في سلم التدرج التشريعي للنظام القانوني في البلد. أما اذا تبين لها صحة القانون وموافقتهللدستور فأنها تطبقه على الدعوى المعروضة أمامها 345 .قضية أحوال شخصية.ألصلية المنظورة أمامها، فهو طريق غير مباشر للطعن في دستورية القانون. لذلك يطلق عليه346 الفقه الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي، رغم اعتراض بعض الفقه على هذه التسمية ويستطيع ذوو المصلحة الدفع بعدم الدستورية في كل م ارحل الدعوى بشرط أن ال يكون قد صدر347 فيها حكم اكتسب درجة البتات، وال يحق ألي شخص الطعن بعدم الدستورية بصوره اصليه .وتثبت الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية لجميع المحاكم في النظام القضائي على اختالف 348 أنواعها ودرجاتها والمثال الرئيسي لذلك هو النظام الدستوري االمريكي الذي ظهرت فيه هذه الطريقة وانتشرت الى اذ ال تختص المحكمة العليا وحدها بنظر الطعن في دستورية القوانين وإنما فالمحاكم االتحادية تراقب دستورية القوانين التي تسنها الواليات سواء أكانت قوانين عاديه أم وكذلك تراقب دستورية القوانين التي يسنها )الكونغرس(. أما محاكم الواليات 350 فأنها تراقب دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية في الواليات ويتمتع ق ارر المحكمة بحجيه نسبيه ألن أثره يقتصر على أط ارف الدعوى فقط، وبالتالي فأنالقانون في دعاوي أخرى345 د.341 رقابه سابقه،وتختلف الدساتير التي أخذت بالرقابة عن طريق الدعوى ألصلية من حيث الجهة القضائية التي يعهد اليها بهذه المهمة، فمنها من أوكلها الى اعلى محكمة في النظام القضائي للدولة مثل دستور سويسرا لعام 1874م و دستور كولومبيا لعام 1886م و دستور فنزويال لعام 1931م و 342 دستور الصومال العام 1960م ودستور السودان لعام 1973م مثل دستور النمسا لعام 1920م ودستورها لعام 1945م والدستور االسباني لعام 1931م والدستور االيطالي العام 343 1947م والدستور السوري العام 1950م والدستور المصري لعام 1971م وتختلف الدساتير في االثر الناجم عن ق ارر المحكمة بعدم دستورية قانون ما، فبعضها يعتبرالقانون ملغيا من تاريل صدور ق ارر المحكمة بعدم دستورية القانون، مثل القانون االساسيومنها ما يعتبر القانون ملغيا من تاريل صدوره أي أن يكون االلغاء بأثر رجعي كالدستور وبعضها آالخر يقضي بعدم جواز تطبيق القانون غير الدستوري ، وفيهذه الحالة يجب أن تقوم السلطة التشريعية بإلغاء القانون أو النص الذي قضت بعدم دستوريتهوبهذا أخذ الدستور المصري لعام1971م 344ثانيا الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية )رقابة االمتناع(ً: اذا تبين لها عدم دستوريته بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة او من تلقاء نفسها،بل يمكن القول أن من ألسباب التي تدفع إلى اللجوء الى الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية وأخيرا تجدر إلشارة الى أن دساتير بعض الدول قد قررت الجمع بين طريقة الرقابة القضائية وفي النهاية ال بد من تبيان أن الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية، هي أحدى صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الواليات