



جامعة بابل
كلية القانون

انحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية

رسالة تقدمت بها

ميسون طه حسين

إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الدكتور رافع خضر صالح شبر

أستاذ القانون العام المساعد

2009م

1430 هـ



**Babylon University
College of law**

**The Deviance of Parliament in Exercising
it's Legislative Function**

**Submitted To the College Of Low, University
Of Babylon, In Partial Fulfillment for the
Requirements for M. Degree in Public Low
by Maysoon Taha Husien**

**Supervised By Ass, Prof,
D.Raafii Khuder Saaleh Shubbar**

2009

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
(وَلَا تُبْسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ)

صدق الله العظيم

سورة البقرة - الآية (42)

ديف

إلى من كان لي أبا.... ومعلما...
وملهما

أرشدني إلى أول الطريق .. وسأكمل
وفاء له ..

والدي (رحمه الله)

أهدي جهدي المتواضع....

الباحثة

شكر وفخر

الحمد لله رب العالمين الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبراس العلم وإمام العارفين ، وعلى اله وصحبه النجباء الطيبين .
أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الدكتور (رافع خضر شبر) ، الذي تفضل واشرف على رسالتي ، ولم يبخل عليّ بمتابعته ومشورته ، وإرشاده ، ورعايته ، ورفده لي بالمصادر والمعلومات ، وتذليل الصعوبات التي واجهتني فكان دليلي ومعيني منذ بدء بحثي هذا .
كما أتقدم بشكري الخاص إلى الأستاذ الدكتور (منصور حاتم محسن) ، عميد كلية القانون المحترم لدعمه ومساعدته لنا ، ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والامتنان إلى جميع أساتذتي الأجلاء في كلية القانون ، الذين نهلت من علمهم ، في دراستي الأولية ، والعليا ، واذكر على وجه الخصوص (د . علاء الغزي ، د . حسن عودة ، د . هادي الكعبي ، د . رفاه كريم ، د . محمد علي سالم ، د . إسماعيل صعصاع ، د . حكمت الدباغ ، د . علي هادي ، د . جعفر عبد الأمير الياسين) .

كما لا أنسى أن أتقدم بالشكر إلى كل العاملين في مكتبة كلية القانون ، والمكتبة المركزية على ما أبدوه من تعاون ومساعدة لتسهيل حصولي على المصادر اللازمة .
خالص الشكر والامتنان للجميع ، وفقهم الله .

الباحثة

المقدمة

تنبؤ السلطة القضائية المكانة البارزة والمنزلة المرموقة من بين سلطات الدولة، لما تقوم به من دور بارز في إقامة العدالة، وتطبيق نصوص القانون، وهو الضمان الجوهري الذي لا يستغنى عنه لكفالة حقوق الأفراد وحياتهم .

إن نجاح القضاء في أداء الدور المنوط به لا يمكن أن يحقق على الوجه الأمثل إلا إذا كانت سلطته مستقلة تماماً على السلطتين التشريعية والتنفيذية ومحايدة عنهما . وأن يكون القضاء سلطة ثالثة تقف على قدم المساواة مع السلطتين الأخريتين ، ولذلك فإن الخلاف حول كون القضاء سلطة أم مجرد هيئة تابعة يعد نوعاً من الجدل غير المجدي ، لأن وجود سلطة قضائية متميزة في الدولة القانونية هو أمر يفرض نفسه في الواقع ، ولم يعد من المقبول إنكاره .

فهناك ضرورة لازمة في أي مجتمع، هي أن يؤدي القضاء رسالته ، وذلك حتى يتحقق العدل. وتقتضي هذه الضرورة التسليم بالقضاء كونه سلطة ثالثة مع سلطات أخرى للدولة، وإن إنكار وصف السلطة على القضاء يكون التمهيد الطبيعي لإهدار استتاله ، ولا يكون القصد منه إلا السلطة القضائية .

كان المعنى التقليدي لاستقلال القضاء ، مقتصرأً بالنظر إليه كونه سلطة مستقلة، أو أن ينظر إلى هذا الاستقلال من زاوية ضيقة لا تتفق وحقيقة الدور الذي يقوم به القضاء كونه الملاذ الآمن للناس ، والمعبر عن إحساسهم الطبيعي بالعدل ، بل إن معنى استقلال القضاء أهم من ذلك وأعمق، فهو يعني أساساً أن لا يحاكم الشخص إلا أمام قاضيه الطبيعي الذي يعينه القانون سلفاً، وأن لا تسلب من المحاكم العادية ولايتها، وأن لا تنشأ جهات استثنائية للقضاء، وأن تحترم أحكام المحاكم. فلا يجوز تعديلها أو وقف تنفيذها إلا طبقاً للإجراءات التي رسمها القانون.

هذه هي أهمية استقلال القضاء النابعة من أهمية القضاء ذاته، أما عن أهمية استقلال القضاء في دراستنا هذه، فإنها تأتي فضلاً عن ما سبق ذكره من قلة الدراسات في فقه القانون العام تضع هذا الموضوع قيد البحث والتحليل من زاوية تكون نقطة انطلاقها فقه القانون العام – ولا سيما القانون الدستوري – على وجه التحديد، لأنه فقه القانون الخاص – ولا سيما قانون المرافعات الذي قد عالج موضوع التنظيم القضائي، فتناول ترتيب المحاكم، وولايتها، وتشكيلها الخ، فيتبين لنا في هذه الدراسة أن فقهاء القانون الخاص قد تحدثوا عن استقلالية الوظيفة القضائية، وليس عن استقلال السلطة القضائية، وهذا ما يمثل اختلافاً مع فقه القانون العام .

ولذا نتناول هذا الموضوع من وجهة نظر القانون العام، وبالتالي اللجوء إلى القانون الخاص بالقدر الذي يتطلبه موضوع البحث. أي أن تشعب جوانب هذا الموضوع، اقتضى التطرق إلى أغلب فروع القانون العام منها والخاص، وعدم الوقوف عند حدود الدراسات الدستورية بصفة خاصة حسب .

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الأضواء على مختلف الصور، والأشكال التي تستطيع من خلالها السلطتين التنفيذية والتشريعية التدخل في شؤون القضاء، والتي تؤثر في استقلال السلطة القضائية في نهاية المطاف، هذا من جهة، وكما تهدف إلى بيان الضمانات التي يمكن للسلطة القضائية بوساطتها الحفاظ على استقلاليتها تجاه السلطتين الأخريتين متى ما كان هناك انتهاك لهذه الاستقلالية من جهة أخرى .

لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن بهذا الخصوص هو مدى كفاية دساتير الدول ومواثيقها في توفير الحماية الكافية لعمل السلطة القضائية بشكل مستقل عن السلطات الأخرى، لتتمكن من أن تكون السلطة الثالثة في الدولة وتقوم بدور المراقب للسلطتين الأخريتين والموازن لهما، وعن المكنة التي توفرها هذه الدساتير والقوانين لعمل القاضي الذي لا بد وأن يكون مجرداً عن أي ضغط أو تأثير من سلطات الدولة الأخرى. فهل أن هذه الكفاية وهذه المكنة قائمة ؟ أما أنها لم تصل إلى المستوى المنشود بعد؟ وما هي العقوبات التي تعترض سبيل وصولها ؟ وما هي السبل الواجبة الإلتفاع لبلوغ ذلك ؟

ومن أجل الإحاطة الكاملة بالموضوع، فقد تم تقسيم البحث على ثلاثة فصول . وكان الفصل الأول قد جاء تحت عنوان: ماهية استقلال القضاء .وتناولته في ثلاثة مباحث، في الأول أشرت إلى مفهوم مبدأ استقلال القضاء ونشأته، وفي الثاني لأهمية مبدأ استقلال القضاء ومكانته، وفي الثالث عن ارتباطه ببعض الحقوق والمبادئ الدستورية .

أما الفصل الثاني، فقد خصصته لاستقلال السلطة القضائية عن السلطة التشريعية وذلك في مبحثين، تناولت في الأول منهما صور التدخل التشريعي في شؤون القضاء، أما في الثاني فقد تطرقت فيه إلى رقابة القضاء على أعمال السلطة التشريعية .

وانصب البحث في الفصل الثالث على استقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، وأشارت إليه في مبحثين اثنين، تناولت في الأول منهما: الضمانات التي يتمتع بها القضاة تجاه السلطة التنفيذية. وفي الثاني، استقلال القضاء في ظل حالة الطوارئ .

وختمت الدراسة بخاتمة لأبرز النتائج والتوصيات التي تمخضت عنها.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
31-11	المقدمة
77 -15	الفصل الأول : ماهية الانحراف التشريعي
16	المبحث الأول : مفهوم الانحراف التشريعي
18	المطلب الأول : معنى الانحراف التشريعي
21	الفرع الأول : الانحراف وفق المعنى الضيق
23	الفرع الثاني : الانحراف وفق المعنى الواسع
27	المطلب الثاني : أسباب الانحراف التشريعي
28	الفرع الأول : عيب في تشكيل البرلمان
31	الفرع الثاني : عيب في الاختصاص الوظيفي للبرلمان
34	الفرع الثالث : هيمنة السلطة التنفيذية
34	أولا : هيمنة وفق نصوص الدستور
34	1- هيمنة السلطة التنفيذية وفق نصوص الدستور الأمريكي
39	2- هيمنة السلطة التنفيذية وفق نصوص الدستورين المصري والعراقي
43	ثانيا : هيمنة واقعية سياسية
46	المبحث الثاني : المرجعية في تحديد نطاق الانحراف التشريعي
47	المطلب الأول : الدستور
48	الفرع الأول : مقدمة الدستور
49	أولا : مضامين مقدمة الدستور
49	(أ) : مقدمة الدستور الأمريكي لعام 1787
49	(ب) : مقدمة أو وثيقة إعلان الدستور المصري لعام 1971
49	(ج) : مقدمة الدستور العراقي 2005
50	ثانيا : القيمة القانونية لمقدمة الدستور
51	(أ) : موقف الفقه
54	(ب) : موقف القضاء

57	الفرع الثاني : متن الدستور
57	أولا : القواعد المتعلقة بالدولة وممارسة السلطة فيها
62	ثانيا : القواعد المنظمة للحقوق والواجبات
67	ثالثا : القواعد المتعلقة بالأحكام العامة والانتقالية
69	المطلب الثاني : القوانين المكملة للدستور
70	الفرع الأول : مدلول القوانين المكملة للدستور
71	أولا : معيار تمييز القوانين المكملة للدستور
72	ثانيا : اثر المعيار الشكلي في تحديد القوانين المكملة للدستور
74	ثالثا : اثر المعيار الموضوعي في تمييز القوانين المكملة للدستور
75	الفرع الثاني : القيمة القانونية للقوانين المكملة للدستور
75	أولا : قيمة القوانين المكملة للدستور المرن .
75	ثانيا : قيمة القوانين المكملة للدستور الجامد .
133-79	الفصل الثاني : أوجه الانحراف التشريعي
80	المبحث الأول : الانحراف الظاهر
81	المطلب الأول : الانحراف الشكلي
82	الفرع الأول : مخالفة قواعد الشكل
88	الفرع الثاني : مخالفة قواعد الاختصاص
89	أولا : عدم الاختصاص الشخصي
92	ثانيا : عدم الاختصاص الموضوعي
94	ثالثا : عدم الاختصاص الزمني
96	رابعا : عدم الاختصاص المكاني
97	المطلب الثاني : الانحراف الموضوعي
98	الفرع الأول : الانحراف في مجال السلطة التقديرية
104	الفرع الثاني : الانحراف في مجال السلطة المقيدة
109	المبحث الثاني : الانحراف المستتر
110	المطلب الأول : مضمون الانحراف المستتر
111	الفرع الأول : اصل فكرة الانحراف المستتر
116	الفرع الثاني : منطقة الانحراف المستتر وخصائصه

116	أولا : منطقة الانحراف المستتر
118	ثانيا : خصائص الانحراف المستتر
118	(أ) عيب قصدي
119	(ب) عيب خفي
120	(ج) عيب احتياطي
123	المطلب الثاني : معيار الانحراف المستتر
124	الفرع الأول : المعيار الموضوعي
129	الفرع الثاني : المعيار الذاتي
192-135	الفصل الثالث : إثبات الانحراف التشريعي للبرلمان والجزاء الذي يترتب عليه
136	المبحث الأول : إثبات الانحراف التشريعي
137	المطلب الأول : أساليب إثبات الانحراف التشريعي
138	الفرع الأول : إنابة الاختصاص إلى جهة متخصصة
139	أولا : إثبات الانحراف عن طريق الدعوى المباشرة
141	ثانيا : إثبات الانحراف عن طريق الدفع بعدم الدستورية
142	ثالثا : إثبات الانحراف عن طريق الدفع المقترن بدعوى عدم الدستورية
144	الفرع الثاني : إنابة الاختصاص إلى جهات متعددة
146	أولا : إنابة الاختصاص برئيس الدولة
147	ثانيا : اختصاص البرلمان ذاته بالرقابة
148	ثالثا : إنابة الاختصاص بالرقابة إلى هيئة خاصة
160	المطلب الثاني : قواعد وضوابط إثبات الانحراف التشريعي
161	الفرع الأول : قواعد إثبات الانحراف التشريعي
161	أولا : قاعدة التناسب
163	ثانيا : قاعدة التوازن بين المنافع والأضرار
164	ثالثا : قاعدة شرط الإجراءات القانونية السليمة
166	الفرع الثاني : ضوابط إثبات الانحراف التشريعي
167	أولا : عدم التعرض للمسألة الدستورية إلا إذا كان ذلك لازما للفصل في الدعوى الأصلية
169	ثانيا : قرينة الدستورية
171	ثالثا : عدم الخوض في بواطن التشريع أو ملاءمته

174	المبحث الثاني : جزاء الانحراف التشريعي
178	المطلب الأول : إلغاء مشروع القانون
181	المطلب الثاني : إلغاء القانون
188	المطلب الثالث : الامتناع عن تطبيق القانون
194	الخاتمة
200	المصادر

المقدمة

الفصل الأول

ماهية الانحراف التشريعي

الفصل الثاني

أوجه الانحراف التشريعي

الفصل الثالث

**إثبات الانحراف التشريعي للبرلمان
والجزاء الذي يترتب عليه**

الخاتمة

قائمة المصادر

المحتويات

The Deviance of Parliament in Exercising it's Legislative Function

The topics of this thesis , is about the “The deviance of parliament in exercising it's legislative function “ this topic had great significant in constitutional studies , as a consequence of the parliament & legislation , importance .

This thesis was divided into three chapters , the first one studies ‘the concept of deviance’ it was divided into tow sections . it defines the deviance in language and in legal fields such as : administrative & constitutional laws , and determines reasons and motives behind , in the first section , in the second section , it determines the references of emarginating such deviance .

The second chapter of this thesis , touches upon the kinds of the deviance , and this chapter deals with such topic into tow sections , the first one defines the apparent kinds of deviance , which contain the deviance in formalist , procedures , competence , and object in the legislative process . the second section , defines the hidden deviance in the legislations of parliament .

We discussed in the third chapter , the proving of parliament deviance in exercising it's legislative function , and the punishment of such deviance , in tow sections , we tried to cover the ways of proving the parliament deviance as it settled by different constitutional systems , and we concluded that the judicial review as a way to prove he parliament deviance , is better than other ways , also we discussed the rules and restrictions of judicial review as it applied and followed by the

constitutional courts . all these subjects were discussed in the first section of the third chapter .

In the second chapter treats with the kinds of punishment fit for the parliament deviance , which differs according to the way of proving parliament deviance , but we could classified them into three kinds:

- Abolishing deviate bills .
- Abolishing deviate laws .
- ignoring the deviate laws .

We ended this thesis by portraying the basic results of this study , and our recommendations to prevent parliaments from deviance in the legislation function , and this thesis followed comparative research between the American & Egyptian , and Iraqi constitutional regime , by comparing the legal provisions in their valid constitutions :

- American constitutions for the year 1787 .
- Egyptian constitution for the year 1971.
- Iraqi constitution for the year 2005 .

As well as , by comparing the logical and judicial issues in this concern .

المستخلص

المجتمعات باختلاف أنظمتها وفي مجملها إلى تحقيق هدف سام من خلال القوانين التي تسنها، وهو تحقيق العدالة التي بتطبيقها تكفل حريات الناس على اختلاف مشاربهم وأصولهم وانتماءاتهم، وعند غيابها فإن القانون يصبح أداة تخدم فئات وشرائح محددة دون الإكتراث بحقوق الآخرين وحرياتهم، إن سيادة القانون على الجميع دون تمييز واستثناء هو دليل على رقي المجتمعات وتقدمها، وما سبق قوله لا يتم إعتباطاً، وإنما من خلال أجهزة لها تسميات وتدرج في هيكل الدولة، ويطلق عليها بالمحاكم أو بكلمة أعم (القضاء). فالأخر يبلغ من الأهمية ما لا يقل عن أجهزة الدولة الأخرى. لذلك فحري لهذه الجهات أو بهذه السلطة أن تقف على قدم المساواة مع سلطات الدولة الأخرى، ونعني بها السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولتحقيق ذلك لابد من وجود ضمانات تدعم استقلال هذه السلطة، ولرب سائل يسأل ما هذه الضمانات؟ وما هو مدى كفايتها؟ وما هي السبل الكفيلة لمعالجة القصور الذي تعترى هذه الضمانات إن وجدت؟ وما يميز دراستنا هذه هو بحث القضاء كونه سلطة لا كوظيفة. أي مدى استقلاله كسلطة عن باقي السلطات لا كوظيفة كما تناول فقه القانون الخاص.

وقد قسمنا دراستنا هذه إلى ثلاثة فصول الأول تناول بالدراسة ماهية مبدأ استقلال القضاء، أما الفصل الثاني والثالث فتناولنا فيه استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية على التوالي.

وقد أنهينا دراستنا هذه بخاتمة تبين أبرز ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات. فمن النتائج التي توصلنا إليها هي أن غالبية الدساتير أوردت هذا المبدأ المهم (مبدأ استقلال السلطة القضائية) في نصوصها إلا أنها لم تعطي هذا الموضوع حقه بالقياس إلى ما أعطته من إهتمام للسلطتين الأخرتين، فكان من الأحرى بالمشروع الدستوري أن ينظم مسألة استقلال السلطة القضائية بشيء أكثر تفصيلاً لكي لا يفصح المجال للقانون العادي والذي هو أدنى مرتبة من الدستور للتدخل في شؤون القضاء يعتبر من القصور في الضمانات التي أعطيت للسلطة القضائية كي تصبح أكثر استقلالاً هو منح الحق للسلطة التنفيذية في التدخل في أمور تهم القضاء بل هي في صلب الضمانات التي تكفل استقلال القضاء ومن صور هذا التدخل السماح للسلطة التنفيذية في تعيين القضاء ونقلهم وغير ذلك من الصور.

كما أن من بين النتائج التي توصلنا إليها هي أن القول باستقلال القضاء لا يعني الانفصال التام بينه وبين السلطتين الأخرتين بل إيجاد صيغة تحقق التوازن والتعاون ما بين القضاء كسلطة وسلطات الدولة الأخرى.

المحتويات

الصفحة	العنوان
2-1	المقدمة
42-3	الفصل الأول: ماهية استقلال القضاء
17-3	المبحث الأول: مفهوم مبدأ استقلال القضاء ونشأته
6-3	المطلب الأول: مفهوم مبدأ استقلال القضاء
17-6	المطلب الثاني: نشأة مبدأ استقلال القضاء
9-7	الفرع الأول: التطور التاريخي لمبدأ الفصل بين السلطات
13-10	الفرع الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات في الفقه الدستوري
17-13	الفرع الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات في الفقه الإسلامي

32-17	المبحث الثاني: أهمية مبدأ استقلال القضاء ومكانته
22-18	المطلب الأول: أهمية مبدأ استقلال القضاء
20-18	الفرع الأول: أهمية مبدأ استقلال القضاء فيما يتعلق بالفرد
22-20	الفرع الثاني: أهمية مبدأ استقلال القضاء فيما يتعلق بالدولة
23-22	المطلب الثاني: مكانة مبدأ استقلال القضاء
28-22	الفرع الأول: مكانة مبدأ استقلال القضاء في القانون الدولي
30-28	الفرع الثاني: مكانة مبدأ استقلال القضاء في القانون الداخلي
32-30	الفرع الثالث: مكانة مبدأ استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية
42-33	المبحث الثالث: ارتباط مبدأ استقلال القضاء ببعض الحقوق والمبادئ الدستورية
38-33	المطلب الأول: ارتباط مبدأ استقلال القضاء ببعض الحقوق الدستورية
36-33	الفرع الأول: ارتباط مبدأ استقلال القضاء بحق اللجوء إلى القاضي الطبيعي
38-36	الفرع الثاني: ارتباط مبدأ استقلال القضاء بحق اللجوء إلى القضاء (حق التقاضي)
42-38	المطلب الثاني: ارتباط مبدأ استقلال القضاء ببعض المبادئ الدستورية
39-38	الفرع الأول: ارتباط مبدأ استقلال القضاء بمبدأ الولاية العامة للقضاء
42-39	الفرع الثاني: ارتباط مبدأ استقلال القضاء بمبدأ سيادة القانون
89-43	الفصل الثاني: استقلال السلطة القضائية عن السلطة التشريعية
61-43	المبحث الأول: مظاهر تدخل السلطة التشريعية في تنظيم القضاء
58-43	المطلب الأول: تدخل السلطة التشريعية في تنظيم القضاء
50-46	الفرع الأول: تنظيم القضاء في بعض الدول الأجنبية
58-50	الفرع الثاني: تنظيم القضاء في بعض الدول العربية
61-58	المطلب الثاني: تدخل السلطة التشريعية في وظيفة القضاء
63-62	المطلب الثالث: مصادرة حق التقاضي
69-64	الفرع الأول: القوانين التي تنظم جهات أخرى للنظر في المنازعات
71-69	الفرع الثاني: القوانين المانعة لحق التقاضي
73-71	الفرع الثالث: التشريعات الاستثنائية المقيدة لحق التقاضي
75-73	الفرع الرابع: أعمال السيادة
89-76	المبحث الثاني: حماية السلطة القضائية من تجاوز السلطة التشريعية
80-76	المطلب الأول: الرقابة القضائية وصورها
79-77	الفرع الأول: الرقابة عن طريق الدعوى المباشرة
80-79	الفرع الثاني: الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية
89-80	المطلب الثاني: تقدير صور الرقابة القضائية
81-80	الفرع الأول: تقدير الرقابة القضائي عن طريق الدعوى المباشرة
82-81	الفرع الثاني: تقدير الرقابة القضائي عن طريق الدفع بعدم الدستورية
89-82	الفرع الثالث: موقف الفقه من الرقابة القضائية على دستورية القوانين
125-90	الفصل الثالث: استقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية
113-90	المبحث الأول: ضمانات استقلال القضاء في مواجهة السلطة التنفيذية
95-91	المطلب الأول: الضمانات المتعلقة بأسلوب اختبار القضاة
92-91	الفرع الأول: اختبار القضاة بالانتخاب
93	الفرع الثاني: اختبار القضاة بالتعيين

95-93	الفرع الثالث:التعيين من قبل السلطة التنفيذية بالتشاور مع القضاء
101-95	المطلب الثاني:الحصانة القضائية
98-95	الفرع الأول:عدم قابلية القضية للعزل
101-98	الفرع الثاني:عدم قابلية القضية للنقل والندب
102-101	المطلب الثالث:عدم خضوع القضية في ترقياتهم للسلطة التنفيذية
108-103	المطلب الرابع:خضوع القضية لنظام خاص بالمسؤولية سواء أكانت تأديبية أم مدنية أم جنائية
111-108	المطلب الخامس:الاستقلال المالي للقضاة
113-111	المطلب السادس:خضوع القضية لنظام خاص بالتفتيش عن أعمالهم
125-114	المبحث الثاني:استقلال القضاء في ظل حالة الطوارئ
118-114	المطلب الأول:قضاء الطوارئ في الدول الأجنبية
116-115	الفرع الأول: قضاء الطوارئ في إنكلترا
117-116	الفرع الثاني: قضاء الطوارئ في الولايات المتحدة الأمريكية
118-117	الفرع الثالث: قضاء الطوارئ في فرنسا
123-118	المطلب الثاني: قضاء الطوارئ في الدول العربية
120-118	الفرع الأول: قضاء الطوارئ في مصر
121-120	الفرع الثاني: قضاء الطوارئ في الأردن
122-121	الفرع الثالث: قضاء الطوارئ في سوريا
123-122	الفرع الرابع: قضاء الطوارئ في العراق
128-126	الخاتمة
137-129	قائمة المصادر

الخاتمة

أولاً : النتائج

استهدف بحثنا هذا دراسة انحراف البرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية وكانت أهم النتائج التي توصلنا إليها هي الآتي:

1- في ضوء تناولنا لماهية انحراف البرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية ، اتضح لنا إن انحراف البرلمان يحمل معنيين ، أحدهما معنى ضيق والآخر معنى واسع ، فالأول يقصر انحراف البرلمان على العيب الذي يصيب الغاية من تشريعاته وهو ما يعرف بنظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية التي أرسى ركانزها الدكتور المرحوم السنهوري ، أما المعنى الواسع للانحراف فإنه يتسع لكل العيوب الشكلية والموضوعية والغائية التي تصيب تشريعات البرلمان ، أي انه يشمل جميع مظاهر الانحراف الظاهرة منها والمستترة .

2- وأتضح لنا أيضا أن الأسباب التي يمكن أن تكون وراء انحراف البرلمان ، عديدة ومتداخلة، قد تكون عيبا في تشكيل البرلمان ، حيث تؤدي الانتخابات ، وهيئة الناخبين والأحزاب دورا بالغيا في عملية تشكيله وتؤثر بالتالي على أدائه وظيفته ، وقد يكون من أسباب الانحراف ، عيب في الاختصاص الوظيفي للبرلمان ، حيث يفتقر عدد كبير من النواب إلى المعرفة العلمية والتخصص الفني اللازم لأداء الوظيفة التشريعية ، كما إن التكتلات الحزبية داخل البرلمان تؤثر تأثيرا كبيرا على ممارسة عمله ، وقد يكون من أسباب الانحراف هو تأثير وهيمنة السلطة التنفيذية ، حيث اتسع دور السلطة التنفيذية في الوقت الحاضر ، وذلك نتيجة لعوامل متعددة بحيث أصبحت تشكل مؤثرا رئيسا في عمل البرلمان ، وبالذات ما يتعلق بممارسته لاختصاصاته التشريعية ، وهيمنة السلطة التنفيذية قد تكون وفق نصوص الدستور وقد تكون هيمنة واقعية سياسية، تعكس ما وصل إليه حال العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

3- وفيما يتعلق بنطاق الانحراف في ممارسة الوظيفة التشريعية ، تبين لنا ، أن الدستور (بمقدمته ومتمته) يمثل المرجعية الوحيدة في تحديد هذا النطاق ، أما القوانين المكملة للدستور أو القوانين الأساسية فإنها وإن كانت تتمتع بقيمة قانونية تعلو القوانين العادية ، في بعض الأنظمة الدستورية إلا إنها لا تصلح لكي تكون مرجعا ، في تحديد نطاق هذا الانحراف .

4- وفي ضوء تناولنا لأوجه انحراف البرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية ، أتضح لنا انه يمكن الوقوف على نوعين من الانحراف ، أحدهما ظاهر ، والآخر مستتر ، فقد استقر الأمر على إن مخالفة المشرع للدستور قد تكون مخالفة من حيث الاختصاص ، أو مخالفة من حيث الشكل الواجب إتباعه ، أو عدم اتفاق موضوع التشريع مع الحدود والضوابط الموضوعية التي يقرها الدستور سواء في حالة السلطة التقديرية الممنوحة للبرلمان ، أو المقيدة ، وفي هذه الحالات تكون المخالفة للدستور ظاهرة ، أي أنها تظهر بمجرد المقارنة بين نصوص الدستور ونصوص التشريع ، أو تكون مخالفة مستترة حيث يكون التشريع سليما من كافة جوانبه الظاهرة ، من حيث الاختصاص والشكل ، كما انه يقوم على محل سليم ، ولكن إذا نظرنا إلى الغاية نجد إن التشريع ، إنما كان يسعى – في الواقع – إلى تحقيق أغراض غير مشروعة ، وهنا يبرز العيب المستتر .

5- وخلال بحثنا لموضوع إثبات الانحراف والجزاء الذي يترتب عليه ، تبين لنا اختلاف أساليب إثبات هذا الانحراف ، فمن النظم الدستورية من أناط اختصاص انحراف البرلمان لجهة متخصصة ، وعادة ما تكون هذه الجهة هي القضاء الدستوري ، وتبين لنا أن هناك جملة من القواعد والضوابط التي يهتدي بها القضاء في إثبات الانحراف ، فمن القواعد في إثبات الانحراف ، قاعدة التناسب ، وقاعدة التوازن بين المنافع والأضرار ، وقاعدة شرط الإجراءات القانونية السليمة، ومن الضوابط في إثبات الانحراف ، عدم التعرض للمسألة الدستورية إلا إذا كان ذلك لازما للفصل في الدعوى الأصلية و قرينة الدستورية ، وعدم الخوض في بواغث التشريع أو ملاءمته .

ومن النظم الدستورية من أناط اختصاص إثبات الانحراف إلى جهات متعددة ، منها رئيس الدولة ، أو البرلمان ذاته ، وهذا الأسلوب يتبع في الدول التي يعد فيها البرلمان نفسه هو السيد من الناحية العملية ، ويسمى بأسلوب السؤال الأولي ، أو إناطة الاختصاص إلى هيئة خاصة ولكنها غير قضائية.

6- وفيما يتعلق بالجزاء الذي يفرض في حال ثبوت الانحراف ، وبالنسبة لرأي الفقه ، فقد ثار الخلاف حول مسألة وجود الجزاء على مخالفة القاعدة الدستورية ، وقد انقسم الفقه بهذا الشأن إلى اتجاهين ، الاتجاه الأول وهو الاتجاه التقليدي ، أو اتجاه المذهب الشكلي ، فهذا الجانب من الفقه يذهب إلى إن القاعدة الدستورية ينقصها عنصر الجزاء ، وذلك بناء على مفهوم الجزاء عند هذا الجانب من الفقه ، ولقد ذهب الاتجاه الثاني من الفقه بناء على رأيهم في فكرة الجزاء إلى أن القاعدة الدستورية ، يتوفر فيها عنصر الجزاء وهذا الجزاء قد يكون مراسلا (غير منظم) والذي يتمثل في الضغط الشعبي والاضطرابات والمظاهرات ، فضلا عن الجزاء المنظم والمتمثل بنص الدساتير .

7- وفيما يتعلق بموقف القضاء ، والذي يعنينا في هذا المجال هو القضاء الدستوري ، فالمحاكم لم تتردد في إعمال سلطتها في إلغاء القوانين ، أو حتى الامتناع عن تطبيقها وذلك وفق الآلية التي تعمل عليها هذه المحاكم في إثبات انحراف البرلمان ، وبذلك برزت لنا ثلاثة أنواع من الجزاءات ، هي : إلغاء مشروع القانون ، وإلغاء القانون ، أو الامتناع عن تطبيق القانون .

ثانيا : المقترحات والتوصيات

1- فيما يتعلق بممارسة مجلس النواب العراقي لوظيفته في التشريع ، فالقاعدة الأساسية لعمل هذا المجلس هي تحقيق التوافق والانسجام بين ما يشرعه من قوانين ، وبين الدستور ، بحيث تصدر تشريعاته خالية من أي انحراف ، وهذا يتطلب عدة أمور منها :

- العناية الفائقة بإعداد وصياغة مشروعات القوانين المقدمة من قبل أعضاء المجلس أو من قبل الحكومة ، وإمعان النظر فيها وتدقيق البحث للتأكد من مطابقة نصوصها وأحكامها لأحكام الدستور ، والالتزام بعرض مشروعات القوانين على اللجان المختصة لتتولى مراجعتها ، وإبداء الرأي في أحكامها ، وبخاصة مدى توافقها مع الدستور ، وهو ما يحقق نوعا من الرقابة المسبقة على دستورية التشريع للتأكد من خلوها من الانحرافات .

- يتوجب أن يحرص المجلس على مراعاة الحقوق الأساسية للإنسان ، كما نص عليها الدستور واستقرت في المواثيق الدولية وفي مفاهيم الدول الديمقراطية ، وضرورة التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية من خلال التمسك بالثوابت منها ، ومراعاة الوضوح واليقين في التشريعات الجزائية وعدم انزلاق المجلس في التشريع إلى التعبيرات الفضفاضة أو الغامضة أو المحملة بأكثر من معنى ، ويجب أيضا إدراك المجلس لأهمية (إتباع أسلوب التقنيات الموحدة) عن طريق تجميع وحصر التشريعات المنظمة للموضوع الواحد ، وتطويرها وتبسيطها وإعادة صياغتها في تقنين موحد ، تلافيا لما يترتب على تعدد التشريعات المنظمة للموضوع الواحد من تضخم تشريعي غير مبرر ، ومن صعوبة الإلمام بهذه التشريعات المتعددة مع احتمالات التعارض بين أحكامها .

- ويجب على مجلس النواب أن ينطلق في كل تشريع من فلسفة واضحة محددة ، تحقق لأحكامه التناسق والتناغم ، وتضمن صلاحيته للتطبيق على المدى الطويل دون اللجوء إلى تعديله بين حين وآخر ، سترأ لما يظهره التطبيق من أوجه الاختلاف والتناقض ، حيث يجب النأي بالتشريع عن أن يكون رد فعل تنظيمي لأحداث معينة يمكن علاجها بوسائل أخرى سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو إدارية ، وذلك حتى لا يتحول التشريع إلى تنظيم قاعدي قلق تتجاذبه عوارض الأحداث التي يمجج بها سطح الحياة الاجتماعية ، وهذا يتطلب عدم الإسراع في اتخاذ القرار بعلاج مشكلة ما عن طريق التشريع ، إلا إذا تثبت البرلمان من إن العلاج المناسب لهذه المشكلة يكمن في التشريع ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ضرورة استهداف التشريع لخير وصالح المجموع ، لا مجرد مصالح محددة وأهداف معينة سريعة التحول .

- ولا بد لهذا المجلس من العمل على تحقيق قدر أكبر من الشفافية في عمله التشريعي ، بمعنى أنه يجب أن يستطيع المجتمع العراقي معرفة (ماذا يحدث في الداخل) ، فهذه الشفافية تساعد على تدعيم شرعية المؤسسة البرلمانية ، وتؤدي إلى تنمية الوعي المجتمعي بدور هذه المؤسسة ، ومن ثم ممارسة نوع من الرقابة على الانحرافات التشريعية التي قد ترتكب من قبل المجلس ، وهذا سيشكل بلا شك رادعا اجتماعيا من الانحراف بالتشريع ، ظاهرا ومستترا

- ونوصي أيضا بتطوير النظام الداخلي للبرلمان ، وتطوير نظام اللجان البرلمانية ، وتطوير عملها أيضا ، واستحداث وتطوير وحدات للبحوث والمعلومات البرلمانية ، ودعم عمليات البحث ، والقائمين عليه أيضا ، سواء أكان باللجان أم بالدوائر الفنية والاستشارية المتخصصة ، وتدوير المعلومات بين

العاملين في المجلس من خلال نشرات دورية ، فالبرلمان يحتاج أكثر من غيره من المؤسسات السياسية ، إلى إدارات حديثة ومتخصصين مدربين لترتيب وتنظيم وتحليل المعلومات وتقديمها في الوقت المناسب وبالشكل الملائم للأعضاء لممارسة مهامهم البرلمانية المتنوعة .

2- بالنسبة لمجلس الاتحاد ، فإننا نوصي بالاهتمام بتسريع قانون مجلس الاتحاد وتفعيل صلاحياته ، وإعطائه دوراً تشريعياً يكون له أثراً على الساحة العراقية ، لا يقتصر على العلاقة الأفقية بينه وبين غيره من مؤسسات الدولة لاسيما مجلس النواب ، وإنما حتى في إطار العلاقة العمودية بين السلطات المركزية وسلطات الأقاليم ، إن دولاً عديدة قد أخذت بنظام المجلسين ومنها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا وكثير من الدول الأخرى بما فيها بعض الدول العربية ولكن العبرة هي بالدور الذي يقوم به المجلسان ، وإذا كانت أكثر هذه الدول تجعل مهمة اقتراح القوانين من اختصاص المجلس النيابي ، فإن مهمة المجلس الثاني الأساسية هي دراسة القوانين بعناية ودقة بعيداً عن الانفعالات النفسية التي قد يتعرض لها أعضاء المجلس النيابي بحكم التنافس الحزبي بين الكتل البرلمانية ، وهذا يؤدي إلى منع التسرع في إصدار القوانين وإلى تقليل ما قد يكتنفها من أخطاء أو غموض أو عدم واقعية وبالتالي إلى استقرار القوانين وعدم الحاجة إلى التعديل المتسارع للقوانين بعد فترة وجيزة من

صدورها غير أنها ترى بأن تظل احتمالات وجود العيوب واردة بكثرة في حالة الاعتماد على مجلس واحد ولكنها تقل وتراجع- ولا نقول تنعدم- عند الأخذ بنظام المجلسين ان احتمالات اتجاه السلطة نحو الغلو والاندفاع قد تزداد احتمالاتها في نظام المجلس الواحد لأسباب عديدة من بينها حدة التنافس الحزبي أثناء الانتخابات ومابعداها بحيث تحاول كل كتلة برلمانية حزبية السعي لتغليب وجهة نظرها ودفع السلطة التشريعية إلى تبني مواقفها الحزبية سواء في التشريع أو في غير ذلك من القرارات وينطبق ذلك حتى على كتلة الأغلبية في البرلمان وهو ماسيؤثر حتماً على الأداء المتوازن والسليم لمجلس النواب وربما يؤدي إلى وقوع أزمات متكررة تعيق كامل المنظومة السياسية عن أداء مهامها بالكفاءة المطلوبة.. وهنا نجد ان الأخذ بنظام المجلسين من خلال تفعيل دور مجلس الاتحاد ، من شأنه ان يحد من وقوع هذه الاحتمالات وان يساهم في تهدئة الغلو والاندفاع وبالنتيجة يحافظ على الأداء المتناغم لمكونات النظام السياسي بدءاً من المحافظة على سلامة أداء مجلس النواب.

3- فيما يتعلق بدور السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء) ، في حماية الدستور من انحرافات البرلمان التشريعية ، فكما بينا في موضوع هذه الرسالة أن الدستور أعطى رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء حق اقتراح مشروعات القوانين أسوة بمجلس النواب ، فإننا نقترح أن يكون لكل من رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء ، مجموعة مختصة من المستشارين والخبراء في أمور التشريع وتحت أي مسمى (لجنة ، مكتب ، قسم) تكون مهمتها الوقوف على دستورية المشاريع التي يقترحها رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء ، قبل تقديمها لمجلس النواب من أجل المناقشة والتصويت ، وأيضاً الوقوف على دستورية القوانين التي يقرها البرلمان ، ويرسلها إلى رئيس الجمهورية لغرض المصادقة والإصدار ، وكشف ما فيها من انحرافات تشريعية ، لغرض إعادتها إلى المجلس مع بيان الانحرافات التشريعية التي اكتنفها ، والتي أدت إلى امتناع رئيس الجمهورية عن تصديقها وإصدارها . وتبرز أهمية هذا المقترح بالنسبة لمجلس الوزراء كونه الجهة الأكثر ممارسة لحق اقتراح القوانين حسب الإحصائيات الحديثة عن مصدر القوانين التي شرعها مجلس النواب العراقي ، وكما بينا في موضوع هذه الرسالة ، تبلغ نسبة القوانين التي يكون مصدرها مجلس الوزراء 70 % من مجموع القوانين ككل ، أما بالنسبة لرئاسة الجمهورية ، تبرز أهمية هذا المقترح كون رئيس الجمهورية ووفقاً للدستور ملزم " بالسهر على ضمان الالتزام بالدستور " فهذه المسؤولية توجب عليه أن يضع الالتزام بالدستور وعدم الخروج على أحكامه وقيوده هي أول مسألة يبحثها عندما تصل إليه مشاريع القوانين المصوت عليها من قبل مجلس النواب .

4- فيما يتعلق بالمحكمة الاتحادية العليا ، فإننا نوصي بضرورة الإسراع بتشريع قانونها ، مع ضرورة التقيد بما أورده الدستور من نصوص وأحكام تتعلق بتكوينها وعملها وما إلى ذلك كي تبدأ دورها في تحقيق الحماية للدستور وضمان احترامه ، وفي صيانة حقوق الأفراد وحيرياتهم ، من خلال الوقوف على الانحرافات التشريعية بكافة أوجهها . ونقترح ان تشمل ولايتها جميع القوانين وإياها كان مصدرها ، وتوسيع صلاحياتها بحيث تختص بالكشف عن جميع انحرافات البرلمان ، ظاهرة ومستترة ، وضرورة إنشاء وتطوير مركز أو دائرة للبحث في سياسات وقرارات المحاكم الدستورية الأخرى ،

والتي قطعت شوطا طويلا في إطار رقابة دستورية القوانين ، وخاصة المحكمة العليا الأمريكية ، والمحكمة الدستورية العليا المصرية ، للاستفادة من تجاربها في هذا المجال ، والوقوف على أهم المبادئ والقواعد التي أرسنها في بحثها عن انحرافات البرلمان ، وبما يتناسب مع النظام القانوني العراقي .

- ونوصي بتعديل المادة (94) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي تنص على أن "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة" ، وذلك بان يكون نص هذه المادة على الشكل الآتي "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات العامة والكافة". أو " للسلطات والأفراد كافة "

وذلك لان الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الاتحادية العليا تثبت في مواجهة السلطات العامة وفي مواجهة الأشخاص كافة طبيعية كانت أو اعتبارية.

كما يجب أن ينص الدستور على تحديد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا ، وهو ما يتفق مع تقرير الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في ظل دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

- ونوصي بان ينص الدستور على التزام البرلمان بإلغاء أو تعديل النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته خلال مدة زمنية محددة من تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا .

والحمد لله أولا وآخرا

المبحث الأول : مفهوم مبدأ استقلال القضاء ونشأته

نبين في هذا المبحث المقصود بمبدأ استقلالية القضاء مع بيان نشأته وذلك في مطلبين مستقلين :

المطلب الأول : مفهوم مبدأ الاستقلال

مبدأ استقلال القضاء هو قاعدة داخلية تطبق في نطاق علاقة السلطة القضائية بغيرها من سلطات الدولة ، وتقوم على مبدأ عدم التدخل من قبل السلطتين التشريعية والتنفيذية في أمور القضاء ، وإعطائه سلطة دستورية منفصلة ومستقلة عن السلطتين الأخرتين⁽¹⁾. وهذا المبدأ يقتضي إذن على أن كل سلطة من سلطات الدولة يجب أن تتمتع باختصاصات محدودة ومقصورة عليها ، ومعنى هذا أن القضاء يجب أن يتمتع وحده بسلطة الفصل في القضايا المحالة إليه، ويجب أن لا تتعرض الهيئة القضائية ككل أو أن لا يتعرض كل قاض على حدة، إلى التدخل في عمله من أية جهة كانت ومهما كانت طبيعتها ليقوم بتوجيه القضاء في عمله وجهة معينة، أو لتعرقل مسيرته أو لتعرض عن أحكامه. كما يقتضي هذا المبدأ على أن يتمتع القضاة بحرية الحكم في المسائل المعروضة على القضاء بحيث يحكم استناداً إلى الحقائق وبموجب القانون بعيداً عن التدخل أو المضايقة أو التأثير ومن جانب أي فرع من فروع الحكومة أو من جانب الأفراد وبصفتهم الشخصية⁽²⁾. أي يستلزم هذا المبدأ بأن يحاط القضاة بسياج من الضمانات تقيهم من أي اعتداء أو تجاوز من شأنه أن يؤثر على هذا المبدأ⁽³⁾. وإن كان هذا المبدأ يقوم على تحرر السلطة القضائية من أي تدخل من جانب السلطتين التنفيذية والتشريعية ، ولكن هذا لا يعني التحرر المطلق وأن يكون الطريق إلى استبداد القضاء مفتوحاً ، وإنما يعني عدم خضوع القضاء في تنظيم شؤونه إلا لسلطان القانون بحيث يكون عمل القضاء في سبيل إقرار الحق والعدل خاضعاً لما يمليه عليه القانون وضمير القاضي واقتناعه الحر السليم⁽⁴⁾.

وإن القضاء وإن كان من سلطات الدولة ، إلا أنه ملزم بالخضوع للقانون بحيث تكون ممارسته لسلطته في إطار القانون لا أن تضع طريقاً للعدالة غير ما يتضمنه هذا القانون من قواعد⁽⁵⁾ ، وهذا لا يكون إلا في ظل الدولة القانونية ، تلك الدولة التي تشربت بفكرة القانون والتي يخضع فيها جميع الأفراد والسلطات سواء أكانت تشريعية أم تنفيذية أم قضائية للقانون وهذا بدوره يعزز الثقة بالسلطة ويساعد على استقرار الأمن لدى المجتمع . فإذا كان القضاء هو الذي يتولى مهمة تطبيق القانون فلزاماً عليه أن يقوم أولاً باحترام هذا القانون ومباشرة نشاطه وفقاً للقواعد القانونية السارية ومن ثم يتولى مهمة تطبيق هذه القواعد في المنازعات المعروضة أمامه لضمان حقوق المواطنين ، وكفالة حرياتهم . أي أن مهمته هذه توجب عليه التقيد بالقوانين وأحكامها . وتجدر الإشارة إلى أن إخضاع القضاء للقانون لا يعد قيداً على حركته أو اعتداءً

(1) عبد الوهاب الكيالي وآخرون - الموسوعة السياسية - المؤسسة العربية للدراسات والنشر - مطبعة أطلس - بيروت - 1974 - ص 98.

(2) مبادئ أساسية بشأن، استقلال السلطة القضائية - جامعة منيسوتا - مكتبة حقوق - مأخوذة من شبكة الأنترنت .
<http://www.Hrw-org/arabic/un.Files/text/un/ijb.Htm>

(3) د.عمار بوضياف التهامي - معالم استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - العدد الثلاثون - السنة الثامنة - 1447هـ - 1996م - ص 128.

(4) احمد فتحي سرور - الشريعة والإجرات الجنائية - دار النهضة العربية - دار النهضة العربية - القاهرة 1977 - ص 168 .

(5) خلف مهدي صالح - ضمانات المتهم في الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية - اطروحة دكتوراه - كلية القانون - جامعة بغداد - 1990 - ص 127.

عليه وإنما هو محاولة لتمكين هذه السلطة المهمة من أداء دورها الفعال في حماية المجتمع⁽¹⁾. وكما هو دعوة لتدعيم استقلالية القضاء ليكون سلطة نافذة تمنح الثقة للأفراد والمؤسسات بأنها ستنظم علاقاتهم استناداً إلى القانون⁽²⁾.

وقد أكدت معظم الدساتير على هذا المعنى ، حيث نص الدستور العراقي لعام 1970 في المادة 63: ((إن القضاء مستقل ولا سلطان عليه لغير القانون)) .

وكما أكد على ذلك الدستور الأردني لعام 1952 حيث جاء في مادته 97: ((القضاء مستقل ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون)) .

كما أن المادة 166 في دستور جمهورية مصر العربية لعام 1971 قد أشارت إلى المعنى نفسه: ((إن القضاء مستقل ولا سلطان عليهم لغير القانون)) .

وكذلك دستور سوريا لعام 1973 إذ نصت مادته 133: ((القضاء مستقل لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون)) .

وغيرها من الدول التي درجت على النص في دساتيرها على وجوب خضوع القضاء لسلطان القانون.

إن المشروع الدستوري وإن كان قد نص صراحة على مبدأ استقلال القضاء ومنع التدخل في أعماله، لكن هذا لا يعني أنه أراد الانعزال التام للقضاء حسب، وإنما أراد به المطالبة باستقلاله وليس بإفصاله وانعزاله⁽³⁾، لأن استقلال القضاء تماماً عن السلطتين التشريعية والتنفيذية هو أمر غير جائز في الواقع العملي، إذ أن هناك علاقة وثيقة تربط السلطة القضائية بالسلطتين التشريعية والتنفيذية.

وفيما يتعلق بعلاقة السلطة التشريعية بالسلطة القضائية حيث تتجلى مظاهر التعاون فيما بينهم بأن للسلطة التشريعية دوراً مهماً في تنظيم القضاء من خلال ما تسنه من تشريعات وقوانين تتعلق بهذا المجال، حيث أن السلطة التشريعية تبين تشكيل جهات القضاء وتنظم اختصاصاتها، وكيفية ممارسة اختصاصاتها، فالقضاة لابد لهم من تشريعات وقوانين يحكمون بمقتضاها ومن ثم يجب عليهم الخضوع لأحكام القوانين التي تضعها هذه السلطة.

وفيما يتعلق بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية ، فإن الأولى هي التي تقوم بتعيين القضاة ونقلهم وتأديبهم وترقيتهم. وبالمقابل فإن القضاء يقوم بمهمة الرقابة على أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية. فالقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية تخضع لرقابة القضاء، فهذه القوانين يجب أن لا تخالف أحكام الدستور وإلا عدت باطلة. فالقضاء هو الذي يتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين من جهة، ويمارس مهمة الرقابة على أعمال الإدارة من جهة أخرى، حيث يمارس الرقابة الفعالة في مواجهة الأعمال المخالفة للمشروعية⁽⁴⁾. لابد أن يكون إذن تعاوناً وتداخلاً ما بين هذه السلطات، ولكن بشرط أن لا يصل هذا التعاون إلى حد إهدار استقلالية القضاء أو الاعتداء عليها أو تطغي أي من السلطتين الأخرتين على القضاء، أي أن يكون استقلال القضاء محفوظاً إلى المدى الذي لا تتعدى فيه بقية السلطات عليه⁽⁵⁾.

(١) د. يحيى الجمل - الأنظمة السياسية المعاصرة - دار النهضة العربية - القاهرة - بلا سنة طبع - ، ص 130.

(٢) بول سالم - قدر القضاء - مقال منشور في مجلة الأبعاد - المركز اللبناني للدراسات - العدد الخامس - حزيران - 1996 / مأخوذ من الأنترنت.

http://www. Lcps - Lebanon. Org/arabic/pub/abaad/in5 Poul.html.

(٣) د. يحيى الجمل - مصدر سابق - ص 117.

(٤) د. ثروت بدوي - موجز القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - 1973 - ص 158.

(٥) يس عمر يوسف - استقلال السلطة القضائية بين النظامين الوضعي والاسلامي - اطروحة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - 1984 - ص 178.

نستنتج من ذلك كله إن الاستقلال صفة ملازمة للقضاء لا يمكن فصلها عنه، وإذا تم التصور أن للاستقلال مجالاً واحداً فلا يمكن أن يكون خارج حدود القضاء، إذ بدون هذه الصفة يفقد القضاء ذاتيته ووجوده⁽¹⁾.

أما عن الأسباب التي أدت إلى التركيز على استقلال القضاء وحده دون غيره من سلطات الدولة، بحيث أصبح الاستقلال المحور الرئيس للقضاء، فيعود ذلك إلى طبيعة مهام القضاء التي تكون مختلفة عن طبيعة مهام ووظائف السلطتين التشريعية والتنفيذية وبالتالي فإنها لا تصلح هاتين السلطتين للقيام بالأعباء الملقاة على عاتق السلطة القضائية، فمهمة هذه السلطة تكون شاقة وذات طبيعة خاصة. فهي تسعى إلى تحقيق العدالة وحماية حقوق الأفراد وجرايتهم واحترام القانون ومنع أي اعتداء عليه أو استهتار به. يقع على عاتقه واجب ومسؤولية كبيرة، عليه أن يؤديها بكل أمانة، إذ هو الفصيل في المنازعات كافة، أي أن طبيعة عمله ومهامه هي التي تفرض الاعتراف له بالاستقلال حتى يتمكن من مباشرة نشاطه وتحقيق الغاية المنشودة منه وإن حدث أي خلل في القضاء أو الحيلولة دون تحقيق أهدافه يؤدي إلى حدوث الاضطراب في المجتمع.

نستخلص من كل ما سبق أن طبيعة الجهاز القضائي وطبيعة وظائفه وعمله أدتا إلى خلق تكوين خاص به والذي جعل من الاستقلال صفة تتعلق به⁽²⁾. هذا من جهة ، ويجب أن يحاط القضاء بجهة أخرى بالاستقلالية لمواجهة سلطتين أقوى منها بدرجة لا تقارن، فالسلطة التشريعية تمثل إرادة الأمة، وتصدر القوانين على شكل قواعد عامة ملزمة، في حين أن السلطة التنفيذية تزاول نشاطها وذلك بإصدار قرارات إدارية تنظيمية فردية وتكون مسؤولة عن تنفيذ القوانين، أي أن اختصاصهما يكونان إيجابيين، أما السلطة القضائية فهي سلطة مجردة ويكون اختصاصها سلباً لأنه يقتصر على بيان كلمة القانون وتطبيقه على المنازعات التي تثار أمامها، فيتبين لنا أن السلطة القضائية هي أضعف السلطات العامة في الدولة وهي أحوج للاستقلال لتقف في وجه أي تدخل أو تأثيراً عليها، ولتحمي نفسها ضد نفوذ السلطة أو خطر الأفراد. ويشير العميد عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد إلى: ((أن كل ديمقراطية ناشئة لم تنضج فيها المبادئ الديمقراطية، ولم تستقر هذه المبادئ عندها في ضمير الأمة، تكون السلطة التنفيذية فيها هي أقوى السلطات جميعاً تتغول السلطة وتسيطر عليها، وتتحيف السلطة القضائية وتنتقص من استقلالها، والدواء الناجح لهذا الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية فهي أدنى السلطات الثلاث إلى الإصلاح، إذ القضاء نخبة من رجال الأمة أشربت نفوسهم احترام القانون وانغرس في قلوبهم حب العدل وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ الشرعية ولا يقدر لها المبدأ قيام واستقرار إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ويدفع عنه الطغيان))⁽³⁾. فضلاً عن هذه الأسباب فإنه يستوجب أن تترسخ فكرة استقلالية القضاء، ولكن هذا الاستقلال يجب أن لا يفسر التفسير الخاطئ بأن القضاء فوق المجتمع أو أنه فوق السلطة، وإنما توجب عليه أغراضه ومهامه أن يتمتع باستقلال ذاتي وحصانة كاملة ويكون في منأى عن أي تأثير أو ضغوط يتعرض لها نتيجة أغراضه وأهدافه⁽⁴⁾.

(١) نصرت منلا حيدر - استقلال السلطة القضائية - مجلة المحامون السورية - الأعداد 7، 8، 9، السنة 43، 1977 - ص 101.

(٢) الأستاذ محمد عابدين - من وحي التجربة في القضاء والمحاماة - مجلة المحامون السورية - الأعداد 5، 6، 7، 8، السنة 43، 1978 - ص 148.

(٣) د. فؤاد العطار - القضاء الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - 1966 - ص 99.

(٤) الأستاذ محمد عابدين - مصدر سابق ، ص 150.

المطلب الثاني: نشأة مبدأ استقلال القضاء

إن مبدأ استقلال القضاء يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن مقتضى هذا المبدأ، أن يقوم القضاء كسلطة على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، وأن تكون مستقلة عنهما، كي تتمكن من ممارسة اختصاصاتها وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم ضد تعول السلطتين الأخريتين في إطار سيادة القانون. ونتيجة لما تقدم رأينا أن يتناول هذا المطلب مبدأ الفصل بين السلطات لكونه دعامة أساسية من دعائم استقلال القضاء.

الفرع الأول: التطور التاريخي لمبدأ الفصل بين السلطات

لم يكن هذا المبدأ معروفاً في المجتمعات القديمة، وذلك لأن الاتجاه السائد آنذاك كان يقوم على تركيز السلطة بيد فرد واحد، إذ لم تعرف هذه المجتمعات فكرة توزيع السلطة، وإنما كانت السلطة حقاً شخصياً للحاكم يستأثر به مع الامتيازات والاختصاصات كافة، أي أنها ارتبطت بشخص الحاكم الذي كان يعدها ملكاً له⁽¹⁾، استناداً إلى النظريات الثيوقراطية التي كانت ترجع السلطة إلى الإدارة الإلهية. أي أن مصدر السلطة داخل الدولة هو الله- سبحانه وتعالى- وقد اتخذت النظريات الثيوقراطية ثلاثة أشكال تدرجت على النحو الآتي:

أولاً: نظرية الطبيعة الإلهية للحكام: ومفادها أن الحاكم هو الإله على الأرض وتكون أوامره مطاعة ومقدسة. حيث قام الأفراد بتقديس هؤلاء لطبيعتهم الإلهية.

ثانياً: نظرية الاختيار الإلهي المباشر: تعد هذه النظرية السلطة داخل الدولة ومصدرها الله، وهو الذي يختار الملوك مباشرة لحكم الشعب وبالتالي فهو المسؤول أمام الله فقط⁽²⁾.

ثالثاً: نظرية الاختيار الإلهي غير المباشر: ومقتضى هذه النظرية أن السلطة وإن كان أساسها أصل إلهي إلا أن اختيار الحكام يكون عن طريق البشر في ظل التوجيه الإلهي أي أن الله هو الذي يرتب الحوادث بحيث يتولى فرد معين حكم شعب معين⁽³⁾.

وسواء أكان تركيز السلطة بيد فرد واحد أم هيئة حاكمة واحدة. ففي كلتا الحالتين كان يشكل ذلك خطراً كبيراً على حقوق المحكومين وحررياتهم. فظهرت بوادر هذا المبدأ خلال القرنين السادس عشر والسابع عشر عندما ظهرت المحاولات للحد من الاستبداد بالسلطة وضرورة توزيعها على هيئات متعددة بحيث تختص كل هيئة بوظيفة محددة. وليمنع الحكام من الاستبداد والطغيان ومصادرة الحريات الفردية⁽⁴⁾.

إن هذا المبدأ وإن ارتبط ارتباطاً وثيقاً باسم الفقيه الفرنسي مونتيسكيو، إلا أنه لم يكن أول من نادى بضرورة توزيع السلطة بين هيئات متعددة وإنما سبقه في هذا الشأن العديد من الفلاسفة والمفكرين، ومن أوائل هؤلاء الفلاسفة: الفيلسوف اليوناني أفلاطون عندما كانت هناك بوادر لوضع أسس في تنظيم سلطة الدولة ومقاومة تركيز السلطة⁽⁵⁾، حيث قام أفلاطون بتقسيم وظائف الدولة وسلطاتها إلى سنة هيئات ودعا إلى أيجاز نوع من التوازن والتعاون بين هذه الهيئات لكي لا تخرج كل هيئة عن حدود اختصاصاتها. وهذه الهيئات هي:

(١) فاروق الكيلاني- استقلال القضاء - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - 1977 - ص 16.

(٢) د. زهير المظفر - القانون الدستوري والمؤسسات السياسية - الجزء الأول - مركز البحوث والدراسات الإدارية - تونس - 1992 - ص 103.

(٣) د. عبد الحميد متولي - القانون الدستوري والنظم السياسية - الجزء الأول - الطبعة الثانية - دار المعارف - مصر - 1963 - ص 32.

(٤) د. يحيى الجمل - مصدر سابق - ص 111.

(٥) فوزي لطيف - نظرية الفصل بين السلطات بين الشكل والمضمون - مجلة العلوم السياسية والقانونية - العدد الثاني - 1977 - ص 53.

1. مجلس السيادة ومهمة الإشراف على شؤون الحكم.
 2. مجلس الشيوخ ويتولى مهمة التشريع والإدارة.
 3. جمعية كبار المشرعين وكبار الحكماء ويختص بالإشراف على تطبيق أحكام الدستور وصيانتها.
 4. هيئة قضائية مهمتها الفصل في المنازعات والخصومات التي تثار.
 5. هيئة البوليس وتحافظ على الأمن الداخلي للدولة.
 6. هيئة الجيش وتحافظ على الأمن الخارجي للدولة.
- وكانت وجهة نظر أفلاطون بأن تقسيم وظائف الدولة يمنع الاستبداد بالسلطة لأنها لا تتركز بيد فرد واحد وإنما تتوزع على هيئات مختلفة⁽¹⁾.
- ثم تلاه أرسطو الذي دعا إلى التمييز بين وظائف ثلاث: هي وظيفة المداولة التي تعادل الهيئة التشريعية، ووظيفة الأمر وهي تعادل الهيئة التنفيذية، ووظيفة العدالة أي القضاء، ونلاحظ أن توزيع السلطة لدى أرسطو يشابه التوزيع الذي جاء به مونتييسكو والتي سنأتي إلى بيانها فيما بعد⁽²⁾.
- لم تقتصر الدعوة إلى توزيع السلطة على هؤلاء الفلاسفة حسب ، وإنما جاء بعدهم الفقيه الإنكليزي لوك الذي اهتم بدراسة مبدأ الفصل بين السلطات على أساس السيادة الشعبية للحكومة النيابية متأثراً بالنظام الإنكليزي، حيث مَوَّ في كتابه المعروف باسم الحكومة المدنية بين ثلاث سلطات هي: السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، وسلطة أخرى أطلق عليها اسم السلطة الاتحادية التي جعلها مسؤولة عن الشؤون الخارجية من إعلان الحرب ، وإقرار السلم، وعقد المعاهدات⁽³⁾، ونلاحظ أن الفقيه جون لوك قد نادى بضرورة الفصل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية وأعد السلطة التشريعية هي السلطة العليا في الدولة أي جعل لها مكان الصدارة ما بين سلطات الدولة الأخرى، ولكن مع هذا لم يجعل هذه السلطة مطلقة وإنما تكون ملزمة باحترام قواعد القانون الطبيعي ومنعها من إصدار أي تشريعات تخرجها من نطاق اختصاصها، أما السلطة التنفيذية فمهمتها تنفيذ القوانين. وكانت وجهة نظره هي عدم جمع هاتين السلطتين في يد واحدة⁽⁴⁾ لأن ذلك يؤدي إلى التسلط والاستبداد. أما القضاء لم يجعله سلطة مستقلة بحد ذاتها وإنما عدها جزءاً من السلطة التشريعية. ويعزى سبب ذلك إلى ما كان عليه الحال في البرلمان الإنكليزي حيث كان يعهد إليه بمهمة الفصل في المنازعات. أي أنه كان لديه اختصاص قضائي⁽⁵⁾.

