

الدفع الفرعي طبقا لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني المعدل رقم 3 لسنة 2006:  
دراسة مقارنة

**Subsidiary payment in accordance with the amended Palestinian  
Supreme Constitutional Court Law No. 3 of 2006: A comparative  
study**

محمد جرادات

**Mohammed Jaradat**

قسم القانون العام، كلية الحقوق، الجامعة العربية الأمريكية، جنين، فلسطين

Department of Public Law, Faculty of Law, Arab American University,  
Jenin, Palestine

الباحث المراسل: mohammed.jaraddat@aaup.edu

تاريخ التسليم: (2020/9/29)، تاريخ القبول: (2021/3/31)

**ملخص**

تعتبر المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية هيئة قضائية مستقلة، حيث تأخذ فلسطين بمركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين وحل الصراعات بين السلطات الرئيسية والناشئة عن ممارسة كل منها لاختصاصها المنوط بها، وذلك طبقا لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم 3 لسنة 2006، واستندا له شكلت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بتاريخ 3 ابريل 2016. وتكمن أهمية هذه الدراسة بأنها تبحث إحدى أهم الطرق التي تكفل احترام الحقوق والحريات العامة، والحفاظ على المشروعية الدستورية من خلال المسائلة القضائية للسلطة التشريعية في حال تجاوزها للحدود القانونية والتي تؤسس على مطابقة التشريعات الصادرة عنها لأحكام الدستور، منى خلال استبعاد وإلغاء النص المحكوم بعد دستوريته. وتناولت هذه الدراسة الدفع الفرعي امام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، حيث تناولت الدراسة في المطلب الأول منها ماهية الدفع الفرعي من خلال بيان مفهومه وفقا لما نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا وبيان المقصود بجدية الدفع من خلال تحديد معنى الجدية وبيان الشروط الواجب توافرها لاعتبار الدفع جدي، كما بينت الدراسة حدود سلطة محكمة الموضوع في تقديرها لجدية الدفع، وما هي الضوابط التي تخضع لها - محكمة الموضوع - عند تقديرها لجدية الدفع. أما المطلب الثاني فقد خصص للبحث في الاحكام والشروط التي تحكم الدفع الفرعي أمام المحكمة الدستورية العليا، وأيضا بيان الآثار المترتبة على الدفع الفرعي أمام المحكمة وما ينتج عن ذلك الدفع. واختتمت هذه الدراسة بذكر مجموعة من النتائج التي توصلت اليها والتوصيات التي ترى أهميتها، حيث أكدت

على أهمية الدفع الفرعي باعتباره أكثر الوسائل استخداما لبحث دستورية التشريعات وخصوصا بعد تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية. وفي النهاية توصلت الدراسة الى ضرورة ان لا يكون الهدف من الدفع الفرعي إطالة أمد النزاع، كما أوصت بضرورة وضع معيار حاسم لمفهوم الجدية.

**الكلمات المفتاحية:** الدفع الفرعي، الجدية، تحريك الدعوى الدستورية، المحكمة الدستورية، محكمة الموضوع.

## Abstract

The Palestinian Supreme Constitutional Court is considered an independent judicial body as Palestine adopts the centralization of judicial form over the constitutionality of laws and resolving conflicts between the three main authorities arising from practicing their competences according to the law of Palestinian Supreme Constitutional Court No. 3 of 2006, and based on it the Supreme Constitutional Court was formed on April 3, 2016. The importance of this study is that it talks about one of the most important ways that ensures the respect of public rights and freedoms, and preserving constitutional legitimacy through judicial questioning for the legislative authority when it exceeds the legal limits, which is based on and conforming the legislation issued by it to the provisions of the constitution through excluding and cancelling the texts which are not constitutional. The study deals with subsidiary defense before the Supreme Constitutional Court in the first section. It focuses on the subsidiary payment by explaining its concept in accordance with the provisions of the Supreme Constitutional Court laws and stating what is meant by the seriousness of the payment and by defending of seriousness and stating the conditions that must be met to consider the payment serious. The study also talked about the limits of the authority of the subject court in its assessment of the seriousness of the payment, and what controls it is subject to – the subject court- when assessing the seriousness of the payment. The second section talks about the effects of the subsidiary defense before the court and the consequences of the defense. The study concluded to a set of findings which asserted on the subsidiary defense as it is the most used method for examining the constitutionality of legislations, especially after forming the Palestinian Supreme Constitutional Court. In the end, the study concluded that the aim of the sub-push should not be to prolong the

duration of the conflict. It also recommended the necessity of setting a decisive criterion for the concept of seriousness .

**Keywords:** Sub-Argument, Seriousness, Initiating the Constitutional Case, The Constitutional Court, The Court of First Instance.

### مقدمة

يعد الدفع الفرعي إحدى وسائل تحريك الدعوى الدستورية، وهي وسيلة ليست بالهجومية كما الحال بالنسبة للدعوى الأصلية، وإنما تعد وسيلة دفاعية، حيث إن الطاعن لا يلجأ إلى الدفع الفرعي بصورة مباشرة، بل يفترض وجود دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم النظامية أو هيئة ذات اختصاص قضائي، وأن هنالك قانون أو لائحة سيتم تطبيقه على تلك الدعوى، حينئذ يقوم الطاعن بالدفع أمام محكمة النزاع بعدم دستورية هذا القانون أو اللائحة.

وإذا رأت المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن الدفع المثار جدي، أجلت النظر في الدعوى المنظورة أمامها، وحددت لمن أثار الدفع أجلاً لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا انقضى الميعاد ولم ترفع الدعوى اعتبر الدفع كأن لم يكن.

ويختلف إجراء محكمة الموضوع التي أثير أمامها الدفع الفرعي بحسب ما إذا كانت ضمن نظام مركزية الرقابة الدستورية أو لامركزيتها:

**في ظل مركزية الرقابة:** توقف محكمة الموضوع النظر في الدعوى الأصلية المنظورة أمامها لحين البت من المحكمة الدستورية العليا في دستورية القانون المتنازع على دستوريته كما هو الحال في فلسطين ومصر.

**في ظل لا مركزية الرقابة:** إذا سلم قاضي الموضوع بصحة الدفع المثار، عندئذ يمتنع عن تطبيق القانون المتعارض مع الدستور، الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً.

وتعتبر وسيلة الدفع الفرعي أكثر وسائل الدعوى الدستورية انتشاراً واستخداماً، مقارنة بالوسائل الأخرى (1)، وهو كذلك في التشريعات محل المقارنة سواء مصر أو فلسطين، حيث أخذ المشرع الفلسطيني بهذه الطريقة في قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وذلك بنص المادة (3/27) والتي نصت على أنه (2): "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: .... 3- إذا دفع الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ستين يوماً لرفع

(1) طرق تحريك الدعوى الدستورية تقسم إلى: أ. الدعوى الدستورية الأصلية. ب. الإحالة من محكمة الموضوع. ج. الدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع. د. التصدي التلقائي من المحكمة الدستورية العليا.

(2) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لسنة (2006) والمعدل بالقرار بقانون رقم (19) لسنة 2017، المنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد 62، بتاريخ 2006/3/25 ص 93.

الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

ويقابل ذلك ما نص عليه المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية بنص المادة رقم (29/ب) حيث جاء فيها: (1): "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن اثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

#### أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة في التعمق في الوسائل التي من خلالها يمكن الحد من المخالفات القانونية المتمثلة في الخروج على مبدأ المشروعية بصفة عامة، ومبدأ تدرج القواعد القانونية بصفة خاصة، باعتبارهما من أسس دولة القانون.

#### أسئلة الدراسة

تسعى هذه الدراسة الى الاجابة على بعض الأسئلة التي بحاجة الى توضيح، حيث ان المشرع الفلسطيني لم يجب عليها في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 بخصوص الدفع الفرعي أمام المحكمة الدستورية العليا، مما نقل مسؤولية الإجابة على تلك الأسئلة للفقهاء والقضاء، ومن أهم هذه الأسئلة:

1. هل يجوز الدفع الفرعي أمام المحكمة الدستورية العليا نفسها.
2. هل يجوز الدفع الفرعي أمام محكمة النقض.
3. هل الاجل المحدد للدفع الفرعي أمام المحكمة الدستورية من النظام العام.
4. ما هي حدود سلطة محكمة الموضوع عند تقديرها لجدية الدفع.

#### إشكالية الدراسة

تكمن الإشكالية الرئيسية التي يدور حولها البحث، ان المشرع لم يحدد معيار حاسم ودقيق نستطيع من خلاله تحديد معنى الجدية في الدفع الفرعي، كما أنه لم يحدد لنا ما هو الزمن الذي يجب من خلاله ان تقدم محكمة الموضوع ردها على الدفع المقدم.

#### صعوبات الدراسة

— حادثة نشأة السلطة المستقلة والمختصة بالحفاظ على مبدأ تدرج القواعد القانونية من خلال ترتيب الجزاء المقرر على مخالفة هذا المبدأ، فالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية حديثة النشأة مقارنة بالأنظمة القضائية الأخرى.

(1) قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979، العنل بالقانون رقم (168) لسنة 1998.

- قلة الاحكام القضائية الدستورية الفاصلة لأي نزاع يثور حول مبدأ تدرج القواعد القانونية.
- قلة الدراسات الفلسطينية المتخصصة في موضوع البحث.
- التداخل والخلط في الفهم السليم لمفهوم الدفع الفرعي مقارنة بالوسائل الأخرى للطعن أمام المحكمة الدستورية العليا.