المتحدة ألمريكية. وأن هناك صورة أخرىللرقابة القضائية ال تقل أهمية عن طريقة الدفع الفرعي بعدم الدستورية تتمثل هذه الصور بالرقابة 354 بطريق ألمر القضائي أوامر المنع( والرقابة بطريق اال عالن القضائي أو الحكم التقرير يالرقابة القضائية على دستورية القوانين في فلسطين وال تنشأ الرقابة على دستورية القوانين إال في ظل الدساتير الجامدة ـ على خالف الدساتير المرنة به هذه القواعد الدستورية من مكانة عليا. وبالتالي يثار موضوع الرقابة على دستورية القوانين التشريعية في الدول ذات الدساتير المرنة أن للدستور, كونها تضع القواعد مخالفاتتبنى قانونا355 الدستورية مرجع سابق,352 د. محمود حلمي, المبادئ الدستورية العامة, الطبعة الثانية, القاهرة,1966م, ص77 .تكوين المحكمة الدستورية العليا 2006م وتعديالته في الفقرة ألولى على أنه:" تؤلف المحكمة من رئيس ونائب له وسبعة قضتاة،وتنعقد هيئة المحكمة من رئيس وستة قضاة على ألقتل، و تنعقد هيئة المحكمتة متن رئتيس وستتة 357 أن المحكمة الدستورية تشكل من رئيس المحكمة ونائب رئيس المحكمة وسبعة قضاةوقتتد بينتتت المتتادة )4 )متتن قت تانون المحكمت تة الدست تتورية العليتتا رقت تم )3 )لستتنة 2006م وتعديالتته,شروط تعيين أعضاء المحكمة الدستورية, ألحكتتتام قتتتانون الستتتلطة358 )القضائيةعاما1 .متصلة على ألقل.2 .رهستاء محتاكم االستتئناف الحتاليون ممتن أمضتوا فتي وظتائفهم ستبع ستنوات متصتلة علتى3 .أستاتذة القتانون الحتاليون أو الستابقون بالجامعتات الفلستطينية أو الجامعتات المعتترف بهتا فتي فلستطين ممتن أمضتوا فتي وظيفتة أستتاذ خمتس ستنوات متصتلة علتى ألقتل, أو أستتاذ أمضى عشر سنوات متصلة على ألقل. فالرقابة على دستورية القوانين تتجسد فيه, فال إلج ارءات خاصة تختلف عن االج ارءات المتبعة فيتعديل القانون العادي.وبناءالمطلب الثاني: أليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين.المطلب ألول جتاء إنشتاء المحكمتة الدستتورية العليتا فتي فلستطين استتنادا 103 )متن القتانون إلتى المتادة )ألساسي الفلستطيني المعتدل لعتام 2003م وتعديالتته التتي نصتت علتى أنته :" 1 ـ تشتكل محكمتة دستتتوريه عليتتا بقتتانون وتتتتولى النظتتر فتتي: أ ـ دستتتورية القتتوانين واللتتوائح أو التتنظم وغيرهتتا. ب ـ تفستير نصتوص القتانون ألساستي والتشتريعات. ج ـ الفصتل فتي تنتازع االختصتاص بتين الجهتات القضتائية

lakhasly.com © تم تلخيص النص بواسطة موقع لخصلي

وبتتين الجهات إلدارية ذات االختصتتاص القضتائي .356 )المحكمتتة الدستتتورية العليتا، واإلجتتراءات الواجبتتة إلتبتتاع، .سنبين في هذا المطلب كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا وذلك من خالل بيتان كيفيتة تكتوين المحامون الذين مارسوا مهنة المحاماة خمس عشرة سنة متصلة على أألقل.وأشارت المادة رقم )5 )من قانون المحكمة الدستتورية العليتا رقتم )3 )لستنة 2006م وتعديالتته أن الوطنيتة الفلستطينية بالتشتاور متع رئتيس مجلتس القضتاء أألعلتى و وزيتر العتدل, و بعتد التشتكيل علتى تنستيق ) تنستيب( متن الجمعيتة العامتة للمحكمتة الدستتورية العليتا.