وقد كتب الفقيه الفرنسي جان جاك روسو أيضاً عن مبدأ الفصل بين السلطات ونادى بضرورة الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية نظراً لاختلاف طبيعة كل منهما. إذ يرى روسو أن السيادة تنحصر بالسلطة التشريعية لكونها تمثل مجموع الشعب، أما السلطة التنفيذية فهي بمثابة الوسيط بين أفراد الشعب والسلطة التشريعية. أي أن السلطة التنفيذية تكون بمثابة المنسوب عن الشعب وبالتالي يكون للشعب الحق في رقابتها وإسقاطها. وتجد الإشارة إلى أن الفقيه روسو لم ينظر إلى القضاء على أنه سلطة مستقلة وإنما عده جزءاً من السلطة التنفيذية.

(١) د. السيد خليل الهيكل - الأنظمة السياسية التقليدية والنظام الإسلامي - 1984 - ص 178.

(٢) د. محمد كاظم المشهداني - النظم السياسية - مطابع دار الحكمة للطباعة والنشر - الموصل - 1991 - ص 103.

(٣) د. محمود عاطف البنا - النظم السياسية - الطبعة الثانية - دار الفكر العربي - بلا مكان طبع - 1984 - 1985 - ص 433.

(٤) د. السيد خليل الهيكل - مصدر سابق - ص 181.

(٥) د. محمود عاطف البنا - مصدر سابق - ص 424.

وإن القضاة يعدون من موظفي الدولة وخاضعين للقوانين التي يخضع لها سائر الموظفين⁽¹⁾. أما الفقيه الفرنسي مونتيسكيو فعلى الرغم من تأثره بأفكار الذين سبقوه من الفلاسفة والمفكرين فقد ارتبط هذا المبدأ به، إذ له الفضل في إبرازه وصياغته صياغة جديدة وعرضه عرضاً واضحاً في كتابه المشهور ((روح القوانين)) الصادر عام 1748. وهو يعد أول من أرسى دعائم استقلالية القضاء بكونها سلطة مستقلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين الأخريتين، حيث تبلورت هذه الفكرة ونضجت من خلال المبدأ الذي وضعه مونتيسكيو وعد استقلال القضاء هو العنصر الأساسي في هذا المبدأ الذي نادى به.

(¹) الاستاذ نصرت منلا حيدر - مصدر سابق - ص 100.

الفرع الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات في الفقه الدستوري

نبين في هذا الفرع مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات وتقديره وذلك في فقرتين مستقلتين.
أولاً: مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات

إن مقتضى هذا المبدأ أن يستقل كل سلطة من سلطات الدولة في مباشرة الوظيفة التي أسندها إليها الدستور، ولا يجوز لأي منهما الاعتداء على وظيفة السلطات الأخرى أو تجاوز حدود اختصاصاتها^(١).

ويمكن استخلاص معنيين أساسيين لمبدأ الفصل بين السلطات أولهما: الاستقلال العضوي. ويقصد به أن يتمتع كل من سلطة من سلطات الدولة بالاستقلال الذاتي في مواجهة باقي السلطات. أي أن هذا المبدأ يقوم على أساس عدم التدخل في شؤون باقي السلطات.

ثانيهما: التخصص الوظيفي: حيث يختص كل سلطة بممارسة اختصاصاتها بحيث تقتصر وظيفة السلطة التشريعية على سن القوانين، في حين تقتصر وظيفة السلطة التنفيذية بمهمة تنفيذ القوانين، أما السلطة القضائية تنفرد بمزاولة وظيفتها القضائية التي تتمثل بتطبيق القانون على المنازعات والخصومات التي ترفع إليها^(٢).

فنلاحظ أن مونتيسكيو قد أخذ من التقسيم الثلاثي لوظائف الدولة أساساً لتوزيع السلطة بين هيئات مختلفة، أي أنه قد أقام هذا المبدأ على أساس فكرة وجود وظائف متميزة في الدولة^(٣). وإن أساس فكرة المبدأ لدى مونتيسكيو هو أنه إذا اجتمعت هذه السلطات بيد فرد واحد أو هيئة حاكمة واحدة، فإن ذلك سيكون مدعاة لإساءة استعمال السلطة أو الاستبداد بها، فعلى سبيل المثال إذا اجتمعت وظيفتا التشريع والتنفيذ بيد واحدة، فالنتيجة المترتبة على ذلك هي فقدان التشريع لصفة العمومية والتجديد. أي فقدانه ضمانه وضعه قواعد عامة مجردة تطبق على الحالات المستقبلية، لأنه يمكن أن تقوم السلطة التشريعية بسن القوانين لتطبق على حالات خاصة وتحقيقاً لمأرب شخصية^(٤) ويؤدي في الوقت ذاته إلى أن تجتمع صفتي المشرع والمنفذ في الشخص نفسه. بحيث يكون الذي قد سن القانون هو نفسه الذي قام بتنفيذه.

وتكون الحالة نفسها عند اجتماع وظيفتي التشريع والقضاء بيد واحدة. حيث ستتحقق النتيجة الأولى نفسها وهي فقدان القانون لصفة العمومية التي يتميز بها لأنه يمكن للمشرع أن يسن قواعد قانونية تتفق مع الحل الذي يراد تطبيقه على الحالات الفردية التي تعرض أمام القضاء فيحابي من يشاء ويظلم من يشاء بحيث يصبح القضاء أداة لتنفيذ الأغراض والمآرب^(٥). وتجدر الإشارة إلى أن الفصل الذي نادى به مونتيسكيو لم يقصد به الفصل التام أو الفصل العازل بين السلطات بحيث تكون كل سلطة في عزلة عن السلطة الأخرى، وإنما يهدف هذا المبدأ إلى إيجاد نوع من التوازن والتعاون بين هذه السلطات، حتى يمكنها هذا التعاون والتنسيق من تأدية وظائفها وتحقيق أهدافها، وهذا يقتضي في الوقت ذاته إيجاد الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات،

(٣) د. فؤاد العطار - مصدر سابق - ص 181.

(٤) د. محمد كاظم المشهداني - مصدر سابق - ص 116.

(٥) د. محمود عاطف البنا - النظم السياسية - مصدر سابق - ص 329.

(٦) د. منير حميد البياتي - الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي - الطبعة الأولى - الدار العربية لطباعة - بغداد - 1979 - ص 230.

(٧) عبد الغني بسيوني عبد الله - النظم السياسية - الدار الجامعية - بلا مكان طبع - 1985 - ص 267.

لضمان عدم تجاوز أية سلطة لحدود اختصاصاتها. ويضمن هذا التعاون حقوق الأفراد وحررياتهم⁽¹⁾.

وقد اختلفت الأنظمة السياسية في اعتناقها لمبدأ الفصل بين السلطات. إذ نجد أن بعضاً من هذه الأنظمة قد أخذت بالفصل المرن الذي يحقق التعاون والتوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، والشاهد على ذلك الأنظمة البرلمانية، حيث تتخلى مظاهر التعاون بأن للسلطة التشريعية الحق في سؤال الحكومة واستجوابها وطرح الثقة بها بعد ثبوت مسؤولياتها السياسية. وبالمقابل يكون للسلطة التنفيذية حق الرقابة على تكوين السلطة التشريعية. وممارستها لأعمالها التشريعية وحق حل هذه السلطة إذا ما رأت أن هناك مبرراً لذلك. أما الأنظمة الأخرى فقد أخذت بأسلوب الفصل التام بين السلطات. وخير شاهد على ذلك الولايات المتحدة الأميركية التي اعتنقت هذا المبدأ في دستورها لعام 1787. ويفترض في هذا النوع من الفصل أن لا يكون هناك أي اتصال أو تعاون بين هذه السلطات. لأن هذه السلطات ستجد نفسها بطبيعة الحال مضطرة إلى قيام بالتعاون والتضامن فيما بينها. فمثلاً رئيس الدولة يتمتع بحق الاعتراض على القوانين ومخاطبة البرلمان برسائل شفوية، أما السلطة التشريعية فموافقتها ضرورية لنفاذ كثير من أعمال السلطة التنفيذية نحو تعيين كبار الموظفين. وإبرام بعض المعاهدات، والموافقة على الميزانية⁽²⁾. ونلاحظ أن في الأفكار التي طرحها مونتيسكيو في كتابه روح الشرائع تأثيراً كبيراً على الثورتين الفرنسية والأميركية، حيث أعلنت الثورة الفرنسية في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789: ((إن كل جماعة سياسية لا تضمن حقوق الأفراد ولا تفصل بين السلطات لا دستور لها)) وتأسيساً على ذلك قامت أول دساتير الثورة الفرنسية لعام 1791، ودستور الجمهورية الثالثة ودستور سنة 1748 بمبدأ الفصل بين السلطات في الدولة فضلاً عن أثره على الثورة الأميركية لعام 1777 الذي وضع على أثره الدستور الأميركي لعام 1787⁽³⁾.

ثانياً: تقدير مبدأ الفصل بين السلطات

على الرغم من أن مبدأ الفصل بين السلطات قد انتشر وساد في العديد من الدول الديمقراطية وعلى رأسها إنكلترا والولايات المتحدة الأميركية وأصبح من المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها نظام الحكم، ولكنه مع هذا فقد تعرض لجملة من الانتقادات منها:

- 1- لقد شبهت السلطات الثلاثة بأعضاء الجسم البشري التي تتصل وترتبط مع بعضها ارتباطاً طبيعياً وتؤدي وظائفها بصورة متكاملة ومن ثم لا يمكن الفصل بينهم⁽⁴⁾.
- 2- أما القسم الآخر من الفقهاء فقد انتقدوا هذا المبدأ على أساس أنه يؤدي إلى القضاء على فكرة المسؤولية وذلك على اعتبار أن تعدد السلطات مع استقلالها يؤدي ذلك إلى توزيع المسؤولية وعلى تجهيلها أي عدم تحديدها ووضوحها، أما تركيز السلطة فإنه يؤدي إلى حصر المسؤولية وتحديدها وذلك لأن الهيئة التي تتجمع في يدها كل السلطات هي نفسها التي تتحمل أعباء المسؤولية كاملة⁽⁵⁾.

(٣) د. السيد خليل هيكل - مصدر سابق - ص 187.

(٤) نعمان احمد الخطيب - النصوص الدستورية أهم ضمانات حقوق الإنسان - مقال منشور في

مجلدات حقوق الإنسان - المجلد الثالث - دراسات تطبيقية عن العالم العربي - دار العلم للملايين - بيروت - لبنان - 1998 - ص 183.

(٥) عبد الغني بسيوني - مصدر سابق - ص 265.

(٦) د. السيد خليل هيكل - مصدر سابق - ص 187.

(٧) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - مصدر سابق - ص 268.

- 3- إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يستهدف إلى جعل كل سلطة على قدم المساواة مع السلطتين الأخرتين، لكن من الملاحظ عملاً في بعض الدول أنه قد نتج عن تطبيق هذا المبدأ سيطرة سلطة معينة على باقي السلطات في الدولة. أي يكون هناك ميل أمام إلى جانب السلطة التنفيذية وإما إلى جانب البرلمان.
- 4- إن النظم التي حاولت أن تأخذ مبدأ الفصل التام بين السلطات قد واجهت صعوبات عملية كبيرة مما أدت إما إلى انهيار النظام، أو إلى إيجاد نوع من التعاون والتنسيق فيما بينها للتغلب على مشاكلها، وكما هو الحال في الولايات المتحدة الأميركية⁽¹⁾.
- وخلاصة القول أنه مهما كانت صحة الانتقادات التي وجهت لهذا المبدأ، فإنه قد أصبح من المبادئ الرائدة في القانون الدستوري وأصبح هذا المبدأ وثيق الصلة بصفة خاصة بمبدأ استقلال القضاء، وذلك لأن استقلاله ينبع من مبدأ الفصل بين السلطات في الدولة⁽²⁾.

الفرع الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات في الإسلام

يعد هذه المبدأ من المبادئ الدستورية الأساسية التي تقوم على أساسها الأنظمة الديمقراطية، فهل عرف النظام الإسلامي هذا المبدأ ؟ لقد اختلفت الآراء بهذا الخصوص. فقسم من الكتاب يذهبون إلى القول: بأن النظام الإسلامي عرف مبدأ الفصل بين السلطات، ولكن هذا الفصل يقصد به الفصل بين السلطات التشريعية من جهة والسلطتين التنفيذية والقضائية من جهة أخرى. حيث إن السلطة التشريعية هي بيد الله سبحانه وتعالى فهو الذي اختص بها وحده دون غيره أي أن التشريع في الإسلام مصدره التشريع الإلهي والمتمثل بالقرآن الكريم وسنة رسوله الكريم محمد (صلى الله عليه وسلم)⁽³⁾.

فالتشريع سلطة مطلقة لله وحده يمارسها عن طريق الوحي بتشريعاته المباركة إلى الرسول الأعظم محمد (صلى الله عليه وسلم) والذي كان بدوره يبلغها إلى الناس ليبين لهم أمور دينهم ودنياهم، ولكن هذا لا يمنع بأن الرسول كان له أيضاً مركزاً تشريعياً، ولكنه كان مركزاً تبعياً، لأن المركز الأصلي لله سبحانه وتعالى أما المركز التبعي يكمن في أنه كان يقوم بوظيفة تكميلية فيما يتعلق بالأمور التي جاءت بصورة عامة أي إجمالية، أو الأمور التي تحتاج إلى البيان والتوضيح. وما يؤكد على ذلك قال الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم): ((ليوشك الرجل متكئاً على أريكة، لا يحدث بحديثي فيقول بيننا وبينكم كتاب الله، ما وجدنا فيه من حلال استحللناه وما وجدنا فيه من حرام حرّمناه إلا ما حرّم رسول الله فهو مثل ما حرّم الله))⁽⁴⁾.

أما بعد الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) فلم تقتصر مصادر التشريع على القرآن الكريم بكونه المصدر التشريعي الأول في الإسلام، والسنة النبوية الشريفة بكونها المصدر الثاني لوحدتهما، نما التشريع وازدادت مصادره وفتح الباب للمهتدين بتقرير الأحكام ويمارسوا نشاطاً تشريعياً في تفسير نصوص الكتاب والسنة لاستنباط وإيجاد الحكم الشرعي الملزم للمسائل

(يم) نصرت منلا حيدر - مصدر سابق - ص 100.

(٢) عبد الستار سالم الكبيس - ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق

- جامعة القاهرة - 1981 - ص 163.

(٣) د. السيد خليل هيكل - مصدر سابق - ص 195.

(٤) محمد حبيب التجكاني - النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية - دار الشؤون

الثقافية العامة - بغداد - (ب ت) - ص 53.

المجتهدة التي لا يوجد فيها نص⁽¹⁾. لأن المسألة إذا كان ينطبق عليها حكم من كتاب الله أو سنة رسوله فيتم تطبيق ذلك الحكم وإن لم يجدوا حكماً اجتهدوا شريعة أم لا يخرجوا في اجتهادهم على القواعد العامة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، لأن كل تشريع أو حكم مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية فلا يعد تشريعاً ولا يمكن الأخذ به. أي أن بهذا المفهوم للتشريع كانت السلطة التشريعية مفصولة بصورة تلقائية عند السلطتين التنفيذية والقضائية⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالسلطتين التنفيذية والقضائية، ففي عهد الرسول الكريم محمد (صلى الله عليه وسلم) فقد كان يجمع بيده السلطتين، فكان يفصل في الخصومات ويقوم بإصدار العقوبات وينفذ الأحكام أو يأمر بتنفيذها⁽³⁾. وبعد الرسول (صلى الله عليه وسلم) أول قاضٍ في الإسلام لقوله تعالى ((فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَدْرَهُمْ الشَّجَرُ بِذَنبِهِمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا))⁽⁴⁾. وكان قضاء الرسول قضاءً اجتهادياً أي يقضي بما يرى دون أن ينزل عليه الوحي⁽⁵⁾. ومما يؤكد على ذلك قوله لرجلين اختصما إليه في مواريث بينهما ((إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً فإنما أقطع له من النار.....)). أما بعد انتشار الدين الإسلامي وامتداده إلى الأقاليم ظهرت حاجة الناس إلى ولاية وقضاة، وهذا ما دعا الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) إلى إرسال الولاة إلى الأقاليم، حيث كان الوالي يجمع بين السلطتين التنفيذية والقضائية في آن معاً أي كان الوالي قاضياً وحاكماً يدير أمور الرعية في الوقت ذاته. أي أن الوضع كان مشابهاً لوضع الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) في المدينة المنورة⁽⁶⁾. أما في عهد الخلفاء الراشدين فنجد في زمن الخليفة الرشيد أبو بكر الصديق رضي الله عنه لم يختلف كثيراً عما كان عليه في زمن الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) عليه وسلم فإنه قد مارس القضاء بنفسه في المدينة، وبعث بالقضاة إلى الأقاليم ولم يفصل ولاية القضاء عن مهام الولاية بل ظل الأمر كما كان عليه في عهد الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) وجاء بعده الخليفة الراشد عمر بن الخطاب الذي فصل ولاية القضاء عن مهام الوالي. ويعزى سبب ذلك إلى اتساع رقعة الدولة الإسلامية، وتثبيت مهام الخلفاء والولاة، وازدياد أعباء الحكم والإدارة وهذا ما دعا الخلفاء إلى تولية القضاة في الأمصار والأقاليم إلى جانب الحكم الذين كانوا يمارسون أمور الحكم في تلك الأقاليم. وأصبح القضاء منفصلاً عن السلطة التنفيذية وأصبح عمر بن الخطاب أول من جعل القضاء مستقلاً، وتعد رسالته إلى القاضي أبي موسى الأشعري في الكوفة دستوراً أساسياً للقضاء الإسلامي⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه حتى في حالة دمج السلطتين التنفيذية والقضائية في شخص واحد، لم يكن يؤثر هذا على الاستقلال القضاء أو على القضاة في مباشرتهم لوظائفهم، بل على العكس من ذلك كان الاستقلال متوافراً للقضاة بدرجة لا مثيل لها في الدولة الحديثة⁽²⁾. لأن القاضي عندما

(٣) د. منير حميد البياتي - مصدر سابق - ص 234.

(٤) السيد خليل هيكل - مصدر سابق - ص 195.

(٥) محمد حبيب التجكاني - مصدر سابق - ص 37.

(٦) سورة النساء - الآية رقم (65).

(٧) د. عدنان الخطيب - حقوق الإنسان في الإسلام - دمشق - 1980 - ص 42.

(٨) الأستاذ بدوي إبراهيم حمودة - القضاء في الإسلام - مجلة العدالة الإماراتية - العدد العاشر -

السنة الثالثة، 1369 هـ - 1976 م - ص 9.

(٩) د. سليمان الطماوي - السلطات الثلاثة في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي -

الطبعة الرابعة - دار الفكر العربي - بلا مكان طبع - 1979 - ص 433.

(١٠) ذياب عبد الكريم عقل - عزل القاضي وانتهاء ولايته في الشريعة الإسلامية بسبب زوال الأهلية مقارنة

بتشكيل المحاكم الشرعية الأردنية - مجلة الدراسات الأردنية - المجلة رقم 26 العدد 2 - 1420 هـ -

1999 م - ص 329.

كان يقوم بتطبيق أحكام الشرع على النزاعات المعروضة أمامه وهو عندما يمارس عمله هذا إنما يمارسه وهو مستقل استقلالاً كاملاً على الرغم من تبعيته للسلطة التنفيذية المتمثلة بالخليفة أو الوالي وكونه القائم بمهمة تعيين القضاة. حيث يقوم الخليفة بعمله بمنأى عن تدخل الخليفة. والخليفة بكونه أعلى شخص يمثل السلطة. كان يترافع أمام القضاء ويتعرض للمسألة شأنه شأن أي فرد من أفراد الرعية. واستقلال القضاء الإسلامي عن سلطة الحكم وعدم خضوعه لأي تأثير وعدم قبول القاضي المستقل في قضائه لأي تدخل أو سعي لديه كانت وما زالت مضرب المثل في تاريخ استقلال القضاء⁽³⁾.

تبين لنا مما سبق أن القضاء كان مستقلاً تمام الاستقلال في نشاطه القضائي حتى في حالة دمج السلطة التنفيذية ويحكم حسب قواعد وقوانين الشريعة الإسلامية بعيداً كل البعد عن أي تأثير أو خضوع لأهواء وميول من جانب الحكام والولاة. وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد سبقت غيرها من القوانين الوضعية وسبقت الثورة الفرنسية في تقريرها لمبدأ استقلال القضاء حتى في حالة دمج من الناحية العضوية بالسلطة التنفيذية⁽⁴⁾.

أما القسم الآخر من الكتاب فيذهبون إلى القول: بأن النظام الإسلامي لم يعرف مبدأ الفصل بين السلطات. أي أن النظام الإسلامي يقوم على مبدأ تركيز السلطات بيد فرد واحد⁽⁵⁾، ففي عهد الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) كان يجمع السلطات الثلاثة بيده الشريفة. فقد تولى الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) مهمة القضاء والفصل بين الناس بكونه المرجع في رد الحقوق إلى أصحابها، ونصرة المظلوم، وتنظيم علاقات الناس على أساس قواعد الشريعة الإسلامية. فكان التشريع يصدر عنه ثم يشرف على تنفيذه، بحيث كان له وظيفة التشريع والتنفيذ والقضاء فضلاً عن وظيفته الأساسية في دعوة الناس إلى الإيمان بالله وتبليغهم ما أنزل من ربهم فينظم أحوالهم حسب ما يقتضيه الشرع الإسلامي⁽¹⁾.

أما في عهد الخلفاء الراشدين فكانوا يباشرون هذه السلطات بأنفسهم فكانت كلها مجمعة في يد الخليفة، حيث كان يمارس وظائف السلطات الثلاث، وبعد اتساع رقعة الدولة الإسلامية وازدياد أعباء الحكم قام الخلفاء بتفويض غيرهم للقيام بهذه السلطات⁽²⁾. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل أن جمع السلطات بيد فرد واحد أو هيئة واحدة كان يشكل سبباً أو دافعاً لإساءة استعمال السلطة في النظام الإسلامي؟

فمن المعروف أن السبب الذي دعا الفقهاء في الغرب إلى المناداة لمبدأ الفصل بين السلطات هو أن كل فرد يجمع بيده السلطة يميل بطبيعته إلى إساءة استعمالها والاستبداد بها. وهذا يؤدي إلى الإعتداء على الحقوق والحريات. فيما يتعلق بالنظام الإسلامي نجد أنه أقل حاجة إلى هذا المبدأ⁽³⁾. ويعزى ذلك إلى أسباب عدة:

ففي بداية الأمر عندما كانت السلطات تتركز بيد الرسول العظيم محمد (صلى الله عليه وسلم) ولا سيما في بداية تأسيس الدولة الإسلامية حيث أن جمع هذه السلطات بيده لم يكن مصدراً لإساءة استعمال السلطة. لعصمته ونزاهته عن الخطأ والسوء إذ لا يمكن أن يصدر عنه أي قول أو فعل أو تشريع لحاجة أو مصلحة شخصية. كانت غايته هي مصلحة المجتمع الإسلامي فضلاً عن أنه لم يكن يتصرف من تلقاء نفسه، وإنما بناءً على أوامر الله - سبحانه وتعالى - هذا من جهة،

(3) جمال الدين العفيفي - آراء في الشرعية وفي الحرية - الهيئة المصرية العامة للكتاب - 1980 - ص 194.

(4) منير البياتي - مصدر سابق - ص 424.

(5) محمود عاطف البنا - مصدر سابق - ص 126.

(*) يس عمر يوسف - مصدر سابق - ص 304.

(□) د. عبد الحميد متولي - الإسلام ومبادئ نظام الحكم في الماركسية والديمقراطيات الغربية -

الطبعة الثالثة - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1981 - ص 139.

(3) منير حميد البياتي - مصدر سابق - ص 232.

ومن جهة أخرى فإن الرسول الأعظم كان مراقباً من الله - سبحانه وتعالى - ومطلعاً عليه ومتتبعاً لكل عمل يعمل به أو قول يقوله، فإذا قام بعمل ولم ينزل من الله ما يصبوب هذا العمل أو التصرف فذلك دليل على إقرار الله - سبحانه وتعالى - لهذا العمل، وإذا نزل ما يصحح هذا العمل كان ذلك إشارة إلى الله - سبحانه وتعالى - لا يترك عملاً للرسول إلا إذا كان مقراً منه⁽⁴⁾. أما بعد وفاته وانتقال هذه السلطات، إلى الخلفاء الراشدين والصحابية لم تكن هناك حاجة للفصل بين السلطات، ويعزى سبب ذلك إلى أمرين هامين أحدهما: قوة الوازع الديني الذي كان أساس عمل المسلم سواء أكان حاكماً أو قاضياً أم فرد عادياً. والآخر: يرجع ذلك إلى شدة تقواهم وعدلهم وخشيتهم من الله - سبحانه وتعالى - وزهدهم عن متاع الدنيا وما فيها من جاه أو سلطان⁽⁵⁾. ويعد زمن الخلفاء الراشدين ظهرت بعض مظاهر سوء استعمال السلطة من قبل بعض الخلفاء والولاة ويعزى ذل إلى ضعف الوازع الديني لدى بعض المسلمين وميلهم إلى السلطان والقوة وحبهم للجاه والسلطان، ولكن مع هذا كانت هناك أسباب تمنع الخليفة من الاستبداد بالسلطة منها:

1- إن يملك السلطة في النظام الإسلامي، لا تكون إرادته هي القانون فيستبد أو يتعسف كما يشاء. حيث أن الأمور لا تكون رهناً بمشيتته، لأنه ليس للخليفة حق التشريع ابتداءً، لأنه من المعروف إن التشريع لهذا المعنى يختص به الله - عز وجل - وحده. وإنما كان للخليفة أو للحاكم حق التشريع ابتداءً. أي معنى ذلك أنه يقوم بتنظيم الأمور التي لم يرد فيها نص أو توضيح وبيان الأمور التي جاءت النصوص بشأنها عامة أو مطلقة. ومع هذا فإن الخليفة لا يستقل بهذه الأمور لوحده، وإنما يساعده في ذلك الفقهاء والعلماء. ويكون قراره صادراً استناداً على اجتهاد جماعي⁽¹⁾.

2- إنه حتى في حالة قيام الخليفة بالإساءة في استعمال السلطة فليس معنى ذلك أنه معصوم وأنه لا يتعرض للعقاب، وإنما على العكس من ذلك فهو معرض لنوعين من الجزاءات أولهما: الأخروي المتمثل في عقاب الله - سبحانه وتعالى - لأنه راع وهو مسؤول عن رعيته وبالتالي فهو مسؤول أمام الله - عز وجل - عن إساءته لمصالح رعيته، أما الجزاء الدنيوي المتمثل في حق رعيته في محاسبته على أخطائه وعدوانه والمطالبة بخلعه عن الخلافة⁽²⁾.

فهذه القواعد التي وضعها النظام الإسلامي كانت خير ضمانة وحصانة لمقاومة التعسف وإساءة استعمال السلطة من قبل الحاكم. وبذلك لم يكن هناك خوف على حقوق المسلمين ومصالحهم حتى في حالة دمج السلطتين التنفيذية والقضائية. لأن كل هاتين السلطتين كانت تنفذ شريعة سمحاء قائمة لا يملك أي شخص التقدم عليها أو التأخر وتضمن حقوق الأفراد وحررياتهم بشكل ثابت.

المبحث الثاني: أهمية ومكانة مبدأ استقلال القضاء

نبين في هذا المبحث جدوى استقلال القضاء، مع بيان المكانة التي يحتلها في القانون الدولي والداخلي وفي الشريعة الإسلامية وذلك في مطلبين:
المطلب الأول: أهمية مبدأ استقلال القضاء.
المطلب الثاني: مكانة مبدأ استقلال القضاء.

(4) د. يس عمر يوسف - مصدر سابق - ص 305.

(5) عبد الكريم ذياب عقل - مصدر سابق - ص 330.

(*) د. محمود عاطف البنا - مصدر سابق - ص 127.

(□) منير حميد البياتي - مصدر سابق - ص 233.

المطلب الأول: أهمية مبدأ استقلال القضاء

حمل القضاء أمانة العدل منذ فجر التاريخ، فهو قديم قدم الجماعة البشرية التي استشعرت دوماً بحاجاتها إلى الأمن والطمأنينة في النفوس⁽¹⁾، وبحسم ما يثور بين الأفراد من خلافات وخصومات وبرد الحقوق إلى أصحابها وبرفع الظلم والطغيان، ولذلك ظهرت الحاجة إلى القضاء ليستقر نظام الحكم به ويستتب الأمن وتزدهر الحضارة⁽²⁾. وتبرز أهمية استقلال القضاء في مجالات عدة سواء أكانت متعلقة بالفرد أم بالدولة، وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهمية مبدأ استقلال القضاء فيما يتعلق بالفرد.
الفرع الثاني: أهمية مبدأ استقلال القضاء فيما يتعلق بالدولة.

الفرع الأول: أهمية مبدأ استقلال القضاء فيما يتعلق بالفرد.

تكمن أهمية هذا المبدأ فيما يتعلق بالفرد بأنه الضمان لحماية الأفراد وحياتهم: إذ من المعروف أن القضاء هو الميزان الذي يحقق العدالة والحسن الذي يلوذ به الأفراد دفاعاً عن حقوقهم وحياتهم في حالة انتهاكها سواء أكان من قبل الأفراد أنفسهم لأن من المعروف أن الإنسان اجتماعي بطبعه ولا يستطيع العيش منفرداً وفي عزلة عن باقي أفراد المجتمع، وإنما يعيش على شكل جماعات، فيقيم علاقات معهم. ومن خلال تلك العلاقات تنشأ خصومات ومنازعات معينة بسبب تعارض المصالح الشخصية⁽³⁾، والفرد عند اختلافه مع الفرد ويأسه من الحل الودي أو التفاهم فلا يكون أمامه إلا اللجوء إلى القضاء. ولا يمكن أن يقوم القضاء بمهمته هذه إلا إذا كان محايداً مستقلاً لا يهاب أحداً مهما كان نفوذه وسلطانه. وبهذا يقدر أن يعطي لصاحب الحق حقه ورد الظلم والعنوان عن حقوقه⁽⁴⁾.

أو عندما ما يتم انتهاكها من قبل السلطات العامة في الدولة، لأن المواطن في أية دولة كانت، لا يمكن أن يعيش بمعزل عن تصرفات السلطات، التي لا بد لها أن تمس بحقوق المواطنين بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁽⁵⁾ فمثلاً بخصوص السلطة التنفيذية، فإن هذه السلطة بما تملك من صلاحيات كبيرة لتنظيم حقوق الأفراد وحياتهم فقد تنتهك هذه الحقوق بما تصدره من لوائح وأوامر أو تعليمات وما تتخذه من إجراءات وكذلك بكونها المسؤولة عن تنفيذ القوانين، فإنها قد تنتهك الأفراد ظلماً وعدواناً بارتكاب الجرائم ما أي تصبح تصرفات السلطة التنفيذية مصدراً للظلم والشكوى من قبل الأفراد. وفي هذه الحالة لن يأمن الأفراد على أنفسهم بدون وجود قضاء مستقل ومحايد وعادل يدافع عن المظلوم ويقوم بإعلاء كلمة القانون. ويقوم القضاء بهذه المهمة عن طريق الرقابة على أعمال الإدارة (رقابة المشروعية)⁽⁶⁾، حيث تناط مهمة مراقبة أعمال الإدارة

(٣) المستشار محمود رضا الخضيرى - تشريعات السلطة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة - دار النهضة العربية - القاهرة - 1996 - ص 12.

(٤) الأستاذ بدوي إبراهيم حمودة - مصدر سابق - ص 8.

(٥) الدكتور مصطفى الخن - مصطفى البفا - علي الشرجي - الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي - الطبعة الأولى - دار العلوم الإنسانية - دمشق - 1409هـ - 1989م - ص 154.

(٦) محمد شهيد أرسلان - استقلال القضاء - بحث مقدم إلى مؤتمر المحامين العرب - لجنة استقلال القضاة والمحاماة - حلب - 1989 - ص 7.

(٧) محمد عصفور - استقلال السلطة القضائية - مطبعة أطلس - القاهرة - بلا سنة طبع - ص 48.

(٨) جعفر صادق مهدي - ضمانات حقوق الإنسان - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - ص

إلى القضاء الذي يتوافر فيه كل مقومات الاستقلال والحيدة التامة وبذلك تعد ضمانات أساسية تحمي بها حقوق الأفراد وحياتهم تجاه تعسف السلطة التنفيذية إذا ما تجاوزت حدود صلاحياتها وبالتالي إجبارها على احترام القواعد القانونية⁽¹⁾. أما فيما يتعلق بالسلطة التشريعية على الرغم من إن هذه السلطة هي المسؤولة عن وضع قواعد عامة مجردة ولا شأن لها بالتطبيق في الحالات الفردية، ولكن مع هذا يمكن لهذه السلطة أن تكون مصدر اعتداء على حقوق الأفراد وحياتهم وذلك بخروجها عن الأحكام العامة للدستور، ويتم ذلك عندما ينص الدستور على حق من حقوق الأفراد، فيمكن للمشرع العادي أن ينتهكها أو يعتد عليها عن طريق إصدار أي تشريع أو قانون يتضمن الحد من هذه الحقوق أو الانتقاص منها أو مصادرتها سواء أكانت مصادرة كلية أم جزئية. ومن هنا كانت القضائية على دستورية القوانين من أكثر الضمانات فاعلية لحماية الحقوق والحريات عن طريق قيامها بإلغاء أي تصرف أو الأمتناع عن تطبيقه إذا ما توضح لها مخالفة القانون. فهذه الرقابة تكون لهم سلاحاً فعالاً يستطيعون بمقتضاه الالتجاء إلى جهة مستقلة محايدة وتتمتع بضمانات فعالة يتمكنون من خلالها المطالبة بإلغاء القرارات والقوانين المخالفة للقانون والمطالبة بالتعويض عنها⁽²⁾.

يتبين لنا مما تقدم أن للقضاء دوراً كبيراً وفعالاً في صيانة الحقوق وكفالة حرياتهم، فهو يحمل رسالة عظيمة وتقع عليه مسؤولية لا سيما في حماية حقوق الإنسان، لأن الفرد لا يطمئن على حقوقه إلا عند وقوفه أمام قضاء قوي مستقل. ويتوقف هذا على مركز القضاء في الدولة، لأنه كلما كان القضاء قوياً متطوراً ومستقلاً وبعيداً عن التدخلات والتأثيرات الخارجية كلما كانت الحقوق محمية ومصونة⁽³⁾، فيتضح لنا مدى العلاقة الوثيقة

بين حقوق الإنسان واستقلالية القضاء لأنه إذا ضعف القضاء، أصبح غير قادر على قول الحق أو القيام بمهامه، انتهكت هذه الحقوق⁽⁴⁾. هذا فيما يتعلق بدور القضاء كونه سلطة مستقلة.

أما عن دور القاضي المستقل بكونه فرداً من أفراد السلطة القضائية فلا يمكن إنكار دوره في حماية حقوق الأفراد. إذ يتضح دوره من خلال امتناعه عن تطبيق أي قانون أو لائحة يتضمن الانتقاص من هذه الحقوق أو الاعتداء عليها، لأن المطلوب من القاضي هو ليس الاستبعاد أو الامتناع عن تطبيق أي قانون يتعارض مع أحكام الدستور أو يتعارض مع النصوص التشريعية حسب، وإنما أيضاً يتوجب عليه استبعاد النصوص التي لا تتلاءم ولا تتسجم مع ما تتضمنه الاتفاقيات والإعلانات الدولية من نصوص تتعلق بحقوق الإنسان لأن هذه المعاهدات والاتفاقيات الدولية تعد مصدراً من مصادر القانون لدى الدول فضلاً عن المصادر الداخلية الأخرى للقانون⁽⁵⁾.

ولذلك وصف القضاء بحق بأنه الحارس الطبيعي للحريات. ومن أجل ذلك نجد أن الكثير من الدساتير تربط بين استقلال القضاء وضمانة الحقوق والحريات، وقد اعتنق الدستور الفرنسي لعام 1958 أي دستور الجمهورية الخامسة حيث نصت في المادة 66 / 2 : ((تتولى السلطة القضائية حراسة الحرية الفردية ضمان احترام هذا المبدأ وفقاً للشروط المنصوص عليها

(^٣) كريم كشاش - الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة - منشأة المعارف - الإسكندرية -

1987 - ص 477.

(^٤) منير حميد البياتي - مصدر سابق - ص 394.

(^٥) د. الصادق شعبان - الاتفاقيات الدولية وغيرها من النصوص المتعلقة بمجالات هامة من حقوق

الإنسان - مجلدات حقوق الإنسان - المجلد الثاني - ص 125.

(^٦) محمد سليم الطراونة - حقوق الإنسان وضمانياتها - دراسة مقارنة في القانون الدولي والتشريع

الأردني - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - الجامعة الأردنية - 1990 - ص 141.

(^٧) د. الصادق شعبان - مصدر سابق - ص 123.

في القانون ((⁽¹⁾). وسار على النهج نفسه الدستور المصري لعام 1971 هذا المبدأ حيث نصّ في المادة 65 على أن: ((تخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانات أساسياته لحماية الحقوق والحريات)).

فالحماية الفعالة لحقوق الإنسان وحرياته تتوقف على استقلال السلطة القضائية ونزاهتها.

الفرع الثاني: أهمية مبدأ استقلال القضاء فيما يتعلق بالدولة

يعتبر هذا المبدأ الضمان الأساس لدولة القانون وسيادته. ويتضح دوره من خلال عدم وجود وسيلة لتحقيق التطبيق الصحيح للقواعد القانونية على المنازعات التي تعرض أمام القضاء. إلا كان القضاء القائم بهذا التطبيق في منأى عن أي تدخل أو ضغوط من قبل السلطات أو الأفراد. لأنه لن تكون هناك جدوى من القواعد القانونية إلا إذا قامت على تطبيقه سلطة تمتلك خبرة واختصاصاً، وذات قدرة. ولا يقدر على حمل هذه الثقة أو المسؤولية إلا قضاء مستقل ومحايّد يتمكن من أداء مهامه بدون تدخل أو ضغوط⁽²⁾. لأن وظيفة القضاء في تطبيق القانون هي من أهم أعمال الدولة وأخطرها بكونه الجهاز المشرف على ضمان تطبيق القوانين. ويتمكن إذا توافرت له الإمكانيات اللازمة أن يقر الحقوق المعترف بها للمواطن ويمنع من تغول إحدى السلطات على الأخرى. ويمنع بشكل أساس من فقدان ثقة المواطن بالدولة لأن هذه الثقة الأساس المتين في بناء المجتمع، فالقضاء المستقل له دور كبير في إقامة المجتمع السليم لما ينطأ به من مهمة حماية تطبيق القواعد القانونية وكفالتها. فهو حارس للقواعد القانونية⁽³⁾.

أما من ناحية أخرى، فإن القضاء المستقل يكفل للناس الضمان المستند من تدرج القواعد القانونية، فمن المعروف أن القواعد القانونية ليست في مرتبة واحدة من حيث القوة والقيمة. ففي الهرم القانوني توجد القواعد الدستورية التي تتبوأ المكانة الأسمى ثم يليها القواعد القانونية التي يسنها المشرع العادي ثم اللوائح الصادرة عن السلطات الإدارية. ويستمر هذا التدرج حتى يتم الوصول إلى القرار الفردي الصادر من سلطة إدارية دنيا. ويترتب على هذا التدرج وجوب خضوع القاعدة الأدنى إلى القاعدة الأعلى⁽⁴⁾. فبدون قضاء مستقل سيتمكن أي قرار سواء أكان حاكماً أو فرداً عادياً من تعطيل حكم القاعدة الدستورية أو القانونية بخصوص حالة معينة⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء لا يمكن أن يقوم بدوره هذا إلا في نطاق الدولة القانونية، تلك الدولة التي تخضع في جميع مظاهر نشاطها للقانون سواء أكان من حيث الإدارة أم القضاء أو التشريع. أي تكون السيادة في هذه الدولة لحكم القانون، بحيث أنه يسمو على السلطة وبالتالي فإن خير ضمان لدولة القانون يكون عن طريق القضاء المستقل الذي يحافظ على القانون ويكفل تطبيقه. أي أنه يمكن القول: إن استقلال القضاء يكفل نزاهة القانون وسيادته⁽⁶⁾. أما في نطاق الدولة البوليسية فتسمو فيها السلطة فوق القانون ولا مكان للحقوق الأفراد وحررياتهم في مواجهة السلطة حيث أن أساس القانون في هذه الدولة هو الخضوع الذي يعتمد على القهر أي أن القانون يكون مجرد أداة لتحقيق أهداف ومآرب السلطة⁽⁷⁾.

وكذا الحال في الدولة الاستبدادية التي لا تخضع في حكمها للقوانين والأنظمة العامة، وإنما يستعمل الحاكم أو الأمير سلطته فيها كما يشاء. ويتمتع بحرية التصرف دون قيود أو حدود.

(^٣) كريم كشاش - مصدر سابق - ص 466.

(^٤) د. محمد عصفور - مصدر سابق - ص .

(^٥) الأستاذ عبد الهادي عباس - الجهاز القضائي وأزمة العدالة - مجلة المحامون السورية - العدد 4، 5 - السنة 44 - 1979 - ص 90.

(^٦) عبد الغني بسيوني - مصدر سابق - ص 175.

(^٧) محمد عصفور - مصدر سابق - ص 57.

(^٨) محمد شهير أرسلان - مصدر سابق - ص 18.

(^٩) أحمد فتحي سرور - مصدر سابق - ص 1.

ويتخذ ما يحلو له من إجراءات دون الخضوع لحكم القانون⁽¹⁾. ففي نطاق الدولتين البوليسية والاستبدادية لا يمكن للقضاء القيام بدوره في حماية القانون وضمان تطبيقه، لأنه لن يكون هناك أصلاً محل القانون وإنما تكون إرادة الحكام ورغباتهم هي أعلى من القانون. ويتضح لنا مما تقدم أهمية الدور الذي يباط بالقضاء ليكون لدولة القانون وجود، وذلك لأن النظام القانوني للدولة هو نظام معقد وضخم وخير وسيلة لإرادته وضمان التزام كل سلطة لحدودها لا يكون إلا بوجود قضاء مستقل بكونه الحامي للقانون. وصدق الدكتور محمد عصفور القول حين وصف هذا المبدأ بأنه: ((ضرورة من ضرورات الدولة القانونية))⁽²⁾.

المطلب الثاني: مكانة مبدأ استقلال القضاء

نتبين في هذا المطلب المكانة التي يتمتع بها مبدأ استقلال القضاء في القانون الدولي والداخلي والشريعة الإسلامية وذلك في ثلاثة فروع مستقلة⁽³⁾.
الفرع الأول: مكانة مبدأ استقلال القضاء في القانون الدولي

إن الاهتمام بالقضاء قديم وسببه يعزى إلى إدراك خطورة رسالة القضاء في سبيل إعلاء كلمة القانون وحماية حقوق الإنسان. وقد تجسد هذا الاهتمام بصورة كبيرة بما حلفت به المواثيق الدولية والإقليمية والمؤتمرات من نصوص وتوجيهات وقرارات لتأكيد استقلالية القضاء من أجل تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع.

وأخذ هذا المبدأ مكاناً بارزاً في القانون الدولي. وقد تجلت هذه المكانة في الإعلانات والمواثيق سواء العالمية منها أم الإقليمية وفي المؤتمرات الدولية القضائية التي اهتمت بالنص على حقوق الإنسان وفي تقرير الوسائل اللازمة لكفالتها وحمايتها.

فعلى المستوى العالمي نجد إن من أهم الإعلانات التي برزت في هذا المجال، هو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 كانون الأول عام 1948 الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم 217. وقد تناول هذا الإعلان القانون والقضاء في الكثير من مواد فخص المادة العشرة منها والتي أبرزت حق الإنسان في المحاكمة أمام قضاء مستقل ومحايدين بنصها: ((لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة نظراً منصفاً وعلنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه))⁽⁴⁾.

فدلت هذه المادة على أن استقلال القضاء وحيادته من أهم العناصر التي ينبغي أن تتوفر له حتى يؤدي رسالته في حماية حقوق الأفراد وكفالة حرياتهم، فالحق في محاكمة عادلة ومنصفة، والحق في نظام قضائي نزيه ومستقل هي شروط أساسية لتحقيق العدالة وحماية حقوق الإنسان. فنزاهة القضاء واستقلاله هي حق من حقوق الإنسان الأساسية أكثر من كونها امتيازاً للسلطة القضائية⁽⁵⁾.

(^١) محمود عاطف البنا - الوسيط في النظم السياسية - الطبعة الأولى - دار الفكر العربي - القاهرة - 1988 - ص 95.

(^٢) د. محمد عصفور - مصدر سابق - ص 64.

(^٣) كريم كشاش - مصدر سابق - ص 368.

(^٤) أنظر المادة (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.

(^٥) المحامي جمال هيثم النعال - الحريات الديمقراطية، حقوق الإنسان وأزمة القضاء في الدستور السوري - مأخوذة من منظومة الانترنت الرمز:

وترسيخ هذا المبدأ لم يقتصر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حسب، وإنما وجد مكانته أيضاً في الوثائق الدولية الهامة الأخرى، ومنها الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 كانون الأول عام 1966 والذي بدأ نفاذه في 23 آذار عام 1976⁽¹⁾، حيث نصت المادة (14) الفقرة الأولى على أن: ((جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء، ولكل فرد الحق عند النظر في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوق والتزاماته في أية دعوة مدني أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلمي من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون)).

فلاحظ تأكيد هذا النص أيضاً على أنه من حق كل فرد أن تكون المحكمة التي تبت في حقوقه أن تتسم بالاستقلالية والنزاهة والحيادية من أجل رد الحقوق إلى أصحابها، وتعني الاستقلالية التي تركز عليها هذه الوثائق. إن المحكمة يجب أن تكون مؤلفة من قضاة مستقلين بحيث تتاح لهم فرصة العمل بعيداً عن أي تأثير سواء أكان بطريقة مباشرة أم غير مباشرة. أي أن يكون حراً عند ممارسته لوظيفته. لأن الاستقلال يمثل الضمانة الأساس لإصدار الحكم العادل⁽²⁾. فضلاً عن عنصر الاستقلال فقد أكدت الوثائق على عنصر الحيادية. والذي يقصد به أن لا يكون للقاضي أية آراء مسبقة عن أية قضية ينظر إليها. وأن لا تكون له مصلحة شخصية ف النتيجة التي ينتهي إليها نظر القضية، وأن لا يسلك أي طريق وُجِح فيه مصلحة طرف على طرف آخر⁽³⁾.

ويتبين لنا أنه إذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد أكد على عنصري الاستقلال والحياد وفي ضرورة توافرها في المحكمة المختصة بالفصل، فنجد أن العهد الدولي الخاص قد نصّ فضلاً عن عنصري الاستقلال والحياد على عنصر التخصص الذي هو التأهيل العلمي والوظيفي والخبرة القانونية اللازمة فلا يجوز أن تتولى القضاء غير المختصين الذين لم يدرسوا العلوم القانونية⁽⁴⁾. وقد نصّ أيضاً على ضرورة إنشاء المحكمة بحكم القانون. أي تتولى السلطة التشريعية إنشاءها ولا يكون إنشاؤها رهناً بمشيئة السلطة التنفيذية. لأنه إذا كانت هذه السلطة هي التي قامت بإنشائها فعندئذ لا يتمتع قضاتها بالحصانة القضائية ولن تتوافر فيها أية مقومات القضاء المستقل⁽⁵⁾.

أما على المستوى الإقليمي فقد قامت مجموعة إقليمية من الدول بإصدار موثيق إقليمية لحقوق الإنسان⁽⁶⁾، حيث بادرت الجماعة الأوروبية بإصدار الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي أبرمت في روما عام 1950 وأصبحت نافذة في عام 1953 حيث تعد هذه الاتفاقية المظهر الأساس لاتجاه هام من اتجاهات التنظيم الإقليمي، ألا وهو اتجاهها نحو توفير حماية دولية فعالة لحقوق الإنسان وحرياته، ومن أهم هذه الحقوق حقه في محاكمة عادلة من قبل محكمة تتسم بالاستقلال⁽⁷⁾. لذلك فقد نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة (6) الفقرة (1) على أن: ((لكل شخص عند الفصل في حقوقه المترتبة والتزاماته أو في اتهام جنائي موجه إليه، الحق في مرافعة عادلة علنية خلال مدة معقولة وأمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً

<http://www.1jan-de/wsaek/Jamal2.Htm>.

(^١) أنظر المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

(^٢) محمد سليم الطراونة - مصدر سابق - ص 142.

(^٣) محمود عاطف البنا - مصدر سابق - ص 378.

(^٤) فاروق الكيلاني - مصدر سابق - ص 25.

(^٥) حسن يوسف مصطفى - الشرعية في الإجراءات الجنائية - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - 2000 - ص 71.

(^٦) عبد الله البياتي - حق التقاضي - رسالة دكتوراه - كلية القانون - جامعة بغداد - 1998 - ص 19.

(^٧) كريم كشاش - مصدر سابق - ص 371.

للقانون)). إن هذا النص قد منح الحق لكل شخص باللجوء إلى المحاكم التي يجب أن تتمتع بالنزاهة والاستقلال وتكون مشكلة طبقاً للقانون لرد حقوقه التي تتعرض للانتهاك من قبل الأفراد أو من قبل السلطة.

وأيضاً جاءت بالمعنى نفسه الاتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان. تلك الاتفاقية التي كانت حصيلة مساعي الدول الأميركية لحماية حقوق الإنسان من خلال تنظيم يضمها، حيث أنشئت منظمة الدول الأميركية في عام 1948. ثم تم بعد ذلك إنشاء اللجنة الدولية الأميركية لحقوق الإنسان التي دخلت حيز التنفيذ عام 1978⁽¹⁾.

حيث أشارت المادة (8) الفقرة (1) على أن: ((لكل شخص الحق في محاكمة تتوافر فيها الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متحيزة، كانت قد أسست سابقاً وفقاً للقانون)).

بتبين لنا مما سبق إن حق المحاكمة أمام محكمة مستقلة ومحيدة هو حق مطلق لا يجوز استثناء أحد منه، لأنه قد استقر لدى المجتمعات، بأن لكل فرد له الحق أن يجد في نطاق مجتمعه في حالة حدوث خصومة سواء أكان الأفراد أنفسهم طرفاً فيها أم كانت بين الأفراد والسلطة العامة ذاتها قاضياً مستقلاً يبت في شكواه وهذا المبدأ قد استقر وأصبح من أهم مقومات التراث الإنساني⁽²⁾.

وفي نطاق القارة الأفريقية، نجد أن الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الذي تم إقراره من مؤتمر القمة الأفريقي المنعقد في نيروبي في سنة 1981، والذي دخل حيز التنفيذ في 21 أكتوبر عام 1986، فقد اعتنق حق الإنسان في التقاضي واللجوء إلى المحاكم ذات الاختصاص، وثبوت إدانته أمام محكمة مختصة⁽³⁾.

وهناك أيضاً الإعلان العربي لاستقلال القضاء الذي نجم عن وقائع المؤتمر الثاني لاتحاد الحقوقيين العرب، الذي عقد في عمان للفترة من 28 - 30 نيسان عام 1985، حيث جاء في حيثيات هذا الإعلان، أن من طبيعة القضاء أن يكون مستقلاً، والأصل فيه أن يكون كذلك، وإن أي مساس بهذا الأصل، أو أي تدخل في عمل القضاء من جانب إحدى السلطتين الأخريتين أو الرأي العام يخل حتماً بميزان العدل ويقوض دعائم الحكم، إذ في قيام القاضي بأراء رسالته حراً مستقلاً مطمئناً آمناً على مصيره أكبر ضمان للأفراد الشعب حكماً ومحكومين على السواء.

لذلك نصت أيضاً المادة (1) من هذا الإعلان على أن: ((تخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانتان أساسيتان لحماية الحقوق والحريات.

ونصت أيضاً المادة (5) على أن: ((القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة أو تعطيل تنفيذ أحكام القضاء)).

لذلك فإن المؤتمر الثاني لاتحاد الحقوقيين العرب أصدر هذا الإعلان العربي ليكون بمثابة الدستور الدائم للاستقلال، والذي ينبغي أن تلتزم به النظم القضائية العربية كافة⁽⁴⁾.

أما على مستوى الدول الإسلامية، فإن المجلس الإسلامي المنعقد في باريس بمناسبة بدء القرن الخامس عشر الهجري، قد أصدر في 21 من ذي العقدة سنة 1401 هـ الموافق لـ (19) أيلول سنة 1981، بياناً عالمياً عن حقوق الإنسان في الإسلام، جاء في سياق ما أورده من حقوق

(٣) د. عزت سعد السيد برعي - حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي - القاهرة -

1985 - ص 405.

(٤) نعيم عطية - الدستور المصري وحقوق الإنسان - مجلة السياسة الدولية - العدد 39 - 1975 - ص

33.

(٥) أنظر المادة (7) من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1986.

(٦) أنظر مجلة الحقوقي العربي - عدد خاص عن وقائع المؤتمر الثاني لاتحاد الحقوقيين العرب

المنعقد في عمان للفترة من 28 - 30 نيسان عام 1985 - الأعداد 5، 6، 7 - ص 87.

عديدة، ((حق الفرد أن يلجأ إلى سلطة شرعية نحميه وتنصفه وتدفع عنه ما لحقه من ضرر أو ظلم. وعلى الحاكم المسلم أن يقيم هذه السلطة ويوفر لها الضمانات الكفيلة بحيادتها واستقلالها))⁽¹⁾.

يتبين لنا مما تقدم، إن ما تضمنته المواثيق الإقليمية لا يكاد يخرج عما أبرزته المواثيق الدولية السالفة الذكر – بكون هذا المبدأ من الضمانات الهامة لحقوق الإنسان وبالمكانة الرفيعة التي أحلتها هذا المبدأ في نصوص معظم هذه المواثيق.

أما على صعيد المؤتمرات الدولية، فتجدر الإشارة إلى المؤتمر العالمي لاستقلال العدل الذي عقد في مونتريال بكندا عام 1983، حيث أن هذا المؤتمر قد أولى للقضاء عناية فائقة وصدر عن هذا المؤتمر الإعلان العالمي لاستقلال العدل الذي أورد من ضمن مواده، أن السلطة القضائية تهدف إلى تطبيق القانون تطبيقاً نزيهاً بين المواطنين أنفسهم أو بين المواطن والدولة لحماية حقوق الإنسان، وقد أكد هذا الإعلان على عدة مبادئ أساسية باستقلال القضاء منها:

- 1- أن تستقل السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية.
- 2- أن تتحقق للسلطة القضائية الولاية الكاملة مباشرة أو عن طريق الطعن على جميع القضايا ذات الطابع القضائي.
- 3- لا تجوز ممارسة أية سلطة من شأنها التدخل في العملية القضائية.
- 4- لا تكون للسلطة التنفيذية أية رقابة على الوظائف القضائية.
- 5- لا تكون للسلطة التنفيذية أية سلطة لوقف العمل في المحاكم أو تعليقه.

ولم يقتصر اهتمام المؤتمر على القضاء حسب، وإنما شمل القاضي أيضاً حيث حرص الإعلان على أن يؤكد على المبادئ الآتية:

- 1- كون تحديد عمل القضاة وتعيين القضايا من المهام الداخلية التي يجب أن تقوم بها السلطة القضائية أو مجلس الأعلى.
- 2- أن تتوافر لدى القاضي الحرية الكاملة في أن يبت في المسائل المعروضة عليه ويكون ذلك استناداً إلى فهمه للقانون وحسب الحقائق المتوافرة لديه ويقوم بالبت بدون أية قيود أو ضغوط أو تهديدات من أية جهة كانت.
- 3- لا يجوز نقل القضاة من ولاية أو وظيفة أخرى دون الحصول على موافقتهم.
- 4- يضمن القانون مدة وظيفة القاضي واستقلالهم وأمنهم وكفاية مرتباتهم وظروف خدمتهم، ويكون للقاضي فترة ولاية مضمونة حتى يبلغ إلى سن التقاعد الإجباري، وتكفل الدولة المرتب التقاعدي المناسب والملائم لمكانة المنصب وسموه⁽²⁾.

فضلاً عن هذا المؤتمر فأننا نجد أن هناك مؤتمراً آخر يضاهيه في الأهمية، حيث تعد المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية أحد الإنجازات الرئيسية لمؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في ميلانو بإيطاليا من فترة 26 أغسطس إلى 6 سبتمبر 1985. وقد دعا المؤتمر إلى تنفيذ هذه المبادئ على الأصعدة الوطنية والإقليمية كافة، وطلب الأمين العام للأمم المتحدة أن يتخذ خطوات لضمان نشرها في أوسع نطاق ممكن، وكما طلب أيضاً من الدول بتقديم تقرير كل خمس سنوات لمعرفة مدى التقدم الحاصل في تنفيذ هذه المبادئ. وقد أصدر هذا المؤتمر توصية مفادها: أنه ينبغي للحكومات أن تراعي وتحترم في إطار تشريعها وممارستها الوطنية المبادئ الأساسية التالية التي وضعت لمساعدة الدول الأعضاء

(^٣) أنظر البيان الإسلامي – العالمي لحقوق الإنسان لعام 1981.

(^٤) د. إحسان المرفجي – مبدأ استقلال العدالة في المواثيق الدولية – مقال منشور في جريدة حقوق

الإنسان – تصدرها جمعية حقوق الإنسان في العراق – العدد 12 – تشرين الثاني – 2001.

في مهمتها المتعلقة بضمان استقلال السلطة القضائية وتعزيزه، وأن يتم عرض هذه المبادئ على القضاة والمحامين وأعضاء السلطينتين التنفيذية والتشريعية والجمهور بوجه عام. وهذه المبادئ هي:

- 1- تكفل الدولة استقلال السلطة القضائية، وأن ينص عليه دستور البلد أو قوانينه، ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة السلطة القضائية.
- 2- تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليه دون تحيز على أساس الوقائع ووفقاً للقانون ودون أية تعقيدات أو تأثيرات غير سليمة أو أية إغراءات أو ضغوط أو تداخلات مباشرة كانت أو غير مباشرة من أي جهة ولأي سبب كان.
- 3- تكون للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي كما تنفرد بسلطة البت فيه إذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل في نطاق اختصاصها.
- 4- لا يجوز أن تحدث أية تداخلات غير لائقة أو لا مبرر لها في الإجراءات القضائية. ولا تخضع الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم لإعادة النظر ولا يخل هذا المبدأ بإعادة النظر القضائية أو بقيام السلطات المختصة وفقاً للقانون بتخفيف أو تعديل الأحكام القضائية التي تصدرها السلطة القضائية.
- 5- لكل فرد أن يحاكم المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقررة، ولا يجوز إنشاء الهيئات القضائية التي لا تطبق الإجراءات القانونية المقررة حسب الأصول. والخاصة بالتدابير القضائية، لتتزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو الهيئات القضائية.
- 6- من واجب كل دولة توفير الموارد الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء مهامها بطريقة سليمة⁽¹⁾.

وهكذا يتبين لنا مما سبق أن هذه المبادئ التي اعتمدتها الأمم المتحدة قد عبرت عن معاني استقلال القضاء بكل وضوح وشمول، لأن هذا المبدأ لا يعني تحرر سلطته من أية تدخلات أو ضغوط حسب، وهذا ما أكدته المبدأ الثاني من المبادئ الأساسية، وإنما يتصرف مفهوم هذا المبدأ أيضاً أنه يجب أن يتمتع القضاء بالولاية الكاملة، وعدم انتزاع ولايتها واختصاصاتها ومنحها إلى جهات أخرى، وهذا ما أشار إليه المبدأ الثالث. ومعنى استقلال القضاء أيضاً أنه لا يجوز أن يحاكم الشخص إلا أمام قاضيه الطبيعي الذي حدده القانون سلفاً. وهذا ما وضحتته المادة الخامسة بنصها: أنه لا يجوز أن يحاكم الشخص إلا أمام المحاكم العادية، وأيضاً ينصرف مفهوم الاستقلال إلى وجوب كفالة تنفيذ الأحكام القضائية. ولا يجوز تعديلها إلا وفق الإجراءات المحددة في القانون. وهذا ما أكدته المبدأ الرابع من المبادئ الأساسية المتعلقة باستقلال السلطة القضائية⁽²⁾.

نستنتج مما تقدم أن أعمال المؤتمرات القضائية والهيئات الدولية الأنفة الذكر تدل على المكانة السامية التي يحتلها مبدأ استقلال القضاء في القانون الدولي. وتدل أيضاً على مدى اهتمام المفكرين القضائيين في العالم بدعم استقلالية القضاء. والعمل على حمايته بتوفير الضمانات اللازمة له.

الفرع الثاني: مكانة مبدأ استقلال القضاء في القانون الداخلي

تتجلى مكانة استقلال القضاء في القانون الداخلي بصياغة هذا المبدأ في نصوص دستورية. حيث أن النص على هذا المبدأ في صلب الدستور الذي يعد في قمة التدرج الهرمي

^(١) مبادئ أساسية بشأن استقلال السلطة القضائية - شبكة الانترنت - أشير إلى الرمز سابقاً.

^(٢) د. إحسان المفرجي - استقلال القضاء - مقال منشور في جريدة حقوق الإنسان - تصدرها جمعية

حقوق الإنسان في العراق - العدد السابع - 1997 - ص 8.

للقواعد القانونية. وهذا يعني إعطاؤها مكانة رفيعة⁽¹⁾، لأنه من المعلوم أن النظام القانوني للدولة يقوم على أساس تدرج القواعد القانونية والذي يظهر في سمو بعض القواعد القانونية على البعض الآخر وتدرجها من حيث القوة والقيمة القانونية لكل منهما، فيوجد في قمة الهرم القانوني القواعد الدستورية ثم يليها القواعد القانونية العادية التي تصدرها السلطة التشريعية ثم اللوائح التي تصدرها السلطات الإدارية وأخيراً القرارات الإدارية التنظيمية التي تعد قاعدة الهرم. ونم أهم النتائج التي تترتب على هذا التدرج هو خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى من حيث الشكل والمضمون، فمن حيث الشكل يكون بصور القاعدة الدنيا من السلطة التي حددتها القاعدة العليا ومراعاة الإجراءات التي حددتها القاعدة العليا، أما من حيث الموضوع فيجب أن القاعدة الأدنى متفقة في مضمونها مع القاعدة الأعلى⁽²⁾.

