخصم في الدعوى الاصلية المقامه امام محكمة الموضوع وليس ضد القانون المراد تطبيقه كما هو عليه الحال في الرقابة عن طريقة الدعوى المباشرة .

٥. كما توضح لنا بأن المشرع الدستوري العراقي قد اخذ بنظام الرقابة القضائية بعدة اساليب وهي اسلوب الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية

---

(٧٣) مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص ٧٠ .

(دعـوى الامتنـاع) واسـلوب الـدفع المقتـرن بعـدم الدسـتورية والـدعوى المباشـرة (دعوى الالغاء) .

٦. كما بان لنا ان هناك مجموعة من الشروط ينبغي توافرها حتى يمكن قبول الدفع بعدم دستورية القوانين ، ومن اهم هذه الشروط هي وجود دستور مكتوب في تلك الدولة وان يكون طبيعه ذلك الدستور جامداً حتى يمكن ان يتحقق مبدأ سموا لنص الدستوري على النص القانوني العادي . كما يتطلب وجود قضاء مستقل عن السلطتين التنفيذية والتشريعية وذلك لتحقيق مبدأ سيادة القانون ، وان تكون هناك دعوى منظوره من القضاء سواء كانت هذه الدعوى مدنية ام جزائية ام ادارية او شرعيه وفي اي محكمة من المحاكم بغض النظر عن درجاتها بأستثناء محكمة التمييز الاتحادية او محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية اذ لا يجوز اثارة الدفع بعدم الدستورية امامها لأول مرة . كما يشترط في الخصم الذي يتمسك بعدم الدستورية ويدفع بذلك ان تتوافر فيه المصلحة وان يكون الدفع قانونياً وجوهرياً متعلقاً بذات النزاع اي ان يكون جدياً.

٧. كما بان لنا بأن محكمة الموضوع التي يتم اثارة الدفع بعدم الدستورية لنص ما اوجب عليها القانون اتخاذ الاجراءات اللازمة اذ عليها ان تكلف الخصم بتقديم هذا الدفع بدعوى ومن ثم تقوم بأستيفاء الرسم القانوني عنها ولها ان تقرر قبول الدفع وما يترتب عنه من وجوب استئخار الدعوى الأصلية وارسال اضبارة الدعوى الاصلية والدستورية الى المحكمة الاتحادية لغرض البت بموضوع دفوع شرعية النص القانون المراد تطبيقه على النزاع من عدمه ، او ان تقرر رفض الدفع وقرار الرفض هذا يكون قابلاً للطعن امام المحكمة الاتحادية العليا .

٨. توضح لنا بأن المحكمة الاتحادية العليا عندما تتصدى لموضوع الدعوى الدستورية المقامة بناء على دفع من احد الخصوم تنتج اثار قانونية مهمة وهذه الاثار تتمثل بصدور حكم قضائي بعد ان تتصدى المحكمة الاتحادية العليا لموضوع النزاع المثار بشأن شرعية النص القانوني المراد تطبيقه في الدعوى الاصلية ، وينبغي ان يكون هذا الحكم مستكملاً كافة اركانه الشكلية والشخصية والموضوعية حتى ينتج اثارة والحكم الصادر من المحكمة الاتحادية حكماً قطعياً غير قابل للطعن فيه امام اي جهة اخرى .

٩. كما بان لنا بأن حجية الحكم القضائي بالمسألة الدستورية تختلف من دولة الى اخرى ووفقاً للتنظيم الدستوري لتلك الدولة فبعض الدول مثل الولايات المتحدة الامريكية يكون الحكم الصادر بعدم دستورية قانون ما نتيجة الدفع بعدم الدستورية ذو حجيه نسبية وتقتصر اثارة على الخصوم فقط ولا تمتد الى الغير ... اما بعض الدول فتكون حجية الحكم القضائي الصادر في الدعوى الدستورية ذو حجية مطلقة وليست نسبية ومن ضمنها العراق لأن القرارات والاحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا سواء كانت بعدم الدستورية او بالرفض الموضوعي تعتبر ملزمه لجميع السلطات وباته ، فأذا صدر حكم بعدم الدستورية تمتنع محكمة الموضوع وكذلك بقية المحاكم من تطبيقه .

ثانياً : المقترحات :

١. نقترح ضرورة تحديد مدة للخصم الذي يدفع بعدم دستورية نص قانوني ما امام المحكمة التي تنظر الدعوى الاصلية وان لا تبقى المدة مفتوحة كما هو عليه الحال في نص المادة (٤) من النظام الداخلي لأجراءات سير العمل في المحكمة الاتحادية العليا . لأن تحديد المدة يولد للمحكمة قناعة بجدية الخصم عند اثارته للدفع بعدم الدستورية .

٢. كما نجد من الضروره ان يتم تحديد المحكمة الاتحادية العليا هي الجهة المختصة بنظر الطعن التميزي بقرار الاستئخار المتخذ من قبل المحكمة التي يثار امامها الدفع لا ان يترك للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية اذ قد يؤدي هذا الى تعارض في القرارات وعدم الاستقرار .

٣. نقترح ضرورة ان ينص صراحة على ان المقصود بالطعن هو الطعن التميزي في قرار الاستئخار او الرفض وتثبيت ذلك صراحة وليس فقط ايراد كلمة (الطعن) .

٤. لأهمية الدفع بعدم دستورية القوانين نرى وكما يرى اخرون بضرورة تعديل نص المادة (٣/٣٠٩) من قانون المرافعات المدنية ، وجعله من الدفوع التي يجوز اثارتها اول مره امام محكمة التمييز .

٥. نرى ضرورة ان لا يقتصر الدفع بعدم دستورية القوانين امام المحاكم بل يجب توسيعه والاخذ بهذا الدفع الذي يتم اثارته امام اللجان والهيئات ذات الصفة القضائية وعدم قصره على المحاكم .

٦. كما نرى ونحن على اعتاب تشريع قانون المحكمة الاتحادية العليا ان ينص صراحة على الاخذ بالدفع بعدم الدستورية كوسيلة من وسائل الرقابة القضائية عن طريق الامتناع عن تطبيق القانون المطعون بعدم دستوريته وان ينص صراحة بان الحكم الصادر بناء على ذلك ذو حجية مطلقة يسري على الخصوم والغير ، وان يتم نشره في الجريدة الرسمية ويكون القانون ملغياً حكماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية لأنه في حالة عدم توضيح كون الحكم ذو حجية مطلقة فأن هذا قد يؤدي الى التعارض مع نص المادة (٩٣) من الدستور .

