

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة

إعداد

فادي بلال عبد الله برمبو

إشراف

د. محمد شراقة

د. أنور جانم

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام،
بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين.

2018

دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة

إعداد

فادي بلال عبد الله برمبو

نُوقِشتْ هذه الأطروحة بتاريخ: 17 / 9 / 2018م، وأُجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

..... د. محمد شراقة / مشرفاً ورئيساً

..... د. انور جانم / مشرفاً ثانياً

..... د. رائد ابو بدوية / ممتحناً خارجياً

..... د. رائد طه / ممتحناً داخلياً

الإهداء

إلى من علمني الصمود مهما تبدلت الظروف، إلى من لا تقدر على وصف
عطائه كل المروف
أبي

إلى التي هدتني وأنطقني ورعتني ، إلى من أنارت لي درب النجاة و
علمتني معنى الكفاح

إلى من شقيت وتعبت وأعطت دون أن تكل أو تمل أو ترتاح
أمي

إلى مدللتي، أختي

إلى إخوتي

إلى ذلك السبب الذي لم يكن في يوم مجرد عابر سبيل، إلى ذلك السبب الذي لم
يترك في يوم إلا كل أثر جميل، إلى ذلك السبب الذي لم يكن ضيفا وكان يأبى
الرحيل

إلى من هم أكرم منا جميعا، إلى روح الشهداء

إلى من ناضلوا وضحوا وأفنوا زهرة شبابهم في سبيل وطنهم، إلى أسرى
فلسطين البواسل

فادي

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد ..

فإنني أشكر الله تعالى على فضله وكرمه الذي أتاح لي إنجاز هذا العمل، فله الحمد أولاً وأخيراً، كما أقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتي الذين قاموا بالإشراف على هذا البحث ممثلين بالأستاذ الدكتور محمد شراقة والأستاذ الدكتور أنور جهانم، و إلى كل من ساهم في إنجاز هذا البحث، وإلى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاف الوطنية على ما قدمته ولا زالت تقدمه في سبيل العلم والمعرفة.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان

الحماية المدنية للمستهلك من الدعاية المضللة دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة

أقر بأن ما شملت عليه الرسالة هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد،
وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى
أي مؤسسة علمية أو بحثية

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degrees or qualifications.

Student's Name:

اسم الطالب: فادي بلال عبد الله برمبو

Signature

التوقيع:

Date

التاريخ: 2018 / 9 / 17

فهرس المحتويات

ج.....	الإهداء
د.....	الشكر والتقدير
ه.....	الإقرار
و.....	فهرس المحتويات
ي.....	الملخص
1.....	المقدمة
3.....	أهداف الدراسة
4.....	أهمية الدراسة
5.....	مشكلة الدراسة
5.....	منهج الدراسة
5.....	خطة الدراسة
6.....	الفصل الأول
6.....	ماهية الرقابة الدستورية ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة
7.....	المبحث الأول: ماهية الرقابة الدستورية ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة
7.....	المطلب الأول: مفهوم الرقابة الدستورية
7.....	الفرع الأول: لمحة تاريخية عن القضاء الدستوري ومراحل تطوره
9.....	أولاً: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية
12.....	ثانياً: الرقابة على دستورية القوانين في مصر

الفرع الثاني: تعريف الرقابة على دستورية القوانين وبيان الدور الذي يلعبه مبدأ سمو	
الداستير في تحقيق هذه الرقابة.....	15
أولاً: الدستور	15
ثانياً: الرقابة الدستورية.....	18
ثالثاً: الدور الذي يلعبه مبدأ سمو الدساتير في تحقيق الرقابة الدستورية.....	20
المطلب الثاني: أهمية الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة.....	28
الفرع الأول: حقوق الإنسان وحرياته العامة من حيث النشأة والتعريف والمصادر.....	28
أولاً: دور الإسلام في نشأة حقوق الإنسان.....	29
ثانياً: دور إعلانات الحقوق والوثائق الإنجليزية في نشأة حقوق الإنسان:.....	30
ثالثاً: دور إعلان الحقوق الفرنسي في نشأة حقوق الإنسان.....	31
الفرع الثاني: آليات حماية المحكمة الدستورية العليا لحقوق الإنسان وحرياته العامة... ..	39
المبحث الثاني: أنواع الرقابة على دستورية القوانين.....	49
المطلب الأول: الرقابة القضائية.....	49
الفرع الأول: ماهية الرقابة القضائية.....	50
أولاً: الرقابة القضائية قبل إنشاء المحكمة الدستورية المصرية العليا:.....	50
ثانياً: الرقابة القضائية بعد إنشاء المحكمة الدستورية المصرية العليا:.....	52
الفرع الثاني: صور الرقابة القضائية.....	54
أولاً: رقابة الامتناع.....	54
ثانياً: رقابة الإلغاء.....	55

56	ثالثا: الرقابة المركزية والرقابة اللامركزية.....
58	المطلب الثاني: الرقابة السياسية.....
58	الفرع الأول: ماهية الرقابة السياسية.....
60	أولا: اللجنة الدستورية.....
62	ثانيا: المجلس الدستوري.....
	الفرع الثاني: تقدير الرقابة على دستورية القوانين والمفارقة فيما بين الرقابة السياسية
66	والرقابة القضائية.....
67	أولا: تقدير الرقابة السياسية.....
70	ثانيا: تقدير الرقابة القضائية.....
73	الفصل الثاني.....
73	دراسة تطبيقية حول المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.....
73	المبحث الأول: المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من حيث النشأة والتشكيل.....
73	المطلب الأول: نشأة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.....
73	الفرع الأول: الرقابة الدستورية في الواقع الفلسطيني وموقف القضاء من هذه الرقابة. .
77	الفرع الثاني: لمحة تاريخية عن نشأة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.....
80	المطلب الثاني: هيكلية المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.....
80	الفرع الأول: آلية تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.....
	الفرع الثاني: آلية اختيار وتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ومراكزهم
83	القانونية.....

المبحث الثاني: الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية و حجية القرارات	
الصادرة عنها	88
المطلب الأول: رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على دستورية القوانين واللوائح	88
الفرع الأول: الوسائل التي من خلالها يتم ممارسة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية	
لرقابتها على دستورية القوانين واللوائح.....	88
أولاً: تحريك الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية	88
ثانياً: تحريك الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي:.....	93
ثالثاً: الإحالة	98
رابعاً: التصدي.....	103
الفرع الثاني: تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق	
السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها.....	104
المطلب الثاني: إجراءات الدعوى الدستورية والأحكام الصادرة فيها.....	111
الفرع الأول: الإجراءات المتبعة في رفع وقيد ونظر الدعوى الدستورية	111
الفرع الثاني: الأثر القانوني للقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا	115
الخاتمة	122
النتائج والتوصيات.....	124
المصادر والمراجع.....	127
Abstract.....	B.

دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة

إعداد

فادي بلال عبد الله برمبو

إشراف

د. محمد شراقة

د. أنور جانم

الملخص

يحظى موضوع القضاء الدستوري وتحديد دور المحكمة الدستورية في ترسيخ القواعد القانونية والحريات العامة باهتمام كبير، ليس فقط على الصعيد المحلي وإنما على الصعيد الدولي، إذ ليس هناك اختلاف بين المنظومات القانونية على أن القانون الدستوري هو القانون الأسمى في الدولة، حيث أنه هو المعبر عن وجدان الأمة وثوابتها من دين ولغة وثقافة ومبادئ حكم وحقوق إنسان، الأمر الذي يجعله بعيدا عن المساس به أو التناول عليه، ويسعى الباحث من خلال هذا البحث إلى بيان أهمية القضاء الدستوري وخصوصا آليات الرقابة الدستورية في ترسيخ القواعد القانونية وضمان صونها و احترامها، هذا بالإضافة إلى بيان أهمية وجود محاكم دستورية تسعى إلى تحقيق مبدأ سمو الدستور وتطبيقه على أرض الواقع حتى لا يبقى مجرد حبر على ورق.

ويطرح الفصل الأول موضوع القضاء الدستوري والحقوق والحريات العامة، إذ سيتطرق المبحث الأول إلى ماهية القضاء الدستوري من حيث النشأة والمراحل التاريخية و المفهوم، هذا بالإضافة إلى توضيح ماهية الحقوق والحريات العامة وبيان مصادرها، أما المبحث الثاني فإنه سيعمل على توضيح أهم المبادئ التي يقوم عليها القضاء الدستوري، وفي الفصل الثاني سيتم التطرق إلى الاختصاصات التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا وذلك سواء من حيث الرقابة القضائية الدستورية أو الدور الذي تقوم به في سبيل حماية الحقوق والحريات العامة وهذا في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فسيتم الحديث عن المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا سواء من حيث النشأة أو التشكيل أو من حيث الرقابة التي تمارسها على دستورية القوانين.

المقدمة

إن اتساع مجالات نشاطات الدولة اليوم في اطار تعميق مفهوم الديمقراطية، يرتب العديد من الالتزامات والحقوق للفرد والدولة في آن واحد، تلك الالتزامات والحقوق هي الصيغة الحضارية الحالية لمفهوم الصراع بين الحاكم والمحكوم في بعض الأنظمة السياسية، والتي تترجم في لغة القانون حالياً بالقواعد العليا، وهي التي تبين كيفية ممارسة السيادة الشعبية، وتفرض على الحاكم وتحدد سلطته وتبين له الحدود التي يجب أن يلتزم بها، و توضح له الوظائف التي يقع على عاتقه تحقيقها، هذه القواعد هي ما تسمى بالقواعد الدستورية أو القانون الدستوري.¹

ويقتضي تعريف القانون الدستوري تحديد معنى القانون ثم معنى الدستوري، فالقانون هو جملة من القواعد التي تنظم السلوك داخل المجموعة البشرية فهو القواعد الأخلاقية والدينية في كونها ملزمة أي أن مخالفتها تؤدي إلى العقاب القانوني، فيجب على الجميع احترامها احتراماً تفرضه السلطة العامة بالقوة عند الضرورة.

أما إضافة الدستوري للقانون فلها معنيان: الأول شكلي ويعني وثيقة مكتوبة صادرة عن أعلى سلطة في الدولة تسمى السلطة التأسيسية الأصلية، وتشمل هذه الوثيقة أهم القواعد القانونية في الدولة والمتعلقة بتنظيم السلطة السياسية وانتقالها وعلاقتها بالأفراد في الدولة.

أما المعنى المادي للدستور فيقصد به مجموع القواعد القانونية مهما كان شكلها والتي تحدد تنظيم السلطة السياسية وانتقالها وعلاقتها بالأفراد في الدولة.

هذا ما يحيل إلى تعريف القانون الدستوري على أساس كونه فرعاً من فروع القانون يشمل جملة القواعد القانونية التي تضبط تنظيم السلطة السياسية وممارستها وانتقالها وعلاقتها بالأفراد في الدولة.

ونتيجة لكل ذلك فإن الدستور يتبوأ مكان الصدارة على غيره من القواعد التي تنظم المجتمع، ولهذا يعرف الدستور بأنه القانون الأسمى أو الأعلى في الدولة.

¹ د/ الخطيب، نعمان أحمد: مبادئ القانون الدستوري. الكرك: جامعة مؤتة، 1993م.

وضمامنا لاحترام سمو الدستور كان لا بد من البحث عن وسيلة معينة تضمن عدم مخالفة أحكام الدستور - من جانب السلطات العامة - وترتيب جزاء في حالة المخالفة، وقد اتجهت أغلب الدول إلى تقرير وتنظيم الرقابة على دستورية القوانين - صراحة أو ضمناً - وإن اختلفت فيما بينها من زاويتين، الأولى كون أن هذه الرقابة سابقة أم لاحقة على صدور التشريع العادي، فلا شك أن الرقابة السابقة تمنع الكثير من المشاكل الناجمة عن تطبيق القانون، أما الرقابة اللاحقة فهي في الحقيقة التي تكشف عيوب التشريع من خلال تطبيقه، وأما الثانية فهي الجهة التي تمارس هذه المهمة الخطيرة والدقيقة، فهل من الأنسب أن تتولاها هيئة قضائية على أساس أن رجال القضاء أقدر من غيرهم على القيام بهذه المهمة باعتبارها مسألة تتعلق بتطبيق القانون، أم تتولاها هيئة ذات طابع سياسي تحقيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ومنعاً للحساسية بين المشرع والسلطة القضائية.¹

وتظهر أهمية الدستور من مدى حساسية المواضيع التي يتناولها، كذلك يمكن الاستدلال على مدى الحرص الكبير على حماية الدستور من النصوص العقابية التي تحمي الدستور من العبث وتقرر عقوبات على من يسعى لذلك، وهذا ما نراه جلياً في نص المادة 136 من قانون العقوبات الأردني حيث تنص على ما يلي "يعاقب بالإعدام كل من يعمل على تغيير دستور الدولة بطرق غير مشروعة" وكذلك نص المادة 138 من قانون العقوبات حيث تنص على ما يلي "الاعتداء الذي يقصد منه منع السلطات القائمة بتن ممارسة وظائفها المستمدة من الدستور، يعاقب عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة"²

وتصل إلى حماية دساتير الدول الأخرى وهذا ما نصت عليه المادة 119 من قانون العقوبات "كل من نظم أو هيا أو ساعد في المملكة أية محاولة لقلب دستور دولة أجنبية موالية أو تغيير النظام القائم فيها بالقوة يعاقب بالاعتقال المؤقت"³، والسبب في وضع هذه العقوبات المشددة هو

¹ د/ محمد، صبري محمد السنوسي: آثار الحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة). القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م.

² قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960

³ قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960

الحرص الشديد على حماية الدستور - بشكل عام - وكذلك أن محاولة الخروج على الدستور قد تصل إلى حد قيام ثورة في الدولة.

عند الحديث عن الرقابة الدستورية يجب ان نشير إلى أن موضوع الرقابة الدستورية لا يثار إلا في الدساتير الجامدة، حيث لا يتصور أن تثار مسألة الرقابة الدستورية في الدساتير المرنة والسبب في ذلك هو مبدأ سمو القاعدة الدستورية في الدساتير الجامدة، فبما أن الدساتير الجامدة يتم تعديلها بطرق خاصة تختلف عن التشريع العادي، فهذا الأمر يعطي للقاعدة الدستورية في الدساتير الجامدة سمو على القواعد القانونية الأخرى على عكس الدساتير المرنة التي تعدل بنفس الطريقة التي يعدل بها التشريع العادي وهنا تتساوى القاعدة الدستورية مع التشريع العادية ولا تعود لرقابة الدستورية فائدة .

ومن هنا يمكن القول بأن الرقابة الدستورية هي احد آثار التدرج في التشريع ونتيجة لسمو القاعدة الدستورية على القواعد القانونية الأخرى، ونذكر تماماً مدى أهمية الرقابة الدستورية كضمانة حقيقية لحماية الدستور وسمو قواعده على سائر التشريعات الأخرى، وحتى لا تصبح قواعد الدستور مجرد توصيات بلا قيمة حقيقية.

ومما سبق يلاحظ بأن موضوع القضاء الدستوري وتحديد دور المحكمة الدستورية في ترسيخ القواعد القانونية والحريات العامة يحظى باهتمام كبير، ليس فقط على الصعيد المحلي وإنما على الصعيد الدولي، إذ ليس هناك اختلاف بين المنظومات القانونية على أن القانون الدستوري هو القانون الأسمى في الدولة، حيث أنه هو المعبر عن وجدان الأمة وثوابتها من دين ولغة وثقافة ومبادئ حكم وحقوق إنسان، الأمر الذي يجعله بعيدا عن المساس به أو التطاول عليه، ولكل ذلك تأسست نظم الرقابة على دستورية القوانين وذلك من أجل ضمان الشرعية الدستورية لها و حتى لا يتحول الدستور إلى مجرد نص وضعي بعيد عن التطبيق العملي والواقعي.

أهداف الدراسة

كان الهدف من تناول موضوع هذه الدراسة ليس فقط بيان ماهية القانون الدستوري والرقابة الدستورية بحد ذاتها من ناحية جامدة أو مجردة، وإنما كان لا بد من الخوض في خضم هذه

المواضيع وبيان وجودها أو مدى فعاليتها من الناحية العملية أو الواقعية، ويمكن إجمال أهداف هذه الدراسة فيما يلي:

- 1- توضيح الأسس التي تستند إليها المحاكم الدستورية.
- 2- بيان المبادئ التي تقوم عليها المحاكم الدستورية وتوضيح الضوابط أو القيود التي تحكمها.
- 3- توضيح ماهية الحقوق والحريات العامة وبيان الدور الذي يلعبه القضاء الدستوري ممثلاً بالمحكمة الدستورية العليا في حماية هذه الحقوق والحريات ومنع المساس بها.
- 4- بيان مدى أهمية إنشاء المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا، وتوضيح مدى فعالية الدور الذي تلعبه هذه المحكمة.

أهمية الدراسة

تتبع أهمية هذه الدراسة من أن تقرير قيمة المؤسسات السياسية والدستورية يحتكم إلى بيان مكونات وأسس النظام القضائي الدستوري ورقابته على دستورية القوانين وذلك وفق منهج علمي يبحث عن الحقيقة العلمية في مجال الفكر والتطبيق الدستوري، ويمكن تفصيل تلك الأهمية بإيجاز من خلال ما يلي:

أولاً: لهذه الدراسة أهمية علمية تتمثل في الدور الذي يلعبه الدستور في تحديد ماهية حقوق الأفراد وواجباتهم والسلطات العامة في الدولة، حيث أنه هو الإطار العام أو المرجعية التي تنظم عمل الدولة ومؤسساتها في نطاق تلك الدولة وحدودها، بالإضافة إلى أن الدستور هو من يحدد مهام وواجبات السلطات الثلاث، التشريعية و التنفيذية و السلطة القضائية ودورها في تنفيذ القضاء والقانون والعدالة داخل الدولة.

ثانياً: لهذه الدراسة أهمية عملية تتمثل في قلة الأبحاث أو الدراسات القانونية حول الموضوع الدستوري بوجه عام، وخاصة في الوقت الذي تم فيه إنشاء المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا، وذلك ليس فقط على صعيد نظري أو مجرد وإنما لا بد من تناول هذا الموضوع على نحو معمق ودقيق نظراً لأهميته الحالية.

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في البحث عما اذا كانت المحاكم الدستورية تضطلع بدورها في حماية الحقوق والحريات والعامّة، ومدى مساهمة هذه المحاكم في متابعة تطبيق المبادئ الدستورية و معالجتها للإشكالات التي تترتب على ذلك.

منهج الدراسة

اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل النصوص الدستورية في الدول التي تعتبر منشأ للقوانين الدستورية، هذا بالإضافة إلى دراسة واقع المحكمة الدستورية في فلسطين وبيان مدى أهميتها وما ينقصها أو ما تحتاج إليه حتى تصل إلى الوضع النموذجي مقارنة بالمحاكم الدستورية في الدول الأخرى.

خطة الدراسة

سيقوم الباحث بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين دراسيين وسيتم تقسيم كل فصل الى مبحثين رئيسيين على النحو التالي: الفصل الأول بعنوان (مفهوم الرقابة على دستورية القوانين وأنواعها) بحيث يكون المبحث الأول حول " ماهية الرقابة الدستورية ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة " ويكون المبحث الثاني عن " أنواع الرقابة على دستورية القوانين "، أما الفصل الثاني فسيكون بعنوان " دراسة تطبيقية حول المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية " وسيكون المبحث الأول حول " المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من حيث النشأة والتشكيل " وسيتم تخصيص المبحث الثاني للحديث عن " الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية و حجية القرارات الصادرة عنها " .

الفصل الأول

ماهية الرقابة الدستورية ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة

بداية يمكن القول بأن الإنسان هو عبارة عن كائن اجتماعي همه الأول والأخير في هذه الحياة هو المحافظة على كيانه وتحقيق ذاته والرقى بمستوى معيشته، ويمكن الإضافة على ذلك أن الإنسان لا يستطيع العيش منفردا وذلك لكونه غير قادر على إشباع كل حاجاته ومستلزمات حياته، لكل ذلك أصبح المجتمع ضرورة لا بد منها ولا غنى عنها لحماية الإنسان وضمان بقائه وتقدمه، ووجود هذا المجتمع بعلاقاته الإنسانية ومصالحه المتنوعة خاصة كانت أو عامة يتطلب وجود ما يحميه وما يحمي مصالحه وعلاقاته وذلك تجنبنا للدخول في دائرة الفوضى وحرصا على تحقيق الاستقرار، ويقودنا ذلك إلى القول بوجوب وجود قواعد تعمل على تنظيم سلوك الأفراد ووجود سلطة عامة تنظم هذه القواعد بحيث يكون لها قوة إلزامية تجبر الفرد على احترامها، وبذات الوقت تأخذ بعين الاعتبار الموازنة بين معنى الحرية والمصلحة الذاتية للفرد ليتحقق النظام والأمن والاستقرار.

المبحث الأول: ماهية الرقابة الدستورية ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة

المطلب الأول: مفهوم الرقابة الدستورية

يعتبر الدستور المصدر الأساسي للسلطات في الدولة، فهو الذي ينظمها ويحكم العلاقة بينها وهو الذي يعمل على تحديد حقوق الأفراد وحرياتهم ويوضح الواجبات الملقة على عاتقهم، وبما أن لكل سلطة وظيفة تزاولها كان لا بد من وجود ضمانات تكفل احترام هذه السلطات للاختصاصات المسندة لها دون أن تتجاوزها ومن هنا جاء دور القضاء الدستوري أو ما يسمى بالرقابة على دستورية القوانين، و قبل الخوض في مفهوم القضاء الدستوري لا بد من إعطاء لمحة تاريخية توضح نشأته وتبين المراحل التي مر بها حتى وصل إلى وضعه الحالي.

الفرع الأول: لمحة تاريخية عن القضاء الدستوري ومراحل تطوره

إذا ما بحثنا عن الأصول التاريخية لنظرية الرقابة على دستورية القوانين فإننا نجد أنها في فكرة القانون الطبيعي لدى الشعوب الغربية وفي فكرة القانون الإلهي عند الشعوب الشرقية، ذلك أن القانونين السابق ذكرهما هي بمثابة دساتير لا يمكن للقوانين الوضعية إلا أن تخضع لأحكامها وأن لا تتجاوز قواعدها.

وإذا ما خضنا في عهد الثورة الفرنسية التي امتدت ما بين عامي 1789-1799 والتي كان لها تأثيرات عميقة على أوروبا والعالم الغربي عموماً والتي اعتبرها المؤرخين واحدة من أهم الأحداث في تاريخ البشرية وخاصة أنها أسقطت الملكية وأسست الجمهورية.

وقد كان هناك عدة مشاريع قد تم تقديمها لخلق نوع من الرقابة على دستورية القوانين في السنوات الأولى للثورة إلا أن هذه المشاريع قد قوبلت بالرفض من البرلمان الفرنسي وذلك بحجة أنه يمارس أعمال السيادة نيابة عن الشعب ومن غير المقبول أن يكون خاضعاً في تلك الممارسة لسلطة تعلو سلطته، وقد ظلت هذه الفكرة سائدة طيلة فترة القرن التاسع عشر، وفي عام 1799 أنشئ مجلس شيوخ خلص لحماية الدستور وكان ذلك في دستور السنة الثامنة للجمهورية وقد تبني هذه الفكرة الدستور النابليوني الثاني لعام 1852، ولاحقاً وتحديداً في عام 1874 كان الدستور السويسري

أول دستور أوروبي قد تبنى نظرية الرقابة الدستورية على القوانين إلا أن هذه الرقابة كانت مقتصرة على الرقابة على القوانين المحلية الصادرة عن المجالس التشريعية فقط أي أنها لم تمتد إلى القوانين الفدرالية وذلك على خلاف ما كان مطبقا في الولايات المتحدة الأمريكية والتي طبقت فيها نظرية الرقابة الدستورية باجتهاد من المحكمة العليا عام 1803.

وفي الفترة ما بين الحرب العالمية الأولى والحرب العالمية الثانية والتي يمكن تسميتها بفترة الدساتير المعاصرة انتشرت نظرية الرقابة على دستورية القوانين وتم تطبيقها بشكل مباشر وكان ذلك من خلال عدة وسائل أي أن الرقابة يمكن أن تتم من خلال اجتهاد المحاكم ويمكن أن تتم أيضا من خلال وضع أو تشكيل مؤسسات سياسية كانت أو قضائية تختص بالرقابة، ففي فرنسا تم تبني نظرية الرقابة على دستورية القوانين من قبل دستور عام 1946 حيث تم إنشاء ما يسمى باللجنة الدستورية والتي تحولت فيما بعد وتحديدا في دستور 1958 إلى مجلس دستوري.

وتجدر الإشارة إلى أن إيطاليا لم تكن بعيدة عن موضوع الرقابة الدستورية ولم تعزف عن تطبيق تلك النظرية ذلك أنها قد طبقتها في دستور عام 1947 وكذلك الحال في ألمانيا التي طبقتها في دستور عام 1949، وفي كل من الدولتين المذكورتين أنفا توجد محكمة تختص بالرقابة على دستورية القوانين.¹

وفي عام 1974 كان هناك تعديل دستوري في دستور الجمهورية الفرنسية وقد انصب ذلك التعديل على موضوع من لهم الحق في طلب عرض قانون معين قبل إصداره على المجلس الدستوري وذلك ليقول رأيه في مطابقة ذلك القانون أو عدم مطابقته للدستور، حيث أضيف إلى من لهم الحق في ذلك وهم رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، أضيف لهم ستين نائبا أو ستين شيخا لهم الحق في ذلك الطلب وعلى هذا النحو اتسع نطاق جواز العرض على المجلس الدستوري.²

¹ شكر، زهير: الوسيط في القانون الدستوري، بيروت، المؤسسة الجامعية، ط3، 1994، ص167-168

² الجمل، يحيى: دستور الجمهورية الفرنسية، منتدى كلية الحقوق، تاريخ الدخول 2017/5/20 الساعة 5:32

[/http://law-uni.blogspot.com](http://law-uni.blogspot.com)

من خلال هذا الفرع سيتم التعرف على نموذجين من الدول التي تبنت الرقابة الدستورية ألا وهي الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، والرقابة على دستورية القوانين في مصر.

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

تعتبر التجربة الأمريكية في الرقابة الدستورية من أقدم التجارب، إذ كان لها تأثير بعيد، هذا بالإضافة إلى أنها من أكثر التجارب ثراءً، ويمكن القول بأن تلك التجربة هي التجربة الوحيدة خلال القرن التاسع عشر وحتى بدايات القرن العشرين، وبقي الوضع على هذا الحال إلى أن جاءت الحرب العالمية الأولى حيث بدأت هذه التجربة في أوروبا عقب الحرب، وتجدر الإشارة إلى أن الدستور الأمريكي لم ينظم موضوع الرقابة الدستورية صراحة في نصوصه، وبذات الوقت لا يوجد في هذه النصوص ما يؤدي إلى الفهم صراحة أو ضمناً بوجود حيلولة بين القضاء وبين الرقابة، بل على العكس تماماً، حيث أن ما يوجد في نصوصه يشجع على الأخذ بها ويمكن الاستدلال على ذلك من نص المادة "6" فقرة "2" من دستور الولايات المتحدة الأمريكية والتي نصت على " هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة ستكون هي القانون الأساسي للبلاد، والقضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها"¹ هذا بالإضافة إلى نص المادة "3" فقرة "2" والتي تناولت موضوع الاختصاص القضائي حيث جاء فيها " أن الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التي تثور في ظل هذا الدستور"²

ويرى الباحث أن ما يمكن فهمه من خلال النصوص المذكورة آنفاً هو أنها تفتح الباب أمام المحاكم للنظر في مدى عدم تعارض القوانين الصادرة مع الدستور، وقد مارست المحاكم الأمريكية منذ عام 1803 سلطة المراجعة القضائية، أي سلطة إعلان عدم دستورية أحد القوانين، وذلك

¹ مادة "6" فقرة "2" من الدستور الأمريكي الصادر عام 1787م.

² مادة "3" فقرة "2" من الدستور الأمريكي الصادر عام 1787م.

انطلاقاً من أن المحاكم الأمريكية تفسر القانون وأن لها الحكم النهائي في تفسير الدستور، ومن ذلك يمكن ضرب المثال التالي:

إن ما قصد أعلاه بأحد القوانين هو قانون القضاة الاتحادي لعام 1789 والذي قضى بعدم دستورية القاضي " جون مارشان " في قضية " ماربوري ضد ماديسون " حيث أصبح القرار الصادر بعدم دستورية القانون سابقة قضائية أخذت المحكمة العليا على عاتقها الرقابة على دستورية القوانين، ويمكن تلخيص أحداث هذه القضية في أنه عند خسارة الحزب الاتحادي "الديمقراطي" الانتخابات عام 1800 وفوز الحزب الجمهوري الذي كان يناهز بتقوية سلطات الولايات المتحدة الأمريكية على حساب السلطة الاتحادية، أدى ذلك إلى قلق الاتحاديين على مستقبل ومصير الاتحاد، فعملوا في عام 1801 وقبل تنازلهم عن مناصبهم على تعيين قضاة يتبنون الفكرة الاتحادية وكان في أولهم القاضي " مارشال " رئيس المحكمة الاتحادية العليا، وعند تسليم الرئيس " جيفرسون " لمهام منصبه، أصدر أوامره إلى وزير الداخلية " ماديسون " بعدم تعيين عدد من القضاة الذين لم تصدر أوامر تعيينهم بعد، وكان من بين هؤلاء القاضي "ماربوري" فلجأ هذا الأخير إلى المحكمة الاتحادية العليا مطالبا بتطبيق الباب الثالث عشر من قانون القضاة الاتحادي لعام 1789، والذي كان فحواه تكليف الكونجرس للمحكمة الاتحادية العليا بإصدار أوامر إلى الأشخاص العاملين في الخدمة المدنية الأمريكية، أي أن "ماربوري" طلب إصدار مثل تلك الأوامر إلى وزير الداخلية، وكان رد المحكمة العليا برفض طلبه كون أنه مخالف للدستور ومبدأ الفصل بين السلطات، حيث أعلنت المحكمة أن الباب الثالث عشر من قانون القضاة الاتحادي غير دستوري، مستندة في إعلانها إلى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الباب الثاني من الدستور.¹

مما سبق يمكن القول بأن الدستور الأمريكي لم يرد فيه أي نص على أحقية المحاكم الأمريكية في الرقابة الدستورية على القوانين، وأن ذلك الحق قد تقرر من خلال القضاء ثم تم تأييده من جانب الفقه، وقد كانت المحاكم الأمريكية تطبق ما يصدر عن البرلمان من قوانين دون أن تتمكن من

¹ خير الدين، غسان مدحت، الرقابة القضائية على القوانين، عمان - الأردن، دار الراية للنشر والتوزيع، 2013، ص 69 - ص 71.

التصدي لدستوريتها ويعود السبب في ذلك إلى خوف هذه المحاكم من الاحتكاك بالمجالس النيابية، وقد بقيت على هذا الحال إلى أن وقع نزاع حول دستورية أحد القوانين وكان ذلك النزاع في ولاية "نيوجيرسي" عام 1780، وكان سببه أن المحكمة المنعقدة في الولاية المذكورة كانت قد أصدرت قرارا ببطالان قانون كان قد صدر بتشكيل هيئة محامين مكونة من ستة أعضاء، حيث أن هذا القانون قد خالف مبدأ دستوري عرفي ينص على أن هيئة المحلفين يجب أن تتشكل من اثني عشرة عضواً، وأعقب هذا الحكم حكم صدر عن محكمة مقاطعة Rhode island عام 1786، وكان فحوى ذلك الحكم أو القرار عدم دستورية أحد القوانين لأن المحكمة كانت قد رفضت أن تطبقه على نزاع معروض أمامها، وكان ذلك بحجة مخالفته للدستور، أما الحكم الذي سبب سخط الجمهور والأفراد فهو الحكم الذي صدر عام 1787 عن محكمة كارولينا الشمالية، حيث كان ذلك الحكم سببا في دعوة المجلس النيابي للقضاة الذين أصدروه لاستجوابهم، وقد نتج عن تعنت المجالس النيابية والجمهور وسخطهم على القضاة الذين كانوا يتصدون لدستورية القوانين أن تلك المحاكم قد تجنبنا التعرض لبحث دستورية القوانين فترة من الزمن، الأمر الذي أدى إلى غياب الرقابة الدستورية، وقد استمر ذلك إلى أن تم إنشاء الاتحاد الأمريكي عام 1789 والذي تلاه إنشاء المحكمة الاتحادية العليا، والتي كانت لها كامل الجرة في البحث في مدى توافق القانون مع الدستور والتصدي أو الامتناع عن تطبيقه في حال مخالفته للدستور وكان ذلك واضحا في حكمها الصادر عام 1803 في قضية "ماربوري ماديسون" والتي كنا قد تعرضنا لها سابقا.

وتجدر الإشارة إلى أن "هيوز" رئيس الولايات المتحدة الأمريكية قد أثنى على الدور الذي تقوم به المحكمة العليا في البحث في مدى دستورية القوانين سواء تلك التي تصدر عن البرلمان أو الحكومة، حيث وصف "هيوز" القضاة بأنهم مشرعين وأن من مهامهم التصدي لعملية التشريع.

أما "فرنكلين روزفلت" فقد أصدر عند توليه لرئاسة الولايات المتحدة مجموعة من التشريعات التي هدفت إلى تحسين الأوضاع سواء على المستوى الاجتماعي أو المستوى الاقتصادي، غير أن المحاكم الأمريكية وعلى رأسها المحكمة العليا اتخذت موقفا عدائيا من تلك التشريعات ودفعها عن النظام الرأسمالي القديم، الأمر الذي جعلها تخرج عن وظيفتها الأساسية المتمثلة في الوظيفة القضائية ودخلوها إلى ميادين السياسة، حتى وصل الأمر بهذه المحاكم إلى حد أن قضت بعدم

دستورية التشريعات التي تضمنها برنامج الرئيس روزفلت الإصلاحي وذلك بحجة أنها مخالفة للمفاهيم التقليدية للنظام الإصلاحي الأمريكي وأدى كل ذلك إلى تشكل رؤيا لدى الرئيس الأمريكي بضرورة تغيير تشكيل المحكمة العليا وذلك للتخلص مما وصف بحكومة القضاء.

ولكن التعديل أو التغيير الذي كان ينشره الرئيس روزفلت لم يتمكن من إدخاله، ولكن الفوز الساحق الذي حققه روزفلت بعد عام 1936 جعل المحكمة العليا تتراجع عن موقفها المتعنت إزاء الرقابة على دستورية التشريعات، حيث أن ذلك الفوز أوضح لها بأن الرأي العام الأمريكي يؤيد سياسة روزفلت الإصلاحية ويؤيد تشريعاته التي تهدف إلى التخلص من آثار الأزمة الاقتصادية ورفع مستوى الشعب الأمريكي.

ويمكن القول بأن الرئيس تورمان قد تبع أثر الرئيس السابق روزفلت من حيث محاربة تصرفات المحكمة العليا والتشكيك في مشروعيتها أحكامها والحد من سلطاتها وسلطات قضاتها في موضوع رقابة الدستورية.

وأخيراً، يلاحظ بأن المحكمة الاتحادية العليا تلتزم معالم واضحة لإجراء الرقابة الدستورية، إذ أنها لا تلجأ إليها إلا عندما يكون هناك تعارض بين أحد التشريعات والدستور على أن يكون ذلك التعارض واضحاً بحيث لا يمكن التوفيق بينهما، وذلك على الرغم مما وصفت به هذه المحكمة من إسراف في بحثها مدى دستورية التشريعات والقوانين، وعلى الرغم من إقحام نفسها في ميادين السياسة وتدخلها في البرلمان والحكومة.¹

ثانياً: الرقابة على دستورية القوانين في مصر

اهتمت مصر شأنها شأن غيرها من الدول بموضوع الرقابة على دستورية القوانين وذلك منذ زمن ليس بقريب، وعندما تم إنشاء مجلس الدولة عام 1946 أصر هذا المجلس على ممارسة هذه الرقابة وذلك دون وجود أي نص صريح يتيح له هذه الممارسة، وقد تم إنشاء أول محكمة تختص بالرقابة الدستورية عام 1969 وكانت هذه الرقابة تتم من خلال الدفع، أي أن هذه الرقابة كانت تتم على درجات وليس بطريقة مباشرة ويمكن توضيح ذلك بطريقة مبسطة نوعاً ما، إذ يقصد بأن

¹ أبو زيد، محمد عبد الحميد، القضاء الدستوري شرعاً ووضعا، القاهرة، دار النهضة العربية، ص286-ص293

تجري الرقابة الدستورية عن طريق الدفع أن يتقدم صاحب المصلحة بدفعه أمام محكمة الموضوع أي أمام المحكمة التي تنتظر النزاع بصفة ابتدائية فإذا تبين لهذه المحكمة بأن ذلك الدفع هو دفع جدي أو أن هناك ظروفًا أو شكوكًا تشير إلى أن هذا الدفع هو دفع جدي حول دستورية النص الذي يراد تطبيقه فإنها توقف الدعوى المنظورة أمامها وتحدد لمثير الدفع أو لصاحب المصلحة مدة معينة يقوم خلالها برفع الدعوى أمام المحكمة العليا.¹

وهنا يرى الباحث بأن المحكمة الدستورية هي صاحبة الاختصاص في الرقابة على دستورية القوانين، بمعنى أن الدستور يقوم بإنشاء محكمة متخصصة غالبًا ما يتم تسميتها بالمحكمة الدستورية، يعهد إليها بمهمة الرقابة على دستورية القوانين بحيث تكون هذه المحكمة وحدها صاحبة الاختصاص بالنظر في الدعوى الأصلية التي تطرح أمامها للعمل على إلغاء قانون أو تشريع مخالف للدستور، أي أن هذه المحكمة هي التي تبحث في مدى توافق القانون مع الدستور. وهناك العديد من النماذج أو الدول التي أخذت بنظام المحاكم الدستورية الخاصة، نذكر منها الدستور النمساوي الصادر عام 1920، وكذلك الدستور الإيطالي الصادر عام 1947، ودستور جمهورية مصر العربية الصادر عام 1971 والمعدل عام 1980 وهذا الدستور يعتبر من الدساتير الحديثة التي أخذت بنظام المحكمة الدستورية.

وفي جمهورية مصر العربية أنط الدستور مهمة الرقابة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا والتي تتألف من رئيس وعدد كاف من الأعضاء، ويتم تعيين رئيس المحكمة من رئيس الجمهورية، وتصدر أحكام وقرارات هذه المحكمة من سبعة أعضاء.²

وتمارس هذه المحكمة العديد من الاختصاصات ومن هذه الاختصاصات الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، هذا بالإضافة إلى الفصل في أي نزاع ينشأ حول تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صدرًا من هيئات أو جهات قضائية مختلفة، وذلك علاوة على تحديد الجهة المختصة بنظر دعوى متعلقة بموضوع واحد إذا تم رفع تلك الدعوى أمام جهتين قضائيتين وتعذر تحديد

¹ خير الدين، غسان مدحت، الرقابة القضائية على القوانين، مرجع سابق ص 79.

