

مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه

إنّ من أهم النتائج التي تترتب على مبدأ المشروعية أو سيادة القانون أو الدولة القانونية هي مراعاة مبدأ تدرج القواعد القانونية، أي وجوب التزام القابضين على السلطة بالسير وفقاً لهذا المبدأ، فهو يفيد خضوع القاعدة القانونية الأدنى إلى القاعدة القانونية الأعلى منها في الهرم القانوني للدولة، والقواعد التي تحتل رأس هذا الهرم هي القواعد الدستورية، لذا لا يجوز إصدار أي قواعد قانونية تخالف مضمون القواعد الدستوري، هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب وضع طرق معينة تكفل احترام القواعد الدستورية، وهذا ما سنبجته هنا ولذا سنقسم مبحثنا هذا إلى مطلبين نتعرض في الأول لبيان مضمون هذا المبدأ ونخصص الثاني لبحث كفالة احترامه.

المطلب الأول

مبدأ سمو الدستور

يعني مبدأ سمو الدستور أنّ القواعد الدستورية تأتي على قمة هرم القواعد القانونية الشكلية والموضوعية، فتعلو على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، ممّا يعني أنّ أي قانون تصدره الدولة يجب أن لا يكون مخالفاً للدستور فإذا ما صدرت قوانين تتعارض في نصوصها أو روحها أو أهدافها مع أحكام الدستور، كانت الغلبة أو الأرجحية للدستور، هذا من جهة، ومن أخرى إنّ أي سلطة من سلطات الدولة لا يمكن لها أن تمارس إلا السلطة التي حولها الدستور ممارستها وبالحدود التي رسمها لها، وبما تقدّم من معنى مبدأ سمو الدستور يظهر جلياً أنّ هذا المبدأ يرسم لشرعية سلطات الدولة وكذلك مشروعية الأعمال الصادرة عنها، فهو يعلو على الحكام لأنهم يخضعون له في نشاطهم عند ممارستهم للسلطة، كما أنّ الدستور يعلو على ما يضعه الحكام من قواعد قانونية عند ممارستهم للسلطة، ويمكن القول بشكل موجز أنّ الدستور يعلو على الحكام ويعلو على قوانين الحكام.

ولسمو الدستور هذا مظهران موضوعي وآخر شكلي ولذا يقال إنّ سمو الدستور ينقسم إلى قسمين رئيسيين الأول هو سمو الموضوعي للدستور، والثاني هو سمو الشكلي له، ويتعلق سمو الموضوعي بالجانب المضموني للقواعد الدستورية، أمّا سمو الشكلي فإنّه فيتعلق بالجانب الإجرائي للدستور أي يتعلّق بإجراءات تعديل القواعد الدستورية، وسنتعرض لبيان كل منهما بالإضافة إلى ما يرد من استثناء على مبدأ سمو الدستور.

الفرع الأول

السمو الموضوعي للدستور

تقدّم أنّ سمو الموضوعي للدستور يتعلّق بالجانب المضموني له، أي يتعلّق بمحتوى ومضمون القواعد الدستورية والموضوعات التي يُنظّمها، فيتحقّق هذا المبدأ ويمنح القواعد الدستورية الأعلوية على غيرها من القواعد القانونية من الناحية الموضوعية، ذلك أنّ الدستور هو الأصل والمصدر لأي نشاط من الأنشطة القانونية في الدولة، وللسمو الموضوعي مظهران:

المظهر الأول: تحديد الفكرة القانونية السائدة في الدولة

بمعنى أن الدستور يتولى وضع فكرة القانون التي تمثل الإطار القانوني العام لجميع أوجه النشاط القانوني في الدولة عن طريق تحديد الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية العامة التي يجب أن تعمل في نطاقها وجوه النشاط المختلفة في الدولة، ولا يجوز لأي نشاط أن يخالف ذلك الإطار القانوني العام وإلا فإن النشاط المخالف يُعد باطلاً.