### منهجية الدراسة

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهجين الوصفي، التحليلي والمقارن، وذلك من خلال استعراض النصوص القانونية النازمة لمسألة الدفع الفرعي، وتطابق هذه النصوص مع احكام المحكمة الدستورية العليا، مع الاستعانة بأراء واجتهادات الفقهاء في المسائل التي سكت عنها المشرع.

### دراسات سابقة

ضياء الدين سعيد المدهون: الرقابة القضائية على دستورية القوانين "دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر وفلسطين"، رسالة ماجستير، أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا بالاشتراك مع جامعة الأقصى، 2014، حيث تناولت هذه الدراسة الرقابة القضائية من خلال البحث في التطور التاريخي للرقابة القضائية، وطرق الرقابة وشروط قبول الدعوى الدستورية، كما تناولت أوجه عدم الدستورية وضوابط الرقابة والحكم الصادر في الدعوى الدستورية.

عمر حمزة التركماني: القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010، حيث تناولت هذه الدراسة رقابة القضاء الدستوري وتطوره، كما تناولت المحكمة الدستورية العليا واختصاصاتها، وبينت أيضا الاحكام الموضوعية والاجرائية للدعوى الدستورية.

إبراهيم عبد القادر طهراوي: الرقابة على دستورية القوانين في القانون المصري والفلسطيني "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، بدون تاريخ، حيث تناولت الدراسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين بشكل عام ومن ثم تناولت اختصاصات المحكمة الدستورية، وأيضاً بيان طرق إقامة الدعوى الدستورية.

حمد عبد الله الساعدي: الدفع بعدم الدستورية في دولة الامارات العربية المتحدة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2020، حيث تناولت هذه الدراسة الإطار العام للرقابة على الدستورية عن طريق الدفع الفرعي، كما بينت الاحكام المنظمة للرقابة عن طريق الدفع الفرعي.

بوحفص عبد الرحيم وقادري محمد نجيب: الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمة لخضر- الوادي، 2017، حيث تناولت الدراسة الاطار القانوني المنظم لمبدأ الدفع بعدم الدستورية، وأيضاً الاثار القانونية للدفع بعدم الدستورية.

وبالنظر الى الدراسات السابقة نجد ان هذه الدراسة تتميز بدقة البحث، حيث انها تبحث في الدفع الفرعي محل الدراسة بصورة متخصصة ومعقدة، مما يجعلها أكثر شمولية وأكثر تفصيلاً للموضوع، كما انها تمتاز عن بعض الدراسات السابقة كونها تبحث الدفع الفرعي أمام القضاء الفلسطيني ووفقاً للتشريع الفلسطيني الوطني.

### تقسيم الدراسة

ولما سبق نتناول موضوع الدفع الفرعي أمام المحكمة الدستورية العليا وفقاً لما يلي:

- **المطلب الأول: ماهية الدفع الفرعي**
- الفرع الأول: مفهوم الدفع الفرعي.
- الفرع الثاني: سلطة محكمة الموضوع في تقدير الجدية.
- **المطلب الثاني: أحكام الدفع الفرعي.**
- الفرع الأول: شروط الدفع الفرعي.
- الفرع الثاني: آثار الدفع الفرعي.

### المطلب الأول: ماهية الدفع الفرعي

يعد الدفع الفرعي بعدم الدستورية وسيلة يبيدها الطاعن أثناء نظر نزاع معين أمام محكمة الموضوع، وللأخيرة تقدير مدى جدية هذا الدفع، فإن رأت انه جدير بالبحث في دستورية النص أجلت نظر الدعوى ومنحت للطاعن أجلاً لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا، وإن رأت غير ذلك -عدم الجدية- رفضت الدفع.

وعليه سنبين في هذا المطلب مفهوم الدفع الفرعي وتحديد معنى الجدية من الدفع الفرعي، ومن ثم البحث في حدود سلطة محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع، وذلك في فرعين متتاليين:

### الفرع الأول: مفهوم الدفع الفرعي

#### معنى الدفع الفرعي

يهدف الدفع الفرعي بعدم الدستورية في مضمونه الى مقابلة النصوص القانونية أو اللائحية المطعون عليها بأحكام وقواعد الدستور لبيان مدى توافقها أو تعارضها معه، فالطعن بعدم الدستورية يهدف الى الغاء كل ما يخالف قواعد الدستور، ويتبين ذلك لدينا من احكام المحكمة الدستورية التي تتطلب في الدعاوى المرفوعة أمامها بيان وجه المخالفة لقواعد الدستور.

ويفترض هذا الأسلوب بداية قيام خصومه أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وان هنالك نصاً في قانون أو لائحة أو مرسوم يراد تطبيقه على النزاع مما يدفع أحد الخصوم بعدم دستوريته أمام المحكمة الدستورية العليا، وهذا الميعاد حدده قانون المحكمة

الدستورية العليا الفلسطينية بستين يوماً<sup>(1)</sup>، أما قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد حدد الميعاد بثلاثة أشهر.<sup>(2)</sup>

ويمكن القول إن الدفع بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة أو مرسوم يثير مسألة أولية ومن ثم لا تستطيع محكمة الموضوع أن تنتظر الدعوى المعروضة أمامها ولا أن تفصل فيها ما لم تحسم المسألة الأولية، أي مسألة موضوع الدفع.<sup>(3)</sup>

ويعتبر الدفع بعدم الدستورية من الدفوع الموضوعية التي يمكن اثارها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، كما انه من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، إذ تستطيع المحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها بأن تحيل موضوعه الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيه، وهو كذلك من الدفوع القانونية التي يمكن اثارها لأول مرة أمام محكمة النقض.<sup>(4)</sup>

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في حكمها الذي جاء فيه<sup>(5)</sup>: "ان مفاد نص المادة (29) من القانون رقم (48) لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض يدل على الشرعية الدستورية أن تكون النصوص التشريعية الواجبة التطبيق على أي نزاع مطابق لأحكام الدستور، فلا يجوز لأي محكمة أو هيئة اختصها المشرع بالفصل في نزاع معين وأياً كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها أعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مخالفته للدستور، من باب أولى إذا قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية، فهذا القضاء واجب التطبيق على جميع المنازعات التي تخضع لتطبيق هذا النص القانوني ما دام الحكم بعدم الدستورية قد لحق الدعوى قبل أن يصدر فيها حكم بات، وهذا الأمر يتعلق بالنظام العام، ويتعين على محكمة النقض إعماله من تلقاء نفسها كما يجوز اثارته لأول مرة أمامها، وذلك باعتبارها من المحاكم التي عنتها المادة (29)".

وفي نفس الاتجاه سار قضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية حيث جاء فيه<sup>(6)</sup>: "بعد التدقيق والاطلاع على الأوراق والمستندات والمدولة قانوناً، وعلى ضوء الاطلاع على قرار محكمة النقض بتاريخ 2019/07/10م، فإن المحكمة الدستورية العليا ترى ان الطعن رقم

(1) تم تعديل ميعاد الدفع من تسعين يوماً الى ستين يوماً بموجب القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 والمعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، منشور في الجريدة الرسمية العدد 137، بتاريخ 2017/10/15 ص 4

(2) المادة رقم (29/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية.  
(3) د. نبيلة عبد الحلیم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 171

(4) د. عبد العزيز محمد سالم: نظم الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية والقانون المصري، سعد للمطبوعات القانونية الاقتصادية، دون تاريخ، ص 182.

(5) حكم محكمة النقض المصرية رقم (2489) لسنة (56) قضائية، بتاريخ 1997/5/29، مشار اليه لدى د. عبد العزيز محمد سالم: مرجع سابق، ص 185.

(6) حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في القضية رقم 21 لسنة 4 قضائية بتاريخ 2019/11/28، الوقائع الفلسطينية، العدد رقم 161، ص 100.

(2019/18) قد ورد وفقاً لأحكام المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، وتعديلاته، إذا تم الدفع أمام محكمة النقض بعدم الدستورية، ومن ثم سمحت له المحكمة باللجوء الى المحكمة الدستورية العليا وهذا يتم وفقاً لأحكام المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته، وبهذا فإن المحكمة الدستورية العليا تتجاوز الخطأ المادي الذي ورد في قرار محكمة النقض بالإشارة الى المادة (2/27) وهي المادة (3/27) وحيث أن الطعن المائل تم خلال المدة القانونية فإن المحكمة الدستورية العليا تعتبر ان اتصال الدعوى الدستورية بالطعن تم بطريق الدفع الفرعي وفقاً لأحكام المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديله".

### الجديّة في الدفع الفرعي

بالرغم من اشتراط المشرعين الفلسطيني والمصري للجديّة في الدفع الفرعي، إلا انهما لم يضعوا معياراً حاسماً لذلك، بل تركا الأمر لتقدير محكمة الموضوع، وعليه اختلف الفقه (1) في تحديد معنى الجديّة، فمنهم من ذهب الى أن الدفع الجدي الذي لا يقصد منه إطالة أمد الدعوى الموضوعية، فالدفع الذي يستهدف التسوية والمماطلة ويبدو انه غير مؤثر في الفصل في الدعوى، أو أن يكون القانون محل الدفع لا صلة له بموضوع المنازعة الاصلية يكون عندئذ دفعاً غير جدياً.