² المادة (5) من القانون رقم (48) الصادر بخصوص المحكمة الدستورية العليا في مصر لعام 1979.

الجهة المختصة بنظر ذلك الموضوع أو نظر تلك الدعوى¹، كما تختص هذه المحكمة بتفسير القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية وكذلك القرارات بقوانين التي تصدر عن رئيس الجمهورية².

أما عن الطريقة التي تتبعها المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على دستورية اللوائح والقوانين فإنها تكون كالتالي:

1- أن تقوم إحدى الهيئات القضائية بإحالة أوراق دعوى منظورة أمامها إلى المحكمة الدستورية العليا وذلك إذا تبين لها عدم دستورية نص قانون أو لائحة يلزم للبت في الدعوى أو الفصل في النزاع أي أن الإحالة في هذه الحالة تكون من تلقاء نفس المحكمة.

2- أن تتم الإحالة من خلال الدفع، ومعنى ذلك أن يقوم أحد الخصوم خلال نظر الدعوى أمام هيئة قضائية بإثارة دفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ويتبين للمحكمة جدية هذا الدفع، وهنا تقوم المحكمة بتأجيل النظر في الدعوى وتحدد لمثير الدفع مدة لا يتجاوز سقفها الثلاثة أشهر لرفع دعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم يتم رفع الدعوى خلال الميعاد المحدد والمذكور آنفا فإن هذا الدفع يعتبر كأن لم يكن.

وفي كلتا الحالتين السابقتين يجب أن يتم بيان النص التشريعي أو اللائحة المطعون بها وبيان النص الدستوري المدعى بمخالفته بالإضافة إلى بيان أوجه المخالفة وذلك حتى يكون الطعن مجدي³.

وتأسيسا على كل ما ذكر آنفا يمكن القول بأن ما تتمتع به الرقابة القضائية من صفات الحيطة والفاعلية هي حجر الأساس في صيانة الدستور وحماية نصوصه، ذلك أن نظام الدولة يقوم بشكل أساسي على الدستور الذي يعتبر القاعدة الأساسية للدولة والذي يكفل الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، و أن أي إخلال به يمكن أن يؤدي إلى انهيار الدولة وتصدع أنظمتها، ولذلك يجب أن يعهد بالرقابة إلى جهة قضائية تتوفر فيها القدرة القانونية على تحليل وتفسير النصوص لمنع

¹ المادة (25) من القانون رقم (48) الصادر بخصوص المحكمة الدستورية العليا في مصر لعام 1979.

² المادة (26) من القانون رقم (48) الصادر بخصوص المحكمة الدستورية العليا في مصر لعام 1979.

³ الخطيب، نعمان أحمد، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق ص 558 - ص 562

التعارض بينها، الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى تحقيق سيادة الدستور واحترام أحكامه والحفاظ على النظام القانوني بشكل عام، ومن هنا كان لا بد من إنشاء المحكمة الدستورية العليا التي تعمل على حماية الدستور وتكفل استقرار قواعده.¹

الفرع الثاني: تعريف الرقابة على دستورية القوانين وبيان الدور الذي يلعبه مبدأ سمو الدساتير في تحقيق هذه الرقابة

حتى يتم تعريف الرقابة على دستورية القوانين بشكل دقيق لا بد من تحليل عنوان هذا الفرع والخوض في مبانيه ومعانيه بشيء من التفصيل ومن ذلك:

أولاً: الدستور

يختلف مصطلح الدستور باختلاف الغاية أو الدلالة المستخدم لها فقد يكون هناك دستور لمنظمة ما، أو دستور لديانة ما، أو دستور لحزب من الأحزاب، ولكن معظم الاستخدامات لهذا المصطلح كانت للدلالة على قوانين أو قواعد ذات طبيعة خاصة ضمن نظام قانوني تابع للدولة ولتعريف الدستور على نحو واضح ودقيق لا بد من تعريفه شكلاً وموضوعاً ومن ذلك:

1- التعريف الشكلي للدستور

يقوم هذا التعريف على أساس النظر إلى الجانب الشكلي الذي يخص الدستور وذلك بأن يتم التمييز بينه وبين القوانين الأخرى على أساس الشكل الخاص والتمييز الذي يتخذه ذلك القانون، أي أنه وفقاً للمدلول الشكلي يتم النظر إلى المظهر الخارجي للقانون وليس إلى مضمونه، كما يقوم هذا التعريف على أساس التركيز على الجهة التي تقوم بإصداره أو تعديله والتي تختلف عن الجهة التي تقوم بإصدار وتعديل القوانين العادية الأخرى، ووفقاً للتعريف الشكلي يمكن تعريف الدستور على أنه " مجموعة القواعد الأساسية التي تنظم الدولة والتي صدرت في شكل وثيقة دستورية من السلطة المختصة بذلك "، ويذهب الدكتور ثروت بدوي إلى تعريف الدستور على أنه " عبارة عن مجموعة القواعد التي تنظمها الوثيقة المسماة

¹ أبو زيد، محمد عبد الحميد، القضاء الدستوري شرعاً ووضعا، مرجع سابق، ص338.

بالدستور والتي لا يمكن أن توضع أو تعدل إلا بعد اتباع إجراءات خاصة تختلف عن تلك الإجراءات المتبعة في وضع أو تعديل القوانين العادية .

وبناء على سبق يمكن تلخيص تعريف الدستور بأنه عبارة عن مجموعة القواعد التي تصدر بطريقة خاصة ومن جهة خاصة ويلزم إلغائها أو تعديلها إجراءات مختلفة عن تلك الإجراءات المتبعة في إصدار أو تعديل أو إلغاء القوانين العادية.¹

وقد تعرض التعريف الشكلي للدستور إلى العديد من الانتقادات والتي كان من أهمها أنه في الدول التي لا يوجد فيها دستور مكتوب يمكن أن يؤدي هذا التعريف إلى إنكار وجود الدستور كما هو الحال في إنجلترا ذلك أن القواعد التي تحكمها هي قواعد دستورية عرفية وليست قواعد مكتوبة، كما يؤدي الأخذ بهذا المعيار إلى غياب التعريف الدقيق للقواعد المرتبطة في وجودها بالدستور ذلك أن هناك كثيرا من الحالات التي لا تتضمن فيها الوثيقة الدستورية القواعد المرتبطة بفكرة الدستور والتي تتعلق بتحديد شكل نظام الحكم والكيفية التي تمارس بها السلطة اختصاصاتها وما إلى ذلك من القواعد المرتبطة بفكرة الدستور، حيث أن المدلول الشكلي يؤدي إلى إنكار صفة الدستورية على هذه القواعد، كما أن هذا التعريف يؤدي إلى إحداث تناقضات مع الواقع في بعض الحالات التي يكون فيها إصدار لأكثر من وثيقة دستورية واحدة وذلك كما حصل مع الدستور الفرنسي ذلك أن هذا الدستور كان قد صدر في ثلاث وثائق دستورية.²

2- المدلول الموضوعي للدستور

يرتكز المدلول الموضوعي في تعريف الدستور على ما تتناوله وتتضمنه مواد الدستور من موضوعات، فلا علاقة لهذا المدلول بالشكل أو المظهر الخارجي للقانون، ذلك أن التمييز بين القواعد الدستورية وغيرها من القواعد والقوانين الأخرى وفقا لهذا المعيار يكون على أساس موضوع تلك القواعد، ووفقا لهذا المعيار يمكن تعريف الدستور على أنه " مجموعة القواعد

¹ خير الدين، غسان مدحت: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 19-21

² متولي، عبد الحميد: القانون الدستوري والنظم السياسية، القاهرة، منشأة المعارف، بدون تاريخ، ص 20

التي تنظم السلطات العليا في الدولة مهما كان مصدرها سواء كانت مكتوبة أم عرفية غير مدونة"

كما ويمكن تعريف الدستور وفقا لهذا المعيار أيضا على أنه " مجموعة القواعد التي تنظم تأسيس السلطة وانتقالها وممارستها، أي تلك المتعلقة بالتنظيم السياسي ".¹

يتضح مما سبق أن جل التعريفات التي اندرجت تحت مفهوم المدلول الموضوعي للدستور قد تناولت أو ركزت على الجانب المادي للدستور أي أنها تناولت ما تحويه مواد الدستور، ذلك أن الغرض من وجود الدستور هو تنظيم ورسم مسائل معينة وذات خصوصية محدودة، وأن هذا الهدف لا يشترط أن يتخذ الدستور شكلا معيناً، وأن هذا الهدف لا يشترط أن يتخذ الدستور شكلا معيناً، بما معناه أن العريف وفقاً للمدلول الموضوعي لا يشترط أن يكون الدستور في شكل وثيقة يطلق عليها اسم الدستور فيمكن أن يكون عرفياً ويمكن أن يكون مكتوباً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يشترط وفقاً للمدلول الموضوعي للدستور أن تكون الإجراءات المتبعة في إصدار أو تعديل أو إلغاء قواعده مختلفة عن تلك الإجراءات المتبعة في إصدار وتعديل وإلغاء القواعد والقوانين الأخرى، أي أن هذا المدلول لا يتطلب شكلية معينة، حيث أنه يمكن تسمية القانون بالدستور عندما يكون له خصوصية في تنظيم مسائل معينة تحتاج إلى تنظيم في الدولة، ويترتب على الأخذ بهذا المعيار تحقق النتيجة التي تقرر بوجود دستور لكل دولة، ذلك أنه ليس من البديهي وجود دولة ما وخلوها من القواعد المتعلقة بنظام الحكم وتنظيمه.

ومن خلال استعراض ما جاء في تعريف الدستور وفقاً للمدلول الشكلي ووفقاً للمدلول الموضوعي يجد الباحث أن أغلب الفقه قد ذهب إلى الأخذ بالتعريف الموضوعي وهنا وبناء على ذلك يمكن وضع تصوّر نهائي لتعريف الدستور على أنه " مجموعة القواعد القانونية التي يتم بمقتضاها تنظيم الدولة وممارسة السلطات لاختصاصاتها وتوزيع هذه الاختصاصات فيما بينها هذا فضلاً عن تنظيم حقوق وحريات المواطنين وواجباتهم ".

¹ الغالي، كمال: مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، دمشق، المطبعة الجديدة، 1976، ص110

ثانيا: الرقابة الدستورية

يشتمل مفهوم الرقابة الدستورية على عنصرين، العنصر الأول هو عنصر شكلي يقصد به المحكمة أو الهيئة المختصة التي حددها الدستور لتقوم بهمة الرقابة على دستورية التشريعات، أما العنصر الثاني وهو العنصر الموضوعي فيعني البحث والفصل في المسائل المتعلقة بمدى تطابق التشريع العادي مع الدستور، ووفقا للمعنى الموضوعي يتم النظر إلى المسائل التي يتم بحثها دون النظر إلى طبيعة الجهة التي تقوم بعملية البحث أو الفصل والتي قد تكون محكمة دستورية متخصصة وقد تكون محكمة عادية أو محكمة إدارية، ويعمل المعنى الموضوعي على توسيع نطاق القضاء الدستوري وذلك على عكس العنصر الشكلي الذي لا يفترض وجود قضاء دستوري إلا عند وجود محاكم دستورية متخصصة في حين أن العنصر الموضوعي لا يربط وجود الرقابة الدستورية بوجود محاكم متخصصة تعمل على مباشرة هذه الرقابة وإنما ينظر إلى المسائل الدستورية والفصل فيها بحد ذاته دون النظر إلى الجهة التي تقوم بذلك الفصل.

أي أن الرقابة الدستورية هي عبارة عن عمل قانوني يبحث في مدى تطابق القانون أو اللائحة مع قواعد وأحكام الدستور، بالإضافة إلى التأكد من ما إذا كانت السلطة التشريعية قد التزمت بحدود الاختصاصات المرسومة لها أم أنها قد تجاوزتها.¹

وعلى الرغم من ما نص عليه الدستور من تنظيم لسلطات الدولة تنظيم العلاقة بينها من خلال بيان اختصاصات كل منها، فإنه لا بد من وجود بعض الضمانات التي تكفل احترام السلطات لمهامها وهذا ما يستوجب وجود رقابة على أعمال هذه السلطات وهو ما يمكن تسميته برقابة دستورية التشريعات، أي التزام سلطات الدولة بما فيها السلطة التشريعية بالعمل على أن تكون التشريعات الصادرة عنها متوافقة ومنسجمة مع القواعد الدستورية وأن لا تكون مخالفة لها سواء كانت هذه التشريعات عادية أو ثانوية، ويترتب على ذلك الحكم ببطالان أي قانون أو تشريع مخالف للدستور.²

¹ الشاعر، رمزي طه: النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، ط5، 2005، ص454

² خليل، عثمان: القانون الدستوري الكتاب الأول في المبادئ الدستورية العامة، القاهرة، مطبعة مصر، 1956، ص39

وتجدر الإشارة إلى أن امتناع السلطات العامة في الدولة عن احترام أحكام الدستور ومخالفته يؤدي إلى جعل مبدأ سمو الدستور مبدءاً ليس ذي قيمة، وتظهر المشكلة بخصوص ذلك عند البحث في كيفية جعل السلطة التشريعية تحديداً ملتزمة باحترام القواعد الدستورية عند وضعها للتشريعات أو القوانين حيث أن الدستور هو من ينشئ السلطات الحاكمة في الدولة والتي من بينها السلطة التشريعية وهو الذي يرسم اختصاصاتها ويحددها الأمر الذي يوجب أن تقوم هذه السلطة بممارسة اختصاصاتها في ظل الدستور وأحكامه، ومن هنا تنثور مسألة البحث عن الطريقة التي يمكن من خلالها التحقق من مدى التزام السلطة التشريعية باحترام قواعد الدستور فيما تضعه من قوانين.

إن أهمية تنظيم الرقابة القضائية تظهر بشكل جلي وواضح عندما نكون أمام دستور جامد وذلك نظراً لطبيعة الإجراءات المعقدة التي يتطلب تعديل أو إلغاء القواعد الدستورية إتباعها والتي لا تكون واجبة الاتباع في تعديل أو إلغاء القوانين العادية، ولذلك تظهر الحاجة للبحث عن وسيلة تكفل احترام السلطة التشريعية للقواعد الدستورية عندما تقوم بوضع أو تعديل القوانين العادية وذلك تجنباً لمخالفتها أو مجاوزة السلطة التشريعية لصلاحياتها، ويؤدي ذلك الجمود إلى بطلان التشريعات التي تقوم السلطة التشريعية بوضعها والتي تكون مخالفة لأحكام الدستور سواء تم النص على ذلك البطلان أو لم يتم النص عليه في متن الدساتير حيث أن ذلك البطلان هو نتيجة واقعية وطبيعية لتقرير مبدأ سمو الدستور.¹

ويمكن تعريف الرقابة الدستورية من حيث المضمون بأنها عمل قانوني يتطلب مؤهلات فنية وكفاءة قانونية خاصة في القائمين عليها وذلك لتحديد مدى اتفاق التشريعات الصادرة من المجالس النيابية والحكومة مع أحكام الدستور ومعرفة ما إذا كانت تلك التشريعات قد خرجت عن مبادئ الدستور صراحة أو ضمناً وبيان حدود اختصاصات البرلمان أو الحكومة للتحقق من أن هذه التشريعات تتخرب في اختصاصاتها أو تجاوزت مداها.

¹ عبد العال، محمد حسنين: القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص 130-131

وما ذكر آنفا يبين بأن القائمين على هذه المهمة (مهمة الرقابة القضائية) يتمتعون بالثقافة القانونية والمؤهلات الفنية التي تعطيهم القدرة على حل النزاع القائم بين قاعدتين قانونيتين لإحداهما مركز الصدارة على القاعدة الأخرى.

كما وتهدف هذه الرقابة إلى تحقيق وكفالة احترام مبدأ سيادة الدستور، حيث أن القاضي في عمله وبالإضافة إلى تطبيقه للقانون أو اللوائح يكون مقيد بالدستور وقواعده والتي تعتبر القانون الأساسي للدولة، وبعكس ذلك يكون هناك تغول من السلطتين التشريعية والتنفيذية في سن القانون وتطبيقه، ذلك أن هاتين السلطتين إذا ما خالفتا القواعد الدستورية لا يكون لها الحق في إجبار السلطة القضائية على مخالفتها.¹

وترتبط على ذلك فإن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات سواء كانت هذه التشريعات عادية أو ثانوية تعتبر وقبل أي شيء عمل قانوني يتمثل في البحث في مدى توافق القواعد أو القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية مع أحكام الدستور، والتأكد من ما إذا كانت هذه التشريعات قد خالفت قواعده أم لا.

ثالثا: الدور الذي يلعبه مبدأ سمو الدساتير في تحقيق الرقابة الدستورية

حتى يتم وصف الدولة بأنها دولة قانونية يجب أن تكون جميع السلطات فيها خاضعة للقانون ويقصد بالقانون القواعد القانونية أيا كان نوعها، وليس فقط القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية، أي أن هذه القواعد تشمل القواعد الدستورية والقوانين العادية واللوائح التنظيمية وصولاً إلى المعاهدات الدولية والعرف، ويقع الدستور في قمة هرم القواعد القانونية في الدولة ويسمو على جميع القواعد القانونية الأخرى فهو يعمل ويدعم بصفة أساسية على تطبيق مبدأ الشرعية وإخضاع الدولة بعناصرها المختلفة من شعب وحكام إلى القانون، لذلك يعتبر مبدأ سمو الدستور من الخصائص الأساسية للدولة القانونية، حيث أن القواعد العليا التي يجب على الحكام والمحكومين الالتزام بها يجب أن تكون في مراكز ومراتب عليا وذلك حتى تسمو على هؤلاء الحكام وتخضعهم لأحكامها.

¹ أبو زيد، محمد عبد الحميد: القضاء الدستوري شرعا ووضعا، مرجع سابق، ص 311.

وسمو الدستور يعني اعتباره القانون الأعلى في البلاد وفي الدولة بحيث لا يعلوه أي قانون آخر مهما كانت طبيعة هذا القانون وهذا المبدأ يعتبر من المبادئ المسلم بها حكما سواء نصت على وجوده الدساتير أم لم تنص .

ومن الدساتير الحديثة التي نصت صراحة على مبدأ سمو الدستور، دستور الاتحاد السوفييتي عام 1977، حيث نصت المادة الثالثة منه على أن "الدستور الاتحاد السوفييتي قوة القانون الأعلى، وسائر مقررات هيئات الدولة تصدر على أساس دستور الاتحاد السوفييتي ووفقا له"¹

ويعتبر مبدأ سمو الدستور من المبادئ المسلم بها في الأنظمة الديمقراطية، إذ أنه يعتبر الوثيقة القانونية العليا التي يجب على جميع السلطات احترامها (السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، السلطة القضائية) ذلك أنه يحمل في طياته معظم المبادئ القانونية التي توضح شكل الدولة وتنظم السلطات العامة فيها، كما أنها توضح نظام الحكم في الدولة وترسم علاقته بالمواطنين هذا بالإضافة إلى أن تلك المبادئ تنظم الحقوق والحريات العامة للأفراد في الدولة.

وإذا ما بحثنا في أساس هذا المبدأ وجوهر هذه الفكرة نجد أنه يعود إلى القرن السابع عشر والثامن عشر، حيث أنه كان قد نشأ في أوروبا من فكرة كانت عند فلاسفة القانون الطبيعي، وجوهر هذه الفكرة هو وجود عقد اجتماعي يعتبر أساس السلطة في الدولة، وبالنسبة لهؤلاء الفلاسفة فإن الدستور هو بلورة لذلك العقد الاجتماعي، حيث أن نشأة الدولة تكون من خلال العقد الاجتماعي، وبالنتيجة فإن الدستور يقوم كذلك بتنظيم تلك الدولة وتنظيم ممارسة السلطة فيها.

و لا بد من الإشارة إلى أن هناك اتصال وثيق بين مبدأ سمو الدستور ومبدأ المشروعية إذ أن مبدأ سمو الدستور يتضمن مبدأ المشروعية، ويعني مبدأ المشروعية خضوع الدولة وهيئاتها وأفرادها لأحكام القانون وعدم خروجها عن حدوده، ومن ضرورات هذا المبدأ أن تخضع الإدارة في أعمالها وتصرفاتها لأحكام القانون و إلا عدت أعمالها غير مشروعة وتعرضت للبطلان، وهنا يأتي مبدأ سمو الدستور ليدعم ويثبت مبدأ المشروعية مع توسيعه إذ أنه يتطلب خضوع الحكام والمحكومين لقواعد الدستور من ناحية مع خضوع اللوائح والتشريعات والقرارات النافذة في الدولة لأحكامه من

¹ نعمان، احمد الخطيب: مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص91

ناحية أخرى، وبذلك يحتل الدستور قمة هرم المشروعية في الدولة وعلى ذلك يجب أن يكون صدور القوانين بجميع أنواعها متفقا مع أحكامه كما يجب أن تكون جميع تصرفات الحكام ملتزمة بأحكامه وإلا كانت فاقدة لقيمتها.

وفي بلاد الدساتير الجامدة يتم تنظيم التشريعات أو القوانين العادية على عدة درجات أو على ثلاث درجات بحيث تكون مرتبة بعضها فوق الآخر وهذا يجعلها مختلفة في قوتها بحيث لا يكون للدرجة الأدنى منها مخالفة الدرجة الأعلى، ويأتي في قمة هذه الدرجات الدستور ومن ثم القانون العادي ويعقبه اللوائح الإدارية وهذا التدرج يؤدي إلى أن تكون القواعد المقررة في الدستور أسمى من القواعد المقررة في القانون العادي والقواعد المقررة في القانون العادي أسمى من تلك المقررة في اللوائح، وهذا التدرج يقودنا إلى نتيجتين هما:

1- إلزامية الدستور: ومعنى هذه النتيجة أن جميع السلطات العامة في الدولة يكون الدستور ملزما لها ذلك أنه أساس هذه السلطات والتي من بينها السلطة التشريعية، وهنا لا يكون لقانون صادر عن السلطة التشريعية مخالفة قواعد الدستور وأحكامه، وكذلك اللوائح حيث لا يكون لهذه اللوائح مخالفة الدستور كما لا يجوز لها مخالفة القانون وهذا من منطلق التدرج التشريعي.

2- أن التشريع لا يمكن إلغاؤه إلا من خلال تشريع مماثل له في قوته أو أعلى منه، ذلك أن أي تشريع دستوري لا يمكن إلغاؤه إلا من خلال تشريع دستوري مماثل له ومعادل له في قوته بشرط اتباع الإجراءات والوسائل التي نص عليها الدستور، وبوجه آخر فإن الدستور يمكنه تعديل أو إلغاء التشريع العادي كما أنه يملك إلغاء أو تعديل اللوائح، وكذلك القانون أو التشريع العادي فإنه لا يلغى ولا يعدل إلا بتشريع مماثل له ولكنه يملك إلغاء أو تعديل اللوائح، أما اللائحة فإنها تلغى وتعديل من قبل الدستور والقانون في آن واحد أي أنها لا تملك تعديل أو إلغاء لائحة مماثلة لها.¹

¹ الخيري، غسان مدحت: الرقابة القضائية على القوانين، مرجع سابق ص 24-28

• السمو الشكلي للدستور

إذا ما تم النظر لتعريف الدستور وفقا للمعيار الشكلي فإن التعويل في تحديد مفهوم الدستور يكون على الجهة التي يصدر عنها قواعد هذا القانون والشكل الذي تصدر فيه والإجراءات التي يتم إتباعها في وضع وتعديل هذه القواعد، ذلك أن الجهة التي تصنع أو تضع القواعد الدستورية هي جهة تسمى بالسلطة التأسيسية أو السلطة المؤسسة، وهذه السلطة تختلف عن السلطة التي تعمل على وضع القوانين العادية سواء من حيث التكوين أو من حيث الإجراءات التي تتبع أمام كل سلطة من هذه السلطات، وعلى ذلك يمكن تعريف الدستور وفقا للمعيار الشكلي بأنه " ما يتضمن مجموعة من القواعد التي تطبق في وقت معين وفي بلد معين والمدونة في وثيقة رسمية تسمى الدستور "

كما أن التفرقة بين الدستور والقوانين العادية تبدو أكثر وضوحا في ظل الدساتير الجامدة، ذلك أن هذه الدساتير و إذا ما كان هناك حاجة لتعديلها أو التغيير في نصوصها أو إلغائها فإنها تحتاج إلى شروط وإجراءات معينة تختلف عن تلك التي يتطلبها تعديل أو تغيير أو إلغاء القوانين العادية، ويضاف على ذلك أن معظم دساتير الدول الحالية تأخذ بمبدأ الجمود وذلك بهدف تمييزها عن القوانين العادية.

وتأسيسا على ما سبق يرى الباحث بأن السمو الشكلي للدستور يتحقق في الدساتير الجامدة، وذلك على العكس من السمو الموضوعي للدستور، وبمفهوم المخالفة فإن ذلك السمو لا يتحقق لتلك القواعد الدستورية الغير مدونة، ذلك أن الإجراءات اللازمة لتعديل الدساتير المكتوبة أو الجامدة أشد تعقيدا من تلك الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية، وبالنتيجة فإن السمو الكلي للدساتير لا يمكن تصوره إلا في الدساتير الجامدة.

ويؤدي ذلك إلى القول بأن ما يضاف على القواعد الدستورية سموها هو جمود الدستور، وبموجب مدلول السمو الشكلي لا يمكن اعتبار أي قاعدة قانونية قاعدة دستورية إلا إذا جاءت مدونة في الوثيقة الدستورية المكتوبة، حيث أن عدم ورودها في الوثيقة يؤدي فقدانها الصفة الدستورية حتى ولو كان موضوعها أو مضمونها يشير إلى تمتعها بهذه الصفة .

ووفقا لمعيار سمو الشكلي لا يكون للقواعد القانونية الصادرة من المشرع العادي صفة سمو، حتى ولو كانت هذه القواعد تعالج مواضيع دستورية، ذلك أنه وكما ذكر سابقا أن النظر يكون إلى شكل القاعدة القانونية وليس إلى الموضوع الذي تعالجه.¹

• النتائج المترتبة على مبدأ سمو الشكلي للدستور:

- 1- أن سمو الشكلي للدستور يجعله في قمة الهرم القانوني، الأمر الذي يجعل الهيئة التشريعية عاجزة عن سن القوانين التي يمكن أن تخالفه.
 - 2- لا يقتصر سمو الشكلي على القواعد الشكلية للدستور فحسب، حيث أن ذلك سمو يتطرق ليشمل القواعد الموضوعية أيضا ذلك أن إجراءات التعديل تشملها جميعا.
 - 3- كون أن الهيئة التشريعية تعدل الدستور المرن بنفس إجراءات تعديل القوانين العادية، فإن مبدأ سمو الشكلي لا يمكن أن يتحقق بالنسبة للدساتير المرنة.
- ومن الأمثلة على الدساتير التي يتحقق فيها مبدأ سمو الشكلي، المادة (1/8) من الدستور الأمريكي والتي خولت الكونغرس صلاحية إصدار القوانين التي من شأنها أن تحقق تقدم العلوم والفنون النافعة عن طريق ضمان الحق المطلق لمدة محددة للمؤلفين والمخترعين في كتاباتهم واختراعاتهم، وكذلك المادة (1/2) من نفس الدستور والتي حددت الشروط الواجب توافرها للترشح لعضوية مجلس النواب، أما المادة (2/6) فقد وضحت شروط الترشح لمنصب رئاسة الولايات المتحدة الأمريكية، وإذا ما تم النظر إلى هذه المواد أو النصوص يجد الناظر تفاوتاً في أهميتها إلا أنها جميعاً تتطلب شروط وإجراءات معينة لتعديلها، إذ أن ذلك التعديل يحتاج إلى موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب والشيوخ.²

¹ الخطيب، نعمان أحمد: مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 95-96

² القواسمي، بسام: مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه، موقع الدكتور بسام، ساعة الدخول 201/6/17 الساعة 10:20م

www.dr.bassam.com

- **السمو الموضوعي للدستور**

يعرّف الدستور وفقا للمعيار الموضوعي بالنظر إلى فحواه أو إلى موضوع القواعد الواردة فيه دون أن يهتم بشكل الدستور أو القاعدة الدستورية أو الإجراءات التي تم اتباعها في وضع تلك القاعدة.

وطبقا لذلك يمكن تعريف الدستور من الناحية الموضوعية على أنه " القانون الدستوري الذي يتضمن مجموعة الأحكام والقواعد المنظمة لمسائل ذات طابع دستوري بصرف النظر عما إذا كانت هذه القواعد مدونة في وثيقة رسمية اسمها الدستور أو تقررت بواسطة المشرع العادي وطبقا للإجراءات العادية المتبعة في إصدار القوانين العادية أو نتجت عن العرف"، وقد اتفق معظم الفقهاء على تبني هذا المعيار في تعريف الدستور إلا أن الخلاف قد ثار بينهم حول تحديد ما هو دستوري بطبيعته.

ومثال ما سبق الخلاف الذي ثار حول موضوع الدولة، فقد انقسم الفقهاء حول إدخال موضوع الدولة ضمن المسائل الدستورية بين مؤيد ومعارض:

- **الجانب المؤيد:** يرى هذا الإتجاه بوجوب إدخال موضوع الدولة ضمن المسائل الدستورية وقد برروا ذلك بأن الموضوعات الدستورية بطبيعتها هي كل مسألة متعلقة بنظام الحكم في الدولة سواء كان ذلك يتعلق بشكل الدولة أو بشكل سلطاتها والاختصاصات والنشاطات التي تمارسها هذه السلطات وغيرها.

- **الجانب المعارض:** رفض هذا الإتجاه إدخال موضوع الدولة ضمن المسائل الدستورية وذلك بحجة أن الدولة سابقة لوجود الدستور أي أن الدولة هي من تنشئ الدستور وليس هو من ينشئها، وقد جاء الرد على هذا الاتجاه بالقول بأنه إذا ما تم التسليم بأن سبق وجود الدولة على وجود الدستور يصلح لاتخاذ سببا أو مبررا لإخراج موضوع الدولة من المسائل الدستورية فإنه من باب أولى أن يتم إخراج الحكومة أيضا ذلك أن الحكومة هي من أهم العناصر الأساسية اللازمة لوجود الدولة ولا وجود للدولة في حال عدم وجود الحكومة، وهذا ما شكل تناقض في موقف أصحاب الجانب المعارض لإخراج الدولة.

وقد ثار خلاف آخر حول موضوع الحقوق والحريات العامة، فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار هذه الحقوق والحريات من ضمن المواضيع أو المسائل الدستورية وذلك نظرا لاتصالها بالنظام السياسي في الدولة إلا أن جانبا آخر يرى بأنها ليست مواضيع دستورية وإنما هي مسائل عادية يمكن معالجتها من خلال التشريعات العادية وبالتالي فهي لا تصلح لأن تكون من ضمن موضوعات الدراسة الدستورية.¹

ويمكن أن يتم حسم الخلاف عن طريق القول بأن المسائل الدستورية من حيث الموضوع هي المسائل التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة هذا بالإضافة إلى المبادئ الأساسية التي تحكم عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية وتبين اختصاصات ونشاطات كل منها وتوضح العلاقة التي تربط فيما بينهما.

و يتحقق سمو الموضوعي للدستور بالنظر إلى مضمون القواعد الدستورية ذاتها وليس إلى شكلها أو الإجراءات التي اتبعت في وضعها أو تعديلها، أي أن سمو الموضوعي يكمن في طبيعة الموضوعات التي ينظمها الدستور أو التي تعالجها القاعدة القانونية، ذلك أن الدستور هو عبارة عن سند الشرعية للسلطات الحاكمة في الدولة، ذلك أنه ينظمها وينظم الكيفية التي تمارس بها هذه السلطات.²

ومن خلال مظاهر سمو الموضوعي والمتمثلة في أن الدستور هو السند الشرعي للسلطات الحاكمة في الدولة وبأن إنشاء ووجود السلطة الحاكمة لا يكون إلا من خلال الدستور يمكن القول بأن القواعد الدستورية هي قواعد ذات طابع إلزامي لأي سلطة من سلطات الدولة ولأي هيئة من هيئاتها، وأن أي إجراء مخالف تقوم به أي من السلطات يقع باطلا ولا يترتب أي أثر قانوني كونه يشكل انتهاكا صارخا لمبدأ المشروعية الذي يؤكد على ضرورة احترام القوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية للدستور، وكون أن الدستور هو مصدر جميع السلطات في الدولة فإن هذه السلطات بالنتيجة تمارس وظيفة وليس حقا شخصيا تتحكم به كما تشاء ذلك أن النصوص الدستورية هي من تحدد نطاق تلك الوظيفة وهي التي تبين شروطها ومداها، ومعنى ذلك أن

¹ عثمان، حسين عثمان محمد: القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 26-28

² خليل، محسن: النظم السياسية والقانون الدستوري، بيروت، جامعة بيروت العربية، 1965، ص 99

السلطات في الدولة يجب أن تقوم بوظائفها على النحو الذي رسمته النصوص الدستورية إذ لا يمكن لها أن تفوض غيرها ليمارس هذه الوظيفة إلا في حال وجود نص خاص يبيح ذلك التفويض، كما أن الأثر القانوني لمبدأ سمو الدستور لا يمكن أن ينتج إلا في حال وجود وسائل تكفل حماية هذا المبدأ بداية ويكون ذلك بتحقيق الرقابة على دستورية القوانين، غير أن تحقيق هذه الرقابة يتطلب تحقيق ازدواجية سمو، بمعنى وجود مبدأ سمو الشكلي إلى جانب مبدأ سمو الموضوعي.¹

• النتائج المترتبة على مبدأ سمو الموضوعي:

أولاً: يؤدي سمو الموضوعي للدستور إلى تحقيق مبدأ المشروعية وليس ذلك فقط بل ويؤدي إلى توسيع نطاق ذلك المبدأ كما يؤدي إلى تحقيق هرمية القواعد القانونية بحيث تحتل القواعد الدستورية أعلى درجات الهرم، ذلك أن احترام القواعد القانونية لا يقتصر فقط على القواعد والقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية بحيث لا يجوز مخالفة تلك القواعد والقوانين من السلطات أو الأفراد وإنما يمتد ذلك الاحترام إلى القواعد الدستورية التي تقع في قمة هرم القواعد القانونية، ويترتب على ذلك خضوع الحكام والمحكومين على حد سواء للقانون، ذلك أن أي تصرف أو إجراء أو نشاط يتم ممارسته بعيداً عن القانون يقع باطلاً ومجرداً من أي أثر قانوني وذلك كونه فاقداً لأي سند شرعي له، أي أن القاعدة القانونية لا تنتج أثرها إلا في حال إلزامها بالقيود والضوابط التي تحددها القاعدة القانونية الأعلى منها.

ثانياً: أن كل سلطة من سلطات الدولة يجب أن تقوم بالوظيفة المسندة إليها بنفسها، ذلك أن هذه السلطات يجب أن تمارس الوظائف المعهودة إليها على النحو الذي يبينه الدستور، حيث أنها تقوم بأعمالها ضمن الاختصاصات التي قامت الأمة بتفويضها إياها بموجب الدستور، وعلى ذلك وكما ذكر سابقاً فإنه لا يمكن لسلطة أن تفوض سلطة أخرى غيرها بممارسة الوظائف المعهودة إليها ما لم يرد نص خاص في الدستور يبيح ذلك التفويض، إذ أنه ووفقاً

¹ الخطيب، نعمان أحمد: مبادئ القانون الدستوري، الكرك، جامعة مؤتة، 1993، ص 93-94

للمبدأ القائل بأن الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض فإنه لا يجوز للسلطة المفوضة من الأمة أن تفوض غيرها بما تم تفويضها به.

وسبب ذلك أن الدستور يقدر كفاءة وقدرة كل سلطة من السلطات، أي أنه يخول لكل سلطة اختصاصاتها وفقاً لقدرتها وكفائتها على حمل ذلك الاختصاص، لذلك لا يجوز لأي من سلطات الدولة تجاوز الاعتبارات والتقدير التي أخذ بها الدستور حينما منح لتلك السلطات وظائفها واختصاصاتها مع وجود استثناء على ذلك وهو وجود نص صريح على جواز قيام سلطة ما بتفويض بعض صلاحياتها واختصاصاتها إلى سلطة أخرى، وهناك بعض الدول التي أجازت هذا التفويض والتي منها دستور جمهورية مصر العربية والذي سمح بتفويض بعض اختصاصات السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية وفق شروط وإجراءات خاصة، وبالمقابل هناك بعض الدول التي لم تجز ذلك التفويض والتي منها المملكة الأردنية الهاشمية.¹

المطلب الثاني: أهمية الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة

تأصلت حقوق الإنسان في جميع البشر على اختلاف أجناسهم أو جنسياتهم أو ديانتهم أو حتى مكان إقامتهم، هذا بالإضافة إلى أن هذه الحقوق هي حقوق لصيقة بالفرد بحيث لا يمكن التنازل عنها أو تجزئتها أو حرمانه منها لأي سبب كان ذلك أنها تشكل الحد الأدنى لكرامة الإنسان ولذلك لا بد من توضيح هذه الحقوق وبيان نشأتها وأصلها.

الفرع الأول: حقوق الإنسان وحرياته العامة من حيث النشأة والتعريف والمصادر

إن فكرة بلورة وصياغة حقوق الإنسان وحرياته العامة على شكل بنود ونصوص قانونية وفرض العقوبات والجزاءات المختلفة على من يرتكبها هي فكرة ليست بحدیثة وإنما قديمة، إذ أنها مرت بمراحل وأطوار زمنية عديدة حتى وصلت إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 والذي يعتبر أهم وثيقة بشرية في هذا المجال.

¹ الغالي، كمال: مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، دمشق، مطبعة الداودي، 1985، ص 94

• نشأة حقوق الإنسان

أرجع الفقه الحديث نشأة حقوق الإنسان في العصر الحديث إلى المفكرين الأوروبيين المحدثين في القرن السابع عشر وعلى رأسهم "جون لوك" هذا بالإضافة إلى إعلانات الحقوق والوثائق الإنجليزية، وإعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر عام 1789م، وقد كان للدين الإسلامي دور كبير في نشأة هذه الحقوق والحريات وإقرارها منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان، فالإسلام ومنذ أن جاء قدر أن للإنسان حقوق وحريات يجب أن تصان ذلك أن هذه الحقوق هي منحة من الله سبحانه وتعالى فلا فضل فيها لأحد وليس لأي مخلوق أن يتحكم بها بأن يعطيها لمن يشاء ويمنعها عن من يشاء.¹

أولاً: دور الإسلام في نشأة حقوق الإنسان

إن الإسلام ومنذ أربعة عشر قرناً من الزمان وهو يرسخ هذه الحقوق والحريات ويحدد نطاقها، فقد قرر الإسلام أن هذه الحقوق هي منحة من الله عز وجل وبأن لا فضل لأحد فيها على أحد فهي ليست حكراً على فرد من الأفراد وإنما هي مقررة للناس كافة دون تمييز، الأمر الذي يعطي لهذه الحقوق والحريات هيبتها واحترامها وقديسيته، فهي مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ومستندة إلى العقيدة.²

• أهم المبادئ التي أكدت إقرار الإسلام لحقوق الإنسان وحرياته العامة:

هناك العديد من المبادئ التي تؤكد إقرار الإسلام وحمايته لحقوق الإنسان وحرياته العامة والتي منها:

- 1- تأكيد حرية الرأي والعقيدة وقد جاء ذلك في قول الله سبحانه وتعالى في الآية الكريمة " لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي "³

¹ عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام: *حقوق الإنسان وحرياته العامة وفقاً لأحدث الدساتير العالمية والمواثيق الدولية*، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2005، ص76-78.

