

الرقابة الدستورية على الحقوق والحريات (دراسة مقارنة)

كوثر أمير

تعتبر الرقابة القضائية ضماناً أساسية لحماية حريات الأفراد في الظروف العادية وضرورة حتمية لحماية هذه الحريات في الأوقات الاستثنائية. فالنص الدستوري مهما بلغ من الرقي عند الصياغة بالتنصيص على مختلف الحقوق والحريات يبقى غير ذي جدوى إذا لم ينص على آليات فعالة لحماية هذه الحقوق من أي انتهاك قد يطالها من طرف أي سلطة. ولضمان هذه الحماية تم تأسيس الرقابة الدستورية كأقصى وسيلة لحماية الحقوق والحريات. هذا ويتضمن القانون المقارن مجموعة من التجارب الناجحة في الرقابة الدستورية التي وان تعددت أشكالها فإن هدفها يبقى واحداً وهو حماية الحقوق والحريات.

تقديم

حرية الأفراد هي أساس الحريات جميعاً، وهي المقصد الأسمى لكل حكومة عادلة. من هذا المنطلق ظهر مبدأ أساسي ومشارك بين دول الديمقراطيات الفردية، وهو مبدأ "الحقوق الفردية" وأياً كانت الأسس التي قام عليها هذا المبدأ فإن هناك نتائج مشتركة من أهمها:

أن الدول ليست ذات سلطات مطلقة، فهي لا تستطيع أن تصدر التشريعات حسبما تشاء. أن على الدولة ألا تحترم الحقوق الفردية فيما يتعلق

بالغاية فحسب وإنما عليها أن تحترم الوسائل، فلا يكفي مثلا أن تعمل الدولة على إدراك الحرية أو السعادة المستقبلية للأفراد، بل يجب عليها منذ الآن أن تحترم تلك الحرية.¹ ولأهمية هذه الحرية أصبحت الدساتير في جانب كبير منها تظمينا للحرية والحقوق الفردية، لكن هل يكفي لحماية الحريات ولتتمتع الأفراد بها أن نجعلها أنشودة نتغنى بها أو حتى نضمنها بين ثنايا الدستور؟ بالطبع أن ذلك لا يكفي فلا بد بجانب ذلك أن نكفل لهذا الدستور ذاته السمو ونمنع أي سلطة من أن تتعدى عليه وبخاصة السلطة التشريعية.

ومن ثم يأتي دور القضاء الحر المستقل المحايد فهو وحده الذي باستطاعته حماية الحريات الفردية، فالرقابة القضائية وحدها هي التي تحقق ضمانة حقيقية للأفراد. ولدينا في تجارب العديد من الدول، المثل الكبير، والتي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، حيث لعبت دورا حيويا في حماية الحريات الفردية، من خلال عدة أحكام، كإيطاليا وألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا ومصر..

لكن السؤال الكبير الذي يطرح نفسه هنا هو : عن أي حقوق وحريات نتحدث؟ هل هي الحقوق والحريات المعتمدة كونيا في المواثيق الدولية؟ أو تلك فقط المنصوص عليها في الدساتير الوطنية؟ أو الحريات والحقوق المافوق ما هو تشريع؟ أي الحقوق والحريات الطبيعية المجردة، دون قيد أو شرط، كما تحدث عنها الفلاسفة؟ وكيف يتم حماية هذه الحقوق والحريات، مع اختلاف أشكال الأنظمة السياسية في كل دولة، واختلاف مرجعياتها؟

سنحاول الإحاطة بهذه النقاط بتقسيم هذا العرض على النحو التالي :

¹ - د. عبد الحميد متولي، "القانون الدستوري والأنظمة السياسية" الجزء الأول سنة 1963 ص232.

- **المبحث الأول: تدخل القضاء الدستوري لحماية الحقوق والحريات .**
 - **المطلب الأول: مجال التدخل**
 - **المطلب الثاني: أهلية رفع الدعوى**
 - **المبحث الثاني: آليات حماية الحقوق والحريات في الأنظمة المعاصرة.**
 - **المطلب الأول: الدعوى الدستورية الأصلية (المباشرة) والدعوى الفرعية.**
 - **المطلب الثاني: الدعوى الدستورية الاحتياطية AMPARO**
- خاتمة**

المبحث الأول: تدخل القضاء الدستوري لحماية الحقوق والحريات

السؤال الذي يطرح نفسه في بداية هذا البحث هو هل على القاضي الدستوري التقيد بما تم تعداده من حقوق وحريات في النص الدستوري؟ خصوصا أن القواعد المتعلقة بالحقوق والحريات في النص الدستوري جد مختصرة وقصيرة، هنا نجد ان القانون المقارن واجتهاد القاضي الدستوري عمل على التوسع في معاني وأبعاد هذه النصوص، حيث يتم ربطها بمضامين بعض النصوص الوطنية كمقدمات الدساتير أو بعض المبادئ ذات القيمة الدستورية أو المبادئ ما فوق الدستورية التي تجد جذورها إما في نص الدستور بحد ذاته. أو في إعلانات حقوق الإنسان العالمية والمعاهدات الدولية، وبالتالي ربط اجتهاد القاضي الدستوري بنصوص الكتلة الدستورية التي بدون الاحتكام إليها لا يستطيع القاضي الدستوري حماية جوهر هذه الحقوق.

ففي فرنسا استهلكت دستورها بمقدمة أصبحت جزءا لا يتجزأ منه وهذا ما اعتمده المشرع اللبناني. في حين ان النمسا دستورها لا يحتوي على أي مقدمة ولا يرتبط بأي إعلانات حقوق، وفي الوقت الذي نجد المشرع الفرنسي استبعد إدخال

المعاهدات والاتفاقات الدولية ضمن الكتلة الدستورية نجد المشرع الإسباني والنمساوي وحتى الألماني أدرجها ضمن الكتلة الدستورية. وقد تكفلت الرقابة على دستورية القوانين بالتدقيق في تطوير مفهوم الحقوق والحريات التي يجب ان تحظى بالقيمة الدستورية فكل من الحقوق التي يكفلها الدستور لها اثر حاسم على مسيرة الديمقراطية وممارسة سلطات الدولة.¹

وقد أدى القضاء الدستوري دورا حاسما في تطوير معنى ونطاق الحقوق والحريات التي يجب ان تكفلها الدولة، على ان القضاء الدستوري قد اتجه في البداية إلى الاعتماد في تحديد الحقوق والحريات على إرادة المشرع الدستوري، وعلى سبيل المثال فالمجلس الدستوري في فرنسا رفض في البداية التسليم بدستورية حقوق الإنسان التي لم ترد صراحة في نصوص الدستور إلا ان هذا الاتجاه الضيق لم يدم طويلا حيث تم التوسع في تحديد الحقوق والحريات. وقد ذهبت بعض الدساتير إلى التفسير الواسع في تحديد الحقوق والحريات فنص دستور كل من اسبانيا والبرتغال على مبدأ ان النصوص المتعلقة بالحقوق الأساسية يجب تفسيرها وفقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأضاف إليها الدستور الإسباني المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.

- المطلب الأول : مجال التدخل -

جاء الدستور من اجل تحقيق غايتين تنظيم هيكله الدولة وتوزيع الصلاحيات بين مؤسساتها من جهة وضمن حقوق وحريات الأفراد من جهة أخرى.²

¹ - احمد فتحي سرور الحماية الدستورية للحقوق والحريات-الشروق-الطبعة الاولى1999ص 5-10
² - أمين عاطف صليبيا دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان طبعة 2002

فقد نصت معظم الدساتير الحديثة على جملة من الحقوق المكرسة لحرية التفكير والتعبير والتنقل والمساواة، ونذكر على سبيل المثال منها الدستور الإيطالي الذي ينص في مادته الثانية على أن الجمهورية تعترف وتكفل حقوق الإنسان غير قابلة للمساس بها سواء بصفته فردا أو عضوا في المجتمع أو في ممارسته الشخصية وحدد هذه الحقوق صراحة في المادة 13 وما بعدها من الدستور¹.

