مجلة بحوث جامعة تعز Taiz University Research Journal
العدد (43) Issue (43) TURJ
ISSN : 7848-2958 Vol. 43.pp 125-148
مارس ٢٠٢٥م March 2025م

الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم اليمنية

الباحث / عبدالرحمن يحيى عبدالرحمن أحمد المليك

قاضٍ وباحث دكتوراه في القانون العام

الملخص

أكد المشرع اليمني – الدستوري والقانوني – على رقابة دستورية القوانين، إما بتقديم دعوى مبتدئة أمام الدائرة الدستورية في المحكمة العليا ، أو الدفع بعد الدستورية أمام محكمة الموضوع ، ويتناول هذا البحث الرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريق الدفع، والتي تعني حق الخصوم في الدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية القانون أو النص القانوني المراد تطبيقه على الواقعة محل النزاع، ومن ثمَّ إحالة الدفع، بعد التأكد من جديته، إلى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا للفصل فيه، وإلّا قررت عدم قبول الدفع والسير في الخصومة الأصلية.

الكلمات المفتاحية:

التشريع اليمني، القضاء الدستوري، الدفع بعدم الدستورية، محكمة الموضوع، الدائرة الدستورية

Abstract:

The Yemeni legislator—both constitutional and legal—has affirmed the principle of constitutional review of laws, either through filing an original claim before the Constitutional Chamber of the Supreme Court or by raising a defense of unconstitutionality before the court of merits. This study examines judicial review of constitutionality through the latter method, which Abstract

refers to the right of litigants to raise an objection before the court of merits against the constitutionality of a law or legal provision intended to be applied to the facts of the dispute. If the defense is deemed serious, it must then be referred to the Constitutional Chamber of the Supreme Court for adjudication .Otherwise, the court shall reject the defense and proceed with the original case.

Keywords :

Yemeni legislation, constitutional judiciary, defense of unconstitutionality, court of merits, Constitutional Chamber

المقدمة

الدستور هو اللبنة الأولى في البناء القانوني للدولة ويتصف بالسمو ويقصد به أن تكون كافة القوانين والتشريعات الصادرة في البلد خاضعة له وملتزمة بأحكامه وبعدم الخروج عليه، فهو الذي يحدد الإطار العام للدولة ويحدد الضوابط الأساسية للحكم ومباشرة السلطات العامة لوظائفها فيجب على السلطات العامة كافة الخضوع لأحكامه باعتباره سند وجود هذه السلطات جميعا ولا يجوز لها الخروج على أحكامه أو مخالفته وإلا تخلّت عن سندها الشرعي[1]

فالدستور مجموعة القواعد القانونية التي تنظم شكل الدولة ونظامها وسلطاتها وأسسها وعادةً ما يتضمن إجراءات معينة لإصداره أو تعديله.

أمّا القانون فيقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية للدولة والتي تحكم العلاقة بين الدولة وأفراد المجتمع أو بين الأفراد أنفسهم في موضوع ما، فهي قواعد عامة ومجردة تنظم سلوك الأفراد في المجتمعات التي تعيش فيها وتحدد طبيعة ذلك السلوك فهي قواعد تطبق على الكافة بصفاتهم وعلى الوقائع المتوفرة فيها الشروط المحددة بالقاعدة بالإضافة إلى تضمنها خاصية الإلزام ولذا اقترنت بالجزاء وإلا بقيت في حدود النصيحة ولم تَعُدْ قواعد قانونية.

تعتبر السلطة التشريعية أكثر السلطات العامة تمتعاً بحرية التقدير في مباشرة اختصاصاتها والذي يفترض عليها أن تمارس اختصاصاتها في حدود الدستور الذي منحها هذا الاختصاص، كما يجب أن تسعى دائماً إلى تجسيد الإرادة العامة للشعب باعتبارها ممثلة له وأن تنأى بنفسها عن إهدار أحكام الدستور ولذا فاللازم أن تكون كل القوانين والتشريعات صادرة بالموافقة لأحكام الدستور سواء من حيث الشكل المتعلق بكيفية وطريقة إصدار القوانين أو من حيث الموضوع والمتعلق بموضوعات هذه القوانين فيجب عدم مخالفتها لأحكام الدستور بل يجب أن تنطلق منها، وهنا لابد من إيجاد ضمانة حقيقية تحمي مبدأ الدستورية وتصونه وهو ما يتجسد في صورة إيجاد هيئة قضائية مستقلة معنية بهذا الشأن تقوم بمقابلة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية مع دستور البلاد لمعرفة مدى توافقها معه والحكم بإلغائها أو الامتناع عن تطبيقها – على الأقل – حال مخالفتها له وذلك: إما عن طريق قضاء متخصص ينشأ أساساً للفصل في دستورية القوانين (محكمة دستورية) أو عن طريق القضاء العادي (محكمة عليا). وهذا ما يطلق عليه إجمالاً بالرقابة القضائية على دستورية القوانين.

حدد الدستور اليمني النافذ وتعديلاته وقانون السلطة القضائية النافذ[2] كيفية الطعن بعدم الدستورية والذي قد يكون: إما عن طريق الدعوى المبتدئة وذلك برفع دعوى عدم دستورية نص قانوني من أي شخص توفرت فيه الصفة والمصلحة بأن يكون من المخاطبين بالنص القانوني المطلوب الحكم بعدم دستوريته وذلك استقلالًا عن أي نزاع آخر، أو قد يكون عن طريق الدفع بعدم الدستورية وذلك في حالة وجود نزاع مطروح أمام قضاء الموضوع فيدفع المدعى عليه بعدم دستورية النص القانوني المراد تطبيقه على النزاع، فإذا تبيَّنت محكمة الموضوع جدية الدفع أوقفت الخصومة وأحالت الدفع إلى الجهة المختصة وهي الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا للفصل فيه شريطة أن يكون الدافع بعدم الدستورية ذا صفة ومصلحة في الدفع بعدم الدستورية[3].

باشرت الدائرة الدستورية عملها وأصدرت أول حكم لها عام 1993م[4] ثم توالت أحكام الدائرة الدستورية بالصدور إما بناءً على دعوى مبتدئة رفعت أمامها ابتداء، أو على دفوع بعدم الدستورية أُبديت أمام محاكم الموضوع بمناسبة دعاوى موضوعية منظورة أمامها ورأت محاكم الموضوع جدية هذه الدفوع وقيامها على أساس قانوني. وسيكون الدفع بعدم دستورية القانون باعتباره أحد طريقي الرقابة القضائية على دستورية القانون هو موضوع هذا البحث.

تكمن الأهمية النظرية لهذه الدراسة في معرفة الإطار العام للدفع بعدم الدستورية وذلك بمعرفة مفهومه وخصائصه وشروطه وذلك بما يمكن القراء ورجال القانون والباحثين من الاستفادة منها ويوفر لهم عناء البحث في الكتب العامة والمتخصصة. كما تظهر أيضا من خلال معرفة دور محكمة الموضوع في الدفع بعدم الدستورية وحدود سلطتها فيه.

أما الأهمية العملية لهذه الدراسة فتظهر في اثراء المكتبة القانونية للعاملين في المجال القانوني فهي تعمل على إفادة القضاة والمحامين والمشرعين في تقديم فكرة قانونية تساعدهم في أداء مهامهم فالقضاة يستفيدون منها في التصرف في حدود سلطاتهم التقديرية ونطاقها وإبراز دورهم في تكريس مفهوم الدفع بعدم الدستورية، وذلك حال نظرهم للدفوع بعدم الدستورية ، كما أنَّها تفيد المشرعين في العودة إليها حال القيام بتعديل أو إنشاء تشريعات تتعلق بفكرة الدفوع بعدم الدستورية وآثارها وكيفية ممارستها بدلا من الخوض في غمار الكتب القانونية ذات الصلة بموضوع البحث وهو ما يعمل على توفير الوقت والجهد الثمينين لهم .