بينما يرى جانب آخر من الفقه (2) ضرورة توافر شرطين اثنين لجديّة الدفع، الأول يقضي بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية منتجاً في الفصل في الدعوى الموضوعية، ويقصد بالمنتجة أي أن تكون المسألة الدستورية المتعلقة بنص في قانون أو لائحة مما يتطلب تطبيقها في الدعوى الأصلية، أما الشرط الثاني مفاده انه يكفي أن تكون المسألة الدستورية محل شك، أي أن هناك شبهة خروج على أحكام الدستور تعلقت بالقانون أو اللائحة، ولا يعني ذلك أن قاضي الموضوع يتحقق من عدم دستورية النص، بل المقصود من ذلك أن هذا الشك يفسر في جانب عدم الدستورية.

(1) د. علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص 556. - ود. عبد الغني بسيوني: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص 127: - ود. رمزي الشاعر: النظرية العامة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1983، ص 580. - و. د. يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، الطبعة الثانية، شركة الطباعة العربية الحديثة، القاهرة، 2000، ص 157.

(2) د. عيد العزيز سالم: رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، 1995، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 219. - المستشار محمد السيد زهران: الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، ص 14، يناير 1970، ص 134. - د. محمد عبد العال السناري: الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر، عالم الكتب، 1988، ص 675. - د. فتحي الوحيد: القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الاساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار المقداد للطباعة والنشر، 2004، ص 128.

ويلاحظ ان القضاء الدستوري المصري قد فسر جدية الدفع بما يتوافق مع الرأي الأخير حيث قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه (1): "ما ينعاه أحد الخصوم في نزاع موضوعي من مخالفة نص قانوني لقاعدة في الدستور يفترض أمرين: أولهما أن يكون النص لازماً للفصل في ذلك النزاع فإذا لم يكن متعلقاً بالحقوق المدعى بها ومنتجاً في مجال الفصل في ذلك النزاع، فقد معناه ومغزاه، ثانيهما أن تكون المطاعن الدستورية المدعى بها في شأن هذا النص لها ما يظاها وهو ما يعني جديتها من وجهة نظر أولية".

ومما سبق تبين لنا انه يمكن اعتبار الدفع الفرعي جدياً إذا توافر فيه الشروط التالية:

1. ألا يكون الدفع كيدياً، وألا يقصد منه المماثلة وتعطيل السير في الدعوى الأصلية.
2. أن يكون الدفع الفرعي منتجاً ومؤثراً للفصل في الدعوى الأصلية، بحيث لا يتم إشغال المحكمة الدستورية العليا بقضايا كيدية لا فائدة منها.
3. أن يتكون لدى قاضي الموضوع شكوك حول دستورية النصوص المدفوع بعدم دستوريته(2). وفي نفس السياق يثور التساؤل حول تعلق الدفع الفرعي بعدم الدستورية بالنظام العام، وأيضاً هل يجوز اثاره هذا الدفع أمام المحكمة الدستورية العليا باعتبارها محكمة موضوع؟ وللإجابة على ما سبق يمكن القول:

1. ان الدفع الفرعي بعدم الدستورية يعد من الدفوع القانونية المتعلقة بالنظام العام (3)، وبالتالي يمكن إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، وأيضاً يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية في العديد من أحكامها، ومنها ما جاء في حكمها (4): "ان الدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التي يخالطها واقع، ولا يعتبر المجادلة فيه مجادلة موضوعية، مما يستقل بتقديرها محكمة الموضوع، وإنما ينحل الى ادعاء بمخالفة الموضوع قد حققها، ومن ثم تجوز إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة النقض".
2. أما ما يتعلق بإمكانية الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا باعتبارها محكمة موضوع، فيمكن القول بجواز ذلك وخاصة في المسائل التي تدخل في صميم اختصاص

- (1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 186 لسنة 21ق، بتاريخ 2000/11/4، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، (الأجزاء من الثاني حتى العاشر)، ص 785.
- (2) د. صلاح الدين فوزي: الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 92. د. محمد المنجي: دعوى عدم الدستورية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 54.
- (3) د. علي عبد العال سيد أحمد: الدفع بعدم الدستورية، الطبعة الثانية، 1997، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ص 40.
- (4) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 102 لسنة 12 ق، بتاريخ 1993/6/19، المجموعة، ص 343، وتجدد الإشارة الى أن محكمة النقض المصرية قد ذهبت في البداية الى عكس ذلك معتبراً ان الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام، للمزيد في ذلك راجع د. عبد العزيز سالم: نظم الرقابة على دستورية القوانين، 2000، ص 183.

المحكمة الدستورية العليا، وهذا ما ذهب إليه في حكمها الذي جاء فيه (1): "البيّن من المادة 16 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 1979/48، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أنه اختصها دون غيرها بالفصل في المسائل التي حددها حصراً باعتبارها أولى من غيرها ببحثها وإصدار حكم فيها، لتعلقها بأعضائها والمستحقين عنهم في الشؤون التي تعنيهم مباشرة وقوامها الطلبات الخاصة بمرتباتهم ومكافأاتهم ومعاشاتهم، وكذلك القرارات الإدارية النهائية الصادرة في أي شأن من شؤونهم، سواء تعلق الأمر بطلب الغائها أم بالتعويض عنها وتفصل المحكمة الدستورية العليا في تلك المسائل بوصفها محكمة موضوع تقصياً للعناصر الواقعية للنزاع المعروف عليها وما يتعلق بها من القواعد القانونية التي ينبغي تطبيقها في شأن هذا النزاع وعليها حلها قبل الخوض فيه، ان تفصل في المسائل الدستورية التي يطرحها الخصم عليها من خلال دفع بعدم الدستورية تقدر جديته".

### الفرع الثاني: سلطة محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع

إذا تراءى لأحد الخصوم أثناء نظر النزاع أمام محكمة الموضوع أن نصاً تشريعياً أو مرسوماً أو لائحة أو نظام أو قراراً غير دستوري، أجاز قانون المحكمة الدستورية العليا له إبداء الدفع بعدم دستوريته، وعندئذ لمحكمة الموضوع أن تقدر مدى جديته، ولها في هذه الحالة سلطة تقديرية (2)، فإن رأت محكمة الموضوع أن الدفع جدي، أمهلت الطاعن أجلاً زمنياً لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا، فإن رفع دعواه الدستورية خلال الأجل فإن الأمر برمته يخرج من ولاية محكمة الموضوع مؤقتاً لحين الفصل في أمر الدفع المثار، ولا مجال للطعن في قرار تقدير الجدية إذ لن يكون له فائدة.

أما إذا رأت محكمة الموضوع أن الدفع غير جدي وغير مؤثر في الموضوع، رفضت الدفع سواءً كان الرفض صريحاً أو ضمناً، ويكون قرارها معرضاً للطعن عليه من ذوي الشأن مع الحكم الصادر في الموضوع، فقرار محكمة الموضوع برفض الدفع الفرعي لعدم الجدية لا يجوز أن يطعن به استقلاً، حيث أن تشريعات المحكمة الدستورية العليا لم تشر إلى ذلك، وبالتالي فإن المرجح في هذه المسألة يكون لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الذي أشار إلى عدم جواز الطعن باعتبار أن القرار الصادر بالرفض صدر أثناء السير في الدعوى الموضوعية وهو حكم غير منهي للخصومة. (3)

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 1 لسنة 19 ق بتاريخ 2000/2/5 المجموعة، ص 1348.

(2) د. شعبان احمد رمضان: الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني، بحث منشور في المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 2014، ص 161.

(3) المادة رقم (192) من قانون المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 وتعديلاته، المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 38، ص5. والمادة رقم (212) من قانون المرافقات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1986 وتعديلاته.

ويمكن القول إن سلطة محكمة الموضوع في تقديرها لجدية الدفع المثار أمامها تخضع لعدة قواعد وأحكام، من أهمها:

1. إن استمرار محكمة الموضوع بنظر النزاع الموضوعي بالرغم من أن الدفع أمامها من أحد الخصوم بعدم دستورية نص أو قرار أو لائحة أو نظام، دليل قطعي على رفض المحكمة لهذا الدفع، ونفيها تلك الجدية التي تعد شرطاً جوهرياً لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية.<sup>(1)</sup>

2. إن إقامة الدعوى الدستورية بالاستناد الى الدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع يجب أن يكون بناءً على تقدير محكمة الموضوع لجدية هذا الدفع، وانه منتجاً ومؤثراً في الدعوى الموضوعية وأيضاً يجب أن تصرح محكمة الموضوع لمن أثار الدفع بإقامة دعواه الدستورية، وإلا اعتبرت الدعوى غير صحيحة، وهذا ما أكده قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية والذي جاء فيه<sup>(2)</sup>: "حيث أن المدعي قد أقام دعواه الماثلة دون تقدير من محكمة الموضوع لجدية الدفع وتصريح بإقامتها، فإنه يكون قد أقام دعوى أصلية بعدم الدستورية وبالمخالفة لطريقي الدفع والاحالة، وبذلك تكون الدعوى غير مقبولة".

وعلى نفس الاتجاه سار قضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، حيث جاء في أحد أحكامها انه<sup>(3)</sup>: "وأثناء النظر في الدعوى دفع وكيل المدعيات بعدم دستورية المادة (5) والمادة (6/13) من قانون وضع الاموال غير المنقولة تأميناً للدين لسنة 1953م، وتعارضهما مع المواد (30،20،10) من القانون الأساسي وفي جلسة 2015/10/22م قررت المحكمة عدم جدية الدفع بعدم دستورية المادتين المذكورتين والسير في الدعوى حسب الأصول والقانون.