أما الدستور الألماني الاتحادي فقد اقتصر على تحديد حقوق الإنسان التقليدية أي الحقوق المدنية والسياسية (الجيل الأول للحقوق) وحددها في المواد من 1 إلى 20 وفي المادة 33 و38 و101 و102 و103 وبهذا التحديد فتح الباب أمام القضاء الدستوري لاستخلاص الحقوق في الدولة بحسب ما يقتضيه النظام الاشتراكي.

وتعتبر الحقوق الأساسية الحقوق التي تهدف إلى حماية حرية الفرد في مواجهة تدخل السلطة العامة، وقد أكدت المحكمة الدستورية الألمانية طبيعة هذه الحقوق ووظيفتها قائلة بأنه يمثل الأفراد فيها صفة الدائن والدولة تمثل صفة المدين وان وظيفتها تتمثل في الدفاع عن الفرد ضد تدخل الدولة في بعض المجالات. أما الدستور النمساوي فقد اقتصر في بيان اختصاصات المحكمة الدستورية بالإشارة إلى دورها عند انتهاك الحقوق التي يحميها الدستور المادة (144)².

بالنسبة لفرنسا لم يتضمن الدستور الفرنسي بابا خاصا بالحقوق والحريات وإنما تمت الإشارة إليها فقط في الديباجة³ التي نصت (يعلن الشعب الفرنسي

¹ - تعتبر الحقوق الأساسية كل الحقوق التي تنال حماية بواسطة المبادئ الدستورية سواء نص عليها الدستور صراحة أو استخلصت ضمنا رغم ورودها في قوانين عادية وذلك في ضوء ما نص عليه الدستور الإيطالي في المادة الثانية

² - اعتبرت الاتفاقات الدولية جزء من القانون الاتحادي وتأخذ مرتبة الدستور الاتحادي وقد تضمنت معاهدة فيينا في 1955 نصوص تتعلق بالحقوق الأساسية، كما أن انضمام النمسا إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان له اثر في توزيع هذه الحقوق.

³ - احمد فتحي سرور الحماية الدستورية للحقوق والحريات-الشروق-الطبعة الأولى 1999-ص45-47

رسمياً تمسكه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية مثلما حددها إعلان 1789.....).

وقد جاء تعديل 2008 الذي نص لأول مرة على حق الأفراد في الطعن في دستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء (المادة 61 الفقرة 1) وذلك في حالة انتهاك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور¹ من ناحية أخرى اعتمد المجلس الدستور على فكرة الحرية الشخصية المنصوص عليها في المادة 22 من الدستور لكي يستخلص منها عددا من الحقوق الدستورية مثل الحق في الحياة الخاصة والحق في الحصول على مسكن ملائم.

أما في إسبانيا فقد جاء الدستور الإسباني بتحديد الحقوق والحريات الأساسية وقام بالتمييز بين الحقوق الأساسية والحريات العامة (المواد من 15 إلى 29) وحقوق وواجبات المواطنين (المواد من 30 إلى 37) والمبادئ الحاكمة للسياسة الاجتماعية والاقتصادية (المواد من 39 إلى 52)² لكن هذا لا يمنع من أن للقاضي الدستوري صلاحية التوسع في تفسير هذه الحقوق عن طريق دعوى لامبارو التي تكفل للمواطنين بأن يطالبوا بحق من حقوقهم المنصوص عليها دستوريا والمعتاد وصفها بالحقوق الأساسية من الصف الأول³ لأنها تتمتع بضمانات أكثر اتساعاً من الحقوق الأخرى (الجيل الأول والثاني) أي الحريات العامة التقليدية ذات الطبيعة الفردية والجماعية باستثناء حق الملكية.

¹ - هذه الحقوق هي التي تحتويها التشريعات التالية دستور 1958 وتعديلاته الكاملة. النصوص التي أحالة إليها ديباجة الدستور. إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789. ديباجة دستور 1946 والمبادئ الأساسية التي اعترفت بها الجمهورية الفرنسية. الميثاق البيئي 2004. وهو نص له قيمة دستورية يكرس حقوق الإنسان أقره البرلمان الفرنسي سنة 2004 واكتسب قيمة دستورية بعد الإشارة إليه في ديباجة دستور 1958.

² - أحمد فتحي سرور مرجع سابق ص 45-46

³ - من أمثلتها الحق في المساواة (المادة 14) الحق في الحياة والكرامة الجسدية (المادة 15) الحرية الأيديولوجية والدينية والثقافية (المادة 16) الحق في الحرية والأمن الشخصي (المادة 17)

كذلك لا يمكن ان يكون موضوع دعوى لامبارو الحق في الشغل، حرية
المقاولة، الحق في الحماية الصحية، الحق في التمتع ببيئة جيدة. فدعوة الحماية
الدستورية (لامبارو) لا تكون مقبولة إلا حينما يكون الضرر لاحقاً بحقوق أساسية
يكون من السهل حمايتها قانونياً¹. من جانب آخر يمكن لكل فرد ذو حق أساسي
الاعتراض على قانون في إطار الدفع الفردي بانتهاك حق أساسي استناداً إلى المادة
93 الفقرة 1 رقم 4 من القانون الأساسي والمادة 13 رقم 8 من نفس القانون (أي
شخص تضررت حقوقه الأساسية من طرف السلطة العامة يمكنه اللجوء إلى
المحكمة الدستورية الفيدرالية أي ما يسمى بالطعون الدستورية)².

أما في مصر فقد اتخذت من المستوى الذي تلتزم به الدول الديمقراطية في
قواعدها القانونية وفي احترام حقوق المواطنين والحريات معياراً وضابطاً لرقابتها
الدستورية ومؤدى ذلك ان المحكمة الدستورية العليا تتمسك بحقوق الإنسان
المسلم بها في الدول الديمقراطية. وقد وصل بها الأمر إلى حد عدم الوقوف عند
معنى الحرية الشخصية التي كفلها الدستور. وتكشف متابعة الأحكام التي
أصدرتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها عام 1979، وما ورد بهذه الأحكام
من حيثيات وما أرسنته من مبادئ، أن دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة
علي دستورية القوانين في مصر لم يكن مجرد عمل ' قانوني ' يتسم بالحياد
والموضوعية في فحص النصوص التشريعية لبيان مدى توافقها مع الدستور، وإنما
تأثر دورها بالواقع السياسي والاجتماعي وتفاعل معه، بحيث أصبحت المحكمة
تضطلع بدور بارز في وضع أسس وضمانات حماية حقوق الإنسان، كما استقر

¹ - احمد فتحي سرور مرجع سابق

² - نايف محمد راشد الكعبي، رقابة المحاكم الدستورية "دراسة مقارنة" إطروحه لنيل الدكتوراه في الحقوق،
جامعة الحسن الثاني، لسنه الجامعيه 2010 - 2011 ص 115

مدلولها في وجدان قضاتها، حتى وإن لم ينص على هذه الحقوق صراحة في الدستور، حيث باتت الرقابة القضائية على دستورية القوانين في تفاعل دائم مع الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي يعيشها المجتمع، وصار للمحكمة الدستورية دور 'إنشائي' في مجال حقوق الإنسان، وليس مجرد تأكيد وضمنان حقوق مكفولة بنصوص الدستور.