المصادر

* القرآن الكريم

المصادر اللغوية :

١. ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار ، المعجم الوسيط ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

٢. ابن منظور ، لسان العرب ، ابن منظور : لسان العرب للإمام العلامة ابن منظور (٦٣٠-٧١١)هـ , ط١, ج٣ , دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع , بيروت , ١٩٨٨.

٣. ابي عبد الرحمن الخليل احمد الفراهيدي ، كتاب العين ، لبنان ، بيروت ، دار احياء التراث العربي ، ٢٠٠٥ .

٤. العلامة محمد حسين الطباطبائي ، الميزان في تفسير القران ، المجلد الرابع ، ايران ، قم ، ٢٠٠٤ .

٥. لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

٦. محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، مصر ، القاهرة ، ١٩٨٧ .

٧. د. محمد سيد طنطاوي ، معجم اعراب الفاظ القران الكريم ، بلا مكان طبع سنة ٢٠٠٩ .
٨. محمد هويدي ، التفسير المعين ، بلا مكان طبع او سنة .

المصادر القانونية :

١. د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الدستوري ، لبنان ، بيروت ، ١٩٨٣ .
٢. د. احسان حميد المفرجي ود. كطران زغير نعمه ود. رعد ناجي الجده ، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، بغداد ، ٢٠١٠ .
٣. د. احمد ابو الوفا ، اصول المحاكمات المدنية ، لبنان ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة والنشر . ١٩٨٣ .
٤. د. احمد ابو الوفا ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات , القاهرة , بلا سنة طبع .
٥. د. احمد عمر بوزقيه ، قانون المرافعات ، الجزء الاول ، بنغازي ، منشورات جامعة قاريونس ، ط١ ، ٢٠٠٣ .
٦. د. اياد عبد الجبار ملوكي ، قانون المرافعات المدنية ، بغداد ، ط٢ ، ٢٠٠٩ .
٧. د. ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر ، القاهرة ، ١٩٧١ .
٨. د. جمال ناصر الحميداوي ، دراسات دستورية ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
٩. د. حميد الساعدي ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، الموصل ، دار الحكمة ، ١٩٩٠ .
١٠. د. خليل حميد عبد الحميد ، القانون الدستوري ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
١١. القاضي رحيم حسن العكيلي ، دراسات في قانون المدنية ، بلا مكان طبع او سنة .
١٢. د. سعدون القشطيني ، شرح احكام المرافعات ، الجزء الاول ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٢ .
١٣. د. سليمان مرقس ، طرق الاثبات ، شهادة الشهود والقرائن وجية الشيء المحكوم فيه والمعاينه والخبرة في تقنيات البلاد العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، الجزء الثالث.

١٤. د. صلاح الدين الناهي ، النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والاحوال المدنية ، عمان ، ١٩٨٨ .
١٥. القاضي ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدني ، العراق، بغداد، مطبعة العاني ، ١٩٧٣ .
١٦. د. عبده جميل عضوب ، الوجيز في قانون الاجراءات المدنية ، لبنان ، بيروت ، ط١ ، ٢٠١٠ .
١٧. د. عز الدين الديناصوري والدكتور عبد الحميد الشواربي ، الدعوى الدستورية ، مصر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ .
١٨. د. عصام علي الدبس ، النظم السياسية ، الكتاب الخامس ، السلطة القضائية، عمان ، ط١ ، ٢٠١١ .
١٩. د. عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استغلال القضاء الدستوري ، مصر ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
٢٠. علي حيدر ، دور الحكام شرح مجلة الاحكام ، ج٤ ، لبنان ، بيروت ، ١٩٩١ .
٢١. د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مصر ، القاهرة ، دار النهضة ، ١٩٨٧ .
٢٢. القاضي الدكتور قاسم محمد بن بكر ، نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الاسلامي والقانون ، عمان ، ٢٠٠٩ .
٢٣. القاضي محمد شفيق العاني ، اصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، العراق، بغداد ، مطبعة رشاد ، ط٢ ، ١٩٦٥ .
٢٤. د. محمد علي ال ياسين ، القانون الدستوري ، المبادئ الدستورية العامة ، لبنان ، بيروت ، ١٩٧٣ .
٢٥. محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد او قانون الاثبات ، بغداد ، ١٩٨٣ ، الجزء الثالث .
٢٦. مكي ناجي ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٧.
٢٧. د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، الجزء الثاني ، العراق ، بغداد ، ط٢ ، ٢٠٠٧ .

٢٨. منير القاضي ، شرح قانون المرافعات المدنية ، بغداد ، مطبعة العاني ، ط١ ، ١٩٥٧ .
٢٩. د. نبيل اسماعيل عمر ود. احمد خليل ، قانون اصول المحاكمات المدنية ، لبنان ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٤ .
٣٠. د. نعمان احمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، عمان ، ٢٠١١ .
٣١. د. نعمان احمد الخطيب ، مبادئ القانون الدستوري ، منشورات جامعة مؤته ، ١٩٩٣ .

الرسائل :

١. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية القانون، ٢٠٠٦ .

المجلات :

١. احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠١٠ ، المجلد الثالث، تموز، ٢٠١١ .
٢. مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثالثة ، العدد الثاني ، ٢٠١١ .

القرارات :

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٧٧٨ / الهيئة الاستئنافية العقار / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/٢٣ (غير منشور) .
٢. قرار محكمة استئناف القادسية بصفتها التمييزية بالعدد ٥/ت/ج/٢٠١٢ في ٢٢/كانون ثاني/٢٠١٢ (غير منشور) .
٣. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٩٩/اتحادية/٢٠١١ في ٢٠١١/١٠/١٨ (غير منشور) .
٤. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٦٢/اتحادية/طعن/٢٠١١ في ٢٠١١/١٢/٢٧ (غير منشور)

٥. قرار المحكمة الاتحادية العليا الرمقم ٣٩/اتحادية/٢٠١١ في ٢٠١٢/١/٣٠ (غير منشور) .
٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٥٥/الاحوال الشخصية الاولى/٢٠١١ في ٢٠١١/٤/١١ (غير منشور) .
٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣١٤٨/شخصية اولى/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٩/٧ (غير منشورة) .
٨. قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ١٨/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٥/٢٠ (غير منشور) .
٩. قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٤١/اتحادية/طعن/٢٠١١ في ٢٠١١/٦/١٠ (غير منشور)
١٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢٣٣/الهيئة المدنية/عقار ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٩/٢٨ (غير منشور) .
١١. قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٦/اتحادية/٢٠١١ في ٢٠١١/٢/٢٢ (غير منشور) .

