

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

اشكالية الرقابة الدستورية في فلسطين

(دراسة مقارنة)

إعداد

سعد جمال خيري أبوزنط

إشراف

د. سناء السرغلي

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

2019

اشكالية الرقابة الدستورية في فلسطين

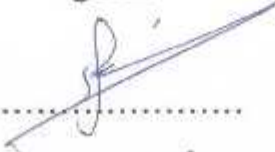
(دراسة مقارنة)

إعداد

سعد جمال خيرى أبوزنط

ناقشت اللجنة هذه الرسالة بتاريخ: 17/1/2019م، وأجيزت.

التوقيع

.....


.....


.....


أعضاء لجنة المناقشة

- د. مناء السرغني / مشرفاً ورئيساً

- أ.د. محمد الحاج قاسم / ممتحناً خارجياً

- د. محمد شرافة / ممتحناً داخلياً

الإهداء

إلى الروح والسعادة وملاك الحياه والدتي لينا

إلى السند والقوة والدي جمال

إلى الصديق الحكيم أيمن

إلى الرفيق والأخ الكبير علاء

إلى الوفار والبركه جدي وجدتي

إلى النجوم في السماء أخواتي

إلى كل شئي عائلتي

إلى الوفاء أصدقائي

إليكم أنتم أهدي رسالتي هذه

سعد جمال أبوزنط

الشكر والتقدير

لا يمكن إنجاز أي عمل متكامل دون المشورة والنصح والإرشاد من قبل أصحاب العلم والمعرفة والرأي السديد، وفي هذا المقام أتقدم بخالص الشكر والامتنان، لأستاذتي الفاضلة المشرفة الدكتورة سناء السرغلي، التي لم تبخل عليّ بعلم أو نصيحة، وكانت مثلاً لصاحبة العلم والمعرفة المتواضعة، فلها مني كل التقدير وفائق الإحترام.

كما أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة والمكونة من مشرفة هذه الرسالة حضرة الدكتورة سناء السرغلي استاذة القانون الدستوري في جامعة النجاح الوطنية، وسعادة المستشار الاستاذ الدكتور محمد الحاج قاسم رئيس المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وأيضاً حضرة الدكتور محمد شراقة استاذ القانون العام في جامعة النجاح الوطنية؛ على تفضلهم بالمشاركة في مناقشة هذه الرسالة، وتقديم وقتهم الثمين لصالح العلم والمعرفة.

وأخيراً أتقدم بالشكر والتقدير لعائلتي ولأستاذتي وأصدقائي وزملائي المحامين ولكل من كان له أثر طيب في نفسي من خلال قول أو فعل، لهم مني فائق الإحترام والإخلاص والوفاء.

وأشكر جامعة النجاح الوطنية وخاصة كلية القانون وكامل طاقمها، التي كانت أساساً في بناء النخب القانونية وتطويرها في فلسطين.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

اشكالية الرقابة الدستورية في فلسطين

أقر بأن ما اشتملت عليه الرسالة هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، و أن هذه الرسالة كلها أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة أو لقب بحثي أو علمي لدى أي مؤسسة بحثية أو تعليمية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researchers own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's Name:

اسم الطالب:

Signature:

التوقيع:

Date:

التاريخ:

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتويات
ج	الاهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الاقرار
ح	الملخص
1	المقدمة
8	الفصل الأول: أبعاد الرقابة على دستورية القوانين
9	المبحث الاول: المرجعية القانونية للرقابة على دستورية القوانين
10	المطلب الأول: موقف الفكر القانوني المعارض للرقابة على دستورية القوانين
10	الفرع الأول: الموقف السلبي المستند لفقهاء الدستوري
13	الفرع الثاني: الموقف السلبي المستند للأحكام القضائية
15	المطلب الثاني: موقف الفكر القانوني المؤيد للرقابة على دستورية القوانين
15	الفرع الأول: الموقف الإيجابي المستند لفقهاء الدستوري
17	الفرع الثاني: الموقف الإيجابي المستند للأحكام القضائية
22	المبحث الثاني: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين
23	المطلب الأول: أشكال الرقابة على دستورية القوانين
23	الفرع الأول: الشكل السياسي للرقابة على دستورية القوانين
35	الفرع الثاني: الشكل القضائي للرقابة على دستورية القوانين
46	المطلب الثاني: آليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين الدستورية
47	الفرع الأول: تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية
51	الفرع الثاني: تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي
55	الفرع الثالث: تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الإحالة
58	الفرع الرابع: تحريك الدعوى الدستورية عن طريق التصدي
63	الفصل الثاني: الهيئة الخاصة بالرقابة على دستورية القوانين في فلسطين
64	المبحث الأول: التنظيم القانوني للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية
65	المطلب الأول: التشكيل القانوني للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية
65	الفرع الأول: أسس تكوين المحكمة العليا الدستورية الفلسطينية

73	الفرع الثاني: آلية تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية
77	المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية
78	الفرع الأول: اختصاص المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على التشريعات
87	الفرع الثاني: اختصاص المحكمة الدستورية العليا في التفسير
96	الفرع الثالث: اختصاص المحكمة الدستورية العليا في الفصل في تنازع الاختصاص
99	الفرع الرابع: اختصاص المحكمة الدستورية العليا في الفصل في تعارض الأحكام
101	الفرع الخامس: اختصاص المحكمة الدستورية العليا في البتّ بفقدان رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الأهلية القانونية
104	المبحث الثاني: التنظيم الإجرائي للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية
106	المطلب الأول: آليات اتصال المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الدعوى الدستورية
108	الفرع الأول: آلية الدعوى الأصلية المباشرة
119	الفرع الثاني: آلية الدفع من الخصوم
127	الفرع الثالث: آلية الإحالة من محكمة الموضوع
132	الفرع الرابع: آلية التصدي من المحكمة المختصة
135	المطلب الثاني: ضوابط المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الرقابة على التشريع
135	الفرع الأول: طبيعة الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية
139	الفرع الثاني: رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على السلطة التقديرية للمشرع
145	الخاتمة
146	استنتاجات الدراسة
149	توصيات الدراسة
152	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

اشكالية الرقابة الدستورية في فلسطين

(دراسة مقارنة)

إعداد

سعد جمال خيري أبوزنط

إشراف

د. سناء السرغلي

الملخص

تُعد الرقابة القضائية على دستورية التشريعات من أهم المبادئ الدستورية التي تقضي بكفالة مختلف القواعد القانونية واحترامها وضماتها من أن تنتهكها السلطات العامة في الدولة، وضمان أساسي لحقوق الأفراد في المجتمع وحياتهم الأساسية، لذلك عملت الأنظمة القانونية التي تهتم بحماية المبادئ والحقوق والحريات العامة، من خلال دساتيرها، على تشكيل هيئة خاصة مكلفة بمهمة الرقابة، إما أن تكون مجلساً دستورياً أو محكمة دستورية باختلاف الفكر القانوني والموروث التشريعي.

ويتصور النظام القضائي الفلسطيني بشكل هرمي؛ فعلى قمة ذلك الهرم القضائي المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، التي تمارس صلاحيات رقابية على دستورية التشريعات، والتي أنشئت بالأساس استناداً إلى أحكام القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام (2003) بموجب نص المادة رقم (103) وتم تنظيم أحكامها بموجب قانون رقم (3) لعام (2006)، لضمان استقرار النظام القضائي في فلسطين وكفالة قواعد القانون الأساسي الفلسطيني واحترامها بالمبادئ العامة والأساسية، والتي يضمنها وينص عليها، وهي تهدف لتحقيق غايات اجتماعية وسياسية وقضائية.

وفي هذا الإطار تأتي هذه الدراسة التي تحاول قدر الإمكان الاستنباط والتحليل من خلال فصلين رئيسيين لطرح عدد من المفاهيم الخاصة للمرجعيات القانونية للرقابة على دستورية القوانين والنظريات الرقابية المؤيدة والمعارضة لمفهوم الرقابة الدستورية، والأفكار القانونية للأنظمة القانونية المختلفة، وشرح تحليلي عام لأشكال الرقابة على دستورية القوانين القضائية والسياسية، وأيضاً

بتخصيص فصل تطبيقي للهيئة القضائية الخاصة بالرقابة على دستورية القوانين في فلسطين، وهي المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، من خلال التنظيم القانوني من حيث التشكيل وآلية تعيين الأعضاء واختصاصاتها، وتحليل التنظيم الإجرائي للمحكمة من خلال آليات اتصال المحكمة في الدعوى الدستورية، وضوابط المحكمة الدستورية لرقابتها على التشريع.

وفي النتيجة النهائية التوصل لغاية وأهداف هذه الدراسة، وتلخيص عدد من الاستنتاجات التي تساهم في الإجابة على اشكالية الدراسة وأسئلتها، وإقتراح بعض التوصيات التي يُمكن أن تساهم في تطوير تجربة النموذج الدستوري الفلسطيني، من خلال النقاش التحليلي القانوني في متن هذه الدراسة، مستندًا لمصادر المعلومات القانونية والأدبيات المتعلقة بالقضاء الدستوري.

المقدمة

دولة القانون ذات النظام الدستوري من المفترض أن تلتزم جميع السلطات فيها بنصوص الدستور الذي يعمل على كفالة الحريات العامة للأفراد وضمان حقوقهم¹، فإن الرقابة توجد لضمان تطبيق القاعدة الدستورية، وإلا يمكن من السهل تجاوزها، وذلك الوصف مستمد من خاصية القاعدة القانونية المقترنة بالجزاء، حيث أن انتفاء الجزاء ينفي عن القاعدة وصف القانونية، كذلك الأمر بالنسبة للقاعدة الدستورية؛ حيث إنه إذا غابت الرقابة الدستورية يتنفي الوصف القانوني عن القاعدة الدستورية، ويعتبر الجزاء الذي يكفل للقاعدة الدستورية الوصف القانوني هو عدم دستورية القاعدة أو النص².

وتختلف النظم القانونية حول تحديد جهة الاختصاص الرقابي على دستورية القوانين فمثلاً: في النموذج الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية يُعطى هذا الاختصاص للقضاء العادي؛ حيث يمارس رقابة دستورية القوانين من خلال الامتناع عن تطبيق القاعدة التي يحكم بعدم دستورتها، أما في النموذج الدستوري الفرنسي فقد أخذ الدستور الفرنسي لسنة (1958)³ بنظام الرقابة الدستورية السابقة التي يمارسها المجلس الدستوري على مشروعات القوانين التي يقرها البرلمان قبل إصدارها⁴؛ لكن حدث اختلاف بموجب التعديل الدستوري على الدستور الفرنسي عام (2008) الذي يؤسس لرقابة لاحقة من خلال الدفع الفرعي (رقابة لاحقة) والتي ستشير إليه الدراسة لاحقاً، أما في النموذج الدستوري المصري فقد أنشئت هيئة قضائية مستقلة بذاتها بموجب دستور عام (1971) وصدر قانون خاص ينظم عمل المحكمة الدستورية العليا المصرية، وكذلك في النموذج الدستوري للمملكة الأردنية أنشئت هيئة قضائية مستقلة تسمى المحكمة الدستورية العليا بموجب

¹ إبراهيم الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (لبنان - بيروت - منشورات الحلبي الحقوقية - ط الأولى - 2016) ص 96.

² عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي، "الدعوى الدستورية" (مصر - الإسكندرية - منشأة المعارف - الإسكندرية - 2001) ص 17.

³ موقع مختص بمقارنة دساتير العالم وتعديلاتها الحديثة <https://constituteproject.org>.

⁴ عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي، "الدعوى الدستورية" (مرجع سابق) ص 21، تجدر الإشارة إلى التعديل الدستوري على الدستور الفرنسي عام (2008) الذي يؤسس لرقابة لاحقة من خلال الدفع الفرعي (رقابة لاحقة)، والتي ستشير إليه الدراسة لاحقاً.

الدستور الأردني (1952)، وصدر القانون رقم (12) الخاص بالمحكمة الدستورية الأردنية عام (2012)، أما بالنسبة للنموذج الدستوري الفلسطيني فقد قامت المحكمة العليا بصفتها الدستورية بمهمة الرقابة على دستورية القوانين لحين تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا، و تعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا وأعضائها بموجب القرار رقم (57) لسنة (2016) المعتمدة في تشكيلها واختصاصاتها على قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، وعليه تكون الهيئة الرقابية على دستورية القوانين في فلسطين هي هيئة قضائية مستقلة بذاتها.

وتقوم المحكمة الدستورية العليا بعدد من المهام المحددة بموجب القانون، من أهمها الرقابة على دستورية التشريعات بوجه عام وفي مختلف فروع القانون العام والخاص، والتأكد من ضمان عدم مخالفتها لنصوص القانون الأساسي، وعدم التعدي على الحقوق والحريات الأساسية للمواطن التي يكفلها القانون الأساسي، وتحقيق الغايات الاجتماعية والقضائية والسياسية، وتتصل المحكمة الدستورية العليا بالدعوى من خلال عدة طرق محددة بموجب القانون حصراً، وهي مختلفة بالأنظمة القانونية، وتقوم بالحكم فيها بناء على محاكمة عادلة ورأي مستقل، ويترتب على هذا الحكم الأخير أثر وحيية في حال صدوره، وتختلف مدى الرقابة للمحكمة الدستورية في الأنظمة القانونية المختلفة من حيث مركزيتها أو آليتها واختصاصاتها.

هدف الدراسة

للدراصة هدفان أساسيان يتعلقان بالبعد النظري والبعد التطبيقي؛ فعلى صعيد البعد الأول تهدف الدراصة إلى صياغة القواعد الكلية التي تحكم الرقابة على دستورية القوانين من خلال النصوص والتشريعات وأحكام المحاكم الدستورية والتجارب المقارنة، وكذلك طرح الأفكار القانونية المقارنة والنظريات المؤيدة والمعارضة لفكرة الرقابة من خلال الأسانيد القانونية للنظريات، ونشوء فكرة الرقابة للوصول إلى عدد من النتائج التي يَتَمَكَّن الباحث من خلالها التأسيس، أما البعد الثاني فهو التطبيقي لتشخيص المشكلة وعلاجها الممكن أوالمحتمل، وتكون من خلال دراسته تجربة واقعية تطبيقية، وهي التجربة الفلسطينية للرقابة على دستورية القوانين من خلال الهيئة الرقابية القضائية،

وهي تكون على رأس التنظيم القضائي للدولة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية وذلك من خلال القرارات التي أصدرتها ومدى تحقيقها للغايات القضائية والاجتماعية والسياسية.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة بتقييمها للدور الرقابي التي تمارسه المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية حسب الأصول، والتي تم تفعيل دورها الرقابي بموجب القرار رقم (57) عام (2016)¹، وقد أُصدِرَت عددٌ من الأحكام القضائية التي تم نشرها في أعداد مختلفة من الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)، حيث إن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية نُظمت بموجب القانون رقم (3) عام (2006) وقد تم تفعيل دورها الرقابي بعد حوالي عشر سنوات من تشريع قانون ينظم عملها، وبصدور القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة (2006)، وهنا تكمن حداثة الدراسة وأهميتها: حيث إن هذه الدراسة تناقش موضوعات حديثة الطرح والممارسة التطبيقية على ضوء القرارات الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية و مناقشة النصوص المعدلة الواردة بالقانون رقم (3) لسنة (2006).

نطاق الدراسة

من حيث النطاق المكاني والإطار القانوني ستشمل الدراسة التشريعات الخاصة لتنظيم عمل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بشكل خاص، والتشريعات المقارنة الخاصة بتنظيم أعمال المحكمة الدستورية العليا، وإجراء بعض المقاربات عند اللزوم، وأيضاً التشريعات الخاصة بالمبادئ الرقابية المنصوص عليها في القانون الأساسي بشكل عام، أما بالنسبة للنطاق الزمني ستكون حديثة من حيث الزمن؛ إذ إن هذه الدراسة ستشمل بشكل أساسي فترة ما بعد تفعيل دور المحكمة

¹. من الأخطاء الشائعة أن تذكر جملة "لم يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا" فهذه الجملة غير دقيقة، إذ إن تشكيل المحكمة الدستورية العليا قد تم قانوناً من خلال قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام (2006)، فالقرار رقم (57) لسنة (2016) هو بشأن تعيين رئيس وقضاة للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وما هو إلا تفعيل لدورها الرقابي، انظر الرأي الورد للولف عاصم خليل، "منهجية البحث القانوني وأصوله" (فلسطين - كلية الحقوق والإدارة العامة - جامعة بيرزيت - دار الشروق للنشر والتوزيع - 2012) ص 193.

الدستورية العليا الفلسطينية بموجب القرار رقم (57) لسنة (2016)، مما يعني أن هذه الدراسة ستقوم في الحقل الرقابي الدستوري القضائي الذي تملثه المحكمة الدستورية العليا.

منهجية الدراسة

سيكون البحث تحليلياً في الأساس - المنهج التحليلي - محاولاً إسقاط ما وجد من نماذج وقواعد دستورية في موضوع الرقابة على الحال الفلسطينية؛ للتوصل إلى القواعد والأصول التي تحكم الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كما سيتم استعمال المنهج الوصفي التحليلي المقارن في بعض الحالات الخاصة مثل: آليات اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية وآليات تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا؛ لملاحظة نقاط التشابه والاختلاف بين التجارب الدستورية المختلفة، ومدى اختلاف طرق تنظيم الهيئات الرقابية على الدستور في التشريعات المقارنة.

وفيما يتعلق بمصادر المعلومات وأدوات البحث سيكون (الاعتماد يكون على البحث المكتبي) من خلال مراجعة الأدبيات ذات العلاقة وقرارات المحاكم الدستورية، إضافة إلى إجراء المقابلات الشخصية مع أساتذة القانون الدستوري وقضاة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

الدراسات السابقة

على حد اطلاع الباحث للدراسات السابقة في فلسطين فقد طُرِحَتْ عدة أبحاث ودراسات ناقشت التنظيم الدستوري والمبادئ العامة له، وكذلك التنظيم القضاء الدستوري، ويُعدُّ النظام الدستوري الفلسطيني حديثاً مقارنة بالدول المجاورة مثل: النموذج الدستوري المصري، وتشريع القانون الأساسي عام (2002) وإجراء التعديل عليه عام (2003)، حيث صدر القانون الأساسي المعدل لعام (2003) والذي ينظم الحريات والحقوق العامة وأعمال كل من السلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية (السلطات التأسيسية) والفصل بينهم، حيث نصت المادة (103)¹ من القانون الأساسي

¹ المادة (1/103) من القانون الأساسي الفلسطيني نصت على أن " تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في:

أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

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

التي تنظم عمل الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال النص على تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

وعليه كانت الدراسات السابقة في فلسطين حول موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين قليلة مقارنة بالدراسات التي تتعلق بالنظام الدستوري الفلسطيني، الذي يشرع هذا النظام بشكل عام من حيث الحقوق و الحريات والعلاقة بين السلطات التأسيسية الثلاثة ونظام الدولة مثل: الدراسة التي نشرت عام (2015) للمؤلف عاصم خليل¹ التي تحدث فيها بشكل عام عن النظام الدستوري الفلسطيني وتحديثه وعلاقة النظام الدستوري بالنظام السياسي، وأيضاً دراسات نشرت عام (2015)² لتنظيم الدستوري في فلسطين عن طريق المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواه"، وهي دراسة ناقشت الخلفية التاريخية للقانون الدستوري في فلسطين، ومفاهيم أخرى أساسية مثل: الحقوق والحريات ومبادئ النظام الدستوري الديمقراطي وطبيعة النظام السياسي وعلاقته بالحقوق والحريات، كذلك ناقشت مفهوم الرقابة القضائية كضمان لحماية الحقوق والحريات من حيث مضمون الرقابة القضائية وتقييم دور المحكمة العليا (بصفتها الدستورية) الرقابي التي كانت سابقاً مختصة بالنظر في الطعون الدستورية في فلسطين قبل تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا.

أما من حيث الدراسات التي تتعلق بالقضاء الدستوري في فلسطين؛ ففي دراسة نُشرت في بداية تطور التشريعات النازمة للقضاء الدستوري في فلسطين، عام (2004) للمؤلف فتحي الوحيد³ التي ناقشت تنظيم المحكمة الدستورية والاختصاص الدستوري للمحكمة الدستورية والحكم بالدعوى الدستورية والعيوب الدستورية وذلك بناء على مشروع قانون المحكمة الدستورية الذي نشر كمشروع عام (2004)، ولم يصادق عليه المجلس التشريعي حتى عام (2006)، والمسمى قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام (2006).

¹. عاصم خليل، "دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني" (بيروت- وحدة البحث العلمي والنشر - كلية الحقوق والإدارة العامة- جامعة بيروت- سلسلة الأبحاث والدراسات (1)- 2015)

². محمد خضر، "التنظيم الدستوري في فلسطين"، (دراسة محكمة)، (المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواه"، مطبعة الأيام، 2015).

³. فتحي الوحيد، "القضاء الدستوري الفلسطيني" (دراسة مقارنة) (غزة- مطابع مقداد- 2004- الطبعة الأولى).

وكذلك نُشرَت رسالة أكاديمية جامعية للباحث زيد الكيلاني بعنوان "الطعن في دستورية القوانين دراسة مقارنة" نشرت عام (2012)¹ التي ناقشت التنظيم القانوني والإجرائي للدعوى الدستورية وناقشت أيضاً مفهوم الرقابة القضائية بشكل عام حيث إن تلك الدراسة ركزت على الدعوى الدستورية بتنظيمها القانوني، ولم تناقش الأساس القانوني للدعوى الدستورية، ألا وهو التنظيم الرقابي على دستورية القوانين، وفي دراسة للباحث عمر التركماني نشرت عام (2010)² رسالة أكاديمية -رسالة ماجستير- بعنوان القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، والتي ناقشت الموروث التشريعي للتنظيم القضائي الدستوري في فلسطين والمواقف الفقهية للرقابة الدستورية بشكل مقارن، والأحكام الموضوعية والإجرائية للدعوى الدستورية وأوجه الطعن وطرق تحريك الدعوى الدستورية والسير فيها ومدى حجبتها، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الرسائل نشرت قبل تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وقبل صدور عدد من القرارات والأحكام التفسيرية، وبصدور القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006) أصبح التنظيم القضائي الدستوري بحاجة إلى العديد من الأبحاث والدراسات للوصول لغاية الإثراء العلمي للباحثين والمهتمين كافةً في مجال البحث الدستوري في فلسطين.

وأيضاً نشرت مقالة للدكتور محمد الحاج قاسم عام (2008)³ من خلال مجلة العدالة والقانون التي ينشرها المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماه والقضاء، بعنوان "الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في فلسطين" التي ناقشت عدد من المواضيع الأساسية في ثلاث مباحث رئيسية كالتنظيم الدستوري والقانوني للرقابة القضائية و اختصاصات المحكمة الدستورية العليا وأيضاً تقييم الرقابي للمحكمة الدستورية العليا، وجاءت لتحليل النظام الرقابة القضائي في النموذج الدستوري الفلسطيني.

¹. زيد الكيلاني، "الطعن في دستورية القوانين" (دراسة مقارنة) (رسالة ماجستير) (جامعة النجاح الوطنية- 2012).

². عمر التركماني، "القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)" (رسالة ماجستير) (غزة، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الأزهر، 2010).

³. الحاج قاسم، محمد، حوار قانوني بعنوان "الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين"، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماه والقضاء "مساواه"، مجلة العدالة والقانون، (العدد الثامن، نيسان- أيلول 2008).

إشكالية الدراسة وأسئلتها

يقوم البحث على فرضية مؤداها: أن الرقابة القضائية التي تمثلها هيئة مستقلة تقوم بأعمالها بموجب قانون خاص بها وأهمها التحقق من مطابقة التشريعات، سواء كانت قوانين صادرة عن المجلس التشريعي ممثل الشعب، أو كانت تشريعات ثانوية صادرة عن السلطة التنفيذية للقانون الأساسي وأحكامه، وإلغاء ما يخالفه ضمن مبادئ القضاء العامة من الحياد والاستقلال وحرية الدفاع وتسبيب الأحكام، وهنا محل إشكالية البحث؛ ماهي القواعد الكلية التي تحكم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فلسطين؟

وذلك من شأنه طرح عدد من الأسئلة الثانوية التي تحتاج للمناقشة من خلال هذا البحث تمهيداً لصياغة أصول الرقابة القضائية الدستورية في نتيجة الرسالة، بحيث تطرح الأسئلة كآتي:-

- ما هو معيار الشكل الأفضل_ من حيث الغاية_، للرقابة على دستورية القوانين؛ هل هو شكل الرقابة القضائية أم شكل الرقابة السياسية؟
- ما هي الآلية التي تحقق الغاية من الرقابة على دستورية القوانين هل هي الرقابة السابقة على صدور التشريع أم الرقابة اللاحقة؟
- كيف يمكن للرقابة القضائية أن تكون مجردة_بمعنى_، أن تُتيح للمواطن إثارة الطعون الدستورية مباشرة أمام المحكمة بطريقة الدعوى الأصلية ؟
- ما هو النموذج الأفضل لتركيبية تشكيل أعضاء المحكمة الدستورية العليا من حيث الخبرات؟
- من أين تستمد المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية سلطتها بإلغاء النَّص التشريعي المخالف للقانون الأساسي؟
- هل تمتد رقابة القضاء الدستوري إلى كافة التشريعات في النموذج الدستوري الفلسطيني، بحيث تشمل هذه الرقابة القرارات بقوانين صادرة عن السلطة التنفيذية؟
- ما مدى سلطة القاضي الدستوري في تفسير نصوص القانون الأساسي الفلسطيني؟
- ما هي ضوابط القضاء الدستوري في الرقابة على التشريعات؟

الفصل الأول

أبعاد الرقابة على دستورية القوانين

عند الحديث عن نظام يضمن احترام قواعد الدستور الذي يتضمن حقوقاً وحريةً وعدالةً دستوريةً وتنظيم أعمال السلطات التأسيسية التشريعية والتنفيذية والقضائية وآلية التعاون المرنة بينهم للارتقاء بالمجتمع داخلياً ودولياً، دون المساس بالمبدأ العام وهو الفصل بين السلطات، يأتي مفهوم الرقابة على دستورية القوانين لضمان حماية قواعد الدستور ونفاذ القواعد الدستورية، التي تعني إلزام جميع السلطات في الدولة وعلى رأسها السلطة التشريعية بالتقيد بأحكام الدستور وعدم مخالفتها، "والقول بأن الدستور هو متفوق على القوانين، فهذا يعني أنه إذا كان هنالك قانونٌ مخالفٌ لمادة دستورية فهو غير نظامي ولا يجب أن يطبق، هذا هو مبدأ دستورية القوانين"¹، ودائماً في القمة نجد الدستور، وهذا النمو ناتجٌ عن مبادئ مثل: مبدأ هرمية القواعد القانونية، ومبدأ سمو الدستور؛ الذي يقصد به علو القواعد الدستورية وسيادتها على سائر القواعد القانونية الأخرى بالدولة²، ومخالفة القانون للدستور تكون من حيث الموضوع وليس الشكل؛ بمعنى أن القانون الذي تفرض عليه الرقابة هو الذي صدر مستكماً شروطه الشكلية، وإذا لم يصدر حسب الشروط الإجرائية لا يعتبر قانوناً بالأساس³، وعليه نؤسس أن الرقابة على دستورية القوانين هي التي تُكسب القاعدة الدستورية وصف القانونية؛ بمعنى أن الرقابة توجد لضمان القاعدة الدستورية وإلا يمكن من السهل تجاوزها⁴، عن طريق إصدار الأحكام الدستورية التي تشكل الجدار العازل الذي يهدف لحماية الدستور والحقوق والحرية العامة، وهذا الفصل الأول من الدراسة يتعلق بالبعد النظري للرقابة من خلال تحليل القواعد الكلية التي تحكم الرقابة على دستورية القوانين، وكذلك المرجعية القانونية

¹. مورييس دوفرجه، " المؤسسات السياسية والقانون الدستوري" (الأنظمة السياسية الكبرى) (بيروت، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، ط الأولى 1992، ترجمة جورج سعد) ص 159.

². للمزيد عن مفهوم مبدأ علو الدستور وتقسيماته انظر: إبراهيم الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (لبنان - بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى 2016) ص 37.

³. انظر: عبد الكريم علوان، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (الأردن - عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط الأولى 2006) هامش ص 308.

⁴. انظر: عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي، "الدعوى الدستورية" (مصر - الإسكندرية، منشأة المعارف، 2001)

والفقهية للرقابة والمواقف الفكرية المؤيدة والمعارضة، وتحليل أشكال الرقابة على دستورية القوانين المتبعة في النماذج الدستورية للدول، من خلال التجارب التاريخية لها ونصوص دساتيرها مثل: تجربة النموذج الدستوري الفرنسي للرقابة وتجربة النموذج الرقابي الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، وأيضاً النماذج الرقابية الدستورية للدول العربية المقارنة، بالإضافة إلى تحليل آليات تحريك الدعوى الدستورية في النماذج المختلفة والتباين بينها، وذلك للوصول إلى إجابات منطقية لبعض أسئلة الدراسة المقترحة، وإدراج تعليق الباحث أو رأيه في عدد من المواضيع التي يتم مناقشتها والتي تحتمل الصواب أو الخطأ.

المبحث الأول: المرجعية القانونية للرقابة على دستورية القوانين

تناقش الدراسة في هذا المبحث المرجعية القانونية للرقابة على دستورية القوانين بمعنى مناقشة الخطوط الرئيسية لمفهوم الرقابة على دستورية القوانين وعلى ماذا تستند تلك الرقابة، وعليه تناقش عدداً من المفاهيم، كضرورة الرقابة والنظريات والآراء الفقهية التي تعارض أو تؤيد فكرة الرقابة على دستورية القوانين¹، وهنا نبحت بمفهوم الرقابة المجرد؛ بغض النظر عن مناهج الرقابة سياسية كانت أم قضائية ومن يمارس تلك الرقابة وآليات تطبيقها.

ويجب الإشارة إلى أن الأفكار القانونية المعارضة أو المؤيدة للرقابة على دستورية القوانين تستند إلى عدد من الآراء الفقهية المختلفة، التي تستند بالأساس على أنظمة قانونية ودستورية مختلفة بين

¹. تجدر الإشارة إلى أنّ مناقشة الدراسة لنظريات الفقه والأحكام القضائية المساندة أو المعارضة لمفهوم الرقابة المجردة التي طرحت قبل وضوح مفهوم الرقابة على دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية لدول العالم باختلاف أنظمتها القانونية، بمعنى أن قرارات المحاكم العادية على سبيل المثال: التي ستناقشها الدراسة لاحقاً صدرت قبل إنشاء المحاكم المختصة بالنظر في الطعون الدستورية وبالاساس قبل نص دساتير صراحة على مناهج الرقابة على دستورية القوانين القضائية والسياسية، وقبل إنشاء المجالس الدستورية والمحاكم الدستورية العليا، حيث إنّ المناقشة تكون في ظل عدم التعرض لموضوع الرقابة على دستورية القوانين أصلاً وترك الموضوع للفقه والقضاء لتأييده أو رفضه كما في الدساتير الفرنسية منذ الثورة وحتى دستور عام 1946 لزمّت الصمت حول موضوع الرقابة وتركته كاملاً للقضاء والفقه يجتهدان فيه، وكذلك الحال الدستور المصري الصادر عام 1923 والمعمول به حتى عام 1952 الذي كان متأثراً بالتجربة القانونية الفرنسية، للمزيد حول هذا الموضوع انظر: يحيى الجمل، " النظام الدستوري المصري " (دراسة المبادئ الدستورية العامة)، (القاهرة، دار النهضة للطباعة، الطبعة الثالثة 1995) ص 94 وما بعدها.

الدول، حيث إن لكل دولة تجارب واعتبارات قانونية وتاريخية مختلفة وبها تؤسس أفكارها القانونية التي من الممكن أن تكون مرفوضة في نظام قانوني ومقبولة في نظام آخر.

المطلب الأول: موقف الفكر القانوني المعارض للرقابة على دستورية القوانين

إن الفكر القانوني المعارض للرقابة على دستورية القوانين يقوم على توجيه انتقادات للرقابة على دستورية القوانين من قبل هيئة سياسية أو قضائية، وتستند بالتبرير لفقهاء الدستوري لتأييد فكرة المعارضة، وستناقش الدراسة في هذا المطلب عدداً من الأفكار المعارضة وعلى ماذا استندت في تبريرها للرفض، بالإضافة إلى استعراض موقف القضاء من خلال الأحكام القضائية السلبية التي يصدرها بخصوص معارضة الرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الأول: الموقف السلبي المستند لفقهاء الدستوري

أولاً: تعارض مفهوم الرقابة مع مبدأ الفصل بين السلطات

إنَّ الرقابة على دستورية القوانين تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات¹ الذي يعني استقلال كل سلطة من سلطات الدولة عن الأخرى ولا تتعدى على أعمالها ومهامها؛ إذ إن فكرة الرقابة على دستورية القوانين تخالف هذا المبدأ بتعدي السلطة القضائية على مهام السلطة التشريعية، وتستند بذلك إلى أن السلطة القضائية مهمتها الحكم بمقتضى القوانين، لا الحكم على القوانين وأن مباشرة القضاء للرقابة سوف تؤدي إلى تملكه للسلطات السياسية²، وأن ممارستها لها أن ذلك يخالف

¹ هو مبدأ دستوري نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة (2003) بالمادة الثانية منه.

² لقد تبني فكرة معارضة الرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية عدد من فقهاء القانون الفرنسي منهم "بيردو" وكانت معارضته تستند على عدد من الأسباب منها أن الإعراف للقاضي بحق مراقبة المشرع سيجعل منه سلطة سياسية مهما كان إعتدال القاضي في ممارسة الرقابة، وأن الرقابة لا بد أن تنتهي بالقاضي إلى الساحة السياسية، ويجدر الإشارة إلى أن معارضته لم تكن للرقابة القضائية بصفه عامة لإعتبارات قانونية تتعلق بصياغة الدستور في ذلك الوقت واعتبارات تاريخية وسياسية وإعتاق مبادئ الثورة الفرنسية التي من أهمها المبدأ الجامد للفصل بين السلطات بشكل تام، وحتى أن بعض فقهاء القانون الفرنسي أمثال الفقيه "مالبرج" عدل عن موقفه المعارض للرقابة وأقر حق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين، للمزيد من التفصيل حول أفكار فقهاء القانون الفرنسي انظر مؤلف علي السيد الباز بعنوان "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (الاسكندرية، دار الجامعات المصرية، 1982) ص 297 وأيضاً ص 452، وللمزيد حول اختلاف فكرة تأييد الرقابة ورفضها بين الدول وأسبابها أنظر عز الدين الناصوري وعبد الحميد الشواربي "الدعوى الدستورية" (الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001) ص 23، وأيضاً انظر يحيى الجمل، (المرجع السابق) ص 105.

الطبيعة الخاصة للقضاء الذي يجب أن يظل بعيداً عن تلك السلطات السياسية، بل إن قيام القضاء بالرقابة سيحوّله بلا شك إلى سلطة سياسية¹، وليس من حق القضاء الرقابة على دستورية القوانين استناداً لمبدأ الفصل بين السلطات، وباعتبار وظيفة القضاء هي تطبيق القوانين وليس الحكم عليها².

والرد على الفكرة المعارضة للرقابة التي تسند على أن الرقابة على القوانين تعارض مبدأ الفصل بين السلطات؛ بأن فكرة الرقابة لا تعد إخلالاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وإنما تعتبر تقسيماً للعمل التشريعي بين القضاء والسلطة التشريعية³، وأن مبدأ فصل السلطات لا يعني استقلال كل سلطة عن الأخرى استقلالاً تاماً، وإنما يعني إقامة نوع من التعاون بين السلطات؛ الأمر الذي لا يعارض مبدأ رقابة دستورية القوانين⁴، وأيضاً استناداً إلى أن الدستور يمثل أسمى القواعد القانونية في الدولة، والقضاء ملزم باحترام جميع قوانين الدولة، وبوجود التعارض يكون القضاء ملزماً بتطبيق القاعدة القانونية الأسمى، وعليه في حال تعارض قاعدة قانونية مع قاعدة دستورية وجب تطبيق الدستور دون القانون، والقاضي في هذه الحال لا يخرج عن اختصاصه، فهو لا يلغي القانون العادي وإنما يمتنع عن تطبيقه ويطبق القانون الأعلى⁵.

وأما عن القول بأن الرقابة تنقل القضاء إلى الساحة السياسية، وأنها تنقل السلطة إلى أيدي القضاء⁶ فيكون الرد عليه " طالما أن الدستور يعلو على القوانين، وأن من حق المحاكم أن تراقب احترام هذا العلو لأن مهمة المحاكم هي تفسير القوانين التي تضعها السلطة التشريعية وبيان مدى اتفاقها مع

¹. علي السيد الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (الاسكندرية، دار الجامعات المصرية، 1982) ص296.
². موقف الفقه المصري المعارض لموضوع الرقابة على الدستورية للمزيد من التفصيل انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة 2005) ص742.
³. أحد آراء الفقيه الفرنسي "كلسن" المؤيد لفكرة الرقابة على القوانين بشكل عام، للمزيد انظر كتاب علي السيد الباز " الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (المرجع السابق) ص296.
⁴. علي ابوحجيلة، "الرقابة على دستورية القوانين في الأردن" (عمان - الأردن، مطابع الدستور التجارية، 2004) ص11.
⁵. موقف الفقه المصري المؤيد لموضوع الرقابة على دستورية القوانين وردهم على الحجج التي ترفض فكرة الرقابة للمزيد من التفصيل انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (المرجع السابق) ص743.
⁶. أحد آراء الفقيه الفرنسي "بيردو" الذي ناقش التطبيقات العملية لفكرة الرقابة عن طريق آرائه المعارضة للرقابة بقوله "إنها من الناحية العملية غير مجدية ويجب إيجاد فكرة أخرى جديدة للحد من التعسف المحتمل للسلطة التشريعية" للمزيد حول آراء بيردو المعارضة انظر: علي السيد الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (المرجع السابق) ص 452.

الدستور أو تعارضها معه، والأمر الوحيد الذي يؤدي إلى الحد من مباشرة المحاكم للسلطة العليا، هو أن تهتم السلطة التشريعية ذاتها بعدم وضع تشريع مخالف للدستور، وأن تقوم بوضع تشريعات في صورة واضحة وغير غامضة، وبقيام السلطة التشريعية بهذين الأمرين لن تترك مجالاً واسعاً للمحاكم للتفسير أو الرقابة"¹.

ثانياً: تعارض مفهوم الرقابة مع مبدأ سيادة قرار الشعب الممثل بالسلطة التشريعية

إنَّ القوانين تصدر من السلطة التشريعية بالشكل والشروط والإجراءات الرسمية، وهي تعبر عن إرادة الشعب؛ وعليه لا يوجد أي مبرر للبحث بمدى توافقه مع الدستور بوساطة الرقابة، وهذا ما يسمى بفكرة الإرادة العامة أي أنَّ إرادة الشعب هي أعلى سلطة في الدولة، وهي لا تخطئ ولا يمكنها الاستبداد، وإنَّ القانون هو التعبير الحر عن هذه الإرادة، لذلك فهو يتمتع بحرمة مطلقة لا تسمح بفرض أي رقابة عليه²، وكان الردُّ على هذه الفكرة المعارضة للرقابة يتمثل بأن إصدار القانون لا يعني أنه استوفى شروطه الشكلية والموضوعية لأن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية اللتين يصدران القانون خاضعتان للدستور ولا يمكنهما الخروج عن أحكامه³.

ثالثاً: مخالفة مفهوم الرقابة لمفهوم الديمقراطية

"إنَّ الرقابة تنقل سلطة الحكم إلى يد هيئة لم تنبثق عن إرادة الشعب مما لا يتفق مع التفسيرات الحديثة للديموقراطية، فهذا الاعتراف للقاضي بحق مراقبة المشرع مهما كان اعتدال القاضي في مباشرته لتلك الرقابة يجعل منه سلطة سياسية"⁴، وبالرد على ذلك " إنه إذا التزم القضاء بالمعنى السليم للرقابة الدستورية، فمراقبة التشريعات _ من حيث مشروعيتها لا من حيث مدى ملاءمتها _

¹. جزئية من مناقشة الدكتور علي الباز لآراء بيردو المعارضة لفكرة الرقابة وللمزيد انظر: علي السيد الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (المرجع السابق) ص455.

². للمزيد عن حجج المعارضين لفكرة الرقابة على دستورية القوانين وفكرة الإرادة العامة للشعب التي طرحها المفكر الفرنسي جان جاك روسو، انظر: كامل السعيد، " النظرية العامة للقضاء الدستوري" (الأردن- عمان، درا الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2017) ص 41.

³. علي ابوحجيلة، "الرقابة على دستورية القوانين في الأردن" (المرجع سابق) ص12.

⁴. أحد آراء الفقيه الفرنسي "بيردو" المعارضة لفكرة الرقابة ومناقشته لأسباب فشل فكرة الرقابة للمزيد انظر: علي السيد الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (المرجع السابق) ص 453.

فإنه ستظل في نطاق وظيفتها ولن يتعداها بالحلول محل السلطة التشريعية وهي السلطة المختصة بتقدير مدى ملاءمة التشريعات¹.

الفرع الثاني: الموقف السلبي المستند للأحكام القضائية

إضافة إلى الفكر القانوني المعارض للرقابة على دستورية القوانين القائم على الفقه الدستوري يمكن أن يكون أحد طرق التعبير عن رفض الرقابة على دستورية القوانين من خلال موقف قضائي لحكم أصدرته أحد المحاكم ومنها:-

أولاً:- أحد المواقف السلبية للقضاء بخصوص معارضة مفهوم الرقابة هو الرأي المخالف المشهور للقاضي "Jibson" عضو المحكمة العليا في بنسلفانيا عام 1825 في قضية "Eakin V. Raub" فقد تتبع بالنقد حجج القاضي الأمريكي "John Marshall" في حكمه المؤيد للرقابة الذي ستشير إليه الدراسة في المواقف الإيجابية للرقابة المستندة للأحكام القضائية²، حيث يستند جيسون إلى أن حجج القاضي مارشال قائمة على مغالطات منطقية ومنها أن " مارشال يزعم أن القاضي يخالف الدستور مخالفة إيجابية إن استمر في تطبيقه للقانون بعد أن تكشف له تعارضة مع نصوص الدستور، وهذه مغالطة تفرض أن المحكمة حين تطبق القانون فهي تتبنى مضمونه وتعلن عن تأييدها للهيئة التشريعية في إصداره، بحيث تُسأل معها عن هذا المضمون، والواقع أن المسؤولية في هذه الحال هي مسؤولية السلطة التشريعية وحدها وإذا صح أن هناك مخالفة للدستور فالمشرع وحده هو الذي يتحمل وزر تلك المخالفة".

¹. جزئية من مناقشة الدكتور علي الباز لآراء بيردو المعارضة لفكرة الرقابة والرد عليها للمزيد انظر: علي السيد الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (المرجع السابق) ص461.

². للمزيد حول الرأي المخالف الذي كتبه القاضي "Jibson" عضو المحكمة العليا في بنسلفانيا عام 1825 في قضية "Eakin V. Raub" انظر: أحمد كمال أبو المجد، "الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري"، (القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، 1960) ص36 وما بعدها، وأيضاً للمزيد من التفصيل حول نشأة الرقابة أمام القضاء الاتحادي في قضية "Marbury V. Madison" انظر: أحمد كمال أبو المجد، "الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري" (المرجع السابق) ص20 وما بعدها.

ثانياً: أحد مواقف القضاء المصري¹ السلبية بخصوص الرقابة على دستورية القوانين من خلال ما قضت به محكمة جنايات الإسكندرية عام 1924 في الدعوى المقامة من قبل النيابة العامة ضد محمود عرابي وآخرون الصادر بإدانتهم بعدد من التُّهم المجرّمة بموجب قانون العقوبات المصري الساري في تلك الفترة، وتم الطعن في الحكم أمام محكمة النقض المصرية بأن المواد التي استندت إليها محكمة جنايات الإسكندرية مقيّدة للحريات ومخالفة للدستور المصري، وبنتيجة حكم محكمة النقض المصرية قد أيد حكم محكمة الجنايات وتسبب ذلك في متن حكمها أن " قانون العقوبات قد صدر من الجهة التي لها ولاية التشريع وقت صدوره.....، وأن المادة 151 لا تخالف الدستور لان حرية الرأي المكفولة بموجب الدستور يجب أن تكون في حدود القانون²."

ثالثاً: ما قضت به (محكمة استئناف القدس) للرد على أحد الدفوع الذي أثير أمامها فقد جاء في حيثيات حكمها " لا يجوز التعرض لشرعية القوانين طالما أقرها مجلس الأمة وصدقها جلالة الملك، وليس من حق محكمتنا مناقشة دستورية القوانين³."

¹. كان موقف القضاء المصري بالنسبة لموضوع مسألة الرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء مجلس الدولة المصري متردداً ولم يذكر في متن أحكامه عن رأيه بصراحة؛ حيث كانت تلك الأحكام غامضة وقابلة للتفسير والتأويل فاعتبرت أحياناً معارضة لفكرة الرقابة وأحياناً مؤيدة لها، للمزيد حول موقف القضاء المصري من فكرة الرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء مجلس الدولة في سنة 1946 وهذا رأي الدكتور رمزي طه الشاعر في كتابة النظرية العامة للقانون للمزيد انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (المرجع السابق) ص745.

². صدر هذا الحكم من محكمة جنايات الإسكندرية بتاريخ 16/ أكتوبر/ 1924 في الدعوى المقامة من النيابة العامة ضد محمود عرابي وآخرون وتوجيه التهم بمحاولة تغيير نظام الحكم ونشر الأفكار الثورية المتضمنة أفكار شيوعية، وبالنتيجة تم إدانة المتهمين، وطعن في الحكم بالنقض بتاريخ 4/ يناير/ 1926 وقد أيدت محكمة النقض حكم محكمة الجنايات، وكانت من أولى السوابق القضائية التي تطرقت لموضوع الرقابة على دستورية القوانين، وقد تم تفسير هذا القرار أن محكمة النقض قد مارست فعلاً الرقابة على دستورية القوانين، والباحث يؤيد ذلك لأن محكمة النقض المصرية تطرقت فعلاً لموضوع دستورية نص قانون العقوبات المصري ومخالفته للدستور وبمجرد أنها قد نظرت في موضوع دستورية النص وقبلت الطعن فهو إقرار ضمنى بحقها في الرقابة على نصوص القانون وعدم مخالفتها للدستور، مع أن المحكمة يرى الباحث لم تقصد أن تمارس الدور الرقابي على دستورية النص بقدر ما أرادت أن تؤيد الحكم الطعين، لذلك تم مناقشته في الدراسة بأنه حكم قضائي يرفض فكرة الرقابة على دستورية القوانين وتدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية من خلال متن حكم محكمة النقض المصرية القائل " بأن قانون العقوبات المصري قد صدر من الجهة التي لها ولاية التشريع وقت صدوره"، ورد هذا الحكم بتفصيله وللمزيد حوله انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (المرجع السابق) هامش "1" ص745.

³. ورد هذا الحكم الصادر بتاريخ 1953/6/25 في القضية رقم 52/123، وغيرها من الأحكام القضائية حول الموقف السلبي للقضاء الأردني تجاه فكرة الرقابة على دستورية القوانين انظر: كتاب هاني الطهراوي، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة 2014) ص376.

وقد تم توجيه النقد لهذا الموقف القضائي بأن القضاء أنكر على نفسه القيام بدوره ومهمته في رقابة دستورية القوانين الذي باستطاعته أن يمتنع عن تطبيق النص القانوني المخالف لأحكام الدستور ولو لم يرد نص في الدستور يخوله لذلك¹.

المطلب الثاني: موقف الفكر القانوني المؤيد للرقابة على دستورية القوانين

إن الفكر القانوني المؤيد للرقابة على دستورية القوانين هو مواقف قائمة على تجربة قانونية فقهية وقضائية، وفي هذا المطلب سنتناقش الدراسة هذه المواقف والآراء والأحكام القضائية التي ساندت فكرة الرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الأول: الموقف الإيجابي المستند للفقه الدستوري

أولاً: - تمثل آراء الكاتب الإنجليزي "Thomas Coke" أحد أساسيات تطور مفهوم الرقابة على دستورية القوانين في الفقه الدستوري والسياسي الأمريكي، ذلك لأنه صاحب آراء في الفقه والقضاء الإنجليزي تؤيد وجود قانون أساسي تلتزم به السلطة التشريعية، ويقوم القضاء على حمايته بتقرير بطلان كل قانون يتعارض مع أحكامه².

¹. هاني الطهراوي، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة 2014) ص377.

². تمثل آراء الإنجليزي اللورد كوك وحكمه في قضية بونهام مكانة عالية في الفكر السياسي والدستوري الأمريكي وساهمت في تطوير الفكر السياسي الأمريكي ونظام الرقابة على دستورية القوانين من خلال حكمه في قضية الدكتور بونهام عام (1610) الذي تضمن حكمه في قضية الدكتور بونهام المشهورة خلال رئاسته لمحكمة الملك المسماة " Court Of The King's Bench" بأن " في أحوال كثيرة قواعد القانون العامة قيدا على البرلمان يحكم تصرفاته ويقضى عليها بالبطلان، لأنه حين تكون أعمال البرلمان متعارضة مع قواعد الحق والمنطق أو متناقضة أو مستحيلة التنفيذ فإن قواعد القانون العامة تقضي عليها بالبطلان"، للمزيد حول السوابق التاريخية التي مهدت لقيام الرقابة ومنها قضية الدكتور بونهام عام 1610 انظر: : أحمد كمال أبو المجد، " الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري " (المرجع السابق) ص164.

ثانياً: - إن الدستور هو القانون الأعلى في الدولة والذي يضع الأسس للحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية بحيث تستمد السلطات الثلاثة سندها القانوني منه، وبمخالفة أحكامه تفقد السلطة المخالفة مصدر وجودها وبالتالي تفقد شرعيتها¹، وإذا كانت إحدى السلطات _وهي السلطة التشريعية_ تمثل إرادة الشعب فإن السلطة التأسيسية² التي تصيغ الدستور تمثل أيضاً سيادة الشعب وإرادته، وعليه إن فكرة الرقابة على دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية متكاملة في ما بينهما، بحيث يكون هدفهما تحقيق إرادة الشعب وإيجاد ضمانات ووسائل قانونية تكفل المصلحة العامة للشعب، وأن السلطة التأسيسية التي تعلق على السلطة التشريعية القضائية قد أوجدتهما، ولا يجوز لأي منهما أن تقوم بعمل يتعارض مع إرادة هذه السلطة الواضحة من خلال نصوص الدستور³، وهذا مستمد من أدبيات أحد آباء الثورة الأمريكية ألكسندر هاميلتون في الأوراق الفيدرالية⁴، حيث اعتبر أن سيادة الشعب يتم التعبير عنها في الدستور وفي التشريع⁵.

ذلك أن مفهوم الرقابة على دستورية القوانين يمثل " نمطاً جديداً للعلاقة بين المواطنين وحكامهم يقوم على الخلط بين الجماهير وممثليها_؛ بين إرادة الجماهير في صورتها الحقيقية وإرادة أعضاء

¹. للمزيد انظر: علي ابوحجيلة، " الرقابة على دستورية القوانين في الأردن" (المرجع سابق) ص9 وما بعدها. وأيضاً انظر: صباح المومني، "الرقابة على دستورية القوانين" (عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2017) ص 41 وما بعدها.

². يقصد الباحث (بالسلطة التأسيسية) المراحل التي يمر بها صياغة الدستور بطرقه المختلفة كمثال: إما عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة أو عن طريق استفتاء عام بعرض النصوص الدستورية على الشعب وموافقته عليه؛ بمعنى أن جميع طرق صياغة الدستور تمثل إرادة الشعب العليا ومصدر تلك النصوص هي الشعب.

³. موقف الفقه المصري المؤيد لموضوع الرقابة على الدستورية وردهم على الحجج التي ترفض فكرة الرقابة للمزيد من التفصيل انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة 2005) ص740 وما بعدها.

⁴. "الأوراق الفيدرالية" التي كتبها ثلاثة من أعلام الفكر السياسي الأمريكي وهم جيمس مادسون، والكسندر هاملتون، وجان جي، وقد نشرت هذه الأوراق التي بلغ عددها (85) ورقة في الصحف المحلية في ولاية نيويورك مخاطبة أهالي تلك الولاية منذ النصف الثاني من عام (1787) وحتى منتصف (1788)، انظر الموقع الإلكتروني <http://hrlibrary.umn.edu/arabic>.

⁵. جوني عاصي، " تلخيص لمحاضرة أكاديمية في مساق الرقابة على دستورية القوانين " (نابلس، جامعة النجاح الوطنية، أقيمت بتاريخ 2014/10/1، غير منشورة، تلخيص الباحث).

السلطة التشريعية الذين أنابهم الجماهير عنها في تمثيلها، فلا تعلق إرادتهم عليها بزعم أنهم يحلون محلها في التعبير عنها"¹.

ثالثاً:- إن الرقابة على دستورية القوانين تساند مبدأ المشروعية² الذي يعني خضوع الحكام والمحكومين للمنظومة القانونية وعلى قمتها الدستور، إذ إن على السلطات الثلاث التقيد بأحكام الدستور وعدم مخالفته عند إصدار التشريعات والأنظمة والأوامر والأحكام، وبقيام تلك المخالفة يأتي دور الرقابة على دستورية القوانين في مساندة مبدأ المشروعية³، كذلك إن الرقابة على تصرفات الحكام من أهم القواعد الأساسية في حكومة قانونية ولا بد في كل حكومة شرعية من خضوع السلطات الحاكمة بأسرها لمبدأ شرعية تصرفاتهم سواء كانت هذه التصرفات قوانين أو لوائح أو قرارات فردية⁴، وإن حرمان القضاء من حق مباشرة الرقابة على دستورية القوانين يعد مخالفاً لمبدأ الشرعية ومتعارضاً مع منطق الحكومة الشرعية التي تقوم على حكم القانون فتلتزم به ولا تخرج عن أحكامه، والحكومة لا تعد حكومة قانونية إلا إذا خضعت تصرفاتها لرقابة القضاء وإذا لم تخضع لحكم القانون اعتبرت حكومة استبدادية⁵.

الفرع الثاني: الموقف الإيجابي المستند للأحكام القضائية

أولاً: إن أحد أهم المواقف القضائية التي أُسس عليها أفكار قانونية مؤيدة للرقابة بشكل عام ومنهاج الرقابة القضائية بشكل خاص هو الحكم القضائي الصادر من القاضي "Marshall John"⁶ الذي أكد على حق المحكمة الاتحادية العليا الحق في الرقابة على دستورية القوانين في متن حكمه

¹. للمزيد حول موضوع أهمية الرقابة على الدستورية بشكل عام انظر: عوض المر، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية"، (مركز رينية - جان دبوري للقانون والتنمية، 2003) ص 98 وما بعدها.

². هو مبدأ دستوري نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003 في المادة السادسة منه.