المظهر الثاني: إنشاء السلطات وتحديد اختصاصاتها

إنَّ السبب في كون الدستور يُمثّل السند الشرعي للسلطات يكمن في أنه هو الذي أنشأها وحدد لكل منها اختصاصاتها بل ورسم علاقاتها مع بعضها، ومن هنا يجب على هذه السلطات أن تخضع بشكل تام للدستور وتتقيد بأحكامه في جميع ما يصدر عنها من نشاطات، أمّا إذا صدر عنها ما يخالفه فإنّها بذلك تفقد سندها الشرعي وتهدم الأساس الذي قامت عليه.

ويؤدي السمو الموضوعي إلى نتيجتين:

الأولى: تدعيم وتوسيع مبدأ المشروعية، فهو يوجب خضوع الحكام والمحكومين لأحكامه، كما أنه يوجب خضوع جميع التشريعات (الاعتيادية والفرعية) في الدولة لأحكامه أيضاً.

الثانية: تحريم التفويض في الاختصاصات التي منحها الدستور، فالسلطات تمارس الاختصاصات التي منحها لها الدستور وبهذا فهي تمارس وظيفة تحددها النصوص الدستورية وتبيّن شروطها وكل ما يتعلق بها، وهذا يعني أنّها لا تمارس حقاً شخصياً عند ممارسة اختصاصاتها، ولذا لا تستطيع تفويض اختصاصاتها هذه (كلاً أو جزءاً) لغيرها إلا إذا أباح لها الدستور التفويض بنص خاص.

الفرع الثاني

السمو الشكلي للدستور

لا يتعلق السمو الشكلي بمضمون القاعدة الدستورية وإنما يتعلق بأشكال وإجراءات تعديلها، ويتحقق السمو الشكلي للدستور إذا كان تعديله يتطلب أشكال وإجراءات خاصة تختلف عن أشكال وإجراءات تعديل القوانين الاعتيادية، وعادة ما تنص الدساتير على أشكال وإجراءات تعديلها، فيجب اتباعها لتعديلها، أمّا إذا لم ينصّ الدستور على تلك الأشكال والإجراءات فيجب اتباع أشكال وإجراءات وضعه وذلك تطبيقاً لقاعدة توازي الأشكال والإجراءات.

ولا يقف السمو الشكلي للدستور عند نصوص دستورية معينة وإنما يمتد ليشمل كافة النصوص الدستورية بغض النظر عن طبيعتها ومضمونها، والأمثلة على السمو الشكلي للدساتير كثيرة منها ما حدده دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) من إجراءات واجبة الاتباع لتعديل النصوص الدستورية في الأحوال الاعتيادية، وهي تختلف عن إجراءات تعديل نصوص القوانين الاعتيادية، فقد تطلّب تعديل الدستور تقديم مقترح التعديل من إحدى جهتين إما أن يتم تقديمه من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين، أو يقدّم من خمس أعضاء مجلس النواب، ويجب أن يوافق على مقترح تعديل الدستور ثلثاً أعضاء مجلس النواب، ثم يُعرض المقترح التعديل على الشعب في استفتاء عام، ويجب أن يحصل على موافقة الشعب في هذا الاستفتاء، وبعد ذلك يجب مصادقة رئيس الجمهورية عليه خلال سبعة أيام، أمّا الإجراء الأخير لتحقيق التعديل ودخوله حيّز التنفيذ هو نشره في الجريدة الرسمية.

ففيما رسمه الدستور من إجراءات لتعديله تختلف عن تلك المتبعة لتعديل نصوص القوانين الاعتيادية، وهذا الاختلاف هو الذي يضيف على الدستور السمو الشكلي ويضع قواعده في مركز أسمى من مركز القوانين الاعتيادية، بل هو الذي يؤدي إلى التفرقة بين القواعد الدستورية وقواعد القوانين الاعتيادية، وهو الذي يضع القواعد الدستورية على رأس الهرم القانوني في الدولة، ويجعل كل القواعد القانونية الأخرى دونها في المرتبة ويمتنع عليها مخالفة أي قاعدة دستورية.