وحيث أن الأوضاع الإجرائية المنصوص عليها في المادتين (24، 27) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م، تعتبر من مقدمات الدعوى الدستورية لتعلقها بالنظام العام، ولا يجوز العمل بمخالفتها في تحريك الدعوى الدستورية. وحيث أن قانون هذه المحكمة لم ينص على وقف السير في الدعوى الموضوعية المنظورة في حال تقرر عدم جدية الدفع المثار أمام محكمة الموضوع (إذ لا اجتهاد في مورد النص ولا يجوز تحميل النصوص أكثر مما تحتمل) حتى لا يكون الدفع بعدم الدستورية وسيلة لإطالة أمد التقاضي وتعطيل الفصل في الدعاوي."

3. لا يجوز لمحكمة الموضوع أثناء نظر الدعوى الموضوعية، أن تصرح وتسمح لأحد الخصوم ان يرفع دعوى دستورية أمام المحكمة الدستورية إن لم يتم هذا الأخير بتقديم دفع أمامها، فإن قامت بذلك اعتبر الدفع غير مقبول لأنه يكون قد قدم بغير الطريق الذي أوجبه قانون المحكمة

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 49 لسنة 2019 بتاريخ 1999/4/3، المجموعة ص 720.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 53 لسنة 23 من تاريخ 2004/4/4، المجموعة، ص 96.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في القضية رقم 5 لسنة 2016 بتاريخ 2016/9/26، الوقائع الفلسطينية، العدد 12، ص 10.

الدستورية العليا، فإن ارادت محكمة الموضوع التأكد من دستورية النص فلها ان تلجأ لوسيلة الإحالة الى المحكمة الدستورية وفقاً لما نص عليه قانون المحكمة الدستورية.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية أنه (1): "وكان البين من محاضر جلسات الدعوى الموضوعية أن محكمة الموضوع قد قررت ومن تلقاء نفسها بجلسه 19 ابريل سنة 1990 التصريح للمدعية برفع الدعوى الدستورية، ودون ثمة دفع في هذا الخصوص من جانبها، ومن ثم فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها".

4. ليس من الواجب على محكمة الموضوع في مجال تقديرها جدية الدفع المثار أمامها، أن تتخذ فيه قراراً صريحاً بما اتجهت اليه قناعتها، بل يكفي في ذلك أن يكون قرارها ضمناً، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها (2): "حيث ان تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم دستورية نص قانوني لازم للفصل في النزاع المعروف عليها لا يتعلق بالمسائل الدستورية التي يثيرها هذا النزاع ولا يعتبر فصلاً فيها بقضاء قطعي، بل يعود الأمر في شأنها الى المحكمة الدستورية العليا لتزن وفقاً لمقاييسها جوهر المطاعن الدستورية وأبعادها تحديداً لصحتها أو فسادها، اذ تفصل محكمة الموضوع في دفع مثار أمامها بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فإن قرارها في هذا الصدد إما أن يكون صريحاً أو مستفاداً ضمناً من عيون الأوراق، ويعتبر قرارها ضمناً بقبول الدفع إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي الى ان تقدم المدعية ما يدل على رفع دعاواها الدستورية".

5. اذا قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع المثار أمامها من أحد الخصوم في شأن النصوص القانونية المطعون عليها بعدم الدستورية، فإن عليها عندئذ الالتزام بقضائها بتقدير جدية الدفع دون العدول عن ذلك الى ان تصدر المحكمة الدستورية العليا حكماً في المسألة الدستورية، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول (3): "انه فيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء من المحكمة الدستورية العليا أو التي ينزل فيها خصم عن الحق في دعواه الموضوعية من خلال تركها وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات، أو التي يتخلى فيها عن دفع بعدم الدستورية سبق لها تقدير جديته، أو التي يكون عدول محكمة الموضوع فيها عن تقديرها لجدية دفع بعدم الدستورية مبناه اعمالها للأثار المترتبة على قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص ذاتها التي

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 79 لسنة 12 ق بتاريخ 1991/10/5، المجموعة، ص 2176؛ وراجع في ذلك أيضاً حكم المحكم الدستورية العليا الفلسطينية في القضية رقم 15 لسنة 2 قضائية بتاريخ 2017/11/29، الوقائع الفلسطينية العدد 138، ص 78، وحكمها أيضاً في القضية رقم 11 لسنة 2 قضائية بتاريخ 2017/11/29، الوقائع الفلسطينية، العدد 138، ص 81.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في قضية رقم 47 لسنة 17 بتاريخ 1997/1/4، المجموعة، ص 718.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 30 لسنة 16 ق بتاريخ 1996/4/6، المجموعة، ص 418، وحكمها في القضية رقم 8 لسنة 22 من تاريخ 2002/7/7، المجموعة ص 173.

قام عليها هذا الدفع سواء بتقرير هذه المحكمة لصحتها أو بطلانها، فإن على محكمة الموضوع أن تلتزم قضائها بتقدير جدية الدفع فلا تنحيه".

6. إذا أمكن لقاضي الموضوع أن يفصل في النزاع الموضوعي دون التطرق للمسألة الدستورية أو قبل التطرق لها، وجب عليه أن يفصل في النزاع الموضوعي دون حل المسألة الدستورية باعتباره انه ليس رقيباً أصيلاً على أعمال السلطة التشريعية، فبحثه في دستورية القوانين ليس إلا ثمرة مترتبة على وظيفته الأصلية، أي الفصل في المنازعات.

و هذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول انه (1): "ثانيهما: أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر الى النص التشريعي المطعون عليه، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينهما تحتم أن يكون الضرر المدعي به ناشئاً عن هذا النص ومترتباً عليه، فإذا لم يكن النص التشريعي قد طبق على المدعي أصلاً أو كان من غير المخاطبين بأحكامه أو كان قد أفاد من مزياه، أو كان الاخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود اليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتفيه، ذلك أن ابطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبل رفعها.

7. يجب على قاضي الموضوع أن يتأكد مما إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد صدر عنها قضاء موضوعي بشأن النص محل الدفع أو لم يصدر، ويقصد بذلك أن لا يكون قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اصدر حكماً بعدم دستورية النص المدفوع بعدم دستوريته من قبل أو أن يكون قرر أنه نص دستوري، إذ من شأن ذلك أن يجعل الدفع المثار غير جدي لأنه من غير الجائز أن يحكم بدستورية أو عدم دستورية نص مرتين.

وهذا ما أشارت اليه المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول انه (2): "وحيث ان هذه المحكمة سبق أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في الدعوى الراهنة بحكمها الصادر بجلسة 2002/11/3 في القضية رقم 70 لسنة 18 ق "دستورية" القاضي بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة (29) من القانون رقم (49) لسنة 1977 المشار اليه، فيما لم يتضمنه من النص عليها انتهاء عقد الايجار الذي يلتزم المؤجر بتمريره لمن لهم الحق في شغل العين، بانتهاء إقامة آخرهم بها، سواء بالوفاة أو الترك ورفض ما عدا ذلك من طلبات، بما مؤداه امتداد عقد الإيجار الأصلي اليهم بكافة شروطه واحكامه وإذ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بعددها رقم (46) بتاريخ 2002/11/14، وكان مقتضى المادتين (48) و (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم (48) لسنة 1979 أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوي الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة الى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصللاً في المسألة المقضي

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 19 لسنة 18 ق بتاريخ 18/4/1992، المجموعة، ص 527.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 67 لسنة 26 ق بتاريخ 2006/9/3، المجموعة، ص 182.

فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعتة، ومن ثم فإن الدعوى الماثلة تكون غير مقبولة".

وهذا ما جاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية حيث قضت المحكمة انه (1): "وتطبيقاً لذلك ولما كانت المحكمة الدستورية العليا قد سبق لها الفصل في النص محل الطعن بقرارها الصادر بالطعن الدستوري رقم (2017/3) بتاريخ 2017/05/16م، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية في العدد (133) حيث بينت محكمتنا في قرارها المذكور أن دعوى التعويضات الجسدية هي دعوى مطالبة بأموال منقولة، ولا تتعارض من نص المادة الثانية من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014م بشأن تعديل قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958م وأن هذه المادة لا تشمل قيداً على حق التقاضي، ولا تتعارض مع المادة (30) من القانون الاساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته التي كفلت حق التقاضي للكافة ولكل شخص حق اللجوء الى قاضيه الطبيعي، وانه يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل اداري من رقابة القضاء وأكدت المحكمة من خلال القرار المذكور أن أسباب الحصول على التعويض مكفولة تماماً ومرتبطة أساساً بقضية الفعل المسبب للضرر سواء كان مادياً أم معنوياً، قد يترتب المطالبة بالتعويض بأموال منقولة لما فاتته من كسب وما لحق به من خسارة، وعليه ولما كان ذلك، فإن المحكمة تقرر عدم قبول الطعن لسبق الفصل فيه والبت في النص المطعون فيه ومصادرة قيمة الكفالة".

### المطلب الثاني: أحكام الدفع الفرعي

يتطلب الحديث حول أحكام الدفع الفرعي بيان ماهية الشروط والضوابط التي تحكم الدفع الفرعي حتى تعتبر الدعوى الدستورية المقامة أمام المحكمة الدستورية بناءً على الدفع دعوى مشروعة ومن ثم قبولها أمام القضاء الدستوري.