بناءا التشتكيل أألول للمحكمتتة الدستتتورية العليتا, و بتتد أ ألحكتامإيتضح مما سبق بأن المشرع الفلسطيني قد نظم إجراءات تعيين رئيس المحكمتة و قضتاتها بتالفقرة الثانية من المادة )5 )من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم )3 )لسنة 2006م وتعديالته. , و أو حزبيتا أو سياستيا تجاريتالعضو المحكمتة أن يتتولى أي وظيفتة أخترى, أو أن يمتارس نشتاطا فعليه االستقالة قبل حلف اليمين الدستورية القانونية(.إذا كان منتميايتضح مما تقدم بيانته أن المشترع الفلستطيني،ونظتم المشترع المصتري شتروط تعيتين أعضتاء محكمتته الدستتورية فتي المتادة )4 )متن قتانون المحكمة الدستورية العليا المعدل حيث قرر فيها بأنه ) بالمحكمتةيشتترط فتي متن يعتين عضتواأن تتوفر فيه الشروط العامة الالزمة لتولي القضاء طبقاوأال يقل سنه عن خمس وأربعين سنة ميالدية, ويكون اختياره من بين الفئات أألتية: متصال أن يصبح عضو محكمة دستورية,عمل في أعمال القانون سواء القضاء الواقف أو الجالس.الفرع الثاني متن تشتكيل المحكمتة،تعتد الجمعيتة العامتة للمحكمتة الدستتورية العليتا جتزءاالفلسطيني في قانون المحكمتة الفصتل الثالتث متن البتاب أألول الختاص بتشتكيل المحكمتة،تكوينها واختصاصاتها وكيفية عقد اجتماعاتها واتخاذ قراراتها، حيث نصت المتادة )8 )متن قتانونالمحكمتتة الدستتتورية العليتا الفلستتطيني رقتتم )3 )لستتنة 2006م وتعديالتتته علتتى أنتته :"1 ـ تؤلتتف الجمعيتتة العامتة للمحكمتة متتن جميتتع أعضتتائها، وتختتتص باإلضتافة إلتتى متتا نتتص عليتته فتتي هتتذا القتانون بوضتع نظتام داخلتي يوضتح كيفيتة النظتر فتي المستائل المتعلقتة بنظتام المحكمتة ومعتاييرالخاصتتة بهتتم كمتتا يجتتب استشتتارتهم فتتي مشتتاريع القتتوانين المتعلقتتة بالمحكمتتة قبتتل إحالتهتتا إلتتى خت تتالل شت تتهر مت تتن تت تتاريل تست تتلمها تلت تتكالمجلت تتس التشت تتريعي علت تتى أن تبت تتدي أريهت تتا بت تتذلك خطيت تتا2 ـ يجتوز للجمعيتة العامتة أن تفتوض رئتيس المحكمتة أو لجنتة متن أعضتائها فتي بعتض من اختصاصاتها بقرار يتخذ باألغلبية المطلقة".362 )أما عن اختصاصات الجمعية العامة فيمكننا إجمالها في التالي1 .ومعتتتايير الكفتتتاءة والخبتتترة الالزمتتتة فتتتي قضتتتائها وأمورهتتتا الداخليتتتة وتوزيتتتع االعمتتتال بتتتين أعضاءها وجميع الشؤون الخاصة بهم. بشت تأن مشت تاريع القت توانين المتعلقت ة بالمحكمت ة قبت تل إحالتهت تا للمجلت تسإبت تداء التت ت أري خطيت تا363 )التشريعي خالل شهر من تسلمها لتلك المش.أعضاء المحكمة العليا الحاليين.2 .ما يعادلها خمس سنوات متصلة على أألقل.3 .أستاذة القانون الحاليين والستابقين بالجامعات المصترية ممتا أمضتوا فتي وظيفتةأستاذ ثماني سنوات متصلة على أألقل.4 .