القوانين :

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .
٢. دستور جمهورية العراق المؤقت لسنة ١٩٧١ .
٣. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٥.
٤. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٥. قانون المرافعات المدنية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٦٩ .
٦. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

المبحث الأول/ التعريف بالدفع

ان التعريف بالدفع يستوجب بحثه لغةً واصطلاحاً ولهذا سنبحث في المطلب الاول من هذا البحث تعريف الدفع لغة ونبحث في المطلب الثاني تعريف الدفع اصطلاحاً .

المطلب الاول / تعريف الدفع لغةً

الدفع / مصدره دَفَعَ[٧٤] دَفْعاً ودفاعاً ومدفعاً[٧٥] ويقال دفعت عنه كذا وكذا دفعاً أي منعت ودافع الله عنه المكروه دفاعاً وهو احسن من دفع[٧٦] ودفع الى خلاف – دَفْعاً – انتهى اليه – ويقال طريق يدفع الى مكان كذا ينتهي آليه ويقال ايضاً دفعته عنه الاذى والشر ويقال دفع القول رده بالحجه . ودافع عنه مدافعهُ ودفاعاً : حامى عنه وانتصر له ومنه الدفاع في القضاء. والدفوع الكثير الدفع . ومن النوق التي تدفع

---

(٧٤) الرازي محمد بن ابي بكر ، مختار الصحاح ، مصر ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٢٠٧ .

(٧٥) لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢١٨ .

(٧٦) ابي عبد الرحمن الخليل احمد الفراهيدي ، كتاب العين ، ط٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٩٦ .

برجلها عند الحلب[٧٧] والدافع الناقه التي تدفع اللبن على رأس ولدهاً انما يكثر اللبن في ضرعها حين تريد ان تضع وكذلك الدفاع والمصدر الدفعة ورأيت عليه اقصاه أي دفعه دفعة .[٧٨]

وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى " لِلْكَافِرِينَ لَيْسَ لَهُ دَافِعٌ"[٧٩] أي ليس لهم مانع وراد[٨٠] . كما ورد قوله تعالى " إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنْ الَّذِينَ آمَنُوا "[٨١] والمدافعة عنها مبالغة في الدفع[٨٢] وكذلك قوله تعالى " وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا "[٨٣] والدَفَع هنا اسم واعرابه مبتدأ[٨٤] .

ولفظة الدفع تأتي بعدة معاني لغويه منها الأزالة بالقوة جاء في لسان العرب وتدافعوا الشيء دفعه كل واحد منهم عن صاحبه وتدافع القوم أي وضع بعضهم بعضاً[٨٥] .

المطلب الثاني/ تعريف الدفع اصطلاحاً

عرفت المادة (١/٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل بقولها (الدفع هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وستلتزم ردها كلا او بعضها) .

وبالرجوع الى مجلة الاحكام العدلية فقد عرفت الدفع في المادة (١٦٤١) بقولها (الدفع هو ان يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي) .

---

(٧٧) ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار ، المعجم الوسيط ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٨٩ .

(٧٨) الخليل احمد الفراهيدي ، المصدر السابق ، ص ٢٩٧ .

(٧٩) القرآن الكريم ، سورة المعارج ، الاية (٢) .

(٨٠) محمد هويدي ، التفسير المعين ، بلا سنة طبع او مكان ، ص ٥٦٨ .

(٨١) سورة الحج ، الاية (٣٨) .

(٨٢) العلامة محمد حسين الطباطبائي ، الميزان في تفسير القرآن ، المجلد الرابع ، قم،ايران،٢٠٠٤،ص٣٨٥.

(٨٣) سورة الحج ، الاية (٣٩) .

(٨٤) د. محمد سيد طنطاوي ، معجم اعراب الفاظ القرآن الكريم ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٣٩ .

(٨٥) ابن منظور ، لسان العرب ، ج٨ ، ص ١٠٣ .

وقد تم نقد هذا التعريف من قبل شراح المجلة من عدة جهات و زوايا ومجمل هذه الانتقادات بأن هذا الدفع غير جامع لأنه لم يشمل الدفوع التي يمكن اثارتها من قبل القاضي فيما يتعلق بحق من حقوق الله . او امر يتعلق بالنظام العام . والدفع الذي يتم اثارته من قبل الولي او الوصي . كما لم يوضح الدفع الذي قد يثار من غير اطراف الخصومة . وقد عرفه علي حيدر (الدفع هو الاتيان بدعوى قبل الحكم او بعده من قبل المدعى عليه . ترد وتزيل دعوى المدعي[٨٦]) . كما عرف القاضي محمد شفيق العاني الدفع (هو دعوى من قبل المدعى عليه او وكيله يقصد به دفع الخصومة او ابطال دعوى المدعي)[٨٧] ، ووفقاً لهذا التعريف فالدفع يتم من قبل المدعى عليه او وكيله وكان الافضل ايراد عبارة المدعى عليه او نائبه لأن الوكالة نوع من انواع النيابة الاتفاقية والدفع يتم اثارته من قبل الاصيل او النائب كالولي او الوصي ولا يقتصر على الوكيل فقط .

كما عرفه الاستاذ ضياء شيت خطاب الدفع بقوله (هو ما يجيب به الخصم على دعوى خصمه)[٨٨] وهذا التعريف منتقد بل سهل الانتقاد اذ ليس كل ما يجيب عنه الخصم يعتبر دفعاً فأنكار الخصم لدعوى خصمه لا يعتبر دفعاً . كما ان بعض ما يجيب عليه الخصم لا يعتبر لا دفعاً ولا انكاراً بل لغواً .

كما عرف الدكتور احمد ابو الوفا الدفع بقوله (الدفع هو ما يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم له به)[٨٩] .

مما تقدم نجد بأن الدفع هو وسيلة اجرائية للمدعى عليه للدفاع عما يروم اثباته المدعي في دعواه .

ويترتب على هذا بأن الدفع ينظمه القانون الاجرائي فهو وسيلة دفاع سلبية محضه . ويترتب على هذا وفقاً لمبدأ التوازن ما بين الخصوم هو الاداة الاخرى من ادوات استعمال الحق في الدعوى . فأذا كانت الدعوى عبارة عن حق اجرائي يحول لصاحبه مكنة طرح ادعاء معين والمطالبة به امام القضاء من اجل الحصول على

---

(٨٦) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، ط١ ، دار الجيل ، ج٤ ، بيروت ، ١٩٩١ ، ص ٢١٢ .

(٨٧) محمد شفيق العاني ، اصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي ، ط٢ ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، ١٩٦٥ ، ص ٥٥ .

(٨٨) ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ،بغداد،١٩٧٣،ص١١٧.