وأيضاً يتطلب البحث في أحكام الدفع الفرعي بيان الآثار المترتبة على الدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع، ولذا سنقوم ببحث الشروط والضوابط التي تحكم الدفع الفرعي أمام المحكمة الدستورية، ومن ثم البحث في الآثار المترتبة على الدفع، وذلك في فرعين متتاليين على النحو الآتي:-

### الفرع الأول: شروط الدفع الفرعي

أشرنا فيما سبق إلى أن مفهوم الدفع الفرعي يقوم على البحث بعدم دستورية بعض النصوص القانونية أو القرارات الإدارية، مما يسمح لذوي الشأن (2) أن يدفعوا أمام محكمة الموضوع بعدم

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في القضية رقم 18 لسنة 4 قضائية بتاريخ 2019/11/28م، الوقائع الفلسطينية، العدد 161، ص 86، وانظر أيضاً في ذلك حكمها في القضية رقم 9 لسنة 4 قضائية بتاريخ 2019/7/10، الوقائع الفلسطينية، العدد 157، ص 50، وحكمها أيضاً في القضية 2 لسنة 2015 بتاريخ 2016/12/4، الوقائع الفلسطينية، العدد 127، ص 36.

(2) تثبت للخصم في الدعوى الموضوعية الصفة في الدعوى الدستورية المتصلة بالمحكمة من خلال الدفع الفرعي، حيث يشترط أن يكون الخصوم في الدعوى الموضوعية هم أنفسهم أطراف النزاع في الدعوى الدستورية، وإذا

دستورية تلك النصوص، ومن ثم الطعن أمام المحكمة الدستورية للمطالبة بإلغاء مالا يتفق مع الدستور.

إلا أن المشرعين المصري وال فلسطيني ورغبة منهما لمنع استعمال هذا الحق بهدف المماثلة ودرءاً للإسراف فيه، أحاطا الدفع بعدة ضوابط وإجراءات تم وضعها حتى تكون قيداً تنظيمياً على محكمة الموضوع والخصوم، ويمكن لنا أن نشمّل تلك الضوابط والشروط بما يلي:

**أولاً:** أن يتم الدفع الفرعي أمام جهة قضائية سواء كانت محاكم عادية أو إدارية وأياً كانت درجاتها، أو هيئة ذات اختصاص قضائي تنظر دعوى قضائية أصلية، ويثور عندئذ أمامها مسألة عدم دستورية نص أو تشريع لازم للفصل بالدعوى المطروحة أمامها، وعليه لا يقبل قرار الإحالة الصادر من جهة إدارية، حتى يتم الدفع أمامها بعدم الدستورية.<sup>(1)</sup>

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه<sup>(2)</sup>: "وحيث أن القرار في قضاء هذه المحكمة كذلك أن اسباغ الصفة القضائية على أعمال اية جهة عهد اليها المشرع بالفصل في نزاع معين يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محددًا بقانون وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذي يلتزم أن تتوافر في أعضائه ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال وأن تكون لها ولاية الفصل في خصومات بقرارات حاسمة، ودون اخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها، والتي تقوم في جوهرها على إقامة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها وتمحيص ادعاءاتهم على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية مبهوراً لمضمونها في مجال الحقوق المدعي بها أو المتنازع عليها وحيث ان البين من استعراض النصوص المطعون فيها، وعلى ضوء ما سبق أن قضت به هذه المحكمة، أن اللجنة المشكلة طبقاً لهذه النصوص يغلب على تشكيلها العنصر الإداري وتصدر قراراتها بأغلبية الآراء، ومن ثم فإنها لا تعدو والحال هذه أن تكون لجنة إدارية ولا تعد قراراتها أعمالاً قضائية، وبالتالي فإنها تخرج من عداد جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي في مفهوم المادة (29) من القانون رقم 48 لسنة 1979 المشار إليه، وعلى ذلك فإن الدعوى الراهنة لا تكون قد اتصلت بهذه المحكمة طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً وهو ما يتعين معه الحكم بعدم قبولها".

**ثانياً:** يجب أن تتضمن لائحة الدعوى الدستورية المرفوعة بناءً على وسيلة الدفع الفرعي بياناً للنص التشريعي المطعون فيه، وأن يكون واضحاً لا لبس فيه ولا غموض، وأن يتم بيان

كانت = الدعوى الموضوعية جنائية، فإن الصفة تثبت لكل من النيابة العامة والنيابة العسكرية والمجني عليه والمتهم والمدعي بالحق المدني في الدعوى الجزائية، راجع في ذلك د. فتحي الوحيدي: مرجع سابق، ص 156.

(1) د. رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية، طبعة 2009، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 360. د. منير عبد المجيد: أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 113.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 196 لسنة 26 ق بتاريخ 6 يوليو 2008، المجموعة، ص 361.

النص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه تلك المخالفة حتى تتوافر لمحكمة الموضوع العناصر الكافية لدراسة مدى جدية الدفع من عدمه (1).

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول انه (2): "وحيث أن البين من الاطلاع على الأوراق ان المدعي دفع بجلسة 2002/4/18 أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية "المساكنة" (امتداد الإيجار الى من كانوا يساكنون المستأجر الأصلي قبل وفاته) وطلب أصلاً برفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، فأجابته محكمة الموضوع الى طلبه، وكان المقرر أن الدفع بعدم الدستورية لا يستنهض ولاية محكمة الموضوع لتقدير جديته إلا إذا ورد على نص أو نصوص بذاتها عينها المدعي وحددها باعتبارها نطاقاً لدفعه متضمناً تحديده أبعاده، كي تحيل محكمة الموضوع بصرها في النصوص المطعون عليها لتقدير جدية المطاعن الموجهة اليها من وجهة نظر أولية ولا تعتبر مبنية عن كلمة فاصلة في شأن اتفاقها مع أحكام الدستور أو خروجها متى كان ذلك وكان التجهيل بالنصوص التشريعية المطعون عليها وهو ما سلكه المدعي في دفعه أمام محكمة الموضوع لا يتضمن تعريفاً بها يكون محدداً بذاته ماهيتها وكاشفاً عن حقيقة محتواها وكان هذا التحديد لازماً لزمواً حتماً لتقدير جديتها، فإن خلو الدفع بعدم الدستورية المبدى من المدعي على النحو المتقدم ذكره من بيانها ثم التصريح له برفع الدعوى الدستورية ترتيماً عليه مؤداه ان هذا التصريح يكون قد ورد على غير محل، وعلى ذلك فإن الدعوى الدستورية الماثلة لا تكون قد اتصلت بالمحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها ويتعين بالتالي الحكم بعدم قبولها".

وفي نفس الاتجاه حكمت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بالقول انه (3): "وبالعودة الى لائحة الدعوى المذكورة، فإن الطاعن لم يبين النص الدستوري في القانون الاساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته (حيث لا وجود لمصطلح النظام الاساسي كما أورد الطاعن بلائحته) المدعي بمخالفته وأوجه المخالفة وذلك وفق قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م وتعديلاته، في المادة (28) حيث نصت على: "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة الى المحكمة أو لائحة الدعوى المرفوعة لها وفقاً لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه المخالفة" وحيث خلت لائحة الطعن من بيان النص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه المخالفة، وذلك بكامل البنود الواردة فيها، فإن الطعن مخالف لصحة الإجراءات المذكورة، ولم يتقيد بأحكامها، لذلك تقرر المحكمة رد الطعن".

(1) د. محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 486.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 209 لسنة 24 ق بتاريخ 7 مايو 2006، المجموعة، ص 373

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من القضية رقم 32 لسنة 4 ق بتاريخ 2020/1/30، الوقائع الفلسطينية، العدد 163، ص 66: وراجع أيضاً حكمها في القضية رقم 10 لسنة 4 ق بتاريخ 2019/7/10 في الوقائع الفلسطينية، العدد 157، ص 44.

**ثالثاً:** على محكمة الموضوع ان تقول كلمتها بخصوص الدفع بعدم الدستورية المشار أمامها سواء بالرفض أو القبول، فإن رفعت الدعوى الدستورية من قبل صاحب الدفع دون تصريح من محكمة الموضوع فإن الدعوى الدستورية تكون متصلة بالمحكمة الدستورية بغير الأوضاع المقررة قانوناً لذلك يتوجب عندئذ الحكم بعدم قبولها.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول انه (1): "ولئن كان الفصل في اتصال النص المطعون فيه بالنزاع الموضوعي من مسائل القانون التي ترخص فيها، إلا أن تقدير محكمة الموضوع جدية المطاعن الموجهة اليه هو ما يدخل في نطاق سلطاتها التقديرية التي تباشر من خلالها نوعاً من التقييم المبدئي لمضمون تلك المطاعن، وسلامة أسسها، فإن لم تقل محكمة الموضوع كلمتها في شأن جديتها دل ذلك على نفيها تلك الجدية التي يعد تسليمها لها شرطاً أولياً لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، فإن قام الدليل على أن محكمة الموضوع لم تفصل في جدية الدفع بعدم الدستورية المشار أمامها ولم تصرح لمن أبداه بإقامة دعواه الدستورية مثلما هو الحال المنصوص في الدعوى الراهنة فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، وبالتالي يكون الحكم بعدم قبولها متعيناً".