² الغزالي، محمد: *حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة*، الإسكندرية، دار الدعوة، 1993، ص9-11

³ القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 256.

تدعو هذه الآية إلى عدم إجبار أي إنسان على إتباع عقيدة معينة، فالدخول في دين الإسلام يكون من خلال اقتناع الإنسان بدلائله وبراهينه ولا يكون من خلال القوة، وخلاصة القول أن هذا المبدأ قد كفل حرية العقيدة.

2- تأكيد مبدأ الحرية الشخصية والتي يندرج تحتها بند حرمة المساكن، فقد قال الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز " يأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون "¹

هذه الآية أمرت الإنسان المسلم بالتحلي بالآداب الشرعية والتي منها احترام حرمة المنازل والتي تقودنا إلى مبدأ هام من مبادئ حقوق الإنسان ألا وهو مبدأ الحرية الشخصية، حيث أن بيت الإنسان هو من أكثر الأماكن التي تتحقق فيها حريته الشخصية، فجاءت هذه الآية لتدعو إلى احترام هذه الحرية وعدم انتهاك حرمتها.

3- حق الملكية الخاصة، فالله سبحانه وتعالى هو من قسم الأرزاق وهو الذي يوزعها وفقا لحكمته وعدله، فالناس مختلفون في الأرزاق، فهناك الفقير وهناك الغني وهناك السيد وهناك العبد، وكل ذي مال له حق التمتع في ماله وله حق التملك ويتضح ذلك في قوله تعالى " والله فضّل بعضكم على بعض في الرزق "².

إن ما ذكر من مبادئ وحقوق وحرّيات لم يقتصر على دول الأمة الإسلامية وحدها وإنما تجاوز الأمر ذلك بأن كانت تلك الحقوق تدرّس في دول أوروبا مع شتى الثقافات الأخرى.

ثانيا: دور إعلانات الحقوق والوثائق الإنجليزية في نشأة حقوق الإنسان:

• العهد الأعظم 1215 م:

يعتبر العهد الأعظم الأساس الذي قامت عليه إعلانات الحقوق الإنجليزية والتي تعتبر من أهم مصادر نشأة حقوق الإنسان، وقد انتزع البارونات ذلك العهد من الملك جون ستيورات وكان ذلك بسبب استعماله للعنف ومبالغته في طلب المال الأمر الذي جعله طاغيا فأصبح ذلك

¹ القرآن الكريم، سورة النور، الآية 27.

² القرآن الكريم، سورة النحل، الآية 71.

الطغيان يشكل تهديدا لمصالح الأشراف ورجال الدين، فاجتمعوا ضده وشكلوا جيشا لمقاومته الأمر الذي دفعه إلى إصدار العهد الأعظم.

ومن خلال ذلك العهد تم تقييد سلطات الملك وذلك من خلال إلزامه بعدم التدخل في انتخاب رجال الكنيسة بهدف احترام حرية الكنيسة، هذا بالإضافة إلى تقييد سلطاته عند فرضه لضرائب جديدة، إذ لا بد من موافقة المجلس الكبير على تلك الضرائب، فضلا عن إلزامه باحترام الحقوق والحريات الفردية، ومما سبق نجد بأن العهد الأعظم قد وضع علاقات جديدة بين الملك والشعب وكان بداية للحد من السلطات المطلقة للملك، ولكل ذلك فإن العهد الأعظم الإنجليزي كان في نظر الفقه حجر الزاوية في بناء الحرية الإنجليزية، ويضاف على هذا العهد تأكيد العهد الأعظم في عام 1297م، حيث ألزم ذلك التأكيد الملك بعدم فرض أي ضرائب أو رسوم بدون موافقة الأمة.¹

ثالثا: دور إعلان الحقوق الفرنسي في نشأة حقوق الإنسان

صدر هذا الإعلان عام 1789م عن الجمعية الوطنية الفرنسية، وقد تصدرته عبارة " يولد الناس أحرارا ومتساوين في الحقوق "، ولا يعد هذا الإعلان أقدم الإعلانات والمواثيق التي قررت حقوق الإنسان في العصر الحديث ذلك أن هناك إعلانات قد سبقته في وجودها إلا أنه لم يكن متأثرا بما سبقه من إعلانات أو وقائع دستورية.

وكان تركيز هذا الإعلان على الحقوق دون الواجبات، وقد منح للحرية مفهومها السياسي والقانوني بوجه خاص، وقد سادت مبادئ ذلك الإعلان في جميع الدساتير الفرنسية وذلك من دستور 1791 وحتى دستور الجمهورية الخامسة وهو الدستور السائد حاليا والذي وضع بتاريخ 1958، ولم يقف الأمر عند حدود ذلك بل تخطى حدود الدولة الفرنسية إلى أن سادت مبادئ ذلك الإعلان في دساتير دول أوروبا الغربية التي كانت قد صدرت ما بين القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين، وقد امتد تأثير هذا الإعلان إلى أن كان له أثر كبير على شعوب العالم بأكمله حيث

¹ عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام: *حقوق الإنسان وحياته العامة وفقا لأحدث الدساتير العالمية والمواثيق الدولية*، مرجع سابق، ص 80-81

وصف آنذاك بأنه " صفحة واحدة محيرة تفوق وزنها وتأثيرها مكتبات كاملة وتفوق كل جيوش نابليون " وبالإضافة إلى ذلك فإن الإعلان الفرنسي هو عبارة عن وثيقة دستورية دون أي شك في ذلك، ذلك أنه نابع من أصول أيديولوجية معينة.

وأصبح هذا الإعلان حجر الزاوية في النظام القانوني الفرنسي إذ أنه يعتبر نصا من نصوص القانون الوضعي، أما من حيث عالمية الإعلان الفرنسي فإن ذلك جاء انطلاقا من أن هذا الإعلان هو بمثابة وثيقة أخلاقية وليست قانونية وضعية، أي أن ذلك الإعلان ليس فيه أي طابع إلزامية للدول الأخرى.¹

ومن الجدير بالذكر أن هذا الإعلان قد عبر عن مبادئ وفلسفة المذهب الفردي الحر ولم يشتمل على أي حقوق أو حريات خاصة بالجماعات أو النقابات، فقد وضع هذا الإعلان بأن ثمة حقوق و حريات طبيعية أسبق في نشأتها من نشأة الدولة وأسمى في معانيها من معاني الدولة، ذلك أن كل الحقوق التي وردت في الإعلان هي حقوق نابعة من الطبيعة ولم تتبع من إرادة السلطة الحاكمة، وقد جاءت الحقوق والحريات العامة في الإعلان على شكل قيد يرد على سلطة المشرع، ذلك أنه لا يمكن للقانون وضع قيود على الأفراد إلا تلك القيود اللازمة حتى يتمكن الأفراد الآخرون من التمتع بحقوقهم الطبيعية.²

• مفهوم حقوق الإنسان و حرياته ومصادرها

تعود جذور الاهتمام بأحقية الإنسان بتمتعته بمجموعة من الحقوق والحريات إلى العصور القديمة، أي أنها ليست وليدة العصر الحديث ولذلك لا بد من توضيح مفهوم هذه الحقوق والحريات وذلك لكونها حجر الزاوية في صون الإنسان واحترامه.

¹ العيلي، عبد الحكيم حسن: الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، الكويت، دار الفكر العربي، 1983، ص19

² عامر، حمدي عطية مصطفى: حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة في القانون الوضعي والفكر الإسلامي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2010، ص82

أولاً: مفهوم الحق والحرية

لم يتفق فقهاء القانون الوضعي على تعريف واحد للحق، فذهب بعض منهم إلى تعريف الحق بالنظر إلى شخص صاحبه ومنهم من ذهب إلى تفضيل الحق على الشخص ومنهم من حاول التوفيق بينهما، ويمكن توضيح هذه الاتجاهات على النحو التالي: حيث ذهب أنصار المذهب الشخصي إلى تعريف الحق بالنظر إلى صاحبه فهم يرون أن لصاحب الحق إرادة نشطة في نطاق معلوم، وينظرون فإن الحق هو عبارة عن الإرادة أو القدرة التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم، أما المذهب الموضوعي فقد ركز أنصاره على موضوع الحق نفسه دون النظر إلى شخص صاحبه فالحق بالنسبة لهم هو عبارة عن مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون، وذلك على العكس من المذهب الشخصي فالإرادة وفقاً للمذهب الموضوعي ليست جوهر الحق وإنما المصلحة والغاية هي جوهره، وقد كان هناك اتجاه آخر يمزج بين المذهبين في آن واحد وهو ما يسمى بالمذهب المختلط والذي كان يخلط بين الإرادة والمصلحة، وإذا كان أنصار هذا المذهب قد اتفقوا على الخلط إلا أنهم قد اختلفوا على أي من العنصرين له الأولوية أو أي من العنصرين يجب أن يتم تغليبهما، فذهب بعضهم إلى تغليب عنصر الإرادة وفقاً للتعريف الذي أعطاه المذهب الشخصي للحق، ومنهم من ذهب إلى تغليب عنصر المصلحة.¹

وبناء على ما سبق يمكن تعريف الحق على أنه قدرة الفرد على التصرف بطريقة معينة مع وجود حماية قانونية تكفل احترام هذه القدرة، بمعنى أن الحق هو عبارة عن سلطة يعطيها القانون لشخص معين والتي يستطيع من خلالها أن يقوم بأعمال معينة ليحقق مصلحة أقرها القانون.

أما عن الحرية فهي من القيم التي لها الأثر العظيم في قلب وعقل كل إنسان على مر الزمان وذلك كونها ترتبط ارتباط وثيق بحياته، وكونها صاحبة تأثير على سعادته الشخصية، لذلك فهي تحتل مكانة بارزة في صلب الدساتير كونها كانت سببا في اندلاع العديد من الحروب وفي سقوط العديد من الضحايا، هذا بالإضافة إلى صدور العديد من الإعلانات الدولية التي تناولت في صلب موضوعاتها موضوع الحرية.

¹ كيره، حسن: المدخل إلى القانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974، ص 431-434

ومفهوم الحرية الحالي يختلف عن مفهومها قديماً، إذ أن ذلك المفهوم يختلف باختلاف الزمان والمكان، فعلى سبيل المثال فإن مفهوم الحرية لدى الرومان يختلف عن مفهومها لدى مفكري الثورة الفرنسية، وكذلك من حيث المكان فمفهوم الحرية في الدول ذات الأنظمة الدكتاتورية مثلاً يختلف عن مفهومها في الدول ذات الأنظمة الديمقراطية والقانونية.¹

وقد عرف الأستاذ الدكتور أحمد حافظ نجم الحرية بأنها مجموعة من الحقوق الأساسية التي لا يستغني عنها الإنسان في حياته، والتي تكفل الدولة الاعتراف بها وتنظيمها وحمايتها، وهذا التعريف جاء وفقاً لوجهة النظر القانونية المحصنة.²

وقد ذهب الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789 إلى تعريف الحرية على أنها حق الفرد في أن يفعل كل ما لا يضر بالآخرين وأن القيود التي تفرض على هذه الحرية لا تجوز إلا بالقانون، وقد جاء هذا التعريف في المادة الرابعة من الإعلان ويتضح منه أن الحرية بمفهومها الفردي تعني قدرة الشخص على إتيان أي تصرف وبذات الوقت قدرته على الامتناع عنه، ويرد على هذه القدرة قيدان يمكن استنتاجهما من خلال التعريف:

- القيد الأول: أن لا يضر الفرد أثناء ممارسته لحيته بالحقوق والحريات التي تثبت لغيره من الأفراد وهذا القيد يعتبر قيد مادي إذ لا تصوّر لوجود حرية مطلقة.
- القيد الثاني: يتمثل هذا القيد في الإلتزام بالتنظيم القانوني عند ممارسة الفرد لحيته، ذلك أن خضوع الإرادة للنظام القانوني هو ما يميز الحرية عن الفوضى.

وبناء على ما سبق يرى الباحث بأنه يمكن تعريف الحرية على أنها قرارات يتمتع الفرد بسلطة اتخاذها نظراً للطبيعة البشرية التي يتسم بها ونظراً لكونه جزءاً من المجتمع وأحد أعضائه وبها يحقق مصالحه الخاصة وبذات الوقت يساهم في تحقيق الصالح العام للمجتمع، وعلى ذلك لا يكون للحكومة أو للسلطة الانتقاص أو الحد منها إلا إذا شكلت ضرراً على مصالح وحريات الغير عامة كانت أو خاصة.

¹ عامر، حمدي عطية مصطفى: حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة في القانون الوضعي والفكر الإسلامي، مرجع سابق، ص 33-34

² نجم، أحمد حافظ: حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، القاهرة، دار الفكر العربي، بدون تاريخ، ص 13

• مصادر حقوق الإنسان وحياته العامة

تتكامل ثلاثة مصادر في حماية حقوق الإنسان والحريات العامة وهذه المصادر هي المصدر الدولي والمصدر الوطني والمصدر الديني، وهذه المصادر الثلاثة تكمل بعضها بعضا وسيتم توضيح كل مصدر من هذه المصادر بشيء من التفصيل:

أولاً: المصادر الدولية

منذ عام 1945 والإنسان محل اهتمام المجتمع الدولي ومؤسساته القانونية، فقبل الحرب العالمية الثانية لم يكن للمجتمع الدولي نشاط في وضع نصوص لحماية حقوق الإنسان إلا في قليل من المسائل كوضع نصوص لحماية الأقليات في المعاهدات المنشئة لدول جديدة بالإضافة إلى وضع نصوص في ميثاق الانتداب عام 1919، ولم يكن للمجتمع الدولي عدا هذه الاهتمامات المحدودة أي سلطة أو تأثير على الحكومات في تعاملها مع الإنسان على أراضيها أيا كان شكل الانتهاكات التي تحدث في هذه الأراضي، وعلاوة على ذلك لم تعمل عصبة الأمم على التصدي لهذه الحكومات ولم تطبق عليها أي عقوبات دولية، ونتيجة لذلك تعرضت الشعوب لأشد أنواع الظلم والقهر والامتهان لكرامة الإنسان وكانت هذه الظروف أحد أهم الأسباب التي أدت إلى اندلاع الحرب العالمية الثانية عام 1939.

وأثناء الحرب العالمية الثانية كان تفكير الدول الحلفاء يتبلور حول فكرة أساسية لعالم ما بعد الحرب ألا وهي احترام حقوق الإنسان والشعوب كأساس للسلام داخل كل دولة وبذات الوقت كأساس للسلام العالمي، وعندما تم وضع ميثاق الأمم المتحدة أخذت أجهزتها على عاتقها مهمة تأكيد حقوق الإنسان وكان ذلك بمثابة التزام دولي واجب الاحترام من الدول داخل حدودها ولم يقتصر ذلك الاحترام على مواطني الدولة فحسب بل شمل أيضا غير المواطنين، وانطلاقا من ذلك كان تدخل المجتمع الدولي في الدول لحماية حقوق الإنسان.

وتتقسم المصادر الدولية لحقوق الإنسان إلى مصادر عالمية ومصادر إقليمية وهي على النحو التالي:

1- المصادر العالمية

تشمل هذه المصادر جميع المواثيق الدولية التي لها طابع إلزامي والتي تتناول معظم الحقوق دون التركيز على حق معين ويأتي في مقدمة هذه المواثيق ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945، فبالرجوع إلى نصوص ومواد ذلك الميثاق نجد أن حقوق الإنسان داخل الدولة ليست من الاختصاصات المطلقة للحكومة، فعلى سبيل المثال إذا كان من واجب الحكومة المحافظة على الأمن والنظام داخل الدولة فإن لها أن تقوم بإلقاء القبض على الخارجين عن القانون ولكن بذات الوقت لا يكون لهذه الحكومة أو السلطة إلقاء القبض على أهالي المتهمين للضغط عليهم لتسليم أنفسهم إذ أن في ذلك انتهاكا لحقوقهم.

ويلاحظ من الأمثلة السابقة أن مسائل حقوق الإنسان وانتهاكها لا تعتبر من الاختصاصات المطلقة للدولة ذلك أن هذه المسائل تؤخذ على سبيل الشراكة ما بين الدولة والمجتمع الدولي ومنظماتها، ومن هنا يكون واجب الأمم المتحدة في التدخل في الدول التي تمس حقوق الإنسان وتنتهكها، ويتجلى ذلك في الفصل الأول من ميثاق الأمم المتحدة والذي حددت فيه مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها، فقد جاء في المادة الأولى من الميثاق وتحديدا في الفقرة الثالثة من هذه المادة: "تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء"¹

و على الرغم من أن ميثاق الأمم المتحدة كان قد وضع الإطار العام لحق الشعوب في تقرير مصيرها وكذلك الحقوق والحريات الأساسية للإنسان إلا أنه لم يوضح تفاصيل هذه الحقوق، ولذلك فقد عملت الجمعية العامة للأمم المتحدة مع المجلس الاقتصادي والاجتماعي ولجنة حقوق الإنسان التابعة للمجلس على تقنين وتوضيح تفاصيل الحقوق والحريات الأساسية للإنسان والتي كان قد وردت على سبيل الإجمال في ميثاق الأمم المتحدة، فقد قامت الجمعية العامة باعتماد اتفاقيتين عامتين تتضمنان قواعد قانونية تفصيلية لحقوق الشعوب وحقوق الإنسان وحرياته

¹ فقرة (3)، مادة (1): الفصل الأول من ميثاق الأمم المتحدة، 1945

الأساسية، وقد تمت صياغة هاتين الاتفاقيتين في لجنة حقوق الإنسان ثم في اللجنة الثالثة للشؤون الاجتماعية والإنسانية والثقافية التابعة للجمعية العامة، وفي 16 ديسمبر من العام 1966 اعتمدت الجمعية العامة هاتين الاتفاقيتين المعروفتين باسم العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري.

وخلاصة لما سبق فإن المصادر الدولية العالمية لحقوق الإنسان تتركز في ميثاق الأمم المتحدة وفي العهدين الدوليين، وقد شملت نصوص العهدين العديد من الحقوق والحريات الأساسية ومن هذا الشمول يتضح مفهوم العهدين السابق ذكرهما، ومن أهم هذه الحقوق والحريات، الحق في تقرير المصير، والحق في الحياة، وحرية الرأي والتعبير وغيرها من الحقوق.¹

2- المصادر الإقليمية

تحتوي هذه المصادر على موثائق عامة وأخرى خاصة، وينحصر تطبيقها في إقليم معين، وفي معظم الأحيان يكون ذلك في ظل منظمة دولية إقليمية.

ويتم النظر إلى هذه الموثائق على أنها مصادر قانونية وضعية تتكاتف مع المصادر العالمية التي سبق الحديث عنها، وتشتمل المصادر الإقليمية على الاتفاقيات ومختلف الوثائق المتعلقة بحقوق الإنسان على مستوى المنظمات الإقليمية، فعلى سبيل المثال في أوروبا كانت دول مجلس أوروبا قد أبرمت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وكان ذلك في روما عام 1950، وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ عام 1953، وعلى الصعيد الأمريكي نجد ميثاق بوغوتا المنشئ لمنظمة الدولة الأمريكية والمبرم عام 1948، ونجد أيضا الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان عام 1969 و التي أصبحت بمثابة قانون دولي أمريكي وضعي له طابع إلزامي في مواجهة كافة الدول التي صادقت على الاتفاقية، أما في إفريقيا فقد كان هناك الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، وكان هذا الميثاق قد دخل حيز التنفيذ عام 1986 وقد جاء هذا الميثاق تنويجا لما بذله المحاربين الإفريقيين من أجل كفالة احترام حقوق الإنسان، وعلى صعيد الوطن العربي فقد كانت الدول العربية من أكثر الدول تخلفا بالنسبة لموضوع حقوق الإنسان وخاصة من حيث تقنين هذه الحقوق

¹ بشير، الشافعي محمد: قانون حقوق الإنسان، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007، ص55-61

على شكل وثيقة دولية، فمنذ عام 1945 وتحديدا منذ نشأة جامعة الدول العربية لم يكن لها أي دور في مجال تقنين حقوق الإنسان إذ أن كل ما قامت به خلال هذه السنوات الطويلة لم يتعدى إنشاءها للجنة عربية دائمة لحقوق الإنسان وحتى ذلك الإنشاء لم يكن بمبادرة من الجامعة وإنما كان بناء على توصية من الأمم المتحدة، وتم تكليف تلك اللجنة بإعداد مشروع ميثاق عربي لحقوق الإنسان وبعد ذلك تم إحالة هذا المشروع إلى الدول العربية لإبداء الملاحظات ومن ثم تم اعتماده عام 1994.¹

3- المصادر الوطنية

يقصد بالمصادر الوطنية النصوص التي تتعلق بحقوق الإنسان سواء كانت هذه النصوص قد وردت في الدستور أو في القوانين العادية أو في العرف أو في أحكام المحاكم الوطنية، فالتشريعات الوطنية لا تجيز للفرد في أي حال من الأحوال أن يتنازل عن كل أو بعض حقوقه أو حرياته الأساسية.

وللمصادر الوطنية الأولوية في الرجوع إليها وذلك لمراقبة مدى كفاية حقوق الإنسان وذلك بدءا من الدستور الذي يشكل قمة الهرم القانوني وانحدارا نحو القوانين أو التشريعات العادية والأعراف القانونية، فالفرد الذي تتعرض حقوقه للانتهاك يجب عليه بداية اللجوء إلى الوسائل المحلية للدفاع عن حقوقه فإذا استنفذ هذه الوسائل دون نتيجة فله حينها اللجوء إلى الوسائل الدولية، أي أنه لا بد كم مراعاة التدرج القانوني.²

4- المصادر الدينية

وضعت الأديان السماوية منذ الأزل الأسس النظرية لحقوق الإنسان، إذ أكدت هذه الأديان على القيم العليا والمبادئ الحكيمة فأوجب احترام حقوق الأفراد جميعا دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو الدين أو العرق، فمنذ نزول الوحي على الرسول محمد صلى الله عليه وسلم وبدء الرسالة تبلورت فكرة حقوق الإنسان، وقد اشتملت هذه الفكرة على مبدأ أساسي ألا وهو أن الحقوق

¹ بشير، الشافعي محمد: قانون حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص66-80

² مراد، عبد الفتاح: شرح النصوص العربية لاتفاقيات الجات ومنظمة التجارة العالمية، الإسكندرية، بدون ناشر، 1997، ص63

والحريات الأساسية ليست مجرد حقوق و حريات يتمتع بها الفرد ويمارسها مما يسهل عليه ممارسة أمور حياته بكرامة ودون امتهان وإنما يتعدى الأمر ذلك إلى درجة الواجبات التي يجب على الفرد الالتزام بها وبمقتضياتها وذلك ليس فقط من قبل الغير وإنما من قبل صاحب الحق ذاته.¹

وإذا ما تم التطرق إلى أنواع الحقوق فإننا نجد أن هناك حق لله تعالى وحق للعبد وحق مشترك بينهما هذا من حيث من تثبت له الحقوق، أما من حيث موضوع هذه الحقوق فهناك حقوق مالية وحقوق غير مالية وأيضاً هناك حقوق قضائية وهي عبارة عن الحقوق التي يقرها القضاء ويفصل في موضوعها وهناك حقوق يمكن تسميتها بالحقوق الدينية ذلك أنها تثبت دون الحاجة إلى تدخل من السلطة القضائية.²

ويرى الباحث بأن حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية هي عبارة عن منح إلهية وليست حقوقاً أو حريات طبيعية، وهذه الخصيصة منحت الحقوق والحريات قدراً من القدسية والأهمية الأمر الذي يجعلها واجبة الاحترام سواء من الغير أو من الحاكم الذي يحظر عليه أن يسطو عليها وإلا فقد شرعيته الأمر الذي يفقده بالنتيجة لسلطته.

الفرع الثاني: آليات حماية المحكمة الدستورية العليا لحقوق الإنسان وحرياته العامة

بداية و قبل الخوض في آليات حماية المحكمة الدستورية للحقوق والحريات العامة، لا بد من التعرض ولو بشيء من التفصيل إلى أحد المبادئ التي يعتبر لتطبيقها أثر كبير في تحقيق الحماية لهذه الحقوق والحريات وهو مبدأ المساواة.

إن مبدأ المساواة هو مبدأ تقتضيه طبيعة الحياة المشتركة فقد اهتمت الدساتير والتشريعات على اختلاف أنواعها بالنص عليه واعتناقه، كما ويعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تقوم عليها الحقوق والحريات الأساسية وبدونه لا وجود لمعنى الديمقراطية إذ أنه بالنسبة لها بمثابة الروح للجسد وبدونه أيضاً لا وجود للحرية ذلك أن المساواة هي أساس الحرية.

¹ مراد، عبد الفتاح: شرح الحريات العامة وتطبيقات المحاكم بشأنها، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 1999، ص37

² عامر، حمدي عطية مصطفى: حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة في القانون الوضعي والفكر الإسلامي، مرجع

سابق، ص31

ويمكن القول بأن المساواة هي حق وواقع في الوقت ذاته حتى ولو لم تكن تعني المساواة المطلقة وإنما مجرد تكافؤ الفرص والذي يعتبر من أبرز المسائل المثالية لممارسة الحرية وذلك من خلال ضمان المساواة بين جميع الأفراد الذين يتمتعون بنفس الظروف وبهذا يبقى مبدأ المساواة مترسخا وضامنا للحقوق والحريات الأساسية ودلالة ذلك بأن الثورة الفرنسية كان شعارها قائما على مبادئ الحرية والمساواة والإخاء.

وقد صدر عن المحكمة الدستورية العليا في مصر العديد من الأحكام التي تعرضت لمبدأ المساواة والتي منها:

1- حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 21، السنة السابعة قضائية دستورية، جلسة 1989/4/29، الجزء الرابع، ص 219.

وقد ذهبت المحكمة في هذا الحكم إلى أن مبدأ المساواة هو أساس العدل وجوهر الحرية بالإضافة إلى أن ذلك المبدأ من أهم المبادئ التي تكفل إرساء وترسيخ السلام الاجتماعي.

2- حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 21، السنة السابعة قضائية دستورية، جلسة 1989/4/29، الجزء الرابع، ص 219.

وكانت المحكمة قد أكدت في الحكم المذكور أعلاه على أن لمبدأ المساواة أكبر الأثر في توفير الحماية القانونية المتكافئة للأفراد والتي لا تقتصر على الحقوق والحريات المنصوص عليها والمقننة في النصوص فحسب وإنما تمتد لتشمل كافة الحقوق التي يكفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وذلك انطلاقا من ما يحقق المصلحة العامة.

وعلى ذلك فإن القضاء الدستوري وعلى ضوء الكم الهائل من الأحكام التي صدرت عن المحكمة الدستورية العليا اعتبر بأن مبدأ المساواة هو أساس الرقابة القضائية الدستورية الأمر الذي أدى إلى غياب الأحكام التي تأسست على غير الحق في المساواة، ذلك أن مبدأ المساواة يعتبر عصب الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ومن ذلك يلاحظ بأن معظم حالات النص على عدم الدستورية تكون نابعة من مخالفة هذا المبدأ الجوهري وانتهاك المشرع له.¹

¹ عامر، حمدي عطية مصطفى، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية، مرجع سابق، ص 690-698

وتأسيسا على ما سبق يمكن القول بأن وجود الحقوق والحريات العامة قائم بصفة أساسية على وجود مبدأ المساواة وكفالة احترامه، ولبيان الأثر الفعلي لمبدأ المساواة في حماية الحقوق والحريات العامة لا بد من التطرق إلى بعض مظاهر ذلك المبدأ والتي منها:

- المساواة أمام القانون: وذلك بأن يكون كافة المواطنين على قدم المساواة عند تطبيق القانون بمعنى أن لا يكون هناك أي تمييز لأحدهم على حساب الآخر، والمساواة هنا هي مساواة قانونية فعلية بين الأفراد والتي تتماثل مراكزهم القانونية.¹

وقد طبق القضاء الإداري في مصر مبدأ المساواة أمام القانون إذ قضت محكمة القضاء الإداري بأن " على السلطة الإدارية أن تساوي في المعاملة بين الأفراد متى اتحدت ظروفهم فيما أعطاهها المشرع من اختصاصات في تصريف الشؤون العامة بحيث يتمتع عليها أن تعطي حقا لأحد الأفراد ثم تحرم غيره متى كانت ظروفهم متساوية، أو أن تفرق في المعاملة بين الأفراد ذوي المراكز المتساوية.²

- المساواة أمام القضاء: يقصد بالمساواة أمام القضاء أن يمارس جميع الأفراد في الدولة حق التقاضي على قدم المساواة أمام محاكم الدولة وذلك دون أدنى تمييز بينهم لأي سبب من الأسباب سواء بسبب الدين أو الجنس أو العرق، ويتحقق مبدأ المساواة أمام القضاء بتحقيق المساواة أمام القانون وقد نصت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في القضية رقم 21 لسنة قضائية دستورية على:

" مبدأ المساواة لا ينطبق على الحريات والحقوق المنصوص عليها في الدستور فحسب، وإنما أيضا على كافة الحقوق التي يكفلها المشرع للمواطنين، وأن هذه المساواة ليست مساواة حسابية، إذ يملك المشرع بسلطته ووفقا لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية

¹ عفيفي، مصطفى محمود: الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار الفكر العربي، 1990، ص18

² حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 334، السنة السادسة قضائية، جلسة 13 نوفمبر 1955، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة العاشرة، ص26-27

التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من هؤلاء الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتمائل مراكزهم القانونية¹

ويترتب على مبدأ المساواة بعض النتائج التي لا بد من ذكرها وهي ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل الذكر:

1- تحقيق وحدة الحق في التقاضي، بمعنى أن يكون التقاضي لجميع أفراد المجتمع بفئاته وحالاته الاجتماعية دون تمييز لأي سبب من الأسباب.

2- المساواة في طبيعة الإجراءات والضمانات التي يتمتع بها المتخاصمون، وهنا تكون المساواة موضوعية بمعنى أن القواعد التي يجري تطبيقها على المتخاصمين والتي نص عليها القانون يجب أن تكون موحدة بحيث لا يعطى أحد المتخاصمين ضماناً أعطاه إياها القانون دون أن يتم منحها للطرف الآخر.

3- مجانية التقاضي، إذ يترتب على تحقيق مبدأ المساواة أمام القضاء أن يكون للأفراد الحق في عرض منازعاتهم على المحاكم المختصة دون أن يأخذ القضاة المختصون بالفصل في تلك المنازعات أجوراً من المتخاصمين مقابل عملهم.

ومما سبق يرى الباحث بأن مبدأ المساواة هو حجر الزاوية لأي نظام قانوني فبدونه تنثر الفوضى ويعم الخراب وبوجوده يسود الأمن والاستقرار، ذلك أنه يساهم إلى حد كبير في إرساء قواعد العدالة سواء كانت عدالة اجتماعية أو قانونية، ويجب التنبيه إلى أن المساواة أمام القانون ليست المساواة الفعلية في ظروف الحياة المادية بل المقصود أن ينال الجميع حماية القانون على قدم المساواة بدون تمييز في المعاملة أو في التطبيق القانون عليهم.

أما عن آليات حماية المحكمة الدستورية العليا لحقوق الإنسان وحياته العامة فقد عمل المشرع المصري على إنشاء المحكمة الدستورية العليا وذلك بهدف أن تتحقق المحكمة من أن كافة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية وكافة اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية متوافقة مع الدستور، وذلك كم خلال بسطها لرقابتها على دستورية هذه القوانين واللوائح، وعلى ذلك فقد

¹ محاماة نت: مبدأ المساواة أمام القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ساعة الدخول 2018/2/11، 4:06م،

أصدرت المحكمة الدستورية العليا في مصر العديد من الأحكام التي هدفت إلى حماية الحقوق والحريات العامة وضمان احترامها.

• حماية المحكمة الدستورية العليا للحقوق والحريات الشخصية

إن الحقوق والحريات الشخصية تعد من أهم الحقوق وتقع على رأس هرمها، ذلك أنه في حال ضمانها واحترامها فإنها تفتح المجال أمام الإنسان للتمتع بالحقوق الأخرى، فعلى سبيل المثال فإنه لا قيمة لحق الانتخاب بدون أن يكون هناك تقرير لحق الإنسان في التنقل وعدم جواز حبسه بدون عذر أو مسوغ قانوني، ومن الحقوق والحريات التي تقع في ظل الحقوق والحريات الشخصية: الحق في حرية الإقامة والتنقل، حق الأمن، حرية الزواج، حرمة المسكن وغيرها، وسيتم تناول بعض هذه الحقوق ودور المحكمة الدستورية العليا في حمايتها بشيء من التفصيل.

1- حماية المحكمة الدستورية العليا لحق الإنسان في الإقامة والتنقل:

جاءت بعض مواد الدستور المصري لعام 1971 لتؤكد على حق الإنسان في الإقامة و التنقل ومن بين هذه المواد المادة (50) والتي نصت على أنه " لا يجوز أن تحظر على أي مواطن الإقامة في جهة معينة، ولا أن يلزم بالإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون، أما المادة (52) فقد نصت على أن " للمواطنين حق الهجرة الدائمة، أو الموقوتة إلى الخارج، وينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد"

وقد صدر عن المحكمة الدستورية العليا أحكاما أقرت حق الإنسان في التنقل باعتبارها من الحقوق العامة التي لا يجوز مصادرة جوهرها ومن هذه الأحكام الحكم الصادر بتاريخ 1997/11/15 والذي جاء منطوقه " تعتبر حرية الانتقال غدوا ورواحا، بما تشتمل عليه من حق مغادرة الإقليم – تعتبر حقا لكل مواطن يمارسها بما لا يعطل جوهرها، وإن جاز أن يتدخل المشرع لموازنتها بمصلحة يقتضيها الأمن القومي"¹

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1997/11/15، في القضية رقم 56 لسنة 18 ق دستورية والمنشور بمجموعة الأحكام التي أصدرتها هذه المحكمة من أول يوليو عام 1996 وحتى آخر يونيه عام 1998، الجزء الثامن، طبعة 2000م، ص928 وما بعدها / الدكتور عاطف سالم، ساعة الدخول 2017/11/28 1:30 www.atefsalem.net

ويتضح من منطوق هذا الحكم أن حرية التنقل مكفولة ليس فقط بموجب أحكام الدستور وإنما أيضا بموجب الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا والتي أكدت على حق المواطن في ممارسة جوهر ذلك الحق، أما بالنسبة لحق الإقامة الذي أكد عليه نص المادة (50) من الدستور المصري الحالي فقد صدر فيه العديد من الأحكام التي صدرت عن المحكمة الدستورية العليا والتي نصت عليه وأكدت والتي منها الحكم الصادر في 1992/3/14 والذي جاء فيه "إن الإقامة التي يعينها الدستور في مادته الخمسين هي التي ينال تقييدها أو منعها من الحق في التنقل سواء بالانتقاص منه أو إهداره، وهو حق كفل الله عز وجل أصله بقوله " هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها "¹، وهو كذلك من الحقوق التي تتكامل بها الشخصية الإنسانية والتي تعكس حمايتها التطور الذي قطعتة البشرية نحو مثلها العليا على ما قررتة ديباجة الدستور، ويعتبر من جهة أخرى متصلا بالحرية الشخصية معززا لنصوصها من العدوان "²

يتضح من منطوق هذا الحكم مدى أهمية إقرار حق الإنسان في التنقل، ذلك أن هذا الحق لم تكفله النصوص الوضعية فحسب وإنما كفله الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز، وعلى ذلك فإن الانتقاص من ذلك الحق أو هدره يعتبر انتقاصا وهذرا لكرامة الإنسان واحترام شخصه.

2- حماية المحكمة الدستورية العليا لحرمة الإنسان في مسكنه:

جاءت المادة (41) من الدستور المصري الحالي والصادر عام 1971 لتؤكد على حماية حرمة الإنسان في مسكنه، فقد نصت المادة المذكورة على أنه " الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا 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 من النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي "، و كما قد كانت المادة (41) قد أكدت على حرمة شخص

¹ القرآن الكريم سورة الملك، الآية 15.

² حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1992/3/14 في القضية رقم 36 لسنة 9 ق دستورية بمجموعة أحكام هذه المحكمة، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص244 وما بعدها. د.عاطف سالم، ساعة الدخول 2007/11/28

الإنسان فقد جاءت المادة (44) لتؤكد على حرمة مسكنه فقد نصت على أن " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون "

وقد جاء حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1997/12/15 ليطبق هذه النصوص، فقد جاء فيه " جرى قضاء هذه المحكمة على أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغدارا لا يجوز النفاذ إليها، وينبغي دوما أن لا يقتحمها أحد ضمانا لسريتها وصونا لحرمتها فلا يكون اختلاس بعض جوانبها مقبولا ¹"

جاء هذا الحكم ليؤكد على ضمانات حرمة المسكن حيث أن خلاصة الحكم كانت قد قضت بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (8) من القانون رقم (49) الصادر عام 1977، وذلك فيما يتعلق بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر، والتي تقضي بحظر جمع الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد وذلك لعدم دستورية ذلك النص.

ويتضح مما سبق ذكره أن للإنسان كامل الحرية في انتقاء مسكنه بالإضافة إلى أن حرمة المسكن مصانة ليس فقط بموجب دساتير الدول وإنما أيضا بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي حرم أي تدخل تعسفي في حياة الأفراد، فقد جاءت المادة (12) من الإعلان لتؤكد على حرمة الإنسان وحرمة مسكنه، فقد جاء فيها " لا يجوز أن يتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، أو الحملات على شرفه وسمعته ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحالات ²"

وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية كانت السباقة في التأكيد على حرمة المساكن فقد أكدت على أمن الناس وسكينتهم في بيوتهم فقال تعالى في كتابه العزيز " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون ³" وعليه فإن معاني الاستقرار والسكينة والطمأنينة لا تتحقق ما لم تكن مساكن الإنسان مصونة غير مستباحة.

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1997/12/15، في القضية رقم 56 لسنة 18 ق دستورية والمنشور بمجموعة الأحكام التي أصدرتها هذه المحكمة من أول يوليو عام 1996 وحتى آخر يونيو عام 1998، الجزء الثامن، طبعة 2000م، ص928 وما بعدها / الدكتور عاطف سالم، ساعة الدخول 2017/11/28 2:40 www.atefsalem.net

² المادة (12)، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 1948.