(٨٩) د. احمد ابو الوفا ، اصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت،١٩٨٣،ص٢٦١.

الحماية القضائية لموضوع الحق محل الادعاء . فأنه في ذات الوقت للمدعى عليه ايضاً الحق في دفع هذا الطلب بالعديد من الدفوع التي تهدف الى تحطيم ادعاء المدعي او منع الحكم له بكل ما يدعيه او بجزء منه او رفضه . او الحكم بعدم قبوله او الحكم بعدم صحة الاجراءات التي اتخذت او الحكم بعدم شرعية القانون الواجب التطبيق على الدعوى وفقاً للدستور النافذ في تلك الدولة .[٩٠]

المبحث الثاني/ انواع الدفوع

ان تعريف الدفع لغة واصطلاحاً لا تستكمل صورته الا بمعرفة انواعه كلاً على حده لهذا خصصنا هذا المبحث لبيان انواع الدفوع وقسمناه لثلاثة مطالب الاول منه لبحث الدفوع الشكلية و الثاني خصصناه لبحث الدفوع الموضوعية والثالث للدفع بعدم القبول .

المطلب الاول (الدفوع الشكلية)

يقصد بالدفوع الشكلية هي تلك الادوات او الوسائل الاجرائية التي حددها المشرع وجعلها وسيلة المدعى عليه للتمسك بالجزاء الاجرائي المترتب على وقوع مخالفات اجرائية[٩١]. أي ان الدفع الشكلي هو وسيلة دفاع وهو يوجه الى اجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق[٩٢] ويتم مباشرة هذا الدفع من قبل الخصم الذي يطعن بعدم قانونية الاجراءات التي اتخذها خصمه ضده . ففقدان احد القواعد الشكلية تمنح الخصم حق الاستفادة منها ودفع ادعاء خصمه[٩٣] .

وقد تناول قانون المرافعات المدنية هذه الدفوع ونص عليها في المواد (٧٣ و ٧٤ و ٧٥ و ٧٦ و ٧٧) [٩٤] . ويمكن تقسيم هذه الدفوع حسب حالات اثارتها من قبل الخصم الى قسمين : دفوع قبل الدخول بالدعوى ودفوع بعد الدخول بالدعوى .

---

(٩٠) د. نبيل اسماعيل عمر والدكتور احمد خليل ، قانون اصول المحاكمات المدنية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٢٣ .

(٩١) د. نبيل اسماعيل واحمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٣٣٣ .

(٩٢) د. احمد ابو الوفا ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ١٥٥ .

(٩٣) د. سعدون القشطيني ، المصدر السابق ، ص ٢٢٣ .

(٩٤) نصت المادة ٧٣ من قانون المرافعات المدنية ما يلي :

أ. دفوع شكلية يجب تقديمها قبل الدخول بالدعوى :

اوجب المشرع العراقي ابداء بعض الدفوع الشكلية قبل المساس بأصل الموضوع والا سقط الحق في الادلاء بها وذلك لعدم تعلقها بالنظام العام . وتعلقها فقط بمصلحة الخصم الذي يتمسك بها ويجب ابداء الدفوع الشكلية قبل الكلام في الموضوع او ابداء دفع بعدم القبول فأذا ابدى طلب او دفاع موضوعي او دفع بعدم القبول من المدعى عليه سقط حقه في ابداء الدفوع الشكلية استناداً للقاعدة التي تقول (وجوب ابداء الدفع قبل الكلام في الموضوع) . وعلة هذه القاعدة هي ان اتاحة الفرصة للخصومة لأبداء الدفوع الشكلية في اية حالة كانت عليها الخصوم يشجع الخصم على الانتظار الى قرب نهاية الاجراءات للتمسك بالدفع الشكلي فيضيع الوقت والجهد والنفقات دون فائدة . ويضطر المدعي الى بدء الخصومة من جديد بعد ان تكون قد قطعت شوطاً كبيراً[٩٥] ومن هذه الدفوع ما نصت عليه المادة (١/٧٣) (الدفع ببطلان تبليغ عريضة الدعوى او الاوراق الاخرى يجب ابداؤه قبل أي دفع او طلب اخر والا سقط الحق فيه وتفصل فيه المحكمة قبل التعرض لموضوع الدعوى) . ويبدو من هذا النص الدفع ببطلان التبليغ لا ينتج اثره الا في حالات (قبول الخصم الغائب) الذي يدفع بان التبليغ

---

١. الدفع ببطلان تبليغ عريضة دعوى او الاوراق الاخرى يجب أبداؤه قبل أي دفع او طلب اخر و الا سقط الحق فيه ، وتفصل قبل التعرض لموضوع الدعوى .

٢. يجب ابداء هذا الدفع في عريضة الاعتراض او الاستئناف والا سقط الحق فيه .

٣. يزول بطلان التبليغ اذا حضر المطلوب تبليغه او من يقوم مقامه في اليوم المحدد .

كما نصت المادة (٧٤) ما يلي : (الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب ابداؤه كذلك قبل التعرف لموضوع الدعوى والا سقط الحق فيه) .=

=كما نصت المادة (٧٥) ما يلي : (اذا تبين للمحكمة ان للدعوى ارتباط الدعوى مقامه قبلاً لمحكمة اخرى فلها ان تقرر توحيد الدعوتين وترسل اضبارة الدعوى الى المحكمة الاخرى والقرار الصادر من المحكمة الاخرى برفض التوحيد يكون قابلاً للتمييز) .

كما نصت المادة (٧٦) ما يلي :

(١. لا يحوز اقامة الدعوى الواحدة في اكثر من محكمة واحدة فأذا اقمت في اكثر من محكمة اعتبرت عريضة الدعوى المقامة اولاً وابطلت العريضة الاخرى .

٢. للمحكمة ان تقرر توحيد الدعوتين اذا كانت الدعوى الاخرى مقامه لدى المحكمة ذاتها) .

كما نصت المادة (٧٧) ما يلي : (الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها او بسبب نوع الدعوى او قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز ابداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى) .

([٩٥]) د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٤٨٣ .

لم يكن وفقاً لاجراءاته القانونية او في حالة الطعن في الحكم بالاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف ولا يستفيد من هذا الدفع في حالة الطعن بطرق الطعن الاخرى (اعتراض الغير ، التمييز ، تصحيح القرار التمييزي ، اعادة المحاكمة) اذ يجب ان يقدم الدفع ببطلان التبليغ الى المحكمة التي اصدرته لتقرير ما يلزم بشأنه[٩٦] واثارة الدفع ببطلان التبليغات يجب ابداؤه قبل أي دفع والا سقط الحق فيه ويزول البطلان في التبليغ اذا حضر المطلوب تبليغه او من يقوم مقامه في اليوم المحدد لأن الحضور نوع من التنازل الاختياري من قبل المطلوب تبليغه عن التمسك البطلان لأنه كان بأستطاعته ان يتخلف ويطعن في الحكم الذي صدر ضده بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي او الاستئناف[٩٧].