³. عمر التركماني، "القضاء الدستوري في فلسطين" (غزة، أطروحة ماجستير في الحقوق، جامعة الأزهر، 2010) ص 42.

⁴. موقف الفقه المصري المؤيد لموضوع الرقابة على الدستورية وردهم على الحجج التي ترفض فكرة الرقابة للمزيد من التفصيل انظر: رمزي الشاعر، "النظرية العامة للقانون الدستوري"، (المرجع السابق) ص 744.

⁵. ابراهيم شيجا، "تحليل النظام الدستوري المصري" (الإسكندرية، منشأة المعارف، 2003) ص 317.

⁶. للمزيد من التفاصيل في قضية "Marbury V. Madison" والحكم القضائي الذي إصدارته المحكمة العليا بتاريخ (1803/2/22) انظر: عمر التركماني، "القضاء الدستوري في فلسطين" (رسالة ماجستير) (جامعة الأزهر، غزة- 2010) ص 3، وأيضاً أنظر ابراهيم الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (بيروت-لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2016) ص 58 وما بعدها.

بقوله "إن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون ولكن يجب على القاضي أن يتحقق من وجود القانون المراد تطبيقه بمعنى أن لا يكون هذا القانون مخالفاً للدستور"، وتوصل إلى نتيجة مفادها " أن التصرف التشريعي المخالف للدستور ليس قانوناً؛ فإنه من غير المتصور إلزام المحاكم بتطبيقه"، وعليه إن واجب القضاء وحقه بالرقابة أمر منطقي لأن وظيفة القاضي هي الفصل بين المنازعات، وأول منازعة هي التعارض بين القانون والدستور وعلى القاضي أن يغلب كلمة الدستور¹.

وبذلك يكون تأييد فكرة الرقابة على دستورية القوانين الذي يجعل القضاء هو الجهة المحايدة والطبيعية للفصل في المنازعات حول دستورية قانون من القوانين، ذلك لأن اجراءات التقاضي وماتتضمنه من علانية ومرافعات متبادلة ومدولة الأحكام وضرورة تسببها، وحرية الدفاع تؤدي إلى ضمان أداء القاضي للرقابة بشكل سليم².

وقد أسس هذا الحكم القضائي والحجج التي استندت عليه مرجعاً فقهيّاً وقضائياً لفكرة الرقابة القضائية داخل الولايات المتحدة الأمريكية وخارجها، ومنها أن " القضاء حين يفصل في خصومة موضوعية معروضة أمامه لا بد أولاً أن يحدد القانون الذي يطبق عليها، وهذه مسألة أولية لا بد من تسويتها قبل التعرض للموضوع، فإذا حدث وتناول المشكلة القانونية المعروضة نصاب متعارضان؛ أحدهما دستوري والآخر عادي فإن على القضاء أن يختار بينهما، ولما كان الدستور هو القانون الأساسي الذي يأتي في قمة التدرج القانوني فلا شك أن على القضاء أن يطبقه في الخصومة ضارباً عن كل نص تشريعي مخالف"³

¹. علي السيد الباز، " الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (المرجع سابق) ص303.

². أحد آراء الفقيه الفرنسي بيردو للعوامل التي تؤهل القضاء لمباشرة الرقابة، للمزيد انظر: علي السيد الباز، " الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (المرجع سابق) ص304.

³. للمزيد من الحجج التي استند إليها القضاء والفقه لدعم فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية انظر: علي أبوحجيلة، " الرقابة على دستورية القوانين في الأردن" (المرجع السابق) ص 56.

ثانياً: ما قضت به محكمة مصر الابتدائية الأهلية بأن " للمحاكم مطلق الحرية في بحث دستورية القانون المطلوب منها تطبيقه، وإذا اقتضت بمخالفته لأحكام الدستور شكلاً أو موضوعاً فلها أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المعروض أمامها"¹.

ثالثاً: قضت التمييز الأردنية في حكمها الصادر في القضية رقم 75/100² "أن لجنة الأمن الاقتصادي إنما تصدر قراراً إدارياً يفصل في المسألة المعروضة عليها، ولا تمتلك أن تضع قاعدة عامة مجردة تُعدّل فيها القوانين النافذة، فإذا تجاوزت اختصاصاتها يكون قرارها مشوباً بعيب جسيم ومنعدماً ولا أثر قانوني له وللمحاكم أن تتشكّل آثاره ولا تعمل به استناداً إلى صلاحياتها في مراقبة دستورية القوانين"، وبذلك أقرت محكمة التمييز الأردنية حق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين من تلقاء نفسها.

رابعاً: ما قضت به محكمة مركزية غزة في القضية رقم 87/225³ (جنايات خطيرة) بأنه: "من حق المحاكم المدنية بل من واجبها البحث في دستورية القوانين خصوصاً إذا تعارضت مع قوانين أعلى منها مرتبة، أو إذا تعددت التشريعات أو تناقضت، وذلك لتمتكن المحكمة من أداء واجبها في الفصل فيما يعرض عليها من نزاعات، كما لها أن تتحقق من سلامة القانون الذي تطبقه من ناحية الشكل أو الموضوع".

¹. صدر هذا الحكم من محكمة مصر الابتدائية الأهلية بتاريخ 1/ مايو/ 1941 وهو أول حكم صادر عن المحاكم المصرية قرر بصراحة وضوح حق القضاء في رقابة دستورية القوانين، ومن الجدير بالذكر أن محكمة استئناف مصر الأهلية ألغت هذا الحكم عندما طعن فيه أمامها وقررت "ليس للمحاكم في مصر حق الرقابة على دستورية القوانين" وورد هذا الحكم بتفاصيله للمزيد انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (المرجع السابق) الهامش "1" ص746، وأيضاً انظر: عبد العظيم عبد الحميد، " الرقابة على دستورية القوانين " (مصر، الولاء للطبع والتوزيع، 1991) ص 182.

². ورد هذا الحكم الصادر عام (1975) وغيره من الأحكام القضائية المتعلقة بالموقف الإيجابي للقضاء الأردني بموضوع الرقابة على دستورية القوانين انظر: هاني الطهراوي، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (الأردن-عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة 2014) ص 377 وما بعدها.

³. ورد هذا الحكم الصادر بتاريخ 1988/11/22 في القضية رقم 87/225 الصادر عن محكمة مركزية غزة (الجنايات الخطيرة) في كتاب فتحي الوحيدي، "القضاء الدستوري الفلسطيني" (دراسة مقارنة)، (غزة، مطابع مقداد، 2004 الطبعة الأولى) ص 35.

وبتعلق الباحث على مناقشة الدراسة في المبحث الأول منها للفكر القانوني المعارض والمؤيد للرقابة على دستورية القوانين فهي غير منتجة بالزمن الحالي للدراسة ذلك لأن الرقابة على دستورية القوانين أصبحت من أهم الضمانات القانونية الحاسمة التي تكفل عدم مخالفة نصوص الدستور، وهي فكرة مستقرة قانونياً، ونُفِدت في معظم النظم الدستورية وأثبتت نجاحها، وعليه إن سبب مناقشة الدراسة للأفكار القانونية المعارضة والمؤيدة لفكرة الرقابة؛ لإظهار التجارب القانونية التأسيسية للرقابة على دستورية القوانين، لأن دراسة التجارب التاريخية تؤدي للوصول إلى التطبيق السليم للرقابة على دستورية القوانين والابتعاد عن التطبيق الخاطئ لممارسة الرقابة على دستورية القوانين.

إضافة إلى ذلك أن مفهوم الرقابة على دستورية القوانين يختلف من نظام قانوني إلى آخر؛ وذلك الاختلاف يكون بالاستناد للمعطيات الموضوعية للدولة من حيث النظام والفكر القانوني والموروث التشريعي للدولة وشكل الحكم فيها¹ وممارسة السلطة التنفيذية، والتجربة التاريخية للنظام القانوني من حيث الآراء الفقهية والأحكام القضائية، وجمود الدستور ومرونته² وغيرها من التباين الذي يخلق الاختلاف بين الدول، وهذا الاختلاف يحدد مدى نجاح تجربة قانونيه معينه من فشلها ومثال على ذلك: تجربة النموذج الدستوري الإنجليزي لمفهوم الرقابة على دستورية القوانين³، إن المملكة المتحدة لها نظامها القانوني، والتجربة التاريخية الخاصة بها ودستورها المتصف بالمرونة، فلا

¹. يقصد الباحث بذلك أن الدول تختلف من حيث النظام القانوني مثل: النظام اللاتيني أو الأنجلوسكسوني، وأيضاً اختلاف النظام السياسي ونظام الحكم واختلاف مصادر التشريع كذلك مرونة تعديل النص الدستوري وجموده، فهذا التباين يخلق نوع من الاختلاف في التجارب القانونية ومدى نجاحها وفشلها، فمثلاً تختلف تجربة ممارسة الرقابة على دستورية القوانين في ظل أنظمة ديكتاتورية أو حكومة مستبدة عن تجربة دولة تعتمد في نظامها على احترام حرية الشعب وتمثيله البرلماني والتشريعي، للمزيد حول ذلك: علي شنطاوي، "الأنظمة السياسية والقانون الدستوري الأردني والمقارن"، القانون الدستوري، (الأردن - عمان، دار وائل للنشر، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى 2013) ص175، وأيضاً انظر: ابراهيم الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (مرجع سابق) ص62 وما بعدها.

². حيث إن الدول ذات الدساتير العرفية لا تنتظر لمفهوم الرقابة على دستورية القوانين بأهمية بالغة كما في الدساتير المكتوبة التي توصف بالجمود، وذلك لأن الدساتير العرفية مرنة في تعديل نصوص الدستور من قبل السلطة التشريعية بنفس القواعد التي تعدل بها التشريعات العادية، للمزيد حول موضوع أهمية الرقابة على دستورية القوانين في الدساتير التي تتصف بالجمود والدساتير التي تتصف بالمرونة انظر: علي شنطاوي، "الأنظمة السياسية والقانون الدستوري الأردني والمقارن"، القانون الدستوري، (المرجع السابق) ص175.

³. للمزيد حول موقف الفكر القانوني الإنجليزي من الرقابة الدستورية والأسباب التاريخية والقانونية لعدم تطبيق فكرة الرقابة على دستورية القوانين في المملكة المتحدة انظر: عز الدين الناصوري وعبد الحميد الشواربي "الدعوى الدستورية" (الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001) ص18 وما بعدها.

يمكن اعتبار عدم وجود مفهوم الرقابة على دستورية القوانين في المملكة المتحدة رفضاً لهذه الفكرة، بل القول السليم إنَّ هذا المفهوم لا يمكن تطبيقه في ظل النظام الدستوري الإنجليزي والذي تتعدم فيه فكرة تدرج القواعد القانونية، فالبرلمان الممثل للشعب هو الذي يصدر القوانين متساوية القوة، فهو يقوم بالعملية التشريعية وإصدار القوانين العادية في جميع المجالات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، ويعتبر الرقابة القضائية على أعمال البرلمان من قبيل التدخل في أعمال السلطة التشريعية، وإخلاقاً بمبدأ الفصل بين السلطات، وتجدر الإشارة إلى أن البرلمان البريطاني يلتزم بعدد من المبادئ الديمقراطية العريقة التي تمنع البرلمان من المساس بمبدأ الفصل بين السلطات والتعسف في استخدام حقها التشريعي والاعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم¹، ذلك أن اعتبار أي تشريع يناقض معاهدة حقوق الإنسان الدولية مثلاً فهو باطل، ودور القضاء هنا تفسير التناقض بين التشريع المناقض ومعاهدة حقوق الإنسان الدولية (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948)²

كما في بداية التجربة القانونية الفرنسية لمفهوم الرقابة على دستورية القوانين؛ تم معارضته من قبل فقهاء القانون الفرنسي لعدد من الأسباب التاريخية والسياسية للدولة الفرنسية³ وهذه المعارضة تلاشت بتعاقب الدساتير للجمهورية الفرنسية وصولاً إلى دستور الجمهورية الخامسة لعام 1958⁴،

¹ محمد خضر، "التنظيم الدستوري في فلسطين"، (دراسة محكمة)، (مساواة، مطبعة الأيام، 2015) ص92. وأشار الباحث محمد خضر في هذه الدراسة في الصفحة المشار إليها إلى أن القضاء البريطاني منح صلاحية إعلان مخالفة تشريع أو نص للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وأن يقوم بتعديل هذا التعارض وفقاً للإجراءات البرلمانية، ووصف هذا التطور بأنه انتقال غير كامل من النظام الديمقراطي التمثيلي إلى النظام الدستوري الديمقراطي.
² جوني عاصي، "تلخيص لمحاضرة أكاديمية في مساق الرقابة على دستورية القوانين" (نابلس، جامعة النجاح الوطنية، أقيمت بتاريخ 2014/10/1، غير منشورة).

³ في ظل الثورة الفرنسية عام (1789) كانت معارضة مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين لعدد من الأسباب التاريخية والسياسية؛ منها تبني الثورة المفهوم الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات؛ بحيث تستقل كل سلطة عن الأخرى استقلالاً تاماً، للمزيد حول أسباب معارضة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ظل الثورة الفرنسية انظر: إبراهيم الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (مرجع سابق) ص63، وهذا ما يقصد الباحث توضيحه بالدراسة في نتيجة هذا المطلب أن معارضة مفهوم قانوني أو تأييده يختلف من دولة لأخرى حسب معطيات الحالة الاجتماعية والسياسية والقانونية التي تمر فيها الدولة وأيضاً تجربتها التاريخية والسياسية.

⁴ للمزيد حول تطور مفهوم الرقابة على دستورية القوانين في الجمهورية الفرنسية انظر: إبراهيم الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (مرجع سابق) ص62 وما بعدها.

وبالنتيجة لا يصح القول بأن أرفض أو أدم فكرة الرقابة على دستورية القوانين في دولة ما دون دراسة معطياتها وتجاربها التاريخية والسياسية ونظامها الدستوري وموروثها التشريعي والفقهى والقضائي، حتى أن الفقيه الفرنسي بيردو المعارض لفكرة الرقابة على دستورية القوانين يؤكد بقوله "الظروف الخاصة بكل دولة تؤدي إلى نجاح أو فشل التطبيق العملي لفكرة الرقابة"¹.

المبحث الثاني: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين

بالمفهوم العام تعني الرقابة على دستورية القوانين التأكد من احترام القوانين للقواعد والنصوص التي يتضمنها الدستور، وهو رأس الهرم القانوني في الدولة والمتضمن نصوصاً ذات أهمية خاصة لمبادئ الحقوق والحريات الأساسية الفردية والجماعية، ونظام الحكم والسلطات الأساسية ومهامها، والرقابة الدستورية من الوسائل القانونية التي تضمن حماية نصوص الدستور، وبالمفهوم الخاص تأخذ الرقابة على دستورية القوانين شكلين رقابيين أساسيين هما: الشكل القضائي للرقابة؛ حيث إن معظم النماذج الدستورية التطبيقية قد تبنت هذا النموذج الرقابي، بحيث يكون مركزياً ولا مركزياً، لاحقاً بالأساس وسابقاً في بعض النماذج الدستورية، ونتيجته التطبيقية إما تكون بالإلغاء وحظر التطبيق أو الامتناع، والشكل السياسي للرقابة وهو الأقل تبنياً من النماذج الدستورية التطبيقية، وهو سابق وقائي بالأساس، ونتيجته التطبيقية تكون بعدم نفاذ مشروع القانون، ولكل شكل رقابي مفهوم وآلية تطبيق وسند قانوني دستوري، وعليه ستناقش هذه الدراسة هذه المفاهيم والنماذج الدستورية المختلفة وتحليلها.

¹. انظر: علي السيد الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (المرجع السابق) ص 457.

المطلب الأول: أشكال الرقابة على دستورية القوانين

تختلف أشكال الرقابة على دستورية القوانين تبعاً لاختلاف التجارب الدستورية التاريخية والنماذج الدستورية الحديثة للدول المستندة لآراء الفقهاء وأحكام المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها كما أشارت الدراسة في نتيجة المبحث الأول من هذا الفصل، وهذه " النتيجة المنطقية لصفة الشرعية العليا الممنوحة للدساتير المكتوبة، هي أن القوانين العادية التي يضعها المشرع العادي يجب أن تحترم الدستور لا في حرفيته فقط بل وفي روحه أيضاً_ أي مبادئه_، ولتأمين هذه التبعية بصورة عملية هناك عدد من الوسائل¹ وهي أشكال الرقابة، وعليه استقر الفقه الدستوري على شكلين أساسيين للرقابة على دستورية القوانين وهما: شكل الرقابة السياسية وشكل الرقابة القضائية والإختلاف بينهما قائم على التباين من حيث الجهة التي تمارس الرقابة أو الدور الذي تمارسه في هذا المجال واختلاف النصوص الدستورية، والسند القانوني الذي تستند عليه الجهات الرقابية لممارستها الدور الرقابي، ولكنهما يتفقان بالهدف وهو ضمان احترام قواعد الدستور، وستناقش الدراسة في هذا المطلب أشكال الرقابة على دستورية القوانين من حيث المفهوم والتطبيق والجهات التي تمارسها، وكذلك تقييم الشكل الرقابي بناء على الممارسة التطبيقية له في الدساتير المختلفة.

الفرع الأول: الشكل السياسي للرقابة على دستورية القوانين

أولاً: مفهوم الشكل السياسي للرقابة على دستورية القوانين

وهو أسلوب يمنح اختصاص الرقابة على دستورية القوانين لهيئة ذات طبيعة سياسية للتأكد من مطابقة القانون لأحكام الدستور وعدم مخالفته²، وتعتبر هذه الرقابة وقائية تسبق إقرار القانون إذا رأت أنه يحمل مخالفة دستورية، وهذه الرقابة تمارسها هيئة محددة سياسية يتم اختيار أعضائها عن طريق البرلمان أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية، وقد تكون مهمة الرقابة للبرلمان ذاته، في هذه الحال فإن البرلمان يتعرض لمدى توافق مشروع القانون مع أحكام الدستور ومبادئه العامة، وأيضاً

¹. انظر: أندريه هوريو، "القانون الدستوري والمؤسسات السياسية" (لبنان-بيروت، الأهلية للنشر والتوزيع، الجزء الأول، ط الثانية 1977، ترجمة علي مقلد وآخرون) ص 299.

². انظر: نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الحادية عشر 2017) ص 481.

يمكن أن تكون مهمة الرقابة إلى هيئة خاصة مستقلة بداخل البرلمان تتولى فحص مشروع القانون ومدى توافقه لأحكام الدستور قبل إقراره من قبل السلطة التشريعية (البرلمان)، أي أنها تستند بطبيعتها إلى طريقة تشكيل الهيئة التي تتولى مهمة الرقابة.

وتستند الرقابة السياسية إلى نص دستوري حيث لا يمكن مباشرة هذه الرقابة إلا إذا أنط الدستور مهمة الرقابة على دستورية القوانين بهيئة معينة مسؤولة عن مطابقة أعمال السلطة التشريعية لأحكام الدستور¹، وعليه الرقابة السياسية هي رقابة سابقة لصدور القانون وهي تمارس على مشروع القانون وليس على القانون نفسه، إذ لا يمكن لمشروع القانون المخالف للدستور أن يصبح قانوناً بوجود الهيئة السياسية التي مهمتها وفقاً للدستور أن تتفحص مشاريع القوانين قبل عرضها على المجلس التشريعي لإقرارها وصدورها بشكل قوانين نافذة².

ثانياً: تطبيق شكل الرقابة السياسية على دستورية القوانين

بشكل عام يتميز النظام الرقابي الفرنسي بطبيعته الوقائية السابقة التي تحول دون إصدار قوانين مخالفة للدستور، في النموذج الرقابي الفرنسي الذي يمثل التجربة التطبيقية الواقعية لهذا الشكل الرقابي السياسي³، "استناد لدستور السنة الثالثة لقيام الجمهورية عام (1795) ودستور السنة الثامنة الصادر عام (1799) حيث عهدت هذه الرقابة إلى مجلس الشيوخ وذلك للتحقق من دستورية القوانين والقرارات والمراسيم قبل اصدارها بحيث أن هذا المجلس يملك إلغاء غير الدستوري منها، وأيضاً في دستور عام (1852) عهدت الرقابة إلى مجلس الشيوخ (المحافظ) في عهد

¹. انظر: هاني الطهراوي، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 358.

². انظر: محمد الشوابكه، "رقابة الإمتناع على دستورية القوانين" (دراسة مقارنة)، (رسالة دكتوراه، عمان- الأردن، جامعة عمان العربية، 2006) ص54.

³. إن أول المحاولات لتطبيق منهج الرقابة السياسية في فرنسا عند إعداد دستور السنة الثالثة لإعلان الجمهورية سنة 1795 حيث اقترح أحد فقهاء القانون الفرنسي (Sieyes) على الهيئة المشكلة لوضع دستور السنة الثالثة المذكور إنشاء هيئة محلفين دستورية وظيفتها مراقبة أعمال البرلمان بما يجعلها مرافقة لأحكام الدستور ومنحها سلطة إلغاء القوانين المخالفة للقواعد الدستورية، ولكن الاقتراح تم معارضته من أعضاء الجمعية التأسيسية لأسباب سياسية وقانونية ذكرت في المبحث الأول من هذا الفصل، للمزيد من التفصيل انظر: هاني الطهراوي، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 359، وأيضاً للمزيد حول إقتراح الفقيه الفرنسي (Sieyes) لفكرة الرقابة السياسية انظر: رمزي الشاعر، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص656 وما بعدها.

الامبراطور لويس نابليون؛ الذي منح له اختصاصات واسعة من خلال سلطة تعديل الدستور طبقاً لشروط معينه والتحقق من مطابقتها لجميع القوانين للدستور قبل اصدارها وإلغاء ما يخالف منها"، وفي دستور الجمهورية الرابعة لعام (1946) أُسندت الرقابة إلى (لجنة دستورية) "تتسكل من ثلاثة عشر عضواً برئاسة رئيس الجمهورية، إضافة إلى رئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ وسبعة أعضاء تختارهم الجمعية الوطنية من غير أعضائها، وثلاثة أعضاء يختارهم مجلس الجمهورية من غير أعضائه، من خلال مهمة اللجنة في البحث عما إذا كانت قوانين الجمعية الوطنية تقتضي تعديلاً للدستور أم لا، من خلال آلية محددة"¹.

أما من حيث دستور الجمهورية الخامسة لعام (1958)، الذي يسند مهمة هذه الرقابة للمجلس الدستوري الفرنسي²، حيث تضمن الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة (1958)³ في الباب

¹ محمد الحاج قاسم، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (المفاهيم الأساسية) (المرجع السابق) ص 68 وما بعدها.

² أثير خلاف حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري الفرنسي وهل هو جهة ذات طبيعة قضائية أم هيئة سياسية، حيث إن أحد الآراء الفقيهية اعتبر هذا المجلس هيئة سياسية استناداً إلى الطريقة التي يتم بها تعيين أعضائه والاختصاصات التي منحها له الدستور، وعدم وجود دعوى أمامه، وقد وتم توجيه النقد لهذا الرأي، ويتأييد الاتجاه الغالب للفقه الفرنسي وأحكام مجلس الدولة اعتبر بأنه هيئة قضائية استناداً إلى أن المجلس الدستوري يبحث في دستورية القوانين وتتمتع بقرارته بقوة الشيء المقضي به وتلزم جميع سلطات الدولة باحترامها، وأيضاً صلاحيته في النطق بالقانون والحكم بمقتضاه وهنا يشير الباحث إلى أن الخلاف حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري هو خلاف فقهي جدلي وعليه يوجد عدد من الآراء التي ترجح طبيعة المجلس القانونية على الطبيعة السياسية ومنهم من يجمع بينهما، ويجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الطبيعة السياسية للمجلس الدستوري الفرنسي فمثلاً: إن المجلس الدستوري الفرنسي أنشئ من قبل السلطة السياسية وأيضاً الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري الفرنسي فهو قرر لنفسه حجية الأمر المقضي لمنطوق الأحكام التي تصدر منه، بالإضافة إلى ذلك قرر المجلس الدستوري في أحد القرارات " أن المواضيع ذات الطابع السياسي تخرج عن اختصاصه، بمعنى أنه يتولى عملية تفسير الدستور تفسيراً قانونياً وليس سياسياً، للمزيد حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (المرجع السابق) ص664، وأيضاً انظر: علي الشنطاوي، " الأنظمة السياسية والقانون الدستوري الأردني المقارن" (المرجع السابق) ص193، وأيضاً انظر: عوض المر، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية" (المرجع السابق) ص 562 وما بعدها، وللتفصيل الدقيق انظر: محمود زكي، " الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجتيه " (دراسة مقارنة)، (القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2003-2004) ص 119 وما بعدها، وأيضاً انظر: محمد الحاج قاسم، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (المفاهيم الأساسية) (المغرب- الدار البيضاء، مكتبة بروفانس، الطبعة الخامسة، 2013) ص 69.

³ من الجدير بالذكر أنه قد حدث تعديل دستوري على الدستور الفرنسي عام 2008 حيث أصبح المجلس الدستوري يمارس نوعاً من الرقابة اللاحقة على صدور القانون شرطاً أن يثار الدفع بعدم الدستورية أثناء نظر الدعوى أمام القضاء العادي يتعلق باعتداء على الحقوق والحريات، وذلك بموجب نص المادة 1/61 من الدستور الفرنسي الحالي لعام 1958 بالإضافة إلى تعديلاته لغاية عام 2008 التي نصت على أن " إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة قضائية أن نصاً تشريعياً يخرق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز إشعار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض بهذه المسألة ضمن أجل محدد.

السابع منه الخاص بالمجلس الدستوري_ على تشكيل المجلس الدستوري واختصاصاته¹، ومن حيث التشكيل يتعين بعض أعضائه بموجب نص الدستور ولمدى الحياة وهم رؤساء الجمهورية الفرنسية السابقون والحكمة من ذلك؛ بالإستفادة من خبراتهم السياسية، وبقية الأعضاء التسعة يتم تعيينهم عن طريق رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، أما رئيس المجلس فيتم اختياره من قبل رئيس الجمهورية².

أما من حيث الاختصاص يختص المجلس الدستوري بمجاله الأساسي للرقابة على دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان بالإضافة الى إختصاصات أخرى حددها الدستور³، من خلال قرارات معللة ولها حجية الشيء المقضي به، حيث نصت المادة (61) من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي

¹. تضمن الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة الصادر عام 1958 في الباب السابع منه حيث نصت المادة (56) على تشكل المجلس الدستوري كالآتي:

* يتألف المجلس الدستوري من تسعة أعضاء، يتولى كل منهم منصبه لفترة غير قابلة للتجديد من تسع سنوات. يتم تجديد ثلث أعضاء المجلس الدستوري كل ثلاث سنوات. يتم تعيين ثلاثة من أعضائه من قبل رئيس الجمهورية، وثلاثة من قبل رئيس الجمعية الوطنية، وثلاثة من قبل رئيس مجلس الشيوخ، يجب أن ينطبق الإجراء المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 13 على هذه التعيينات، تحال التعيينات التي قام بها رئيس كل من مجلسي البرلمان فقط لأخذ رأي اللجنة الدائمة ذات الصلة بذلك المجلس.

* وبالإضافة للأعضاء التسعة المنصوص عليهم أعلاه يتمتع رؤساء الجمهورية السابقين بالحق الكامل في العضوية الدائمة في المجلس الدستوري.

* يتم تعيين الرئيس من قبل رئيس الجمهورية. لا يحق لرئيس البرلمان لا إلقاء صوت أصلي ولا بصوت مرجح.

². نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 482.

³. من هذه الاختصاصات:

1- الإشراف على إجراءات انتخاب رئيس الجمهورية وفحص الطعون وإعلان نتائج الاقتراع.

2- الفصل في منازعات صحة انتخاب النواب والشيوخ.

3- الإشراف على صحة عمليات الاستفتاء وإعلان نتائجه.

لعام (1958)¹ في متنها من الفقرة الأولى على نوعين من طرق مباشرة المجلس الدستوري الفرنسي للرقابة والتي هي رقابة وقائية سابقة على إصدار هذه القوانين وهما²:-

أ- **رقابة وجوبية (الإجبارية):** وهي الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري وتفرض على القوانين التنظيمية³ والأنظمة الداخلية واللوائح الخاصة بالمجالس البرلمانية " الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ"، ولا يمكن إقرارها إلا بعد عرضها على المجلس الدستوري والتأكد من عدم مخالفته للدستور الفرنسي ومبادئه، نظراً لأهمية هذه القوانين في النظام السياسي الفرنسي؛ "وترفع هذه القوانين إلى المجلس الدستوري من طرف الوزير الأول، والجهة المختصة بإحالة القوانين الداخلية إلى المجلس الدستوري يكون من طرف رؤساء مجلسي البرلمان"⁴.

ب- **رقابة جوازية (الاختيارية):** وهي الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري على مشاريع القوانين العادية والتي تتيح الإمكانية لكل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ؛ ولكل من سنتين عضواً من الجمعية الوطنية أو من مجلس الشيوخ، الحق

¹. نصت المادة (61) من الدستور الفرنسي لعام 1958 في الفقرة الأولى منه على أنه:-
* يجب عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها ومشروعات القوانين المنصوص عليها في المادة (11) قبل عرضها على الاستفتاء الشعبي والقواعد الإجرائية لمجلس البرلمان قبل تطبيقهما، على المجلس الدستوري الذي سيفصل في مدى مطابقتها للدستور، وللغاية نفسها قد تحال قوانين البرلمان إلى المجلس الدستوري، قبل إصدارها من قبل رئيس الجمهورية، ورئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ، أو سنتين من أعضاء الجمعية الوطنية أو سنتين من أعضاء مجلس الشيوخ.

* يتعين على المجلس الدستوري أن يبت في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين السابق ذكرهما في غضون شهر واحد، بيد أنه وبناء على طلب من الحكومة، في الحالات المستعجلة، تخفض هذه المدة إلى ثمانية أيام، يترتب على الإحالة إلى المجلس الدستوري، في مثل هذه الحالات، تعليق العمل بالوقت المخصص لصدر القانون.
ومن الجدير بالذكر أن المجلس الدستوري أخذ بالنفسير الضيق لاختصاصته ولا يقبل بأن يكون صاحب الاختصاص العام، وذلك لأن الدستور حدد اختصاصات المجلس بصورة واضحة لا تحتمل التفسير أو التأويل، للمزيد حول اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (المرجع السابق) ص 666.

². للمزيد من التفاصيل حول تشكيل المجلس الدستوري الفرنسي واختصاصاته انظر: -
أ- نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 482 وما بعدها.
ب- هاني الظهراوي، " النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 360 وما بعدها.
ت- رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (مرجع السابق) ص 663 وما بعدها.

³. وهي القوانين المكملة للدستور وتسمى أيضاً في الفقه الدستوري الفرنسي بإسم (القوانين العضوية) ، للمزيد انظر: غسان الخيري، " الرقابة القضائية على القوانين " (عمان-الأردن، دار الرابطة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2013) ص 51.

⁴. محمد الحاج قاسم، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (المفاهيم الأساسية) (مرجع سابق) ص 72.

في احالة مشروعات القوانين إلى المجلس الدستوري لمطابقتها مع الدستور الفرنسي في مدد زمنية محددة تختلف في حال الاستعجال¹.

وفي جميع الحالات فإن مشروع القانون الذي يقرر المجلس الدستوري عدم دستوريته لا يجوز إصداره أو تطبيقه، وتكون قرارات المجلس الدستوري قطعية ولا تقبل الطعن بأي وجه من أوجه الطعن، وقرارها ملزم لجميع السلطات العامة، كما نصت المادة (62) من الدستور الفرنسي².

إضافة إلى ذلك تشير الدراسة إلى التعديل الدستوري³ على دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي عام (2008)، بموجب نص المادة 1/61 من الدستور الفرنسي لعام 1958 بالإضافة إلى تعديلاته لغاية عام 2008 التي نصت على أن "إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة قضائية أن نصاً تشريعياً يخرق الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز إشعار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض بهذه المسألة ضمن أجل محدد؛ ذلك يعني أن المجلس الدستوري الفرنسي أصبح يمارس نوعاً من الرقابة اللاحقة على صدور التشريع شرط أن يثار الدفع بعدم الدستورية أثناء نظر الدعوى أمام القضاء العادي (محكمة الموضوع) بالقول بأن النص المراد تطبيقه هو غير دستوري لمخالفته قواعد دستورية تتضمن الحقوق والحريات الأساسية، بحيث يقوم قاضي محكمة الموضوع في رفعه إلى محكمة النقض الفرنسية فيما يخص القضايا المدنية والجنائية، وإلى مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص القضايا الإدارية، للنظر فيه والتأكد من

¹ محمد الحاج قاسم، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (المفاهيم الأساسية) (مرجع سابق) ص 73.

² نصت المادة (62) من الدستور الفرنسي لعام 1958 على أنه:

* لا يجوز إصدار أو تطبيق حكم أعلن عن عدم دستوريته على أساس المادة (61).

* يبطل إصدار الحكم الذي أعلن عن عدم دستوريته على أساس المادة (1/61) بدءاً من تاريخ صدوره من المجلس الدستوري أو اعتباراً من تاريخ لاحق يحدده القرار المشار إليه، يقوم المجلس الدستوري بتحديد الشروط والقيود التي يجوز فيها إعادة النظر بالآثار المترتبة على هذا الحكم.

* قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن، وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والمحاكم.

³ "جرى هذا التعديل في مجال الرقابة الدستورية بتاريخ (2008/7/23) بسبب حالة القصور الدستوري بالنسبة للمواطن الفرنسي، في أن الفرد لا يملك الحق في اللجوء إلى المجلس الدستوري للطعن في القوانين التي تمس حقوقه وحرياته، وفي هذا تجاوز للإطار الضيق للرقابة السابقة ونواقصها" (جزء من ملاحظات الدكتور محمد الحاج قاسم المشرف الخارجي للرسالة بعد المناقشة).

جدية الطلب، فإذا تم التأكد من ذلك يرفع الطلب أمام المجلس الدستوري الفرنسي للنظر في دستوريته.

ثالثاً: تقييم شكل الرقابة السياسية على دستورية القوانين

يتميز شكل الرقابة السياسية بصفه عامه بعدد من المزايا التي تجعله شكلاً يدعم غاية الرقابة على دستورية القوانين، ألا وهي: ضمان احترام قواعد الدستور الذي ينص على الحقوق والحريات العامة الأساسية، وذلك الدعم يكون عن طريق تحقيق الاستقرار الدستوري بوساطة الرقابة السابقة على صدور القوانين التي تضمن صياغة القوانين على أسس دستورية، وتتفادى المشاكل التطبيقية للقوانين النافذه والتي تحمل في متن نصوصها المخالفات الدستورية، بمعنى أنه شكّل رقابي قائم على الوقاية من المخالفات الدستورية قبل وقوعها وليس علاج المخالفات الدستورية بعد وقوعها، إضافة إلى أن الهيئات السياسية التي ترافق دستورية القوانين أكثر مرونة من الهيئات القضائية من حيث تطور الحياة السياسية للدولة التي تؤدي بدورها إلى الاستقرار السياسي والدستوري¹، أي أن الهيئة السياسية المختصة بالوظيفة الرقابية التي شاركت السلطة التشريعية في تشكيلها يجعلها أكثر تقبلاً لقرارات الهيئة السياسية وهذا ما يقصد بالاستقرار الدستوري.

وعليه ستناقش هذه الدراسة بشكل خاص_ النقد الذي تم توجيهه لشكل الرقابة السياسية بشكل عام والانتقادات التي وجهت للمجلس الدستوري الفرنسي بشكل خاص، والذي يتبنى هذا الشكل وهو الحالة التطبيقية التي أشارت إليه الدراسة سابقاً، وعلى ماذا يستند هذا النقد، وذلك كالآتي²:-

- ¹ انظر: حمدان فهمي، "اختصاصات القضاء الدستوري في مصر" (القاهرة، دار الكتب المصرية، 2009) ص 52.
- ² راجع في موضع تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين وأيضاً الانتقادات التي وجهت لشكل الرقابة السياسية والمزايا التي تكتسبها تلك الرقابة بشكل عام، وبشكل خاص لتجربة لمجلس الدستوري الفرنسي انظر المراجع الآتية :-
 - (أ)- رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (المرجع السابق) ص 678 وما بعدها.
 - (ب)- هاني الطهراوي، " النظم السياسية والقانون الدستوري" (المرجع السابق) ص362 وما بعدها.
 - (ج)- نعمان الخطيب، " الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (المرجع السابق) ص484 وما بعدها.
 - (د)- غازي كرم، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (دراسة مقارنة للنظام الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة)، (عمان، إثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2009) ص273 وما بعدها.
 - (هـ)- ماجد الحلو، " النظم السياسية والقانون الدستوري" (الإسكندرية، منشأة المعارف، 2005) ص440.
 - (و)- علي شنطاوي، "الأنظمة السياسية والقانون الدستوري الأردني والمقارن" (المرجع السابق) ص198 وما بعدها.

أ- النقد المستند إلى طبيعة الرقابة على دستورية القوانين

إن طبيعة الرقابة على دستورية القوانين بشكل أساسي هي طبيعة قانونية، وموضوع عملها قانوني يتطلب كفاءات ومؤهلات قانونية لمن يقوم بالعمل الرقابي، ليتمكن من قياس مدى مخالفة القوانين للدستور من عدمها، والرد على هذا الانتقاد أن هذا التعميم ليس بمحلل ذلك لأنه من الصحيح القول: إنَّ الرقابة على دستورية القوانين هي قانونية من حيث موضوعها، ولكنها أيضاً تحمل طابعاً سياسياً مهماً، وأن الهيئة التي تمارس الرقابة السياسية على دستورية القوانين هي هيئة مختصة بالعمل السياسي والقانوني، وأنه من المنطق عندما يتم تشكيل هذه الهيئة أن يكون من جزء أعضائها نخب سياسية وقانونية ذات مؤهلات؛ حيث إن بعض النماذج الدستورية على سبيل المثال وبغض النظر عن طبيعة الرقابة كانت سياسية أم قضائية_ مثل: النموذج التونسي الحديث فقد نص الدستور التونسي لعام 2014 على ضرورة أن يكون أعضاء المحكمة الدستورية من ذوي الكفاءات وجزء منهم مختصّ بالقانون وخبرتهم في ذلك المجال لا تقل عن عشرين عاماً¹.

¹. في النموذج الدستوري التونسي الحديث لعام 2014 نص الفصل (118) من الفقرة الأولى منها على أن "المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من اثني عشر عضواً من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة"، وأيضاً في النموذج الدستوري الفلسطيني الحديث_ علماً أن الفصل الثاني من هذه الدراسة سيبحث بشكل خاص عن النموذج الدستوري الفلسطيني_، واستناداً إلى قرار بقانون رقم (19) لسنة 2017م، بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، في المادة (5) نصت على شروط عامة وخاصة على أعضاء المحكمة الدستورية في تعيينهم وذلك للتأكيد على ضرورة الكفاءة القانونية لأعضاء المحكمة الدستورية ومنها: يشترط فيمن يعين عضواً بالمحكمة أن تتوفر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، على ألا يقل عمره عن (40) عاماً، ويكون من بين الفئات الآتية:-

1. أعضاء المحكمة العليا الحاليين والسابقين ممن أمضوا في وظائفهم ثلاث سنوات متصلة على الأقل.
2. قضاة الاستئناف الحاليين ممن أمضوا في وظائفهم سبع سنوات متصلة.
3. أساتذة القانون الحاليين أو السابقين بالجامعات الفلسطينية أو الجامعات المعترف بها في فلسطين ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثلاث سنوات متصلة على الأقل، أو أستاذ مشارك أمضى ست سنوات متصلة على الأقل، أو أستاذ مساعد أمضى تسع سنوات متصلة على الأقل.
4. المحامون الذين مارسوا مهنة المحاماة عشرين سنة متصلة على الأقل.
5. أعضاء النيابة العامة ممن أمضوا في وظيفة رئيس نيابة فأعلى خمسة عشر سنة متصلة على الأقل.

ب- النقد المستند إلى طريقة تكوين الهيئة المكلفة في رقابة دستورية القوانين

إنَّ الهيئة التي تمارس الرقابة السياسية تتشكَّل إما عن طريق الانتخاب أو التعيين، وفي حال تشكيل الهيئة عن طريق التعيين على سبيل المثال؛ فإن ذلك يمكن أن يؤثر في ضمان العامل الأهم لتمكين الهيئة من عملها الرقابي، وهو عامل الحيادة والاستقلال وتكون عرضةً للتأثر بالاعتبارات السياسية أكثر من الاعتبارات القانونية، وأيضاً التبعية لمن يصدر قرارات التعيين، وإن تم تعيين هذه الهيئة بالمشاركة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، قد يحدث صداماً بين أعضاء هذه الهيئة ويكون سبباً من أسباب الاضطراب السياسي بدلاً من تحقيق الاستقرار، أما في حال تشكيل الهيئة عن طريق الانتخاب من قبل الشعب فهي معرضة أيضاً لأن تُأثر عليها نفس التيارات والاتجاهات السياسية التي تسيطر على السلطة التشريعية (المجلس التشريعي/ البرلمان) مما يعني انتفاء عامل الحيادة والاستقلال، لكن هذا الانتقاد حسب رأي الباحث غير دقيق ذلك أن عوامل الحياد والاستقلال هي عوامل ذاتية ومرتبطة بشخصية القاضي الدستوري ومدى الوعي العام لأهميه هذه العناصر .

ت- النقد المستند إلى عدم شمولية اختصاص المجلس الدستوري

من الانتقادات التي وُجِّهت للتجربة الفرنسية لتطبيق الرقابة السياسية عن طريق المجلس الدستوري الفرنسي، أنَّ استثناء مشروعات القوانين التي يوافق عليها الشعب باستفتاء عام غير خاضعة لرقابة المجلس الدستوري، فقد رفض المجلس الدستوري التحقق من مطابقة تلك القوانين للدستور منذ استفتاء (1962/10/28)¹، وسبب ذلك أن المجلس الدستوري قرر أنَّ القوانين التي أقرت عن طريق الاستفتاء الشعبي العام، تُعتبر تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية حيث إنَّ رقابته تدخل حصراً ضمن مشروعات القوانين التي وافق البرلمان عليها وأن ولايته منحصرة في الحدود التي

¹. انظر في ذلك : رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري " (المرجع السابق) ص 671.

هاني الطهراوي، " النظم السياسية والقانون الدستوري " (المرجع السابق) ص 363.

نعمان الخطيب، " الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري " (المرجع السابق) ص 486.

علي شنتاوي، " الأنظمة السياسية والقانون الدستوري الأردني والمقارن " (المرجع السابق) ص 200.

رسمها الدستور¹، وذلك الإجراء منتقد لأنه "يؤدي إلى عدم رقابة هذه القوانين سواء أمام القضاء أو أمام المجلس الدستوري، بالرغم من أن مشروعات القوانين التي يستفتى الشعب عليها قد تتضمن أحكاماً مخالفة للدستور ومقيدة للحريات ويوافق عليها الناخبون دون أن يشعروا بمدى خطورتها"².

ث- النقد المستند إلى أن الرقابة السياسية مقررة لصالح السلطات العامة

وأن من الإنتقادات المهمة التي وجهت لشكل الرقابة السياسية على دستورية القوانين بشكل عام وتجربة الرقابة السياسية للمجلس الدستوري في فرنسا بشكل خاص هي عدم السماح للأفراد بحق الطعن بعدم دستورية قانون أو نص قانوني ما، مما يشكل ضعفاً في غاية هذه الرقابة، فهذه الرقابة شرعت لحماية حقوق الأفراد (المواطن)، والتأثير على ضمان احترام النصوص الدستورية المتعلقة بحقوق الأفراد وحرياتهم، ولهذا يذهب الفقه الفرنسي إلى أن " الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا مقررة لحماية السلطات العامة وليس لصالح الأفراد"³.

وبتعلق الباحث على مناقشة الدراسة لشكل الرقابة السياسية على دستورية القوانين، تشير الدراسة إلى أن الانتقادات التي وردت بمناقشة الرقابة السياسية بشكل عام، والتطبيق الواقعي لها الذي يمثله تجربة النموذج الرقابي الدستوري الفرنسي قبل صدور دستور الجمهورية الخامسة لعام (1958)، تأثرت بظروف متعددة تحيط بالموضوع محل التقييم⁴، فالظروف التاريخية السياسية والقانونية

¹. وبذلك يُظهر المجلس الدستوري احتراماً للشرعية الديمقراطية، حيث كان الشعب الفرنسي قد صوت بالاستفتاء الذي رفض المجلس الدستوري الفصل في مدى دستوريته، على قانون يجعل انتخابات رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع العام المباشر، للمزيد انظر: عوض المر، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية"، (المرجع السابق) ص532، ومن النماذج الدستورية العربية التي قد نصت على ذلك أيضاً دستور الجمهورية السورية العربية (2012) حيث نصت المادة (148) على أنه "لا يحق للمحكمة الدستورية العليا أن تنتظر في دستورية القوانين التي يطرحها رئيس الجمهورية على الاستفتاء الشعبي وتعال موافقة الشعب"، للمزيد حول الدساتير العالمية ومقارنتها تصفح الموقع الإلكتروني:

<https://constituteproject.org>

². رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري " (المرجع السابق) ص671.

³. هاني الطهراوي، " النظم السياسية والقانون الدستوري " (المرجع السابق) ص363.

⁴. يتفق الباحث مع رأي الدكتور نعمان الخطيب بما ورد في مؤلفه " الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري " (مرجع سابق) ص 487، الذي خلص إلى نتيجة مفادها أن تطور تجربة الرقابة السياسية في فرنسا تأثرت بظروف متعددة في تقييم هذه التجربة وهذا المنهج من الرقابة، وطرح مثلاً على ذلك بأن " الحكم الديكتاتوري ل نابليون الأول ونابليون الثالث وعدم الاستقرار السياسي الذي عاصر هذين العهدين، وما تلاهما من ظروف في ظل الجمهورية الرابعة وهيمنة السلطة التنفيذية خاصة بعدها عن مبدئي الحياد والاستقلال اللذين يجب أن تتميز بهما كل رقابة، وعلى ذلك فإن الظروف غالباً ما يكون لها ناتج سلبي أو إيجابي على أي ظاهرة معينة فتؤثر بها نجاحاً أو فشلاً".

المحيطة بنشأة الرقابة السياسية¹ وتطورها في فرنسا أثرت جذرياً في إتباع شكل الرقابة السياسية على دستورية القوانين في فرنسا وتطويرها لهذا الشكل الرقابي، وهذا ما وضحته الدراسة في نتيجة المبحث الأول من الفصل الأول منها.

وإنَّ الباحث يرفض فكرة التوصل إلى نتيجة تتضمن تأييد شكل الرقابة السياسية أو معارضته، ولكن يريد أن يتوصل في بحثه إلى أن الرقابة السياسية هي دائماً رقابة سابقة؛ ولكن الرقابة السابقة ليست مرتبطة بالرقابة السياسية حصراً، بل يمكن أن تقوم أيضاً في شكل الرقابة القضائية، فلا يوجد مانع نظري من ذلك، لأن الرقابة السابقة تتميز بأنها رقابة وقائية تمنع المخالفة الدستورية قبل وقوعها، وتحقق الاستقرار الدستوري وحماية الأوضاع القانونية، التي يمكن أن تنشأ في ظل قوانين تحمل في نصوصها مخالفة دستورية إذا لم تطبق الرقابة على دستورية القوانين السابقة على صدور القوانين².

وإضافه إلى ذلك أن بعض الآراء الفقهية رفضت شكل الرقابة السياسية³، ذلك لأنَّ مصطلح السياسية " كلمة مرنة مطاطة صعبة التحديد" لذا يفضل تسميتها بالرقابة غير القضائية بدلاً من الرقابة السياسية⁴.

¹. للمزيد حول الظروف التاريخية لنشأة الرقابة السياسية وعدم الاستقرار السياسي في السنة الثامنة للثورة الفرنسية ودستور سنة 1852 انظر: إبراهيم درويش، " القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية" (القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة 2004) ص172 وما بعدها.

². يتفق الباحث مع رأي الدكتور رمزي الشاعر بما ورد في مؤلفه " النظرية العامة للقانون الدستوري" ص 682، الذي خلص إلى نتيجة مفادها أن " أي كان موقفه من فاعلية الرقابة السياسية أو عدم فاعليتها، إلا أنه يجب عدم الخلط بينها وبين الرقابة السابقة لصدور القانون، فإذا كانت الرقابة السياسية رقابة سابقة دائماً إلا أن الرقابة السابقة ليست مقصورة على حالات الرقابة السياسية بل يمكن أن تقوم في حال الأخذ بالرقابة القضائية، فلا يوجد ما يمنع من الأخذ بالرقابة السابقة للتحقق من مدى مطابقة القوانين التي ستصدر للدستور قبل أن تجد مجالاً للتطبيق العملي في البلاد التي تأخذ بالرقابة على دستورية القوانين عن طريق محكمة خاصة تنشأ لهذا الغرض، بل إن الأخذ بهذه الرقابة السابقة له مزايا سبق وأن وضحتها، فهي رقابة تمنع المخالفة الدستورية قبل وقوعها مما يحقق الاستقرار الدستوري ويحمي الأوضاع القانونية التي تنشأ في ظل القوانين التي تصدر.

³. الرفض في هذه الحال اصطلاحاً وليس موضوعاً.

⁴. صباح المومني، " الرقابة على دستورية القوانين " (دراسة مقارنة تحليلية في ضوء التعديلات الدستورية)، (عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2017) ص 65.

والنموذج الدستوري التونسي الحديث يعد مثالا للرقابة السابقة على دستورية القوانين في مفهومها الواسع على مشروعات القوانين وتمارس أيضاً الرقابة اللاحقة من خلال الدفوع التي تثار بعدم دستورية أحد القوانين أمام المحاكم من قبل الخصوم؛ وهو ما يمكن أن يطلق عليه منهج رقابي مختلط، وهذه الرقابة تمارس من قبل هيئة قضائية (المحكمة الدستورية التونسية)¹، وعليه أخذ النموذج التونسي الحديث بنظام رقابي قضائي مختلط يجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة²، وأيضاً تتوزع صلاحيات التعيين على السلطات التأسيسية (التنفيذية والتشريعية والقضائية)³ وطريقة هذه التعيين تأتي نتيجة توافق سياسي بما يضمن تمثيل أهم التيارات الفكرية والقانونية والسياسية⁴.

¹. نص الدستور التونسي لعام 2014 بالفصل (118) على أن " المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة " وأيضاً نص في الفصل (120) على اختصاصات المحكمة الدستورية وذلك على:

- مشاريع القوانين بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو ثلاثين عضواً من أعضاء مجلس نواب الشعب يُرفع إليها في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ مصادقة المجلس على مشروع القانون، أو من تاريخ مصادقته على مشروع قانون في صيغة معدلة بعد أن تمّ ردّه من قبل رئيس الجمهورية.
- مشاريع القوانين الدستورية التي يعرضها عليها رئيس مجلس نواب الشعب حسبما هو مقرر في الفصل 144 أو لمراقبة احترام إجراءات تعديل الدستور.
- المعاهدات التي يعرضها عليها رئيس الجمهورية قبل ختم مشروع قانون الموافقة عليها.
- القوانين التي تحيلها عليها المحاكم تبعاً للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم في الحالات وطبق الإجراءات التي يقرها القانون.
- النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب الذي يعرضه عليها رئيس المجلس.

². لا يتفق الباحث مع بعض آراء أساتذة القانون الدستوري التي كانت كتبهم مراجع أساسية لدراساتي المتواضعة، حيث ورد أن الدستور التونسي لعام 2014 أخذت بشكل الرقابة السياسية كما في مرجع الدكتور نعمان الخطيب " الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري " (المرجع السابق) في هامش ص 482 ، ومرجع الدكتورة صباح المومني " الرقابة على دستورية القوانين " (المرجع السابق) ص 66، حيث إن الدستور التونسي لعام 2014 نص صراحة في الفصل (118) على أن " المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة " وهذا النص واضح ولا يحتمل التفسير، وعليه إن النظام الدستوري التونسي قد أخذ بمنهج الرقابة القضائية المركزي المختلط (الرقابة السابقة وأيضاً اللاحقة) كما أشارت الدراسة في متن التعليق على هذا الفرع، ورأي الباحث يحتمل الصواب والخطأ.

³. نص الفصل (118) من الدستور التونسي لعام 2014 على أنه " يعين كل من رئيس الجمهورية، ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء، أربعة أعضاء على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون، ويكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات.

⁴. أكرم غيلوفي، " خصوصية المحكمة الدستورية من خلال دستور 2014 " (مقالة منشورة في موقع إلكتروني، مجلة الدراسات القانونية والبحوث السياسية والاجتماعية، <http://polyjuris.com>) نشرت بتاريخ 2017/3/2.

وتضيف الدراسة أيضاً أن بعض الأنظمة الدستورية مثل النموذج الدستوري اللبناني، قد خول مهمة الرقابة على دستورية القوانين لهيئة رقابية خاصة تسمى المجلس الدستوري¹ وتُشكّل من قبل السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية (مجلس النواب/مجلس الوزراء) وهي هيئة دستورية مستقلة ذات صفة قضائية²، ولكن الرقابة في هذا النظام هي لاحقة لصدور القوانين تتم بعد أن يصبح القانون سارياً حسب الأصول³.

وعليه يرى الباحث أنّ أهداف الرقابة على دستورية القوانين، هي ضمان مبدأ علو الدستور واحترام نصوصه التي تكفل الحقوق والحريات والمبادئ الدستورية مثل: حق السكن والتعليم والمحاكمة العادلة والالتزام بمبادئ حقوق الإنسان العالمية وحرية الدين وتعدد الأحزاب السياسية، لا تتحقق ولا تتم إلا إذا كانت الهيئة التي تمارس الدور الرقابي تتمتع بالحياد والاستقلال اللازمين لضمان عدم تأثرها بالتيارات السياسية والحزبية، وكفاءة أعضائها وقدرتهم على تفسير النصوص الدستورية بمرجعيتهم في الفكر القانوني والاجتماعي والسياسي.

الفرع الثاني: الشكل القضائي للرقابة على دستورية القوانين

أولاً: مفهوم الشكل القضائي للرقابة على دستورية القوانين

يستند هذا الشكل بالأساس على رقابة دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية من خلال هيئة قضائية مختصة مستقلة ينشئها الدستور ويضمن استقلالها، وهي ذات طبيعة عمل قانوني

¹. نصت المادة (19) من الدستور اللبناني لعام 1926 (المعدل عام 2004) على أن:

* "ينشأ مجلس دستوري لمراقبة دستورية القوانين والبت في النزاعات والطعون الناشئة عن الانتخابات الرئاسية والنيابية".
* "يعود حق مراجعة هذا المجلس في ما يتعلق بمراقبة دستورية القوانين إلى كل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء أو إلى عشرة أعضاء من مجلس النواب، وإلى رؤساء الطوائف المعترف بها قانونياً في ما يتعلق حصراً بالأحوال الشخصية، وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية، وحرية التعليم الديني. تحدد قواعد تنظيم المجلس أصول العمل فيه وكيفية تشكيله ومراجعته بموجب القانون".