أما في المغرب فقد طرا تحول نوعي على مستوى القضاء الدستوري، هو ذلك الانتقال من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية أي الانتقال من الرقابة السياسية لدستورية القوانين إلى الرقابة القضائية، وهو أمر فيه دلالة ديمقراطية قوية. فإلى جانب الاختصاصات الدستورية التي كانت مخولة للمجلس الدستوري فإن المحكمة الدستورية عرفت تجديدا دستوريا متمثلا في إقرار حق المواطن المغربي في الدفع بعدم دستورية أي قانون يراه متعارضا مع مصالحه؛ فلا يمكن الحديث عن عدالة دستورية ما لم توفر الضمانات القانونية لحماية الحقوق الفردية والجماعية للمواطن؛ وفي هذا الصدد أقر دستور 2011 في الفصل 133 على أنه تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية من شأنها أن تمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور بشكل صريح والمنصوص عليها صراحة في ديباجة الدستور والباب الثاني منه في المواد من 19 إلى 40.

إن هذا التضمين يعتبر من المستجدات الدستورية الدالة، بحيث خول للمواطن المغربي لأول مرة في تاريخ الدستور المغربي الحق في اللجوء إلى المحكمة الدستورية لإثارة عدم دستورية أي قانون من شأنه تطبيقه على نزاع معروض على القضاء أن يمس بحقوقه وحرياته الدستورية الأمر الذي يدرج الدستور المغربي في

خانة دساتير الجيل الجديد من حقوق الإنسان أو ما يطلق عليه الأمريكيون بجيل حقوق التدعيم.¹

المطلب الثاني : أهلية رفع الدعوى أصحاب الصفة في إثارة هذا النوع من الحماية الدستورية

تعد الرقابة علي دستورية القوانين ضمانة هامة للحقوق والحريات وإقامة نظام ديمقراطي سليم. فهي تهدف إلي حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وتفعيل وتعميق قيم الديمقراطية لديهم².

فقد نصت دساتير بعض الدول، على سبيل المثال ((النمسا، اسبانيا، ألمانيا)) بحق الأفراد في رفع دعوى دستورية، في حالة انتهاك حقوقهم وحرياتهم³ ، وستنطبق في هذا المطلب لبعض الدول الغربية وأخرى عربية توضح الأطراف الذين لهم الحق في رفع دعوى دستورية .

الفقرة الأولى : نموذج الدول الغربية

منح الدستور الاسباني " حق تقديم الطعن إلي كل شخص طبيعي أو قانوني الذي له مصلحة مشروعة وكذلك المدافع عن الشعب والنيابة العامة " حسب المادة 162/4.

تتم هذه الرقابة بشكل عام لحماية الحقوق والحريات بواسطة دعوي "لامبارو" يباشرها احد الأطراف بسبب المساس بحقوقه الدستورية من خلال تشريع أو لائحة أو بسبب حكم قضائي أو قرار إداري⁵ ويتوفر هذا الحق لكل من:

¹ - احمد فتحي سرور- مرجع سابق ص 153

² - د. عيد احمد حسان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، المجلة الشريعة عدد 28، 2006.

³ - إبراهيم محمود السيد للبيدي، صور الرقابة الدستورية وحقوق الإنسان www.policemc.gov.bh

⁴ - نايف محمد راشد الكعبي، رقابة المحاكم الدستورية "دراسة مقارنة" إطروحه لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، لسنه الجامعيه 2010 - 2011، ص 114.

⁵ - د أشرف اسماعيل عزب، حسين سالم والقضاء الاسباني، اليوم السابع <http://www.youm7.com>

1 - الشخص الطبيعي أو القانوني تكون له مصلحة مشروعته وفق الشروط

التالية :

- ان تكون لهم مصلحة مباشرة أو متأثر بمصلحة مباشره.
- وان الطعن أمام المحكمة الدستورية لا يتم إلا بعد استنفاد مسطرة الافضليه والمختصرة أمام المحاكم العادية .
- وان يكون حامل الجنسية الاسبانية .

2- المدافع عن الشعب :محامي الشعب فهو يمارس وظيفة الدفاع عن الشرعية وحقوق المواطنين والمصالح العمومية.¹

3- النيابة العامة .

أما الدستور الايطالي فقد أعطي الحق للأطراف، وذلك أثناء النظر في قضية من القضايا، ويرى أحد الأطراف أو كلاهما أن قانوناً أو نصاً من القانون الذي يراد تطبيقه علي النزاع هو مخالف للدستور، علي المواطن في هذه الحالة أن يبين للمحكمة التي يدفع أمامها أوجه المخالفة للدستور ويبين انه صاحب مصلحة في هذا الدفع والمحكمة التي تنظر الموضوع تستطيع أن تقبل الدفع بعدم الدستورية إذا رأت انه مبني علي أساس مقبول، وعندئذ تحيل الدعوى إلى المحكمة الدستورية لكي تفصل في المسألة الدستورية.²

أما الدستور الفرنسي فلم يعرف هذه الميزة إلا مع تعديل 2008، الذي أضافه المادة 1/61 إلي الدستور التي تمثل العصب الجوهري لهذا التعديل، تأتي أهمية

¹ - يعتبر محامي الشعب في أسبانيا افضل دليل علي حيوية الديمقراطية الاسبانية، تنحصر مهمته الاساسية في الدفاع عن سيادة الدستور ومصالح الجماعة .

² -د. يحيي الجمل، أنظمة الرقابة الدستورية. <http://droit.3oloum.org>

هذه المادة من حيث منحها للأفراد الحق في الطعن بعدم دستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء مباشرة .

يسمي القانون التنظيمي هذه الرقابة " مسألة الأولوية الدستورية " فهي أجازت :

• الأفراد " المتخاصمين في دعوى منظوره قضائيا " الطعن في دستورية القوانين التي تنتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور أمام القضاء العادي .

• مجلس الدولة " إذا كانت الدعوة مرفوعة أمام المحاكم الإدارية

• محكمة النقض " إذا كانت الدعوة مرفوعة أمام المحاكم العادية في إحالة

الطعن إلى المجلس الدستورية من عدمه .

وقد أتاح هذا التعديل ولأول مرة الحق للأفراد بالطعن بالأحكام التشريعية

أمام القضاء العادي شريطه ان ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور.¹

الفقرة الثانية: نموذج الدول العربية

أما الدستور المصري لم يرخص للأفراد الحق في رفع دعوى مباشرة أمام

المحكمة الدستورية ولكن قانون المحكمة الدستورية² أجاز للأفراد برفع دعوى

مباشرة للمحكمة الدستورية العليا في أحوال معينة، وذلك إذا كان الفصل في

المسألة الدستورية لازما للحكم في الدعوى الأصلية³ وهذه الحالات حددتها المواد

(الفقرة الثانية والثالثة) و 28، 31، 32، 50، وبناء على هذه المواد يحق للأفراد

¹ - د. علي عيسى اليعقوبي، تعديل الدستور 23 تموز 2008، وأثره في تطوير الرقابة علي دستورية القوانين في فرنسا

<http://hamoudi.org/arabic/dialogue-of-intellect/22/05.htm>.

² - قانون المحكمة الدستورية رقم 48 لسنة 1979 .

³ - إبراهيم محمود السيد للبيدي، صور الرقابة الدستورية وحقوق الإنسان. www.policemc.gov.bh.

اللجوء إلى المحكمة الدستورية، ولكن المحكمة لا تنقيد اختصاصها بشرط المساس بالحقوق والحريات، إلا ان المسألة الدستورية في الغالب تتعلق بهذه الحقوق أو الحريات¹.