وتكمن أهمية تضمين مبدأ استقلال القضاء ضمن القواعد الدستورية في أن وضعها ضمن هذه القوانين. ويعني هذا الإعلاء من شأنها وتقديسها والارتفاع بها إلى مستوى الإلزام القانوني ومن ناحية أخرى، إن صياغة هذا المبدأ ضمن القواعد الدستورية تمنحها هذه الصياغة الحماية الدستورية. وسبب هذه الحماية أن القواعد الدستورية تكون سامية على القواعد القانونية العادية. وبالتالي لا تجوز للقاعدة الأدنى أن تمس أو تعدل قاعدة أعلى بإصدارها قوانين عادية مخالفة لها، وإن وضع هذه المبادئ في قالب دستوري يؤدي هذا إلى حمايتها وتحصنها من أي تعديل يمسها. ومن ثم يوفر لها في الوقت ذاته سلامة التطبيق⁽³⁾.

وقد أخذت معظم الدساتير بتخصيص عدد من نصوصها لمبدأ استقلال القضاء ووضع الضمانات التي تكفل هذا المبدأ وتضمن في الوقت ذاته عدم التدخل في شؤونه من أية سلطة أو جهة كانت، والأمثلة على ذلك كثيرة:

- 1- فمثلاً الدستور العراقي المؤقت لسنة 1970 حيث نص في المادة 63 من ((على أن القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون)).
 - 2- الدستور المصري لعام 1971 الذي نص على استقلال القضاء كسلطة وعلى استقلال القضاة كأفراد فنصت المادة (165) على أن: ((السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون)). ونصت المادة 166 على أن: ((القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة)).
 - 3- الدستور السوري حيث نصت المادة (131) من دستور عام 1973 على أن: ((السلطة القضائية مستقلة ويضمن رئيس الجمهورية هذا الاستقلال يعاونه في ذلك مجلس القضاء الأعلى)).
 - 4- الدستور التونسي لسنة (1959) حيث نص في الفصل 65 منه على أن: ((القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون)).
- الدستور الجزائري لعام (1989) المعدل في (1996)، حيث نص هذا الدستور في المادة (138) على أن: ((السلطة القضائية مستقلة تمارس في إطار القانون)). وسار على النهج نفسه الدستور البحريني لعام (1973) حيث خصص الفصل الرابع للقضاء. وجاء في مادته (101) على أن: ((لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز التدخل في سير العدالة،

(٣) نفيس صالح المدانات - قيمة الاعتراف الدستوري لحقوق الإنسان - مجلدات حقوق الإنسان -

المجلد الثالث - دراسات تطبيقية عن العالم العربي - مصدر سابق - ص 189.

(٤) منير حميد البياتي - مصدر سابق - ص 42.

(٥) فاروق الكيلاني - مصدر سابق - ص 42.

ويكفل القانون استقلال القضاء، ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم)). وأيضاً الدستور السوداني لعام (1988) حيث نصت المادة (99) ولاية القضاء في جمهورية السودان لهيئة مستقلة تسمى الهيئة القضائية تتولى سلطة القضاء فصلاً في الخصومات وحكماً فيها وفق الدستور والقانون)). والدستور الموريتاني لعام (1991) في المادة (89).

وغيرها من الدساتير التي لا يكاد يخلو دستور مهما كان النظام المتبع وأيا كان المذهب السياسي الذي تعتنقه الدولة، على النص على مبدأ استقلال القضاء في نصوص دستورية، وذلك لما تمتاز به هذه النصوص من ثبات واستقرار. وبهذا تتضح لنا المكانة البارزة التي يشغلها هذا المبدأ في النظام القانوني للدولة بالنص عليه في موقع القمة في الهرم القانوني. وأن وضعها في هذه المكانة هو في سبيل المحافظة على هذا المبدأ وعدم المساس به.

الفرع الثالث: مكانة مبدأ استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية

لا شك أن ولاية القضاء هي من أهم الولايات شأنها وأعظمها أثراً وأعلاها مكاناً في المجتمع الإسلامي، ذلك أن القاضي يقيم العدل بين الناس فإنما يساهم بعمله هذا في تطبيق شرع الله والمحافظة على حقوق العباد، ومنع الظلم والاعتداء أياً كانت درجته وصورته، فالقاضي بعمله هذا يهيئ للمجتمع سبل الأمن ليطمئن كل مسلم وغير مسلم في دار الإسلام على نفسه وماله وعرضه⁽¹⁾، وتتجلى لنا مكانة القضاء إن الله - سبحانه وتعالى - كلف أنبياءه ورسله إلى جانب قيامهم بشرف تبليغ الرسالة للناس وبالقضاء بينهم قال جل شأنه ((لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا وَآتَيْنَاهُم مَّعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ))⁽²⁾. وانطلاقاً من مكانة القضاء وسمو رسالته في المجتمع الإسلامي حرصت الشريعة الإسلامية على استقلال القضاء ونزاهته وضمائنه⁽³⁾. فإذا كانت الحقوق تحفظ عن طريق القضاء والحريات تصان بالقضاء. والنصوص القانونية يطبقها القضاء والعدل يتحقق بالقضاء. ألا ينبغي في المقابل أن يكون للقضاء مظهراً ومكانة تناسب عظمة رسالته. وهذا المظهر هو مظهر الاستقلال، وقد ضرب الإسلام أروع الأمثلة في استقلال القضاء عن الخلافة⁽⁴⁾، حيث أن الشريعة الإسلامية من خلال تنظيمها لمنصب القضاء قد أكدت على استقلال القضاء عن أية سلطة أخرى، كما أكدت على استقلال القاضي عن أي مؤثر⁽⁵⁾.

وتتجلى مكانة مبدأ استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية في حرص الحكام على حفظ هيئة القضاء، والتوفير اللازم للقضاة. حيث عمل الخلفاء على معاملة قضاتهم انطلاقاً من هذا المبدأ فرفعوا أيديهم عن القضاة وابتعدوا عن التدخل في شؤونهم، إذ ليس للخليفة أي حق في التدخل في أعمال القضاة على الرغم من أنه هو الذي يتولى تعيينهم. لأنه كان لديهم قدر من الاستقلال بحيث يضمن لهم الحرية التامة في إدارة مهام الوظيفة. فالقاضي لا يعزل بعزل الخليفة أو بموته، وإنما يبقى القضاء ثابتاً ومستمراً بدوام الأمة واستمرارها⁽⁶⁾.

وقد شهد القضاء الإسلامي وقوف الكثير من الخلفاء والولاة والوزراء وقادة الجيوش أمام القضاء مثل غيرهم من أفراد الرعية وعدم اهتمام القضاة بشخصية من يحضر أمامهم. ويعزى

(٣٤) د. عمار بوضياف التهامي - مصدر سابق - ص 122.

(٣٥) سورة الحديد - من الآية (25).

(٣٦) عبد الله البياتي - مصدر سابق - ص 14.

(٣٧) د. عمار بوضياف - مصدر سابق - ص 127.

(٣٨) صباح جمعة الباوي - الأساس الدستوري لمبدأ المساواة أمام القضاء - رسالة ماجستير - كلية

الحقوق - جامعة صدام - 1999 - ص 180.

(٣٩) د. عمار بوضياف التهامي - مصدر سابق - ص 129.

سبب ذلك إلى زهدهم في الوظيفة التي لم يتولاها طمعاً في الدنيا، أو حرصاً عليها، أو من أجل المال. وإنما تولاها لتحقيق غايات سامية وهي إنصاف المظلوم ممن ظلمه، ونصرة الضعيف ممن اعتدى عليه. وهذا ما دعا الكثير من الفقهاء الأعراض والخشية من تولي منصب القضاة خوفاً من أن يدفعهم ذلك إلى ارتكاب المنكر، والتقصير في واجب⁽¹⁾.

وتتضمن صفحات التاريخ الإسلامي أحداثاً كثيرة من أن تذكر، وسيراً وشواهد عديدة تؤكد كلها على مكانة هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية. ومن هذه الشواهد أن الخليفة علياً (رضي الله عنه) دخل على القاضي شريح مع خصم له ذمي فادعى علي عليه درعا سقطت منه، فقال للذمي ما تقول؟ فقال ما لي بيدي ثم قال لعلي (رضي الله عنه) ألك بينة على أنها سقطت منك؟ فقال: نعم فأحضر كلاً من الحسن وقنبر مولاه - فقال: قبلت شهادة قنبر ورددت شهادة الحسن، فقال علي: ثكلتك أمك أما بلغك أن النبي محمداً (صلى الله عليه وسلم) قال: إن الحسن والحسين سيديا شباب أهل الجنة؟ فقال اللهم نعم، غير أنني أخذ بشهادة الولد لو الده⁽²⁾، فقال لليهودي: خذها فليس عندي غيرهما. فقال: لليهودي أشهد أنها لك، وأن دينكم هو الحق، قاضي المسلمين يحكم علي أمير المسلمين ويرضى، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله فدفع له الدرع فرحاً بإسلامه. فهذه هي حال القضاة، إذ يتمتع الواحد منهم بالحرية التامة والاستقلال في الأحكام، لا يهاب أمير المؤمنين لمكانته، ولا يخشاه لسلطانه، ولا يتخرج عن رد شهادة سيدي شباب أهل الجنة لاقتناعه بعدم قبول شهادة الوالد لو الده. ولم يقتصر الأمر على استقلال القاضي عن الخليفة وعدم تمتعهم بأية سلطة تخولهم التدخل في شؤونه حسب، وإنما يعد خضوع الخلفاء والحكام والولاة لإحكام القضاء في الإسلام وتنفيذها من أهم مظاهر استقلال القضاء عن السلطان الأخرى.

وفيما يتعلق بالخلفاء الراشدين فإنهم قد كانوا يرضون بحكم القاضي ويقومون بتنفيذ هذه الأحكام سواء أكانت صدرت لصالحهم أم لصالح الطرف الآخر. وكان أساس ذلك يرجع إلى مبدأ المساواة أمام الإسلام. إذ يعد النظام الإسلامي من أهم الأنظمة الذي لا يستثنى أحد مهما كان شأنه من المثول أمام القضاء حتى لو كان الخليفة نفسه، وبذلك يمتاز النظام الإسلامي على الكثير من النظم الوضعية التي تحظر محاكمة رئيس الدولة أو الوزراء أو تقوم بإنشاء هيئات خاصة لمحاكمتهم. فقد جرى العمل في الإسلام على قيام الولاة بتنفيذ الأحكام التي أصدرها القاضي كما يقوم سائر أفراد الرعية بتنفيذ هذه الأحكام⁽³⁾. ويعد موقف الخليفة علي بن أبي طالب مع القاضي شريح من أوضح الأمثلة على ذلك⁽⁴⁾!

وحتى بعد انتهاء عهد الخلافة الراشدية استمر الخلفاء من بعدهم على النهج ذاته في تطبيق الأحكام، وعدم محاولة القيام بالتهريب من تنفيذها، والشاهد على ذلك: إن رجلاً ادعى عند القاضي أبي يوسف بأن الخليفة المهدي قد أغتصب داره، فاستدعى القاضي الخليفة وسأواه بخصمه. وطلب من المدعي البينة، فقال: غصبها المهدي مني ولا بينة لدي. وليحلف الخليفة ثلاث مرات ولما لم يحلف الخليفة قضي بالدار للرجل. يتبين لنا مما سبق أنه ليس لأحد أية مكانة أو علو على أحكام الشرع في الإسلام. فالخليفة والوالي يخضعان لأحكام الشرع ويقومان بتنفيذ أحكام القضاة وهما لا يتمتعان بأية حصانة تجاه القضاء⁽⁵⁾، فالشريعة الإسلامية قد أحاطت أحكام

(٣) شوكت عليان - استقلال القضاء عبر العصور الإسلامية - مجلة المنهل - مجلة شهرية للآداب والعلوم والثقافة - ع 1 - السنة 7 - 1401 هـ - 1981 م - ص 132.

(٤) شوكت عليان - مصدر سابق - ص 135.

(٥) د. عبد الحكيم حسن العيلي - حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية - مجلة السياسة الدولية - العدد 39 - 1975 - ص 22.

(٦) صباح جمعة - مصدر سابق - ص 84.

(٧) فاروق الكيلاني - مصدر سابق - ص 75.

القضاء بهالة من الاحترام والتقدير للحفاظ على أمن المجتمع واستقراره⁽¹⁾. نستطيع أن نستخلص من صفحات التاريخ ما كان عليه القضاء في الإسلام من الإجلال والاحترام وما بلغوه من الحفاوة والمكانة لدى الحلفاء، فالمكانة التي وصل إليها القضاء الإسلامي في استقلاله كانت مضرب المثل في تاريخ استقلال القضاء⁽²⁾.

المبحث الثالث: ارتباط مبدأ استقلال القضاء ببعض الحقوق والمبادئ الدستورية

إن مبدأ استقلال القضاء يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعديد من الحقوق والمبادئ الدستورية الأساسية ونبذل دراسة هذه الحقوق والمبادئ مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: ارتباط مبدأ استقلال القضاء ببعض الحقوق الدستورية

هناك العديد من الحقوق التي ترتبط بمبدأ استقلال القضاء. ونقتصر الحديث على حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وحقه في اللجوء إلى القضاء (حق التقاضي) لوضوح صلتها بهذا المبدأ. ونقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: حق اللجوء إلى القاضي الطبيعي

نستهل هذا الفرع بتحديد مفهوم القاضي الطبيعي وبيان عناصره
إن القاضي الطبيعي: هو الذي يقوم بتنظيم شؤونه قوانين التنظيم القضائي، وتحيطه بالضمانات اللازمة التي تكفل استقلاله، وعدم انحيازها. ويمارس عمله القضائي طبقاً لأحكام القوانين الإجرائية العامة⁽³⁾.

ولكي يكون القضاء طبيعياً يجب أن تتوفر فيه العناصر الآتية:

- 1- أن تستند المحكمة في إنشائها إلى القانون: ويقصد بهذا العنصر هي المحكمة المشكلة ضمن الهيكل التنظيمي للقضاء، أي يتم تشكيلها حسب القوانين السلطة القضائية أو قوانين التنظيم القضائي للقضاء في الدولة⁽⁴⁾، ويكون تشكيلها استناداً إلى القانون الصادر عن السلطة التشريعية باعتبار أن هذه السلطة قد خولها الدستور بأمر تنظيم الهيئات القضائية. فهو الذي يحدد طريقة تشكيل المحاكم ودرجاتها واختصاصاتها، ولا يجوز أن يترك أمر تشكيل المحاكم إلى السلطة التنفيذية لأنه في هذه الحالة ستكون المحكمة خاضعة للسلطة التنفيذية، ولا يتمتع فيها القضاة بالحصانة القضائية⁽⁵⁾.
- 2- أن يكون وجود المحكمة سابقاً على نشوء الدعوى: أي يقصد بهذا العنصر أن يتم تحديد المحكمة سلفاً قبل نشوء الدعوى، بحيث يجب أن يعرف كل مواطن سلفاً من هو قاضيه الذي سيقوم بمقاضاته، وبالتأكيد فلا يجوز تشكيل المحكمة بعد رفع الدعوى أي بمناسبة رفع الدعوى قضائية معينة، لأنه في هذه الحالة لا يمكن الاطمئنان على استقلالها وحيادها لأنها أنشئت لدعوى معينة ودون وجود ضوابط تحكمها، فلا يجوز انتزاع المواطن من محكمته العادية⁽⁶⁾.

(^١) محمد شهيد أرسلان - مصدر سابق - ص 4.

(^٢) جمال الدين العطيفي - مصدر سابق - ص 291.

(^٣) خلف مهدي صالح - مصدر سابق - ص 149.

(^٤) حسن يوسف مصطفى - مصدر سابق - ص 69.

(^٥) د. أحمد فتحي سرور - مصدر سابق - ص 204.

(^٦) حسن يوسف - مصدر سابق - ص 72.

3- أن تكون المحكمة دائمية: لكي تكون المحكمة من قبيل القضاء الطبيعي يجب أن تكون دائمة. أي أن القانون الذي أنشأها يجب أن لا يتم فيه التقيد بمدة زمنية محددة وأن لا يرتبط وجودها بظروف معينة ومؤقتة مثل ظروف الحرب أو حالة الطوارئ حيث لا تعد المحاكم التي تنشئ في ظل هذه الظروف من المحاكم العادية وإنما تعد من المحاكم الاستثنائية التي يتوقف تشكيلها على وجود ظرف معين⁽¹⁾.

4- أن تتوفر لقضاة المحكمة الضمانات اللازمة: أي يجب أن يحاط القاضي الطبيعي بمجموعة من الضمانات التي تضمن استقلاله وحياده، ومن أهم هذه الضمانات هي الحصانة القضائية، وهي عدم قابلية القضاة للعزل والنقل حتى يتمكنوا من أداء مهامهم بصورة متكاملة وأيضاً أن يتوافر للقاضي الاستقلال بحيث أنه يكون في منأى عن أية ضغوط أو تدخلات أو مؤثرات من الممكن أن تؤثر على رأيه وعلى حكمة في الدعوى المعروضة أمامه⁽²⁾.

ولقد أكدت معظم الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية على حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي. وفي مقدمة هذه الإعلانات، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 حيث نص في مادته (8) على أ: ((لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة ...)) وأيضاً العهد الدولي الخاص بالحقوق المرتبة والسياسية نصت المادة (14) على أن: ((من حق كل فرد أن تنتظر قضيته محكمة مختصة ...)). فيما يتعلق بالمواثيق الإقليمية فلم تغفل عن هذا الموضوع. فنجد أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 نصت في المادة السادسة على: ((أنه لكل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في أي اتهام جنائي موجه إليه الحق في مراجعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة وغير منحازة ومشكلة طبقاً للقانون)). وأكدت الاتفاقية الأميركية لحقوق الإنسان في مادته الثامنة على حق المواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ((أنه لكل شخص الحق في محاكمة

تتوافر فيها الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول مختصة كانت قد أسست سابقاً وفقاً للقانون)).

إن يعد حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي من الحقوق الطبيعية للصيقة بالإنسان وقد أكد عليه جميع المواثيق الدولية والإقليمية على الرغم من أنها لم تشر إلى مصطلح القاضي الطبيعي بذات اللفظ، وإنما استخدمت تعابير أخرى ولكنها تدل على المعنى نفسه مثل المحاكم الوطنية المختصة، المحكمة المختصة، أو قد استعملت إحدى عناصر القضاء الطبيعي بأن تكون المحكمة مؤسسة سابقة وفقاً للقانون. أو أن تتوفر في المحكمة الضمانات اللازمة لقضاتها. وأن هذا القضاء يسمى بالقضاء الطبيعي كما هو الحال في الدستور المصري، والمحاكم النظامية في الدستور الأردني والمحاكم العادية في الدستور العراقي⁽³⁾.

وقد ورد النص على هذا الحق في معظم الدساتير العربية منها والأجنبية. ولكن نلاحظ أن الدساتير انقسمت على قسمين في هذا المجال، فهناك دساتير قد ذكرت بالعبارة الصريحة حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه. في حين أن الدساتير الأخرى استخدمت تعابير أخرى ولكنها تحمل في طياتها المعنى والمضمون نفسها.

فمثلاً دستور أيرلندا لسنة 1973 فقد نص على: ((بأن تقام العدالة في المحاكم المقامة بقانون بوساطة قضاة معينين بطريقة منصوص عليها في الدستور)). وذكر الدستور الإيطالي

(^١) أحمد فتحي سرور - مصدر سابق - ص 207.

(^٢) سري صيام - دور محكمة النقض في حماية حق المتهم في قاضيه الطبيعي - المجلة الجنائية

القومية - المجلد 31 - العدد 2، 3 - 1988 - ص 59.

(^٣) حسن يوسف - مصدر سابق - ص 69.

عام 1947 بصريح العبارة حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي. حيث نصت المادة منه على: ((أنه لا يجوز أن يحرم شخص من القاضي الطبيعي الذي يعينه القانون)). وسارت على النهج نفسه دستوراً ألمانيا الديمقراطية الذي نص في مادة 134 على أن: ((لا يجوز منع أي مواطن من المثل أمام قضاة القانونيين)). أي أشار إلى القاضي الطبيعي بعبارة القضاة القانونيين.

فيما يتعلق بالدساتير العربية نلاحظ انفراد الدستور المصري لعام 1971 من بين الدساتير العربية بالنص على القاضي الطبيعي. ويعد من أكثر النصوص قوة ووضوحاً بالنص غب مادته 68 على أن: ((لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي)). أما الدساتير العراقية، فنلاحظ أن الدستور العراقي لعام 1925 نص في مادته التاسعة على أن: ((لا يمنع أحد من مراجعة المحاكم ولا يجبر على مراجعة محكمة غير المحكمة المختصة بقضيته إلا بمقتضى القانون)). لقد استخدم الدستور العراقي عبارة المحكمة المختصة. أما الدساتير الأخرى المتعاقبة لم تنص على هذا الحق.

أما عن كيفية الارتباط بين مبدأ استقلال القضاء وبين حق الفرد في قاضيه الطبيعي فقد يتضح لدينا ذلك من خلال انعدام توافر الضمانات للقاضي الطبيعي في أي تنظيم للقضاء، لا يحقق العدالة ولا يكفل الحقوق والحريات. ويكون قضاءً غير محمي في استقلاله وكذلك في انحيازه وبشكل انتزاع المواطنين من قضائهم الطبيعيين وكذلك إجراء محاكمتهم أمام هيئات قضائية لا تتوافر فيها الضمانات القضائية من الاستقلال والحياد والنزاهة، اعتداءً على سلطة القضاء وعلى استقلاليتها. أن أي تنظيم للقضاء لا تتوافر فيها ضمانات القاضي الطبيعي، فهذا التنظيم لا يحقق العدالة ولا يكفل الحقوق والحريات لأنه سيكون قضاء غير محمي في استقلاله وعدم انحيازه⁽¹⁾. حيث انتزاع المواطنين من قضائهم الطبيعيين وإجراء محاكمتهم أمام هيئات قضائية لا تتوافر فيها الضمانات القضائية من الاستقلال والحيادة والنزاهة حيث يشكل هذا اعتداءً على سلطة القضاء وعلى استقلاليتها. لأنه من المعروف أن ثقة الأفراد واطمئنانهم يكون أكثر بالقضاء العادي (القضاء الطبيعي)⁽²⁾. إذ أن القاضي الطبيعي وحده الذي يناط به مهمة الفصل في المنازعات والقضايا المعروضة أمامه. وانتزاع القضايا من سلطة القاضي العادي ومنحه لجهات أخرى فهو يعد أمراً متعارضاً مع معنى استقلال القضاء المنشود. حيث أن من أهم معاني مبدأ استقلال القضاء هو محاكمة الشخص أمام قاضيه الطبيعي. حيث أنه بتولي القضاء غير القاضي المحدد بقوانين السلطة القضائية أو قوانين التنظيم القضائي، حيث يشكل اعتداءً على حقوق الأفراد وحرياتهم إذا كان القاضي الطبيعي بوصفه حارس الحريات غير معروف ومحدد سلفاً لدى المواطن⁽³⁾. ومن أهم النتائج التي تترتب على هذا الحق هو استثناء القضاء الطبيعي باختصاصه لكونه صاحب الولاية العامة للنظر في المنازعات كافة وعدم جواز إنشاء محاكم استثنائية أو خاصة. حيث أن محاكمة الأفراد أمام هذا القضاء يعد انتقاصاً وإهداراً ل ضمانات القاضي التي يتمتع بها الأفراد أمام القضاء الطبيعي. لأن هذا القضاء لا يكفل للمتقاضين حقوق الدفاع و ضماناته كاملة، فينبغي أن يبقى القضاء الطبيعي محتفظاً باختصاصه الأصلي، وأن أي انتقاص من هذا اعتداءً على استقلالية القضاء⁽⁴⁾.

(^٣) خلف مهدي صالح - مصدر سابق - ص 149.

(^١) وحيد رأفت - دراسات في القوانين المنظمة للحريات - منشأة المعارف الإسكندرية - بلا سنة طبع - ص 192.

(^٢) يحيى الجمل - مصدر سابق - ص 119.

(^٤) سري صيام - مصدر سابق - ص 57.

الفرع الثاني: حق التقاضي

عرف الفقهاء حق التقاضي بأنه ((حق الأفراد في الالتجاء إلى القضاة فيما يدعون من حقوق))⁽¹⁾.

من المعلوم أن حق التقاضي من الحقوق الطبيعية للأفراد. إذ أنه حق لكل فرد في اللجوء إلى القضاء لرد الاعتداء على حقوقه، ويعزى السبب في اللجوء إلى القضاء دون غيره للمطالبة بحقوقهم إلا أن الدولة قد حصرت لنفسها حق القضاء بين الناس. فهي التي تستأثر به دون غيرها. ومنعت الأفراد من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم، كما كان الحال في السابق. حيث كانوا يعتمدون على القوة لرد حقوقهم المسلوبة، لكن الآن في ظل الدولة الحديثة حصرت حق التقاضي لنفسها. ويطلق على هذه العدالة باسم العدالة العامة وذلك تمييزاً لها عن العدالة الخاصة التي كان الأفراد يمارسونها بأنفسهم⁽²⁾. وقد احتل حق التقاضي مكاناً بارزاً في جميع الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية، ومن أهم هذه الإعلانات الميثاق الكبير أو الماجنا كارتا الذي تم إعلانه في عام 1215 في عهد الملك جون حيث يعد هذا الإعلان في مقدمة المواثيق التي نصت على حق التقاضي. وقد جاء على لسان الملك جون ((لن ننكر على أحد حقه في الالتجاء إلى القضاء)). ((ولن نؤخر حصول أحد على حقه)) ويبين لنا هذا النص أن أي شخص قد أصابه ضرر فإنه يستطيع أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حقه⁽³⁾. وقد نص على هذا الحق أيضاً الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يعد المنبع والمصدر للكثير من الحقوق والحريات المتعلقة بالأفراد. حيث أقر في المادة الثامنة منه على: ((أنه يحق لكل شخص من اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة ...)). ومن الاتفاقيات الدولية الأخرى التي صدرت بشأن حقوق الإنسان وأكدت على حق الإنسان في اللجوء إلى المحاكم الوطنية العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 حيث نص في المادة 14 منه على: ((لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء - وفقاً للقانون إلى محكمة أعلى ...)). وعلى مستوى الدول العربية نجد إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام فقد نصت المادة (19) على: ((الناس سواسية أمام المشرع، يستوي في ذلك الحاكم والمحكوم ومن اللجوء إلى القضاة مكفول للجميع ...)). وكذلك الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب فقد نص في مادته السابعة على: ((لكل شخص الحق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة ...)).

وأيضاً الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي أكد في مادته 11 - ف2 على أن: ((حق التقاضي كفول لكل شخص على إقليم الدولة)).

فيما يتعلق بالدساتير فلا يكاد يخلو دستور من دساتير العالم سواء العربية منها أو الأجنبية بالنص على حق التقاضي.

فيما يتعلق بالعلاقة الوثيقة بين مبدأ استقلال القضاء وكفالة حق التقاضي تتضح من خلال أنه ما تكون هناك منازعة على حق أو اعتداء عليه سواء أكانت من قبل الأفراد أنفسهم أم من قبل الدولة. فأن وسيلة الأفراد لرد حقوقهم هي اللجوء إلى القضاء، فالقضاء هو الحصن الذي يلوذ به الأفراد لرد حقوقهم ولا يمكن للقضاء أن يقوم بمهمته هذه إلا إذا كان مستقلاً وعادلاً. لا يتدخل في عمله أو في شؤونه أية سلطة. بحيث تفرض إرادتها عليه. أي أن الحفاظ على استقلالية القضاء وحمايته يعد في ذات الوقت حماية وصيانة لحق التقاضي⁽⁴⁾، وبالتالي فإن أي تصرف أو تشريع

(^١) فؤاد العطار - مصدر سابق - ص 131.

(^٢) فاروق الخطيب - مصدر سابق - ص 109.

(^٣) عبد الغني بسيوني عبد الله - مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي - منشأة المعارف -

الإسكندرية - بلا سنة طبع - ص 81.

(^٤) فاروق الكيلاني - مصدر سابق - ص 257.

يحول بين الأفراد وبين حقهم بالالتجاء إلى القضاة للمطالبة بحقوقهم يعد اعتداءً ومساساً باستقلالية القضاء. وفي الوقت ذاته فهو انتقاص من هذا الحق وإهدار له⁽¹⁾.

المطلب الثاني: ارتباط مبدأ استقلال القضاء ببعض المبادئ الدستورية
يرتبط مبدأ استقلال القضاء ببعض المبادئ الدستورية ارتباطاً وثيقاً. وسنوضح فيما يلي ارتباطه بمبدأ الولاية العامة للقضاء وبمبدأ سيادة القانون لوضوح صلتها به وذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: ارتباط مبدأ استقلال القضاء بالولاية العامة للقضاء
لل قضاء ولاية عامة في الفصل في كافة المنازعات والخصومات الواقعة بين الأفراد. وتسري هذه الولاية على جميع الأشخاص سواء أكانوا طبيعيين أم معنويين⁽²⁾. وأساس هذه الولاية يقوم على أن القضاء سلطة أصلية تقوم على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية. وتستمد وجودها من الدستور ذاته، لأن الدستور هو الذي أناط لها مهمة الفصل في المنازعات التي تعرض أمامه لذلك ينبغي كقاعدة عامة أن يكون للقضاء الولاية الكاملة على المنازعات كافة بحيث تنفرد لوحدها بسلطة البت فيها⁽³⁾.
وقد نص الكثير من الدول في دساتيرها على هذا المبدأ للتأكيد على أهميته. فمثلاً نجد أن الدستور العراقي لعام 1925 نص في مادته 73 على أن: ((للمحاكم المدنية حق

القضاء على جميع الأشخاص في العراق وفي كل الدعاوى والأمور المدنية والجزائية والتي تقيمها الحكومة العراقية أو تقام عليها دعا الدعاوى والأمور الداخلة في اختصاص المحاكم الدينية أو المحاكم المخصصة)).

يفهم من هذا النص أن القضاء يتمتع بالولاية العامة على المنازعات كافة. وقد خصت هذه المادة المحاكم المدنية بالولاية دون غيرها من المحاكم. وقد نص على هذا المبدأ مشروع الدستور 1990 الذي نص عليه في مادته 73 على أن: ((تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة إلا ما استثنى بنص في القانون)). ونلاحظ أن المشرع العراقي قد نص على هذا المبدأ أيضاً في القوانين الأخرى المتعلقة بالقضاء. مثل قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 فقد أقر بهذا المبدأ في مادته 29. وأيضاً قانون السلطة القضائية العراقي المدني رقم 26 لسنة 1963. وكذلك قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 الذي سار على النهج نفسه بنصه على هذا المبدأ⁽⁴⁾.

وتتضح العلاقة بينهما بما أن الدستور هو الذي خول المشرع العادي أمر تنظيم جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها. فلا يجوز للمشرع العادي الانتقاص من هذه الولاية بصورة كلية أو جزئية عن طريق سنها لقوانين تقوم بموجبها عزل القضاء أو منعه من النظر في نوع معين من المنازعات والقضايا. أو قيامها باقتطاع جزء من ولاية القضاء وضمها لجهات أخرى. فهذا يعد اعتداءً على استقلالية القضاء⁽⁵⁾. وتجدد الإشارة إلى أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين مبدأ الولاية

(٣) محمد عصفور - مصدر سابق - ص 201.

(٤) سعدون القشطيني - شرح أحكام المرافعات - الجزء الأول - مطبعة المعارف - بغداد - 1972 - ص 39.

(٥) أحمد هبة - موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا - الطبعة الأولى - 1988 - ص 178.

(٦) عبد الله البياتي - مصدر سابق - ص .

(٧) أحمد هبة - مصدر سابق - ص 178.

العامّة للقضاء وبين حق التقاضي. فأنهما أمران متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر، ومن ثم ارتباطهما المتلاحم بمبدأ استقلال القضاء، وتتجلى هذه العلاقة في أن إخراج منازعات معينة من دائرة اختصاص القضاء وتخويل جهات أخرى للنظر فيها ومنع الأفراد من ممارسة حقهم في لجوئهم إلى القضاء بأي مانع من موانع التقاضي يعد ذلك مصادرة لهذا الحق الطبيعي للأفراد وفي الوقت ذاته فهو اعتداء وانتقاص من الولاية العامة وقيد على انفرادها بالنظر في المنازعات كافة وهو ما يمس استقلالية القضاء وينتقص منها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مبدأ سيادة القانون

ويقصد بهذا المبدأ خضوع الدولة والأفراد للقانون. بحيث يكون كل تصرفات السلطة العامة والأفراد في إطار القانون، وأن أي عمل يصدر منهما لا يعد هذا العمل صحيحاً ولا منتجاً لآثاره إلا إذا كان مطابقاً للقانون⁽²⁾. ولقد ذهب قسم من الفقهاء بأنه لا يجوز تفسير القانون بالتفسير الضيق، أي القانون لا يقصد به فقط القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية حسب، وإنما لابد الأخذ بالمعنى الواسع للقاعدة القانونية أيما كان مصدرها وفقاً لقواعد تدرج هذه القوانين. حيث أن القانون الدستوري هو الذي يعلو على القوانين كافة في الدولة ويليه من حيث القوة القانون العادي ثم اللائحة وأدناها القرار الفردي⁽³⁾. ويعد هذا المبدأ من عناصر الدولة القانونية وأنه خير ضمان لحقوق المواطنين وحرياتهم. حيث يمنع الحكام من إساءة استعمال السلطة الممنوحة لهم أو عدم التزامهم بالقواعد القانونية.

وتتبين لنا العلاقة بين هذين المبدأين، بأن مبدأ سيادة القانون يصبح عديم الجدوى والنفع إذا لم توجد سلطة قضائية مستقلة محايدة تستطيع حماية هذا المبدأ. ويتجسد المظهر العملي لهذه المهمة بقيام القضاء بمهمة الرقابة على السلطات العامة في الدولة. حيث تعد هذه الرقابة الوسيلة الفعالة لحماية هذا المبدأ، لأنها تضمن عدم تجاوز تلك السلطات لحدود القانون وأحكامه. وإن تجاوزت يستطيع القضاء ردها إلى الحدود المرسومة لها⁽⁴⁾، لأن القضاء سيقوم بإلغاء أي عمل أو تصرف مخالف للقانون وكفالة الرقابة القضائية سواء أكان عن طريق الرقابة على دستورية القوانين أم الرقابة على مشروعية ما يصدر من الإدارة من قرارات تعد خير وسيلة لحماية أحكام القانون من العبث والتلاعب بها، وإن المساس بهذه الرقابة عن طريق الانتقاص من اختصاص القضاء سواء أكان بتضييق دائرة اختصاصها أم منعها من النظر في التصرفات المخالفة للقانون. ويؤدي ذلك إلى إهدار مبدأ الشرعية والانتقاص في الوقت ذاته من استقلالية القضاء⁽⁵⁾. ومن جهة أخرى تتضح العلاقة الوطيدة بين هذين المبدأين من خلال أن السلطة التشريعية هي التي تقوم بوضع قواعد قانونية عامة مجردة لأنها لا تستطيع أن تضع حكماً لكل منازعة معينة. وبذلك تبقى نصوصاً القانون نصوصاً جامدة⁽⁶⁾. ويأتي القضاء بدوره بإضفاء الفعالية والنشاط لهذه النصوص. أي أن التدخل القضائي يقوم بإحالة هذه النصوص إلى نصوص حية وفعالة وتتجسد عملياً بالحكم الذي يصدره القضاء والذي يكون ملزماً للأطراف المتنازعين، وتصبح نصوص

(٣)

(١) محمد قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - دار النهضة العربية - القاهرة - 1987 - ص 11.

(٢) عبد الله البياتي - مصدر سابق - ص 92.

(٣) جعفر صادق مهدي - مصدر سابق - ص 66.

(٤) الأستاذ نصرت منلا حيدر - مصدر سابق - ص 233.

(٥) محمد شهير أرسلان - مصدر سابق - ص 8.

القانون مجرد شعارات إذا لم تكن هذه النصوص مكفولة بالتطبيق من قضاء مستقل ومحاييد وقادر على حمايتها⁽¹⁾.

أما بخصوص هذا المبدأ أو الموقف منه في الشريعة الإسلامية، حيث يعد هذا المبدأ من أهم الأسس التي قام عليها النظام السياسي الإسلامي. لأن الإسلام جاء عقيدة وشريعة وعبادة ونظاماً سياسياً واجتماعياً واقتصادياً فهو يبين أمور الدنيا كما يبين شؤون الآخرة⁽²⁾. لذلك فإن الشريعة الإسلامية عرفت ما يقابل بمبدأ سيادة القانون في القانون الوضعي وهو مبدأ سيادة الشريعة الإسلامية، حيث تعد الشريعة الإسلامية بمثابة الدستور الذي يلتزم به كل من الحكام والمحكومين على حد سواء. أي الخليفة بكونه حاكماً وأفراد الأمة الإسلامية بكونهم محكومين. وبما أن أحكام الدستور تتميز بالسمو ولها الأولوية على بقية القواعد القانونية. كذلك أحكام الشريعة الإسلامية تتميز بالسمو وإن كل يصدر من الخلفاء والأمراء. ويجب أن تكون متفقة مع أحكام الشرع وضمن حدوده⁽³⁾. أي أن الشريعة الإسلامية قائمة على أساس تفيد الحكام بأحكام الشريعة كما هو الحال في النظم الوضعية عندها وعن حاجة الشعوب إلى ضرورة تقييد السلطة بالقانون لمحاربة الاستبداد بها وجعل هذه السلطة في خدمة المجتمع⁽⁴⁾.

ويقصد بهذا المبدأ في النظام السياسي الإسلامي: التزام كل من الحكام والمحكومين بأحكام الشريعة الإسلامية، والتي تتجلى هذه الأحكام بشكل أساسي بكتاب الله وسنة رسوله الكريم محمد (صلى الله عليه وسلم) فهما المصدران الأساسيان لأحكام الشرع فضلاً عن مصادر الشريعة الإسلامية الأخرى، التي يتم الرجوع إليها في حالة عدم وجود نص لمسألة معينة. وتتمثل هذه المصادر بالإجماع – والقياس والاستحسان – والمصالح المرسلة والاستصحاب⁽⁵⁾. فيجب على الحاكم الالتزام بأحكام الشرع ومراعاتها وتجب على الرعية طاعته، أما إذا خالف مبادئ الشريعة وتجاوز حدود الشرع ففي هذه الحالة لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق لأن طاعة أولى الأمر في الشريعة الإسلامية ليست طاعة مطلقة وإنما مقيدة بعدم تجاوز الحاكم لحدود الشرع أي أنه يطاع بقدر احترامه لشريعة المولى وسنة رسوله قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ))⁽⁶⁾. ويترتب على ذلك بطلان كل إجراء يتخذه الحاكم. فإن كان تجاوز الخليفة كبيراً ويمس بشدة أحكام الشرع فيتم في هذه الحالة عزله، أما إذا كان التجاوز بسيطاً فإن الرعية تعمل على تقويمه وإصلاحه. ويؤكد على هذا المعنى خطبة أول الخلفاء الراشدين أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) عندما تمت مبايعته والتي جاء فيها: ((وليت أيها الناس عليكم ولست بخركم فإن رأيتموني على حق فأعينوني، وإن رأيتموني على باطل فسدوني، أطيعوني ما أطعت الله فيكم، فإذا عصيته فلا لي عليكم)). وفي المعنى ذاته ما قاله ثاني الخلفاء الراشدين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه): ((من رأى منكم فيّ اعوجاجاً فليقومه))⁽⁷⁾.

نستخلص من هذا كله أن مبدأ الشرعية أو سيادة القانون كان أسبق في ظهوره في الشريعة الإسلامية منه في القانون الوضعي. حيث أن النظام السياسي الإسلامي عرف مبدأ سيادة أحكام الشريعة الإسلامية تلك الشريعة التي هي من شرع الله – سبحانه وتعالى – الذي هو أسبق

(١) د. أحمد فتحي سرور – مصدر سابق – ص 151.

(٢) د. عبد الحكيم العيلي – مصدر سابق – ص 20.

(٣) نصرت منلا حيدر – مصدر سابق – ص 232.

(٤) يس عمر يوسف – مصدر سابق – ص 298.

(٥) محمد أنس قاسم – مصدر سابق – ص 20.

(٦) سورة النساء – الآية 59.

(٧) نصرت منلا حيدر – مصدر سابق – ص 232.

في وجوده من أي شيء. وإن الحامي لهذا المبدأ كما هو الحال في القوانين الوضعية هو القضاء المستقل العادل الذي كان يرفض وبقوة تطبيق أي قرار أو قانون يصدر عن الحلفاء والولاة مخالفاً لأحكام الشريعة التي شرعها الله – سبحانه وتعالى – ولأحكام السنة النبوية الطاهرة^(٣).

(٣) يس عمر يوسف – مصدر سابق – ص 302.

الفصل الثاني

أوجه الانحراف التشريعي

تتضمن القواعد الدستورية ، القيود والحدود التي لا يجوز للسلطات العامة أن تتعدها في ممارسة صلاحياتها ، وبذلك توصف الدولة العصرية بأنها دولة دستورية أو دولة مقيدة بأحكام الدستور ، ونجد إلى جانب الأحكام الدستورية ، مجموعة من القوانين التي يخضع لها الحكام والأفراد على حد سواء فالدولة الدستورية كذلك توصف بأنها دولة قانون أو دولة قائمة على القانون ، غير إن الدستور يبقى في النظام القانوني القائم في الدولة – الوثيقة الأسمى – أو الإطار العام ، الذي يحدد نظام الحكم في الدولة وحقوق الأفراد وتطلعات الشعب⁽¹⁾ ، بناء عليه ، فإن الدستور يتمتع بعلوية على الحكام وعلى قوانين الحكام. والخطر الذي يمكن أن تتعرض له علوية الدستور ، لا يكمن فقط في صلاحية الحكام من تعديل أو تغيير الدستور بنفس الطريقة التي يعدلون بها أو يغيرون بها القوانين التي يضعونها ، بل من الممكن أن يكمن أيضا في إصدارهم قواعد قانونية تخالف مضمون الدستور ، وإذا كان الدستور يعلو على الحكام ، فمعنى هذا انه يعلو على ما يضعه الحكام من قواعد قانونية وفي مقدمتها القوانين⁽²⁾ . وإذا كنا قد تعرضنا في الفصل السابق لإمكانية انحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية وفقا للمعنى الواسع للانحراف ، وعرضنا لمختلف الأسباب التي قد تدفع لذلك الانحراف ، لذا يكون من الأوفق التعرض لأوجه هذه الانحرافات وأشكالها المختلفة ، حيث يمكننا الوقوف على نوعين من الانحراف ، أحدهما ظاهر ، والآخر مستتر. فقد استقر الأمر على إن مخالفة المشرع للدستور قد تكون مخالفة من حيث الاختصاص ، أو مخالفة من حيث الشكل الواجب إتباعه ، أو عدم اتفاق موضوع التشريع مع الحدود والضوابط الموضوعية التي يقرها الدستور ، وفي هذه الحالات تكون المخالفة للدستور ظاهرة ، أو تكون مخالفة مستترة حيث يكون التشريع سليما من كافة جوانبه الظاهرة ، الاختصاص والشكل والمحل ، ولكن إذا نظرنا إلى الغاية نجد إن التشريع ، إنما كان يسعى إلى تحقيق أغراض غير مشروعة وهنا يبرز العيب المستتر⁽¹⁾ وتأسيسا على ما تقدم ، نعرض لهذه الموضوعات في بحثين وعلى النحو الآتي :

المبحث الأول : الانحراف الظاهر .

المبحث الثاني : الانحراف المستتر .

- (1) د . رافع خضر شبر ، محتوى القواعد الدستورية ، محاضرات ملقاة على طلبة الدراسات العليا (الماجستير) للعام الدراسي 2005-2006 .
(2) د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، نظرية الدستور ، مصدر سابق ، ص 12 ، 13 .
(3) د . عبد الله محمد حسين ، الحرية الشخصية في مصر ، مكتبة الجامعة الأردنية ، 1998 ، ص 599 .
د . محمد فؤاد عبد الباسط ، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2002 ، ص 81

المبحث الأول

الانحراف الظاهر

يخضع الدستور القانون العادي لقيود معينة فيما يتعلق بالشكل والاختصاص والمحل ، فيبين الدستور المراحل التي يجب أن يمر بها التشريع لكي يصبح قانونا كما يحدد الهيئات التي تملك المساهمة في التشريع ، ويضع القيود الموضوعية التي لا يجوز للتشريع أن يتخطاها .
وواضح من ذلك انه يمكن رد أوجه الانحراف الظاهرة التي قد تشوب القانون وتجعله محلا للإلغاء أو عدم التطبيق ، إلى أوجه انحراف شكلية تتمثل في مخالفة قواعد الاختصاص في

إصدار التشريع ، أو مخالفة قواعد الشكل الواجب إتباعها في سنه ، وأوجه بطلان موضوعية ، تتمثل في مخالفة البرلمان للقيود الموضوعية التي فرضها الدستور⁽¹⁾ . وعلى ذلك نبحت أوجه الانحراف الظاهر في مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول : الانحراف الشكلي .

المطلب الثاني : الانحراف الموضوعي .

(1) د. رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 628 .

- د . محمد رفعت عبد الوهاب ، مصدر سابق ، ص 127 .

المطلب الأول

الانحراف الشكلي

ينصرف عيب الشكل في التشريع إلى مخالفة القواعد الشكلية الإجرائية التي حددها الدستور للبرلمان ، ليلتزم بها عند سن تشريعاته ، ومخالفة قواعد الاختصاص ، إذ إن من المستقر عليه انه إذا كان على البرلمان أن يمارس أعماله طبقاً لما تقضي به القواعد الدستورية ، فإن أول ما ينتقيد به هو قواعد الاختصاص والشكل ، فتعتمد صحة أعماله من الناحية الشكلية ، على مراعاته الأصول التي يحددها الدستور لسن القوانين ، ويكون ذلك بصورها من الجهة

المختصة وطبقا للأوضاع الدستورية ، وذلك باستيفاء الشكل القانوني الذي يتطلبه الدستور منها . وبذلك ينصرف الانحراف الشكلي إلى العيوب التي يكون مبناها مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور ، شكلا واختصاصا⁽¹⁾.
يتبين لنا أن الانحراف الشكلي الذي يصيب التشريع الصادر عن البرلمان ، فيجعله معيبا ، يتمثل في شقين ، الأول هو مخالفة الشكل الواجب إتباعه ، والثاني هو مخالفة قواعد الاختصاص ، وهو ما سنعرضه على النحو الآتي:

الفرع الأول : مخالفة قواعد الشكل.

الفرع الثاني : مخالفة قواعد الاختصاص .

(1) المحكمة الدستورية العليا المصرية- قضية رقم 23 لسنة 12 ق -دستورية-1/2/ 1993 ، أشار إليه الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 187 .

الفرع الأول

مخالفة قواعد الشكل

ترتبط فكرة الشكل في القانون بالأعمال والتصرفات القانونية بشكل عام ومؤداها أن الأشكال والأوضاع التي يفرضها المشرع لا تتقرر اعتباطا ، وإنما تبتغي تحقيق غرض بعينه ، أو غاية بذاتها يتعين مراعاتها وإلا وقع العمل أو التصرف القانوني باطلا⁽¹⁾
وتقوم هذه الفكرة على حماية الأوضاع والإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الدستور ، والتي تتصل بالعملية التشريعية من زاوية اقتراح التشريع وإقراره ، بحيث يكون التشريع منحرفا ، متى خرج على الشكل الواجب إتباعه طبقا لأحكام الدستور في أي مرحلة من هذه

المراحل⁽²⁾. حيث لا يخفى أن عملية تشريع القوانين ، تخضع لإجراءات وشكليات ، هي عبارة عن مراحل هذه العملية التي يقتضي مراعاتها ، حتى يصبح التشريع نافذاً ، فلتشريع القانون يستلزم استيفاء الشكل الذي أوجبه الدستور ، واهم مسائل الشكل هي الإجراءات البرلمانية ، التي يكون نتيجة الإخلال بها أو إهمالها ، سببا لفتح الباب أمام المراجعة القضائية⁽³⁾ .

ولا خلاف بين الفقهاء في إن من حق الجهة التي تراقب دستورية القوانين ، أن تراقب التشريع من الناحية الشكلية ، وهذا الاتجاه تأكد في أحكام المحاكم المختصة بالرقابة على دستورية التشريعات ، فأحكام المحكمة العليا الأمريكية ، أكدت على أنه يشترط حتى تكتسب أعمال السلطة التشريعية صفة القانون ، أن تكون صادرة في الحدود التي رسمها الدستور من ناحية الشكل والموضوع جميعا ، وقد عبرت المحكمة العليا الأمريكية عن هذه القاعدة ، في حكم لها صادر عام 1886 في قضية نورتون ضد مقاطعة شلبي⁽⁴⁾ .

(1) عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 317 ، 318 .

- د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص 155 .

(2) د. محمد انس قاسم جعفر ، الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنه تطبيقية ، ط2 ، القاهرة : دار النهضة العربية، 1999 ، ص 75 .

- د . منير عبد المجيد ، أصول الرقابة القضائية ، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2001 ، ص 144 .

(3) د . عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 30 .

(4) أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، القاهرة : مكتبة النهضة المصرية، 1960 ، ص 223 .

ونجد ذات الاتجاه في أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية ، ففي حكمها الصادر في 3 يناير 1998 ، أكدت على أنه (من المقرر أن كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها ، كتلك المتعلقة باقتراحها وإقرارها وإصدارها وشروط نفاذها ، إنما تفقد مقوماتها باعتبارها كذلك ، فلا يستقيم بنيانها.....)⁽¹⁾ .

وتربط المحكمة الدستورية في مصر ربطا وثيقا بين الجانبين الشكلي والموضوعي في القوانين التي تقوم بفحص دستوريته ، بحيث إذا فصلت في أحد أحكامها في موضوع احد القوانين ، فإنها تعتبر أن حكمها يحوز الحجية فيما يتصل بشكل هذا القانون بما يفيد اتفاق الشكل مع الدستور ، لأنها لا تفصل في الموضوع إلا بعد التصدي لفحص الشكل ومن تلقاء نفسها ، دون أن يطلب أطراف الدعوى ذلك⁽²⁾ . وتؤكد المحكمة الدستورية على ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1995/7/3 بقولها (إن استيفاء النصوص القانونية المطعون عليها لأوضاعها الشكلية يعتبر أمرا سابقا بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية ، ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها ، لا تقوم إلا بها ، ولا يكتمل بنيانها أصلا في غيابتها ، لتفقد

بتخلفها وجودها كقواعد قانونية تتوافر لها خاصية الإلزام ، ولا كذلك عيوبها الموضوعية إذ يفترض بحثها – ومناطقها مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها لقاعدة في الدستور من زاوية محتواها أو مضمونها- أن تكون هذه النصوص مستوفية لأوضاعها الشكلية. ذلك إن المطاعن الشكلية – وبالنظر إلى طبيعتها – لا يتصور أن يكون تحريها وقفا على حقيقتها ، تاليا للنظر في المطاعن الموضوعية ، ولكنها تتقدمها⁽³⁾ .

وتتعدد الأغراض والحكمة من الشكليات في المجال التشريعي ، فقد يكون الغرض منها الإشهار بسلامة الإرادة التشريعية وبأن كل شيء سار وفق ما تقتضيه الأوضاع الدستورية ، باعتبار أن الشكل هو المظهر المادي للتعبير عن الإرادة ، وقد تبدو مظهرا من مظاهر الرقابة المتبادلة بين السلطات ، كما في وجوب تصديق وإصدار القانون من السلطة التنفيذية لنفاده ، ومن هنا توصف قواعد الشكل بأنها الضمان العام⁽⁴⁾ .

(1) ينظر في ذلك : القضية رقم 36 لسنة 18 ، قضائية دستورية ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجز الثامن .

(2) د . يسري محمد العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، دراسة تحليلية لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1999 ، ص 46 .

(3) أشار إليه د . يسري محمد العصار ، المصدر السابق ، ص 46 – 47 .

(4) زياد محمد هادي ، جزاء مخالفة القاعدة الدستورية ، رسالة ماجستير ، قانون بغداد ، 2001 ، ص 11

وتتعاون نصوص الدستور واللائحة الداخلية أو النظام الداخلي للبرلمان في تحديد المراحل التي يمر بها التشريع ، ولما كانت نصوص الدستور هي التي تمثل المرجعية التي يعتمد عليها القاضي الدستوري ، فإننا سنقتصر على ما ورد بالدستور من شكليات وإجراءات. وتنص الدساتير على عدد من القواعد الشكلية والإجرائية التي يجب على البرلمان مراعاتها في اقتراح مشروعات القوانين وإقرارها ، فقد بين المشرع الدستوري الأمريكي في دستور 1787 ، إن توفر الأغلبية في كل من مجلسي الكونغرس (النواب والشيوخ) ، النصاب القانوني لقيامه بأعماله⁽¹⁾ .

أما الدستور المصري لعام 1971 ، فإنه قرر جملة من الإجراءات الشكلية ، منها أن انعقاد مجلس الشعب لا يكون صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه ، وأن تتخذ القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين⁽²⁾ .

أما المشرع الدستوري العراقي فإنه تبنى في دستور 2005 النافذ ، عددا من الإجراءات الشكلية منها ما يتعلق بنصاب انعقاد جلسات مجلس النواب والأغلبية اللازمة لاتخاذ القرارات ، المادة (59) من الدستور العراقي ، وكذلك إجراءات سن التشريع من قبل مجلس النواب العراقي (المواد 60 ، 138) ، وإجراءات تعديل الدستور ، (المواد 126 ، 142) . وهناك ملاحظتان تجدر الإشارة إليهما فيما يتعلق بعيب الشكل :

أولا : الدستور القائم وقت وضع التشريع هو المرجع في التحقق من صحة الإجراءات والشكليات ذكرنا سابقا إن المرجعية في تحديد الانحراف هو الدستور ، على الرغم من إن الدستور لا يعتبر المرجعية الوحيدة في تحديد قواعد الشكل والإجراءات التي يتوجب إتباعها من قبل البرلمان ، إذ

(1) المادة الأولى ، الفقرة الخامسة من الدستور الأمريكي .

Article 1 / section 5 :

“.....and a majority of each shall constitute a quorum to do business.”

وفي ذات الفقرة ، اشترط الدستور الأمريكي ، احتفاظ كل من المجلسين بمحاضر جلساته ينشرها من حين لآخر ، باستثناء تلك الأجزاء التي يرى أنها تستلزم السرية ، كما إن تصويت أعضاء أي من المجلسين بالموافقة أو الرفض في أي مسألة ، ينبغي أن يسجل في المحاضر إذا رغب في ذلك خمس عدد الأعضاء الحاضرين . وفي الفقرة الخامسة من ذات المادة ، نص المشرع الدستوري الأمريكي ، على أن جميع مشاريع القوانين الخاصة بتحصيل الدخل تطرح في مجلس النواب ، ولكن لمجلس الشيوخ أن يقترح أو يوافق على تعديلات ، كما في مشاريع القوانين الأخرى .

(2) المادة (107) من الدستور المصري . كما نصت هذه المادة على أن يجري التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة ، وعند تساوي الآراء يعتبر الموضوع الذي جرت المناقشة في شأنه مرفوضاً . وفي المادة (110) نص الدستور على أن " يحال كل مشروع قانون إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه ، على أنه بالنسبة إلى مشروعات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الشعب فإنها لا تحال إلى تلك اللجنة إلا بعد فحصها أمام لجنة خاصة لبدء الرأي في جواز نظر المجلس فيها ، وبعد أن يقرر المجلس ذلك " .

توجد إلى جانبه اللوائح الداخلية للبرلمان⁽¹⁾ ، إلا إن عيب عدم الدستورية للانحراف الشكلي في التشريع لا يتحقق إلا إذا كانت الشكليات التي تمت مخالفتها قد ورد النص عليها في الدستور ذاته فهذه وحدها التي يعول عليها كمرجع في تحديد الانحراف ، أما ما تتضمنه النصوص القانونية الأخرى الأقل مرتبة من قواعد شكلية ، فإن مخالفتها لا يعد انحرافاً يؤدي إلى عيب عدم الدستورية⁽²⁾ .

والدستور الذي نعنيه في هذا المجال هو الدستور الذي صدر التشريع في ظله ، فيكون مناط البحث عن الانحراف الشكلي في التشريع ، بالرجوع إلى أحكام الدستور القائم وقت تشريع القانون ، وليس بالرجوع إلى أحكام الدستور النافذ ، فقد يحدث أن يتغير الدستور كلياً أو جزئياً ، ويأتي الدستور الجديد بإجراءات شكلية جديدة لم تكن موجودة في السابق أو أنه يشدها ، ومرجع ذلك إن الأوضاع والإجراءات الشكلية تصاحب العملية التشريعية منذ بدايتها إلى نهايتها ، ولا يكون البرلمان مخاطباً إلا بأحكام الدستور الذي فرض هذه الأوضاع فإن هو اتبعها ونزل عليها أصبح التشريع الصادر مبرئاً من العيوب الشكلية وخالياً منها ، حتى ولو أصبح هذا التشريع مخالفاً للأوضاع والإجراءات الشكلية الواردة في الدستور القائم وقت التثبيت من عيب الانحراف

(1) تتضمن اللوائح الداخلية للبرلمانات عدداً من الإجراءات الشكلية الواجبة الإلتزام من قبل البرلمان ، ففيما يتعلق بمشروعات القوانين الواردة من الحكومة ، نصت اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري (النافذة بتاريخ 16 أكتوبر 1979) ، على أن يعرض الرئيس (رئيس المجلس) على المجلس مشروعات القوانين في أول جلسة تالية لورودها من الحكومة ليقرر المجلس إحالتها إلى اللجان المختصة ، وللرئيس أن يحيلها إلى اللجان المختصة مباشرة ويخطر المجلس بذلك في أول جلسة. وذلك في المادة (140) من اللائحة ، كما نصت المادة (147) على أن يناقش المجلس مشروعات القوانين في مداولة واحدة ومع ذلك يجوز أن تجري مداولة ثانية طبقاً لأحكام الواردة في هذه اللائحة .

كما يتضمن النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي (النافذ في 5 شباط 2007) ، عدداً من الإجراءات الشكلية التي يتوجب اتباعها من قبل المجلس عند مباشرته أعماله ، فالمادة (23) منه تنص على أن " يتحقق نصاب انعقاد المجلس بحضور الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه وتتخذ قراراته بالأغلبية البسيطة لعدد الأعضاء الحاضرين ، مالم ينص الدستور على غير ذلك ، وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس " كما نصت المادة (122) منه على أن " يحيل رئيس مجلس النواب الاقتراحات في مشروعات القوانين إلى اللجنة القانونية لدراستها وإعداد تقرير عنها للمجلس يتضمن الرأي في جواز نظر الاقتراح أو رفضه أو تأجيله وللرئيس أن يقترح على المجلس رفض الاقتراح لأسباب تتعلق بالموضوع بصفة عامة ، فإذا وافق عليه المجلس أحيل إلى اللجنة المختصة "

(2) في حين يرى البعض إن الانحراف الشكلي يمكن أن يتحقق عند مخالفة التشريع للقواعد الشكلية المتصلة باقتراح التشريع أو إقراره أو إصداره ، سواء كانت تلك القواعد قد وردت في الدستور أم في اللوائح الداخلية للبرلمان ، ينظر في ذلك : الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق ، ص 30 .

- زياد محمد هادي ، مصدر سابق ، ص 14 ، 15 .

- د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 149 ، 150 .

الشكلي⁽¹⁾ . ولا يمكن عقلا أن يطلب من تشريع صدر في ظل دستور انتهت حياته أن يكون متفقا مع الإجراءات الشكلية في دستور جديد ، خصوصا لو أنها جاءت مغايرة في الدستور الجديد عن الدستور القديم وقد جرت أحكام القضاء الدستوري مقررة كل ما تقدم⁽²⁾ .

ثانيا : لا تفرقة بين شكليات جوهرية وأخرى ثانوية بالنسبة لما يقرره الدستور من إجراءات .
 فرق جانب من الفقه بين الإجراءات الشكلية الواردة في الدستور ، واعتبر بعضها إجراءات جوهرية ، والبعض الآخر إجراءات ثانوية أو غير جوهرية ، والبعض الثالث إجراءات وسط بين الجوهرية والثانوية وأطلق عليها الإجراءات محل النظر ، وجعل عدم دستورية التشريع مقصورة على حالات مخالفة الإجراءات الجوهرية دون سواها⁽³⁾ . وهذا هو اتجاه الفقيه السنهوري ، حيث أعطى أمثلة للحالات التي يكون فيها الإجراء جوهريا ، ومنها أن يبحث أحد مجلسي البرلمان مشروع قانون في غير دور الانعقاد ، أو أن ينظره في أثناء حل المجلس الآخر ، أو أن يجتمع البرلمان بغير الأغلبية المطلوبة ، أو أن يقر احد المجلسين مشروع قانون دون إحالته إلى اللجان المختصة ، كما أعطى أمثلة يكون فيها الإجراء غير جوهرى ، كأن تتأخر اللجنة التي أحيل إليها مشروع القانون أكثر من المدة المحددة لها لبحثه ، أو أن يؤخذ الرأي في مشروع قانون على المبدأ أو المواد معا⁽⁴⁾ . إلا إن الاتجاه الأغلب في الفقه يذهب إلى إن التفرقة بين الإجراءات الشكلية الجوهرية والإجراءات الشكلية غير الجوهرية ، وإن وجدت مجالا للتطبيق في القرارات الإدارية ، فإنها لا تجد مكانا لها في القضاء الدستوري ، لان جميع الشكليات والإجراءات التي ترد في الدستور تعد جوهرية يجب مراعاتها والالتزام بها دون تمييز أو تفرقة بينها حيث تحوز جميعها مرتبة واحدة وأهمية متساوية ، ويترتب البطلان على مخالفتها⁽¹⁾ . إذ لو كان لبعض هذه

(1) د . محمد صلاح عبد البديع ، قضاء الدستورية في مصر ، ط3 ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2004 ، 289 ، 290 .

- د . عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 329 .

(2) د . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مصدر سابق ، ص 191 . عبد العزيز محمد سالم ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 336 ، 337 . ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في 1981/2/7 ، ج1 ، ص 65 ، وحكمها الصادر في 1983/2/5 ، ج2 ، ص 77 ، أشار إليه د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 290 . وأيضا حكمها في القضية رقم (31) لسنة 10 بتاريخ 7 ديسمبر 1991 ، أشار إليه د . يحيى الجمل ، المصدر السابق ، ص 191 ، حيث أكدت المحكمة في مضامين هذه القرارات ، على احتكامها على قواعد الدستور القائم وقت صدور التشريع المطعون عليه بالانحراف الشكلي ، وليس على قواعد الدستور النافذ وقت الطعن على القانون بالانحراف .