². نصت المادة الأولى والمادة الثانية من قانون المجلس الدستوري اللبناني رقم (250) الصادر في 1993/7/14 والمعدل في القانون رقم (150) في 1999/10/30 على أن: - "المجلس الدستوري هيئة دستورية مستقلة ذات صفة قضائية"، وأيضاً في المادة الثانية "يعين مجلس النواب نصف هؤلاء الأعضاء بالأكثرية المطلقة من عدد الأعضاء الذي يتألف منه قانوناً في الدورة الأولى وبالأكثرية النسبية من أصوات المقترعين في الدورة الثانية، وإذا تساوت الأصوات فالأكبر سناً يعتبر منتخباً".

³. للمزيد حول النظام الدستوري اللبناني انظر: غسان الخيري، "الرقابة القضائية على القوانين" (المرجع السابق) ص 59.

يتمثل في "البحث عن مدى اتفاق القانون الذي سنّه البرلمان مع القواعد التي أرساها الدستور، ومعرفة ما إذا كانت تلك التشريعات قد خالفت الدستور سواء كانت هذه المخالفة صريحة أو ضمنية"¹، وهي تباشر عملها الرقابي على أساس السلطة الممنوحة لها بموجب الدستور، وتمارس هذه الرقابة القضائية بآليات محددة تنص بموجب القانون؛ وتأتي على سبيل الحصر وهي من النظام العام وستناقشها هذه الدراسة في المطلب الثاني من هذا المبحث، والرقابة القضائية كما ستوضح الدراسة في هذا الفرع هي رقابة بالأساس لاحقة لصدور التشريعات ويمكن أن تكون أيضاً سابقة حسب النموذج الدستوري للدولة التي تتبنى شكل الرقابة القضائية²، وينتج عن تطبيق الرقابة القضائية إلغاء القانون المخالف للدستور مخالفة صريحة وحظر تطبيقه حتى اتخاذ الاجراء المناسب من قبل السلطة التشريعية التي تملك السلطة الأصلية بإلغاء القوانين وإقرارها، وتختلف النتائج باختلاف آلية تطبيق الرقابة القضائية وسلطة المحكمة المستمدة من الدستور التي تنظر في دستورية القوانين، وستناقش هذه الدراسة مفاهيم مثل: (الإلغاء والامتناع)³ في المطلب الثاني من هذا المبحث عند مناقشة آليات الرقابة على دستورية القوانين.

وهناك اتجاهان رئيسان في تحديد الجهة القضائية التي تمارس الرقابة القضائية، إما أن تكون من اختصاص جميع أنواع المحاكم ودرجاتها (رقابة لا مركزية) دون تحديد الجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية القوانين، حيث تستطيع أي محكمة بالنظام القضائي أن تنظر في الدفوع المتعلقة بدستورية القوانين كجزء من وظيفتها الأصلية للسلطة القضائية، " وإذا تعارض قانون

¹. هاني الطهرواي، " النظم السياسية والقانون الدستوري" (المرجع السابق) ص363.

². فمثلاً القوانين التي تقرها السلطة التشريعية لا بد أن ترسل إلى رئيس الدولة ليقوم بإصدارها، وقد يرى رئيس الدولة إحالة القانون إلى محاكم خاصة تحدها الدساتير؛ للتحقق من دستورية القانون قبل إصداره، ويمارس القضاء هذه السلطة نتيجة لطلب رئيس الدولة أو بطلب المجلس التشريعي أو من كليهما، وذلك على العكس من الإلغاء اللاحق للقانون والذي يمارس نتيجة للطعن الذي يقدم من الأفراد (الدعوى الأصلية) للمزيد انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 718.

³. يقصد بالامتناع بشكل عام أن يكون من حق القضاء الامتناع عن تطبيق تشريع ما في الدعوى المنظورة أمامه بسبب مخالفته للدستور، من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، والمحكمة بهذه الحال لا تحكم ببطلان التشريع أو بإلغائه، وإنما تقف سلطتها عند الحد عن امتناع تطبيقه، كما في النموذج الرقابي في الولايات المتحدة الأمريكية، أما الإلغاء يقصد به بشكل عام أن من حق القضاء إذا عرض عليه الفصل في دستورية تشريع ما أن يحكم بإلغائه إذا كان مخالفاً للدستور، ويترتب على ذلك بطلان التشريع، انظر: عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية (مرجع سابق) ص 25.

عادي مع نص دستوري فإن واجب القاضي أن يفصل في النزاع المطروح عليه بحسب القانون الأسمى وهو الدستور، وهو ما يشكل نوعاً من حماية حقوق الأفراد الدستورية، ولكن برأي الباحث أن هذا الاتجاه يعمل على عدم استقرار المعاملات القانونية وإطالة أمد الدعوى بالدفع الدستورية غير الجدية التي تهدف للماطلة بالدعوى، وتجهد المحاكم بالبحث في دستورية نصوص المواد من عدمه والتباين في أحكامها بخصوص دستورتيتها من عدمها.

وإما أن تكون مهمة الرقابة على دستورية القوانين من اختصاص جهة قضائية محددة مستقلة تنظم بموجب تشريع (رقابة مركزية)¹ مثل : المحاكم القضائية العليا في النظام القضائي العادي أو المحاكم الدستورية العليا المختصة (محكمة خاصة)² بالنظر في دستورية القوانين والأنظمة، وقد انتقد هذا الاتجاه الذي يمنح حق الرقابة على دستورية القوانين لهيئة قضائية مختصة مستقلة، "لأنها من الممكن أن تتحول لهيئة سياسية تضاف للهيئات السياسية الأخرى، وبالتالي تكون مصدراً لإشكالات سياسية ودستورية"³، وهذا برأي الباحث غير وارد نظرياً؛ لأن من أهم ما تتميز به المحاكم المختصة بالرقابة على دستورية القوانين هي النزاهة والاستقلال والحياد عن أي سلطة من

¹. انعقد مؤتمر دولي للقانون العام في باريس عام 1928 للمفاضلة بين الرقابة القضائية المركزية واللامركزية وقد شارك في المؤتمر فقهاء قانون دوليين، وقد أيد عدد منهم نظام اللامركزية للرقابة القضائية بحجة أن إعطاء سلطة الرقابة القضائية على دستورية القوانين يمكن أن تحول هذه المحكمة مؤسسة سياسية تضاف إلى المؤسسات السياسية الأخرى، للمزيد انظر: أحمد أبو المجد، " الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري " (مرجع سابق) هامش ص 577، وأيضاً أنظر نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) هامش ص 490.

². تشير الدراسة هنا على سبيل المثال: إلى النموذج الدستوري المصري الذي تبني منهاج الرقابة القضائية المركزية اللاحقة من خلال محكمة دستورية عليا استناداً للمادة (191) من الدستور المصري الحالي لعام (2014) حيث نصت على أن " المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة، قائمة بذاتها، مقرها مدينة القاهرة، ويجوز في حال الضرورة انعقادها في أي مكان آخر داخل البلاد، بموافقة الجمعية العامة للمحكمة، ويكون لها موازنة مستقلة، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها، وتدرج بعد إقرارها في الموازنة العامة للدولة رقماً واحداً، وتقوم الجمعية العامة للمحكمة على شؤونها، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بشؤون المحكمة، للمزيد حول نصوص الدستور المصري الحالي انظر: <https://constituteproject.org> .

³. للمزيد حول الإتجاهات المركزية واللامركزية للرقابة على دستورية القوانين، وأمثلة عن الأنظمة الدستورية التي اعتمدت هذه الإتجاهات والانتقادات التي وجهت لها انظر: صباح المومني، " الرقابة على دستورية القوانين " (دراسة مقارنة تحليلية في ضوء التعديلات الدستورية) (مرجع سابق) ص 68، وأيضاً انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري " (مرجع سابق) ص 690.

سلطات الدولة وخاصة بالدول التي تطبق عملياً مبدأ الفصل بين السلطات، عدى عن الضمانات التي يكفلها القضاء.

ثانياً: تطبيق الشكّل القضائي للرقابة على دستورية القوانين

عند الحديث عن التجربة التطبيقية الواقعية المستمدة من تجارب تاريخية لشكّل الرقابة القضائية، يطرح نموذج الولايات المتحدة الأمريكية للرقابة القضائية على دستورية القوانين¹، حيث إنّ حق الرقابة على دستورية القوانين تقرر بوساطة القضاء وتأييد الفقه²، وعليه يتبنى هذا النموذج القضائي الرقابي على دستورية القوانين نظاماً لامركزياً³؛ ويخول هذا الحق لجميع المحاكم في السلم القضائي على اختلاف درجاتها، بحيث تكون "الرقابة القضائية على دستورية القوانين جزءاً من الوظيفة الأصلية للسلطة القضائية، دون حصر هذه الرقابة القضائية على المحكمة الاتحادية العليا⁴، وأن جميع المحاكم الأمريكية تباشر مهمة الرقابة الدستورية بحسب اختصاصها، حيث تراقب المحكمة العليا الاتحادية دستورية القوانين التي تسنها الولايات، وتراقب كذلك القوانين التي يسنها الكونجرس (السلطة التشريعية الاتحادية) وتباشر محاكم الولايات اختصاص الرقابة القضائية

¹. من الجدير بالذكر أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية يتصف بالدستور المكتوب الجامد؛ حيث إنّ الدستور هو قواعد عليا تفوق القوانين مرتبة (الفدرالية والمحلية) للمزيد انظر: علي أبوحجيّة، "الرقابة على دستورية القوانين في الأردن" (المرجع السابق) ص 54.

². أوردت هذه الدراسة السند التاريخي القضائي للرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال المبحث السابق الخاص بالمرجعية القانونية للرقابة على دستورية القوانين.

³. ألزمت المادة السادسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية (1789) المعدل عام (1992) في كل ولاية بالدستور الإتحادي وقوانين الولايات المتحدة وكل المعاهدات التي أبرمتها، وألزمها بعدم الاعتراف بدساتير الولايات أو قوانينها إذا كانت تخالف ذلك، وهذا النوع من الرقابة اللامركزية على دستورية التشريعات يعتبر من قبيل رقابة الامتناع التي ستبحث في مفهومها الدراسة بالمطلب الثاني من هذا المبحث، للمزيد انظر: حمدان فهمي، "اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها" (القاهرة- دار الكتب المصرية، 2009) ص 68.

* نص المادة السادسة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية (1789) المعدل عام (1992) "هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً له، وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة؛ هو القانون الأعلى للبلاد، ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به، ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفاً لذلك. <https://constituteproject.org>.

⁴. أنشئت المحكمة العليا الأمريكية بموجب المادة الثالثة من الدستور الأمريكي لعام (1789) المعدل عام (1992) التي نصت على أن "تتأط السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة وبمحاكم أدنى درجة حسبما يريثي الكونجرس ويحدد من حين لآخر"، وتختص المحكمة العليا الأمريكية بنوعين من الاختصاصات أحدها أصيلة والأخرى استئنافية، للمزيد انظر: صباح المومني، "الرقابة على دستورية القوانين" (دراسة مقارنة تحليلية) (المرجع السابق) ص 100.

الدستورية بالنسبة للقوانين التي تسنها السلطة التشريعية في الولايات فقط، لكنها لا تمارسها بالنسبة للقوانين التي يسنها الكونجرس"¹، وتتصل محاكم الولايات بالدعوى الدستورية عن طريق عدد من الآليات وهي كالدفع بعدم الدستورية، والأمر القضائي بالمنع، والحكم التقييري، وفي هذا النظام اللامركزي يقوم قاضي الموضوع بالتحقق من مدى مخالفة هذا القانون للدستور من عدمه؛ وإذا تحققت من مخالفته تقوم المحكمة بالامتناع عن تطبيقه، والأساس القانوني في حق قاضي الموضوع في الامتناع عن تطبيق قانون ما يرى أنه مخالف للدستور هو " واجب وحق للقاضي بحكم وظيفته؛ وهي الفصل بين المنازعات وتغليب القانون الأعلى عندما يتعارض معه قانون أدنى، ولا يحتاج لنص دستوري يبيح له مباشرة تلك الرقابة، لأنَّ عدم تنظيم الدستور للرقابة يفسر على أنه قبول بواسطة الدفع الفرعي"².

وفي تحليل تجربة نموذج الولايات المتحدة الأمريكية في تنظيم الرقابة الدستورية عن طريق آلية الدفع الفرعي في ظل نظام لامركزي يسمح للأفراد أصحاب المصلحة بإثارة الطعون الدستورية أمام جميع المحاكم الأمريكية³، التي تضع النص الدستوري إلى جانب النص التشريعي المطعون فيه لتحديد ما بينهما من اختلاف وتوافق، ونتيجة لذلك إذا ثبت لقاضي الموضوع أن القانون مخالف للدستور الأمريكي امتنع عن تطبيقه في هذا النزاع المعروف أمامه، وهذا مستمد من وظيفة القاضي الطبيعية والتي تقوم على الفصل بين المنازعات.

وعليه في هذا النموذج تقوم محكمة الموضوع في البحث في مدى تعارض النص التشريعي أو توافقه المطعون فيه مع النص الدستوري، وأثر هذا الحكم القاضي بالامتناع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور في النزاع المعروف أمام محكمة الموضوع لا يلغي النص التشريعي، بل يبقى

¹. للمزيد حول النموذج اللامركزي للرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة انظر: محمود زكي، " الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحججه" (دراسة مقارنة)، (القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2004) ص 9.

². انظر: علي الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (مرجع سابق) ص 333

³. "تمارس جميع المحاكم الأمريكية وعلى اختلاف أنواعها ودرجاتها في سلم الجهاز القضائي للدولة الرقابة الدستورية، وذلك باعتبارها جزءًا من الوظيفة الأصلية للسلطة القضائية، والتي تتمثل في تطبيق حكم القانون الواجب، حيث إذا تعارض قانون عادي مع نص دستوري فتكون مهمة القاضي وواجبه الفصل في ذلك النزاع في ضوء القانون الأعلى وهو النص الدستوري" انظر: إبراهيم الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشروع" (مرجع سابق) ص 79.

قائماً من ناحية قانونية؛ ولكن يُبطل مفعوله فيصبح غير قابل للتطبيق على النزاع موضوع الدعوى المنظور أمام المحكمة التي أصدرت الحكم بالامتناع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور، ولذلك يحمل حكم المحكمة بالامتناع حجية نسبية وليست مطلقة، فالدستور الأمريكي لم ينص صراحة على الرقابة على دستورية القوانين، ولم ينشئ محكمة مختصة بالرقابة على دستورية القوانين¹، ولكن لأن النظام القضائي الأمريكي قائم على السوابق القضائية وعلى إتباع المحاكم الدنيا لقرارات المحاكم العليا، فإن قضاء المحكمة العليا الأمريكية بالامتناع عن تطبيق تشريع ما مخالف للدستور، يعني من الناحية التطبيقية إبطال مفعول ذلك التشريع والامتناع عن تطبيقه أمام جميع المحاكم وبذلك تتحول حجية النسبية إلى حجية مطلقة في ظل نظام السوابق الذي يأخذ بمبدأ حجية السوابق القضائية².

وتجدر الإشارة إلى أن النموذج الرقابي الأمريكي يأخذ بآليات أخرى لتحريك الدعوى الدستورية وهي آلية الأوامر القضائية (المنع) وآلية الأحكام التقريرية، وتعني آلية الأوامر القضائية (المنع) بأنها: "أوامر منع وقائية تتخذ صيغة النهي الصريح وتوجه إلى شخص عام لإنذاره بأنه إذا استمر في نشاط خاطئ معين أو يوشك أن سيقوم به، فإنه فوق التزامه بالتعويض يتعرض للعقاب على أساس ارتكابه فعل إهانته القضاء"، حيث إنَّ للفرد الذي يرى أنه قد يلحق به ضرر من قانون معين أن يلجأ للمحكمة مدعياً بعدم دستورية ذلك القانون المطعون به وطالباً منها إصدار أمر قضائي إلى الموظفين المختصين بتنفيذه بالامتناع عن تنفيذه لعدم دستوريته³، بمعنى أنه يمكن الطعن بعدم دستورية قانون معين أمام المحاكم الأمريكية قبل أن يطبق على الطاعن (الوقاية)؛ بحجة أن تطبيق

¹ إن الدستور الأمريكي لم يمنح حق الرقابة القضائية على التشريع صراحة، ولكن من خلال التطبيقات القضائية للقضاء الأمريكي فقد قرر لنفسه حق الرقابة على دستورية القوانين، متأثراً بظروف ومراحل متعددة لتطور النظام الدستوري، من خلال عدد من النظريات أهمها نظرية "مارشال" في قضية (ماربوري ضد ماديسون) التي أشارت إليها الدراسة بالمبحث الأول من هذا الفصل، وعوامل أخرى مثل: جمود الدستور الأمريكي ومبدأ الفصل بين السلطات والسوابق التاريخية والدستورية والشكل الفيدرالي (النظام الاتحادي) للولايات المتحدة الأمريكية وجهود المحكمة العليا الأمريكية، للمزيد حول العوامل التي أدت لنشأة وتطور الرقابة القضائية في النظام الدستوري الأمريكي انظر: نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 494، وأيضاً صباح المومني، "الرقابة على دستورية القوانين" (مرجع سابق) ص 96، وأيضاً أحمد أبو المجد، "الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والأقليم المصري" (مرجع سابق) ص 84.

² انظر: صباح المومني، "الرقابة على دستورية القوانين" (مرجع سابق) ص 109.

³ انظر: ابراهيم الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (مرجع سابق) ص 80.

هذا القانون سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالطاعن، ويمكن أيضاً أن يحمل الأمر القضائي الصفة الإيجابية بحيث تصدر المحاكم الأمريكية أمراً قضائياً بناءً على طلب الطاعن المحق بالطعن، إلى أحد موظفي السلطة التنفيذية لرد (ضرائب أو رسوم) محصلة استندت بتحصيلها على قوانين قضت المحكمة بمخالفتها للدستور، وعليه يعد النموذج الأمريكي المطبق الوحيد للأوامر القضائية المستندة إلى ارتباط السلطة القضائية بمبادئ القانون العام ونظام العدالة، لضمان حقوق الأفراد وحمايتهم وفي جميع المجالات خاصة الاجتماعية والاقتصادية وغيرها¹.

أمّا آلية الأحكام التقريرية للرقابة على دستورية القوانين فمقتضاه "يستطيع الفرد أن يلجأ للمحكمة طالباً منها إصدار حكم يقرر مدى دستورية قانون معين يراد تطبيقه عليه"، لذلك على الجهة التي تطبق القانون على الفرد طلب الحكم التقريري أن تؤجل ذلك التطبيق لحين صدور قرار يبين مدى دستورية القانون، وذلك الحكم التقريري الصادر يتمتع بحجة نسبية لا تؤثر إلا على من تقرر لصالحه الحكم².

وختاماً تظهر الدراسة في مناقشتها خصوصية للنموذج الأمريكي للرقابة القضائية على دستورية القوانين عن نماذج الدول الأخرى كما ستبين الدراسة لاحقاً، في ظل نظام السوابق القضائية وإطار النظم القانونية الأنجلوسكسونية، حيث إنّ هذا النموذج انتقد بأنه انحرف بالرقابة للمجال السياسي، وأنه انتقل من رقابة مشروعية إلى رقابة ملائمة؛ إذ أنه جعل من اختصاصه حق مناقشة السياسية

¹. للمزيد حول أوامر المنع القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية وعلى ماذا تستند دستورياً انظر: صباح المومني، "الرقابة على دستورية القوانين" (مرجع سابق) ص 113، وأيضاً نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 503، وأيضاً إبراهيم الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (مرجع سابق) ص 80، وأيضاً رمزي الشاعر، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 712، وأيضاً محمود زكي، "الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثارة وحجيتها"، (دراسة مقارنة) (القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2004) ص 218.

². انظر: نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 504، وأيضاً محمود زكي، "الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثارة وحجيتها" (المرجع السابق) ص 235.

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام التقريرية قد وصفت بأنها أقرب للاستشارة القانونية ولكن مع تمتعها بالحجية النسبية كما ورد في كتاب غازي كرم المرجع السابق ص 285، وهذا ما يتفق معه الباحث ويرأيه أن الأحكام التقريرية متشابهة نوعاً ما مع الأحكام التفسيرية التي تصدرها المحاكمة الدستورية العليا الفلسطينية على سبيل المثال، بموجب نص المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) والمعدلة بنص المادة (12) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) ولكن مع اختلاف الضوابط الشكلية من حيث يحق له تقديم طلب التفسير للمحكمة، وحجية الأحكام التفسيرية.

التشريعية ومدى ملاءمتها¹ ومدى قبول القانون وتقبله في المجتمع وهذه الوظيفة هي جوهر عمل السلطة التشريعية²، حيث إنَّ " الرقابة القضائية في الولايات المتحدة كانت محل نقد كبير من حيث ممارستها السياسية لا من حيث وجودها القانوني"³.

أما بالنسبة للنماذج الدستورية للرقابة القضائية المركزية، التي تمارس رقابة الإلغاء سنداً إلى نص صريح في دساتيرها، وينص على تشكيل المحاكم الدستورية العليا، ومدى صلاحيتها واختصاصاتها وآلية تشكيلها؛ فعلى سبيل المثال: قد تبني **الدستور المصري لعام (2014)** الرقابة القضائية المركزية على دستورية القوانين بشكل صريح من خلال محكمة دستورية عليا، والذي نص في المادة (192) منه على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أى جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها"⁴، وأيضاً تبني **الدستور الأردني لعام (1952)** المعدل عام (2016) الرقابة القضائية المركزية على دستورية القوانين بشكل صريح من خلال محكمة دستورية، فقد نصت المادة (58) على أن "تتشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك"⁵، بالإضافة إلى ذلك تبني **القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام**

¹ يقصد بالملاءمة بشكل عام نوع من التوازن بين ما يفرضه القانون على الأفراد من واجبات وما يحقق لهم من خدمات، وهذا المفهوم من جوهر أعمال السلطة التشريعية عند اصدار أي تشريع.

² للمزيد حول النموذج الأمريكي للرقابة القضائية على دستورية القوانين والانتقادات الموجهة إليه انظر: علي الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (مرجع سابق) ص 428، وأيضاً صباح المومني، " الرقابة على دستورية القوانين" (مرجع سابق) ص 117، وأيضاً إبراهيم درويش، "القانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 227.

³ علي الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (مرجع سابق) ص 434.

⁴ المادة (192) من الدستور المصري لعام (2014)، انظر الموقع الإلكتروني: <https://constituteproject.org>.

⁵ المادة (58) من الدستور الأردني لعام (1952) المعدل عام (2016)، انظر الموقع الإلكتروني:

<https://constituteproject.org>.

(2003) الرقابة القضائية المركزية على دستورية القوانين بشكل صريح من خلال محكمة دستورية عليا، فقد نصت المادة (103) على أن:

1- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في:

أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

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

2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات واجبة الإلتباع، والآثار المترتبة على أحكامها¹.

وأيضاً تبنى الدستور المغربي لعام (2011)² في (الفصل 129) على تشكيل محكمة دستورية؛ "تتألف من اثني عشر عضواً، يعينون لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ستة أعضاء يعينهم الملك، من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، وستة أعضاء يُنتخب نصفهم من قبل مجلس النواب، وينتخب النصف الآخر من قبل مجلس المستشارين من بين المترشحين الذين يقدمهم مكتب كل مجلس، وذلك بعد التصويت بالاقتراع السري وبأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس"³.

¹. المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام (2003)، <http://muqtafi.birzeit.edu>، وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا ينظم عملها قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006) وأيضاً القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) الذي أجرى تعديلات على بعض النصوص الخاصة بعمل المحكم الدستورية، وقد تم تفعيل المحكمة الدستورية العليا بشأن تشكيلها من خلال القرار بقانون رقم (57) لعام 2016.

* بخصوص النموذج الرقابي الفلسطيني فقد خصصت الدراسة الفصل الثاني المتصف بالتخصيص والتطبيقي للبحث في النموذج الدستوري الفلسطيني بالتفصيل، على عكس الفصل الأول الحالي المتصف بالتعميم والنظري والذي يبحث بالنماذج الرقابية وتجاربها المختلفة للدول بشكل عام.

². للمزيد حول الدستور المغربي لعام (2011) انظر: الموقع الإلكتروني <https://constituteproject.org>

³. الفصل (130) من الدستور المغربي لعام (2011).

أما من حيث اختصاصاتها التي تمارسها سنداً للدستور وأحكام القوانين التنظيمية الخاصة في المحكمة، بحيث توجد اختصاصات وجوبية حيث تحال إلى المحكمة الدستورية القوانين التنظيمية قبل الشروع في تطبيقها، وتوجد اختصاصات اختيارية تنظر فيها المحكمة عندما يطلب منها ذلك خاصة القوانين العادية والاتفاقيات الدولية قبل الشروع في تطبيقها والمصادقة عليها بمعنى أنها رقابة المحكمة الدستورية سابقة على اصدار التشريعات¹، وتجدر الإشارة إلى صلاحية المحكمة الدستورية البت في الدفوع التي تثار أثناء النزاعات الخاصة في التشريعات التي تمس الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور².

ثالثاً: تقييم الشكل القضائي للرقابة على دستورية القوانين

تمتاز الرقابة القضائية بصفه عامه بضمان حياد القضاة، وبُعدهم عن التيارات السياسية والحزبية فضلاً عن التخصص الدستوري والقانوني في الهيئة القضائية التي تمارس الدور الرقابي، فإذا ما طبق القضاء الأصول والمعايير القضائية تنتج ضمانات عامة وأسس العدالة والإنصاف مثل: علنية المحاكمة ووجوب تعليل الأحكام والمدافعة والمرافعة³، وكذلك لا يمكن للرقابة أن تحقق أهدافها العامة إلا إذا كانت " من اختصاص هيئة قضائية تتمتع بالحياد والاستقلال وعدم تأثرها بالتيارات السياسية والحزبية، وتمتع أعضائها بكفاءة عالية تمكنهم من فهم النصوص الدستورية، وعلى تحديد ما يخالف الدستور من قوانين وأنظمة"⁴، وزيادة على ذلك إن " القضاء بطبيعته وبحكم خبراته في تطبيق القانون والضمانات والحصانات التي يتمتع بها فإنه يكون أقدر على الفصل فيما

¹. للمزيد من التفصيل انظر: محمد الحاج قاسم، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (المفاهيم الأساسية) (المغرب- الدار البيضاء، مكتبة بروفانس، الطبعة الخامسة، 2013) ص 89.

². الفصل (133) من الدستور المغربي لعام (2011)

³. مؤمن رباط، " الوسيط في القانون الدستوري العام" (بيروت-لبنان، دار العام للملايين، الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، 2004) ص 536.

⁴. رأي الباحثة صباح المومني، "الرقابة على دستورية القوانين" (دراسة مقارنة تحليلية في ضوء التعديلات الدستورية) (مرجع سابق) ص 66.

إذا كان التشريع العادي قد تجاوز الحدود الدستورية أم لا، بالإضافة إلى أن القضاء أبعد عن المؤثرات السياسية وأقرب من الحياد وقول الصواب"¹.

وقد وجهت بعض الانتقادات لشكل الرقابة القضائية بصفه عامه؛ حيث إنّه يمكن للقضاء بهذه الصلاحيات الممنوحة له أن يتعدى مهمته الأساسية وهي البحث عن القوانين والأنظمة المخالفة للدستور، وذلك التجاوز يكون في التدخل بالعمل التشريعي والحد من سيادة البرلمان (السلطة التشريعية) الممثل للأمة، من خلال مناقشة السياسات التشريعية ومدى ملاءمة القانون للمجتمع، وذلك بحجة حماية الدستور، مما يؤدي إلى الإخلال الجوهري بمبدأ الفصل بين السلطات حتى إنّ هذه التدخلات لا يمكن أن تكون من باب التعاون بين السلطات²، وهذا ما يندرج تحت باب ضوابط القضاء في الرقابة على التشريع الذي ستناقشه هذه الدراسة في الفصل الثاني منها³.

وبتعلق الباحث على مناقشة الدراسة لشكل الرقابة القضائية على دستورية القوانين تشير الدراسة إلى أن منهاج الرقابة القضائية قد تم تطبيقه في معظم الأنظمة الدستورية للدول التي تهدف لحماية النصوص الدستورية التي تضمن الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، وتنظيم السلطات الأساسية للدول، حيث إنّ لكل نظام دستوري تجربة قضائية للرقابة على دستورية القوانين ونصوص دستورية مختلفة تمنح حق القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، سواء كانت مركزية أو لامركزية، وأن هذه التجارب القضائية الرقابية تختلف من دولة لأخرى، ومدى تحقيقها لأهداف الرقابة القضائية متأثرة بعدد من العوامل مثل: الاعتبارات السياسية للدول، وشكل نظام الحكم فيها (النظام البرلماني و

¹ ابراهيم درويش، " القانون الدستوري" (النظرية العامة والرقابة الدستورية)، (القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2004) ص 226.

² للمزيد انظر: غازي كرم، " النظم السياسية والقانون الدستوري" (دراسة مقارنة للنظام الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة)، (عمان، إثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2009) ص 286، وأيضاً أنظر: علي ابو حجيبة، " الرقابة على دستورية القوانين في الأردن" (مرجع سابق) ص 36.

³ تجدر الإشارة إلى رأي الدكتور أحمد أبو المجد، " الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري" (مرجع سابق) ص 591، بأن الرقابة على دستورية القوانين سلاح ذو حدين، فإن أحسن القضاء استعمالها واعتدل في ممارستها كانت مظهراً أساسياً من مظاهر سيادة القانون، ووسيلة فعالة من وسائل حماية حقوق الأفراد والأقليات، أما إذا بالغ في استعمالها واستغل غموض النصوص الدستورية التي يحاكم أعمال السلطات العامة إليها للوقوف في وجه الأغلبية المنتخبة في المسائل الاجتماعية والاقتصادية وفرض الوصاية القضائية على الهيئة التشريعية فإنها تنقلب حينئذ إلى معول خطير من معاول هدم الحياة الديمقراطية السلمية.

النظام الرئاسي) وهذا يطابق تقريباً ما توصلت إليه الدراسة في الفرع الأول من هذا المطلب، عند تعليق الباحث على شكل الرقابة السياسية، ذلك أن "تنظيم الرقابة الدستورية يجب أن يتبع ظروف كل دولة وحدها، فإن الحكم على مدى ملاءمة أو نجاح أي تنظيم لتلك الرقابة ينبغي أن يقيم على النتائج التي يحققها هذا التنظيم داخل الدولة المعمول فيها، ويكون من الضروري مراجعة النتائج للإبقاء على التنظيم المعمول به أو للعدول عنه إلى تنظيم آخر يكون أكثر ملاءمة وفعالية"¹.

إنَّ شكل الرقابة القضائية على دستورية القوانين يستند بالإساس إلى الفكر القانوني²، ذلك أن القضاء الذي يمارس دور الرقابة على دستورية القوانين _بغض النظر إن كانت الرقابة مركزية أو لامركزية سابقة أو لاحقة_ فمهمته النظر في دستورية القوانين والأنظمة وتقرير مخالفتها من عدمه، عن طريق آليات تحريك الدعوى الدستورية، ويترتب على تقرير مخالفتها إما إلغاؤها أو حظر تطبيقها، وهذا ما ستناقشه الدراسة بالتفصيل في المطلب اللاحق.

المطلب الثاني: آليات الرقابة القضائية على دستورية القوانين

(تحريك الدعوى الدستورية)

إن الدول التي تبنت منهاج الرقابة القضائية على دستورية القوانين تتنوع بآليات الرقابة؛ حيث أنها تُنَوِّعُ مِنْ طُرُقِ تحريك الدعوى الدستورية أمام القضاء المختص بالرقابة على دستورية القوانين، وذلك التنوع يظهر تبعاً لما تقرره الدول في دساتيرها، وتبعاً لظروفها ومفاهيمها كما ذكر سابقاً، وعليه يمكن تحريك الدعوى الدستورية عن طريق آليات أساسية أهمها: تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية، وتحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي إضافة إلى تحريك الدعوى عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع، وأخيراً تحريك الدعوى عن طريق التصدي من قبل المحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص الأصلي بالنظر في دستورية القوانين.

¹. انظر: سعد عصفور، "المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية" (الإسكندرية، منشأة المعارف، 1980) ص 81.

². يتفق الباحث مع الرأي الوارد في كتاب غازي كرم، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 287، في تقديره للرقابة القضائية على دستورية القوانين بشكل عام بأن "ارتكاز أساس الرقابة على الفكرة القانونية التي تبحث في مدى موافقة القوانين للفكرة القانونية المتمثلة بالدستور، لأن الدستور يعكس أهداف تطور المجتمع ومهامه.

الفرع الأول: تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية

وتكون عن طريق إقامة نزاع قضائي أمام الجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية القوانين (المحاكم الدستورية - النظام المركزي) بشكل مباشر، حيث أنّ يختص صاحب المصلحة الشخصية والمباشرة (أفراد أو أشخاص إعتبارية) القانون بصفة أصيلة واستقلالاً عن أي نزاع طالباً الحكم بعدم دستورية التشريع _ القانون _ وإلغائه، وقد تكون سلطة المحكمة بالإلغاء لاحقة لصدور التشريع وقد تكون سابقة لصدور التشريع¹، فإذا تبين للمحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين صحة ما يدعيه الطاعن قامت بإلغائه وأعدمته من الوجود، أما إذا تبين للمحكمة غير ذلك فإنها تقضي برد الدعوى، ويبقى القانون مطبقاً وساري المفعول²، ونتيجة الحكم بمخالفة النص التشريعي للدستور تكون بإلغاء النص التشريعي عن طريق حكم المحكمة الدستورية الناتج عن

¹. فمثلاً القوانين التي تقرها السلطة التشريعية لا بد أن ترسل إلى رئيس الدولة ليقوم بإصدارها، وقد يرى رئيس الدولة إحالة القانون إلى محاكم خاصة تحدها الدساتير للتحقق من دستورية القانون قبل إصداره، وهذا ما يسمى بالإلغاء السابق لصدور القانون، ويمارس القضاء الدستوري هذه السلطة نتيجة لطلب رئيس الدولة أو بطلب المجلس التشريعي أو من كليهما، وذلك على العكس من الإلغاء اللاحق لصدور القانون والذي يمارس نتيجة للطعن الذي يقدم من الأفراد (الدعوى الأصلية) للمزيد انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 718، ومن الأمثلة على الإلغاء القضائي السابق لصدور القانون النموذج الدستوري للجمهورية العربية السورية دستور عام (2012) حيث نص الدستور في المادة (1/1/147) على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية القوانين على النحو الآتي:

1. النظر بعدم دستورية قانون والبت فيها وفقاً لما يأتي:

أ. إذا اعترض رئيس الجمهورية أو خمس أعضاء مجلس الشعب على دستورية قانون قبل إصداره يوقف إصداره إلى أن تبت المحكمة فيه خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها، وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة أن تبت فيه خلال مدة سبعة أيام. للمزيد حول نصوص الدساتير العالمية ومقارنتها تصفح الموقع الإلكتروني:

<https://constituteproject.org> .

². رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 707، وأيضاً هاني الطهراوي، " النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 365.

إقامة الدعوى الأصلية أمامها¹، وتوصف هذه الدعوى بأنها دعوى موضوعية بحيث يجب أن يتوافر في رافع هذه الدعوى شرط المصلحة، أي أن يكون محرك هذه الدعوى قد أصابه ضرر أو يحتمل ذلك إذا طبق عليه النص التشريعي، والأصل العام لقبول الدعوى الدستورية توافر شرط المصلحة الذي يعني الفائدة التطبيقية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته، وأن المصلحة توصف بالشخصية والمباشرة والتي يجب أن تتواجد عن إقامة الدعوى وتستمر هذه المصلحة حتى البت في الدعوى، وقياس مدى المصلحة والتحقق منها يعود للمحكمة الدستورية وهذا كله بالأصل العام²، وستناقش الدراسة في نتيجة هذا المطالب مصطلح التوسع في شرط المصلحة في الدعوى الدستورية.

ويعد الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية نهائي وياتٍ وغير قابل للطعن وله حجبه المطلقة ملزماً لجميع السلطات العامة ويمكن أن يمتد أثر الإلغاء رجعيًا حسب ما ينص عليه الدستور³،

¹ من الجدير بالذكر أن مصطلح الدعوى الأصلية المباشرة قد وجه له انتقاد بأنه "تزيد لا مبرر له؛ ذلك أن اصطلاح الدعوى يفيد بذاته أنها دعوى مبتدأة أو أصلية، ذلك أن المؤلفين إنما أرادوا التفرقة بين الدفع والدعوى الدستورية، لا بين الدعوى الفرعية والدعوى الأصلية، وفي بعض الدول لا تسمى دعوى بل دفعاً أو طعناً مثل الأردن" وقد ورد هذا الانتقاد في كتاب نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) هامش ص 489، وهذا ما يتفق معه الباحث أثناء كتابة هذه الدراسة ذلك أن هنالك خلط بالمفاهيم القانونية ليس إلا فالدعوى الأصلية المقامة أمام المحكمة الدستورية هو مصطلح مرادف للطعون المقامة أمام المحكمة الدستورية فمثلاً النموذج الدستوري الأردني استخدم مصطلح الطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية كما في المادة (60) من الدستور الأردني لعام 1952 المعدل عام (2016)، أما في النموذج الدستوري الفلسطيني استخدم مصطلح الدعوى الأصلية المباشرة أمام المحكمة الدستورية كما ورد في المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، وأن هذا الخلط جاء لتميز آلية تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية المباشرة عن الآلية الثانية لتحريك الدعوى الدستورية وهي طريقة الدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع.

² للمزيد بخصوص المصلحة والصفة في الدعوى الدستورية انظر: عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي، "الدعوى الدستورية" (مرجع سابق) ص 43 وما بعدها وأيضاً منير عبد المجيد، "أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح" (الأسكندرية، منشأة المعارف، 2001) ص 32، يذكر أن الموقف القضائي المصري قد استقر على ضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشر كشرط لقبول الدعوى الدستورية، وتجدر الإشارة إلى أن معظم نصوص الدساتير والقوانين لم تناقش موضوع المصلحة بالدعوى الدستورية، انظر: نوار بدير، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين" سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/5) (وحدة القانون الدستورية، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، 2017)

³ نص قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم (14) لسنة (1973) في المادة (6) بأنه "إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات، وتسوية آثارها بالنسبة للماضي"، ورد هذا النص في مؤلف هاني الطهراوي، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (المرجع السابق) ص 371.

وعليه إن تحريك الدعوى الدستورية عن طريقة الدعوى الأصلية المباشرة لا يتم إلا بناء على نص صريح في الدستور يحدد، المحكمة المختصة بهذا الدور والنتائج المترتبة على هذا الحكم بإلغاء النص التشريعي¹، لأن الأصل العام عند صدور التشريع لا يجوز إلغاؤه إلا بعلم السلطة التشريعية التي أصدرته.

ونظراً لأهمية تنظيم تحريك الدعوى الأصلية أو ما يردفها من مصطلحات قانونية مثل: الطعون الدستورية المباشرة، وخطورة نتائجها المترتبة على قبول الطعن شكلاً وموضوعاً من قبل المحاكم الدستورية، وإلغاء التشريع المخالف للدستور، فإن النماذج الدستورية تختلف في تنظيم تحريك الدعوى الأصلية أمام المحكمة الدستورية كالاتي:-

(أ) بعض النماذج الدستورية تبنت طريقة الدعوى المباشرة وقيدتها بإجراءات وضوابط محددة لعدم زيادة الأعباء على المحكمة الدستورية مثل النموذج الدستوري الأردني² عام (1952) المعدل عام (2016) الذي حدد على سبيل الحصر حق الطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية في المادة (60) منه³، وهم مجلس الأعيان ومجلس النواب ومجلس الوزراء، حيث أنه أغلق باب الطعن في وجه الأفراد وأتاح الطعن لبعض السلطات العامة، وأيضاً نصت المادة(9) من قانون المحكمة

¹. للمزيد انظر: نعمان الخطيب، " الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري " (مرجع سابق) ص489، ورد عدد من الآراء بخصوص صلاحية المحاكم الدستورية بتقريرها إلغاء النص التشريعي المخالف للدستور وتعارضة مع مبدأ الفصل بين السلطات مثل الرأي أن " الرقابة يجب أن توضع في إطارها الصحيح أخذاً في اعتبار مبدأ الفصل بين السلطات، وهذا ما يستلزم أن يقف القضاء عند مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الذي يرى عدم دستوريته دون أن يتعدى ذلك إلى إلغائه، لأن إلغاء التشريع كسنة كلاهما من صميم عمل السلطة التشريعية" انظر: علي نجيدة، " الرقابة على دستورية القوانين " (المحكمة الدستورية العليا طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها)، (القاهرة، دار الفكر العربي، 1988) ص12، وأيضاً الرأي القائل " ذلك أن تقرير المحكمة الدستورية بإبطال القانون يعد نوعاً من التشريع السلبي ولكنه لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، إذ إن تحويل المحكمة الدستورية هذا الحق يعد نوعاً من تقسيم العمل التشريعي السلبي، لا تظهر فيه الخصائص الرئيسية للوظيفة التشريعية في صورتها الإيجابية، وأهم هذه الخصائص أن مهمة التشريع تتضمن منح الهيئة القائمة بها سلطة تقديرية واسعة في تحديد مضمون القواعد القانونية التي تضعها، أما مهمة الإبطال التي تمارسها المحكمة الدستورية فلا تتضمن هذه المشاركة الإيجابية في تحديد مضمون القاعدة القانونية، والمحكمة حين تقضي بالبطلان فإن مهمتها تنحصر في تطبيق مضمونه الدستوري المعين دون أن يكون لها هذه الصفة (الخالقة للتشريع) التي يتميز بها العمل التشريعي في صورته الإيجابية"، انظر: رأي الفقيه الفرنسي كلسن الوارد في كتاب أحمد أبو المجد، " الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري" (مرجع سابق) هامش ص 581.

². للمزيد حول النموذج الدستوري الأردني للرقابة على دستورية القوانين والأنظمة وتحريك الدعوى عن طريق الدعوى الأصلية انظر: نعمان الخطيب، " الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 522.

³. للجهات التالية على سبيل الحصر حق الطعن مباشرة لدى المحكمة الدستورية في دستورية القوانين والأنظمة النافذة:
أ. مجلس الأعيان، ب. مجلس النواب، ج. مجلس الوزراء.

الدستورية الأردني رقم(15) لسنة (2012) على أن" أ- للجهات التالية على سبيل الحصر حق الطعن مباشرة لدى المحكمة في دستورية القوانين والأنظمة النافذة: مجلس الأعيان، مجلس النواب، مجلس الوزراء، ب- إذا قررت إحدى الجهات المحددة في الفقرة (أ) من هذه المادة الطعن في دستورية قانون أو نظام يقدم للطعن لدى المحكمة بطلب مُوقع من رئيس الجهة الطاعنة على أن يبين فيه ما يأتي: 1- اسم القانون أو النظام المطعون فيه، ورقمه ونطاق الطعن بصورة واضحة ومحددة، فيما إذا كان منصبا على القانون أو النظام بأكمله أو على مادة واحدة أو أكثر، 2- وجه مخالفة القانون أو النظام للدستور.

(ب) ومنها من تبنى طريقة طريقة الدعوى المباشرة دون أن يقيدتها بأي ضوابط مما يسمح للأفراد والهيئات والأشخاص المعنوية المستقلة العامة مثل النقابات والجامعات _على سبيل المثال_ أن تقيم دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية مثل النموذج الدستوري الفلسطيني الذي منح أي شخص طبيعي أو معنوي الطعن بدستورية أي تشريع يرى أنه مخالف للدستور (القانون الأساسي الفلسطيني)، وينتهك أحد حقوقه وحرياته الدستورية أمام المحكم الدستورية العليا الفلسطينية للبت في هذا الطعن المقام عن طريق الدعوى الأصلية؛ وذلك بموجب المادة (27)¹ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)²، وهذا ما ستناقشه هذه الدراسة بمزيد من التفصيل، بالإضافة إلى الأحكام الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الفصل الثاني المتخصص بالنموذج الرقابي الدستوري الفلسطيني ضمن الشروط والأصول العامة.

¹. تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على النحو الآتي:

(1)- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون.

². انظر: الموقع الإلكتروني للمقتفي منظومة القضاء والتشريع في فلسطين التابع لجامعة بيرزيت، <http://muqtafi.birzeit.edu>، وقد نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) بالعدد (62) الصادرة بتاريخ (2006/3/25).

(ت) بعض النماذج الدستورية لم تتبنى بالأساس طريقة تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية مثل النموذج الدستوري المصري حيث إن اختصاص المحكمة الدستورية العليا المصرية حدد بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (29)¹ فقد حصرت طرق تحريك الدعوى الدستورية بالدفع الفرعي والإحالة والتصدي².

الفرع الثاني: تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي

ومقتضى هذه الوسيلة من وسائل تحريك الدعوى أن تكون دعوى قائمة أمام القضاء في نزاع تجاري أو مدني أو جزائي _ على سبيل المثال وليس الحصر_ ويراد فيها تطبيق قانون ما على أحد الخصوم (شخص طبيعي أو اعتباري) فيوجه هذا الخصم نظر المحكمة إلى أن هذا القانون أو النص القانوني المراد تطبيقه في هذا النزاع مخالف للدستور في أي مرحلة من مراحل الدعوى³.

¹. تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على النحو الآتي:

(1)- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي اثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة أو الهيئة العليا للفصل في المسألة الدستورية.

(2)- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

². للمزيد حول كيفية تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا المصرية انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 806، وقد ورد رأي الكاتب رمزي الشاعر بهذا الخصوص بأنه "ونفضل لو أن المشرع قد أخذ بطريق الدعوى الأصلية إلى جوار الدفع الفرعي، فلا شك أن السماح للأفراد بإقامة دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا للطعن في دستورية قانون أو لائحة يكفل لهم فرصة أفضل في إثارة مسألة الدستورية"، " وإذا كان تخوف المشرع من إباحة الطعن للأفراد عن طريق الدعوى المباشرة أمام المحكمة الدستورية، فيمكن إعطاء الحق في رفع الدعوى الأصلية إلى الهيئات المختلفة الموجودة بالدولة والتي تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة العامة، مثل الجامعات وال نقابات والمجالس المحلية وغيرها، وذلك بالإضافة إلى مجلس الشعب ومجلس الوزراء".

³. إن الدفع بعدم دستورية القوانين هو من النظام العام حيث يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في أي مرحلة من مراحل الدعوى وأمام أي محكمة وحتى أمام محكمة النقض، ويمكن للمحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها، للمزيد حول طبيعة الدفع بعدم دستورية القوانين أمام محكمة الموضوع أنظر: منير عبد المجيد، "أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح" (الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001) ص 14.

ويدفع بعدم دستورية هذا النص القانوني وهذا هو المقصود بالدفع الفرعي¹، "فالدفع هو عارض يرفع أثناء النظر بالدعوى ويعلق الحكم في القضية الأصلية ويفرض الحكم أولاً في القضية العرضية"²، وتقوم المحكمة بالتحقق من مدى جدية هذا الدفع؛ فإما أن تقدر أن هذا الدفع لا تتوافر فيه صفة الجدية معللة ذلك، وتكمل المحكمة السير بإجراءات الدعوى حسب الأصول، أو أن تقدر المحكمة جدية وأنه قد وقع على نص قانوني يشتهه بمخالفته للدستور؛ وتقرر وقف السير في الدعوى لحين الفصل بهذا الدفع من خلال المحكمة الدستورية العليا المختصة بالرقابة على دستورية القوانين، وتمنح المحكمة الخصم الذي قام بإثارة الدفع الجدي ميعاداً لإقامة دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم تقام الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن، كما في النظام المركزي للرقابة القضائية والمطبق في معظم النماذج الرقابية الدستورية للدول مثل: النموذج الفلسطيني والمصري التي ستناقشهما الدراسة لاحقاً.

ولقاضي الموضوع تقديره لجدية الدفع المثار من قبل الخصوم، فمحكمة الموضوع هي التي تقرر وحدها جدية هذا الدفع، ولا يوجد أي معيار محدد لتمييز جدية الدفع من عدمه بمعنى أن لها السلطة التقديرية لذلك الأمر³، ولكن يمكن أن يستند قاضي الموضوع لتقدير جدية الدفع لعنصرين أساسيين وهما أن يكون الدفع متصلاً بموضوع النزاع؛ أي أن تكون النصوص القانونية المطعون

¹. ورد رأي في مؤلف رمزي الشاعر، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) هامش ص 705 " أن التعبير عن الدفع بعدم الدستورية ووصفه بالدفع الفرعي فهو تزيد لا موجب له (لا أساس له)، فالدفع لا تتصور إلا أن تكون فرعية بمعنى أنها متفرعة عن خصومة قائمة"، وهذا ما يتفق الباحث معه؛ ذلك أن الدفع دائماً تثار أثناء نزاع قائم أمام القضاء، فمن غير الممكن إثارة دفع دون وجود نزاع قائم فالدفع هو عارض يرفع أثناء النظر بالدعوى، والدفع تثار أمام القضاء في النزاع القائم بمعنى أنها دائماً فرعية ومنها الدفع بانعدام الخصومة والدفع بانعدام صلاحية المحكمة بالنظر بالدعوى والدفع بالتقادم وغيرها من الدفع.

². انظر: إبراهيم الشرفاني، " رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع " (مرجع سابق) ص 78.

³. على سبيل المثال: نصت المادة (29/ ب) من قانون المحكمة الدستورية المصري الساري على أنه " إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن"، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية المصرية في حكمها رقم (134 لسنة 22 قضائية) الوارد في سلسلة أوراق عمل ببيرزيت، نوار بدير، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين " (مرجع سابق) ص 13، بأن " دلالة المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية وبشكل قاطع أنها هي تلك التي يطرح عليها بعد دفع عدم دستورتها يديه أحد الخصوم أمام محكمة الموضوع وتقدر هي جديتها".

فيها يمكن تطبيقها على الدعوى الأصلية المنظورة، وأيضاً وجود شبهة خروج القانون أو اللائحة عن الدستور¹، وبناء عليه يمكن لقاضي الموضوع " أن يقوم بالمقابلة بصفة مبدئية بين النص القانوني المحتمل مخالفته للدستور والنص الدستوري المدعى مخالفته، مستظهِراً نطاق التناقض بين مضمونه وأحكامه"؛ بمعنى أنه يقوم بوضع النص الدستوري بجانب النص القانوني المطعون فيه ليحدد ما بينهما من توافق أو تعارض، ولا يعتبر رفض الدفع لعدم جديته أو قبوله فصلاً من محكمة الموضوع بدستورية النص أو عدمه؛ لأن الحكم القاطع بيد المحكمة الدستورية العليا، وأن على القاضي استبعاد الدفوع التي تحمل كيديتها وغايتها بإطالة أمد الدعوى والمماطلة، أو التي يبدو أنها لا تؤثر على النزاع².

وإضافة إلى ذلك يتعين على الخصم الذي يثير الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع في النزاع القائم، أن يقوم بتوضيحه دون غموض ولا لبس، موضحاً بالتحديد القانون أو النص القانوني المخالف لأحد نصوص الدستور وأوجه المخالفة³.

وتختلف النماذج الدستورية في تنظيم طريقة الدفع الفرعي في النظام المركزي لتحريك الدعوى الدستورية استناداً لنصوص الدستور أو القوانين النازمة لعمل المحاكم الدستورية وهي كالاتي:

(أ) **النموذج المصري** في تنظيم الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي في ظل نظام مركزي، حيث تختص المحكمة الدستورية العليا المصرية بالنظر في الطعون الدستورية، وذلك استناداً للدستور المصري لعام (2014) بالفصل الرابع منه⁴، وأيضاً نصت المادة (29/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه " إذا دفع احد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى

¹. انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 809.

². للمزيد انظر: منير عبد المجيد، "أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح" (المرجع السابق) ص 12.

³. عمر التركماني، "القضاء الدستوري في فلسطين" (رسالة ماجستير - مرجع سابق) ص 217.

⁴. نصت المادة (192) في الفصل الرابع من الدستور المصري الحالي لعام (2014) على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أى جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة عنها"، للمزيد حول نصوص الدستور المصري الحالي انظر: <https://constituteproject.org>.

المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أُجِّلَت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن"، حيث إنَّ النموذج الدستوري الرقابي المصري تبنَّى آلية الدفع الفرعي للرقابة على دستورية القوانين بنص صريح، وعليه إنَّ " اختصاص المحكمة الدستورية العليا المصرية هو اختصاص عن طريق الدفع الفرعي وليس عن طريق الدعوى الأصلية، وبالتالي فلا يجوز رفع دعوى أصلية أمامها بقصد إثبات أن تشريعاً أو لائحة معينة تخالف نصاً دستورياً¹، و في هذه الحال وعند قبول محكمة الموضوع للدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في الدعوى المنظورة، والتحقق من جدية الدفع، تؤجل المحكمة النظر بالدعوى، وتحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لإقامة دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا لا يتجاوز ثلاثة أشهر حسب قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية وإلا اعتبر الدفع كأن لم يكن.

(ب) **النموذج الفلسطيني:** في تنظيم الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي في ظل نظام مركزي، فقد نصت المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) المعدلة بموجب المادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) ²على أنه " إذا دفع الخصوم أثناء النظر بالدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، يؤجل النظر بالدعوى ويحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز (60) يوماً، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإن لم ترفع الدعوى في

¹. انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 807، وقد ورد بهذا المرجع ص 807 بأن " يفضل أخذ المشرع المصري بآلية الدعوى الأصلية بجانب آلية الدفع الفرعي، ذلك أن السماح للأفراد بإقامة دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا للطعن في دستورية القوانين فرصة أفضل من الانتظار بأن تقام دعوى ضدهم ليتسنى بشأنها إبداء الدفوع بعدم الدستورية أو حتى تقتنع المحكمة المنظور أمامها الدعوى بإحالة الأوراق من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا"، وهذا ما يتفق الباحث معه حيث إنَّ إمكانية إقامة الدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية من قبل الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية تتضمن حماية للطاعن، وفق ضوابط محددة سنتناقشها الدراسة لاحقاً مثل تحديد التشريعات التي يمكن الطعن بمخالفتها للدستور مباشرة والمتضمنة حماية للحقوق والحريات العامة.

². انظر: الموقع الإلكتروني للمقتفي منظومة القضاء والتشريع في فلسطين التابع لجامعة بيرزيت، <http://muqtafi.birzeit.edu>، وقد تم نشرة في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (137) المنشور بتاريخ

(2017/10/15)

الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن"، ونشير إلى أن الدراسة ستقوم بتحليل هذه النصوص بالإضافة إلى الأحكام الدستورية في الفصل الثاني من هذه الدراسة بمزيد من التفصيل في الجزء المتخصص بالنموذج الدستوري الرقابي الفلسطيني.