تتعلق إشكالية البحث بالإطار العام للدفع بعدم دستورية القوانين بالإضافة إلى مسألة دور محكمة الموضوع تجاه الدفع بعدم الدستورية. فما المفهوم القانوني للدفع بعدم الدستورية؟ وما مفهوم القانون الذي يمكن الدفع بعدم دستوريته وما أوجه مخالفة القانون للدستور؟ وما الخصائص التي يتمتع بها الدفع بعدم الدستورية؟ وما الشروط اللازمة للقول بحصوله؟ وما دور محكمة الموضوع في الدفع بعدم الدستورية وحدود سلطتها فيه؟

المبحث الأول

الإطار العام للدفع بعدم الدستورية

إنَّ دراسة الإطار العام للدفع بعدم الدستورية تقتضي بيان مفهومه وذلك ببيان تعريف الدفع بعدم الدستورية وكذا بيان القانون الذي يمكن أن يكون محلاً للدفع بعدم الدستورية وكذا بيان أوجه عدم الدستورية، بالإضافة إلى بيان الخصائص التي يتمتع بها الدفع بعدم الدستورية، وكذا شروط الدفع بعدم الدستورية وسنتناول كل ذلك في مطلبين نخصص الأول لبيان مفهوم الدفع بعدم الدستورية أمَّا الثاني فسيكون لبيان شروط الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الأول

مفهوم الدفع بعدم الدستورية

إنَّ بيان مفهوم الدفع بعد الدستورية يقتضي بيان تعريف الدفع بعدم الدستورية وكذا بيان القانون الذي يمكن أن يكون محلاً للدفع بعدم الدستورية وكذا بيان أوجه عدم الدستورية بالإضافة إلى بيان الخصائص التي يتمتع بها الدفع بعدم الدستورية وسنتناول ذلك في فرعين نخصص الأول لتعريف الدفع بعدم الدستورية، أمّا الثاني لبيان خصائص الدفع بعدم الدستورية.

الفرع الأول

تعريف الدفع بعدم دستورية القانون

إنَّ تعريف الدفع بعدم الدستورية يعني بيان معنى الدفع بعدم الدستورية، وبيان القانون محل الدفع بعدم الدستورية، بالإضافة إلى بيان أوجه مخالفة القانون للدستور وسنتناول ذلك تباعاً على النحو التالي:

أولاً: تعريف الدفع بعدم الدستورية

الدفع بعدم دستورية القانون هو إحدى وسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين ويشكل مع الدعوى المباشرة (المبتدئة) وسيلتي رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين وفقا للدستور اليمني النافذ وكذا قانون السلطة القضائية اليمني النافذ رقم (1) لسنة 1991م.

فهو طريقة يستخدمها أحد المتقاضين بهدف منع محكمة الموضوع المنظور أمامها النزاع من تطبيق قانون محدد لمخالفته لأحكام الدستور[5].

ثانياً: تعريف القانون محل الدفع بعدم دستورية

لا يقتصر القانون على مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة الصادرة عن السلطة التشريعية بل يشمل كذلك القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية، ولذا فالقانون الذي يمكن الدفع بعدم دستوريته هو مجموعه القواعد القانونية العامة والمجردة سواء صدرت عن السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية باعتبار أنّ مخالفتها للدستور وارد في القواعد الصادرة عن كلتا السلطتين[6].

ثالثاً: أوجه مخالفة القانون للدستور

مخالفة القانون للدستور قد تكون شكلية وقد تكون موضوعية فالمخالفة الشكلية تتمثل بعدم الاختصاص كأن يقوم مجلس النواب بإصدار تشريع بعد انتهاء فترته الدستورية أو بإصدار تشريع في مواضيع منع الدستور إصدار تشريعات بشأنها، أو قيام رئيس الجمهورية بإصدار تشريع بناءً على تفويض – في الدساتير التي تجيز ذلك – ولكن بعد انتهاء التفويض، أو حتى بدون إصدار تفويض من البرلمان يجيز له ذلك، أو بدون نص دستوري يخوِّل البرلمان تفويض رئيس الجمهورية بإصدار تشريعات.

كما أنّ مخالفة القانون للدستور قد تكون من حيث الشكل كأن يصدر البرلمان قانوناً دون أنّ يتم التصويت عليه أو بناءً على تصويت لم يتوفر فيه النصاب المطلوب أو بناءً على تشريع مقترح من غير عضو مجلس النواب أو الحكومة، أو غيرها من المتطلبات الشكلية التي اشترط الدستور صدور القانون بالموافقة معها.

أمَّا المخالفات الموضوعية فتتمثل في مخالفة القانون للدستور في القيود الموضوعية المتمثلة بالمخالفة للعمومية والتجريد كأن يصدر قانون كي يتم تطبيقه على فرد معين من الناس، أو يصدر قانون في مسائل منع الدستور التشريع فيها من حيث المبدأ أو كان يسمح بالتشريع فيها ولكن وفقاً لضوابط معينة فتمّ انتهاك هذه الضوابط أو كان الغرض من التشريع هو شيء آخر غير المصلحة العامة. كما أن مخالفة القانون للدستور قد تكون بخروج التشريع على روح الدستور فالدستور قد وضعت قواعده بما يلبي احتياجات المجتمع وكذلك القانون، فيجب أن يكون موافقاً للدستور في غايته والمتمثلة بالمصلحة العامة وعدم الخروج عليها.

الفرع الثاني

خصائص الدفع بعدم الدستورية

يتميز الدفع بعدم الدستورية بعدد من الخصائص فهو وسيلة يستخدمها الدافع دفاعاً عن نفسه، كما أنَّه حق للخصوم يستخدمونه متى أرادو ذاك ورأوا استفادتهم منه ، بالإضافة إلى أنَّه متعلق بالنظام العام، وسنتناول هذه الخصائص تباعاً على النحو التالي:

أولاً الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاعية

الدفع بعدم الدستورية هو وسيلة دفاعية يتوقى بها الدافع تطبيق قانون مدفوع بعدم دستوريته عليه، فالدافع يدافع عن نفسه بالدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع، وهذا على خلاف الدعوى المباشرة فهي وسيلة هجومية يقصد بها المدعي مهاجمة قانون يرى عدم دستوريته دون أن يكون هناك نزاع منظور أمام القضاء[7].

ثانياً الدفع بعدم الدستورية حق للخصوم

ومعنى ذلك أنَّه يحق للخصوم أن يتقدموا أمام محكمة الموضوع بالدفوع التي يرونها منتجة في تسيير الخصومة في صالحهم ومن تلك الدفوع الدفع بعدم الدستورية فهو حق للمدعى عليه أن يتقدم أمام محكمة الموضوع وبمناسبة قضية منظورة أمامها بدفع بعدم دستورية النص القانوني المراد تطبيقه على الواقعة محل النزاع ، وهذا الدفع خاص بطرفي النزاع في الخصومة الأصلية دون الغير الذي لا يستطيع الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع ما لم يكن طرفاً في الخصومة الموضوعية فإذا أصرَّ على الدفع بعدم الدستورية دون أن يكون طرفاً في الخصومة الأصلية فإنَّ محكمة الموضوع تقضي بعدم قبول الدفع لعدم الصفة وليس لعدم قيام سببه إذ أنَّها – في هذه الحالة – لم تناقش الدفع من حيث الموضوع بل من حيث الشكل وقررت عدم قبوله لانعدام صفة مقدمه في تقديمه ، وللدافع في هذه الحالة التقدم بدعوى مبتدئة (مباشرة) بعدم دستورية النص المراد الدفع بعدم دستوريته شريطة أن يكون ذا صفة ومصلحة في ذلك[8].

ولمّا كانت الدفوع بعدم الدستورية حقاً للخصوم يقدمونها متى رأوا ذلك فما هي المحكمة التي يقدم الدفع بعدم الدستورية أمامها؟ وما هي المحكمة المختصة بالفصل فيه؟

أمّا بالنسبة للمحكمة التي يقدم الدفع بعدم الدستورية أمامها فإنّه ولمّا كان الدفع بعدم الدستورية من الدفوع المتعلقة بالنظام العام ولذلك فيجوز تقديمه في أي مرحلة من مراحل التقاضي ، فيجوز تقديمه أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف أو أمام المحكمة العليا ، كما يجوز تقديمه في أية حالة تكون عليها الخصومة ما لم تكن قد حجزت للحكم ، ومع ذلك فإذا كان الدفع بعدم الدستورية قد أثير أمام محكمة الموضوع ولم تلتفت إليه وتبين من خلال الاطلاع على الدفع

ومستنداته أنّه قائم على أساس من القانون، فلها فتح باب المرافعة، وإحالة الأوراق إلى الدائرة الدستورية للفصل بالدفع . وهذا ما يراه بعض فقهاء القضاء الدستوري اليمني إذ أنَّ ذلك أولى من إعمال النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته والقول بغير ذلك فيه تناقض مع منطق العدالة[9]، غير أنّ الباحث يرى عدم جواز ذلك خصوصاً وأنّ قيام الدائرة المختصة بالمحكمة العليا بذلك وإحالة الأوراق إلى الدائرة الدستورية للفصل فيه يعني إحالة تلك الدائرة للخصومة إلى الدائرة الدستورية للفصل فيها وهذا مخالف لطرق اتصال الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بالخصومة الدستورية والمحدد بطريقتين لا ثالث لهما وهما على سبيل الحصر : طريق الدعوى المبتدئة، وطريق الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة

الموضوع، دون طريق الإحالة من محكمة الموضوع خصوصا وأنَّ الدائرة الدستورية قد قضت بعدم جواز تصدي محكمة الموضوع للنزاع الدستوري وإحالة الأوراق الى الدائرة الدستورية من تلقاء نفسها.