وقد يكون عيب البطلان بعدم اجراء التبليغ ابتداءً ، فيجوز للمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها وبخلافه تكون اجرائتها باطله ومدعاة للنقض وقضي بهذا الصدد (... وجد بأنه غير صحيح ومخالف للقانون ولأجراءات قانون المرافعات المدنية لأن المحكمة كانت قد قررت في الجلسة المؤرخة ٢٠٠٩/١٢/٢٨ ترك الدعوى للمراجعة وفي الجلسة المؤرخة ٢٠١٠/١/٥ حضر وكيل المدعي ولم يحضر وكيل المدعى عليه المميز وقررت المحكمة فتح باب المرافعة مجدداً واجراء تبليغ المدعى عليه وفي الجلسة المؤرخة ٢٠١٠/١٠/٣١ اجرت المرافعة حضوراً وعلناً بغياب وكيل المدعى عليه ودون اجراء التبليغ والتحقق من تبلغ المدعى عليه وربط ورقة التبليغ واستمرت بأجراءات المرافعة وانتخاب الخبير واصدر حكمها المميز استناداً الى تقرير الخبير الذي اعتمدته دون اجراءات التبليغ فيكون الحكم قد شابه البطلان لذا قرر نقض الحكم المميز ...)[٩٨]

كما نصت المادة (٧٤) من قانون المرافعات المدنية بأن (الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب ابداؤه كذلك قبل التعرض لموضوع الدعوى والا سقط الحق فيه) .

([٩٦]) د. سعدون القشطيني ، المصدر السابق ، ص ٢٢٣ .

([٩٧]) القاضي رحيم حسن العكيلي ، دراسات في قانون المرافعات المدنية ،بلا سنة طبع او مكان طبع،ص٤٧.

([٩٨]) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٧٤/ الهيئة المدنية منقول/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٠/٢٨ نقلاً عن مجلة التشريع والقضاء/السنة الثالثة/ العدد الثاني ، ٢٠١١، ص ٢٥٢ .

والاختصاص بمفهومه العام او ولاية القضاء هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومه معينه ويقابله بعدم الاختصاص وهو فقدان هذه السلطة[٩٩] اما الاختصاص المكاني او الصلاحية فهي ان لكل محكمة معينة منطقة معينة الحدود التي تختص بالنظر في المنازعات التي تقع فيها مما هو داخل في اختصاصها النوعي دون سائر المحاكم التي هي من نوعها[١٠٠] . فمحكمة بداءة الرصافة مثلاً تختص ولايتها القضائية بالدعاوى المدنية التي تنشأ في دائرة منطقة الرصافة وليس لمحكمة بداءة الكرخ ولاية النظر في تلك الدعاوى ولو كان اختصاصها النوعي واحداً فأذا ما اقيمت دعاوى خارج الاختصاص المكاني وجب على المدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص المكاني قبل ابداء أي دفع اخر والا سقط الحق في هذا الدفع . فأذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها المكاني وجب عليها احالة الدعوى الى المحكمة المختصة مكانياً استناداً لصراحة نص المادة (٧٨)* من قانون المرافعات المدنية وقد اجاز قانون المرافعات للمحكمة التي احيلت اليها ان تقرر عدم اختصاصها ينظر الدعوى المحالة اليها ويكون قرار الرفض قابلاً للطعن تمييزاً استناداً لصراحة نص المادة (٧٩) من قانون المرافعات المدنية وقد قضي في هذا الصدد (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيأة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان محكمة بداءة اربيل كانت قد نظرت الدعوى المسجلة امامها بعدد (١٢٤٠/ب/٢٠٠٧) وسبق ان تعرضت لموضوعها واصدرت قراراً بأحالتها الى محكمة بداءة خمور (حسب الاختصاص المكاني) ، وقد رأت المحكمة الاخيرة انها لا تختص بنظرها فأعادت الدعوى الى المحكمة المحيلة (ولم يطعن الخصوم بقرار رفض الاحالة) الا ان محكمة بداءة اربيل اعادت الدعوى مرة اخرى بكتابها المؤرخ ٢٠٠٩/١١/٢ الى محكمة مخمور

---

(٩٩) د. احمد ابو الوفا ، اصول المحاكمات المدنية ، المصدر السابق ، ص ٣٠١ .

(١٠٠) منير القاضي ، مطبعة العاني ، ط١ ،بغداد ، ١٩٥٧، ص ٦٩ .

* كما نصت المادة (٧٨) من قانون المرافعات المدنية : (اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها القيمي او الوظيفي او النوعي او المكاني وجب عليها ان تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية وتبلغ الطرفين او الحاضر منها بمراجعة المحكمة المحالة عليها الدعوى في موعد تعينه على ان لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ الاحالة ، فأذا لم يحضرا او لم يحضر المبلغ منهما امام تلك المحكمة في الموعد المعين فتطبق احكام المادة (٥٤) من هذا القانون) .

كما نصت المادة (٧٩) : (اذا رأت المحكمة المحالة عليها الدعوى انها لا تختص بنظرها فيكون قرارها قابلاً للطعن تمييزاً) .

، فطلبت الاخيرة من رئاسة محكمة التمييز الاتحادية تعين المحكمة المختصة ، وترى هذه المحكمة ان الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب ابداؤه قبل التعرض لموضوع الدعوى والا سقط الحق فيه، كما ان للخصوم (وليس للمحاكم) حق الطعن تميزاً بقرار رفض الاحالة لعدم الاختصاص المكاني فهو حق يعود اليهم لعدم تعلقه بالنظام العام ، لذا فلا يوجد تنازع في الاختصاص على النحو الذي استلزمته المادة (١٣/اولاً/ب/٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ . المعدل وبما ان الخصوم لم يطعنوا بقرار رفض الاحالة ، لذا كان على المحكمة الاستمرار بنظر الدعوى من النقطة التي وقفت عندها. فقرر اعادة الدعوى لنظرها والفصل فيها اصولياً والاشعار للمحكمة بداءة مخمور بذلك ...)[١٠١] .