(ت) **النموذج الأردني:** في تنظيم الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي في ظل نظام مركزي، فقد نصت المادة (2/60) من الدستور الأردني لعام (1952) المعدل عام (2016)¹ على أن "في الدعوى المنظورة أمام المحاكم يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدياً تحيله إلى المحكمة التي يحددها القانون لغايات البت في أمر إحالته إلى المحكمة الدستورية"، وأيضاً نصت المادة (11) من قانون المحكمة الدستورية الأردني رقم (15) لسنة (2012) على أنه "لأي طرف من أطراف دعوى المنظورة أمام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها الدفع بعدم دستورية أي قانون أو نظام واجب التطبيق على موضوع الدعوى"، حيث إنَّ هذا النص الدستوري أعطى الحق للدفع بعدم دستورية أي قانون أو نظام بشروط حددها الدستور ذاته منها جدية الدفع والمصلحة بالدعوى، وأن يكون الدفع مقدماً من أطراف الدعوى وأمام محكمة الموضوع المعروض عليها النزاع، وأمام أي محكمة على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ولا يمكن تقديم هذا الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات ذات الاختصاص القضائي لعدم النص الصريح على ذلك على عكس النموذج المصري كما أشارت الدراسة سابقاً².

الفرع الثالث: تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الإحالة

ومقتضى هذه الوسيلة من وسائل تحريك الدعوى؛ أن يكون الحق لقاضي الموضوع في اللجوء من تلقاء نفسه إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في مدى دستورية أحد النصوص التشريعات اللازمة للفصل في النزاع الذي اشتبه به قاضي الموضوع بمخالفتها للدستور أثناء النظر في نزاع معروض أمام أي محكمة على اختلاف درجاتها وأنواعها (مدنية أو جزائية أو عسكرية أو إدارية)، ويترتب على قاضي الموضوع وقف النظر بالدعوى وإحالة الأوراق التي توضح النص التشريعي

¹. للمزيد حول نصوص الدستور الأردني الحالي انظر: <https://constituteproject.org>.

². للمزيد حول النموذج الدستوري الأردني للرقابة على دستورية القوانين وتنظيم آلية الرقابة عن طريق الدفع الفرعي والضوابط الشكلية له انظر: نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 523 وما بعدها.

المخالف وأوجه مخالفته إلى المحكمة الدستورية العليا، وذلك يختلف استناداً للنصوص التشريعية التي تنظم آلية تحريك الدعوى الدستورية، خاصة من حيث ضوابط إحالة النص التشريعي من خلال محكمة الموضوع¹.

وتختلف النماذج الدستورية في تنظيم طريقة الإحالة لتحريك الدعوى الدستورية استناداً لنصوص الدستور أو القوانين الناظمة لعمل المحاكم الدستورية وهي كالآتي:

(أ) **النموذج المصري:** نصت المادة (29/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري على أنه " إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة أو الهيئة العليا للفصل في المسألة الدستورية، واستناداً إليه أعطيت المحاكم المصرية باختلاف درجاتها وأنواعها أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء النظر في نزاع معين لإحالة قانون أو لائحة يلزم للفصل في هذا النزاع ويشتبه قاضي الموضوع بمخالفته للدستور، إلى المحكمة الدستورية العليا دون رسوم، لتقضي بدستورية ما أحيل إليها أو عدمه.

أما بالنسبة لضوابط الإحالة في النموذج المصري فقد نصت المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه " يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة_ بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، وهذه الضوابط يجب أن يتضمنها القرار بالإحالة الصادر من محكمة الموضوع بياناً كافياً للنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، وللبينات

¹. انظر: رمزي الشاعر، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 820، وتجدر الإشارة بأن رأي المؤلف رمزي في مؤلفه المذكور ص 821، أكد على أن هذه الوسيلة للرقابة على دستورية القوانين تحقق أهداف الرقابة ودعم المشروعية الدستورية، كما أنها تتفق مع المهمة الموكلة لقاضي الموضوع التي تتطلب منه تغليب القاعدة الأعلى على القاعدة الأدنى، وهذا ما يتفق معه الباحث ذلك أنه من الممكن أن تكون مصلحة الخصوم تطبيق ذلك النص التشريعي المخالف للدستور. وللمزيد من التفصيل حول موضوع آلية الإحالة كوسيلة من وسائل تحريك الدعوى الدستورية انظر: عمر التركماني، " القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)" (رسالة ماجستير) (مرجع سابق) ص 205، وأيضاً محمود زكي، "الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجيتها" (مرجع سابق) ص 344.

الجوهريّة التي تظهر جدية هذا القرار القاضي بالإحالة، وذلك مراعاة لقريضة الدستورية لمصلحة القوانين¹.

وبالإضافة إلى ذلك على محكمة الموضوع المصدرة قرار الإحالة أن تتوقف عن النظر بالنزاع موضوع الدعوى، وعدم اتخاذ أي إجراء لحين البت في دستورية التشريع أو اللائحة المحالة من قبل قاضي الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا، التي بدورها تكشف عن مدى صحة النص القانوني الذي يتعين تطبيقه في النزاع موضوع الدعوى².

(ب) النموذج الفلسطيني: نصت المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) المعدلة بموجب المادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017)³ على أنه " إذا تراءى لإحدى المحاكم أثناء النظر بإحدى الدعاوى، عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لازم للفصل في النزاع، توقف الدعوى وتحال الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة للفصل في المسألة الدستورية، وأيضاً نصت المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) بشأن ضوابط وشروط الإحالة من قاضي الموضوع على أنه " يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو لائحة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة. بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه

¹ انظر: عمر التركماني، " القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)" (رسالة ماجستير) (مرجع سابق) ص 208.

² وتأكيداً على ذلك يأتي قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية الذي خلص إلى " أن ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة على أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للقواعد، وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها يعني دخولها في حوزتها لتهمين عليها وحدها، فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراء أو تصدر حكماً يحول دون الفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها. ذلك أن قضاءها بوقف الدعوى المطروحة أمامها وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية ما استظهرت تطبيقه من نصوص قانونية ثارت لديها شبهة عدم دستوريته على المنازعة المطروحة أمامها، يعد محركاً للخصومة الدستورية، وعلى محكمة الموضوع بعد أن تعلقّت المسائل الدستورية التي أثارها قرار الإحالة بالمحكمة الدستورية العليا أن تترصب بقضاءها فيها باعتباره فاصلاً في موضوعها كاشفاً عن النصوص القانونية الصحيحة التي يتعين تطبيقها في النزاع الموضوع"، القضية رقم (25) لسنة (22) قضائية (دستورية) صادر بتاريخ 2001/5/5 وقد ورد هذا القرار برسالة الماجستير، عمر التركماني، " القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)" (رسالة ماجستير) (مرجع سابق) ص 210.

³ انظر: الموقع الإلكتروني للمقتفي منظومة القضاء والتشريع في فلسطين التابع لجامعة بيرزيت، <http://muqtafi.birzeit.edu>

المخالفة"، ونشير إلى أن الدراسة ستقوم بتحليل هذه النصوص بالإضافة إلى الأحكام الدستورية في الفصل الثاني من هذه الدراسة بمزيد من التفصيل في الجزء المتخصص بالنموذج الدستوري الرقابي الفلسطيني.

الفرع الرابع: تحريك الدعوى الدستورية عن طريق التصدي

إذا كانت معظم التشريعات الدستورية قد خولت محكمة الموضوع إحالة أي قانون أو لائحة يشتهه بمخالفتها للدستور، فالأصل أن المحكمة الدستورية العليا صاحبة الاختصاص الأصيل والولاية العامة بالنظر بمدى دستورية القوانين واللوائح؛ تتمتع بصلاحيه التصدي لأي نص تشريعي وارد في قانون أو لائحة لبحث دستوريته من عدمه، ومقتضى ذلك أنه إذا رأت المحكمة الدستورية بمناسبة مباشرتها لاختصاصها¹، أن من بين هذه النصوص المتصلة بالنزاع المعروض أمامها ما يتعارض مع الدستور، قضت بعدم دستوريته دون الحاجة إلى أن يثار أمامها دفع بعدم الدستورية²، مما يعني أن رخصة التصدي هي رخصة جوازية للمحكمة الدستورية تستخدمها المحكمة من تلقاء نفسها.

وتختلف النماذج الدستورية في تنظيم طريقة التصدي لتحريك الدعوى الدستورية استناداً لنصوص الدستور أو القوانين الناظمة لعمل المحاكم الدستورية وهي كالآتي:

(أ) **النموذج المصري:** نصت المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه " يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليه وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية"، واستناداً إلى ذلك أجاز المشرع المصري للمحكمة الدستورية العليا

¹. يقصد الباحث بمصطلح "لاختصاصاتها" تلك الاختصاصات التي تباشرها المحاكم الدستورية مثل تفسير النصوص التشريعية والفصل في تنازع الإختصاصات بين الجهات القضائية والجهات الإدارية والفصل بالنزاعات بتنفيذ الأحكام النهائية المتناقضة وهذه الاختصاصات وردت في المادة رقم (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لعام (2006).

². انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 825، ومابعداها، وأيضاً للمزيد من التفصيل بخصوص آلية التصدي في القضاء الدستوري انظر: يسرى العصار " التصدي في القضاء الدستوري" (القاهرة، دار النهضة العربية، 1999).

المصرية رخصة التصدي لبحث دستورية نصوص التشريعات (القوانين أو اللوائح) أثناء ممارسة اختصاصاتها، بحيث إذا اقتنعت المحكمة بأن نصاً تشريعياً مخالفاً للدستور متصلاً بالنزاع المعروف عليها، جاز لها أن تتصدى له وأن تفصل بمدى مخالفته للدستور من عدمه، إضافة إلى ما تضمنه النص التشريعي رقم (27) الخاص بالتصدي أنه على المحكمة الدستورية العليا المصرية أن تتبع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية¹.

وإضافة إلى ذلك أن المحكمة الدستورية عندما تأخذ قرارها باستعمال رخصتها بالتصدي لنص تشريعي أثناء ممارستها لاختصاصاتها المتصل بالنزاع المعروف عليها، هذا لا يعني أن المحكمة الدستورية قد خلصت إلى نتيجة بأن ذلك النص التشريعي محل التصدي مخالف للدستور، إذ إن "هذا الحق لا يعدو أن يكون مجرد تصور مبدئي بعدم دستورية هذا النص، فكأن المحكمة الدستورية حين تمارس هذا الحق إنما تبدي وجهة نظر أولية مبدئية في النص القانوني أو اللائحة محل التصدي"².

(ب) **النموذج الفلسطيني:** نصت المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)³ على أنه " إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بالفصل في عدم دستوريته، بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب

¹. نص المشرع المصري على عدد من النصوص التي توضح إجراءات النظر بالدعوى وصدور الحكم بالمواد (41/40/39) للمزيد من التفصيل انظر: عمر التركماني، " القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)" (رسالة ماجستير) (مرجع سابق) ص 223، تجدر الإشارة إلى قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (6) لسنة (12) قضائية، المتضمن بأن " نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا تخولها الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المعروف عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية، بشرط أن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلاً بنزاع مطروح عليها، فإذا انقضى قيام النزاع فلا يكون لرخصة التصدي من سند يسوغ أعمالها، وقد ورد هذا القرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا المصرية بدراسة نوار بدير، " الرقابة القضائية على دستورية القوانين" سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/5) (وحدة القانون الدستورية، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، 2017) ص 15.

². محمود زكي، " الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثارة وحجيتها" (مرجع سابق) ص 358.

³. انظر: الموقع الإلكتروني للمقتفي منظومة القضاء والتشريع في فلسطين التابع لجامعة بيرزيت، <http://muqtafi.birzeit.edu>

الأصول"، هذا النص التشريعي مشابه للنص التشريعي المصري المنظم لآلية التصدي في تحريك الدعوى الدستورية، إلا أن المشرع الفلسطيني لم يتطلب اجراءات محددة من أجل صدور الحكم سوى المتعلقة بعرض ملف الدعوى على رئيس المحكمة¹، ونشير إلى أن الدراسة ستقوم بتحليل هذه النصوص بالإضافة إلى الأحكام الدستورية في الفصل الثاني من هذه الدراسة بمزيد من التفصيل في الجزء المتخصص بالنموذج الدستوري الرقابي الفلسطيني.

وختاماً يشير الباحث برأيه من خلال عدد من التعليقات التي تحتل الصواب أو الخطأ على مناقشة الدراسة لآليات تحريك الدعوى الدستورية أمام القضاء المختص بالرقابة على دستورية القوانين بالأنظمة المختلفة والنماذج الدستورية المتنوعة بالتجارب الرقابية الدستورية، وعند مطالعة عدد من المراجع والمؤلفات التي اعتمدها الباحث في هذه الدراسة، التي اعتمدت تقسيم رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع وربطها حصراً، بمعنى أن آلية تحريك الدعوى عن طريق الدعوى الأصلية المباشرة حصرتها بمصطلح دعوى الإلغاء، وآلية تحريك الدعوى عن طريق الدفع الفرعي حصرتها بمصطلح دعوى الامتناع، وعليه إن هذا التقسيم غير منطقي، فمن غير السليم ربط دعوى الدفع الفرعي بالامتناع بشكل مطلق، صحيح أن آلية الدفع الفرعي بنموذج الولايات المتحدة الأمريكية ينتج عنها غالباً امتناع المحاكم القضائية عن تطبيق التشريع، إذا ثبتت مخالفته للدستور، لكن في نماذج الرقابة المركزية ينتج عن آلية الدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع وقف السير في الدعوى المنظورة، وإقامة دعوى ضمن شروط شكلية والموضوعية أمام المحكمة الدستورية العليا التي تتحقق من مخالفة التشريع المطعون فيه للدستور فإذا ثبتت هذه المخالفة تكون نتيجة هذا إلغاء التشريع المخالف للدستور، وهنا تكون نتيجة تحريك الدعوى بطريقة الدفع الفرعي هي إلغاء التشريع

¹. أنظر المادة (35) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) المعدلة بموجب المادة (19) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) التي تنص على أن " 1- يعرض قلم المحكمة ملف الدعوى أو الطلب على رئيس المحكمة خلال ثلاثة أيام تالية لانقضاء المواعيد بالمادة السابقة، وذلك ليحدد تاريخ الجلسة التي تنتظر فيها الدعوى أو الطلب.
2- على قلم المحكمة إعلام ذوي الشأن بتاريخ الجلسة طبقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية".

المخالف للدستور وليس الامتناع عن تطبيقه، ولكل دولة نظام ونموذج دستوري ينص على آليات تحريك الدعوى الدستورية بنظام وتطبيق مختلف¹.

ويشكل عام يضيف الباحث بأن الغاية من نص الدساتير المختلفة على نصوص خاصة في المحاكم القضائية المختصة بالرقابة على دستورية القوانين وأهمية تشريع قانون ينظم عمل هذه المحاكم، هي حماية الحقوق والحريات العامة للفرد وهو العنصر الأساسي لأي مجتمع، وإن في تضيق هذه الرقابة على الأفراد مساس بالحريات والحقوق العامة، مع عدم إنكار الباحث بأهمية وضع ضوابط شكلية وإجرائية غايتها تنظيمية للجوء الأفراد للطعن في دستورية القوانين _ستناقشها الدراسة بالفصل الثاني منها_ ومن هذه الضوابط شرط المصلحة لقبول الدعوى أمام المحاكم المختصة بالنظر في دستورية القوانين كما أشارت إليه الدراسة سابقاً، فالأصل العام لشرط المصلحة لقبول أي دعوى أن تتوفر مصلحة قائمة شخصية مباشرة عند إقامة أي دعوى، ولكن لخصوصية الدعوى الدستورية وأهمية آثارها _خاصة في مجال القوانين التي نص على الحقوق والحريات العامة_ يمكن التوسع في شرط المصلحة بحيث تصبح المصلحة محتملة أو عامة، بحيث "يزداد التقدير والاحترام للنظام الدستوري على المستوى الشعبي إذا منح الأفراد حق الطعن بدستورية القوانين مع التوسع في شرط المصلحة لرفع الدعوى"²، وتضيف الدراسة إلى ذلك بأن بعض النماذج الدستورية أتاحت للأفراد تقديم طعون ضد تشريعات محددة، حتى لو لم تكن هنالك مصلحة للفرد؛ كون المصلحة عامة والتي أطلق عليها "الدعوى الشعبية للمحافظة على الدستور" كما في النموذج الدستوري الإسباني الحالي لعام (1978) المعدل عام (2011) الذي تضمن حق الأفراد وواجبهم في الدفاع عن الحقوق والحريات العامة مثل التمييز بسبب الأصل أو العرق أو

¹. ورد رأي المؤلف علي الباز في مؤلفه "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (مرجع سابق) ص 331، بأنه "لا يمكن أن نربط بين رقابة الدفع الفرعي ورقابة الامتناع في كل الحالات"، وفي ص 392 أشار المؤلف إلى أنه "من الصعب اعتبار دولة ما متبعة أسلوب الدفع بصورة كاملة، واعتبار غيرها متبعة أسلوب الدعوى بصورة كاملة، ذلك أنه كثيراً ما يكون التشابه كبيراً بين تطبيق الأسلوبين وكذلك التشابه بالنتائج، بل إنه..... من الأدق أن نعتبر كل نظام أسلوباً متميزاً قائماً بذاته ينسب إلى ذاته"، وأيضاً رأي الكاتب نعمان الخطيب في مؤلفه "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) في هامش رقم (3) ص 488، بأن "من الخطأ مرادفة رقابة الإلغاء بطريق الدعوى الأصلية بشكل مطلق".

². انظر: نعمان الخطيب، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) هامش ص 492.

الدين أو الرأي، وهذا برأي الباحث من أكثر الآليات الرقابية على دستورية القوانين ديموقراطية التي يمكن أن تطبق في أنظمة الحكومات التي تحترم حقوق شعبها مصدر السلطات¹.

وأيضاً تشير الدراسة إلى أن مصطلح (الطعن) الدستوري ومصطلح الدفع الدستوري، لا يوجد اختلاف جوهري بينهما فهما يحملان نفس المعنى، ذلك أن الطعن الدستوري يقدم أمام المحكمة الدستورية من خلال آلية الطعن المباشر (الدعوى الأصلية)، أما الدفع الدستوري يثار أمام محكمة الموضوع التي تنتظر بالنزاع من خلال آلية الطعن غير المباشر (الدفع الفرعي) الذي يحيله قاضي الموضوع في حال التأكد من الشروط الشكلية للدفع الدستوري إلى المحكمة الدستورية للبت في مدى دستورية النص التشريعي محل الدفع الدستوري².

¹ انظر: غسان الخيري، "الرقابة القضائية على القوانين" (مرجع سابق) ص 91، وأيضاً رمزي الشاعر، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 703.

* وهنا يجب الإشارة إلى النموذج الدستوري الإسباني الحالي لعام (1978) المعدل عام (2011) الذي نص بموجب المادة (2/53) بأنه "يحق لأي مواطن أن يطالب بضمان الحريات والحقوق المنصوص عليها في المادة (14) والقسم الأول من الفصل الثاني أمام المحاكم العادية، عن طريق إجراءات تقوم على مبادئ الأسبقية والمحاكمة السريعة، وإذا اقتضى الحال عن طريق التظلم لدى المحكمة الدستورية. ويطبق هذا التظلم على الاعتراض الوجداني المعترف به في المادة (30)، وأيضاً نص المادة (1/161/ب) بأن "تتمتع المحكمة الدستورية بسلطة قضائية تشمل التراب الإسباني برمته ولها صلاحية النظر في: التظلم بسبب خرق الحقوق والحريات الواردة في المادة 53 الفقرة 2 من هذا الدستور وذلك في الحالات التي ينص عليها القانون وبالشكل الذي يقتضيه، للمزيد حول نصوص الدستور الإسباني الحالي لعام (1978) المعدل عام (2011) انظر الموقع الإلكتروني: <https://constituteproject.org>، المتخصص باستعراض دساتير العالم السارية وتعديلاتها.

² للمزيد انظر: نعمان الخطيب، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 527 و ص 531، بحيث ورد رأي المؤلف الذي استند عليه الباحث بأن "ما يقدم أمام محكمة الموضوع للطعن بعدم الدستورية يسمى دعواً (الدفع بعدم الدستورية) كما جاء صراحة في البند (2) من المادة (60) من الدستور (يقصد الدستور الأردني الحالي لعام 1952 المعدل عام 2016) "..... في الدعوى المنظورة أمام المحاكم (الدعوى الموضوعية) يجوز لأي من أطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم الدستورية، وعلى المحكمة إن وجدت أن الدفع جدي تحيله إلى المحكمة التي يحددها القانون....." كذلك في نصوص قانون المحكمة الدستورية (يقصد قانون المحكمة الدستورية الأردني رقم 15 لسنة 2012) الواردة في المواد (11 و12)، أما بعد وصول (الدفع) إلى المحكمة الدستورية فسماه المشرع (طعناً) كما جاء في المواد (13 و14 و15) من قانون المحكمة الدستورية" ليؤكد على أن كلمتي (طعن ودفع) تحملان نفس المعنى.

الفصل الثاني

الهيئة الخاصة بالرقابة على دستورية القوانين في فلسطين

إن النظام الرقابي الدستوري في فلسطين حديث نسبياً مقارنة بالأنظمة الدستورية المقارنه وتجاربيها، هذا النظام الرقابي الدستوري الفلسطيني قد تبنى منهج الرقابة القضائية المركزية اللاحقة على دستورية القوانين صراحة، استناداً إلى نصوص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة (2003)، وقد أخذت المحكمة العليا مهام المحكمة الدستورية العليا مؤقتاً بموجب المادة (104)¹ من القانون الأساسي لسنة (2003) لحين تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا عام (2016)² وقد أصدرت المحكمة العليا بصفقتها الدستورية (27)³ قراراً بشأن الطعون الدستورية المقدمة أمامها، وبصدور قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لسنة (2006) الذي نص بشكل صريح على الهيئة القضائية الخاصة بالرقابة الدستورية في فلسطين في المادة الأولى منه⁴، وهي محكمة خاصة مستقلة تأتي على رأس التنظيم القضائي الفلسطيني وهي التي تتفرد بإصدار الأحكام بعدم دستورية النصوص القانونية المخالفة للقانون الأساسي، ووجوب عدم العمل بها، وضرورة تعديلها من قبل الهيئات المختصة (السلطة التشريعية) وقراراتها هي أحكام عليا تنشر بالجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)⁵، وهذه الرقابة بشكل عام تنصب على التشريعات السارية (المنشورة بالجريدة الرسمية) الصادرة عن السلطة التشريعية، بمعنى أنها رقابة قضائية مركزية لاحقة لصدور التشريع، وعليه إن هذا الفصل سيمثل الشق التطبيقي للدراسة، حيث أنه سيشمل دراسة تحليلية للنصوص القانونية الخاصة بالمحكمة الدستورية العليا مثل: التشكيل القانوني للمحكمة الدستورية العليا واختصاصاتها، وأيضاً التنظيم الإجرائي للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية مثل: آليات اتصال

¹. نص المادة (104) من القانون الأساسي لسنة (2003) " تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

². تم تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا بموجب قرار رقم (57) لسنة (2016) بشأن تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

³. نشرت هذه القرارات بالجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) بأعداد مختلفة، وأيضاً منشورة على الموقع الإلكتروني لمنظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي) (التابع لجامعة بيرزيت - معهد الحقوق) <http://muqtafi.birzeit.edu>.

⁴. المادة (1) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لسنة (2006) بأن " تنشأ بمقتضى أحكام هذا القانون محكمة دستورية عليا، وهي هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في فلسطين، ويشار إليها فيما بعد في المحكمة".

⁵. نصت المادة (21) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة للمادة (53) من القانون الأصلي رقم (3) لسنة (2006) بأن " تنشر قرارات المحكمة بالجريدة الرسمية".

الدعوى الدستورية، وضوابط المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الرقابة على التشريع، وتقرن الدراسة بشكل خاص في بعض المواضع بالنماذج الدستورية المقارنة مثل: النموذج الدستوري الأردني والنموذج الدستوري المصري، إضافة إلى ذلك تحاول الدراسة ربط المواضيع التي تناقشها الدراسة بالقرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لإثراء الدراسة من الناحية التطبيقية.

المبحث الأول: التنظيم القانوني للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

تناقش الدراسة في هذا المبحث مفاهيم أساسية لفهم آلية عمل المحكمة الدستورية العليا في فلسطين، وذلك ضمن نقاش تحليلي للنصوص القانونية التي تستند إليها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وأيضاً تحليل الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في فلسطين للوصول إلى عدد من النتائج التي يمكن أن تمهد للوصول للإجابة عن أسئلة الدراسة، فالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية هي هيئة قضائية مستقلة بذاتها على قمة النظام القضائي في فلسطين، وترتكز وظيفتها بالأساس على حماية القانون الأساسي، وتستند المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في تشكيلها بالأساس على القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة (2003) بموجب نص المادة (103)¹، وكذلك تسند في تنظيمها على قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، وتعديله بموجب قرار بقانون رقم (19) لسنة (2017)، وذلك بخصوص نشأة المحكمة وأعضائها وشروط تعيينهم وآلياتهم وحقوقهم وواجباتهم، وأيضاً بخصوص الاختصاصات والاجراءات والأحكام والقرارات والرسوم والمصاريف والشؤون المالية والإدارية².

¹ المادة رقم (103) " 1- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها/ ب- بتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات/ ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي/ 2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجب اتباعها، والآثار المترتبة على أحكامه".

² تجدر الإشارة بأنه تم تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بموجب القرار رقم (57) لسنة (2016).

المطلب الأول: التشكيل القانوني للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

قبل مناقشة اختصاصات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية وتحليل النصوص القانونية التي تستند إليها، والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا يتطلب ذلك مناقشة الأسس المتبعة في التشكيل القانوني للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، من حيث عدد أعضاء المحكمة وشروط تعيينهم وآلياتها، لفهم آلية ممارسة المحكمة لاختصاصاتها المقررة قانوناً، وعليه يمكن طرح بعض الأسئلة حول صلاحية السلطات بآلية التعيين، وكذلك تركيز خبرات أعضاء المحكمة الدستورية في المجال القانوني والقضائي فقط أم يجب أن يكون هنالك تنوع في الخبرات بين الأعضاء مثل الخبرات في المجال السياسي والاجتماعي والمجال الحقوقي؟

الفرع الأول: أسس تكوين المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

أولاً: أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

من حيث أعضاء المحكمة الدستورية نصت المادة (2) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) على أن "تؤلف المحكمة من رئيس ونائب له وسبعة قضاة، وتتعدد هيئة المحكمة من رئيس وستة قضاة على الأقل، وتصدر قراراتها بالأغلبية" حيث أن هذه المادة قد وضحت عدد الأعضاء وحصرهم بتسعة قضاة والنصاب القانوني للمحكمة عند الانعقاد، دون تحديد المدة الزمنية لانتداب قضاة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، بذلك كان عدد الأعضاء غير مناسب لعدد الاختصاصات التي تقع على عاتق المحكمة¹ وهو أيضاً لا يسمح بحدوث تعادل في التصويت على القرارات، وجعل المدة الزمنية لانتداب القضاة غير محددة مما يجعل القاضي الدستوري منتدب لحين انتهاء خدمته في الحالات التي نصت عليها المادة (21) من القانون

¹. تجدر الإشارة إلى رأي الدكتور محمد الحاج قاسم قبل تعديل القانون الأصلي للمحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام (2006) الذي أوصى بزيادة لأعضاء المحكمة الدستورية مع مرور الزمن، وذلك في حوار قانوني بعنوان "الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين"، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواه"، مجلة العدالة والقانون، (العدد الثامن، نيسان- أيلول 2008) ص 265، بأن "على الرغم من مثالية هذا العدد إلا أنه بنظري ليس بالكثير فهو عدد قليل إذا ما قيس بالتخصصات والأعباء الكبيرة والهامة الملقاة على عاتق المحكمة الدستورية العليا، وبالتالي أقترح رفع العدد إلى اثني عشر عضواً كما هو متبع في كثير من الأنظمة المشابهة، وخاصة أن أعضاء المحكمة الدستورية العليا سيكونون موزعين ما بين الضفة الغربية وقطاع غزة، وبالتالي يجب توفير العدد اللازم في كلا المنطقتين".

الأصلي¹، وعلى عكس الأنظمة القانونية الدستورية المقارنة مثل الدستور الأردني لعام (1952) المعدل عام (2016) والدستور التونسي لعام (2014) التي نصت دساتيرها على عدد أعضاء المحكمة الدستورية والمدة الزمنية لعضويتهم، جاء النظام الدستوري الفلسطيني مخالفاً لها، بعدم وجود نص في متن القانون الأساسي الفلسطيني ينظم عدد أعضاء المحكمة الدستورية والمدة الزمنية لعضويتهم وإنما ترك تلك المهمة للقانون الخاص بالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

وقد تم تعديل المادة (2) من القانون الأصلي للمحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006) بموجب المادة رقم (3) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) على أن " تعدل المادة (2) من القانون الأصلي، لتصبح على النحو الآتي:-

1- يعين رئيس المحكمة والأعضاء لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد مع مراعاة الآتي:

أ- تشكل المحكمة من رئيس ونائب له وعدد لا يقل عن سبعة قضاة، مع مراعاة أحكام البند (ب) من الفقرة (1) من هذه المادة.

ب- يعين ثلاثة أعضاء في المحكمة كل سنتين من تاريخ التشكيل الأول للمحكمة.

2- إذا غاب الرئيس أو وجد مانع لديه، ينوب عنه نائب الرئيس، وفي حال غيابهما ينوب عنهما العضو الأقدم في المحكمة، وفي حال التساوي في الأقدمية ينوب عنهما العضو الأكبر سناً.

3- لا يجوز انتداب العضو أو إعارته أو تكليفه بالعمل لدى أي جهة طيلة مدة عضويته في المحكمة.

¹. محمد الحاج قاسم، حوار قانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين "، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، مجلة العدالة والقانون، (العدد الثامن، نيسان- أيلول 2008) ص 229، وقد نصت المادة (21) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) على أن " 1- تنهي خدمة عضو المحكمة في أي من الحالات الآتية:

أ- بلوغه سن السبعين من عمره، ب- الاستقالة، ج- فقدان الأهلية، د- العجز لأي سبب من الأسباب عن أداء وظيفته، هـ- الوفاة، و- الإحالة للتقاعد، ز- فقدان الجنسية.

2- يصدر قرار إنهاء الخدمة من رئيس السلطة الوطنية بناء على طلب من الجمعية العامة للمحكمة.

4- تتعقد هيئة المحكمة من رئيس وستة قضاة على الأقل، وتصدر قراراتها بالأغلبية.

وعليه نصت هذه المادة على عدد محدد أساسي من أعضاء المحكمة الدستورية وهو تسعة أعضاء، مع إمكانية إضافة ثلاثة أعضاء جدد كل سنتين من تاريخ تشكيل المحكمة الدستورية الأول عام 2016¹، وأيضاً حددت المدة الزمنية لعضوية قضاة المحكمة الدستورية العليا بستة سنوات غير قابلة للتجديد²، مع ضرورة الإشارة إلى حالات انتهاء الخدمة التي نصت عليها

¹. بتعليق الباحث على هذا الموضوع تجدر الإشارة إلى أن النص هنا غير واضح وغير صريح ويحتمل التأويل والتفسير وإختلاف القراءات، بخصوص الفقرة (1/ب) من المادة (3) المذكورة أعلاه، ومن خلال قراءة الباحث يرى بأن الفقرة قد قصدت تعيين ثلاثة أعضاء جدد كل سنتين مما يجعل عدد الأعضاء بحلول عام (2022) إلى ثمانية عشر عضواً، وبحلول هذا العام أيضاً (2022) يخرج من تشكيلة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الأعضاء التسعة الذين تم تعيينهم في عام 2016 لمرور ستة سنوات على تعيينهم حسب ما نص عليه التعديل الوارد أعلاه، مما يعني عودة عدد أعضاء المحكمة إلى تسعة أعضاء فقط واستقرار التشكيلة على تسعة أعضاء لأنه بعد مرور سنتين على العام (2022) سيدخل ثلاثة أعضاء جدد ولكن سيخرج ثلاثة أعضاء تم تعيينهم في عام (2018).

². بتعليق الباحث على هذا الموضوع يرى أن تحديد المدة الزمنية لعضوية قضاة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية يعزز من استقلال أعضاء المحكمة الدستورية وحيادهم، وإضافة إلى ذلك أن زيادة مدة عضوية قضاة المحكمة إلى ستة سنوات تؤثر إيجاباً في الأداء القانوني لأعضاء المحكمة الدستورية والاستفادة من خبراتهم المتراكمة بحكم الزمن التي تنعكس على قراراتهم في الطعون الدستورية المنظورة أمام المحكمة الدستورية واستقرارها، وهذا ما اتفق معه الباحث في الملاحظة الواردة في الورقة الدراسية الصادرة عن وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت في (سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية 2017/2) فئة أوراق الموقف حول القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا الأصلي، حيث ورد بأن "التطلع بإيجابية إلى جهة تحديد مدة عضوية القضاة في المحكمة، لأن ذلك ينطوي على تعزيز استقلالهم وحيادهم، ويساهم في نأي القضاة عن مظنة مجاملة السلطة التنفيذية خشية الأمن الوظيفي، كما أنّ ذلك سيساهم أيضاً برفد المحكمة بطاقات وكفاءات جديدة، ومع ذلك فإنه ينبغي الإشارة إلى أنّ تحديد مدة العضوية لستة سنوات غير كافية لكونها المدة الأقصر في التجارب الشائعة المقارنة وقد كان من الأفضل تمديدتها بمدة تسع سنوات على الأقل، لأن ذلك سيساهم في تراكم الخبرة لدى القضاة بما ينعكس على أدائهم القضائي".

وتجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى رأي الأستاذ المستشار فواز صايمة (عضواً في تشكيلة قضاة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية) في مقابلة شخصية أجراها الباحث في مدينة نابلس - بتاريخ (2018/11/4)، بأن تحديد مدة عضوية القضاة في المحكمة الدستورية العليا يحمل في مضمونه معنى الاستقلال والحياد، وأن زيادة مدة عضوية قضاة المحكمة المحددة يساهم في استقرار الأحكام القضائية الدستورية والمبادئ الدستورية، إضافة إلى الخبرات المتراكمة.

المادة (10) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة للمادة (21) من القانون الأصلي رقم (3) لسنة (2006)¹.

ومقارنته بالأنظمة القانونية الدستورية مثل الدستور الأردني لسنة (1952) المعدل عام (2016)² الذي نص في المادة (58) على أن " 1- تنشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، وتؤلف من تسعة أعضاء على الأقل من بينهم الرئيس يعينهم الملك، 2- تكون مدة العضوية في المحكمة الدستورية ست سنوات غير قابلة للتجديد.

وهذا تقريباً مماثل لنص المادة (3) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة للمادة (2) من القانون الأصلي من حيث عدم إمكانية تجديد العضوية والمدة الزمنية وعدد أعضاء المحكمة الدستورية، ولكن المشرع الفلسطيني قد نص على إمكانية زيادة أعضاء المحكمة الدستورية كل سنتين بألية غير واضحة_ كما ذكرت هذه الدراسة سابقاً_ وهذه الآلية ضرورية لزيادة عدد قضاة المحكمة الدستورية لارتباطها بعدد كبير من الاختصاصات التي تقع على عاتقها وإتاحة الفرصة للخبرات الجديدة من أعضاء المحكمة الدستورية، وأيضاً في مقارنة للنظام القانوني الدستوري التونسي الحديث لسنة (2014) الذي نص بالفصل (118) على أن " المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من اثني عشر عضواً من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون، الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة، يعين كل من رئيس الجمهورية، ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء، أربعة أعضاء، على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون. ويكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات، يجدد ثلث أعضاء المحكمة الدستورية كل ثلاث سنوات، ويُسدّ الشغور الحاصل في تركيبة المحكمة بالطريقة المعتمدة عند تكوينها مع مراعاة

¹. تعدل المادة (21) من القانون الأصلي، لتصبح على النحو الآتي:

1- تنتهي خدمة رئيس وأعضاء المحكمة في أي من الحالات الآتية: (أ) الإحالة للتقاعد بانتهاء فترة الست سنوات المحددة في هذا القرار بقانون، (ب) الاستقالة، (ج) فقدان الأهلية، (د) الوفاة، (هـ) العجز لأي سبب من الأسباب عن أداء مهام وظيفته، (و) إذا أُدين بجريمة مخلة بالشرف أو الأمانة بحكم قطعي، ولو رد إليه اعتباره، (ز) العزل من الخدمة وفقاً للقانون.

2- باستثناء حال الوفاة، في حال توافر أي من الحالات المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذه المادة، يتم إنهاء خدمة عضو المحكمة تلقائياً بقرار يصدر من رئيس الدولة، بناءً على تنسيب من الجمعية العامة.

². للإطلاع على دساتير العالم المقارنة وتعديلاتها انظر للموقع الإلكتروني الخاص بدساتير العالم المقارنة،

<https://constituteproject.org>

جهة التعيين والاختصاص، ينتخب أعضاء المحكمة من بينهم رئيساً ونائباً له من المختصين في القانون.

وعليه تميز الدستور التونسي الحديث لعام (2014) في النصوص الخاصة بعدد أعضاء المحكمة الدستورية المكونة من اثني عشر عضواً ممتازين بالكفاءة والاختصاص والخبرة التي لا تقل عن عشرين عاماً في مجالهم، والمدة الزمنية لعضويتهم هي تسع سنوات لفترة واحدة، مع استحداث نظام مختلط لآلية تعيين أعضاء المحكمة الدستورية التي التي ستناقشها الدراسة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ثانياً: شروط العضوية في المحكمة العليا الفلسطينية

نصت المادة (4) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) على أن " يشترط فيمن يعين عضواً بالمحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، على ألا يقل عمره عن 40 عاماً ويكون من بين الفئات الآتية:

- 1- أعضاء المحكمة العليا الحاليين والسابقين ممن أمضوا في وظائفهم خمس سنوات متصلة على الأقل،
- 2- رؤساء محاكم الاستئناف الحاليين ممن أمضوا في وظائفهم سبع سنوات متصلة،
- 3- أساتذة القانون الحاليين أو السابقين في الجامعات الفلسطينية أو الجامعات المعترف بها في فلسطين ممن أمضوا في وظيفة أستاذ خمس سنوات متصلة على الأقل، أو أستاذ مشارك أمضى عشر سنوات متصلة على الأقل،
- 4- المحامون الذين مارسوا مهنة المحاماة خمس عشرة سنة متصلة على الأقل.

وعليه من الشروط والمؤهلات الواجب توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية هي الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة (2002)¹ والشروط الخاصة الواردة في المادة (4) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006) الواردة حصراً، وقد تم تعديل هذه المادة بموجب المادة رقم (5) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017)، وقد نصت على أن يشترط فيمن يعين عضواً في المحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، على ألا يقل عمره عن (40) عاماً، ويكون من بين الفئات الآتية:

1- أعضاء المحكمة العليا الحاليين والسابقين ممن أمضوا في وظائفهم ثلاث سنوات متصلة على الأقل، 2- قضاة الاستئناف الحاليين ممن أمضوا في وظائفهم سبع سنوات متصلة، 3- أساتذة القانون الحاليين أو السابقين بالجامعات الفلسطينية أو الجامعات المعترف بها في فلسطين ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثلاث سنوات متصلة على الأقل، أو أستاذ مشارك أمضى ست سنوات متصلة على الأقل، أو أستاذ مساعد أمضى تسع سنوات متصلة على الأقل، 4- المحامون الذين مارسوا مهنة المحاماة عشرين سنة متصلة على الأقل، 5- أعضاء النيابة العامة ممن أمضوا في وظيفة رئيس نيابة فأعلى خمس عشرة سنة متصلة على الأقل.

وبتحليل الباحث لهذا النص المعدل للمادة (4) من القانون الأصلي بشأن الشروط والمؤهلات التي يجب أن تتوافر في أعضاء المحكمة الدستورية عند توليهم هذه الوظيفة، وكما في النص الأصلي قد نصت على الشروط العامة الواجب توافرها لتولي القضاء حسب قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة (2002) والعمر الزمني للإنسان الذي لا يقل عن أربعين عاماً، وقد حصرت هذه المادة

¹. نصت المادة (16) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة (2002) بشأن الشروط العامة الواجب توافرها في القضاة عند توليهم مهامهم على:

- 1- أن يكون متمتعاً بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية.
- 2- أن يكون حاصلًا على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها.
- 3- ألا يكون قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف، ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام.
- 4- أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة ولانقاً طبيًا لشغل الوظيفة.
- 5- أن ينهي عضويته عند تعيينه بأي حزب أو تنظيم سياسي.
- 6- أن يتقن اللغة العربية.

بالفئات من أعضاء المحكمة العليا وقضاة الاستئناف وأساتذة الجامعات القانونيين والمحامين وأعضاء النيابة العامة، مع إضافة الشرط الزمني أو المكانة الوظيفية على بعضهم، مع الإشارة إلى أن قانون المحكمة الدستورية العليا لم يحدد عدد القضاة لكل فئة من الفئات السابقة، هذا يعني أن النص لم يسمح لأحد من غير المجال القانوني والقضائي بتولي هذه الوظيفة، والابتعاد عن المناصب والمؤهلات السياسية¹، مما يسبب طرح عدد من الأسئلة حول طبيعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي يمارسها القاضي الدستوري، المفترض فيه الخبرة والكفاءة العالية في المجال القضائي خاصة والقانوني بشكل عام، لأن هذه الوظيفة بشكل أساسي هي ذات طبيعة قانونية وموضوع عملها قانوني يتطلب كفاءات ومؤهلات قانونية لمن يقوم بالعمل الرقابي، ليتمكن من قياس مدى مخالفة القوانين للدستور من عدمها، وهي بالأساسي هيئة قضائية مستقلة، ولكن من حيث موضوعها تحمل في بعض الحالات طابعاً سياسياً واجتماعياً واقتصادياً، وإن من المنطق عندما يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية أن تتشكل أغلبية أعضائها من النخب القانونية والقضائية والحقوقية².

¹ تجدر الإشارة بخصوص تكوين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مقابلة أجراها الباحث مع الدكتور جوني عاصي (المحاضر في جامعة النجاح الوطنية في كلية القانون ومدير كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان) في مدينة نابلس - جامعة النجاح الوطنية- كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان - 2018/10/8، تم توجيه سؤال للدكتور جوني عاصي حول تشكيل أعضاء المحكمة الدستورية العليا بإمكانية إضافة الخبرات والنخب السياسية في تشكيلة أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، والتي تضمنت إجابته تجربة النموذج الفرنسي في إشراك النخب السياسية السابقة ذات التأثير في المجال السياسي وأنها تجربة ذات أهمية، لكن لحدثة النظام القضائي الدستوري الفلسطيني فمن المصلحة العامة أن تبقى تشكيلة أعضاء المحكمة الدستورية العليا من الخبرات القضائية، وأيضاً في مقابلة أجراها الباحث مع الأستاذ المستشار فواز صايمة (عضواً في تشكيلة قضاة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية) في مدينة نابلس - 2018/9/27، وتم توجيه السؤال بنفس الصياغة الواردة أعلاه في هذا الهامش، والتي تضمنت إجابته بالابتعاد عن إدخال أو ضم أعضاء لتشكيلة المحكمة الدستورية من النخب السياسية أو الاقتصادية، ولكن من المهم أن يتم التعاون والاستئناس بأرائهم في حال كانت معطيات الطعون المنظورة أمام المحكمة الدستورية تستوجب ذلك.

² تجدر الإشارة إلى رأي الدكتور محمد الحاج قاسم الوارد بالحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين"، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواه"، مجلة العدالة والقانون، (العدد الثامن، نيسان - أيلول 2008) ص 232، بأن " الاتجاه الغالب في تشكيل المحاكم الدستورية في النظم المقارنة لا تقتصر على العناصر القضائية دون غيرها بل يجمع بين العناصر القانونية والسياسية وهذا مهم لأن جزءاً كبيراً من الرقابة الدستورية تميل إلى العنصر السياسي في بعض الأحيان أكثر من القانوني"، وتجدر الإشارة بأن أحد الملاحظات المهمة التي وردت في الورقة الدراسية الصادرة عن وحدة القانون الدستوري في جامعة بيرزيت في (سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية 2017/2) فئة أوراق الموقف حول القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدل لقانون المحكمة الدستورية العليا الأصلي، بأن " التطلع بإستغراب إلى المعايير التي أسس عليها إحتساب سنوات الخبرة لدى فئات المرشحين وأخذت بجانب شكلي منه وليس الجوهرية حيث تجاهلت روح مبدأ المساواه، فكيف على سبيل المثال أتيح لروساء النيابة الترشح فيما لم يتيح ذلك للقضاة النظاميين الذين يعلونهم في السلم القضائي"، مع التأكيد على أن الباحث يرى بأن التشكيل الوظيفي للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية يجب أن يتكون من كافة النخب ذات الإغلبية القانونية والقضائية والحقوقية، بخلاف النموذج الدستوري الأردني الذي سمح ممن تنطبق عليه الشروط الأساسية للتعين في مجلس الأعيان الذي من الممكن أن يكون قانونياً أو سياسياً أو عسكرياً، للمزيد عن النموذج الدستوري الأردني لشروط تعين قضاة المحكمة الدستورية العليا الأردنية انظر: نعمان الخطيب، " الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 518.

وكذلك الحال في معظم النماذج الدستورية المقارنة التي تشترط مؤهلات مهنية عالية الخبرة وشروط يجب أن تتوفر بأعضاء المحكمة الدستورية العليا بصفته قاضٍ أو محامٍ أو أكاديمي¹، مثل: النموذج الدستوري التونسي الحديث الذي اشترط كفاءات وخبرات قضائية وقانونية لا تقل عن خمسة عشر سنة من المختصين بالقانون².

¹. للمزيد من التفصيل بخصوص المؤهلات المهنية للنماذج الدستورية المقارنة مثل: ألمانيا وإيطاليا وجنوب أفريقيا وتركيا، انظر: سوجيت شودري و كاثرين بايس، "المحاكم الدستورية بعد الربيع العربي آليات التعيين والاستقلال القضائي النسبي" (مركز العمليات الانتقالية الدستورية في كلية الحقوق، جامعة نيويورك، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2014) ص 92.

². تجدر الإشارة إلى تعليق وارد بمقال للكاتب كزافييه فيليب، بخصوص الرقابة القضائية والمحكمة الدستورية في الدستور التونسي الحديث لسنة (2014) المنشور في الموقع الإلكتروني المشار إليه أدناه، وبهذا يرى كاتب المقال كزافييه بأنه " إذا كان من الضروري أن يتحقق شرط الكفاءة في الأعضاء كافة، فإن النص لا يحدد إطلاقاً مجالات هذه الكفاءة، ويمكن أن نفترض بشكل مشروع أن هذا المطلب يخص الكفاءة في مجال الدستور، وهذا لا يعني أنه يتوجب على كل قاضي من أعضاء المحكمة الدستورية أن يكون خبيراً في القانون الدستوري، بل يتعين أن يتمتع القاضي بمعارف كافية في المواضيع التي يعالجها الدستور، مثل الحقوق والحريات أو المؤسسات، غير أن هذا الافتراض يبقى مجرد استنتاج في ظل غياب الدقة، بالمقابل يتوجب أن يكون تسعة قضاة مختصين في القانون، وهذا يعني أنهم يحملون على الأرجح شهادة أو مؤهلاً في القانون مع خبرة لا تقل عن عشرين سنة، وبالتالي يمكن تفهم هذين الشرطين لاسيما وأن العديد من المحاكم الدستورية تشترط في القضاة أن يكونوا قادمين من الوسط القضائي لا غير، وفيما يخص هذه النقطة، يقوم الدستور التونسي على اتجاه كلاسيكي إلى حد ما، تتكون فيه المحكمة الدستورية أساساً من قانونيين لأن الأمر يتعلق بهيئة قضائية وليس بهيئة سياسية، وتتمثل أصالة هذا النظام على الأرجح في تعيين ثلاثة قضاة ليسوا بالضرورة من المختصين في القانون، لقد كان هذا التنظيم القضائي المختلط بين أعضاء غير مختصين في القانون نتيجةً للتجاذبات التي عرفها إعداد الدستور، وذلك من أجل ضم شخصيات لا تنتمي إلى الوسط القانوني، وقد كان الأمر يتعلق باستهداف نطاق واسع من الأشخاص، ومنهم ممثلي جمعيات المجتمع المدني وشخصيات دينية وخبراء في علوم اجتماعية أخرى، لقد اعتبر المدافعون عن هذا التعديل بأنه وسيلة لتفادي حصر المحكمة الدستورية في حلقة مغلقة مكونة من خبراء منفصلين عن واقع المجتمع التونسي، فوجود قضاة غير منتمين للسلك المهني ضمن محكمة دستورية ليس أمراً استثنائياً في حد ذاته، وقد اشتدت حدة هذا الموضوع في السياق التونسي نظراً للاختلافات التي برزت بشأنه، غير أنه لا يوجد أي دليل على أن هذه الممارسة قد تتسبب في مشكلة ونستخلص مما سبق أنه لا يوجد أي أمر يجبر سلطات التعيين على عدم تعيين أشخاص يحملون مؤهلات قضائية من بين غير المختصين قانونياً، للمزيد انظر المقال المنشور على الرابط الإلكتروني:

<http://www.arabstates.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium%20Arabic/Part%203/47%20Xavier%20Philippe%20AR.pdf> .

الفرع الثاني: آلية تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

نصت المادة رقم (5) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) على أن " 1- يتم التشكيل الأول للمحكمة بتعيين رئيس المحكمة وقضااتها بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، بالتشاور مع مجلس القضاء الأعلى ووزير العدل.

2- يعين رئيس وقضاة المحكمة بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، بناء على تنسيب من الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا".

وبتحليل الباحث للنص فإنه يتكون من شقين حيث الشق الأول وهو التشكيل الأول للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بناء على قرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وبالتشاور مع مجلس القضاء الأعلى ووزير العدل، بمعنى أن قرار تعيين جميع أعضاء المحكمة الدستورية العليا يكون من قبل رئيس السلطة التنفيذية، وبالتشاور على سبيل الاستئناس والاسترشاد مع مجلس القضاء الأعلى ووزير العدل، وهذا تم تطبيقه عندما تم تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا بالقرار رقم (57) لسنة (2016) بشأن تشكيل المحكمة الدستورية العليا التي تشكلت من تسعة أعضاء من بينهم رئيساً ونائباً للمحكمة، أما فيما يتعلق بالشق الثاني يتم تعيين أعضاء المحكمة الدستورية من خلال رئيس السلطة التنفيذية، من خلال تنسيب الجمعية العامة للمحكمة الدستورية¹، وعليه تكون آلية تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بوساطة قرار صادر من رئيس السلطة التنفيذية دون أي مشاركة من قبل السلطات الأخرى التشريعية والقضائية.

¹ نظم الفصل الثاني بالمواد (8، 9 المعدلة، 10، 11) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة (2006) اختصاصات الجمعية العامة للمحكمة الدستورية، وآلية اجتماعاتها.

وهذا النص مشابه للمادة المقارنة رقم (5)¹ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري التي جعلت التشكيل الأول للمحكمة الدستورية والتعيين يتم بقرار من رئيس الجمهورية (رئيس السلطة التنفيذية).

وأينما ورد مصطلح تعيين القضاة ورد مصطلح استقلال وحياد القضاء، والسؤال المطروح بعد تحليل المادة (5) من قانون المحكمة الدستورية العليا هل تعيين قضاة المحكم الدستورية العليا من قبل سلطة منفردة وهي السلطة التنفيذية يؤثر على استقلال وحياد المحكمة الدستورية العليا؟ للإجابة عن هذا السؤال نعرض عدداً من الآراء الفقهية؛ منها ما ينفي بالاصل أن يكون طريقة اختيار أو تعيين القضاء سبباً من أسباب التأثير على استقلاله ذلك لأن " قيام السلطة التنفيذية بتعيين القضاء لا ينال من استقلال السلطة القضائية بالدرجة التي يتوهمها الكثيرون، إن التجربة قد دلت في كثير من البلاد على أن العبرة في استقلال القضاء ليست بطريقة اختيارهم، وإنما هي بمدى قدرة تلك السلطة على التدخل في شؤونهم بعد تعيينهم، فإذا امتنع هذا التدخل لم يكن لطريق التعيين أثر يذكر على مدى استقلال القضاء، وأنه لا يكفي لتحقيق استقلال القضاء ما تقرر بالنصوص القانونية، وإنما العبرة أولاً وأخيراً بإدراك الحكام وإدراك القضاة أنفسهم ثم بإدراك الرأي العام من ورائهم لقيمة هذا الاستقلال وضرورة صيانتها".²

¹. نصت المادة الخامسة من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري على أن " يصدر أول تشكيل للمحكمة الدستورية العليا بقرار من رئيس الجمهورية ويتضمن تعيين رئيس المحكمة وأعضائها ممن تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في القانون المرافق بعد اخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية بالنسبة للأعضاء"، وأيضاً نص المادة (193) من الدستور المصري لسنة (2014) على أن يتم تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا بقرار من رئيس الجمهورية.

². أحمد كمال أبو المجد، " الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري" (مرجع سابق) ص 563-564، وإضافة إلى ذلك يتفق الدكتور محمد الحاج قاسم مع هذا الرأي الفقهي (بالأصل العام) بقوله الوارد بالحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين"، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، مجلة العدالة والقانون، (العدد الثامن، نيسان- أيلول 2008) ص 233، بأن " انفراد سلطة من السلطات في بعض البلدان التي يدرك كل من القضاة والحكام ومن ورائهم الرأي العام والإعلام قيمة استقلال القضاء وأهميته لا تترتب عليه أن لا يكون لإنفراد تلك السلطة في اختيار أعضاء المحكمة أثر يذكر على مدى استقلال المحكمة"، ويكمل الكاتب الدكتور محمد الحاج قاسم بالصفحة رقم 266، بشأن النموذج الفلسطيني بشكل خاص بما يتعلق بالتعيين الثاني لأعضاء المحكمة الدستورية (الشق الثاني) كما ذكر في المتن أعلاه، من المادة (5) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) بقوله " وإذا كنا لا ننكر أيضاً أن ذلك الإدراك (يقصد به الإدراك والوعي للحاكم والمحكوم بشأن أهمية استقلال القضاء دون الحاجة لنصوص قانونية ترتكز عليها في ضمان استقلاله) وكما بيناه في فلسطين هو غاية سياسية واجتماعية ليست قريبة المنال في الوقت الحاضر، وأن النصوص القانونية لا يزال يقع على عاتقها العبء الأكبر في تحقيق استقلال القضاء، وأنه كان على المشرع أن يتدرك أنه في بلد كفلسطين لم ترسخ أقدامه بعد في الحياة الديمقراطية الحقيقية ولم ينضج فيه الوعي السياسي بقدر كافٍ لإدراك قيمة استقلال القضاء، وانفراد سلطة من السلطات في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية فيه خطورة احتمال تأثير تلك السلطة على عمل المحكمة في موضوع خطير كالرقابة على دستورية القوانين، وبالتالي يجب أن يختار القضاة المكلفين بمراقبة تلك الدستورية بطريقة تكفل لهم ضمانات الإستقلال، وهذا لا يمكن أن يتحقق في فلسطين إلا إذا شارك في الاختيار السلطات الثلاث".