³ القرآن الكريم، سورة النور، الآية 27

ولكل ما سبق فإن الحق في حرمة المسكن يعد من أهم الحقوق والحريات الشخصية، إذ لم تؤكد عليها الدساتير الوضعية فحسب وإنما أكدت عليها الشريعة الإسلامية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وذلك نظرا لأهميتها وضرورة كفالة احترامها وصونها.

3- حماية المحكمة الدستورية العليا لحرية الإنسان في الزواج:

يعتبر الحق في الزواج من أهم الحقوق الشخصية بل أنه أكثرها قدسية وعلى الرغم من ذلك فإن نص المادة (45) من الدستور المصري لعام 1971 لم يتعرض للحق في الزواج، على الرغم من أن هذه المادة أكدت حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، إلا أن المحكمة الدستورية العليا أكدت على ذلك الحق في حكمها الصادر بتاريخ 1995/3/18 والذي جاء فيه " إن هذا الحق من الحقوق الخاصة التي لها حرمتها، ويحميها الدستور، وإن إغفال النص على هذه الحقوق لا يعني إنكارها، وذلك لأن الحق في الخصوصية يشملها بالضرورة باعتباره مكملا للحرية الشخصية التي يجب أن يكون نهجها متوصلا"¹

ويعتبر الحق في الزواج من الحقوق الطبيعية أي أنه حق طبيعي لكل فرد من الجنس البشري، فهو حق لصيق بشخص الإنسان لا يجوز انتزاعه ولا هدر جوهره، وعلى الرغم من ذلك وحتى وإن كان ذلك الحق من الحقوق الخاصة التي يعنى بحمايتها الدستور إلا أن ذلك الحق لا يأتي على إطلاقه، بمعنى أنه وفي بعض الحالات توجب المصلحة العامة بأن تتدخل الدولة في ممارسة ذلك الحق أو تلك الحرية سواء كان ذلك بحظر بعض صور الزواج، أو بتقييد صور وحالات أخرى، ولكن في حال أن انتفت المصلحة العليا أو المصلحة العامة من تدخل الدولة في هذا الحق فإن تدخلها وهذه الحالة يكون باطلا مشكلا لمخالفة دستورية.²

هذا بالإضافة إلى أن المادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كانت قد كفلت حرية الإنسان في الزواج واختيار زوجته فقد جاء في نص المادة سالف الذكر " للرجل والمرأة متى أدركا

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1995/3/18، في القضية رقم 23 لسنة 16 ق دستورية والمنشور بمجموعة الأحكام التي أصدرتها هذه المحكمة، الجزء السادس، ص567 وما بعدها / الدكتور عاطف سالم، ساعة الدخول 1:30
www.atefsalem.net 2017/11/28

² عبد البر، فاروق: دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، بدون ناشر، 2004، ص401

سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله¹

وبخلاصة القول أن القول بأن الحق في الزواج وحرية يعتبر من الحقوق التي أكدتها كافة الشرائع والمواثيق السماوية والمواثيق الدولية والقوانين والدساتير الداخلية، ذلك أنه حق مقدس لا يجوز الحرمان منه، فهو لازم لقيام الحياة البشرية واستمراريتها، فهذا الحق هو حق قائم على الحرية الكاملة والمساواة بين جميع البشر رجالا ونساء.

4- حماية المحكمة الدستورية العليا لحق الإنسان في الأمن:

يمثل الإنسان أحد أهم الوحدات الأساسية لقيام الدولة، ولذلك يجب أن يكون غاية جميع السياسات التي تطبق في الدولة فهو المستهدف بالأمن ويمثل تأمينه الوحدة الأساسية للسياسات الأمنية والتي لا يمكن اختزالها، فلم يعد الأمر مقتصرًا على أمن الحدود أو الأرض أو الدولة وإنما يشمل أمن من يعيشون داخل الدولة وعلى أرضها وداخل حدودها، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على ذلك الحق باعتباره من أهم صور الحرية الشخصية حيث نصت المحكمة في حكمها الصادر في 1981/4/9 على أنه " لما كان المشرع في المادة (32) من القانون رقم (82) لسنة 1960 قد أعمل الرخصة المتاحة له بمقتضى المادة (66) من الدستور، وقصر ما أناطه بالوزير المختص على تعديل الجداول الملحقه بهذا القانون بالحذف أو بالإضافة أو بتغيير النسب الواردة فيها، وذلك تقديرا منه لما يتطلبه كشف وتحديد الجواهر المخدرة من خبرة فنية ومدونة في اتخاذ القرار"²

وتأسيسا على ما سبق فإن الأمن لا يكون من خلال السلاح فقط وإنما يكون من خلال التنمية المستدامة، هذا بالإضافة إلى أن الأمن ليس فقط أمن الأمم وإنما أمن الأفراد في بيوتهم

¹ الفقرة (1)، من المادة (16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

² حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 1989/4/9، في القضية رقم 15 لسنة 1 ق دستورية والمنشور بمجموعة الأحكام التي أصدرتها هذه المحكمة، الجزء الأول، ص188 وما بعدها / الدكتور عاطف سالم، ساعة الدخول 1:50

ووظائفهم، فهو يتعدى الصراعات بين الدول ليصل إلى الدفاع ضد الصراعات بين الناس، فإذا ما دققنا في مفهوم الأمن فإننا نجده في أبسط صوره يعني أمن الحياة بالنسبة للأفراد.

ووفقا للدستور المصري الحالي الصادر عام 1971، فإن حق الأمن يعتبر من أهم صور الحرية الشخصية وأدقها، وقد أكد هذا الدستور وتحديدا في المادة (41) على إقرار حق الأمن وحمايته فقد جاء في المادة المذكورة أنفا " الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل، إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، وعلى أن يصدر هذا الأمر من القاضي المختص، أو النيابة العامة وذلك وفقا لأحكام القانون، وعلى أن يحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي¹

وبناء على ما سبق نجد أن حق الإنسان في الأمن هو من الحقوق الأساسية التي لا يجوز التنازل عنها أو سلبها أو الانتقاص منها، إذ أن وجوده يؤدي إلى شيوع الطمأنينة والسكينة وغيابه يؤدي إلى أن تطغى الفوضى وشرعية الغاب ذلك أنه يشمل مختلف جوانب الحياة سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو ثقافية.

¹ عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام: حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص331

المبحث الثاني: أنواع الرقابة على دستورية القوانين

المطلب الأول: الرقابة القضائية

تتحصّر هذه الرقابة في مواضيع القوانين فقط وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى صدور القوانين طبقاً للشروط والإجراءات والشكل الذي يتطلبه الدستور لإصدارها، ومعنى ذلك أن صدور القانون على نحو مخالف للإجراءات التي يتطلبها الدستور لصدوره يجعل ذلك القانون باطلاً بطلاناً مطلقاً ويخرج عن وصفه بأنه قانون.

وما سبق ذكره مجمع عليه فقها وقضاء، إذ لا بد من صدور القوانين مستوفية للشروط التي نص عليها الدستور وبذات الوقت لا بد من اتباع الإجراءات الشكلية التي رسمها الدستور لصدورها، وتجدر الإشارة إلى أن الرقابة على دستورية القوانين لا تكون إلا في ظل الدساتير الجامدة وهي غير واردة في ظل الدساتير المرنة.¹

ويرجع السبب في ذلك إلى أن الدستور الجامد يحتاج في تعديله إلى إجراءات صعبة ومعقدة أكثر من الإجراءات التي يتم إتباعها في إصدار القوانين العادية، ولذلك فقد تم وضع سلطتين في كل دولة، الأولى تأسيسية يقع على عاتقها وضع التشريعات الدستورية أو تعديلها، والثانية تشريعية يكون اختصاصها وضع التشريع العادي أو تعديله، وعلى ذلك فإن بطلان أي قانون يكون مخالف للدستور هو نتيجة منطقية لجمود الدستور وسموه على القوانين العادية والتي لا يمكنها مخالفة الدستور أو حتى تعديله.

وتجدر الإشارة إلى أن الوضع يكون مختلفاً في ظل الدساتير المرنة، إذ أن الدستور المرن يعدل بنفس الطريقة وبذات الإجراءات التي يعدل بها القانون العادي، أي أن الدستور المرن والقانون العادي يقعان في ذات المرتبة، ولذلك لا يوجد في ظل هذا النوع من الدساتير إلا هيئة واحدة تستطيع تعديل جميع القواعد الدستورية والتشريعية في الدولة.²

¹ عبد الحميد، عبد العظيم، عبد السلام: حقوق الإنسان وحرياته العامة، مرجع سابق، ص 256

² عبد المجيد، عبد العظيم عبد السلام: الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص 14

الفرع الأول: ماهية الرقابة القضائية

بداية لا بد من توضيح الفرق بين ممارسة الرقابة القضائية قبل إنشاء المحكمة الدستورية المصرية العليا و ممارستها في ظل هذه المحكمة، حيث يمكن تقسيم الرقابة على دستورية القوانين إلى مرحلتين، الأولى قبل إنشاء المحكمة العليا والثانية بعد إنشائها.

أولاً: الرقابة القضائية قبل إنشاء المحكمة الدستورية المصرية العليا:

عرفت مصر الرقابة على دستورية القوانين في ظل الدستور الصادر عام 1971، ذلك أن جميع الدساتير التي صدرت في مصر كانت قد التزمت الصمت إزاء موضوع الرقابة الدستورية، وقد انقسمت الآراء حول حق القضاء في ممارسة هذه الرقابة بين مؤيد ومعارض، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بعدم أحقية القضاء بممارسة تلك الرقابة وقد برر هذا الاتجاه رأيه بأن الدساتير المصرية جاءت خالية من نص يقرر حق القضاء في ممارسة الرقابة الدستورية، ويقصد بالدساتير الدساتير التي جاءت قبل عام 1971، وقد ساق ذلك الاتجاه الحجج التالية ليبين سلامة موقفه والتي منها:

1- أن إعمال مبدأ الفصل بين السلطات، يستوجب أن يختص القضاء بتطبيق القوانين فحسب وليس في فحصها والحكم عليها إذ أن ذلك يعتبر من قبيل تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية.

2- أن الاستمرارية في تعيين القضاة المصريين وتأديبهم ونقلهم يجعلهم في حالة عدم استقرار وذلك نظراً لتبعيتهم للسلطة التنفيذية الأمر الذي يحول بينهم وبين القيام بمهمة الرقابة الدستورية التي تتطلب نوعاً من الاستقلالية.

أما الاتجاه الآخر فقد ذهب إلى القول بأحقية القضاء في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وكان هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب الذي يمثل الغالبية العظمى من الفقهاء، وقد قام هذا الاتجاه بتنفيذ الحجج التي ساقها الاتجاه المعارض، فمن حيث استناد الاتجاه المعارض على مبدأ الفصل بين السلطات للقول بعدم أحقية القضاء في ممارسة الرقابة الدستورية فإن ذلك يعتبر قياس مع الفارق وذلك لاختلاف النصوص واختلاف الظروف، ذلك أن النصوص التي جعلت القضاء

الفرنسي وبعض الفقهاء الفرنسيين يمنعون المحاكم من ممارسة الرقابة على دستورية القوانين لا وجود لها في الدستور والقوانين المصرية، أما الحجة التي تقول بأن القضاة المصريين يتم تعيينهم من خلال السلطة التنفيذية، فإن ذلك لا يؤدي إلى التأثير على السلطة القضائية أو على استقلال القضاء، ذلك أن هناك العديد من تجارب الدول التي أثبتت أن العبرة ليست بطريقة الاختيار والتعيين وإنما هي بالنظر إلى مدى قدرة السلطة التنفيذية على التدخل في شؤون القضاة بعد أن يتم تعيينهم، وعلى ذلك وفي حال أن لم يحدث أي تدخل في شؤون القضاة واختصاصاتهم بعد تعيينهم فلا يكون لطريقة التعيين أي أثر على استقلال القضاء.

والآن وبعد أن قام الاتجاه المؤيد لأحقية القضاء في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين بتنفيذ الحجج التي ساقها الاتجاه المعارض يأتي ذلك الاتجاه (المؤيد) لذكر الحجج التي استند عليها في تبرير موقفه:

1- بما أن الدستور يعتبر قمة الهرم القانوني في الدولة وأسمى القواعد القانونية فيها، وبما أن القضاء ملزم باحترام جميع القوانين في الدولة فإنه وفي حال أن حصل تعارض بين قانونين فإنه يكون ملزم بأن يطبق القانون الأسمى، بمعنى أنه وفي حال حصول تعارض فيما بين القانون والدستور فإن القضاء يكون ملزم بأن يطبق الدستور دون القانون، وهذا يدخل في صلب اختصاص القاضي دون أن يعتبر ذلك الدور تدخلا في اختصاص السلطة التشريعية، ذلك أن القاضي لا يقوم بإلغاء القانون العادي وإنما يقوم بالإمتناع عن تطبيقه ويطبق القانون الأعلى ألا وهو الدستور.

2- يعتبر مبدأ المشروعية من المبادئ الأساسية التي أرساها الدستور وبالتالي فإن حرمان أو منع القضاء من ممارسة الرقابة الدستورية يعتبر مخالف لمبدأ المشروعية.

وقد كان للقضاء المصري موقف المتردد إزاء موضوع أحقية القضاء في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين إذ أنه لم يفصح عن رأيه صراحة في الأحكام التي صدرت عنه وذلك فقد كان هناك اختلاف بين الفقهاء في تأويل هذه الأحكام إذ اعتبرها البعض بأنها مؤيدة لذلك الحق واعتبرها البعض الآخر معارضة له.

ويعتبر الحكم الصادر عن المحكمة الأهلية الابتدائية في مصر عام 1941 أول حكم يقرر أحقية القضاء في ممارسة بحث دستورية القوانين بشكل صريح، إلا أن ذلك الحكم استؤنف ولم توافق محكمة الاستئناف التي استؤنف الحكم أمامها على رأي المحكمة الابتدائية وكان ذلك عام 1943.

ثانيا: الرقابة القضائية بعد إنشاء المحكمة الدستورية المصرية العليا:

إن الدستور المصري المعمول به حاليا والصادر عام 1971، كان قد نص على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين، وكذلك فقد نص ذات الدستور على أن تلك المحكمة هي هيئة قضائية مستقلة بذاتها.

وتطبيقا على ذلك فقد اخذ الدستور المصري بمركزية الرقابة، بمعنى انه كان قد خصص هيئة أو محكمة واحدة متخصصة اناط لها القيام بمهمة الرقابة وكان ذلك في المادة 175 من الدستور الصادر عام 1971 والتي نصت على أنه " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الاجراءات التي تتبع أمامها " ويلاحظ على هذه المادة انها لم تفصل الاجراءات المتبعة أمام المحكمة الدستورية العليا وإنما ترك ذلك الأمر للقانون الذي سوف يصدر لاحقا ويمكن أن يكون السبب في ذلك هو ان نص المادة 192 من الدستور أعطت المحكمة العليا الصلاحية في مواصلة ممارسة اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين إلى حين تشكيل المحكمة الدستورية العليا.¹

ولا بد من الإشارة إلى أن المحكمة الأمريكية العليا استطاعت أن تعمل على توسيع نطاق رقابتها على دستورية القوانين بحيث تجاوزت نطاق الدستورية لتمتد إلى الحكم على مدى ملائمة القوانين، وقد ساهم في ذلك الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية وتطورها، من الوسائل التي استعملتها الولايات المتحدة لتمكين من ممارسة رقابة جدية على دستورية القوانين عن طريق تفسير الدستور تفسيراً واسعاً ولو أدى ذلك إلى الخروج عن النص وكان من أهم تلك الوسائل:

¹ أمل المرشدي، بحث قانوني حول الرقابة على دستورية القوانين في مصر والإمارات، محاماة نت، ساعة الدخول 20:20م،

1- شرط الطريق الواجب قانونا:

ورد هذا الشرط في التعديل الخامس للدستور عام 1791، وكان مضمونه " لا يجوز أن يحرم أحد الحياة أو الحرية أو الملك بغير اتباع الطريق الذي يوجبه القانون " كما ورد في التعديل الدستوري الرابع عشر عام 1868 والذي نص على أنه " لا يجوز لأي ولاية أن تسن قانونا أو تنفذه اذا تضمن إنقاص الميزات والضمانات التي يتمتع بها مواطنو الولايات المتحدة، كما لا يجوز لها أن تحرم أحد الحياة أو الحرية أو الملك دون اتباع الطريق الذي يوجبه القانون".

وقد هدف واضع الدستور من هذين التعديلين إلى حماية الفرد من السلطة التشريعية سواء كانت اتحادية أو محلية، وفي مرحلة لاحقة شكلت المحكمة ذلك الشرط للسلطتين التنفيذية والقضائية ليصبح بذلك شاملا للسلطات الثلاث، وإذا كانت المحكمة في بداية الأمر قد قصرت تطبيق هذا الشرط على حالات إغفال المشرع للضمانات الأساسية المستقرة في مبادئ القانون العام، إلا أنها وفيما بعد قد شملت هذا الشرط على مخالفة جميع قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

2- معيار الملائمة:

تم تطبيق هذا المعيار في المجال الاقتصادي، ويقضي هذا المعيار بضرورة وجود توازن بين الواجبات والالتزامات التي يفرضها القانون على الأفراد، وبين ما يقدم ويحقق لهم ذلك القانون من خدمات.

3- معيار المعقولة:

يطبق هذا المعيار في مجال الأمن والصحة والسكينة العامة، ويقضي هذا المعيار بأن لا يتجاوز القانون الحدود المعقولة فيما يفرضه من تنظيم لحقوق الأفراد وإلا كان تعسفيا.

4- معيار اليقين:

تم تطبيق هذا المعيار في مجال التشريعات الجزائية، ويستلزم هذا المعيار بأن يكون القانون واضحا فيما يقرره من قواعد وأحكام بحيث لا يكون هناك أي شك فيما يجيزه أو يحظره.

فيما سبق وردت أهم الوسائل التي كانت المحكمة العليا قد ابتدعتها في سبيل توسيع نطاق فرض رقابتها على دستورية القوانين، والتي كانت قد ساهمت إلى حد كبير في تطوير هذه الرقابة لتصبح رقابة جدية فاعلة وليست مجرد رقابة شكلية.¹

الفرع الثاني: صور الرقابة القضائية

أولاً: رقابة الامتناع

من خلال هذه الرقابة يكون للقضاء صلاحية الامتناع عن تطبيق أحد التشريعات في قضية مطروحة أمامه، ويكون ذلك إما بناء على طلب أحد الخصوم أو أن تقوم المحكمة بهذا الامتناع من تلقاء نفسها، ويعود السبب في ذلك إلى أن ذلك التشريع مخالف للدستور، والمحكمة وهذه الحالة لا تقوم بإبطال أو إلغاء التشريع المخالف وإنما تقف صلاحيتها عند حدود الامتناع عن تطبيقه، وهذا الحكم الصادر لا يؤدي إلى تقييد المحاكم الأخرى التي من الممكن أن تطبق التشريع ذاته إذا ارتأت عدم مخالفته للقواعد الدستورية.²

أي أن الحكم الصادر عن المحكمة التي امتنعت عن تطبيق التشريع أو القانون يكون له حجية نسبية وليست مطلقة، إذ أنها تقتصر على الدعوى المنظورة أمام المحكمة فقط.

وبعبارة أخرى فإن رقابة الامتناع تقود القاضي الذي ينظر في دعوى معينة إلى أن يمتنع عن تطبيق قانون أو تشريع مخالف للدستور على الواقعة أو الدعوى المنظورة أمامه وذلك في حال أن قام أحد المتخاصمين بالطعن بذلك القانون بعدم دستوريته، وفي ذات الوقت يكون هناك صلاحية للمحكمة أو للقاضي بأن يثير ذلك الدفع أو الطعن من تلقاء نفسه إذا ما ارتأى أن القانون المزمع تطبيقه مخالف للقواعد الدستورية الراسية والمستقرة.

¹ درويش، إبراهيم: القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص 203-205

² الديناصوري، عز الدين، الشواربي، عبد الحميد: الدعوى الدستورية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 25

ثانيا: رقابة الإلغاء

الرقابة وهذه الحالة تعطي الحق للقضاء في حال أن تم رفع قانون أو تشريع ما إليها للنظر في مدى دستوريته أن يحكم بإلغائه وذلك فيما اذا ارتأت المحكمة بأن ذلك التشريع مخالف للدستور، ويترتب على الحكم الصادر بعدم دستورية القانون إلغاء ذلك القانون وبطلانه واعتباره كأن لم يكن، والحكم بعدم دستورية القوانين لا يكون من اختصاص المحاكم العادية وإنما يكون من اختصاص المحاكم العليا أو المحاكم الدستورية التي تم إنشاؤها خصيصا لهذا الغرض، والفرق بين رقابة الامتناع ورقابة الإلغاء أنه في حال رقابة الإلغاء يكون للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بإلغاء قانون ما لعدم دستوريته الحجية المطلقة في مواجهة سائر محاكم وهيئات الدولة، وهنا لا بد من التطرق إلى التوقيت الذي تمارس به رقابة الإلغاء والذي يكون على النحو التالي:

1- أن تكون رقابة الإلغاء سابقة على صدور التشريع:

في هذه الحالة يتم إحالة التشريعات إلى المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية وذلك لفحص مدى دستوريته، فإذا قررت المحكمة عدم دستورية التشريع المحال إليها تقوم بإعادته إلى الهيئة التشريعية وذلك للقيام بإجراء التعديلات اللازمة عليه والتي تجعله متوافقا مع الدستور.

2- أن تكون رقابة الإلغاء لاحقة على صدور التشريع:

في هذه الحالة يجري التعرض لقوانين أو تشريعات كانت قد صدرت بالفعل عن الهيئة التشريعية ويكون ذلك من خلال المحكمة التي تملك صلاحية فحص مدى دستورية القوانين، أي أن مسألة عدم دستورية تشريع معين يتم إثارتها عن طريق دعوى قضائية يقيمها شخص صاحب مصلحة أمام المحكمة الدستورية المختصة بفحص القوانين وذلك للفصل في عدم دستورية القانون أو التشريع المطعون بعدم دستوريته.¹

¹ الديناصوري، عز الدين، الشواربي، عبد الحميد: الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص25

ثالثا: الرقابة المركزية والرقابة اللامركزية

هناك اختلاف بين الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين وذلك فيما يتعلق بتحديد الجهة القضائية التي تمارس عملية الرقابة، وعلى ذلك فإن هناك اتجاه لدى بعض الدول بأن تتولى كافة المحاكم أو الهيئات القضائية في الدولة مهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين وقد أطلق على هذا الاتجاه اسم " لا مركزية الرقابة "، وبذات الوقت كان هناك اتجاه آخر ينوط بمهمة الرقابة الدستورية إلى جهة قضائية واحدة ويطلق على هذا الاتجاه اسم " مركزية الرقابة "، وسيتم إيجاز ما سبق بشيء من التفصيل.¹

• الإتجاه الأول (الرقابة اللامركزية)

هذا الاتجاه يعمل على منح جميع الهيئات القضائية في الدولة مهمة الرقابة على دستورية القوانين، وتبعاً لذلك فإنه يمكن لأي محكمة أو جهة قضائية في الدولة مهما كانت درجتها أو تصنيفها أن تمارس مهمة الرقابة القضائية وفحص مدى دستورية القوانين، ويتم الأخذ بهذا الاتجاه من قبل الدول التي لم تنص في دساتيرها بشكل صريح على اختصاص جهة قضائية واحدة ومعيّنة بتلك الرقابة، وخير مثال على هذه الدول دستور الولايات المتحدة الأمريكية الذي صدر عام 1787، إذ لم يتعرض ذلك الدستور إلى موضوع الرقابة ولكن المحكمة العليا الأمريكية كانت قد أقرتها عام 1803، إلا أنها لم تتفرد لوحدها بتلك المهمة إذ أن كافة الهيئات القضائية في الدولة وعلى اختلاف درجاتها تستطيع ممارسة تلك الرقابة.²

والحجة التي ساققتها أو استندت عليها الدساتير التي أخذت بالرقابة اللامركزية هي أن الرقابة على دستورية القوانين لا تتعدى كونها جزءاً من وظيفة السلطة القضائية الأصلية، والتي تنصب على إنزال حكم القانون على الدعاوى والوقائع المطروحة أمام المحاكم، ذلك أن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق عند حدوث تعارض بين القوانين تدخل في صميم عمل المحاكم أياً كانت درجتها، فعلى سبيل المثال فإنه عند حدوث تعارض بين قانون عادي وقاعدة دستورية يكون على القاضي

¹ السناري، محمد عبد العال: القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 214

² عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام: حقوق الإنسان وحرياته، مرجع سابق، ص 259

الذي ينظر الدعوى إعمال القاعدة الدستورية أو النص الدستوري وتغلبه على القانون العادي وذلك طبقاً لمبدأ سمو الدساتير وبالتالي فإن هذا العمل لا يكون مقصوراً على محكمة دون أخرى. وقد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد من العديد من الفقهاء، وذلك نظراً لأن هذا الاتجاه يسبب حالة من التشتت وعدم الاستقرار، هذا بالإضافة إلى أنه يحدث نوعاً من عدم المساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، ويعود السبب في ذلك إلى التضارب بين أحكام المحاكم بشأن دستورية نص قانوني معين من عدمه، حيث أن تلك المحاكم عند مباشرتها لمهمة الرقابة الدستورية وفي حال أن تبين لها عدم دستورية قانون معين فإنها تكتفي بالإمتناع عن تطبيقه فقط وذلك دون إلغائه الأمر الذي يؤدي إلى إمكانية تطبيق ذلك التشريع أو القانون من قبل محكمة أخرى إذا ما تكونت لديها قناعة بدستورية النص المطروح أمامها، هذا بالإضافة إلى أن موضوع الرقابة الدستورية هو موضوع على درجة عالية من الخطورة ولا يجوز تركه لاجتهادات كافة المحاكم، مما يستوجب أن تتركز الرقابة في يد هيئة قضائية واحدة.¹

• الإتجاه الثاني (الرقابة المركزية)

يجعل هذا الاتجاه مهمة الرقابة على دستورية القوانين من اختصاص جهة قضائية واحدة وهو ما يعرف بمركزية الرقابة، وغالباً ما يعهد بهذه المهمة إلى ما يسمى بالمحكمة الدستورية العليا وذلك كما في مصر حالياً وفقاً لدستورها الصادر عام 1971، ومن الأمثلة الأخرى على الدول التي أخذت بهذا النظام من الرقابة، دستور بولندا الصادر عام 1997 والذي نص على إنشاء محكمة دستورية هذا بالإضافة إلى دستور المجر وبلغاريا وغيرها من الدول، ومن الممكن أن تقوم بعض دساتير الدول التي أخذت بهذا النظام بإسناد مهمة الرقابة إلى المحكمة العليا في النظام القضائي العادي مثل محكمة النقض والتي تمارس هذه المهمة جنباً إلى جنب مع اختصاصاتها ومهامها القضائية الأخرى.²

¹ طلبه، نسرین: *الرقابة على دستورية القوانين*، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول،

2011، جامعة مؤتة، ساعة الدخول 2:34، 2017/11/19

موقع جامعة دمشق: www.damascusuniversity.edu.sy

² عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام: *حقوق الإنسان وحياته*، مرجع سابق ص 260

وبناء على ما سبق فإن مركزية الرقابة تكون رقابة إلغاء وليس امتناع ذلك أن الأصل فيها اختصاص هيئة قضائية دون غيرها بالبحث في مدى دستورية القوانين والنصوص التشريعية ألا وهي المحكمة العليا في الجهاز القضائي وذلك في حال أن كان هناك محكمة عليا واحدة على قمة هرم الجهاز القضائي في الدولة، أما في حالة الدول التي يكون فيها أكثر من هيئة قضائية مستقلة فإنه يتم إنشاء جهة قضائية تكون مهمتها الرئيسية ممارسة الرقابة القضائية وغالبا ما تكون هذه الجهة محكمة دستورية عليا كما هو الحال في مصر¹

ويرى الباحث بأن الجانب الأكبر من الفقه يذهب إلى أفضلية الأخذ بالرقابة المركزية، بل ويفضلون أن يعهد بهذه المهمة إلى محكمة دستورية متخصصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض، والسبب في ذلك هو أن ممارسة الرقابة من خلال محكمة تقع خارج نطاق السلم القضائي العادي يؤدي إلى القضاء على العديد من المشاكل التي يمكن أن يكون السبب فيها تعرض السلطة القضائية لأعمال السلطة التشريعية وذلك تحديدا في الأنظمة التي تقوم على مبدأ الفصل الكامل بين السلطات، أو الأنظمة التي يكون فيها للسلطة التشريعية كامل السيطرة في الدولة.

المطلب الثاني: الرقابة السياسية

الفرع الأول: ماهية الرقابة السياسية

الرقابة السياسية على دستورية القوانين أو ما يسمى بالرقابة الوقائية هي عبارة عن رقابة سابقة على إصدار القانون وليست لاحقة لإصداره، أي أنها تمارس قبل صدور القانون من قبل هيئة سياسية خاصة ينشئها الدستور، وذلك بهدف التحقق من مطابقة أعمال السلطات العامة وخاصة السلطة التشريعية لأحكام الدستور وقواعده، أي أن من يتولى هذه الرقابة هي هيئة ليست بقضائية تعمل على النظر في التشريعات ويكون لها صلاحية إلغاء الأحكام التي تتعارض مع الدستور وقد

¹ السناري، محمد عبد العال: القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 214

سميت هذه الرقابة بالرقابة الوقائية لأن اتباعها يؤدي إلى تحطيم المخالفات الدستورية من الجذور أو بمعنى آخر تحطيمها من منبعها¹.

وتعتبر فرنسا أول الدول التي مارست الرقابة السياسية، ففي ظل دستور عام 1799 قام الفقيه الفرنسي سيبس ببلورة فكرة تمثلت في إنشاء هيئة محلفين دستورية إلا أن هذه الفكرة لم تحظى على قبول من المعارضة وذلك بذريعة الخوف من أن تصبح سلطة الرقابة فوق جميع السلطات، وعقب ذلك كان هناك اتجاه آخر تبنته الجمعية التأسيسية بحيث يتم تقسيم السلطة التشريعية إلى مجلسين يكون كل منهما رقيب على الآخر وذلك بهدف ضمان عدم مخالفة أحد المجلسين لقواعد الدستور، وبقيت الجمهورية الفرنسية بدون هيئة رقابية دستورية حتى عام 1852، حيث تضمن الدستور الصادر في العام المذكور أنفا نصا يقرر إنشاء مجلس يعمل على مراجعة التشريعات ويلغي المخالف منها لقواعد الدستور، إلا أن ذلك المجلس لم يعمل على تحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله ذلك أنه واجه ضغوطات مكثفة من نابليون حيث أن الفترة التي حكم فيها نابليون كانت قد عرفت بالإمبراطورية المستبدة، حتى أن المجلس الذي تم إنشاؤه لغرض الرقابة على دستورية القوانين لم يعمل على إلغاء ولو قانون واحد لمخالفته للدستور طوال تلك الفترة².

أما في ظل دستور الجمهورية الفرنسية الصادر عام 1958 فقد أعطى للسلطة التنفيذية رجحانا على السلطة التشريعية، ويتضح ذلك من خلال الدور القوي لرئيس الجمهورية والدور القوي للمجلس الدستوري الذي يباشر الرقابة السياسية على القوانين التي تصدر عن البرلمان.

وقد قام الدستور الفرنسي بتنظيم تكوين ذلك المجلس وقام أيضا بتنظيم اختصاصاته، هذا بالإضافة إلى أن الدستور قد قام بتنظيم الآثار المترتبة على القرارات التي يقوم المجلس بإصدارها، وذلك كله من خلال نصوص مواد الدستور التي تقع ما بين المادة (56-63)، وقد تم تعريف المجلس الدستوري على أنه "هيئة سياسية قضائية عليا تتولى رقابة دستورية القوانين، وأيضا تنظيم الانتخابات الرئاسية والبرلمانية"

¹ الدناصورى، عز الدين: الدعوى الدستورية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 24

² حسنين، ابراهيم محمد: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000م، ص 29.

وتأسيسا على ما ذكر سابقا وبما أن فرنسا تعتبر النموذج الأمثل للرقابة السياسية على دستورية القوانين، وبما أنها ما زالت تأخذ بها حتى يومنا هذا فلا بد من التطرق للحديث عن اللجنة الدستورية التي أنشأها دستور عام 1946 وعن المجلس الدستوري الفرنسي الذي أنشأه دستور عام 1958 وهو الدستور الفرنسي الحالي.

أولا: اللجنة الدستورية

سعى واضعي الدستور الفرنسي لعام 1946 إلى إضفاء سمة الجمود على الدستور ومن أجل هذه الغاية بذلوا قصارى جهدهم لتحسينه وتوفير الحماية اللازمة لنصوصه، هذا بالإضافة إلى مساعيهم التي هدفت إلى تأمين حقوق الأفراد وحياتهم دون أن تتعارض مع التطورات المستقبلية سواء كان ذلك في المجال السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي، وقد انتهت تلك المساعي بتشكيل هيئة رقابة سياسية سميت باللجنة الدستورية، وتناولت المواد (91-93) من دستور عام 1946 تشكيل هذه اللجنة ووضحت الاختصاصات التي تتمتع بها، وتحديدها اختصاصها بالرقابة المسبقة على دستورية القوانين.

• اختصاصات اللجنة الدستورية:

تقوم اللجنة بمباشرة اختصاصها من خلال طلب يتم تقديمه بشكل مشترك من قبل رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية، وبالتالي لا تباشر اللجنة اختصاصاتها من تلقاء نفسها، ولا حتى من خلال طلبات يتم تقديمها من هيئات أو أفراد.

نصت المادة (91) من دستور الجمهورية الفرنسية لعام 1946، على أن من اختصاص اللجنة الدستورية البحث عما اذا كانت القوانين التي تصدر عن الجمعية الوطنية تتضمن تعديلا للدستور، وفي ذلك النص شيء من التردد والحذر ذلك أن المادة لم تذكر عبارة (مخالفة للدستور) بشكل صريح وإنما استبدلتها بعبارة (تعديلا للدستور)، أي أن الدستور كان قد تجنب وصف الجمعية الوطنية بأنها تصدر قوانين مخالفة للدستور وفي ذلك إبراز لسيادة الجمعية الوطنية، فإذا ما كنت القوانين التي تقررها الجمعية لا تتوافق مع الدستور كان على اللجنة الدستورية أن تلفت نظر

الجمعية إلى ذلك التعديل الواجب إجرائه وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة (91) من دستور عام 1946.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن دور اللجنة الدستورية يكون محصور في قيامها بدور يمكن تسميته بأنه دور توفيق بين مجلسي البرلمان، ذلك أن اللجنة الدستورية لا تفحص القوانين المعروضة عليها في ظل جميع أحكام الدستور وإنما تفحصها في ظل الفصول العشرة الأولى منه والتي تختص بتنظيم السلطات العامة في الدولة، أما بالنسبة للنصوص التي تتضمن الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والمقننة في مقدمة الدستور فإنها لا تخضع للفحص الدستوري من قبل اللجنة، وعلى ذلك وفي حال أن نجحت هذه اللجنة في التوفيق بين مجلسي البرلمان فإن مهمتها تنتهي عند حدود ذلك، وفي حال أن لم تنجح بتلك المهمة يكون عليها أن تبحث فيما إذا كانت القوانين المحالة إليها تطلب تعديلا للدستور، وتجدر الإشارة إلى الفترة القصيرة جدا التي أعطاها الدستور للجنة حتى تقدم تقريرها والتي تجعل عمل اللجنة غير جدي، ذلك أن الدستور قد حصر تلك المهلة بمدة خمسة أيام في الظروف العادية و يومين في الظروف المستعجلة.

وبالنسبة للقرار الصادر عن اللجنة فإنه وفي حال أن قامت اللجنة بفحص القانون المحال إليها ووجدت بأنه موافق للدستور فإن رئيس الجمهورية يقوم بإصداره خلال مدة أقصاها عشرة أيام في الظروف العادية وخمسة أيام في حال أن رأت الجمعية الوطنية حالة لاستعجال صدوره.

وفي حال أن كان القانون المحال للجنة غير موافق للدستور ويتضمن تعديلا له لا يكون لها الحق في إلغائه وإنما تقوم بإعادته إلى الجمعية الوطنية لتتظره من جديد، وفي حال أن قامت الجمعية بتعديل القانون وفقا لرأي اللجنة يكون على رئيس الجمهورية إصداره، أما إذا صممت عليه كما هو وبدون تعديل وجب على الجمعية ان تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة (90) من الدستور والخاصة بتعديل الدستور، ويلاحظ وهذه الحالة أن درجة الحذر التي انتابت واضعي الدستور قد بلغت أشدها ذلك أنهم آثروا أن يتم تعديل الدستور على إلغاء القانون المتعارض معه في حال إصرار الجمعية العامة على رأيها.¹

¹ درويش، إبراهيم: القانون الدستوري النظري العامة والرقابة الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص175-

ويرى الباحث بأن الرقابة الدستورية التي مارستها اللجنة الدستورية وفقا لدستور عام 1946 تجعل الدستور متمشيا مع أحكام القوانين الصادرة وليس العكس، مما يجعلها رقابة واهية ضعيفة لا ترقى إلى مستوى تحقيق الهدف المرجو منها.

ثانيا: المجلس الدستوري

بعد أن ثار موضوع الرقابة الدستورية وخاصة في الخمسينات حين كانت فرنسا آنذاك بصدد وضع دستور جديد، كان لا بد من عدم تكرار التجارب السابقة التي كان مصيرها الفشل فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين، وهنا كانت الشرارة التي أنشأت المجلس الدستوري، ذلك أن واضعي دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة أناطوا بمجلس أسموه المجلس الدستوري مهمة ضمان الدستور الجامد والنهوض بالرقابة الدستورية على القوانين وهذا ما نص عليه الفصل السابع من دستور الجمهورية الخامسة.