ب. دفوع شكلية يتم تقديمها اثناء المرافعة وفي جميع ادوارها :

وهذه الدفوع ليست من حق الخصم وحده بل يمكن ان تدفع بها المحكمة من تلقاء نفسها كالدفع بتوحيد دعويين او عدم الاختصاص الموضوعي وذلك لتعلق هذه الدفوع بالنظام العام[١٠٢] ويترتب على ذلك جواز التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى ويجوز اثارته امام محكمة الاستئناف او محكمة التمييز لأول مرة .

فلحوق علم المحكمة يكون عادة بدفع يدفع به الخصم بان الدعوى مرتبطة بدعوى اخرى يلزم توحيدهما معاً فالعلة الاخذ بهذا الدفع في أي وقت كان هو الخشية من صدور احكام متناقضه في موضوع نزاع واحد وكذلك الحال في حالة اقامة الدعوى الواحدة في اكثر من محكمة فقد نصت المادة (٧٦) (١. لايجوز اقامة الدعوى الواحدة في اكثر من محكمة و فاذا اقيمت في اكثر من محكمة اعتبرت عريضة الدعوى المقامة اولاً وابطلت العريضة الاخرى . ٢. للمحكمة ان تقرر توحيد الدعويين اذا كانت الدعوى الاخرى مقامة لدى المحكمة ذاتها .) ووفقاً لهذا النص يستطيع الخصم أن يدفع بعدم جواز اقامة الدعوى الواحدة في اكثر من محكمة وان اقامة دعوى واحدة يمنع اقامة الاخرى . وتقرر المحكمة قبول الدفع هذا بعد جلب اضبارة الدعوى الاخرى للبت فيها . اما بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص الوظيفي او النوعي او البيني فقد نصت

---

(١٠١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٦/ الهيأة الموسعة المدنية/٢٠٠٩ في ٢٠١٠/٥/١١ ، منشور في النشرة القضائية / العدد الرابع عشر / بغداد ، ايلول ، ٢٠١٠ ، ص ١٥ .

(١٠٢) د. نبيل اسماعيل عمر ود. احمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٣٣٦ .

المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية (الدفع بعدم اختصاص المحكمة لسبب عدم ولايتها اوبسبب نوع الدعوى اوقيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها , ويجوز ابداؤه في اية حالة تكون عليها الدعوى) ووفقاً لهذا النص تتصدى المحكمة من تلقاء نفسها لهذا الدفع لأنه من النظام العام ويمكن ان يدفع بعدم الاختصاص هذا امام محكمة التمييز الاتحادية .[١٠٣] ولأول مرة .

المطلب الثاني / الدفوع الموضوعية

وهي الدفوع التي يجيب بها المدعى عليه خصمه وتكون ذات صلة مباشرة لموضوع الادعاء . ويطلب وفقاً لدفعه رد ادعاء المدعي ، كالدفع بانقضاء الحق بالوفاء او الابراء او بسقوط الحق[١٠٤] فهذه الدفوع توجه الى ذات الحق المدعى به كأن يزعم سقوطه او انقضاءه كالدفع بأنقضاء الدين بالوفاء والدفع بالمقاصة والدفع ببطلان العقد والدفع بالفسخ والدفع بعدم مشروعية العقد والدفع بأستحالة التنفيذ ، والدفع بعدم دستوريه نص قانوني فالدفوع الموضوعية اذن تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعى وبهذا لا يتصور حصرها ، وقد يتصل الدفع الموضوعي بواقع الدعوى او بأرساء القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على هذه العلاقة ، او بتفسير ذات القاعدة القانونية أي ان سهام الدفع توجه مباشرة الى القاعدة القانونية التي تحكم الواقعة ويترتب على هذا بأن الدفع بعدم دستورية قانون ما يعتبر من الدفوع الموضوعية لأنه في حالة الاخذ وثبوت هذا الدفع يتم عدم جواز تطبيق النص على الدعوى القائمة [١٠٥].

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل ان نفي او انكار الخصم لأدعاء خصمه يعتبر دفعاً موضوعياً من عدمه ؟. يرى جانب من الفقه بأنه يعتبر دفعاً موضوعياً لأن المدعى عليه يهدف من هذا الدفع انكار الادعاء الموضوعي الموجه اليه[١٠٦] لأن انكار وجود ذات الحق معناه دفع بأنكار ما ادعى به المدعى وقد تبنى هذا الرأي

---

(١٠٣) نصت المادة (٣/٢٠٩) من قانون المرافعات المدنية (لا يجوز احداث دفع جديد ولا ايراد أدله جديدة امام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً بأستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى) .

(١٠٤) د. سعدون القشطيني ، المصدر السابق ، ص ٢٢٢ .

(١٠٥) د. احمد ابو الوفا ، اصول المحاكمات المدنية ، المصدر السابق ، ص ٢٦١ – ٢٦٢ .

(١٠٦) د. احمد ابو الوفا ، اصول المحاكمات المدنية ، المصدر السابق ، ص ٢١٦ .

الاستاذ الدكتور احمد ابو الوفا بينما يرى فريق أخر بان مجرد انكار الوقائع المنشئه او انكار اثارها لا يمكن ان يعتبر دفعاً ويبرون ذلك بأن المحكمة لا يمكن لها ان تحكم بمقتضى هذه الوقائع الا بعد اثباتها من المدعى. فلا يعدو انكار المدعى عليه للواقعة او انكار اثارها تنبيه الى المحكمة بالقيام بواجبها بالنسبه لتلك الواقعة ووفقاً لهذا الرأي فأنه يتقاطع مع الدفع الموضوعي الذي يجب قصره على ما يهدف اليه المدعى عليه من تأكيد لواقعة مانعه او منهية ترمي الى رفض الدعوى وقد تبنى هذا الرأي الاستاذ الدكتور فتحي والي[١٠٧] ونحن نميل الى هذا الرأي باعتبار ان الدفع الموضوعي لا يعتبر موقفاً سلبياً يقوم به المدعى عليه يتجسد بالنفي لحق المدعي فقط بل هو موقف ايجابي يقوم به المدعى عليه يهدف الى التمسك بواقعة مانعه او منهيه او معدله للحق الذي يتمسك به المدعى عليه او الاثار الناجمة عنه وما ينتج عن ذلك الانكار فما دام عبء الاثبات يبقى على المدعي بعد انكار خصمه المدعى عليه للوقائع المنسوبة اليه فلايمكن اعتبار هذا الانكار دفعاً موضوعياً لأن انكار المدعى بكلام او سكوته عن الكلام يعتبر نفياً لأدعاء المدعي لا دفعاً له . ولكن سواء كان الانكار دفعاً موضوعياً من عدمه ، فأن الارتباط المصيري يبقى قائماً ما بين الحق الموضوعي والدفع الموضوعي فالاول يهدف الى اعطاء مزايا هذا الحق من سلطات ورخص خالصة الى المدعى اما الدفع فيهدف الى انكار تمتع المدعي بمثل هذه العناصر .[١٠٨]