ومما جاء في قضاء الدائرة الدستورية بهذا الخصوص قولها ((....هذا وحيث إنَّ الظاهر أنَّ المحكمة الابتدائية قد تصدت من تلقاء نفسها لما أثير أمامها واعتبرته دفعا بعدم الدستورية، ولم تكلف الدافع تقديم دفعه، ولم تكلف نفسها عناء ذكر المادة المطعون بعدم دستوريتها رقماً ،ومضموناً وقد توهمت أنّ من حقها إثارة الدفع طبقا للمادة (186/ 7) مرافعات، وهذا توهم مغلوط فالخطاب الوارد في المادة المذكورة يتجه إلى الخصوم الذين من حقهم التمسك بتقديم الدفع بعدم الدستورية، فالمحكمة لا تثير الدفع من تلقاء نفسها ولكنها تتلقاه من الخصوم فتعمل صلاحياتها في تقدير مدى أنه قائم على أساس، أمَّا انه لم يكن هناك دفع قد تقدم به من يتمسك به من الخصوم فإنَّه سيتعذر على الدائرة أن تعمل نظرها إذ أنَّه لا ثمَّت دفع قدم أصلاً، ولم تجد الدائرة في محاضر جلسات المحكمة ما يمكن من خلالها اعتبار ما جاء في المحاضر دفعا مكتملة شروطه وأركانه المقررة قانوناً ....))[10]

كما قضت أيضاً في هذا الخصوص بقولها ((.....إن الدستور في المادة (153) ومن بعده قانون السلطة القضائية في المادة (19) قد حددا طريقين لا ثالث لهما لإثارة مسألة عدم الدستورية وهما: طريق الدعوى المبتدئة أمام الدائرة الدستورية في المحكمة العليا، وطريق الدفع أمام محكمة الموضوع، ولم ينص القانون والدستور على حق المحاكم في التصدي أو الإحالة من تلقاء نفسها كما تسمح به بعض التشريعات العربية ، ومن ثم فإنَّ اتكاء قاضي الموضوع على إثارة مسألة الدستورية بالتصدي لها من تلقاء نفسه مخالف لما نص عليه الدستور المادة (153) وقانون السلطة القضائية المادة (19).....))[11]

ويقدم الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم بمختلف درجاتها، كما يقدم أمام المحاكم النوعية سواء كانت جزائية، أم تجارية، أم إدارية، أو غيرها من المحاكم المتخصصة[12].

ولا يتقيد الدفع بعدم الدستورية بمدة محددة فيجوز تقديمه في أي وقت، ما لم يتمَّ إقفال باب المرافعة.

أمَّا المحكمة المختصة بالفصل في الدفع بعدم الدستورية فقد اختلفت النظم القضائية في بيان المحكمة المختصة بالفصل بعدم دستورية القانون على نظامين:

النظام الأول: يرى هذا النظام أنَّ الفصل في الدفع بعدم دستورية القانون ينعقد للمحكمة المختصة بنظر الدعوى الموضوعية، وتطبيقاً لذلك إذا استطاع الدافع بعدم دستورية القانون إثبات دفعه بعدم الدستورية كان على محكمة الموضوع الامتناع عن تطبيق القانون فقط دون الحكم بعدم دستوريته لأنَّها لا تملك ذلك، وحكمها هذا لا يقيدها في قضية أخرى، ولا يقيد غيرها من المحاكم الأخرى، حيث يستطيع شخص آخر الدفع بعدم دستورية ذات النص أمام ذات المحكمة

أو أمام محكمة أخرى دون أن يستطيع الطرف الاخر التعلُّل بسبق الفصل فيه[13].

النظام الثاني: ويرى هذا النظام أنَّ الفصل في الدفع بعدم دستورية القانون ينعقد لمحكمة متخصصة تفصل فيه، وهذه المحكمة قد تكون محكمة دستورية وقد تكون دائرة دستورية في إطار دوائر المحكمة العليا، وذلك بعد أن يقدم الدافع بعدم دستورية القانون دفعه أمام محكمة الموضوع، وترى محكمة الموضوع قيامه على أساس، وتحيله إلى المحكمة المختصة للفصل فيه[14].

وهذا ما عليه النظام القضائي اليمني وفقاً لنص المادة (186 / 7) مرافعات

ويتميز هذا النظام بأنّه يعمل على توحيد الأحكام الدستورية، ويكون حجة على الكافة سواء كان بقبول الدفع أم برفضه، فإن كان بقبول الدفع فستحكم بعدم دستورية النص أو القانون محل الدفع، وسيكون الحكم حجة على الكافّة، وإن كان الحكم برفض الدفع فهذا الحكم أيضاً يكون ذا حجية مطلقة، ويتحصن القانون أو النص القانوني محل الدفع[15]، ولم يعُد ممكناً الطعن في دستورية هذا النص أو القانون مستقبلا لا بطريق الدفع ولا بطريق الدعوى المبتدئة.

ثالثاً الدفع بعدم الدستورية متعلق بالنظام العام

لقد اختلف فقهاء القانون في مسألة تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام من عدمه على رأيين:

الرأي الأول: يرى بأنَّ الدفع بعدم الدستورية ليس من النظام العام، وتطبيقاً لذلك لا يجوز إثارته أمام المحكمة العليا بل تجب إثارته أمام محكمة الموضوع.

الرأي الثاني: يرى بأنّ الدفع بعدم الدستورية هو دفع يتعلق بالنظام العام، فالنظام العام هو فكرة متعلقة بمصلحة عليا في المجتمع، ونصوص الدستور – وبما لها من السمو والعلو على سائر نصوص القانون – هي في حقيقتها تتعلق بقيم المجتمع العليا أياً كانت هذه القيم سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية، أو متعلقة بالعدالة، ولذا فمن الطبيعي أن يكون الدفع بعدم الدستورية متعلق بالنظام العام.

وهذا ما سار عليه قانون المرافعات اليمني النافذ، حيث قرر بأنّ الدفع بعدم دستورية القانون من النظام العام[16]

موقف القضاء الدستوري اليمني من ذلك

لقد قرر القضاء الدستوري اليمني وجوب إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل الخصم دون أن تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها، حيث قالت الدائرة الدستورية في هذا ((....وغنيٌ عن البيان أنّ الدفع بعدم الدستورية لا يتصور إثارته إلا من خصم في مواجهة من يتمسك بقرينة الدستورية، على خلاف الدعوى المبتدئة، كما أنّ المادة (١٧٩) مرافعات قد عرفت الدفع بصفة عامة (أنّه دعوى يبديها المدعي عليه أو الطاعن) أي أنّ الدفع هو وسيلة إجرائية يقررها المشرع للخصوم وليس للمحكمة...)) وأضافت الدائرة ((.....بأنّ المخاطب بتقديم الدفع هو الخصم وليس المحكمة لأنّ الدفع هو "دعوى"