و تتمثل مهمة المجلس الأساسية في الرقابة على دستورية القوانين الفرنسية الصادرة عن البرلمان ويمكن القول بأن ذلك المجلس يعمل على توضيح أي غموض يشوب النظام أي أن عمله مشابه لعمل القاضي إلى حد كبير إلا أن ذلك الدور يتم ممارسته في المسائل السياسية، ولذلك يجب أن يكون أعضاء المجلس يتمتعون باستقلالية عن القضاة فيما يتعلق باتجاهاتهم السياسية، وقد ذهب جانب من الفقهاء الفرنسيين إلى اعتبار المجلس الدستوري جهاز قد تم إنشاؤه في ظروف مبهمة تتشابه إلى حد كبير مع الظروف التي كانت سائدة في القرن التاسع عشر والتي تمخض عنها مجلس الدولة الفرنسي، وبالنسبة لاختصاصات هذا المجلس فهي اختصاصات ذات طابع قضائي إلا أن الطريقة التي تكون بها المجلس قد أضفت عليه الطابع السياسي.¹

• الاختصاصات التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي:

تتعدد اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي تنحصر جميعها في الرقابة السابقة على دستورية القوانين، ويعتبر هذا الإختصاص أهم اختصاص للمجلس، وهذا بالإضافة إلى بعض

¹ حسنين، ابراهيم محمد: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مرجع سابق ص 31-38

الاختصاصات الأخرى التي تضاف عليها الصفة السياسية، ومثالها الإشراف على الانتخابات الرئاسية والتشريعية والاستفتاءات وغيرها من الأنشطة السياسية، ومع ذلك فإن هناك نوعين من الاختصاصات جانب منها إجباري و الآخر اختياري، ومن ذلك:

أولاً: اختصاصات المجلس الإجبارية

في هذه الحالة يكون تدخل المجلس إلزامياً و يقصد بالاختصاصات الإجبارية للمجلس أن يتم أخذ رأي المجلس في الموضوعات التي يندرج تحتها ما يلي:

1- الرقابة على القوانين الأساسية واللوائح البرلمانية، حيث أنه وبالنسبة للقوانين الأساسية لا بد من أن يتم عرضها على المجلس الدستوري قبل إصدارها، أما بالنسبة للوائح فلا بد من عرضها على المجلس قبل أن يتم تطبيقها، وفي كلتا الحالتين وفي حال أن رأى المجلس عدم دستورية قانون أو لائحة فإنه يقرر عدم وضعها موضع التنفيذ.

2- التحقق من سلامة إجراء الاستفتاء وإعلان نتيجته، وهذا موضوع لا يرتبط بشكل مباشر بالرقابة الدستورية إلا أن المجلس يباشره فيقوم بالتحقق من سلامة الإجراءات التي من خلالها يكون الاستفتاء كما يقوم المجلس بالنظر في سلامة إجراءات الانتخابات البرلمانية والرئاسية و تحديد حالات عجز رئيس الجمهورية بناء على طلب الحكومة.

ثانياً: اختصاصات المجلس الاختيارية

يقصد بهذه الاختصاصات أن يكون تدخل المجلس جوازياً وليس إلزامياً أي أن أخذ رأي المجلس في الموضوعات التالية لا يكون له قوة إلزامية وإنما يكون اختيارياً:

- 1- عرض القوانين العادية قبل إصدارها.
- 2- أثناء مناقشة الحكومة لمشروع أو اقتراح قانون ما أمام البرلمان يجوز لها أن تتوجه إلى المجلس الدستوري وذلك ليحدد فيما إذا كان مشروع القانون يدخل في اختصاص الحكومة أم البرلمان.

3- يكون للمجلس أن يبدي رأيه فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية، اذ أنه وبالرجوع إلى نص المادة (56) من دستور الجمهورية الفرنسية يجوز للمجلس أن يقرر بأن أحد بنود إحدى الاتفاقيات يتضمن مخالفة لقاعدة دستورية.¹

• أثر إحالة القوانين إلى المجلس الدستوري:

وعلى الرغم من تعدد الاختصاصات التي يمارسها المجلس إلا أن دوره الأساسي والمحوري يكون متعلق بممارسته للرقابة على دستورية القوانين، ويمارس المجلس هذه الرقابة بعد موافقة السلطة التشريعية على القانون وقبل إصداره من قبل رئيس الجمهورية ، أي أن دور المجلس يقع ما بين دور السلطة التشريعية ودور رئيس الجمهورية، و إذا ما تم تحويل القوانين التي صوت عليها البرلمان إلى المجلس الدستوري فإن هذا الإجراء يؤدي إلى إيقاف مدة إصدارها، ولكن بمجرد نشر قرار المجلس الدستوري في هذا الشأن فإن إيقاف مدة الإصدار ينتهي إذا كان القانون مطابقاً للدستور وغير مخالف له ويجب أن ينظر المجلس هذه القوانين من حيث دستوريته خلال شهر عادة وخلال ثمانية أيام إذا أعلنت الحكومة استعجال نظر هذه القوانين من المجلس، وهذا القرار يكون واجب الاحترام من كل السلطات ولا يرتب مسؤولية الدولة أو مسؤولية أية جهة في ذلك. وفيما يتعلق بنطاق الرقابة فلا بد أن يكون هناك قانون كامل فلا يمكن أن ينظر المجلس بعض النصوص التي جاء بها القانون، ولكن هذا لا يمنع أن تحدد السلطة التي طعنت في القانون النصوص التي ترى أنها لا تتطابق مع الدستور . ولكن هل يلتزم المجلس بفحص كل نصوص القانون ؟

قرر المجلس الدستوري في هذا الشأن أن له الحق في فحص كل نصوص القانون ولكن ليس عليه التزام في ذلك، كما أن المجلس يتقيد بالقوانين التي أمامه فإذا كانت هذه القوانين تتعلق بأخرى سبق إصدارها فانه لا يجوز له التعرض لهذه التي سبق إصدارها بالرغم من أن القوانين التي يمكن أن يقضى بعدم دستوريته قد لا تكون إلا تكملة لهذه القوانين السابقة .

¹ الخطيب، نعمان أحمد: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان، مكتبة دار النشر للثقافة والتوزيع، ص549-550

وبالنسبة لأعمال السلطة التنفيذية فهي تخرج عن نطاق الرقابة الدستورية للمجلس، ولكن قد يحدث أن يتبنى القانون عملاً تنفيذياً أي صادر من السلطة التنفيذية وفي هذه الحالة فإن المجلس يستطيع أن يراقب القانون ليس في نصوصه وحده، ولكن بما يتبناه من نصوص أخرى أما فيما يتعلق بالنصوص الدستورية التي يجب على القانون أن يحترمها ويصدر في ظلها فإن المادة (61) من الدستور تقضي بأن نطاق الرقابة ينحصر في مدى مطابقة هذه القوانين للدستور، ولكن المجلس الدستوري استطاع في هذا الشأن أن يوسع من التفسير فأشار إلى أن الحماية أو الرقابة لا تكون لمواد الدستور فقط وإنما لمقدمته بل وللنصوص التي تشير إليها هذه المقدمة بصورة مباشرة، مثل إعلان حقوق الإنسان سنة 1789 ومقدمة دستور سنة 1946 أو بصورة غير مباشرة مثل المبادئ الأساسية التي تحميها قوانين الدولة وقواعد القانون الدولي والقوانين الأساسية الموجودة.¹

وعلى ذلك إذا اتضح بأن القانون متفق وأحكام الدستور بناء على تقرير المجلس يقوم رئيس الجمهورية بإصدار القانون ويصبح نافذاً، أما إذا ما ارتأى المجلس وقرر بأن القانون لا يتفق وأحكام الدستور امتنع رئيس الجمهورية عن إصداره، وبالتالي لا يكون القانون نافذاً ولا يتم تطبيقه.²

الانتقادات التي تعرض لها المجلس الدستوري:

1- أن أعضاء المجلس الدستوري الذي يقوم على ممارسة العملية الرقابية يتم تعيينهم من خلال رئيس الجمهورية ومن خلال رئيس الجمعية الوطنية، الأمر الذي يؤدي إلى غلبة الصفة السياسية على أعضاء المجلس وبالتالي عدم تحقيق الاستقلال الكافي للمجلس في أدائه لمهمته الرقابية.

2- أن الآلية أو النظام الذي يعمل به المجلس لا يتيح للأفراد بأن يطعنوا أمامه بعدم دستورية قانون معين الأمر الذي يؤدي إلى إضعاف رقابة المجلس، لا بل وقد تصبح رقابته رقابة واهية لا يمكن الاعتماد عليها كوسيلة لضمان حسن نفاذ القانون الدستوري، ذلك أن

¹ المادة (61) من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لعام 1958م

² جعفر، محمد أنس قاسم، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 84-86

اختصاص المجلس بالرقابة على دستورية القوانين لا ينعقد إلا بعد إحالة الأمر إليه من رئيس الجمهورية أو من رئيس الوزراء، وباستطاعة هؤلاء عرقلة رقابة دستورية القوانين بعد الإحالة .

3- أن القوانين التي تعرض على المجلس لبحث مدى اتفاقها مع الدستور يقتصر عرضها على رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيسي إحدى المجالس البرلمانية، ومعنى ذلك أنه في حال وجود شك بعدم دستورية قانون معين لا تستطيع أي معارضة برلمانية أن تعرض الأمر على المجلس.

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة للمجلس سواء من حيث وصفه بأنه مجرد وسيلة للحيلولة دون توسع البرلمان، أو بأنه متحيز للحكومة، بدأ الفقهاء الفرنسيون يقرون بأن المجلس قد تحلى بالكثير من الجراءة التي أظهرت استقلاله وكان ذلك في عام 1969 وفي عام 1971 بوجه خاص، حيث أنه ولأول مرة في التاريخ الفرنسي يتقرر عدم دستورية قانون كان البرلمان قد أقره وهو قانون خاص بالحريات.¹

الفرع الثاني: تقدير الرقابة على دستورية القوانين والمفارقة فيما بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية

بما أن الرقابة الدستورية تعتبر وبوجه عام من أكثر المواضيع الدستورية خطورة وحساسية في وقتنا المعاصر، وذلك لأنه من خلالها يتم تحقيق مبدأ من أهم المبادئ الدستورية ألا وهو مبدأ الشرعية فقد انقسم الفقهاء إزائها إلى مؤيد ومعارض ولذلك وحتى يتم تقدير تلك الرقابة كان لا بد من الوقوف على إيجابياتها وسلبياتها.

مما لا شك فيه أن الرقابة على دستورية القوانين تعتبر ضماناً من أهم الضمانات التي تكفل نفاذ وتطبيق قواعد الدستور وتكفل احترامها، بالإضافة إلى أنها تكفل التقيد الكامل بقواعد الدستور الجامدة وتحول دون الانحراف عنها، وبعد اتساع وظيفة الدول ونموها في مختلف النظم السياسية

¹ السناري، محمد عبد العال: القانون الدستوري (نظرية الدولة)، القاهرة، جهاز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي، بدون تاريخ، ص195-197

أصبحت الرقابة الدستورية لازمة بشكل أساسي، وتكثر الحاجة إلى هذه الرقابة في الدول النامية أو الدول الساعية إلى التقدم والتطور باعتبارها ضماناً لا غنى عنها لتنفيذ القانون واحترامه، حيث أنها تشكل سد حصين يقف في وجه المشرع العادي عند مخالفته للدستور وتمنعه من تجاوز الحدود المرسومة له في ظل الدستور.

وتجدر الإشارة إلى أن أهمية الرقابة الدستورية تنبع من احتلال الدستور لقمة هرم النظام القانوني وذلك تبعاً لمبدأ سمو الدستور، حيث أن هذا المبدأ يعتبر من المبادئ المسلم بها سواء تم النص عليه في الدستور أم لم يتم وذلك باعتباره من المبادئ المنطقية التي تتماشى مع طبيعة القوانين الدستورية، ذلك أن الدستور الذي يعمل على إنشاء جميع السلطات في الدولة ويعمل على توزيع الاختصاصات على هذه السلطات هو نفسه الذي ينشئ السلطة التشريعية ويوضح الكيفية التي تتشكل بها كما أنه هو الذي يرسم لها الحدود التي لا يجب أن تتعداها وهو الذي يقرر لها القواعد التي ينبغي أن تطبقها، وعلى ذلك فإن هذه السلطة تكون ملزمة باحترام القواعد الدستورية وتكون ملزمة بالتقيد بها وعدم مخالفتها أو الخروج عنها بأي شكل كان، وفي حال أن إلتزمت السلطة التشريعية بذلك كانت تشريعاتها صحيحة، ويقصد بالتشريع الصحيح، التشريع الذي يصدر وفقاً للشروط والإجراءات التي حددها الدستور ففي هذه الحالة يكون التشريع صحيح من الناحية الشكلية، أما التشريع الصحيح من الناحية الموضوعية فيقصد به أن يكون التشريع متفقاً مع القواعد والنصوص الدستورية وغير مخالف لها، ومن الجدير بالذكر إلى أن التشريعات التي تصدر على نحو مخالف للقواعد الدستورية تقع باطلة حتى لو لم يتم النص في الدستور على بطلانها ذلك أن البطلان هو نتيجة حتمية للتشريعات المخالفة نظراً لجمود الدستور وسموه.¹

أولاً: تقدير الرقابة السياسية

مما لا شك فيه أن الجانب الوقائي دائماً ما يكون أفضل من الجانب العلاجي من الناحية المنطقية وهذا ما تمتعت به الرقابة السياسية ولذلك لا بد من التعرض لإيجابيات هذه الرقابة وفيما بعد لا بد من ذكر الانتقادات التي تعرضت لها:

¹ الخطيب، نعمان أحمد: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 545-546

• إيجابيات الرقابة السياسية:

1- أن الرقابة الوقائية (السياسية) أفضل من الرقابة العلاجية (القضائية) ذلك أن الحيلولة دون وقوع المخالفة أفضل من معالجتها بعد وقوعها، وكذلك الحال في القانون، حيث أن الحيلولة دون صدور قانون مخالف للدستور أفضل بكثير من إلغاء ذلك القانون بعد أن يكون قد صدر.

2- أن الرقابة السياسية تعمل على تنظيم السلطات العامة في الدولة وتوجب تقيدها بالدستور، إذ تعمل هذه الرقابة على مراقبة مشروعات القوانين وتفحص مدى مطابقتها لأحكام الدستور، و بالإضافة إلى ذلك تعمل على حسم ما قد ينشأ من خلافات بين البرلمان والوزارة فيما يتعلق باللوائح الداخلية كما هو الحال في الجمهورية الفرنسية، ولا بد من الإشارة إلى الدور الهام الذي تلعبه الرقابة السياسية من خلال المجلس الدستوري الفرنسي والذي يساهم بشكل كبير في الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية العامة، حيث أن ذلك الدور قد حوله من مدافع عن السلطات إلى مدافع عن الحريات العامة للأفراد.¹

3- إن الرقابة السياسية ومن حيث موضوعها هي عبارة عن عملية قانونية، ولكن بالنظر إلى الآثار المترتبة على تلك الرقابة نجد بأنها آثار سياسية، ذلك أن الهيئة التي يعهد إليها مباشرة العملية الرقابية ستحكم على دستورية عمل السلطات العامة والتي من بينها السلطة التشريعية، وتبعاً لذلك فإن هذه الرقابة تحتل مكانة مرموقة داخل التنظيم السياسي للدولة، إذ يمكن لها أن تمنع نفاذ تصرف من تصرفات السلطة التشريعية في حال أنها كانت قد ارتأت أن ذلك التصرف مخالف للدستور.²

4- إن إتباع أسلوب الرقابة السياسية من الممكن أن يؤدي إلى تجنب إرهاب الأجهزة القضائية وتأخر سير العدالة في كثير من الأحيان.

5- تحظى الرقابة السياسية بقدر كبير من الاحترام وذلك نظراً للطابع الإلزامي التي تتمتع به هذه الرقابة، فعلى سبيل المثال إذا ما ارتأى المجلس الدستوري الفرنسي بأن أحد القوانين

¹ درويش، إبراهيم: القانون الدستوري (النظرية العامة)، مرجع سابق ص186

² عبد العال، محمد حسنين: القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص 139

مخالف للدستور وقرر عدم إصداره فإن قراره وهذه الحالة يكون ملزم لجميع السلطات في الدولة ولا يمكن الطعن به بأي وجه كان، أي أن قرارات المجلس الدستوري الذي يمارس عملية الرقابة تتمتع بقدر عال من الحصانة الأمر الذي يجعل الرقابة السياسية تمارس بصورة جدية وفعالة.¹

• الانتقادات التي تعرضت لها الرقابة السياسية:

- 1- أن الطريقة التي تتكون بها الهيئة التي تمارس الرقابة السياسية من الممكن أن تؤدي إلى حدوث صعوبات ومشاكل، فإذا كان تكوين الهيئة قد تم عن طريق التعيين من قبل الحكومة أو البرلمان فإن ذلك سيؤدي إلى غياب استقلال الهيئة في مواجهة الجهة التي قامت بتعيينها، وإذا ما تم تشكيل تلك الهيئة عن طريق الانتخاب المباشر من الشعب قد تظن تلك الهيئة بأنها تمثل الشعب مما يخلق لديها اعتقاد بعلوها على الهيئات الأخرى، وفي هذه الحالة من الممكن أن تتحد الاتجاهات السياسية في الهيئة المنتخبة والبرلمان في ذات الوقت الأمر الذي يؤدي إلى وجود توافق بين الجهتين مما يجعل الرقابة وهذه الحالة رقابة شكلية وليست جدية، وهناك فرض آخر وهو عدم وجود وحدة في الاتجاهات السياسية فيما بين الهيئة التي تمارس الرقابة والبرلمان الأمر الذي يؤدي إلى إحداث صدام ونزاع دائم بينها، الأمر الذي يؤدي إلى عدم وجود استقرار سياسي.²
- 2- أن أعضاء الهيئة التي تمارس الرقابة السياسية غالبا ما تنقصهم الكفاءة القانونية التي تتطلبها ممارسة هذه الرقابة، ذلك أن الرقابة على دستورية القوانين يجب أن تتخذ طابعا قانونيا محضا، حتى ولو كان لها بعض الآثار السياسية.
- 3- أن أسلوب الرقابة السياسية يحرم الأفراد من ممارسة حق الطعن في دستورية القوانين أمام هيئة محايدة ومستقلة، ويؤدي ذلك إلى تقليص ضمانات احترام الدستور وتحديد

¹ عثمان، حسين عثمان محمد: القانون الدستوري، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 128

² عبد العال، محمد حسنين: القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 140

الضمانات التي تكفل احترام الحقوق والحريات الفردية الأساسية المنصوص عليها في الدستور.¹

4- أن الرقابة السياسية من الممكن أن تخضع للأهواء والنزوات السياسية والمؤثرات الحزبية والتي تسيطر في معظم الأحوال على السلطتين التشريعية والتنفيذية، الأمر الذي يؤدي إلى الخروج عن الدستور مما يجعل تلك الرقابة غير منتجة، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى تشكيل خطر سياسي على الدستور ومبادئه.

ثانيا: تقدير الرقابة القضائية

مما لا شك فيه وكما ذكر سابقا بأن الرقابة الوقائية (السياسية) أفضل من الرقابة العلاجية (القضائية)، إلا أن الصبغة السياسية التي تكتسي بها الرقابة السياسية كانت سببا في عدم جدية الرقابة السابقة وكانت سببا في ضعفها، لذلك فقد توجهت معظم الدول إلى الرقابة القضائية التي يمكن إيجاز إيجابياتها وسلبياتها على النحو التالي:

• إيجابيات الرقابة القضائية:

1- أن الممارسين للرقابة القضائية لا يسعون إلى اختصاص أو حق لهم، وإنما ينظرون إليها كالتزام عليهم، ذلك أنهم يقومون بواجب أساسي ألا وهو الفصل بين تنازع القانون العادي مع أحكام الدستور وتغليب أحكام الدستور في حال أن كان القانون العادي مخالفا لها، مما يجعل هذه الرقابة رقابة جدية وحقيقية في كل صورها.

2- أن السلطة القضائية وبحكم حيادها واستقلالها وطبيعتها تتمتع بالملكات القانونية اللازمة لممارسة الرقابة، وعلى ذلك فإنها تكون الأقدر على الفصل فيما يعرض عليها من تنازع فيما بين القوانين.

¹ الخطيب، نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، 2004، ص 551-553

- 3- أن المحاكم العليا التي تمارس الرقابة على دستورية القوانين لا تقف عند حدود تفسير القاعدة القانونية أو بيان ما اذا كان تشريع ما مخالف للقانون وإنما تتجاوز حدود ذلك لتصل إلى بسط نفوذها وسياساتها على المجال التشريعي، اذ يمتد اختصاصها إلى حد مناقشة مبادئ السياسة التشريعية ومدى ملائمتها للمجتمع.¹
- 4- أن ممارسة المحاكم للرقابة الدستورية لا يشكل اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن الفصل بين السلطات ليس فصلا مطلقا وإنما هو فصل نسبي يصحبه تأثير ورقابة متبادلة فيما بين السلطات.
- 5- تعتبر الرقابة على دستورية القوانين عمل قانوني بحت، حتى ولو كانت ممارستها تخلق أثارا هامة في المجال السياسي، ذلك أن الهيئة التي تمارسها هي هيئة قانونية بحتة الأمر الذي يبعدها عن التأثير بالأهواء السياسية.
- 6- توفر الرقابة القضائية العديد من الضمانات التي لا توفرها الرقابة السياسية، والتي منها علانية جلسات المحاكمة ومناقشة الشهود وإثارة الدفوع وغيرها من الضمانات التي لا وجود لها في الإجراءات التي تتبعها الهيئة التي تمارس الرقابة السياسية.²

• الانتقادات التي تعرضت لها الرقابة القضائية:

- 1- أن مباشرة القضاء رقابة على القوانين للتحقق من مدى مطابقتها للدستور يشكل اعتداء على سيادة الأمة، ذلك أنه من متطلبات هذه السيادة أن لا يكون هناك رقيب ولا حسيب على من يباشرها، وبما أن البرلمان هو من يباشر هذه السيادة بالنيابة عن الأمة فلا يجب أن يكون عليه رقابة غير الرقابة التي تكون نابعة من نواب الشعب وممثليه، قد تم الرد على هذا الانتقاد بأنه ليس ثمة تعارض بين حق القضاء في ممارسة الرقابة الدستورية وبين مبدأ سيادة الأمة، حيث أن هذه الرقابة تعزز وتؤكد ذلك المبدأ اذ أن ممارستها تكفل احترام إرادة الأمة التي تتمثل في الدستور.

¹ درويش، ابراهيم: القانون الدستوري، مرجع سابق ص 210-227

² عبد العال، محمد حسنين: القانون الدستوري، مرجع سابق ص 141-142

2- أن ممارسة القضاء للرقابة الدستورية يؤدي إلى خروج القاضي عن حدود وظيفته المتمثلة في تفسير القوانين وتطبيقها، وأن تطرق القاضي إلى فحص القوانين ومدى توافقها مع أحكام الدستور يشكل اعتداء على اختصاصات السلطة التشريعية، وقد تم الرد على هذا الانتقاد بأن مبدأ الفصل بين السلطات يفرض على القاضي أن يفحص مدى دستورية القوانين ذلك أن القول بأن القاضي ملزم بتطبيق القانون حتى لو كان مخالفا لأحكام الدستور يعني خضوع السلطة القضائية للسلطة التشريعية، وبما أن السلطتين تستمدان اختصاصاتهما من الدستور مباشرة فإن القضاء لا يكون ملزم بأن يشارك السلطة التشريعية في مخالفتها للدستور في حال أن قامت بسن قانون أو تشريع مخالف لأحكامه.¹

من خلال ما تم ذكره سابقا يمكن ملاحظة أن سلبيات الرقابة السياسية أكثر من إيجابياتها الأمر الذي يقودنا إلى القول بعدم فعالية هذه الرقابة نظرا لكثرة الانتقادات الموجهة إليها، لذلك فإن الرقابة القضائية أفضل من الرقابة السياسية وخاصة بأن الأولى تمارس من قبل أشخاص (قضاة) يتمتعون بكافة الملكات القانونية اللازمة لممارسة الرقابة الدستورية.

¹ عثمان، حسين عثمان محمد: القانون الدستوري، مرجع سابق ص 135-137

الفصل الثاني

دراسة تطبيقية حول المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

المبحث الأول: المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من حيث النشأة والتشكيل

المطلب الأول: نشأة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

الفرع الأول: الرقابة الدستورية في الواقع الفلسطيني وموقف القضاء من هذه الرقابة.

منذ أن التحقت فلسطين بالإمبراطورية العثمانية ومنذ أن خضعت للانتداب البريطاني والاحتلال الإسرائيلي أصبح من الصعب الإلمام بالتطورات الدستورية التي مرت بها وذلك نتيجة للحملات الإستعمارية التي خضعت لها على مر التاريخ، وعلى الرغم من ذلك وبالرجوع إلى السوابق القضائية وتحديدا في غزة يتضح موقف القضاء الفلسطيني من الرقابة على دستورية القوانين وذلك من خلال عدد من الأحكام التي قامت المحكمة العليا بإصدارها في فترات مهمة من حياة المواطنين الفلسطينيين، وهذه الأحكام تشير إلى القدرة والكفاءة العالية التي كان عليها القضاء الفلسطيني والتي تفوق الكثير من الدول المجاورة في موضوع الرقابة القضائية الدستورية، ولذلك لا بد من الإشارة إلى بعض هذه الأحكام التي تحوي في مضمونها موضوع الرقابة على دستورية القوانين:

1- الحكم الذي صدر في الطلب الذي يحمل الرقم 76/69 محكمة العدل العليا وكانت المحكمة قد أقرت في هذا الحكم أحقية المحاكم المدنية في البحث في مدى دستورية القوانين من عدمها وفيما يلي إشارة إلى جزء من حيثيات القرار المذكور:

" نظرا للتعارض القائم فيما بين القوانين المحلية والأمر العسكري رقم 395 فإنه لا بد من الوقوف أمام هذا الأمر وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق وفي سبيل لذلك لا بد من الإجابة على التساؤل التالي:

هل يحق للمحاكم المدنية أن تبحث في دستورية القوانين، وبمعنى آخر هل يجوز للمحاكم الوطنية أن تناقش مدى شرعية الأوامر و والأنظمة التي تصدر عن السلطات المحتلة وعلى وجه الخصوص في حال تعارضها مع القوانين السارية في البلاد المحتلة أو في حال تعارضها مع الاتفاقيات والمواثيق الدولية؟

بالنسبة لهذا التساؤل فإن ما تقرر وما جرى عليه العمل فقها وقضاء أن رقابة المحاكم الوطنية أو المدنية لدستورية القوانين هو ليس حق فقط وإنما واجب يقع على عاتقها خاصة في حال أن تعارض قانون مع قانون آخر أعلى منه مرتبة أو في حال تناقض التشريعات وتعددتها وذلك حتى تتمكن المحكمة من الفصل فيما يعرض أمامها من نزاعات " ¹

2-الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف العليا في غزة في الدعوى رقم 1954/4، وكان هذا الحكم قد نص على عدم اختصاص محكمة الاستئناف العليا بالنظر في الدعوى التي أقامها المستأنف على المستأنف عليه لمطالبته بأداء مبلغ أربعين جنيها فلسطينيا وذلك بالعملة المصرية وهي عبارة عن قيمة للتأمين الذي دفعه المستأنف بالنيابة عن زوجته وأولاده وذلك للتصريح لهم بدخول الأراضي المصرية والذي كانت الإدارة قد قررت مصادرته.

في هذا الحكم أقرت محكمة الاستئناف العليا مبدأ الرقابة الدستورية للمحاكم المدنية وذلك من خلال فسخه وإعادته إلى المحكمة المركزية لنظر القضية من جديد وذلك انطلاقاً من أن القرار الصادر عن المحكمة المركزية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى هو قرار غير سليم وأن ما بنت عليه المحكمة قرارها بأن النظر في الدعوى يتوقف على الفصل في الأمر الصادر عن نائب الحاكم الإداري العام بمصادرة مبلغ التأمين وأن ذلك يدخل ضمن اختصاص محكمة العدل العليا كونه أمر إداري هو بناء غير سليم، ذلك أن من واجب المحكمة المركزية أن تنظر في صحة ومشروعية الأوامر التي تقوم عليها ادعاءات المتخاصمين وأن تتحقق من مدى سلامتها ومطابقتها

¹ حكم رقم 76/69، صادر في جلسة 1977/6/25، منشور في المجموعة المختارة من أحكام محكمة الاستئناف العليا، الجزء الثاني، ص 479-494

القانون، ومن هنا كان للمحاكم المدنية والنظامية دور بارز في عملية الرقابة الدستورية من خلال فحص الأوامر والأنظمة والتشريعات والتأكد من سلامتها.¹

و منذ أن صدر مرسوم دستور فلسطين عام 1922 والقضاء يمارس اختصاصه وذلك وفقا لروح التشريع العثماني وما هو موجود من مبادئ عدل وإنصاف في إنجلترا، وذلك ضمن ما تسمح به الظروف الفلسطينية من حيث الأحوال الخاصة بالسكان ومدى اختصاص ملك بريطانيا فيها، وقد نص ذلك المرسوم على تشكيل عدد من المحاكم التي تمارس اختصاصاتها على نحو ما يقرره المندوب السامي بين الفينة والأخرى، كما أن كل ما يتعلق بالقضاة من تعيين ونقل وعزل يكون وفقا لما يقرره المندوب السامي من شروط وإجراءات، وقد كان مرسوم الدستور الفلسطيني قد أخذ بنظام ازدواجية القضاء، أي أنه قد تم الفصل في المنازعات بين جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري بحيث يخضع القضاء الإداري لأصول محاكمات خاصة فتتعد المحكمة العليا كمحكمة عدل عليا وهي بمثابة محكمة إدارية تم إنشاؤها بموجب المادة (43) من المرسوم لتتظر في الطعون الخاصة بعدم اختصاص المحاكم نظرا لوجود عيب شكلي أو موضوعي.

وعقب انتهاء حرب عام 1948 ونتيجة لبقاء قطاع غزة تحت الإدارة المصرية، عملت مجموعة من الشخصيات الفلسطينية العامة على تشكيل المجلس الوطني الفلسطيني الذي قام بعد ذلك بانتخاب حكومة من بين تلك الشخصيات سميت بحكومة عموم فلسطين ترأسها السيد أحمد حلمي باشا عبد الباقي وقد كانت هذه الحكومة أول حكومة فلسطينية وجدت في قطاع غزة.

وخلال اجتماع المجلس الوطني الفلسطيني في غزة عام 1948 عملت حكومة عموم فلسطين على إصدار الدستور المؤقت لحكومة عموم فلسطين والذي أشار للمحكمة العليا في بعض مواده ولكن هذه المواد كانت بعيدة عن فكرة الرقابة الدستورية، وفي أعقاب حرب عام 1967 وبعد خضوع الضفة الغربية وقطاع غزة للاحتلال الاسرائيلي أصدرت القوات الاسرائيلية ما يسمى بالمنشور رقم 2 والذي كان قد نص على استمرارية العمل بكافة القوانين التي كان معمولا بها قبل الاحتلال، وتوالى إصدار الأوامر العسكرية واللوائح والأنظمة والمناشير من قائد قوات جيش

¹ الوحيد، فتحي: القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لأحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، غزة، مطابع المقداد، 2004، ص37-38

الاحتلال الاسرائيلي والتي تجاوزت الألف ومائة أمر عملت على إلغاء وتعديل وشطب العديد من القوانين والأنظمة وأصول المحاكمات، وبقي الوضع على حاله إلى أن عادت السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب اتفاقية أوسلو التي تم توقيعها بين إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية في 13 سبتمبر عام 1993 وصدر أمر من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بتاريخ 1994/5/20 مفاده استمرارية العمل بكافة القوانين التي كان معمولاً بها قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية، وقد استمر العمل بتلك القوانين حتى عام 2002 حيث قامت السلطة الوطنية الفلسطينية وتحديدًا بتاريخ 2002/5/29 بإصدار القانون الأساسي المؤقت وفي هذا القانون تم النص صراحة على فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين وكان ذلك في الباب الخامس وتحديدًا في الفقرة الأولى من المادة 94 والتي نصت على تشكيل محكمة عليا بقانون تكون مهمتها النظر في دستورية القوانين واللوائح والأنظمة، كما وقد بينت الفقرة الثانية من ذات المادة الطريقة التي تتشكل بها هذه المحكمة والاجراءات المتبعة فيها والآثار المترتبة على الأحكام الصادرة عنها.¹

من خلال ما سبق ذكره يرى الباحث بأن القضاء الفلسطيني وخلال حقبة زمنية معينة كان في أشده وكانت له أحكام وقرارات متفوقة على الأحكام والقرارات التي تصدر في العصر الحديث وفي عدة دول مجاورة لفلسطين فقد أقر القضاء الفلسطيني مبدأ الرقابة الدستورية قبل أن تقوم العديد من الدول بإقراره حتى ولو لم يكن ذلك بموجب نصوص قانونية وبطريقة غير مباشرة.

و من الجدير بالذكر أنه و من الناحية النظرية فقد أخذت فلسطين بأسلوب اللامركزية والسبب في ذلك هو أنه قبل عام 2002 لم يكن هناك قانون أساسي فلسطيني وبالتالي لم يكن هناك نص على وجود محكمة دستورية مركزية مختصة بنظر دعاوى أصلية حول عدم دستورية قانون معين، إلا أنه وبعد صدور القانون الأساسي لعام 2002 و القانون الأساسي المعدل لعام 2003 وتعديلاته لعام 2005 وصدر قانون المحكمة الدستورية العليا انخرفت البوصلة نحو الأخذ

¹ الوحيد، فتحي: القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لأحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 17-26

بالنظام المركزي في الرقابة القضائية، أي أن يتم ممارسة هذه الرقابة عن طريق محكمة دستورية مختصة تتمتع بالاستقلالية في ممارسة رقابتها على دستورية القوانين.¹

الفرع الثاني: لمحة تاريخية عن نشأة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

نصت دساتير الدول التي أخذت بفكرة الرقابة المركزية على دستورية القوانين على أن يتم تشكيل محكمة مختصة للقيام بهذه المهمة (مهمة الرقابة القضائية) وأطلقت على هذه المحكمة إسم المحكمة الدستورية العليا، ومن الدساتير التي كانت قد أخذت بهذا الأسلوب الدستور الإسباني لعام 1931 ودستور إيطاليا لعام 1974 هذا بالإضافة إلى بعض الدساتير العربية والتي منها الدستور المصري 1971 والذي قضى بأن تكون المحكمة الدستورية العليا مختصة لوحدها بالرقابة على دستورية القوانين وذلك بموجب القانون رقم 48 والصادر عام 1979.²

و بدأ الاهتمام بإيجاد محكمة دستورية فلسطينية بالتزامن من قيام رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ياسر عرفات بإصدار كل من القانون الأساسي وقانون السلطة القضائية رقم (1) لعام 2002، حيث أن القانون الأساسي نص في المادة (94) منه على ضرورة تشكيل محكمة دستورية عليا فلسطينية كهيئة قضائية مستقلة، على أن تتولى المحكمة العليا القيام بمهامها لحين تشكيلها طبقاً لنص المادة (95) . وبعد تعديل القانون الأساسي المؤقت بتاريخ 2003/3/18 أبقى على الأحكام الواردة بالمواد 94، 95 كما كانت وتتم نقلها للمواد 103 و 104 من القانون الأساسي المعدل حيث نصت المادة 103 علي:

1- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في:

أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

¹ المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، "أي نظام قضاء دستوري ملائم لفلسطين ومدى الحاجة لمحكمة دستورية فلسطينية كإحدى متطلبات بناء الدولة"، مؤتمر العدالة الفلسطيني الثالث، فلسطين، 2010، ص38

² الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الإنسان. المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها. رام الله. 2005، ص9

ت- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الاتباع، والآثار المترتبة على أحكامها.¹

مما ذكر سابقا يتضح أن اختصاص المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا وفقا لما جاء في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل قد تجاوز حدود التفسير وفحص دستورية النصوص ليشمل الفصل في المنازعات التي تقوم بين الجهات القضائية والجهات الإدارية التي يكون لها اختصاص السلطة القضائية، أما المادة (104) فقد بينت الطريقة التي تتشكل بها المحكمة الدستورية العليا كما أوضحت الإجراءات التي يجب اتباعها وبينت الآثار المترتبة على الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة.²

وفي عام (2003) شرع ديوان الفتوى و التشريع بتشكيل لجنة مختصة لإعداد مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وبعد أن أنهت اللجنة عملها قام ديوان الفتوى والتشريع بإرسال نسخة عن مشروع القانون إلى رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية لإبداء ملاحظاته عليه، وبعد ذلك أرسل إلى مجلس الوزراء الفلسطيني حيث قام المجلس بإحالته إلى رئاسة المجلس التشريعي، الذي بدوره أحاله إلى اللجنة القانونية في المجلس التشريعي بتاريخ 2003/12/2، وقد قدمت اللجنة تقريرها المتعلق بمشروع القانون في جلستها المنعقدة بتاريخ 2003/12/30، وقد تم قبول مشروع القانون المكون من سبعة وأربعين مادة قانونية بالمناقشة العامة، وقد بقي الوضع على ما هو عليه لمدة سنتين حيث تم طرح المشروع للقراءة الأولى خلال شهر تشرين أول من العام 2005، وقد شهدت هذه القراءة تغيير في بعض المواد القانونية الواردة في المسودة المقبولة بالمناقشة العامة، وبعد أن تم إقرار مشروع القانون بالقراءة الأولى، أقر المجلس التشريعي الفلسطيني المشروع بالقراءة الثانية بتاريخ 2005/12/7 مدخلا عليه بعض التعديلات، وبعد أن أقر المجلس التشريعي مشروع القانون بالقراءة الثاني أرسله دون قراءة ثالثة إلى رئيس السلطة

¹ المادة (103)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، مرجع سابق

² المادة (104)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، مرجع سابق

الوطنية الفلسطينية بتاريخ 2005/12/14 لكي يقوم بإصداره وفقاً للفقرة (1) من المادة (41) من القانون الأساسي المعدل لعام 2003، وقد تم إصدار القانون من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بتاريخ 2006/2/17.

وبتاريخ 2017/10/2 أصدر فخامة رئيس دولة فلسطين القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006 وقد عمل هذا القانون على تعديل نص المواد (2، 4، 9، 13، 14، 15، 21، 2/23، 2/24، 25، 2.3/27، 31، 32، 33، 1.3/34، 2.1/35، 49، 53) كما عمل هذا القرار بقانون على إلغاء المادة (3) والمادة (15) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، ويؤخذ على هذا القرار بقانون أن من قام بتقديمه ابتداءً هي المحكمة الدستورية العليا ذاتها بواسطة رئيس المحكمة حيث أن في ذلك تجاوز لما أرساه القانون الأساسي الفلسطيني من أحكام ونصوص وإجراءات تحدد الجهات ذات الاختصاص في اقتراح مشاريع القوانين، والإجراءات والضوابط النازمة لإصدار القرارات بقوانين، والتي ليس من بينها أي حكم أو نص يمنح المحكمة الدستورية العليا أو مجلس القضاء الأعلى صلاحية اقتراح أو إحالة مشاريع قوانين معدلة للقوانين النازمة لهما، و هذا الأمر يجعل المحكمة الدستورية الخصم والحكم بذات الوقت وذلك في حال أن تم الطعن بعدم دستورية القرار بقانون الذي كانت قد قدمته المحكمة ذاتها، ففي هذه الحالة من سينظر هذا الطعن الدستوري ذلك أنه من غير المنطق أن تصدر المحكمة الدستورية حكماً يتناقض مع رأيها، وبالإضافة إلى ذلك فإن الإفراط في إصدار التشريعات بقرارات بقوانين يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، وهو السمة الرئيسية لدولة القانون والحكم الرشيد.¹

وقد وجهت بعض المؤسسات الحقوقية الفلسطينية في رسالة إلى الرئيس محمود عباس فور الإعلان عن تشكيل المحكمة الدستورية العليا، طالبت بضرورة أن يأتي تشكيل المحكمة الدستورية العليا خطوة لاحقة تتوج إعادة الحياة الدستورية المتمثلة بإجراء الانتخابات العامة (الرئاسية والتشريعية) وإعادة توحيد القضاء الفلسطيني، كما طالبت المؤسسات الحقوقية بأن لا يأتي تشكيل

¹ المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، مساواة، ساعة الدخول 1:40 م 2018/11/1

<http://www.musawa.ps/post/musawa>

المحكمة مبنياً على محاصصة سياسية يسعى من خلالها أي حزب أو جهة سياسية للسيطرة على هذه المحكمة. فالمحكمة الدستورية العليا، هي حارسة القانون الأساسي، وحامية الحقوق والحريات العامة، فحياديتها ونزاهتها واستقلاليتها شأن ينبغي عدم المساس به.