كما ان من المستجدات التي حملها الدستور المغربي 2011 هو إقرار حق المواطن المغربي في الدفع بعدم دستورية أي قانون يمس بحقوق والحريات التي ضمنها الدستور، وهذا ما أقره الفصل 133 الدستور ((تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق وبالحرريات التي يضمنها الدستور)).

فهذا الفصل يمنح للمواطن و لأول مرة في تاريخ الدستور المغربي الحق في اللجوء إلى المحكمة الدستورية لإثارة عدم دستورية أي قانون من شأنه تطبيقه علي نزاع معروض علي القضاء، في حالة مساسه بالحقوق والحريات الدستورية².

المبحث الثاني : آليات حماية الحقوق والحريات في الأنظمة المعاصرة

إن الدراسة المقارنة لموضوع حماية الحقوق والحريات الأساسية، تشكل أهم الأسس والوسائل التي تؤدي إلى تطوير النظام القانوني لحماية تلك الحقوق، وذلك لأنه بدلا من الإنطلاق من البداية يتم اختصار كافة المراحل التي لم تؤت أكلها في تطوير المنظومة وتحقيق أهدافها، وبالتالي قطع شوط لا بأس به، خاصة إذا كانت هذه المقارنة في نظم متقدمة في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية.

¹ - د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 182.

² - محمد زين الدين، الأبعاد الحقوقية للمحكمة الدستورية المغربية، صحيفة الخبر، 2013.

ومما لا شك فيه أن الحقوق والحريات الأساسية تعد أحد الموضوعات الرئيسية التي تقوم عليها الدساتير المعاصرة، ونظرا لتلك الأهمية، فإن المشرع الدستوري غالبا ما ينص على تلك الحقوق في صلب الوثيقة الدستورية. وهنا تتباين مواقف الدساتير من هذا النوع: فمنها ما ينص على تلك الحقوق ويحيل أمر تنظيمها إلى المشرع سواء بواسطة قوانين أساسية *lois organiques* أو بواسطة قوانين عادية *lois ordinaires* هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن بعض الدساتير تحيل إلى المواثيق والاتفاقيات الدولية أو الإقليمية المتعلقة بتلك الحقوق دون أن تقوم بتعدادها وحصرها.¹

ولا يمكن التقليل من أهمية النص على تلك الحقوق والحريات، لأن ذلك بعد ذاته يشكل ضمانة فعلية لحمايتها، ولكن النص الصريح على الحقوق والحريات ليس كافيا ما لم يقترن بضمانة أخرى تتمثل في الرقابة على دستورية القوانين سواء عن طريق الدعوى الأصلية أو الفرعية (المطلب الأول). وسنركز على الحماية الدستورية عن طريق الدعوى الإحتياطية *AMPARO*، كآلية جد متطورة لحماية الحقوق والحريات الأساسية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدعوى الدستورية الأصلية (المباشرة) والدعوى الفرعية

تعتبر الدعوى الدستورية الأصلية والدعوى الفرعية من بين أهم الآليات التي يتم بواسطتها حماية الحقوق والحريات من طرف القضاء الدستوري، والتي تتيح للأفراد الدفاع عن حقوقهم من أي انتهاك قد يطاتها.

¹ - د. عيد أحمد الحسينان "الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية"، مجلة الشريعة، العدد 28، رمضان 1427هـ/أكتوبر 2006م. ص 322-323 <http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/28/docs/4.swf>

الفقرة الأولى : الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة (رقابة الإلغاء)

تحدث الرقابة بطريقة الإلغاء أو الدعوى الأصلية *controle parvoie daction* عندما يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون معين بالطعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة طالبا إغائه لمخالفته الدستور , دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من الدعاوى القضائية , فإذا ما ثبت للمحكمة المختصة أن القانون المطعون فيه يمس أحد الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور, فإنها تحكم بإغائه بحيث كأن لم يكن أو إنهاء حياته بالنسبة للمستقبل طبقا لأحكام الدستور التي تنظم الرقابة الدستورية.¹

وقد يكون هذا الحكم قبل صدور القانون المخالف للدستور, فتسمى رقابة الإلغاء السابقة أو بعده فتسمى رقابة الإلغاء اللاحقة. وبسبب خطورة الأثر المترتب على هذا الحكم والمتمثل بإلغاء تشريعات البرلمان, حرصت الدول على ان تمارسه محاكم دستورية عليا متخصصة أو أعلى درجات القضاء في الدولة, كما لم تجز الكثير منها للأفراد ان يطعنوا مباشرة في دستورية القوانين. بينما أجاز بعضها ذلك بطريق غير مباشر بان يتقدموا بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام بعض المحاكم, فان اقتنعت هذه المحكمة بجدية الطعن تقدمت به إلى المحكمة الدستورية.²

¹ - د. عبد الغني بسيوني عبد الله - النظم السياسية والقانون الدستوري - مطبعة الدار الجامعية - 1992. ص

561-560

² - د. إسماعيل مرزة - مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي - دار الملاك للفنون والآداب والنشر, بغداد ط 3

2004 ص 93

أولاً: رقابة الإلغاء السابقة

بعد تشريع القانون من قبل السلطة التشريعية المكلفة بإعداد القانون، يرسل القانون للتصديق عليه لغرض إصداره، وقد ترتبى الجهة الموكلة بالتصديق إرسال هذا القانون إلى محكمة خاصة يحددها الدستور، للتأكد من عدم تعارض القانون مع الدستور، فتتحريك الرقابة يكون من السلطة، وليس من قبل الأفراد، وقد أخذ بهذا دستور أيرلندا لعام 1937، حيث يتعين على رئيس الدولة إذا رغب بممارسة حق الرقابة أن يحيل القانون في ظرف سبعة أيام من تاريخ استلامه للقانون إلى المحكمة العليا، وبعد استشارت مجلس الدولة، أن تصدر حكمها في فترة لا تتجاوز السنتين يوماً، فإذا أصدرت المحكمة حكماً بدستورية القانون المحال إليها وجب على رئيس الجمهورية التصديق عليه، وقد تبنت هذه الطريقة من الرقابة بعض دول أمريكا اللاتينية أمثال كولومبيا في دستورها لعام 1886، وبنما في دستورها لعام 1904، والإكوادور في دستورها لعام 1929¹.

ثانياً: رقابة الإلغاء اللاحقة

وهي رقابة لاحقة على إصدار القانون أو هي وسيلة هجومية تسمح لبعض الجهات أو المراجع بالطعن في هذا القانون مباشرة أي بصورة مستقلة عن أي نزاع عن طريق الدعوى الأصلية².

فمضمون رقابة الإلغاء اللاحقة هو ما تضمنه الدستور ذاته من حق للأفراد أو لبعض السلطات في إقامة الدعوى والطعن المباشر في قانون ما باعتباره يمس "أحد الحقوق الدستورية وأمام محكمة معينة يقع ذلك من اختصاصها، فإذا ما

¹ - د. حسان محمد شفيق العاني - الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة - مطبعة جامعة بغداد 1986. ص 225

² - خليل الهندي وأنطوان الناشف، المجلس الدستوري في لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان 1998 ص 83.