كما هو معروف ولذا قررت المادة (١٨٠) مرافعات أنَّ على الدافع أن يبين وقائعه وأحواله وأدلته والوجه القانوني الذي يستدل عليه، فإذا كان الدفع متعلقاً بالنظام العام فعلى المحكمة إرجاء السير في الدعوى الأصلية، والنظر في الدفع على نحو ما يسير في الدعوى الاصلية، والفصل فيه استقلالا بحكم مسبب فيكون ما جاء في حيثيات الحكم بأنّ قول المادة (١٨٥) مرافعات أنَّ تعلق الأمر بدفع متعلق بالنظام العام "أن تقضي به" أي "أن تثير الدفع" ولم تقل "أن تقضي فيه هو تعلل عليل فلا ينصرف لفظ: " أن تقضي به أن تثير المحكمة الدفع من تلقاء نفسها إطلاقا، وإنما ينصرف اللفظ إلى أن تقضي به إن تبين لها ذلك، وإلا كيف يفسر قول المشرع في المادة (١٨٠) مرافعات (فاذا كان الدفع متعلقا بالنظام العام فعلى المحكمة الفصل فيه استقلالا بحكم مسبب). وأما تبرير المحكمة لإثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسها دون دفع من الخصوم على سند من قولها أن طلب التصدي بتحريك الدعوى الجزائية ضد من لم يشملهم قرار الاتهام هو جوهر الدفع بعدم دستوريه قانون الحصانة رقم (1) لسنة ٢٠١٢م الذي تحرج طالبو التصدي عن الافصاح بالدفع بعدم الدستورية، فهذا التبرير هو تبرير واهٍ لا من حيث إنَّه مبني على بحث في النوايا فحسب، بل لأنه يقوم على تعطيل لأحكام المادة (١٨٠) مرافعات التي أوجبت على الدافع أن يبين وقائع دفعه وأحواله وأدلته والوجه القانوني الذي يستند إليه ...إلخ، وبعلة قائمة على مجرد الافتراض كما يتضمن تعطيلاً لحكم الفقرة (٧) من المادة (١٨٦) مرافعات إذ كيف سيتسنى للمحكمة أن تعمل نظرها في الدفع بعدم الدستورية بحيث ترى أنه قائم على أساس في حين أن لا ثمت دفع قدم أمامها أصلاً.....ولمّا أنّ الثابت أنّ الدستور في المادة (١٥٣/أ) منه قد حدد طريقين للرقابة على دستورية التشريعات لا ثالث لهما: هما طريق الدعوى والدفع، وفصلت الفقرة (٧) من المادة (١٨٦) مرافعات الاجراءات التي تتبع بشأن الدفع بعدم الدستورية، ولثبوت صدور القرار المرفق بمذكرة القاضي الجزائي بالطلب المذكور دون ولاية ، ولأنّ الانحراف في استخدام الوسائل الاجرائية لا ينتج سوى انعدام العمل الاجرائي، فكل ذلك يقطع بعدم تحقق اتصال الدائرة الدستورية بمسمى الدفع المثار من المحكمة من تلقاء نفسها بعدم الدستورية اتصالا صحيحا وفقا للقانون ...))[17]

ويفهم من خلال الحكم الدستوري سالف الذكر، وما استندت إليه الدائرة الدستورية من تسبيبات أنَّ الدائرة الدستورية لا ترى الدفع بعدم الدستورية متعلقاً بالنظام العام.

المطلب الثاني

شروط الدفع بعدم الدستورية

الدفع بعدم الدستورية هو إحدى طريقتي الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وله محددات وضوابط معينة يلزم القول بوجودها وتوفرها حتى يستطيع الدافع استخدام حقه القانوني المتمثل بالدفع بعدم دستورية القانون، فالدفع بعدم الدستورية يكون بمناسبة نزاع منظور أمام القضاء الموضوعي، ولا يرفعه إلا من لحقه ضرر شخصي من تطبيق النص القانوني المخالف للدستور[18]، إذ يلزم للدفع بعدم دستورية القانون أن يكون بمناسبة نزاع منظور أمام القضاء ومتصلاً به ،

بالإضافة إلى قيام الدفع على أساس وسنتناول هذين الشرطين في فرعين يتعلق الأول باتصال النص المدفوع بعدم دستوريته بالنزاع الموضوعي، الثاني بقيام الدفع بعدم الدستورية على أساس.

الفرع الأول

اتصال النص المدفوع بعدم دستوريته بالنزاع الموضوعي

لم يشترط القانون أن يكون النص المدفوع بعدم دستوريته متصلاً بموضوع النزاع، ولم يشترط كذلك أن يكون لازماً للفصل فيه أو مرتبطا به، إلا أنّه من البداهة أنَّ ذلك مأخوذ بالاعتبار أثناء قيام قاضي الموضوع بتقدير قيام الدفع على أساس، باعتبار أنَّ الخصومة المنظورة أمام قاضي الموضوع أصلاً هي خصومة موضوعية، ولمَّا كان أحد الخصوم يدفع بعدم دستورية نص تشريعي يراد تطبيقه على محل النزاع فمن الطبيعي والبديهي أن يكون هذا النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته متصلاً بمحل النزاع، أو يلزم الفصل فيه للفصل بمحل النزاع، فمسألة الدستورية من عدمها هي مسألة أولية يلزم الفصل فيها ابتداءً حتى يتم الفصل في الخصومة الموضوعية، ولا يختص بالفصل فيها القضاء الموضوعي، بل يكون الفصل فيها من اختصاص القضاء الدستوري[19]، وما دون ذلك فللدافع التقدم بدعوى مبتدئة بعدم الدستورية للنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته دون أن يواجه ذلك بدفع بعدم الدستورية.

موقف القضاء الدستوري اليمني من ذلك

لقد قرر القضاء الدستوري اليمني أنَّ طريق الدفع بعدم الدستورية تكون عند وجود نزاع منظور أمام القضاء وبمناسبته حيث قال ((.....- إنّ الدستور في المادة 153 فقره (أ) وكذا المادة(19) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 1991م قد تحددت بهما وسيلتان إجرائيتان للرقابة على الدستورية هما: طريق الدعوى المبتدئة وطريق الدفع الفرعي. وفصَّلت المادة(186/ 7) ما يتبع عند الدفع بعدم الدستورية وتحقق قيامه على أساس أن تقوم تلك المحكمة بإيقاف نظر الخصومة، والرفع الى الدائرة الدستورية للفصل فيه ...الخ وليس من غريب القول أن لكل منهما نطاق وأثر مختلف، بل الغريب في القول بتناوبهما، فعندما يتعلق الأمر بنزاع منظور أمام القضاء وكان أحد الخصوم مخاطب بتشريع ما يقدر أنّه مشوب بعوار دستوري له وجاهته، فإنّه لا يواجه ذلك بدعوى مبتدئة بعدم دستوريته، بل عن طريق الدفع الذي يتقدم به مباشرة أمام المحكمة التي تنظر ذلك النزاع موضوعا.

إنَّ سلوك الرقابة على الدستورية عن طريق الدفع هو بحسب طبيعته الذي قد ينتج أثره على النزاع الموضوعي إن أفلح المتقدم به في تجريح المشروعية الدستورية للتشريع المدفوع بعدم دستوريته، أمّا الدعوى المبتدئة بعدم الدستورية فهي طريق آخر للرقابة على الدستورية فلا يرتبط وجوداً وعدما بنزاع منظور أمام القضاء يتعلق بتشريع يرغب المدعي فيه توقي تطبيق ذلك التشريع في مواجهته بمناسبة نظر ذلك النزاع القائم فعلا ....))[20]

الفرع الثاني

قيام الدفع على أساس

بعد أن يقوم الدافع بتقديم دفعه وأسانيده لمحكمة الموضوع، ويقوم الطرف الآخر بالرد عليه تقرر المحكمة الفصل بالدفع، وحينها تقوم بتمحيص الدفع وأدلته والردِّ عليه، فإن رأت جديته وذلك بوجود أسباب معقولة له ترجح عدم دستوريته، أو تثير شكاً يمكن تفسيره في إطار عدم الدستورية[21]، فهذا يعني قيام الدفع على أساس، فالأساس هو ما يقوم عليه الشيء فهو قاعدته التي يتكئ عليها، ومعنى الأساس في هذه الحالة هو وجود نص تشريعي متصل بمحل النزاع، ولازم للفصل فيه لاحتوائه على شبهة وقوعه في حومة المخالفة لنصٍ دستوريٍ ، فإذا توفر ذلك كان الدفع قائماً على أساس ، وحينها تقرر محكمة الموضوع قبول الدفع بعدم الدستورية ، ووقف الخصومة الأصلية، وإحالة الدفع والأوراق المتعلقة به إلى الدائرة الدستورية للفصل فيه مصحوبة بطلب من محكمة الموضوع يتضمن الفصل في دستورية القانون ، وهذا ما قررته الدائرة الدستورية حيث قررت ذلك بقولها((..... وقد انفرد المشرع اليمني في تنظيم الدفع بعدم الدستورية بهذه الأحكام حيث تحسَّب لما قد يثار من دفوع كيدية تحت هذه الوسيلة الإجرائية، فأناط بالمحكمة سلطة تقدير مدى جدية الدفع، فإن هي رأت ذلك أوقفت نظر الخصومة ورفعت أوراق الدفع الى الدائرة الدستورية، أما إن هي قدَّرت عدم ترجح قيامه كأن تكون الاسباب التي أقيم عليها لا تحمله مثلا فإنّها تقرر رفضه وتسير في نظر النزاع مغلبة قرينة الدستورية، وقد تقضي على مقدمه بالغرامة إن قصد به الكيد وإطالة أمد التقاضي، فالأصل أنّ القوانين تصدر مقترنة بقرينة الدستورية فعبئ الاثبات يقع على ما يدعي خلافها ، أما إن توصلت إلى ترجح شائبة عدم الدستورية فإنَّ القانون قد أوجب عليها إيقاف نظر الخصومة لحين الفصل في مسألة الدستورية من الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا وهي المختصة دون غيرها، وقد تضمنت الفقرة الثامنة من المادة (186) مرافعات إجراءات الدفع بعدم الدستورية، والمواعيد المتصلة به باعتبارها أشكالاً جوهرية تغيّأ المشرع إيرادها حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية، غير أنَّ المشرع اليمني قد تميز عن غيره فيما سنّه من التشريعات من حيث إنَّه اعتمد نظام الإحالة الآلية، فأناط بالمحكمة أن ترفع الاوراق المتعلقة بالدفع الى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا مباشرة خلال ثلاثين يوماً من تأريخ قرارها بوقف نظر الخصومة، ولم يسلك المشرع اليمني وما سلكه غيره في مسألة الدفع بعدم الدستورية فلا يتعدى هناك دور المحكمة إن هي قدرت جدية الدفع سوى أن تصرح لمقدمه برفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية وملزمة إياه بتقديم الدعوى في الموعد الذي يحدده المشرع ذاته، فإن تراخى في تقديم تلك الدعوى اعتبر الدفع كأن لم يكن.....))[22]