(3) د . محمد أنس قاسم جعفر ، مصدر سابق ، ص 76 .

(4) د . عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 32 .

(5) عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 338 .

- د ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 184 .

- د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 145 ، 146 .

القواعد أهمية قانونية تقل عن أهمية البعض الآخر لما عنى المشرع الدستوري بإدراجها في الوثيقة الدستورية ذاتها التي تحتل القواعد الواردة فيها مرتبة الصدارة بالنسبة لغيرها من القواعد الواردة في الوثائق القانونية الأدنى مرتبة فالإجراء الشكلي إما أن يكون ذا أهمية جوهرية ، أو أنه لا أهمية له مطلقا ، والإجراء المقرر بموجب نص ضمن نصوص الوثيقة الدستورية لا بد أن يكون ذا أهمية ، وإلا لكان النص عليه في الدستور نوعا من العبث⁽¹⁾ .

ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية في هذا الشأن ، حكمها الصادر في 3 يوليو سنة 1995 ، القضية رقم (25) ، فهذا الحكم لم يفرق بين الشروط الشكلية التي فرضها الدستور ليجعل من بعضها مؤديا إلى عدم دستورية التشريع ، ومن البعض الآخر شروطا غير جوهرية لا تؤثر في صحة التشريع⁽²⁾ ، حيث ذكرت المحكمة في هذا الحكم (إن المطاعن الشكلية الموجهة إلى

النصوص القانونية ، هي تلك التي تقوم في مبناها على مخالفة هذه النصوص للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور ، سواء في ذلك ما كان متصلا باقتراحها أم إقرارها أم إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية ، أم ما كان منها متعلقا بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية ، أو بتفويض منها) . وفي حكم آخر تقرر المحكمة أيضا بهذا الخصوص (إن قضاء هذه المحكمة مطرد على إن المطاعن الشكلية التي تتصل بالنصوص القانونية المطعون عليها لا تتعلق بمحتواها ، وإنما مرد الأمر فيها إلى مخالفة القيود الإجرائية التي فرض الدستور مراعاتها في مجال اقتراحها أو إقرارها أو إصدارها⁽³⁾ .

وعلى الرغم من أننا لم نتمكن من الحصول على أحكام القضاء الدستوري في أمريكا أو العراق بخصوص هذه المسألة ، إلا أنه يمكن القول بصورة عامة أن القضاء الدستوري لم يعتبر هذه التفرقة وتدل أحكامه على أنه يعامل الشروط والإجراءات ، الشكلية التي يوجبها الدستور لصحة التشريع ، على إنها كلها إجراءات جوهرية ومطلوبة بحد ذاتها لكي يكتسب التشريع الصادر عن البرلمان صفة الدستورية وبالتالي يكون بمنأى عن الوقف أو الإلغاء. علاوة على ذلك فإنه من الصعوبة وضع معيار للتفرقة بين ما يعد من الشكليات الجوهرية ، وبين ما لا يعد كذلك ، فليس هناك معيار محدد وثابت يمكن تطبيقه والسير على هده لمعالجة هذه المسألة⁽⁴⁾ .

-
- (1) عبد العزيز محمد سالم ، مصدر سابق ، ص 340 .
 (2) د. رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 676
 (3) قضية 39 لسنة 17ق-دستورية- 1998/6/6 ، أشار إليه الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 187 .
 (4) زياد محمد هادي ، مصدر سابق ، ص 15 .

الفرع الثاني

مخالفة قواعد الاختصاص

تعد فكرة الولاية أو الاختصاص من القواعد الأساسية في القانون العام ، بل إن بعض الفقهاء يذهب إلى اعتبار الاختصاص ، أساس هذا القانون وقاعدته الأولى⁽¹⁾ . ويمكن القول إن فكرة الاختصاص هي من نتائج الفصل بين السلطات ، إذ إن هذا المبدأ لا يقتضي تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث فحسب ، وإنما يستتبع أيضا توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة⁽²⁾ .

ويقصد بالاختصاص قدرة إحدى السلطات العامة على اتخاذ تصرف معين في حدود أربعة ، شخصية ، موضوعية ، زمانية ، ومكانية . على ذلك يقصد بعدم الاختصاص ، عدم المقدرة من الناحية القانونية على اتخاذ تصرف معين ، نتيجة لانتهاك ومخالفة القواعد المحددة لاختصاص السلطة صاحبة التصرف⁽³⁾ . ويمكن تشبيه فكرة الاختصاص في القانون العام بفكرة الأهلية في القانون الخاص ، لأن الفكرتين تتعلقان بالقدرة على مباشرة تصرف قانوني معين رغم اختلاف كل فكرة عن الأخرى من حيث المقصود منها ، فالقصد من الاختصاص هو تقسيم العمل على القائمين به بما يحقق المصلحة العامة ، في حين إن القصد من فكرة الأهلية هو استلزام حد أدنى من الإدراك في متولي التصرف ، حماية لمصلحته الخاصة⁽⁴⁾ . وهي تختلف عن فكرة عدم الاختصاص في المجال الإداري ، لأن أساسها في المجال الدستوري محوره ، مخالفة البرلمان قواعد الولاية والاختصاص التي يقرها الدستور لا التشريع العادي⁽⁵⁾ . وتجد الاختصاصات الدستورية مصدرها في صلب الدستور ، بحيث لا يجوز أن يباشر الاختصاص إلا من الجهة التي حددها ، فلا يجوز للسلطة التي منحها الدستور اختصاصا معينا ، أن تتنازل لغيرها في ممارسة

- (1) د. بشار عبد الهادي ، التفويض في الاختصاص ، دراسة مقارنة ، ط1 ، عمان : دار الفرقان ، 1982 ، ص 33 وما بعدها .
- (2) د . عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، 1971 ، ص 220 ، ود . طعيمة الجرف ، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1973 ، ص 448 وما بعدها .
- (3) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، قضاء الإلغاء ، ط1 ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 ، ص 142 .
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص 17 .
- غسان حسن داوود ، إلغاء القرار الإداري لعدم المشروعية ، بحث منشور ، مجلة العدالة ، العدد الأول ، 1999 ، ص 139 .
- (4) د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004 ، ص 357 .
- (5) عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 288 ، 289 .

هذا الاختصاص، إلا إذا أجاز لها الدستور ، التفويض لجهة أخرى ، جانبا من اختصاصاتها الدستورية ويكون ذلك بشكل مؤقت ، ووفقا للضوابط والحدود التي يشترطها الدستور في هذا الخصوص ، وبنص صريح منه⁽¹⁾ ، وعلى ذلك يركز عيب عدم الاختصاص الذي يشوب التشريع الصادر عن البرلمان ، ويؤدي إلى عدم دستوريته ، على مخالفة البرلمان لقواعد الاختصاص التي يرسمها له الدستور. وتتعدد صور العيب الذي ينطوي على عدم الاختصاص ، فقد يكون هذا العيب عدم اختصاص شخصي ، أو موضوعي ، أو زمني أو مكاني⁽²⁾ .

أولا : عدم الاختصاص الشخصي .

يقتضي العنصر الشخصي في الاختصاص ، أن يصدر القانون من العضو أو السلطة التي منحها الدستور الاختصاص بها . والأصل إن البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع ، فهو السلطة المختصة بسن القوانين وإقرارها بحيث يكون له الحق في تنظيم أي موضوع يريد تنظيمه ، وأن يقرر ما يشاء من القواعد القانونية ، وأن يلغي من هذه القواعد ما يشاء ، بما أن نصوص الدستور لم تقيد في مجال نشاط معين⁽³⁾ تأسيسا على ذلك لا يجوز للبرلمان أن يفوض اختصاصاته إلى سلطة أخرى إلا إذا أجاز الدستور ذلك ، فإذا أجاز الدستور مبدأ التفويض ، لا يجوز للبرلمان استخدام هذه الرخصة - التي وردت على خلاف الأصل - إلا في الحدود التي رسمها الدستور ، فالبرلمان مفوض من الشعب صاحب السيادة في التشريع ، فلا يستطيع البرلمان أن يفوض في ممارسة اختصاصاته كلاً أو جزءاً ، إلا إذا أباح الدستور ذلك وبالحود والضوابط التي يضعها⁽⁴⁾ . فبالنسبة للدستور الأمريكي ، فقد ترتب على اعتناقه مبدأ الفصل الشديد بين السلطات ، أن جعل الاختصاص التشريعي حكراً على الكونغرس⁽⁵⁾ ، ولم يرد به نصاً يجيز تفويض رئيس الجمهورية

- (1) د. بشار عبد الهادي ، مصدر سابق ، ص 49 وما بعدها .
- د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2000 ، ص 354 .
- (2) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 157 .
- (3) وان كانت بعض الدساتير قد حددت مجالا معيناً يشرع فيه البرلمان ، ومن ذلك الدستور الفرنسي الحالي لعام 1958 ، الذي جعل السلطة التنفيذية هي صاحبة الاختصاص العام في ميدان التشريع بعد ان جعل اختصاص البرلمان محدداً على سبيل الحصر . أشار إليه : الدكتور رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 632 ، 633 .
- (4) د. محمد أبو زيد ، القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص 269 . جابر سعيد حسن ، الضمانات الأساسية للحريات العامة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1991 ، ص 300 .
- (5) وذلك وفقاً لنص المادة الأولى ، الفقرة أولاً ، من الدستور الأمريكي .

Article 1 / section 1

All legislative powers herein granted shall be vested in a congress of the united states, which shall consist of a senate and house of representatives.

في هذا المجال ،وقد بينت المحكمة العليا الأمريكية هذا المبدأ ، وحددت مدلوله في احد أحكامها بقولها " إن الدستور الاتحادي وكذلك دساتير الولايات تجزيء السلطة العامة وتوزعها بين هيئات

ثلاث ، ومما يخل بهذا التقسيم و يصادم الدستور أن يتخلى الكونغرس عن أداء وظيفته التشريعية تاركاً إياها للرئيس أو السلطة القضائية⁽¹⁾ . ورغم ذلك اضطر الكونغرس إلى تفويض الرئيس الأمريكي في ممارسة اختصاصاته التشريعية في بعض الحالات ، كالظروف الاستثنائية ، ثم امتد التفويض ليشمل كل مناحي الحياة العسكرية كانت ، أم اقتصادية أم مالية أم اجتماعية ، كما وافق الكونغرس على تفويض رؤساء الجمهورية في إصدار التشريعات اللازمة لتنفيذ برامجهم سواء في المجال الاقتصادي أو الاجتماعي ، على أن يحدد قانون التفويض ما يحكم سلطات الرئيس من مبادئ وأهداف باعتبار إن التفويض يمثل ضرورة⁽²⁾ وذلك بدون سند من الدستور .

أما بالنسبة للدستور المصري الحالي لسنة 1971 ، وطبقاً للمادة (86) منه " يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع"⁽³⁾ ، فالتشريع بصفة عامة يكون من اختصاص مجلس الشعب ، إلا أنه لا يفرد بهذه الاختصاص كلية ، حيث تشترك معه جهات أخرى ، نظمها الدستور منها ما جاء بالمادة (194) من الدستور التي تستوجب موافقة مجلس الشورى في بعض الأمور منها ما يتصل بالتشريع⁽⁴⁾ ، إضافة إلى دور رئيس الجمهورية في العملية التشريعية ، حيث نصت المادة (109) من الدستور على إن " لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين " إضافة إلى سلطته في إصدار قرارات لها قوة القانون في بعض الحالات⁽⁵⁾ ، إلا إن المادة 108 منه أباحت تفويض رئيس الجمهورية ، من قبل مجلس الشعب ، في إصدار قرارات

(1) أشار إليه : د . احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 135 .

(2) د . رأفت دسوقي ، مصدر سابق ، ص 181 ، 182 .

(3) " ... ويقرر السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، وذلك على الوجه المبين في الدستور " .

(4) المادة (194) معدلة طبقاً للاستفتاء على الدستور الذي اجري في 2007/3/26 . وهي تنص على أنه " تجب موافقة المجلس (مجلس الشورى) على ما يلي :

1- الاقتراحات الخاصة بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، على أن تسري على مناقشة التعديل والموافقة عليه بالمجلس الأحكام المنصوص عليها في المادة 189

2- مشروعات القوانين المكملة للدستور والتي نصت عليها المواد 6، 5، 62، 48، 76، 85، 87، 88، 89، 91، 160، 163، 167، 168، 170، 171، 172، 173، 175، 176، 177، 178، 179، 183، 196، 197، 198، 206، 207، 208، 209، 210، 211 من الدستور .

3- معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة"

(5) منها نص المادة 74 من الدستور الخاصة بحماية الوحدة الوطنية ومؤسسات الدولة من الأخطار ، والمادة 147 الخاصة بإصدار قرارات تكون لها قوة القانون ، في غيبة مجلس الشعب عند حدوث ما يوجب الإسراع باتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير .

لها قوة القانون ، ووضعت عدة شروط لهذا التفويض منها ، أنه يجب أن يكون عند الضرورة وفي الحالات الاستثنائية ، وأن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذا القرارات والأسس التي تقوم عليها⁽¹⁾ ، كما يجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، أما إذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها مجلس الشعب يزول ما كان لها من قوة القانون⁽²⁾ .

أما بالنسبة لدستور العراق الحالي 2005 ، فقد تبني واضع الدستور العراقي لعام 2005 نمطاً جديداً في إطار الاقتراح المشترك، حيث أشرك عدة جهات في ممارسة حق اقتراح مشروعات القوانين ، إذ اعترف بحق الاقتراح لثلاث جهات هي : رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء وأعضاء مجلس النواب . وباستقراء مواد الدستور العراقي لعام 2005 ، يتضح لنا إن المشرع الدستوري قد عالج حق الاقتراح في المادة (60) منه والتي تنص على إن : (أولاً- مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء . ثانياً - مقترحات القوانين تقدم من عشرة من أعضاء مجلس النواب ، أو من إحدى لجانته .) .

ويتبين من هذا النص أن حق اقتراح القوانين هو حق مشترك يتمتع به رئيس الجمهورية⁽³⁾ ومجلس الوزراء وأعضاء مجلس النواب . ويلاحظ إن اقتراح مشروعات القوانين سواء قدمت من رئيس الجمهورية أو من مجلس الوزراء أو من أعضاء مجلس النواب ، يكون له طبيعة واحدة حيث يعد

المرحلة الأولى في العملية التشريعية ، وليس هنالك أي اختلاف بين كلا النوعين من الاقتراحات إلا من الناحية الإجرائية أو الشكلية⁽⁴⁾ .

(1) ينظر في تفاصيل هذه الشروط : حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في 1976/12/11 ، في الدعوى رقم 8 لسنة 3 قضائية ، أشار إليه د . محمد المنجى ، دعوى عدم الدستورية ، ط1 ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2002 ، ص 81 ، 82 .

(2) ينظر في تفاصيل هذه الشروط : د . عبد العظيم عبد السلام ، الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 181 – 211 .

إلا انه لم يرد به ينص يبيح لمجلس النواب تفويض بعض اختصاصاته التشريعية لمجلس الرئاسة أو مجلس الوزراء ، وبالتالي فإن أي قانون يصدر عن مجلس النواب يتضمن تفويضا لأي من الجهات التي ذكرت ، فإن ذلك يعد انحرافا عن الدستور .

(3) إن حق الاقتراح الممنوح لرئيس الجمهورية يمارس من قبل مجلس الرئاسة لدورة برلمانية واحدة . وفقا لما قرره البنود أولاً و سادساً من المادة (138) من الدستور ، حيث نص البند أولاً على أن (يحل تعبير [مجلس الرئاسة] محل تعبير [رئيس الجمهورية] أينما ورد في هذا الدستور ، ويعاد العمل بالأحكام الخاصة برئيس الجمهورية ، بعد دورة واحدة لاحقة لنفاذ هذا الدستور .) . ونص البند سادساً على أن (يمارس مجلس الرئاسة صلاحيات رئيس الجمهورية ، المنصوص عليها في هذا الدستور .)

(4) د . رافع خضر شبر ، السلطة المختصة باقتراح القوانين ، بحث منشور ، ص 25 .
- إذ يحيل رئيس مجلس النواب مشروعات القوانين المقدمة من السلطة التنفيذية إلى اللجان المختصة لدراستها وإبداء الرأي بشأنها قبل عرضها على المجلس لمناقشتها . على أن يجري ذلك بحضور ممثل عن اللجنة مقدمة=

ثانياً : عدم الاختصاص الموضوعي

يأتي بحث العنصر الموضوعي في الاختصاص الدستوري في مرحلة تالية لبحث العنصر الشخصي ، وبافتراض إن هذا العنصر الأخير قد قام صحيحاً ومستنداً إلى أحكام الدستور .
والعنصر الموضوعي يتصل بموضوع التشريع ومادته من جهة وتحديد الأعمال التي أناطها الدستور بالسلطة التي عهد إليها بمزاولةها ، وعلى هذا الأساس يعني العنصر الموضوعي في الاختصاص التشريعي أن تقوم سلطة التشريع بممارسة اختصاصها التشريعي في المجالات التي أسندها الدستور إليها ، دون أن تتجاوز غيرها ، و إلا كان التشريع مخالفاً للدستور لعيب أصاب العنصر الموضوعي في الاختصاص ، وهو عيب عدم الاختصاص الموضوعي⁽¹⁾ ، وهو يعد أهم صور عدم الاختصاص⁽²⁾.

وضرب الكتاب في مجال القانون الدستوري أمثلة كثيرة ، حول تشريعات معيبة بعدم الاختصاص الموضوعي ، كان يقوم البرلمان بسن قانون للمصادرة العامة للأموال ، في حين ينص الدستور على حظر المصادرة العامة للأموال ، أو يسن قوانين تخالف مبدأ جواز تقرير رجعية القوانين الجنائية ، أو مبدأ عدم الإخلال بحق التقاضي ، ومبدأ المساواة ، ومن وجهة نظرنا فإن هذه الحالات تمثل في الواقع حالات عدم الدستورية لعيب في المحل أو الموضوع ، إضافة إلى الانحراف الشكلي .
أما صور عدم الاختصاص الموضوعي فإنها تتمثل في مجاوزة البرلمان لاختصاصاته الدستورية وتعيده على الاختصاصات الممنوحة للسلطات الأخرى ، ففي الولايات المتحدة الأمريكية ، وهي دولة فدرالية توزع فيها الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية ، وحكومات الولايات أعضاء الاتحاد ، فإن تدخل الكونغرس في الاختصاصات الممنوحة للمجالس التشريعية للولايات وتشريعه

= المشروع (المادة 182 من النظام الداخلي لمجلس النواب) ، وعند النظر في مشروعات القوانين ، يحق لكل عضو أن يقترح التعديل بالهدف أو الإضافة أو التجزئة في المواد فيما يعرض من تعديلات . ويجب أن يقدم التعديل مكتوباً لرئيس اللجنة قبل الجلسة التي ستنظر فيها المواد التي يشملها التعديل بأربع وعشرين ساعة على الأقل (المادة 129 من النظام الداخلي لمجلس النواب) ، أما الاقتراحات المقدمة من أعضاء مجلس النواب ، فيحق لعشرة من أعضاء المجلس اقتراح مشروعات القوانين إلى رئيس مجلس النواب مصاغة في مواد تتضمن الأسباب الموجبة للقانون (المادة 120 من النظام الداخلي لمجلس النواب) ، ويحيل رئيس مجلس النواب الاقتراحات في مشروعات القوانين إلى اللجنة القانونية لدراستها وإعداد تقرير عنها للمجلس يتضمن الرأي في جواز نظر الاقتراح ، أو رفضه أو تأجيله ، وللرئيس أن يقترح على المجلس رفض الاقتراح لأسباب تتعلق بالموضوع بصفة عامة . فإذا وافق عليه المجلس أحيل إلى اللجنة المختصة (المادة 122 من النظام الداخلي لمجلس النواب) .

(1) عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 307 . و د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 281 . و د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 366 .

(2) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، قضاء الإلغاء ، مصدر سابق ، ص 157 .

في المواضيع التي حصر الدستور التشريع فيها لهذه المجالس ، إنما يمثل صورة من صور عدم الاختصاص الموضوعي .

ومن اظهر التطبيقات القضائية في هذا الخصوص ما يتعلق بنص الفقرة الثامنة من المادة الأولى المتعلقة باختصاص الكونغرس بتنظيم التجارة بين الولايات ، والتي حاول الكونغرس من خلالها ممارسة صلاحيات تدخل في اختصاص الولايات⁽¹⁾ .

ومن صور عدم الاختصاص الموضوعي أيضا ، تجاوز احد المجلسين على الاختصاصات المحددة للمجلس الآخر ، حيث نص الدستور الأمريكي في المادة الأولى منه ، الفقرة السابعة ، البند أولا ، على أن جميع مشروعات القوانين الخاصة بتحصيل الدخل (bills for raising revenue) ، يجب أن تقدم من مجلس النواب ولكن لمجلس الشيوخ أن يقترح إدخال تعديلات عليها كما في سائر القوانين⁽²⁾ .

فالمشرع الدستوري الأمريكي ، كان قد حصر تشريع القوانين المتعلقة بتحصيل العائدات ، بأعضاء مجلس النواب فقط ، فإذا حصل وقام مجلس الشيوخ بتشريع احد القوانين المتعلقة بتحصيل الإيرادات ، فلا ريب أن هذا القانون سيكون منحرفا انحرافا شكليا ، كونه معيبا بعيب عدم الاختصاص الموضوعي . وكذلك عندما يتجاوز البرلمان على الاختصاصات الأصلية الممنوحة للسلطة التنفيذية ، فالأصل إن البرلمان مختص بالتشريع ، إلا إن الدستور يوكل إليه اختصاصا في أعمال إدارية يذكرها على سبيل التحديد والحصص ، بعضها يصدر في صورة قانون كالقروض العامة والميزانية وغير ذلك ، والبعض الآخر يصدر في صورة قرار⁽³⁾ .

(1) د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 360 .

- د . احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 427 .

ومن أبرز أحكام المحكمة في هذا الخصوص ، حكمها في قضية شكنر سنة 1935 ، والذي تعرضت فيه لدستورية قانون الإنعاش الصناعي national industrial recovery act الذي أصدره الكونغرس ، حيث انتهت المحكمة فيه إلى القول بتجاوز اختصاصه الدستوري بتنظيم التجارة ، محاولا أن يقتحم على الولايات مجال اختصاصاتها المحلية . أشار إليه د . شعبان احمد رمضان المصدر السابق ، و د . احمد كمال أبو المجد ، المصدر السابق .

(2) وقد كان السبب في حصر مقترحات القوانين الخاصة بتحصيل الإيرادات ، بمجلس النواب فقط دون الشيوخ ، هو لكون مجلس النواب كان يتشكل بالانتخاب ، في حين كان مجلس الشيوخ يتم تشكيله بالتعيين ، لذلك أراد واضعوا الدستور الأمريكي حصر هذه المسألة بالأعضاء المنتخبين الذين يمثلون الشعب الأمريكي فقط . ومن الجدير بالذكر إن هذه التفرقة فقدت جدواها بعد أن صار مجلس الشيوخ يتشكل بالانتخاب أيضا منذ عام 1913 ، ينظر في تفاصيل ذلك :

- Barefoot , the constitution for the united states , op , cit , p16-18 .

(3) د . عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 25 ، 26 .

- د . محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 132، 133 .

فإن خالف البرلمان ذلك وتدخل في نطاق الاختصاصات الأصلية للسلطة التنفيذية ، بحيث أصدر عملا إداريا بصورة قانون ، فانه يعد منحرفا في عمله هذا لعيب الاختصاص الموضوعي ، فليس للبرلمان من سلطة تقديرية في إصدار أي قرار إداري بصورة التشريع⁽¹⁾ .

وأيضا لا يجوز للبرلمان أن يتدخل في الاختصاصات الاستثنائية الممنوحة للسلطة التنفيذية ، فالدستور المصري لعام 1971 ، ينص في المادة 147 / الفقرة أولا على اختصاص رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القوانين وذلك إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، إضافة إلى نص المادة 108 السابق الإشارة إليها والتي تخول رئيس الجمهورية في إصدار اللوائح التفويضية ، حيث تقول المحكمة الدستورية العليا

المصرية انه " وإذا كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردتها الدستور على سبيل الحصر والتحديد ، فلا يجوز لأي من تلك السلطات أن تتعداها إلى غيرها ، أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها . فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية"⁽²⁾ .

بالتالي فإنه لا يجوز لمجلس الشعب أن يتدخل في هذه الاختصاصات فيقوم بإصدار لوائح تفويضية ، أو إصدار قرارات لها قوة القانون ، لأنه وإن توفرت الشروط والضوابط لممارسة هذه الاختصاصات ، فإن ذلك لا يعفي مجلس الشعب من شبهة عدم الدستورية ، كون هذه الاختصاصات محددة في الدستور على سبيل الحصر ، على إنها اختصاصات استثنائية لرئيس الجمهورية .

أما بالنسبة لدستور العراق الحالي 2005 ، فإن المادة (80) منه ، الفقرة ثالثا ، خصت مجلس الوزراء بإصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين، والفقرة رابعا ، خصته بإعداد مشروع الموازنة العامة والحساب الختامي وخطط التنمية ، بالتالي فإن تدخل مجلس النواب بهذه الاختصاصات المنوطة بمجلس الوزراء ، فإن عمله هذا يكون منحرفا عن الدستور لعيب أصاب العنصر الموضوعي للاختصاص .

ثالثا : عدم الاختصاص الزمني

قد يضع الدستور ، قيودا زمنيا لممارسة اختصاص التشريع من قبل البرلمان ، فإذا لم يراع البرلمان تلك القيود وقام بتشريع القوانين ، في وقت لم يكن له فيه حق ممارسة هذا الاختصاص أو خرج عن الحد الزمني المحدد دستوريا لإصداره ، كان التشريع مخالفا للدستور لتخلف العنصر

(1) د . محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 180.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في 1985 /5/4 ، في الدعوى رقم 28 ، لسنة 2 قضائية دستورية . أشار إليه الدكتور محمد المنجي ، مصدر سابق ، ص 79 ، 80 .

الزمني في الاختصاص ، فصاحب الاختصاص يجب أن يمارس اختصاصه خلال المدة الزمنية التي يثبت له فيها هذا الاختصاص⁽¹⁾ ، ومن الفروض التي يتحقق فيها تخلف العنصر الزمني في الاختصاص ، إقرار البرلمان لقانون بعد حله أو وقف جلساته أو انتهاء مدتها المحددة في الدستور أو فض الدورة البرلمانية⁽²⁾ .

والدستور المصري لعام 1971 ، من الدساتير التي وضعت قيودا زمنيا لممارسة مجلس الشعب لاختصاصاته ، حيث ينص على أن يبدأ مجلس الشعب دورته العادية بدعوة من رئيس الجمهورية ، أو بحكم الدستور يوم الخميس الثاني من شهر نوفمبر ويدوم دور الانعقاد العادي سبعة أشهر على الأقل ، وكذلك يفض رئيس الجمهورية دورته العادية بعد اعتماد الموازنة العامة للدولة⁽³⁾ فلا يجوز لمجلس الشعب الاستمرار بتشريع القوانين بعد فض دورته العادية أو قبل بدئها ، فإن ذلك يعد انحرافا دستوريا⁽⁴⁾ .

أما دستور العراق الحالي لعام 2005 ، فإنه حدد لمجلس النواب دورة انعقاد سنوية بفصلين تشريعيين امدهما ثمانية أشهر وأحال للنظام الداخلي كيفية انعقادها . على ذلك لا يجوز لمجلس النواب تشريع أي قانون بعد انتهاء الفصل التشريعي ما لم تكن الجلسة استثنائية⁽⁵⁾ .

(1) د . ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 373 .

(2) د. رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 657 .

- د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 283 .
- د . محمد انس قاسم جعفر ، مصدر سابق ، ص 82 .
- (3) المادة (101) من الفصل الثاني من الدستور المصري .
- وقد نظمت اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري الأحكام الخاصة بجلسات المجلس وقراراته في الباب الثامن وذلك في ستة فصول ، إلا إنها لم تحدد السقف الزمني لممارسة مجلس الشعب اختصاصاته ، واكتفت بالنص الوارد بالدستور ، وحددت في المادة (259) ، الفصل الثالث ، على ان جلسات المجلس علنية وتُعقد ايام السبت والأحد والاثنين ، كل أسبوعين ، إلا إذا قرر المجلس غير ذلك .
- (4) ولم يحدد الدستور الأمريكي 1787 ، سقوفا زمنيا لممارسة الكونغرس اختصاصاته ، عدا انه نص في المادة الأولى ، الفقرة الرابعة على ان يجتمع الكونغرس مرة على الأقل كل عام ، ويكون موعد هذا الاجتماع أول يوم اثنين من شهر كانون الأول / ديسمبر مالم يحدد الكونغرس بقانون موعدا اخر .
- (5) المادة 57 من الفرع الأول ، الفصل الأول من الدستور العراقي .
- كما نصت المادة (22) من النظام الداخلي لمجلس النواب على انه " أولا : لمجلس النواب دورة انعقاد سنوية بفصلين تشريعيين امدهما ثمانية اشهر يبدأ اولهما في 1 آذار وينتهي في 30 حزيران من كل سنة، يبدأ ثانيهما في 1 أيلول وينتهي في 31 كانون الأول .
- ثانيا : لا ينتهي الفصل التشريعي الذي عرضت فيه الموازنة العامة للدولة إلا بعد الموافقة عليها .
- ثالثا : تتعقد جلسات المجلس على الأقل يومين في الأسبوع ولهيئة الرئاسة تمديدها أو تحديدها حسب الضرورة "

رابعا : عدم الاختصاص المكاني

أما فيما يتعلق بعيب عدم الاختصاص المكاني ، فان الدساتير تجري عادة على تحديد عاصمة الدولة كمقر يمارس فيه البرلمان اختصاصاته الأصلية المتعلقة بعملية التشريع ، من ذلك ما نص عليه الدستور المصري الحالي لعام 1971 ، في المادة (100) منه على إن (مدينة القاهرة مقر مجلس الشعب ويجوز في الظروف الاستثنائية أن يعقد جلساته في مدينة أخرى بناء على طلب رئيس الجمهورية ، أو أغلبية أعضاء المجلس ، واجتماع مجلس الشعب في غير المكان المعد له غير مشروع والقرارات التي تصدر فيه باطلة)⁽²⁾ .

ومؤدى ذلك انه متى ما تضمن الدستور على نص يحدد المكان المخصص لممارسة البرلمان اختصاصاته التشريعية ، فانه يجب على البرلمان التقيد بذلك ، وإلا عدت التشريعات الصادرة عنه في غير المكان المخصص لذلك ، معيبة لعدم الاختصاص المكاني.

(1) في حين لم يحدد دستور العراق الحالي لعام 2005 مكانا لممارسة مجلس النواب اختصاصاته فيه ، في حين نصت المادة (21) من النظام الداخلي لمجلس النواب على أن تنعقد جلسات المجلس في بغداد وبالأماكن عقدها في أماكن أخرى عند الاقتضاء .
ولم يحدد الدستور الأمريكي لعام 1787 ، هو الآخر مكانا لعقد جلسات مجلسي الكونغرس ، إلا إن الواقع العملي يشير إلى اتخاذ العاصمة واشنطن ، كمقر لعقد جلساته.

المطلب الثاني

الانحراف الموضوعي

تتضمن وثيقة الدستور مجموعة من المبادئ والأحكام التي يراها واضعوه ، إنها تمثل مقومات المجتمع الأساسية ، والتي يستقر عليها البنيان الدستوري للدولة ، فإذا صدر تشريع يتضمن مساسا بأحد هذه المبادئ أو هذه الأحكام ، فإن النص القانوني يعد مخالفا للدستور من الناحية الموضوعية⁽¹⁾ . ويجب أن يكون لكل تصرف قانوني محل معين ، سواء كان هذا التصرف يدخل في نطاق القانون الخاص أم العام ، ومحل التصرف القانوني بشكل عام هو الأثر القانوني الذي يرتبه أو يحدثه التصرف القانوني مباشرة ، ولا يتصور وجود تصرف قانوني أيا ما كان بدون أثر قانوني يتمثل في الحقوق والالتزامات التي يرتبها ، وبدون ذلك يفقد التصرف أو العمل صفته الجوهرية ، كتصرف قانوني⁽²⁾ .

والواقع أن موضوع التشريع ، هو محله ، ويتعين أن يكون هذا الموضوع أو المحل متفقا مع الحدود والضوابط الموضوعية التي يقرها الدستور⁽³⁾ ، ويمكن تعريف محل القانون بأنه الأثر القانوني المترتب عليه ، وهو جوهر القانون ومادته ، وهو الركن الذي يترجم إرادة مصدر القانون إلى وقائع ، فإذا ما التزم البرلمان ، الضوابط الشكلية السابق ذكرها عند سنه التشريعات ، فإن ذلك لا يعني أن القانون الصادر عنه أصبح مبرراً من كافة العيوب الدستورية أو أنه أصبح بعيداً عن الرقابة الدستورية ، إذ إن هناك قيوداً موضوعية فرضها الدستور على البرلمان ، تمثل قيوداً على ركن المحل فيما يصدره البرلمان من تشريعات⁽⁴⁾ .

والأصل إن سلطة البرلمان في التشريع هي سلطة تقديرية ما لم يقيد بها الدستور بنصوص محددة ، فتكون سلطته مقيدة ، وقد تصل هذه القيود إلى درجة من التقيد ، الأمر الذي يؤدي إلى انعدام سلطة التشريع لدى البرلمان ، في ضوء ما تقدم ، نتناول دراسة الانحراف الموضوعي من خلال مدى السلطة الممنوحة للبرلمان في التشريع ، فتعرض لسلطة البرلمان التقديرية في التشريع ، ثم نتعرض لسلطته المقيدة في التشريع والتي قد تصل إلى درجة الانعدام ، وسيكون ذلك في فرعين اثنين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : الانحراف في مجال السلطة التقديرية

الفرع الثاني : الانحراف في مجال السلطة المقيدة .

(1) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 387 .

- (2) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 189 ، 190 .
 (3) د . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص 201 .
 (4) د.عبد العزيز محمد سالم ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 341 .

الفرع الأول

الانحراف في مجال السلطة التقديرية

الأصل أن البرلمان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في التشريع ، حيث يعد استعمال السلطة التقديرية " رخصة يباشرها المشرع كلما اقتضاها الصالح العام ، وفي الوقت الذي يراه مناسباً"⁽¹⁾ ، وجوهرها تتمثل في " المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر انه انسبها لمصلحة الجماعة ، وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم"⁽²⁾ دون أن يفرض عليه طريقاً محدداً ينبغي إتباعه . والبرلمان إذ يمارس هذا التنظيم في إطار هذه السلطة التقديرية ، إنما يستند إلى أسس موضوعية يقتضيها الصالح العام ، ومبادئ العدل والمساواة⁽³⁾

فعلى الرغم من القيود التي تفرضها الدساتير على البرلمان إزاء تنظيم بعض الموضوعات إلا أنها تترك له قدراً كبيراً من حرية التقدير بصدد ممارسة مهامه التشريعية ، حيث تكاد تستغرق السلطة التقديرية ، النشاط التشريعي باعتبارها الأصل في التشريع وتقييدها هو الاستثناء ، وتحقق السلطة التقديرية للبرلمان حين يتخلف تحديد الدستور لأركان أو شروط عمل البرلمان ، ومن ثم تتسع هذه السلطة التقديرية أو تضيق ، تبعاً لقدرة تخلف هذا التحديد الملزم الذي يعد المصدر الأساسي للسلطة التقديرية⁽⁴⁾ .

ولأجل الإحاطة بالسلطة التقديرية الممنوحة للبرلمان وهو يمارس وظيفته التشريعية ، لابد لنا من إيضاح عناصر السلطة التقديرية في مختلف أركان القانون ، ويمكن القول انه كان للدكتور السنهوري ، الفضل في ذلك حيث انه ابرز في بحثه ، عناصر السلطة التقديرية في أركان القانون ، عند بحثه وتفصيله لعناصر وأركان القانون المختلفة والعيوب التي تكتنف هذه الأركان⁽⁵⁾ .

(1) المحكمة الدستورية العليا- قضية 193 لسنة 9 ق-دستورية- 2000/5/6 . أشار إليه د . محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 266 .

(2) المحكمة الدستورية العليا – قضية 152 لسنة 22 ق- دستورية – 2001 /4/ 7 ، أشار إليه د . محمد فؤاد عبد الباسط ، المصدر نفسه ، ص 266 .

(3) د . منير عبد المجيد ، أصول الرقابة القضائية ، مصر سابق ، ص 215 .

(4) د . شعبان أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 404 .

(5) د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 172 .
 ففيما يتعلق بركن الاختصاص ، فلا ريب أن المشرع لا يملك سلطة تقديرية في خصوص عنصر الاختصاص هذا فلا يجوز له أن يحيد عن القواعد المنظمة لاختصاصه والواردة في الدستور⁽¹⁾ . فعدم الاختصاص يعني عدم التمتع بممارسة سلطة معينة سواء أكانت هذه السلطة تقديرية بالكامل أم تقديرية في جزء منها ، فلا علاقة بالمرّة بين فكرة الاختصاص من ناحية وفكرة السلطة التقديرية من ناحية أخرى⁽²⁾ .
 وكذلك ركن فهي كقواعد الاختصاص ليست سوى تلك القواعد التي تحدد المظهر الخارجي لممارسة السلطة سواء كانت هذه السلطة تقديرية أم مقيدة⁽³⁾ . فكلًا من ركني الاختصاص والشكل ليس فيها ثمة سلطة تقديرية أو إنها خارج نطاق السلطة التقديرية للمشرع⁽⁴⁾ .

- السلطة التقديرية وركن المحل

تناول الدكتور السنهوري ، بحث عنصر أو ركن المحل في القانون ، فذهب إلى أنه حتى يكون التشريع غير مخالف للدستور ، فإنه يجب أولاً أن يكون متفقاً مع مبدأ الفصل بين السلطات ، وثانياً ، أن يكون غير مخالف لنص من النصوص الدستورية التي ترسم للمشرع سلطة محددة ، أما ما يكون للمشرع فيه من سلطة تقديرية ، فهذه هي منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (العييب المستتر) لا منطقة مخالفة الدستور⁽⁵⁾ .
 على ذلك وبغض النظر عن طبيعة العيب الذي يترتب على مخالفة الدستور ، سواء كان ظاهراً أم مستتراً ، يتمتع البرلمان بسلطة تقديرية واسعة فيما يخص ركن المحل ، فله حرية تنظيم أو عدم تنظيم موضوع ما ، إضافة إلى حريته في المفاضلة بين البدائل والخيارات المطروحة أمامه⁽⁶⁾ .

(1) د . السنهوري المصدر السابق ، ص 29 . وينطبق ذلك على البرلمان الفرنسي الذي حدد اختصاصه بمقتضى المادة 3/34 ، من الدستور الفرنسي الحالي 1958 ، ينظر في ذلك : أندريه هوريو ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، ج2، الأهلية للنشر ، بيروت ، 1974 ، ص 480 .

(2) د . عبد الوهاب البرزنجي ، مصدر سابق ، ص 225 .

(3) د . عبد الوهاب البرزنجي ، المصدر نفسه ، ص 225 .

(4) د . محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 185 .

(5) د . السنهوري ، مصدر سابق ، ص 38 .

(6) د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 404 .

- د . عبد العزيز محمد سالماني ، مصدر سابق ، ص 341 .

- د . حنفي ألبالي ، مصدر سابق ، ص 362 .

- السلطة التقديرية وركن الغاية

الغاية هي الغرض من إصدار القانون ، ويتمتع إزاءها البرلمان بسلطة تقديرية واسعة وذلك على غرار ركن المحل ، فللبرلمان أن يختار ما يشاء من الأغراض أو الغايات في أثناء تشريعه القوانين ، ما لم يقيد الدستور بقاعدة تخصيص الأهداف وبشرط عدم مجانية المصلحة العامة⁽¹⁾ .

وبذلك يتضح لنا مقدار السلطة التقديرية الممنوحة للبرلمان ، ومن المهم جدا أن نلاحظ أن هذه السلطة التقديرية ، لا بد أن تمارس في إطار الدستور وداخل حدوده ، فالسلطة التقديرية لا تعني السلطة المطلقة ، وإنما تعني إنها سلطة يمارسها البرلمان في نطاق الدستور وإطار أحكامه ، ولكن البرلمان في هذا الإطار الدستوري يملك الحرية في المفاضلة بين عديد من البدائل والخيارات دون أن يفرض عليه التزام طريق معين أو خيار بذاته ، مادامت كل تلك البدائل والخيارات تدخل ضمن الإطار الذي رسمه الدستور⁽²⁾ . فالسلطة التقديرية للبرلمان لا تعني " إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور"⁽³⁾ .

ففي مجال الحقوق والحريات ، فإن القضاء الدستور قد استقر ، في العديد من أحكامه ، على أنه "عندما يتمتع البرلمان بسلطة تقديرية في تنظيم الحقوق ، فإنه يصبح لا معقب عليه في تقديره مادام الحكم التشريعي الذي قرره لتلك الحالات ، قد صدرت به قاعدة عامة مجردة ، لا تتطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية ، ولا تهدر نصا في الدستور" ، وأيضا " للبرلمان سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق ، وضوابط هذه السلطة ، صدور الحكم التشريعي بقاعدة عامة مجردة وعدم إهداره نصا في الدستور"⁽⁴⁾ .

أما قضاء المحكمة الأمريكية العليا فإنه وإن أقر سلطة البرلمان التقديرية في تقييد الحريات حتى ما ورد منها في الدستور في صياغة تكاد تكون مطلقة، إلا أنه أقر أيضا للقضاء بسلطة

(1) وسأتي على بيان مفهومي قاعدة تخصيص الأهداف ، والمصلحة العامة وذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل .

(2) د . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص 202، 201 .

(3) المحكمة الدستورية العليا المصرية ، الدعوى رقم 56 لسنة 6 ق دستورية ، 21 يونيو 1986 ، أشار إليه : عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص 150 .

(4) المحكمة الدستورية العليا ، ص 2 رقم 21/4 ص 76 ، الدعوى رقم 62 لسنة 62 ق دستورية ، أشار إليه : المستشار أحمد هبة ، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية ، ط 1 ، المطبعة الفنية ، القاهرة ، 1988 ، ص 9 .

رقابة تلك التشريعات التنظيمية أو المقيدة إذ إنه أجرى موازنة بين موجبات الحرية وبين اعتبارات النظام العام الذي تمثله السلطة والتي يعترف بها الدستور⁽¹⁾ .

وإذا كانت سلطة البرلمان التقديرية في تنظيم الحقوق والحريات ، أمر متفق عليه ، إلا أن الاختلاف كان حاصلًا في الفرق بين التنظيم والتقييد ، وكذلك الحد الفاصل بين التقييد وبين الانتقاص أو الإهدار.

ورد ذكر مصطلحي التنظيم والتقييد، في نصوص دستورية عديدة عند تناولها لموضوع الحقوق و الحريات فلم تقتصر الدساتير على استخدام لفظة محددة ، بينما اختلف الفقه بين المصطلحين ، حيث اتجه فريق منهم إلى التمييز بين المصطلحين ، في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى رفض هذا التمييز⁽²⁾ .

من أبرز الفقهاء الذين ميزوا بين تقييد الحريات وتنظيمها ، الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي عد أن المشرع يملك حق تنظيم الحرية ، لكن دون أن يصل هذا الحق إلى حد تقييدها. وأساس هذه التفرقة هو أن التنظيم يرد على طريقة استعمال الحرية ، في حين أن التقييد ينتقص من الحرية أو هو يرد على جوهر الحرية. كما ذهب إلى أن الدستور قد خول المشرع سلطة تقديرية - في شأن الحريات والحقوق العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون - ليقوم بهذا التنظيم بشرط ألا ينحرف عن الغرض الذي يهدف إليه الدستور وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية. فإذا نقضها المشرع أو انتقص منها - وهو في صدد تنظيمها - كان تشريعها مشوباً بالانحراف⁽³⁾ .

وفي ذات الاتجاه ، هناك رأي يذهب إلى عدم وجود قاعدة معيارية تفصل بين التقييد والتنظيم عند تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات. إنما توجد محاولات للتفرقة وليس معياراً للتفرقة مع اعترافه بضرورة التمييز بين المصطلحين ، وخلاصة هذا الرأي أن التقييد الوارد على الحق أو الحرية لا يتصور إلا إذا كان المشرع قد حضر نشاطاً لا يشكل إضراراً بالمجتمع، ففي هذه الحالة ، يعد قد انتقص من الحق أو الحرية لقيامه بمنع نشاط يمثل جانباً من جوانب ممارسة الحق أو الحرية دون أن تشكل ممارسة هذا النشاط أي إضرار بالمجتمع،

(1) د . نعيم عطية ، في النظرية العامة للحريات الفردية ، القاهرة ، الدار القومية ، 1965 ، ص 165 .

(2) ينظر في ذلك : د . محمد عصفور ، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، ط1، بيروت، 1961. ص 65 ، أشار إليه : حارث أديب إبراهيم ، تقييد ممارسة الحريات الشخصية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل، 2003 ، ص 57 وما بعدها .

(3) د . السنهوري ، مصدر سابق ، ص 106 .

وهنا يظهر التقييد الحقيقي للحقوق والحريات ، أما التنظيم فهو يدور دائماً في إطار ما هو ضار بالمجتمع فيقوم المشرع بدركه، لأن النشاط الذي يحضره المشرع يجب أن ينطوي على إضرار بالمجتمع ومن ثم تكون مهمته هي حضر كل نشاط يتمثل في ممارسة إحداث شيء من هذا الضرر بالمجتمع ، وهنا تبدو مهمة المشرع مهمة تنظيمية بحتة لأنها لا تقتطع من وجوه ممارسة الحقوق

والحريات إلا ما هو ضار اجتماعياً فحسب. وهكذا يمكن القول بأنه في ضوء (فكرة الإضرار بالمجتمع) يمكن للمشرع أن يتدخل في مجال الحقوق والحريات العامة لتنظيمها، ولكن سلطته التقديرية في هذا المجال تظل دائماً محفوفة بالقدر الضار بالمجتمع من النشاط الإنساني الذي يقوم بمنعه⁽¹⁾.

أما الاتجاه المعارض فإنه انتقد نظرية الأستاذ السنهوري في التفريق بين تنظيم الحرية وتقييدها على أساس صعوبة التمييز بينهما، إذ إن قوله بأنه إذا صدر تشريع ينتقص من تلك الحرية أو ذاك الحق انتقاصاً خطيراً فإنه يكون تشريعاً باطلاً للانحراف في استعمال السلطة التشريعية، فإن هذا القول لا يمكن التسليم بصحته، فعندما يعطي الدستور للسلطة التشريعية حق تنظيم حرية من الحريات فهو بذلك يعطيها الحق في أن تنتقص من هذه الحرية، وذلك لأن من له الحق في تنظيم إحدى الحريات كان له حق وضع قيود على تلك الحرية، والقيود تنطوي - بشكل بديهي - على الانتقاص من هذه الحرية دون أن تتوصل إلى هدمها أو إهدارها⁽²⁾.

وفي الواقع ، إن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات ، هي سلطة استثنائية جاءت على خلاف الأصل الذي هو تأكيد لهذه الحقوق ، فأوجب أن تحصر في أضيق الحدود ، ومؤدى ذلك إن الدستور حين يخول المشرع حق التنظيم وفق ضوابط وغايات معينة ، وشروط محددة ، فإن سلطة المشرع تقتيد بالنصوص الواردة في الدستور ، لا بأحكامها الصريحة فحسب ، بل بأحكامها الضمنية أيضاً ، أما إذا لم يفرض الدستور على المشرع قيوداً صريحة أو ضمنية ، مكتفياً بالنص على الحق تاركاً تنظيمه للمشرع ، فإن هذا الأخير ليس عليه من الناحية القانونية ، إلا قيد عدم إلغاء أو سلب ذلك الحق⁽³⁾.

(1) ينظر في تفاصيل هذا الرأي :

د . وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1990 ، ص 134 - 136 .

(2) د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة بالدستور ، مصدر سابق ، ص 72 .

(3) ينظر في تفاصيل هذا الرأي : د . رافع خضر شبر ، الحق في حرمة المسكن ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ص 71-73 .

وفيما يتعلق بموقف الدساتير ، فإنها لم تميز بشكل واضح بين التقييد والتنظيم ، بل إنها غالباً ما توردهما لنفس المعنى ، أو تستخدم ألفاظاً أخرى ، للدلالة على ذات المعنى ، ، كما جاء في التعديل الرابع من الدستور الأمريكي لعام 1787 حيث نص على أنه: (لا يجوز انتهاك حق الناس في الاطمئنان على أشخاصهم وبيوتهم ... إلا بناء على مسوغ مشروع ...) ⁽¹⁾.

ولم يميز الدستور المصري لعام 1971م بين مصطلحي التقييد والتنظيم ، فقد وردت لفظة (التقييد) في المادة (41) منه والتي نصت على أن: (الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، فيما عدا حالة التلبس، ولا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون) حيث عدت هذه المادة أن تقييد الحرية وفقاً لمسوغات وضوابط محددة هو أمر مشروع وقانوني. أما المادة (52) من الدستور المصري ذاته فقد نصت على أن: (للمواطنين حق الهجرة الدائمة والموقوتة إلى الخارج، وينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد).

وكلمة (ينظم) الواردة في هذه المادة تدل على الانتقاص من هذا الحق وذلك لوضعها شروط لحق الهجرة وعدم تركها مطلقة، أي أن الدستور المصري بالرغم من إبراده لكلا اللفظتين (التقييد) و(التنظيم) إلا أنه قد اعتمدها لنفس المعنى وهو الانتقاص المشروع للحرية .

وذاًت المسلك سار عليه دستور العراق لعام 2005 ، فقد ورد لفظ التقييد في نص المادة (15) والتي نصت على إن : (لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية ، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون ، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة) ، وكذلك نص المادة (46) والتي تنص على إن : (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه ، على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية)

في حين ورد لفظ التنظيم في العديد من المواد ، منها المادة (18) ، الفقرة ثانياً (يعد عراقي كل من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية ، وينظم ذلك بقانون) ، والمادة (21) الفقرة ثانياً (ينظم حق اللجوء السياسي إلى العراق بقانون ...) .

أي إن الدستور العراقي وعلى الرغم من إبراده لكلا اللفظتين التقييد والتنظيم ، إلا أنه أراد بهما ذات المعنى .

(1) مورتمر ج ادلر ، مصدر سابق ، ص ، 176 .

الفرع الثاني

الانحراف في مجال السلطة المقيدة

السلطة التقديرية التي يملكها البرلمان ، وإن كان قوامها أن يفاضل بين البدائل التي يقدر مناسبتها لتنظيم موضوع معين ، وفق ما يراه محققاً للصالح العام ، إلا إن حدها النهائي يتمثل

في القيود التي فرضها الدستور عليها⁽¹⁾. فإذا كان الأصل إن البرلمان يملك سلطة تقديرية عندما يقوم بوظيفة التشريع ، فإن ثمة حالات فرض فيها الدستور قواعد وقيودا وضوابط على تلك السلطة بحيث توشك السلطة التقديرية أن تختفي ، لتحل محلها سلطة مقيدة بل وبالغة التقييد أحيانا⁽²⁾. والقيود التي يفرضها الدستور على البرلمان وهو بصدد ممارسة اختصاصاته ، تتسع وتضيق بحسب طبيعة الموضوع محل التنظيم التشريعي ونوعيته ، وقد يصل التقييد الذي يفرضه المشرع الدستوري في تنظيم موضوع معين إلى الدرجة التي تنعدم فيها حرية البرلمان إزاء تنظيمه ، لأن الدستور ذاته يتولى تحديد نطاق هذا الموضوع وإطاره⁽³⁾. ولا يشترط في القيود أو الحدود التي يضعها الدستور على سلطة البرلمان في قيامه بوظيفة التشريع ، أن ترد في صلب المادة التي تنظم موضوعا معينا ، بل قد ترد هذه القيود في مواد أخرى ، ذلك لأن الدستور يعتبر وحدة واحدة تكمل أجزاؤه بعضها بعضا⁽⁴⁾.

وقد عرض الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري لدراسة السلطة المقيدة للمشرع حيث أورد سيادته انه " يوجد إلى جانب الحريات والحقوق العامة التي يجوز تنظيمها بقانون حريات أخرى وحقوق عامة لا يجوز الدستور تقييدها ولو بتشريع يقره البرلمان ، فهذه لم يجعل الدستور للمشرع عليها من سبيل ، بل هي حريات وحقوق يجوز تسميتها بالحريات والحقوق المطلقة ، فلا يجوز للمشرع أن يتدخل بتشريع في تحديدها ، و إلا كان التشريع باطلا لمخالفة الدستور"⁽⁵⁾.

(1) المحكمة الدستورية العليا المصرية ، قضية رقم 23 ، لسنة 16 ق - دستورية- 1995 /3/18 ، أشار إليه:

د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 270 .

(2) د . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص 203 .

(3) د. عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 346 .

- د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 399 .

(4) د . حنفي الجبالي ، مصدر سابق ، ص 459 .

(5) د . السنهوري ، مصدر سابق ، ص 52 ، 53 .

ويرى الدكتور وجدي ثابت غبريال بأن الدساتير قد ميزت بين نوعين من الحقوق والحريات العامة : حقوق وحريات عامة لا تقبل التنظيم أو التقييد ، وحقوق وحريات عامة نص الدستور على تنظيمها بقانون . والنوع الأول " الحقوق والحريات المطلقة " هي الحقوق والحريات التي غالباً ما يقرها الدستور بنصوصه التقريرية وينظمها على نحو نهائي . أما النوع الثاني من الحقوق والحريات العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون ، فهي التي يقدر واضعوا الدستور منذ البداية أنها تخضع للتنظيم عن طريق قوانين عادية تصدر من البرلمان ، فالمبدأ في هذه الحالة إنها تخضع للتنظيم من قبل المشرع العادي⁽¹⁾.

أما عن موقف الدساتير ، فإنها بشكل عام تورد نصوصا عديدة تكون سلطة البرلمان في التدخل لتنظيم ما أوردته من أحكام ، سلطة مقيدة ، وقد تصل إلى درجة الانعدام بحيث لا يكون للبرلمان أية سلطة تقديرية في تنظيم ما أوردته من مواضيع وسواء كانت في مجال الحقوق والحريات أم غير ذلك ، فالدستور الأمريكي لعام 1787 ، أورد عددا من النصوص التي تقيد سلطة الكونغرس وهو بصدد التصدي لتنظيم ما أوردته من أحكام ، منها ما ورد في المادة الأولى ، القسم (9) :

- لا يجوز إصدار قانون يقضي بالإدانة والعقاب بالإعدام أو التجريد من كافة الحقوق دون محاكمة ، كما لا يجوز إصدار قانون جزائي ذي مفعول رجعي .

- لا يجوز فرض ضرائب (أفراد أو أية ضرائب مباشرة أخرى) ، ما لم تكن متناسبة مع الإحصاء أو التعداد الذي سبق النص على وجوب إجرائه .

- لا يجوز فرض ضرائب أو رسوم على سلع تصدرها أية ولاية .

والمادة الثالثة ، القسم 3 :

- للكونغرس سلطة تحديد عقوبة جريمة الخيانة ، ولكن لا يجوز الاقتصاص من نسل أو أقارب المتهم أو تجريده من حقوقه المدنية أو مصادرة أمواله وممتلكاته إلا أثناء حياته .

ونص التعديل الأول للدستور الأمريكي :

- لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته ، أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة ، أو من حق الناس في الاجتماع سلميا ، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف.

وكذلك الدستور المصري لعام 1971، فانه أورد جملة من النصوص التي تنعدم فيها سلطة البرلمان منها على سبيل المثال لا الحصر نص المادة 22 على إن " إنشاء الرتب المدنية محظور "

(1) مصدر سابق ، ص 109- 110 .

ونص المادة 36 على إن " المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي " .

ونص المادة 40 على إن " المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " .

ونص المادة 51 على أن " لا يجوز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها " .

ونص المادة 66 على إن " العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " .

ففي جميع الحالات السابقة والحالات المماثلة لها ، حيث تكفل الدستور ببيان الأحكام المتعلقة بها والمنظمة لها ، تنعدم سلطة البرلمان إزاءها . إذ لم تترك لمجلس الشعب أية سلطة تقديرية على

الإطلاق ، ومن هنا فإن أي قانون لا يمكنه دستوريا أن يخالف ما جاء بها ، و إلا كان مخالفا للدستور⁽¹⁾ .

أما دستور العراق لعام 2005 ، فإنه انتهج ذات النهج ، حيث تضمنت نصوصه العديد من القيود الموضوعية التي لا يجوز للبرلمان ، وهو بصدد ممارسة وظيفته التشريعية ، أن يخرج عن مقتضاها ، ومن هذه النصوص على سبيل المثال لا الحصر:

نصت المادة (2) من الدستور على أنه " أولا : الإسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدر أساسي للتشريع :

- أ- لا يجوز سن قانون يتعارض من ثوابت أحكام الإسلام .
- ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية .
- ج- لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور"

(1) وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 74 لسنة 70 الصادر بشأن وضع المشتبه فيهم تحت مراقبة الشرطة ، استنادا إلى إن النص قاطع الدلالة في إن الشرطة هي الجهة المختصة بإعماله وذلك بإجراء تتخذه من تلقاء نفسها وبغير حكم قضائي ... ولما كانت المادة (66) من الدستور تنص على إن " العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي " وكان توقيع عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة لمدة سنتين التي فرضها المشرع كعقوبة أصلية طبقا للمادة الأولى من القانون رقم 74 لسنة 1960 يتم بغير حكم قضائي ، فإن هذه المادة تكون قد خالفت الدستور مما يتعين معه الحكم بعدم دستورتها . حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 15 مايو سنة 1982 ، القضية رقم 39 لسنة 3 قضائية دستورية ، أشار إليه : د. رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 690 .

فنص هذه المادة واضح ، حيث إن الإسلام هو دين الدولة الرسمي وبذلك يتوجب على مجلس النواب الالتزام بذلك ، ويجعل من الإسلام مصدرا أساسيا للتشريع⁽¹⁾ .

ونصت المادة (4) على إن " اللغة العربية واللغة الكردية هما اللغتان الرسميتان للعراق ... " وعليه لا يجوز للبرلمان سن قانون لإضافة لغة ثالثة إلى اللغتين الرسميتين أو لحذف أحدهما .

(1) وتثير هذه المادة عددا من الإشكالات ، حيث كان أجدر بالمشرع الدستوري لو انه استخدم مصطلح الشريعة الإسلامية بدلا من الإسلام ، كمصدر أساسي للتشريع ، حيث تتباين الدساتير (في الدول الإسلامية) في استخدام مصطلحي الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي ، والبعض منها يورد مصطلح الإسلام أو الدين الإسلامي ، وهي وإن كانت ذات معنى واحد ما دامت في نطاق مصادر التشريع ، لكن يبقى مصطلح الشريعة الإسلامية هو الأدق ، لمزيد من التفاصيل ينظر : د . حسين عذاب السكيني ، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي ، (دراسة قانونية ورؤية سياسية) ، ج2 ، العلاقة بين الدين والدولة ، ط1 ، الغدير للطباعة ، البصرة ، 2008 ، ص 13، 14 .

- كما إن النص الدستوري يورد عبارة ثوابت أحكام الإسلام ، فما هي هذه الثوابت ، وما المقصود منها ؟ يرى البعض بأنها (الأحكام ... التي تثبت بنصوص قطعية الثبوت و قطعية الدلالة أو تثبت بنصوص ظنية الثبوت و انعقد الإجماع عليها) ن ينظر في ذلك : د . فاروق عبد الكريم ، الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع ، دراسات دستورية عراقية ، كلية الحقوق ، جامعة ديوبول ، ط1 ، 2005 ، ص 310 . وما هو الحال بالنسبة لغير الثابت من أحكام السلام لدى إحدى الفرق أو المذاهب ، ولكنه ثابت لدى غيرها ؟ حيث تنص المادة (3) من الدستور على ان العراق بلد القوميات والأديان والمذاهب ، ماذا لو شرع مجلس النواب قانونا يتضمن تعارضا مع هذه الأحكام ، ألا يشكل ذلك انحرافا عن حكم المادة (43) والتي تنص على إن " أولا : أتباع كل دين أو مذهب أحرار في أ- ممارسة الشعائر الدينية ، بما فيها الشعائر الحسينية ثانيا : تكفل الدولة حرية العبادة وحماية أماكنها"

- كما تنص هذه المادة على عدم جواز سن قانون يتعارض مع (مبادئ الديمقراطية) فما هي مبادئ الديمقراطية ؟ وإذا كان معلوما إن هذه المبادئ تقوم على ركيزتين أساسيتين هما المشاركة السياسية وحقوق الإنسان (د . حسين عذاب ، المصدر السابق ، ص 38) ، فالدستور ينص في المادة (59) على إن " ... الشعب مصدر السلطات وشرعيتها ، يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر و عبر مؤسساته الدستورية " وفي المادة (6) على إن " يتم تداول السلطة سلميا عبر الوسائل الديمقراطية المنصوص عليها في هذا الدستور " وفي المادة (20) على إن " للمواطنين رجالا ونساء ، حق المشاركة في الشؤون العامة ، والتمتع بالحقوق السياسية ، بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح " فيكون النص هنا من قبيل التزيد ولا حاجة لإيراده .

- وذات الحكم ينطبق على عبارة الفقرة ج من ذات المادة حيث لا يلتزم البرلمان بعدم سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور فقط ، بل ينبغي عليه الالتزام بعدم مخالفة الدستور عموما سواء في مجال الحقوق والحريات ، أم في غير ذلك .

ونصت المادة (14) على إن " العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي "

ونصت المادة (18) على إن " أولا : الجنسية العراقية حق لكل عراقي ، وهي أساس مواطنته

— يحظر إسقاط الجنسية العراقية عن العراقي بالولادة لأي سبب من الأسباب ..."

ونصت المادة (18) على إن " أولا : القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون .

ثانيا : لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة ، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة .

ثالثا : التقاضي حق مصون ومكفول للجميع .

رابعا : حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة. خامسا : المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة ، ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه ، إلا إذا ظهرت أدلة جديدة .

سادسا : لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية .

سابعاً : جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية .

ثامناً : العقوبة شخصية .

تاسعاً : ليس للقوانين اثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك ، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم .

عاشراً : لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي إلا إذا كان أصلح للمتهم .

حادي عشر : تنتدب المحكمة محامياً للدفاع عن المتهم بجناية أو جنحة لمن ليس له محام يدافع عنه ، وعلى نفقة الدولة .

ثاني عشر : أ- يحظر الحجز .

ب - لا يجوز الحبس أو التوقيف في غير الأماكن المخصصة لذلك وفقاً لقوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لسلطات الدولة .

ثالث عشر : تعرض أوراق التحقيق الابتدائي على القاضي المختص خلال مدة لا تتجاوز أربعاً وعشرين ساعة من حين القبض على المتهم ، ولا يجوز تمديدها إلا مرة واحدة وللمدة ذاتها .

ففي كل هذه النصوص ، والنصوص الأخرى التي على شاكلتها ، تنقيد سلطة البرلمان إلى حد كبير ، وفي بعضها تنقيد سلطته إلى درجة الانعدام ، وبالتالي فإن أي خروج من قبله على مقتضى هذه القيود يشكل انحرافاً ظاهراً عن الدستور .

المبحث الثاني

الانحراف المستتر

إن أعمال البرلمان قد لا تخالف الدستور بشكل مباشر ، لأنه يعلم أن مصير ما يسنه من تشريعات في هذه الحالة هو البطلان ، ولذلك فإنه يعمل على تشريع قوانين لا تخالف الدستور مخالفة صريحة ، وإنما تتضمن مخالفة مستترة ، فيسن التشريعات التي يكون ظاهرها الصحة وباطنها البطلان ، أي أنه يسن تشريعاً يكون سليماً من كافة جوانبه الظاهرة من حيث الاختصاص والشكل الذي يستلزمه الدستور ، كما أنه يقوم على محل سليم ، ولكن إذا نظرنا إلى الغاية منه نجد إن البرلمان إنما كان يسعى - في الواقع - إلى تحقيق أغراض غير مشروعة ، وهنا يبرز عيب الانحراف المستتر ، فالتشريع المشوب بالانحراف المستتر هو عمل تشريعي قد سلمت جميع أركانه ، إلا ركن الغرض فهو وحده المعيب⁽¹⁾ ، وهذا الركن يماثل تماماً ركن سبب الالتزام في القانون المدني⁽²⁾ .

فالبرلمان حين يعتمد إلى الانحراف في استعمال سلطته يعلم مسبقاً أن التشريع الذي سوف يصدره ليس الغرض منه تحقيق المصلحة العامة وإنما تحقيق مصلحة فرد أو فئة معينة بالذات

، أو الإضرار بفرد أو فئة معينة ، كما انه تحت ستار من الشرعية الظاهرة ، وتحت ستار من الألفاظ العامة المجردة قد يسعى إلى الانتقام من فرد أو فئة معينة بالذات ، أي انه لم يصدر التشريع لكي يطبق على كافة الأفراد المتماثلين في المراكز القانونية ، وإنما قصد تطبيقه على حالة فردية معينة بالذات⁽³⁾ .

من هنا تتضح لنا خطورة الانحراف المستتر ، ومدى الأثر الذي يترتب عليه هذا العيب على تشريعات البرلمان ، فيجعلها عرضة للإبطال ، لمخالفتها الدستور مخالفة مستترة مبطنة . على هذا الأساس فإننا سنتناول مفهوم الانحراف المستتر من حيث أصله وخصائصه وطبيعته ثم نتعرض لمعايير الانحراف المستتر والموقف منها وذلك في مطلبين كما يأتي :

المطلب الأول : مضمون الانحراف المستتر .

المطلب الثاني : معيار الانحراف المستتر .

(1) عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص 13 .

(2) د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 173 .

(3) د . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص 207 .

المطلب الأول

مضمون الانحراف المستتر

يكون التشريع مشوبا بعيب عدم الدستورية ، متى كان يخالف مخالفة ظاهرة حكما جرى به نص من نصوص الدستور ، وقد رأى جانب من الفقه إن التشريع يكون بدوره مخالفا للدستور متى كان مشوبا بعيب مخالفة الدستور المستترة أو عيب الانحراف في استعمال السلطة ، بحيث يجاوز روح الدستور وأهدافه على غرار نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية⁽¹⁾ .

وقد كان الفقيه الكبير السنهاوري – وكما قدمنا – هو أول من عالج هذه المشكلة في مصر ، وقد أوضح أن الفكرة في مفهومها لا تختلف كثيرا عن فكرة الانحراف بالسلطة ، وإن كانت هناك بعض الاختلافات ، وقد جعل من نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية نظرية متكاملة تشكل عيبا دستوريا إلى جانب عيب المخالفة المباشرة للدستور ، وقد ماثل الفقيه الكبير بين العيب الذي يصيب الغاية من القرار الإداري ، بالعيب الذي يصيب الغاية من التشريع .

ولكي نحيط بمضمون الانحراف المستتر في التشريعات الصادرة عن البرلمان فإننا سنتعرض لأصل هذه الفكرة ومن ثم نتناول خصائص ومميزات هذا الانحراف ، وذلك في فرعين هما :

الفرع الأول : أصل فكرة الانحراف المستتر .

الفرع الثاني : منطقة الانحراف المستتر وخصائصه.

(1) د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 172 .

- د .نبيلة عبد الحليم كامل ، مصدر سابق ، ص 219 .

الفرع الأول

أصل فكرة الانحراف المستتر

فكرة الانحراف المستتر هي امتداد لفكرة الانحراف ذاتها في مجال استعمال السلطة الإدارية ، فالانحراف المستتر وفقا لهذا الفهم لا يتغير في طبيعته وان اختلف الموضوع الذي يقع عليه ، وبالتالي الشخص أو الجهة المنسوب إليها التصرف المعيب بالانحراف ، ومن هنا كانت فكرة الانحراف بالسلطة الإدارية تمثل إلى درجة كبيرة الأساس التاريخي لفكرة الانحراف التشريعي ، ليس فقط لأنها ظهرت قبل ظهور فكرة الانحراف التشريعي ، وإنما لأنها قامت على قاعدة غنية من آراء الفقهاء وأحكام المحاكم ، بما يجعل تلك الثروة الفقهية والقضائية ، معيناً هائلاً لإمكان تصور وجود فكرة جديدة عن الانحراف التشريعي تعد امتداداً لفكرة الانحراف بالسلطة الإدارية⁽¹⁾.

وقد سبق أن بينا بأن عيب الانحراف في استعمال السلطة ، هو العيب المعروف في الفقه الإداري الفرنسي (Détournement Devourer) أو عيب إساءة استعمال السلطة ، أو التعسف في استعمال السلطة ، كما يطلق عليه عادة لدى فقهاء القانون العام في مصر ، وهذا العيب يشوب القرار الإداري حين ينحرف الموظف – فيما يصدره من قرارات – عن الغاية التي رسمها القانون ، وهو عيب لا يقوم إلا حين تكون للإدارة سلطة تقديرية ، لا سلطة محدودة ، وهذه النظرية من النظريات المسلم بها في ميدان القانون الإداري فقها وقضاء⁽²⁾ .

وقد تشعبت آراء الفقه المصري حول تحديد المصطلح الذي يطلق على هذا العيب إلى أربعة اتجاهات : الاتجاه الأول يؤيد استخدام اصطلاح إساءة استخدام السلطة⁽³⁾ ، أما الثاني فإنه يجمع بين اصطلاحى إساءة استعمال السلطة والانحراف بها ، والاتجاه الثالث يؤيد استخدام اصطلاح عيب الغاية ، في حين يؤيد الاتجاه الرابع استخدام اصطلاح الانحراف بالسلطة ، وهو الاتجاه المرجح ، كون اصطلاح الانحراف من حيث اللغة هو أكثر دلالة على هذا العيب عما سواه وأكثر شمولاً . ويؤيد الاتجاه الأول كون اصطلاح الانحراف هو الأكثر دلالة على هذا العيب ، إلا أنهم يفضلون استخدام اصطلاح إساءة استخدام السلطة ، كونه

(1) د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 23 .

(2) د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا في المدونة في الدستور ، مصدر سابق ، ص 55 .

(3) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص 284-290 .

الاصطلاح المستخدم من قبل المشرع⁽¹⁾ ، إضافة إلى كون التعبيرين متساويين على أي حال في المضمون والمفهوم⁽²⁾ .

تقوم نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية على العيب الذي يلحق الغاية في القرار الإداري ، أي الهدف النهائي الذي يسعى إليه مصدر القرار الإداري ، ويأمل تحقيقه ، ويفترض أن القرار الإداري صدر صحيحاً بصدد عناصره الأخرى المتصلة بالشكل والاختصاص والمحل والسبب ، ولكن رجل الإدارة يحاول متستراً بمظهر المشروعية ، أن يحقق أهداف وغايات غير مشروعة تجافي المصلحة العامة أو الهدف المخصص قانوناً لقراره ، ولهذا فإن عيب الغاية يعد أخطر العيوب التي تشوب القرار الإداري وأكثرها دقة وحساسية⁽³⁾ .

وعيب الانحراف بالسلطة هو عيب في الاختيار ، فبدلاً من أن تختار الإدارة الهدف المحدد لاختصاصاتها وسلطاتها تسعى إلى تحقيق غرض آخر سواء حسنت نيتها أم ساءت ، وبمعنى آخر ، عيب الانحراف هو عيب ملازم لفكرة السلطة التقديرية⁽⁴⁾ ، ويتميز عيب الغاية في مجال القانون الإداري بعدة خصائص :

- يتعلق عيب الانحراف بالسلطة بركن الغاية في القرار الإداري ، وهي الهدف النهائي الذي يستهدف مصدر القرار تحقيقه من إصدار قراره ، وهي بذلك تمثل الجانب الشخصي في القرار⁽⁵⁾ .
- يقتزن عيب الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة ، فهذه السلطة ليست مطلقة أو تحكمية وقد منحت للإدارة من أجل تحقيق الصالح العام أو الهدف المخصص ، وأيضاً يتحقق عيب الانحراف في مجال السلطة المقيدة للإدارة ، مع إن ظهوره في مجال السلطة التقديرية أكثر احتمالاً ووضوحاً⁽⁶⁾ .

- عيب الانحراف عيبا قصدي أو عمدي ، بمعنى أن مصدر القرار يجب أن يكون سيء النية ، يعلم بأنه يسعى لغاية بعيدة عن المصلحة العامة أو مخالفة لما حدده القانون ، والرأي السائد

(1) أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

(2) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 220-221 .

(3) د . إبراهيم عبد العزيز شيحا ، القضاء الإداري ، دعوى الإلغاء ، مصدر سابق ، ص 557 .

(4) د . سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، ص 606 .

- المستشار غسان حسن داوود ، مصدر سابق ، ص 148 .

(5) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص 314 .

(6) د . إبراهيم عبد العزيز شيحا ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 560 .

في الفقه يتجه إلى البحث عن الغاية في نية أو قصد مصدر القرار ، وبذلك يتعلق الأمر بعنصر نفسي ليس من السهل إقامة الدليل عليه ، وإن كان عيب الغاية غالبا ما يترك أثرا في الوثائق الإدارية يمكن كشفه ، وبذلك يكون هذا العيب خفيا أو مستتر لا يحول دون ظهور القرار الإداري بمظهر الأعمال الإدارية الصحيحة (1) .

- عيب الانحراف ، هو عيب احتياطي ، حيث خلص الفقه الإداري سواء في فرنسا أم مصر إلى جعل عيب الانحراف بالسلطة عيبا احتياطيا ، يمكن اللجوء إليه إذا لم يوجد عيب آخر ، يشوب القرار الإداري وبحيث يصلح أساسا لإلغائه (2) .

- وهو عيب لا يقبل التغطية سواء نتيجة الظروف الاستثنائية أم لأي اعتبار آخر ، على خلاف العيوب الأخرى ، وهو غير متعلق بالنظام العام (3) .

وإذا كانت هذه خصائص الانحراف في مجال القانون الإداري ، فإننا نجد ذات هذه الخصائص في الانحراف التشريعي المستتر والتي سنأتي على بيانها لاحقا . ويمكن تحديد صور عيب الانحراف بصورتين :

- **مجانبة المصلحة العامة .**

- **مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف .**

أولا : مجانبة المصلحة العامة

تعد المصلحة العامة شرطا لمشروعية التصرف التشريعي ، لأنها تعبر عن الغاية من العمل التشريعي ، وعلى ذلك فإنها تمس المشروعية في أي تشريع . ويتوجب على المشرع أن يسعى دائما لتحقيق المصلحة العامة . لأن السعي لتحقيق المصلحة العامة ينظر إليه كنتيجة منطقية بالنسبة للتشريع (4) . تتمثل هذه الصورة في استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي ، أو بقصد الانتقام أو الإضرار بالغير ، أو استهداف أغراض سياسية أو حزبية بعيدة عن المصلحة العامة ، أو استهداف التحايل على تنفيذ الأحكام القضائية (5) .

(1) د . ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، الإسكندرية ، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية ، 2003 ، ص 473 .

- د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 222 .

(2) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص 293 .

(3) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المصدر نفسه ، ص 319-322 .

(4) د . احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مصدر سابق ، ص 402 .

(5) د . ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 472 .

و فكرة المصلحة العامة أو الصالح العام تتميز بالمرونة والاتساع في تحديد مفهومها وهي فكرة غير ثابتة بمعنى أن لكل مجتمع صالحه العام الذي يريد تحقيقه ، بل إن المجتمع الواحد تتغير نظراته إلى هذا الصالح العام في كل مرحلة من مراحل تقدمه وتطوره . فتارة يرى في النظام الرأسمالي محققا لمصالحه، وتارة يجعل من النظام الاشتراكي سبيلا إلى هذا الصالح العام ، وتارة أخرى يجعل من النظام الإسلامي أساسا لتحقيق الصالح العام(1) .

كما أن فكرة الصالح العام ، هي فكرة نسبية زمانا ومكانا ، ولذا لا يوجد لها تعريف مانع جامع ، فهي فكرة يمكن الوعي بها في ضمير كل فرد وكل جماعة ، دون الحاجة إلى صياغتها في عبارات محددة ، حيث يجب ترك هذا المجال لوظائفها المتعددة ، والتي يبرزها القاضي (الإداري أو الدستوري) في رقابته للمشروعية(2) .

ويرى جانب من الفقه العربي ، انه يمكن حصر العناصر الثابتة التي تتكون منها فكرة الصالح العام المشترك في ثلاثة عناصر هي: العدالة الاجتماعية ، والسكينة الاجتماعية ، والتقدم الاجتماعي(3) . أما الفقه الأمريكي فانه يعترف بفكرة المصلحة العامة، كغاية للتشريع، وانتهى جانب منه إلى أن المصالح هي الموضوع الأساسي للتشريع وهي في حالة تنازع وتداخل ومن ثم، كانت وظيفة التشريع هي التوفيق بين المصالح المتنازعة وتحقيق نوع من الهندسة الاجتماعية . وهو يعبر عن المصلحة بأنها المطلب أو الحاجة أو الرغبة الخاصة بالكائنات البشرية التي تسعى إلى تحقيقه فرادى أو جماعات. و من ثم يكون على الهندسة الاجتماعية في المجتمع المتمدن أن تأخذ في اعتبارها، وهذه المطالب والرغبات والحاجات، قد تقتضيها مباشرة الحياة الفردية، ومن ثم تكون مصالح فردية، وقد يقتضيها التنظيم السياسي للمجتمع، فتكون مصالح عامة. وهذه المصالح العامة تشتمل على نوعين من المصالح؛ الأول: مصالح المجتمع السياسي المنظم (الدولة) باعتباره شخصا قانونيا في المحافظة على شخصيته وأمواله. و الثاني مصالح الدولة التي تقوم على كونها حارسة على المصالح الاجتماعية(4) .

- (1) د . عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف ، مصدر سابق ، ص 155 .
- (2) د . عبد العزيز عبد المنعم ، مصدر سابق ، ص 332 .
- (3) د . نعيم عطية ، مصدر سابق ، ص 35 .
- (4) د . محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 305 .

ثانيا : مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

الأصل إن المشرع لا يقيد الإدارة في إصدارها للقرارات بغاية معينة ، وفي هذه الحالة يجب على الإدارة أن تستهدف المصلحة العامة في قراراتها أيا ما كانت نوعية أو صورة تلك المصلحة العامة ، ولكن أحيانا وفي بعض المجالات يحدد المشرع للإدارة غاية أو هدفا خاصا معيناً يجب عليها أن تستهدفه في قراراتها(2) .

فإذا تدخل المشرع بصدد بعض القرارات الإدارية ، وخصص لها هدفا بذاته ، على الإدارة إن تلتزم بهذا الهدف ، فإذا استهدف قرارها غاية أخرى خلاف هذا الهدف ، وقع القرار باطلا لمخالفته قاعدة تخصيص الأهداف ، حتى لو تذرعت الإدارة بأنها كانت تسعى لتحقيق المصلحة العامة ، لأن القانون إذا قيد الإدارة بهدف محدد فقد تعين عليها ألا تحيد عن هذا الهدف و إلا أضحي قرارها مشوبا بعيب الغاية وحقيقا بالإلغاء(3) .

ومن التطبيقات الشائعة لمخالفة قاعدة تخصيص الأهداف ، نقل العاملين أو ندبهم لوظائف أخرى بدلا من توقيع الجزاءات التأديبية ، وهي ما يطلق عليها القضاء الإداري ، بالجزاءات التأديبية المقنعة ، أو بالأحرى المستترة وراء ستار تنظيم العمل في الإدارات والمصالح والمرافق العامة ، وكذلك استخدام وسائل الضبط الإداري لتحقيق مصالح مالية في حين إنها مقرررة لتحقيق النظام العام(4) .

وفي مجال الانحراف التشريعي المستتر ، فانه قد يصح في حالات قليلة أن يتحدد هدف مخصص لتشريع معين ، وهو ما سنتعرض إليه عند عرضنا للفروض التي تضمنتها نظرية الانحراف التشريعي التي وضعها الدكتور السنهوري .

هذه باختصار أهم معالم نظرية عيب الغاية أو الانحراف في استعمال السلطة الإدارية أو إساءة استعمال السلطة الإدارية ، وكما اشرنا سابقا فإنها تمثل اصل فكرة الانحراف المستتر في مجال القانون الدستوري ، وهي الأساس الذي وضع عليه الفقيه السنهوري ، أعمدة نظريته في الانحراف المستتر في مجال القانون الدستوري .

(1) د . ماجد راغب الحلو ، مصدر سابق ، ص 392 .

(2) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 225-226.

(3) د . سامي جمال الدين ، مصدر سابق ، ص 607 .

(4) د . إبراهيم شيحا ، مصدر سابق ، ص 566 .

الفرع الثاني

منطقة الانحراف المستتر وخصائصه

عيب الانحراف المستتر، عيب يدور مع السلطة التقديرية للبرلمان ، فهو لا يتحقق في إطار السلطة المقيدة للبرلمان ، بل في المجالات التي يمنح الدستور فيها ، البرلمان سلطة تقديرية ، لتقدير أسباب التشريع وأسلوب التنظيم الذي يراه بحرية كما انه عيب خفي ، و كذلك عيب قصدي ، ونتيجة لخفائه فهو عيب احتياطي ، لتوضيح ذلك فإننا سنتعرض أولاً لمنطقة الانحراف المستتر ، والمجال الذي يظهر فيه هذا العيب ، ثم نعرض لأهم خصائص هذا العيب وما يميزه عن العيوب الأخرى .

أولاً : منطقة الانحراف المستتر

من المتفق عليه في الفقه الدستوري ، أن عيب الانحراف المستتر لا يتحقق إلا عندما يتمتع البرلمان بالسلطة التقديرية ، ذلك إن امتلاك السلطة التقديرية ، هو الذي يضع أمام المشرع ، عديداً من البدائل والوسائل والخيارات ، والبرلمان في استعماله لسلطته التقديرية ، في اختيار وترجيح أي من هذه الوسائل والبدائل والخيارات ، يتعين عليه ابتغاء المصلحة العامة دون سواها فان هو انحرف عنها وابتغى غيرها ، لحقه عيب الانحراف الغائي المستتر⁽¹⁾ .

وهناك اختلاف بين السلطة التقديرية المتروكة للإدارة ، وتلك التي يتمتع بها البرلمان ، وقد اختلفت الآراء بشأن هذا الاختلاف فهناك من يرى انه اختلاف في الدرجة فقط⁽²⁾ ، وهناك من يرى انه اختلاف في الدرجة والجوهر⁽³⁾ .

فإذا كان الأصل بالنسبة للإدارة هو القيد ، والتقدير هو الاستثناء ، فان العكس هو الصحيح بالنسبة للبرلمان ، فالأصل في عمله هو التقدير ، أما الحالات التي تكون فيها سلطته التشريعية مقيدة، فهي استثناء وفي حدود ضيقة⁽⁴⁾ .

(1) د . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مصدر سابق ، ص 208 .

(2) د . كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 594 .

- د . محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي ، مصدر سابق ، ص 246 .

(3) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 705 .

(4) د . عبد العزيز محمد سالمان ، مصدر سابق ، ص 97 .

إذ يكفي الدستور عادة ، بتحديد القيود على سلطة البرلمان التشريعية ، بطريق سلبي ، وذلك بما تشتمل عليه نصوصه من قيود على النشاط التشريعي ، وقلما يحدد هذا المضمون بطريق ايجابي يزاحم سلطة البرلمان في الإنشاء والإبداع ، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للقوانين التي تقيد الجهات الإدارية بمضمون معين للقواعد القانونية التي يجوز لها القيام بوضعها⁽¹⁾ .

ذلك لأنه- وكما أوضحنا سابقا- الأصل إن البرلمان يتمتع بسلطة تقديرية في التشريع ، مالم تكن هناك ضوابط وقيود ينص عليها الدستور تؤدي إلى انعدام أو تقييد حرية البرلمان في التشريع ، وهذه السلطة تكاد تستغرق النشاط التشريعي وليس ثمة مسؤولية على البرلمان في تنظيم أي موضوع على وجه معين دون وجه آخر ولا يقيده في ذلك إلا فكرة المصلحة العامة باعتبارها هدفا لكل عمل تشريعي⁽²⁾ .

وهكذا يتبين أن البرلمان يتمتع بسلطة تقديرية ، ولكنه إذا استعمل هذه السلطة التقديرية ، لتحقيق غاية أخرى غير تلك التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة ، كالإضرار بفرد معين أو فئة معينة بالذات أو لمنفعة فرد أو فئة معينة ، فانه يكون قد انحرف في ممارسة اختصاصه ، انحرافا غائيا مستترا ، ذلك الانحراف الذي لا يوجد إلا حين تكون سلطة البرلمان في التشريع ، تقديرية ، فالنطاق الواسع للسلطة التقديرية ، هو النطاق الذي يقع فيه الانحراف ، ومن ثم تكون منطقة الانحراف هذه أوسع بكثير من منطقة المخالفة الظاهرة والمباشرة للدستور⁽³⁾ .

(1) د. احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 593 .

(2) د . احمد محمد أمين ، مصدر سابق ، ص 132 .

- عادل عمر شريف ن مصدر سابق ، ص 356 .

- د . عبد العزيز محمد سالمان ، مصدر سابق ، ص 341 .

(3) د . السنهوري ، مصدر سابق ، ص 66 .

ثانيا : خصائص الانحراف المستتر

إن عيب الانحراف المستتر له من الخصائص التي تبرزه على أنه عيب مستقل عن غيره من العيوب التي تصيب تشريعات البرلمان ، وقد أوضحنا فيما سبق أن هذا العيب لا يتحقق إلا عندما تكون سلطة البرلمان في سن القوانين ، سلطة تقديرية ، وهذه هي منطقة الانحراف المستتر ، علاوة على ذلك يتميز هذا العيب ، بأنه عيب قصدي ، وأنه عيب خفي غير ظاهر ، كما أنه عيب احتياطي ، وهذه هي الخصائص التي تميز عيب الانحراف المستتر عن غيره من العيوب الأخرى – الاختصاص والشكل والمحل – التي تصيب التشريع ، وسوف نبين هذه الخصائص فيما يأتي :

أ- عيب قصدي

يعد هذا العيب من العيوب القصدية ، لأنه ينصب على نية مصدر القانون وغايته⁽¹⁾ ، ويتعلق الطابع ألقصدي لعيب الانحراف المستتر بانصراف قصد البرلمان وتعمره إلى تحقيق غاية أخرى غير تلك التي كان يجب عليه السعي إلى تحقيقها ، حيث يتجه البرلمان إلى تحقيق غرض آخر غير المصلحة العامة بإرادة واعية ومقصودة ، فالبرلمان في عيب الانحراف المستتر يعمد إلى تحقيق غاية أخرى غير تلك التي من أجلها منحه الدستور السلطة⁽²⁾ .

فعنصر القصد هو ما يميز الانحراف المستتر عن عيوب التشريع الأخرى المتعلقة بالشكل والإجراءات والاختصاص والمحل ، ولأنه عيب يتصل بالمقاصد والبواعث والغايات ، فهو عيب صعب الإثبات كما أنه ليس سهلاً إسناده للبرلمان⁽³⁾ ، لذلك هو لا يفترض ، بل يجب إقامة الدليل عليه ، عن طريق إثبات إن البرلمان قد تعمد تحقيق غاية أخرى غير تلك التي كان يجب عليه استهدافها⁽⁴⁾ .

(1) د . وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص 130 .

(2) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 154 .

(3) د . محمد انس قاسم جعفر ، مصدر سابق ، ص 90 .

- د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 342 .

(4) عبد المعظم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص 61 .

ب- عيب خفي

ومن الخصائص الأخرى التي تميز عيب الانحراف المستتر ، هي انه عيب خفي وهذه الخصيصة أدت بهذا العيب إلى أن يصبح من أشد العيوب صعوبة في الإثبات ، ذلك إن التشريع المشوب بالانحراف المستتر، هو عمل سليم من جميع نواحيه الظاهرة ، وانه ملازم للسلطة التقديرية للبرلمان⁽¹⁾ .

تأسيسا على ذلك ، فالأصل أن البرلمان – عندما يسن القوانين ، يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة ، وهذا هو ما يظهره ، فعندما يسعى إلى إصدار تشريعات منطقية على انحراف غائي ، فانه يذكر لهذه التشريعات من الأسباب ما يمت للمصلحة العامة ، بحيث يغلف تشريعه بستر من الشرعية الخارجية فيبدو سليما في ظاهره ، ولكن ، بالبحث في نية البرلمان الحقيقية ، تظهر الغاية التي كان يسعى إلى تحقيقها ، وبدون البحث عن هذه الغاية الحقيقية ، أي البحث في وجود الانحراف المستتر ، فان التشريع الذي أصدره البرلمان ، سوف يظل سليما – في الظاهر- على الرغم من انه باطل – في باطنه – لانطوائه على انحراف مستتر⁽²⁾ .

وعلى ذلك فان عيب الانحراف المستتر في التشريعات الصادرة عن البرلمان ، تكمن خطورته في انه عيب خفي لأن البرلمان ، يحرص عادة على عدم مخالفة الدستور ، مخالفة ظاهرة صريحة ، فالتشريع المخالف للدستور وروح الدستور ، إنما يتستر فيه البرلمان لانتهاك حرمة الدستور⁽³⁾ . وعلى خلاف العيوب الدستورية الأخرى ، فعيب الانحراف المستتر لا يظهر بمجرد المقارنة بين نصوص التشريع الصادر عن البرلمان وبين نصوص الدستور ، فالكشف عن العيوب الأخرى – غير عيب الانحراف المستتر- لا يتطلب البحث في نوايا البرلمان لمعرفة الغرض الحقيقي من التشريع ، فهذه العيوب ظاهرة ، تظهر بمجرد المقارنة بين نصوص التشريع الصادر عن البرلمان مع النصوص الدستورية ، بينما عيب الانحراف المستتر لا يظهر بمثل هذه المقارنة لأنه عيب خفي، لابد من البحث عن نية البرلمان لمعرفة الغرض الحقيقي من التشريع حتى نتثبت من وجود عيب مستتر وبذلك يتميز هذا العيب بأنه عيب عسير الإثبات⁽⁴⁾ .

(1) د . محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي ، مصدر سابق ، ص 160 .

- د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 431 .

(2) عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص 62 .

(3) د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور ، مصدر سابق ، ص 77 .

- د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 708 .

(4) د . يحيى الحمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مصدر سابق ، ص 208 .

فالببحث عن وجود عيب الانحراف الغائي ، إنما هو بحث عن اخطر العيوب التي تصيب تشريعات البرلمان ، والتي تهدد حقوق وحرريات الأفراد ، وبذلك تتضح لنا خطورة هذا العيب المتمثلة بخفائه ، حيث يتضمن التشريع غرضا يخالف ظاهر النصوص ويخفي بها عدوانا على الدستور⁽¹⁾ .

ج- عيب احتياطي

وهذه هي الخاصية الثالثة التي تميز عيب الانحراف بالغاية عن غيره من العيوب الأخرى ، فهذا العيب يتميز بخاصيته الاحتياطية ، وهو طريق طعن احتياطي ، لا يتعرض له القاضي إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى⁽²⁾ .

حيث يعتبر آخر العيوب التي يجب أن يتم بحثها بالنسبة للتحقق من دستورية التشريعات الصادرة عن البرلمان ، وذلك بالنظر إلى طبيعته الخفية ، التي تستلزم تقديم غيره من عيوب الدستورية عليه ، فهو الباب الأخير الذي يطرقه القاضي الدستوري للثبوت من عدم مخالفة التشريع للدستور⁽³⁾ . لذلك ذهب رأي من الفقه إلى أنه لا يجوز للقاضي الدستوري أن يبحث عن وجود عيب الغاية – باعتباره عيبا احتياطيا – إلا إذا ثبت أمامه ، إن المطاعن الموجهة إلى النصوص التشريعية والقائمة على التعارض بين هذه النصوص وأحكام الدستور ، لا أساس لها ، وبعبارة أخرى ، إذا تبين للقاضي أن المخالفة المباشرة للدستور ، المدعى بها ، قائمة على أساس صحيح ، أي إن الدفع بعدم دستورية التشريع ، لمخالفته الدستور في المحل أو الشكل أو الاختصاص ، هو دفع صحيح ، فإنه لا يجوز للقاضي الدستوري أن يخوض في بحث الانحراف المستتر⁽⁴⁾ .

ومرد ذلك إلى أمرين :

الأمر الأول : إن المخالفة المباشرة للدستور تكفي بذاتها لإبطال النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان ، والمطعون عليها ، فإذا ما تبين للقاضي الدستوري ، قيام هذه المخالفة ، فإن بحثه بعدئذ للكشف عن وجود الانحراف الغائي المستتر ، لا يعدو أن يكون تزييدا يعيب الصياغة الفنية للحكم.

(2) د . احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 596 .

(3) د . عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 11 .

(4) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 712 .

(5) د . عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 382 ، 383 .

الأمر الثاني : إن الرقابة على أعمال البرلمان التشريعية ، هي رقابة بغاية الخطورة لذا تجب ممارستها بحذر ، فليس من السهل الطعن على البرلمان – الذي هو ممثل الشعب- بأنه غير أمين على مسؤوليته ، وأنه حاد وانحرف عن وجه المصلحة العامة عن طريق إثبات انحراف الغاية من تشريعاته ، في حين إن إثبات العيوب الأخرى والتي تمثل انحرافات ظاهرة قد يعزى إلى غموض النصوص الدستورية وخفاء معناها أو قابليتها للتأويل والتفسير⁽¹⁾.

غير إن هذا الرأي تعرض للنقد ، فالقاضي الدستوري عندما يطعن أمامه بعدم دستورية قانون صادر عن البرلمان لعيوب ظاهرة ، فإنه لا يبحث عن العيوب المستترة الأخرى ، وهذا أمر بديهي

من وجهة نظر بعض الفقه طالما إن الطاعن نفسه لم يبين طعنه على وجود انحرافات غائبة مستترة (2) . كما أن القول بتجنب البحث عن الانحرافات المستترة للبرلمان ، لتلافي الطعن عليه بعدم أمانته على مسؤوليته في تمثيل الشعب ، فإن ذلك يعني تجنب الصدام مع البرلمان وتركه يفعل ما يشاء ، وتشريع ما يشاء من القوانين ، بينما من الواجب التصدي لانحراف البرلمان ، وإظهار الانحرافات المستترة التي تشوب تشريعاته ، والحكم بعدم دستورية هذه التشريعات كما أن تقرير رقابة الانحرافات المستترة على تشريعات البرلمان ، هي التي تجعل البرلمان في تنظيمه للحقوق والحريات ، أكثر حذرا وأمانة ، وتردعه من الاعتداء على هذه الحقوق والحريات ، وعدم الانتقاص منها ، وتهدهد بكشفه أمام ناخبيه وبالتالي فقدان ثقة الرأي العام فيه(3).

كما إن البحث عن الانحراف المستتر ، إنما يؤدي في كثير من الأحيان إلى وجود مخالفات ظاهرة وصريحة تتعلق بالأركان الأخرى للتشريع ، غير الغاية ، وكما يقول الدكتور محمد ماهر أبو العينين(4) ، فإذا كانت الغاية من التشريع بشكل عام هي المصلحة العامة ، فإن هذه الأخيرة ، إنما تجد مضمونها وإطارها في الدستور ، في مبدأ المساواة ، أو الفصل بين السلطات ، أو حقوق المواطنين أو المبادئ والروح المهيمنة على الدستور ، وكثيرا ما نجد القضاء يصل إلى هذا الهدف غير المشروع – عيب الغاية – ولكنه في النهاية لا يرجع بطلان التشريع إلى وجود الانحراف ، ولكنه يبطل التشريع مستندا إلى مخالفته للدستور مخالفة موضوعية – عيب المحل- في حين أنه لم يصل إلى وجود هذه المخالفة الموضوعية ، إلا بعد بحثه عن غرض وغاية البرلمان ، كما أنه يسند بحثه هذا إلى سلطته في تفسير القانون ، في حين هو توصل إلى وجود هذه المخالفة عند بحثه في آثار تطبيق القانون ، وهو البحث الذي يأخذ في الاعتبار إرادة وقصد

(1) د . عادل عمر شريف ، المصدر نفسه ، ص 383.

(2) د . عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص 66 .

(3) د . عبد المنعم عبد الحميد ، المصدر السابق ، ص 68 .

(4) الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، مصدر سابق ، ص 299

الشارع ، لأن هذه الإرادة هي التي تنعكس على محل القانون ، فالمخالفة الموضوعية للدستور ، هي مخالفة واضحة ، أما المخالفة التي يسترها البرلمان دون أن يفصح عنها ، يكشفها بحث القاضي عن قصد البرلمان الحقيقي ، وبظهور هذا القصد يصبح التشريع الذي كان في ظاهره صحيحا دستوريا ، يصبح عملا مخالفا للدستور ، ولكن كان البحث عن غاية البرلمان ، سببا في الوصول إلى عدم دستورية التشريع ، وهذا البحث هو الميدان الطبيعي لفكرة الانحراف المستتر(1). ونذكر في هذا الصدد موقف المحكمة الدستورية العليا المصرية ، فالطبيعة الاحتياطية لعباب الانحراف المستتر ، توجب على المحكمة – حال الادعاء به – ألا تخوض فيه إلا إذا ثبت لديها إن المطاعن الموجهة إلى النصوص التشريعية والقائمة على التعارض المباشر بين هذه النصوص

وبين أحكام الدستور لا أساس لها ، وبالتالي إذا تبين للمحكمة إن المخالفة المباشرة للدستور ، المدعى بها قائمة على أساس ، فانه لا يجوز لها أن تخوض في بحث انحراف السلطة التشريعية في استعمال سلطتها⁽²⁾ .

ولقد توافر هذا العيب إلى جانب عيب المخالفة الظاهرة والمباشرة لأحكام الدستور في بعض القضايا المعروضة على المحكمة الدستورية العليا ، ومع ذلك فقد قضت المحكمة بعدم دستورية النص المطعون عليه استنادا إلى المخالفة المباشرة الظاهرة ، دون الاستناد إلى عيب الانحراف المستتر ، وذلك تأكيدا للطبيعة الاحتياطية لعيب الانحراف المستتر⁽³⁾ .

(1) د . محمد ماهر أبو العينين ، المصدر نفسه ، ص 299 .

(2) د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 431 .

(3) من ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في 4 ابريل 1987 ، المجموعة ، ج4، ص19 ، أشار إليه د. محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 350-351 .

المطلب الثاني

معيار الانحراف المستتر

لقد أثار البحث عن معيار الانحراف المستتر في التشريعات الصادرة عن البرلمان خلافا في الفقه ، حيث ذهب جانب من الفقه إلى إن معيار الانحراف التشريعي لا يمكن أن يكون إلا معيارا موضوعيا بحتا ، لا يدخله أي عنصر ذاتي ، في حين ذهب جانب آخر من الفقه ، إلى إن معيار الانحراف في الغاية من التشريع الصادر عن البرلمان ، هو معيار ذاتي .

تأسيسا على ذلك ، سنبين هذا الخلاف الفقهي بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي للانحراف الغائي المستتر ، وذلك في فرعين كما يأتي :

الفرع الأول : المعيار الموضوعي .

الفرع الثاني : المعيار الذاتي .

الفرع الأول

المعيار الموضوعي

يرى الفقيه الكبير الأستاذ السنهاوري ، أن معيار الانحراف هنا هو معيار موضوعي ، أي انه ليس معيارا شخصيا يقوم على الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع حال تشريعه ، وإنما يكفي البيان عن وجه موضوعي بحث إن الحق العام الذي ينظمه التشريع ، قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقضا من أطرافه ، بحيث لا يحقق الهدف الذي قصد إليه الدستور⁽¹⁾ . فقد استبعد فكرة الغرض الذاتي والغايات الشخصية من تصرفات البرلمان ، وخلص إلى الاقتصار على معيار موضوعي محض يمكن التعرف به على الانحراف التشريعي المستتر ، في حين إن الانحراف الإداري يستدل عليه بمعيارين أحدهما شخصي ذاتي ، والآخر موضوعي⁽²⁾ .

حيث يذهب الفقيه إلى القول بأنه في نطاق الانحراف بالسلطة الإدارية ، إذا كان المعيار هنا هو معيار ذاتي موضوعي ، فإنه من الصعب التسليم بهذا المعيار بالنسبة للانحراف في استعمال السلطة التشريعية للبرلمان ، لأن هذا المعيار الذاتي الموضوعي ، مشوب بعنصر ذاتي ، وبمقتضاه يجب الكشف عن النوايا والأغراض النفسية ، وانه إذا كان هذا ممكنا مستساغا بالنسبة إلى الإدارة بحيث يكون قصد رجل الإدارة هو السعي إلى تحقيق غايات شخصية كالانتقام ، أو تحصيل نفع

شخص ، أو تحقيق أغراض سياسية أو حزبية ، أو غير ذلك من الغايات الشخصية ، فانه لا يكون مستساغا أو ممكنا أن تنسب إلى البرلمان ، غايات شخصية وذلك لأنه من المفروض دائما أن البرلمان يستعمل سلطاته التي منحه إياها الدستور ، لتحقيق المصلحة العامة ، ولا غاية له غير ذلك⁽³⁾ ، وبضيف الفقيه الكبير ، انه حتى لو أصدر البرلمان قانونا ، وكان قصده من وراء هذا التشريع هو أن يضر أو أن يفيد بعض الأفراد أو بعض الفئات – ويقع ذلك في بعض الأحيان – فان البرلمان يحرص دائما على إلbas هذا القانون ثوبا من المصلحة العامة ، كما انه لا يذكر لهذا التشريع من الأسباب ، إلا ما يمت لهذه المصلحة بصلة⁽⁴⁾ .

ويتمثل هذا المعيار الموضوعي الذي ذهب الفقيه إلى الأخذ به ، في المصلحة العامة التي يجب أن يتوخاها البرلمان دائما في تشريعاته ، وكذلك الغاية المخصصة التي رسمت لتشريع معين ، فمثل

(1) د . وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص 107-110 .

(2) د . إبراهيم درويش ، مصدر سابق ، ص 239 .

(3) المصدر سابق ، ص 67 .

(4) المصدر نفسه ، ص 67 .

- د . جابر سعيد حسن ، مصدر سابق ، ص 311 .

هذا المعيار الموضوعي- في رأيه – يتميز بالثبات والاستقرار ولا يخطيء احد في فهم معناه ، كما لا يختلف في تفسيره⁽¹⁾ . فإذا كانت الغاية التي يسعى إليها المشرع بعيدة عن المصلحة العامة أو يتجه المشرع إلى تحقيق هدف مغاير عن الهدف المحدد للتشريع ، فانه انحرافا تشريعيا مستترا⁽²⁾ .

ويبرر قوله هذا بأمرين :

الأول : أن الواجب هو أن نفترض إن تشريعات البرلمان ، لا تصدر إلا عن المصلحة العامة ، فهو هيئة أكثر نزاهة وتجردا من الفرد وهو يمارس حقوقه الخاصة ومن رجل الإدارة وهو يباشر سلطته ، وهو هيئة مشكلة من عدد كبير من الأفراد ، يصعب تواطئهم على الباطل .

الثاني : انه من الأولى اتخاذ معيار موضوعي ، ثابت مستقر ، لا نخطيء في فهم معناه ، ولا نختلف في تفسيره ، فيضفي هذا المعيار على التشريع ثباتا واستقرارا ، لاشك في حاجة التشريع اليهما⁽³⁾ .

وقد استعرض الفقيه للمعيار الموضوعي ، فروضا خمسة ، تدرج في موضوعيتها بادنا بأقصى حدودها .

الفرض الأول : الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها ، باعتبارها معيارا موضوعيا

التشريع بطبيعته قاعدة عامة مجردة ، فإذا وضع البرلمان تشريعا معينا ، وهو يعلم في الواقع انه لن يطبق إلا على حالة فردية واحدة ، فان مثل هذا التشريع يكون معيبا بعيب الانحراف المستتر . كأن

يصدر البرلمان تشريعا بإلغاء هيئة قضائية بقصد التخلص من أعضائها ، ثم يعيد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشريع الأول ، فمثل هذا التشريع باطل لانطوائه على انحراف مستتر ، ومعيار الانحراف هنا ، موضوعي بحت(4) .

(1) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 700 .

(2) د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 176 .

(3) د . السنهوري ، المصدر نفسه ، ص 68 .

- د . نعيم عطية ، مصدر سابق ، ص 160 .

(4) يراجع في هذه الأمثلة : ص 69 ، 70 ، من البحث المشار إليه.ود نبيلة عبد الحليم كامل ، مصدر سابق ، ص 219 . و د . محمد فرج محمد الفقي ، مصدر سابق ، ص 39 . ود . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور ، مصدر سابق ، ص 58 .

الفرض الثاني : مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له

هذا الفرض يمثل حالة نادرة ، إذ إن قاعدة تخصيص الأهداف المطبقة في المجال الإداري ، ليست كثيرة التطبيق في المجال التشريعي ، ومع ذلك فإنه في بعض الحالات ، قد يتحدد هدف مخصص لتشريع معين ، ومن ذلك مثلا : صون الأمن والنظام العام في قوانين الأحكام العرفية ، ووقاية النظام الاجتماعي في قوانين الصحافة والاجتماعات العامة ، فإذا انحراف البرلمان عن هذه الغايات المخصصة ، عند تشريعه القوانين ، عدت هذه التشريعات مشوبة بالانحراف ، والمعيار هنا ، معيار موضوعي أيضا(1) .

الفرض الثالث : كفالة الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية

وفيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة ، فهي من الفروض التي تناولها د . السنهوري في بحثه على اعتبارها من الحالات التي يصدق عليها المعيار الموضوعي ، وذلك إذا ما حدث انحراف عن مقاصد الدستور وغاياته(2) .

حيث توجد مجموعة من الحقوق والحريات العامة التي تتصف بأنها مطلقة بطبيعتها وغير قابلة للتقييد أو التنظيم ، وبالتالي لو صدر عن البرلمان تشريع يقيدها ، اتصف بالبطلان ، وذلك لمخالفته القيود الموضوعية الواردة في الدستور ، أما الحقوق والحريات التي أعطى الدستور للبرلمان ، سلطة تقديرية تتعلق بحق تنظيمها ، وذلك من أجل تمكين الأفراد من ممارستها ، فلا يجوز للبرلمان أن ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور ، والذي يتبلور في كفالة تلك الحقوق والحريات العامة في حدودها الموضوعية(3) .

الفرض الرابع : احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض .

حيث يهدف الدستور إلى صون الحقوق المكتسبة ، وعدم المساس بها طالما لم تدع ضرورة لذلك ، ومثالها عدم رجعية القوانين العقابية ، وإذا كان الدستور يجيز للقانون أن يتضمن نصا بالأثر الرجعي ، فإن ذلك يكون على سبيل الاستثناء وبالقدر اللازم ، الذي تدعو له الضرورة ، فالإسراف في تقرير الأثر الرجعي يعتبر انحرافا مستترا(4).

(1) د. السنهوري ، المصدر السابق ، ص 71 .

- د . محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 206-208 .

(2) د . وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص 108 .

(3) د. السنهوري ، المصدر السابق ، ص 74 .

(4) د. السنهوري ، المصدر السابق ، ص 79 .

الفرض الخامس : مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه .

يرى الفقيه الفرنسي ليون دييجي ، أن الدولة تخضع لقاعدة قانونية عليا لا تملك لها خلقا ولا يمكن أن تخالفها ، وأن القانون لم تخلقه الدولة ، بل هو شيء خارج عنها ، وإن فكرة القانون مستقلة عن الدولة وفكرتها ، والقاعدة القانونية تفرض طاعتها على الدولة ، كما تفرض طاعتها على الأفراد ، وبالتالي لا يكون التشريع صحيحا طالما كان موافقا لنصوص الدستور فحسب ، بل يجب كذلك أن يتطابق مع القانون الأعلى الذي يحكم نصوص الدستور ذاتها(1) .

غير إن الفقيه السنهوري يقصر استخلاص المبادئ القانونية العليا ، على القانون المكتوب أي على نصوص الدستور ، وذلك لتجنب إصابة التشريع بالقلقلة ، ولتجنب النقاش والجدل وتوخيا للموضوعية ، حيث يكفي بتقرير إن هناك مبادئ عليا تسود الدستور ، وتهيمن على جميع أحكامه ، وهذه المبادئ العليا التي هي روح الدستور ، تستخلص استخلاصا موضوعيا من نصوصه المدونة(2) . وانتهى في نتائجه إلى إن التشريع لا يكون سليما لمجرد اتفاهه مع نصوص الدستور فقط ، وإنما يجب أن يتفق ويتطابق مع هذا القانون الأعلى الذي يحكم نصوص الدستور ذاتها(3) ، فالانحراف هنا يتحقق بمخالفة التشريع لروح الدستور ، أو لمبادئه العليا المهيمنة عليه ، والمعيار الموضوعي في هذا الفرض يكاد يتأخم المعيار الذاتي .

ولقد سار على ذات النهج جانب من الفقه ، حيث ذهب رأي إلى ضرورة اعتماد معيار ثابت يفرض الرجوع إلى طبيعة التشريع وغايته من خلال المبادئ العليا التي تهيمن على الدستور ومقتضى أحكامه المتصلة بالتشريع محل البحث ، فإنه إذا تبين من استقراء طبيعة التشريع أو تحري غايته ، أن البرلمان بما استنته من نصوص قانونية ، قد خرج عن الحدود الطبيعية التي تفرضها المبادئ العليا للدستور وتقتضيها المتصلة بذلك التشريع ، فإنه يكون قد انحرف في استعمال سلطته التقديرية وجاء تشريعه باطلا(4) .

ومن هذا الجانب من الفقه أيضا من ذهب إلى القول أن معيار الانحراف هنا ، هو معيار موضوعي ، يستمد من دلائل مادية تكشف عن هذا الانحراف ، وتتمثل بصفة أساسية ، في جميع الوثائق التي واكبت إعداد التشريع أو صاحبت إصداره كتقارير اللجان البرلمانية التي توضح الأسس التي يقوم عليها مشروع القانون المعروض ومبرراته القانونية والأغراض التي يستهدفها

L.Dduguit. traite de droit constitutionnel. 2cm 111.1927.pp.547-556

(1).

أشار إليه : د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ، مصدر سابق ، ص 29 .
 - د . السنهوري، المصدر السابق، ص 91 وما بعدها.
 (2) د . السنهوري، المصدر السابق، ص 102 وما بعدها.
 (3) د . إبراهيم محمد درويش ، محمد إبراهيم درويش ، مصدر سابق ، ص 239 .
 (4) د . عبد المنعم عبد الحميد، مصدر سابق، ص 277.
 - د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 429-430 .
 والوسائل التي يتبعها في تحقيقها ، وأيضا المذكرة الإيضاحية التي ترافق القانون بعد إقراره من البرلمان ، وتقدير هذه الدلائل المادية يكون للقاضي الدستوري الذي ينبغي عليه أن يقيّمها باعتبارها متساندة متكاملة ، فلا ينظر إلى وثيقة منها منفصلة عن غيرها ، أو منعزلة عن سياقها ، مستلهما في ذلك فهمه لفكرة المصلحة العامة والتزامه بتحريها ، حتى تسلم النصوص التشريعية من الانحراف الذي يجب أن تتجرد منه القوانين جميعها ، باعتبار أن المصلحة العامة يجب دائما أن تكون رائدها وهدفها⁽¹⁾ .

وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا – على رأي هذا الجانب من الفقه – في احد أحكامها ، حيث انتهت إلى نفي قيام الانحراف في شأن احدى التشريعات المطعون عليها بالانحراف ، مستعينة بمعيار موضوعي ، وذلك بالاستناد إلى تقارير اللجان البرلمانية والمذكرة الإيضاحية بشأن هذا التشريع⁽²⁾ ، ودرجة اقتناع المحكمة أو عدم اقتناعها بتحقيق الانحراف ، يرجع في الأساس إلى قوة أو ضعف قرائن وجود الانحراف ، وهو أمر تقديري إلى حد كبير ، فضلا عن إن تشدد أو تبسط المحكمة في الأخذ بأدلة وجود الانحراف هو أمر تقديري يرجع إليها أصلا ويتطور مع قضائها في مدى الحذر في بحث الانحراف المستتر⁽³⁾ .

ومن أنصار المذهب الموضوعي ، من ذهب إلى القول أن معيار الانحراف المستتر ، يجب أن يكون دائما معيارا موضوعيا ، لان هذا المعيار الموضوعي لا يستهدف إثبات نوايا سيئة كالانتقام أو إفادة أشخاص معينين أو أغراض حزبية ، بل يستهدف فقط إثبات العنصر الموضوعي ، وهو عدم تحقق الصالح العام ، أو عدم استهداف الغاية المخصصة التي تغياها نص دستوري معين (قاعدة تخصيص الأهداف)⁽⁴⁾ .

وقيل أيضا في تبرير موضوعية الانحراف الغائي ، بأن الرقابة تنصرف إلى الغايات دون البواعث ، والبحث في البواعث ينصرف إلى النوايا ، وهو أمر يخرج عن إمكانية التقدير الموضوعي⁽⁵⁾ .

(1) د . عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 373 .

(2) د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 344 ، 345 .

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا ، دعوى رقم 2 ، لسنة 3 قضائية، دستورية ، بجلسة 7 يونية سنة 1975 بشأن الطعن على القانون رقم 622 لسنة 1955 ، أشار إليه د . عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 373 ، ود . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 430 .

(4) د . محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 962 .

- د . محمد صلاح عبد البديع السيد ، مصدر سابق ، ص 345 .

(5) د . نبيلة عبد الحليم كامل ، مصدر سابق ، ص 222 .

الفرع الثاني

المعيار الذاتي

كنا قد بينا موقف أنصار المعيار الموضوعي للانحراف الغائي ، لذا سنبيين الانتقادات التي وجهت إلى أنصار المعيار الموضوعي ، وعلى وجه الخصوص ، الفروض التي قدمها الفقيه الكبير ، د. السنهوري ، والتي حاول من خلالها إثبات إن معيار الانحراف ، معيار موضوعي. ذهب جانب من الفقه إلى إن الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها ، لا يمكن أن يوصف بأنه معيار موضوعي للانحراف ، وإنما هو إعمال لفكرة مخالفة القانون ، وذلك لأن تصرف البرلمان أما أن يكون بحسب طبيعته الموضوعية قانونا وبالتالي فإن القاضي يعامله على هذا الأساس ، وأما ألا يكون كذلك فلا تثبت له حصانة التشريع أو معاملته ، فيغنيينا عن نظرية الانحراف الغائي في هذا المجال تطبيق المعيار الموضوعي أو المادي على التصرفات القانونية ، ونبذ المعيار الشكلي ، على ذلك فإن ما اعتبرته نظرية د. السنهوري ، معايير موضوعية للانحراف ، هي في حقيقتها ضوابط للعمل التشريعي إذا خالفها ، شابه عيب مخالفة الدستور ، وليس مجرد عيب الانحراف ، ومن هنا فإن الأمثلة التي ذكرها د. السنهوري واعتبرها انحرافا ، هي في الواقع أمثلة لحالات مخالفة الدستور الظاهرة وليس المستترة⁽¹⁾ .

فلم يستطع الفقيه السنهوري ، من جعل نظريته ، نظرية موضوعية بحتة ، بل تغلبت طبيعة الانحراف الذاتية على ما ذكره ، ومع ذلك فإنه حاول أن يهملها باتجاهه الموضوعي ، مع أن ما ذكره قد حفل بهذا الجانب الذاتي⁽²⁾ .

ففي الفرض الأول الذي يترتب على توافره ، الانحراف بالتشريع ، وذلك عندما يشرع البرلمان قانونا في صورة عامة مجردة ، وهو يعلم أنه لن يطبق في الواقع إلا على حالة فردية واحدة ، فهنا يقع الانحراف المستتر⁽³⁾ ، فهذا القول يظهر النزعة الذاتية لديه ، وذلك لأن علم البرلمان هو الأساس في الحكم على صحة غايته وبطلانها ، فالتشريع في ظاهره عام مجرد ولكن في حقيقته هو تشريع فردي قصد حالة معينة بالذات ، في غير الحالات التي يجب على البرلمان ، أن يصدر

(1) د . أحمد كمال أبو المجد ، مصدر سابق ، ص 595 .

(3) د . عبد العزيز محمد سلمان ، مصدر سابق ، ص 104 .

(2) عبد المنعم عبد الحميد ، ص 280 .

(3) د . السنهوري ، المصدر السابق ، ص 70 .

فيها قرارات فردية في صورة تشريع ، ولا نستطيع الحكم على هذه الحالة إلا بمعرفة قصد البرلمان ونيته⁽¹⁾ .

أما الفرض الثاني في نظرية الفقيه الكبير ، وهو مجاوزة التشريع للغرض المخصص ، الذي رسم له ، يرى جانب من الفقه ، انه لا يتصور أن يخصص الدستور للتشريع غرضاً معيناً ، وإذا كان ذلك ممكناً ، فإن تجاوز تلك الغايات لا يعد انحرافاً ، وإنما يعتبر خروجاً على النص الدستوري الذي حدد للمشرع هذه الغايات⁽²⁾ .

فمخالفة التشريع الصادر عن البرلمان ، للغرض المخصص له ، تعد مخالفة موضوعية للدستور ، حيث يعد هذا الهدف المخصص ، شرطاً من شروط صحة القانون موضوعاً ، والرجوع إلى أصل الرقابة على الأهداف المخصصة في القضاء الإداري ، يجعل من تطبيق هذه الفكرة في نطاق العلاقة بين القانون والدستور ، أمراً لا يستطيع قبوله أي مجتمع ديمقراطي ، يعطي لبرلمانه سلطة تقديرية في تحديد أغراض التشريع⁽³⁾ .

وأما بالنسبة إلى ما ذهب إليه الفقيه في الفرض الثالث ، بصدد كفالة الحقوق والحريات في حدودها العامة ، فهناك من الفقه من يرى أن كفالة الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية ، لا تشير فكرة الانحراف ، إذ أن مجرد النص على كفالة هذه الحقوق في صلب الدستور وتخويل البرلمان – مع ذلك – سلطة تنظيمها ، يعني بالضرورة إن هذا التنظيم لا يجوز أن يصل إلى إهدار أصل الحق ، وبذلك يكون هذا الإهدار – لو وقع فيه البرلمان – مخالفاً للنص الدستوري الذي يقرر هذه الحقوق ، ولا يحتاج الأمر أصلاً إلى إثارة فكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (الانحراف المستتر)⁽⁴⁾ . أما القول بأنه يجب أن لا يكون الانتقاص خطيراً و إلا عد التشريع معيباً بعبء الانحراف ، فهنا يصح التساؤل متى يعد ذلك الانتقاص خطيراً؟ وأين هو المعيار الموضوعي الذي يمكن اتخاذه لقياس أو لوزن مبلغ خطورة ذلك الانتقاص ؟ الواقع انه عندما يقرر الدستور حقاً من الحقوق أو حرية من الحريات ، ثم يخول البرلمان حق تنظيم هذا الحق أو الحرية فإن البرلمان ليس عليه من الناحية القانونية ، سوى قيد قانوني واحد ، هو عدم إلغاء أو هدم تلك الحرية أو الحق ، أو على حد تعبير الدكتور السنهاوري – عدم سلب هذا الحق أو الحرية أما عدا ذلك من قيود فإنها قيود سياسية بحتة ، يرجع الأمر فيها إلى البرلمان ، تحت

(1) د . محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي ، مصدر سابق ، ص 224 .

(2) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 706 .

(3) د . محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي ، مصدر سابق ، ص 230 .

(4) د . أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 594 .

رقابة الرأي العام وحده مع استبعاد دور القضاء في هذه الحالة⁽¹⁾ ، في حين يرى رأي آخر من الاتجاه ذاته ، ضرورة تدخل القاضي الدستوري ، ولكي يتوصل القاضي الدستوري إلى إن التشريع يهدر هذه الحرية ، فإن عليه أولاً أن يصل إلى غاية البرلمان من هذا التنظيم ، وهل يقصد التنظيم

حقيقة ، أم يقصد الإهدار ، وفي ضوء تلك الغاية تتحدد طبيعة التشريع ، وهل هو منظم للحرية أو مهدر لها⁽²⁾ .

وبالنسبة لما ذهب إليه الفقيه في الفرض الرابع ، من ضرورة احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة ، فإن جانبا من الفقه يرى أنه إذا كان الفقيه الكبير د. السنهوري ، قد ضرب مثلا لهذا الغرض ، هو قاعدة امتناع تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين ، فإنه يجب التفارقة بين فرضين أساسيين :

الأول : إذا كان الدستور يمنع تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين ، فإن تقرير المشرع لهذا الأثر الرجعي يعد مخالفة مباشرة لنصوص الدستور التي تمنع ذلك .

الثاني : إذا كان الدستور يجيز استثناء في حالات خاصة تقرير الأثر الرجعي ، فإن مبررات الالتجاء لهذا الاستثناء تعد حينئذ ، من اطلاقات البرلمان ، وإذا كان من المتصور – من الناحية النظرية – إثارة فكرة الانحراف في هذه الحالة فإن إعمالها يجعلنا نتدخل في نطاق الملاءمة⁽³⁾ .

أما القول بأن الإسراف في تقرير الأثر الرجعي ، يعد انحرافا ، فلا يمكن التسليم به ، إذ المفروض إن القضاء يباشر الرقابة بصدد تشريع معين ، ولا يتصور أن يبسط هذه الرقابة على مسلك البرلمان بصدد عدة تشريعات متتابعة ، وأقصى ما يمكن أن يقال في هذا الإسراف ، أنه سياسة تشريعية خاطئة أو مجافية لروح الدستور ، وهي مجافاة سياسية يجب اللجوء في تصحيحها إلى الوسائل السياسية دون إقحام القضاء فيها⁽⁴⁾ .

أما فيما يتعلق بالفرض الخامس ، وهو اعتبار مخالفة التشريع لروح الدستور والمبادئ التي تهيمن عليه ، انحراف في ممارسة السلطة التشريعية (انحراف مستتر) ، انطلاقا من معايير موضوعية ، فإن جانبا من الفقه ذهب إلى إن روح الدستور ، هي روح كل نص من نصوص

(1) د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ، مصدر سابق ، ص 73 .

- د . نعيم عطية ، مصدر سابق ، ص 161 - 162 .

(2) د . وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص 132 .

(3) د . . كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 595 .

(4) د رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 707 .

- د . جابر سعيد حسن ، مصدر سابق ، ص 317 .

الدستور ، بالتالي فهي روح النصوص جميعها ، بحيث إذا تعارض معها تشريع ما ، فإنه في الواقع يتعارض مع مقتضى تلك النصوص ، ولا يخرج التعارض مع مقتضى النصوص ، في نهاية الأمر ، عن كونه تعارضا مع نصوص الدستور ذاتها ، ولذلك فقد أكد الفقهاء ، أن الأمثلة التي ذكرها الفقيه الكبير د. السنهوري ، تتعارض مع نصوص الدستور لا مع روحه⁽¹⁾ . ويرى جانب من الفقه⁽²⁾ ، إن العمل على أن يكون التشريع متفقا لا مع نصوص الدستور فحسب ، بل كذلك مع

روحه ، مع المبادئ أو الفلسفة السياسية والاجتماعية أو المبادئ الدستورية العليا التي تسيطر على الدستور ، وان كان يضيف عمادا جديدا إلى تلك الأعمدة التي تقام لحماية الدساتير من العبث بأحكامها ، إلا إن تقرير هذا المبدأ هو أمر بالغ الخطورة ، كما إن إناطة مهمة تلك الرقابة بهيئة قضائية ، يخرجها في الغالب من الحالات ، من ميدان رقابة المشروعية ، إلى رقابة الملاءمة .

وذهب هذا الجانب أيضا إلى وجوب طرح المبادئ العليا ، التي تهيمن على نصوص الدستور ، كميّار لدستورية القوانين ، لأنها على خطورتها وأهمية إلزام السلطات العامة بها ، لا تزال تفتقر إلى الحدود الموضوعية المنضبطة التي تجعل قيام القضاء على تطبيقها ، أمرا مقبولا أو مأمون العاقبة⁽³⁾ .

غير إن القضاء الدستوري قد تواتر في أحكامه على رقابة توافق التشريعات مع روح الدستور أو المبادئ العليا المهيمنة عليه والمستخلصة من نصوصه ، فالمحكمة الدستورية العليا المصرية ، كانت قد استنبطت في احد أحكامها مبدأ دستوريا من الدستور نفسه- مؤداه كفالة مبدأ المساواة أمام القانون وكفالة تطبيقه على المواطنين كافة ، وقد أضحى هذا المبدأ في جوهرة وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور⁽⁴⁾ .