ومما تقدّم يظهر أنّ هناك اختلافاً بين القوانين الدستورية والقوانين الاعتيادية، ويمكن أن نميّز بينهما من جهتين:

١ - الاختلاف بينهما من حيث الموضوع: تقدّم أنّ القواعد الدستورية تقوم بعملية إنشاء وتنظيم السلطات العامة في الدولة، فتمنحها اختصاصاتها وتحدد علاقاتها بعضها ببعض الآخر، بالإضافة إلى تنظيمها لحقوق الأفراد وحرّياتهم والمحافظة عليها، كما ويحمل الدستور في طياته الفكرة القانونية السائدة في الدولة، أمّا القوانين الاعتيادية فهي تقوم بمعالجة موضوعات أخرى غير تلك التي يعالجها الدستور، فنقل في أهميتها وخطورتها عنها (باستثناء القوانين الأساسية).

٢ - الاختلاف بينهما من حيث الشكل: بمعنى الاختلاف بينهما من حيث إجراءات الوضع والتعديل، فالدساتير لا تُعدّل إلاّ بإتباع أشكال وإجراءات معينة تختلف عن الأشكال والإجراءات المتبعة في تعديل القوانين الاعتيادية.

وتترتب على الاختلاف بين القوانين الدستورية والقوانين الاعتيادية نتائج عدّة، يمكن إجمالها فيما يأتي:

أ - ثبات القوانين الدستورية نسبياً:

فعند مقارنة القوانين الدستورية بالقوانين الاعتيادية نجد أنّ الأولى أكثر استقراراً وثباتاً من الثانية، والسبب في ذلك يعود إلى ما يتطلبه تعديل القوانين الدستورية من أشكال وإجراءات خاصة ومعقدة بخلاف ما يشوب تعديل القوانين الاعتيادية من سهولة وبساطة في الأشكال والإجراءات.

ب - عدم جواز إلغاء القوانين الدستورية إلاّ بقوانين دستورية مثلها:

أي أنّ القوانين الدستورية لا يمكن تعديلها إلاّ بقوانين دستورية جديدة، وعلى هذا لا يمكن القيام بتعديل القوانين الدستورية بقوانين اعتيادية.

ج - منع تعارض القوانين الاعتيادية مع القوانين الدستورية:

لأنّ القوانين الدستورية في مركز أعلى من القوانين الاعتيادية، يجب أن لا تصدر القوانين الاعتيادية إلاّ في نطاق ما تتضمّنه القوانين الدستورية من قواعد وأحكام، لذا يجب عدم المساس بجميع القواعد التي يتضمّنها الدستور كحقوق الأفراد وحرّياتهم، فإذا لم تلتزم السلطة التشريعية بذلك وأصدرت قوانين (اعتيادية) خالفت فيها القوانين الدستورية فإنّ هذه القوانين تكون باطلة.

الفرع الثالث

الاستثناء الذي يرد على مبدأ سمو الدستور

(نظرية الضرورة)

كل ما تقدّم من البحث في مبدأ سمو الدستور وأعلويته ووجوب الالتزام بقواعده كان ينظر إلى الظروف الاعتيادية، وهناك ظروف أخرى قد تتعرض لها الدولة وهي الظروف الاستثنائية، فهل إنّ مبدأ سمو الدستور يجري في مثل هذه الظروف أيضاً؟

إنّ الظروف الاستثنائية التي قد تعصف بالدولة والتي من شأنها المساس بكيانها وبالسلامة العامة للمجتمع، قد لا تتناسب مع صدور الأعمال على وفق مبدأ سمو الدستور، وهو مبدأ الظروف الاعتيادية، إذ قد تمسّ الحاجة إلى اتخاذ تدابير وإجراءات استثنائية تتناسب والظرف الاستثنائي، وهذا ما يبيح عدم تفعيل مبدأ سمو الدستور في الظروف الاستثنائية عندما تحتم الضرورة ذلك، وعلينا أن نتذكر دائماً أنّ كل النظريات والمبادئ الدستورية إنّما وردت من أجل تحقيق سلامة المجتمع، فإذا تعارضت سلامة المجتمع مع القانون فإنّ الذي يُقدّم هنا وتكون الأولوية له هو سلامة المجتمع، وهذا ما أفادته القاعدة الرومانية القديمة التي تقول أنّ سلامة المجتمع فوق القانون.

ومن هنا يتضح أنّ في الحالات الاستثنائية تقوم الضرورة على منح إحدى هيئات الدولة الصلاحية في معالجة هذه الحالة وإن تطلّب ذلك تعليق بعض أو كل نصوص الدستور، وقد تسمح لها بممارسة اختصاصات سلطة أخرى.