ويعتبر قيام الدافع بتحديد النص الدستوري وتحديد وجه مخالفة النص القانوني للنص الدستوري أحد اعتبارات قيام الدفع على أساس من عدمه، وهذا ما قضت به الدائرة الدستورية حيث قررت ذلك بقولها ((.....وقد جرى قضاء الدائرة

الدستورية في شأن الدفوع التي تقدم بعدم دستورية نص تشريعي أنّه مما يعلم من النص القانوني المادة (186/ 7) مرافعات بالضرورة وبداهة أن يعمل القاضي سلطته التقديرية بالتأكد أنّ الدفع قائم على أساس إنْ قام الدافع بإثبات مخالفة النص الطعين للنص الدستوري أو القاعدة الدستورية وذلك لدحض قرينة الدستورية، أمّا أنْ يدفع بعدم دستورية النص المخاطب به الدافع دون تحديد للنص الدستوري أو القاعدة الدستورية محل المخالفة فضلاً عن عناء وإثبات وجه المخالفة، فإنّه يقطع بعدم تحري مدى جدية الدفع وقيامه على أساس أصلاً كما تطلبه نص المادة (186/ 7) مرافعات وأضحى قضاءً لا يجد سنداً له في الأوراق .....))[23]

ويعتبر تقدير قيام الدفع على أساس من عدمه أمراً خاصاً بمحكمة الموضوع وسلطة تقديرية لها لتقرير ذلك من عدمه.

أمّا إذا رأت عدم وجاهة الدفع فتقرر عدم قبول الدفع لا رفضه لأنَّ رفض الدفع يعتبر حكماً في الموضوع، وبهذا يحوز حجية الأمر المقضي، ويؤدي الى تحصين النص محل الدفع وعدم جواز الادعاء أو الدفع بعدم دستوريته مستقبلا وهذا الاختصاص معقود للدائرة الدستورية لا لمحكمة الموضوع[24].

ولمّا كان التشريع اليمني لا ينفرد بإجراءات محددة خاصَّة بالدعوى الدستورية فإنَّه يتم تطبيق نصوص قانون المرافعات على الدعوى الدستورية وبالقدر الذي يتفق معها ويحفظ خصوصيتها، باعتبار قانون المرافعات هو القانون الإجرائي العام الذي يطبق على الدعوى القضائية إجرائياً بشكل عام.

فيما يتعلق بأثر الحكم الصادر بعدم دستورية القانون، فالأصل في الأحكام القضائية أنّها ذات حجية نسبية إلا في الأحكام الدستورية فإنّها ذات حجية مطلقة تسري على الكافّة منذ نشر الحكم في الجريدة الرسمية، وقد نصت المادة (234) مرافعات على ذلك بقولها (تقتصر حجية الأحكام على أطراف الخصومة وموضوعها وسببها ويستثنى من ذلك الأحكام الآتية لكونها ذات حجية مطلقة وهي: (1- الأحكام الصادرة بعدم دستورية القوانين،...)

المبحث الثاني

دور محكمة الموضوع في الدفع بعدم الدستورية

بعد أن يقوم الدافع بتقديم دفعه أمام محكمة الموضوع ويرد عليه الطرف الآخر يقوم قاضي الموضوع بنظر الدفع وتمحيصه ثمَّ الفصل فيه والذي لا يخلو أن يكون: إمَّا بقيام الدفع على أساس أو بعدم قيام الدفع على أساس وسنتناول ذلك في مطلبين نخصص الأول لقيام الدفع على أساس أمَّا الثاني فسيكون لعدم قيام الدفع على أساس وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

الدفع بعدم الدستورية قائم على أساس

إذا قررت محكمة الموضوع قيام الدفع على أساس، وجب عليها وقف الخصومة الأصلية ، ورفع الأوراق المتعلقة بالدفع إلى الدائرة الدستورية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ قرارها بوقف نظر الخصومة، وعلى الدائرة الدستورية الفصل فيه خلال سبعين يوماً تبدأ من تاريخ وصول الأوراق إلى المحكمة العليا ، ونتناول وقف الخصومة الأصلية، ومن ثم رفع الاوراق المتعلقة بالدفع الى الدائرة الدستورية للفصل فيه.

الفرع الأول

وقف الخصومة الأصلية

بعد أن يقوم الدافع بتقديم دفعه أمام محكمة الموضوع، ويرد عليه الطرف الآخر يقوم قاضي الموضوع بنظر الدفع وتمحيصه، فإنّ رأى قيامه على أسباب وجيهة تصلح أن تكون سنداً للحكم بعدم الدستورية فإنّه يقرر وقف السير في الخصومة الأصلية، ورفع الأوراق إلى الدائرة الدستورية[25]، وهذا الوقف هو وقف تعليقي معناه عدم السير في الخصومة ما دام الحكم فيها متوقف على الحكم في مسألة أولية تخرج عن اختصاص محكمة الموضوع ، فالفصل في مسألة دستورية النص محل الدفع بعدم الدستورية من عدمه هو مسألة أولية لتطبيق ذلك النص على النزاع الموضوعي من عدمه ، ولذا فإنّ وقف الخصومة الأصلية في هذه الحالة يستمر حتى زوال السبب الذي صدر لأجله قرار وقف الخصومة وهو هنا دستورية النص من عدمه فيستمر الوقف حتى تقوم الدائرة الدستورية بالفصل في الدفع بعدم الدستورية[26].

وتضل الخصومة موقوفة طالما لم تفصل الدائرة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية إلا أنّ المشرع قد أوجب على الدائرة الدستورية الفصل فيه خلال سبعين يوماً من تاريخ وصول الأوراق إلى المحكمة العليا باعتبار أنّ هناك خصومة متوقفة على الفصل في الدفع بعدم الدستورية، وذلك حثاً منه على سرعة الفصل في الدفع بعدم الدستورية ، وقرار وقف الخصومة على النحو السالف بيانه هو قرار وجوبي على محكمة الموضوع اتخاذه ، وهو قرار غير منهٍ للخصومة ، ولكن هل يجوز استئناف قرار محكمة الموضوع بوقف الخصومة في الدفع بعدم الدستورية ؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإنّنا نقول بأنّ قرار محكمة الموضوع بقيام الدفع على أساس، ووقف الخصومة الأصلية، ورفع الدفع إلى الدائرة الدستورية للفصل فيه، هو قرار غير منهٍ للخصومة والأصل أنَّ الاحكام غير المنهية للخصومة لا يجوز استئنافها وفقاً لنص المادة (274) مرافعات والتي تنص على (لا يجوز الطعن في ما أصدرته المحكمة من أحكام غير

منهية للخصومة أثناء سيرها إلا بعد صدور الحكم المنهي لها كلها عدا ما يلي: (ما أصدرته المحكمة من أحكام بوقف الخصومة .....).

الا أنَّ ذات المادة استثنت من ذلك الاحكام المتعلقة بوقف الخصومة فإنّه يجوز استئنافها وقد اختلف الفقه في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: يرى بأنّ قرار محكمة الموضوع بوقف الخصومة هو قرار يجوز استئنافه وفقاً لنص المادة(274) مرافعات السابق ذكرها ، فهذا النص قد استثنى أحكام الوقف من عموم نص المادة وأجاز الطعن عليها، ويدخل في ذلك حكم محكمة الموضوع بوقف الخصومة حتى الفصل في المسألة الدستورية فيجوز الطعن فيه استقلالاً عملاً بالاستثناء الوارد في الفقرة الأولى من نص المادة(274) مرافعات.