والاصل بالدفوع الموضوعية انها لا تتعلق بالنظام العام بل هي تتعلق بالمصالح الخاصة ، ولصاحبها ان يتمسك بها او يسقط حقه فيها عن طريق عدم التمسك بها او بالتنازل الصريح عنها من جانب صاحب الحق في اثارتها ويعتبر ذلك من باب اسقاط الحق وهو يعتبر تصرف اجرائي بالاراده المنفرده لا يتوقف انتاجه لأثاره على قبول المدعى لأنه يؤدي الى مصلحة صرفه له ويترتب على هذا وجوب ان يتمسك المدعى عليه بالدفع الموضوعي امام المحكمة وعندئذ تكلفه المحكمة باثبات ذلك الدفع . اما الدفوع الموضوعية المتعلقة بالنظام العام فهي التي تتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يتم اثارته من قبل الخصم فالدفع بعدم الاختصاص النوعي او الوظيفي او القيمي تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها . والدفع الموضوعي يجوز

([١٠٧]) د. فتحي والي ، المصدر السابق ، ص ٤٨٠ .

([١٠٨]) د. نبيل اسماعيل عمرو ود. احمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٣٢٨ .

اثارته في الدعوى الى ما قبل ختام المرافعة وقبل النطق بالحكم ولا يجوز التمسك بالدفع الموضوعي امام محكمة التمييز لأول مره الا اذا كان متعلقاً بالخصومة او الاختصاص او سبق الفصل في الحكم وبهذا قضي لدى التدقيق والمداولة وجد بأن الطعن التميزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشتملاً على اسبابه فقرر قبوله شكلاً . ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين انه صحيح لموافقته احكام القانون ذلك لأن التعويض المطالب به هو من ضمن مشتملات المادة (٢/١٦٩) من القانون المدني ولم يكن نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام. كما ان موضوع مدى احقية المدعي والمميز بالمطالبة بالتعويض فصل فيها قضاءً بالحكم الصادر من محكمة استئناف بغداد/ الرصافة في الدعوى ٤٠٢/٣٩٠/ش/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١١/١٨ برده لثبوت ان استحالة التنفيذ كانت نشات من سبب اجنبي لا يد للمدعى عليه فيه ، وقد صدق الحكم المذكور تمييزاً بقرار محكمة التمييز ١٢٦٧/ الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٢/٢٥ . ورد طلب تصحيحه بالقرار ٤٦٦/ الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٤/١٢ فأكتسب درجة البتات مما يكون معه حجة بما فصل فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل بنقضها ...)[١٠٩] . وقبل الختام من هذا المطلب لابد من تحديد اوجه التفرقة بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية وهي :

١. يتم طرح الدفوع الشكلية قبل الدخول في اساس موضوع الدعوى والا سقط الحق فيها على اعتبار ان المدعى عليه قد تنازل عنها ما لم يكن الدفع الشكلي متعلقاً بالنظام العام . اما الدفوع الموضوعية فيجوز طرحها والتمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى .
٢. الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس اصل الحق ويترتب على ذلك عدم انتهاء النزاع ، كما هو الحال الدفع بعدم الاختصاص فيجوز اقامة الدعوى مجدداً امام المحكمة المختصة . اما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي فيترتب عليه انهاء النزاع على اصل الحق المدعى به . والحكم هنا يحوز حجية الشيء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع امام المحكمة التي اصدرت او امام أي محكمة اخرى . وتكون الدعوى موجبه للرد لهذا السبب وقد قضي (وجد انه صحيح وموافق للقانون

([١٠٩]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٣٨١ / الهيئة الاستئنافية / العقار/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/٢٥ غير منشور .

ذلك لأنه سبق للميز (المدعي) اضافة لوظيفته ان اقام الدعوى المرقمة ٢٢٥/ب/٢٠٠٧ والتي هي بذات مال هذه الدعوى واصدرت محكمة البداءة حكماً بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٨ يقضي برد دعوى المدعي واكتسب الحكم المذكور الدرجة القطعية واصبح حجة بما فصل فيه وحيث لا يجوز اقامة اكثر من دعوى لذات السبب مما يكون الحكم البدائي القاضي برد دعوى المدعي وتأييده من قبل محكمة الاستئناف في حكمها المميز له سند من القانون فقرر تصديقه ورد اللائحة التميزية مع تحميل المميز رسم التمييز ...)[١١٠] .

٣. يعتبر تنازل عن الدفع الشكلي مجرد تقديم دفع اخر عليه . اما الدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلاً عن الدفع الموضوع مجرد تقديم دفع اخر عليه .

٤. الاصل ان المحكمة تبت في الدفع الشكلي قبل البحث في موضوع الدعوى لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يغنيها عن التعرض للموضوع اذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة امامها . كما في حالة الدفع بعدم توجه الخصومة وقد قضي في هذا الصدد (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التميزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الرقم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك ان المستأنف عليه كان قد تقرر ادخاله شخصاً ثلاثاً في الدعوى للأستيضاح منه في الجلسه المؤرخة ٢٠٠٥/٣/٩ ولم يكن خصماً منضماً الى جانب المدعي او المدعى عليه لذا لا تصح خصومته للمستأنف في الاستئناف الواقع فأذا كانت الخصومة غير متوجهه تحكم المحكمة بها من تلقاء نفسها ولم لم يبد الخصم هذا الدفع (م ٨٠) مرافعات مدنية لذا يكون الحكم المميز الذي قضى برد الاستئناف شكلاً له سند من القانون ...)[١١١] .

المطلب الثالث / الدفع بعدم القبول[١١٢]

([١١٠]) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٧٧٨/الهيئة الاستئنافية العقار/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/٢٣ غير منشور .

([١١١]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٨٣١/ الهيأة الاستئنافية/ العقار/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/٢٥ غير منشور .

([١١٢]) عرفت المادة (١٢٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الدفع بعدم القبول (كل دفع ينكر به الخصم ودون المساس بالموضوع دعوى خصمه على اساس انقضاء شروط قبول الدعوى ويكون بذلك بسبب فقد الصفة او الاهلية او المصلحة) . نقلاً عن د. اياد عبد الجبار ملوكي، قانون المرافعات المدنية ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ٢٠٠٩، ص ١٢٥ .