المطلب الثاني: هيكلة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

الفرع الأول: آلية تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

كانت المادة (1) من قانون المحكمة الدستورية العليا قد نصت على أن المحكمة الدستورية العليا هي عبارة عن هيئة مستقلة يكون مقرها الدائم في مدينة القدس وبذات الوقت يكون لها أن تتخذ مقراً مؤقتاً في رام الله ويكون لها أيضاً أن تتخذ مقراً في غزة وذلك حسبما تتطلبه الحاجة، وعلى ذلك فإن هذه المحكمة لا تعتبر جزءاً من المنظومة القضائية العادية ذلك أنها مستقلة عنها بشكل تام¹، ويلتقي ذلك مع ما ورد في المادة (6) من قانون السلطة القضائية والتي نصت على أن المحاكم في فلسطين هي عبارة عن المحاكم الشرعية والدينية بالإضافة إلى المحكمة الدستورية العليا والمحاكم النظامية.²

ووفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا فإن أعضاء المحكمة يتم اختيارهم من القضاة ويتم ذلك الاختيار بمعزل عن أي انتماء سياسي أو حزبي أي أن تشكيل المحكمة يكون بعيداً كل البعد عن الصبغة السياسية، ولم يشترط القانون أن يكون أعضاء المحكمة من القضاة العاملين وبذلك يتسع مجال اختيار الأعضاء فيمكن أن يكونوا من القضاة السابقين ممن تتوفر فيهم الشروط التي يتطلبها القانون لشغل هذه الوظيفة ويمكن أن يكونوا أستاذة من كبار المحامين بشرط أن تراعى المتطلبات والشروط الخاصة بكل فئة من الفئات التي تدخل في نطاق القابلية للتعيين.³

وبالنسبة لتحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا فإن هناك أكثر من منهج حيث أن هناك بعض الدول التي تقوم بتحديد عدد أعضاء المحكمة بالإضافة إلى تحديد الطريقة التي يتم

¹ المادة (1)، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام 2006

² المادة (6)، قانون السلطة القضائية رقم (1) لعام 2002

³ الباز، علي: الرقابة على دستورية القوانين، مصر، بدون ناشر، 1978، ص 651

اختيارهم بها ومثالها إيطاليا، فقد تم تحديد عدد أعضاء المحكمة في المادة (135) من الدستور الإيطالي بخمسة عشر قاضيا بحيث يقوم رئيس الجمهورية باختيار ثلث هؤلاء الأعضاء ويقوم البرلمان باختيار الثلث الآخر على أن تقوم المحكمة العليا العادية والمحكمة الإدارية باختيار الثلث الأخير، وهناك منهج آخر في هذا الصدد أن بعض الدول لا تقوم بتحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا وقد تعرض هذا المنهج للعديد من الانتقادات والتي منها أن هذا المنهج يفتح المجال أمام السلطة السياسية التي من الممكن أن تتدخل بطريقة أو بأخرى لزيادة عدد الأعضاء أو إنقاصه وذلك بغية تحقيق أهداف سياسية.¹

أما في جمهورية مصر العربية فقد نصت المادة (3) من قانون المحكمة الدستورية على أن تتألف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء بحيث تصدر أحكامها من سبعة أعضاء، ومن المزايا التي يتمتع بها هذا القانون أنه لم يجعل التعيين بالمحكمة لمدة مؤقتة وبالتالي فقد أغلق الطريق على السلطة التنفيذية ومنعها من السيطرة على المحكمة، ويلاحظ أنه ليس هناك إلا دائرة واحدة فقط في المحكمة بمعنى أن المحكمة لم يتم تقسيمها إلى عدة دوائر كما هو الحال في المحكمة الدستورية الألمانية وذلك نظرا لخطورة الأمر الذي تقضي فيه المحكمة ألا وهو دستورية القوانين من عدمها وحرصا على أن تكون الجهة التي تقضي في ذلك الأمر جهة واحدة فقط.²

وبالنسبة للوضع في فلسطين فقد كانت المادة الثانية من مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني قد نصت على أن تؤلف المحكمة من رئيس ونائب رئيس وعدد كاف من المستشارين، أي أن مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا لم يحدد عدد أعضائها الأمر الذي يثير تخوفا يتمثل في إعطاء السلطة السياسية فرصة للتدخل في تشكيل المحكمة من حيث إنقاص عدد أعضائها أو زيادته، وعند صدور قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام 2006 تم تعديل المادة الثانية من مشروع القانون بموجب المادة الثانية من القانون بحيث حددت هذه المادة عدد أعضاء المحكمة فقد نصت على أن يتم تشكيل المحكمة من رئيس ونائب رئيس وسبعة قضاة وقد

¹ ابو المجد، احمد كمال: الرقابة على دستورية القوانين، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، 1960، ص533

² الوحيددي، فتحي: القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لأحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص67

كان قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم (48) لعام 1979 المصدر التاريخي لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني إذ أن معظم أحكام قانون المحكمة الفلسطيني تم اقتباسها قانون المحكمة المصري، وعقب ذلك وتحديدا بتاريخ 2012/10/30 قام رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بإصدار قرار بقانون عمل على تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام 2006 من حيث عدد أعضاء المحكمة وآلية تعيينهم والشروط اللازمة لشغل عضويتها والاختصاصات التي تمارسها، حيث جاءت المادة (2) من القرار بقانون لتعدل المادة (2) من القانون الأصلي فقد نصت على أن تتألف المحكمة من رئيس ونائب أو أكثر وعدد كافٍ من القضاة بينما كانت المادة (2) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام 2006 قد نصت على أن تتألف المحكمة من رئيس ونائب رئيس وسبعة قضاة، ويلاحظ هنا أن المادة (2) من القانون الأصلي قد حددت عدد أعضاء المحكمة بتسعة أعضاء أما المادة المعدلة فلم تحدد عدد أعضاء المحكمة ولم توضح ما المقصود بعدد كافٍ من القضاة الأمر الذي يعطي للسلطة التنفيذية مساحة وفرصة للتدخل في شؤون المحكمة الدستورية العليا من حيث زيادة أو إنقاص عدد أعضاء المحكمة لغايات سياسية.¹

وفي عام 2017 وبناء على القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 تم تعديل بعض مواد قانون المحكمة الدستورية الأصلي حيث جاءت المادة الثانية منه لتعدل المادة الثانية من القانون الأصلي وتحدد عدد أعضاء المحكمة برئيس ونائب وعدد لا يقل عن سبعة قضاة أي أن هذه المادة لم تحدد عدد أعضاء المحكمة ويتضح ذلك من عبارة (عدد لا يقل عن سبعة قضاة) فمن هذا النص يتضح بأن العدد قابل للزيادة وبأن تدخل السلطة التنفيذية ما زال قائما، ولا بد من الإشارة إلى أن القرار بقانون السابق ذكره كان قد عمل على إلغاء المادة (3) والمادة (15) من قانون المحكمة الأصلي كما أنه قد عمل على تعديل العديد من المواد الأخرى.²

¹ صيام، أشرف: قراءة قانونية في القرار بقانون بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، دنيا الوطن، 2012/12/7، <https://www.alwatanvoice.com/arabic/index.html>

² قرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006

مما سبق يلاحظ بأن المشرع الفلسطيني لم يأخذ بالمنهج الذي يحدد عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا وإنما أخذ بالمنهج الثاني والذي يترك عدد الأعضاء دون تحديد، ذلك أن قانون المحكمة الأصلي كان قد نص على أن عدد أعضاء المحكمة هم تسعة أعضاء بحيث تتألف المحكمة من رئيس ونائب وسبعة قضاة في حين أن القرار بقانون جعل عدد أعضاء المحكمة دون تحديد بحيث أنه نص على أن تتألف المحكمة من رئيس ونائب وعدد لا يقل عن سبعة قضاة وكما ذكر سابقا فإن هذا المنهج يفتح المجال أمام تدخل السلطة التنفيذية في شؤون المحكمة الداخلية وذلك عن طريق العمل على زيادة عدد الأعضاء لتحقيق مآرب سياسية، خاصة وأن المادة الثانية من القرار بقانون رقم (19) المذكور أعلاه تجاهلت العبارة التي تنص على أن قرارات المحكمة تصدر بالأغلبية والتي جاءت في المادة الثانية من القانون الأصلي للمحكمة.

الفرع الثاني: آلية اختيار وتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ومراكزهم القانونية

حرص قانون المحكمة الدستورية العليا على أن يكون جميع الأعضاء فيها من القانونيين والحقوقيين إذ لم يقتصر اختيار أعضاء المحكمة على مجرد اختيارهم من القضاة فيمكن أن يكونوا من المحامين ويمكن أن يكونوا من أستاذة الجامعات وقد حددت المادة الرابعة من قانون المحكمة الآلية التي بموجبها يتم اختيار الأعضاء وهي:

1- يكون أعضاء المحكمة الدستورية العليا ممن كانوا قد عملوا في المحكمة العليا مدة خمسة سنوات متتالية على الأقل سواء كانوا من أعضاء المحكمة العليا السابقين أو كانوا من أعضاءها الحاليين.

2- يمكن أن يتم اختيار رؤساء محاكم الاستئناف الحاليين لشغل وظيفة عضو في المحكمة الدستورية العليا شريطة أن يكون رئيس محكمة الاستئناف قد أمضى في هذه الوظيفة مدة لا تقل عن سبعة سنوات متصلة.

3- إذا كان الاختيار قد وقع على أحد أساتذة القانون فيجب أن يكون ذلك الشخص قد أمضى في وظيفته كأستاذ مدة لا تقل عن خمس سنوات متصلة على الأقل، ويكون قد أمضى هذه المدة في الجامعات الفلسطينية أو الجامعات المعترف بها في فلسطين.

4- إذا كان العضو من المحامين فيجب أن يكون ذلك المحامي قد أمضى في مهنته مدة لا تقل عن خمسة عشر عاما متصلة ودون انقطاع.¹

ويؤخذ على القانون أنه لم يحدد ما إذا كان أساتذة الجامعات هم من أساتذة القانون الدستوري على وجه الخصوص أم أنهم من أساتذة القانون بصفة عامة، أما من ناحية اختيار الأعضاء من أعضاء المحكمة العليا ومن المحامين فقد كان القانون موفقا في ذلك حيث أنهم هم أهل الخبرة وأصحاب التجربة ولكن يجب أن يتم ذلك وفقا لمعايير خاصة يجب أن تتوفر في الشخص الذي يتم اختياره لشغل هذه الوظيفة الحساسة ذلك أن معيار المدة وحده غير كافٍ لشغل هذه الوظيفة. وتجدر الإشارة إلى أن ما سبق ذكره كان قد ورد في قانون المحكمة الدستورية الأصلي، في حين أن القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 كان قد عدل على آلية اختيار أعضاء المحكمة، فقد عدلت المادة (5) من ذلك القرار المادة (4) من القانون الأصلي للمحكمة بحيث اشترطت أن تكون المدة التي أمضاها القاضي في المحكمة العليا ثلاثة سنوات بدلا من خمسة سنوات، كما أن هذه المادة استبدلت عبارة رؤساء محاكم الاستئناف الحاليين بعبارة قضاة الاستئناف الحاليين بمعنى أنها أعطت المجال لقضاة الاستئناف ممن أمضوا سبعة سنوات في وظيفتهم لشغل وظيفة عضو في المحكمة الدستورية العليا، أما بالنسبة لأساتذة الجامعات فإن المدة المشترطة بالنسبة لهم أصبحت ثلاث سنوات بدلا من خمس سنوات، وبخصوص المحامون فإن المدة اللازمة لأن يصبح المحامي عضوا في المحكمة الدستورية العليا أصبحت عشرون سنة من مزاولته لمهنته بدلا من خمسة عشر سنة.²

¹ المادة (4)، قانون المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق

² قرار بقانون رقم (19) لسنة 2017م بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م

ويتم تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا من خلال قرار يصدر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية أما الأعضاء فيتم تعيينهم من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بعد أن يأخذ رأي الجمعية العامة للمحكمة.¹

ومن الجدير بالذكر هنا أن عضو المحكمة الدستورية العليا لا يجوز له أن يشغل وظيفة أخرى أو يقوم بممارسة أي نشاط تجاري أو سياسي أو حزبي وفي حال ما اذا كان العضو الذي وقع عليه الاختيار ينتمي إلى حزب سياسي معين فعليه أن يستقيل من ذلك الحزب قبل أداءه لليمين القانونية²، وذلك حرصاً على سير العدالة.

و يتبين مما سبق أن السلطتين القضائية والتشريعية ليس لهما أي دور في تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، حيث يقتصر الأمر على السلطة التنفيذية ممثلة برئيسها، ولذلك لا بد من أن يكون يعين أعضاء المحكمة الدستورية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى وموافقة المجلس التشريعي، وذلك لضمان تحقيق الحيادة والنزاهة وعدم التحيز حيث أن طبيعة القضاء الدستوري تستهدف بشكل أساسي حماية الدستور الفلسطيني.³

• الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا

تتألف هذه الجمعية من كافة أعضاء المحكمة الدستورية العليا وقد عالجها القانون الخاص بالمحكمة في مواده 8-11، وتمارس هذه الجمعية بعض الاختصاصات التي يمكن إجمالها فيما يلي:

1- متابعة الأمور الخاصة بنظام المحكمة ومسائلها الداخلية بالإضافة إلى متابعة شؤون

أعضائها وتوزيع المهام فيما بينهم.

2- استشارتها فيما يتعلق بمشروعات القوانين المتعلقة بالمحكمة.

¹ المادة (5)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، مرجع سابق.

² المادة (6)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، مرجع سابق.

³ الوحيدي، فتحي: القضاء الدستورية في فلسطين، مرجع سابق، ص 75

3- مباشرة ما هو مقرر لمجلس القضاء الأعلى من اختصاصات تجاه أعضائها، والتي تتعلق بالنائب والنقل والإعارة والواجبات والتقاعد وغيرها.

4- فيما يتعلق بالمسئولية التأديبية للأعضاء فإن التحقيق الذي يجري في ذلك الشأن يتم عرضه بعد انتهائه على الجمعية العامة التي تكون منعقدة على هيئة محكمة تأديبية، وبعد أن تقوم بسماع الدفاع الخاص بالعضو تصدر حكمها إما بالبراءة وإما بإحالة العضو إلى التقاعد ويكون ذلك من تاريخ صدور الحكم المذكور ولا يكون ذلك الحكم قابلاً للطعن بأي طريقة كانت.

5- بعد أن يقوم رئيس المحكمة بإعداد مشروع موازنة المحكمة تقوم الجمعية العامة بإقرار ذلك المشروع.

ويكون اجتماع الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا من خلال دعوة من رئيس المحكمة أو عن طريق طلب يتقدم به ثلث الأعضاء ولا يكون انعقادها سليماً إلا بتحقيق النصاب وحضور أغلبية الأعضاء ويتراأس الجمعية العامة رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه، وتصدر قرارات هذه الجمعية بالأغلبية المطلقة لأصوات الأعضاء الحاضرين وفي حال أن تساوت الأصوات يتم ترجيح الجانب الذي صوت معه رئيس الجمعية.¹

وفيما يتعلق بالمراكز القانونية لأعضاء المحكمة فقد نصت المادة (12) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن تسري عليهم الأحكام المنصوص عليها في قانون السلطة القضائية وذلك فيما يتعلق بنائبهم ونقلهم واستقالاتهم وفيما يتعلق بحقوقهم وواجباتهم وتقاعدهم وما إلى ذلك.²

• لجنة الشؤون الوقتية:

نصت المادة (11) من قانون المحكمة الدستورية على تشكيل لجنة وقتية وذلك بقرار يصدر عن الجمعية العامة بالأغلبية المطلقة، ويتراأس هذه اللجنة رئيس المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بعضوية اثنين أو أكثر من أعضاء المحكمة وتكون مهمة هذه اللجنة:

¹ الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، رام الله، 2005، ص 12-13

² المادة (12)، قانون المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق

1- مباشرة الاختصاصات الخاصة بالجمعية العامة للمحكمة الدستورية وذلك خلال العطلة القضائية.

2- القيام بإنجاز المهام والأعمال التي تسندها إليها الجمعية العامة.

وتجدر الإشارة إلى أن القرارات التي تتخذها اللجنة الوقتية أثناء العطلة القضائية يجب أن يتم عرضها على الجمعية العامة في أول اجتماع لها، حيث يترتب على مخالفة ذلك أن تكون تلك القرارات مجردة من أي قيمة أو أثر قانوني، بالإضافة إلى ذلك فإنه إذا ما تم عرض هذه القرارات على الجمعية العامة ولم تقم هذه الجمعية بإقرارها بالأغلبية المطلقة فإن هذه القرارات تفقد قيمتها القانونية.¹

¹ المادة (11)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، مرجع سابق.

المبحث الثاني: الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية و حجية القرارات الصادرة عنها

المطلب الأول: رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على دستورية القوانين واللوائح

تتضح الاختصاصات التي تضلع بها المحكمة الدستورية العليا من واقع نص المادة (103) من القانون الأساسي المعدل لعام 2003 فقد نصت هذه المادة على أن تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح والنظم، هذا بالإضافة إلى اختصاصها بالفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، و يكون من بين مهام هذه المحكمة أيضا العمل على تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، وبذات الوقت جاء قانون المحكمة الدستورية العليا لينص على هذه الاختصاصات والتي سيتم توضيحها بشيء من التفصيل.

الفرع الأول: الوسائل التي من خلالها يتم ممارسة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لرقابتها على دستورية القوانين واللوائح

نصت المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام 2006 على أن تقوم المحكمة الدستورية العليا بفحص مدى دستورية القوانين والأنظمة والتأكد من مطابقتها للدستور وعدم مخالفتها لقواعده وأحكامه ويكون للمحكمة في سبيل ممارسة اختصاصها وفي حال وجود نص مخالف أن تحكم بعدم دستوريته ويكون ذلك من خلال اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى عن طريق عدة وسائل سيتم التعرض لها فيما يلي:

أولاً: تحريك الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية

يجري تحريك هذه الرقابة بقيام صاحب المصلحة بالطعن مباشرة بعدم دستورية أحد القوانين أمام المحكمة وذلك بهدف إلغائه، أي أن هذه الدعوى يتم رفعها ابتداءً وتكون مستقلة عن أي نزاع يكون مثار أمام المحكمة، وذلك على عكس تحريك الرقابة عن طريق الدفع الفرعي الذي يفترض

وجود نزاع معين مثار أصلا أمام المحكمة المطعون امامها بالقانون المزمع تطبيقه على النزاع، وعلى الرغم من أن القاعدة القانونية التي تقول بأن الدعوى تقام أمام المحكمة بين مدعي ومدعى عليه، فإن الدعوى الدستورية يوجد فيها مدعي ولا يوجد فيها مدعى عليه، ذلك أن الدعوى تقام ضد عمل قانوني ألا وهو القانون ولا تقام على شخص قانوني بعينه.

وتأسيسا على ما سبق فإن صاحب الشأن لا ينتظر تطبيق القانون على حالته الخاصة ليدفع فيما بعد بعدم الدستورية وإنما يقوم هو أساسا بالهجوم على القانون، لذلك تم تسمية أسلوب الدعوى الأصلية بالأسلوب الهجومي.

وفي أسلوب الدعوى الأصلية لا يكون تصرف أو دور القاضي مقتصرًا على مجرد إزاحة القانون المطعون فيه وعدم تطبيقه وإنما يتعدى ذلك إلى قدرة القاضي على إلغاء القانون الغير دستوري، ويكون الحكم الصادر بإلغاء القانون ذو حجية مطلقة في مواجهة كافة وسميانه يكون بأثر رجعي، ذلك أن هذا الحكم هو حكم كاشف لمخالفة القانون المطعون فيه للدستور وليس حكم مقرر لهذه المخالفة.

ومن الجدير بالذكر أن ما ذكر آنفا لا تأخذ به بعض الدول على إطلاقه، ذلك أن الدستور التركي على سبيل المثال جعل الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية ذو حجية نسبية أي أن حجيتها تكون في مواجهة أطرافها فقط (أطراف الدعوى)، كما ينص ذات الدستور في المادة (152) على أن الأحكام التي تصدر عن المحكمة الدستورية لا يكون لها أثر رجعي بل أن للمحكمة الدستورية وفي حال وجود ضرورة أن تحكم بالاستمرار بالعمل بالقانون الذي حكمت بأنه باطل لمدة لا تزيد عن ستة أشهر وذلك من تاريخ صدور الحكم بالبطلان.¹

وهنا يمكن القول بأن القاعدة العامة تقرر بأنه لا يجوز للأفراد أن يطعنوا بعدم دستورية قانون معين عن طريق دعوى الإلغاء إلا إذا كان نص يعطيهم الحق بذلك، هذا بالإضافة إلى أن القضاء لا يستطيع إلغاء نص ما لعدم دستوريته إلا إذا وجد نص دستوري يعطيه الحق بممارسة ذلك الإلغاء.

¹ السناري، محمد عبد العال: القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 222-224

وفي فلسطين وبحسب القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا لم يتم الأخذ بطريق الدعوى الدستورية الأصلية وهذا الموقف هو ذات موقف المشرع الدستوري والعادي في مصر والذي كان المشرع الفلسطيني قد تأثر به لدى وضعه لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا وعلى ذلك فإنه لا يجوز للأشخاص الطبيعية أو حتى الاعتبارية أن يطعنوا في النصوص التشريعية بطريقة مباشرة وعن طريق دعوى أصلية وقد عزى المشرع ذلك إلى:

1- الخوف من إساءة استعمال حق الطعن الأمر الذي يؤدي إلى تكديس القضايا أمام المحكمة مما يؤدي إلى عدم قيامها بمهامها على الوجه الصحيح.

2- إن مراعاة كافة القوانين واللوائح والأنظمة هو الأصل وعدم دستوريته هو الاستثناء، لذلك لا بد من احترامها إلى أن يثور خلاف حقيقي بعدم دستورية نص معين عند طرحه على القضاء لتطبيقه وبالتالي طرحه على المحكمة الدستورية للبت في مدى دستوريته.

وعقب ذلك جاء قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لسنة 2006 ليسير على النهج الذي ارتآه جانب من الفقه المصري والذي أيد ضرورة إعطاء الأفراد حق تحريك دعوى أصلية بعدم دستورية نص أو قانون ما وبذات الوقت تقييد ذلك الحق بقيود وشروط تحول دون إساءة استخدام ذلك الحق وتكديس القضايا أمام المحكمة ويكون ذلك من خلال وضع شروط تتعلق بالمصلحة في رفع الدعوى بحيث يكون المدعي في مركز قانوني يمسه النص المطعون فيه¹، فقد نصت الفقرة (1) من المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن تباشر المحكمة الدستورية رقابتها على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقوم الشخص المتضرر بتحريكها أمام المحكمة².

يتضح مما سبق أن قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا قد أباح للأشخاص الطبيعيين أن يقيموا دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا وذلك للطعن في دستورية أحد القوانين على ذلك على خلاف العديد من الدول التي قصرت اتصال المحكمة بالدعوى على أسلوب الدفع والتصدي والاحالة.

¹ الشرقاوي، سعاد: الرقابة على دستورية القوانين، مصر، بدون ناشر، 1986، ص 201-202

² الفقرة (1) من المادة (27)، قانون المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق

ومن الأمثلة على ذلك، القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في القضية رقم (8) لسنة (2) قضائية في الجلسة المنعقدة بتاريخ 2017/1/4 والقاضي بعدم دستورية نص المادة (10/أ) من نظام التدريب المعدل الذي أقر في اجتماع الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين بتاريخ 2013/5/24.

حيث تقدم الطاعن بهذا الطعن ضد مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين لعدة أسباب والتي منها:

1- عدم دستورية قرار مجلس نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين الصادر عن جلسته رقم (55) المنعقدة بتاريخ 2016/9/27، والقاضي برفض طلب الطاعن تسجيله كمحام متدرب لعدم استكمال الأوراق المطلوبة للتسجيل قبل 8/31، وهو التاريخ الذي حدده المجلس كموعّد أخير لاستكمال الطلبات.

2- الطعن بالمادة (10/أ) من نظام تدريب المحامين المعدل، والتي تنص على:

أ. تقدم طلبات القيد في سجل المحامين المتدربين المستوفية الشروط القانونية إلى مجلس النقابة مرتين في السنة، المرة الأولى خلال شهر كانون الثاني وينظر فيها خلال شهر نيسان، والمرة الثانية خلال شهر تموز وينظر فيها خلال شهر أيلول.

وقد التمس الطاعن الحكم بعدم دستورية نص الفقرة أ من المادة (10) من نظام التدريب ووقف نفاذها والحكم بعدم دستورية القرار الأول موضوع الطعن، وبالتالي عدم نفاذه لحين إتاحة الفرصة للطاعن لتقديم طلب قيده في سجل المحامين المتدربين وفق الأصول فوراً.

وقد ردت الجهة المطعون ضدها بلائحة جوابية على الطعن المقدم استندت فيها إلى عدة أمور والتي منها أن الدعوى مردودة شكلاً كون أن القرار المطعون فيه هو قرار إداري محض وبأن المحكمة المختصة بنظره هي محكمة العدل العليا بصفتها محكمة قضاء إداري وليس المحكمة الدستورية، كما استندت الجهة المطعون ضدها إلى عدم صحة الخصومة وذلك لعدم قيام الطاعن باختصاص الهيئة العامة لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين والتي هي صاحبة القرار في إصدار النظام المطعون فيه.

وهنا تساءلت المحكمة عما اذا كان هناك مصلحة للطاعن من تقديم الطعن وهل هناك ضرر يلحق به من جراء تطبيق النص المطعون بعدم دستوريته وارتأت بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة متوفر في هذه الدعوى ذلك أن الطاعن كان قد أنهى دراسته الجامعية وتقدم بطلب لتسجيل اسمه في سجل المحامين المتدربين إلا أن ذلك الطلب قد قوبل بالرفض من مجلس النقابة، ومن خلال مطالعة المحكمة لأوراق الدعوى وللقوانين والأنظمة المتعلقة بها وجدت بأن نص المادة المطعون فيه قد أخل بمبدأ المعاملة القانونية المتكافئة التي يقتضيها التماثل في المراكز القانونية ويكون بذلك قد أهدر مبدأ المساواة بين الراغبين في التدريب وذلك فيما يتعلق بالفترات الواردة في نص المادة المطعون بها ذلك أن مبدأ المساواة منصوص عليه في القانون الأساسي بدلالة نص المادة التاسعة منه والتي جاء فيها " الفلسطينيون أمام القانون و القضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الرأي السياسي أو الإعاقة" وعلى ذلك قررت المحكمة بالأغلبية الحكم بعدم دستورية المادة (10/أ) من نظام التدريب المعدل الصادر بتاريخ 213/5/24.

وتجدر الإشارة إلى أن أحد القضاة كان له رأي مخالف لرأي الأغلبية وهو سعادة المستشار حاتم عباس، حيث خالف الأكثرية فيما ذهبت إليه، وقد انصب مضمون المخالفة ابتداء على عدم قبول الطعن وذلك كون أن الطاعن قد توجه مباشرة إلى المحكمة الدستورية على الرغم من أن قانون نقابة المحامين قد رسم طريق واضح للطعن بقرارات الهيئة العامة وخاصة المادة (46) من ذلك القانون والتي نصت على أنه " يجوز الطعن في قرارات الهيئة العامة وقرارات المجلس أمام المحكمة العليا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالقرار " وحيث أن الطاعن لم يتوجه ابتداء إلى المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص وفق القانون وحيث أنه لم يخاصم الهيئة العامة مصدرة القرار وخصم فقط مجلس النقابة فإنه لا مجال لقبول طعنه ولا مجال أمام المحكمة الدستورية إلا برده، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المادة المطعون فيها لا يوجد بها ما يخالف مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة التاسعة من القانون الأساسي ذلك أن المساواة التي قصدها المادة التاسعة هي المساواة في المراكز القانونية وهي الحماية المتساوية المكفولة قانوناً، وبقراءة موضوعية للمادة المطعون فيها لا نجد بأن مجلس النقابة قد طلب من بعض

المتقدمين أوراق أو مستندات دون أن يطلبها من البعض الآخر أو أنه كان قد قصر التقديم على الذكور دون الإناث أو العكس، وبخصوص الفترات فهي عمل إداري تنظمه الإدارة وفق ما ترتأيه ولا علاقة لها بالمراكز القانونية للقول بأنها تخالف مبدأ المساواة، وعلى ذلك فإنه ليس هناك أي تفرقة فيما بين الخريجين أو المتقدمين للتسجيل لدى نقابة المحامين سواء كانت على أساس الجنس أو العرق أو الدين، حيث أن المركز القانوني للمتقدم محفوظ طالما أنه قد تقدم للتسجيل مستوفيا لكافة المتطلبات وفي المواعيد التي حددها مجلس النقابة ، وعلى ذلك فإن قبول الطعن يلحق ضرر فادح بالخريجين ذلك أن مجلس النقابة سيضطر إلى إعداد نظام جديد للتدريب وعرضه على الهيئة العامة لإقراره وهذا أمر يحتاج إلى وقت طويل، ولكل ذلك طلب سعادة المستشار رد الطعن ومصادرة قيمة الكفالة.¹

يوضح المثال السابق الطريقة التي اتبعها الطاعن في تحريك دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية وهي تحريك تلك الدعوى عن طريق الدعوى الأصلية حيث تقدم الطاعن بطعنه بناء على مصلحة شخصية مباشرة ولكون المادة المطعون بها تلحق به ضرر جسيم من حيث عدم تمكنه من التسجيل في سجل المحامين المتدربين وفوات الوقت عليه، أي أن جميع الشروط اللازمة لتقديم الطعن تكون قد توافرت وبالتالي نظرت المحكمة هذا الطعن وقررت عدم دستورية النص المطعون فيه.

ثانيا: تحريك الرقابة القضائية عن طريق الدفع الفرعي:

وفقا لهذا الأسلوب والذي تأخذ به بعض الدول وليس جميع الدول يتم تحريك الرقابة من خلال افتراض وجود دعوى منظورة أمام محكمة من المحاكم، وفي تلك الدعوى يتم تطبيق قانون معين، الأمر الذي يدفع أحد الأطراف في الدعوى إلى أن يدفع بعدم دستورية القانون المزمع تطبيقه، أي أن أحد أطراف الدعوى يثير دفعا فرعيا بعدم الدستورية ويطلب بعدم تطبيق القانون المطعون فيه، وفي هذه الحالة يكون تصرف المحكمة تبعا للنظام السائد في الدولة وما إذا كان ذلك النظام يأخذ بلامركزية الرقابة أو بمركزيتها ومن ذلك:

¹ الوقائع الفلسطينية. رام الله. 128 / 14 كانون ثاني 2017، ص74-80

1- في حال أن نظام الدولة يأخذ بمركزية الرقابة فإن المحكمة التي تنتظر الدعوى توقف الفصل فيها وتقوم بإحالة الطعن إلى المحكمة الدستورية والتي تكون مختصة بالفصل في النزاع المتعلق بدستورية أحد القوانين من عدمها.

2- في حال الأخذ بنظام اللامركزية فإن القاضي الذي ينظر الدعوى يكون بصدد قانونين متعارضين، وهنا إذا ما كان لدى القاضي قناعة بصحة الدفع المثار فإنه يعمل على تغليب القانون الأعلى ألا وهو الدستور وذلك تبعا لمبدأ سمو الدساتير، أي أنه وهذه الحالة يكون ممتنعا عن تطبيق القانون المطعون فيه وذلك لمخالفته لقواعد الدستور.

ومن الجدير بالذكر أنه في النظم التي توجب على القاضي وفي حال وجود دفع يتعلق بعدم الدستورية لا يكون القاضي وهذه الحالة يكون مسلوب السلطة في معظم تلك النظم، إذ لا يتوجب على القاضي وبمجرد الطعن بعدم الدستورية أن يوقف نظر الدعوى حيث أن هذا التصرف من شأنه أن يفتح المجال أمام الطعون الكيدية التي يكون الهدف منها تعطيل الفصل في الدعاوى الأصلية.¹

وتبعا لما ذكر آنفا فإن سلطة القاضي تختلف من دولة لأخرى ومن نظام إلى آخر، ذلك أن بعض الأنظمة تعطي القاضي الذي يثار الدفع أمامه بعدم دستورية قانون معين سلطة أن يقدر بنفسه ما إذا كان القانون المطعون فيه دستوري أم غير دستوري وذلك قبل إحالته إلى المحكمة المختصة ومثال ذلك النظام الألماني، أما في النمسا مثلا فإن القاضي لا يحيل واقعة الفصل في دستورية قانون مطعون فيه أمامه إلى المحكمة الدستورية إلا في حال اقتناعه بأن الدفع المثار هو دفع جدي.²

وتجدر الإشارة إلى أن قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني قد أخذ بأسلوب الدفع الفرعي ويتضح ذلك من خلال نص الفقرة (3) من المادة (27) من قانون المحكمة والتي نصت على أنه في حال أن قام أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بالدفع بعدم دستورية نص في قانون أو قرار أو لائحة معينة وارتأت المحكمة عقب ذلك

¹ متولي، عبد الحميد: القانون الدستوري والنظم السياسية، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون تاريخ، ص146.

² أبو المجد، كمال، الرقابة على دستورية القوانين، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، 1960، ص584

بأن ذلك الدفع هو دفع جدي فإنها تؤجل النظر في الدعوى وتحدد للشخص الذي أثار الدفع ميعادا أقصاه تسعين يوما لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية وفي حال أن لم يتم مثير الدفع برفع الدعوى خلال الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن¹، وتجدر الإشارة إلى أن المدة المذكورة لتقديم الطعن قد تم تعديلها بموجب القرار بقانون بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا وذلك من خلال نص الفقرة (3) من المادة (14) من القرار المذكور والتي جعلت المدة ستون يوما بدلا من تسعين.²

ومن الأمثلة على اتصال المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بالدعوى عن طريق الدفع الفرعي القرار الصادر في الطعن رقم (5) لسنة (2) قضائية دستورية، حيث تقدمت الطاعنة بهذا الطعن من خلال وكيلها المحامي منصور مساد ضد:

1- فخامة الرئيس بصفته رئيسا للسلطة الوطنية الفلسطينية، وبصفته رئيسا لمنظمة التحرير الفلسطينية ويمثله عطوفة النائب العام / رام الله.

2- عطوفة النائب العام بالإضافة لوظيفته.

وبالنسبة لحثثيات هذا الطعن، فإنه وبتاريخ 2017/4/3، ورد إلى قلم المحكمة الدستورية العليا الطعن رقم (2017/3) من المحامي منصور مساد وبناء على قرار محكمة بداية جنين الصادر بتاريخ 2017/03/28، بإمهاله مدة ثلاثين يوما لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا حول الدفع المثار في عدم دستورية المادة (5) من قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958، والمادة (2) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014، بشأن تعديل القانون المذكور وذلك بإضافة مادة جديدة بعد المادة (4) تحمل الرقم (4) مكرر.

وقد استند الطاعن في طعنه إلى أن نصوص المواد محل الطعن تحرم المدعية أبسط الحقوق التي كفلها القانون الأساسي المعدل حيث أن نص المادة (5) من قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958، والتي جاء فيها " لا تسمع المحاكم أية دعوى ضد الحكومة إن كانت أصلية أو

¹ الفقرة (3) من المادة (27)، قانون المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق

² راجع المادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)

متقابلة إلا إذا كانت من أجل: أ. الحصول على أموال منقولة أو التعويض عنها بمقدار قيمتها، ب. تملك أموال غير منقولة أو التصرف بها أو نزع اليد عنها أو استردادها أو التعويض عنها بمقدار قيمتها أو بدل إيجارها، ج. الحصول على نقود أو تعويضات نشأت عن عقد كانت الحكومة طرفاً فيه، د. منع المطالبة بشرط أن يدفع المدعي المبلغ المطالب به أو يقدم كفيلاً¹، تشكل انتهاكاً لنص المادة (30) من القانون الأساسي المعدل والتي نصت على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، كما نصت على حظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء، كما استند الطاعن إلى أن نصوص المواد محل الطعن لحالات مخاصمة الدولة تشكل مخالفة صريحة للقانون الأساسي المعدل في المادة (32) والتي نصت على أن " كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي كفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر"، وحيث أن المادة (2) من القرار بقانون والمادة (5) من القانون الأصلي يتعارضان مع نص المادة (32) من القانون الأساسي الفلسطيني ومشوبة بعدم الدستورية لمخالفتها أحكام المادتين (30، 32) من القانون الأساسي، وبناء على ذلك فقد طلب الطاعن من المحكمة الحكم بعدم دستورية المادة (5) من قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958 ونص المادة (2) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014 بشأن تعديل قانون دعاوى الحكومة، وقد قررت المحكمة بهذا الصدد أن المادة (5) من قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958 قد تم نسخها بموجب القانون رقم (1) لسنة 1995²، وأعيد العمل بها بموجب القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014، والتي تحمل الرقم (4) مكرر وقد جاء في هذه المادة " لا تسمع المحاكم أية دعوى ضد الحكومة إن كانت أصلية أو متقابلة إلا إذا كانت للغايات الآتية: 1. الحصول على أموال منقولة أو التعويض عنها بمقدار قيمتها. 2. تملك أموال غير منقولة أو التصرف بها أو نزع اليد عنها أو استردادها أو التعويض عنها بمقدار قيمتها أو بدل إيجارها. 3. الحصول على نقود أو تعويضات

¹ المادة (5) من قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958

² القانون رقم (1) لسنة 1995 بشأن تعديل قانوني دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958 والقانون رقم (30) لسنة 1926

نشأت عن عقد كانت الحكومة طرفاً فيه. 4. منع المطالبة بشرط أن يدفع المدعي المبلغ المطالب به أو يقدم كفيلاً¹، وعلى ذلك رأت المحكمة بأنه ليس هناك ضرورة لمناقشة المادة (5) من القانون رقم (25) لسنة 1958، باعتبار أنها لم تعد قائمة وقد تم نسخها وإنما التعاطي مع المادة الثانية من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014.