كما أن القضاء الأمريكي وعلى رأسه المحكمة العليا ، قد اتجهت منذ عام 1890 إلى مد رقابتها

(1) عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص 290 .

(2) د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ، مصدر سابق ، ص 75 .

(3) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 707 .

- د . أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 597 .

- د . جابر سعيد حسن ، مصدر سابق ، ص 317-318 .

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 17 لسنة 14 ق، دستورية، بتاريخ 1995/1/14 ، أشار إليه د . عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص 756 .

على حالة الانحراف بمخالفة القوانين لروح الدستور أو المبادئ الدستورية العليا ، حيث وقفت في وجه سياسة البرلمان (الكونغرس) التي كانت تتجه إلى صبغ التشريع بصبغة اشتراكية ، وكانت معارضة القضاء لهذا الاتجاه يبدو في صورة ما يصدره من أحكام بعدم دستورية تلك التشريعات ذات النزعة الاشتراكية ، وكانت تلك المحاكم تستند في أحكامها إلى روح الدستور الأمريكي ذي النزعة (الفردية)⁽¹⁾ .

هذه هي أهم الانتقادات التي وجهت إلى الفروض التي قدمها الفقيه السنهوري لإثبات موضوعية المعيار الذي يجب اعتماده بالنسبة للانحراف المستتر ، وقد حاول الفقيه الكبير بشتى الطرق إثبات

إن معيار الانحراف ، هو معيار موضوعي وليس معيارا ذاتيا ، غير إن الفقه المعارض للمعيار الموضوعي يرى بأنه حتى في نطاق الانحراف في استعمال السلطة الإدارية ، فإن المعيار ذاتي ، لأن العيب هنا ينصب على إرادة مصدر القرار⁽²⁾ .

فالانحراف هو عيب ذاتي سواء ورد على نية صاحب الحق فيجعله ينحرف بالحق عما ابتغاه القانون من إعطائه إياه أم غيره ، وهو يعيب نية مصدر القرار فيجعل غايته مخالفة للصالح العام فإذا تطرقنا إلى نطاق التشريع فلا بد أن ينصب الانحراف على نية مصدر القانون وغايته ، وإن تجانب هذه الغاية الصالح العام بمعناه الواسع بوصفه غاية كل قانون⁽³⁾ .

(1) د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية، مصدر سابق ، ص 78 .

(2) عبد المنعم عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص 307 وما بعدها .

(3) د . محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص 222 .

الفصل الثالث

أثبات الانحراف التشريعي للبرلمان

والجزاء الذي يترتب عليه

لما كان الدستور يمثل القاعدة القانونية العليا في النظام القانوني للدولة ، بحيث يكون له السمو على ماعداه من التشريعات ، ومن ثم تلتزم جميع السلطات في النظام السياسي بوجوب التقيد بنصوصه واحترامه وعدم الخروج على حدوده ، والبرلمان كإحدى هذه السلطات ، يتوجب عليه التقيد بنصوص الدستور واحترامها ، والنزول عند أحكامها .

وإذا كنا قد سلمنا بإمكانية انحراف البرلمان عن حكم القاعدة أعلاه في ممارسة وظيفته التشريعية وعلى النحو الذي بيناه سابقا ، وتعرفنا على مختلف العوامل التي تدفع باتجاه الانحراف ، واستعرضنا أوجه هذا الانحراف ، فمن الذي يستطيع أن يقرر انحراف القوانين التي يشرعها البرلمان ، ويقرر بالتالي عدم دستوريته ؟ وأي جزاء يمكن أن يترتب على انحراف القانون عن أحكام الدستور وقيوده ومتطلباته ؟ وما النتيجة التي يمكن أن تترتب على تقرير عدم دستورية قانون من القوانين التي يسنها البرلمان ؟

وعلى الرغم من الانتقادات التي تعرضت لها رقابة انحرافات البرلمان ، فان غالبية الدول الحديثة تأخذ بمبدأ الرقابة على تشريعات البرلمان لضمان عدم انحرافها ، وان كانت هذه الرقابة تتنوع من نظام إلى آخر ، حسب طبيعة القائم بها ، وتختلف النتيجة التي تسفر عنها ، والجزاء الذي ترتبه. لذلك يكون من الأوفق أن نتعرض لكيفية إثبات هذا الانحراف ، والتعرف على الجهة التي تختص بإثبات الانحراف والتي قد تكون جهة قضائية أو غير قضائية ، وكذلك موقف التشريعات الدستورية من ذلك ، و نتعرف أيضا على الجزاء الذي يصيب تشريعات البرلمان المعيبة بالانحراف ، وسيكون ذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول : إثبات الانحراف التشريعي.

المبحث الثاني : جزاء الانحراف التشريعي.

المبحث الأول

إثبات الانحراف التشريعي

تبقى القواعد الدستورية ، مجرد مبادئ نظرية ، إن لم تؤمن لها الحماية والاحترام ، فالتأكيد النظري لسمو الدستور ، غير كاف لوحده لضمان هذا السمو والعلو ، إذ لابد من وسائل عملية تحمي هذا العلو ، وتعمل على تأكيده بشكل فعلي⁽¹⁾ .

استقرت أكثر النظم القانونية على إن الضمان الحقيقي الفعال لمبدأ الشرعية ، هو وجود سلطة أو جهة خاصة ، تختص بالتحقق والتثبت من احترام البرلمان في الدولة لمبدأ الشرعية الدستورية ، من خلال احترام نصوص الدستور الذي يمثل قمة الهرم الذي تتكون منه القواعد القانونية في الدولة ، وضمان عدم انحراف التشريعات الصادرة عنه ، عن مقتضى أحكامها وقيدوها⁽²⁾ .

ولكن ما الجهة التي تتولى أمر إثبات هذا الانحراف ، وتقرر اتفاق التشريعات الصادرة عن البرلمان مع الدستور من عدمه ؟

تتأرجح الحلول المتبعة بين إسناد أمر إثبات انحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية إلى جهة متخصصة ، أو إلى جهات متعددة⁽³⁾ ، كما أن هناك جملة من القواعد والضوابط لإثبات هذا الانحراف وعلى هذا الأساس فإننا سنتناول عرض هذا الموضوع في مطلبين ، سنعرض في المطلب الأول أساليب إثبات الانحراف ، وفي المطلب الثاني نعرض لقواعد وضوابط إثبات الانحراف وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول : أساليب إثبات الانحراف التشريعي.

المطلب الثاني : قواعد وضوابط إثبات الانحراف التشريعي.

(1) د . رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 60 .

(2) د. أحمد كمال أبو المجد ، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر ، مجلة الدستورية ، تصدرها المحكمة الدستورية العليا ، العدد الأول ، السنة الأولى ، القاهرة ، يناير 2003 .

(3) د . فتحي فكري ، القانون الدستوري ، الكتاب الأول ، مصدر سابق ، ص 178. ونبيل عبد الرحمن حياوي ، ضمانات الدستور ، ط2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 ، ص 41 .

المطلب الأول

أساليب إثبات الانحراف التشريعي

دأبت الأنظمة الدستورية المختلفة ، على تقرير رقابة للثبوت من انحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية أو عدمه ، وهي رقابة دستورية القوانين ، حيث يخضع القانون الصادر عن البرلمان ، إلى نوع من الرقابة من قبل جهاز مستقل ، للتأكد من مدى مطابقة وموافقة هذا القانون ، للمبادئ الواردة في الدستور⁽¹⁾ وهذه الرقابة وإن كانت بجانب وسائل كثيرة في الدول الحديثة ، تضمن نفاذ القواعد الدستورية ، والتزام سلطات الدولة المختلفة بأحكامها ، إلا أنها تعد في واقع الأمر أهم هذه الوسائل وأكثرها فاعلية ، وهي تتنوع تبعاً للهيئة أو الجهة التي تمارسها⁽²⁾ ، والناظر في الأنظمة الدستورية المقارنة يجدها تنقسم إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يعهد برقابة الانحراف لجهة متخصصة .

الاتجاه الثاني : يعهد برقابة الانحراف لجهات متعددة .

وانطلاقاً من ذلك ، فإننا سنتناول دراسة هذا الموضوع في فرعين كما يأتي :

الفرع الأول : إنفاطة الاختصاص إلى جهة متخصصة .

الفرع الثاني : إنفاطة الاختصاص إلى جهات متعددة.

(1) د. رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 61 .

(2) د. جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص 159 .

الفرع الأول

إنفاطة الاختصاص إلى جهة متخصصة

وتقوم هذه الصورة في إثبات الانحراف على أساس تدخل القاضي حيث تسند كثير من الدول اختصاص إثبات انحراف البرلمان إلى جهة متخصصة (قضائية) ، إذ تكون هذه الجهة هي

المسؤولة عن رقابة انحراف تشريعات البرلمان⁽¹⁾ ، على اعتبار إن عملية الإثبات هذه ، هي عملية ذات طبيعة قانونية خاصة ، على الرغم مما لها من آثار هامة في مجال الحياة السياسية ، فإن ذلك ليس من شأنه أن ينفي الطابع القانوني لعملية إثبات انحراف البرلمان لان المشكلة الأساسية التي تثيرها ، هي البحث عن مدى اتفاق ، أو عدم اتفاق القانون الصادر من البرلمان مع قواعد الدستور ، أي أنها مشكلة تتعلق أساسا بحل التنازع بين قاعدتين قانونيتين أحدهما تحتل مركزا أسمى في سلم القواعد القانونية⁽²⁾ .

وهذه الوسيلة ، هي وسيلة منطقية تفرض نفسها بحكم وظيفة القاضي ، فالقاضي وهو يفصل في المنازعات التي تعرض عليه يطبق القانون ، وهو مطالب أن يبحث - كخطوة أولى - مدى اتفاق هذا القانون مع الدستور ، باعتبار أن هذا الأخير ، يأتي على قمة البناء القانوني في الدولة⁽³⁾ .

كما تتوفر لدى القاضي ضمانات الحيطة والموضوعية والاستقلال في مباشرة وظيفته من ناحية ، وهو من ناحية أخرى مؤهل للاضطلاع بمهمة فحص القوانين للتعرف على مدى موافقتها للقانون⁽⁴⁾ .

(1) ينظر في ذلك :

- د. محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 35 .
- د. إسماعيل مرزة ، مصدر سابق ، ص 176 .
- د. صلاح الدين فوزي ، المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1995 ، ص 98 .
- د. عاطف ألبنا ، الوجيز في القانون الدستوري ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر ، ص 85 .
- د. رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 33 .
- (2) د. نبيلة عبد الحليم كامل ، مصدر سابق ، ص 42 .
- (3) د. جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 169 .
- د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق ، ص 158 .
- (4) د. عبد الغني بسيوني ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري مصدر سابق ، ص 549 .

بالإضافة إلى ما يقدمه القضاء من حقوق للدفاع وعلانية الجلسات ، وحرية التقاضي ، وإلزام القاضي بتسبيب أحكامه ، الأمر الذي يشكل ضمانا أكيدا ، بل انه الضمان الأول والفعال الذي يحقق الاحترام للنصوص الدستورية⁽¹⁾ . ولم تتفق الدول التي تبنت هذا الاتجاه في إثبات الانحراف ، على طريق واحد أو آلية واحدة ، إلا انه يمكن تقسيم الطرق التي اتبعتها ، تبعا للأثر الذي يترتب على إثبات الانحراف بالنسبة للقوانين إلى ثلاثة طرق :

أولا : إثبات الانحراف عن طريق الدعوى المباشرة .

ثانيا : إثبات الانحراف عن طريق الدفع بعدم الدستورية .

ثالثا : إثبات الانحراف عن طريق الدفع المقترن بدعوى عدم الدستورية⁽²⁾ .

أولا : إثبات الانحراف عن طريق الدعوى المباشرة .

تتمثل هذه الطريقة في قيام صاحب الشأن (الأفراد أو بعض هيئات الدولة) ، الذي يتضرر من القانون ، برفع دعوى أمام محكمة مختصة ، يطلب منها الحكم بإبطال القانون المخالف للدستور ، فإذا ثبت للمحكمة عدم دستورية القانون ، أصدرت حكما بإبطاله ، ويكون لهذا الحكم اثر رجعي ، أو بالنسبة للمستقبل فقط بحسب ما تقرره نصوص الدستور في هذا الشأن⁽³⁾ . وهذه الصورة من رقابة الانحراف ، تكون كقاعدة عامة لاحقة على صدور القانون ، ولكنها قد تكون سابقة على صدور القانون ، وهذا يعني انه من الممكن مباشرتها على مشروعات القوانين كما تمارس على القوانين النافذة بعد صدورها⁽⁴⁾ .

-
- (1) عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 74 .
 - د . نبيلة عبد الحليم كامل ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 43 .
 (2) د . رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 71 .
 (3) د . نبيلة عبد الحليم كامل ، مصدر سابق ، ص 44 .
 - د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 58 ،
 (4) د . عبد الحميد ألسواربي ، المستشار عز الدين الدناصري ، الدعوى الدستورية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2002 ، ص 25 ، 26 .
 ومن أمثلة الدساتير التي جعلت رقابة الانحراف بطريق الدعوى المباشرة ، سابقة على صدور القانون ، دستور ايرلندا الحرة الصادر سنة 1937 ، وبعض دساتير دول أمريكا اللاتينية ، كدستور كولومبيا لسنة 1938 ، ودستور بنما لسنة 1904 ، والإكوادور لسنة 1929 أشار إليه الدكتور عبد الغني بسيوني ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 550 ، هامش رقم 2 .
 ونظرا لخطورة النتائج التي ترتبها هذه الدعوى فانه من غير المعقول أن يترك أمر الفصل فيها بين أيدي المحاكم العادية باختلاف درجتها ، لذلك سارت الدول التي تأخذ بهذا النوع من الرقابة ، على إعطاء هذا الاختصاص إلى جهة قضائية واحدة ، ولم تتركه عاما بحيث يتولاه كل قاض في الدولة ، إلا إن هذه الدول لم تتبع أسلوبا واحدا في تحديد هذه الجهة الموكول إليها الرقابة⁽¹⁾ . وبصفة عامة ، هناك اتجاهان رئيسان⁽²⁾ :

الاتجاه الأول : جعل الاختصاص للمحكمة العليا في النظام القضائي العادي .

في هذه الحالة يكون نظر دعوى الدستورية ، من اختصاص المحكمة العليا في السلم القضائي وسواء كان يطلق عليها المحكمة العليا ، أم محكمة النقض ، وينعقد هذا الاختصاص لها بجانب بقية اختصاصاتها الأخرى ، وبذلك لا تكون هناك حاجة إلى إنشاء محكمة متخصصة برقابة انحرافات البرلمان التشريعية⁽³⁾ .

الاتجاه الثاني : جعل الاختصاص لمحكمة دستورية متخصصة .

حيث ينشئ الدستور محكمة متخصصة في مراقبة تشريعات البرلمان للتحقق من عدم مخالفتها للدستور ، وتسمى هذه المحكمة غالبا بالمحكمة الدستورية ، وتختص دون سواها بإثبات انحراف البرلمان والحكم في الدعوى الأصلية بطلب إلغاء التشريعات المنحرفة⁽⁴⁾ ، ويرى جانب من الفقه أن إسناد مهمة الإثبات إلى محكمة دستورية متخصصة ، له مزاياه ، حيث يتوفر في هذه المحكمة

- (1) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 109 .
- (2) د . رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، ص 73 .
- (3) د . محمود احمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 10 .
- وقد اخذ بهذا الاتجاه الدستور السويسري لعام 1874 ، حيث أناط مهمة الرقابة بالمحكمة العليا الاتحادية ، وكذلك دستور اتحاد الإمارات العربية المتحدة سنة 1971 ، حيث انشأ في المادة 95 منه المحكمة الاتحادية العليا ، وقد جاءت فريدة في نوعها في الاختصاصات فهي محكمة عادية تقع على قمة القضاء العادي (محكمة نقض) وفي ذات الوقت محكمة إدارية عليا ومحكمة دستورية متخصصة . لشار إليه الدكتور محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 64 ، 65 .
- (4) د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، القضاء الدستوري شرعا ووضعا ، مصدر سابق ، ص 306 .

عنصر الكفاءة والتخصص لفحص دستورية القوانين والتثبت من عدم انحرافها⁽¹⁾ . أما فيما يتعلق بمن له الحق في إثارة الدعوى الدستورية المباشرة ضد تشريعات البرلمان فقد اختلفت النظم الدستورية في ذلك ويمكن توضيحها باتجاهين :

الاتجاه الأول :

أجازت بعض الدول للأفراد حق الطعن مباشرة أمام المحكمة المختصة ، حيث نصت دساتيرها على حق الأفراد في اللجوء إلى المحكمة المختصة للطعن في أي تشريع يصدره البرلمان ، ويخالف به ضوابط الدستور ، وذلك بموجب دعوى أصلية مبتدأة⁽²⁾ .

الاتجاه الثاني :

يمنح هيئات الدولة حق تحريك دعوى الدستورية ، حيث أقرت بعض الدساتير منح هيئات الدولة حق رفع الدعوى الدستورية وحرمان الأفراد من حق الطعن⁽³⁾ ، فبعض الدساتير قصرت حق رفع الدعوى الدستورية ، على الحكومة المركزية والحكومات الإقليمية و – المحكمة الدستورية نفسها – والبعض الآخر يقصرها على مجلس النواب والشيوخ وبعض أنواع المحاكم العليا⁽⁴⁾ .

ثانيا : إثبات الانحراف عن طريق الدفع بعدم الدستورية

تسمى هذه الطريقة برقابة الامتناع ، ويقصد بها امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة ، في قضية منظورة أمامها إعمالا بتغليب حكم

(1) عبد الكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، عمان ، دار الثقافة ، 2001 ، ص 317 .
- وقد اخذ بهذا النظام دستور العراق لعام 1925 ، حيث نصت المادة (81) منه على أن (تؤول محكمة عليا لمحاكمة الوزراء وأعضاء مجلس الأمة وللبيت في الأمور المتعلقة بتفسير الدستور وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه) . ولمزيد من التفاصيل ينظر : د . إسماعيل مرزة ، مصدر سابق ، ص 221 وما بعدها ، والدكتور سيد صبري ، الرقابة على دستورية القوانين ، بحث منشور ، مجلة القضاء ، العدد الخامس ، 1958 ، ص 18 وما بعدها

(2) محمد فرج ، مصدر سابق ، ص 30 .ومن الدساتير التي تبنت هذا النهج : دستور كوبا لعام 1934 ، ودستور أسبانيا لعام 1931 ، والسودان لعام 1973 .

(3) د. رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 74 .

(4) كدستور النمسا سنة 1925 ، والمعدل عام 1945 ، ودستور تشيكوسلوفاكيا لعام 1920 ، ودستور يوغسلافيا لسنة 1974 . أشار إليه جابر سعيد حسن ، مصدر سابق ، ص 291 .

القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة⁽¹⁾ . ففي هذا النظام ليست هناك محكمة متخصصة في الرقابة ، ولا يتم الطعن بالانحراف على تشريعات البرلمان عن طريق دعوى أصلية ترفع أمامها لإلغاء القانون المنحرف لعدم دستوريته ، وإنما يكون ذلك عن طريق دفع فرعي داخل دعوى أصلية ، في أثناء نظر قضية معينة أمام أي محكمة من المحاكم ، ويثير هذا الدفع ويقدمه خصم من خصوم الدعوى المنظورة أمامها ويطالب فيه المحكمة بعدم تطبيق قانون معين على دعواه نظرا لانحرافه عن مقتضى أحكام الدستور⁽²⁾ . ولا يكون لمثل قرارها حجية مطلقة بالنسبة لكافة الناس ، وإنما فقط حجية نسبية تقتصر على موضوع النزاع المطروح أمامها ، وعلى أطراف هذا النزاع فقط ، ولا تمتد إلى الغير ، ومؤدى ذلك أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق نفس القانون على دعاوى أخرى مشابهة ، مالم يطعن احدهم بعدم الدستورية من جديد⁽³⁾ .

وتكون جميع المحاكم مختصة بإجراء رقابة الامتناع عن طريق الدفع الفرعي ، على اختلاف أنواعها (مدنية ، تجارية ، جنائية) ، وعلى اختلاف درجاتها⁽⁴⁾ .

ثالثا : إثبات الانحراف طريق الدفع المقترن بدعوى عدم الدستورية

إذا كان إثبات انحراف البرلمان من قبل جهة قضائية يتم بطريقتين منفصلتين هما أسلوب الدعوى المباشرة (رقابة الإلغاء) وأسلوب الدفع الفرعي (رقابة الامتناع) فإن بعض الدول قد أخذت بأسلوب أو نظام مختلط يجمع بين بعض أسس الأسلوبين السابقين⁽⁴⁾ .

بحيث تعطي لبعض الجهات في الدولة ، الحق في أن ترفع دعوى الدستورية ابتداء أمام تلك المحكمة وتقتصر هذا الحق عليها ، وتسمح للأفراد في نفس الوقت بالدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية قانون معين يثار تطبيقه في الدعوى المنظورة ، فإذا قبلت محكمة الموضوع ذلك فإنها توقف الفصل في الدعوى ، وتحدد موعدا لمن أثار الدفع ، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة

(1) د . نعمان احمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2004 ، ص 564 ،

(2) د . جورج شفيق ساري ، مصدر سابق ، ص 223 .

(3) د . محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص 12-13 .

(4) د . رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 77 .

(5) د . رافع خضر شبر ، المصدر سابق ، ص 80 وما بعدها د . جورج شفيق ساري ، مصدر سابق ، ص 229 د . محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، مصدر سابق ، ص 141 .

الدستورية ، أو تحيل بنفسها الأمر إلى هذه المحكمة⁽¹⁾ .

إن اختصاص جهة قضائية بإثبات انحراف البرلمان ، وعلى الرغم من الآراء والاتجاهات الفقهية التي ارتفعت مؤيدة له ، إلا أن هناك آراء واتجاهات أخرى أشارت بأصابع النقد إلى هذا الاختصاص . فقد قامت في الفقه الفرنسي حجة ضد اختصاص القضاء بإثبات انحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية ، على أساس حقيقة مركز البرلمان في التنظيم السياسي الديمقراطي ، فقد كان من ثمار الثورة الفرنسية أنها انتزعت حق السيادة من الملك لترده إلى صاحبه الحقيقي وهو الشعب ، وإذا كان البرلمان وهو وكيل الشعب قد تولى مهمة التعبير عن إرادته ، التي هي القانون الأعلى ، لزم بالنتيجة لذلك أن يكون البرلمان هو المصدر الرسمي للقانون ، دون أن يكون من حق أي هيئة أخرى أن تراجع أو أن تناقشه و إلا كان ذلك منها افتئات على سيادة الشعب معبرا عنه في البرلمان ، وقد تأكد هذا المفهوم في التشريعات الفرنسية المتعاقبة منذ الثورة حتى الآن⁽²⁾ .

ويرى اتجاه آخر في الفقه إن هذا الأمر ينقل القاضي من مجال تخصصه وهو القانون إلى مجال السياسة ، لأن الموازنة بين التشريع والدستور هو موضوع سياسي في المقام الأول ، لأن كليهما يعبر عن أفكار سياسية وليست أفكارا قانونية محددة⁽³⁾ . كما إن إعطاء هذا الاختصاص إلى جهة قضائية ، معناه خلق مشرع آخر أو قابض آخر على السلطة ، دون تأكيد علوية الدستور على القوانين⁽⁴⁾ .

وقامت في الفقه الألماني حجة أخرى ضد اختصاص القضاء برقابة دستورية تشريعات البرلمان ، فقد استند الفقيه لاباند Laband ، على فكرة الإصدار ليحرم على المحاكم رقابة دستورية تشريعات البرلمان ، وتفسير ذلك ، أن رئيس الدولة حين يصدر القانون فإنه يعترف رسميا بأن هذا القانون قد تم طبقا للمبادئ الدستورية ، سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع ، بحيث لا يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يعتمد على شهادة رئيس الدولة وألا يتعرض لبحث دستورية القانون من جديد⁽⁵⁾ .

(1) د . رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 128 ، 129 .

(2) د . طعيمة الجرف ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 159 .

(3) د . محمد انس قاسم جعفر ، مصدر سابق ، ص 27 .

(4) د . منذر الشاوي ، معنى الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 43 .

(5) د . طعيمة الجرف ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 159 .

الفرع الثاني

إنفاذ الاختصاص إلى جهات متعددة

تجعل بعض الوثائق الدستورية اختصاص إثبات انحراف البرلمان، موكولا إلى جهات متعددة غير قضائية ، أي هيئات سياسية ، بحيث تختص بالحيلولة دون صدور القانون أو إلغائه متى أتضح لها أنه مخالف للوثيقة الدستورية ، عن طريق إثبات انحرافه⁽¹⁾ . وهذه الهيئات ينشئها دستور الدولة بنص صريح ، ويكون اختيار أعضائها من جانب سلطات سياسية ، وتكون رقابتها للانحراف سابقة على صدور القانون ، ومن ثم تتميز هذه الطريقة في إثبات الانحراف بثلاث خصائص⁽²⁾ :

- من ناحية أولى ، إنها تتطلب نصا صريحا في الدستور على إنشائها ، ويحدد الدستور أسلوب تشكيلها وهو أسلوب سياسي عادة ، كما يحدد اختصاصاتها ، وفي مقدمتها رقابة دستورية القوانين ، إذ قد يسند لها الدستور اختصاصات أخرى⁽³⁾ .

- من ناحية ثانية ، عملية إثبات الانحراف لا يتولاها قضاة ، بل أعضاء الهيئة السياسية ولو دخلها بعض من رجال القانون ، لأن الملحوظ في اختيار أعضاء هيئة الرقابة أنه يتم في الغالب بوساطة

سلطات سياسية ، فقد يتم عن طريق التعيين من قبل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية ، أو قد يتم عن طريق الانتخاب من جانب الشعب ، وقد يتم تكوينها عن طريق الاختيار الذاتي ، أي اختيار تلك الهيئة لأعضائها بذاتها⁽⁴⁾ .

- وأخيرا تتميز هذه الطريقة بأنها تمارس سابقة على عملية إصدار القانون ، فهي رقابة وقائية تتلافى إمكانية إصدار ونشر قانون قد يكون مخالفا للدستور ، وتتدخل الرقابة للتثبت من انحراف البرلمان من عدمه ، بعد إقرار القانون من البرلمان وقبل إصداره⁽⁵⁾ .

(1) د . جورج شفيق ساري ، أصول وأحكام القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 205 .

(2) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 206 .

(3) مثل المجلس الدستوري الفرنسي في دستور فرنسا الحالي 1958 . أشار إليه الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب ، المصدر السابق ، ص 206 . والمجلس الدستوري اللبناني الذي انشأ بالقانون رقم 250 بتاريخ 1993/7/14 ، ينظر في ذلك د . محمد المجذوب ، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان ، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002 ، ص 445 وما بعدها.

(4) د . رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 62 ، 63 .

(5) د . جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 160 .

ويورد الفقه المؤيد ، العديد من التبريرات التي تؤيد إناطة الاختصاص بإثبات انحراف تشريعات البرلمان ، إلى جهة غير قضائية ، منها أن هذه الطريقة تمثل رقابة وقائية ، تحول دون صدور قانون مخالف للدستور ، فتمنع المخالفة قبل وقوعها ، مما يجعلها أفضل من الرقابة اللاحقة العلاجية ، فالوقاية خير من العلاج ، وهذا يستدعيه المنطق القانوني المجرد⁽¹⁾ .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يرى جانب من الفقه ، أن هناك نوعا من الحساسية والتوتر ينشأ بين البرلمان والمحاكم التي تراقب دستورية تشريعاته⁽²⁾ ، في الدول التي تتبنى الرقابة القضائية ، نتيجة لاعتقاد البرلمان ، بأن ممارسة الرقابة من قبل القضاء ، يمثل اعتداء على اختصاصاته ومن ثم مبدأ الفصل بين السلطات ويشرك القضاء في الوظيفة التشريعية للبرلمان⁽³⁾ ، فهذه الحساسية لا محل لها في الرقابة السياسية ، لأن البرلمان يساهم في تشكيل الهيئة السياسية ، مما يجعله أكثر قبولا لقراراتها .

ومن الناحية الأخرى تبدو هذه الطريقة ، أكثر اتفاقا مع طبيعة الآثار المترتبة على تنظيم الرقابة على دستورية القوانين ، فهذه الرقابة من طبيعة سياسية ، إذا نظرنا إلى الآثار المترتبة عليها ويكون منطقيا إذن أن توضع هذه المهمة في أيدي هيئة سياسية⁽⁴⁾ .

كما أنها تمتاز بالبساطة من ناحية ، وبالمرونة من ناحية أخرى ، ففيما يتعلق ببساطتها ، فالأمر لا يحتاج غير اجتماع الهيئة السياسية التي تمارس الرقابة ونظرها في مشروع القانون ، لتقرر

انحرافه من عدمه ، كما أن الهيئة التي تمارس الرقابة السياسية ، تمتاز بالمرونة أكثر من الجهات القضائية ، مما يجعلها بمنأى عن النقد بأنها تعوق تطور الحياة السياسية ، عندما تراقب دستورية القوانين⁽⁵⁾ .

وقد أخذت دول عديدة بالرقابة السياسية على دستورية التشريعات الصادرة عن البرلمان ، إلا أن هذه الدول لم تتبع صورة واحدة لتشكيل الهيئة السياسية المناط بها أعمال هذه الطريقة وإنما

(1) د . محمد انس قاسم جعفر ، مصدر سابق ، ص 45 .

(2) د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 26 .

(3) ومن ذلك ما ورد في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب عند مناقشتها مشروع القانون رقم 48 لسنة 1979 ، الخاص بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا ، من إن المشرع الدستوري بتقريره رقابة القضاء على دستورية تشريعات البرلمان ، قد اتجه إلى توزيع الوظيفة التشريعية بين المجلس النيابي والقضاء الدستوري . أشار إليه الدكتور احمد كمال أبو المجد ، دور المحكمة الدستورية العليا ، مجلة الدستورية ، مصدر سابق ، ص 4 ، 5 .

(4) عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 72 .

(5) د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 26 ، 27 .

وإنما يتنوع هذا التشكيل من دولة إلى أخرى⁽¹⁾ .

أولاً : إنفاطة الاختصاص برئيس الدولة⁽²⁾

تقرر بعض الدول ، حق رئيس الدولة في الاعتراض على مشروعات القوانين لعدم دستورتيتها ، كصورة من صور الرقابة السياسية على تشريعات البرلمان⁽³⁾ ، مع التمييز في هذا الشأن بين الاعتراض التوقيفي والاعتراض النهائي أو المطلق ، فإذا كان الاعتراض التوقيفي يمثل رقابة سياسية فعالة ، إلا إن الموقف النهائي فيها يتحدد بموقف البرلمان عند نظره القانون في المرة الثانية ، أما الاعتراض النهائي أو المطلق ، فانه يعلق صدور القانون على إرادة رئيس الدولة الذي يملك سلطة التصديق أو عدم التصديق⁽⁴⁾ وحتى في ظل الدساتير التي لم تحدد صراحة حق رئيس الدولة في الاعتراض على مشروعات القوانين بسبب عدم دستورتيتها ، فهذه الدساتير تجعل من أولويات رئيس الدولة هي حماية الدستور والدفاع عنه ، فالدستور الأمريكي لعام 1787 ، بين في المادة الثانية منه ، القسم (1) ، الفقرة الأخيرة بأن " على الرئيس قبل أن يشرع في تنفيذ مهام منصبه ، أن يؤدي القسم أو التوكيد التالي : اقسم جازماً بأنني سأقوم بإخلاص بمهام منصب رئيس الولايات المتحدة ، وبأنني سأبذل أقصى ما في وسعي لأصون وأحمي وأدافع عن الدستور"⁽⁵⁾.

ونص الدستور المصري لعام 1971 ، في المادة (79) منه على أن " يؤدي الرئيس أمام مجلس الشعب قبل أن يباشر مهام منصبه اليمين الآتية : اقسم بالله العظيم ... وان احترم الدستور والقانون

- (1) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 83 .
- (2) د . رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 63 .
- د . نبيلة عبد الحليم كامل ، مصدر سابق ، ص 39 .
- (3) مثال ذلك الدستور البرازيلي الصادر سنة 1937 ، الذي أعطى الحق لرئيس الدولة في الاعتراض على مشروعات القوانين لعدم دستوريته ، أشار إليه الدكتور رافع خضر شبر ، المصدر السابق ، ص 63 . والدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل ، المصدر السابق ، ص 39 .
- (4) د . طعيمة الجرف ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 157 .

(5) Article 2 / section 1

“ I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the office of president of the united states , and will to the best of my ability preserve , protect , and defend the constitution of the united states” .

في حين نص الدستور العراقي لعام 2005 ، في المادة (67) منه على أن " رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ورمز وحدة الوطن ، يمثل سيادة البلاد ، ويسهر على ضمان الالتزام بالدستور .. " فكل هذه النصوص التي توردتها الدساتير ، تجعل من حماية الدستور واحترامه وضمان الالتزام به ، من أهم واجبات رئيس الدولة ، وبالتالي فهي تعطيه الحق ضمناً ، بأن يعترض على مشاريع القوانين ، ويمتنع عن إصدارها ، متى ما شابها عيب مخالفة الدستور .

ثانياً : اختصاص البرلمان ذاته بالرقابة

قد يعهد الدستور بتلك المهمة إلى البرلمان ذاته ، وفي هذه الحالة ، فانه عندما يعرض عليه اقتراح بقانون ، سواء كان مقدماً من أحد أعضائه أم من السلطة التنفيذية ، فانه يتعرض أولاً ، إلى مدى توافق هذا المشروع لأحكام الدستور ، ثم يمضي بعد ذلك في استكمال إجراءات إعداده ، أو رفض الاستمرار في نظره ، حسبما إذا كان متفقاً أم غير متفق مع أحكام الدستور⁽¹⁾ .

هذا الأسلوب يتبع في الدول التي يعد فيها البرلمان نفسه هو السيد من الناحية العملية ، ويسمى بأسلوب السؤال الأولي⁽²⁾ ، وبمقتضى هذه السيادة يقبل البرلمان من تلقاء نفسه ، الخضوع لنوع من التحديد الذاتي ، ففي أثناء المداولات التي تجري في البرلمان حول مشروع قانون ، يكون من حق رئيس البرلمان⁽³⁾ ، أن يقرر عدم فتح باب المناقشة حول مشروع القانون ، لأنه غير دستوري كما يكون من حق أي عضو من أعضاء البرلمان أن يطرح سؤالاً حول دستورية مشروع القانون أو الاقتراح بقانون، ومن ثم يتعين على البرلمان أن يقرر ما إذا كان المشروع أو الاقتراح دستورياً أو غير دستوري⁽⁴⁾ .

- (1) د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، القضاء الدستوري شرعا ووضعا ، مصدر سابق ، ص 277 .
- وقد اخذ بهذا الاتجاه ، الدستور البلغاري الصادر في سنة 1947 ، حيث أناط هذا الاختصاص بالجمعية الشعبية ، وكذلك الدستور السوفيتي لعام 1977 ، حيث أناط هذه الرقابة بهيئة رئاسة مجلس السوفيت الأعلى أما دستور الصين الشعبية ، فقد عهد بهذه الرقابة للمجلس الوطني لنواب الشعب . أشار إليه الدكتور رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 85 ، 86 .
- (2) عبد العزيز محمد سالمان ، مصدر سابق ، ص 71 .
- (3) وقد اخذ بهذا الاتجاه ، الدستور السويدي لعام 1806 ، فقد عهد بهذا الاختصاص إلى رئيس المجلس النيابي ، حيث خوله منع التصويت على مشروع قانون ، يتضح له أنه غير دستوري . أشار إليه الدكتور رافع خضر شبر ، المصدر السابق ، ص 63 . والدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل ، المصدر السابق ، ص 39 (4) عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 71 .

وقد لا يعهد بمهمة الرقابة إلى البرلمان في مجموعه ، وإنما إلى هيئة بداخله ، حيث تتولى فحص القوانين قبل إصدارها ، للتأكد من مدى احترامها لنصوص الدستور⁽¹⁾ .

ثالثا : إناطة الاختصاص بالرقابة إلى هيئة خاصة

أخذت بعض الدول في تشكيل جهة أو هيئة خاصة ، تتولى الرقابة على دستورية تشريعات البرلمان قبل إصدارها بشكل قوانين ، والتثبت من عدم انحرافها⁽²⁾ ، وهذه الهيئة تشكل تشكيلا سياسيا ، وقد تكون هيئة متخصصة أو غير متخصصة ، وفي كلتا الحالتين فهي ليست قضائية ، وتمارس رقابة (لا قضائية) .

وفي حقيقة الأمر ، انه مع التسليم بالميزات التي قيلت عن إناطة اختصاص إثبات انحراف البرلمان لجهات متعددة، ولاسيما كونها طريقة وقائية ، تقي من شرور مخالفة نصوص الدستور وبساطتها أيضا التي تجعلها أكثر سهولة ويسر وقل كلفة ، إلى أنها كانت محل انتقاد جانب من الفقه⁽³⁾ .

ونورد فيما يأتي أهم هذه الانتقادات:

أولا : تترك مهمة فحص دستورية تشريعات البرلمان ، لهيئات ذات صبغة سياسية ، تتأثر بالنزعات الحزبية والأهواء السياسية ، فكأننا نعمل على وضع حد لانحراف هيئة سياسية (البرلمان) خاضعة للأهواء والنزوات ، عن طريق هيئة سياسية أخرى ليست بمنجاة عن تلك الأهواء والنزوات⁽⁴⁾ .

- (1) د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص 277 .
- (2) ومن ذلك دستور ألمانيا الديمقراطية الصادر في 1949 ، الذي تضمن في المادة (66) النص على تشكيل لجنة دستورية للتحقق من الصفة الدستورية للقوانين وقد اخذ بهذا الاتجاه دستور الجمهورية الرابعة الفرنسي (دستور 1946) ، الذي نص على أن تتولى فحص دستورية القوانين هيئة تسمى (اللجنة الدستورية) ، وانتهج ذات النهج دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي (دستور 1958) الذي أنشأ هيئة تسمى (المجلس الدستوري) ، أشار إليه الدكتور رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 83 ، والدكتور رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 63 .
- (3) د . جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 161 .
- (4) د . محمود عاطف ألبن ، مصدر سابق ، ص 84 .

ثانيا : يثير تنظيم هذه العملية صعوبة أخرى ، تتعلق بطريقة تكوين الهيئة المختصة بالإثبات ، فإذا كانت تلك الهيئة تتكون من أعضاء يجري اختيارهم عن طريق التعيين بوساطة الحكومة أو البرلمان ، فإن ذلك سيؤدي إلى انعدام استقلالها في مواجهة الحكومة أو البرلمان ، أما إذا كانت طريقة تكوين الهيئة بالانتخابات بواسطة الشعب ، فإن هذه الهيئة ستسودها الأهواء الحزبية وروح المحاباة شأن الهيئات السياسية ، وأخيرا فإنه في حالة تكوين تلك الهيئة عن طريق الاختيار الذاتي – أي اختيار الهيئة ذاتها لأعضائها ، فإنها ستنتقل إلى هيئة أرسقراطية لا تتفق مع مبادئ الديمقراطية الحديثة⁽¹⁾ كما أن هذا الوضع سيؤدي أما إلى شل البرلمان ، أو خلق هيئة تشاركه في اختصاصه⁽²⁾ .

ثالثا : عملية إثبات انحراف البرلمان ، لها طبيعة قانونية لا تنكر ، فهي بطبيعتها عمل فني قانوني يتطلب مؤهلات فنية وكفاءة قانونية خاصة عند القائمين به ، لتحديد مدى تطابق التشريعات الصادرة من البرلمان ، مع نصوص الدستور وأحكامه ، وما إذا كانت قد انحرفت عنه سواء بطريقة صريحة أم ضمنية ، كل ذلك يفترض حتما أن القائمين بهذه المهمة ، لديهم التكوين القانوني اللازم للقيام بهذه المهمة ، ويكون من غير المعقول ، أن توضع هذه المهمة في أيدي هيئة سياسية ، قد لا تتوفر لدى أفرادها القدرة على فهم المشاكل القانونية⁽³⁾ .

رابعا : إثبات الانحراف عن طريق جهات متعددة غير متخصصة ، يقتصر أمر تحريكها على السلطات العامة ، فلا يسمح للأفراد بمباشرتها ، في حين إنهم قد يكونون من أكثر الجهات تضررا من القوانين الدستورية ، كما إن قصر حق إثارة مسألة انحراف تشريعات البرلمان على السلطات العامة وحدها قد لا يؤدي إلى الكشف عن كافة القوانين غير الدستورية ، إذ يخشى ألا تثار قضية انحراف البرلمان ، إلا إذا كان لأحدى السلطات العامة مصلحة في ذلك ، بينما تسكت عن الانحراف إذا كان الأمر لا يمسها⁽⁴⁾ .

وبسبب العيوب والانتقادات التي وجهت إلى الرقابة السياسية ، مما أدى إلى انتفاء الثقة في قدرة الهيئة السياسية على أداء مهمتها في البحث عن انحرافات البرلمان على أكمل وجه ، فإن غالبية

دول العالم التي تعرف الرقابة على دستورية القوانين تأخذ بأسلوب الرقابة القضائية ، وفي حقيقة الأمر نحن نميل إلى تفضيل إناطة اختصاص إثبات انحراف البرلمان في ممارسة الوظيفة

(1) د . نبيلة عبد الحليم كامل ، مصدر سابق ، ص 40 ، 41 .

(2) د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 50 .

(3) عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 73 .

(4) د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 51

التشريعية ، إلى جهة قضائية متخصصة ، حيث يتمتع قضاتها بالكفاءة والقدرة القانونية اللازمة للوقوف على أهم مواطن الضعف والانحراف في التشريعات الصادرة عن البرلمان ، وحيث تكون هذه الجهة مستقلة عن البرلمان ، وتصدر قراراتها موحدة في شأن القوانين المعيبة بالانحراف ، وذلك بإعلان عدم دستوريته وانحرافها عن نصوص الدستور وأحكامه .

أما عن موقف التشريعات الدستورية للدول محل الدراسة من طريقة إثبات انحراف البرلمان ، فإنها أناطت الاختصاص إلى جهة متخصصة مع الاختلاف في الأسلوب والتنظيم وستعرض لموقف النظام الدستوري الأمريكي ، ثم المصري ، ثم نتعرف على موقف دستور العراق 2005.

- : موقف التشريع الدستوري الأمريكي .

كانت الولايات المتحدة الأمريكية اسبق الدول إلى تشييد أناطت إلى القضاء اختصاص إثبات انحراف البرلمان فيما يشرعه من قوانين ، وهذا الاختصاص لم يكن نتيجة وجود نص في الدستور يقرره صراحة ، ولا ثمرة مقارنة نظرية هادئة بين مزايا رقابة وعيوبها ، وترجيح واع لهذه المزايا على تلك العيوب ، وإنما ظهر نتيجة تضافر عدد من الأصول النظرية والتاريخية التي لازمت المجتمع الأمريكي وصاحبت تطوره⁽¹⁾ .

نظم الدستور الأمريكي لعام 1787 ، السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية ، في المادة الثالثة ، حيث أنشا في فقرتها الأولى ، المحكمة العليا الأمريكية ، والتي جرى نصها على إن " السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية تباشرها المحكمة العليا والمحاكم الأدنى درجة التي يقرر الكونغرس إنشاءها" وهي المحكمة الوحيدة التي جاء تكوينها بنص الدستور الأمريكي ، في حين يتولى الكونغرس تشكيل المحاكم الفدرالية الأخرى⁽²⁾ .

ولم يورد الدستور الأمريكي أي نص صريح بخصوص رقابة انحراف البرلمان ، وقد اتجه بعض الفقهاء الأمريكيين إلى القول بان ذلك الدستور لم يكن واضحا فيه أنه قد أخذ في اعتباره موضوع

(1) د . احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 39 .

- د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 62 .

(2) supreme court of the united states, from wikipedia, www.wikipedia.com.

- the constitution for the united states ,op.cit.p66.

الرقابة على دستورية القوانين⁽¹⁾ ، في حين ذهب فريق آخر إلى عكس ذلك وهو ما سنتعرض إليه

.

- موقف الفقه الدستوري: يكاد الفقهاء يجمعون على أن الدستور الأمريكي لم ينظم الرقابة على

دستورية القوانين ، ولم يتحدث صراحة عن مثل تلك الرقابة صراحة في نص من نصوصه ولكن في المقابل ومن ناحية أخرى فإنه لا يوجد في نصوص الدستور الأمريكي ما يفهم منه صراحة أو ضمناً ، الحيلولة بين القضاء ومثل هذه الرقابة⁽²⁾ .

وإزاء هذا الصمت ، فقد اختلف الفقه في تفسير هذا النص ، فذهب فريق إلى أن الدستور لا يتضمن نصاً يجعل للمحاكم الاتحادية حق اختصاص الرقابة على دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان (الكونغرس) ، والأعمال التحضيرية لا تشير إلى هذا الحق بالاختصاص وإنما قد تنفيه⁽³⁾

.

وذهب فريق ثانٍ إلى أن اختصاص الرقابة الدستورية ، حق ثابت للمحاكم الاتحادية ، بناء على النصوص الدستورية والأعمال التحضيرية تساعد على هذا الفهم التقريري ، ذلك إن المادة الثالثة (الفقرة أولاً) من الدستور توجب إنشاء محكمة اتحادية عليا ، لتكون مختصة بالفصل في جميع الخصومات التي تنشأ في ظل هذا الدستور ، كما إن المادة السادسة من الدستور (الفقرة ثانياً) تحدد بشكل قاطع أن الدستور هو القانون الأعلى في الدولة ، إضافة إلى الأعمال التحضيرية تؤكد – ولا تنفي – اقتناع واضعي الدستور برقابة الدستورية ، حيث ذكرها (ملتون) الذي لعب دوراً بارزاً في وضع الدستور " انه يجب على القضاة احترام الدستور بوصفه القانون الأسمى وعليهم تغليبه إن وجد بينه وبين القانون تعارض لا سبيل إلا إلى إزالته " ⁽⁴⁾ .

(1) J .H . Ferguson and D.E.Mchenry, the American system of government 11 th ed N.y.

1947 . p 434.

أشار إليه محمد فرج ، مصدر سابق ، ص 98

(2) د . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مصدر سابق ، ص 62 .

- supreme court of the united states,op.cit.p 10

(3) د . إبراهيم محمد درويش ، مصدر سابق ، ص 176 .

- مورييس دوفرجه ، مصدر سابق ، ص 306 .

(4) د . إبراهيم محمد درويش ، المصدر نفسه ، ص 177 .

- Michael G .Roskin & Robert L . Cord , Political Science , 5 E, USA, 1994, p 334

موقف الفقه والقضاء الأمريكي : اطرء الرأي فقها وقضاءا في الولايات المتحدة الأمريكية ، على

حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين⁽¹⁾ ، إلا أنهم لا يرجعون تأسيس وإسناد رقابة دستورية القوانين إلى نص الدستور الأمريكي⁽²⁾ ، بل إلى المبادئ العامة للقانون ، وعلى سبيل المثال ، الفقيه الدستوري (Hamilton) يقول بأنها لا تخرج عن طبيعة وظيفة واختصاص القاضي والمحاكم ، فعندما يكون القاضي إزاء تنازع بين قانونين لهما قيمة غير متساوية ، تنازع بين القانون الأساسي الأعلى وهو الدستور ، وبين القانون العادي الذي يجب أن يتوارى وينسحب أمام القانون الأعلى ، فكل عمل تشريعي مخالف للدستور لا يمكن أن يكون صحيحا ، وإنكار ذلك يعني ، بأن ممثلي الشعب أعلى من الشعب نفسه⁽³⁾ . حيث يرى فريق منهم إن صلاحية المراجعة القضائية ، لا تنبع من الدستور الأمريكي المدون ، الذي لا يتضمن أية إشارة صريحة إلى هذه الصلاحية ، بل من مجموعة قرارات أصدرتها المحاكم في قضايا نظرت فيها بدءا من أواخر القرن الثامن عشر ، والتفسير الفلسفي أو الأخلاقي لسلطة المحكمة هذه هو الصلة بين المراجعة القضائية والقانون الأعلى ، حيث كان الأميركيون في ذلك الوقت يتبنون الفكرة القائلة انه إذا خالف القانون الوضعي أو قانون البشر ، قانون الطبيعة لا يعود قانونا بل انحراف عن القانون⁽⁴⁾ كما إن قضاة المحكمة العليا الأمريكية ، يرجعون سلطة المحكمة في رقابة دستورية القوانين - judicial review - إلى سلطتها في التفسير ، حيث إن سلطتها في تفسير القوانين ، تعني ضمنا سلطتها في مراجعة هذه القوانين⁽⁵⁾ .

في حين إن جانبا آخر من الفقه الأمريكي ، يرجع سلطة المحكمة في مراجعة القوانين ، إلى الدستور ذاته ، وبالتحديد إلى نص المادة السادسة ، الفقرة ثانيا ، فعلى الرغم من إن المادة تجعل من القوانين العادية التي يشرعها الكونغرس (إضافة إلى المعاهدات) تجعلها تشكل مع الدستور القانون الأعلى للدولة ، إلا إنها تورد عبارة الموافقة أو المتفقة مع الدستور ، كشرط

(1) د . فاروق عبد البر ، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات ، ج 1 ، 1988 ، ص 443 .

(2) constitution for the united states ,contents of the constitution www.law.jrank.org

(3) د . محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 98 .

(4) غريغ راسيل ، الدستورية : أميركا وما يتعداها ، منشورات وزارة الخارجية الأمريكية ، مكتب برامج الإعلام الخارجي ، بلا سنة نشر ، ص 2 .

(5) غوردون موريس باكين ، سن القوانين في مجتمع ديمقراطي ، منشورات وزارة الخارجية الأمريكية ، مكتب برامج الإعلام الخارجي ، بلا سنة نشر ، ص 3 .

لاعتبارها كذلك ، وهذا يعني انه في حال كونها متعارضة أو متناقضة مع الدستور ، فإنها تعتبر غير دستورية ، وليس لها أية قوة تنفيذ ، وتقرير دستوريته من عدمها حتما سيكون من مهام القضاء⁽¹⁾ .

وفقا لهذه الأسس لعبت المحكمة العليا بقيادة (جون مارشال) دورا كبيرا في تشييد صرح الرقابة القضائية على دستورية القوانين في أمريكا من خلال قضية هيأتها لها مجريات الصراع بين الاتحاديين الذين يهدفون إلى تقوية الحكومة المركزية وتوسيع اختصاصاتها ، وبين الجمهوريين الداعين إلى حماية حقوق الولايات وتدعيم سلطاتها ، وذلك في القضية الشهيرة المعروفة بقضية ماربوري ضد ماديسون " Marbury V. Madison " ⁽²⁾ ، والتي تعد علامة بارزة في تاريخ الرقابة على دستورية القوانين في أمريكا .

حيث أطلقت المحكمة العليا برئاسة القاضي مارشال في عام 1803 ، حكمها الشهير بالامتناع عن تطبيق قانون اتحادي صادر عن الكونغرس⁽³⁾ ، بحجة تعارضه مع الدستور ، حيث أكد هذا الحكم ، حق المحاكم في بحث دستورية القوانين ، على أساس كون الدستور هو القانون الأساسي للبلاد ، ولابد للبرلمان من أن يتقيد فيما يسنه من تشريعات بحدود هذا الدستور ، و إلا كانت

(1)Barfoot, the constitution for the united states , op.cit p 88.

(2) ينظر في وقائع هذه القضية :

-Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther , Constitutional law , 15 E . NEW YORK , 2004 , p 11 – 15 .

- Michael G .Roskin & Robert L . Cord , Political Science , op , cit , p 334 .

- Supreme Court of the United States , from Wikipedia , the free encyclopedia , www.wikipedia.com

- د . احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 22 وما بعدها .

- د . هشام محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص 91 .

- د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 76 وما بعدها .

- د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 97 وما بعدها .

(3) وهو قانون النظام القضائي لعام 1789 ، والمعدل عام 1801 ، حيث كان يوسع من اختصاصات المحكمة العليا في إصدار بعض الأوامر القضائية ، فيجعلها اختصاصها ابتدائي واستئنافي ، وذلك خلافا للمادة الثالثة من الدستور الأمريكي ، التي تجعل من اختصاصها استئنافي . أشار إليه :

-Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther , Constitutional law , op ,cit , p 12.

- Michael G .Roskin & Robert L . Cord , Political Science , op , cit , p 334 .

تشريعاته باطلة ، والقول بغير ذلك يجعل من الدساتير المكتوبة فكرة عابثة ، كما إن هذه الرقابة من طبيعة عمل القاضي الذي يتمثل في حل المشكلات القانونية الناجمة عن تعارض القوانين المتعلقة بالنزاع وتحديد أيها واجب التطبيق ، فإذا تعارض قانون عادي مع نص دستوري ، وجب ترجيح النص الدستوري ، باعتبار الدستور هو القانون الأساسي الذي تنضبط في نطاقه حدود ممارسة السلطات العامة لاختصاصاتها⁽¹⁾ . وقد استمرت المحكمة على هذا النهج واضعة أسس الرقابة على دستورية القوانين . وكانت تمارسها بثلاثة أساليب: الدفع الفرعي بعدم الدستورية ، الأمر القضائي ، الحكم التقريري . وفقا لما تقدم يتضح لنا ، إن إثبات انحراف البرلمان ، في النظام الأمريكي ، هو من اختصاص جهة متخصصة إلا وهي المحكمة العليا الأمريكية.

- موقف التشريع الدستوري المصري .

أسس الدستور المصري لسنة 1971 ، المحكمة الدستورية العليا كهيئة مستقلة بذاتها ، وأعطاه الحق وحدها في رقابة دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية ، حيث جاء الفصل الخامس من الدستور حاملا عنوان المحكمة الدستورية العليا وقد تناولها في مواده من (174 – 178) ، حيث نصت المادة 174 على أن " المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية ، مقرها مدينة القاهرة " ⁽²⁾ ونصت المادة 175 على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح

(1) د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 80 ، 81 .

- د . عبد الحميد الشواربي ، د . عز الدين الدناصري ، مصدر سابق ، ص 21 .

- د . فتحي فكري ، القانون الدستوري ، الكتاب الأول ، مصدر سابق ، ص 207 .

(2) ينظر في المحكمة الدستورية العليا المصرية :

- د . رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 549 ، ورقابة دستورية

القوانين في مصر ، مصدر سابق ، ص 311 .

- د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، سيادة الدستور وضمان تطبيقه ، مصدر سابق ، ص 230 .

- د . هشام محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص 185 .

- د . صلاح الدين فوزي ، المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 529 .

- د . محمود عاطف ألبن ، مصدر سابق ، ص 101 .

- د . جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 197 .

- عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 83 .

- الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية www.hccourt.gov.eg

وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون ، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها " في حين أحالت المواد

الأخرى للقانون كيفية تشكيل المحكمة والشروط اللازم توافرها في الأعضاء وحقوقهم ومسؤولياتهم ، ومساءلتهم ، والطريقة التي تصدر بها المحكمة أحكامها . وفي 29 آب ، سنة 1979 ، صدر القانون رقم 34 ، بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا وهو القانون النافذ حاليا ، وحدد هذا القانون اختصاص المحكمة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، كأهم اختصاصات هذه المحكمة ، إضافة إلى اختصاصاتها الأخرى⁽¹⁾ .

يتضح لنا من ذلك إن المشرع الدستوري المصري ، في دستور مصر لعام 1971 قد اخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ، وهو بذلك يوكل اختصاص إثبات انحراف البرلمان لجهة قضائية متخصصة ، وهي المحكمة الدستورية العليا ، حيث يشمل اختصاصها الرقابة على جميع القوانين التي يشرعها مجلس الشعب المصري ، سواء منها القوانين العادية ، أم القوانين المكملة للدستور⁽²⁾ ، أم القوانين التي تمت الموافقة عليها بالاستفتاء الشعبي⁽³⁾ .

عالج المشرع المصري كيفية تحريك الدعوى الدستورية في القانون رقم 48 لسنة 1979 ، بشأن

(1) والاختصاصات الأخرى للمحكمة تتمثل :

- الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ، ولم تتخل أحدهما عن نظرها ، أو تخلت كلتاهما عنها .
- الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها.
- تتولى المحكمة الدستورية العليا أيضا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية ، والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها.

(2) وهي التي بينتها المادة 2/195 من الدستور ، والتي أدخلت بموجب التعديلات الدستورية التي أجريت في 30 ابريل 1980 .

(3) وكنا قد بينا موقف الفقه والقضاء من القوانين المكملة للدستور من حيث خضوعها لرقابة القضاء الدستوري أما القوانين التي تمت الموافقة عليها بالاستفتاء الشعبي ، فان د . سليمان الطماوي (السلطات الثلاث ، مصدر سابق ، ص 65) إن القانون الذي يقره الشعب عن طريق الاستفتاء لا يخضع للرقابة ، حيث يعتبر معدلا للدستور متى ما جاء مخالفا له ، في حين يرى د . رمزي الشاعر (النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 570-572) ، إن الاستفتاء التشريعي لا يضيف حصانة على القوانين التي تم الاستفتاء عليها ويسري هذا =

المحكمة الدستورية العليا ، حيث نظمها المواد 29 و 27 من القانون ، وهي ثلاثة طرق : الإحالة من قاضي النزاع⁽¹⁾ ، والدفع الفرعي ، والتصدي .

- موقف التشريع الدستوري العراقي.

نظم دستور العراق الحالي لعام 2005⁽²⁾ ، تشكيل واختصاصات المحكمة الاتحادية العليا ، في المواد 92 ، 93 ، 94 ، حيث قرر إن هذه المحكمة ، هي هيئة قضائية مستقلة ماليا وإداريا ، وأورد في مقدمة اختصاصاتها ، اختصاص الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة .

= القول على الاستفتاء تطبيقا للمادة 74 أو تطبيقا للمادة 152 . حيث نص الدستور المصري في المادة (74) على أن " لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ، ويوجه بيانا إلى الشعب ، ويجري الاستفتاء على ما اتخذ من إجراءات خلال ستين يوم من اتخاذها " كما نص في المادة 152 على إن " لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا " إلى إن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم تتردد في إخضاع هذه القوانين لرقابتها ، كما حدث بالنسبة للاستفتاء الشعبي على قانون رقم 32 لسنة 1978 ، الخاص بحماية الجبهة الداخلية والسلام الداخلي ، والذي فرض نوعا من العزل السياسي على مجموعة من السياسيين ، فقد أخضعت المحكمة الدستورية العليا ، لرقابتها الدستورية ، وقررت عدم دستوريته . ينظر في تفاصيل ذلك : الدكتور نبيلة عبد الحليم ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 155 .

-ولمزيد من التفاصيل حول هذه القوانين ينظر :

د . يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري ، وبعض تطبيقاتها المعاصرة ، ط4 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .

(1) يرى الدكتور فتحي فكري إن الأصح أن يقال الإحالة من قاضي النزاع بدلا من الإحالة من محكمة الموضوع ، فمن ناحية ، فإن لفظ " محكمة " لا يبرز بالقدر الكافي إن المسألة الدستورية كما تثور أمام المحاكم تطرح أيضا لدى الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، ومن ناحية ثانية ، فإن تطور السياسة القضائية والانتهاج إلى قبول الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة النقض ، وهي بالأساس محكمة قانون ، يصم اصطلاح قاضي الموضوع بالقصور وعدم الشمول . ذكر ذلك في كتابه القانون الدستوري ، الكتاب الثاني ، ص 271

(2) أنط القانوني الأساسي العراقي الصادر عام 1925 ، مهمة رقابة الانحراف بالمحكمة العليا حيث تنص المادة (81) المعدلة من الدستور على تشكيل " محكمة عليا وللبيت بالأمر المتعلقة بتفسير هذا القانون وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه " إلا إنها لم تمارس اختصاصها مطلقاً بالنسبة للرقابة على دستورية المراسيم ومارسه لمرة واحدة فقط بالنسبة للقوانين العادية وكان ذلك عام 1939 بخصوص قانون منع الدعايات المضرة الذي صدر برقم 20 لسنة 1938 حيث حكمت المحكمة بعدم دستوريته ، ينظر في ذلك: (حكم المحكمة العليا الصادر في 11 أيلول 1939 ضمن أحكام المحكمة العليا المنشورة في القانون الأساسي مع تعديلاته ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1953 ، ص 105 – 106) . =

وبذلك يكون الدستور العراقي ، قد اخذ بنظام الرقابة القضائية المركزية اللاحقة ، حيث حصر أمر الرقابة على جميع القوانين والأنظمة النافذة ، بالمحكمة الاتحادية العليا ، وجعل قراراتها باتة وملزمة للسلطات كافة⁽¹⁾ .

= ولم يتضمن الدستور العراقي المؤقت لعام 1958 ولا الدستور المؤقت لعام 1963 وعام 1964 ، أية نصوص تتعلق بموضوع الرقابة على دستورية القوانين .

أما دستور 21 أيلول 1968 المؤقت نصت المادة (87) منه على أن " تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام هذا الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير..." والمحكمة الدستورية العليا هذه على الرغم من صدور قانونها وتحديد اختصاصاتها، إلا إنها لم تمارس هذه الاختصاصات مطلقاً (ينظر في ذلك د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشرعية الإسلامية ، الجزء الأول ، مطبعة الآداب ، النجف ، 1972 ، ص 349) و ذلك لفقر مدة وجودها ، إذ صدر قانون المحكمة بتاريخ 2 / كانون الأول / 1968 ، وتم إلغاء هذا القانون ضمناً بإلغاء السند الدستوري الذي يستند إليه م (87) من دستور 1968 المؤقت ، وذلك بصدر دستور 16/تموز/1970 المؤقت ، ولم ينص الدستور الجديد عليها مرة أخرى (ينظر في ذلك: د. رعد ناجي الجدة ، التطورات الدستورية في العراق ، بيت الحكمة ، بغداد ، 2004 ، ص 128)

أما الدستور المؤقت لعام 1970 ، فقد جاء خالياً من الإشارة للرقابة وكذلك فعل مشروع دستور جمهورية العراق لعام 1990 .