وما ينبغي الانتباه إليه هنا هو أنّ الهيئة الحاكمة في الظروف الاستثنائية لا تقوم بالخروج على مبدأ المشروعية بإطاره العام عند ممارسة عملها على وفق ما تقتضيه نظرية الظروف الاستثنائية، لأنّه في مثل هذه الظروف تحلّ مشروعية استثنائية محلّ المشروعية الاعتيادية، بل إنّ مواجهة الهيئة الحاكمة للظروف الاستثنائية تأتي وفقاً للنصوص الدستورية، ذلك أنّ الدساتير عادة ما تُنظّم الهيئات العامة في الظروف الاستثنائية وتمنح بعضها سلطات واختصاصات أوسع من تلك التي تمنحها لها في الظروف الاعتيادية كما فعل ذلك دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).

ولكن ما هي طبيعة نظرية الضرورة هذه؟ هل هي نظرية سياسية؟ أم أنّها نظرية قانونية؟ في الحقيقة وقع الاختلاف في الجواب عن هذه الأسئلة ونشأ اتجاهان، وسنبين كلا منهما بإيجاز فيما يأتي:

الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ نظرية الضرورة نظرية سياسية فرضها الواقع وليس لها أساس قانوني، بمعنى أنّ ما تقوم به الهيئة الحاكمة من تصرفات لا تكون مستندة لقواعد قانونية تبيحها لها، وبذلك تكون قد خالفت الدستور والقانون، وما يدفعها إلى هذه المخالفة محاولة الحفاظ على سلامة الدولة والمجتمع ممّا يهددهما من أخطار.

ولما كانت تصرفات الهيئة الحاكمة في ظل الظروف الاستثنائية مخالفة للدستور والقانون وفقاً لهذه النظرية، فإنّها تبقى غير مشروعة من الناحية القانونية، كما تبقى الحكومة مسؤولة عنها ولكنها تستطيع أن تطلب من البرلمان إعفائها من المسؤولية.

الاتجاه الثاني: بخلاف النظرية الأولى يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ نظرية الضرورة هي نظرية قانونية، بمعنى أنّ التصرفات التي تصدر عن الهيئة الحاكمة في الظروف الاستثنائية تجد لها سنداً في الدستور أو القانون، ذلك أنّ الضرورات تبيح المحذورات، فالضرورة تبرر الخروج على القاعدة القانونية من أجل الحفاظ على سلامة الدولة والمجتمع، وهذه السلامة هي التي تُمثّل الغاية وراء كل نظام قانوني، ومن هنا تكون التصرفات والإجراءات التي تتخذها الهيئة الحاكمة وفقاً لنظرية الضرورة مشروعة من الناحية القانونية، ولذا لا تكون مسؤولة عن الأضرار التي قد تلحق الأفراد نتيجة لهذه الأعمال الحكومية.

ونرى أنّ نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية هي نظرية قانونية بامتياز، فالقانون هو الذي يُنظّم نظرية الظروف الاستثنائية ويمنح الإدارة الاختصاصات اللازمة لمواجهتها، فدساتير دول العالم اليوم تضع الأحكام المتعلقة بالظروف الاستثنائية بين قواعدها وتقوم بتنظيمها أو قد تمنح القانون الاعتيادي سلطة تنظيم صلاحيات السلطة التنفيذية في مثل هذه الظروف، وهذا ما فرضه الواقع وأدّت إليه الحكمة السياسية للمحافظة على كيان الدولة وسلامة المجتمع.

المطلب الثاني

كفالة احترام مبدأ سمو الدستور

يقوم الدستور بتنظيم السلطات العامة في الدولة، ويمنح كلا منها اختصاصات معينة، وعلى هذه السلطات الالتزام بهذه الحدود وعدم تجاوزها وأن لا تتدخل كل منها في أعمال السلطة الأخرى، وقد يقوم الدستور بفرض عقوبة على السلطة التي تتجاوز هذه الحدود، وقد يمنحها السلطات حقّ فرض رقابتها فيما بينها، ويزودها بأدوات تستعملها في مجال هذه الرقابة، ويقوم بتحديد أوجه التعاون والتوازن وكذلك الفصل بينها، وهذا ما يُعبّر عنه الفقه الدستوري بأوجه الرقابة المتبادلة (لا سيّما) بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، ومن أوجه الضمانات الكافلة لاحترام الدستور هو تقرير الرقابة على دستورية القوانين.