وقد أكدت المحكمة في قرارها الصادر في هذا الطعن على دستورية المادة (2) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014 أي أنها حكمت بعدم قبول الدعوى، وقد استندت المحكمة في قرارها إلى عدة أسباب نذكر منها:

- 1- أن نص المادة المطعون فيها قد حدد الغايات ولم يحدد طبيعة القضايا أو أسبابها وبالتالي فإن الغايات هي المقصود بها المصالح المالية والتعويضات التي يراد تحقيقها، وبالتمعن في النص ومدلولات ألفاظه التي صيغ بها لا ترى المحكمة أي تحصين أو قيود تفرض على المتضرر في اللجوء للمحكمة والمطالبة بالتعويض المناسب والملائم وفقاً لكل حالة، وإنما هي عملية إجرائية في اختصاص الحكومة بشأن الغايات المقصودة والمتوخاه من وراء ذلك.
- 2- بما أن المشرع كان قد ألغى العمل بنص المادة المطعون فيها ثم أعادها للتطبيق فإن ذلك يعني أن المشرع قد ارتأى أن هناك مصالح أكيدة يتم تحقيقها من وراء إعادة العمل بموجب هذا النص مما يؤكد جواز الإدعاء ضد الحكومة وليس تحصين لأعمال الحكومة.
- 3- أن إقامة دعوى التعويضات الجسدية هي دعوى مطالبة بأموال منقولة ولا تتعارض مع نص المادة الثانية من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014، حيث أن المطالبة بالأموال المنقولة قد تتأتى من أية مطالبة مالية كانت الحكومة طرفاً بها أو لأية تعويضات أو تعاقدات مالية تطالب من الحكومة، وعليه تقرر المحكمة أن نص المادة الثانية من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014، لا يشكل أي قيد على حق التقاضي ولا يتنافى مع المبادئ الأساسية في القانون الأساسي وتحديداً المادة (30) والتي كفلت حق التقاضي باعتباره حقاً مصوناً

¹ المادة (4) مكرر من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2014 بشأن تعديل قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958

و مكفولا للناس كافة ولكل شخص حق اللالآءاء إلى قاضيه اللطبعي؁ وينظم القانون إجراءات اللقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا وكذلك يحظر النص في القوانين على اللصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء؁ و أن المادة اللانية والفقرة الأولى منها من القرار بقانون المذكور لا يلعارض مع أية مطالبة وهي تكفل حق اللقاضي ولا تمسه.¹

ثالثا: الإحالة

قام المشرع ولحديدا في الدول التي تأخذ بفكرة الرقابة على دستورية القوانين بإعطاء محكمة الموضوع صلاحية بإحالة أي نص قانوني ترى بأنه غير دستوري إلى المحكمة الدستورية لفحص مدى دستوريله والفصل فيه؁ وقد نصت الفقرة اللانية من المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية والفقرة (أ) من المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية المصري على أسلوب الإحالة وذلك من خلا لجوء جهة قضائية عادية أو إدارية أو عسكرية بغض النظر عن درجتها إلى المحكمة الدستورية العليا بصورة مباشرة مطالبة إياها الفصل في مدى دستورية قانون أو لائحة لازمة للفصل في دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم المذكورة؁ ولا يخضع هذا الأسلوب لأي سقف زمني معين إذ أنه يلعقق متى ارتأت إحدى محاكم الموضوع بأن القانون المزمع تطبيقه على الدعوى المنظرة أمامها يشوبه عيب دستوري.²

ولجدر الإشارة إلى أن الفقرة اللانية من المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا قد ربطت موضوع الإحالة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية بأن يكون النص المحال لازم للفصل في الدعوى المنظورة أمام محكمة الموضوع؁ وموضوع اللزوم هذا يخضع في تقديره للسلطة اللقديرية لمحكمة الموضوع دون أن عليها أي رقابة من أي محكمة عليا طالما أنها ستوقف النظر في الدعوى المنظورة وستقوم بإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا؁ وللى تكون الإحالة صحيحة ومقبولة يجب أن يكون القرار الصادر بالإحالة ملضمن للاحديد كافي وصريح للنصوص الملطعون

¹ الوقائع الفلسطينية. رام الله. 133 / 29 أيار 2017؁ ص90-93

² عبد الله؁ عبد الغني بسبوني: النظم السياسية والقانون الدستوري؁ مرجع سابق؁ ص784

عليها بعدم الدستورية هذا بالإضافة إلى تحديد النصوص الدستورية التي تخالفها تلك النصوص بالإضافة إلى بيان أوجه المخالفة، والقرار الصادر في الدعوى المنظورة أمام المحكمة الدستورية بدستورية أو عدم دستورية النص المطعون عليه يكون ملزم لمحكمة الموضوع المحيلة إلى المحكمة الدستورية.

ومن الأمثلة على ذلك، القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في القضية رقم (12) لسنة (2) قضائية في الجلسة المنعقدة بتاريخ 2017/11/19 والقاضي بتأكيد سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، بحيث تكتسب قواعد هذه الاتفاقيات قوة أعلى من التشريعات الداخلية، بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني، مع تمتع الأمم المتحدة ومؤسساتها بالحصانة من الإجراءات القضائية الوطنية.

وبالنسبة لحثثيات هذا القرار فقد قررت محكمة صلح جنين بتاريخ 2017/3/28 في الدعوى الحقوقية رقم (2016/487) وعملاً بأحكام المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) وقف السير في هذه الدعوى، وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية المتعلقة بتحديد مرتبة الاتفاقية الدولية المصادق عليها بالنسبة للتشريعات الداخلية الفلسطينية، مع بيان آليات نفاذها في القانون الداخلي الفلسطيني لتكتسي صفة الإلزام، وحيث أن تطبيق الاتفاقية الدولية في هذا النزاع لاسيما اتفاقية المقر لسنة 1996، دون قواعد القانون الداخلي قد يثير الشبهة بمخالفة دستورية لنص المادة (30) من القانون الأساسي الفلسطيني.

إن قاضي الموضوع الذي أحال القضية إلى المحكمة الدستورية العليا استعرض نص المادة (30) من القانون الأساسي لسنة 2003، المعدل سنة 2005، والتي تنص على: "1.التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا. 2.يحظر النص في القوانين على تحصيل أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء."

ويرى أن ما أثارته الجهة المدعى عليها من تمتعها بالحصانة، وفقاً لما كانت دولة فلسطين قد وقعت اتفاقية مقر رئاسة الأونروا في الضفة الغربية وقطاع غزة بتاريخ 1996/07/05، وما تبعها

من مذكرات تفسيرية بين السيد وزير الخارجية الفلسطيني والسيد المفوض العام الأونروا، ويتم بموجبها تأكيد الحصانة للجهة المدعى عليها سندا لاتفاقية المقر لسنة 1996، وأحكام اتفاقية 1946، المتعلقة بامتيازات وحصانات الأمم المتحدة.

كما استعرض بعض الأحكام القضائية الفلسطينية، ورأى أن الفصل في هذا الدفع يستدعي بيان مرتبة الاتفاقية الدولية بالنسبة للتشريع الداخلي الفلسطيني وأي القواعد الواجبة التطبيق في النزاع المعروض على هذه المحكمة حال التعارض بين أحكام الاتفاقية الدولية والقانون الداخلي الفلسطيني، كما أن قاضي الموضوع استعرض ما جاء به الفقه الدولي في مسألة علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، واستعرض نظرية وحدة القانون، ونظرية ثنائية القانون، وخلص إلى أن القضاء الدولي قد استقر على تغليب تطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية على أحكام القوانين الداخلية حال التعارض بينهما. وأشار في هذا المقام إلى الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية لسنة 1988، بخصوص النزاع بين الولايات المتحدة والأمم المتحدة حول اتفاقية المقر، والنزاع الخاص بإغلاق مقر منظمة التحرير في نيويورك، وحيث أشار الرأي الاستشاري إلى أن الولايات المتحدة ملزمة باحترام التزاماتها الدولية، ولا يمكن أن تتذرع بتعارض قانونها الداخلي مع اتفاقية المقر الموقعة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأمم المتحدة.

وخلص إلى أن ما استقر عليه القضاء الدولي يتوافق مع نص المادة (27) من اتفاقية فيينا للمعاهدات سنة 1969، والتي تنص على: "لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة".¹

وبعد مراجعة المحكمة الدستورية للقانون الأساسي الفلسطيني وتحديد المادة (10) والمادة (2/30) من القانون الأساسي المعدل لعام 2005 وجدت بأنها تشير إلى عدم تحصين القرارات والأعمال الإدارية من رقابة القضاء إلا أنها لم تشر إلى الاتفاقات الدولية، ذلك أن هذه الاتفاقات ليست قرارات أو أعمال إدارية، وإنما قد تم تصنيفها في سياق القانون الإداري ضمن أعمال السيادة التي تخرج عن رقابة القضاء الإداري، وخلصت المحكمة إلى إن الدفع بعدم دستورية تحصين أعمال

¹ راجع المادة (27) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969

وكالة الغوث من رقابة القضاء وفقاً لاتفاقية المقر لا أساس له في القانون الأساسي، أما بخصوص موضوع إدماج القواعد الدولية في القانون الداخلي فإن المحكمة رأت أن تعود إلى طبيعة هذه القواعد ألا وهي الحصانات والامتيازات الدبلوماسية، ذلك أن هذه القواعد وقبل أن يتم تنظيمها بموجب اتفاقيات دولية فهي قواعد عرفية وعلى ذلك فإن معظم الدول تعتبر القواعد العرفية جزء لا يتجزأ من قانونها الداخلي، ولما كان توقيع الدول على الاتفاقيات الدولية يعتبر موافقة ضمنية منها على التنازل عن جزء من سيادتها لصالح القانون الدولي العام بحيث تصبح القواعد الاتفاقية فيما بين الدول والقواعد العرفية جزءاً من القانون الوطني للدولة، ولما كان من غير المستساغ أن يكون تمسك الدول بسيادتها عائقاً أمام احترام الالتزامات القانونية الدولية المنبثقة بصورة أولية عن ميثاق الأمم المتحدة وخاصة أن المادة (46) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، قد أوضحت أنه لا يجوز لأي دولة أن تتصل من التزاماتها الدولية الناشئة عن المعاهدات بحجة تعارضها مع قانونها الداخلي أو عدم تصديقها دستورياً، فإن ذلك يقود المحكمة إلى أن العرف الدولي والاتفاقيات الدولية قد أقرت للمبعوثين الدبلوماسيين عدداً من الامتيازات تضمن لهم الاحترام اللازم، ولعل من أهم هذه الامتيازات الحصانة الدبلوماسية، وفي حالة الطعن المثار أمام المحكمة فإنها تكون أمام حالة منظمة دولية أبرمت اتفاقاً مع السلطة الوطنية الفلسطينية سنة 1996، لتطبيق الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها أعضاء وممثلو الأمم المتحدة في الدول المختلفة وفقاً لاتفاقية سنة 1946 وعلى الرغم من قيام معظم الدول بإدراج تحديد تلك العلاقة في أنظمتها القانونية، وبالذات في دساتيرها إلا أن القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003، وتعديلاته لسنة 2005 قد افتقر لذلك التحديد، وهنا ترى المحكمة نفسها أمام حالة قانونية لا بد من البت بشأنها ألا وهي أن المحكمة أمام قواعد قانونية دولية متمثلة في الاتفاق بين السلطة الفلسطينية والمنظمة الدولية، بشأن احترام الحصانات والامتيازات التي تتمتع بها المنظمة الدولية في أراضي دولة فلسطين، علماً أن دولة فلسطين أصبحت طرفاً في اتفاقية فيينا لسنة 1961، بشأن الحصانات والامتيازات الدبلوماسية سنة 2014، واتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969.

حيث أن هذه القواعد لم تدخل في التشريعات الوطنية الفلسطينية، ولم تصبح جزءاً منها، ومن ثم لأيهما العلوية لقواعد القانون الدولي أم لقواعد القانون الداخلي، أم لا علاقة بينهما، فقد نظرت المحكمة إلى طبيعة هذه القواعد ابتداءً ومن ثم إلى وضع دولة فلسطين باعتبارها دولة تقدم نفسها كدولة تحترم التزاماتها الدولية، وهذا الوضع يستوجب إعطاء الاعتبار للقانون الدولي حتى ولو لم تكن قواعده قد أدمجت في القانون الداخلي ما لم تتعارض هذه القواعد مع القيم الدينية والسياسية والاجتماعية للشعب الفلسطيني، وعلى ذلك وبتدقيق المحكمة في الطعن المثار أمامها وبرجوعها إلى القانوني الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته وجدت بأن القانون المشار إليه قد خلا من تحديد مرتبة الاتفاقيات الدولية بالنسبة للقانون الوطني باستثناء ما جاء في المادة (10)¹ من ذلك القانون من حث دولة فلسطين على الانضمام لاتفاقيات حقوق الإنسان، ولما كان الفقه والقضاء الدوليين قد استقرا على مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية في هذه الحالة، ولما كانت فلسطين ومنظمة التحرير الفلسطينية تتمتعان بالشخصية القانونية الدولية، وحيث أن دولة فلسطين وكتعبير عن هذه الشخصية القانونية قد صادقت في السنوات الأخيرة على عشرات الاتفاقيات الدولية، فإن هذه الممارسة النشطة لدولة فلسطين تؤكد أنها قد ذهبت إلى التفاعل الإيجابي مع منظومة القانون الدولي بكل مكوناتها بما يكفل الحفاظ على الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني . ولما كانت الحصانة التي تتمتع بها المدعى عليها في الدعوى الموضوعية - وكالة غوث وتشغيل اللاجئين - المضموم إلى أوراق الدعوى بتاريخ 2017/01/02، قد انصب على أن وكالة غوث وتشغيل اللاجئين هي هيئة فرعية تابعة للأمم المتحدة، وهي في مأمن من كل أشكال الإجراءات القانونية لكونها تتمتع بالحصانة، عملاً بأحكام اتفاقية سنة 1946 أو تسمى "باتفاقية نيويورك" والمتعلقة بامتيازات وحصانات الأمم المتحدة، وعليه فهي مسألة تتصل بالتنظيم الدولي، وذلك تعبيراً عن تنازل الدول عن جزء من سيادتها لصالح الجماعة الدولية، وحيث أن الحق في اللجوء للقضاء المنصوص عليه في المادة (30)² من القانون الأساسي هي مسألة تتصل بالنزاعات الوطنية دون النزاعات التي أكسبت اتفاقاً أو

¹ راجع المادة (10) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003

² راجع المادة (30) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003

عرفيا الأمم المتحدة ومؤسساتها حصانة شاملة، وحيث أن المواطن الفلسطيني (المدعي) بموجب هذه الاتفاقيات له الحق في اقتضاء حقوقه بوسائل أخرى فقد قررت المحكمة وبالأغلبية الفصل في المسألة الدستورية موضوع الإحالة بتأكيد سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، بحيث تكتسب قواعد هذه الاتفاقيات قوة أعلى من التشريعات الداخلية، بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني، مع تمتع الأمم المتحدة ومؤسساتها بالحصانة من الإجراءات القضائية الوطنية.

وقد كان هناك رأي مخالف لسعادة المستشار فواز صايمة ذلك أنه خالف الأغلبية ولكن ليس من حيث النتيجة التي توصلوا إليها وإنما من حيث إغفال بيان قوة و سريان قواعد هذه الاتفاقيات بالنسبة للقانون الوطني (الدستور) ذلك أنه كان قد أوصى بالتأكيد على سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية الفلسطينية بما لا يخالف قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، بحيث تكتسب قواعد الاتفاقيات الدولية قوة أعلى من قواعد التشريعات العادية وأدنى من الدستور (القانون الأساسي) بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب الفلسطيني.¹

رابعاً: التصدي

جاء المشرع المصري بهذه الوسيلة لتوسيع نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين ذلك أنه من غير المنطق أن يمنح المشرع محاكم الموضوع على اختلاف أنواعها ودرجاتها سلطة إحالة الدعوى المنظورة أمامها إلى المحكمة الدستورية العليا لفحص مدى دستورية القانون المزمع تطبيقه على النزاع وبذات الوقت يحرم المحكمة الدستورية ذاتها من ممارسة هذا الحق، إلا أن استعمال وسيلة التصدي لا تكون إلا بمناسبة دعوى مقبولة أمام المحكمة الدستورية العليا وتصلح لأن تفصل المحكمة في موضوعها وعلى ذلك وفي حال أن كانت الخصومة في الدعوى المنظورة أمام المحكمة الدستورية قد انتفت أو كانت الدعوى ذاتها غير مقبولة فإن المحكمة الدستورية وهذه الحالة لا تستطيع ممارسة التصدي وذلك لانقضاء وجود دعوى أمام المحكمة، وقد تناول قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني موضوع التصدي وتحديداً في المادة (27) والتي نصت على

¹ الوقائع الفلسطينية. رام الله. 138 / 14 تشرين ثاني 2017، ص 84-89

أنه وفي حال أن كانت المحكمة الدستورية تتظر نزاعا معروضا عليها وأثناء نظر ذلك النزاع تبين لها وجود نص غير دستوري متصل بذلك النزاع فإن لها أن تتصدى له من تلقاء نفسها بأن تفصل في عدم دستورية ذلك النص ولكن شريطة أن يكون النص المزمع الفصل فيه متصلا بطريقة فعلية بالنزاع المنظور أمام المحكمة.¹

ويرى فقهاء القانون الدستوري بأن وسيلة التصدي تتميز بالضوابط التالية²:

- 1- أن رخصة التصدي التي أعطاها المشرع للمحكمة الدستورية هي رخصة تمارسها المحكمة أثناء ممارستها لاختصاصاتها ومن تلقاء نفسها سواء كان ذلك أثناء نظرها لدعوى دستورية منظورة أمامها أو نظرها لدعوى تنازع أو حتى عند قيامها بتفسير نص قانوني.
- 2- عند استخدام المحكمة الدستورية لوسيلة التصدي فإنها لا تحكم مباشرة ومن تلقاء نفسها بدستورية أو عدم دستورية النص الذي كانت قد تصدت له وإنما تقوم بعد التصدي بإحالة الموضوع إلى هيئة المفوضين في المحكمة والتي تعمل على اتخاذ إجراءات تحضير الدعوى وإعداد التقرير فيها ومن ثم تواصل المسألة الدستورية مراحلها بعد ذلك.
- 3- إن قيام المحكمة الدستورية بالتصدي لأحد النصوص التشريعية لا يعني بالضرورة عدم دستورية ذلك النص، إذ أن الأمر في بدايته لا يتجاوز كونه مجرد وجهة نظر مبدئية تبقى قائمة إلى حين الفصل في دستورية النص من عدمها بشكل نهائي.

الفرع الثاني: تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها

منح القانون الأساسي المحكمة الدستورية العليا صلاحية تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، بينما نص قانون المحكمة الدستورية العليا على أن تختص المحكمة بتفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين، وقد جاء نص القانون الأساسي أوسع وأشمل وأكثر توفيقا من النص

¹ راجع الفقرة (4) من المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006

² ساري، جورج شفيق: المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003/2002، ص522-

الذي ورد في قانون المحكمة الدستورية العليا حيث أن عبارة التشريعات التي وردت في المادة (103) فقرة (ب) من القانون الأساسي شملت التشريع الأساسي والعادي والثانوي، أما عبارة القوانين التي جاءت في نص المادة (24) فقرة (2) من قانون المحكمة الدستورية العليا فقد قصدت التشريع العادي فقط وهي القوانين التي تسنها السلطة التشريعية ممثلة بالمجلس التشريعي، وعلى ذلك فإنه يكون من اختصاص المحكمة تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريع العادي والتشريع الثانوي وذلك تماشياً مع ما جاء في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

• أمثلة تطبيقية على اختصاص المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بتفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين:

أولاً: الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في القضية رقم (2) لسنة (2) قضائية في الجلسة المنعقدة بتاريخ 2017/7/12 والقاضي بأن الطبيعة القانونية للشرطة هي قوة نظامية ذات طبيعة خاصة تمارس اختصاصات مدنية.

حيث أنه وبتاريخ 2017/1/30، ورد إلى المحكمة الدستورية العليا كتاب من السيد وزير العدل وذلك بناء على طلب من السيد دولة رئيس مجلس الوزراء بتاريخ 2017/1/29 بتفسير نص المادة (84) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وتعديلاته والتي تنص على أن: " 1- قوات الأمن والشرطة قوة نظامية وهي القوة المسلحة في البلاد وتتحصر وظيفتها في الدفاع عن الوطن وخدمة الشعب وحماية المجتمع والسهر على حفظ الأمن والنظام العام والآداب العامة وتؤدي واجبها في الحدود التي رسمها القانون في احترام كامل للحقوق والحريات. 2 - تنظم قوات الأمن والشرطة بقانون¹

وبعد اطلاع المحكمة على أوراق الدعوى والمداولة، حيث أن دولة رئيس مجلس الوزراء طلب في كتابه تفسير نص المادة (84) من القانون الأساسي، وذلك بناءً على تأشيرة سيادة رئيس دولة فلسطين على مذكرة المستشار القانوني لفخامة الرئيس بتاريخ 2016/12/26، وكتاب رئيس ديوان الرئاسة بتاريخ 2016/12/28 بذات الخصوص، وحتى يتبين لسيادته وللحكومة ولوزير

¹ المادة (84) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، مرجع سابق

الداخلية الطبيعية القانونية للشرطة من حيث أنها قوة نظامية عسكرية أم مدنية، وحتى يتبين قصد المشرع بعبارة " قوة نظامية وعبارة القوة المسلحة في البلاد " الواردة في المادة (84) من القانون الأساسي، وذلك من حيث أن هذه العبارات تعني القوة النظامية العسكرية في البلاد أم من الممكن النص في قانون الشرطة على أنها قوة نظامية مدنية مع الاحتفاظ بطبيعتها المسلحة والاحتفاظ بالرتب العسكرية لمنتسبي الشرطة وذلك لغايات إصدار قرار بقانون الشرطة الذي يحدد الطبيعة القانونية للشرطة وتشكيلها ومكوناتها ومنتسبيها ورتبهم ومهام الشرطة واختصاصها في الدفاع عن الوطن وخدمة الشعب وحماية المجتمع والسهر على حفظ الأمن والنظام العام والآداب العامة، بما يتفق مع نص المادة (84) من القانون الأساسي والقوانين ذات العلاقة، وحيث أن المادة (103) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته الخاصة بالمحكمة الدستورية والتي ينص البند (ب) منها فقرة (1) على: " تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات¹، والفقرة (2) من المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، على أن " تختص المحكمة دون غيرها بتفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثالث وواجباتها واختصاصاتها²."

وحيث أن الفقرة (1) من المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أن " يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناءً على طلب رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الأعلى أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية³ بالعودة إلى تفسير نص المادة (84) من القانون الأساسي من خلال وسيلة تفسير النص انطلاقاً من ألفاظه التي صيغ بها ودلالة الألفاظ التي يتكون منها، وانطلاقاً من أن كل كلمة فيها لا يجوز عزلها عن سياقها لا إعطاؤها معنى يناقض دلالتها الواضحة بل تؤخذ الكلمة أو العبارة التي لا يشوبها غموض على ضوء معناها الطبيعي ولكل كلمة مقاصدها ولا يجوز بالتالي تجريدتها من كل أثر، ترى المحكمة أن النص قد أشار إلى مصطلحين وحدد اختصاص كل منهما، فالإشارة

¹ المادة (103/ب)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، مرجع سابق

² المادة (2/24)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، مرجع سابق

³ المادة (1/30)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، مرجع سابق

إلى أن قوات الأمن والشرطة هي قوة نظامية، قد حددت على أن كل منهما عبارة عن قوة نظامية مستقلة عن الأخرى أي أن لكل منهما نظام معين يسيرون عليه، وأضاف أنها هي "القوة المسلحة في البلاد"، بمعنى أن هاتين القوتين هي التي تستطيع حمل السلاح في البلاد وليس أية قوة أخرى، مع الفارق بالمقصود بالسلاح هنا، انطلاقاً من العبارة اللاحقة التي تقول وتختصر وظيفتها في "الدفاع عن الوطن" وهذه هي وظيفة قوات الأمن، وهذا يتطلب أن تكون هذه القوات مسلحة بالأسلحة الذي تحتاج إليها من أجل القيام بواجباتها التي حددتها المادة (84)، أما عندما تحدد المادة (84) الوظائف التالية "خدمة الشعب وحماية المجتمع والسياسة على حفظ الأمن والنظام العام والآداب العامة" وفي الحدود التي رسمها القانون الأساسي ومختلف القوانين الأخرى، فهذه الوظائف تتولاها القوة الشرطية داخل المجتمع، وهي في سبيل القيام بهذه الوظيفة لها الحق في حمل السلاح وبالتالي فإن المهمة الموكولة إليها في هذا المجال هي قوة نظامية تمارس اختصاصات مدنية.

إذا كان هذا التفسير اللفظي لنص المادة (84) يفي بالغرض المطلوب من أجل التفسير إلا أن المحكمة لجأت إضافة إليه إلى الاستعانة بقواعد التفسير المنطقي من أجل تفسير النص بصورة جلية وواضحة، كان لا بد من الاطلاع على القوانين ذات العلاقة وبالذات قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (8) لسنة 2005، والذي حدد فيه مما تتألف قوى الأمن في المادة (3) منه "قوات الأمن الوطني وجيش التحرير الوطني الفلسطيني، قوى الأمن الداخلي، المخابرات العامة، وأية قوة أو قوات أخرى موجودة أو تستحدث تكون ضمن إحدى القوى الثلاث"¹، كما وأنه عند العودة إلى المادة (12) من ذات القانون ترى أنه "يكون التعيين في الوظائف الآتية بقرار من وزير الداخلية وبتنسيب من مدير عام الأمن الداخلي بناءً على توصية لجنة الضباط: 1. مدير عام الشرطة ونائبه، 2. مدير عام الأمن الوقائي ونائبه، 3. مدير عام الدفاع المدني ونائبه، 4. رؤساء الهيئات ومديرو المديریات"²

¹ المادة (3)، قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (8) لسنة 2005

² المادة (12)، قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (8)، مرجع سابق

وهذا يعني أن الشرطة هي جزء من قوات الأمن الداخلي، لكن بعد أن تم إعداد مشروع قرار بقانون مستقل للشرطة، طلب من المحكمة الدستورية النظر في طبيعة هذا القرار بقانون، وهذه هي الغاية من التفسير.

وبالتالي فإن هذا التفسير لقانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية يتماشى مع ما جاء بالمادة (84) ومع بنية القانون الأساسي سواءً من خلال بناء الفرعية أو الأساسية وبالتالي استنتاج ما يعبر عنه بروح القانون الأساسي في التفسير، والذي يتخطى مفهوم التعابير إلى البحث في تماسك المنظومة الدستورية في كامل نصوصها كونها ناجمة عن عمل متكامل، وعلى الأخص ما ورد في المادة (39) من القانون الأساسي التي تنص على أن "رئيس السلطة الوطنية هو القائد الأعلى للقوات الفلسطينية¹."

ولكل هذه الأسباب حكمت المحكمة بالأغلبية أن الطبيعة القانونية للشرطة هي قوة نظامية ذات طبيعة خاصة تمارس اختصاصات مدنية.²

ثانياً: الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الطلب رقم (1) لسنة (3) قضائية في الجلسة المنعقدة بتاريخ 2018/3/5 والقاضي بعدم قبول طلب التفسير المقدم من المستدعي يوسف لطفي يوسف رزق بواسطة وزير العدل.

وتتلخص حيثيات هذا الطلب في أنه بناء على طلب المستدعي يوسف لطفي يوسف رزق بواسطة وكيله، تقدم وزير العدل إلى المحكمة الدستورية العليا بطلب تفسير مؤرخ في 2017/07/18، طلب بموجبه تفسير النص التشريعي للمادة (1/30) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 وتعديلاته، التي تنص على أن: "تختص محكمة النقض بالنظر في:

1- الطعون المرفوعة إليها عن محاكم الاستئناف في القضايا الجزائية والمدنية ومسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

2- الطعون المرفوعة إليها عن محاكم البداية بصفتها الاستئنافية

3- المسائل المتعلقة بتغيير مرجع الدعوى⁴.

¹ المادة (39)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، مرجع سابق.

² الوقائع الفلسطينية. رام الله. 134 / 12 تموز 2017، ص55-62

4- أي طلبات ترفع إليها بموجب أي قانون آخر¹.

على سند من ادعاء المستدعي لانتهاك حقوقه الدستورية بسبب عدم وضوح النص المطلوب تفسيره (كما ورد في كتاب وزير العدل رقم (35/190/3 بتاريخ 2017/07/18) ويتضمن الاستدعاء استصدار تفسير واضح لنص المادة (1/30) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 وتعديلاته، المتعلق باختصاص محكمة النقض للنظر في الطعون المرفوعة إليها عن محاكم الاستئناف في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الذي حاصله أن المستدعي تقدم بالطعن رقم (2016/1159) لدى محكمة النقض لفسخ القرار الاستئنافي رقم (2015/1) الصادر عن المحكمة الإستئنافية للطائفة الإنجيلية القاضي برد الاستئناف الذي موضوعه أن القرار الصادر عن المحكمة الابتدائية للطائفة الإنجيلية الأسقفية العربية في القدس رقم (2013/12) صدر من هيئة محكمة غير مشكلة تشكيلاً قانونياً سليماً وفقاً لقانون السلطة القضائية، وحيث أن محكمة النقض (كما ورد في الاستدعاء) سبق وأن ردت الطعون الواردة إليها عن محاكم الاستئناف الدينية لغير المسلمين ما أوقعها في الخطأ في تفسير نص المادة (1/30) سائلة الذكر، ولتجنب محكمة النقض الانزلاق في ذات الخطأ (وفقاً للاستدعاء) فقد تقدم بطلب التفسير المائل سنداً لأحكام المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي تنص على "1. يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الأعلى أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية، 2. يجب أن يبين في طلب التفسير: النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه"²

وبعد اطلاع المحكمة على أوراق الدعوى والمداولة القانونية، وحيث أن القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (103) منه، حصر الحق في تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات للمحكمة الدستورية العليا التي بني قانونها في المادة (30) سائلة الذكر من لهم الحق في تقديم طلب التفسير، شريطة أن يبين في الطلب النص التشريعي المطلوب تفسيره والأسانيد والمبررات

¹ المادة (5)، قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5)، مرجع سابق

² المادة (30)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3)، مرجع سابق

والقرينة القاطعة على وجود الخلاف في التفسير وتباين الآراء حوله، مع بيان أهمية النص والخلاف الذي أثاره أثناء تطبيقه ومدى أهمية ذلك تحقيقاً لوحدة التطبيق القانوني السليم، ولما كان طلب التفسير المائل مستوفياً الشروط من ناحية مقدم الطلب الذي له صفة بتقديمه بنص القانون، إلا أنه لم يبين في طلبه الاعتداء الذي وقع على حقوقه الدستورية التي يرضاها الدستور (القانون الأساسي) والتي يستتبع الاعتداء عليها انتهاكاً لحقوقه الدستورية، وإنما انصب الطلب على مبادئ استقرار العمل عليها في محكمة النقض (كما ورد في طلب التفسير) من حيث اختصاصها أو عدم اختصاصها في نظر الطعون الواردة إليها من محاكم الاستئناف الدينية لغير المسلمين، مما لا يدخل ذلك في ولاية المحكمة الدستورية العليا التي ال تمتد ولايتها إلى بحث مطابقة أحكام المحاكم للقانون باعتبارها ليست جهة طعن في أحكام القضاء، وأن السلطة المخولة لهذه المحكمة في مجال التفسير التشريعي مشروطة بأمرين:

الأول: أن يكون النص التشريعي المطلوب تفسيره قد أثار خالفاً في التطبيق، أي تباين في أعمال حكمه، وأثار عند تطبيقه خالفاً حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التي يربتها فيما بين المخاطبين بأحكامه مما يخل عملاً بعمومية القاعدة القانونية الصادرة في شأنها والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوء ما قصده المشرع منها عند إقرارها حسماً لمدلولها وضمان تطبيقها تطبيقاً متكافئاً بين المخاطبين بها. الخلاف في التطبيق يحدث عندما يكون النص غامضاً غير واضح أو منطوياً على لبس أو مثيراً للتباين في فهم ألفاظه وعبارته أو في تجريم الإرادة الحقيقية للمشرع، ما ينعكس على تطبيقه فتتعدد تطبيقاته أو تتنوع أو تتناقض، وهو ما يستدعي التدخل لتوحيد التفسير منعاً وتلافياً وتحاشياً لمثل هذا الخلاف في التطبيق، أما إذا كان النص المطلوب تفسيره واضحاً لا يثير خلافاً حوله في التطبيق كما هو في حالتنا هذه فطلب التفسير يكون غير مقبول من جانب المحكمة الدستورية العليا.

الثاني: أن يكون للنص التشريعي المطلوب تفسيره أهمية جوهرية تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي ينظمها، ووزن المصالح المرتبطة به، فإذا لم يكن له تلك القيمة بل كان دوره في تشكيل العلاقات الاجتماعية موضوعاً أو تأثيره فيها محدوداً، فإن تفسيره يكون ممتنعاً بما مؤداه أن

النصوص القانونية المترامية آفاقها وأبعادها هي وحدها التي يجوز تفسيرها، ولما تم بيانه فإن طلب التفسير المائل لم يشتمل على أسباب جدية وخلافات في التطبيق تجسدت وظهرت فعلا على أرض الواقع بين المخاطبين بأحكام النص التشريعي المطلوب تفسيره، كما لم يبين الأوساط التي ظهر الاختلاف بينها في التفسير، ما يغدو الطلب واجب عدم القبول. وتأسيسا على كل ما سبق قضت المحكمة وبالأغلبية عدم قبول طلب التفسير.¹

المطلب الثاني: إجراءات الدعوى الدستورية والأحكام الصادرة فيها

الفرع الأول: الإجراءات المتبعة في رفع وقيد ونظر الدعوى الدستورية

هناك عدة مراحل تمر بها الدعوى الدستورية وذلك ابتداء من تاريخ قيدها في جدول المحكمة ومن ثم تحضيرها وانتهاء بنظر المحكمة لهذه الدعوى وإصدار القرار فيها. نصت المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على سريان أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات (التي تقدم للمحكمة) بشرط عدم تعارض هذه الأحكام مع اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها.²

وفي ذات الوقت تنص المادة (28) من ذات القانون على وجوب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها، وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة، وعلى ذلك، فإن الدعوى الدستورية ترفع إما بإيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة، أو بمجرد وصول قرار الإحالة الصادر من محكمة الموضوع إلى قلم كتاب المحكمة، وهذا ما يتفق مع نص المادة (52) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001³، وتنص المادة (32) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن يقوم قلم الكتاب

¹ الوقائع الفلسطينية. رام الله. 141 / 5 آذار 2018، ص 81-86

² المادة (26)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3)، مرجع سابق

³ المادة (52)، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2)، مرجع سابق

بتقييد قرارات الإحالة الواردة إلى المحكمة والدعاوى والطلبات التي تقدم إليها في يوم ورودها أو تقديمها ويتم ذلك بموجب سجل خاص بها، كما توجب المادة المشار إليها على قلم كتاب المحكمة بأن يقوم بإعلام أصحاب الشأن بالقرارات أو الدعاوى أو الطلبات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ قيدها في السجل المذكور، وتضيف المادة بأن الحكومة تعتبر من بين ذوي الشأن المشار إليهم.¹

وتجدر الإشارة إلى أن قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قد نص في مادته الواحدة والثلاثين على عدم جواز مباشرة أي إجراء أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من دون ممثل عن هيئة قضايا الدولة، أو من خلال محام لا تقل خبرته في مهنة المحاماة عن عشرة سنوات متصلة، وفي حال أن ثبت للمحكمة أو المدعي معسر فإن رئيس المحكمة يقوم بتعيين محامي له²، وهذه المادة جرى تعديلها من خلال المادة الخامسة عشر من القرار بقانون رقم (19) لسنة 2017 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، حيث أشارت المادة المذكورة إلى أن الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الدستورية لا يجوز مباشرتها إلا من خلال النائب العام أو أحد مساعديه وذلك بصفته ممثلاً عن مؤسسات الدولة، أما فيما يتعلق بالمحامي الذي يمثل باقي الخصوم فقد أسقطت هذه المادة كلمة (متصلة) بحث أصبح اشتراط مدة ممارسة مهنة المحاماة للمحامي الذي يباشر الإجراءات أمام المحكمة الدستورية هي مدة عشر سنوات دون اشتراط أن تكون هذه السنوات متصلة.³

ويعود السبب في ذلك التعديل إلى أن عبارة "هيئة ممثل قضايا الدولة" والتي وردت في المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لا وجود لها في النظام القضائي الفلسطيني أو حتى في القانون الأساسي ولذلك فقد تم استبدالها بعبارة النائب العام أو أحد مساعديه، ولا بد من الإشارة إلى أن المادة المذكورة أعلاه تقابلها المادة (34) من قانون المحكمة الدستورية العليا

¹ المادة (32)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3)، مرجع سابق

² المادة (31)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3)، مرجع سابق

³ المادة (15)، قرار بقانون رقم (19) بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، مرجع سابق

المصري والتي نصت على أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم للمحكمة موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بإدارة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل.¹ أما من حيث الرسوم فقد نصت المادة (45) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على أن يتم دفع مبلغ مائة دينار أردني أو ما يعادلها من العملة المتداولة قانوناً وهي عبارة عن رسم ثابت على الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة وفقاً لقانونها ويشمل هذا الرسم جميع الإجراءات القضائية الخاصة بالدعوى شاملة إعلان الأوراق والأحكام، هذا من حيث رسم الدعوى، أما من حيث الكفالة فيجب على المدعي أن يودع خزانة المحكمة عند تقديم لائحة الدعوى كفالة مقدارها مائة دينار أردني أو ما يعادلها من العملة المتداولة قانوناً، وتودع كفالة واحدة في حالة تعدد المدعين إذا رفعوا دعواهم في لائحة واحدة، وتقضي المحكمة بمصادرة الكفالة في حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها، وهذه المادة تقابلها المادة (53) من قانون المحكمة الدستورية المصري بأنه يفرض رسم ثابت مقداره خمسة وعشرون جنيهاً على الدعاوى الدستورية.