أما قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام 2004 فقد نصت المادة الرابعة والأربعون ، فقرة -أ- على أن " يجري تشكيل محكمة في العراق بقانون وتسمى المحكمة الاتحادية العليا " والفقرة - ب - 2/ من قانون إدارة الدولة على اختصاص المحكمة بالبت في دستورية القوانين إذ نصت على انه " الاختصاص الحصري والأصيل، ... بان قانوناً أو نظاماً أو تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية أو الحكومات الإقليمية أو ... لا تتفق مع هذا القانون " . وقد صدر هذا القانون ونشر بجريدة الوقائع العراقية ، العدد 3996 ، في 17 / 3 / 2005 ، وتم نشر النظام الداخلي بالعدد 3997 في 2/5/2005 . وقد نصت المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 على انه: " تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية :- ... ثانياً: الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها .. " ولم تتخذ المحكمة الاتحادية العليا موقفاً بصدد هذا الموضوع حيث إنها لم تصدر أي حكم يتعلق بالرقابة الدستورية طيلة مدة تشكيلها .

(1) المادة (94) : " قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة " كان الاوفق لو إن المشرع الدستوري اكتفى بعبارة باتة وملزمة أو إضافة عبارة باتة وملزمة للسلطات والكافة (أو والأفراد كافة) حيث إن قرارات المحكمة الاتحادية العليا لا بد أن تكون ملزمة لجميع السلطات والأفراد أيضاً ، فالأفراد معنيون بالزامية أحكام المحكمة ، وليس سلطات الدولة فقط .

وانه تأثر بإيجابيات مركزية الرقابة على دستورية القوانين ، كونها تؤدي إلى وحدة الحلول القضائية في الدولة ، حيث تنص المادة (93) من دستور جمهورية العراق النافذ⁽¹⁾ لسنة 2005 على انه : " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي : أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة" وهذا النص واضح وصريح بصدد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية جميع القوانين والأنظمة سارية المفعول.

أي أن رقابة المحكمة تشمل جميع القوانين العادية (التشريعات الأصلية) التي يصدرها البرلمان بصفته الجهة المناط بها دستورياً القيام بهذه المهمة في جميع الأوقات والظروف و سواء كانت هذه التشريعات صادرة عن البرلمان الاتحادي أم السلطة التشريعية للأقاليم.

كما تمتد رقابة المحكمة لدستورية الأنظمة أي امتدادها إلى تلك الطائفة من التشريعات الفرعية التي تتولى إصدارها السلطة التنفيذية ، سواء بحكم اختصاصها التنفيذي ، أم عملاً باختصاص تشريعي استثنائي مستمد من الدستور أم واقعي فرضته ظروف معينة .

و المادة (93) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة 2005 ، قد جاءت موفقة لسببين:

الأول : أنها ساوت بين القوانين والأنظمة في مجال الرقابة على الدستورية ، أي مخالفة كل منهما لنص دستوري قائم أو الخروج على روحه ومقتضاه. ولعل حكمة التسوية بين القانون والنظام في هذا المجال ، تتمثل في أن الرقابة الدستورية تستهدف حماية الدستور وصونه من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأسمى في البلاد، وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا امتدت رقابة المحكمة الاتحادية العليا على جميع التشريعات الأصلية منها أو الفرعية (الأنظمة) . ذلك إن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً، بل إن هذه المظنة أقوى في الأنظمة منها في القوانين التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للأنظمة. كما إن امتداد الرقابة الدستورية على الأنظمة أمر تقتضيه مركزية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التي تبناها المشرع الدستوري في دستور العراق النافذ لسنة 2005، والتي يتنافى معها ترك الخوض في دستورية الأنظمة لولاية الجهات القضائية الأخرى مع ما يستتبع ذلك من احتمال تعارض الآراء وتضارب الأحكام في مسألة واحدة مما يؤثر في الأوضاع والمراكز القانونية ويصيبها بالاضطراب وعدم الاستقرار⁽²⁾ .

(1) الذي نشر بجريدة الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ، العدد 4012 ، السنة السابعة والأربعون ، 28 كانون الأول 2005 .

(2) مها بهجت يونس ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2006 ، ص 39 .

والثاني : إنها جعلت اختصاص المحكمة الاتحادية العليا لا يمتد إلى الرقابة على دستورية التعليمات (القرارات الإدارية الفردية) . إذ إن إخضاع المحكمة الاتحادية العليا الأنظمة (القرارات الإدارية التنظيمية) للرقابة الدستورية سنده المعيار الموضوعي الذي يعد هذه الأنظمة في مفهومه بمثابة قوانين ، فالأنظمة شأنها شأن القوانين تنطوي على مجموعة من القواعد العامة المجردة ، ومن ثم كان منطقياً أن تشملها معاً الرقابة القضائية على الدستورية⁽¹⁾ .

و المادة (93) الفقرة (3) من الدستور لم تقصر الحق في رفع دعوى الدستورية على جهات الدولة فقط بل منحتها للأفراد أيضاً ، حيث أحالت على القانون ، تنظيم حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم في الطعن المباشر لدى المحكمة وذلك عندما نصت هذه الفقرة على أن "

....ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة".

وهذا الاتجاه الذي تبناه الدستور العراقي ، اتجاه موفق ، لأنه إن منح حق رفع الدعوى لإحدى السلطات العامة في الدولة ، متمثلة بالسلطة التنفيذية وتحديدًا (مجلس الوزراء) ، ومن شأن ذلك أن يحقق التوازن بين السلطات العامة ، حيث يمنح مجلس الوزراء حق الطعن في أي قانون يصدر عن مجلس النواب ، كما إن منح حق رفع الدعوى للأفراد أصحاب الشأن ، يحسب ميزة للدستور ، إذ إن القانون العادي حيث يصدر ، يمس في اغلب الأحيان حقوق الأفراد ، لذلك فإن منحهم حق الطعن من شأنه أن يحفظ ويصون الدستور ، ويشعر الأفراد بأهمية دورهم في حماية الدستور وضمان تطبيقه بشكل سليم⁽²⁾ .

وذلك يعني انه بمجرد صدور القانون من البرلمان (مجلس النواب) ، وتضمنه لشبهة انحرافه عن الدستور ، يخول صاحب الشأن في اللجوء إلى القضاء وإقامة دعوى يخاصم بها القانون ، فلا يشترط لإقامة الدعوى وجود نزاع مثار أمام القضاء ، أيًا كان نوع النزاع ، جنائي ، مدني ، تجاري ، إداري ، أو غير ذلك ، وإنما يمكن إقامة دعوى مباشرة ومستقلة عن أي نزاع آخر ، تتضمن مخاصمة القانون المشكوك في دستوريته⁽³⁾ .

(1) مها بهجت يونس ، المصدر السابق ، ص 39 .

(2) د . رافع خضر شبر ، ضمانات تطبيق وحماية القواعد الدستورية ، بحث منشور ، جريدة الفيحاء ، بابل العدد (84) ، الثلاثاء 25 / 10 / 2005 ، ص 3 .

(3) د . رافع خضر شبر ، ضمانات تطبيق وحماية القواعد الدستورية ، مصدر سابق ، ص 3 .

المطلب الثاني

قواعد وضوابط إثبات الانحراف التشريعي

تعرفنا في المطلب السابق على اختلاف الأنظمة الدستورية ، في إناطة الاختصاص بإثبات الانحراف إلى جهة متخصصة ، أو إلى جهات متعددة أخرى ، ولكن هذه الأنظمة جميعها تتفق على ضرورة توفر صفة الحياد في الهيئة أو الجهة التي تقوم بالوقوف على انحرافات البرلمان وتولي مهمة إثباتها.

وصفة الحياد تتوفر عادة في الجهة القضائية المتخصصة ، فالقاضي هو حكم محايد ونزيه وموضوعي- أو المفروض أن يكون كذلك- ليست له مصلحة مع احد طرفي النزاع ، كما ان رقابة الانحراف هي عملية ذات طبيعة قانونية ، وإذا تم النظر إليها من حيث الأسس النظرية والمنطقية التي تستند إليها ، فهي داخلية في صميم عمل القضاء⁽¹⁾ .

ولكي يؤدي القضاء هذه العملية الذهنية على أتم وجه ، فلا بد له أن يستهدي ببعض القواعد لأجل إنجاز عملية إثبات الانحراف ، كما إن هذه العملية تؤدي إلى جعل القضاء عرضة للاحتكاك بالسلطة التشريعية ، لكونها هي السلطة المختصة بسن التشريعات ، ومن هنا كان أيضا حرص القضاء الدستوري ، على وضع ضوابط وقيود ذاتية بغرض وضع عملية الإثبات في نطاقها الصحيح وتفادي هذا الاحتكاك المحتمل⁽²⁾ .

وسنعرض في هذا المطلب لأهم هذه القواعد والضوابط وذلك في فرعين اثنين كما يأتي :

الفرع الأول : قواعد إثبات الانحراف التشريعي .

الفرع الثاني : ضوابط إثبات الانحراف التشريعي .

(1) د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 70 .

(2) د . محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص 237 .

الفرع الأول

قواعد إثبات الانحراف التشريعي

وتتمثل هذه القواعد ، بقاعدة التناسب وهي أهم قاعدة يسترشد بها القاضي الدستوري في إثبات الانحراف ، وقاعدة التوازن بين المنافع والأضرار ، وقاعدة شرط الإجراءات القانونية السليمة ، وسنتعرض لها تباعا.

- أولا : قاعدة التناسب⁽¹⁾

يتمثل المعنى الاصطلاحي للتناسب في الصلة بين سبب الشيء ومحلّه ، ففي القرار الإداري يعني التناسب الصلة بين سبب القرار ومحلّه أو موضوعه ، وفي مجال التشريع نعني بالتناسب العلاقة بين سبب التشريع ومحلّه. أي التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت البرلمان يفكر في إصدار تشريع معين لتنظيم وحكم هذه الحالة، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته

، أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصداره مثل هذا التشريع. ويتعين أن يتحقق هذا التوافق والتقارب أي التناسب. وعلى سبيل المثال إذا أصدر البرلمان تشريعاً معيناً لتنظيم مسألة معينة ، فعليه أن يراعي تحقق التناسب في هذا التشريع، أي التوفيق بين سبب التشريع ومحلّه ، وفي مجال الدستورية، تعني قاعدة التناسب، التوافق بين أي نص- سواء صدر في شكل قرار فردي أم تنظيمي ، أم في شكل تشريع- كأداة قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد سواء المنصوص عليها صراحة في الدستور أو المتضمنة في المقومات والمبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي أتى بها الدستور⁽²⁾.

والتناسب يتعلق في جوهره بالتقدير، تقدير صانع القرار أو النص للعلاقة أو الصلة بين سبب القرار أو النص ومحلّه أو موضوعه، أي الأثر القانوني الذي يراد إحداثه من وراء إصداره ، والرقابة على انحرافات البرلمان ، تنصب في حقيقتها على تقدير البرلمان لمثل هذه الصلة ومدى تحقق التوافق بين النص الصادر والمعاني التي يقصدها الدستور ، وبقدر التقارب أو التباعد بين محل النص – أي الأثر القانوني له- وبين مقاصد المشرع الدستوري ، تكون نتيجة إثبات انحراف البرلمان⁽³⁾ . والنتيجة هي إما إقرار التوافق وبالتالي تنقي صفة الانحراف ، وأما انعدام

(1) التناسب هو مبدأ من المبادئ القانونية العامة التي ظهرت في البناء القانوني الإداري في فرنسا ومصر يطلق عليه أحياناً (الغلو) في مصر ، ومجال تطبيقه الرئيسي هو قرارات التأديب. أشار إليه الدكتور : سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 606 . والدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 552-555 .

(2) د . جورج شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 16-18 .

(3) د . جورج شفيق ساري ، المصدر نفسه ، ص 18 .

هذا التوافق ، وهذا يعني التثبت من انحراف التشريع . فعلى سبيل المثال ، إن تقييد الحريات من قبل البرلمان في التشريعات المنظمة لها ، يجب أن يدور في حدود مقاصد الدستور وغاياته. فالتشريع الذي يقوم بفرض قيود تعسفية على الحريات وغير متمشية مع نصوص ومقاصد الدستور تكون غاياته خارجة تماماً عن حدود المقاصد التي توخاها الدستور. وبناء على ذلك يتوجب على البرلمان أن يراعي في تشريعاته ذات الغايات والمقاصد التي ينشدها الدستور مع الأخذ بنظر الاعتبار الطابع التنظيمي للتشريع ودوره في الحفاظ على النظام العام والأمن العام وغيرهما من مسوغات التقييد⁽¹⁾. لأن القيود المباحة قانوناً ينبغي ألا تتجاوز ما هو ضروري للوصول إلى الهدف المنشود، كما أن عليها أن تتناسب مع هذا الهدف وفقاً لمبدأ التناسب الذي تنص عليه الدساتير وتحترمه المحاكم⁽²⁾. فإذا تثبت القاضي الدستوري من وجود هذا التناسب ، تنتفي شبه الانحراف ، وبالعكس ، متى ما تثبت القاضي من عدم التوافق والتناسب ، فقد تثبت من انحراف التشريع .

فقاعدة التناسب تعني أن القاضي الدستوري يربط بين سبب التشريع ومحلّه ولتوضيح ذلك نقول ، إن البرلمان عندما يشرع قانوناً يبدأ بسببه ، ثم ينتقل إلى المحل ، ليصل في نهاية الأمر إلى الغاية فهناك حالة واقعية أو قانونية تجسد السبب وهي التي تحمل البرلمان على التدخل بتشريع بقصد إحداث أثر قانوني هو محل التشريع ابتغاء وجه الصالح العام الذي هو غاية القانون⁽³⁾ .

ولا تذكر أحكام القضاء الدستوري صراحة ، رقابة قاعدة التناسب ، أو إن مثل هذا النص أو ذلك متناسباً أو غير متناسب مع الحق الذي يمسّه أو مع الحرية التي يقيدها ، وإنما يبسط القضاء الدستوري رقابته على مدى تناسب النصوص ، دون الإفصاح صراحة عن ذلك ، وإنما باستعمال ألفاظ ومصطلحات وكلمات تؤدي ذات المعنى ، ومن أمثلة ذلك أحكام المحكمة العليا الأمريكية ، والتي نذكر منها على وجه الخصوص حكمها بعدم دستورية قانون إصلاح نظام تمويل الحملات الانتخابية Bi-Partisan Campaign Reform Act والذي فرض على المرشحين عدم تجاوز حجم إنفاقهم على حملاتهم الانتخابية (350000) ثلاثمائة وخمسون ألف دولار ، وهو القانون المعروف بتعديل المليونير The Millionaire's Amendment ، حيث رفضت المحكمة الحجة القائلة بأن وضع سقف إنفاق موحد لجميع المرشحين وهم من مستويات ثراء مختلفة ، يحقق المساواة بينهم ، ويهدف إلى تحقيق مصلحة ضرورية وملحة للحكومة ، حيث لم يكن هناك توافق وترابط بين سبب القانون ومحلّه ، كما إن الهدف منه يتعارض مع أهداف التعديل الأول للدستور الأمريكي الذي

ينص على انه لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من

(1) د . وجدي ثابت غبريال ، مصدر سابق ، ص 236 .

(2) حارث أديب ، مصدر سابق ، ص 104 .

(3) د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 391 .

الأديان أو يمنع حرية ممارسته ، أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة ، أو من حق الناس في الاجتماع سلمياً ، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف⁽¹⁾ . وفي مصر ، جرى القضاء الدستوري على إن " كل تنظيم تشريعي لا يعتبر مقصوداً لذاته ... بل لتحقيق أغراض بعينها .. وعليه فإن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً عن أهدافها⁽²⁾ . وأيضاً " .. وكلما كان التنظيم التشريعي مرتبطاً بهذه الأغراض (التي توخاها المشرع) – وبافتراض مشروعيتها (أي موافقتها لأهداف الدستور) كان هذا التنظيم موافقاً للدستور"⁽³⁾ ، وعلى العكس من ذلك " فإذا كان اتصال هذه النصوص (القانونية) بالأغراض التي تبتغيها- وبافتراض مشروعيتها- مفتقداً أو واهياً ، كان إبطال هذه النصوص لازماً"⁽⁴⁾ .

– ثانياً : قاعدة التوازن بين المنافع والأضرار

من القواعد التي استقر عليها القضاء في تحديد مدى انحراف القانون من عدمه ، يبرز مبدأ الموازنة أو التوازن بين المزايا والأضرار المترتبة على تطبيق القوانين. بحيث يتعين المضاهاة المباشرة بينهما ، فإذا انتهت الموازنة إلى ترجيح المزايا ، أعلن القاضي مشروعية القانون، أما إذا كانت الأضرار هي المرجحة، تعين الحكم عليه، بعدم المشروعية، والأثر الذي يترتب على ذلك، إما الامتناع عن تطبيقه، أو إلغائه كلياً أو جزئياً. ومقتضى مبدأ الموازنة- وهو من المبادئ القانونية العامة- وجوب مراعاة عدم رجحان الأضرار المترتبة على صدور القانون وتطبيقه على منفعته، وهذه الأضرار وتلك المنافع إنما تتصل بعنصر المحل وحده في القانون ، ولا علاقة له بعنصر السبب . وإن كانت ذات علاقة غير مباشرة بعنصر الهدف من القانون. وعلى ذلك لا يسوغ الخطأ بين مبدئي التناسب والتوازن وإن كان المنطق منها والأساس الذي يقوم عليه واحد

(1) حكم المحكمة الأمريكية العليا في قضية Davis v. FEC 2008 ، ينظر في تفاصيل هذا الحكم : المستشار الدكتور . حسام فرحات أبو يوسف ، من قضاء المحكمة العليا الأمريكية في العام القضائي 2008/2007 ، بحث منشور على موقع مجلة الدستورية ، العدد الرابع عشر :

<http://www.hccourt.gov.eg/elmglaacourt/hosam.htm>.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 14 / 3 / 1992 ، قضية 36 لسنة 9 ق -دستورية - أشار إليه الدكتور :سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا ط2 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 247 . .

(3) قضية رقم 55 لسنة 18 ق- دستورية- 1997/3/22 – الجريدة الرسمية-العدد14 في 1997/4/3 – ص 928 ، أشار إليه الدكتور : محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 272 .

(4) قضية رقم 37 لسنة 18 ق- دستورية- 1998/4/4 – الجريدة الرسمية-العدد16 في 1998/4/16 – ص 784 ، أشار إليه الدكتور : محمد فؤاد عبد الباسط ، المصدر نفسه ، ص 272 .

وهو تحقيق العدالة⁽¹⁾ . وهذه القاعدة توازي قاعدة الغنم والغرم ، والضرورة تقدر بقدرها ، التي يستعين بها القاضي الدستوري ، في تقييم وتقدير العمل القانوني بمنطق المزايا والعيوب ، أو الفوائد والتكاليف ، أو الخسائر والمكاسب ، أو الايجابيات والسلبيات المترتبة على القانون ، حيث يقوم القاضي بوضع الآثار الايجابية المترتبة على نص تشريعي صادر عن البرلمان ، يضع ذلك في كفة ، ويقوم بوضع الآثار السلبية المترتبة عليه في الكفة الأخرى ، ويقوم بعملية الميزان بين الكفتين ليرى ما إذا كان هناك توافق بين الكفتين ، أو اختلاف ، وإذا كان هناك اختلاف فما هي درجته ، هل هو بسيط صغير أو انه جسيم كبير بينهما ، بحيث يخل بشكل ملحوظ وواضح بالتوازن بينهما⁽²⁾.و تطبيقا لذلك ، في حال صدر قانون عن البرلمان يتعلق بمسألة نزع الملكية⁽³⁾ للمنفعة العامة فعلى القاضي أن يتحقق من الموازنة بين المزايا التي تتحقق من نزع الملكية ، وبين الأضرار التي تلحق بالملكية الخاصة ، علاوة على التكلفة المالية المترتبة على ذلك ، وكذلك وضع الأضرار أو النتائج ذات الطابع الاجتماعي التي يحتمل وقوعها⁽⁴⁾ . ونجد تطبيقا لهذه القاعدة ، في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية ، حيث تؤكد في احد أحكامها⁽⁵⁾ على إن " الحماية التي فرضها الدستور للملكية الخاصة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تقيم توازنا دقيقا بين الحقوق المتفرعة عنها ، والقيود التي يجوز فرضها عليها " .

- ثالثا : قاعدة شرط الإجراءات القانونية السليمة .

يؤدي الدستور في كل تنظيم سياسي ، وظيفتين أساسيتين ، احدهما انه يمنح للهيئات العامة التي ينشئها السلطات الضرورية اللازمة لتحقيق الأهداف الايجابية للجماعة السياسية المنظمة ، والوظيفة الأخرى ، انه يكفل حماية هذه الحقوق والحريات الفردية من كل عدوان غير مشروع عليها ، وذلك عن طريق غل يد الهيئات العامة وأحاطتها في نشاطها بعدد من القيود التي تقتضيها حماية هذه الحقوق والحريات ، ولا شك إن التوفيق بين هاتين الوظيفتين ، وتحقيق القدر المناسب بينهما من التوازن كان الوسيلة التي تمكن من خلالها القضاء الدستوري أن يقوم بدوره الكبير في توجيه الحياة الدستورية وذلك عن طريق قاعدة شرط الإجراءات القانونية السليمة.

(1) د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، ط1، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004، ص656..

(2) د . جورجى شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 115 .

(3) مبدأ التوازن بين المنافع والأضرار ، ظهر أساسا في فرنسا ، ومجاله قرارات نزع الملكية ، أشار إليه : الدكتور سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص 606 .

(4) د . إبراهيم عبد العزيز شبحا ، القضاء الإداري ، مصدر سابق ، ص 556 .

(5) حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية 116 لسنة 21 ق- دستورية- 2000/6/3 - الجريدة الرسمية - العدد 24 في 6/17 / 2000 - ص 1739 ، أشار إليه الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 301

ويقرر جانب من الفقه ، إن قاعدة شرط الإجراءات القانونية السليمة ، قد ظهرت بادىء الأمر كقيد إجرائي لنزاهة إجراءات التحقيق والمحاكمة في المسائل الجنائية والإجراءات الإدارية ، ثم تحولت بعد ذلك إلى قيد موضوعي على تشريعات البرلمان في المجالات الاقتصادية والاجتماعية وحماية الحقوق والحريات الفردية⁽¹⁾ .

وقد ورد شرط الإجراءات القانونية السليمة أو الصحيحة ، صراحة في الدستور الأمريكي لعام 1787 ، وذلك بالتعديلين الخامس والرابع عشر⁽²⁾ ، وأصبح من أهم القواعد التي استند عليها القضاء الدستوري الأمريكي لتوسيع رقابته على انحرافات البرلمان (الكونغرس) . و كان الأداة الدستورية الفعالة في حماية الحريات الفردية وتوسيع نطاقها ، كما إن هذا النص الغامض لم يكن بالنسبة للقضاء أكثر من تعبير عام عن مبدأ " الشرعية " و " الحكومة المقيدة " ، ترك الدستور تفسيره وتحديد نطاقه للمحكمة العليا وحدها ، جاعلا منها عنصرا ايجابيا فعالا من عناصر الحياة السياسية والاجتماعية في الولايات المتحدة الأمريكية ، وهو ما حدا بتلك المحكمة إلى استعمال هذا الشرط الغامض ، في فرض توجيهاتها ورؤاها على السياسة التشريعية للكونغرس والولايات من خلال حكمها على ملاءمة التشريعات ومعقوليتها⁽³⁾ . ومن أحكامها في هذا المجال ، حكمها في عام 1905 ، في قضية لوتشنر

ضد نيويورك ، وحكمها في عام 1952 ، في قضية روستين ضد كاليفورنيا ، وحكمها في عام 1992 ، في قضية لوكاس ضد ولاية كارولينا الجنوبية⁽⁴⁾ . واعتنق القضاء الدستوري المصري المبدأ ذاته والقاعدة نفسها ، بالرغم من عدم وجود أساس دستوري له ، حيث تقرر المحكمة الدستورية العليا ، في احد أحكامها بخصوص مناصب دستورية الجزاء الجنائي أن " الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن النصوص العقابية تضبطها مقاييس صارمة ، ومعايير حادة تلتزم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية التي أعلى الدستور قدرها ، مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة سواء في جوانبها الموضوعية أم الإجرائية لضمان ألا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية"⁽⁵⁾ .

- (1) د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 391-392 .
- (2) فقد تضمن التعديل الدستوري الخامس الصادر عام 1791 ، النص على انه "يحظر على الحكومة المركزية حرمان أي شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة " ، كذلك تضمن التعديل الدستوري الرابع عشر الصادر عام 1868 ، النص على انه " يحظر على الولايات حرمان أي شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة "
- (3) د . احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 404-405 .
- د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 349 .
- (4) ينظر في تفاصيل هذه الأحكام : د . احمد كمال أبو المجد ، المصدر السابق ، ص 303-328 .
- (5) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية 114 لسنة 21 ق- دستورية- 2001/6/2 – أشار إليه الدكتور : محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 324-325 .

الفرع الثاني

ضوابط إثبات الانحراف التشريعي

تخضع عملية إثبات انحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية ، من قبل القضاء الدستوري لمبدأ التقييد الذاتي ، والذي يقوم على أساس مجموعة من الضوابط ، تحكم القضاء الدستوري أثناء مباشرته لرقابة الانحراف ، تمنعه من الإفراط فيها ، وتحد من التفريط فيها في ذات الوقت ، ولقد نشأ ذلك المبدأ نشأة أمريكية خالصة ، وتأثرت به إلى حد بعيد محاكم الدستورية في الدول الأخرى⁽¹⁾ .

لأن من أهم أسباب نجاح القضاء الدستوري وازدهاره ، ترجع في حقيقة الأمر إلى تقييد القضاء بهذه القيود التي تتلافى احتكاكه بالسلطات الأخرى ، وخاصة البرلمان ، ويظهر فيها الدور البارز للقضاء في مجال الدستورية⁽²⁾ .

وهذه القيود أو الضوابط الذاتية التي يقرها القضاء الدستوري على سلطته ، في رقابة انحرافات البرلمان ، يجب عدم المبالغة في اعتبارها قيوداً على اختصاص القضاء بإثبات انحراف البرلمان ، وإلا فقدت عملية إثبات الانحراف قيمتها وجدواها ، كما إن الإسراف في مباشرة هذا الاختصاص وعدم الاكتراث بوضع قيود ذاتية تضبط عملية الانحراف ، سترتب عليه كذلك العديد من المشكلات التي تنعكس على مبدأ رقابة الانحراف عن الدستور ذاته⁽³⁾ .

ويمكن بلورة أهم هذه الضوابط – حسب المستقر عليه فقها وقضاء- في ثلاثة ضوابط أساسية :

أولاً : عدم التعرض للمسألة الدستورية إلا إذا كان ذلك لازماً للفصل في الدعوى الأصلية .

ثانياً : قرينة الدستورية .

ثالثاً : عدم الخوض في بواغث التشريع أو ملاءمته .

(1) د . هشام محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص 601 .

(2) د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 150 .

(3) د . محمود أحمد زكي ، مصدر سابق ، ص 238 .

أولاً : عدم التعرض للمسألة الدستورية إلا إذا كان ذلك لازماً للفصل في الدعوى الأصلية .

تكمّن المهمة الأساسية للقاضي ، في الوصول إلى حل ما يعرض عليه من مشاكل ، ببيان حكم القانون فيها ، ويترتب على ذلك انه لا يجوز أن ينطلق مفتشاً عن المخالفات الدستورية في سلوك البرلمان ، إلا إذا كان هذا التفتيش ضرورياً باعتباره مسألة أولية يتوقف الفصل في موضوع النزاع ، على الفصل عليها ، أي إن حق القاضي في إثبات انحراف البرلمان ، ليس إلا ثمرة مترتبة على وظيفته الأصلية وهي الفصل في المنازعات ، حيث يتطلب الفصل في بعض هذه المنازعات ، التثبت من دستورية القانون الواجب تطبيقه وعدم انحرافه⁽¹⁾ .

وهذا الضابط أو بالأحرى هذا القيد ، يعد من الضوابط التي اعتبرها الفقه الدستوري الأمريكي ، من الوسائل القضائية لحسم المنازعات ذات الطابع الدستوري " Judicial Techniques in Constitutional Litigation " ، ويعني انه لا يجوز أن تتصدى المحكمة في البحث عن انحرافات البرلمان ، إلا إذا كان البحث في ذلك يعتبر مسألة أولية يتوقف الفصل في موضوع النزاع الأصلي على الفصل فيها ، فإذا أمكن الفصل في موضوع النزاع بدون البحث في مسألة الدستورية ، ولا البت فيها ، فلا يحق للمحكمة أن تبحث المسألة الدستورية أو تتعرض لها⁽²⁾ .

وقد قررت المحكمة العليا الأمريكية ، هذه القاعدة عام 1923 ، في قضية ادكنز ، حيث قررت أن " القضاء لا يمارس رقابة أصلية على أعمال السلطة التشريعية ، وإن حقه في بحث دستورية القوانين ليس إلا ثمرة مترتبة على وظيفته الأصلية وهي الفصل في المنازعات ، حيث يتطلب الفصل في بعض هذه المنازعات التحقق من دستورية القانون الواجب تطبيقه " وهو ما عبرت عنه المحكمة في مناسبة أخرى عام 1947 ، بقولها " إن الرقابة الدستورية وإن كانت جزءاً من الوظيفة

القضائية فان لها طبيعة دقيقة حملت المحكمة على انتهاج سياسة متحفظة في تناولها ، ومن مظاهر هذه السياسة امتناع المحكمة عن التعرض لها أصلا إذا أمكن الفصل في الدعوى على أساس آخر . فإذا لم يكن الفصل في الدستورية منتجا في الدعوى الأصلية ، أو كانت هناك وسيلة أخرى تحقق مطالب الطاعن الذي يتمسك بعدم الدستورية أو إذا كان القانون محل الطعن لم يلحق ضررا بحقوق أحد الأطراف في الدعوى ، فان المحكمة لا تتعرض للمشكلة

(1) د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 151 .

- د . احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 442 .

(2) د . محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص 247 .

- د . عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 137 .

- د . رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 716-717 .

الدستورية" (1) .

والمؤكد أن المحكمة العليا كانت تهدف بهذا القيد إلى التضييق من نطاق الرقابة على تشريعات البرلمان ، والتشدد في قبول الدفع بعدم الدستورية ، بل إن المحكمة استعملت شرط توفر المصلحة وقيام الخصومة وتشددت فيهما للحد من اندفاع الأفراد للطعن بعدم الدستورية (2) .

أما في مصر ، فان القضاء الدستوري مطرد على ربط الفصل في المسألة الدستورية بتوافر ضرورة حتمية تبرر تدخله ، فعدم تعرض المحكمة للفصل في المسألة الدستورية إلا إذا كان ذلك ضروريا للفصل في الخصومة الأصلية ، ليس إلا نتيجة طبيعية لاعتبار الرقابة على دستورية تشريعات البرلمان جزءا من الوظيفة القضائية (3) .

حيث جرى قضاؤها على ضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشرة لرافع الدعوى الدستورية كشرط لقبولها ، وجعلت مناط هذه المصلحة الارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية ، بحيث يكون من شأن الحكم في الدعوى الدستورية أن يؤثر فيما أبدى من طلبات في دعوى الموضوع ، فلا يكفي أن يكون النص التشريعي المطعون فيه منحرفا في ذاته عن الدستور ، بل يتعين أن يكون تطبيقه على المدعى قد اخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور ، على نحو الحق به ضررا مباشرا ، ولا ينظر إلى المسألة الدستورية مجردة ، فإذا لم يكن النص المطعون فيه قد طبق على المدعي أصلا ، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه ، أو كان قد أفاد من مزاياه ، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا تعود إليه ، ومن ثم ، فان بطلان النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعي أية فائدة ، يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها (4) .

ومن ذلك ما قرره في حكمها الصادر في 18 ابريل سنة 1992 والذي جاء فيه " وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطا لقبول الدعوى الدستورية ،

وأن مناطها أن يكون ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم في الدعوى الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة به المطروحة

-
- (1) ينظر في تفصيلات هذه الأحكام ، د. احمد كمال أبو المجد ، المصدر السابق ، ص 441 وما بعدها ،
 (2) د . محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص 248 .
 - د . هشام محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص 604 .
 (3) د . عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 136 .
 - د . شعبان أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 516 .
 (4) المستشار . عز الدين الدناصوري ، والدكتور . عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 43 ، 44 .
 أمام محكمة الموضوع ، وكان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تعتبر محققة بالضرورة بناء على مجرد مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للدستور ، بل يتعين أن يكون هذا النص - بتطبيقه على المدعى - قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو الحق به ضرراً مباشراً ، وبذلك يكون شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية مرتبطاً بالخصم الذي أثار المسألة الدستورية وليس بهذه المسألة في ذاتها منظوراً إليها بصفة مجردة "(1) .

ثانياً : قرينة الدستورية .

ويقوم هذا الضابط أو القيد على أساس قرينة المطابقة ، أو الصلاحية ، إذ يفترض أن القانون صدر بصورة مطابقة للدستور ، وبريئاً من العيوب الدستورية ، ومن يدعي عكس ذلك يقع عليه عبء الإثبات ، ويلتزم القضاء عند ممارسة مهامه بتطبيق النصوص التشريعية على الوقائع المطروحة أمامه بإعمال هذه القرينة ، وهو الأمر الذي يتطلب أن تكون الأحكام الصادرة بثبوت الانحراف ، ناتجة عن وضوح كامل لانحراف القانون المطعون فيه ، وعدم وجود احتمال بدستوريته(2) . مما يوجب على القاضي الدستوري عند فحصه لهذه الأعمال أن يضع في اعتباره ألا يقضي بعدم الدستورية إلا إذا كان انحراف التشريع ، واضحاً وصريحاً بحيث ينعدم معه السبيل إلى التوفيق بين هذا النص المنحرف والنص الدستوري وكانت عبارات هذا النص التشريعي وصياغته لا تحتمل أي لبس في فهم معناها ، ومعنى ذلك إن قرينة الدستورية تفرض على القاضي الدستوري ، ألا يقضي بعدم الدستورية إلا إذا كان الانحراف واضحاً وقاطعاً ، بحيث لا يبقى مجال للشك في احتمال دستورية هذا التشريع ، وهو ما تسميه بعض أحكام المحكمة العليا الأمريكية بمبدأ الشك المعقول(3) .
 فوقفاً للاختصاصات المحددة بالدستور ، يضع البرلمان القانون ومن حقه أن يقر له بأن تشريعاته جاءت في حدود ما رسمه الدستور له ، وهذا الاعتراف يجسد فكرة قرينة الدستورية التي تعني أن الأصل في القوانين هو توافقها مع الدستور ما لم يثبت بالدليل القاطع غير ذلك(4) .

(1) القضية رقم 19 لسنة 8 قضائية دستورية ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج5 ، المجلد الأول ، ص 262 ، أشار إليه : د. رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 718 .

(2) د . محمود أحمد زكي ، مصدر سابق ، ص 250 .

(3) د . رمزي الشاعر ، المصدر السابق ، ص 720 .

(4) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 154 .

وتعني فوق ذلك أيضا ، أن القاضي الدستوري يتخير للتشريع المطعون عليه بعدم الدستورية ، التفسير الذي يجعله موافقا للدستور ، إذا كان يمكن منحه أكثر من تفسير ، أما إذا كان الظاهر من صياغة أحكامه أنها لا تحتل أي لبس في فهم معناها فيجب تفسيرها حينئذ وفقا للمقصود الحقيقي منها⁽¹⁾ .

ويلاحظ أن المحكمة العليا الأمريكية لم تطبق هذه القرينة بشكل مطلق ، إذ اختلفت نظرتها إليها من تشريع لآخر ، فالتشريعات الاتحادية أقوى من تشريعات الولايات ، ومن ثم فإن القرينة تكون أقوى في الأولى منها في الثانية ، ومن هنا ذهب بعض الفقه إلى إن هناك قاعدتين ملزمتين للمحكمة ، على الترتيب الآتي - القاعدة الأولى - مؤداها أنه على المحكمة أن تختار التفسير الذي يجنبها إثارة المشكلة الدستورية أصلا ، - والثانية- تقضي بأنه على المحكمة عند إثارة المشكلة الدستورية ، اختيار التفسير الذي يجعل القانون متفقا مع الدستور⁽²⁾ . ويلاحظ إن هذه القرينة ، ونظرا لما تنصف به من مرونة خلال التطبيق أدت إلى اتساع السلطة التقديرية للمحكمة العليا في مجال الرقابة ، وليس إلى تضيقها ، وهذا ما أدى ببعض الفقهاء إلى عدم اعتبار تلك القواعد تمثل حدودا أو قيودا ذاتيا بالمعنى الحقيقي للرقابة⁽³⁾ .

وقررت المحكمة هذه القاعدة للمرة الأولى في قضية ادكنز عام 1923 ، ذاهبة إلى أن " حرية التعاقد هي الأصل ، وتقييدها هو الاستثناء ، ومن ثم فكل محاولة من المشرع للتدخل في حرية التعاقد أو تقييدها يكون الأصل فيها عدم دستوريته حتى يثبت العكس بيقين ، كأن يثبت قيام ظروف شاذة أو طارئة تضطر المشرع إلى هذا التدخل"⁽⁴⁾ . وفي تخريج هذه النتيجة أشارت المحكمة إلى إن الحريات الفردية مثل حرية التعاقد وحرية الرأي والعقيدة تحتل مركزا دستوريا ممتازا ، وإن من ثمرات هذا المركز الممتاز قيام قرينة عكسية مؤداها انحراف وعدم دستورية كل تشريع يتعرض لهذه الحريات⁽⁵⁾ . لأن قرينة الدستورية تتضاءل وتتحول إلى قرينة عكسية ، إذا كان التشريع يسعى إلى تنظيم مجال يمنع الدستور أصلا من التدخل فيه ، وأهم مجال في ذلك هو التشريعات المقيدة لحرية الرأي والتعبير⁽⁶⁾ .

ولقد وجدت قرينة الدستورية اهتماما من القضاء الدستوري المصري ، عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا بقولها " إن الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافترض مطابقتها للدستور ، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخيا ، بل يكون انفاذاها -

(1) د . هشام محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص 609 .

(2) د . محمد فرج الفقي ، مصدر سابق ، ص 208-209 .

(3) د . حنفي على الجبالي ، المسؤولية عن القوانين ، مصدر سابق ، ص 351 .

(4) د . احمد كمال أبو المجد ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 458 .

(5) د. رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 156 .

(6) د . هشام محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص 610 .

واعتبارا من تاريخ العمل بها - لازما . ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفا لأحكامها ، أو مانعا من فرضها على المخاطبين بها ، وذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام لديها الدليل على مخالفتها للدستور ، فإن هي انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية ، كان ذلك استصحابا لأصل صحتها لتزول الشبهة التي كانت عالقة بها"⁽¹⁾ . وقد عبر المستشار بدوي إبراهيم حمودة (وهو أول رئيس للمحكمة العليا المصرية)

، عن هذا الاهتمام بقوله " إن الأصل فيما يصدر عن الهيئة التشريعية من قوانين أنها صادرة في ضوء الدستورية ، ومن ثم ، يجب على القاضي عند فحص دستورية القوانين أن يلاحظ هذا الأمر فلا يخرج عن مقتضى هذه القرينة إلا إذا كان التعارض بين القانون والدستور واضحا بينا وصريحا بحيث يستحيل التوفيق بينهما ، وبعبارة أخرى فإن المحكمة لا تقضي بعدم دستورية التشريع إلا إذا كانت مخالفته للدستور فوق مستوى كل شك معقول .."(2) .

ثالثا : عدم الخوض في بواعث التشريع أو ملاءمته .

إن اختصاص القضاء الدستوري بإثبات انحراف البرلمان ، هو اختصاص فني ذو طبيعة قانونية مجردة ، يقتصر على المسائل الدستورية ولا يمتد بالتالي إلى المسائل التي تدخل في الاختصاص التقديري للبرلمان ، ولا إلى ما يتعلق بملاءمة التشريع وبواعث إصداره ، فالقاضي الدستوري ، يمارس رقابة مشروعية وليس رقابة ملاءمة(3) . حيث تعد ملاءمة التشريعات وبواعثها من اختصاص البرلمان ، فإذا تعرض القاضي الدستوري لبحثها ، كان ذلك عدوانا منه على اختصاص البرلمان وخرقا لمبدأ الفصل بين السلطات ، فليس من رقابة الانحراف ، الخوض في بواعث التشريع ، أو الأهداف التي يرمي إليها ، أو الحكمة من إصداره ، أو التقديرات والاعتبارات التي يتوخاها البرلمان من سنه ، فلزوم التشريع أو عدم لزومه من صميم اختصاص البرلمان ، وما يقتضيه ذلك من مهمة وزن مناسبات التشريع وتقدير مدى صلاحيته للأحوال الاجتماعية والسياسية في المجتمع(4) .

(1) ينظر في ذلك : حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 7 مايو سنة 1994 ، القضية رقم 11 لسنة 15 قضائية دستورية ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، ج 6 ، ص 277 ، أشار إليه : المستشار . عز الدين الدناصوري ، والدكتور . عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 95 .

- وأيضا حكمها : الصادر في 4 مارس سنة 1996 ، القضية رقم 40 لسنة 17 قضائية دستورية ، المجموعة ، ج 7 ، ص 615 ، أشار إليه : الدكتور رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 721-722 .

(2) أشار إليه الدكتور . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 525 .

(3) د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 181 .

(4) د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 99-100 . د . محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص 240 .

والقاعدة السابقة والتي وضعتها المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية ، تعني إن المحكمة لا تمارس على القوانين إلا رقابة قانونية وليست سياسية ، وإنها تستبعد من هذه الرقابة كل عنصر غير دستوري ، وترتبط على ذلك يخرج من مجال اختصاص القضاء الدستوري : مدى ضرورة التشريع للمجتمع أو عدم ضرورته ، ومدى ملاءمة التشريع للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في المجتمع ، والباعث على التشريع(1) .

فمنذ حكم المحكمة في قضية ماك كولاك ضد ماريلاند عام 1819 قررت انه " إذا تبين إن تشريعا معينا يدخل في الكونغرس أما بالنص الصريح عليه في الدستور ، أو تأسيسا على نظرية الاختصاصات الضمنية ، فإن تقدير الحاجة إلى هذا التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية وحدها باعتبارها عنصرا من عناصر السياسة التشريعية التي يتمتع على المحاكم التدخل فيها ، هذا فضلا عن انعدام كل صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته(2) .

وفي حكمها في قضية فلتشر ضد بك في عام 1810 ، فقد قررت انه " إذا كان التشريع مستوفيا لكافة الشروط والأشكال القانونية ، فإن المحكمة لا تستطيع أن تؤيد أحد الخصوم في طعنه بعدم دستورية ذلك القانون بحجة أنه صدر عن بواعث غير شريفة ، أثرت على بعض أعضاء الهيئة التشريعية التي سنت القانون"(3) . ورغم ترديد المحكمة العليا في العديد من أحكامها ، احترامها السلطة التقديرية للمشرع وعدم فرض رقابتها على ملائمة التشريعات ، إلا إن توسع المحكمة في تفسيرها

للتعديل الدستوري الرابع عشر ، من خلال شرط إتباع الوسائل القانونية السليمة وما يتبعه من معايير ، كالملائمة والمعقولة واليقين ، قد أدى بها من الناحية العملية إلى عدم التزامها بهذا القيد الدستوري ، حيث يقرر جانب من الفقه إن المحكمة العليا الأمريكية قد استغلت غموض هذه المعايير ، ومرونتها في فرض رقابتها على ملاءمة التشريعات ، والتدخل في توجيه السياسة التشريعية للكونغرس ، فضلا عن استعمال تلك المعايير الفضفاضة كأداة طيعة تمكنها من تعطيل كل ما يخالف توجهاتها الاقتصادية والاجتماعية⁽⁴⁾ .

إلا إن الاتجاه السابق للمحكمة لم يدم طويلا ، فمنذ عام 1937 ، غيرت المحكمة العليا من سياستها السابقة ، حيث أرجعت التعديل الرابع عشر إلى حدوده الطبيعية المناسبة ، وامتنعت عن تقدير ملاءمة القوانين ، والحكمة التي دفعت البرلمان إلى سنها ، واكتفت بان لا تكون

(1) د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 181-182 .

- د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 157 .

(2) د . احمد كمال أبو المجد ، المصدر السابق ، ص 460-464 .

- د . هشام محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص 618 .

(3) د . شعبان أحمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 531 .

(4) د . احمد كمال أبو المجد ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 462-472 . - د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 529-530 . - د . محمد فرج الفقي ، مصدر سابق ، ص 178-186 .

تعسفية ، أو ظاهرة البعد عن غايتها⁽¹⁾ .

وفي مصر استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على المفهوم المتقدم ، لأن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بإثبات انحراف البرلمان ، لا يخولها أن تزن بنفسها - ومعاييرها - ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازما ، وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائما ، وليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها إلى أحكام الدستور - الشكلية منها والموضوعية - لا أن تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها⁽²⁾ .

أي إن ملاءمات التشريع إجمالا ، وبما يشمل بواعثه وموجهاته ومدى ضروراته ، أمر يستقل بتقديره البرلمان بحسب الأصل ، حسبما تبينه أيضا المحكمة الدستورية العليا بقولها " الملاءمة ... تستقل السلطة التشريعية بتقديرها " ، وأن ملاءمات التشريع هي من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي " ، فهي إذن " من اطلاقات السلطة التقديرية للمشرع العادي " ، ويستتبع ذلك بالمقابل ، من ناحية رقابة الدستورية ، إن " ملاءمات التشريع ... تنأى عن الرقابة الدستورية " ، وإن " الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها " ، و " لا يجوز أن تخوض فيها " فمهمة رد النصوص التشريعية إلى أحكام الدستور تحريا لمدى مطابقتها لها والمناطة بالمحكمة الدستورية العليا ، لا تخول لها إذن أن تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين ، ولا أن تناقشها أو تخوض في ملاءمة تطبيقها عملا ، ولا أن تنحل للنص المطعون فيه أهدافا غير التي رمى المشرع إلى بلوغها ، ولا أن تكون خياراتها بديلا عن عمل السلطة التشريعية⁽³⁾ .

(1) د . محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص 245 . - د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 160 .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية ، القضية رقم 14 لسنة 7 ق دستورية جلسة 2 سبتمبر سنة 1995 ، أشار إليه : د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 100 .

(3) ينظر في ذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا :

- قضية 131 لسنة 5 ق - دستورية - 1988 / 5 / 7 ، قاعدة 15 .

- قضية 93 لسنة 4 ق- دستورية – 1984/2/18 ، قاعدة 4 .
 - قضية 93 لسنة 4 ق- دستورية – 1984/2/18 ، قاعدة 4 .
 - قضية 14 لسنة 8 قضائية – دستورية -1989/4/15 ، قاعدة 26 .
 - قضية 7 لسنة 8 قضائية – دستورية – 1993/5/15 ، قاعدة 22 .
- أشار إليه : الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 267- 269 .

المبحث الثاني

جزء الانحراف التشريعي

إن احترام السلطات العامة ، التشريعية والتنفيذية والقضائية لمبدأ سيادة الدستور وسموه يعد تأكيداً لمبدأ المشروعية بما يفرضه هذا المبدأ الأخير من خضوع السلطات العامة والمواطنين دون استثناء لأحكام القوانين المعمول بها في الدولة ، ويتحقق ذلك بان يتقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى ، حتى تأتي جميع التشريعات متوافقة في تدرجها ومتآلفة في إطار البناء القانوني للدولة برمته وبما يحقق انسجام هذه التشريعات جميعها مع أحكام الدستور ، باعتبارها أسمى وأعلى القواعد القانونية في الدولة .

ولا جدال في انه لابد من وجود جزء يواجه خروج أي من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ، على أحكام الدستور ، ويضمن عدم انتهاك نصوصه ، لأن عدم وجود هذا الجزء يشجع هذه السلطات على الخروج على أحكام الدستور ، فخضوع القواعد القانونية العادية للقواعد الدستورية ، وعدم مخالفتها سيقى مجرد إطار نظري ، إذا لم يكن هناك من الوسائل والأساليب ما يضمن عدم خروج السلطات العامة – خاصة البرلمان- عن النطاق أو الحدود التي رسمتها لها السلطة التأسيسية⁽¹⁾ .

كما إن مبدأ علو الدستور يغدو بلا – مرأ – مجرد ألفاظ ، بل مجرد هباء لو إن مختلف هيئات الدولة استطاعت أن تنتهك حرمة دون أن يكون ثمة جزء على ذلك الانتهاك لحرمة المبدأ .

لأن أهمية الدستور لا تأتي من مجرد وجوده ، فلا معنى للدستور ولا لمبدأ سموه إذا جاز لسلطات الدولة أن تنتهك أحكامه دون جزاء⁽²⁾ ، حيث يستهدف القانون إقامة نظام اجتماعي منسجم ، وكي يؤدي هذه الغاية يجب أن يكون مطاعاً ، وفي ضوء ذلك يمكن فهم ضرورة الجزاء كوسيلة فعالة لاحترام القانون⁽³⁾ ، ويمكن تعريف الجزاء بأنه الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية وهو يختلف باختلاف القواعد القانونية التي خولفت وتبعاً للمجتمع الذي يطبق عليه ، فالجزاء يتناسب مع المصالح التي تحميها القاعدة القانونية حتى يمكن أن يحقق أثرها

- (1) د . محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ، ص 24 .
- (2) د . عبد العليم عبد المجيد ، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص 6 .
- (3) د . عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 71 .

والمقصود منها⁽¹⁾ .

والبرلمان ، يعد أهم السلطات في الدولة ، والتي تقوم أساسا بتشريع القوانين ، أي بوضع القواعد العامة المجردة للأفراد⁽²⁾ ، فان المشكلة تثور في حالة مخالفته لأحكام الدستور ، وذلك عن طريق تشريعه لقوانين تنحرف عن حدود وضوابط الدستور ، حيث تطرح هذه المشكلة تساؤلات عن الجزء الذي يضمن عدم مخالفة البرلمان لأحكام الدستور ، ويجبره على احترام هذه الأحكام .

فبالنسبة لرأي الفقه ، فقد ثار الخلاف حول مسألة وجود الجزء على مخالفة القاعدة الدستورية ، وقد انقسم الفقه بهذا الشأن إلى اتجاهين ، الاتجاه الأول وهو الاتجاه التقليدي ، أو اتجاه المذهب الشكلي ، فهذا الجانب من الفقه يذهب إلى إن القاعدة الدستورية ينقصها عنصر الجزء ، وقد ارجعوا رأيهم هذا إلى سببين ، الأول هو إن القاعدة الدستورية تورد قيودا على السلطة الحاكمة التي تقوم بتوقيع الجزء ، وفرض الطاعة على المواطنين ، مما يؤدي إلى أن تكون تلك السلطة هي نفسها المطالبة بتوقيع الجزء على نفسها إذا ما خرجت على القيود التي يفرضها القانون ، والسبب الثاني ، أنهم يشترطون في الجزء أن يكون ماديا ، تتكفل بتوقيعه السلطة العامة بما لديها من وسائل⁽³⁾ .

أي إن فكرة الجزء وفقا لرأيهم ترتبط بمفهوم القهر والإجبار ، وانه من غير المتصور أن تستخدم الدولة سلطة الإكراه ضد نفسها⁽⁴⁾ .

أما الاتجاه الآخر فإنهم لا يشترطون أن يكون الجزء متمثلا في الإكراه المادي الذي تقوم السلطة العامة بتوقيعه ، ويرون إن الجزء يمكن أن يتمثل في رد الفعل الاجتماعي الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية ، ولقد ذهب هذا الاتجاه من الفقه بناء على رأيهم في فكرة الجزء إلى إن القاعدة الدستورية يتوفر فيها عنصر الجزء⁽⁵⁾ .

وهذا الجزء قد يكون مرسل (غير منظم) والذي يتمثل في الضغط الشعبي والاضطرابات والمظاهرات ، فضلا عن الجزء المنظم والمتمثل بنص الدساتير على الرقابة المتبادلة بين

(1) د . رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 25-26 .

(2) د . عثمان خليل عثمان ، المبادئ الدستورية العامة ، مطبعة عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1943 ، ص 240 .

(3) د . رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 26 .

- زياد محمد هادي ، مصدر سابق ، ص 98 .

(4) د . صلاح الدين فوزي ، المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 500 .

- وينظر في تفاصيل ذلك : د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 114-123 .
(5) د . سعد عصفور ، القانون الدستوري ، القاهرة ، 1954 ، ص 9 .

السلطتين التشريعية والتنفيذية عن طريق المسؤولية الوزارية وحق الحل الرئاسي والوزاري ، وحق البرلمان في اتهام ومحاكمة رجال السلطة التنفيذية ، وفي الدول التي برقابة القوانين ، فان من حق القضاء إلغاء القوانين المخالفة أو الامتناع عن تطبيقها⁽¹⁾ ، وهو ما يهمننا في هذا المجال .

أما عن موقف الدساتير من الجزاءات التي تتقرر على مخالفتها⁽²⁾ ، فان المشرع الدستوري يحرص على أن تتضمن الوثيقة الدستورية ، نصوصا وأحكام قانونية تؤكد خضوع السلطات العامة فيها لقواعد الدستور وأحكامه ، للحيلولة دون الخروج على هذه القواعد ، وفيما يتعلق بجزاء مخالفة البرلمان للقواعد الدستورية ، فان هذا الجزاء يتمثل بمبدأين أساسيين ، ينص عليهما الدستور ، الأول هو أعلوية أو علوية أو سمو أو سيادة الدستور على سائر القوانين الأخرى في الدولة⁽³⁾ ، وقد سلكت الدساتير مسلكين بهذا الخصوص ، فمنها ما سكت عن ذكر مبدأ الاعلوية ، كالدستور المصري لعام 1971 ، واغلب الدساتير العربية ، ومنها ما نص بشكل صريح على مبدأ الاعلوية⁽⁴⁾ ، كالدستور الأمريكي لعام 1787 ، وذلك في المادة السادسة ، الفقرة ثانيا ، السابقة الذكر ، كذلك تبني قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام 2004 ، مبدأ الاعلوية وأشار إليه صراحة في المادة (3) الفقرة (أ) ، والتي قررت " إن هذا القانون يعد القانون الأعلى في البلاد ويكون ملزما في أنحاء العراق كافة وبدون استثناء " وسار بذات الاتجاه دستور العراق المستفتى عليه عام 2005 ، حيث أكد مبدأ الاعلوية في المادة (13) وجاءت الفقرة الأولى لتقرر انه " يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزما في أُنحائه كافة

(1) د . رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 28-29 .

- د . صلاح الدين فوزي ، المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 502 .

(2) ومن مصادر الجزاء على مخالفة القاعدة الدستورية ، القوانين الأساسية التي تنظم بعض المسائل المتعلقة بنظام الحكم في الدولة ، كالقوانين المتعلقة بأعضاء البرلمان ، حيث تنص على جزاءات توقع على المنتهكين لها كإسقاط العضوية ، إضافة إلى القوانين العادية ، ولا سيما القوانين الجنائية ، حيث يمكن أن تقر جزاءات لحماية قواعد الدستور ، وخاصة تلك التي تتعلق بالحقوق والحريات ، إضافة إلى إعلانات الحقوق ، ولمزيد من التفاصيل حول مصادر الجزاء على مخالفة القواعد الدستورية ، ينظر رسالة زياد محمد هادي ، مصدر سابق ، ص 120-125 .

(3) ينظر في هذا الخصوص :

- د . رافع خضر شبر ، محتوى القواعد الدستورية ، مصدر سابق ، ص 31-36 .

- د . منذر الشاوي ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 12 وما بعدها .

- د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، سيادة الدستور وضمان تطبيقه ، ص 29-39 .

(4) د . رافع خضر شبر ، المصدر السابق ، ص 31 .

وبدون استثناء " ، وقررت الفقرة الثانية من ذات المادة انه " لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلا كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه " .
حيث يفهم من ذلك إن الدستور نفسه يقرر من خلال اعليته ، عدم دستورية وبطلان كل قانون أو تشريع أو تصرف مخالف له ، وذلك كجزاء على مخالفته ، بحيث نفهم من ذلك إن البرلمان عندما يشرع القوانين ، فإنها إما أن تكون متفقة مع الدستور ، أو تكون منحرفة عنه ، وهنا يحصل خرق ومخالفة لمبدأ الاعلوية ، فيكون البطلان أو عدم الدستورية هو جزاء لانحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية .

أما المبدأ الثاني ، فانه يتمثل بنص الدساتير على مبدأ رقابة تشريعات القوانين ، من قبل جهة متخصصة ، أو من قبل جهات متعددة ، وعلى الوجه الذي بيناه سابقا ، فأقرار الدستور لمبدأ الرقابة يتضمن إقراراً ضمناً بمبدأ فرض الجزاء على كل انحراف أو مخالفة ترد في تشريعات البرلمان .

وفيما يتعلق بموقف القضاء ، والذي يعنينا في هذا المجال هو القضاء الدستوري ، فالمحاكم لم تتردد في أعمال سلطتها في إلغاء القوانين ، أو حتى الامتناع عن تطبيقها وذلك وفق الآلية التي تعمل عليها هذه المحاكم في إثبات انحراف البرلمان ، ونوع الجزاء الذي تكون مخولة بإيقاعه وهو ما سنتعرف عليه في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : إلغاء مشروع القانون.

المطلب الثاني : إلغاء القانون.

المطلب الثالث : الامتناع عن تطبيق القانون.

المطلب الأول

إلغاء مشروع القانون.

إن إلغاء مشروع القانون ، هو الجزء الذي يفرض على مشروع القانون في حال التثبت من عدم دستوريته ، وذلك قبل إصداره ، حيث تخضع مشروعات القوانين في بعض النظم الدستورية ، للرقابة من قبل جهة قضائية أو غير قضائية ، وذلك بعد اكتمال الموافقة على مشروع القانون وقبل إصداره ، بحيث إذا تثبتت هذه الجهة من مخالفة مشروع القانون للدستور ، فإنها تحكم بإلغائه أو تعلن عدم دستوريته⁽¹⁾ ، وبذلك فهي تنهي حياته عند المنبع وقبل إصداره⁽²⁾ ، وبالتالي فإن الأثر المترتب على صدور قرار بعدم دستورية النص المطعون فيه ، يتمثل في عدم إمكانية إصدار هذا النص ، أو وضعه موضع التطبيق⁽³⁾ . وإذا كان هذا النوع من الجزاء ، غالبا ما يرتبط بالرقابة السياسية ، التي تمارس من قبل جهة لا قضائية ، كونها تتميز بأنها رقابة سابقة على صدور القوانين ، إلا إن ذلك لا يعني اقتصره في نطاق هذه الرقابة ، حيث هناك بعض النظم التي تأخذ بالرقابة القضائية (والتي غالبا ما تكون لاحقة لصدور القانون) ، وتجعل منها سابقة على صدور القانون ، فيمارس القضاء رقابته على مشروع القانون ، للحيلولة دون صدوره في حال ثبت انحرافه عن الدستور⁽⁴⁾ . فيمارس القضاء سلطته نتيجة لطلب رئيس الجمهورية⁽⁵⁾ ، أو أية جهة ينص عليها الدستور ، يكون لها حق إحالة مشروع القانون قبل إصداره ، إلى محكمة متخصصة للتحقق من دستوريته ، وبذلك يكون القضاء هو المختص بإلغاء مشروع القانون ، عند التأكد من عدم دستوريته . ويرى الاتجاه الفقهي المؤيد لهذا النوع من الجزاء الذي يلحق القانون ، وهو في دور التكوين ، أي قبل وضعه موضع التنفيذ ، بأنه أجدى نفعا من باقي الصور ، كونه يتلافى المخالفة قبل وقوعها ، وكما يقال بان الوقاية خير من العلاج ، إلا إن الاتجاهات الفقهية الأخرى ترى ، إن هناك من المخالفات والانحرافات التي تصيب القوانين مما لا يمكن تلافيها بالإلغاء السابق على صدور القانون ، كونها لا تظهر إلا عند تطبيق القانون ودخوله حيز النفاذ⁽⁶⁾

(1) د . محمود عاطف ألينا ، مصدر سابق ، ص 87 .

(2) د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 26 .

(3) د . رافع خضر شبر ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 69 .

(4) د . عبد الحميد الشواربي ، المستشار عز الدين الدناصري ، مصدر سابق ، ص 25 ، 26 .

(5) ومثال ذلك ما قرره دستور إيرلندا الحرة لعام 1937 ، من حق رئيس الدولة في خلال سبعة أيام من تقديم القانون إليه ، في إحالته قبل إصداره إلى المحكمة العليا ، للنظر في دستوريته ، بحيث يمتنع إصداره إذا قضت المحكمة بعدم دستوريته . أشار إليه د . رافع خضر شبر ، المصدر السابق ، ص 75 ، والدكتور محمود عاطف ألينا ، مصدر سابق ، ص 87 .

(6) د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 27 .

ونجد تطبيقات هذه الصورة من الجزاء ، في الأحكام الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي ، بمناسبة ممارسته اختصاصه في الرقابة السياسية على القوانين ، التي تدخل ضمن نطاق رقابته⁽¹⁾ .

(1) ينظر في المجلس الدستوري الفرنسي:

- د . صلاح الدين فوزي ، المجلس الدستوري الفرنسي ، مصدر سابق . - هنري روسيون ، المجلس الدستوري ، ترجمة د . محمد وطفة ، بيروت ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، 2001 . - د . رافع خضر شبر ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 64 .

- المجلس الدستوري هو الجهة المختصة برقابة دستورية القوانين في فرنسا ، وهذه الرقابة هي رقابة سابقة على صدور القانون ، وليست رقابة لاحقة ، أي إن المجلس الدستوري يمارس رقابته على القوانين التي أقرها البرلمان وقبل إصدارها. وقد تشكل هذا المجلس بموجب الدستور الفرنسي الحالي لعام 1958 ، وقد حدد له عدة اختصاصات ، ومن أهمها الرقابة على دستورية القوانين. ورقابة المجلس الدستوري لدستورية القوانين التي يقرها البرلمان وقبل إصدارها قد تكون إجبارية ، وذلك وفق المادة 61 / 1 من الدستور ، وهي تشمل القوانين الأساسية ، حيث تتم إحالتها من قبل رئيس الوزراء ، ولوائح المجالس البرلمانية حيث تتم الإحالة هنا من قبل رئيس المجلس المعني وذلك قبل إصدارها لكي يقرر مطابقتها للدستور⁽¹⁾ .