اقتنعت تلك المحكمة بعدم دستورية القانون فإنها سوف تصدر قرارها بإلغائه ويكون هذا القرار نافذاً" بالنسبة للجميع دون الاقتصار على مصلحة الطاعن، والمشكلة التي ستثور بهذا الشأن هي نوع المحكمة المختصة، هل هي المحكمة الدستورية، أم اختصاص المحاكم العادية، وقد اختلفت الدساتير بهذا الشأن بين إناطة الرقابة على دستورية القوانين بمحكمة قضائية أو إناطة ذلك بمحكمة خاصة كما أخذت بذلك سويسرا.¹

فمن اخذ بالاتجاه الأول عهد إلى المحكمة العليا في الدولة أياً كانت تسميتها محكمة اتحادية أو محكمة تمييز، إضافة لاختصاصاتها المدنية والجنائية وفي سويسرا عهد إلى المحكمة الاتحادية العليا الفصل بالدعاوى المتعلقة بانتهاك الحقوق الدستورية للمواطنين، غير أن هذه الرقابة محدودة نسبياً" إذ أنها لا تمتد إلى القوانين المشرعة من البرلمان الاتحادي، بل تقتصر على الدعاوى المقدمة ضد قوانين الكانتونات، وضد القرارات الصادرة من السلطات الأخرى في الكانتونات، فالدعاوى والطعون بالنسبة لهذه القوانين والقرارات تقبل على نطاق واسع جداً" سواء تعلقت بمخالفتها للدستور الاتحادي، ودستور الولاية، فلكل ذي مصلحة حالية أو مستقبلية أن يستفيد من هذا الحق في الطعن، بل أجاز الدستور السويسري للأفراد تقديم الطعون ضد قوانين الولايات ذات الصفة العامة حتى وان لم تكن هناك مصلحة للفرد كون المصلحة عامة، وهي المحافظة على سلامة الدستور، وقد أخذ بهذا الاتجاه الدستور الفرنسي في تعديل 23 يوليو 2008 في (المادة 61)، وقد أتاح هذا التعديل ولأول مرة للأفراد الطعن بالإحكام التشريعية

¹ - حسن طاهر المحنة "الرقابة على دستورية القوانين" رسالة الماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، كلية القانون والعلوم السياسية تحت إشراف د. مازن ليوراضي، العراق 1429هـ/2008م. ص 60.

(*disposition législative*) أمام القضاء العادي، ونعني بالأحكام التشريعية النصوص التي اعتمدها السلطة التشريعية ممثلة بالبرلمان الفرنسي بمجلسيه (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ)، ما يعني ان محل الطعن (الحكم الذي يُدفع بعدم دستوريته) يجب أن يكون حكما تشريعيًا صوّت عليه من قبل البرلمان.¹

ويثار الدفع بعدم دستورية القانون أو مسألة أولوية الدستور، كما سماها القانون التنظيمي رقم 1523-2009/12/10 المنظم (للمادة 61)، أمام المحاكم وبمختلف درجاتها سواء أمام محاكم الدرجة الأولى أو الاستئناف أو النقض.²

وبمختلف أنواعها سواء كانت ادارية تابعة لمجلس الدولة، أو عادية تابعة لمحكمة النقض يستثنى من ذلك المحاكم الجنائية (*la cour d'assises*) فلا يمكن إثارة الطعن أمامها، ومع ذلك يمكن إثارة الطعن في المراحل التي تسبق إحالة القضية إلى المحكمة الجنائية أي الطعن أمام قاضي التحقيق (*le juge d'instruction*) أو المراحل التي تلي المحكمة الجنائية أي أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض.

ويجب في الطعن بعدم دستورية النص التشريعي المقدم أمام المحكمة ان يكون مكتوبا ومسببا ومنفصلا عن بقية إجراءات الدعوى الأخرى، عندها يجب على القاضي النظر في هذا الطعن مباشرة ودون تأخير معلنا "أولويته" على بقية إجراءات الدعوى، ثم ينظر القاضي في الطعن فأن كان مقبولا ومستوفيا للشروط التي وضعها القانون التنظيمي في 10-12-2009 وجب عليها إحالة القضية إلى محكمة النقض (ان كان قاضيا عاديا) أو مجلس الدولة (ان كان قاضيا

¹ - د. علي عيسى البعقوبي بحث بعنوان: "تعديل 23 تموز 2008 وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا"، كلية الحقوق، كليرمونت فيرون، جامعة أوفيرن الفرنسية.

² - FAVOREU, Louis. Droit constitutionnel. p170

إدارياً) أما إذا رفض القاضي إحالة الطعن بسبب كونه غير مقبولاً أو غير مستوفٍ للشروط فإن قراره يكون قابلاً للطعن.

وبعد وصول الطعن إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة - بحسب الاختصاص - يتم إخضاع الطعن لمزيد من الفحص والدراسة خلال مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر بعدها يجب اتخاذ القرار إما بقبول الطعن وهذا يعني إحالته إلى المجلس الدستوري أو رفضه وهذا يعني منع إحالته إلى المجلس الدستوري وردةً نهائياً، ويكون قرار محكمة النقض أو مجلس الدولة في هذه الحالة نهائياً وغير قابل للطعن.¹

الفقرة الثانية: الرقابة القضائية بطريق الدفع الفرعي

في هذا النوع من الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لا توجد دعوى بالغاء قانون من القوانين لعدم دستوريته وإنما يتعلق الأمر بالدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه، يتقدم أحد أطراف النزاع في قضية معروضة أمام القضاء، و تأخذ شكلاً " دفاعياً" مقتضاه أن ينتظر صاحب الشأن الذي يراد تطبيق قانون معين عليه في قضية مطروحة أمام محكمة من المحاكم، ثم يدفع بعدم دستورية هذا القانون، فتتولى المحكمة بحث الأمر أي أن المحكمة في حالة الدفع بعدم الدستورية لا تقضي بالغاء القانون وإنما تمتنع فقط عن تطبيقه في القضية التي أثير الدفع بمناسبةها ويظل القانون قائماً" ويمكن أن تثار مسألة عدم دستوريته من جديد وذلك لأن حكم المحكمة له حجية نسبية فلا يقيّد المحاكم.²

¹ - د. علي عيسى البيقوي بحث بعنوان: " تعديل 23 تموز 2008 وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا"، كلية الحقوق، كليرمونت فيرون، جامعة أوفيرن الفرنسية.

² - د. ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1997. ص 27.

بل ولا نفس المحكمة بالنسبة للقضايا التي تعرض عليها فيما بعد ذلك فان هذه الطريقة تعد أخف وطأة وأقل أثرا" من الطريقة السابقة التي تؤدي إلى إعدام القانون المخالف للدستور، ويرجح في الفقه والقضاء أن سكوت الدستور لا يمنع المحاكم من رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي، لان القاضي في هذه الحالة إنما يغلب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى، وذلك يدخل ضمن صلاحيات وظيفته، وقد أخذت كثير من الدول بهذه الطريقة دون نص من الدستور، منها الولايات المتحدة الأمريكية منذ الحكم الشهير الذي أصدره القاضي marshall عام (1803)، ومن البلاد التي أخذت بها كذلك اليونان، والنرويج، وقد نصت بعض الدساتير صراحة على ذلك كدستور اليابان الصادر عام (1946)¹.

والظاهر أن قضاء المحاكم الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية هو قضاء امتناع عن التطبيق، ولكن أثر هذا القضاء يزداد قوة بفضل نظام السوابق القضائية النافذ في الولايات المتحدة، وبمقتضى هذا النظام أن كل محكمة تتقيد بالحكم الذي أصدرته. وتتقيد به المحكمة التي في درجتها، وكذلك المحكمة الأدنى درجة، فالحكم الصادر من المحكمة العليا وهي أعلى محكمة في الاتحاد بعدم دستورية أي قانون يقيد كما يقيد سائر المحاكم الاتحادية، ومحاكم الولايات، وهكذا يتضح من قضاء المحاكم الأمريكية انه قضاء امتناع عن التطبيق مؤسس على نظام السوابق القضائية، ويقترّب هذا القضاء من حيث النتائج العملية في هذه الحالة من قضاء الإلغاء، إلا أنه لا يزال متميزا" عنه ومختلفا" في آثاره من حيث وجود القانون بالنسبة لقضاء الامتناع وزوال القانون من الوجود بالنسبة

¹ - د. ماجد راغب الحلو - النظم السياسية والقانون الدستوري - منشأة المعارف الإسكندرية - الطبعة الثانية 2005. ص 444.