الرأي الثاني: يرى هذا الرأي بأنّ قرار محكمة الموضوع بوقف الخصومة هو قرار غير منهٍ للخصومة، ولا يجوز استئنافه عملاً بالأصل الوارد في صدر المادة(274) مرافعات دون النظر الى الاستثناء الوارد في الفقرة الأولى من ذات المادة والذي يجيز الطعن في الحكم بوقف الخصومة ولو لم يكن منهياً للخصومة والسبب في ذلك هو ما تتمتع به الدعوى الدستورية من خصوصية على سائر الدعاوى ، بالإضافة الى ما ورد في نص المادة (186/ 7) مرافعات والتي رتبت عليه وقف الخصومة ورفع الاوراق بناء على قيام الدفع على أساس، فهذا النص قد قرر حكماً خاصاً لحالة الوقف التعليقي بسبب قبول الدفع وإحالة الاوراق الى الدائرة الدستورية للفصل فيه وهذا ما يجب أن يسري عليه دون الاستثناء الوارد في صدر المادة (274) مرافعات وإلا فقد الدفع بعدم الدستورية أهميته العملية.

قررت الدائرة الدستورية عدم جواز الطعن في قرار محكمة الموضوع بقيام الدفع على أساس وإحالته إلى الدائرة الدستورية للفصل فيه وذلك بقولها ((..... ومن المعلوم أنَّ قرار رفع الأوراق إلى الدائرة الدستورية هو قرار في مسألة أولية يتوقف الفصل فيها على الفصل في المسألة الأصلية موضوع الدعوى الاصلية ومن ثمَّ فإنَّ قرار وقف الخصومة ورفع الأوراق إلى الدائرة الدستورية يجب التوقف عنده والمبادرة إلى رفع الأوراق المتعلقة بالدفع إلى الدائرة الدستورية في المحكمة العليا بمجرد توافر القناعة لدى قاضي الموضوع أنَّ الدفع قائم على أساس وهذا القرار غير قابل للطعن عليه أمام المحكمة الاعلى بالطرق المعتادة فالمادة (186/ 7) مرافعات قد قررت حكماً خاصاً بالإجراءات الواجب اتباعها متى أثير دفع بعدم الدستورية وقررت محكمة الموضوع أنَّه قائم على أساس وذلك بالقيام بإجرائين : الأول وقف الخصومة والثاني رفع الأوراق المتعلقة بالدفع إلى الدائرة الدستورية ، فعدم المبادرة الى رفع الأوراق المتعلقة بالدفع الى الدائرة الدستورية وكذا قابلية القرار للطعن عليه كل ذلك فيه تعطيل للمادة (186/ 7) وإنكار لدور محكمة الموضوع في رفع الاوراق وحق الدائرة الدستورية في الفصل في الدفع خلال سبعين يوما....))[27]

الفرع الثاني

رفع الأوراق المتعلقة بالدفع الى الدائرة الدستورية للفصل فيه

بعد أن تقرر محكمة الموضوع قيام الدفع على أساس، ووقف الخصومة الأصلية بحسب ما تمّ سابقا، فإنّها تقرر رفع الأوراق المتعلقة بالدفع إلى المحكمة العليا (الدائرة الدستورية) بنفسها دون الاتكال على الاطراف في ذلك كي لا يتقاعسوا عنه ولا دور للأطراف هنا في هذه المرحلة إلا بعد أنّ يصل الدفع وأوراقه إلى الدائرة الدستورية وتعلنهم بذلك ، وهذا يعني أنَّ الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محكمة الموضوع ومتعلقاته هو الذي ستتصل به الدائرة الدستورية وتفصل فيه. ولكن هل يجوز للدافع تغيير أوتعديل في دفعه سواء بإضافة نصوص قانونية يرى عدم دستوريتها أو إضافة أسباب أخرى لعدم الدستورية غير الأسباب التي تمّ الاستناد إليها أمام محكمة الموضوع ؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإنّه لا يجوز للدافع تغيير الاسانيد القانونية التي بنى عليها دفعه وبنت عليها محكمة الموضوع قرارها بقيام الدفع على أساس ووقف الخصومة ورفع الأوراق للمحكمة العليا (الدائرة الدستورية)

وهذا ما قضت به الدائرة الدستورية التزاماً بالأثر الناقل للدفع حيث قررت ذلك بقولها ((....ومن المستقر عليه في قضاء هذه الدائرة بالنسبة للدفوع بعدم الدستورية أنَّه حيث كان اتصال هذه الدائرة بالدفع ، بما قدمه الدافع أمام تلك المحكمة ، فإنّه يتعين على هذه الدائرة فضلاً عن خصوم الدفع التقيد بما حواه الدافع ألفاظاً ومعنى ومبنى وأسانيد ونطاقاً المتضمنة في أوراقه الذي قدرت المحكمة المحيلة – بحسب ما تراءى لها – أنه قائم على أساس فقررت رفع أوراقه إلى الدائرة الدستورية و أوقفت نظر الخصومة المنظورة أمامها مما يرتب التفات هذه الدائرة ولو من تلقاء نفسها عما يجاوز ذلك الدفع التزاما منها بالأثر الناقل للدفع ، وبالبناء على ما سبق فإنّه لا وجه لقبول ما تقدم به القاضي المذكور أمام هذه الدائرة ممثلة برئيسها من عريضة مكتوبة لتفصيل مبنى وأسانيد دفعه الشفوي بعدم الدستورية أمام الدائرة الادارية بُعيد أن كانت الأخيرة قد تولَّت في جلستها العلنية النطق بالحكم في نفس يوم تقديمه عريضة الدفع التفصيلية فيكون ما أثاره ممثلو وزارة الشؤون القانونية بعدم اتصال الدائرة الدستورية بمسمى دفعه وفقا للإجراءات التي رسمها القانون في محله ويتعين عدم قبوله شكلا ....))[28] وقررت في موضع آخر ((.....كما أنَّ من مترتبات نظام الإحالة الآلية الذي قرره المشرع اليمني أنَّ المحكمة العليا (الدائرة الدستورية) بالمحكمة العليا تلتزم الدفع المبدى أمام محكمة الموضوع الذي رؤي جديته نطاقاً و ألفاظاً ومبنى وأسانيد ويترتب على اختيار المشرع اليمني نظام الإحالة الآلية للدفع بعدم الدستورية أن يتحدد نطاقه أمام هذه الدائرة بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام قاضي الموضوع .....))[29] وقررت في موضع ثالث ((.....أمّا المشرع اليمني فقد رسم وفقاً للفقرة (8) من المادة (186) مرافعات تخوم الدفع بعدم الدستورية كما أسلفنا ، وحدد اجراءاته والمواعيد المتعلقة به وبالتالي فإنّ ولاية هذه الدائرة في الفصل في الدفوع بعدم الدستورية لا تقوم الا

باتصالها بهذه الدفوع اتصالا مطابقا للأوضاع المقررة في هذه المادة ، واتصال هذه الدائرة بالدفوع بعدم الدستورية مقصور على إحالة أوراقه اليها من المحكمة التي تنظر الخصومة وهو ما يعرف في الفقه الدستوري بنظام الإحالة الآلية للدفع كما ان من مترتبات

نظام الإحالة الالية الذي قرره المشرع اليمني أنّ المحكمة العليا ((الدائرة الدستورية)) تلتزم الدفع المبدى أمام محكمة الموضوع الذي رؤي جديته نطاقا والفاظاً ومبنى وأسانيد ويترتب على اختيار المشرع اليمني نظام الإحالة للدفع بعدم الدستورية أن يتحدد نطاقه أمام هذه الدائرة بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي اثير أمام القاضي الموضوع ويترتب على اتصال الدفع بالدائرة الدستورية إثر صدور قرار المحكمة برفع أوراق الطعن الى الدائرة الدستورية تربص المحكمة لحكم

الدائرة وبقاء موضوع النزاع قائما عند الفصل في الدعوى الدستورية والا فقد الحكم الصادر من الدائرة جدواه في نزاع لم يعد قائما لأنه لم يعد هناك ثمت موضوع يمكن إنزال قضاء الدائرة الدستورية عليه وهو ما كان يتوخاه مقدم الدفع بعدم الدستورية .....))[30]

وقد أوجب القانون رفع الدفع إلى المحكمة العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التقرير بوقف الخصومة وأوجب على الدائرة الدستورية الفصل فيه خلال سبعين يوماً من تاريخ وصول الأوراق إليها وليس من تاريخ انتهاء الثلاثين يوماً ، وبذلك فإنّه يكون قد راعى احتمال تأخر الأوراق ، وقد حدد القانون مدة السبعين يوماً للفصل في الدفع بعدم الدستورية باعتبار أنّ هناك خصومة أخرى موضوعية متوقفة على الفصل في الدفع بعدم الدستورية ومن غير المقبول تعليق الفصل في المسألة الموضوعية على الفصل في الدفع بعدم الدستورية دون تحديد ذلك بفترة محددة ، بالإضافة الى وجوب معرفة ما ستنتهي اليه الدائرة الدستورية من دستورية أو عدم دستورية النص المدفوع بعدم دستوريته ، وعلى نحو لا يحتمل التأخير ، ولمّا كان القانون لم يرتب جزاء على عدم رفع الاوراق خلال ثلاثين يوما من تاريخ التقرير بوقف الخصومة ولا الفصل بالدفع بعدم الدستورية خلال سبعين يوماً من تاريخ وصول الأوراق الى المحكمة العليا فإنّ هذان الميعادان هما ميعادان تنظيميان.