**رابعاً:** ان يتغير الوضع القانوني لمبدي الدفع بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبل الدفع، ويتم ذلك من خلال استيثاق قاضي الموضوع من ان النص المدفوع بعدم دستوريته لازماً للفصل في النزاع الموضوعي أو أن يؤثر فيه بأي شكل من التأثير سواء كان تأثيراً شكلياً أو موضوعياً. (2)

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية انه (3): "وحيث ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة مؤداه ألا تفصل في غير المسائل الدستورية التي يؤثر الحكم فيها على النزاع الموضوعي، ومن ثم يتحدد مفهوم هذا الشرط بأن يقيم المدعي الدليل على أن ضرراً واقعياً، قد لحق به وأن يكون هذا الضرر عائداً الى النص المطعون فيه، فإذا كان الاخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود اليه أو كان النص المذكور قد ألغى بأثر رجعي منذ تاريخ العمل به، وبالتالي زال كل ما كان له من أثر قانوني منذ صدوره، ودل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة ذلك أن ابطال النص التشريعي في هذه الحالة لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها".

- (1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 87 بجلسة 5 ابريل 1999، المجموعة، ص 254.
- (2) د. إبراهيم محمد حسنين: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 137. د. منير عيد المجيد: مرجع سابق، ص 136.
- (3) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 35 لسنة 19 ق بتاريخ 2000/11/4، المجموعة، ص 154.

**خامساً:** لا يجوز لمقدم الدفع ان يضمن دعواه الدستورية نصوصاً جديدة لم يكن مصرحاً له بها من قبل قاضي الموضوع عند تقديره لمسألة جدية الدفع، ولا يجوز لقاضي الموضوع أن يطلب من الخصم أن يضمن طعنه مادة أخرى تراءى له عدم دستوريتها.<sup>(1)</sup>

وحول ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول انه<sup>(2)</sup>: "وحيث ان الثابت بالأوراق أن المدعي قد دفع أمام محكمة الموضوع بجلسة 1996/7/9 بعدم دستورية القانون رقم 11 لسنة 1991 بشأن الضريبة العامة على المبيعات، وهو الدفع الذي قدرت المحكمة جديته وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية عنه، بيد أن صحيفة دعواه الدستورية قد وجهت الدفع بعدم الدستورية الى قرار رئيس الجمهورية رقم 77 لسنة 1992 بتعديل الجدولين المرافقين لقانون الضريبة العامة على المبيعات السالف البيان، فيما تضمنته من إضافة خدمات التشغيل للغير الى الجدول رقم 2 المرفق بذلك القانون، وهو القرار الذي لم يشمل الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع ومن ثم لم تصرح الأخيرة بإقامة الدعوى الدستورية بشأنه، بينما لم يطعن المدعي في صحيفة الدعوى الماثلة على القانون رقم 11 لسنة 1991، الذي سبق أن دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستوريتها وصرحت له بدفع الدعوى الدستورية عنه، ومن ثم يصبح الطعن بعدم دستورية القرار الجمهوري المنوه عنه أنفاً دعوى مباشرة بعدم الدستورية وهو ما لم يجزه القانون، ولا يكون بالتالي قد اتصل بالمحكمة الدستورية اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً مما يتعين معه القضاء بعدم قبوله".

**سادساً:** يتوجب على من أثار الدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع في حال ان قدرت هذه الأخيرة جدية الدفع أن يرفع دعواه الدستورية أمام المحكمة الدستورية خلال مدة ستين يوماً وفقاً للتشريع الفلسطيني وثلاثة أشهر وفقاً للتشريع المصري، وإذا لم ترفع الدعوى الدستورية خلال الأجل المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن، ومن ثم تستأنف محكمة الموضوع نظر القضية والفصل فيها.<sup>(3)</sup>

ويعتبر هذا الميعاد من المواعيد المقيدة لمحكمة الموضوع والخصوم على حد السواء، فإن هي سكتت أو تجاوزت عنه فإن على الخصوم أن يتقيدوا برفع دعواهم أمام المحكمة الدستورية قبل انقضاء الحد الأقصى وإلا اعتبرت دعواهم غير مقبولة.<sup>(4)</sup>

- (1) د. رفعت عيد سيد: مرجع سابق، ص 365.
- (2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 112 لسنة 18 ق بتاريخ 2000/8/24، المجموعة، ص 3544.
- (3) د. محمد أنس قاسم جعفر: الرقابة على دستورية القوانين، الطبعة الثانية، 1999، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 144.
- (4) د. فتحي الوحيدى: مرجع سابق، ص 138.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول انه (1): "وحيث ان مؤدي هذا النص ان المشرع رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم مباشرتها وربط بينه وبين الميعاد الذي حدده لرفعها ودل ذلك على انه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع محكمة الموضوع تحديده حيث لا يجاوز ثلاثة اشهر، وهذه الأوضاع الاجرائية سواء ما اتصل فيها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها- تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيا به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده، وبالتالي فإن ميعاد الثلاثة اشهر الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية طبقاً لنص الفقرة (ب) من المادة 29 المشار لها يعتبر ميعاداً حتمياً يقيد محكمة الموضوع والخصوم على حد سواء، فإن هي تجاوزته أو سكتت عن تحديد الميعاد تعين على الخصوم ان يلتزموا برفع دعواهم الدستورية قبل انقضاء هذا الحد الأقصى وإلا كانت دعواهم غير مقبولة".

وفي نفس الاتجاه ذهبت قضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بالقول انه (2): "وأمام هذه الوقائع نورد أن الدعوى الدستورية لا تقبل إلا اذا رفعت خلال الأجل الذي حددته محكمة الموضوع، بحيث لا يتجاوز (60) يوماً، وهذا الوضع الاجرائي يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإن هذا الميعاد الذي فرضه المشرع بقوة القانون كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع في غضون هذا الحد، هو ميعاد حتمي يتعين على الخصوم الالتزام به بإقامة الدعوى الدستورية بعد فواته مؤداه اعتبار الدفع بعدم الدستورية كان لم يكن، ولا تملك محكمة الموضوع أي ولاية في منح الخصم الذي أثار المسألة الدستورية مهلة جديدة بعد فوات المدة الأولى، لأن ذلك يعتبر ميعاداً جديداً منقطع الصلة عن الميعاد الذي ضربته ابتداءً، فإن صدر عنها بعد فواته غدا ميعاداً جديداً لا يعند لوروده على غير محل، ومجرد قانوناً من كل أثر.

وتأسيساً على ما تم بيانه، فإن تحريك الدعوى الدستورية بتاريخ 2019/01/08 يعني ان الدعوى لم ترفع في الميعاد المقرر قانوناً ويعتبر الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن وفقاً للأحكام الفقرة الثالثة من المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته".

### الفرع الثاني: آثار الدفع الفرعي

إذا تقدم احد الخصوم بدفع فرعي أمام محكمة الموضوع حول عدم دستورية نص، فعلى محكمة الموضوع أن تظهر رأيها في الدفع المثار أمامها سواء بالرفض أو القبول فإذا رفعت

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 29 لسنة 2 ق بتاريخ 1982/4/3، المجموعة، ص 21.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في القضية رقم 11 لسنة 4 ق بتاريخ 2019/8/19، الوقائع الفلسطينية، العدد 158، ص 45.

الدعوى الدستورية من قبل ذوي الشأن دون تصريح من محكمة الموضوع عدت الدعوى الدستورية متصلة بالمحكمة الدستورية العليا بغير الطريق المقرر قانوناً ويتوجب عدم قبولها. (1)

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول انه (2): "ولئن كان الفصل في اتصال النص المطعون فيه بالنزاع الموضوعي من مسائل القانون التي لا ترفض فيها، إلا أن تقدير محكمة الموضوع جدية الطاعن الموجهة إليه هو ما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية التي تباشر من خلالها نوعاً من التقييم المبدئي لمضمون تلك الطاعن وسلامة أسسها، فإذا لم تقل محكمة الموضوع كلمتها في شأن جديتها دل ذلك على رفضها تلك الجدية التي يعد تسليمها بها شرطاً أولياً لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، فإذا قام الدليل على أن محكمة الموضوع لم تفصل في جدية الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها ولم تصرح لمن أبداه بإقامة دعواه الدستورية مثلما هو الحال في الدعوى الراهنة فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، وبالتالي يكون الحكم بعدم قبولها متعيناً".

وبناءً على ما سبق سنبين آثار الدفع الفرعي كما هو آت: -

#### أولاً: تأجيل نظر الدعوى أمام محكمة الموضوع

إذا تبين لمحكمة الموضوع ان الدفع المثار أمامها جدي ومنتج في الدعوى الموضوعية قررت قبول الدفع ومن ثم تأجيل نظر الدعوى الأصلية المنظورة أمامها، وذلك استناداً لنص المادة (29) (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، ونص المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

ويثور التساؤل حول صحة ما نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا المصري والفلسطيني من تأجيل نظر الدعوى من قبل محكمة الموضوع، أم أن الأفضل أن توقف محكمة الموضوع نظر الدعوى في حال قبول الدفع المثار أمامها من أحد الخصوم؟

إن التشريعات الدستورية سألقة الذكر نصت على أن تقوم محكمة الموضوع بتأجيل نظر الدعوى، فمن خلال الموعد الذي حددته لمقدم الدفع تستطيع ان تترصد قضاء المحكمة الدستورية العليا لتطبيقه على الموضوع، أو أن تمضي بنظر الموضوع في حال عدم إقامة الدعوى الدستورية قبل فوات الأجل.