لقضاء الإلغاء , وتبرير ذلك أن المحكمة العليا وان كانت مقيدة بالأحكام الصادرة منها إلا انه من المتصور أن تتطور الظروف على نحو يحملها على العدول عن قضائها السابق وعندها يستأنف ذلك القانون نفاذه¹.

المطلب الثاني : الدعوى الدستورية الإحتياطية AMPARO

الدعوى الدستورية الإحتياطية كوسيلة لحماية الحقوق والحريات الأساسية، تأتي في مرحلة ما بعد استنفاد كافة طرق التقاضي سواء النظامي أو الإداري أو الدستوري وتحديدًا في كل من النظام الدستوري النمساوي مهد نشأة مثل هذه الحماية، والألماني والإسباني والذي طور النظام الدستوري لهذا النوع من الحماية بحيث أصبح شائعًا، وتكاد تكون الأكثر استخدامًا أمام المحكمة الدستورية الإسبانية من قبل الأفراد، وهذا غير مستغرب، لأنها الوسيلة الوحيدة التي تمكن الأفراد من ذوي المصلحة أو غيرهم اللجوء للقضاء الدستوري لحماية الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في الدساتير.²

الفقرة الأولى : ماهية الدعوى الدستورية الإحتياطية لحماية الحقوق والحريات الأساسية

أولاً : مفهوم الدعوى الدستورية الإحتياطية لحماية الحقوق والحريات الأساسية

تعتبر الدعوى الدستورية الإحتياطية من ابتداء المشرع الدستوري الألماني والذي أخذ بها. واعتبرها كمرحلة نهائية لتعزيز الحقوق والحريات الأساسية،

¹ - د. إسماعيل مرزة - مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي - دار الفنون للآداب والنشر- الطبعة الثالثة 2004. ص 189-190.

² - د. عيد أحمد الحسينان "الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية"، مجلة الشريعة، العدد 28، رمضان 1427هـ/أكتوبر 2006م. ص 323-324 <http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/28/docs/4.swf>

ويقصد بهذه الدعوى ذلك الإجراء القانوني الذي من خلاله يتمكن صاحب المصلحة أو غيره من اللجوء إلى المحكمة الدستورية طالبا منها التدخل من أجل حماية حقه أو حريته التي تم انتهاكها سواء جراء إصدار تشريع أو عمل قانوني من السلطة أو عمل قضائي وذلك بعد استنفاد كافة الإجراءات القانونية العادية أو غير العادية سواء كانت الإجراءات أمام الجهة التي أصدرت العمل أو أمام الجهات القضائية ذات الاختصاص مع التقيد بالشروط والأجال التي حددها المشرع الدستوري.¹

بناء عليه يمكن تحديد الدعوى الدستورية الاحتياطية وفقا للنظام النمساوي والإسباني والألماني بأنها تقوم على العناصر الآتية:²

• أنها آلية دستورية لحماية الحقوق، أي أنه لا يمكن الأخذ بهذا الأسلوب إلا إذا نص عليه المشرع الدستوري، ما دام أنها تتصدى لأعمال صادرة عن سلطات عامة تمارس صلاحياتها استنادا إلى قواعد دستورية، وهي قواعد توزيع اختصاص، بمعنى أنها قواد إسناد دستورية، فيترتب على ذلك أن المحكمة الدستورية لا يمكن لها أن تقبل دعوى لم ينص عليها المشرع الدستوري، ويحدد هذا النص أصحاب الحق أو الصفة في رفع مثل هذه الدعوى.

• لقد حدد المشرع الدستوري الجهات المخولة برفع مثل هذه الدعوى، وهم الأفراد ممن يلحقهم ضرر يمس أحد حقوقهم أو حرياتهم، أو هيئات عامة يخولها المشرع الدستوري هذا الحق، كالمدافع عن الشعب **Defensor del Pueblo**، ووزير الإدعاء العام **Ministero Fiscal** كما في إسبانيا.³

¹ - نفس المرجع السابق ص 325-326.

² - نفس المرجع السابق ص 326.

³ - المادة 53/2 من الدستور الإسباني 1978 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 311-1 بتاريخ 1978-12-29.

• الجهة المختصة بالبحث في هذه الدعوى : إن هذه الدعوى ترفع مباشرة من الأفراد أو الجهات الأخرى المحددة دستوريا أمام المحكمة الدستورية في اسبانيا¹، والمحكمة الدستورية الفدرالية في ألمانيا². وعليه فإنه لا يتم رفعها أمام أي مرجع آخر، وإلا فإنها ستترد مباشرة لعدم الاختصاص.

• إنها دعوى ترفع ضد كافة الأعمال القانونية النهائية مهما كانت الجهة التي قامت بإصدارها. ومعنى ذلك أن نطاقها يشمل الأعمال الإدارية والتشريعية والقضائية بما فيها المحكمة الدستورية مع اختلاف في بعض الإجراءات باختلاف العمل³.

• لا يمكن اللجوء إليها ما لم يتم استنفاد كافة الإجراءات والوسائل الأخرى للحماية: وهذا العنصر يعني أنه إذا لم تستنفذ كافة الوسائل الأخرى كالتظلم إذا كان ممكنا ومتاحا ضد العمل، أو لم يتم استنفاد كافة طرق التقاضي الأخرى سواء العادية منها أو غير العادية فإن الدعوى ترد شكلا لعدم التقيد بإجراءات الدعوى الدستورية الإحتياطية.

• استمرارية الإنتهاك للحق أو الحرية الأساسية: ويعتبر هذا العنصر مكملا للعنصر السابق، ويرتبط به ارتباطا متلازما. أي استمرارية الإنتهاك بالرغم من اللجوء لكافة الإجراءات والوسائل التي كرسها المشرع لحماية الحقوق والحريات

¹ - تتألف المحكمة الدستورية الاسبانية من اثني عشر قاضيا يتم تعيين عشر منهم من قبل الملك بناء على اقتراح أربعة من قبل مجلس النواب وأربعة باقتراح من مجلس الأعيان واثنين باقتراح من الحكومة. ويقوم المجلس الأعلى للهيئات القضائية بتعيين عضوين (المادة 159/1 من الدستور الاسباني).

² - تتألف المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا من ستة عشر عضوا بحيث يتم اختيار ثمانية من قبل المجلس الوطني Bandestag، وثمانية من قبل المجلس الفيدرالي Bandestat.

³ - AIBercht Weber , Jurisdiccion constitucional en Europa occedinntal, R.E.D.C, N. 17, 1986, p.1986

الفردية. وبمفهوم المخالفة إذا لم يستمر المساس بالحق محل الحماية الدستورية، فلا وجه للجوء إلى المحكمة الدستورية.

• أن ترفع الدعوى الاحتياطية خلال الآجال المحددة دستوريا: وهذا العنصر يتضمن نوعا من التنظيم الزمني لإمكانية اللجوء إلى المحكمة الدستورية بواسطة الدعوى الاحتياطية، والجدير بالذكر أن هذا الأجل يختلف فيما إذا كانت الدعوى توجه ضد عمل للسلطة التشريعية أو القضائية... الخ¹.