إنّ أساس كفالة احترام مبدأ سمو الدستور أو الرقابة على دستورية القوانين هو مبدأ التقيّد بالحدود التي جاء بها الدستور في المجال التشريعي الاعتيادي، بمعنى آخر كون الدستور يتمتع بالسمو والأعلوية على الهيئات الحاكمة والتشريعات الاعتيادية والفرعية، بحاجة إلى الحفاظ على سموه هذا وتأمين الالتزام بمقتضاه من السلطات الحاكمة، وينتأى هذا الحفاظ من خلال منعها من تجاوز القواعد الدستورية ومخالفتها، أو بإبطال الأعمال الصادرة عنها والتي خرجت فيها عن القواعد الدستورية.

والأداة التي تسمح بهذا هي الرقابة على السلطات العامة، وبشكل خاص الرقابة على عدم مخالفة التشريعات للقواعد الدستورية، وهو ما يُعرف بالرقابة على دستورية القوانين والتي تعتبر من أهم وأخطر الموضوعات الدستورية، وقد اختلفت الدساتير في تنظيم هذه الرقابة، ويعود اختلافها إلى النظام الرقابي الذي تتبناه، إذ يوجد نظامان رقابيان الأول نظام الرقابة السياسية والثاني نظام الرقابة القضائية، وسنوضح كلا منهما فيما يأتي:

الفرع الأول

الرقابة السياسية

تعني الرقابة السياسية على دستورية القوانين منح جهة ليست ذات صفة قضائية الحق في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، ومن هنا يتضح أنّ الرقابة السياسية ترمز إلى الجهة التي يُناط بها ممارسة الرقابة، وهذه الجهة ليست قضائية بل هي ذات صفة سياسية، ولذا أطلق على هذا النوع من الرقابة اسم الرقابة السياسية.

إنّ أول دولة أخذت بالرقابة السياسية هي فرنسا وذلك بعد ثورة (١٧٨٩) حيث منحت هذه الرقابة لمجلس خاص، واستمرت بمنحها لجهة سياسية إلى اليوم بحسب دستور فرنسا لسنة (١٩٥٨) المعدّل، فقد أنشأ مجلساً أطلق عليه اسم المجلس الدستوري وجعله يتكون من صنفين من الأعضاء، صنف مؤقت والولاية، وهم تسعة أعضاء مدة ولايتهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ويتم تجديد ثلث هؤلاء الأعضاء كل

ثلاث سنوات، علماً أنّ هؤلاء الأعضاء ليسوا أعضاء منتخبين في المجلس الدستوري، وأنّما هم معينون، فتلاثة منهم يعينهم رئيس الجمهورية، وثلاثة آخرين يعينهم رئيس الجمعية الوطنيّة، والثلاثة المتبقين يعينهم رئيس مجلس الشيوخ.

أمّا الصنف الثاني فغير مؤقت الولاية، بمعنى أنّ عضوية هذا الصنف تستمر لمدى الحياة، وهؤلاء الأعضاء هم رؤساء الجمهورية الفرنسية السابقين، وقد جعلهم الدستور أعضاء دائمين في هذا المجلس للاستفادة من كفاءتهم وخبراتهم التي امتلكوها أثناء ممارسة مهام عملهم في رئاسة الدولة، وقد منح الدستور الجمع بين عضوية المجلس الدستوري وعضوية أي من السلطتين التنفيذية أو التشريعية، وقد منح الدستور لهذا المجلس العديد من الاختصاصات، منها اختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين.

والرقابة السياسية على دستورية القوانين هي رقابة سابقة على صدور القانون، فالرقابة السياسية رقابة وقائية تقوم بتدارك الخطأ قبل وقوعه، فهي تطبيق للقول المشهور الوقاية خير من العلاج.