وبعض الآراء الفقهية تحدث عن التأثير السلبي لصفات الحياد والاستقلال للمحكمة الدستورية، إذا انفردت السلطة التنفيذية بهذا التعيين للأعضاء، وأن اختيار أعضاء المحكمة الدستورية وتعيينهم يجب أن يكون من خلال مشاركة جميع سلطات الدولة¹، وكذلك الرأي القائل: " إنَّ المحكمة الدستورية التي يتم اختيار قضاتها من جانب السلطة التنفيذية وحسب من دون مشاركة أيّ جهة سياسية أو مدنية، تتمتع بفرصة ضئيلة في التمكن من العمل في شكل مستقلّ، أولاً: ستحاول السلطة التنفيذية الاستحواذ على المحكمة من خلال اختيار قضاة يُعتقد أنهم متعاطفون مع سياسات السلطة التنفيذية من أجل تحصين نفسها عن المساءلة الدستورية، ثانياً: من المرجح ألا يملك قضاة المحكمة الإرادة لإصدار حكم قد تعارضه السلطة التنفيذية؛ علماً أنّهم يدينون بمناصبهم فقط إلى السلطة التنفيذية².

ويرى الباحث بأن تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية يجب أن يتم بمشاركة جميع السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية (السلطات التأسيسية الثلاثة)، أو على الأقل بتكثيف السلطة التشريعية بالمشاركة في تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ضمن قواعد بشأن آلية قيام السلطة التشريعية بهذه التعيينات وعددٍ محدد من الأعضاء (أقلية في سلطة التعيين)، لأن هذه السلطة تمثل المجتمع الفلسطيني، مع ضرورة الإشارة بأن الباحث لا يفترض أن تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من قبل السلطة التنفيذية يأتي بنتيجة انقضاء الحياد والاستقلال لهذه المحكمة، وهذا مرفوض جملة وتفصيلاً، ولكن من باب التعزيز لاستقلال المحكمة الدستورية

¹ محمد الحاج قاسم، الحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين "، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواه"، مجلة العدالة والقانون، (العدد الثامن، نيسان- أيلول 2008) ص 232، وهذا الرأي للمؤلف ثروت بدوي في مؤلفه " القانون الدستوري والانظمة الدستورية في مصر" (القاهرة- دار النهضة العربية- 1971) ص 161.

² سوجيت شودري و كاثرين بايس، "المحاكم الدستورية بعد الربيع العربي آليات التعيين والاستقلال القضائي النسبي" (مركز العمليات الانتقالية الدستورية في كلية الحقوق، جامعة نيويورك، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2014) ص 30.

العليا وضمن حيادها، هو مشاركة السلطة التشريعية بهذا التعيين خاصة بالحال الفلسطينية، لأن السلطة التنفيذية هي من تقوم بإصدار التشريعات المؤقتة من خلال القرارات بقوانين¹.

وبالمقارنة مع التجربة التونسية الدستورية الحديثة من خلال الفصل (118) من الدستور التونسي لعام (2014) الذي أعطى صلاحية تعيين أعضاء المحكمة الدستورية التونسية بآلية مختلطة (النموذج المختلط للتعيين) بقرار من السلطات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية، فقد نص الفصل (118)² على أن " المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من اثني عشر عضواً من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة، يعين كل من رئيس الجمهورية، ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء، أربعة أعضاء، على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون، ويكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات"، بحيث تتوزع صلاحيات التعيين على السلطات التأسيسية الثلاثة، فيقوم رئيس الجمهورية (السلطة التنفيذية) بتعيين أربعة أعضاء، ويعين مجلس نواب الشعب (السلطة التشريعية) أربعة أعضاء آخرين، ويعين المجلس الأعلى للقضاء (السلطة القضائية) أربعة أعضاء أيضاً، وتكون كل سلطة تعيين مطالبة بتعيين ثلاثة أعضاء من القانونيين ممن لديهم ما لا يقل عن عشرين سنة خبرة وعضواً رابعاً قد يكون غير مختص في القانون.

¹. تجدر الإشارة للرأي المؤلف رمزي الشاعر في مؤلفه " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) هامش ص 780، الذي يعزز جزئية من رؤية الباحث بخصوص ضرورة مشاركة السلطات التأسيسية الثلاثة في آلية تعيين و أو تنصيب أعضاء المحكمة الدستورية، ذلك بأن " من المفضل أن تشكل المحكمة من عناصر قضائية وسياسية بحيث تكون الأغلبية من بين العناصر القضائية،..... لكن لا أتفق مع الاتجاه الذي سار عليه قانون المحكمة الدستورية العليا من حيث جعل الإختيار من اختصاص المنفرد للمجلس الأعلى للهيئات القضائية، وكنا نفضل أن يأخذ القانون بإشراك السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية في اختيار أعضاء المحكمة من بين العناصر القضائية والقانونية على أن تكون الغلبة للأعضاء الذين يختارون عن طريق السلطة القضائية.

². للاطلاع على الدستور التونسي لسنة (2014) انظر الموقع الإلكتروني الخاص بالدساتير المقارنة لمعظم دول العالم، <https://constituteproject.org>

المطلب الثاني: اختصاصات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

الأصل العام لاختصاص المحكمة الدستورية العليا هو نص القانون الأساسي المادة (103) منه التي أوكلت للمحكمة الدستورية العليا الرقابة على القوانين والأنظمة وتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، والفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وهي رقابة قضائية مركزية لاحقة على صدور التشريع الساري المفعول بعد نشره بالجريدة الرسمية، أما على وجه التخصيص نصت المادة (24)¹ من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة (2006) على عدد من الاختصاصات التي أوكلتها للمحكمة الدستورية العليا، حيث إنه لا يمكن للمحكمة الدستورية العليا النظر في الطعون الدستورية إلا بحدود هذه الاختصاصات، فهي اختصاصات نوعية متصلة بالنظام العام وردت على سبيل الحصر لا يمكن تجاوزها².

¹. تختص المحكمة دون غيرها بما يأتي:

1- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة.

2- تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها.

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

4- الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها.

5- البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه.

². ورد في متن القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الطعن رقم (2016/3) بتاريخ 2016/9/19 بأن " فإنه ينبغي الإشارة ابتداءً إلى أن اختصاص المحكمة الدستورية طبقاً لما جاء في المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006 م، هو اختصاص نوعي ورد على سبيل الحصر، وهو شأنه شأن الاختصاص النوعي للمحاكم يتصل بالنظام العام، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها دون طلب ذوي الشأن من الخصوم، وأن الوقوف على مدى دستورية القرارات محل الطعن الدستوري المائل؛ يتطلب وقبل كل شيء البحث فيما إذا كانت القرارات محل الطعن تندرج ضمن اختصاص المحكمة الدستورية"، نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية الوقائع الفلسطينية العدد الممتاز (12) الصادرة بتاريخ (2016/9/26)، وأيضاً نشر هذا القرار في الموقع الإلكتروني لمنظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي) التابع لمعهد الحقوق في جامعة بيرزيت، انظر الرابط الإلكتروني <http://muqtafi.birzeit.edu>.

وقد عدلت المادة (12)¹ من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) الفقرة الثانية من نص المادة (24) من القانون الأصلي بخصوص تفسير التشريعات، وبالنتيجة يتضح بشكل عام أن هنالك اختصاصات تتعلق بالرقابة على دستورية القانون مثل: الرقابة على دستورية التشريعات، وهنالك اختصاصات خارج الرقابة على دستورية القانون مثل: التفسير والفصل في تنازع الاختصاصات بين الجهات القضائية.

الفرع الأول: اختصاص المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على التشريعات²

وهو اختصاص حصري للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية للرقابة على دستورية التشريعات، واستناداً للمادة رقم (24) لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) التي نصت بأن "المحكمة تختص دون غيرها بما يأتي (أ) الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة" وعليه جاء البند (أ) من المادة (24) مطلقاً دون تقييد، مما يطرح السؤال الأساسي لهذا الفرع ما هو مفهوم التشريعات (القوانين والأنظمة) التي تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية؟ وبشكل أكثر وضوحاً هل رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية هي رقابة عامة وشاملة على جميع التشريعات الصادرة عن المجلس التشريعي، وأيضاً التشريعات الثانوية التي تصدر عن السلطة التنفيذية من الأنظمة والقرارات والمراسيم الرئاسية والقرارات بقانون، أم أن رقابة المحكمة الدستورية

¹. تعدل الفقرة (2) من المادة (24) من القانون الأصلي، لتصبح على النحو الآتي:

أ. تفسير نصوص القانون الأساسي.

ب. تفسير التشريعات إذا أثار خلاف في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي تفسيرها.

ج. الفصل في تنازع الاختصاص بين السلطات.

². تشير الدراسة إلى أن الفقه القانوني الفلسطيني لم يعتمد أي آلية لتراتبية التشريعات الفلسطينية كما في الفقه القانوني المقارن الذي يبين تراتبية القوانين الأساسية والقوانين العادية والمعاهدات الدولية، لكن تجدر الإشارة إلى القرار التفسيري الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، بالطلب رقم (2) لسنة (3) قضائي "تفسير"، وقد اعتمدت المحكمة أن رأس الهرم في التدرج الهرمي للمنظومة القانونية الفلسطينية وثيقة إعلان الاستقلال وبشكل تنازلي القانون الأساسي، الاتفاقيات الدولية، القوانين والقرارات بقانون، الأنظمة واللوائح، وبالإضافة إلى ذلك يوجد تداخل بين المصطلحات القانونية من حيث مصطلح (القانون الأساسي) في النموذج الفلسطيني والقوانين الأساسية التي تسمى أحياناً التنظيمية بالنماذج القانونية المقارنة، للمزيد من التوضيح انظر: كامل السعيد، " النظرية العامة للقضاء الدستوري " (الأردن - عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2017) ص 32. وأيضاً انظر: محمد الحاج قاسم، الحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين " (المرجع السابق) ص 262.

العليا الفلسطينية هي فقط رقابة محدودة على التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية (المجلس التشريعي)؟

في الأصل العام تستند الإجابة على هذا السؤال على الآراء الفقهية المقارنة، أحد الآراء الفقهية يستند إلى **المعيار الشكلي** الذي يميز استناداً إلى الجهة مصدرة التشريع، بين التشريعات الأساسية التي تصدر عن السلطة التشريعية مثل: القوانين العادية، وبين التشريعات الفرعية التي تصدر من السلطة التنفيذية مثل: القرارات والمراسيم الرئاسية، واستند الرأي الفقهي الآخر على **المعيار الموضوعي** الذي يميز بين القانون واللوائح ذلك لأن القوانين _مثل القوانين العادية_ تضع المبادئ الأساسية ويترتب عليها المساس بالمراكز القانونية للأفراد، وقواعدها تتعلق بالحقوق والحريات والالتزامات المفروضة عليهم، أما اللوائح فقواعدها لا تمس الأفراد ولا تنشئ لهم حقوقاً أو التزامات فهي تتضمن أمور تنظيمية للدولة، وعليه استند الفقهاء على المعيار الشكلي الأكثر منطقية وصرف النظر على المعيار الموضوعي لتعذر التمييز بين القوانين واللوائح للتشابه بينهما من حيث الموضوع بشمولهما صفة العمومية¹، وعليه ظهر جدل فقهي بخصوص شمول رقابة المحكمة الدستورية العليا على التشريعات التي تصدر من السلطة التشريعية فقط دون التي تصدر عن السلطة التنفيذية، وبمفهوم المخالفة تجب رقابة المحكمة الدستورية العليا على التشريعات والأنظمة واللوائح الصادرة عن السلطة التشريعية أو عن السلطة التنفيذية كافة.

وهذا ما استند إليه الفقه الدستوري المصري حيث "جاء اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية القوانين واللوائح عاماً شاملاً دون تخصيص أو تحديد، بحيث يتضمن جميع التشريعات سواء كانت تشريعات عادية صادرة من السلطة التشريعية، أو تشريعات لائحية فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري، وسواء كانت هذه اللوائح عادية أم لها قوة

¹. للمزيد حول الاتجاهات الفقهية التي تؤيد أو تعارض شمول رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين والأنظمة واللوائح التي تصدر عن السلطة التشريعية أو التي تصدر عن السلطة التنفيذية انظر:

* إبراهيم شيجا، "تحليل النظام الدستوري المصري" (مرجع سابق) ص 344 وما بعدها.
* رمزي الشاعر، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 789 وما بعدها.

القانون"¹، وأيضاً " إن المشرع قد قصد أن يبسط اختصاص المحكمة الرقابي على القوانين وعلى اللوائح بجميع أنواعها سواء كانت لهذه اللوائح قوة القانون وصفته كاللوائح الضرورية واللوائح العادية، وأن المشرع استهدف من تقرير رقابة دستورية القوانين - كما هو واضح في النصوص - صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسي الأعلى في الدولة، وهذا لا يتحقق إلا إذا امتدت وانبسطت رقابة المحكمة الدستورية العليا على جميع التشريعات واللوائح، سواء لها قوة القانون أو لم تكن لها هذه القوة بأن كانت لوائح عادية، حتى ولو ترتب ذلك على تقلص في اختصاص القضاء الإداري"².

وبالرجوع للنموذج الدستوري الفلسطيني بخصوص امتداد رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على الأنظمة واللوائح، ويرأي الباحث أن هذا الامتداد أكثر وضوحاً وذلك استناداً للنصوص القانونية الأساسية وهو القانون الأساسي الفلسطيني الذي يسمو على القوانين العادية، حيث نصت المادة (1/103) من القانون الأساسي على أن " تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها"، فقد جاء النص مطلقاً شاملاً لمفهوم التشريعات بمعناها الواسع، بدلالة كلمة (وغيرها)³ ويرأي الباحث أن المشرع قد قصد أن رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية تشمل جميع التشريعات والقواعد القانونية على اختلاف تدرجها

¹ عبد الغني عبد الله، " النظم السياسية والقانون الدستوري" (المرجع السابق) (الاسكندرية- منشأة المعارف- 1997) ص 781، وإضافة إلى ذلك أيد ذلك حكم للمحكمة الدستورية العليا المصرية بأن " رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي الأصول والقواعد التي يقوم عليه نظام الحكم، ولما كان هذا الهدف لا يتحقق على الوجه الذي يعنيه المشرع في المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفي مذكرته الإيضاحية إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها وسواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة عن السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري"، وقد ورد هذا الحكم في رسالة الماجستير للباحث عمر التركماني، " القضاء الدستوري في فلسطين" (وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006) (مرجع سابق) ص 77.

² للمزيد انظر: إبراهيم شيجا، " تحليل النظام الدستوري المصري" (مرجع سابق) ص 345 وما بعدها.

³ تجدر الإشارة إلى ملاحظة قانونية وردت في ورقة عمل بحثية قانونية، نوار بدير وعاصم خليل، " حالة الضرورة" (سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/4) فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن - كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، كانون الثاني/ يناير 2018) بخصوص الرقابة القضائية الدستورية على القرار بقانون بأنه " وبالعودة إلى النظام القانوني يمكن ملاحظة أن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية تختص بالرقابة على هذه القرارات بقوانين وفقاً لنص المادة (1/103) من القانون الأساسي المعدل والتي تنص " تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر: (أ) دستورية القوانين واللوائح والنظم وغيرها"، وكذلك قانون المحكمة الدستورية العليا فقد نظم في المادة (24) ونصت فيها على اختصاص المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، ونظراً للاختلاف بين نصوص هاتين المادتين وشمول القانون الأساسي لعبارة " وغيرها" فإننا نطبق قاعدة "النوع الواحد" كنوع من أنواع التفسير، فكلمة غيرها تمتد إلى القرار بقانون لانتمائها إلى نفس العائلة التي تنتمي إليها ما سبقها".

في النظام التشريعي الفلسطيني، وإضافة إلى ذلك نصت المادة (2/13) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة للمادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) بأنه " عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام بما يتفق وأحكام القانون الأساسي"، وعليه تكون رقابة المحكمة الدستورية العليا شاملة دون تخصيص أو تحديد التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية كافة مثل: القوانين العادية أو التشريعات الفرعية التي تصدر من السلطة التنفيذية مثل: اللوائح والقرارات بقانون¹ والمراسيم الرئاسية، وبالنتيجة " إن قانون المحكمة الدستورية العليا لم يفرق بين ما يجب أن يختص به القضاء الدستوري وما يجب أن يختص به القضاء الإداري، وأن التشريعات التي يجب أن تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا والتحقق من عدم مخالفتها للدستور هي القوانين والقرارات بقوانين، وكان من الأولى أن يتم هذا التفريق من خلال القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017)، ولكن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية يجب أن تطبق القانون².

وباستعراض الأحكام القضائية الدستورية في حكم للمحكمة العليا بصفتها الدستورية للطعن رقم (2009/3) الصادر بتاريخ (2010/4/13) (بشأن الطعن في دستورية القرار بقانون بشأن التعامل مع البورصات الأجنبية لسنة 2009) المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)

¹. تجدر الإشارة إلى أن القرارات بقانون أو (القوانين المؤقتة) كما تسمى في النظام القانوني الأردني قد شكلت جدلاً فقهياً دستورياً بخصوص امتداد رقابة المحكمة الدستورية العليا عليها، وأنها ضمن اختصاصاتها للتأكد من أنها لم تخالف المبادئ الدستورية، وتشير الدراسة إلى رأي الدكتور عاصم خليل في مؤلفه "دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني" (بيروت - وحدة البحث العلمي والنشر - كلية الحقوق والإدارة العامة - جامعة بيرزيت - سلسلة الأبحاث والدراسات (1) - 2015) ص 30، بأنه " لا يمكن اعتبار القرارات بقانون على أنها من بين القرارات الإدارية الخاضعة لرقابة محكمة العدل العليا الفلسطينية، لكن هذا لا يمنع المحكمة الدستورية العليا، إذا ما تقدم بالطعن إحدى الجهات التي يخولها القانون ذلك، بممارسة رقابة على دستورية القرارات بقانون ومدى احترام رئيس السلطة للشروط التي نص عليها القانون الأساسي".

². جزئية من محاضرة الدكتور محمد الحاج قاسم رأيه بخصوص اختصاصات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، في مؤتمر البناء الدستوري الثاني بعنوان (دور النساء في البرلمانات من مهمشات إلى مشاركات) (جامعة النجاح الوطنية - كلية القانون - 2018/5/2) (تم تسجيل ملاحظات هذه المحاضرة من قبل الباحث).

في العدد (117) الصادر بتاريخ (2016/1/24)¹ فقد اجتهدت المحكمة العليا بصفتها الدستورية في متن حكمها بأنه " والمستفاد من النصين المذكورين (تقصد المحكمة المادة (24) و المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006) أن للمحكمة صلاحية الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة بصورة مطلقة، وبالتالي فإن هذه الرقابة تشمل القوانين الصادرة من المجلس التشريعي والقرارات بقانون الصادرة من السيد رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية طبقاً للمادة (43) من القانون الأساسي المعدل وبأن القرارات بقانون غير محصنة من رقابة المحكمة على دستوريتها ولا ينال من ذلك أن يكون مناط إصدارها الضرورة التي لا تحتمل التأخير طبقاً لما استقر عليه الفقه وتحقيقاً لمبدأ سمو الدستور (القانون الأساسي) الذي تعلق قواعده وتسود على سائر القواعد القانونية في الدولة سواء تشريعاً أو لوائح أو قرارات، إلا إذا أجاز القانون الأساسي لها ذلك أنها لا تملك هذه الاختصاصات وإنما لها حق ممارستها فقط وبالتالي يغدو الدفع المتصل بعدم صلاحية المحكمة في الرقابة على حالات الضرورة مناط القرارات بقوانين غير وارد ويتعين رده لذا نقرر رده".

¹. نشر هذا القرار في الموقع الإلكتروني لمنظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي) التابع لمعهد الحقوق في جامعة بيرزيت، انظر الرابط الإلكتروني <http://muqtafi.birzeit.edu> تشير الدراسة أيضاً إلى قرار صدر من المحكمة العليا بصفتها الدستورية الطعن رقم (3/2005) الصادر بتاريخ 2008/4/24 المنشور في الجريدة الرسمية الوقائع الفلسطينية بالعدد (116) الصادرة بتاريخ (2016/12/27) الذي جاء في منته بأن " وإصدار المراسيم والقرارات الإدارية ليست من قبيل الأعمال التشريعية المنصوص عليها في المادتين (41)،(43) من القانون الأساسي، وعندما أصدر رئيس السلطة الوطنية المرسوم موضوع الطعن فقد أصدره بناءً على تنسيب مجلس الوزراء كما هو مبين من ديباجة المرسوم المشار إليه، ومجلس الوزراء لا يوجد له اختصاصات تشريعية وجميع اختصاصاته ادارية، وبالتالي فإن هذا المرسوم هو عمل من أعمال الإدارة وأصدره الرئيس طبقاً لاختصاصاته التنفيذية لأنه رأس السلطة الإدارية العليا والقرارات الإدارية تخضع للطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا ولا تختص المحكمة الدستورية بنظرها لأنها ليست من الأعمال التشريعية، والمادة (24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، قد أوردت اختصاصات المحكمة الدستورية العليا في فقراتها (1-5) وبالرجوع إلى هذه المادة، لم نجد من بين هذه الاختصاصات صلاحية النظر في الطعون التي توجه ضد القرارات الإدارية، وبناء على ما تقدم فإن الدعوى المرفوعة بشأن الطعن في المرسوم الرئاسي موضوع الطعن تكون غير مقبولة"، وهذا ما لا يتفق معه الباحث كما تم توضيحه بالدراسة ذلك لأن المراسيم الرئاسية تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا ومن سلطتها التأكد بأنها قد صدرت متفقة مع أحكام القانون الأساسي.

وللخصوصية النادرة للتشريعات السارية في فلسطين منها ما شرع زمن الحكم العثماني مثل: مجلة الأحكام العدلية (القانون المدني) ومنها ما شرع زمن الانتداب البريطاني مثل: الأنظمة الخاصة بالغذاء¹، ومنها ما شرع زمن الحكم الأردني للضفة الغربية مثل قوانين الأراضي والمياه، ومنها ما شرع زمن حكم الاحتلال العسكري (الحاكم العسكري) المُسمّاة بالأوامر العسكرية مثل: الأوامر العسكرية الخاصة بالمالكين والمستأجرين²، وأيضاً ما شرع زمن السلطة الوطنية الفلسطينية من قبل السلطة التشريعية (المجلس التشريعي الفلسطيني)³، مما ساهم في خلق حال من التشريعات التي شرعت استناداً لمراحل مختلفة_ منها غير شرعي مثل حكم الاحتلال الإسرائيلي، السؤال المطروح في هذه الحال هل تمتد رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على التشريعات السارية حالياً، ولم تُنغ والتي صدرت قبل تولي الحكم السلطة الوطنية الفلسطينية؟

للإجابة عن هذا السؤال نستعرض قرار المحكمة العليا بصفتها الدستورية رقم (2014/1)⁴ الصادر بتاريخ 2015/5/26، الذي أشار في منتهى إلى أنه " إلا أننا نجد أن مجال البحث في دستورية القوانين الأردنية أو في بعض أحكامها التي لا تزال سارية في الضفة الغربية؛ بالنظر إلى القوانين الوطنية الصادرة عن السلطة الوطنية الفلسطينية(القانون الأساسي وغيره) أمر غير وارد، ذلك أن النظر بدستورية القوانين ينبغي أن يكون بين قوانين وطنية وفق المفهوم الضمني للمادة (24) من قانون المحكمة الدستورية، ويترتب على خصوصية استمرار تطبيق القوانين الأردنية في الأراضي الفلسطينية أنها تآبى البحث في دستورتها متى تعارضت أحكامها مع القانون الأساسي الفلسطيني، باعتبار أن القوانين الأردنية يجب أن ينظر في صحة دستورتها وليس إلى القانون الأساسي الفلسطيني، وإنما بالنظر إلى القانون الدستوري الأردني الذي صدرت في ظله، وهذه الصلاحية لا

¹. مثل: نظام نظام مراقبة المواد الغذائية (الخبز) لسنة 1948 الساري بالضفة الغربية وقطاع غزة، للمزيد انظر الموقع الإلكتروني لمنظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي) <http://muqtafi.birzeit.edu>.

². مثل: أمر رقم (1271) بشأن تعديل قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة (1953) الساري بالضفة الغربية وقطاع غزة، للمزيد انظر الموقع الإلكتروني لمنظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي) <http://muqtafi.birzeit.edu>.

³. تجدر الإشارة بأن سريان هذه التشريعات قبل عام 1967 تم بناء على القرار الساري رقم (1) لسنة (1994) الذي نص على أن " يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ 1967/6/5 في الأراضي الفلسطينية الضفة الغربية وقطاع غزة حتى يتم توحيدها"، للمزيد أنظر: أنظر الموقع الإلكتروني لمنظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي) <http://muqtafi.birzeit.edu>.

⁴. للإطلاع نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (119) الصادرة بتاريخ 2016/3/29.

تملكها المحاكم الوطنية الفلسطينية، وفي هذا السياق فإن ما تملكه المحاكم الوطنية الفلسطينية من صالحية في النظر بدستورية القوانين الأردنية النافذة في الأراضي الفلسطينية لا يأتي إلا من خلال الطعن بقرار إنفاذها الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بموجب المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة (1994م)، الذي صدر خلال تولي السلطة الوطنية الفلسطينية زمام الأمور كافةً، بما في ذلك الشؤون المتعلقة بالقضاء وتطبيق القوانين الأردنية التي كانت مطبقة أمام محاكم الضفة الغربية عشية (4) حزيران (1967م)، أو بقرار إنفاذ القوانين الأردنية التي تم تعطيل إنفاذها بالأوامر العسكرية التي صدرت عن سلطة الاحتلال الإسرائيلية، ولما كان الثابت من أوراق الطعن الدستوري المائل أن الطعن ينصب على عدم دستورية المادتين (167) و(168/3) اللتين تضمنهما قانون الجمارك والمكوس الأردني رقم (1) لسنة (1962م) والقانون المعدل له رقم (10) لسنة (1964م)، ولم ينصب على قرار السلطة الوطنية الفلسطينية بإنفاذ هذا القانون فإن الطعن يغدو مستوجباً عدم القبول"، **وعليه** أخرج هذا الاجتهاد القضائي الدستوري صلاحية القضاء الدستوري الفلسطيني من النظر في الطعون الدستورية المنصبة على التشريعات الأردنية النافذة في الأراضي الفلسطينية، **وهذا ما لا يتفق الباحث معه** ويرأيه أن المحكمة قد جانبت الصواب بهذا الاجتهاد القضائي، لأن ولاية المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في النظر بالطعون الدستورية التي تضمن احترام القواعد الأساسية في القانون الأساسي الفلسطيني_ يجب أن تشمل التشريعات السارية في فلسطين كافة، دون تحديد أو تخصيص، على اختلاف تدرجها القانوني والزمني، وذلك استناداً للمادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الذي أشارت له الدراسة سابقاً.

وبذات الموضوع صدر قرار رقم (2017/7) بتاريخ (2018/5/8) ¹ الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية (بشأن رقابة المحكمة الدستورية العليا على التشريعات الصادرة زمن الحكم الأردني)، بخصوص الطعن بعدم دستورية نصوص محددة من قانون الجمارك رقم (1) لسنة (1962) المادة رقم (167) والمادة رقم (170) الخاصة بتشكيل المحاكم الجمركية، وهذا التشريع قد صدر خلال الحكم الأردني للضفة الغربية وظل سارياً في فلسطين، وقد جاء في متن حكمها ما

¹. نشر هذا القرار رقم (2017/7) الصادر بتاريخ (2018/5/8) المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (144) المنشور بتاريخ (2018/6/25).

يأتي " حيث إنَّ القانون الأساسي هو القانون الأعلى والأسمى الذي يُرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويقرر الحقوق والحريات العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ويحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها بما يحول دون أي تدخل منها في أعمال السلطة الأخرى، حيث إنَّ القانون الأساسي خصَّ السلطة التنفيذية بتنفيذ القوانين من خلال أجهزة الإدارة في الدولة التابعة برمتها إلى السلطة التنفيذية وحظر عليها التدخل في أعمال أسندها القانون الأساسي للسلطة القضائية وقصرها عليها، وإلا كان هذا تدخلاً في صلاحياتها وإخلاقاً بمبدأ الفصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية، ولما كان موضوع الطعن ينصب على المواد المذكورة من قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة (1962) وتعديلاته المعمول به في دولة فلسطين كان منشأة في الأصل في حدود المملكة الأردنية الهاشمية التي كانت تضم شرقي النهر وغربيه، وظل سارياً بعد حرب عام (1967) كغيره من القوانين وبدلالة نص المادة (1) من القرار الرئاسي رقم (1) لسنة (1994) ونص المادة (118)¹ من القانون الأساسي المعدل لسنة (2003) لما كان شأنه كغيره من القوانين الفلسطينية الصادرة عن المجلس التشريعي الفلسطيني أو تلك الصادرة بقرار بقانون بموجب المادة (43) من القانون الأساسي، تتساوى من حيث المركز القانوني وبالتالي ينطبق على أحكام كل منها أن تتفق مع أحكام القانون الأساسي المعدل ولا تتعارض معها".

وعليه إنَّ اجتهاد المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية أكد على شمول رقابة المحكمة على التشريعات السارية في فلسطين كافة دون تحديد، وأنها يجب أن تكون متفقة وأحكام القانون الأساسي الفلسطيني.

وتستعرض الدراسة بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الخاصة بالطعون الدستورية والتي ردت لعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالنظر في هذه الطعون لأنها على سبيل المثال: (طعون انصبت على قرارات إدارية تدخل ضمن القضاء الإداري ولا مجال للرقابة على

¹ المادة (118) من الأحكام العامة للقانون الأساسي المعدل لسنة (2003) " فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون الأساسي المعدل تظل سارية القوانين واللوائح والقرارات المعمول بها في فلسطين قبل العمل بهذا القانون إلى أن تعدل أو تلغى وفقاً للقانون".

دستوريتها أمام المحكمة الدستورية)، منها : الطعن الدستوري الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (2016/12) الصادر بتاريخ (2017/3/29)¹ الذي نص في متنته بأنه " وبالنظر إلى القرارات والمواد الواردة في محل الطعن وبخصوص قرار رئيس دولة فلسطين رقم (136) لسنة (2009)، بشأن المصادقة على قرار مجلس الوزراء بشأن استملاك قطع أراضي لغايات المنفعة العامة، والقرار المُتمثل بقرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (12/97/01 م.و.س.ف) لعام (2009)، بشأن استملاك أراضي للمنفعة العامة، حيث إن قرار الاستملاك هو إجراء قانوني تتمكن الإدارة بمقتضاه من نزع ملكية عقار من مالكة بغية تحقيق النفع العام لقاء تعويض عادل، وبالتالي فإنه من الناحيتين الفقهية والقضائية، فإن الطبيعة القانونية لهذه القرارات هي قرارات إدارية، ذلك أن كلاً من قرار رئيس دولة فلسطين _بما اشتمل من مواد والمطعون بعدم دستوريتها_، وقرار مجلس الوزراء _بما اشتمل من مواد والمطعون بعدم دستوريتها_ أيضاً قد صدر عن كل منهما وفقاً للاختصاص التنفيذي والإداري لكل من رئيس الدولة ومجلس الوزراء وفق أحكام المادة (3) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة (1953) النافذ، وبالتالي لما كانت هذه القرارات إدارية صدرت واتصلت بعمل من أعمال الإدارة، واختصت في حال استملاك قطع لأراضي محددة، فإن الرقابة القضائية عليها تخضع لرقابة محكمة العدل العليا، وتخرج عن صميم اختصاص المحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها حصراً في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، والتي من المستقر فقهاً وقضائياً أن اختصاصها ورقابتها تتحدد في الرقابة على مخالفة القواعد القانونية التي تتصف بالعموم والتجريد لنص دستوري. وبناءً عليه، لا يسعف الطاعنين دفعهم في لائحة الطعن أن القرارات محل الطعن قد خالفت القانون الأساسي الفلسطيني، ذلك أن هذه القرارات ووفقاً لما تم بيانه هي قرارات إدارية تخضع للطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا؛ وفقاً لصلاحيات القضاء الإداري في الرقابة على مشروعية القرار الإداري (قرار الاستملاك)، ومعالجة أركان هذا القرار سواء من ناحية الأركان الشكلية من حيث ركن الاختصاص وسلامة إجراءات الاستملاك أو من ناحية الأركان الموضوعية والمتعلقة بالمحل والغاية من قرار الاستملاك، والموازنة بين منافع ومضار قرار الاستملاك، وتأسيساً على ما تقدم،

¹. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (131) الصادر بتاريخ 2017/4/11.

نجد أن الطعن في عدم دستورية المواد والقرارات محل الطعن الدستوري رقم (2016/12) خارجاً عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا".

وكذلك الطعن الدستوري رقم (2016/3)¹ الصادر عن المحكمة الدستورية العليا بتاريخ (2016/9/19) (بشأن الطعن في قرار محكمة كَنَسِيَّة بخصوص موضوع بالأحوال الشخصية) الذي نص في منته على أنه " وبإنزال حكم المادة المذكورة (يقصد المادة 24 من قانون المحكمة الدستورية العليا) على القرارين المطعون بعدم دستوريتهما، نجد فيما يتصل بالقرار الصادر عن المحكمة الكنسية البدائية لبطيركية الروم الأرثوذكس أنه صدر عن محكمة مختصة بإصداره أثناء كون الطاعن ما زال على اعتناقه للديانة المسيحية، ولما كان القرار المشار إليه محل الطعن لا يندرج تحت أي من حالات اختصاص المحكمة الدستورية المنصوص عليها في المادة (24) سائلة الذكر، فإن هذه المحكمة تغدو غير مختصة في نظر الطعن بعدم دستورية قرار المحكمة البدائية الكنسية لبطيركية الروم الأرثوذكس بالقدس، أما فيما يتصل في الطعن في قرار قاضي تنفيذ محكمة بيت لحم المتضمن رفض قطع النفقة المقررة أصلاً من المحكمة الكنسية، وبالتالي لا يجوز قطعها إلا بقرار من المحكمة الكنسية، وفي ذلك نجد وعلى ضوء ما ورد في المادة (24) المشار إليها، أن محكمتنا لا تتصدى إلى بحث دستورية القرارات الصادرة عن دوائر التنفيذ و/أو قضاة التنفيذ، وبالتالي فإن هذا الطعن يغدو غير وارد، وتأسيساً على ما تقدم نجد أن الطعن في دستورية القرارات محل الطعن الدستوري المائل رقم (2016/3) يخرج عن تخوم اختصاص المحكمة الدستورية".

الفرع الثاني: اختصاص المحكمة الدستورية العليا في التفسير

الأصل العام للنصوص التشريعية أن تكون واضحة المقصد والغاية، ولكن أحياناً تظهر نصوص تشريعية غير واضحة المقصد وتحتمل التأويل والتفسير، مما يتسبب أحياناً بحدوث خلاف قانوني أثناء تطبيق النص، وعليه نصت المادة (2/24) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006) على أنه اختصاص المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية " تفسير نصوص القانون

¹. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد الممتاز رقم (12) الصادر بتاريخ (2016/9/26).

الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها"، والتي تم تعديلها لعدم وضوحها بموجب المادة (12) بموجب القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) بأن " تعدل الفقرة (2) من المادة (24) من القانون الأصلي، لتصبح على النحو الآتي:

أ. تفسير نصوص القانون الأساسي.

ب. تفسير التشريعات إذا أثارت خلافاً في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي تفسيرها.

ج. الفصل في تنازع الاختصاص بين السلطات.

وعليه يكون من اختصاص المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية تفسير نصوص القانون الأساسي الفلسطيني والتشريعات التي تحتل التأويل والتفسير، وكان تفسيرها يحتمل شكلاً معيناً من الضرورة والأهمية، وأيضاً الفصل بين الاختصاصات المتنازع عليها بين السلطات التأسيسية الثلاثة، وهذا النص المعدل واضحاً بخلاف النص الأصلي المعدل، وطلب التفسير بالأساس يستند إلى طلب مقدم للمحكمة من قبل وزير العدل حصراً مستكملاً لشروطه الشكلية والموضوعية التي نصت عليها المادة (30) التي ستناقشها الدراسة لاحقاً.

وبالنظر للأنظمة الدستورية المقارنة بخصوص التفسير نصت المادة (2/59) من الدستور الأردني لعام (1952) المعدل عام (2016)¹ بأن " للمحكمة الدستورية حق تفسير نصوص الدستور إذا طلب إليها ذلك بقرار صادر عن مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلسي الأمة بالأغلبية، ويكون قرارها نافذ المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية"، وهذا النص أعطى المحكمة الدستورية العليا الأردنية حق التفسير المباشر لنصوص الدستور الأردني دون الأنظمة والقوانين، ولكن فعلياً تخضع هذه الأنظمة والقوانين للتفسير غير المباشر (التفسير القضائي) من خلال النظر في موافقتها أو مخالفتها للدستور من خلال الطعون الدستورية التي تنتظر بها المحكمة عن طريق آليات اتصال الطعون الدستورية بالمحكمة المحددة قانوناً، هذا بخلاف القانون الأساسي الفلسطيني الذي أعطى الحق في تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات مباشرة (التفسير التشريعي)

¹. انظر الموقع الإلكتروني الخاص بدساتير العالم المقارنة، <https://constituteproject.org>

ضمن شروط محددة نص عليها القانون الأساسي والقانون المنظم لعمل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

أولاً: حق المحكمة الدستورية العليا في تفسير نصوص القانون الأساسي

بداية جاء نص المادة (103) من القانون الأساسي ونص المادة (12/أ) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدل لنص المادة (2/24) من القانون الأصلي، على أن المحكمة الدستورية العليا في فلسطين مختصة بتفسير نصوص القانون الأساسي دون تحديد هذه النصوص¹، وتشير الدراسة إلى أنه يجب التفرقة بين نوعين من التفسير² لنصوص القانون الأساسي وهما: **التفسير التشريعي**³ للنصوص بطلب من الجهات التي حددتها المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني، وهذا التفسير الذي يقوم به القاضي الدستوري يكون كاشفاً لغاية المشرع (السلطة التأسيسية للقانون الأساسي)، والنوع الثاني هو **التفسير القضائي** الذي يقوم به القاضي الدستوري أثناء النظر بالطعون الدستورية للتوصل لبيان مدى اتفاق أو اختلاف النص المطعون فيه مع النص الدستوري (إزالة الغموض).

أيضاً يوجد قواعد عامة⁴ يجب مراعاتها عند تفسير نصوص القانون الأساسي ومنها: يجب الرجوع عند تفسير النص إلى الأعمال التحضيرية أو المذكرة التفسيرية السابقة على إصدار القانون

¹. برأي الباحث أن هذا التعديل الذي نصت عليه المادة (12/أ) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) يطرح عدد كبير من الأسئلة التي تحتاج إلى أبحاث متخصصة بالتفسير التشريعي للتوصل إلى حدود المحكمة الدستورية العليا بالتفسير وأيضاً آليات التفسير التي تعتمدها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

². انظر: صباح المومني، "الرقابة على دستوية القوانين" (مرجع سابق) ص 249.

³. الأصل العام لممارسة المحكمة الدستورية العليا للتفسير التشريعي كما رود في مؤلف أحمد سرور، "القانون الجنائي الدستوري" (القاهاة- دار الشروق- الطبعة الثانية- 2002) ص97، شروط عامه أساسية منها: أن يكون للنص التشريعي المراد تفسيره أهمية جوهرية لا ثانوية أو عرضية تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي ينظمها، ووزن المصالح المرتبط بها، وأن يكون هذا النص فوق أهميته قد أثار عند تطبيقه خلافاً حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التي يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه بما يخل عملاً بعمومية القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم، والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، ويهدر بالتالي المساواه بينهم في مجال تطبيقها".

⁴. للمزيد من الطرائق الأصولية في تفسير القوانين وتفسير النصوص الدستورية أنظر: كامل السعيد، "النظرية العامة للقضاء الدستوري"، (الأردن- عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2017) ص 239، وتذكر الدراسة منها التفسير من حيث الوسيلة عن طريق اللغة والمنطق والتفسير من حيث النتيجة.

الأساسي، ويرى الباحث أن هذه الأعمال يمكن أن تساهم في وصول القاضي الدستوري إلى الإرادة الحقيقية للمشرع¹، وبخصوص ذلك أيضاً ورد في متن الحكم التفسيري رقم (2016/1)² الصادر من قبل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بتاريخ (2016/9/18) (بشأن تفسير نص المادة 18 والمادة 20 من قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2001) " وحيث أن الفقرة (2) من المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا لا يخول المحكمة غير استتفاء إرادة المشرع العادي واستخلاصها بطريق الدلالة المختلفة دون تقييم لها سواء التأم مضمون النصوص موضوع التفسير مع أحكام القانون الأساسي، أو كان منافياً لها؛ لأنه من المقرر أن تفسير النصوص القانونية لا يجوز أن يكون موطناً إلى تعديل هذه النصوص بما يخرجها عن معناها، وأنه إذا أمكن تفسير النصوص القانونية على أكثر من وجه، وكان أحد هذه الوجوه يجعل النص التشريعي متفقاً مع القانون الأساسي فإن المحكمة تلتزم هذا التفسير؛ رغبة في المحافظة على الحقوق وتحقيقاً لمبدأ استقرار المراكز القانونية، كما أنه من غير الجائز أن يتخذ التفسير التشريعي ذريعة لتصويب أخطاء وقع فيها المشرع، أو لمواجهة نتائج لم يكن قد قدر عواقبها حق قدرها حين أقر النصوص التشريعية المتصلة بها، وإن هذه المبادئ التي تعيها المحكمة الدستورية وتتبناها".

¹. محمد الحاج قاسم، حوار قانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين " (مرجع سابق) ص 252، وقد ردت أيضاً ملاحظة بذات الحوار القانوني بهامش ص 252، بشأن ضرورة التمييز بين تفسير النص الدستوري أثناء النظر في الطعون الدستورية، وتفسير النص الدستوري كإختصاص بناء على طلب مقدم من الجهات المختصة، ذلك بأن " إذا كانت الدول التي تمنح القاضي الدستوري اختصاص تفسير الدستور مباشر، ولكن دون أن يكون ذلك بمثابة طعن بعدم الدستورية لأنه في هذه الحالة الأخيرة لا بد للقاضي أن يفسر النص الدستوري والنص المطعون فيه توصلاً منه لبيان مدى اتفاقية أو إختلاف مع النص الدستوري، أي أن الأمر في هذه الحالة يكون بصدد نزاع قضائي بين نصين قانونيين، وهذا على الخلف باختصاص تفسير النصوص القانونية إذ لا يشترط دائماً أن يكون طلب التفسير بمثابة نزاع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وإنما يكون طلب التفسير بمثابة رغبة إحدى السلطات العامة تطبيق الحكم الدستوري التطبيق الصحيح والسليم، ولكن ثار لديها شك بالمعنى أن يحتمله هذا النص فأرادت أن تبين رأي المحكمة الدستورية المختصة بهذا الشأن".

². نشر هذا القرار التفسيري بالجريدة الرسمية الوقائع الفلسطينية بالعدد الممتار رقم (12) الصادر بتاريخ (2016/9/26).

ثانياً: شروط طلب التفسير

نصت المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) على أن " 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".

وعليه يتكون هذا النص من شقين، **الشق الأول**: بخصوص الشروط الشكلية لتقديم طلب التفسير ومن يحق له تقديم الطلب على سبيل الحصر، يتوجب عند قيام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية القيام باختصاص التفسير المباشر المستند للطلب التفسيري مستكماً شروطه الشكلية والقانونية التي يقدمها وزير العدل، وبمفهوم المخالفة لا يمكن للمحكمة الدستورية أن تقوم بالنظر بطلبات التفسير إذا لم تكن مقدمه من وزير العدل، وهذا الطلب يكون بناء على طلب من أجاز له حصراً_ حسب نص المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا_ رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس المجلس التشريعي أو رئيس مجلس القضاء الأعلى، وبهذا أتاح النص لممثلي السلطات التأسيسية الثلاثة أن يطلبوا من وزير العدل تقديم طلب التفسير، وبنهاية الفقرة أضاف المشرع إلى من ذكر أعلاه عبارة (أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية)¹.

¹. تجدر الإشارة إلى رأي الدكتور محمد الحاج قاسم، في الحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في فلسطين" (مرجع سابق) ص 255 وأيضاً ص 268، ذلك بأن "وأضافت ممن انتهك حقوقه الدستورية؟؟ الشخص الذي تنتهك حقوق الدستورية لا يلجأ إلى تفسير القانون بل يطعن بعدم الدستورية كما بينا سابقاً، وبالتالي هنالك فرق كبير بين معنى التفسير وبين انتهاك الحقوق الدستورية، هذه الفقرة يجب إلغاؤها كلياً، فهذه الفقرة غامضة غير واضحة تحتاج إلى توضيح، ولكن الأفضل هو الحذف (لا أعرف لماذا تم وضعها هل فقط بأنهم ليشعرونا أنهم يختلفون عن قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر أم ماذا؟) خاصة وأن المادة أخذت بالحرف من المادة (33) من قانون المحكمة الدستورية المصرية، وأضيف لها بناء على طلب رئيس السلطة وممن انتهك حقوقه الدستورية، وإذا كان المشرع قد أصاب إلى أنه أشار من حق رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية تقديم طلب التفسير حيث إن المشرع المصري لم يتطرق إلى ذلك في المادة (33) من قانون المحكمة الدستورية المصرية، إننا مع ذلك نرى أنه من الملائم تعديل هذه المادة (30) لتحذف أولاً (ممن انتهكت حقوقه الدستورية) ولتضيف إليها جهات أخرى (من الأولى أن تكون) مثل رئيس مجلس الوزراء والوزراء بمن فيهم وزير العدل وبعض رؤساء المحاكم خاصة محكمة النقض والمحكمة العليا،..... لأنه لا يجوز التخصيص من ثم التعميم إضافة إلى أنه قد بينا الفرق بين انتهاك حقوق الدستورية والطلب بالتفسير خاص إن الأفراد يمكن لهم التقدم بالدعوى الدستورية."

وبتحليل الباحث لهذا النص، يرى بأن المُشرع لم يكن موفقاً في هذه الإضافة، لأن من أسس الرقابة على دستورية القوانين وتحقيقاً لغايتها: حماية الحقوق الدستورية؛ أن من تُنتهك حقوقه الدستورية (أفراد أو شخصيات إعتبارية) _ من خلال تطبيق أحد التشريعات المخالفة للدستور_، أن يطعن بهذا التشريع من خلال تحريك الدعوى الدستورية بالطرق التي حددها القانون، وليس أن يقوم بتقديم طلب تفسير! فما غاية من انتهكت حقوقه الدستورية أن يتقدم بطلب تفسير لتشريع ما كان يشوبه مخالفة القانون الأساسي، وأيضاً إن من الأولى أن التعديل الحديث الذي جرى على قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) كان قد شمل نص المادة (30) من القانون الأصلي بحيث حذفت عبارة (أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية).

وإضافة إلى ذلك لم يوضح النص مدى السلطة التقديرية لوزير العدل برفض تقديم طلب التفسير للمحكمة الدستورية العليا أو قبوله، بناءً على طلب من ذكرهم نص المادة (1/30)، ولكن وزير العدل ملزم بتقديم طلب التفسير للمحكمة الدستورية لأن طلبات التفسير بالمجمل تحمل غاية قانونية ذات أهمية وتعمل على حل إشكاليات تطبيق بعض النصوص القانونية التي تحتل التأويل والتفسير، ولا يصح القول أن وزير العدل يجب عليه التحقق من مضمون طلب التفسير قبل تقديمه للمحكمة الدستورية العليا من حيث مدى الأهمية أو الخلاف في التطبيق، أو حول وضوح النص من غموضه، ومدى جدية الطلب (الشروط الموضوعية) ذلك لأن طبيعة هذا العمل قضائية وهو من صلاحيات القاضي الدستوري وليس وزير العدل، ووظيفة وزير العدل بهذا الخصوص لا تتعدى (الشروط الشكلية) مثل: أن يكون الطلب كتابياً موقِعاً من مقدم الطلب المختص بذلك.

أما من حيث الشق الثاني للمادة (2/30) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي تشمل الشروط الموضوعية لطلب التفسير، التي احتوت على بيانات طلب التفسير وهي: النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثار من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تسدعي تفسيره، وجاء في متن التفسير الدستوري رقم (2017/2)¹ الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بتاريخ (2018/3/5) (بشأن تفسير النص التشريعي للمادة (1/30) من قانون تشكيل المحاكم النظامية

¹. نشر هذا القرار التفسيري في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (141) الصادر بتاريخ (2018/3/25).

رقم 5 لسنة 2001 وتعديلاته) بأنه " وحيث إن القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (103) منه، حصر الحق في تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات في المحكمة الدستورية العليا التي أسس قانونها في المادة (30) سالفة الذكر من لهم الحق في تقديم طلب التفسير، شريطة أن يبين في الطلب النص التشريعي المطلوب تفسيره والأسانيد والمبررات 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".

فمن حيث النص التشريعي المطلوب تفسيره، يرى الباحث أن هذا الشرط شكلي وجوهري وهو أساس الطلب، فعند تقديم الطلب يجب أن يكون النص التشريعي المطلوب تفسيره محدداً وواضحاً من حيث رقم المادة والفصل والقانون المنظم (الاسم والرقم والسنة).

أما من حيث إثارة الخلاف في تطبيق النص؛ " يعني التباين في أعمال حكمه على نحو لا تتحقق المساواة أمام القانون بين المخاطبين بأحكامه، رغم تماثل مراكزهم وظروفهم بحيث يستوجب الأمر إصدار قرار من المحكمة الدستورية لتفسير هذا النص تفسيراً ملزماً؛ إرساءً لمدلوله وتحقيقاً لوحدة تطبيقه"¹، وأيضاً كما جاء في متن القرار التفسيري رقم (2017/2) الصادر عن المحكمة الدستورية العليا بتاريخ (2018/3/5) (بشأن تفسير النص التشريعي للمادة (1/30) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 وتعديلاته) بأنه " أي تباين في أعمال حكمه، وأثار عند تطبيقه خلافاً حول مضمونه، تتباين معه الآثار القانونية التي يربتها فيما بين المخاطبين بأحكامه؛ مما يخل بعمومية القاعدة القانونية الصادرة في شأنها والمتماثلة لمراكزهم القانونية بالنسبة إليها، الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوء ما قصده المشرع منها عند إقرارها حسماً لمدلولها وضمناً تطبيقها تطبيقاً متكافئاً بين المخاطبين بها".

¹. محمد الحاج قاسم، في الحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في فلسطين" (مرجع سابق)

والخلاف في التطبيق يحدث كما جاء في متن القرار التفسيري رقم (2017/2) الصادر عن المحكمة الدستورية العليا بتاريخ (2018/3/5) بأن " 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 لمثل هذا الخلاف في التطبيق، أما إذا كان النص المطلوب تفسيره واضحاً لا يثير خلافاً حوله في التطبيق كما هو في حالنا هذه فطلب التفسير يكون غير مقبول من جانب المحكمة الدستورية العليا".

أما بالنسبة لمدى الأهمية التي تستدعي التفسير فقد جاء في متن الحكم التفسيري رقم (2017/2) الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بتاريخ (2018/3/25) بأن " 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".

وبالنتيجة إذا لم يكن طلب التفسير المقدم من قبل وزير العدل قد استكمل الشروط الشكلية والموضوعية لا يقبل النظر بالطلب، كما جاء في القرار التفسيري رقم (2017/2) الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بتاريخ (2018/3/25) إنه " تقرر بالأغلبية عدم قبول طلب

¹ من الجدير بالذكر أن هذا التفسير الدستوري المنشور بالجريدة الرسمية الوقائع الفلسطينية بالعدد (141) الصادر بتاريخ (2018/3/25) قد تضمن قراراً مخالفاً لثلاثة من أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية؛ الذي تضمن هذا الرأي المخالف حيث إنَّ الطلب قد استوفى الشروط الشكلية الموضوعية بقولهم إنَّ " القرار الصادر غاب عنه أن طلب التفسير صاحب مصلحة، خاصة أنه توجد دعوى لدى محكمة النقض التي كانت قد أصدرت قراراً مخالفاً لتفسير النص الواضح للمادة (1/30) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة (2001م) وتعديلاته، ومقدم من جهة صاحب مصلحة، وفي الوقت ذاته باتباع الإجراء في طلب التفسير، حيث إنه قدم لوزير العدل، وعلى ضوء كل ما ذكر من أسباب وخلافات في التطبيق وظهرت فعلاً على أرض الواقع بين المخاطبين بأحكام النص التشريعي المطلوب تفسيره، فكان على هيئة المحكمة أن تقوم بالتفسير، خاصة أنه مستوفياً الشروط الشكلية والموضوعية، فكان على الأجدد أن يفسروا نص المادة (1/30) بوضوحها لا رد الطلب لعدم القبول، خاصة ونحن أمام طلب تفسير مقدم من وزير العدل، ولسنا أمام دعوى مباشرة وردّها لعدم القبول، ولذلك كله وللسبب المذكورة نخالف الأغلبية بالقرار، وكان الواجب التأكيد على وضوح النص وتطبيق المادة (1/30) وفق ما نصت عليه من اختصاص محكمة النقض بالنظر في القضايا الاستثنائية الصادرة عن المحاكم الدينية لغير المسلمين".

التفسير المائل الذي لم يشتمل على أسباب جدية وخلافات في التطبيق تجسدت وظهرت فعلاً على أرض الواقع بين المخاطبين بأحكام النص التشريعي المطلوب تفسيره، كما لم يبين الأوساط التي ظهر الاختلاف بينها في التفسير، ليغدو الطلب واجب عدم القبول".

وإضافة إلى ذلك نصت المادة (1/41) من قانون المحكمة الدستورية أنه " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة كافة"، هذا يفيد بأن قرارات التفسير الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لها طبيعة عامة وملزمة لجميع السلطات بما فيها السلطة القضائية والتشريعية، السؤال المطروح هل يعني ذلك أن هذه الأحكام التفسيرية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا تقيد السلطة التشريعية ممثلة بالمجلس التشريعي في إصدار القرارات التفسيرية أو السلطة القضائية ممثلة بالمحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها، في تفسير التشريعات بحدود اختصاصها بشأن النزاع المعروض عليها؟

بالتأكيد لا، ذلك أن من حق المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها في القضاء، تفسير القوانين وتطبيقها في حدود اختصاصها، ولا يتعارض مع التفسير العام المجرد والملزم الذي تختص به المحكمة الدستورية العليا، وأيضاً، تشترك القرارات التفسيرية الصادرة عن السلطة التشريعية بالأحكام التفسيرية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا من حيث صفات العموم والتجريد والأثر الكاشف من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ولكن تبقى السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي في تفسير وإصدار التشريعات¹.