والسؤال الذي يطرح نفسه، يدور حول الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني للدعوة الاحتياطية، هل تعتبر دعوى قضائية عادية، ومن ثم تعتبر درجة من درجات التقاضي؟

ثانيا: التكييف القانوني للدعوى الدستورية الاحتياطية

لم تشر التشريعات الدستورية إلى الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية الاحتياطية، ويعتقد أن هذا التوجه من المشرع هو لإفساح المجال للفقه والقضاء لتحديد هذه الطبيعة، لأن التكييف القانوني ليس من عمل المشرع، وإنما هو عمل قضائي بحث يتم تكريسه من خلال الاجتهادات القضائية. وهذا هو حال التجربة الألمانية فلم يحدد المشرع الدستوري الفيدرالي الألماني طبيعة الدعوى الدستورية الاحتياطية في المادة (93) الفقرة الأولى البند الرابع (93/1/4)، وهذا أيضا موقف المشرع الفيدرالي في القانون التنظيمي للمحكمة الفيدرالية الألمانية

¹ - حدد الأجل لرفع الدعوى الدستورية الاحتياطية إذا كان محلها عملا إداريا خلال عشرين يوما من اكتساب العمل الصفة القطعية (م 43/2/3) من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الإسبانية، وهو ذات الأجل المحدد للطعن بأعمال السلطة القضائية (م 44/2) من القانون أعلاه، أما أعمال البرلمان غير التشريعية فثلاثة أشهر من اكتساب الصفة النهائية وفقا للمادة 42 من قانون المحكمة أعلاه.

LOTFA في المواد (90) وما بعدها. وعليه فإنه يتوجب البحث في اجتهاد المحكمة الفيدرالية لتحديد موقفها من الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية الإحتياطية. وتأسيسا على الاجتهاد المستقر لتلك المحكمة فإنها أرست معيارا عاما يبين تلك الطبيعة، حيث إنها أقرت بأن الدعوى الدستورية الإحتياطية ليست استنفا بديلا أو طريقا للطعن بأحكام المحاكم العادية أو الإدارية، وإنما هي ذات طبيعة استثنائية يتم تحريكها من قبل الأفراد أمام المحكمة الفيدرالية من أجل وضع حد ومنع تدخل السلطات العامة في حقوقهم الأساسية وانتهاكها¹.

الفقرة الثانية : النظام القانوني للدعوى الدستورية الإحتياطية لحماية

الحقوق والحريات الأساسية

تعتبر الدعوى الأساسية الإحتياطية لحماية الحقوق والحريات الأساسية من الدعاوى القضائية، وبالتالي فإنها تخضع للنظام الإجرائي الذي تخضع له الدعوى الدستورية الأصلية، ولكن نظرا لطبيعتها الخاصة والاستثنائية فإنها تتقيد بمجموعة من الضوابط تميزها عن غيرها من الدعاوى التي تهدف لحماية الحقوق والحريات الأساسية.

أولا : المحل في الدعوى الدستورية الإحتياطية

مما لا شك فيه أن لكل دعوى محلا، ونقصد هنا بمحل الدعوى الدستورية الإحتياطية الأعمال القانونية، وغيرها من الأعمال الصادرة عن السلطات العامة ذات الصلة بالحقوق والحريات الأساسية التي أسبغ عليها المشرع الدستوري الحماية الدستورية. وعليه فإن محل الدعوى الدستورية الإحتياطية أو نطاقها يتحدد بنصوص دستورية خاصة نظرا للطابع الاستثنائي لهذه الدعوى، لأن

¹ - Tribunales Constitucionales Y Derechos Fundamentales, C.E.C, Madrid, 1994, P.167 .

الأصل أن الدعوى الدستورية الأصلية يتحدد نطاقها بالأعمال التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي، أو تلك الأعمال التي لها قوة القانون والصادرة عن السلطة التنفيذية استنادا لصلاحياتها التشريعية الاستثنائية كاختصاصها بإصدار مراسيم تشريعية بموجب التفويض التشريعي لها، أو مراسيم بقانون والتي تصدرها أثناء غيبة البرلمان سواء بسبب الحل أو عدم الانعقاد، وبالتالي فإن محل الدعوى الدستورية الأصلية لا يخرج عن هذا النطاق، ولا تنصب على غير تلك الأعمال القانونية.¹

أما الدعوى الدستورية الاحتياطية، فإن محلها أوسع نطاقا من ذلك، بحيث يشمل أعمالا أخرى.² أبرزها أعمال السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وكذا السلطة القضائية.

ثانيا: الآثار المترتبة على الفصل في الدعوى الدستورية الإحتياطية

تعتبر الدعوى الدستورية الإحتياطية إحدى الآليات الدستورية التي يمكن من خلالها تفعيل الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، وذلك من إثارة موضوع مدى مشروعية النظام الذي تم تبني العمل استنادا إليه، أو مدى دستورية القانون الذي صدر العمل بمقتضاه، أو مدى صحة تطبيق النظام أو القانون إذا ثبتت مشروعية الأول (النظام) ودستورية الثاني (القانون). وطالما أن الدعوى الدستورية الإحتياطية لا تخرج عن هذا الإطار فلا مرية من القول إن الآثار المترتبة على الفصل فيها لا يختلف عن الفصل في الدعوى الأصلية أو الدفوع الدستورية، اللهم إلا فيما يتعلق ببعض الجوانب، خاصة تلك المتعلقة

¹ - د. عيد أحمد الحسيان "الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية"، مجلة الشريعة، العدد 28، رمضان

1427هـ/أكتوبر 2006م. ص 341 <http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/28/docs/4.swf>

² - نفس المرجع السابق ص 341.

بنطاق الدعوى الدستورية الإحتياطية، في شكله الموسع، بحيث يشمل أعمال السلطة الإدارية والسلطة القضائية إذا ما كان انتهاك للحقوق الأساسية من جراء اتخاذ تلك الأعمال.¹

واستنادا إلى ما سبق، فإننا سنحاول التوقف بإيجاز عند الآثار المترتبة على الفصل في الدعوى الدستورية الإحتياطية، وذلك بالتوقف ابتداء على أن المحكمة الدستورية، ومن خلال هيئاتها، تدقق الدعوى شكلا، فيما أن تقبلها أو تردّها في حال عدم توافر شروطها²، وخاصة شرط استنفاد كافة طرق الطعن سواء منها العادية أو الإدارية. أما إذا توافرت شروطها فإنها تقرّر قبول الدعوى، وتباشر التدقيق في موضوعها. ومن خلال تدقيق المحكمة لموضوع الدعوى الدستورية الإحتياطية، يمكن لها أن تصدر حكما يكون محله واحدة من الحالات التالية^{3:4}.

- الحكم بإلغاء القرار، أو العمل، أو الحكم الذي يؤدي إلى تقييد التمتع بالحقوق والحريات الأساسية مع تحديد آثار الحكم وأبعاده.
- الاعتراف بالحق أو الحرية العامة بما يتفق مع المحتوى الدستوري.
- إعادة الحق أو الحرية العامة لصاحبها بشكل كامل من خلال تبني الوسائل اللازمة لتحقيق ذلك⁵.

¹ - د. عيد أحمد الحسيان "الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية"، مجلة الشريعة، العدد 28، رمضان 1427هـ/أكتوبر 2006م، ص 357 <http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/28/docs/4.swf>

² - المادة 53 من قانون المحكمة الدستورية الإسبانية

³ - المادة 55/1 من قانون المحكمة الدستورية الإسبانية.