المحتامين التذين اشتتغلوا امتتام محكمتتة التتنقض والمحكمتتة االداريتتة العليتتا عشتتر سنوات متصلة على أألقل(.360( بأن المشترع الفلستطيني لتم يوفتق عنتد تحديتده للفئتات التتي يعتين منهتا قضتاة المحكمتة الدستتورية،الدستتتورية رغتتم أن النيابتتة العامتتة شتتتعبة متتتن شتعب الستلطة القضتتائية وهتتي النائبتتة عتتن المجتمتتع وتمامتاوالممثلة له وتتولى تمثيل الصالح العام وتسعى لتحقيق موجبات القانون، وهي مستقلة كلياعتن الستلطة التنفيذية كالقضتاة فتال ستلطان علتيهم إال ضتمائرهمإضتافة إلتى أنته اشتترط متدة طويلة خمتس عشتر ستنة علتى أألقتل أمضتاها عضتو النيابتة فتي وظيفتة رئتيس نيابتة أو نائتب عتام وكيل نيابة، أألمر الذي يتوجب معه على المشرع ضرورة تضمين باقي أعضاء النيابة العامة من بأعضاء المحكمة العليا ومحكمة االستئناف،ضمن الفئات التي يعين منها أعضاء المحكمة أسوة واألختتذ بعتتين االعتبتتار التتدرجات العلميتتة العليتتا والحاصل عليها أعضاء النيابة.ونحن ال نتفاق ماع أصتحاب هتذا الت أري, حيتث ذهبتوا إلتى قصتر أريهتم علتى أعضتاء النيابتة, علمتابأنه استثنى قانون المحكمة الدستورية العليا رقم)3 )لسنة 2006م, قضاة محكمتة الصتلح والبدايتة.تتتولى الجمعيتتة العامتتة للمحكمتتة مباشتترة كافتتة االختصاصتتات المقتررة لمجلتتس القضتتاء أألعلى بموجب قانون السلطة القضائية بالنسبة ألعضاء المحكمة364(4 .تشكيل اللجنة الوقتية للمحكمة بقت ارر تتخذه باألغلبية المطلقة وتكتون هتذه اللجنتة برئاستةرئيس المحكمة وعضوية اثنين أو أكثتر متن أعضتاء المحكمتة، وذلتك لتتولي اختصاصتات الجمعيتة العامتة فتي المستائل العاجلتة أثنتاء العطلتة القضتائية للمحكمتة أو متا تستنده لهتتا بحتث وإقرار مشروع الموازنة المالية للمحكمة6 .إقترار متا تتخذه اللجنتة الوقتيتة متن قترارات أثنتاء العطلتة القضتائية، وهتي قترارات يجتب أن تعرض على الجمعية العامة في أول اجتماع لها واإلزال ما كان لها من أثر قانوني، وإذا عرضت على الجمعية العامة ولم تقرها

lakhasly.com © تم تلخيص النص بواسطة موقع لخصلي

بألغلبية المطلقة ازل أيضتا366 )قانوني7 . خالل شهر من تاريل تسلمها تلك المشاريع.التشريعي على أن تبدي ب أريها بذلك خطيا8 .يجوز لها أن تفوض رئيس المحكمة أو لجنة من أعضتاءها فتي بعتض متن اختصاصتاتها 367 )بقرار يتخذ بألغلبية المطلقة9 .تتولى الجمعية مباشرة كافة االختصاصات المقررة لمجلس القضاء االعلى بموجب قانون368 )السلطة القضائية بالنسبة ألعضاء المحكمة10 .تأديبية )ما عدا من شارك من أعضتائها فتي التحقيتق أو االتهتام لتصتدر بعتد ستماع دفتاعليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين إن المحكمة الدستورية تتصل بالدعوى الدستورية لبحث مدى دستورية التشريعات من خالل وقد تتحد هذه آلليات مع اختالف االجراءات المتبعة في وال بد من اإلشارة قبل الحديث عن هذه آلليات إلى أن الرقابة على دستورية القوانين قد تكون سابقة على إصدار القوانين، والتي تباشر في الفترة الفاصلة بين سن القوانين وإصدارها،ولهذا توصف بأنها وقائية من شأنها أن تحول دون إصدار القانون المخالف ألحكامالدستور372. فيقوم القاضي بالتثبت من مطابقة القانون ألحكام وفيما يلي 373 الدستورعرض آلليات اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية.أوال: الرقابة بطريق الدعوى ألاصليةوبموجبها يحق لصاحب الشأن الذي تضرر من التشريع المخالف للقواعد الدستورية وتوافر فيه شرط المصلحة بأن أصابه ضرر أو قد يصيبه بالمستقبل رفع دعوى أمام المحكمة المختصةبشكل مباشر للنظر فيه، وحتى وإن لم يطبق عليه التشريع بعد،تبين عدم دستوريته أو رفض الدعوى في خالف ذلك، دون ارتباطها بن ازع قائم أمام محكمة 374 .ويفترض هذا النوع من الوسائل وجود نص في الدستور يخول إحدى المحاكم صالحية النظر في 375 دستورية التشريعات والنتائج المترتبة عليها وقد تبنى المشرع الفلسطيني هذا النوع من الرقابة؛ حين نصت المادة ( 27 )من قانون المحكمةالدستورية على" :تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1 .372 نوار بدير, الرقابة القضائية على دستورية القوانين, سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراستات القانونيتة ( 5 /2017 )فئتة موستوعة القتاليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين آليات متنوعة تختلف من دولة ألخرى، وقد تتحد هذه آلليات مع اختالف االجراءات المتبعة في كل دولة.قد تكون سابقة على إصدار القوانين،ولهذا توصف بأنها وقائية من شأنها أن تحول دون إصدار القانون المخالف ألحكامالدستور372.وقد تكون الرقابة الحقة إلصدار التشريعات، فيقوم القاضي بالتثبت من مطابقة القانون ألحكام وهو ما تنبته أألنظمة القانونية المقارنة في هذه الدراسة )الرقابة الالحقة(. وفيما يلي 373 الدستورعرض آلليات اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية.أوال: الرقابة بطريق الدعوى ألاصليةتعد الدعوى ألاصلية دعوى قضائية قائمة بذاتها منفصلة عن غيرها من الن ازعات الموضوعية،وبموجبها يحق لصاحب الشأن الذي تضرر من التشريع المخالف للقواعد الدستورية وتوافر فيه شرط المصلحة بأن أصابه ضرر أو قد يصيبه بالمستقبل رفع دعوى أمام المحكمة المختصةبشكل مباشر للنظر فيه، وحتى وإن لم يطبق عليه التشريع بعد، وللمحكمة أن تقضي بإلغائه إذا تبين عدم دستوريته أو رفض الدعوى في خالف ذلك، دون ارتباطها بن ازع قائم أمام محكمة أخرى374 .ويفترض هذا النوع من الوسائل وجود نص في الدستور يخول إحدى المحاكم صالحية النظر في 375 دستورية التشريعات والنتائج المترتبة عليها حين نصت المادة ( 27 )من قانون المحكمةالدستورية على" :تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1 .372 نوار بدير, سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراستات القانونيتة ( 5 /2017 )فئتة موستوعة القتاعتبتر لجنتتة الشتؤون الوقتيتتة متن ضتتمن تكتتوين المحكمتة الدستتتورية العليتا، نصتتت المتتادة 11 )من قانون المحكمة الدستورية رقم )3 )لسنة 2006م بأن: "تؤلف بقرار من الجمعية العامة بألغلبية المطلقة لجنة وقتية برئاسة رئيس المحكمة وعضوية اثنين أو أكثر متن ألعضتاء تتتولي إليته الجمعيتة العامتة متن أعمتال أخترى. ويجتب عترض القت ار ارت الصتادرة عتن اللجنتة الوقتيتة أثنتاءالعطلة القضائية على الجمعية العامة فتي أول اجتمتاع وإال زال متا كتان لهتا متن أثتر قتانوني، وإذا عرضت هذه القرارات على الجمعية العامة ولم تقرهتا بألغلبيتة المطلقتة، زال متا كتان لهتا متن أثتر قانوني".قتانون المحكمتة الدستتورية المعتدل،

lakhasly.com © تم تلخيص النص بواسطة موقع لخصلي