ولكن هل يعتبر قرار محكمة الموضوع بقيام الدفع على أساس ، ووقف الخصومة وإعادة الاوراق الى الدائرة الدستورية تقريراً بانعقاد الاختصاص للدائرة الدستورية أم أنّ الدائرة الدستورية تنظر في اختصاصها من عدمه بنفسها ؟

والجواب على هذا التساؤل هو أنّ تقرير محكمة الموضوع بإحالة الدفع الى الدائرة الدستورية ليس ملزماً للدائرة الدستورية بالفصل فيه، بل إنّ مسألة اختصاص الدائرة الدستورية من عدمه هو أمر خاص بها تقرره بناء على تمحيص للدفع وأدلته وتطابقه مع الدعوى الدستورية من عدمه وذلك بالمخالفة لما تقوم به محكمة الموضوع من استظهار وترجيح للدفع إذ أنّ تقرير اختصاص الدائرة الدستورية من عدمه هو قضاء معقود للدائرة الدستورية ولا تزاحمها فيه محكمة

الموضوع، وهذا ما قضت به الدائرة الدستورية حيث نصت على ذلك بقولها ((.....فالفصل في الدستورية من عدمها هو اختصاص هذه الدائرة قرره الدستور وفصلته القوانين وهي وحدها التي تملك الحكم في توافر اختصاصها من عدمه بقضاء تقيمه على أساس تمحيص الدفع وأدلته وماهيته وتوافر شرائطه وانطباقه مع القواعد العامة للدعوى الدستورية خلافا لما تقوم به محكمة

الموضوع من مجرد استظهار ترجيح قيامه على أساس يقبل الخطأ والصواب، كما أن تقرير اختصاص الدائرة من عدمه هو قضاء لا تملكه محكمة الموضوع ولا تزاحم الدائرة الدستورية فيه.....))[31]

المطلب الثاني

الدفع بعدم الدستورية غير قائم على أساس

إذا رأت محكمة الموضوع عدم وجاهة الدفع وعدم قيامه على أساس، فإنها تلتفت عنه ولا توقف الخصومة بل تستمر في الدعوى وبهذا فإنها تقرر عدم قبول الدفع لا رفضه وإذا قررت عدم قبول الدفع فإنَّها لا شك ستسير في إجراءات القضية حتى الفصل فيها[32].

وتقضي المحكمة بعدم قبول الدفع لا برفضه لأنَّ رفض الدفع يعتبر حكماً في الموضوع وبهذا يحوز حجية الأمر المقضي ويؤدي الى تحصين النص محل الدفع وعدم جواز الادعاء أو الدفع بعدم دستوريته مستقبلا وهذا الاختصاص معقود للدائرة الدستورية لا لمحكمة الموضوع[33].

وهذا ما قضت به الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في أكثر من موضع فقد قررت ذلك في موضع بقولها ((....وقد انفرد المشرع اليمني في تنظيم الدفع بعدم الدستورية بهذه الأحكام حيث تحسب لما قد يثار من دفوع كيدية تحت هذه الوسيلة الاجرائية فأناط بالمحكمة سلطة تقدير مدى جدية الدفع فإن هي رأت ذلك أوقفت نظر الخصومة ورفعت أوراق الدفع الى الدائرة الدستورية أما إن هي قدرت عدم ترجح قيامه كأن تكون الاسباب التي أقيم عليها لا تحمله مثلا فإنّها تقرر رفضه وتسير في نظر النزاع مغلبةً قرينة الدستورية وقد تقضي على مقدمه بالغرامة ان قصد به الكيد وإطالة أمد التقاضي فالأصل أنّ القوانين تصدر مقترنة بقرينة الدستورية فعبئ الاثبات يقع على ما يدعي خلافها...))[34] وقررت ذلك في موضع آخر بقولها ((.....أمَّا إن كان قرار محكمة الموضوع أنَّ الدفع غير قائم على أساس فلا مندوحة أن تسير في اجراءات نظر النزاع والفصل فيه .....))[35]

الخاتمة

تناول البحث مفهوم الدفع بعدم الدستورية، ومفهوم القانون الذي يكون محلاً للدفع بعدم الدستورية، وكذا خصائص وشروط الدفع بعدم الدستورية، بالإضافة إلى دور محكمة الموضوع في الدفع بعدم الدستورية، وقد تمَّ التوصل من خلال هذا العرض إلى النتائج الاتية:

– لقد حددا الدستور النافذ وقانون السلطة القضائية طريقين لا ثالث لهما لإثارة مسألة عدم الدستورية وهما طريق الدعوى المبتدئة (المباشرة) أمام الدائرة الدستورية في المحكمة العليا، وطريق الدفع أمام محكمة الموضوع، دون طريقتي حق المحاكم في التصدي أو الإحالة من تلقاء نفسها كما تسمح به بعض التشريعات العربية.

– الدفع بعدم دستورية القانون أمام محكمة الموضوع هو إحدى طريقتي اتصال الدائرة الدستورية بالنزاع الدستوري دستورياً وقانونياً.

–الدفع بعدم دستورية القانون هو وسيلة دفاعية يستخدمها أحد طرفي النزاع (الدافع) بقصد عدم تطبيق النص محل الدفع بعدم الدستورية على نزاع مطروح أمام القضاء.

–الدفع بعدم دستورية القانون يعني تعارض نص قانوني مع نص دستوري تسمو نصوصه على سائر القوانين ، لا تعارض نصين قانونيين بمرتبة واحدة أدنى من الدستور.

–القانون محل الدفع بعدم الدستورية هو القانون بمفهومه العام، وهو مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة الصادرة عن السلطتين التشريعية (القوانين) والتنفيذية (اللوائح) ولا يقتصر على القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية فحسب.

–الدفع بعدم دستورية القانون ليس محدداً بمدة معينة، فيستطيع الدافع الدفع بعدم دستورية القانون متى أراد ذلك.

–الدفع بعدم دستورية القانون وإن كان من النظام العام إلا أنَّ محكمة الموضوع لا تتصدى له من تلقاء نفسها، بل تجب إثارته من قبل الدافع وإلَّا كان مآله عدم القبول لمخالفته لطرق اتصال الدائرة الدستورية بالنزاع الدستوري.

–على الدافع تقديم دفعه مكتوباً إلى محكمة الموضوع مبيناً فيه أوجه الدفع وأسانيده ثمَّ يقوم الطرف الآخر بالرد عليه، وحينها تقرر المحكمة الفصل بالدفع.

– تقوم محكمة الموضوع بتمحيص الدفع وأدلته والردّ عليه بحسب ما يتراءى لها، فإن رأت قيامه على أساس قررت قبول الدفع، ووقف السير في الخصومة الأصلية ،وإحالة الدفع إلى الدائرة الدستورية للفصل فيه.

– أمّا إذا رأت عدم قيام الدفع على أساس فتقرر عدم قبول الدفع، والسير في الخصومة الأصلية حتى الفصل فيها ، ولا تقرر رفض الدفع لأنَّ رفضه يعتبر حكماً في الموضوع، وبهذا يحوز حجية الأمر المقضي، ويؤدي الى تحصين النص محل الدفع، وعدم جواز الادعاء أو الدفع بعدم دستوريته مستقبلا.

ومن هذه النتائج يمكن التأكيد على الآتي:

– أن يكون سبب قيام الدافع بدفعه هو وجود مخالفة حقيقية للدستور دون أن يكون غرضه من دفعه هو الكيد، وإطالة أمد التقاضي.

– أن يكون هدف الدفع بعدم دستورية القانون هو تنقية التشريعات غير الدستورية من مخالفتها للدستور عملاً بمبدأ السمو الدستوري على سائر القوانين.