¹. للمزيد بهذا الخصوص انظر: عز الدين الناصوري، عبد الحميد الشواربي، "الدعوى الدستورية" (مرجع السابق) ص 36.

الفرع الثالث: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في تنازع الإختصاص

(دعوى تنازع الاختصاص الوظيفي)¹

نصت المادة (3/24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) على أن " الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي"، والمقصود بهذا النص² أن من اختصاصات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات متخصصة بالقضاء (إدارية كانت أم قضائية)، وذلك الفصل (البت) يكون بتحديد الجهة المختصة بخصوص موضوع النزاع، الذي عرض على جهتين (قضائية كانت أم إدارية) ذات اختصاص قضائي، بحيث تمسك كل من الجهتين بالنزاع والنظر فيه ويسمى (التنازع الإيجابي)، أو تخلت كلتا الجهتين عن النزاع والنظر فيه يسمى (التنازع السلبي)، وفي حال حدوث هذا التنازع على (الاختصاص الوظيفي) السلبي أو الإيجابي يحق لكل ذي شأن بموجب نص المادة (1/29) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) _ " أن يطلب من المحكمة تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في الحال المشار إليها في البند الثالث من المادة (24) من هذا القانون".

وإضافة إلى ذلك نصت المادة (2/29) على الشروط الشكلية³ للطلب المقدم من صاحب الشأن إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في تنازع الاختصاص الوظيفي في حال توافر التنازع السلبي

¹ على حد إطلاع الباحث على قرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لم يجد أياً من القرارات بخصوص الفصل في تنازع الاختصاص الوظيفي بالرغم من أن هذا التنازع مطروح دائماً على الشق التطبيقي بخصوص التنازع الوظيفي بين القضاء العسكري والقضاء النظامي.

² تجدر الإشارة إلى شرح الدكتور محمد الحاج قاسم، في الحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في فلسطين" (مرجع سابق) ص 259، بأن " يتبن من دراسة النص أنه يتعين لتطبيقه أن تعرض قضيتان متحدتان موضوعاً على محكمتين لكل منهما اختصاصها الوظيفي المستقل عن المحكمة الأخرى، ويصدر منهما في القضية المطروحة عليهما حكماً باختصاصها وظيفياً بنظرها، فينشأ عندئذ ما يسمى التنازع الإيجابي بينهما لتمسك كل منهما باختصاصها وظيفياً، أو يصدر من كل منهما حكماً في القضية المذكورة بعدم اختصاصها بنظرها فينشأ عندئذ ما يسمى بالتنازع السلبي".

³ للمزيد من الشروط الشكلية الخاصة بالطلب المقدم للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية المتعلق بالمادة (3/24) والمادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية انظر: محمد الحاج قاسم، في الحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في فلسطين" (مرجع سابق) ص 260، أطروحة الماجستير للباحث عمر التركماني، " القضاء الدستوري في فلسطين" (وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006) (مرجع سابق) ص 103.

أو التنازع الإيجابي كما وضحت الدراسة ذلك آنفاً، ولا تقبل المحكمة الدستورية العليا ذلك الطلب دون توافر تلك الشروط الشكلية، وهي " يجب أن يبين في هذا الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظرتة وما اتخذته كل منها في شأنه"، بمعنى أن على مقدم الطلب صاحب الشأن أن يبين في متن الطلب موضوع النزاع (التنازع الوظيفي السلبي أو الإيجابي)¹ والوقائع المنصبة على هذا النزاع، وجهات القضاء التي نظرتة (نظرت في موضوع النزاع من حيث الاختصاص الوظيفي) وهي مطلقاً جهات متخصصة بالقضاء مثل: المحاكم النظامية والمحاكم الشرعية والمحاكم العسكرية و محكمة العدل العليا ذات الإختصاص في القضاء الإداري، وأيضاً ما اتخذ في شأن هذا النزاع (التنازع الوظيفي) من إجراءات وقرارات من قبل الجهات القضائية المتنازعة.

وأيضاً نصت المادة (3/29) بأنه " يترتب على تقديم الطلب وقف الدعوى المتعلقة به حتى الفصل فيه، ويجب أن يرفق بالطلب المشار إليه في البند (2) أعلاه صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما التنازع؛ وإلا كان الطلب غير مقبول"، وعليه يضيف هذا البند شرطاً بمرفقات الطلب المقدم من صاحب الشأن إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في تنازع الاختصاص الوظيفي، وهذه المرفقات هي صورة رسمية (مصدقة) للأحكام الصادرة من الجهات القضائية مصدرة الحكم بخصوص تنازع الاختصاص الوظيفي السلبي أو الإيجابي، بمعنى الأحكام الصادرة من جهتين ذات اختصاص قضائي بقبول الدعوى لاختصاصهما بها، أو رد الدعوى لعدم اختصاصهما بها، وفي حال عدم توافر جميع هذه الشروط الشكلية والموضوعية يكون الطلب غير مقبول (يرد الطلب لعدم توافر الشروط الشكلية التي نصت عليها المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية)، ويترتب على تقديم الطلب الموصوف سابقاً أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

¹. تجدر الإشارة إلى قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية الوارد في أطروحة الماجستير للباحث عمر التركماني، " القضاء الدستوري في فلسطين" (وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006) (مرجع سابق) ص 104، وهو " أن مناط قبول طلب الفصل في تنازع الاختصاص السلبي وفقاً للبند (ثانياً) من المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم (48) لسنة (1979)، أن تكون الدعوى قد طرحت عن موضوع واحد أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي وتتخلى كلاهما عن نظرها وحيث إنه من الثابت أن كلاً من جهتي القضاء العادي والإداري قد حكمت بعدم اختصاصها بنظر طلبي المدعي المتعلق ببطان إجراءات تصفية شركة القاهرة للمأكولات وتعيينه مصقياً لها، فإن كلا هاتين الجهتين تكون قد تخلت عن نظر الدعوى بالنسبة إلى هذين الطرفين ويتوافر بذلك محل قبول طلب تعيين الجهة المختصة بالفصل فيها".

وقف الدعوى المتعلقة به حتى الفصل في هذا الطلب، بمعنى أنه يجب على الجهات القضائية (بخصوص التنازع الوظيفي الإيجابي)¹ أن توقف النظر بالدعوى المنظورة أمامها بمجرد ورود الطلب في قلم المحكمة الدستورية العليا بطلب من صاحب الشأن.

وبالنظر إلى النماذج الدستورية المقارنة نصت المادة (25/ثانياً) في (الباب الثاني/ الفصل الأول) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري بأن "الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداها عن نظرها أو تخلت كليهما عنه"، وعليه أن النص قد أعطى المحكمة الدستورية العليا المصريه صلاحية الاختصاص بالفصل في التنازع الوظيفي بين جهات القضاء المختلفة الوظيفة، وأيضاً بين الهيئات ذات الاختصاص القضائي، حيث جاء هذا النص مرادفاً لنص المادة (3/24) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني، ولكن بفارق الوضوح في إظهار معنى التنازع السلبي أو الإيجابي بقوله (ولم تتخل إحداها عن نظرها أو تخلت كليهما عنها) والوضوح بشأن الجهات المتنازعة حول الاختصاص الوظيفي، وهي حسب المشرع المصري الجهات القضائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، على العكس تماماً من المشرع الفلسطيني الذي ترك النص غير واضح و يحتمل التأويل والتفسير، لأن المادة (3/24) تحدثت عن الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائي بشكل مبهم وصامت، والباحث يرى² إنَّ مقصد المشرع لم يكن حصر هذا التنازع بين الجهات القضائية والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي فقط، وإخراج التنازع الوظيفي بين الجهات القضائية المختلفة في الوظيفة مثل : القضاء العسكري والقضاء المدني؛ من اختصاص المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية للفصل فيه، وبالنتيجة إن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية مختصة بالفصل في التنازع الوظيفي بين الجهات القضائية المختلفة في الوظيفة، أو الخطأ.

¹. يرى الباحث أن وقف الدعوى كما نصت المادة(3/29) بالشق الأول منها لا يطبق إلا على التنازع الإيجابي، حيث إنه لا يمكن أن تطبق هذه الحال على التنازع السلبي؛ لأنه من المفترض أن هذه الدعوى قد تم مسبقاً وقف النظر فيها لأنها ردت لعدم الإختصاص الوظيفي.

². تجدر الإشارة إلى أن آراء الباحث الواردة في هذه الأطروحة هي آراء ناتجة عن رؤيه تحليلية قانونية تحتمل الصواب أو الخطأ.

بين الجهات القضائية والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي مثل : المجلس التأديبي الذي ينظر في الدعوى التأديبية للموظف العام¹.

وتجدر الإشارة بأن المشرع الفلسطيني قد نص في المادة (51)² من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) بخصوص تعيين المرجع، والفصل في التنازع الوظيفي بين المحاكم النظامية حصراً من خلال طلب يقدم لمحكمة النقض الفلسطينية، وفي هذه الحال تقع في نطاق التنازع الوظيفي بين جهة قضائية غير مختلفة الوظيفة، على عكس اختصاص المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية التي تقوم بالفصل في تنازع الاختصاص بين جهات قضائية مختلفة الوظيفة.

الفرع الرابع: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في تعارض الأحكام

نصت المادة (4/24) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006) على أن "الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها"، حيث إنَّ النص يتحقق في هذه الحال بتوافر شرطين، **الشرط الأول** وجود نزاع قائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، والأحكام النهائية هي الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به؛ لأن الأحكام التي تقبل التنفيذ هي الأحكام التي

¹. النصوص القانونية غير الواضحة والتي تحتمل التفسير والتأويل بخصوص موضوع ما، يمكن أن توضح غاية المشرع من النص بناء على قواعد تفسير النص من خلال عبارة النص وألفاظه أو أهداف التشريع أو روح النص وفحواه، للمزيد عن تفسير النصوص القانونية وأنواع التفسير ومدارس التفسير وحالات التفسير وقواعد التفسير انظر: رشاد نوام، " **البحث العلمي في القانون**" (دليل تعليمي) (بيروت- فلسطين، وحدة البحث العلمي والنشر، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، 2015) ص 35، وأيضاً عاصم خليل، " **منهجية البحث القانوني وأصوله**" (فلسطين، دار الشروق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2012) ص 110.

². نصت المادة (51) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على أنه "1- إذا وقع تنازع في الاختصاص بين محكمتين نظاميتين في دعوى واحدة وقررت كلتاهما اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر الدعوى، فيجوز لأي من الخصوم أن يطلب من محكمة النقض حسم التنازع وتعيين المحكمة المختصة.
2- يقدم الطلب إلى محكمة النقض وفق الإجراءات المعتادة وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى.
3- ينظر الطلب تدقيقاً دون حاجة لحضور الخصوم.
4- يترتب على تقديم الطلب وقف السير في الدعوتين لحين البت في الاختصاص".

اكتسبت حُجَّةً فيما فصلت فيه¹، والتناقض الوارد في هذا النص هو التناقض الذي يسبب تعذر تنفيذهما معاً، كأن يصدر مثلاً حكم نهائي من جهة قضائية بإلزام أحد الأشخاص بالقيام بالالتزام معين وي طرح هذا الحكم للتنفيذ، وبذات الفترة يصدر حكم نهائي من جهة قضائية مغايرة بإلزام الشخص ذاته في الحكم السابق بعدم قيامه بذات الالتزام المفروض عليه في الحكم السابق؛ بمعنى أنه يوجد بين الحكمين تناقض واضح وكذلك وحده في الأشخاص والسبب والموضوع، في هذه الحال يأتي دور المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية استناداً إلى طلب مقدم من صاحب الشأن في قيامها في المفاضلة بين الحكمين طبقاً لقواعد الاختصاص حيث إنها تفصل في موضوع الأولوية في التنفيذ لبيان أي من الحكمين المتناقضين قد صدر من محكمة أو جهة لها ولاية الحكم في الدعوى².

أما بالنسبة للشروط الثاني لتحقيق هذه الحال يجب أن تكون هذه الأحكام النهائية قد صدرت من جهة قضائية مختلفة الوظيفة؛ مثلاً بين الأحكام الصادرة من القضاء المدني والأحكام الصادرة من القضاء العسكري أو القضاء الإداري، أو أن أحد الأحكام صدر من جهة قضائية والحكم الآخر المتناقض صدر من جهة ذات اختصاص قضائي مثل : محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل.

وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة (4/24) لم يشمل الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي مثل: المجلس التأديبي الذي ينظر في الدعوى التأديبية للموظف العام ويعتبر قرارها قراراً إدارياً.

وبالنظر إلى النماذج الدستورية المقارنة نصت المادة (25/ثالثاً) في (الباب الثاني/ الفصل الأول) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري على أن " الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى"، وعليه أن النص قد أعطى المحكمة الدستورية العليا المصرية

¹. نصت المادة (110) من قانون البينات الفلسطيني الساري رقم (4) لسنة (2001) على أن " الأحكام النهائية تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً".

². للمزيد انظر: محمد الحاج قاسم، في الحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في فلسطين" (مرجع سابق) ص 260.

صلاحية الاختصاص بالفصل في النزاع بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، وهذا النص مطابق تماماً لنص المادة (4/24) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

ولكن الفرق أن قانون المحكمة الدستورية العليا المصري قد نص في المادة (32) في (الفصل الثاني من الباب الثاني) بأن " كل ذي شأن أن يطلب من المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في الحال المشار إليها في البند (ثانياً) من المادة (25)، ويجب أن يبين في الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظرتة وما اتخذته كل منها في شأنه، ويترتب على تقديم الطلب وقف الدعوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فيه"، ذلك لأن المشرع المصري قد وضح الإجراءات الشكلية للطلب المقدم من قبل صاحب الشأن بخصوص الفصل في النزاع القائم بخصوص حكمين نهائيين متناقضين وما يترتب على تقديمه أمام المحكمة الدستورية العليا، ذلك بعكس المشرع الفلسطيني؛ حيث إنَّ قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لسنة (2006) لم يوضح هذه الإجراءات الشكلية لتقديم هذا الطلب وما يترتب عليه من وقف أي إجراء قانوني بخصوص هذه الأحكام النهائية؛ خاصة أن الأحكام النهائية المكتسبة حجية الأمر المقضي به يمكن الطعن بها أمام محكمة النقض الفلسطينية خلال مدة الطعن استناداً لنص المادة (225) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) بأن "للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف؛ إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله".

الفرع الخامس: اختصاص المحكمة الدستورية العليا في البتّ بفقدان رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الأهلية القانونية

نصت المادة (5/24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) على أن "البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه"، وقد نصت المادة (37/1/ج) على حالات شغور مركز

رئيس السلطة ومنها " ج- فقد الأهلية القانونية وذلك بناء على قرار من المحكمة الدستورية العليا وموافقة المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي أعضائه".

هذه النصوص تطرح عدد من الأسئلة بشأن هذا الاختصاص الذي لم يجد الباحث على حد إطلاعه على نصوص قانونية مقارنة مشابهة لمثل هذا الاختصاص، السؤال المطروح حول هذا النص لمن الحق قانوناً بتقديم الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا بخصوص فقدان أهلية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، لأن النص جاء يتحدث عن حق المحكمة بالبت بالطعن ولم يبين من له الحق بذلك¹.

وعليه يرى الباحث أن هذا النص مبهم وغير ضروري لأن يندرج ضمن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، وترك هذه الصلاحية للمجلس التشريعي الفلسطيني، وإضافة اختصاصات للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية أكثر أهمية وتعلقاً بمهمة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية مثل: النظر في الطعون الانتخابية، خاصة أن هذا الاختصاص يتناقض بشكل واضح مع أحكام المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا؛ بحيث إن قرارات المحكمة الدستورية العليا هي قرارات نهائية تحمل القوة الإلزامية واجبة النفاذ.

¹. تجدر الإشارة إلى رأي الدكتور محمد الحاج قاسم، الذي يتوافق معه الباحث_ الوارد بالحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في فلسطين" (المرجع سابق) ص 261، ذلك وهو " أما في ما يتعلق في البت بالطعن بفقدان أهلية رئيس السلطة بقرار من المحكمة الدستورية العليا، كما نصت عليه المادة (24) في البند الخامس الذي يحتاج إلى توضيح من الذي له الحق بالتقدم بالطعن أمام المحكمة الدستورية للقول بأن رئيس السلطة يعد فاقداً للأهلية القانونية، وما المقصود بالأهلية القانونية ودرجة فقدان (وهذا يستدعي رأي الخبرة الطبية في هذا المجال)، ولكن الأبرز في ذلك لماذا نص القانون الأساسي ومن ثم قانون المحكمة الدستورية العليا، على أن قرار المحكمة في هذا المجال يعد نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه؛ لأن هذا يعد تناقضاً واضحاً مع ما نصت عليه المادة (40) من قانون المحكمة الدستورية العليا (أحكام المحاكم وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن)،.....، وبالتالي يجب أن يعدل القانون الأساسي أو يلغى كلياً هذا الاختصاص نظراً للتناقض الشديد"، وتشير الدراسة أيضاً إلى رأي الأستاذ المستشار فواز صايمة في مقابلة شخصية أجراها الباحث بتاريخ (2018/11/4) - في مدينة نابلس، بخصوص اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالبت بفقدان رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الأهلية القانونية، بالقول بأن " نص المادة (5/24) من قانون المحكمة الدستورية العليا هو نص يحمل في منتهى التناقض، ويؤثر في استقلالية المحكمة بسبب أن قرارات المحكمة الدستورية العليا هي قرارات نهائية تحمل القوة الإلزامية واجبة النفاذ على جميع السلطات التأسيسية في الدولة، بموجب أحكام المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا، فكيف يمكن للمجلس التشريعي أن يناقش ويصادق على قرار صادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ويحمل قوة إلزامية وحجية مطلقة؟ هذا الاختصاص المنصوص عليه بالمادة (5/24) من الأفضل أن يختص به لمجلس التشريعي الفلسطيني منفرداً".

وبالنتيجة النهائية لهذا المطلب في حال تحقق الشروط الاختصاصات المنصوص عليها قانوناً، يأتي نص المادة (13) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدل لنص المادة (25) من القانون الأصلي للمحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، التي جاءت لتفعيل دور المحكمة في ممارسة هذه الاختصاصات المنصوص عليها في المادة (24) بأن "1- يكون للمحكمة في سبيل القيام بالاختصاصات المنصوص عليها في المادة (24) من القانون الأصلي، ممارسة كافة الصلاحيات في النظر والحكم بعدم دستورية أي نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية، 2- عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام بما يتفق وأحكام القانون الأساسي، 3- عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام يعتبر محذور التطبيق، وعلى الجهة التي قامت به تصويب الوضع وفقاً لأحكام القانون الأساسي".

وبتحليل هذا النص الذي يتحدث عن على المهمة الأساسية للمحكمة الدستورية العليا وهي الرقابة على دستورية التشريعات (قانون أو قرار بقانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام) والنظر بمدى موافقتها أو مخالفتها للقانون الأساسي الفلسطيني من خلال اتصالها بالنزاع المطروح المستكمل للشروط الشكلية والموضوعية، وبناء عليه إذا كانت هذه التشريعات أو أحد نصوصها قد خالفت القانون الأساسي الفلسطيني، تحكم المحكمة بعدم دستورية هذه النصوص، وتوضح ذلك بقرار معلل يرسم حدود عدم الدستورية والنص الذي تقرر مخالفته للقانون الأساسي¹، وعلى السلطة التشريعية تعديل ما حكم بعدم دستوريته بما يتفق مع أحكام القانون الأساسي الفلسطيني، ويعتبر من تاريخ الحكم محذور التطبيق من قبل السلطات التأسيسية كافة.

¹. نصت المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة (2006) على أنه " إذا قررت المحكمة أن النص موضوع المراجعة مشوب كلياً أو جزئياً يعيب عدم الدستورية توضح ذلك بقرار معلل يرسم حدود عدم الدستورية، والنص الذي تقرر عدم دستوريته يعتبر في حدود قرار المحكمة محذور التطبيق".

أما من حيث السلطة الفعلية "سلطة الإلغاء" للنصوص التشريعية المخالفة للقانون الأساسي، فالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية تمتلك فعلاً هذه السلطة استناداً لنص المادة (41)¹ من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006)، وهذا أيضاً يسري على السلطة التشريعية (المجلس التشريعي الفلسطيني)، ذلك أن رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية هي رقابة قضائية لاحقة على نفاذ التشريعات، ومن حق المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية أن تبسط رقابتها على هذه النصوص في حال اتصال هذه الرقابة بالنصوص التشريعية حسب الأصول، ولا يمكن الحديث عن أن قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بخصوص نصوص تشريعية معينه بأنها مجرد أحكام قضائية تقيد من تطبيق (حظر تطبيق) النص التشريعي المخالف للقانون الأساسي الفلسطيني، فيجب على المجلس التشريعي أن يعمل على تعديل أو إلغاء النص التشريعي الذي قررت المحكمة الدستورية بأنه مخالف للقانون الأساسي الفلسطيني².

المبحث الثاني: التنظيم الإجرائي للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

تناقش الدراسة في هذا المبحث في الأساس الإجراءات التي نظمها قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2016) وتعديلاته بموجب القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017)، والتي وردت (في الفصل الثاني من الباب الثاني) بعنوان (الإجراءات) وهذه الإجراءات بمجملها تشتمل على شروط شكلية وموضوعية، تعتبر من النظام العام التي لا يمكن مخالفتها، مع الإشارة إلى أن القانون المنظم لعمل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لم يفصل الإجراءات المتبعة في إقامة الدعوى الدستورية.

¹ 1- أحكام المحكمة في دعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة.
2- إذا قررت المحكمة أن النص موضوع المراجعة مشوب كليا أو جزئياً بعيب عدم الدستورية توضح ذلك بقرار معلن يرسم حدود عدم الدستورية، والنص الذي تقرر عدم دستوريته يعتبر في حدود قرار المحكمة محظور التطبيق.
3- إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جزائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص محظورة التطبيق، ويقوم رئيس المحكمة بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضى القانوني اللازم.
² تجدر الإشارة إلى مقابلة أجراها الباحث مع الدكتور جوني عاصي (المحاضر في جامعة النجاح الوطنية في كلية القانون ومدير كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان) في مدينة نابلس- جامعة النجاح الوطنية- كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان - (2018/10/8)، بأن من يستند بأن المحكمة الدستورية العليا لا تمتلك سلطة الإلغاء الفعلية للنصوص التشريعية المخالفة للقانون الأساسي، هم مجرد جماعات ليست من مصالحهم أن تصدم قراراتهم برقابة المحكمة الدستورية العليا، خاصة أن هذه المحكمة تحمي بالأساس حقوق أقيليات وأفراد.

وعلى سبيل المثال: أضاف المشرع بعض الشروط الشكلية لمباشرة الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا مثل: نص المادة (15) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة لنص المادة (31) من القانون الأصلي وذلك بأنه " لايجوز مباشرة الإجراءات أمام المحكمة إلا بوساطة النائب العام أو أحد مساعديه ممثلاً عن مؤسسات الدولة، ومن باقي الخصوم بوساطة محامٍ لاتقل مدة خبرته وممارسته لمهنة المحاماة عن عشر سنوات"، وعليه قيد النص مباشرة الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا بحضور النائب العام أو مساعديه عن مؤسسات الدولة (مؤسسات السلطة التنفيذية) وقيد الخصوم بمباشرة الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا بوساطة محامٍ مزاول لمهنة المحاماة لمدة عشر سنوات دون انقطاع¹.

أما بخصوص أهمية هذا المبحث في مناقشة وتحليل آليات اتصال المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بالدعوى الدستورية حيث إنَّ اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالخصومة القضائية، مرده أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها هذه الخصومة عليها، مقيد بضوابط، وبمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يحول دون تدخلها فيما

¹. جاء في متن التفسير الدستوري رقم (2016/2) الصادر بتاريخ (2016/11/2) (بشأن تفسير نص المادة 136 من قانون الإجراءات الجزائية المتضمنة تقديم طلب إعادة النظر إلى رئيس المحكمة العليا) المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (126) المنشور بتاريخ (2016/11/10) بخصوص مباشرة الإجراءات أمام المحكم الدستورية وتقيدها بما نصت عليه المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) بأنه " إذ يتضح من هذا النص دون اجتهاد في مورده أن اللزوم المنطقي والفعلي لمدة الخبرة المتصلة المنصوص عليها في صدر هذه المادة، ذلك أن على المحامي (الوكيل) كي يتمكن من مباشرة الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا الإستمرار المتواصل بأعمال المحاماة البحتة دون انقطاع زمني فعلي للرابطة التي تربط المحامي بعمله لكسب الخبرة خلال المدة الزمنية المحددة بالمادة (31) دستورية، ولا يسعف المحامي (الوكيل) جمع المدة السابقة للانقطاع عن أعمال المحاماة التي ينظمها قانون تنظيم مهنة المحاماة النافذ والمدة اللاحقة لها بعد الانقطاع في عمل آخر مغاير إلا إذا كان ذلك في نفس مجال العمل دون أن يطرأ على صفته أو مسماه أو طبيعة عمله أو القانون الذي يخضع له أي تغيير ، لأن ذلك من الأشكال الجوهرية اللازمة للنظام التداعي في المسائل الدستورية التي تستلزم تفردا بإجراءات معينة تتفق وطبيعتها مما يقتضي الأمر عدم جواز مباشرتها إلا ممن تنطبق عليه أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا النافذ"،..... وتضيف المحكمة أنه " وبإزالة حكم القانون فإن حكم المادة (31) دستورية يقع بقوة القانون حال مخالفته، إذ لا يسوغ إغفال القواعد التي اشتملت عليها تلك المادة باعتبارها قواعد أمرية وليست تنظيمية أو توجيهية، يُباح بشأنها الخيار بالجمع بين سنوات الخبرة في أعمال المحاماة السابقة واللاحقة لحال الانقطاع عن العمل في المحاماة".

تفردان به من الشأن التي عهد الدستور إليهما بتصريفها، وهذه الخصومة بالنسبة للنموذج الفلسطيني التي يختص موضوعها في الدستورية التي يجوز الفصل فيها قضائياً¹، لا يجوز رفعها إلا بالأحوال التي حصر قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006) طرق اتصالها، بالإضافة إلى ذلك تشير الدراسة في هذا المبحث إلى جزء من قرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية التي تشمل طبيعة الدعوى وآلية الاتصال في الدعوى وموضوعها وملخص قرارها.

وأيضاً تناقش الدراسة في المطلب الثاني من هذا المبحث طبيعة الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وهل يمكن أن تكون للمحكمة الدستورية طبيعة سياسية بالإضافة إلى الطبيعة القضائية القانونية، وكذلك مناقشة مدى رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على السلطة التقديرية للمشرع الفلسطيني، وماهي الأسس والمبادئ التي تستند إليها المحكمة إذا كان يمكنها بسط رقابتها على سلطة المشرع.

المطلب الأول: آليات اتصال المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الدعوى الدستورية

(تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية)

السؤال الأساسي المطروح في هذا المطلب هو كيفية تحريك الرقابة أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية؟ بمعنى آخر ماهي اجراءات الرقابة القضائية على دستورية القوانين أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية؟

الإجابة عن هذا السؤال تكون من خلال النص القانوني الذي ينظم هذه الاجراءات وتحليل هذه النصوص القانونية، وعليه نص قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) في الفصل الثاني المسمى (الاجراءات) من الباب الثاني المسمى (الاختصاصات والاجراءات) وتحديداً نص المادة (27) المسماة (اجراءات الرقابة القضائية على دستورية القوانين) والمكونة من أربعة بنود، والتي تم تعديل البند الثاني والثالث من النص الأصلي بموجب المادة رقم(14) من القرار بقانون

¹. للمزيد انظر: عوض المر، " الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، (مرجع سابق)، ص 690.

رقم (19) لسنة (2017)، والتي تنص مع تعديلها بأن " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه الآتي:

1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون.

2- (مُعدله) إذا تراءى لإحدى المحاكم، أثناء النظر بإحدى الدعاوى، عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لازم للفصل في النزاع، توقف الدعوى وتحال الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة للفصل في المسألة الدستورية.

3- (مُعدله) إذا دفع الخصوم أثناء النظر في الدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، يؤجل النظر بالدعوى ويحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز (60) يوماً، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن.

4- إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها، وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نصاً غير دستوري متصلاً بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بالفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول".

ويتضح من هذه النصوص أن آلية تحريك الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من خلال أربعة آليات جاءت على سبيل الحصر وهي: إما من خلال الدعوى الأصلية المباشرة¹، أو أن يدفع الأفراد أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية نص، وأيضاً إما ان تحيل

¹. تجدر الإشارة بأن هذه الدراسة قد ذكرت سابقاً في معرض الشرح عن تحريك الدعوى الدستورية بشكل عام في الأول، بأن مصطلح الدعوى الأصلية المباشرة قد وجه له انتقاد بأنه " تزيد لا مبرر له؛ ذلك أن اصطلاح الدعوى يفيد بذاته أنها دعوى مبتدأة أو أصلية، ذلك أن المؤلفين إنما أرادوا التفرقة بين الدفع والدعوى الدستورية لا بين الدعوى الفرعية والدعوى الأصلية، وفي بعض الدول لا تسمى دعوى بل دفْعاً أو طعناً مثل الأردن" وقد ورد هذا الانتقاد في كتاب نعمان الخطيب، " الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) هامش ص 489، وهذا ما يتفق معه الباحث أثناء كتابة هذه الدراسة ذلك أن هنالك خلط بالمفاهيم القانونية ليس إلا؛ فالدعوى الأصلية المقامة أمام المحكمة الدستورية هو مصطلح مرادف للطعون المقامة أمام المحكمة الدستورية فمثلاً النموذج الدستوري الأردني استخدم مصطلح الطعن المباشر أمام المحكمة الدستورية كما في المادة (60) من الدستور الأردني لعام 1952 المعدل عام (2016)، أما في النموذج الدستوري الفلسطيني استخدم مصطلح الدعوى الأصلية المباشرة أمام المحكمة الدستورية كما ورد في المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، وأن هذا الخلط جاء لتمييز آلية تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية المباشرة عن الآلية الثانية لتحريك الدعوى الدستورية وهي طريقة الدفع الفرعي أمام محكمة الموضوع، وللمزيد من التفصيل انظر أيضاً رأي المؤلف كامل السعيد، " النظرية العامة للقضاء الدستوري" (الأردن- عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2017) ص 128.

محكمة الموضوع من تلقاء نفسها أثناء النظر (في أي دعوى كانت) عدم دستورية نص لازم للفصل في النزاع، وإما أن تتصدى المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من تلقاء نفسها لبحث دستورية نص ما أثناء ممارسة اختصاصاتها بصفتها صاحبة الاختصاص الأصلي للرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الأول: آلية الدعوى الأصلية المباشرة

أولاً: تحديد مفهوم الدعوى الأصلية المباشرة وطبيعتها

نصت المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا بأن تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية " بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون"، واستناداً إلى هذا النص الذي استند بالأساس إلى القانون الأساسي الفلسطيني، والذي أعطى الحق (للأفراد أو الأشخاص الاعتبارية)¹ بإقامة دعوى

¹. برأي الباحث أن نص المادة (1/27) عندما أعطى الحق للأفراد (الشخص المتضرر) بإقامة الدعوى الأصلية المباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قد أعطى أيضاً الحق للأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية العامة، استناداً إلى النص لم يقيد ذلك الحق، بل جاء ليعطي حق إقامة دعوى للمتضرر بغض النظر عن كون ذلك المتضرر أفراداً أو شخصيات اعتبارية، وأنه من باب الأولوية وتحقيقاً للغاية أن يشمل ذلك النص الشخصيات الاعتبارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية العامة، مثل: النقابات (نقابة المحامين) والجامعات (كليات الحقوق) والجمعيات الحقوقية، وأضيف في مقابلة شخصية أجراها الباحث مع الأستاذ المستشار فواز صايمة (عضواً في تشكيلة قضاة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية) في مدينة نابلس بتاريخ (2018/4/11) بشأن ممارسة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بخصوص قبول الدعوى الدستورية المقدمه عن طريق آلية الطعن المباشر من قبل الشخصيات الاعتبارية بأن " لا يوجد أي مانع شكلي لرفض قبول الدعوى من قبل الشخصيات الاعتبارية؛ فما ينطبق عليها بحكم القانون ينطبق على الأفراد (الشخص العادي) وقد قبلت المحكمة سابقاً في الطعن رقم (2013/3) الصادر بتاريخ (2017/9/12) (بشأن الطعن بعدم دستورية بالقرار بقانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن المصارف) المقدم من قبل الجهة الطاعنة شركة ترست العالمية للتأمين المساهمة العامة المحدودة.

وإضافة إلى ذلك رأي الدكتور محمد الحاج قاسم، الذي يتوافق معه الباحث_ الوارد بالحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في فلسطين" (المرجع سابق) ص 267، " كما أن القانون المنظم لعمل المحكمة الدستورية لم ينص على تحريك الرقابة الدستورية من طرف السلطات العامة كما هو الشأن في العديد من الدول، سواء بالنسبة لرئيس الدولة أو لرئيس الوزراء أو لرئيس مجلس النواب (المجلس التشريعي) لتحريك الدعوى الدستورية بمواجهة أي قانون يرون أنه مخالف للدستور، لذلك نقترح أن تعطى الرقابة (تحرك الرقابة) عن طريق الدعوى الدستورية المباشرة من طرف ممثلي السلطات العامة للدولة، خاصة وأن قانون المحكمة الدستورية العليا قد سمح للأفراد ذلك؛ فكيف لا يسمح لممثلي السلطات العامة، وتشير الدراسة إلى قرار رقم (2005/5) الصادر بتاريخ (2005/11/17) من قبل المحكمة العليا بصفتها الدستورية (غير منشور بالجريدة الرسمية)، بأن قبلت الطعن المقدم من قبل جمعية المحامين العرب من أجل حقوق الإنسان بمدينة غزة.

مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ضمن شروط شكلية وموضوعية محددة قانوناً ستناقشها الدراسة لاحقاً، وهي دعوى قائمة على أن يختص صاحب المصلحة المتضرر النص القانوني بصفة أصيلة واستقلالاً عن أي نزاع طالباً الحكم بعدم دستورية النص التشريعي وإلغائه.

وأشارت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في متن قرارها رقم (2016/14)¹ الصادر بتاريخ (2017/1/15) (بشأن الطعن في دستورية نص المادة (37) من القانون رقم (1) لسنة (2000) بشأن الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية) إلى " أن هناك أربعة أساليب يمكن بأحدها أن تمارس المحكمة رقابتها على دستورية القوانين وهذه الطرق هي؛ أولاً: بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر الذي انتهكت حقوقه الدستورية المنصوص عليها في القانون الأساسي المعدل حصراً كحق أصيل، شرط أن يكون المدعي في مركز قانوني يمسه النص المطعون فيه دون الإخلال بمبدأ درجات التقاضي واللجوء إلى القاضي الطبيعي ابتداءً، وإثارة الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، وفي حال عدم المرور على محكمة الموضوع وإقامة الدعوى الأصلية المباشرة لدى المحكمة الدستورية استناداً لأحكام المادة (1/27)، فإن ذلك لا يؤدي إلى الانتقال من حق التقاضي كي لا يحرم الشخص المتضرر من حقه الطبيعي المنصوص عليه في القانون الأساسي المعدل في باب الحقوق والحريات العامة إذا انتهكت تلك الحقوق أو الحريات".

فإذا تبين للمحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين صحة ما يدعيه الطاعن قامت بإلغائه وأعدمته من الوجود، أما إذا تبين للمحكمة غير ذلك فإنها تقضي برد الدعوى ويبقى القانون مطبقاً وساري المفعول²، ونتيجة الحكم بمخالفة النص التشريعي للدستور تكون بإلغاء النص التشريعي عن طريق حكم المحكمة الدستورية الناتج عن إقامة الدعوى الأصلية المباشرة أمامها.

¹. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (128) المنشور بتاريخ (2017/1/14).

². رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري " (مرجع سابق) ص 707، وأيضاً هاني الطهراوي، " النظم السياسية والقانون الدستوري " (مرجع سابق) ص 365.

وتوصف الدعوى الأصلية المباشرة¹ بأنها دعوى موضوعية حيث يجب أن يتوافر في رافع هذه الدعوى شروط شكلية وموضوعية منها:

(أ) الضرر: أي أن يكون محرك هذه الدعوى قد أصابه ضرر أو يحتمل ذلك إذا طبق عليه النص التشريعي².

¹. تجدر الإشارة إلى قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (2013/3) الصادر بتاريخ (2017/9/12) المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (136) المنشور بتاريخ (2017/9/25) بشأن الطعن بعدم دستورية بالقرار بقانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن المصارف)، وفي متن هذا القرار اجتهدت المحكمة لتوضح أن المحكمة الدستورية لا يمكن أن تباشر رقابتها في الدعوى الأصلية المباشرة إلا بتوافر عدد من الشروط، ذلك لأن " الدعوى الأصلية المباشرة من الشخص المتضرر، والتي لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا تحققت للطاعن مصلحة شخصية مباشرة باعتبارها شرطاً أساسياً لقبول الدعوى الدستورية، والتي لا تعتبر متحققة بناءً على مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للقانون الأساسي، بل يتعين أن يكون هذا النص بتطبيقه على المدعي قد أخل أو انتقص في الحقوق الأساسية أو الحريات العامة، ذات القيمة الدستورية التي يكفلها القانون الأساسي على نحو ألحق ضرراً مباشراً قطعياً لا متوهماً أو احتمالياً، وبالتالي لا يجوز الطعن في النصوص التشريعية إلا بعد توافر شرطين يحددان معاً مفهوم المصلحة الشخصية في الدعوى الأصلية المباشرة، ولا يجوز لهذه المحكمة أن تباشر رقابتها على دستورية النصوص التشريعية في الدعوى الأصلية المباشرة إلا بتحقيق هذين الشرطين: أولهما أن يقيم المدعي وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون عليه_ الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشراً مستقلاً بعناصره.

ثانيهما أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون فيه بما مؤداه قيام علاقة سببية بين النص التشريعي والضرر الذي لحق بالمدعي، أي بمعنى أن يكون الضرر المدعى به ناشئاً من هذا النص مترتباً عليه، فإذا لم يكن النص التشريعي المطعون فيه قد طبق على المدعي أصلاً أو طبق عليه ولم يلجأ إلى قاضيه الطبيعي؛ ذلك لأن القانون الأساسي قد كفل لكل مواطن بنص مادته الثلاثين حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، مخلولاً إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاضٍ يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لابستها مهياً دون غيره للفصل فيها، أو لجأ إلى قاضيه الطبيعي ولكن النزاع ما يزال دائراً أمام المحاكم النظامية، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتقبة، لأن هذه المحكمة لا تملك ولاية الرقابة على قرارات القضاء، أو أن توجه له الأوامر أو التعليمات أو أن تحل محله في الحكم في النزاعات التي تدخل في اختصاصه، وإنما ينحصر اختصاصها في النظر والحكم بعدم دستورية تشريع أو عمل مخالف للقانون الأساسي كلياً أو جزئياً".

². تجدر الإشارة إلى قرار المحكمة العليا بصفتها الدستورية رقم (2005/4) الصادر بتاريخ (2008/7/24) المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (116) المنشور بتاريخ (2015/12/27) وذلك بخصوص وجوب إثبات الطاعن للضرر أنه " كما أن الطاعن لم يثبت للمحكمة بأن له مصلحة في الطعن يقرها القانون سواء كانت مصلحة مباشرة أو محتملة، لدفع ضرر محق. ولما كان قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006)، قد نص صراحة في المادة (1/27) بأن الرقابة الدستورية تتم بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر، وطالما أن الطاعن لم يثبت للمحكمة أنه متضرر من هذه المواد التي وصفها بمخالفة الدستور...".

(ب) **الصفة:** أي أن "تسبب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق بالدعوى وسلباً لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته، فهي تمييز للجانب الشخصي للحق في الدعوى، وبمجرد إثبات الحق أو المركز القانوني وحدوث الاعتداء عليه تثبت الصفة بالدعوى، ذلك لأن الدعوى التي تنشأ عن الاعتداء على حق معين تكون لصاحب هذا الحق في مواجهة المعتدي"¹، والصفة بالدعوى الدستورية ليست بهذا المعنى العام، وإنما حدد القانون الدستوري أصحاب الصفة في اللجوء إلى القضاء الدستوري، وهي مختلفه باختلاف الأنظمة القانونية، فعلى سبيل المثال في النموذج الدستوري الفلسطيني: يمكن أن تثبت الصفة للأفراد من خلال الدعوى الأصلية المباشرة، وكذلك للمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي من خلال رخصتها بإحالة النصوص القانونية إذا رأت أنها تشكل مخالفة للقانون الأساسي الفلسطيني أثناء نظرها بالدعوى، ويمكن أن تثبت للمحكمة الدستورية العليا ذاتها من خلال رخصتها بالتصدي من تلقاء نفسها لممارسة الرقابة على دستورية أحد النصوص القانونية.

(ت) **المصلحة:** فالأصل العام لقبول الدعوى الدستورية توافر شرط المصلحة الذي يعني الفائدة التطبيقية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته، وأن المصلحة توصف بالشخصية والمباشرة والتي يجب أن تتواجد عن إقامة الدعوى وتستمر هذه المصلحة حتى البت في الدعوى²، وقياس مدى المصلحة والتحقق منها يعود للمحكمة الدستورية العليا كما أشارت المحكمة العليا

¹. انظر: عبد العزيز سالم، " *إجراءات الدعوى الدستورية* " (الجمهورية المصرية العربية، دار سعد سمك للنشر، الطبعة الأولى، 2015، الجزء الثاني) ص 853.

². تجدر الإشارة إلى أن توافر المصلحة منذ إقامتها إلى حين البت في الطعن الدستوري بمعنى (استمرار المصلحة)، أخذت تفسيراً مختلفاً في قرار المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية رقم (2006/1) الصادر بتاريخ (2006/12/19) المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (117) المنشور بتاريخ (2016/1/24)، حيث إن المحكمة اكتفت بتوافر المصلحة وقت رفع الدعوى دون ضرورة استمرارها حتى البت في الطعن الدستوري، بوجود مصلحة ذات أهمية كبرى ألا وهي المصلحة العامة، بقولها " صحيح أنه من المسلّم به في القضايا العادية أنه يجب أن تستمر المصلحة قائمة حتى صدور الحكم فيها حتى لا ينشغل القضاء في أمر قد انتهى وتم حسمه بإعادة الحق إلى صاحبه، أما الطعون الدستورية فإنما هي طعن يتوخى منه الطاعن إزالة ما لحق به من ضرر مادي أو معنوي وإزالة المخالفة الدستورية ويتضمن الطعن مصلحة عامة قد يستفيد منه أفراد أو مجموعات من الشعب حتى ولو انتهت المصلحة أو توقفت للطاعن فإن المصلحة العامة تبقى قائمة ومن هنا فإن استمرار مصلحة الطاعن الشخصية من عدمها ليست المعيار الوحيد للقول بانتهاء المصلحة، بل إنها تستهدف تحقيق مصلحتين، الأولى: مصلحة شخصية لرافع الدعوى، الثانية: مصلحة عامة للجماعة بالدفاع عن المشروعية، فقد تزول الأولى وتبقى الثانية لأن في ذلك مباشرة للرقابة الدستورية لهذه المحكمة، في الطعن الدستوري الذي أماناً فإن مصلحة المستدعيان ما زالت مستمرة والمصلحة العامة أيضاً مستمرة، فالقرار والإجراءات أو العمل الذي اتخذته المجلس الحالي بعدم إقرار ما جاء في الجلسة السابقة _التي كما قلنا لا حق له بعدم التعرض لها_ بقي قائماً لم يبلغ ولم ينفذ"، وتشير الدراسة بخصوص التوسع بمفهوم شرط المصلحة في الدعوى الدستورية وأهمية آثارها خاصة في مجال القوانين التي تنص على الحقوق والحريات العامة، يمكن التوسع في شرط المصلحة بحيث تصبح المصلحة محتملة أو مستقبلية أو حتى مصلحة عامة، وهذا يؤثر "بتزايد التقدير والاحترام للنظام الدستوري على المستوى الشعبي إذا منح الأفراد حق الطعن بدستورية القوانين مع التوسع في شرط المصلحة لرفع الدعوى" انظر: نعمان الخطيب، " *النظم السياسية والقانون الدستوري* " (مرجع سابق) هامش ص 492.

بصفتها الدستورية في الطعن رقم (2005/4)¹ الصادر بتاريخ (2008/7/24) (بشأن الطعن في دستورية المواد (17 و 97 و 116 و 117) من قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005) " وبما أن الفقه والقضاء مستقر على أن المصلحة هي مناط الدعوى فلا دعوى دون مصلحة، ولما كان قيام المصلحة شرطاً أساسياً لقبول الدعوى، ولما كان الطاعن لم يثبت للمحكمة بوجود مصلحة له في هذه الدعوى سواء كانت مصلحة محتملة أو مباشرة فإن المحكمة تجد بأن دعوى الطاعن غير مقبولة"، وأيضاً ورد رأي في وجوب أن تتحرى المحكمة الدستورية العليا لشرط المصلحة في الدعوى الدستورية ذلك لأن " المحكمة الدستورية هي التي تتحرى توافر شروط المصلحة في الدعوى الدستورية للثبوت من شروط قبولها، لأن الإحالة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا لا تفيد بذاتها توافر المصلحة في الدعوى الدستورية"².

وهذا كله بالأصل العام مع التأكيد على أن القانون المنظم لعمل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لم ينص صراحة على وجوب توافر شرط المصلحة بالدعوى الدستورية³، أما بالمفهوم الخاص يستند تفسير مفهوم المصلحة بالدعوى الدستورية على تعريفها الوارد في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) في المادة رقم (3)⁴، ذلك لأن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) قد نص في المادة (26) أنه " فيما عدا ما نص عليه في

¹. نشر في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (116) المنشور بتاريخ (2015/12/27).

². ورد هذا الرأي في متن (الرأي المخالف) الملحق بالقرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (2016/13) الصادر بتاريخ (2017/4/16) المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (133) المنشورة بتاريخ (2017/5/29).

³. للمزيد بخصوص المصلحة والصفة في الدعوى الدستورية انظر: عز الدين الناصوري و عبد الحميد الشواربي، " الدعوى الدستورية" (مرجع سابق) ص 43 وما بعدها، وأيضاً منير عبد المجيد، *أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح* (الأسكندرية، منشأة المعارف، 2001) ص 32، يذكر أن الموقف القضائي المصري قد استقر على ضرورة توافر المصلحة الشخصية المباشر كشرط لقبول الدعوى الدستورية، وتجدر الإشارة إلى أن معظم نصوص الدساتير والقوانين لم تناقش موضوع المصلحة بالدعوى الدستورية، انظر أيضاً: نوار بدير، *"الرقابة القضائية على دستورية القوانين"* سلسلة أوراق عمل ببرزيت للدراسات القانونية (2017/5) (وحدة القانون الدستورية، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة ببرزيت، 2017)

⁴. المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) بخصوص المصلحة بالدعوى:

1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون.
2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفتوريتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى.

هذا الفصل، تسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات (التي تقدم للمحكمة) الأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها".

وتجدر الإشارة إلى رأي القائل بأن¹ " المحكمة الدستورية العليا مقيدة طبقاً لقوانينها بمراعاة شرط المصلحة الشخصية المباشرة كشرط للفصل في الدعوى الدستورية، وبظل دائماً بيد المشرع أن يسقط هذا الشرط في كل تطبيقاته، أو أن يقرره قاعدة مطلقة لا استثناء فيها، أو أن يكفل وجودها في أحوال دون أخرى، على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا التحقق من هذا الشرط وتحديد مضمون المصلحة الشخصية المباشرة، وإن كان تزمته في تحديد هذا المضمون لا يليق بها بالنظر إلى آثاره السلبية على حقوق المواطنين وحررياتهم، وأولى بها أن يكون اقتضاؤها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة متوازناً من خلال قدر من المرونة والتجرد المنطقي في مجال تفسيره".
وبالنتيجة أن للمصلحة عنصرين لا بد من تحققهما معاً حتى تتواجد مصلحه شخصية مباشرة هما:
العنصر الأول: حدوث ضرر للمدعي من جراء تطبيق النص المختصم في الدعوى الدستورية، حيث يكون هذا الضرر قد وقع بالفعل أو محتملاً، وهذا الضرر مستقل بعناصره واضح، وعلى الطاعن إثبات هذا الضرر.

العنصر الثاني: يجب أن تقوم علاقة سببية بين الضرر والنص التشريعي المطعون فيه، حيث " يمكن القول إنه لولا النص ما وجد الضرر"، وبانتفاء هذه العناصر تنتفي المصلحة².

¹ انظر رأي عوض المر، " الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية" (مرجع سابق) ص 699.
² لمزيد من التفصيل حول شرط المصلحة ومدلولها وعناصرها وأوصافها ونطاقها وانتفاؤها انظر: عبد العزيز سالم، "إجراءات الدعوى الدستورية" (الجمهورية المصرية العربية، دار سعد سمك للنشر، الطبعة الأولى، 2015، الجزء الثاني) ص 875 وما بعدها، وتجدر الإشارة إلى قرار حديث للمحكمة الدستورية العليا المصرية المنشور في الجريدة الرسمية في العدد (39) مكرر في أول أكتوبر سنة (2018) والذي يحمل منته بأن " قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة مؤداه ألا تفصل في غير المسائل الدستورية التي يؤثر الحكم فيها على النزاع الموضوعي، ومن ثم يتحدد مفهوم هذا الشرط بأن يقيم المدعي الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به، وأن يكون هذا الضرر عائداً إلى النص المطعون فيه، وبضيق بأن يتحدد مفهوم شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية بتوافر عنصرين، أولهما: أن يقيم المدعي في الحدود التي اختصم فيها النص المطعون فيه الدليل على أن ضرراً واقعياً اقتصادياً أو غيره قد لحق به، سواء كان مهدداً بهذا الضرر أو كان قد وقع فعلاً، ويتعين أن يكون الضرر مباشراً منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون فيه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها ممكناً تصويره ومواجهته بالترضية القضائية وتسوية آثاره، وثانيهما: أن يكون الضرر عائداً إلى النص المطعون فيه وليس ضرراً متوهماً أو منتحلاً أو مجهلاً.

ثانياً: الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

(المتصلة بالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من خلال آلية الدعوى الأصلية المباشرة)

وتجدر مناقشة الدراسة لبعض قرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية التي اتصلت بها الدعوى الدستورية بآلية الدعوى الأصلية المباشرة، ومنها القرار رقم (2016/5)¹ الصادر بتاريخ (2016/9/18) (بشأن الطعن في دستورية المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة 1994)، والذي قررت المحكمة بعدم قبول الطعن لاتصال الدعوى بالمحكمة بالطرق المخالفة للقانون، ذلك لأن الجهة الطاعنة قامت ابتداءً بإقامة دعوى أمام محكمة الموضوع وإثارة الدفع بعدم دستورية بعض النصوص القانونية أمام محكمة الموضوع، وقد قرر قاضي الموضوع بعدم إجابة الدفع؛ كون هذا الدفع الدستوري غير جدي، وعلى هذا الأساس تقدمت الجهة الطاعنة بالطعن الدستوري المرقوم أعلاه أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بآلية الدعوى الأصلية المباشرة المستندة في الأساس (وهذا ما جاء في لائحة الطعن) إلى الدعوى المقامة أمام محكمة الموضوع، وهذا ما اعتبرته المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية شكلاً من أشكال مخالفة آليات الاتصال للدعوى بالمحكمة الدستورية العليا الواردة حصراً بالقانون، حيث إن المحكمة الدستورية العليا لم تنظر بالجانب الموضوعي من الطعن، وقد جاء في متن حكمها أنه " وفي ضوء ما تم بيانه نجد أن محكمة الموضوع قد قدرت عدم جدية الدفع المثار أمامها وبالتالي لم تصرح للمدعيات (الطاعنات) بإقامة الدعوى الدستورية، إلا أنهن أقمن الدعوى الدستورية الماثلة، وتقدمن بالطلب المشار إليه آنفاً طلب وقف النظر بالدعوى الأصلية أمام محكمة الموضوع) حيث إن الأوضاع الإجرائية المنصوص عليها في المادتين (24 و 27) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006)، تعتبر من مقدمات الدعوى الدستورية لتعلقها بالنظام العام، ولا يجوز العمل بخلافها في تحريك الدعوى الدستورية، حيث إن قانون هذه المحكمة لم تنص على وقف السير في الدعوى الموضوعية المنظورة في حال تقرر عدم جدية الدفع المثار أمام محكمة الموضوع (إذ لا اجتهاد في مورد النص ولا يجوز تحميل النصوص أكثر مما تحتمل) حتى لا يكون الدفع بعدم الدستورية وسيلة

¹. نشر هذا القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد الممتاز رقم (12) المنشور بتاريخ (2016/9/26).

لإطالة أمد التقاضي وتعطيل الفصل في الدعاوي، لما كان ذلك، وكانت المدعيات تجادلن في حجية النصوص القانونية المطعون في دستوريته عن طريق الدفع الفرعي في دعوى موضوعية قائمة أمام محكمة الموضوع، وتقدمن بالدعوى الدستورية الماثلة، الأمر الذي يناقض طريقي الدفع والإحالة اللذين سبق وأشرنا إليها، مما يوجب عدم قبول الطعن الدستوري لرفعه إلى هذه المحكمة بالمخالفة لقانونها".

وعليه يرى الباحث أن الدعوى الدستورية المقامة أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية عن طريق آلية الدعوى الأصلية المباشرة لا يمكن قبولها شكلاً إلا إذا كان اتصالها متفقاً وأحكام قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) وتعديلاته بموجب القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017)، في حال الدعوى الأصلية المباشرة يجب أن تكون مقامة (استقلالاً) ومستكملة شروطها الشكلية دون أن تكون مستندة لدعوى منظورة أمام محكمة الموضوع قرر فيها قاضي الموضوع عدم جدية الدفع الدستوري المثار أمامه، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في قرارها رقم (2015/2)¹ الصادر بتاريخ (2016/11/20) (بشأن الطعن في دستورية نص المادتين (1 و 25) من القرار بقانون رقم (7) لسنة 2010، بشأن تعديل قانون مكافحة الفساد رقم (1) لسنة 2005).