وقد أخذت بعض الدول بالرقابة السياسية كالبرازيل في دستور (١٩٣٧) وبلغاريا في دستور سنة (١٩٤٧) والصين في دستور سنة (١٩٥٤) وغيرها من الدول، ومع الأهمية الكبيرة للدور الذي تلعبه الرقابة السياسية إلا أنّ هذا الأسلوب في الرقابة على دستورية القوانين لم يرق للفقّه ونظر إليه على أنّه أسلوب قاصر عن تحقيق الهدف منه، ولذا وجه إليه جملة من الانتقادات منها أنّ الوظيفة التي تقوم بها جهة سياسية في مجال الرقابة على دستورية القوانين هي وظيفة فنيّة خاصة تحتاج إلى كفاءة قانونيّة عالية وهو ما لا يتوافر عادة في الجهة التي تتولى هذه الرقابة، كما قد يؤدي الأخذ بالرقابة السياسية إلى حرمان الأفراد من حق الطعن بعدم دستورية مشروعات القوانين المعروضة أمام البرلمان لأنّ مثل هذا الحق سيكون مقصوراً على الهيئات العامة فقط، بالإضافة إلى أنّ الواقع قد أثبت عدم نجاح الرقابة السياسية في تحقيق الرقابة الفعّالة على دستورية القوانين.

الفرع الثاني

الرقابة القضائية

تختلف الرقابة القضائية عن مثيلتها السياسية في أمر جوهري يرجع إلى صفة الجهة التي تمارس الرقابة، حيث تتصف هنا بالصفة القضائية، أي أنّ القضاة هم الذين يتولون ممارسة الرقابة القضائية، فيتحققون من مدى مطابقتها للقانون لأحكام الدستور.

وهناك أثران يمكن أن يترتب أحدهما على تقرير القضاء لعدم دستورية قانون ما:

الأول: هو إلغاء القانون، ويتحقق هذا الأثر في الرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة.

الثاني: الامتناع عن تطبيق القانون المخالف لأحكام الدستور، ويتحقق هذا الأثر في الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية، ولهذه الآثار تكون الرقابة القضائية أكثر فاعلية من الرقابة السياسية، كما أنّها أكثر حيادية منها لأنّ القضاء سلطة مستقلة وهو عادة ما ينأى بنفسه عن الميول والاتجاهات الحزبية والسياسية والتي قد تتأثر بها الرقابة السياسية على دستورية القوانين.

وكل من الأثرين المتقدمين يمكن أن يكون نحواً من انحاء الرقابة القضائية، فهناك رقابة الإلغاء ويتمّ عن طريق الدعوى المباشرة، بالإضافة إلى رقابة الامتناع والتي تتمّ عن طريق الدفع بعدم الدستورية، وسنوضح كلا الطريقتين فيما يأتي:

أولاً

الرقابة القضائية عن طريق الدعوى المباشرة

(رقابة الإلغاء)

في هذا الطريق من الرقابة القضائية على دستورية القوانين يمكن الحكم بإلغاء القانون المخالف للدستوري، ولكن أيّة جهة في الدولة يحق لها إصدار مثل هذا الحكم؟

إنّ الدساتير غالباً تأخذ على عاتقها تنظيم هذا النوع من الرقابة فهي التي تنصّ على الجهة القضائية المختصة بهذه الرقابة، وهي المحكمة التي تُمنح الاختصاص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالدستور، فمثلاً قام دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) بمنح هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا.

وهذا الطريق من الرقابة على دستورية القوانين يُمثّل الطريق المباشر للطعن بالقانون الذي يُدعى مخالفته للدستور، حيث يقوم صاحب المصلحة سواء أكان فراداً أم هيئة من هيئات الدولة، برفع دعوى أمام المحكمة المختصة ضد القانون المدعى مخالفته للدستور، ويطلب من المحكمة إلغاء هذا القانون المخالف للدستور، ومما تقدّم يتضح أنّ هذه الدعوى تُعتبر وسيلة هجومية يتم من خلالها مهاجمة القانون ذاته.