الهوامش

[1] عادل حميد الصلوي ، محاضرات في النظم السياسية والقانون الدستوري ، 2016م – 2017م ص72

[2] نصت المادة (16) من قانون السلطة القضائية النافذ على اختصاص الدائرة الدستورية بقوله :

تفصل الدائرة الدستورية فيما يلي – :

ا: الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والانظمة والقرارات ، وذلك بطريق الفصل في الطعون التي ترفع اليها بعدم دستورية القوانين واللوائح والانظمة والقرارات سواء عن طريق الدعوى المبتدأة او الدفع .

ب :الفصل في الطعون الانتخابية .

ج :محاكمة المتهمين من شاغلي وظائف السلطات العليا.

[3] يوسف هزاع الوافي ، الرقابة القضائية الدستورية في اليمن ، مقال منشور في المجلة القضائية العدد الثاني نوفمبر 2012 عدد الصفحات ثمان.

[4] عصام عبد الرهاب السماوي ، محاضرات في القضاء الدستوري ، المحاضرة الثانية ، ص 1 بدون رقم وتأريخ طبع.

[5] أفقر فضيلة ، الدفع بعدم دستورية القوانين أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الجزائر لنيل درجة الدكتوراه ، 2022– 2023م ص 29.

[6] سعيد خالد جباري الشرعبي ، الموجز في أصول قانون القضاء المدني ، دراسة في أساسيات قانون المرافعات اليمني رقم (40) لسنة 2002م مكتبة ومركز الصادق ، صنعاء ، الطبعة الثالثة 2003م 2004م ص 364

[7] أفقر فضيلة ، مصدر سابق ص 33.

[8] عصام عبد الوهاب السماوي، الدعوى الدستورية في القانون اليمني والقانون المصري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، 2013م ص 243

[9] عصام السماوي ، الدعوى الدستورية ، مصدر السابق ، ص 244

[10] القرار الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية في الدفع بعدم الدستورية بتأريخ 26 / 2 / 2014م.

[11] القرار الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية في الدفع بعدم الدستورية بتأريخ 26 / 2 / 2014م

[12] عصام السماوي ، الدعوى الدستورية ، مصدر السابق ، ص 244

[13] سعيد خالد جباري الشرعبي ، مصدر سابق ، ص 365

[14] سعيد خالد جباري الشرعبي ، مصدر سابق ، ص 365

[15] سعيد خالد جباري الشرعبي ، مصدر سابق ، ص 366

نصت المادة (186) من قانون المرافعات على ذلك بقولها (تعتبر من النظام العام الدفوع التالية:–....

7 – الدفع بعدم دستورية القانون وفي هذه الحالة إذا رأت المحكمة أن الدفع قائم على أساس أوقفت نظر الخصومة ورفعت الأوراق المتعلقة بالدفع إلى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ قرارها بوقف نظر الخصومة وعلى الدائرة الدستورية الفصل فيه خلال مدة أقصاها سبعون يوماً تبدأ من تاريخ وصول الأوراق إلى المحكمة العليا.)

[17] القرار الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 16 / 2 / 2013م في الإحالة المرفوعة إليها من قاضي محكمة غرب الأمانة بشأن تحقيق دستورية قانون الحصانة رقم (1) لسنة 2012م

[18] محمد محمد الدرة ' عادل حميد الصلوي ، القضاء الدستوري المقارن ، مقال منشور في مجلة البحوث القضائية العدد 8 سبتمبر 2008م ص57

[19] أحمد مليجي ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع ، مطبوعات لجنة الفكر القانوني بنقابة المحامين ، الطبعة الثالثة 2010 – 2011م ص 43.

[20] الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية في الدفع بعدم الدستورية بتأريخ 25 / 2 / 2009م

[21] بلال نورة ، سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية ، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد 3 ، المجلد 13، 2021م ص 107

[22] الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 23 / 12 / 2014م في الدعوى بعدم دستورية عدد من مواد قانون العمل رقم (5) لسنة 1995م.

[23] القرار الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 2 / 3 / 2013م في الإحالة من الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا اليمنية بشأن الدفعين بعدم الدستورية.

[24] سعيد خالد جباري الشرعبي ، مصدر سابق ، ص 366.

[25] عادل حميد الصلوي ، محاصرات في القضاء الدستوري ، 2019 2020م ص 52.

[26] عصام عبدالوهاب السماوي ، مصدر سابق ، ص 246.

[27] القرار الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية في الدفع بعدم الدستورية بتأريخ 26 / 2 / 2014م.

[28] القرار الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 2 / 3 / 2013م في الإحالة من الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا اليمنية بشأن الدفعين بعدم الدستورية.

[29] الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 23 / 12 / 2014م في الدعوى بعدم دستورية عدد من مواد قانون العمل رقم (5) لسنة 1995م.

[30] الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 23 / 12 / 2014م في الدعوى بعدم دستورية عدد من مواد قانون العمل رقم (5) لسنة 1995م.

[31] الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية في الفصل بالدفع بعدم الدستورية بتأريخ 16 / 1 / 2008م.

[32] عصام عبدالوهاب السماوي ، وقف الخصومة في قانون المرافعات اليمني ، المطبعة القضائية ، اليمن صنعاء 2004م ص177.

[33] سعيد خالد جباري الشرعبي ، مصدر سابق ، ص 366.

[34] الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 23 / 12 / 2014م في الدعوى بعدم دستورية عدد من مواد قانون العمل رقم (5) لسنة 1995م.

[35] الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 23 / 12 / 2014م في الدعوى بعدم دستورية عدد من مواد قانون العمل رقم (5) لسنة 1995م.

قائمة المراجع

أولاً الكتب

- أحمد مليجي، ركود الخصومة المدنية بسبب الشطب أو الوقف أو الانقطاع ، مطبوعات لجنة الفكر القانوني بنقابة المحامين ، الطبعة الثالثة 2010 – 2011م
- سعيد خالد جباري الشرعبي ، الموجز في أصول قانون القضاء المدني ، دراسة في أساسيات قانون المرافعات اليمني رقم (40) لسنة 2002م مكتبة ومركز الصادق ، صنعاء ، الطبعة الثالثة 2003م 2004م
- عادل حميد الصلوي ، محاضرات في النظم السياسية والقانون الدستوري ، 2016م – 2017م
- عادل حميد الصلوي ، محاضرات في القضاء الدستوري ، 2019 – 2020م
- عصام عبد الوهاب السماوي ، محاضرات في القضاء الدستوري ، المحاضرة الثانية ، ص 1 بدون رقم وتأريخ طبع
- عصام عبد الوهاب السماوي ، الدعوى الدستورية في القانون اليمني والقانون المصري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، 2013م دون دار نشر.
- عصام عبدالوهاب السماوي ، وقف الخصومة في قانون المرافعات اليمني ، المطبعة القضائية ، اليمن ، صنعاء 2004م

ثانيا رسائل الماجستير والدكتوراه

- أفقر فضيلة ، الدفع بعدم دستورية القوانين أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الجزائر لنيل درجة الدكتوراه ، 2022- 2023م.

ثالثاً المقالات

- بلال نورة ، سلطة قاضي الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية ، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد 3 ، المجلد 13، 2021م.
- محمد محمد الدرة ، عادل حميد الصلوي ، القضاء الدستوري المقارن ، مقال منشور في مجلة البحوث القضائية ، اليمن ، العدد 8 سبتمبر 2008م.
- يوسف هزاع الوافي ، الرقابة القضائية الدستورية في اليمن ، مقال منشور في المجلة القضائية ، اليمن ، العدد الثاني نوفمبر 2012 عدد الصفحات ثمان.

رابعاً التشريعات

- الدستور اليمني النافذ وتعديلاته
- قانون السلطة القضائية اليمني النافذ رقم (1) لسنة 1991م وتعديلاته

- قانون المرافعات والتنفيذ اليمني النافذ رقم (40) لسنة 2002م وتعديلاته

خامساً الأحكام والقرارات القضائية

- القرار الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية في الدفع بعدم الدستورية بتأريخ 26 / 2 / 2014م.
- القرار الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 16 / 2 / 2013م في الإحالة المرفوعة إليها من قاضي محكمة غرب الأمانة بشأن تحقيق دستورية قانون الحصانة رقم (1) لسنة 2012م.
- الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية في الدفع بعدم الدستورية بتأريخ 25 / 2 / 2009م.
- الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 23 / 12 / 2014م في الدعوى بعدم دستورية عدد من مواد قانون العمل رقم (5) لسنة 1995م.
- القرار الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية بتأريخ 2 / 3 / 2013م في الإحالة من الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا اليمنية بشأن الدفعين بعدم الدستورية.
- الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا اليمنية في الفصل بالدفع بعدم الدستورية بتأريخ 16 / 1 / 2008م.