أما وقف الدعوى فإنه لن يكون مقيداً بأجل معين، وإنما سيكون مقيداً بإجراء يتوقف عليه الفصل في الدعوى الأصلية، مما يثير عدة تساؤلات: هل هذا الاجراء سيكون مثلاً فصل المحكمة الدستورية في الدعوى الدستورية، أم أن هذا الاجراء سيكون معلقاً على إقامة الدعوى الدستورية فقط؟

(1) د. رفعت عبد سيد: مرجع سابق، ص 361.  
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بتاريخ 1999/4/3، المجموعة، ص 254، نقلاً عن مؤلف د. رفعت عبد سيد، مرجع سابق، ص 362.

وأما ما يتعلق بالقول ان استئناف السير في الدعوى الأصلية لا يتم بقوة القانون سواء تم الدفع أم لا، بل سيتوجب أن يقدم الخصم طلباً لتعجيل ذلك، فإننا نميل الى الرأي القائل بأن القانون استخدم عبارة تأجيل الدعوى، بمعنى أن تأجيل الدعوى لا يستلزم كالوقف من الخصوم التقدم بطلب لتعجيل نظر الدعوى. (1)

أما قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد ساوى بين التأجيل والوقف حيث قضت المحكمة انه (2): "ان البين من نص المادة (29/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا أن محكمة الموضوع اذ ترخص لمن اثار الدفع بعدم الدستورية بعد تقديرها لجديته برفع الدعوى الدستورية الى المحكمة الدستورية العليا، فإن هذا الترخيص لا يلزمها سوى بتأجيل الدعوى الموضوعية المنظورة أمامها، وبالتالي لا يكون وقفها شرطاً بقبول الدعوى الدستورية ولا يغير من هذا النظر ان تستفيض محكمة الموضوع في حالة بذاتها وفي حدود سلطتها التقديرية عن تأجيل الدعوى الموضوعية المطروحة عليها بوقفها لأن ذلك لا يعدو أن يكون ترصفاً بقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية النصوص التشريعية المطعون عليها وهي عين النتيجة التي قصد المشرع بلوغها من وراء تأجيل الدعوى الموضوعية إثر التصريح برفع الدعوى الدستورية".

ويجدر التنويه أن الحد الأقصى المحدد لرفع الدعوى الدستورية بعد قبول الدفع، هو ملزم لكل من مقدم الدفع ومحكمة الموضوع وايضاً للمحكمة الدستورية العليا (3)، ومن ثم لا يعني ذلك تقييد سلطة محكمة الموضوع في أن تؤجل نظر الدعوى الموضوعية ضمن أجل رفع الدعوى الدستورية، بل لها أن تؤجل الى أكثر من ذلك، فإذا ما تقدم مبدي الدفع بدفعه حددت محكمة الموضوع أجلاً لاحقاً للأجل الممنوح لمبدي الدفع من أجل رفع دعواه الدستورية، فإن حل أجل الدعوى الموضوعية وجب على مبدي الدفع ان يثبت لمحكمة الموضوع رفع الدعوى الدستورية حتى يتم وقف السير في الدعوى الاصلية لحين البت في الدعوى الدستورية، وإلا فإن محكمة الموضوع ستمضي في السير بالدعوى الاصلية.

المهم أن الدعوى الدستورية يجب أن ترفع ضمن الأجل المحدد في القانون، وإذا ما قامت محكمة الموضوع بتأجيل النظر في الدعوى الموضوعية لأجل يتجاوز المحدد في القانون لرفع الدعوى الدستورية، فإن هذا الموعد يكون صحيحاً وملزماً فقط لمحكمة الموضوع، ولا يلزم سواها، ولا يستطيع أن يتعذر مبدي الدفع بهذا الأجل لرفع الدعوى الدستورية بعد انقضاء الأجل المحدد قانوناً لرفع الدعوى الدستورية.

(1) د. عادل الشريف: قضاء الدستورية، رسالة دكتوراه، 1988، ص 410. -د. عبد العزيز سالم: مرجع سابق، ص 221.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 25 لسنة 11 ق، بتاريخ 1992/5/27، المجموعة، ص 324.

(3) د. محمود احمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحججه، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 355.

### ثانياً: التصريح لمن اثار الدفع الفرعي بإقامة الدعوى الدستورية

يعد التصريح بإقامة الدعوى الدستورية من قبل محكمة الموضوع، لمبدي الدفع الفرعي من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على إغفالها عدم قبول الدعوى الدستورية، ويلزم هذا التصريح عند تأجيل نظر الدعوى، حيث يقرر القاضي بذلك لمبدي الدفع بإقامة الدعوى الدستورية محل الدفع.

وهذا التصريح نص عليه قانون المحكمة الدستورية العليا المصري بموجب المادة (29/ب)، حيث حددت لمبدي الدفع ميعاداً مقررأ ثلاثة أشهر لرفع الدعوى الدستورية، بينما أشار قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني أن لمحكمة الموضوع أن تصرح لمبدي الدفع في حال قبوله أن يرفع دعواه خلال ستين يوماً من قبول الدفع، وفقاً لنص المادة 14 من القرار بقانون رقم 19 لسنة 2017.

ويمكن القول إن ميعاد رفع الدعوى الدستورية تسري عليه أحكام المدد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 طبقاً لنص المادة (26) (1) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني، وذلك فيما يتعلق بكيفية احتساب المواعيد بصفة عامة، وامتدادها بالنسبة للعطل الرسمية.

وتكمن أهمية التصريح من محكمة الموضوع انه يبيلور المسألة الدستورية ويحدد نطاقها ولذا فإن إقامة الدعوى الدستورية دون تصريح من محكمة الموضوع لمبدي الدفع يجعل الدعوى غير مقبولة، لأنها ستكون عندئذ من قبيل الدعوى المباشرة.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقول (2): "وحيث ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على ان مناط ولايتها بالرقابة الشرعية والدستورية هو اتصالها بالمسائل الدستورية المطروحة عليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة (29) من قانونها، وذلك إما بإحالتها لها مباشرة من محكمة الموضوع اذا ما رأته شبيهة بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، وأما من خلال دفع بعدم دستوريته نص مماثل يبيديه أحد الخصوم وتقدر تلك المحكمة جديته وتأذن لمبيديه بعدئذ وخلال أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر برفع دعواه الدستورية في الحدود التي قدرت بها جديته دفعه، ولم يجز المشرع -بالتالي- الدعوى الأصلية أو المباشرة سبباً للطعن بعدم دستوريته النصوص التشريعية، وهذه الأوضاع الإجرائية تعد من النظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي قصد منها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي حددها.

(1) نصت المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 2006/3 على انه: "فيما عدا ما نص عليه هذا الفصل تسري على قرارات الإحالة والطلبات التي تقدم للمحكمة الأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2001/2 بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها".

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 93 لسنة 23 بتاريخ 2003/7/6، المجموعة، ص 335.

ولما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المدعي أبدى دفعه بعدم دستورية النصين سالفى الذكر بجلسة 2001/1/4، فقررت محكمة الموضوع تأجيل نظر النزاع الى جلسة لاحقة دون قرار منها بالإذن بإقامة الدعوى الدستورية بعد تقديرها لجدية الدفع المبدى أمامها إلا أن المدعي قد سارع الى رفع الدعوى الدستورية الماثلة، فإنه يكون بذلك قد أقام دعوى أصلية بعدم الدستورية بالمخالفة لطريقي الدفع والإحالة اللذين حصر فيهما القانون التداعي في المسائل الدستورية، ويتعين والحال كذلك القضاء بعدم قبولها".

ويثور التساؤل: ماذا لو أن محكمة الموضوع تجاوزت في تصريحها لمبدى الدفع الأجل المحدد قانوناً؟

يمكن القول إن المحكمة الدستورية العليا المصرية أجابت على هذا التساؤل بالقول انه (1): "مهلة الأشهر الثلاثة المنصوص عليها في هذا البند (البند ب من المادة 29 من قانون المحكمة) غايتها النزول بكل ميعاد يزيد عليها الى ما لا يجاوزها باعتبارها حداً زمنياً نهائياً تقرر بقاعدة أمره فلا يجوز لمحكمة الموضوع ان تتعدها، فإن هي فعلت، ما كان للخصم أن يقيم دعواه الدستورية بعد فواتها".

وأيضاً كذلك الحال فيما لو سكتت محكمة الموضوع أصلاً عن تحديد أي ميعاد لرفع الدعوى الدستورية، فإن الميعاد الذي سيعتد به هو الميعاد المقرر قانوناً، وذلك أن المحكمة من حيث الأصل لا تستطيع تجاوز هذا الميعاد، وبالتالي فإن تجاوز أو سكوت محكمة الموضوع عن تحديد الميعاد لا يعني السماح للخصوم بتجاوز الميعاد المقرر بل عليهم أن يلتزموا برفع دعواهم قبل انقضاء الأجل وإلا اعتبرت دعوى غير مقبولة. (2)

ويجدر التنويه أن مسألة التصريح بتثير تساؤلين مهمين: أما الأول فيدور حول عدم قيام مبدى الدفع برفع دعواه خلال الأجل، فهل يجز ذلك للمحكمة الدستورية أن تتصدى لموضوع الدفع من تلقاء نفسها؟ وهنا نؤيد الرأي القائل (3): بعدم جواز ذلك، لأن اعمال رخصة التصدي من قبل المحكمة الدستورية يستوجب أن يكون النص الذي يراد التصدي له متصلاً بدعوى أصلية معروضة على المحكمة الدستورية ذاتها.