وهذه الدفوع لا توجه الى ذات الحق المدعى به فلا تعد دفوعاً موضوعية ولا توجه الى اجراءات الخصومة فلا تعد دفوعاً شكلية[١١٣] . والدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع يرمي الى انكار وجود الدعوى فهو يوجه اذن الى الوسيلة التي يحمى بها صاحب الحق حقه[١١٤] ويقع هذا الدفع في مرحلة وسطى بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية ولهذا السبب فقد اثار حيرة الفقهاء فقد رأي بعضهم الحاقه بالدفوع الموضوعية بينما رأى البعض الاخر أدراجه ضمن الدفوع الشكلية وهو ما ادى الى ظهور قول ثالث باعتباره نوعاً مستقلاً من الدفوع لا هو بالشكلي لأنه لا يتعلق بالاجراءات ولا هو بالموضوعي لأنه لا يتصل بالحق المدعى به[١١٥] .

فهذا الدفع يقترب من الدفوع الشكلية في بعض خصائصها ومن الدفوع الموضوعية في بعض خصائصها . ويمكن القول بان الدفوع بعدم القبول هي ذات طبيعة مختلطة لأنها تشكل نوعاً وسطاً بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية .[١١٦] اذاً فهذا الدفع وسيلة اجرائية حددها المشرع للمدعى عليه للتمسك بتخلف الشروط القانونية الواجب توافرها في الدعوى القضائية التي تكون لازمه لقبول هذه الدعوى[١١٧] وقد اورد قانون المرافعات المدنية على حالات الدفع بعدم القبول والتي جاءت انعكاساً للشروط اللازمة لقبول الدعوى وهي الاهلية والصفة والمصلحة . فعند فقدان احد هذه الشروط يستطيع الخصم ان يدفع بعدم قبول الدعوى وهذا الدفع بطبيعته لا يمس اصل الحق بل يمنع فقط من سماع الدعوى والدفع بعدم قبول الدعوى من حق الخصم ومن حق المحكمة ايضاً .[١١٨]

وقد نص قانون المرافعات المدنية على حالات الدفع بعدم قبول الدعوى وهي الدفع بعدم توجه الخصومة والدفع بسبب سبق الفصل في الدعوى والتناقض المانع من

([١١٣]) د. احمد ابو الوفا ، اصول المحاكمات المدنية ، المصدر السابق ، ص ٢٦٩ .

([١١٤]) د. احمد ابو الوفا ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، ص ٧٦٥ .

([١١٥]) د. احمد عمر بوزقيه ، قانون المرافعات ، الجزء الاول ، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي ، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣ ، ص ١٤٧ .

([١١٦]) د. عبده جميل عضوب، الوجيز في قانون الاجراءات المدنية، لبنان، بيروت, ٢٠١٠، الطبعة الاولى، ص ٢٣٦.

([١١٧]) د. نبيل اسماعيل عمرو ود. احمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٣٤٣ .

([١١٨]) د. سعدون القشطيني ، المصدر السابق ، ص ٤٢٨ .

سماع الدعوى . والدفع بعدم توجه الخصومة والدفع بسبق الفصل في الدعوى من النظام العام وتحكم المحكمة برد الدعوى من تلقاء نفسها .

فقد نصت المادة ٨٠ من قانون المرافعات المدنية (١. اذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في اساسها . ٢. للخصم ان يبدي هذا الدفع في أي حاله تكون عليها الدعوى) كما اوردت المادة ٨١ بالنص على الدفع بعدم سماع الدعوى بسبب سبق الفصل فيها والتي جاء فيها (الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها يجوز ابداؤه في أية حاله تكون عليها الدعوى وتقضي فيه المحكمة بناء على طلب ذوي الشأن او من تلقاء نفسها) .

وتطبيقاً لحكم المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية فقد قضي بهذا الصدد (... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق لأحكام القانون للأسباب الواردة فيه لأن المدعي قد اقام دعواه على المدعى عليهم بصفتهم الشخصية بينما التعهد الخارجي المؤرخ ٢٠٠٨/٥/٢٧ الذي يستند عليه المدعي لطلب تمليك العقار موضوع الدعوى ينسب صدوره من مورث المدعى عليهم (م.ح.هـ) المتوفي بتاريخ ٢٠٠٨/١١/٢ حسبما هو ثابت من القسام الشرعي المربوط في اضبارة الدعوى وبهذا تكون خصومة المدعى عليهم بصفتهم الشخصية غير متوجهة اذا كان ينبغي على المدعي ان يقيم دعواه على المدعى عليهم ورثة البائع اضافة الى تركة مورثهم لأن سبب الألتزام وعلاقة الدائنية والمديونية تتعلق ما بين المدعي (المشتري) والبائع مورث المدعى عليهم ولوفاة البائع فان تركته هي المسؤولة عن تسديد ديونه وليس ورثته اذ لا تركه الا بعد سداد الديون استناداً لصراحة نص المادة (٢/٨٧) من قانون الاحوال الشخصية والتي حظرت التصرف بالتركة الا بعد سداد ديون التي عليها وفقاً للترتيب المنصوص عليه في المادة المذكورة سلفاً وتكون التركة هي المسؤولة عن استيفاء الديون التي على المورث وليس ورثته ويترتب على هذا عدم جواز التمسك بالحكم الوارد في المادة (١١٠٦) من القانون المدني والذي بموجبه تنتقل العقارات حكماً بالارث الى الورثة بمجرد وفاة المورث فهذا النص مقيد تطبيقه بحكم المادة (٨٧) من قانون الاحوال الشخصية اذ لا انتقال للتركه الا بعد تشذيبها من الديون العالقة بها يضاف الى ذلك فأنه على فرض تسجيل العقار باسم الورثة الذي يتلقونه من التركة بالارث فلا يمكن مخاصمتهم لعدم علاقتهم بمديونية مورثهم وتركزها بعد ذلك في

التركة فقط وينتج عن هذا ان تركة البائع المتوفي هي الخصم القانوني في دعوى طلب تمليك العقار وفقاً لأحكام القرار ١١٩٨ السنة ١٩٧٧ المعدل ويجب توجيه الخصومة الى الورثة اضافة الى تركة مورثهم وليس بصفتهم الشخصية . ولما كانت الخصومة من النظام العام وتتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها قبل الدخول بأساس موضوعها وتقضي برد الدعوى استناداً لصراحة نص المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية . ولما كان الحكم المميز قد التزم وجهة النظر المتقدمة فيكون متفقاً واحكام القانون...)[١١٩]

(١١٩) قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التميزية المرقم ٥/ت/ح/٢٠١٢ في ٢٢/كانون ثاني/٢٠١٢ غير منشور .