• الإجراءات المتبعة في قلم كتاب المحكمة فيما يتعلق بالإعلانات والمذكرات وتحضير الدعوى:

ألزم قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من يتلقى إعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات، وكما جاء في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني جاء في قانون المحكمة الدستورية أن من حق الخصم وخلال خمسة عشر يوماً من انتهاء الميعاد السالف الذكر أن يرد على مذكرة خصمه، وعقب ذلك وفي حال أن استعمل الخصم الثاني حقه في الرد يكون من حق الخصم الأول (المدعي) أن يعقب بمذكرة على ما قدمه الخصم الآخر (المدعى عليه)، ولا يجوز لقلم كتاب المحكمة أن يقبل بعد انقضاء المواعيد المشار إليها أي أوراق من الخصوم.²

¹ المادة (34) قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، مرجع سابق

² المادة (34)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3)، مرجع سابق

بعد انتهاء المواعيد المشار إليها أعلاه يقوم قلم كتاب المحكمة بعرض ملف الدعوى أو الطلب على رئيس المحكمة خلال ثلاثة أيام التالية لانقضاء المواعيد المبينة آنفاً، وذلك ليحدد تاريخ الجلسة التي تنظر فيها الدعوى أو الطلب، وطبقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية يقوم القلم بإخطار ذوي الشأن بموعد الجلسة والذي يكون خلال خمسة عشر يوماً على الأقل في الحالات الطبيعية، ويكون لرئيس المحكمة وفي حالات الضرورة وبناء على طلب ذوي الشأن بأن يقصر ذلك الميعاد إلى ما لا يقل عن ثلاثة أيام على أن يجري إخطار ذوي الشأن بذلك، وقد نصت المادة (39) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري على أن تتولى هيئة المفوضين تحضير الموضوع، ولها في سبيل ذلك الاتصال بالجهات ذات الشأن للحصول على ما يلزم من بيانات أو أوراق، كما أن لها دعوة ذوي الشأن لاستيضاحهم حول ما ترى من وقائع وتكليفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي تحدده، ويجوز للمفوض أن يصدر قراراً بتغريم من يتسبب في تكرار تأجيل الدعوى مبلغاً لا يجاوز عشرين جنيهاً، ويكون قراره في هذا الشأن نهائياً، كما يجوز له إعفاؤه من هذه الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً.

وبعدما تنتهي هيئة المفوضين من تحضير الدعوى تودع بقلم كتاب المحكمة تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأي الهيئة فيها مسبباً، ويجوز لذوي الشأن أن يطلعوا على تقرير هيئة المفوضين بقلم كتاب المحكمة، ولهم أن يطلبوا صورة منه على نفقتهم.¹

وبحسب المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري يحدد رئيس المحكمة خلال أسبوع من تاريخ إيداع تقرير هيئة المفوضين تاريخ الجلسة التي تُنظر فيها الدعوى أو الطلب، وعلى قلم الكتاب إخطار ذوي الشأن بتاريخ الجلسة بكتاب مسجل بعلم الوصول، ويكون ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً على الأقل، ما لم يأمر رئيس المحكمة في حالة الضرورة وبناء على طلب من ذوي الشأن بتقصير هذا الميعاد إلى ما لا يقل عن ثلاثة أيام ويعلن هذا الأمر إليهم مع

¹ المادة (39) قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، مرجع سابق

الإخطار بتاريخ الجلسة، وهو نفس المعنى الذي جاء بالمادة (35) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

• نظر الدعوى الدستورية:

تتظر المحكمة الدستورية العليا الدعاوى الدستورية بغير مرافعة أي أنها تقوم بنظر تلك الدعاوى تدقيقاً وذلك واضح من خلال ما نصت عليه المادة السادسة والثلاثين من قانون المحكمة، أما إذا ارتأت المحكمة بأن هناك ضرورة للمرافعات الشفوية فإنها تقوم بسماع الخصوم، ويشترط لذلك أن يحضر الخصوم إلى المحكمة ومعهم محامي، إذ لا تقبل المحكمة سماعهم بدون وجود المحامي، ويكون للمحكمة في هذا الصدد أن تطلب من الخصوم تقديم ما يلزم الدعوى من بيانات أو أوراق أو مستندات، كما أن للمحكمة دعوة ذوي الشأن وذلك حتى تستوضح منهم حول الوقائع المطروحة أمامها وحتى تكلفهم بتقديم المستندات والمذكرات التكميلية خلال أجل تحدده المحكمة، أما فيما يتعلق بحضور الخصوم وغيابهم فإن ما يسري على الدعاوى المطروحة أمام المحاكم النظامية وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لا يسري على الدعاوى الدستورية، ذلك أنه وفي حال أن تغيب الخصوم عن حضور جلسات المحاكمة لا تقضي المحكمة بشطب الدعوى وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة السابعة والثلاثين من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.¹

الفرع الثاني: الأثر القانوني للقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا

تصدر المحكمة الدستورية العليا العديد من الأحكام والقرارات وتثير هذه الأحكام تساؤلات عدة خاصة فيما يتعلق بالتاريخ التي يترتب فيه أثر هذه القرارات أي التاريخ التي تكون القرارات نافذة فيه، ولذلك فإن هناك العديد من المبادئ والقواعد الخاصة بالأحكام التي تصدر عن المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية والتي سيتم تناولها بشيء من التوضيح.

¹ المواد (36،37)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، مرجع سابق

• القواعد والمبادئ الخاصة بالأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية المنظورة أمام المحكمة الدستورية العليا¹:

أولاً: تصدر أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا باسم الشعب، وعلى سبيل المثال فقد نصت المادة (46) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري لعام 1998 على أن تصدر الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة باسم الشعب، وكما نصت المادة (38) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني على أن أحكام المحكمة الدستورية العليا تصدر باسم الشعب العربي الفلسطيني.²

ثانياً: تكون الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا نهائية وغير قابلة للطعن بأي طريقة كانت وهذا ما نصت عليه المادة (48) من قانون المحكمة الدستورية المصري والمادة (40) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

ومعنى ذلك أن المحكمة الدستورية العليا ترفض أي محاولة للطعن في القرارات الصادرة عنها سواء بالطرق العادية كالاستئناف أو غير العادية كالنقض ومهما كان المسمى الذي يطلقه الطاعنون على طعنهم فقد يستخدمون مسمى "منازعة في تنفيذ الحكم" حيث أن هذا المسمى يكون الغرض منه التعديل في قضاء المحكمة في الدعوى التي كانت قد نظرتها ليس أكثر.

ومن الجدير بالذكر أن الطلبات التي تقدم لتصحيح خطأ مادي أو للفصل في طلب موضوعي أغفلت المحكمة النظر فيه لا تعتبر من قبيل الطعن في الأحكام، وهناك استثناء يرد على القاعدة التي لا تجيز الطعن في أحكام المحكمة الدستورية العليا وهو الطعن في أحكامها بسبب عدم صلاحية أعضاء المحكمة ومخاصمتهم.

ثالثاً: أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا ملزمة لجميع السلطات في الدولة كما تكون ملزمة للكافة، ومعنى ذلك أن أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا يكون لها حجية مطلقة في مواجهة الكافة، فلا تقتصر حجيتها على أطراف الدعوى فقط أو ضد من صدرت في

¹ ساري، جورجى شفيق: المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 529-533

² راجع قانون المحكمة الدستورية العليا المصري المعدل بالقانون رقم 168 لسنة 1998، وقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لعام 2006.

مواجهتهم وإنما تتخطى ذلك لتشمل الجميع سواء كانوا أطرافاً في الدعوى المنظورة أمام المحكمة أم لم يكونوا.

كما أن هذه الحجية المطلقة تلحق بجميع الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا سواء كانت تلك الأحكام صادرة بالدستورية أو بعدم الدستورية أي برفض الدعوى المقامة ضد قانون أو لائحة لعدم دستوريتها، وقد ثار خلاف حول مدى حجية الحكم الصادر برفض دعوى عدم الدستورية، إذ ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الحكم بعدم دستورية نص ما له حجية مطلقة تسري في مواجهة كافة في حين ذهب جانب آخر إلى القول بأن القرار الصادر برفض الدعوى المتعلقة بعدم الدستورية هو ذو حجية نسبية، وقد حسمت المادة (1/49) من قانون المحكمة الدستورية المصري والمادة (1/41) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية ذلك الخلاف حيث نصت على أن جميع قرارات المحكمة الدستورية العليا يكون لها حجية مطلقة في مواجهة كافة دون أن تفرق في هذه الحجية بين القرار الصادر بعدم الدستورية والقرار الصادر برفض الدعوى الدستورية.

رابعاً: أن القرار الصادر بعدم دستورية نص قانوني معين كلياً أو جزئياً يكون معللاً بحيث يرسم ذلك التعليل حدود عدم الدستورية المتعلقة بذلك النص، وعقب ذلك يكون النص الذي تقرر عدم دستوريته محظور التطبيق، ومعنى ذلك أن الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية يجب أن يكون مسبباً شأنه شأن غيره من الأحكام القضائية ذلك أن عدم تسبیب الأحكام يؤدي إلى بطلانها وذلك عملاً بما جاءت به المادة (175) من أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية¹، والهدف من ذلك التسبیب هو بيان الاعتبارات القانونية والعملية التي أدت إلى تكوين عقيدة القاضي عند إصداره للحكم بالإضافة إلى أن تسبیب الأحكام يساعد في الرد على الحجج التي يسوقها الخصوم، وتجدر الإشارة إلى أن ما يميز تسبیب الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا هو جواز أن يكون التسبیب عن طريق الأحالة إلى حكم آخر صدر عن نفس المحكمة على أن يكون ذلك الحكم مماثل للحكم موضوع التسبیب وأن يكون هناك اتحاد وتماثل في موضوع الدعويين.

¹ راجع المادة (175) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لعام 2001

وتجدر الإشارة إلى أن حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية والتي لا تقبل الطعن بأي طريقة كانت تقتصر على الأحكام الصادرة في القضايا المنظورة أمام المحكمة والتي سبق للمحكمة أن فصلت فيها بشكل حاسم، أما القضايا أو النصوص التي لم يتم طرحها أمام المحكمة ولم تنظر أو تفصل فيها بالفعل فلا تطالها تلك الحجية، ويترتب على ذلك عدة نتائج نذكر منها¹:

1- لا يشترط أن يطل الطعن بعدم الدستورية نص كامل أو لائحة كاملة فقد يقتصر الطعن على مادة واحدة أو عدة مواد في قانون أو لائحة وعلى ذلك فإن الحكم الذي يصدر عن المحكمة الدستورية العليا يكون مقتصرًا على النصوص التي كانت محلًا للطعن، ومعنى ذلك أنه يجوز لأي شخص أن يقوم بالطعن بنص تشريعي آخر في نفس المادة أو اللائحة شريطة أن لا يكون الحكم الأول قد شمل النصوص المنوي الطعن بها أمام المحكمة.

2- أن الحكم الذي يصدر بعدم دستورية نص معين يقتصر أثره على ذلك النص فقط دون غيره من بقية النصوص أي أن ذلك الحكم يؤدي إلى إبطال أثر النص المطعون به فقط دون أن يمتد إلى إبطال أثر باقي النصوص التي لم يتم الطعن فيها أمام المحكمة.

3- إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد حددت معنى معين لما يتضمنه نص تشريعي وتوصلت بالتالي إلى رفض الدعوى الدستورية الموجهة إلى ذلك النص، فإن المعنى الذي حددته المحكمة يكون له حجية مطلقة بحيث لا يكون لأي جهة أخرى بعد ذلك أن تعطي معنى مغاير للمعنى الذي حددته المحكمة الدستورية.

• التاريخ الذي تترتب به الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا:

هناك عدة تساؤلات كانت قد ثارت بخصوص التاريخ الذي يترتب فيه أثر الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا خاصة في الدعوى الدستورية وتحديدًا فيما إذا كان القرار الصادر عن المحكمة قد قضى بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة.

ويمكن أن يتم طرح ذلك التساؤل بطريقة أخرى وهي، هل للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا أثر رجعي أم فوري مباشر؟

¹ الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، مرجع

قبل تعديل قانون المحكمة الدستورية المصري كانت المادة (49) منه قد نصت على أن الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يترتب عليه عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، بمعنى أنه إذا كان الحكم الصادر عن المحكمة يتعلق بنص جنائي فإن الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن، أما بعد تعديل القانون فقد تم إضافة ثلاثة عبارات إلى نص المادة (49) والتي أصبحت بالشكل التالي " يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر وذلك دون الإخلال باستفادة المدعي من الحكم بعدم دستورية هذا النص"¹ يتضح من التعديل السابق ذكره أن المشرع أعطى للمحكمة الدستورية سلطة تحديد موعد لسريان أثر الحكم الصادر عنها وبخلاف ذلك وفي حال عدم تحديد موعد يكون أثر الحكم مترتب من اليوم التالي لنشره.

وقد كان لقضاء المحكمة الدستورية العليا موقف بخصوص التاريخ الذي يترتب فيه أثر الحكم الصادر عنها، حيث أنه وقبل تعديل المادة (49) من قانون المحكمة كانت المحكمة الدستورية تميل إلى أن يتم الأخذ بالأثر الرجعي للأحكام الصادرة عنها وذلك من خلال بعض الأحكام التي صدرت عنها والتي من أشهرها الحكم الصادر في 19 مايو من سنة 1990 والذي كانت قد قضت فيه بعدم دستورية نص المادة الخامسة من القانون رقم (38) لسنة 1972 بشأن مجلس الشعب وذلك بسبب إخلالها بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، وبموجب ذلك الحكم قضت المحكمة الدستورية العليا ببطالان تكوين مجلس الشعب منذ أن تم انتخابه عام 1987.²

أما بخصوص الفقه فقد انقسم فيما يتعلق بتاريخ ترتيب الأحكام لآثارها إلى عدة آراء نذكر منها:

1- اتجاه يناصر الأثر المباشر:

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص ما له أثر فوري مباشر، وقد استند أصحاب هذا الاتجاه في ذلك إلى ما نصت عليه المادة (49)

¹ المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية المصري رقم (168) لسنة 1998

² راجع مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع، من شهر يناير 1987 إلى شهر يونيو 1991، ص 256

من قانون المحكمة والتي نصت على أن أثر الحكم يترتب من اليوم التالي لنشره وهنا لا يكون هناك محل لإعمال أثر الحكم على الماضي.

2- اتجاه يناصر الأثر الرجعي المحدود:

يذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن الحكم بعدم الدستورية يترتب أثر رجعي بالنسبة للعلاقات التي تكون محلاً للمقاضاة أمام المحكمة، ويطلب من المحكمة أن تطبق القانون الذي قضى بعدم دستوريته عليها وبالتالي فإن المحكمة التي تفصل في النزاع يجب عليها أن تعمل أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية على العلاقات المنظورة أمامها، بمعنى أن المستفيد من الأثر الرجعي للحكم هم أصحاب الدعوى المنظورة أمام المحكمة في حين أن غير أصحاب العلاقة لا يستفيدون من الأثر الرجعي وإنما يكون للقرار الصادر عن المحكمة أثر فوري مباشر بالنسبة لهم.

3- اتجاه يناصر الأثر الرجعي الكامل للحكم الصادر بعدم الدستورية:

يمثل هذا الاتجاه معظم الفقه والذين ذهبوا إلى القول بأن الحكم الصادر بعدم الدستورية له أثر رجعي كامل، حيث أن الحكم بعدم دستورية نص ما يجعل ذلك النص كأن لم يكن وكأنه لم يصدر من الأساس، وبالتالي يجب ترتيب آثار الحكم بعدم الدستورية من تاريخ صدور النص وليس من التاريخ الذي صدر فيه الحكم.¹

أما بالنسبة للوضع في فلسطين فإن المادة (53) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني نصت على أن القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا يتم نشرها في الجريدة الرسمية وبدون مصروفات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها وبالتالي يصبح النص المقضي بعدم دستوريته محظور التطبيق من اليوم التالي لنشره وإذا كان الحكم الصادر عن المحكمة يتعلق بنص جنائي فإن الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن بحيث يقوم رئيس المحكمة بإبلاغ النائب العام بذلك الحكم لاتخاذ المقتضى القانوني، وعلى ذلك فإن الحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يؤدي إلى إلغاء ذلك النص وعدم تطبيقه ليس في المستقبل فحسب وإنما بأثر رجعي وذلك تأسيساً على ما يلي:

1- كانت المحكمة الدستورية المصرية قد ذهبت إلى أن الأحكام الصادرة عنها هي أحكام كاشفة وليست منشئة، أي أن المحكمة الدستورية لا تنشئ مراكز وأوضاع قانونية لم تكن موجودة

¹ ساري، جورجى شفيق: المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 534-544

سابقا وإنما تكشف عن موقف وحكم الدستور والقانون في النص المنظور والمطروح أمامها وذلك لبيان مدى دستورية هذا النص منذ صدوره وما إذا كان موافقا للدستور وفي هذه الحالة تقرر المحكمة استمرار نفاذه، أما إذا كان ذلك النص مخالفا للدستور تقضي المحكمة بعدم دستوريته وبالتالي تنعدم قيمته منذ صدوره.¹

2- إن إجازة المشرع لإثارة المسألة الدستورية أثناء نظر دعوى أمام إحدى الهيئات القضائية ووجوب توقف تلك الهيئة عن نظر الدعوى إلى حين الفصل في الدعوى الدستورية كانت بهدف تحقيق مصلحة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثر فيها الدفع بعدم الدستورية فيما لو قضى بذلك فعلا وهذه المنازعات هي منازعات دائرة حول علاقات أسبق في وجودها بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية وبالتالي وإذا لم يسري القرار الصادر بعدم الدستورية بأثر رجعي فإن قاضي الموضوع الذي أرجأ البت في الدعوى لحين الفصل في المسألة الدستورية من الممكن أن يعود ليطبق ذات القانون المطعون فيه الأمر الذي يتنافى مع المنطق القانوني السليم.

3- أن قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني عندما نص على حظر تطبيق الأحكام من اليوم التالي لنشرها في الجريدة في حال ان تم الحكم بعدم دستورتها كان قد خاطب جميع سلطات الدولة للعمل بمقتضى ذلك الحكم، وبما أن قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بذلك النص فإنه يتعين عليه أن لا يطبق ذلك النص المحكوم بعدم دستوريته على المنازعات التي كانت مطروحة أمامه قبل صدور القرار المطعون فيه بعدم الدستورية، وذلك يؤكد القصد الذي هدف المشرع إلى تحقيقه وهو أن يسري القرار الصادر بعدم الدستورية بأثر رجعي ويؤكد إسقاطه على ما سبق صدوره من علاقات وأوضاع كانت قد نشأت في ظل القانون الذي كان قد قُضي بعدم دستوريته.²

¹ راجع الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية المصرية العليا بجلسة 19 مايو، 1990 في القضية رقم 37 سنة 9 قضائية دستورية، والمنشور في الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة، ص 256.

² الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، مرجع سابق، ص 57.

الخاتمة

تعرضت هذه الدراسة إلى القضاء الدستوري ودوره في حماية الحقوق والحريات العامة حيث تناولت التطور التاريخي والمراحل التي مر بها ذلك القضاء حتى وصل إلى وضعه الحالي، وقد تناولت الدراسة وبالتفصيل أهم المبادئ التي يقوم عليها القضاء الدستوري وأهم الاختصاصات التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا وذلك للاضطلاع بدورها في حماية الحقوق والحريات العامة وصونها من تدخل السلطات المختلفة في الدولة.

ومن خلال التعمق في هذه الدراسة يلاحظ بأن هناك فرق كبير بين الأمور النظرية والتطبيق العملي أي أن هناك فرق بين ما هو موجود من نصوص وما هو مطبق على أرض الواقع، وهذا الاختلاف يتفاوت بين دولة وأخرى وذلك بحسب مدى تمسك السلطات والمواطنين بنصوص وأحكام الدستور، أي أن المسألة نسبية فكلما زاد إيمان الحكام والمحكومين بالدستور كلما زاد تطبيق الرقابة الدستورية على أرض الواقع وكلما قل ذلك الايمان كلما قل ذلك التطبيق، هذا بالإضافة إلى الوعي السياسي والديمقراطي والدستوري الذي يلعب دورا بارزا في العملية الدستورية. وقد قام الباحث في مستهل هذه الدراسة بالحديث عن ماهية القضاء الدستوري والحقوق والحريات العامة سواء من حيث النشأة أو من حيث التعريف، وقد تبين بأن القضاء الدستوري هو النتيجة الطبيعية والمنطقية لوجود المجتمع ذلك أن هذا الوجود يتطلب وجود ما يحميه وما يحمي علاقاته ومصالحه وذلك من باب ضمان الاستقرار وعدم الغرق في حالة من الفوضى، أما من حيث نشأة القضاء الدستوري أو من حيث نشأة ما يسمى بالرقابة على دستورية القوانين فقد كان هناك عدة دول كانت قد ساهمت إلى حد كبير في نشأة هذه الرقابة ومرورها بالعديد من المراحل إلى أن وصلت إلى وضعها الحالي وقد كانت الجمهورية الفرنسية من أول الدول التي خاضت في موضوع الرقابة على دستورية القوانين بالإضافة إلى الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية مصر العربية والعديد من الدول والأنظمة الأخرى.

وقد عمل الباحث أيضا من خلال هذه الدراسة على توضيح تشكيلة المحكمة الدستورية سواء من حيث عدد الأعضاء أو من حيث الأجهزة أو اللجان أو الجمعيات الخاصة بها، وبالإضافة إلى ذلك قام بتوضيح مشروعات القرارات بقانون والقوانين التي عالجتها المحكمة الدستورية الفلسطينية

العليا وذلك ما بين عامي 2006 و 2017، و الاختصاصات التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا ، وقد تبين بأن قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا قد تأثر إلى حد كبير بقانون المحكمة الدستورية المصري، هذا بالإضافة إلى أن المحكمة الدستورية العليا هي الجهة الوحيدة المخولة بممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وأخيرا فقد توصل الباحث من خلال دراسة حجية القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا وطبيعة الأثر القانوني لهذه القرارات إلى أن لهذه القرارات حجية مطلقة في مواجهة كافة أي أن أثر القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا لا يقتصر على أطرافها وإنما يمتد إلى الغير، أما من حيث التاريخ الذي تترتب به الآثار الصادرة عن تلك القرارات فهناك العديد من الآراء إزاء هذا الموضوع، ذلك أن هناك رأي يقول بأن أثر هذه القرارات هو أثر فوري أي أنه يسري بأثر حالي ومستقبلي، وهناك رأي آخر يقول بأن ذلك الأثر هو أثر رجعي أي أنه يطل الماضي والحاضر وقد كان هذا الرأي هو الرأي الغالب لدى الفقهاء.

النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

1- القواعد الدستورية هي التي تبين كيفية ممارسة السيادة الشعبية، ذلك أنها هي من تضبط سلوك الحاكم وتقيد سلطته وهي التي تحدد له الوظائف التي يجب عليه القيام بها، وبالتالي فإن هذه القواعد هي بمثابة صراع حضاري بين الحاكم والمحكوم.

2- نظراً لحساسية المواضيع التي يتناولها يعتبر الدستور القانون الأسمى في البلاد مهما تعدد التشريعات والقوانين ومهما تغيرت الأزمنة أو تبدلت، ذلك أن المهمة الأساسية للقضاء الدستوري هي التحقق من مدى مطابقة النصوص القانونية لقواعد الدستور وإلغائها في حال تعارضها مع تلك القواعد.

3- إن موضوع الرقابة الدستورية لا يمكن الحديث عنه إلا في ظل الدساتير الجامدة حيث لا وجود لتلك الرقابة في الدساتير المرنة، والسبب في ذلك هو أن الدساتير الجامدة تتطلب لتعديلها إجراءات خاصة مختلفة عن تلك المتبعة في تعديل التشريع العادي الأمر الذي يكسبها صفة السمو على التشريعات العادية، ومن ناحية أخرى فإن الدساتير المرنة يتم تعديلها بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية مما يجعلها متساوية معها مما يؤدي إلى غياب الفائدة المرجوة من الرقابة الدستورية.

4- أن الدعامة الأساسية التي يقوم عليها القضاء الدستوري بشكل عام والرقابة القضائية بشكل خاص تتمثل في تحقق مبدئين، المبدأ الأول وهو مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه بحث يكون الدستور هو أعلى قانون في البلاد ولا يعلوه أي قانون أو تشريع آخر مهما كانت طبيعة هذا التشريع، وهذا المبدأ يعتبر من المبادئ الموجودة حكماً بحيث لا يشترط أن يتم النص عليه في متن الدستور حتى يكون موجوداً، أما المبدأ الثاني فهو مبدأ المساواة وهذا المبدأ لا يوجد اتفاق موحد على مفهومه ذلك أن تعريف هذا المبدأ يختلف من نظام إلى آخر ومن دولة إلى أخرى وفي جميع الأحوال يمكن أن نعرف هذا المبدأ على أنه تساوي الأفراد أمام القانون دون أي تمييز بينهم بسبب اللون أو الدين أو الجنس أو العرق.

5- هناك عدة طرق يتم من خلالها تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية وقد جاءت المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا لتبين تلك الطرق حيث يتم تحريك الدعوى الدستورية عن طريق ما يسمى بالدعوى الأصلية وذلك بأن يقوم صاحب المصلحة بالطعن مباشرة في أحد القوانين أمام المحكمة ويتم تحريكها أيضا عن طريق الدفع الفرعي وذلك بأن يقوم أحد الأطراف في دعوى منظورة أمام القضاء بالطعن في قانون مزعم تطبيقه على تلك الدعوى، ويمكن أيضا أن يتم تحريكها عن طريق الإحالة وذلك بأن تقوم محكمة الموضوع بإحالة نص قانوني إلى المحكمة الدستورية العليا وذلك لفحص مدى دستوريته.

6- هناك تفاوت في الآراء فيما يتعلق بالنطاق الزمني لسريان أحكام المحكمة الدستورية العليا، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن أحكام المحكمة لها أثر مباشر أي أنها تسري بشكل فوري من اليوم التالي لصدورها، بينما ذهب اتجاه آخر إلى أن تلك الأحكام لها أثر رجعي محدود بمعنى أن من يستفيد من ذلك الحكم هم أطراف الدعوى التي تكون منظورة أمام المحكمة فقط، أما الاتجاه الأخير فقد ذهب إلى الأثر الرجعي الكامل للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية بمعنى أن ذلك الحكم يجعل النص المطعون فيه كأن لم يكن في حال أن كان ذلك الحكم قد صدر بعدم دستورية النص المطعون فيه.

ثانيا: التوصيات

1- بما أن قانون المحكمة الدستورية قد أعطى الأفراد الحق في إقامة الدعاوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية فلا بد من وضع بعض الضوابط والقيود على إجراءات إقامة تلك الدعاوى وذلك للحد من تكديس الطعون أمام المحكمة الأمر الذي يؤدي إلى إرهاقها وعدم قيامها بوظيفتها على الوجه الصحيح.

2- جاءت المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام (2006) لتوضح الاختصاصات التي تضطلع بها المحكمة الدستورية العليا وقد جاءت الفقرة (أ) من المادة المذكورة أعلاه لتبين بأن المحكمة تختص بفحص دستورية القوانين واللوائح والنظم وغيرها

وبذات الوقت جاءت الفقرة (1) من المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لعام (2006) لتبين تلك الاختصاصات إلا أنها في هذه الفقرة ذكرت أن المحكمة تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة ولم تذكر كلمة (غيرها) لذلك لا بد من إزالة التناقص بين المواد المذكورة آنفاً ذلك أن الإبقاء على المادة (103) من القانون الأساسي كما هي يوسع اختصاص المحكمة.

3- بما أن هناك تخبط في تحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية وذلك واضح من خلال مشروعات القوانين التي سبقت قانون المحكمة الدستورية وواضح أيضاً من خلال القرارات بقانون التي صدرت عقب صدور قانون المحكمة الدستورية والتي لم تحدد عدد الأعضاء بشكل واضح وصريح فيجب أن يتم تحديد عدد الأعضاء من خلال الدستور وليس من خلال القانون وذلك لمنع السلطة السياسية من التدخل في شؤون المحكمة من حيث زيادة عدد الأعضاء لتحقيق مآرب سياسية معينة ذلك أن الإجراءات التي يتطلبها تعديل الدستور هي أكثر تعقيداً من الإجراءات التي تتطلبها القوانين العادية.

4- بالنسبة لتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية فلا بد أن يكون هناك إجراءات واضحة تحدد آلية تنفيذ تلك الأحكام بحيث تكون هذه الإجراءات مقننة بشكل صريح، هذا بالإضافة إلى ضرورة وجود دائرة تنفيذ تكون مهمتها الأولى والأخيرة تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة ومخاطبة الجهات التي تكون لها علاقة بتلك الأحكام، على أن تكون تلك الدائرة مستقلة عن جهة قضائية أخرى.

5- بما أن المحكمة الدستورية العليا هي هيئة مستقلة وفقاً لما جاء في المادة (1) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006) فلا بد من تحديد المراكز القانونية لأعضائها على نحو يميزهم عن باقي القضاة في المحاكم الأخرى على اختلاف درجاتها وذلك بأن يتم إضافة بعض المواد التي تحدد حقوقهم وامتيازاتهم بشكل مستقل عن قانون السلطة القضائية.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- القرآن الكريم
- قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل 2003.
- القانون رقم (48) الصادر بخصوص المحكمة الدستورية العليا في مصر لعام 1979 .
- ميثاق الأمم المتحدة، 1945
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 1948.
- قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام 2006
- قانون السلطة القضائية رقم (1) لعام 2002
- القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)
- قانون المحكمة الدستورية العليا المصري المعدل بالقانون رقم 168 لسنة 1998
- الدستور الأمريكي الصادر عام 1787
- قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية رقم (5) لعام 2008

ثانياً: المراجع

الكتب:

- شحّا، إبراهيم عبد العزيز: النظم السياسية والقانون الدستوري . الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1998 م .
- المتيت، أبو اليزيد علي: النظم السياسية والحريات العامة. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 1984 م .

- الخالدي، أحمد عبد الحميد: القانون الدستوري والنظم السياسية الديمقراطية الرئيسية دراسة مقارنة. القاهرة: دار الكتب القانونية، 2011 م .
- فهمي، مصطفى أبو زيد: النظم السياسية والقانون الدستوري. الإسكندرية: دار المطبوعات الجديدة، 2000 م .
- صليبة، أمين عاطف: دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون دراسة مقارنة. طرابلس - لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2002 م .
- هند، حسن محمد: الفلسفة الدستورية للحريات الفردية دراسة مقارنة مدعمة بأحكام المحكمة الدستورية العليا. مصر: دار الكتب القانونية، 2006 م .
- عبد البر، فاروق: دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات. مصر، 2004 م .
- رباط، أدمون: الوسيط في القانون الدستوري العام . بيروت: دار العلم للملايين، 1971 م .
- الشاوي، منذر: النظرية العامة في القانون الدستوري. عمان: دار ورد، 2007 م .
- الخطيب، نعمان أحمد: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007 م .
- زعيتر، محمد عادل: أصول الحقوق الدستورية. القاهرة: المطبعة العصرية . .
- علوان، عبد الكريم: النظم السياسية والقانون الدستوري. عمان: دار الثقافة، 2006 م .
- الخطيب، نعمان احمد: مبادئ القانون الدستوري. الكرك - الأردن: جامعة مؤتة - عمادة البحث العلمي، 1993 م .
- محمد، صبري محمد سنوسي: آثار الحكم بعدم الدستورية - دراسة مقارنة - . القاهرة: دار النهضة العربية، 2000 م .
- الطبطبائي، عادل: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - دراسة مقارنة . الكويت: جامعة الكويت، 2007 م .
- العيلي، عبد الحكيم حسن: الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، الكويت، دار الفكر العربي، 1983

- شكر، زهير: الوسيط في القانون الدستوري، بيروت، المؤسسة الجامعية، ط3، 1994
- خير الدين، غسان مدحت، الرقابة القضائية على القوانين، عمان - الأردن، دار الراية للنشر والتوزيع، 2013
- أبو زيد، محمد عبد الحميد، القضاء الدستوري شرعا ووضعا، القاهرة، دار النهضة العربية
- متولي، عبد الحميد: القانون الدستوري والنظم السياسية، القاهرة، منشأة المعارف
- الغالي، كمال: مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، دمشق، المطبعة الجديدة، 1976
- الشاعر، رمزي طه: النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، ط5، 2005
- خليل، عثمان: القانون الدستوري الكتاب الأول في المبادئ الدستورية العامة، القاهرة، مطبعة مصر، 1956
- عبد العال، محمد حسنين: القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992
- عبد الحميد، عبد العظيم عبد السلام: حقوق الإنسان وحرياته العامة وفقا لأحدث الدساتير العالمية والمواثيق الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2005
- العيلي، عبد الحكيم حسن: الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، الكويت، دار الفكر العربي، 1983
- عامر، حمدي عطية مصطفى: حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة في القانون الوضعي والفكر الإسلامي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2010
- كيره، حسن: المدخل إلى القانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974
- نجم، أحمد حافظ: حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، القاهرة، دار الفكر العربي، بدون تاريخ.
- مراد، عبد الفتاح: موسوعة حقوق الإنسان، الإسكندرية، بدون ناشر، 2003
- بشير، الشافعي محمد: قانون حقوق الإنسان، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007
- مراد، عبد الفتاح: شرح النصوص العربية لاتفاقيات الجات ومنظمة التجارة العالمية، الإسكندرية، بدون ناشر، 1997

- مراد، عبد الفتاح: شرح الحريات العامة وتطبيقات المحاكم بشأنها، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 1999
- عثمان، حسين عثمان محمد: القانون الدستوري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002
- عبد العال، محمد حسين: القانون الدستوري القاهرة، دار النهضة العربية، 1992
- خليل، محسن: النظم السياسية والقانون الدستوري، بيروت، جامعة بيروت العربية، 1965
- الخطيب، نعمان أحمد: مبادئ القانون الدستوري، الكرك، جامعة مؤتة، 1993
- الغالي، كمال: مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، دمشق، مطبعة الداودي، 1985
- العبيدي، أحمد فاضل حسين: ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2013
- شحاتة، شحاتة أبو زيد شحاتة: ضمانات مبدأ المساواة في الدساتير العربية، بدون عنوان، بدون ناشر، 2001
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي: سنن الترمذي، القاهرة / بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1987
- عبد الله، عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، بيروت، الدار الجامعية، 1985
- روسو، جان جاك: أصل التفاوت بين الناس، ترجمة عادل زعيتر، القاهرة، دار المعارف، 1954
- بسيوني، محمود شريف: حقوق الإنسان، بيروت، دار العلم للملايين، ط1، 1988
- عفيفي، مصطفى محمود: الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار الفكر العربي، 1990
- عبد الوهاب، محمد رفعت: النظم السياسية، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، 2004
- عبد المجيد، عبد العظيم عبد السلام: الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، بدون ناشر، بدون تاريخ

- عبد البر، فاروق: دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، بدون ناشر، 2004، ص401
- الدناصوري، عز الدين: الدعوى الدستورية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002
- حسنين، ابراهيم محمد: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000
- درويش، ابراهيم: القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004
- السناري، محمد عبد العال: القانون الدستوري (نظرية الدولة)، القاهرة، جهاز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي، بدون تاريخ
- عبد العال، محمد حسنين: القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992
- عثمان، حسين عثمان محمد: القانون الدستوري، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002
- الخطيب، نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، 2004
- الوحيددي، فتحي: القضاء الدستوري في فلسطين وفقا لأحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، غزة، مطابع المقداد، 2004
- الباز، علي: الرقابة على دستورية القوانين، مصر، بدون ناشر، 1978
- ابو المجد، احمد كمال: الرقابة على دستورية القوانين، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، 1960
- الشراقوي، سعاد: الرقابة على دستورية القوانين، مصر، بدون ناشر، 1986
- متولي، عبد الحميد: القانون الدستوري والنظم السياسية، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون تاريخ.
- أبو المجد، كمال، الرقابة على دستورية القوانين، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، 1960

- ساري، جورجى شفيق: المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003/2002

رسائل الماجستير:

- الكيلاني، زيد احمد: الطعن في دستورية القوانين دراسة مقارنة، فلسطين، جامعة النجاح الوطنية، 2012م.
- الدوريات:

- الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، رام الله، 2005
- المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، "أي نظام قضاء دستوري ملائم لفلسطين ومدى الحاجة لمحكمة دستورية فلسطينية كإحدى متطلبات بناء الدولة"، مؤتمر العدالة الفلسطيني الثالث، فلسطين، 2010

المواقع الإلكترونية

- الجمل، يحيى: دستور الجمهورية الفرنسية، منتدى كلية الحقوق، <http://law-uni.blogspot.com>
- القواسمي، بسام: مبدأ سمو الدستور وكفالة احترامه، موقع الدكتور بسام، www.dr.bassam.com
- د. أحمد، فؤاد عبد المنعم: مبدأ المساواة في الإسلام، الألوكة، www.alukah.net
- أمل المرشدي، بحث قانوني حول الرقابة على دستورية القوانين في مصر والإمارات، محاماة نت، www.mohamah.net
- صيام، أشرف: قراءة قانونية في القرار بقانون بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، دنيا الوطن، <https://www.alwatanvoice.com/arabic/index.html>

- د. سالم، عاطف، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، عاطف سالم،

www.atefsalem.net

An-Najah National University
Faculty of Graduated Studies

The role of the Constitutional Court in the protection of freedoms and public rights

By
Fadi Bilal Abdullah Brambo

Supervisor
Dr. Mohammed Sharaka

Co- Supervisor
Dr. Anwar Ghanem

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, An-
Najah National University, Nablus, Palestine.**

2018

The role of the Constitutional Court in the protection of freedoms and public rights

By

Fadi Bilal Abdullah Brambo

Supervisor

Dr. Mohammed Sharaka

Co- Supervisor

Dr. Anwar Ghanem

Abstract

Constitutional justice, in general, and the role of the Constitutional Court in establishing legal rules and public freedoms, in specific, has gained great interest, not only at the local level, but also at the international one. There is consensus among legal systems that the constitutional law is the supreme law in a state as it is the expression of the nation's conscience and its constants of religion, language and culture, the principles of governance and human rights which makes the human being away from prejudice, insult or encroach. The researcher seeks to explain the importance of the constitutional judiciary, especially the mechanisms of constitutional control in the establishment of solid legal rules and the significance of ensuring their preservation and respect. The researcher also seeks to identify the importance of constitutional courts that strive to achieve the principle of constitutional highnesses and its application on the ground so as not to remain black on white.

The first chapter introduces the issue of constitutional justice and public rights and freedoms. The first section will discuss the essence of the constitutional judiciary in terms of origin, historical stages and concept; it

will also clarify the nature of public rights and freedoms and indicate their sources. The first section of the second chapter will deal with the powers exercised by the Supreme Constitutional Court, whether in terms of constitutional judicial oversight or the role it plays in the protection of public rights and freedoms. In the second section, the Supreme Constitutional Court of Palestine will be fully discussed both in terms of origin and composition and in terms of its oversight of the constitutionality of laws.