واستكمالاً لمناقشة الدراسة قرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، تشير الدراسة إلى القرار رقم (2016/14)² الصادر بتاريخ (2017/1/5) (بشأن الطعن في دستورية المادة (37) من القانون رقم (1) لسنة 2000، بشأن الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية)، الذي قررت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بعدم قبوله لمخالفة الجهة الطاعنة أحكام اتصال الدعوى بالمحكمة

¹. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (127) المنشور بتاريخ (2016/12/4) وقد جاء في متن القرار " حيث إن هذه المحكمة سبق وأن حسمت المسألة المثارة في الدعوى الماثلة بحكمها الصادر بتاريخ (2016/9/18)، في الطعن الدستوري رقم (2016/5) بشأن إقامة الدعوى الدستورية أثناء السير بالدعوى أمام محكمة الموضوع التي لم تأخذ بالدفع الفرعي المثار أمامها بعدم دستورية المواد المطعون فيها لعدم جدية الدفع، ولما كان مقتضى أحكام المادتين (40،41) من قانون المحكمة الدستورية العليا أن تكون أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وملزمة لجميع سلطات الدولة كافةً باعتبار حكمها فصلً في المسألة المقضي فيها، لذا فإن الدعوى الماثلة تكون غير مقبولة".

². نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (128) المنشور بتاريخ (2017/1/14).

الدستورية العليا الفلسطينية، ذلك لأن الجهة الطاعنة قد أقامت طعنها الدستوري للطعن بعدم دستورية نصوص قانونية محددة بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة، وأن الجهة الطاعنة قد استندت بالأساس لقرار محكمة العدل العليا المتضمن بوقف السير بالدعوى حسب نص المادة (126)¹ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001)، لأن الجهة الطاعنة قد أثارت أمام محكمة العدل العليا دعواً بعدم دستورية أحد نصوص القانون، التي تعد أساساً للفصل في النزاع الأصلي، وقد قبلت المحكمة (محكمة الموضوع) الدفع وأصدرت قرارها بوقف السير بالدعوى لحين البت في دستورية النصوص المطعون فيها من قبل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وأضافت محكمة العدل العليا (محكمة الموضوع) أنها تستند أيضاً لأحكام المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) وهي التي نظمت آلية اتصال الدعوى بالمحكمة الدستورية عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع! وهناك اختلاف جوهري بين آلية الطعن عن طريق الدعوى الأصلية المباشرة وآلية الطعن عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع؛ حيث إن لكل منهما شروطاً شكلية وموضوعية، وهذا ما قصدت به المحكمة الدستورية في قرارها المذكور سابقاً بمخالفة أصول اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، وعليه ذكرت المحكمة في متنها " نجد أن محكمة العدل العليا قررت تأجيل الدعوى المنظورة أمامها رقم (2016/6) في جلسة (2016/12/19)، والمرفوعة للقرار من قبلها في التاريخ ذاته لحين صدور قرار من المحكمة الدستورية في الطعن رقم (2016/14) علماً أن هذا الطعن مقدم إلى المحكمة الدستورية بتاريخ (2016/12/19)، والجدير بالملاحظة أن محكمة العدل العليا بصفتها محكمة موضوع استندت في قرارها المذكور لأحكام المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، الأمر الذي يجعل قرارها في هذا الخصوص غير مستند لقانون المحكمة الدستورية العليا لأن المادة (2/27) عند تطبيقها تتطلب أن تستشعر محكمة الموضوع من تلقاء نفسها عدم دستورية نص قانوني لازم للفصل في النزاع المعروض أمامها، ومن ثم تقوم من تلقاء نفسها ودون دفع فرعي من الخصوم بوقف السير في الدعوى وإحالة الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية

¹. نصت المادة (126) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) بأن " للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم وقف السير في الدعوى إذا رأت أن الحكم في موضوعها يتوقف على الفصل في مسألة أخرى".

للفصل في المسألة الدستورية التي ارتأتها محكمة الموضوع، حيث إن الدعوى الدستورية الماثلة دخلت في دوامة قضاء المحكمة الدستورية العليا بما يناقض طريقي الدفع والإحالة اللذين استلزمتهما الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (27)، ولم تبين في كل الأحوال النص الدستوري المحدد في القانون الأساسي المعدل بمخالفته وأوجه المخالفة استنادًا لأحكام المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي تنص على أنه: يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو لائحة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، والمقصود بالمادة السابقة، هي المادة (27) التي سبق الإشارة إليها، الأمر الذي يجعل من ذلك صعب الرقابة من قبل القضاء الدستوري، مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى".

وبرأي الباحث أخلص إلى أن المشرع الفلسطيني قد تميز عن القوانين المقارنة التي تنظم القضاء الدستوري مثل: النموذج الدستوري المصري، من حيث تمكين الأفراد من إقامة الدعوى الأصلية المباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية استنادًا لنص المادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية، وهذا من منظور مفاهيم الديمقراطية والرقابة الشعبية، لكن المشرع الفلسطيني لم يوضح الإجراءات الشكلية المتبعة للدعوى الأصلية المباشرة ولم يوضح حدود آلية الطعن المباشر وضوابطه، حيث إن النص جاء مطلقاً، مما يشكل عبئاً وجهداً كبيراً على المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في تسبب آلية اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة كما هو ملاحظ في القرارات التي أشير إليها بهذه الدراسة، وكان من الأولى أن يشمل التعديل القانون الأصلي بموجب القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) على نص المادة (1/27) بتوضيح حدود وضوابط لآلية الاتصال بالمحكمة عن طريق الدعوى الأصلية المباشرة، وذلك من خلال على سبيل الإقتراح: تحديد القضايا التي يمكن طعن الأفراد بها أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من خلال نص المادة (1/27) مثل: القضايا المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية (حقوق الإنسان) التي تمس الفرد بشكل مباشر وتسبب له الضرر في حال الانتقاص منها، من خلال نص تشريعي مخالف للقانون الأساسي خاصة باب الحقوق والحريات العامة، لأن المقصد العام في تمكين الأفراد من الطعن المباشر في نصوص التشريعات المخالفة للقانون الأساسي هو حماية حقوقه وحرياته الأساسية،

وذلك مثل: النموذج الدستوري الإسباني حيث نص الدستور الإسباني لعام (1978) المعدل عام (2011)¹ في الباب التاسع الخاص بالمحكمة الدستورية في المادة (1/161/ب) بأن مكن الأفراد من التظلم أمام المحكمة الدستورية الإسبانية لخرق حقوقهم وحررياتهم العامة التي نص عليها الدستور، وأيضاً وضع ضوابط وإجراءات للحد من الطعون الدستورية غير الجدية والتي يقصد بها إبطاء أمد التقاضي من خلال فرض كفالات مالية عالية مستردة في حال تحقق المحكمة الدستورية من مخالفة القانون الأساسي، ومصادرتها في حال ثبوت عدم جدية الطعن².

¹ نصت المادة (1/161) من الدستور الإسباني لعام (1978) المعدل عام (2011) في الباب التاسع الخاص بالمحكمة الدستورية بأن "1- تتمتع المحكمة الدستورية بسلطة قضائية تشمل التراب الإسباني برمته ولها صلاحية النظر في: أ. الطعن في القوانين والأحكام بمرتبة القانون لعدم دستورتيتها، الإعلان عن عدم دستورية قاعدة قانونية بمثابة قانون قد تم تطبيقها من قبل المحاكم يؤثر على السوابق القضائية المترتبة عليها، رغم أن الحكم أو الأحكام التي تُطرق بها لا تفقد أثرها كقضية محكوم فيها. ب. التظلم بسبب خرق الحقوق والحرريات الواردة في المادة 53 الفقرة 2 من هذا الدستور وذلك في الحالات التي ينص عليها القانون وبالشكل الذي يقتضيه. ج. النزاعات حول الصلاحيات بين الدولة ومجتمعات الحكم الذاتي أو فيما بين هذه المجتمعات. د. المواد الأخرى التي يخولها لها الدستور والقوانين التنظيمية".

للمزيد انظر الموقع الخاص بعرض دساتير العالم ومقارنتها على الرابط الإلكتروني:

<https://constituteproject.org/?lang=ar>

² تجدر الإشارة إلى رأي الدكتور محمد الحاج قاسم، الذي يتوافق معه الباحث الوارد بالحوار القانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في فلسطين" (المرجع سابق) ص 267، بأن " إضافة إلى أن القانون لم يحدد كيفية تحريك الأفراد في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا وما هي الإجراءات المتبعة في ذلك، وما هي الأسباب التي يمكن بمقتضاها تحريك هذه الدعوى المباشرة، الأمر الذي يخشى منه أن يؤدي إلى إباحة حق الطعن المباشر وإساءة استعماله وإغراق المحكمة الدستورية بسيل من الدعاوى التي لا يقصد منها سوى اللدد في الخصومة وإطالة أمد التقاضي، وإعاقتها عن التفريغ لمهامها الجسام، علاوة على أن الأصل هو مراعاة كافة القوانين واللوائح لأحكام الدستور إلى أن يثور خلاف جدي بشأن عدم دستورية أي نص منها عند طرحه على القضاء لتطبيقه، وعلى الرغم من هذه الانتقادات وغيرها التي توجه إلى السماح للأفراد باللجوء إلى الدعوى الأصلية المباشرة، إلا أنني أقدر موقف المشرع الفلسطيني من الأخذ بطريقة الدعوى الأصلية للتقاضي، ولكن بشرط وضع بعض الضمانات لعدم إساءة استعمال هذا الحق كما هو الشأن بالنسبة للمحكمة الدستورية في ألمانيا الاتحادية".

الفرع الثاني: آلية الدفع من الخصوم¹

أولاً: تحديد مفهوم الدفع من الخصوم

نصت المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا المعدله بموجب نص المادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) بأن تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية " إذا دفع الخصوم أثناء النظر بالدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، يؤجل النظر بالدعوى ويحدد لمن آثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز (60) يوماً، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن"، واستناداً إلى هذا النص الذي أعطى الحق للخصوم أمام محكمة الموضوع بإثارة دفع بعدم دستورية نص تشريعي لازم للفصل بالدعوى المنظورة أمام محكمة الموضوع، ولقاضي الموضوع تقدير جدية هذا الدفع وإصدار قراره بهذا الشأن إما بالرفض والاستمرار بالنظر بالدعوى، أو بالقبول وتأجيل النظر بالدعوى، وتحديد ميعاد للخصم مثير الدفع لا يتجاوز مدة (60) يوماً لإقامة دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بهذا الخصوص ضمن شروط شكلية وموضوعية محددة ستناقش لاحقاً، وبالعكس ذلك يعتبر الدفع كأن لم يكن.

ومقتضى هذه الآلية أن تكون دعوى قائمة أمام القضاء في نزاع تجاري أو مدني أو جزائي على سبيل المثال وليس الحصر، ويراد فيها تطبيق نص تشريعي ما على أحد الخصوم فيوجه هذا الخصم نظر المحكمة إلى أن هذا النص التشريعي المراد تطبيقه في هذا النزاع؛ مخالف للدستور

¹. تجدر الإشارة بأن هذه الدراسة قد ذكرت سابقاً في معرض الشرح عن تحريك الدعوى الدستورية بشكل عام بالفصل الأول من هذه الدراسة، بأن مصطلح (الدفع الفرعي) برأي المؤلف رمزي الشاعر، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) هامش ص 705 " أن التعبير عن الدفع بعدم الدستورية ووصفه بالدفع الفرعي فهو تزيد لا موجب له (لا أساس له)، فالدفع لا تتصور إلا أن تكون فرعية بمعنى أنها منفرعة عن خصومة قائمة"، وهذا ما يتفق الباحث بالمطلق معه ذلك أن الدفع دائماً تثار أثناء نزاع قائم أمام القضاء فمن غير الممكن إثارة دفع دون وجود نزاع قائم، فالدفع هو عارض يرفع أثناء النظر بالدعوى، والدفع تثار أمام القضاء في النزاع القائم بمعنى أنها دائماً فرعية ومنها الدفع بإنعدام الخصومة والدفع بإنعدام صلاحية المحكمة بالنظر بالدعوى والدفع بالتقادم وغيرها من الدفع.

في أي مرحلة من مراحل الدعوى¹، "فالدفع هو عارض يرفع أثناء النظر بالدعوى ويعلق الحكم في القضية الأصلية ويُفرض الحكم أولاً في القضية العرضية"².

وقد جاء في متن القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (2016/14)³ بتاريخ (2017/1/5) (بشأن الطعن في دستورية المادة (37) من القانون رقم (1) لسنة 2000، بشأن الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية)، وتجدر الإشارة بأن هذا القرار قد صدر قبل سريان القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدل لأحكام المادة (3/27) من القانون الأصلي، ذلك بأن " يتضح أن الدفع بهذا الأسلوب يعتبر من أكثر الأساليب شيوعاً في المحاكم، بأن يدفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أو مرسوم أو نظام أو قرار، وعلى محكمة الموضوع أن تبحث مدى جدية هذا الدفع، فإذا تحققت من جدية فعلية أن تؤجل الفصل في الدعوى المنظورة أمامها وتحدد ميعاداً للخصوم لا يتجاوز (90) يوماً لرفع الدعوى الدستورية، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن. وعلى قاضي الموضوع أن يتحقق من مسألتين أساسيتين:

الأولى: أن يكون الفصل في المسألة الدستورية منتجاً؛ أي أن تكون المسألة المطعون في دستورتها متصلة بموضوع النزاع في الدعوى الأصلية، وأن الحكم بعدم الدستورية يستفيد منه صاحب الشأن في الدعوى المنظورة، فإذا اتضح له عكس ذلك رفض الدفع بعدم الدستورية واستمر في نظر الدعوى الموضوعية دون التفات لمسألة الدستورية.

الثانية: يجب أن يتحقق قاضي الموضوع من وجود شبهة أو شك في عدم دستورية النص المطعون فيه، والحال تلك تفسر في جانب عدم الدستورية عند تقدير مدى جدية الدفع، علماً أن قرار القاضي بشأن الجدية ليس نهائياً بل يخضع للطعن بطرقه المقررة قانوناً، لأن الدفع بعدم

¹. إن الدفع بعدم دستورية القوانين هو من النظام العام بحيث إنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في أي مرحلة من مراحل الدعوى وأمام أي محكمة وحتى أمام محكمة النقض ويمكن للمحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها، للمزيد حول طبيعة الدفع بعدم دستورية القوانين أمام محكمة الموضوع انظر: منير عبد المجيد، "أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح" (الاسكندرية، منشأة المعارف، 2001) ص 14.

². انظر: إبراهيم الشرفاني، " رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع " (مرجع سابق) ص 78.

³. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (128) الصادر بتاريخ (2017/1/14).

الدستورية هو دفع موضوعي يمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، كما أنه دفع قانوني يمكن إثارته أمام محكمة النقض لتعلقة بالنظام العام".

ثانياً: الجهات القضائية التي يُثار الدفع أمامها بعدم الدستورية

جاء في متن نص المادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة لنص المادة (3/27)¹ أنه " إذا دفع الخصوم أثناء النظر بالدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية"، وبما أن النص بهذا الخصوص جاء مطلقاً دون تحديد فيما يتعلق بالمحاكم التي يجوز إثارة الدفع بعدم دستورية نص تشريعي محدد أمامها، يمكن إثارة الدفع بعدم دستورية نص تشريعي محدد بشروط شكلية وموضوعية، أمام أنواع المحاكم في فلسطين كافة، عن طريق آلية الدفع من الخصوم، مثل: المحاكم النظامية والمحاكم الشرعية والمحاكم الخاصة، وأمام درجاتها كافة وعلى اختلاف أنواعها، وأيضاً أمام محكمة العدل العليا المختصة بالنظر في القضاء الإداري، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى لأنه من الدفوع المتعلقة بالنظام العام.²

ثالثاً: مفهوم جديّة الدفع وتقديره

بعد إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع، على المحكمة التحقق من مدى جديّة هذا الدفع، فإما أن تُقدر أن هذا الدفع لا تتوافر فيه صفة الجدية معلة ذلك، وتُكمل المحكمة السير بإجراءات الدعوى حسب الأصول، أو أن تُقدر المحكمة جديته وأنه قد وقع على نص تشريعي يشتهه بمخالفته للقانون الأساسي، فتقوم المحكمة بإصدار قرار بوقف السير بالدعوى لحين الفصل في هذا الدفع من خلال المحكمة الدستورية العليا المختصة بالرقابة على دستورية القوانين، وتمنح المحكمة الخصم الذي قام بإثارة الدفع الجدي ميعاداً لإقامة دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم تقام الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

¹. تجدر الإشارة بأن النص الأصلي للمادة (3/27) من القانون الأصلي المنظم لعمل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة (2006) تضمن في متنه " أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي " واستناداً للمادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة للنص الأصلي (3/27) حذف مصطلح الهيئات ذات الاختصاص القضائي.

². للمزيد انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري " (مرجع سابق) ص 812.

وبخصوص موضوع **تقدير جِدِيَّة الدِّفع** المُثار من قبل الخصوم، فمحكمة الموضوع هي التي تقر وحدها جِدِيَّة هذا الدفع ولا يوجد أي معيار محدد لتمييز جدية الدفع من عدمه، بمعنى أن لها السلطة التقديرية لذلك الأمر، ولكن يمكن أن يستند قاضي الموضوع لتقدير جدية الدفع إلى عنصرين أساسيين **العنصر الأول** أن يكون الدفع متصلاً بموضوع النزاع؛ بمعنى أن تكون النصوص التشريعية المطعون فيها يمكن تطبيقها على النزاع المنظور بالدعوى ، **والعنصر الثاني** وجود شبهة (الشك) خروج النص التشريعي عن القانون الأساسي¹، وعليه لقاضي الموضوع " أن يقوم بالمقابلة بصفة مبدئية بين النص التشريعي المحتمل مخالفته للدستور والنص الدستوري المدعى مخالفته، مستظهِراً نطاق التناقض بين مضمونه وأحكامه"، بمعنى أن يقوم بوضع النص الدستوري بجانب النص القانوني المطعون فيه ليحدد ما بينهما من توافق أو تعارض، ولا يعتبر رفض الدفع لعدم جِدِيته أو قبوله فصلاً من محكمة الموضوع بدستورية النص أو عدمه لأن الحكم القاطع بيد المحكمة الدستورية العليا، وأن على القاضي استبعاد الدفوع التي تحمل كيديتها وغايتها بإطالة أمد الدعوى والمماطلة، أو التي يبدو أنها لا تؤثر على النزاع².

وإضافة إلى ذلك يتعين على الخصم الذي يثير الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع في النزاع القائم، أن يقوم بتوضيحه دون غموض ولا ألبس، موضحاً بالتحديد التشريع (النص التشريعي) المخالف لأحد نصوص الدستور وأوجه المخالفة³، وأيضاً يحق للخصم الذي لم يرضَ بقرار قاضي الموضوع بَرَد الدفع المُثار لعدم جِدِيته، أن يطعن بهذا القرار بطرق الطعن المقرره قانوناً أي بالاستئناف أو النقض إذا كانت المحاكم النظامية هي صاحبة الاختصاص⁴.

¹. انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 809.

². للمزيد انظر: منير عبد المجيد، " أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح" (المرجع السابق) ص 12.

³. عمر التركماني، " القضاء الدستوري في فلسطين" (أطروحة ماجستير - مرجع سابق) ص 217.

⁴. للمزيد انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 815، وتجدر الإشارة لرأي المؤلف رمزي الشاعر الوارد في مؤلفة " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 816، بأن " الواضح من هذا الدور الذي أعطاه المشرع لقاضي الموضوع أنه يتضمن تضييقاً لطريق الرقابة على دستورية القوانين، وإن كان لهذا التضييق حكمته في عدم إغراق المحكمة الدستورية العليا بسيل من الدعاوى التي قد يكون الهدف منها مجرد تعطيل الفصل بالدعوى الأصلية".

وبالإشارة إلى قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (2016/14)¹ الصادر بتاريخ (2017/1/5) (بشأن الطعن في دستورية المادة (37) من القانون رقم (1) لسنة 2000، بشأن الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية)، وقد ورد في متنه بخصوص تقدير جدية الدّفع من قبل قاضي الموضوع أنه " وفي ضوء ما تم بيانه لا بد لنا من أن نبين دور محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع، إذ يلزم أن يستوثق قاضي الموضوع ابتداءً أن النص المدفوع بعدم دستوريته لازم للفصل في الدعوى الموضوعية أم لا، فإن كان غير لازم يلتفت عنه لانعدام مصلحة مبدي الدفع في إثارة أمر دستوريته، ثم على قاضي الموضوع أن يبحث عن إمكانية الفصل في النزاع دون التعرض للدستورية؛ كأن يكون هناك دفع بالسقوط أو الانقضاء أو التقادم أو لغير ذلك من أسباب، كما عليه أيضاً إثبات الدفع بصورة دقيقة بمحضر الجلسة، شرط أن يكون محدداً للنص التشريعي المطعون في دستوريته و النص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة حتى تتمكن المحكمة الدستورية من تحديد نطاق الدعوى، وهذا أمر جوهري في دعاوى الدستورية، حيث إن كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين صحيح وصادر بالموافقة للقانون الأساسي المعدل، لذا فإنه في مجال تقدير جدية الدفع لا يجب أن يتمسك القاضي أو يضع في اعتباره هذه القرينة، وإنما إن ثار شك حول دستورية النص ولم يستطع قاضي الموضوع ترجيحه بما ينفيه، فإن الشك في هذه المرحلة يفسر في جانب عدم الدستورية، لأنه في كل الأحوال تقدير مبدئي ومع ذلك، فإذا رفضت محكمة الموضوع الدفع المطروح في كل الأحوال تقضي في موضوع الدعوى، وإذا لم يرتض صاحب الشأن بالحكم الصادر بالدعوى فيمكن أن يطعن فيه أمام المحكمة الواجب الطعن في الحكم الصادر في النزاع. أما إذا رأت محكمة الموضوع جدية الدفع فيجب أن يكون تقديرها لذلك واضحاً وصريحاً دون أن تتعمق في المسألة أو المسائل الدستورية المطروحة عليها، وتفصل فيها بقضاء منهيّاً لولاية المحكمة الدستورية العليا صاحبة الاختصاص فيما إذا كانت المسائل المطروحة مشوبة كلياً أو جزئياً بعيب عدم الدستورية أو لا".

¹. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (128) المنشور بتاريخ (2017/1/14)

وأيضاً بالإشارة إلى قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (2016/5)¹ الصادر بتاريخ (2016/9/18) (بشأن الطعن في دستورية المرسوم الرئاسي رقم (1) لسنة 1994) الذي أشار في منتهى بخصوص عدم قبول الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في حال أن قرر قاضي الموضوع بَرَد الدفع بعدم دستورية النص التشريعي لعدم جِدِّيته، " وهذا الدفع متوقف على اقتناع المحكمة التي أثير أمامها بجديته، وفي ضوء ما تم بيانه نجد أن محكمة الموضوع قد قدرت عدم جدية الدفع المثار أمامها، وبالتالي لم تصرح للمدعيات (الطاعنات) بإقامة الدعوى الدستورية، إلا أنهن أقرن الدعوى الدستورية الماثلة وتقدمن بالطلب المشار إليه آنفاً، حيث إنَّ الأوضاع الإجرائية المنصوص عليها في المادتين (24 و 27) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006)، تعتبر من مقدمات الدعوى الدستورية لتعلقها بالنظام العام، ولا يجوز العمل بخلافهما في تحريك الدعوى الدستورية. حيث إنَّ قانون هذه المحكمة لم ينص على وقف السير في الدعوى الموضوعية المنظورة في حال تقرر عدم جدية الدفع المثار أمام محكمة الموضوع (إذ لا اجتهاد في مورد النص ولا يجوز تحميل النصوص أكثر مما تحتمل) حتى لا يكون الدفع بعدم الدستورية وسيلة لإطالة أمد التقاضي وتعطيل الفصل في الدعاوي".

رابعاً: أصول شرط الميعاد

حتى يكون اتصال المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الدعوى الدستورية من خلال آلية الدفع من الخصوم اتصالاً صحيحاً مستكماً الشروط الشكلية، يجب أن يتم هذا الاتصال في الموعد القانوني المحدد، فقد جاء في متن نص المادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة لنص المادة (3/27)² " ويحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز (60) يوماً، لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد المذكور اعتبر الدفع كأن لم يكن"، وعليه فرض المشرع الحد الأعلى لميعاد إقامة الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا

¹. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد الممتاز رقم (12) المنشور بتاريخ (2016/9/26).

². تجدر الإشارة بأن النص الأصلي للمادة (3/27) من القانون الأصلي المنظم لعمل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة (2006) تضمن في منتهى " وحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز تسعين يوماً لرفع الدعوى" واستناداً للمادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة للنص الأصلي (3/27) عُذِلَ الميعاد ليصبح خلال مدة لا تتجاوز (60) يوماً.

الفلسطينية، بحيث لا يمكن تجاوز هذه المدة وهي (60) يوماً، وهذا الفرض المقيد ينطبق على جميع الأطراف وهم الخصوم ومحكمة الموضوع والمحكمة الدستورية العليا، ويؤيد هذا الفرض على أن الأثر المترتب على تجاوز هذا الميعاد هو سقوط الدفع الدستوري واعتباره كأن لم يكن، وامتناع المحكمة الدستورية العليا عن قبول الدعوى الدستورية لعدم استكمالها لشروطها الشكلية المقرره قانوناً¹.

ويبدأ سريان الميعاد المحدد قانوناً بتصريح محكمة الموضوع برفع الدعوى الدستورية، فالجلسة التي صرحت فيها محكمة الموضوع بقبول الدفع وضرورة رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة المختصة حسب قانون المحكمة الدستورية العليا هو بداية الميعاد²، وبما أن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لعام (2006) لم يتضمن نصوصاً تنظم آلية لحساب الميعاد وأحكامه مثل: البدء والانقطاع والوقف والامتداد، وعليه يرى الباحث أنه يمكن الاستناد لنص المادة (44) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) الذي ينص على سريان أحكام وقواعد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الساري رقم (2) لسنة (2001) على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا (فيما لم يرد فيه نص في القانون المنظم لعمل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية)، بالرجوع لهذه القواعد نصت المادة (21)³ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الساري على أحكام وقواعد حساب المواعيد، وهذه القواعد يمكن الاستناد إليها لحساب سريان الميعاد المنصوص عليه في المادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة لنص المادة (3/27) من القانون الأصلي.

¹. للمزيد بخصوص شرط الميعاد وأحكامه انظر: عبد العزيز سالم، "إجراءات الدعوى الدستورية" (مرجع سابق - ج 2) ص 791.

². عبد العزيز سالم، "إجراءات الدعوى الدستورية" (مرجع سابق - ج 2) ص 809.

³. نصت المادة (21) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) على أصول وأحكام حساب المواعيد، بأنه " 1- إذا كان الميعاد مقدراً بالأيام أو الأسابيع أو الشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم التبليغ أو حدوث الأمر المعتبر في نظر القانون مجرباً للميعاد، فإذا كان مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء قبل انقضاء اليوم الأخير من الميعاد، أما إذا كان ظرفاً يجب أن يحصل فيه الإجراء ينقضي الميعاد بانقضاء اليوم الأخير فيه.

2- المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة تحسب بالتقويم الشمسي.

3- إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها.

وبالإضافة إلى ذلك بخصوص صلاحية قاضي الموضوع التقديرية¹ في إعطاء المهلة ضمن المعيار المحدد قانوناً وهو (60) يوماً لإقامة صاحب المصلحة (مثير الدفع) الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، **الفرضية الأولى** أن يقوم قاضي الموضوع بإعطاء مهلة واحدة وهي (60) يوماً من تاريخ صدور قرار تصريح محكمة الموضوع بإقامة الدعوى الدستورية، وهذه المهلة تُعتبر نهائية ولا يمكن تجاوزها إطلاقاً لأنها من النظام العام.

الفرضية الثانية هي أن يقوم قاضي الموضوع بإعطاء مهلة زمنية أقل من المهلة الزمنية المحددة قانوناً مثل: أن تقوم محكمة الموضوع بإعطاء صاحب المصلحة مهلة زمنية لمدة (30) يوماً لإقامة الدعوى الدستورية، فإذا التزم صاحب المصلحة بهذه المدة الزمنية وأقام الدعوى الدستورية حسب الأصول فهذا هو الأصل، أما إذا لم يلتزم صاحب المصلحة بهذه المهلة الزمنية وطلب من محكمة الموضوع مهلة ثانية لإقامة الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، فيجوز لمحكمة الموضوع أن تمنح صاحب المصلحة مهلة ثانية بشروط²:

أ- أن لا تكون المهلة الأولى قد انتهت لأن بانتهائها يسقط الدفع بعدم الدستورية ويعتبر كأن لم يكن.

ب- أن لا تتجاوز المهلة الأولى والثانية الحد الأقصى الذي حدده القانون وهي مدة (60) يوماً.

¹. برأي الباحث أن نص المادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) المعدلة لنص المادة (3/27) من القانون الأصلي، قد منحت السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديد المدة الزمنية لإقامة الدعوى الدستورية من قبل صاحب المصلحة، على أن لا تتجاوز هذه المدة (60) يوماً.

². للمزيد انظر: عبد العزيز سالم، "إجراءات الدعوى الدستورية" (مرجع سابق - ج 2) ص 813، وتجدر الإشارة إلى قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (152- لسنة 18 قضائية- دستورية) الوارد في ذات المؤلف المذكور صفحته 814، بأن "أن المهلة التي تمنحها محكمة الموضوع لرفع الدعوى الدستورية لا تجوز زيادتها إلا من خلال مدة جديدة تضيفها إلى المدة الأصلية قبل انقضائها، بما يكفل تداخلها معها، ويشترط ألا تزيد المدتان معاً (قديمها وجديدها) على الأشهر الثلاثة التي فرضها المشرع كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية".

خامساً: الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

(المتصلة بالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من خلال آلية الدفع من الخصوم)

وتجدر مناقشة الدراسة لأحد قرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية التي اتصلت بها الدعوى الدستورية بآلية الدفع من الخصوم، ومنها القرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (2017/3)¹ الصادر بتاريخ (2017/5/16) (بشأن الطعن في دستورية المادة (5) من قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة 1958)، الذي قررت بعدم قبول الدعوى والتأكيد على دستورية النص المطعون فيه، المادة الثانية من القرار بقانون رقم (18) لسنة (2014) بشأن تعديل قانون دعاوى الحكومة رقم (25) لسنة (1958) لعدد من الأسباب التي وردت في متن القرار، لكن الأهمية تكمن بالإشارة إلى صحة اتصال هذا الطعن بالمحكمة الدستورية العليا عن طريق آلية الدفع من قبل الخصوم، من حيث استكمالها الشروط الشكلية مثل: شرط الميعاد، والشروط الموضوعية مثل: النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته وأوجه مخالفتها للقانون الأساسي الفلسطيني وتحديد هذه النصوص.

الفرع الثالث: آلية الإحالة من محكمة الموضوع

أولاً: تحديد مفهوم الإحالة من محكمة الموضوع

نصت المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا المعدلة بموجب نص المادة (14) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) على أن تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية" إذا تراءى لإحدى المحاكم، أثناء النظر بإحدى الدعاوى، عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لازم للفصل في النزاع، توقف الدعوى وتحال الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة للفصل في المسألة الدستورية"، واستناداً إلى هذا النص الذي أعطى الحق لقاضي الموضوع من تلقاء نفسه وأثناء نظره في إحدى الدعاوى إيقاف السير فيها وإحالة أوراق الدعوى المنظورة أمامه للمحكمة الدستورية العليا ضمن شروط شكلية وموضوعية محددة، وذلك إذا تشكلت له رؤيا بأن

¹. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (133) المنشور بتاريخ (2017/5/29).

هنالك نص تشريعي مخالف لأحد نصوص القانون الأساسي، وعليه هذا ما يتفق مع المهمة الأساسية لقاضي الموضوع، " والتي تتطلب منه تغليب القاعدة الأعلى على القاعدة الأدنى عند التعارض بينهما"¹، ويشترط أن يكون النص التشريعي الذي وقع عليه الشك بمخالفته للقانون الأساسي متصلاً بموضوع النزاع ولازماً للفصل فيه، وبخلاف ذلك يكون القرار الصادر من قاضي الموضوع بالإحالة غير مستكمل للشروط الشكلية للإحالة.

وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا في متن قرارها رقم (2016/14)² الصادر بتاريخ (2017/1/5) (بشأن الطعن في دستورية المادة (37) من القانون رقم (1) لسنة 2000، بشأن الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية)، إلى أنه "يتضح من ذلك أن المشرع أعطى الحق لقاضي الموضوع أن يلجأ إلى المحكمة الدستورية العليا كلما رأى أن نصاً ما في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع المعروض أمامه بصرف النظر عن مصالح الخصوم في الدعوى الموضوعية، ومقتضى ذلك أن من حق أي محكمة في السلم القضائي أن تحيل من تلقاء نفسها أي نص تراه غير دستوري إلى المحكمة الدستورية العليا، شرط أن يكون النص المحال لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية، بحيث تقرر محكمة الموضوع وقف السير في الدعوى، وإحالة الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية".

ثانياً: مضمون القرار الصادر بالإحالة من محكمة الموضوع

لسلامة قرار قاضي الموضوع بإحالة أوراق الدعوى للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية؛ لتفصل في المسألة الدستورية، يجب أن يستكمل ذلك القرار القاضي بالإحالة الشروط الشكلية، حيث نصت المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) بخصوص مضمون القرار الصادر بالإحالة أو لائحة الدعوى على أنه " يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو لائحة الدعوى المرفوعة إليها، وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون في دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة"، واستناداً إلى ذلك يجب أن

¹. انظر: رمزي الشاعر، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 821.

². نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (128) المنشور بتاريخ (2017/1/14).

يتضمن قرار القاضي بالإحالة النص التشريعي الواقع عليه الشك بمخالفته للقانون الأساسي، ونص القانون الأساسي المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة؛ بمعنى إظهار موقع المخالفة¹.

وتشير الدراسة إلى قرار قاضي محكمة صلح رام الله في القضية الجزائية رقم (2013/3438) الصادر بتاريخ (2013/9/3) بأن أوضح في متن القرار بيان النص التشريعي المطعون في دستوريته، ونص القانون الأساسي المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة بشرح تفصيلي، وجاء في متن القرار " حيث إنَّ مبدأ تدرج التشريعات وهرميته يفترض أن لا يتعارض التشريع العادي مع النص الدستوري، ولما كانت الخصومة بالدعوى الدستورية عينية بطبيعتها؛ ومناطقها اختصاص النص التشريعي المطعون فيه استهدافاً لمراقبة مدى دستورية وانضباطه داخل أطر الشرعية الحاكمة على هُدى من أحكام القانون الأساسي المعدل لسنة (2003) باعتباره الوثيقة الدستورية النافذة، ولما كان يتعين على إثر ذلك استواء جميع هذه التشريعات على مرفأ الدستور على قاعدة سموه، وحيث نصت المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) على أنه (إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية)، وحيث تراءى لهذه المحكمة وجود شبهات في مخالفة نص المادة (5/389) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) لأحكام المواد (11 و 20 و 15 و 14) من القانون الأساسي المعدل لسنة (2003) على الوجه الذي بيناه آنفاً، حيث إن هذا النص المشتبه بعدم دستوريته لازم للفصل في هذه الدعوى الموضوعية، واستناداً لكل ما تقدم وعملاً بأحكام المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة (2006) تقرر المحكمة وقف السير في هذه الدعوى، وإحالة الأوراق إلى المحكمة العليا الموقرة المأذونة مؤقتاً بنظر الطعون الدستورية للفصل في المسألة الدستورية حسب الأصول".

¹. للمزيد من ضوابط الإحالة انظر: عبد العزيز سالم، "إجراءات الدعوى الدستورية"، (المرجع السابق - الجزء الأول) ص 421، ومنها على سبيل المثال: أن الإحالة لا تنقيد في معياد محدد، ووجوب تحقق قاضي الموضوع من أهمية النص (محل الإحالة) ولزومة للفصل بالدعوى، وأيضاً أن يصدر قاضي الموضوع قراراً أو حكماً بذلك حسب الأصول.

ثالثاً: الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

(المتصلة بالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من خلال آلية الإحالة من محكمة الموضوع)

وتجدر مناقشة الدراسة لقرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية التي اتصلت بها الدعوى الدستورية بآلية الدفع من الخصوم، ومنها القرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (2017/4)¹ الصادر بتاريخ (2017/11/19) (بشأن تحديد مرتبة الإتفاقيات الدولية المصادق عليها بالنسبة للتشريعات الداخلية)، والذي اتصل بالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من خلال آلية الإحالة من محكمة الموضوع حسب الشروط الشكلية والموضوعية التي ناقشتها الدراسة سابقاً، وهذا القرار المتعلق بمكانة الإتفاقيات الدولية في تدرج التشريعات السارية في فلسطين، خلصت المحكمة إلى نتيجة بالأغلبية مؤداها بأن " الفصل في المسألة الدستورية موضوع الإحالة بتأكيد سمو الإتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، حيث تكتسب قواعد هذه الإتفاقيات 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"²، وتشير الدراسة بأن قرار الإحالة الصادر من قاضي الموضوع قد تضمن الشروط الشكلية والموضوعية لقرار الإحالة وشاملاً في متن القرار بيان النص التشريعي المطعون في دستوريته ونص القانون الأساسي المدعى في مخالفته وأوجه المخالفة.

استكمالاً لمناقشة قرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية التي اتصلت بها الدعوى الدستورية بآلية الإحالة من محكمة الموضوع، تجدر الإشارة إلى القرار الصادر من المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (2017/5)³ الذي صدر بتاريخ (2018/6/25)، وذلك بإحالة من محكمة صلح دورا في الدعوى الجزائية رقم (2015/1186) (بشأن الطعن في دستورية المادة المادة رقم

¹. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (138) المنشور بتاريخ (2017/11/29).

². من الجدير بالذكر أنه ورد رأي مخالف لقرار الأغلبية من المستشار فواز صايمة " فإنني أرى الفصل في المسألة الدستورية المحالة، واستناداً لما استعرضته الأغلبية المحترمة التأكيد على سمو الإتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية الفلسطينية بما لا يخالف قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، حيث تكتسب قواعد الإتفاقيات الدولية قوة أعلى من قواعد التشريعات العادية وأدنى من الدستور (القانون الأساسي) بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب الفلسطيني".

³. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" بالعدد (145) المنشور بتاريخ (2018/7/26).

(5/389) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) بخصوص وجود شبهة في مخالفة نص المادة (5/389)¹ من قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) اللازم للفصل في الدعوى الموضوعية، لأحكام المواد (11/14/20/15) من القانون الأساسي، وقد قررت المحكمة بالأغلبية بعدم دستورية نص المادة (389) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960)، وحظر تطبيقها لمخالفتها لأحكام القانون الأساسي، وقد ورد في متن الحكم " حيث إنّ النص الطعين مما أثار من شبهة دستورية على ضوء ما تقدم يقيد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية التي كفلها القانون الأساسي، ولا يلتزم بالضوابط التي رسمها في شأن المحاكمة المنصفة، ومنها افتراض قرينة البراءة كحقيقة مستعصية عن الجدل، وليس مبناه فعلاً أو امتناعاً يمثل سلوكاً مؤاخذاً عليه قانوناً".

وقد ورد رأي مخالف لأحد أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ملحق بهذا القرار الدستوري المذكور أعلاه، مُفاده بأن هذا الطعن يجب عدم قبوله؛ لعدم قيامه على أساس قانوني، لأن المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية قد أصدرت حكماً سابقاً بخصوص المادة (389) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) في القرار رقم (2014/4)² الصادر بتاريخ (2014/12/22) الذي قضى بأن "هذا النص جاء ليتلاءم مع حماية حقوق المواطنين وحرّياتهم"، وبناء على ذلك يجب أن تتحقق محكمة الموضوع من أن النص المشتبه بعدم دستوريته لم يصدر فيه قرار من المحكمة العليا بصفتها الدستورية أو المحكمة الدستورية العليا، ويرى الباحث بهذا الخصوص؛ بأن أحد ضوابط الإحالة هي " تتحقق محكمة الموضوع من أن النص المبتغى إحالته لم يصدر فيه قضاء موضوعي عن المحكمة الدستورية العليا، والمقصود بالقضاء الموضوعي: الحكم الصادر بعدم الدستورية أو برفض الدعوى"³، لكن القرار كان قد صدر من المحكمة العليا بصفتها الدستورية وهي محكمة تأخذ دوراً مؤقتاً لحين تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية صاحبة الاختصاص الأصلي بالتحقق من النصوص التشريعية المخالفة للقانون الأساسي، ولا

¹. المادة رقم (5/389) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) "وجد متجولاً في أي ملك أو على مقربة منه أو في أي طريق أو شارع عام أو في مكان محاذٍ لهما أو في أي محل عام آخر في وقت وظروف يستنتج منه بأنه موجود لغاية غير مشروعة أو غير لائقة".

². نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (119) المنشور بتاريخ (2016/3/29).

³. عبد العزيز سالم، "إجراءات الدعوى الدستورية"، (المرجع السابق - الجزء الأول) ص 424.

يمكن إلزام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بالقرارات والتفسيرات التي أصدرتها المحكمة العليا بصفتها الدستورية، وعليه إن هذا القرار قد استند على أساس قانوني سليم.

الفرع الرابع: آلية التصدي من المحكمة المختصة

أولاً: تحديد مفهوم التصدي من المحكمة المختصة

نصت المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها، وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نصاً غير دستوري متصلاً بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدي بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول"، واستناداً إلى هذا النص الذي أعطى الحق للمحكمة الدستورية العليا بصفتها صاحبة الولاية العامة في مجال الفصل في دستورية النصوص التشريعية، " أن يكون لها حق القضاء بعدم دستورية أي نص يعرض لها بمناسبة ممارسة إختصاصاتها"¹.

وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا في متن قرارها رقم (2016/14)² الصادر بتاريخ (2017/1/5) (بشأن الطعن في المادة (37) من القانون رقم (1) لسنة 2000، بشأن الجمعيات الخيرية والهيئات الأهلية) إلى " الرقابة بأسلوب التصدي من المحكمة الدستورية العليا؛ أجاز قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (4/27) للمحكمة حق التصدي لأي نص غير دستوري متصل بالنزاع المعروض عليها من تلقاء نفسها، والفصل بعدم دستوريته، إذ لا يعقل أن يخول المشرع محاكم الموضوع حق الإحالة ثم يحرم المحكمة الدستورية ذاتها من استعمال حق التصدي، وهي صاحبة الولاية العامة فيما يتصل بدستورية القوانين واللوائح، وبذلك يكون حق التصدي من قبل المحكمة الدستورية مكملاً للدفع الفرعي من الخصوم، وحق الإحالة من محاكم الموضوع وطريق الدعوى الأصلية المباشرة، باعتبار أن هذه الأساليب الأربعة للرقابة على دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها حلقات لتوكيد الشرعية الدستورية"، وعليه إذا رأت المحكمة

¹. انظر: رمزي الشاعر، " النظرية العامة للقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 825.

². نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (128) المنشور بتاريخ (2017/1/14).

الدستورية العليا الفلسطينية أثناء مباشرتها لاختصاصاتها (المبينة بنص المادة 24) أن أحد النصوص التشريعية المتصلة بالنزاع حسب الأصول (محل التصدي)، يخالف أحد نصوص القانون الأساسي، أن تبحث في مدى مخالفته للقانون الأساسي الفلسطيني من عدمه، وهي رخصة جوازية للمحكمة الدستورية العليا صاحبة الولاية العامة للرقابة على القوانين¹.

ثانياً: الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

(المتصلة بالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من خلال استخدام آليه التصدي)

أصدرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قراراً تفسيرياً رقم (2018/2)² (بشأن الطبيعة القانونية للقوة الشرطية) الصادر بتاريخ 2018/9/12 وذلك بهدف تفسير المادة (84)³ والمادة (101/2)⁴ من القانون الأساسي الفلسطيني، وتفسير المادة (53)⁵ من القرار بقانون رقم (23) لسنة (2017)⁶ بشأن الشرطة، لتفسير الطبيعة القانونية للشرطة والشأن العسكري والمحكمة

¹. للمزيد من التفصيل بخصوص الشروط التي يجب توافرها لقيام المحكمة الدستورية العليا بالتصدي انظر: كامل السعيد، "النظرية العامة للقضاء الدستوري"، (المرجع السابق) ص 106، وإضافة إلى ذلك مؤلف عبد العزيز سالم، "إجراءات الدعوى الدستورية" (مرجع سابق - الجزء الأول) ص 461، وتذكر الدراسة منها على سبيل المثال: بشأن الضوابط العامة لاستعمال رخصة التصدي، فهي تنطبق بمناسبة ممارسة المحكمة الدستورية العليا لاختصاصاتها، وأيضاً وجود خصومة أصيلة مستوفيه لشروط قبولها أمام المحكمة الدستورية العليا (بمعنى اتصال الدعوى الدستورية في المحكمة الدستورية العليا اتصالاً سليماً)، وأن رخصة التصدي يمكن أن تتم في أي مرحلة من مراحل الدعوى الدستورية، وإضافة إلى ذلك التصدي لا يكون إلا للقضاء بعدم الدستورية، بمعنى أنه بمفهوم المخالفة لا يمكن للمحكمة الدستورية العليا أن تستخدم رخصة التصدي بقصد التأكيد على دستورية نص تشريعي أثناء ممارسة اختصاصاتها.

². نشر هذا القرار التفسيري رقم (2018/2) الصادر بتاريخ (2018/9/12) في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (148) المنشور بتاريخ (2018/10/23).

³. 1- قوات الأمن والشرطة قوة نظامية وهي القوة المسلحة في البلاد وتتنحصر 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 بقانون.

⁴. تنشأ المحاكم العسكرية بقوانين خاصة، وليس لهذه المحاكم أي اختصاص أو ولاية خارج نطاق الشأن العسكري.

⁵. (1)- يخضع عناصر الشرطة للمساءلة الجزائية أمام القضاء في حال ارتكاب أي منهم لجريمة معاقب عليها وفقاً للقوانين النافذة، (2)- على الرغم مما ورد في الفقرة (1) من هذه المادة، ودون الإخلال بأحكام المادة (54) من قانون الإجراءات الجزائية، يخضع عناصر قوة الشرطة للمساءلة الجزائية أمام القضاء العسكري في حال ارتكاب أي منهم لجريمة تتعلق بالشأن العسكري، وفقاً للتشريعات والقوانين النافذة ذات الصلة.

⁶. نشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد الممتاز (15) بتاريخ 2017/12/31.

المختصة بمحاكمة أفراد الشرطة، وقد أوردت المحكمة في متن قرارها في سابقة قضائية دستورية أنه " **بعد التصدي** لهذه المادة (1/53) من قانون الشرطة نرى بأنها تخالف نص المادة (84) والمادة (2/101) من القانون الأساسي باعتبارها مادة غير دستورية تسدعي حظر تطبيقها" حيث إن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية استخدمت صلاحيتها بالتصدي لنص تشريعي؛ رأت هيئة المحكمة فيه ما يخالف نصوص القانون الأساسي، وأصدرت حكمها بأن "عجز المادة (53) من القرار بقانون رقم (23) لسنة (2017) بشأن الشرطة عن انتهاج الوسائل القانونية السليمة من الناحية التكاملية مما أوقعها في حماة المخالفة الدستورية لخروجها عن مقتضى المواد (6،15،30) من القانون الأساسي مما يؤدي إلى عدم دستورتها وحظر تطبيقها".

وهذه الرخصة **بالتصدي** قد استخدمت أثناء نظر المحكمة في طلب تفسير مقدم من قبل وزير العدل، بمعنى أن السؤال المطروح في هذه الحال هل يحق للمحكمة الدستورية العليا بالتصدي للنصوص التشريعية التي تبين للمحكمة بأنها تخالف القانون الأساسي أثناء النظر في طلب تفسير التشريعات؟

يرى الباحث أن بأن للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية (في النموذج الدستوري الفلسطيني) أن تقوم باستعمال رخصة التصدي لنص تشريعي رأت أنه مخالف للقانون الأساسي أثناء النظر في نزاع كما نصت المادة (4/27) صراحة على أنه " كانت المحكمة الدستورية تناقش نزاعاً"، بمعنى أن هنالك نزاع دستوري واتخذ شكل الخصومة، ومن غير السليم أن تُستخدم هذه الآلية أثناء النظر بطلبات تفسير التشريعات المقدمة من قبل وزير العدل، فهي لا تتخذ شكل النزاع ولا الخصومة الدستورية.

مما يتوافق مع ما ورد في الرأي المخالف¹ الملحق بالقرار التفسيري رقم (2018/2) (بشأن الطبيعة القانونية للقوة الشرطية) أنه " في النتيجة نجد بأن القرار موضوع المخالفة تجاوز طلب التفسير ولا تمتلك المحكمة الدستورية حظر تطبيقه، والحكم بعدم دستورية مادة أو قانون ما لم يكن

¹. الرأي المخالف الملحق في القرار التفسيري رقم (2018/2) الصادر بتاريخ (2018/9/12) في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (148) المنشور بتاريخ (2018/10/23).

هناك نزاع وكان عليها أن تقوم بتفسير موضوع الطلب وإعادتها إلى معالي وزير العدل، لا أن تتدخل وتنتقد المشرع في أنه لم ينتهج الطرق القانونية السليمة إلا إذا نصبت من نفسها جهة تشريعية لإصدار القوانين وهذه ليست مهمتها".

المطلب الثاني: ضوابط المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الرقابة على التشريع

السؤال المطروح في هذا المطلب هو قياس مدى رقابة المحكمة الدستورية العليا في ممارسة مهمتها في الرقابة على دستورية التشريعات وماهي الضوابط التي تحكمها؛ في البداية سنتناقش الدراسة طبيعة رقابة المحكمة الدستورية العليا؛ هل هي ذات طبيعة قضائية أو قانونية كاملة، أم يمكن أن تتّصف بالطبيعة السياسية؟ خاصة أن المحكمة الدستورية العليا تقوم بدورها الرقابي على طعون دستورية ذات طابع سياسي أحياناً، لكن القضية الأساسية الذي سيتم مناقشته في الفرع الثاني من هذا المطلب بالاستفسار عن إمكانية الرقابة من قبل المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع؟ وإن وجدت هل هذا يعد تدخلاً في العمل التشريعي؟

الفرع الأول: طبيعة الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

نصت المادة رقم (1) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) بأنها هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في فلسطين، بمعنى أنها تتمتع بشخصية اعتبارية وباستقلال مالي وإداري، أي أنها مستقلة عن السلطات التأسيسية الثلاثة¹، وهذا تأكيد على الطبيعة القضائية للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية المستقلة، لكن لأهمية الدور الذي تمارسه المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في حماية قواعد القانون الأساسي التي تنظم الحقوق والحريات العامة للأفراد وأيضاً تنظم قواعد تتضمن بمجملها قواعد تنظيمية لأعمال سياسية مثل: القواعد التي تنظم عمل المجلس التشريعي وتشكيله، والقواعد التي تنظم عمل رئيس السلطة التنفيذية، السؤال المطروح هل يمكن أن تتّصف المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بأنها ذات طبيعة قانونية وطبيعة سياسية؟

¹. للمزيد حول الطبيعة القانونية للمحكمة الدستورية والفرق بينها وبين المحاكم الأخرى انظر: كامل السعيد " النظرية العامة للقضاء الدستوري" (مرجع سابق) ص 50.

بالأصل العام يوجد عدد من الآراء الفقهية للإجابة عن هذا السؤال، تتمثل بأن المحكمة الدستورية العليا ذات طبيعة قانونية خالصة، بالاستناد إلى وظيفة القاضي الدستوري الطبيعية، والتي " هي الفصل في المنازعات ذات الطبيعة القانونية، فإن كان النزاع المعروض عليه يحتاج لتطبيق نص قانوني معين، وتبين للقاضي تعارض هذا النص مع نص الدستور فإن طبيعة عمله وواجبه قاضياً تفرض عليه أن يطبق على المنازعة النص الدستوري؛ باعتباره القانون الأعلى عند تعارضه مع القانون العادي، وهذا هو أصل طبيعة عمل القاضي وهو يقوم بدور الرقابة القضائية وليست عملاً سياسياً¹، ومن هذه الآراء ما يرى أنه من الصحيح القول إن طبيعة رقابة المحكمة الدستورية العليا هي رقابة قضائية، لكن أيضاً " أنها رقابة سياسية في ذات الوقت استناداً إلى أن محل الرقابة ذاتها سياسية بطبيعتها؛ لأنها تنصب على عمل السياسيين المنظمين لسياسة الدولة وهم المشرعون"²، كذلك إن المحكمة الدستورية تتأثر بالاعتبارات السياسية حيث إن " نصوص الدستور تتميز بأنها تترجم نظاماً سياسياً محدداً، وينبغي على المحكمة أن تكون على درجة عالية من المرونة تسمح لها بالتوافق مع مقتضيات الواقع السياسي والظروف الواقعية في البلاد، وأن المحكمة الدستورية لا بد أن تتأثر بالظروف السياسية في حدود لا شك فيها"³.

وثمة رأي آخر قائل بأن المحكمة الدستورية العليا ذات طبيعة قانونية وسياسية معاً، استناداً إلى أن وظيفة القاضي الدستوري لا تنحصر فقط في مقابلة النصوص الدستورية والنصوص التشريعية وبيان مواضع الخلاف من عدمه، بل من مهمته أيضاً مراعاة الواقع السياسي والواقع الاجتماعي في الدولة، الأمر الذي يجعل من المحكمة أن تحمل طبيعة سياسية⁴، وأيضاً ناقشت عدداً من

¹. انظر: محمد الشوابكة، " رقابة الإمتناع على دستورية القوانين" (أطروحة دكتوراه - مرجع سابق) ص 74.

². محمود زكي، " الحكم الصادر بالدعوى الدستورية" (آثاره وحجبه) (مرجع سابق) ص 376.

³. ماجد الحلو، " النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 813.

⁴. وأضاف المؤلف محمد الشوابكة، " رقابة الإمتناع على دستورية القوانين" (أطروحة دكتوراه - مرجع سابق) ص 75، إلى الرأي القائل بأن المحكمة الدستورية العليا ذات طبيعة قانونية وسياسية ذلك لأن " عمل القاضي الدستوري متصل بعمل السلطة التشريعية وقدرتها على القيام بمهامها التشريعية وفقاً لاختصاصها في ظل احترام نصوص الدستور وعدم تجاوزها، الأمر الذي يجعل من عمل القاضي يمتد إلى الاعتبارات السياسية المتصلة بموضوع النزاع المعروض عليه؛ لأنه يقوم على الموازنة بين تلك الاعتبارات السياسية والاعتبارات القانونية، فالرقابة القضائية من نظر هذا الاتجاه ذات طابع سياسي، وإن كان القاضي يمارس عمله القانوني فليس بمقدوره أن يتفادى الدخول في المجال السياسي كما يدل عليه الواقع، كون العبرة في التصدي للأنظمة السياسية والنصوص الدستورية التي لا بد من الوقوف عليها من خلال تفاعلاتها مع الظروف الواقعية المعاشة".