⁴ - د. عيد أحمد الحسيان "الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية"، مجلة الشريعة، العدد 28، رمضان 1427هـ/أكتوبر 2006م، ص 358 <http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/28/docs/4.swf>

⁵ - حكم المحكمة الدستورية الإسبانية رقم 22/1994 بتاريخ 18/7/1994، والحكم 22/1996 بتاريخ 12/2/1996. والمتعلقان بتطبيق الأثر الرجعي للحكم الدستوري كوسيلة من أجل إعادة الحق والتمتع به. وكذلك الحكم 159/1997 بتاريخ 2/10/1997 والذي أكدت فيه أثر الحكم بعدم الدستورية على الدعوى الدستورية الإحتياطية.

هذا فيما يتعلق بالآثار المباشرة للفصل في الدعوى الدستورية الإحتياطية، أما الآثار غير المباشرة، فأهمها أن الدعوى الدستورية الإحتياطية قد تؤدي إلى مسألة البحث في دستورية قانون ما. حيث إنه إذا تبين للهيئة المصغرة أثناء تدقيقها للدعوى الدستورية الإحتياطية أن القانون يمس أحد الحقوق الأساسية أو الحريات العامة، فإنها تحيل الأمر إلى المحكمة بهيئتها العامة لبحث دستورية القانون الذي صدر، استنادا إليه العمل محل الدعوى الدستورية الإحتياطية، بحيث إذا ثبت عدم دستوريته تصدر حكما بعدم دستورية القانون¹، ويترتب على هذا الحكم من الآثار ما يترتب على الأحكام الدستورية بوجه عام سواء أصدرت استنادا للدعوى الأصلية أو استنادا للإحالة والدفوع الدستورية^{2,3}.

¹ - المادة 55/2 من قانون المحكمة الدستورية الاسبانية. وأصدرت المحكمة عدة أحكام بهذا الخصوص منها: الحكم 34/1981 بتاريخ 10/11/1981، والحكم 65/1983 بتاريخ 21/7/1983 والحكم 45/1989 بتاريخ 20/2/1989. وجميعها صدرت استنادا إلى الإحالة من قبل الهيئات المصغرة للمحكمة لتلك القوانين المشكوك بعدم دستورتها إلى المحكمة بهيئتها العامة.

² - حددت المواد 37، 38 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الاسبانية تلك الآثار. حيث نصت المادة 37 على أنه: (... يمكن للمحكمة رد الدفع بعدم الدستورية والإحالة في حال عدم توفر شروطها الإجرائية... ويجب أن يكون قرارها مسببا). أما المادة 38/1 فحددت آثار الحكم بعدم الدستورية بحيث إن: (أ- الحكم بعدم الدستورية الصادر استنادا لإحالة قاضي الموضوع أو الدعوى من صاحب المصلحة، يحوز قوة الشيء المقضي به في مواجهة السلطات العامة، وتكون ذات حجية مطلقة بنشرها في الجريدة الرسمية للدولة. ب - لا يمكن إثارة الطعن بعدم الدستورية مرة أخرى في الحالة التي فصل فيها الحكم الدستوري. ج - تقوم المحكمة الدستورية بإعلام الجهة القضائية التي تنظر دعوى الموضوع بالحكم، وتقوم هذه الأخيرة بإعلام الأطراف المعنية، ويكون للحك أثره بالنسبة لمحكمة الموضوع من تاريخ عمله بالحكم والأطراف من تاريخ تبليغهم به). وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية الاسبانية أصدرت العديد من الأحكام بهذا الخصوص، حيث استقر اجتهادها على أن الحكم بعدم الدستورية هو حكم كاشف لعبع عدم الدستورية، وبالتالي إلغاء القانون المعيب بعدم الدستورية ومن بين الأحكام الحكم 66/1983 بتاريخ 21/7/1983 والحكم 166/1994 بتاريخ 26/5/1994. حيث أكدت على إلغاء النصوص القانونية المعلن عدم دستورتها.

³ - د. عيد أحمد الحسينان "الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية"، مجلة الشريعة، العدد 28، رمضان 1427هـ/أكتوبر 2006م. ص <http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/28/docs/4.swf359>

خاتمة

لا شك أن الحقوق الأساسية والحريات العامة شكلت وما تزال نواة المبدأ الديمقراطي، وأن تطور هذا المبدأ مر بمراحل طويلة كان أبرزها ظهور وتكريس فكرة القضاء الدستوري المستقل في الدول التي أخذت بنظام مركزية الرقابة على دستورية القوانين لحماية الحقوق الأساسية والحريات العامة من انحراف السلطة التشريعية، وقد ظهر القضاء الدستوري بهذه الصورة منذ النصف الثاني من القرن العشرين في غالبية الدول الأوروبية، لاسيما التجربة الألمانية والسويسرية والاسبانية، إضافة إلى التجربة الفرنسية، أما بالنسبة للتجربة النمساوية فإنها وإن عرفت القضاء الدستوري منذ فترة سابقة على ذلك، إلا أن الاحتلال الألماني لها أدى إلى تجميد دور المحكمة الفيدرالية الدستورية إلى أن حصلت على استقلالها في مطلع النصف الثاني من الأربعينات من القرن الماضي.

وعلى الرغم من أهمية الدور الذي لعبه القضاء الدستوري لحماية الحقوق والحريات، سواء من خلال الدعوى الدستورية الأصلية، أو من خلال الدفوع الدستورية، فإن تلك الدول لم تكتف بذلك، لأن ذلك لا يتناول حماية الحقوق والحريات من تعسف وانحراف السلطات العامة الأخرى. الأمر الذي دفع لتبني نظام دستوري احتياطي لتفعيل وتعزيز حماية الحقوق والحريات تمثل ذلك من خلال الأخذ بما سمي بالدعوى الدستورية الاحتياطية كآلية دستورية أخيرة يمكن أن تحقق الحماية الحقيقية للحقوق والحريات، من أعمال السلطات العامة الثلاث بعد استنفاد كافة وسائل الحماية الأخرى أمام الجهات القضائية في النظام القضائي.

وتأسيساً على ما سبق تحليله، فإننا نخلص للقول بأنه بالرغم من اتفاق الدول المشار إليها أعلاه للأخذ بالدعوى الدستورية الاحتياطية، فإنها لم تتبن نظاماً متطابقاً، بحيث إن هناك من الدول ما توسع كثيراً في تحديد نطاق ومحل تلك الدعوى والبعض الآخر حاول توضيح نطاقها، وعلى أية حال وبالرغم من ذلك الاختلاف في التنظيم، فإنه لا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه هذه الدعوى في تحقيق الفاعلية للحقوق والحريات.

وترسيخ المبدأ الديمقراطي في تمكين الأفراد والأشخاص المعنوية من اللجوء مباشرة إلى جهة القضاء الدستوري لرفع الانتهاك أو المساس الذي يلحق بحقوقهم الدستورية. سواء أكان هذا المساس مصدره عملاً برلمانياً أم عملاً إدارياً صادراً عن السلطة التنفيذية أم عملاً من أعمال السلطة القضائية. وسواء أكان سبب هذا المساس عدم دستورية القانون الذي استند إليه في إصدارها أم نتيجة لخطأ في تطبيق نص قانوني دستوري أو كان سبب ذلك مخالفة نص قانوني دستوري.¹

¹ - د. عيد أحمد الحسينان "الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية"، مجلة الشريعة، العدد 28، رمضان 1427هـ/أكتوبر 2006م، ص 359 <http://sijournal.uaeu.ac.ae/issues/28/docs/4.swf>