أما التساؤل الثاني: فهو انه هل بمرور الميعاد دون ان يرفع مقدم الدفع دعواه الدستورية يسمح ذلك لمحكمة الموضوع أن تمارس صلاحيتها بإحالة النزاع الى المحكمة الدستورية للبت فيه متى تراءى لها شبهة عدم الدستورية؟

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 27 لسنة 20 بتاريخ 1999/8/1، المجموعة، ص 138.

(2) د. محمد فؤاد عبد الباسط: مرجع سابق، ص 519.

(3) د. عادل الشريف: مرجع سابق، ص 414.

وهنا نؤيد الرأي القائل<sup>(1)</sup>: بجواز ذلك، فمناطق الإحالة وفقاً لأحكام القانون أن يتراءى لمحكمة الموضوع شبهة عدم الدستورية، وهذا ما تبين لها عندما قررت جديّة الدفع المقدم من أحد الخصوم، كما أن الإحالة هنا تعد وسيلة وليست غاية، فالهدف منها فحص كل ما هو مشكوك بعدم دستوريته والغائه إن ثبت ذلك.

### الخاتمة

بعد ان انتهينا من استعراض النظام القانوني للدفع الفرعي امام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من خلال بيان ماهيته واحكامه، توصلنا من خلال البحث الى ما يلي: -

### النتائج

1. ان الدفع الفرعي امام محكمة الموضوع يجب ان يكون مؤثراً في النزاع الموضوعي، وان لا يكون الهدف منه إطالة أمد النزاع.
2. يجوز لمبدي الدفع ان يدفع ولو لأول مرة أمام محكمة النقض باعتبارها جزء أصيل من المحاكم المشمولة بنص المادة رقم (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا.
3. يجوز ان يتم الدفع أمام المحكمة الدستورية العليا ذاتها باعتبارها محكمة موضوع فيما يدخل ضمن اختصاصاتها الاصلية بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا.
4. ان الاجل المحدد لتقديم الدفع امام المحكمة الدستورية العليا والمقدر بستين يوماً يعتبر من النظام العام، وبالتالي لا يجوز ان يتم تقديم الدفع الا خلال تلك المدة.
5. نرى ان جعل اجل تقديم الدفع بستين يوماً أفضل بكثير من المدة السابقة والمقررة بتسعين يوماً، حيث ان مبدي الدفع يكون بأمر الحاجة للجوء للمحكمة الدستورية العليا لإبداء دفعه بعدم دستورية النص، وبالتالي سيكون بعجلة من أمره وليس بحاجة الى مدة طويلة.

### التوصيات

1. يوصي الباحث بضرورة وضع معيار حاسم وواضح لمفهوم الجديّة، وان لا يترك الامر لاجتهاد الفقه أو ان يكون ضمن سلطة محكمة الموضوع، حتى لا يصبح أمر التقدير متغيراً من نزاع لآخر بحسب تقدير محكمة الموضوع.
2. يوصي الباحث بضرورة تحديد مدة زمنية تقوم من خلالها محكمة الموضوع بالرد على الدفع المقدم، سواء بالرفض او القبول، وان انتهت المدة الزمنية دون رد اعتبر الدفع مرفوض.

(1) د. رفعت عبد سيد: مرجع سابق، ص 362.

## المراجع العربية

- أحمد، علي عبد العال سيد. (1997). *الدفع بعدم الدستورية، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت.*
- الباز، علي السيد. (1978). *الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية.*
- البسيوني، بد الغني عبد الله. (1997). *النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية.*
- جعفر، محمد أنس قاسم. (1999). *الرقابة على دستورية القوانين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.*
- الجمل، يحيى. *القضاء الدستوري في مصر 2000، شركة الطباعة العربية الحديثة القاهرة.*
- حسين، إبراهيم محمد. (2000). *الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة.*
- ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني، الوقائع الفلسطينية، أحكام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.
- رمضان، شعبان احمد. (2014). *الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول.*
- زكي، محمود احمد. (2004). *الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجتيه، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.*
- زهران، محمد السيد. (1970). *الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، س 14، يناير*
- سالم، عبد العزيز. (1995). *رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة.*
- السناري، محمد عبد العال. (1988). *الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر، عالم الكتب.*
- سيد، رفعت عيد. (2009). *الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة.*
- الشاعر، رمزي. (1983). *النظرية العامة في القانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة.*

- الشريف، عادل. (1988). *قضاء الدستورية العليا*، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.
- عبد الباسط، محمد فؤاد. (2002). *ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية*، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- عبد الحليم، نبيلة. (2002). *الرقابة القضائية دستورية القوانين، القضاء الدستوري*، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد المجيد، منير. (2001). *أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح*، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- فوزي، صلاح الدين. (2010). *الدعوى الدستورية*، دار النهضة العربية، القاهرة.
- قانون المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 وتعديلاته، المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 38.
- قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم 3 لسنة 2006 والمعدل بالقرار بقانون رقم 19 لسنة 2017.
- قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم 48 لسنة 1979 والمعدل بالقانون رقم 168 لسنة 1998.
- قانون المرافقات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1986 وتعديلاته.
- مجموعة مبادئ أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية.
- المنجي، محمد. (2002). *دعوى عدم الدستورية*، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- نظم الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية والقانون المصري، بدون تاريخ، مطبعة سعد للمطبوعات القانونية والاقتصادية.
- الوحيددي، فتحي. (2006). *القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الاساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة*. دار المقدر للطباعة والنشر.

#### References (Arabic & English)

- A set of principles for the rulings of the Egyptian Supreme Constitutional Court.

- Abdel Halim, Nabila. (2002). *Judicial Oversight on the Constitutionality of Laws, The Constitutional Judiciary*, Arab Renaissance House, Cairo.
- Abdel-Basit, Mohamed Fouad. (2002). *The mandate of the Supreme Constitutional Court in constitutional matters*, Al-Arid facility, Alexandria.
- Ahmed, Ali Abd Al-Aal Syed. (1997). *Pleading for Unconstitutionality*, Second Edition, Dar Al-Kutub Foundation, Kuwait.
- Al-Basyouni, Abdel-Ghani Abdullah. (1997). *Political Systems and Constitutional Law*, Al-Ma'arif Foundation, Alexandria.
- Al-Munji, Muhammad. (2002). *The Case for Unconstitutionality*, First Edition, Al-Ma'arif Establishment, Alexandria.
- Al-Senari, Muhammad Abdel-Aal. (1988). *Islamic Sharia and constitutional controls over laws in Egypt*, The World of Books.
- Al-Sharif, Adel. (1988). *Supreme Constitutional District*, Ph.D., Ain Shams University,
- Al-Shear, Ramzi. (1983). *The General Theory in Constitutional Law*, Third Edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
- Al-Wahidi, Fathi. (2006). *The Constitutional Judiciary in Palestine According to the Provisions of the Amended Basic Law and the Supreme Constitutional Court Draft Law, A Comparative Study*, Dar Al-Muqdar for Printing and Publishing.
- El-Baz, Ali El-Sayed. (1978). *Monitoring the constitutionality of laws in Egypt*, Egyptian Universities House, Alexandria.
- El-Gamal, Yahya. *The Constitutional Judiciary in Egypt 2000*, Modern Arab Printing Company, Cairo.
- Fawzy, Salah El-Din. (2010). *The Constitutional Case*, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

- Hussein, Ibrahim Muhammad. (2000). *Judicial Oversight of the Constitutionality of Laws*. Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
- Jaafar, Muhammad Anas Qasim. (1999). *Monitoring the Constitutionality of Laws*, Second Edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.
- Meguid, Munir Abdel. (2001). *The Principles of Judicial Oversight of the Constitutionality of Laws and Regulations*, Al Maarif Institute, Alexandria.
- Palestinian Supreme Constitutional Court Law No. 3 of 2006, as amended by Resolution Law No. 19 of 2017.
- Ramadan, Shaaban Ahmed. (2014). The Constitutional Case in the Bahraini Constitutional System, *Egyptian Journal of Legal and Economic Studies*, Issue 1,
- Salman, Abdul Aziz. (1995). *Constitutional oversight of laws*, first edition, Arab Thought House, Cairo.
- Sayed, Raised Eid. (2009). *Al Wajeez in the Constitutional Case*, Arab Renaissance House, Cairo.
- Systems for monitoring the constitutionality of laws, a comparative study between various legal systems and Egyptian law, undated, Saad Press for Legal and Economic Publications.
- The Egyptian Civil and Commercial Escorts Law No. 13 of 1986 and its amendments.
- The Egyptian Supreme Constitutional Court Law No. 48 of 1979, as amended by Law No. 168 of 1998.
- The Palestinian Civil and Commercial Trials Law No. 2 of 2002 and its amendments, published in Al-Waqi'a Al-Palestiniani No. 38.
- The Palestinian Fatwa and Legislation Bureau, the Palestinian Waqi'a, the Palestinian Supreme Constitutional Court rulings.

- Zahran, Mohamed El-Sayed. (January 1970). Oversight of the Constitutionality of Laws in Italy, *Journal of Government Cases Management*, First Issue, S14.
- Zaki, Mahmoud Ahmad. (2004). *The ruling issued in the constitutional case, its effects and authority*, first edition, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.