وقد تكون هذه الرقابة اختيارية ، عندما لا يتعلق الأمر بالقوانين الأساسية أو لوائح المجالس البرلمانية ، حيث يكون اختصاص المجلس اختياريا ، أي ليس هناك إلزام لعرض الأمر على المجلس الدستوري ، ومنها : رقابة مطابقة القوانين العادية للدستور ، ويكون حق الطعن في دستورية مشروع القانون مقررا هنا لكل من رئيس الجمهورية ، رئيس الوزراء ، رئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ، وبعد التعديل الدستوري لسنة 1973 تم إعطاء الحق أيضا لستين عضوا من أعضاء مجلس الشيوخ ، أو أعضاء الجمعية الوطنية .

وحيثما يحال القانون أيا كان نوعه إلى المجلس ، فإن هذا الأخير يضطلع بفحص مدى دستورية نصوصه كافة ، بغرض الوقوف على مدى مطابقتها لأحكام الدستور ، من عدمه ، سواء كان ذلك من الناحية الشكلية أم من الناحية الموضوعية. قد ينهي المجلس فحصه بقرار يعلن دستورية نصوص القانون المحالة إليه أو المطعون فيها ، ففي هذه الحالة يصدر رئيس الجمهورية القانون وينشر ويطبق ، ويكون حكم المجلس في هذه الحالة بشكل قرار (بالمعنى الضيق) يتخذ شكل المواد ، وفي الحقيقة لا ترد عبارة " دستوري " في نص القرار ، وإنما يستخدم القرار إحدى عبارتين ، مثل "...مشروع القانون ... أعلن منسجما مع الدستور .." قرار المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 23 / 11 / 1977 ، المسمى حرية التعليم والضمير ، والقرار الصادر بتاريخ 27 / 7 / 1994 ، والمسمى (Bioethique) ، أشار إليه : هنري روسيون ، المجلس الدستوري ، مصدر سابق ، ص 46 . أو " أحكام مشروع القانون غير مخالفة للدستور " قرار المجلس بتاريخ 15 / 1 / 1975 ، المسمى " الإجهاض " ، والقرار بتاريخ 2 / 9 / 1992 ، بعنوان " مستريخت رقم 2 " ، أشار إليه : هنري روسيون ، المجلس الدستوري ، مصدر سابق ، ص 46. أما إذا تحقق للمجلس عدم دستورية مشروع القانون المعروف عليه فهناك عدة فروض : الفرض الأول : أن يعلن المجلس الدستوري ، عدم دستورية مشروع القانون بالكامل ، فيكون الإعلان هنا بمثابة إلغاء لمشروع القانون ، فتكون النتيجة ، عدم إصدار القانون إطلاقا فيصبح في حكم الملغى ، وقد يعلن المجلس عدم دستورية بعض نصوصه مع عدم إمكانية فصلها عن باقي النصوص ، فإن الأثر المترتب

= على ذلك يتمثل في عدم إمكانية إصدار القانون في مجمله ، وعلى البرلمان في تلك الحالة تبني قانون جديد ، يأخذ بعين الاعتبار ما جاء بقرار المجلس الدستوري.

ومن أمثلة القرارات الصادرة بعدم الدستورية بشكل كلي ، قرار المجلس الدستوري رقم " 110 – 79 " الصادر في 24 ديسمبر 1979 بشأن قانون الميزانية لعام 1980 ، وقراره رقم " 322 – 93 " الصادر في 28 يولييه 1993 بشأن قانون التعليم العالي ، ومن أمثلة القرارات الصادرة بعدم دستورية النصوص الطعن بها ، مع عدم إمكانية فصلها عن القانون في مجمله لارتباطها به ارتباطا لا يقبل التجزئة ، قرار المجلس الدستوري رقم " 132 – 82 " الصادر في 26 يناير 1982 ، بشأن قانون التأمين ، وفي هذا القرار قضى المجلس بعدم دستورية المواد 6 ، 18 ، 32 ، من قانون التأمين وهي المواد المتعلقة بتحديد طرق ووسائل تعويض المساهمين في المشروعات المؤممة ، حيث قرر المجلس عدم إمكانية فصلها عن القانون في مجمله ، الأمر الذي يستوجب عدم إمكانية إصدار القانون برمته .

الفرض الثاني : أن يكون قرار المجلس هو عدم دستورية بعض نصوص مشروع القانون فقط ، أي مع مطابقة باقي نصوصه للدستور ، مع إمكانية فصل النص أو النصوص غير الدستورية عن باقي القانون المعروف عليه ، في هذه الحالة يجوز لرئيس الجمهورية إصدار القانون مع استبعاد النص أو النصوص المقضي بعدم دستوريته .

ولكن قد يحدث أن يتضح لرئيس الجمهورية ، أنه يصعب إصدار القانون وتطبيقه بالنظر إلى النقص الهام الذي شابه ، عقب تقرير عدم دستورية بعض نصوصه ، وفي هذه الحالة للرئيس استخدام حق الاعتراض ، طبقا للمادة (10) من الدستور

لان إصدار القانون كان موقوفا بسبب عرضه على المجلس ، فيطلب من البرلمان إعادة النظر في القانون ، ومناقشته من جديد ، في ضوء قرار المجلس الدستوري ، بمعنى تعديله أو تبني نص آخر يتفق وأحكام الدستور. وفي بعض قرارات المجلس الدستوري بشأن إلغاء جزئي ، أو عدم دستورية جزئية ، قد يدعو المجلس رئيس الجمهورية إلى إمكانية استخدام المادة (10) من الدستور بطلب إعادة النظر في القانون من جانب البرلمان ، لإحلال نصوص جديدة محل النصوص غير الدستورية. وبالنسبة للحل الأول ، وهو أن يصدر رئيس الجمهورية القانون ، دون النص المعيب ، فهذا ما يحصل في أغلب الأحيان ، وهو ما حدث على اثر إعلان المجلس الدستوري ، عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم " 1317 – 85 " الصادر في ديسمبر 1985 ، وذلك في قراره رقم " 198 – 85 " الصادر في 13 ديسمبر 1985 ، أما بالنسبة للحل الثاني ، وهو طلب رئيس الجمهورية من مجلسي البرلمان إجراء مناقشات جديدة ، بشأن القانون المطعون عليه في بعض مواده لأجل تعديل هذه المواد وتصحيحها ، نجد من

الأمثلة عليه ، قرار المجلس الدستوري رقم " 196 - 85 " الصادر في 8 من أغسطس 1985 ، بشأن القانون الخاص بتطوير إقليم كاليدونيا الجديدة ، والذي حكم المجلس بعدم دستورية الفقرة الثانية من مادته الرابعة ، وفي اليوم التالي لصدر القرار ، وجه رئيس الجمهورية الدعوة إلى البرلمان لدور انعقاد غير عادي ، لإجراء مداولات جديدة بشأن القانون السابق الذكر ، على ضوء قرار المجلس الدستوري ، وخلال المناقشات تم تعديل الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون السالف الذكر ، ولما تمت إحالته إلى المجلس الدستوري ، قرر تطبيقه مع الدستور .

وما يصدر عن المجلس الدستوري من أحكام ، يحوز حجية الشيء المقضي فيه ، حيث لا يقبل الطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن ، ويتعين الالتزام بهذه الأحكام بالنسبة لكافة السلطات العامة في الدولة ، وأيضاً كافة السلطات الإدارية والقضائية.

المطلب الثاني

إلغاء القانون

تذهب بعض الأنظمة الدستورية إلى حد إعطاء القضاء سلطة الحكم بإلغاء القانون متى ثبت له بعد فحصه انه مخالف للقواعد الدستورية ، وحكم الإلغاء الذي يصدر من القضاء في هذه الحالة ، ذو حجية عامة ومطلقة مما يؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة وبصفة نهائية وبالتالي لا يسمح في المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد بصدد الحالات الجزئية التي يمكن أن يحكمها هذا القانون ، وفي هذا ما يحقق فاعلية الرقابة ، حيث يمنع اختلاف الأحكام التي تصدر في قضايا مختلفة حول دستورية قانون بعينه⁽¹⁾ .

ويقوم القضاء بفرض هذا الجزاء على القانون بعد نفاذه ، نتيجة للطعن عليه بعدم الدستورية من قبل ذوي الشأن ، في دعوى أصلية ، أمام المحكمة المختصة ابتداء واستقلالاً عن أي نزاع ، يطالبون فيها الحكم بإلغاء القانون المخالف لحكم الدستور من أجل القضاء على القانون⁽²⁾ .

وإذا كان هذا هو الوضع الغالب بالنسبة لإلغاء القانون ، فإن دساتير بعض الدول – كما سبق أن ذكرنا – لم تتيح للأفراد الطعن في دستورية القوانين ، وإنما أعطت حق الطعن إلى هيئة أو سلطة عامة ، كما إن دساتير دول أخرى ، تطلبت أن يكون رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظر دستورية القوانين ، نتيجة لتكليف الخصوم من المحكمة التي تنظر في الدعوى المرفوعة أمامها ، من أجل رفع دعوى الدستورية⁽³⁾ .

وسلطة إلغاء القانون المخالف للدستور التي تمنح للقضاء ، هي سلطة في غاية الخطورة ، فلا يترك الحق فيها لكل القضاة أو لكل المحاكم في الدولة ، بل يجب أن يعهد بها إلى هيئة معينة ينشئها أو يحددها الدستور لهذا الغرض ، حتى يكون لهذا الإلغاء حجية مطلقة أو اثر ملزم لبقية المحاكم ، و يمنع اختلاف الأحكام في القضايا التي تنشأ مستقبلاً ، حول مسألة الانحراف التي يثيرها القانون المعني ، لذلك فإن الدول التي تقرر هذه السلطة تخص بها محكمة معينة يحددها الدستور للنظر في دعاوى الطعن في دستورية القوانين ، وإن كانت الدساتير تختلف فيما بينها

- (1) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 140 ، 141 .
- (2) د . إبراهيم محمد درويش ، مصدر سابق ، ص 223 .
- (3) من هذه الدول ، مصر في ظل قانون المحكمة العليا الصادر سنة 1969 ، وقانون المحكمة الدستورية العليا الصادر سنة 1979 ، فلقد تطلبت أن يكون رفع الدعوى أمام المحكمة العليا أو الدستورية ، نتيجة لتكليف المحكمة المعروض أمامها النزاع الأصلي ، للخصوم برفعها .
- في تحديد هذه المحكمة⁽¹⁾ .
- فبعض الدول تجعل هذا السلطة منوطة بالمحكمة العليا في السلم القضائي ، أما اغلب الدول التي تأخذ بهذا الاتجاه ، فإنها تعطي هذه السلطة لمحكمة دستورية متخصصة ، تتميز عن باقي الهيئات القضائية العادية في الدولة⁽²⁾ .
- وهذه المحكمة عندما تنظر في الدعوى ، إذا لم ترَ المحكمة في النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته - وبناء على الأسباب التي قدمها الخصوم - شائبة عدم الدستورية ، في هذه الحالة على المحكمة الدستورية أن تقضي برفض الدعوى ولا يجوز للمحكمة الدستورية - بأي حال من الأحوال - أن تصدر أحكاما بدستورية التشريعات⁽³⁾ ، وتختلف الأحكام الراضية للدعوى الدستورية في مضمونها ، وإن اتحدت في جوهرها السلبي . (كما في سويسرا يكون الحكم بـ "عدم إعلان عدم الدستورية " ، بينما يكون الحكم بعدم القبول ، أو برفض الدعوى أو الطعن ، أو برفض المسألة الدستورية (كما في أسبانيا ، وإيطاليا ، وفرنسا ، ومصر)⁽⁴⁾ .
- أو إنها تقضي بقبول الدعوى والحكم بإلغاء النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته إما كلياً أو جزئياً ، إذ قد تنتهي المحكمة من بحثها للقانون إلى أن تتبين أن في جزء من أجزائه أو في بعضها تعارضاً مع نص من نصوص الدستور ، وترى مع ذلك إن سائر أجزائه خالية تماماً من كل عيب دستوري . فهي لا تملك في مثل هذه الحالة إلا القضاء بعدم دستورية الأجزاء المتعارضة مع الدستور وحدها ، أو إلغاء العمل التشريعي بتمامه ، و يكون في إحدى حالتين ، إما تعذر فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها أو قصور النصوص المتبقية عن الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته⁽⁵⁾ .

(1) د . عبد الغني بسيوني ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 550 .

- د . رافع خضر شبر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، نظرية الدستور ، ص 73 .

- د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، القضاء الدستوري شرعاً ووضعا ، مصدر سابق ، ص 306 .

(2) د . نبيلة عبد الحليم كامل ، مصدر سابق ، ص 45-48 .

(3) المستشار عز الدين الدناصوري ، و د . عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 27 .

(4) د . أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص 300 .

(5) د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 18 .

ومن تطبيقات هذه الصورة من الجزاء ، نجدها في الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية ، بمناسبة ممارستها اختصاصها في الرقابة على القوانين .

فقد أوكل المشرع الدستوري المصري ، في دستور مصر لعام 1971 اختصاص الرقابة على دستورية القوانين ، للمحكمة الدستورية العليا ، حيث يشمل اختصاصها الرقابة على جميع القوانين التي يشرعها مجلس الشعب المصري ، سواء منها القوانين العادية ، أم القوانين المكملة للدستور ، أم القوانين التي تمت الموافقة عليها بالاستفتاء الشعبي . وقد نظمها الدستور في المواد (174-178) ، السابقة الذكر ، وفي هذه النصوص لم يعالج الدستور المصري الأحكام التفصيلية للمحكمة الدستورية العليا ، ولم يبين أسلوب رقابتها لانحراف القوانين ولا كيفية تشكيلها أو الإجراءات المتبعة أمامها ، إلى غير ذلك من المسائل التي أكلها الدستور إلى القانون ، إلا إن المشرع العادي لم يضع خطاب المشرع الدستوري موضع التنفيذ إلا بعد قرابة ثمانية سنوات وذلك بإصداره قانون المحكمة الدستورية العليا (رقم 48 لسنة 1979) ، وينعقد الاختصاص للمحكمة بمراقبتها لدستورية القوانين في ثلاث حالات ، الإحالة ، والدفع الفرعي ، والتصدي⁽¹⁾.

وبعد وصول الدعوى للمحكمة الدستورية العليا ، بوصفها المحكمة المتخصصة في النظام الدستوري المصري ، والتي تملك أن تقرر دستورية القانون الطعين من عدمه ، فلهذه المحكمة أن ترد الدعوى بعدم قبولها ، ولها أن تقبلها وتصدر حكماً فيها ، وقد يكون حكمها بتقرير دستورية القانون المطعون عليه بعدم الدستورية ، أو أنها تحكم بعدم دستورية هذا القانون إذا ثبت لها ذلك⁽²⁾.

أما عن الأثر المترتب للحكم بعدم دستورية النص القانوني ، فقد اختلف الفقه فيما إذا كان الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يؤدي إلى إلغاء قوة هذا النص ، فيغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط التشريع من تشريعات الدولة ، أم إن الحكم بعدم الدستورية يؤدي فقط إلى الامتناع عن تطبيق هذا النص الذي تبين عدم دستوريته على النزاع المعروض على المحكمة ؟

(1) د . محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص 332 .

- د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص 9 .

- د . جورجى شفيق ساري ، أصول وأحكام القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 519 .

- د . رفعت عيد سيد ، مصدر سابق ، ص 315 وما بعدها .

- د . نبيلة عبد الحليم كامل ، مصدر سابق ، ص 171 وما بعدها .

(2) د . إبراهيم محمد درويش ، مصدر سابق ، ص 256 .

الفقه الدستوري في مصر قد انقسم إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول ذهب إلى إن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى الامتناع عن تطبيق النص من دون إلغائه . حيث يذهب الدكتور رمزي الشاعر ، إلى أنه لا يستفاد مما ورد في المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا ، وفي المذكرة الإيضاحية له أن المشرع قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون أو اللائحة ، وإنما يقتصر أثر هذا الحكم على عدم جواز تطبيق النص على الوقائع والمراكز القانونية التي يحكمها ، فالمحكمة الدستورية العليا ليست لها سلطة إلغاء القانون (أو اللائحة) المخالف للدستور وإنما لها مجرد تقرير ما شابه من عيب عدم الدستورية فقط . و حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتقرير عدم دستورية قانون أو لائحة معينة يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق هذا القانون أو تلك اللائحة . وإذا كان القانون أو القرار بقانون يبقى من الناحية النظرية المجردة قائماً حتى يلغيه المشرع ، فإن النص غير الدستوري يفقد قيمته من الناحية التطبيقية ، لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه إذا ما دفع امامها بعدم دستوريته في قضية أخرى ، إعمالاً للحجية المطلقة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون⁽¹⁾ .

في حين ذهب الاتجاه الثاني من الفقه إلى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي النص التشريعي ويبطله ومن أنصار هذا الاتجاه الدكتورة عزيزة الشريف إذ ترى أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي يبطله ويلغيه ويفقد النص قوته التشريعية ، وبالتالي لا يمكن للمحاكم أن تطبقه ، فالحكم يهدر القاعدة القانونية في كل ما نشأ عن تطبيقها من آثار⁽²⁾ .

أما الاتجاه الثالث من الفقه فيذهب إلى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي قوة نفاذ النص التشريعي ومن أنصار هذا الاتجاه الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل إذ ترى أن الحكم الصادر بعدم الدستورية لا يؤدي بذاته إلى إلغاء النص ، وإنما يقتصر أثره على إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته⁽³⁾ . كما يرى الدكتور عادل عمر شريف أن ما يترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية ، ونشره طبقاً لما أوجبه الدستور في المادة 178 منه ، وبينته المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا ، وما استقر عليه قضاء المحكمة هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم

(1) د . رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري، مصدر سابق ، ص 547.

- د . محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، مصدر سابق ، ص 172 ، 173 .

(2) د. عزيزة الشريف ، القضاء الدستوري المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990، ص117.

اشار اليه د. شعبان احمد رمضان ، مرجع سابق ، ص61 .

(3) د . نبيلة عبد الحليم ، مصدر سابق ، ص 240 .

دستوريته ، وهذا الأثر يتساوى عملاً مع الإلغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقاً للتحديد الذي رسمه المشرع ، بحيث لا يكون بوسع أية جهة تطبيقه خلافاً لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم دستوريته⁽¹⁾ .

وقد اطردت المحكمة الدستورية العليا على القضاء بأن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته⁽²⁾ .

حيث تنص المادة (3/49) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه "يترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم". وتطبيقاً لحكم نص المادة (49) ، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته⁽³⁾ .

والأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية – وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بسبب دستوري- تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم به جميع جهات القضاء سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته⁽⁴⁾ ، وهذا الحكم ملزم لجميع سلطات الدولة والكافة ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم مالم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر ، إلا إن الحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي ، لا يكون له في جميع الأحوال إلا اثر مباشر ، ولكن دون الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم الدستورية⁽⁵⁾ .

(1) عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 470 .

(2) ينظر في ذلك حكمها في الدعوى الدستورية رقم 49 لسنة 2 قضائية ، بتاريخ 1983 /10/5 . وحكمها في الدعوى الدستورية رقم 136 ، لسنة 5 قضائية بتاريخ 1984 /3/17 ، والدعوى الدستورية رقم 238 لسنة 5 قضائية بتاريخ 1984/4/7 . أشار إليه ، عادل عمر شريف ، مصدر سابق ، ص 470 .

(3) د . يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مصدر سابق ، ص 217 .

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 39 ، بتاريخ 1982/2/6 . أشار إليه د . إبراهيم محمد درويش ، القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 266 ، 267 .

(5) تنص المادة 49 الفقرة 3 ، من قانون المحكمة الدستورية العليا على إن " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم =

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية ، على عدم الاقتصار على فحص دستورية النص التشريعي أو اللائحي المطعون فيه ، في ضوء النصوص الدستورية التي ذكر المدعي إن النص المطعون فيه يخالفها ، ولكن المحكمة الدستورية العليا تستوثق من اتفاق أو تعارض النص

المطعون فيه مع الدستور منظورا إليه في مجموع أحكامه ، على ضوء الوحدة العضوية للنصوص الدستورية ، بما يكفل اتساقها وتكاملها فيما بينها ، وذلك على اعتبار أن الحل الدستوري للمسألة الدستورية المثارة لن يتأتى في مثل هذه الحالة وبحكم هذا الارتباط إلا على ضوء هذه النصوص الدستورية في مجموعها كوحدة قياس واحدة⁽¹⁾ .

وبناء على ذلك فإنها تقضي بعدم دستورية النص التشريعي أو اللائحي المطعون فيه إذا ثبت لديها أنه يتعارض مع نصوص واردة في الدستور ومختلفة عن النصوص التي ذكر المدعي إن النص المطعون فيه ينطوي على مخالفة لها⁽²⁾ .

كما لا تقتصر المحكمة في ممارستها للرقابة على دستورية القوانين ، على فحص دستورية النص المعروض عليها والمطعون بعدم دستوريته وحده ، وإنما تبسط رقابتها كذلك على النصوص الواردة في القانون المعروض عليها ، والمرتبطة بالنص الأصلي موضوع الطعن ارتباطا لا يقبل الانفصال ، وتستند سياسة المحكمة الدستورية العليا إلى طبيعة الدعوى الدستورية

=جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم" وقد صدر تعديل تشريعي للفقرة الثالثة ، تضمنه قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 168 لسنة 1998 بتعديل الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا واستبداله بنص جديد قرر مايلي:

"..ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم مالم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر ، على إن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا اثر مباشر وذلك دون الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص" ، ينظر في تفاصيل هذا التعديل والآراء المختلفة حوله :- عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية في مصر ، مصدر سابق ، د . رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، د . نبيلة عبد الحليم كامل ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، مصدر سابق د . إبراهيم محمد درويش ، القانون الدستوري ، مصدر سابق، د . شعبان احمد رمضان ، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، د . محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق .

(1) د . محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 580 .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 14 يناير 1995 ، القضية رقم 16 ، للسنة القضائية 15 ، اشار اليه : د . يسري محمد العصار ، مصدر سابق ، ص 36 وينظر في هذا الخصوص ايضا : المستشار عز الدين الدناصوري والدكتور عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 95- 96 .

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾ إن " قضاء هذه المحكمة قد جرى على إن هيمنتها على الخصومة الدستورية وتوجيهها لإجراءاتها ، وبمراعاة ما قصده المدعي منها ، يقتضيها أن تدخل في نطاق المسائل الدستورية التي تدعى للفصل فيها ما يكون من النصوص القانونية مرتبطين ارتباطا لازما بالنصوص المطعون عليها " ، بحيث يشمل نطاق الخصومة " النصوص المطعون عليها وما يرتبط بها ارتباطا لا يقبل التجزئة " ، وذلك على اعتبار أن " الأصل في النصوص القانونية التي تنتظمها وحدة الموضوع هو امتناع فصلها عن بعضها ، باعتبار أنها تكون فيما بينها وحدة عضوية تتكامل أجزاؤها ، وتتضافر معانيها ، وتحدد توجهاتها ، ليكون نسيجاً متآلفاً"⁽²⁾ .

ولا تتبع المحكمة الدستورية العليا سياسة واحدة إزاء ذلك ، فهي أحيانا تقضي بعدم دستورية هذه النصوص تبعا للحكم بعدم دستورية النص الأصلي ، وفي أحيان أخرى تقضي بسقوط هذه النصوص تبعا للحكم بعدم دستورية النص الأصلي . ومن أحكامها بعدم دستورية النصوص المرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة ، حكمها الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1997 القضية رقم 13 ، إذ قضت بعدم دستورية المادة 11 من القانون رقم 598 لسنة 1953 ، وكذلك قضت بعدم دستورية النصوص المرتبطة بها وهي المواد 14 الفقرة أولا وثانيا ، والمادة 15 ، كونها مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة⁽³⁾ . وقضت المحكمة الدستورية العليا في أحكام كثيرة بسقوط نصوص واردة في القانون المعروض عليها ومرتبطة بالنص الذي قضت بعدم دستوريته ، ارتباطا لا يقبل الانفصال ، وذلك في الحالات التي تفقد فيها هذه النصوص ، سبب وجودها وتصبح بدون مضمون نتيجة للحكم بعدم دستورية النص الأصلي الذي كان محلا للطعن ، وبعبارة أخرى فإن الحكم بعدم دستورية النص الأصلي يترتب عليه – بالتبعية- سقوط جميع النصوص المترتبة عليه ، والواردة في القانون ذاته والتي ترتبط في وجودها بوجود هذا النص ولا يتصور لها وجود منفصل عنه⁽⁴⁾

(1) د . يسري محمد العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص 51-52 .

(2) ينظر في ذلك الأحكام :

- قضية 34 لسنة 15ق-دستورية- 1996/3/2 – المجموعة – ج-قاعدة 30 – ص 531 .

- قضية 77 لسنة 19 ق- دستوري- 1998 /2/7 – الجريدة الرسمية العدد 8 في 19/2/1998 – ص 479 .

- قضية 14 لسنة 16ق- دستورية- 1996 /6/15 – المجموعة – ج- قاعدة 47-ص 731 .

أشار إليها : د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 581 .

(3) د . يسري محمد العصار ، المصدر السابق ، ص 61-64 .

(4) ينظر في ذلك :

- الحكم الصادر بتاريخ 14 من يناير 1995 بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون التأمين الاجتماعي رقم 79 لسنة 1975 ، وبسقوط ما يتصل بها من أحكام الفقرة الثانية من هذه المادة ذاتها .

- الحكم الصادر بتاريخ 3 فبراير 1996 بعدم دستورية المادة الثانية من قانون الضريبة على الاستهلاك رقم 133 لسنة 1981 وبسقوط النصوص المرتبطة بها .أشار إليه د. يسري محمد العصار ، مصدر سابق ، ص 73-74 .

المطلب الثالث

الامتناع عن تطبيق القانون

يكون جزاء عدم الدستورية في هذه الحالة ، هو إهمال القانون المنحرف عن الدستور ، عن طريق الامتناع عن تطبيقه ، حيث لا تقضي المحكمة في هذه الحالة ببطان التشريع المخالف للدستور أو إلغائه ، وإنما يقف سلطانها عند حد إهمال القاضي لحكم القانون غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه ، ولذلك فحكم المحكمة في هذه الحالة ذو حجية نسبية مقصورة على النزاع القائم ولا يقيد المحاكم الأخرى التي يكون لها أن تأخذ بالتشريع ذاته إذا رأت أنه لا يخالف الدستور ، وبالتالي فليس من شأن هذا الحكم أن يحول دون استمرار القانون ، أو أعمال حكمه في الأحوال التي يتسنى فيها ذلك⁽¹⁾ .

فالامتناع عن تطبيق القانون ، ليس من آثاره على الإطلاق إلغاء القانون غير الدستوري بالمعنى الفني للعبارة ، فهو لا يؤدي لإلغائه من النصوص الواردة بالمجموعة الرسمية للقوانين في الدولة ، كما أنه في الحالات التي يتقرر فيها الامتناع عن تطبيق القانون بوساطة إحدى المحاكم الدنيا فإن غيرها من سائر المحاكم الأخرى لا تكون ملزمة بذلك الحكم فيما يعرض عليها من دعاوى تتعلق بتطبيق القانون ، بل إن القاضي الذي أصدر حكمه بعدم تطبيق القانون بسبب عدم دستوريته على الدعوى المنظورة أمامه لا يتقيد هو نفسه في أية دعوى قادمة يضطلع بنظرها وتثير تطبيق نفس القانون بحكمه السابق إذ يستلزم ذلك دفع جديد يطرح أمامه بعدم الدستورية ليتولى النظر والفصل فيه غير متقيد بحكمه السابق⁽²⁾ .

وسلطة القاضي في الامتناع عن تطبيق القانون ، تفترض وجود قضية يراد فيها تطبيق القانون على أحد الأفراد ، فهذه السلطة تجعل القاضي بعيدا عن بحث دستورية القانون مالم يدفع الخصوم

أمامه بعدم الدستورية ، عن طريق ما يسمى بالدفع الفرعي ، وعلى ذلك فإن الأخذ بهذه السلطة يفترض أن الشخص الذي يرى أن قانونا معيناً قد شابه عيب الانحراف ، وأن له مصلحة مشروعة في منع تطبيقه لا يبادر إلى الطعن فيه وطلب إلغائه ، وإنما يترتب إلى أن يراد تطبيقه عليه في دعوى معينة يكون طرفاً فيها⁽³⁾ ، وعندئذ فقط يستطيع أن يدفع هذه المحاولة وأن يطلب من القاضي عدم تطبيق ذلك القانون في الدعوى المنظورة أمامه ، محتجاً بأن ذلك القانون قد تضمن مخالفة لأحكام الدستور ، وفي هذه الحالة لا يتدخل القاضي بإلغاء

(1) د . محمود عاطف ألبنا ، مصدر سابق ، ص 86 .
(2) د . بشير علي ألباز ، اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 26 .

(3) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 134 .
القانون عند التحقق من مخالفته للدستور ، ولكنه يمتنع فقط عن تطبيقه على النزاع المعروض عليه⁽¹⁾ . ويزداد أثر هذا النوع من السلطات التي تمنح للقضاء عند بحث دستورية القوانين في البلاد التي تأخذ بالسوابق القضائية ، إذ مقتضى هذا النظام إن كل محكمة تنقيد في قضائها بالمبادئ التي سارت عليها من قبل وبالمبادئ التي سارت عليها المحاكم الأعلى منها درجة ، وحتى في البلاد التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية فإن أثر هذا النوع من السلطات يزداد حينما يصدر الحكم بالامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري من المحكمة العليا في السلم القضائي عندما تبشر سلطتها في التعقيب على أحكام المحاكم الدنيا ، لأنه إذا كان مقتضى النظام القضائي في مثل هذه البلاد أنه يجوز لكل محكمة أن تقرر حكماً مخالفاً للحكم الذي أعطته محكمة أخرى ولو كانت أعلى منها ، فإن هذا لا ينفي الدور الأدبي الذي تحتله أحكام المحاكم العليا في السلم القضائي ، حيث يكون لهذه الأحكام أهمية كبرى بالنسبة لبقية المحاكم التي تلتزم بها خوفاً من إلغاء أحكامها⁽²⁾

وتدين نشأة هذا النوع من الجزاء على عدم دستورية القوانين ، للقضاء الأمريكي -وكما أوضحنا ذلك سابقاً - حيث لم تتردد المحاكم الأمريكية ، في الامتناع عن تطبيق القانون الذي ينحرف عن الدستور . فقد حرص القضاء الأمريكي منذ فجر ممارسته للرقابة على تأكيد موقفه السلبي ، من القوانين التي يقرر تعارضها مع نصوص الدستور ، فبين أنه لا يقضي ببطانها ولا بإلغائها على ما جرى به التعبير دائماً ، بل هو لا يرتب على مخالفتها للدستور أي جزاء عام يمسه في كيانها ، وإنما كل ما يفعله إذا اكتشف تعارضها مع الدستور ، أن يمتنع عن تطبيقها في خصوص النزاع المعروض أمامه ، مؤثراً طاعة النصوص الدستورية على التزام أوامر المشرع التي تخالفها وتخرج عن حدودها ، ويترتب على ذلك أن تقضي المحكمة في الخصومة الموضوعية متجاهلة تماماً وجود القانون المخالف للدستور⁽³⁾ . ولا تزال المحكمة تردد هذا المعنى في أحكامها العديدة ، من ذلك ما قرره عام 1936 في قضية بتلر حيث تقول " انه يجب ألا يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين ، إذ كثيراً ما يقال إن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور وهو قول غير صحيح ، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه لتحديد حقيقة ما بينهما من توافق أو تعارض ، فإذا فصلت في هذه المشكلة ورتبت عليها نتيجتها في خصوص الدعوى المعروضة

(1) د . رمزي طه الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 134 .
(2) د . رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 550 .
(3) د . إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 274 .

Kathleen M, Gerald Guntheer , constitutional law , op.cit, p29 . -

أمامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون⁽¹⁾ . إذن يتضح من ذلك ، إن مسلك القضاء الأمريكي ، هو أن تتوقف سلطته عند الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، فلا تملك المحاكم الأمريكية إبطال مثل هذا القانون أو إلغائه ، حيث يقتصر اثر الحكم على استبعاد ذلك القانون غير الدستوري حيث يظل القانون في ذاته قائماً إلى إن يعدله البرلمان أو يلغيه⁽²⁾. غير انه لما كان القضاء الأمريكي

يأخذ بنظام السوابق القضائية ، وهو ما يعني أن تنقيد كل محكمة بالحكم الذي سبق وأصدرته في مسألة معينة كما تنقيد به المحاكم التي في نفس درجتها والأدنى منها درجة ، فقد نتج عن ذلك أن الحكم الذي يصدر من المحكمة الاتحادية العليا – بحسبانها قمة الجهاز القضائي وصاحبة القول الفصل في دستورية القوانين – بعدم دستورية قانون معين والامتناع عن تطبيقه ، يكون ملزماً عملاً وقانوناً لكافة المحاكم الأخرى ، الأمر الذي من شأنه أن يجعل الامتناع عن تطبيق القانون من الناحية العملية وكأنه بمثابة إلغاء له⁽³⁾ .

ويمكن القول إن النظرية السائدة في الفقه والقضاء الأمريكي ، تسير بحسب أربعة مبادئ توجه اثر الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور :

المبدأ الأول : إن الحكم بعدم الدستورية لا يبطل القانون ، ولا يلغيه ولا ينشئ أي حالة قانونية جديدة متصلة به⁽⁴⁾ .

المبدأ الثاني : إن الحكم يكشف عن حقيقة العمل التشريعي المعروض على المحكمة ، وفي خصوصية هذا النزاع ، فإذا اكتشفت المحكمة إن ذلك العمل التشريعي يتعارض مع الدستور ، فمعنى ذلك أنه لم يكن قانوناً بالمدلول الفني لهذا الاصطلاح ، إذ يشترط حتى تكتسب أعمال البرلمان صفة القانون أن تكون صادرة في الحدود التي رسمها الدستور لها من الناحية الشكلية والموضوعية معا ، وقد عبرت المحكمة العليا عن هذه القاعدة ، في حكم لها صدر عام 1886 ، في قضية نورتون ، حيث نص حكمها على إن " التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الإطلاق ، فهو لا ينشئ حقوقاً ولا يرتب وجبات ولا يمنح حماية ، ولا ينشئ وظيفة وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً وكأنه لم يصدر أصلاً"⁽⁵⁾ .

(1) حكم المحكمة العليا بولاية فرجينيا الغربية في قضية : Shepherd v. wheeling, 30 W.V.A. 479 أشار إليه: د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، مرجع سابق ، ص 221 ، والدكتور إبراهيم محمد حسنين ، مصدر سابق ، ص 274 .

(2) د . حسن سيد احمد إسماعيل ، النظام السياسي للولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 ، ص 41 .

(3) د . شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 603 ، 604 .

(4) د . بشير علي ألباز ، مصدر سابق ، ص 30 .

(5) Albig William , modern public opinion m new yourk , 1956 , p 118-125 .

- د . هشام محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص 642 – 706

المبدأ الثالث : هذا الأثر الرجعي لا يمكن مع ذلك التسليم به على إطلاقه إذ لا يخفى إن القضاء على كافة الحقوق والواجبات الناشئة في ظل هذا القانون قبل القضاء بعدم دستوريته قد يكون له من الأضرار المادية والمعنوية ، وقد يثير من الإشكالات القانونية أضعاف ما قد يؤدي إليه بقاء القانون المخالف للدستور ، ولذلك لم يكن أمام المحكمة بد من التسليم بضرورة تقييد هذه القاعدة النظرية ، ومراعاة الوجود الفعلي للقانون ، وقد عبرت المحكمة العليا عن ضرورة هذا التقييد في حكم لها صدر عام 1940 ، قال فيه القاضي هيوز : إن الوجود المادي للقانون قبل أن يقضى بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها فليس من الحكمة في كثير من الأحوال أن تسدل المحكمة على الماضي ستارا من النسيان ، ولذلك يجب أن يعاد النظر في اثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الأوضاع والعلاقات التي نشأت في ظلّه"⁽¹⁾

المبدأ الرابع : تجزئة القانون عند الحكم بعدم دستورية جزء منه ، قد تنتهي المحكمة من بحثها للقانون إلى أن تتبين في جزء من أجزائه ، أو في بعضها تعارضاً مع نص من نصوص الدستور وترى مع ذلك إن سائر أجزائه خالية تماماً من كل شائبة دستورية ، فهنا جرت المحكمة على تقرير

قاعدة بديهية في هذا الشأن ، وهي أنها لا تملك إلا القضاء بعدم دستورية الأجزاء المتعارضة مع الدستور وحدها ، دون أن يمس حكمها سائر أجزاء القانون أو يتعرض لها ويدل استقراء الأحكام الكثيرة التي تعرضت لهذه المشكلة⁽²⁾ ، على أن المحكمة تعتمد في بحثها عن إمكانية الفصل بين أجزاء التشريع على معيار مزدوج ذي شقين : أحدهما موضوعي يتصل بنصوص القانون نفسها ، والآخر ذاتي متعلق بنية واضعي هذا القانون⁽¹⁾.

ومن أوضح الأحكام التي عبرت فيها المحكمة عن هذا المعيار المزدوج حكمها الصادر في عام 1924 في قضية *Dorchy v. Kansas* حيث قالت : " إن الجزء السليم من القانون لا يعتبر ممكن الانفصال عن الأجزاء المخالفة للدستور إلا إذا تحقق فيه شرطان : أولهما : أن يتضح انه

(1) د . بشير علي باز ، مصدر سابق ، ص 31 ، 32 . د . احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، مصدر سابق ، ص 312 .

(2) د . إبراهيم محمد حسنين ، مصدر سابق ، ص 280.

(1) ينظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Allen v. Louisiana*, 103 U.S.80 (1880) وفي نفس المعنى ينظر أحكام المحكمة الاتحادية العليا التالية:

Packet Co. v. Keokuk , 59 U.S. 80 (1877).

Penniman case , 103 U.S. 715 (1880).

Poindexter v. Green how , 114 U.S. 270 (1885)

Presser v. Illinois, 116 U.S. 252 (1880)

Berea College v. Kentucky , 211 U.S. 45 (1908)

اشار اليه : د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم

المصري، مرجع سابق ، ص 225 هامش (1)

يستطيع وحده إنتاج أثر قانوني . ثانيهما: أن يظهر أن المشرع لو علم بسقوط الأجزاء المخالفة للدستور لاختار مع ذلك بقاء هذا الجزء"⁽¹⁾. بيد أن المحكمة لم تلتزم في كثير من المناسبات هذا المعيار الذي وضعته لنفسها ، فأغفلت في كثير من الأحيان نية المشرع الحقيقية مستغلة في ذلك ، السلطة التقديرية الواسعة التي منحتها لنفسها بهذا المعيار المرن ، بحيث تتوصل إلى إبطال ما ترى إبطاله من نصوص القانون التي لا تتفق مع اتجاهها السياسي أو الاقتصادي ، إذ يكفيها لذلك أن تتصيد تعارض جزء صغير من أجزاء القانون مع الدستور لتقضي عليه كله بالبطان. وقد تصدى الكونغرس لسلطة المحكمة الواسعة في تقدير مدى الارتباط بين أجزاء التشريع لخطورتها على ما يشرعه من القوانين ، فلجأ إلى تضمين تشريعاته المهمة بما يسمى بشرط التجزئة (Clause of separability or severability) وهو ما يعني أن أجزاء القانون منفصل بعضها عن بعض بحيث لا يؤثر الحكم بعدم دستورية بعضاً منها على باقي أجزاء القانون الأخرى⁽²⁾. بيد أنها أخضعت هذا الشرط بدوره للفحص والتقدير . ومن المناسبات الهامة التي أهدرت فيها المحكمة قيمة " نص التجزئة " حكمها الصادر في عام 1936 في قضية *Carter Coal* ، وهو الحكم الذي قررت فيه عدم دستورية قانون الفحم المسمى بقانون جوفي *The Guffy act* وانتهت المحكمة إلى القضاء بعدم دستورية القانون في مجمله على الرغم من وجود شرط التجزئة⁽³⁾ . يتفق الفقهاء الأمريكيون ، على إن العمل الأكثر أهمية للمحكمة العليا هو تفسير وتنفيذ الدستور ، بحيث يحق لها أن تعلن عدم دستورية أي تشريع للكونغرس ، وبالتالي تلغيه ، فالسلطة التي تتمتع بها المحكمة العليا في ممارسة الرقابة القضائية على انحرافات البرلمان ، جعلت منها – على حد تعبير بعض الكتاب – أقوى محكمة قضائية في العالم ، فهي التي تملك أن تحدد – عن طريق ممارسة الرقابة – معنى الدستور تحديداً دقيقاً ، وان ممارسة تلك الرقابة وما يترتب عليها من أحكام تتعلق بالمسائل الدستورية ، تكون ملزمة للرئيس وللكونغرس ، وللولايات والشعب . فالمحكمة العليا ، هي صاحبة القرار النهائي لكل المسائل التي تقع ضمن اختصاص المحاكم الاتحادية ، التي تنشأ بموجب قوانين الكونغرس ، وتقرر المحكمة العليا عدم دستورية أي قانون محلي أو قانون ولاية أو قانون اتحادي ، وقد ألغت المحكمة العليا أكثر من (150) قانون اتحادي وأكثر من (1000) قانون من قوانين الولايات منذ عام 1789⁽⁴⁾.

- (1) د . بشير علي باز ، مصدر سابق ، ص 33-34 .
 - (2) د. شعبان احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص 206
 - (3) د . احمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين ، المصدر السابق ، ص 311 .
- Albig William , modern public opinion ,op .cit .p 339 .
- د. محمد انس قاسم جعفر ، مصدر سابق ، ص 141. د. بشير علي باز ، مصدر سابق ، ص 35-37 .
- (4) القاضي قاسم عبودي ، القضاء الاتحادي ، بحث منشور على موقع الكاتب العراقي www.iraqiartist.com ، 2008 .

المصادر

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : المعاجم والتفاسير

- 1- احمد بن محمد المقرئ ، المصباح المنير ، ط3 ، بيروت ، المكتبة العصرية ، 1999 .
- 2- الإمام الفخر الرازي ، التفسير الكبير ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، المجلد الأول ، 2001 .
- 3- الشيخ أبو علي الفضل الطبرسي ، مجمع البيان في تفسير القرآن ، ج1 ، ج2 ، منشورات دار مكتبة الحياة ، بيروت ، بلا سنة نشر .
- 4- الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل ، المجلد الأول ، ط1 ، بيروت ، مؤسسة البعثة ، 1992 .
- 5- جبران مسعود ، الرائد ، معجم الفبائي في اللغة ، ط3 ، لبنان ، دار العلم للملايين ، 2003 .
- 6- السيد محمد مرتضى بن محمد الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، المجلد الثاني عشر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2007 .
- 7- السيد محمد الحسني الشيرازي ، تقريب القرآن إلى الأذهان ، منشور على الموقع الالكتروني : www.holyquran.net
- 8- العلامة السيد محمد حسين الطباطبائي ، الميزان في تفسير القرآن ، ج1 ، مؤسسة الأعلى للمطبوعات ، بيروت ، 1997 .
- 9- لمعجم الوسيط ، ج1 ، بيروت : دار إحياء التراث ، بلا سنة نشر .
- 10- المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، 1995 .
- 11- المعجم العربي الميسر ، ط1 ، القاهرة ، دار الكتاب المصري ، 1991 .
- 12- محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، ط2 ، بيروت ، المكتبة العصرية ، 1996 .

ثالثاً : الكتب القانونية

- 1- د. إبراهيم درويش ، القانون الدستوري ، النظرية العامة – الرقابة الدستورية – أسس النظام الدستوري المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 .
- 2- د. إبراهيم عبد العزيز شبحا ، القانون الدستوري ، تحليل النظام المصري ، في ضوء المبادئ الدستورية العامة ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1983 .
- 3- د. إبراهيم عبد العزيز شبحا ، النظام الدستوري المصري ، ج2 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1993 .
- 4- د. إبراهيم عبد العزيز شبحا ، د. محمد رفعت عبد الوهاب ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 .
- 5- د. إبراهيم عبد العزيز شبحا ، القضاء الإداري ، دعوى الإلغاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 .
- 6- د. إبراهيم عبد العزيز شبحا ، المبادئ الدستورية العامة ، ماهية الدساتير وموقفها من قضيتي السلطة والحرية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 .
- 7- د. إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، دار المعارف ، الإسكندرية ، 2000 .
- 8- د. إحسان ألفتريجي والدكتور كطران زغير نعمة والدكتور رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ط2 ، 2007 .
- 9- أحلام مرسي علي ومحمد رشاد عبد الوهاب ، دستور جمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له ط11 ، المطابع الأميرية ، القاهرة ، 2008 .
- 10- د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، 2000 .
- 11- د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، القاهرة : مكتبة النهضة المصرية ، 1960 .

- 12- أحمد هبة ، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية ، ط1 ، المطبعة الفنية ، القاهرة ، 1988 .
- 13- د . ادمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري العام ، ج2 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1965 .
- 14- د . إسماعيل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، دار الملاك للفنون والآداب والنشر ، بغداد ، 2004 .
- 15- القانون الأساسي مع تعديلاته ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1953 .
- 16- د . أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2002 .
- 17- أندريه هوريو ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، ج1 ، الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت ، 1974 .
- 18- د . بشار عبد الهادي ، التفويض في الاختصاص ، دراسة مقارنة ، ط1 ، عمان : دار الفرقان ، 1982 .
- 19- د . بشير علي ألباز ، اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2005 .
- 20- د . حسن سيد احمد إسماعيل ، النظام السياسي للولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1977 .
- 21- د . حسان شفيق العاني ، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2007 .
- 22- حسين عذاب السكيني ، الموضوعات الخلافية في الدستور العراقي ، (دراسة قانونية ورؤية سياسية) ، ج2 ، العلاقة بين الدين والدولة ، ط1 ، الغدير للطباعة ، البصرة ، 2008 .
- 23- جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 .
- 24- د . جابر جاد نصار ، الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 .
- 25- د . جورج شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- 26- د . جورج شفيق ساري ، أصول وأحكام القانون الدستوري ، ط4 ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2003 .
- 27- د . داوود ألباز ، حق المشاركة في الحياة السياسية ، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، 2006 .
- 28- د . داوود مراد حسين ، سلطات الرئيس الأمريكي بين النص الدستوري والواقع العملي ، ط1 ، بغداد ، مركز الكتاب الأكاديمي ، 2006 .
- 29- د . رأفت دسوقي ، هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 .
- 30- د . رأفت فودة ، الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- 31- د . رأفت فودة ، ثنائية السلطة التنفيذية بين الشكل والموضوع في دستور 1971 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
- 32- د . رافع خضر شبر ، النظرية العامة في القانون الدستوري ، محاضرات مخصصة لطلبة القانون الدراسة الأولية ، 2006 .
- 33- د . رافع خضر شبر ، محتوى القواعد الدستورية ، محاضرات لطلبة الدراسات العليا ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2005-2006 .
- 34- د . رعد ناجي الجدة ، التطورات الدستورية في العراق ، بيت الحكمة ، بغداد ، 2004 .
- 35- د . رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .
- 36- د . رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، مطبعة التيسير ، القاهرة ، 2004 .
- 37- د . رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، ط5 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .
- 38- د . زهير شكر ، الوسيط في القانون الدستوري ، ج1 ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية (النظرية العامة والدول الكبرى) ، ط3 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بلا سنة نشر .
- 39- د . سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1996 .
- 40- د . سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 .
- 41- د . سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا ط2 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 .
- 42- د . سعاد الشرقاوي ، د . عبد الله ناصف ، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994 .
- 43- د . سعد عصفور ، النظام الدستوري المصري ، دستور 1971 ، الإسكندرية: منشأة المعارف ، 1980 .
- 44- د . سعد عصفور ، القانون الدستوري ، القاهرة ، 1954 .
- 45- د . سليمان الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي ، ط5 ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1986 .
- 46- د . شعبان احمد رمضان ، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2000 .
- 47- د . صبري محمد السنوسي ، الدور السياسي للبرلمان في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .

- 48- د . صلاح الدين فوزي ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1995 ،
49 - د . صلاح الدين فوزي ، المجلس الدستوري الفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 .
50- د. طعيمة الجرف ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطور النظام السياسي والدستوري في مصر المعاصرة ، ط3 ،
دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .
51 - د . طعيمة الجرف ، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1973 .
52- د . عادل الطباطبائي ، السلطة التشريعية في دول الخليج العربي، منشورات مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية،
الكويت ، 1985 .
53- د . عاطف ألبن ، الوجيز في القانون الدستوري ، بلا مكان نشر ، بلا سنة نشر .
54- د . عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، مطبعة الآداب ، النجف ،
1972 .
55- د . عبد الحميد ألسواربي ، المستشار عز الدين الدناصوري ، الدعوى الدستورية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ،
2002 .
56- د . عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ط6 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1989 .
57- د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، ط1 ، بلا مكان نشر ،
2004 .
58- د . عبد العظيم عبد السلام ، الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
2001 .
59- د . عبد العليم عبد المجيد ، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر .
60- د . عبد الغني بسيوني ، النظم السياسية ، أسس التنظيم السياسي ، منشأة المعارف ، 1990 .
61- د . عبد الغني بسيوني ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004 .
62- د . عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية ، ط1 ، (الإسكندرية) ، 1961 .
63- د . عبد الله محمد حسين ، الحرية الشخصية في مصر ، مكتبة الجامعة الأردنية ، 1998 .
64- د . عبد الكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، عمان ، دار الثقافة ، 2001 .
65- د . عثمان خليل عثمان ، القانون الدستوري ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1940 .
66- د . عثمان خليل عثمان ، المبادئ الدستورية العامة ، مطبعة عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1943 .
67- د . عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، 1971 .
68- د . عصمت عبد الله الشيخ ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير في ضوء الفكرة السياسية السائدة لدى
أفراد المجتمع السياسي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .
69- د . علي الصاوي ، مستقبل البرلمان في العالم العربي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2000 .
70- د . عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ط1، دار الفكر العربي ،
القاهرة ، 1980 .
71- غريغ راسيل ، الدستورية : أميركا وما يتعدها ، منشورات وزارة الخارجية الأمريكية ، مكتب برامج الإعلام
الخارجي ، بلا سنة نشر .
72- غوردون موريس باكين ، سن القوانين في مجتمع ديمقراطي ، منشورات وزارة الخارجية الأمريكية ، مكتب برامج
الإعلام الخارجي ، بلا سنة نشر .
73- د . فاروق عبد البر ، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات ، ج1 ، 1988 .
74- د . فاروق عبد الكريم ، الآثار المترتبة على كون الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع ، دراسات دستورية
عراقية ، كلية الحقوق ، جامعة ديوبول ، ط1 ، 2005 ،
75- د . فتحي فكري ، القانون الدستوري، (المبادئ الدستورية العامة) ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
2000 .
76- د . فتحي فكري ، القانون الدستوري ، (النظام الحزبي – سلطات الحكم في دستور 1971) الكتاب الثاني ، دار
النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
77- د . فتحي فكري ، وجيز القانون البرلماني في مصر ، ناس للطباعة ، القاهرة ، 2006 .
78- د . ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، الإسكندرية : دار المطبوعات والمعرفة الجامعية ، 2003 .
79- د . ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، الإسكندرية ، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية ، 2003 .
80- د . ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004 .
81- د . محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، بلا مكان نشر ، 1987 .
82- د . محسن خليل، النظام الدستوري المصري، الجزء الثاني، 1988 .
83- د . محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1987 .

- 84- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، 2008 .
- 85- د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، سيادة الدستور وضمان تطبيقه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 .
- 86- د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، القضاء الدستوري شرعا ووضعا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر
- 87- موريس دو فرجيه ، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري ، الانظمة السياسية الكبرى ، ترجمة د. جورج سعد ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1992 .
- 88- د. محمد كامل ليلة ، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي ، بلا سنة نشر .
- 89- مورتمر ج. ادلر ، الدستور الأمريكي ، أفكاره ومثله ، ترجمة صادق إبراهيم عودة، مركز الكتب الأردني ، عمان ، 1989 .
- 90- د. محمد فؤاد عبد الباسط ، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2002 .
- 91- د. محمد انس قاسم جعفر ، الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة تطبيقية ، ط2 ، القاهرة : دار النهضة العربية، 1999 .
- 92- د. محمد صلاح عبد البديع ، قضاء الدستورية في مصر، ط3 ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2004 .
- 93- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، رقابة دستورية القوانين ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، 2008 .
- 94- د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، قضاء الإلغاء ، ط1 ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 ،
- 95- د. محمد المنجي ، دعوى عدم الدستورية ، ط1 ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2002 .
- 96- د. محمود احمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ، ط2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .
- 97- د. محمد عبد أعال السناري ، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة (دراسة مقارنة) ، مطبعة الإسرائ ، القاهرة ، بلا تاريخ النشر .
- 98- د. محمد المجنوب ، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان ، ط4 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2002 .
- 99- د. منذر الشاوي ، الاقتراع السياسي ، منشورات العدالة ، بغداد ، 2001 .
- 100- د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري (نظرية الدستور) ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، 1980 .
- 101- د. منير عبد المجيد ، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2001 .
- 102- نبيل عبد الرحمن حياوي ، ضمانات الدستور ، ط2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 .
- 103- موجز نظام الحكم الأمريكي ، منشورات وزارة الخارجية الأمريكية ، بلا سنة نشر .
- 104- د. نبيلة عبد الحليم كامل ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 .
- 105- د. نعمان احمد الخطيب ، الوجيز في النظم السياسية ، بلا مكان نشر ، 1999 .
- 106- د. نعمان احمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2004 .
- 107- د. نعيم عطية ، في النظرية العامة للحريات الفردية ، القاهرة ، الدار القومية ، 1965 .
- 108- هنري روسيون ، المجلس الدستوري ، ترجمة د. محمد وطفة ، بيروت ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، 2001 .
- 109- د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر ، القاهرة، دار النهضة العربية ، 2006 .
- 110- د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1990 .
- 111- د. يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري ، وبعض تطبيقاتها المعاصرة ، ط4 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .
- 112- د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .
- 113- د. يسري محمد العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، دراسة تحليلية لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1999 .

رابعاً : الرسائل القانونية

1- رسائل الدكتوراه

- 1- احمد محمد أمين ، حدود السلطة التشريعية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2001 .

- 2- حنفي علي ألبجالي ، المسؤولية عن القوانين ، دراسة مقارنة - ، كلية الحقوق – جامعة عين شمس - ، 1987.
- 3- جابر سعيد حسن ، الضمانات الأساسية للحريات العامة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1991 .
- 4- رافع خضر شبر ، الحق في حرمة المسكن ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد .
- 5 - عادل عمر شريف، قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، 1988 .
- 13- عادل أبو النجا ، دور رئيس الدولة في النظم الدستورية المعاصرة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، 1999 .
- 14- عبد العزيز محمد سالم ، رقابة دستورية القوانين ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1994 .
- 15- عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001 .
- 16- مها بهجت يونس ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2006 .
- 10- نهى الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة القاهرة ، 1985 .

2- رسائل الماجستير

- 1- كوثر عبد الهادي ، التنظيم الدستوري لعلاقة الفرد بالدولة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2007 ، ص 268 .
- 2- زياد محمد هادي ، جزاء مخالفة القاعدة الدستورية ، رسالة ماجستير ، قانون بغداد ، 2001 .
- 3- حارث أديب إبراهيم ، تقييد ممارسة الحريات الشخصية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل، 2003
- 4- محمد فرج الفقي ، رقابة دستورية القوانين في ليبيا - دراسة مقارنة - ، كلية الحقوق – جامعة عين شمس - ، 1998 .

خامسا : البحوث والمقالات

- 1- د. أحمد كمال أبو المجد ، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر ، مجلة الدستورية ، تصدرها المحكمة الدستورية العليا ، العدد الأول ، السنة الأولى ، القاهرة ، يناير 2003 .
- 2- التقرير المبدئي المقدم إلى مؤتمر الدول الأطراف في الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد ، إصدار ائتلاف النزاهة والشفافية من أجل نفاذ الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد ، القاهرة ، يناير 2008 .
- 3- المؤسسة التشريعية وضرورة التفعيل ، بحث منشور للمنظمة المصرية لحقوق الإنسان، 2007.
- 4- القاضي قاسم عبودي ، القضاء الاتحادي ، بحث منشور على موقع الكاتب العراقي www.iraqiartist.com ، 2008 .
- 5- حازم يونس ، "الخدمات" .. بطاقة المرور لبرلمان مصر ، مقال منشور على صفحة نماء ، موقع إسلام أونلاين ، www.islamonline.com
- 6- حقوق الإنسان ، محاضرات مخصصة لطلبة المراحل الأولى في كليات العراق 2005-2006 أعداد: الدكتور علاء عبد الحسن العنزي ، والدكتور علي هادي الشكراوي ، والدكتور إسماعيل صمصاع البديري، إشراف الدكتور رافع خضر شبر.
- 7- سامي العسكري ، عضو مجلس النواب الحالي ، قراءة في أداء مجلس النواب العراقي، موقع قناة العالم، www.alalam.com
- 8- د. سيد صبري ، الرقابة على دستورية القوانين ، بحث منشور ، مجلة القضاء ، العدد الخامس ، 1958 .
- 9- د. عزة وهبة ، الأداء التشريعي للمجالس التشريعية العربية ، منشورات برنامج إدارة الحكم في الدول العربية ، Pogar ، 2000 .
- 10- د. علي هادي الشكراوي، محاور أساسية من دستور العراق لعام 2005، محاضرات مخصصة لطلبة كلية القانون ، جامعة بابل ، نيسان 2007 .
- 11- د . عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، السنة الثالثة ، يناير 1952 .
- 12- د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور ، بحث منشور ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، السنة الثامنة ، 1958- 1959 .

- 13- غسان حسن داوود ، إلغاء القرار الإداري لعدم المشروعية ، بحث منشور ، مجلة العدالة ، العدد الأول ، 1999 .
- 14- هيكالية مجلس النواب ودوره في الحياة العامة ، المنظمة العراقية لتنسيق حقوق الإنسان ، IOH .
- 15- د. مازن ليلو راضي ، ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق ، بحث منشور على موقع الجامعة العربية المفتوحة في الدنمارك ، 2007 .
- 16- منتصر الإمارة ، رئيس اتحاد البرلمانين العراقيين ، كيف يعمل البرلمان العراقي ، مقال منشور على جريدة الشرق الأوسط ، آب ، 2007.
- 17- د . منذر الشاوي ، معنى الرقابة على دستورية القوانين ، مجلة القضاء ، العدد الأول ، السنة الخامسة والعشرون ، كانون الثاني – شباط – آذار 1970 .
- 18- نيكولاس كريستوف ، مساوئ الديمقراطية ، مقال منشور في جريدة الشرق الأوسط ، العدد 10475 ، 3 / 8 / 2007 .

سادسا : الدساتير

1 – الدساتير العراقية.

- 1- دستور العراق لعام 1925.
- 2- دستور العراق لعام 1958.
- 3- دستور العراق لعام 1968 .
- 4- دستور العراق لعام 1970.
- 5- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية 2004 .
- 6- دستور العراق الدائم لعام 2005 .

ب- الدساتير العربية والأجنبية .

- 1- الدستور الأمريكي لعام 1787 .
- 2- الدستور السويسري لعام 1874 .
- 3- الدستور اللبناني لعام 1926.
- 4- دستور أسبانيا لعام 1931.
- 5- دستور كوبا لعام 1934 .
- 6- الدستور الفرنسي لعام 1946 .
- 7- الدستور الألماني لعام 1949 .
- 8- الدستور الفرنسي لعام 1958.
- 9- الدستور التونسي لعام 1959 .
- 10- الدستور الإماراتي لعام 1971 .
- 11- الدستور المصري لعام 1971 .
- 12- الدستور السوداني لعام 1973 .
- 13- الدستور السوفيتي لعام 1977 .
- 14- الدستور الصيني لعام 1982.
- 15- الدستور الموريتاني لعام 1991.
- 16- الدستور السويسري لعام 1999.

سابعا : القوانين والأنظمة الداخلية

- 1- قانون المحكمة العليا المصرية الصادر سنة 1969 .
- 2- قانون مجلس الشعب المصري رقم (38) لسنة 1972 .
- 3- قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972.
- 4- اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري .
- 5- قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (48) لسنة 1979 .
- 6- قانون المجلس الدستوري اللبناني رقم (250) لسنة 1993 .

- 7- قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (30) لسنة 2005 .
8- النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي.

ثامنا : المصادر الأجنبية

- 1- Albigh William , modern public opinion new York , 1956
- 2- constitution for the united states contents of the constitution Jrang publication , 2007 .
- 3- Constitution For The United States , it's sources and application ,(barefoot), 1996 ,2006.
- 4- Executive Branch ,Powers of the Presidency, US.INFO publications, chapter 3.
- 5- Giovanni Sartori ,Comparative Constitutional Engineering, second Edition ,New York, university press, 1997.
- 6- Internal Organization of the Legislative Branch , UNDP programs 2006 .
- 7- James Q. Wilson , American Government , institutions and policies , 6 Ed , D.C. Heath and company , 2000 .
- 8- Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther , Constitutional law , 15 E . NEW YORK , 2004 ,
- 9- Louis Fisher , Deciding on War Against Iraq, Institutional Failures ,(political science quarterly) 2003, p 404.
- 10- Legislative Committee System, undp programs , 2006 . 11- Michael G .Roskin & Robert L . Cord , Political Science , 5 E, USA, 1994,
- 12- National Democratic Institute for international affairs, Committees in legislature: a division of labor. 2005.
- 13 - Nicolas Heidorn , Veto , the Independent institute, 2008 .
- 14- occasions when vice presidents have voted to break tie votes in the senate , table 6-1 from senate historical office , www.senate.gov
- 15- Paul Arnold, How America be Governed, Jason stern, USINFO.STATE.GOV.2006.
- 16- political Parties in the legislature, [http:// magnet .undp.org](http://magnet.undp.org).
- 17 - Supreme Court of the United States , from Wikipedia , the free encyclopedia , [www. wikipedia.com](http://www.wikipedia.com).

18 - US senate reference home, the constitution of united state (preamble) .

www.Senate.gove .

تاسعا : المواقع الرسمية الالكترونية.

- 1- موقع مجلس الشعب المصري www.parliament.gov.eg
- 2- موقع مجلس النواب العراقي www.coriraq.com
- 3- موقع مجلس الشيوخ الأمريكي www.Senate.gov
- 4- موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية www.hccourt.gov.eg