



جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون العام

الدور الانشائي للقاضي الدستوري
<<دراسة تحليلية تأصيلية>>
بحث علمي أعد لنيل درجة الماجستير في القانون العام

إعداد الطالب
أيهم علي يونس

إشراف الدكتور
باسم عزو
المدرس في قسم القانون العام

1447هـ - 2026م

الإهداء

إلى من كسرنا غيابه... وجبرنا رضاه

.....إلى والدي رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه

إلى لمسة الشفاء... ونعمة السماء.... وينبوع عزيمتي في كل بلاء

.....إلى أُمي أطال الله عمرها

إلى سندي ووسيلتي.... ومرشدي

.....أخي يعرب

إلى مصدر بسمتي..... ورقيقة روعي

.....أختي نعمت

مقدمة:

يعد الدستور حجر الزاوية والأساس في بناء الدولة القانونية، فهو القانون الأساسي الأعلى الذي يرس قواعد و أصول نظام الحكم في الدولة، ويقرر الحقوق والحريات، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ويحدد السلطات ويرسم وظائفها بالشكل الذي يضمن الحماية لتلك الحقوق والحريات، وهذا ما أعطى الدستور قيمة أعلى على باقي القواعد القانونية ويضفي عليه صفة الرفعة والسمو، لكونه كفيل بالحريات وعماد الحياة الدستورية، وتحتل قواعده مقام الصدارة التي يتوجب على كل السلطات (تشريعية وتنفيذية وقضائية) أن تدور في فلكه، ولما كان الخضوع لمبدأ سمو الدستور أحد أهم أصول الحكم الديمقراطي، وأصلاً مقررراً وحكماً لازماً لكل نظام ديمقراطي سليم، فبالتالي وجب على الدولة التزامه في تشريعها وقضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية.

ونظراً لتشعب المهمة التشريعية ووجود اعتبارات داخل البرلمانات، تؤدي إلى المساس تشريعياً بحقوق الأفراد وحرياتهم من خلال الانتقاص منها وإغفالها أو حتى المغالاة في تنظيمها بشكل يؤدي إلى ضياع الغاية في حماية تلك الحقوق التي من أجلها وضع التشريع، ظهرت الحاجة إلى وجود جهة رقابية مؤهلة وقادرة على ضبط العملية التشريعية ضمن الإطار الدستوري، تحقيقاً وترسيخاً لمبدأ سمو الدستور، بالشكل الذي يؤمن الحماية للحقوق والحريات التي أوجب الدستور حمايتها وتنظيمها.

فكانت هنا الرقابة على دستورية القوانين حاجة ملحة، خاصة في ظل تنامي المفاهيم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وظهور الحاجة إلى تحسين نوعية التشريع في ظل تفاقم ظاهرة التضخم التشريعي، لتحقيق التوافق ما بين مبدأ سمو الدستور وصعوبة عملية تعديل الدستور، وما بين مبدأ فصل السلطات وضرورة مواكبة التشريع للحاجات المتنامية.

فكان الحل الأمثل بالاحتكام إلى قضاة متخصصين في تفسير نصوص الدستور والتي تتصف بالجمود النسبي والعمومية، لخلق فضاء أوسع لحماية الحقوق وإعطاء تفسيرات تجعل من النص الدستوري نصاً نابضاً بالحياة، دون أن ينال من صلاحيات السلطة التشريعية، بل يساهم في ضبط التشريع ويجعل إرادة البرلمان متطابقة مع تطلعات الشعب.