وتختلف الدساتير في تنظيم هذه الرقابة إذ يمكن أن تكون سابقة على صدور القانون كما يمكن أن تكون رقابة لاحقة لصدوره، وفي الرقابة السابقة يُفترض أنّ هناك قانوناً قد تم إقراره من البرلمان ورُفع إلى رئيس الدولة ليقوم بالتوقيع عليه وإصداره، ولكنه قبل أن يفعل ذلك يرفعه إلى المحكمة المختصة للنظر في دستوريته، فإنّ حكمت بعدم دستورية القانون يمتنع الرئيس عن إصداره، أمّا إذا حكمت بعدم مخالفته للدستور يقوم الرئيس باستكمال عملية إصداره، أمّا الرقابة اللاحقة لصدور القانون فهي تفترض إقرار القانون من البرلمان وقيام رئيس الدولة بالتوقيع عليه وإصداره، وبعد ذلك يقوم فرد أو هيئة حكومية بالطعن فيه بعدم الدستورية أمام المحكمة المختصة.

أمّا الأثر الذي يترتب على الحكم بعدم دستورية القانون وإلغائه فإنّه يختلف باختلاف الدساتير، وعموماً هناك اتجاهان دستوريان في هذا الصدد:

الاتجاه الأول: يأخذ بالأثر الفوري والمباشر لإلغاء القانون، بمعنى أنّ إلغاء القانون المخالف للدستوري يتم من تاريخ صدور حكم المحكمة بعدم دستوريته.

الاتجاه الثاني: يأخذ هذا الاتجاه بالأثر الرجعي، بمعنى أنّ إلغاء القانون المخالف للدستور يتم من تاريخ صدور القانون نفسه لا من حين صدور الحكم بعدم دستوريته، وهذا الاتجاه يحو كل أثر قد تترتب على القانون من وقت صدوره إلى وقت الحكم بعدم دستوريته فيجعله كأنّه لم يكن، وبهذا لا يجوز لأي جهة الاستناد إلى ذلك القانون الذي تم إلغاؤه إذ إنّ لهذا الحكم الصادر من المحكمة الحجية المطلقة.

ثانياً

الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية (رقابة الامتناع)

لا تقوم هذه الطريقة على مهاجمة القانون والطعن بعدم دستوريته وطلب إلغائه كما تفعل الطريقة السابقة، بل تقوم هذه الطريقة على طلب عدم تطبيق القانون على الدعوى المنظورة من القضاء فحسب، وبمعنى آخر، لا بد من وجود دعوى ما مقامة أمام إحدى المحاكم، ويطلب أحد الخصوم من المحكمة عدم تطبيق القانون الذي تنوي حسم الدعوى به، بادعاء أنه غير دستوري، أي يطلب من المحكمة الامتناع عن تطبيق القانون لأنه مخالف لأحكام الدستور، وعلى المحكمة في هذه الحالة أن تقوم بفحص القانون والتحقق من صحة الدفع الذي أثاره أمامها الخصم.

ومن خلال فحص المحكمة للقانون قد يثبت لها صحة الدفع، أي يثبت لها مخالفة القانون لأحكام الدستور، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة الامتناع عن تطبيق القانون على الدعوى المنظورة أمامها، أما إذا وجدت أن الدفع المثار أمامها غير صحيح، أي أن القانون المراد تطبيقه غير مخالف للدستور، فتقضي برفض الدفع بعدم دستورية القانون وتستمر بنظر الدعوى وتطبيق القانون.

والجدير بالذكر هنا أن هذه الطريقة لا تؤثر على سريان القانون واستمرار تنفيذه، إذ إن قرار المحكمة بعدم دستورية القانون وامتناعها عن تطبيقه على الدعوى المنظورة أمامها ليس له حجية مطلقة بل حجيته نسبية تقتصر على الدعوى التي صدر قرارها هذا بمناسبةها، فلا يترتب على حكمها بطلان القانون وإلغائه.

ومما تقدّم ظهر أن هذه الطريقة ليست طريقة هجومية كما هو الحال بالنسبة إلى الطريقة الأولى، بل هي طريقة دفاعية، يدافع من خلالها أحد أطراف الدعوى عن حقّه بأن يطلب من المحكمة عدم تطبيق القانون على الدعوى التي هو طرف فيها وذلك لأنه مخالف للدستور.