الآراء الفقهية البعد السياسي لرقابة المحكمة الدستورية العليا حيث إن " دور القاضي ليس مقصوراً على مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، للبحث في التعارض الصريح بينهما، ولا يمكن للقاضي الدستوري أن يُصدر حكمه في الطعن المائل أمامه دون أن يتدخل القاضي بما يعتق المُشَرِّع العادي من أفكار وآراء ليتوصل لما إلى أن هنالك إنتهاكاً من القانون للدستور أو عدمه، وهذا التدخل من جانب القاضي يُعد تجاوزاً لدوره القضائي إلى ممارسة الدور السياسي، وخروجاً بالرقابة من البعد القانوني إلى البعد السياسي، وإضافة إلى ذلك ولتدعيم فكرة الطبيعة السياسية لرقابة المحكمة الدستورية؛ أن القاضي الدستوري يحدد نوايا المُشَرِّع الدستوري ونوايا المُشَرِّع العادي ويتوقع آثار القانون ويتجاوز عند قيامه بهذا الدور حدود الوظيفة القضائية إلى اقتحام الساحة السياسية، وبأن القاضي يحكم تبعاً للحال الفكرية التي يعتقها، في هذه الحال تقدم فكرة سياسية أخرى هي فكرة القاضي الدستوري بدلاً عن فكرة المُشَرِّع العادي"¹.

إن هذا الرأي الوارد آنفاً برأي الباحث هو محل خلاف جدلي، حيث تكون أحد أدوات القياس الأساسية هي قرارات المحكمة الدستورية العليا الصادرة عنها، ومدى موقفها من الاعتبارات السياسية، خاصة في حال قيام القاضي الدستوري باستخدام صلاحياته بتفسير التشريعات وفقاً للاعتبارات العملية المتعلقة بالنزاع المعروض عليه (الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية)، وهذا لا يخرج القاضي الدستوري عن وظيفته القضائية والقانونية باتجاه المجال السياسي، كونه لا يلجأ إلى التفسير إلا وفق ضوابط وأصول يضعها القاضي بحسبانه وليست من قبل اجتهاده الشخصي، مراعيّاً بذلك قواعد العدالة ومنسجماً مع واقع المجتمع، وليس دخولاً في مجال السياسة²، وإضافة إلى ذلك أن اختلاف الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للدولة، والعمر الزمني للمحكمة الدستورية هي من العوامل التي تحكم طبيعة عمل المحاكم الدستورية³.

¹. محمود زكي، " الحكم الصادر بالدعوى الدستورية" (آثاره وحجته) (مرجع سابق) ص 378.

². محمد الشوايكة، " رقابة الإمتناع على دستورية القوانين" (أطروحة دكتوراه - مرجع سابق) ص 77.

³. ماجد الحلو، " النظم السياسية والقانون الدستوري" (مرجع سابق) ص 812.

أما على وجه الخصوص في ما يتعلق بالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية أكد المشرع الفلسطيني على الطبيعة القضائية المستقلة من خلال الأحكام العامة الصريحة (نص المادة (1) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لعام 2006)، وأيضاً من خلال المعطيات الأخرى مثل تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية وتركيبية أعضائها، وحجية قراراتها على سلطات الدولة كافة والطبيعة القضائية القانونية لدور القاضي الدستوري، من خلال بحثه في مدى صدور التشريع بشكل سليم وفقاً لمقتضيات القانون الأساسي الفلسطيني، فهذه المعطيات بالمجمل توضح طبيعة الرقابة القضائية للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.

وباستعراض قرار الصادر عن المحكمة العليا بصفقتها الدستورية ومحل النزاع فيها له طبيعة سياسية بشكل أساسي، (بشأن الطعن في الإجراءات والقرارات التي تمت واتخذت في جلسة المجلس التشريعي المنعقدة بتاريخ 2006/3/6) في القرار رقم (2006/1)¹ الصادر بتاريخ (2006/12/19) وقد قررت المحكمة قبول الطعن موضوعاً والحكم بعدم دستورية القرارات والإجراءات المتخذة من قبل المجلس التشريعي المطعون ضده، وإلزام المستدعي ضدها بتصويب الإجراءات والقرارات لتتفق مع أحكام القانون الأساسي والنظام الداخلي للمجلس التشريعي.

لكن هذا القرار يحتاج إلى تعليق قانوني ومدى تأثيره بالاعتبارات السياسية خاصة أن وقت صدور هذا القرار من قبل المحكمة العليا بصفقتها الدستورية، في ظل وجود حال من الأزمات السياسية بين التنظيمات السياسية الفلسطينية، لكن الباحث يرى بأنه لا يوجد أي فائدة قانونية من مناقشة هذا الطعن والتعليق عليه في هذه الفترة الزمنية المتقدمة من دورة الحياة الدستورية للنموذج الفلسطيني خاصة أن المحكمة العليا بصفقتها الدستورية المؤقتة، لم تعد فاعلة بسبب تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية صاحبة الاختصاص الأصيل، والباحث غايته تتّمتل في محاولة فهم آلية عمل القاضي الدستوري أثناء النظر في نزاعات دستورية قضائية قانونية يتعلق مَنتها في أعمال سياسية مثل: بعض أعمال المجلس التشريعي الفلسطيني.

¹. نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم (117) الصادر بتاريخ (2016/1/24).

ولفهم هذه الآلية تشير الدراسة لرأي أستاذ القانون الدستوري جوني عاصي¹ بشأن الطبيعة السياسية للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وعمل القاضي الدستوري أثناء النظر في نزاعات دستورية قضائية قانونية يتعلق ممتها في أعمال سياسية، وقد تضمنت إجابته أن القضاء الدستوري _بالطبع_ له وصف سياسي، فالقانون الدستوري يُعرف أحياناً بالقانون السياسي، وأن القضاء بشكل عام يجب أن يتمتع بالحياد، وينأى عن أي صراع سياسي، لكن لا يوجد حياد مطلق فهو نسبي وذاتي أيضاً، بمعنى أن القاضي الدستوري يحمل مواقف وآراء سياسية ومدارس فقهية تبنى مواقفها الفكرية، لكن القاضي الدستوري الواعي لا يمكن أن تتعكس آراؤه ومواقفه السياسية الشخصية على قراراته وتحليله القانوني.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على السلطة التقديرية للمشرع

أولاً: - يتكون هذا الفرع من شقين الأول وهو رقابة المحكمة الدستورية العليا وقد ناقشتها الأطروحة سابقاً والثاني هو السلطة التقديرية للمشرع² وهي " الحرية التي يتمتع بها المشرع باتباع سياسة تشريعية معينة في ممارسة اختصاصاته بمقتضى أحكام الدستور لغاية إحداث أثر قانوني معين"³، وهذا العمل هو جوهر اختصاص السلطة التشريعية، وعليه إن السلطة التقديرية للمشرع هي ليست مطلقة في ظل الدولة التي تحترم سيادة القانون والدستور، ولهذا تخضع هذه السلطة إلى رقابة من

¹ مقابلة أجراها الباحث مع الدكتور جوني عاصي (المحاضر في جامعة النجاح الوطنية في كلية القانون ومدير كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان) في مدينة نابلس- جامعة النجاح الوطني- كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان - 2018/10/8.

² للمزيد من التفاصيل حول السلطة التقديرية للمشرع انظر:

(أ)- الشرفاني " رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (مرجع سابق) ص 159 وما بعدها.

(ب)- عادل الطبطباني " الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية" (دراسة مقارنة) (الكويت، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عام 2000) ص 418 وما بعدها.

(ج)- محمود زكي، " الحكم الصادر بالدعوى الدستورية" (أثارة وحجيته) (مرجع سابق) ص 237.

(د)- أحمد أبو المجد، " الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري" (مرجع سابق) ص 460.

³ إبراهيم الشرفاني " رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (مرجع سابق) ص 95، أيضاً يضيف المؤلف ص 98، بأن " السلطة التشريعية التي يتمتع بها المشرع لا تعد خرقاً للدستورية لأن تمتعه بهذه السلطة لا يمكن أن يتم إلا في المجالات التي تركتها له السلطة التأسيسية بإرادتها، فإعطاء قدر من الحرية للمشرع في مباشرة وظيفته إنما هو أسلوب ملائم لتحقيق الفلسفة والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها".

قبل صاحبة الاختصاص الأصيل وهي المحكمة الدستورية العليا، دون الإخلال بالمبدأ الأساسي ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات¹، " وبالتالي فإن السلطة التقديرية للمشرع ليست سوى اختيار كيفية تنظيم المسألة محل التدخل التشريعي من خلال الحرية في اختيار بديل من البدائل الموضوعية المعروضة عليه، التي تتوافق مع الدستور في ظل الرقابة الدستورية"².

واستكمالاً لمفهوم السلطة التقديرية للمشرع إذ أنها تستند بالأساس إلى أن المشرع الدستوري (السلطة التأسيسية للدستور) لم ينظم مسألة تشريعية معينة، أو أن المشرع الدستوري قد ترك حرية الاختيار في مسائل تشريعية ثانوية، وعلى هذا يُمنح المشرع العادي (السلطة التشريعية) سلطة تقديرية واسعة في العمل ضمن ضوابط دستورية، وهذه السلطة التقديرية تُستخدم لاختيار الحلول التشريعية الأمثل ضمن الضوابط الدستورية، وهذا كله يعني أن المشرع العادي يملك السلطة التقديرية في اختيار عناصر التشريع ومضمونه وأهدافه ووسائل تحقيقه بما يتناسب مع الضوابط الدستورية (المبادئ الشكلية أو الموضوعية) التي نص عليها الدستور³.

¹. وفي هذا السياق تشير الدراسة إلى رأي المؤلف عادل الطبطبائي " الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية" (دراسة مقارنة) (الكويت، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عام 2000) ص 418، بأن " القاضي الدستوري وهو يقوم بمهمته يحتاج إلى فحص النصوص التشريعية التي وضعها المشرع لغاية تفسيرها للحكم في موضوع النزاع، ولكن القاضي وهو يقوم بهذه المهمة يجب عليه ألا يخرج عن نطاق المهمة التي أوكلها له الدستور، مثل البحث في الملامح السياسية التي يختص بها المشرع وحده بتقديرها، لكن السلطة التقديرية للمشرع ليست مطلقة فهي محددة المسار والنطاق"، ويرى الباحث بأن رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع يجب أن تكون ضمن ضوابط معينة لأنها خارج تلك الضوابط تعد تدخلاً واضحاً في عمل السلطة التشريعية.

². إبراهيم الشرفاني " رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع " (مرجع سابق) ص 97، وإضافة إلى ذلك تجدر الإشارة بخصوص أن السلطة التقديرية للمشرع هي ليست سلطة مطلقة، وتشير الدراسة إلى رأي المؤلف عوض المر، " الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية" (مرجع سابق) ص 469، أن " ليس للمشرع أن يتدرج بالسلطة التقديرية التي يملكها لتقرير ما يراه من النصوص القانونية كافياً لتحقيق المصلحة المتبتغاه من التنظيم التشريعي الذي أقره، ولا أن يبرر خطأه في تقدير الوسائل الملائمة، بغموض نصوص الدستور التي يتصل بها هذا التنظيم، ولا بصعوبة إدراكه لجوانبها بالنظر إلى دقة المسائل التي تناولها المشرع في ضوء طبيعتها الاقتصادية أو الاجتماعية أو المالية أو الانتخابية المعقدة، ذلك أن الدستور لا يأذن بغير الوسائل الأقل تقييداً للحرية والأكثر ضماناً للحقوق".

³. عادل الطبطبائي " الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية" (دراسة مقارنة) (الكويت، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عام 2000) ص 421.

ثانياً: هل رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع مطلقة أم هي مقيدة بضوابط¹؟ بالتأكيد هي مقيدة بضوابط ولا يمكن لها بأي حال أن تكون مطلقة؛ لأن ذلك يعد تدخلاً واضحاً بالعمل التشريعي ومخالفة للمبادئ الدستورية العامة، فالأصل العام أن رقابة المحكمة الدستورية العليا لا تمتد إلى بواعث التشريع أو ملاءمته بمعنى أن " المحكمة الدستورية بالأساس لا تمارس على القوانين، إلا رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد، وأنها تستبعد من هذه الرقابة كل عنصر غير دستوري"²، وعليه إن هذه الرقابة تمارس ضمن ضوابط تكفل ممارسة رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع في إطارها القانوني السليم، ومن هذه الضوابط:

¹. تشير الدراسة إلى أن الموضوع الخاص بالسلطة التقديرية للمشرع هو محل خلاف بين فقهاء القانون الدستوري بين مواقف فقهية تنكر خضوع السلطة التقديرية لرقابة القضاء (المحكمة الدستورية العليا) ومواقف فقهية مؤيدة لذلك، للمزيد من التفصيل بخصوص هذا الموضوع انظر: عادل الطبطبائي " الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية " (دراسة مقارنة) (الكويت، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عام 2000) ص 460، ومن هذه الآراء الواردة في المؤلف رأي الدكتور علي الباز في مؤلفه " الرقابة على دستورية القوانين في مصر " (مرجع سابق)، بأن " امتداد الرقابة على دستورية القوانين إلى مجال السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع سوف يؤدي حتماً إلى تحول الرقابة من رقابة مشروعية إلى رقابة ملائمة، ولو صح ذلك الأمر لأدى إلى وضع غريب قد يؤدي بالنظام القانوني من أساسه، إذ سينقلب الأمر من اختصاصات دستورية يحددها الدستور لكل من السلطة التشريعية والسلطة القضائية إلى عملية تقديرات تمارسها كل سلطة على الأخرى.

². أحمد أبو المجد، " الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري " (مرجع سابق) ص 460، وأضاف المؤلف " اتضح من تحليل أحكام المحكمة العليا في هذا الصدد ومن تعليقات الشراح عليها أن تلك القاعدة تضم في الحقيقة أموراً ثلاثة تقضي الدقة العلمية بالتمييز بينها، أولها: أن المحكمة لا تناقش ضرورة التشريع أو عدم ضرورته، وثانيها: أنها لا تراقب ملاءمته ولا حكمته، وثالثها: - أنها تتخذ من ظاهر النص التشريعي أساساً لفحص دستوريته، ولا تبيح لنفسها أن تتجاوز هذه الظاهرة باحثة عن البواعث الحقيقية عليه".

(أ) **قرينة الدستورية:** وهذا الضابط يعني أن الأصل في النصوص التشريعية التي تصدر عن السلطة التشريعية أنها تحمل قرينة الدستورية أي أنها من المفترض أن تتطابق الدستور ولا تخالفه، وقد صدرت في نطاق الحدود التي رسمها المشرع الدستوري، وعليه يجب على المحكمة الدستورية ألا تخرج عن حدود هذا الضابط إلا إذا كان التعارض بين التشريع المطعون فيه والدستور تعارضاً واضحاً وصريحاً¹.

(ب) **عدم التعرض لضرورة التشريع أو عدم ضرورته:** وهذا الضابط يعني أن يتمتع القاضي الدستوري أن يناقش مسألة السلطة التقديرية للمشرع فيما يتعلق بضرورة سن التشريع من عدم ضرورته، أو مناقشة البواعث (الغاية) من سن هذا التشريع، أو ملاءمته لهذه الغاية، وكما أشارت الدراسة سابقاً أن هذا العمل هو من ضمن الاختصاصات الجوهرية للسلطة التشريعية، وأن أي مناقشة من قبل القضاء لضرورة التشريع وغايته، هو تدخل واضح في عمل السلطة التشريعية من قبل المحكمة الدستورية العليا التي تمثل أعلى سلطة قضائية بالدولة، وهذا يرتب مخالفة صريحة للمبدأ الدستوري (الفصل بين السلطات)، لأن المحكمة الدستورية العليا تمارس رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد تقتصر على المسائل الدستورية، وهي من القواعد الفقهية الثابتة بهذا الخصوص، " فتقدير الحاجة إلى تشريع أمر يقتصر الاختصاص بشأنه على سلطة التشريع بوصفه عنصراً من

¹. للمزيد انظر إبراهيم الشرفاني " رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع " (مرجع سابق) ص 196، ويضيف المؤلف على ذلك بأن هذا الضابط " لا يعد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس وإنما أن المحكمة الدستورية لا تقضي بعدم دستورية التشريع المطعون فيه إلا إذا كان ذلك واضحاً قطعياً، بحيث لا يبقى مجال معقول لإحتمال دستورية القانون، وأيضاً أنه إذا أمكن تفسير القانون المطعون فيه على أكثر من وجه وكان أحد الوجوه يجعله متفقاً مع الدستور فإن على المحكمة أن تلتزم بهذا التفسير ما دامت عبارة القانون تحتمل دستوريته، وهذا ما يسمى (بمذهب الشك الدستوري)، وأيضاً انظر محمود زكي، " الحكم الصادر بالدعوى الدستورية " (آثاره وحجبه) (مرجع سابق) ص 250، وأشار المؤلف بأن هذا الضابط يسمى بقرينة براءة القوانين من العيوب الدستورية ومن يدعي عكس ذلك يقع عليه عبء الإثبات، وأن هذا الضابط يرتبط بقواعد قررتها التجربة الدستورية الأمريكية (المحكمة العليا الأمريكية) بأن عدم إصدار حكم بعدم دستورية القوانين ليس إلا نتيجة وضوح عيب عدم الدستورية، وأيضاً إذا كان للقانون (النص التشريعي) أكثر من تفسير يؤدي إلى اعتباره مشروعاً فإن القضاء ملزم بتبني ذلك التفسير.

عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع على جهات الرقابة التدخل فيها كما أنه يعد من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع¹.

وبالنتيجة يرى الباحث بخصوص هذا الموضوع أنه لا يمكن قياس مدى رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع ومدى رقابتها على ملاءمة التشريعات للغاية التي شرعت إليها إلا من خلال الأحكام التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا بهذا المجال، فعلى سبيل المثال يصعب قياس مدى رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على السلطة التقديرية للمشرع الفلسطيني، ذلك بسبب حداثة تفعيل دور هذه المحكمة عام (2016) وعدد الأحكام القليلة التي أصدرتها مقارنة بالدول الأخرى مثل (النموذج الدستوري المصري).

وبشكل عام يرى الباحث بخصوص موضوع رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على السلطة التقديرية للمشرع بأنها رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، لأن القانون الأساسي الفلسطيني قد حدد لكل سلطة من سلطات الدولة الاختصاصات الأساسية التي تنفد بها أثناء ممارسة أعمالها، بحيث لا يمكن تجاوزها، وبخلاف ذلك تشكل مخالفة صريحة للقانون الأساسي، خاصة إذا كانت هذه المخالفة من قبل تشريع معين قد خالف المبادئ الأساسية للقانون الأساسي، هنا يأتي دور المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية للرقابة على ذلك التشريع وقياس مدى مخالفته للقانون الأساسي من خلال طرق اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة، وهذه هي رقابة المشروعية ضمن ضوابط واختصاصات محددة ناقشتها الدراسة سابقاً، ولا يمكن للمحكمة الدستورية العليا أن

¹. للمزيد انظر: إبراهيم الشرفاني " رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع " (مرجع سابق) ص 211، وأيضاً انظر: محمود زكي، " الحكم الصادر بالدعوى الدستورية " (أثارة وحجبه) (مرجع سابق) ص 240، وأشار المؤلف إلى أن " رقابة السلطة القضائية (المحكمة الدستورية العليا) على ما تبنيه السلطة التشريعية يجب أن يقتصر على بحث مدى مشروعية تلك القوانين دون أن يتعدى الأمر إلى بحث اعتبارات الملاءمة والاعتبارات السياسية التي كانت في حسان المشرع عند وضع التشريع لأن ذلك من اختصاص السلطة التشريعية دون سواها، باعتبار أن بحث هذه الملاءمة هي الوظيفة الرئيسية لهذه السلطة بما يمنع أي سلطة أخرى من مشاركتها في ذلك"، وإضافة إلى ذلك أشار المؤلف إبراهيم درويش "القانون الدستوري" (النظرية العامة والرقابة الدستورية) (مرجع سابق) ص 227، بأن " قد ثبت من التجربة الأمريكية على فترات من الزمن (يقصد بالفترة الزمنية لبرنامج الرئيس روزفلت و موقفه من المحكمة العليا عام 1937) أن المحكمة العليا الأمريكية لا تقف عند الحدود المفهومة لتفسير القاعدة القانونية؛ وإنما تجاوزها إلى فرض سياساتها ونفوذها على المجال التشريعي، حيث جعلت من اختصاصها حق مناقشة السياسة التشريعية ومدى ملاءمتها ومدى قبول القانون وتقبله في المجتمع".

تَصِل رَقَابَتَهَا لِلسُلْطَةِ التَّقْدِيرِيَّةِ لِلْمُشْرِعِ بِشَكْلِ مُطْلَقٍ¹ لِأَنَّ هَذِهِ السُّلْطَةَ مِنْ اِخْتِصَاصَاتِ الْمُشْرِعِ الْأَسَاسِيَّةِ فِي تَقْدِيرِ مَدَى مَلَاعِمَةِ التَّشْرِيْعِ وَمَدَى صِلَاحِيَّةِ هَذِهِ الْغَايَةِ لِلظُّرُوفِ السِّيَاسِيَّةِ وَالاِقْتِصَادِيَّةِ وَالاجْتِمَاعِيَّةِ السَّائِدَةِ فِي الْمَجْتَمَعِ، وَإِنَّ الْمُشْرِعَ عِنْدَ وَضْعِهِ لِلتَّشْرِيْعِ يَتَأَثَّرُ دَائِمًا بِعَدَدٍ مِنْ الِاعْتِبَارَاتِ وَالْبَوَاعِثِ وَالْأَفْكَارِ السَّائِدَةِ فِي الْمَجْتَمَعِ وَهِيَ مَخْتَلِفَةٌ بِاِخْتِلَافِ عَامِلِ الزَّمَنِ، حَيْثُ إِنَّ الْمَجْتَمَعَاتِ فِي الْعَالَمِ الْحَالِي سَرِيعَةً الِاسْتِجَابَةَ لِتَغْيِيرَاتِ اِقْتِصَادِيَّةِ (مِثْلَ الدِّيُونِ الْعَامَةِ لِلدُّوْلِ وَتَزَايِدِهَا) وَأَيْضًا تَغْيِيرَاتِ سِيَاسِيَّةِ (مِثْلَ تَغْيِيرَاتِ فِي أَنْظِمَةِ الْحُكْمِ) وَتَغْيِيرَاتِ اجْتِمَاعِيَّةِ (مِثْلَ اِخْتِلَافِ الْعَادَاتِ وَالتَّقَالِيدِ الثَّقَافِيَّةِ لِلْمَجْتَمَعِ) وَهَذَا هُوَ جَوْهَرُ السُّلْطَةِ التَّقْدِيرِيَّةِ لِلْمُشْرِعِ (الْوِظِيْفَةُ التَّشْرِيْعِيَّةُ)، وَاسْتِنَادًا إِلَى ذَلِكَ لَا يُمْكِنُ لِلْقَاضِيِ الدِّسْتُورِيِّ أَنْ يَبْحِثَ فِي مَدَى مَلَاعِمَةِ التَّشْرِيْعِ وَغَايَتِهِ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ فِي هَذِهِ الْحَالِ بِوَضْعِ نَفْسِهِ مَوْضِعَ الْمُشْرِعِ، وَهَذَا مَخَالِفٌ لِلْمَبَادِئِ الدِّسْتُورِيَّةِ الْعَامَةِ (مَبْدَأُ الْفِصْلِ بَيْنَ السُّلْطَاتِ)، وَيَتَّفِقُ الْبَاحِثُ مَعَ الرَّأْيِ الْقَائِلِ بِأَنَّهُ " يَجِبُ أَنْ يَرْتَكِزَ أَسَاسُ الرِّقَابَةِ إِلَى الْفِكْرَةِ الْقَانُونِيَّةِ، فَتَبْحَثُ الْقَوَانِينُ فِي مَدَى مَوَافَقَتِهَا لِلْفِكْرَةِ الْقَانُونِيَّةِ الْمَتَمَثِّلَةِ فِي الدِّسْتُورِ، وَمَدَى تَمَاشِيِ الدِّسْتُورِ مَعَ التَّغْيِيرَاتِ الْفِكْرَةِ الْقَانُونِيَّةِ؛ لِأَنَّ الدِّسْتُورَ يَعْكَسُ أَهْدَافَ التَّطَوُّرِ اللاحقِ لِلْمَجْتَمَعِ وَمَهَامَهُ"².

¹. تجدر الإشارة إلى مقابلة أجراها الباحث مع الدكتور جوني عاصي (المحاضر في جامعة النجاح الوطنية في كلية القانون ومدير كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان) في مدينة نابلس- جامعة النجاح الوطنية- كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان - 2018/10/8، وقد تم توجيه سؤال للدكتور جوني عاصي بخصوص إمكانية بحث القاضي الدستوري في مدى ملاءمة التشريع للظروف الاجتماعية والاقتصادية، وقد احتوت إجابته أن القاضي الدستوري أن يكون باحثاً في جميع المجالات الأساسية، له استقلالية وخصوصية عالية، وعليه أن يبحث بالتطورات الإيدولوجية للدولة، مع الأخذ بعين الاعتبار الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للنص التشريعي.

². غازي كرم، "النظم السياسية والقانون الدستوري" (دراسة مقارنة للنظام الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة) (مرجع سابق) ص 287، وتجدر الإشارة بأن هنالك نوع من السلطة التقديرية للقاضي الدستوري التي يعترف بها المُشْرِعُ، وهذه المساحة التي يمتنع بها القاضي الدستوري " بحيث يختار لكل واقعة من الوقائع التي تعرض عليه الأثر القانوني أو الحل الذي يتناسب مع الظروف والمعطيات التي تحيط بهذه الواقعة"، للمزيد انظر: يسرى العصار، "دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستوري" (دراسة مقارنة) (القاهرة- دار النهضة العربية- 1999) ص 14.

الخاتمة

من خلال البحث وصياغة هذه الدراسة التي تستند بالأساس إلى مبدأ المشروعيه وهو مبدأ دستوري يعكس فكرة الدولة القانونية؛ ويعني التزام جميع السلطات والهيئات والمؤسسات والأشخاص في الدولة لسيادة القانون، وعند صياغة الدساتير التي تنشئ السلطات العامة للدولة وتنظم اختصاصاتها وآلية عملها وحدود تلك الاختصاصات، وتؤكد أيضاً على الحقوق والحريات العامة للشعوب، وفي المقابل تلتزم هذه السلطات العامة في احترام الدستور وعدم مخالفة مبادئه العامه واحكامه، وفي حال مخالفة تلك السلطات العامه من خلال اصدارها تشريعات وقرارات تخالف الدستور، فهذه التشريعات والقرارات المخالفة هي باطلة في الأساس ولا ترتب أي أثر، وعليه تأتي فكرة الرقابة على دستورية القوانين التي أيضاً تستند إلى فكرة الدولة القانونية.

هذه الرقابة التي تطورت من خلال تجارب النماذج الدستورية من مثل: نموذج الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية وأيضاً نموذج الرقابة الدستورية للجمهورية الفرنسية، من خلال المعطيات القائمة على الموروث التشريعي والقضائي والفقهية والتجارب التاريخية والسياسية، والتي طبقت في نماذج دستورية مختلفة في معظم دول العالم، والتي تمارس من خلال آليات وأشكال متعددة مختلفة النتائج.

وصولاً إلى النموذج الدستوري الرقابي الفلسطيني الحديث للرقابة القضائية على دستورية القوانين، من خلال هيئة قضائية مستقلة وهي المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية التي تمارس اختصاصاتها سناً لاحكام القانون الأساسي الفلسطيني والتشريعات الناظمة لها، والتي كان لها دور مهم جداً في التجربة الفلسطينية للرقابة على دستورية القوانين وهي التي فتحت المجال للدراسات الدستورية في فلسطين من خلال القرارات والأحكام التفسيرية الدستورية التي تُصدرها، التي بدورها عملت على استقرار العديد من القضايا القانونية ومنها على سبيل المثال: شمول رقابة المحكمة على كافة التشريعات السارية في فلسطين المختلفة السلطة مُصدرة التشريع، وأيضاً الترتيب القانوني للمعاهدات الدولية في النظام القانوني الفلسطيني، وحظر تطبيق بعض النصوص التشريعية التي تخالف المبادئ الأساسية للحقوق والحريات العامة التي تبناها القانون الأساسي الفلسطيني، وهذه

الدراسة تستند بشكل أساسي على هذه القرارات والأحكام التفسيرية، والتي تمهد أيضاً لمواضيع حديثة الطرح التي تحتاج إلى دراسات وأبحاث في عدد من المجالات مثل: اختصاص التفسير وأصول التفسير التشريعي التي تدعمها المحكمة الدستورية العليا في إصدار قراراتها، وعليه فإن الباحث قد توصل إلى عدد من النتائج والتوصيات ومنها:

أولاً: استنتاجات الدراسة

أ- لا يصح القول إن دولة ما ترفض أو تدعم فكرة الرقابة على دستورية القوانين، دون النظر والبحث في موروثها التشريعي والقضائي والفقهية وتجاربها التاريخية والسياسية، لأن النظام الدستوري القائم للدول يرتبط بشكل أساسي هذه المعطيات التي كانت الأساس لصياغة الدستور، كما في النموذج الدستوري للجمهورية الفرنسية وكذلك النموذج الدستوري للمملكة المتحدة الإنجليزية.

ب- أن لكل نظام دستوري في دولة ما تجربة قضائية للرقابة على دستورية القوانين، ونصوص دستورية مختلفة تمنح حق القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، سواء كانت مركزية أو لامركزية، وأن هذه التجارب القضائية الرقابية تختلف من دولة لأخرى ومدى تحقيقها لأهداف الرقابة القضائية متأثر بعدد من العوامل مثل: الاعتبارات السياسية للدول، وشكل نظام الحكم فيها.

ت- شكل الرقابة السياسية هو شكل رقابي وقائي سابق، يساهم في توفير الوقت والجهد وحماية حقوق الأفراد المستقبلية، ذلك أنه يتفادى المشاكل التطبيقية للقوانين النافذة؛ بمعنى أنه شكل رقابي قائم على الوقاية من المخالفات الدستورية قبل وقوعها، وليس علاج المخالفات الدستورية بعد وقوعها، ومن الممكن إذا طبق حسب الأصول أن ينتج عن تبنيه ما يسمى بالاستقرار الدستوري.

ث- إن شكل الرقابة السياسية هو دائماً مرتبط بالرقابة السابقة، لكن الرقابة السابقة ليست مرتبطة حصراً بالرقابة السياسية، فلا يوجد مانع تطبيقي من الأخذ بالرقابة السابقة في ظل تبني دولة ما للشكل القضائي للرقابة للتحقق من مدى مطابقة القوانين للدستور قبل نفاذها من خلال المحاكم الدستورية العليا.

ج- إنَّ تعديل دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي لعام (1958) الحاصل في عام (2008) في مجال الرقابة الدستورية؛ جاء بسبب حالة القصور الدستوري بالنسبة للمواطن الفرنسي، في إنَّ الفرد لا يملك الحق في اللجوء إلى المجلس الدستوري للطعن في القوانين التي تمس حقوقه وحرياته الأساسية، وفي هذا تجاوز للإطار الضيق للرقابة السابقة ونواقصها.

ح- إنَّ المجلس الدستوري الفرنسي أصبح يمارس نوعاً من الرقابة اللاحقة على صدور التشريع شرطاً أن يثار الدفع بعدم الدستورية أثناء نظر الدعوى أمام القضاء العادي (محكمة الموضوع) بالقول بأن النص المراد تطبيقه هو غير دستوري لمخالفته قواعد دستورية تتضمن الحقوق والحرريات الأساسية، بحيث يقوم قاضي محكمة الموضوع في رفعه إلى محكمة النقض الفرنسية فيما يخص القضايا المدنية والجنائية، وإلى مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص القضايا الإدارية، للنظر فيه والتأكد من جدية الطلب، فإذا تم التأكد من ذلك يرفع الطلب أمام المجلس الدستوري الفرنسي للنظر في دستوريته، وعليه إنَّ رقابة المجلس الدستوري الفرنسي هي رقابة ذات طبيعة واجراءات قضائية.

خ- إنَّ تحريك الدعوى الدستورية عن طريقة آلية الدعوى الأصلية المباشرة لا يتم إلا بناء على نص صريح في الدستور، يحدد المحكمة المختصة بهذا الدور والنتائج المترتبة على هذا الحكم حظر تطبيق النص التشريعي المخالف.

د- إنَّ تحديد المدة الزمنية لعضوية قضاة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، يعزز من استقلال أعضاء المحكمة الدستورية وحيادهم، وإضافة إلى ذلك أن زيادة مدة عضوية قضاة المحكمة الدستورية تؤثر إيجاباً في الأداء القانوني لأعضاء المحكمة الدستورية، والاستفادة من خبراتهم المتراكمة بحكم الزمن التي تنعكس على قراراتهم في الطعون الدستورية المنظورة أمام المحكمة الدستورية واستقرارها.

ذ- إن رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية هي رقابة قضائية مركزية لاحقة شاملة لجميع التشريعات والقواعد القانونية على اختلاف تدرجها في النظام التشريعي الفلسطيني، وأيضاً على اختلاف تدرجها التشريعي الزمني؛ بحيث تمتد رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية إلى التشريعات السارية في فلسطين كافة.

ر- يجب التفريق بين نوعين من التفسير لنصوص القانون الأساسي وهما: التفسير التشريعي للنصوص بطلب من الجهات التي حددتها المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني، وهذا التفسير الذي يقوم به القاضي الدستوري يكون كاشفاً لغاية المُشرع (السلطة التأسيسية للقانون الأساسي)، والنوع الثاني هو التفسير القضائي الذي يقوم به القاضي الدستوري أثناء النظر في الطعون الدستورية، للتوصل إلى بيان مدى اتفاق النص المطعون فيه مع النص الدستوري (إزالة الغموض) أو اختلافه معه.

ز- لا يصح القول أن وزير العدل يجب عليه التحقق من مضمون طلب التفسير قبل تقديمه للمحكمة الدستورية العليا؛ من حيث مدى الأهمية أو الخلاف في التطبيق، أو حول وضوح النص من غموضه، ومدى جدية الطلب (الشروط الموضوعية) ذلك لأن طبيعة هذا العمل قضائية وهو من صلاحيات القاضي الدستوري وليس وزير العدل، ووظيفة وزير العدل بهذا الخصوص لا تتعدى (الشروط الشكلية) مثل: أن يكون الطلب كتابياً موقعاً من مقدم الطلب المختص بذلك.

س- إن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية مختصة بالفصل في التنازع الوظيفي بين الجهات القضائية ذاتها، المختلفة بالوظيفة أو بين الجهات القضائية والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

ش- لا يمكن القول إن قرارات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية _بخصوص نصوص تشريعية معينة_ بأنها مجرد أحكام قضائية تقيد من تطبيق (حظر تطبيق) النص التشريعي المخالف للقانون الأساسي الفلسطيني، فيجب على المجلس التشريعي أن يعمل على تعديل النص التشريعي الذي قررت المحكمة الدستورية بأنه مخالف للقانون الأساسي الفلسطيني أو إلغائه.

ص- يمكن إثارة الدفع بعدم دستورية نص تشريعي محدد بشروط شكلية وموضوعية، أمام أنواع المحاكم كافة في فلسطين، عن طريق آلية الدفع من الخصوم، مثل: المحاكم النظامية والمحاكم الشرعية والمحاكم الخاصة، وأمام درجاتها كافة وعلى اختلاف أنواعها، وأيضاً أمام محكمة العدل العليا المختصة بالنظر في القضاء الإداري، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى لأنه من الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

ض- لفهم طبيعة الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، يمكن اللجوء إلى أداة القياس الأساسية، وهي قرارات المحكمة الدستورية العليا الصادرة عنها، ومدى موقفها من التأثير بالاعتبارات السياسية، خاصة في حال قيام القاضي الدستوري باستخدام صلاحياته بتفسير التشريعات وفقاً للاعتبارات العملية المتعلقة بالنزاع المعروض عليه (الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية).

ط- لا يمكن للمحكمة الدستورية العليا أن تصل رقابتها للسلطة التقديرية للمُشرع بشكل مُطلق لأن هذه السلطة من اختصاصات المُشرع الأساسية في تقدير مدى ملاءمة التشريع ومدى صلاحية هذه الغاية للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في المجتمع، وإن المُشرع عند وضعه للتشريع يتأثر دائماً بعدد من الاعتبارات والبواعث والأفكار السائدة في المجتمع وهي مختلفة باختلاف عامل الزمن.

ثانياً: توصيات الدراسة

أ- توصي الدراسة المُشرع الفلسطيني بتبني رقابة قضائية مركزية مزدوجة، بمعنى رقابة قضائية سابقة على مسودة التشريعات التي تضمن نصوص ذات أهميه (تشريعات أساسية) قبل نفاذها من خلال آليات محددة قانوناً، مثل: إحالة هذه المسودة والمشاريع إلى المحكمة الدستورية العليا عن طريق رئيس المجلس التشريعي أو رئيس السلطة التنفيذية، بالإضافة إلى ذلك رقابة قضائية لاحقة على نفاذ التشريعات كما في تطبيقها الحالي، وهذا ما يسمى بالنظام الرقابي المختلط، وهذا مشابه للتجربة التونسية الدستورية الحديثة للنظام الرقابي القضائي المختلط يجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة.

ب- توصي الدراسة المُشرع الفلسطيني بأهمية توضيح آلية تجديد عضوية أعضاء المحكمة الدستورية العليا الواردة في نص المادة (3/ب) من القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017).

ت- توصي الدراسة المُشرع الفلسطيني في البحث _ خاصة بالحال الفلسطينية _ في تعديل المادة الخامسة من القانون رقم (3) لعام (2006) الخاص بالمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وذلك

لأن آلية تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من الأفضل أن تتم بمشاركة جميع السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية (السلطات التأسيسية الثلاثة)، أو على الأقل بتمكين السلطة التشريعية، في المشاركة في تعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، ضمن قواعد بشأن آلية قيام السلطة التشريعية بهذه التعيينات وعددٍ محدد من الأعضاء (أقلية في سلطة التعيين)، والسير على مُمارسة النموذج الدستوري التونسي الحديث في إعطاء صلاحية تعيين أعضاء المحكم الدستورية التونسية بآلية مختلطة بقرار من السلطات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية.

ث- توصي الدراسة المُشرع الفلسطيني بضرورة التفريق بين ما يجب أن يختص به القضاء الدستوري وبين ما يجب أن يختص به القضاء الإداري، من خلال التفريق بين التشريعات التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الدستورية العليا، والقرارات التي تدخل ضمن القضاء الإداري.

ج- توصي الدراسة المُشرع الفلسطيني بأهمية إعادة النظر في نص المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، وذلك بخصوص حذف عبارة " أو ممن انْتُهِكَتْ حُقوقه الدستورية".

ح- توصي الدراسة المُشرع الفلسطيني بأهمية إعادة النظر في نص المادة (3/24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، وذلك بشأن الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وإزالة الغموض عن هذه المادة بخصوص أن هذا التنازع محصور بين الجهات القضائية والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي فقط، أم أنه أيضاً بين الجهات القضائية المختلفة بالوظيفة.

خ- توصي الدراسة المُشرع الفلسطيني بأهمية إعادة النظر في نص المادة (5/24) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006)، وذلك بشأن البت بفقدان رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الأهلية القانونية، ومدى إمكانية إلغاء هذا الاختصاص وترك هذه الصلاحيه للمجلس التشريعي الفلسطيني، وإضافة اختصاصات للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية أكثر أهمية وتعلقاً بمهمة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية مثل: النظر في الطعون الانتخابية، خاصة أن هذا

الاختصاص يتناقض بشكل واضح مع أحكام المادة (41) من قانون المحكمة الدستورية العليا؛ بحيث إن قرارات المحكمة الدستورية العليا هي قرارات نهائية تحمل القوة الإلزامية واجبة النفاذ.

د- توصي الدراسة المُشرع الفلسطيني بضرورة تفصيل الإجراءات المتبعة بخصوص تحريك الدعوى باستعمال آلية الدعوى الأصلية المباشرة، وأهمية دراسة المُشرع لمدى إمكانية وضع ضوابط وشروط شكلية، من خلال تحديد مجالات الطعن المباشر وحصرها على سبيل الاقتراح بتحديد القضايا التي يمكن طعن الأفراد بها أمام المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية من خلال نص المادة (1/27) مثل: القضايا المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية (حقوق الإنسان)، أو حصر حق الطعن المباشر من خلال الدعوى الأصلية المباشرة للهيئات التي تتمتع بالشخصية المعنوية، مثل: الجامعات والنقابات والهيئات المحلية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر

أولاً:- الدساتير والقوانين الأساسية

- الدستور التونسي لعام (2014).
- الدستور المصري لعام (2014).
- الدستور المغربي لعام (2011).
- دستور الجمهورية السورية العربية لعام (2012).
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام (2003).
- الدستور الإسباني الحالي لعام (1978) المعدل عام (2011).
- الدستور الفرنسي لعام (1958) وتعديلاته لعام (2008).
- الدستور الأردني لعام (1952) المعدل عام (2016).
- الدستور اللبناني لعام (1926) المعدل عام (2004).
- دستور الولايات المتحدة الأمريكية (1789) المعدل عام (1992).

ثانياً: القوانين والقرارات بقانون

- القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017) بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة (2006).
- القرار رقم (57) لسنة (2016) بشأن تشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية.
- قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة (2006).

- قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة (2002).
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001).
- قانون البنات الفلسطيني الساري رقم (4) لسنة (2001).
- قانون المحكمة الدستورية في الكويت رقم (14) لسنة (1973).
- قانون المحكمة الدستورية العليا المصري.

ثالثاً: الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية

- القرار التفسيري رقم (2018/2) الصادر بتاريخ (2018/9/12) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد (148) المنشور بتاريخ (2018/10/23).
- القرار رقم (2017/5) الصادر بتاريخ (2018/6/25) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد (145) المنشور بتاريخ (2018/7/26).
- القرار رقم (2017/7) الصادر بتاريخ (2018/5/8) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد (144) المنشور بتاريخ (2018/6/25).
- القرار التفسيري رقم (2017/2) الصادر بتاريخ (2018/3/5) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد (141) المنشور بتاريخ (2018/3/25).
- القرار رقم (2017/4) الصادر بتاريخ (2017/11/19) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد رقم (138) المنشور بتاريخ (2017/11/29).
- القرار رقم (2013/3) الصادر بتاريخ (2017/9/12) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد رقم (136) المنشور بتاريخ (2017/9/25).

- القرار رقم (2017/3) الصادر بتاريخ (2017/5/16) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد رقم (133) المنشور بتاريخ (2017/5/29).
- القرار رقم (2016/13) الصادر بتاريخ (2017/4/16) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد رقم (133) المنشور بتاريخ (2017/5/29).
- القرار رقم (2016/12) الصادر بتاريخ (2017/3/29) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد رقم (131) المنشور بتاريخ (2017/4/11).
- القرار رقم (2016/14) الصادر بتاريخ (2017/1/5) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد رقم (128) المنشور بتاريخ (2017/1/14).
- القرار رقم (2015/2) الصادر بتاريخ (2016/11/20) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد رقم (127) المنشور بتاريخ (2016/12/4).
- القرار التفسيري رقم (2016/2) الصادر بتاريخ (2016/11/2) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد رقم (126) المنشور بتاريخ (2016/11/10).
- القرار رقم (2016/3) الصادر بتاريخ (2016/9/19) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد الممتاز رقم (12) المنشور بتاريخ (2016/9/26).
- القرار رقم (2016/5) الصادر بتاريخ (2016/9/18) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد الممتاز رقم (12) المنشور بتاريخ (2016/9/26).
- القرار التفسيري رقم (2016/1) الصادر بتاريخ (2016/9/18) المنشور في الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" في العدد الممتاز رقم (12) المنشور بتاريخ (2016/9/26).

قائمة المراجع

أولاً: المؤلفات العامة

- ابو حجيله، علي: "الرقابة على دستورية القوانين في الأردن" (عمان- الأردن- مطابع الدستور التجارية-2004).
- ابو المجد، أحمد: "الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري"، (القاهرة-مكتبة النهضة المصرية-1960).
- الباز، علي السيد: "الرقابة على دستورية القوانين في مصر" (الاسكندرية- دار الجامعات المصرية- 1982).
- بدوي، ثروت: "القانون الدستوري والانظمة الدستورية في مصر" (القاهرة- دار النهضة العربية-1971).
- محمد الحاج قاسم، "النظرية العامة للقانون الدستوري" (المفاهيم الأساسية) (المغرب- الدار البيضاء، مكتبة بروفانس، الطبعة الخامسة، 2013).
- الجمل، يحيى: " النظام الدستوري المصري" (دراسة المبادئ الدستورية العامة) (القاهرة- دار النهضة للطباعة- الطبعة الثالثة-1995).
- الحلو، ماجد: " النظم السياسية والقانون الدستوري" (الإسكندرية- منشأة المعارف- 2005).
- الخطيب، نعمان: "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري" (عمان- دار الثقافة للنشر والتوزيع- الطبعة الحادية عشر-2017).
- الخيري، غسان: " الرقابة القضائية على القوانين " (عمان-الأردن- دار الريبة للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى-2013).

- درويش، إبراهيم: " القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية" (القاهرة- دار النهضة العربية- الطبعة الرابعة-2004).
- دوفرجيه، موريس: " المؤسسات السياسية والقانون الدستوري" (الأنظمة السياسية الكبرى) (بيروت- المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع- ط الأولى 1992- ترجمة جورج سعد).
- رباط، مؤمن: " الوسيط في القانون الدستوري العام" (بيروت-لبنان- دار العام للملايين- الطبعة الثالثة- الجزء الثاني- 2004).
- سرور، أحمد: " القانون الجنائي الدستوري" (القاهرة- دار الشروق- الطبعة الثانية- 2002).
- السعيد، كامل: " النظرية العامة للقضاء الدستوري" (الأردن- عمان- درا الثقافة للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى- 2017).
- الشاعر، رمزي: " النظرية العامة للقانون الدستوري"، (القاهرة- دار النهضة العربية- الطبعة الخامسة-2005).
- شنتاوي، علي: "الأنظمة السياسية والقانون الدستوري الأردني والمقارن"،(القانون الدستوري) (الأردن - عمان- دار وائل للنشر- الكتاب الثاني- الطبعة الأولى-2013).
- شيحا، إبراهيم: " تحليل النظام الدستوري المصري " (الإسكندرية- منشأة المعارف- 2003).
- الطهراوي، هاني: "النظم السياسية والقانون الدستوري" (عمان- الأردن- دار الثقافة للنشر والتوزيع- الطبعة الرابعة-2014).
- عبد الله، عبد الغني: " النظم السياسية والقانون الدستوري" (الإسكندرية- منشأة المعارف- 1997).
- عبد المجيد، منير: "أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح" (الإسكندرية- منشأة المعارف- 2001).

- عبد الحميد، عبد العظيم: " الرقابة على دستورية القوانين " (مصر- الولاة للطبع والتوزيع- 1991).
- عصفور، سعد: "المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية" (الإسكندرية- منشأة المعارف- 1980).
- علوان، عبد الكريم: "النظم السياسية والقانون الدستوري" (الأردن- عمان- دار الثقافة للنشر والتوزيع- ط الأولى- 2006).
- كرم، غازي: " النظم السياسية والقانون الدستوري " (دراسة مقارنة للنظام الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة) (عمان- إثراء للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى-2009).
- المر، عوض: "الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية" (مركز رينية - جان دبوري للقانون والتنمية- 2003).
- المومني، صباح: " الرقابة على دستورية القوانين " (دارسة مقارنة تحليلية في ضوء التعديلات الدستورية) (عمان- دار الثقافة للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى-2017).
- الناصوري، عز الدين و الشواربي، عبد الحميد: " الدعوى الدستورية " (مصر-الإسكندرية، منشأة المعارف، 2001).
- نجيدة، علي: " الرقابة على دستورية القوانين " (المحكمة الدستورية العليا طبيعتها ومهامها وأهم مبادئها) (القاهرة- دار الفكر العربي- 1988).
- هوريو، أندريه: "القانون الدستوري والمؤسسات السياسية" (لبنان-بيروت- الأهلية للنشر والتوزيع- الجزء الأول- ط الثانية-1977- ترجمة علي مقلد وآخرون).
- الوحيددي، فتحي: " القضاء الدستوري الفلسطيني" (دراسة مقارنة) (غزة- مطابع مقداد- 2004-الطبعة الأولى).

ثانياً: المؤلفات الخاصة

- توام، رشاد: " البحث العلمي في القانون" (دليل تعليمي) (بيرزيت- فلسطين، وحدة البحث العلمي والنشر، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، 2015).
- خضر، محمد: "التنظيم الدستوري في فلسطين"، (دراسة محكمة)، (مساواة، مطبعة الأيام، 2015).
- خليل، عاصم: "دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني" (بيرزيت- وحدة البحث العلمي والنشر- كلية الحقوق والإدارة العامة- جامعة بيرزيت- سلسلة الأبحاث والدراسات (1) - 2015).
- خليل، عاصم: " منهجية البحث القانوني وأصوله" (فلسطين- درا الشروق للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى-2012).
- زكى، محمود: " الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحججه " (دراسة مقارنة) (القاهرة- دار النهضة العربية- الطبعة الأولى-2003-2004).
- سالمان، عبد العزيز: " إجراءات الدعوى الدستورية" (الجمهورية المصرية العربية- دار سعد سمك للنشر- الطبعة الأولى- 2015- الجزء الأول و الجزء الثاني).
- الشرفاني، ابراهيم: "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع" (لبنان- بيروت- منشورات الحلبي الحقوقية- ط الأولى-2016).
- شودي سوجيت و بايس كاثرين، "المحاكم الدستورية بعد الربيع العربي آليات التعيين والاستقلال القضائي النسبي" (مركز العمليات الانتقالية الدستورية في كلية الحقوق، جامعة نيويورك، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، 2014).
- الطبطبائي، عادل: " الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية" (دراسة مقارنة) (الكويت- مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت- عام 2000).

- العطار، يسرى: " التصدي في القضاء الدستوري " (القاهرة- دار النهضة العربية- 1999).
- العطار، يسرى: " دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستوري " (دراسة مقارنة) (القاهرة- دار النهضة العربية- 1999).
- فهمى، حمدان: " اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها " (القاهرة- درا الكتب المصرية- 2009).

ثالثاً: الرسائل الجامعية

- التركماني، عمر: " القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة (2006) " (غزة، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة الأزهر، 2010).
- الشوابكة، محمد: " رقابة الامتناع على دستورية القوانين " (دراسة مقارنة بين الولايات المتحدة الأمريكية ومصر والأردن) (أطروحة دكتوراه) (الأردن- جامعة عمان العربية للدراسات العليا- 2006).

رابعاً: الدراسات والمقالات

- البدير، نوار: " الرقابة القضائية على دستورية القوانين " (سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/5)، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، 2017).
- البدير، نوار و خليل، عاصم: " حالة الضرورة " (سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2018/4) فئة موسوعة القانون الدستوري العربي المقارن- كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، كانون الثاني/ يناير 2018).
- الحاج قاسم، محمد: حوار قانوني بعنوان " الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين"، المركز الفلسطيني لإستقلال المحاماه والقضاء "مساواه"، مجلة العدالة والقانون، (العدد الثامن، نيسان- أيلول 2008).

- وحدة القانون الدستوري (ورقة دراسية) التابعة لجامعة بيرزيت (سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية 2017/2) فئة أوراق الموقف حول القرار بقانون رقم (19) لسنة (2017).

خامساً: المقالات الإلكترونية

- غيلوفي، أكرم: " خصوصية المحكمة الدستورية من خلال دستور 2014 " (مقال منشور في موقع إلكتروني، مجلة الدراسات القانونية والبحوث السياسية والاجتماعية)، (<http://polyjuris.com>) نشرت بتاريخ 2017/3/2.

- فيليب، كزافييه: مقال بخصوص الرقابة القضائية والمحكمة الدستورية في الدستور التونسي الحديث لسنة (2014) (مقال منشور في الموقع الإلكتروني <http://www.arabstates.undp.org/content/dam/rbas/doc/Compendium%20Arabic/Part%203/47%20Xavier%20Philippe%20AR.pdf>).

سادساً: المقابلات الشخصية

- مقابلة أجراها الباحث مع الدكتور جوني عاصي (المحاضر في جامعة النجاح الوطنية في كلية القانون ومدير كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان) في مدينة نابلس- جامعة النجاح الوطنية- كرسي اليونسكو للديمقراطية وحقوق الإنسان - 2018/10/8.
- مقابلة أجراها الباحث مع الأستاذ المستشار فواز صايمه (عضواً في تشكيلة قضاة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية) في مدينة نابلس - 2018/9/27، وأيضاً بتاريخ 2018/11/4.

سابعاً: المواقع الإلكترونية

- موقع مكتبة حقوق الإنسان التابع لجامعة منيسوتا <http://hrlibrary.umn.edu/arabic> تاريخ الزيارة 2018/2/2.
- موقع مختص بمقارنة دساتير العالم وتعديلاتها الحديثة <https://constituteproject.org>

• موقع "المقتفي" منظومة القضاء والتشريع في فلسطين التابع لجامعة بيرزيت

<http://muqtafi.birzeit.edu>

• موقع المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء <http://www.musawa.ps>

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

**The complexity of judicial review in Palestine
(a comparative study)**

By

Saed Jamal Khairy Abu Zant

Supervisor

Dr. Sana' Al- Sergaly

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

2019

**The complexity of judicial review in Palestine
(a comparative study)**

By

Saed Jamal Khairy Abu Zant

Supervisor

Dr. Sana' Al- Sergaly

Abstract

It is obvious that juridical review in front of high constitutional court in Palestine is the most important constitutional principles which guarantee and respect various juridical roles from being violated by general authorities of the state. Also, it is considered basic guarantee for individuals' rights and basic freedom in the society. So, legal systems which concern protecting principles, rights and general freedoms through their constitutions worked to form particular board in order to review. Whether constitutional council or court in different juridical thought or legislative hereditary.

According to the Palestinian juridical system point of view, the review is pyramidal. The top of the juridical pyramid is the Palestinian constitutional supreme court which has the authority for reviewing the constitutional legislatives according to the Palestinian modified basic law (2003) statement (103) which has been organized according to law3, 2006 in order to guarantee the stability of juridical syste in Palestine in addition the guarantee and respect of the Palestinian basic law to achieve social, political and juridical purposes.

For this reason, this study aims to analyze and induce some particular principles about constitutional laws and review theories supporting and opposing the constitutional review and legal themes of different juridical systems, explaining juridical and political methods of reviewing constitutional laws in Palestine, the Palestinian constitutional supreme court, by legal organization such as forming, appointing mechanism, specialization and analyzing the court procedural organization by mechanisms of court contacting with the constitutional law case in addition to constitutional court limitations for reviewing on the legislations.

The study reached the aim, purposes and summing up some suggestions answering the study statement of problem and study questions. Furthermore, suggesting some recommendations contributing in developing the Palestinian constitutional experience model by analytical legal discussion according to some literatures and information related to constitutional juridical situation.