وبذلك أصبحت مهمة القاضي الدستوري أبعد عن مجرد المقارنة الحرفية بين النصين الدستوري والتشريعي، بل ذهب القاضي الدستوري إلى جوهر فكرة الرقابة معتمداً على تفسير الدستور بما يتوافق مع المتطلبات المتنامية والجوانب المترامية للحقوق والحريات، التي تتكشف يوماً بعد يوم مع تزايد حاجات الأفراد وطرق ممارستهم لحرياتهم، لخلق ضمن تفسيراته قواعد ومبادئ قانونية جديدة، لها من الحجية مكانة تلزم المشرع بها، دون أن يكون هنالك خطاب مباشر من القاضي إلى المشرع، بشكل يؤدي إلى زعزعة مبدأ الفصل بين السلطات، و ذلك من خلال التأكيد على فكرة جوهرية بأن غاية القاضي الدستوري الأساسية ليست إلغاء القانون المخالف للدستور، وإنما هي ضمان احترام التشريع لسيادة الدستور، فليس هنالك أي خلاف ما بين مهمة القضاء الدستوري ووظيفة المشرع، وإن اعتماد القاضي الدستوري على تفسير الدستور بشكل يقارب الغاية من التشريع، وتضمنين الحكم نقاط الخلل التي أصابت التشريع ووسمته بعدم الدستورية، يعطي المشرع فرصة ثانية لتصحيح وتصويب النص التشريعي بالشكل الذي يصبح فيه دستورياً، وتلافي تلك النقاط فيما يضعه من تشريعات مستقبلاً، من خلال التقيد بالتوجيهات أو تضمين النص التشريعي للأفكار الجديدة التي أشار إليها القاضي الدستوري لإخراج النص التشريعي المختلف عليه من دائرة عدم الدستورية، وتجنب الوقوع مستقبلاً من قبل المشرع في نفس الأخطاء الدستورية التي أشار إليها القاضي الدستوري، فتتخذ الحكومة والأغلبية البرلمانية قرارات أثناء العملية التشريعية، بالتضحية بأهداف سياسية سابقة من أجل تقليل احتمال إحالة مشروع قانون إلى المحكمة الدستورية والحكم بعدم دستوريته، أو إعادة صياغة النص الخاضع للرقابة بما يتوافق مع قرار المحكمة وتضمنين التشريع اللاحق للحكم ما كان قد أغفله المشرع سابقاً من مبادئ تؤمن حماية أكبر للحقوق و الحريات من أجل تأمين الإصدار.

ومن هنا بدأنا نلمس تنامي فكرة وجود دور إبداعي خلاق إيجابي للقاضي الدستوري، بتضمنين أحكامه لمبادئ جديدة لم يتطرق لها المشرع بشكل وافٍ أو لم يعالجها سابقاً، فأصبح القضاء الدستوريون يمارسون سلطة كبيرة غير مباشرة على الهيئة التشريعية¹، كان لها عظيم الأثر فيما

¹ صاغ الفقيه الفرنسي لويس فافوريو مصطلح التقيد الذاتي، والذي يكون عندما تتخذ الحكومة والأغلبية البرلمانية قرارات أثناء العملية التشريعية، بالتضحية بأهداف سياسية سابقة من أجل تقليل احتمال إحالة مشروع قانون إلى المحكمة الدستورية والحكم بعدم دستوريته، أو إعادة صياغة النص الخاضع للرقابة بما يتوافق مع قرار المحكمة من أجل تأمين الإصدار، لأنه بمجرد أن تلغي المحكمة الدستورية مشروع قانون فإن الأغلبية التشريعية تكون أمام أربعة خيارات:

- أولاً: الإذعان لتفصيلات المحكمة الدستورية وإعادة صياغة مشروع القانون بالصورة التي تؤمن دستوريته فيها (وهذا هو الخيار الأرجح)، لأن الأغلبية البرلمانية تعلم جيداً أن أفضل طريقة لتأمين إصدار التشريعات المحاصرة تكون بالتنازل عن جزء من سلطاتها التشريعية للقضاء الدستوريين.
- ثانياً: التنازل عن التشريع تماماً، ونادراً ما يتخذ هذا الخيار، لأنه من الأفضل أن تحصل الأكثرية على جزء مما تريد بدلاً من لا شيء.
- ثالثاً: الالتفاف على حكم المحكمة من خلال إعادة صياغة التشريع بشكل خلاق.

قد تسنه السلطة التشريعية من قوانين، وفيما قد تتضمنه تلك القوانين من مبادئ تضمنها حكم المحكمة الدستورية، وهو ما عرف بالدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

- رابعاً: الخيار الأخير هو أن تقوم الأغلبية بمراجعة الدستور من أجل جعل تلك التعديلات دستورية.
 راجع: أليك ستون سويت، سياسة المراجعة الدستورية في فرنسا و أوروبا، مطبعة جامعة أكسفورد و كلية الحقوق في جامعة نيويورك. 2007م.
<https://academic.oup.com/icon/article/5/1/69/722503>.

ويقول الدكتور الألماني كريستيان بهرندت، أنه عندما يبطل القانون الدستوري قاعدة تشريعية لفكرة تم تقديمها، أليس من الأفضل أن ندعو المشرع إلى تشريع مختلف في المستقبل؟ علاوة على ذلك، هل لا يؤثر قرار العدالة الدستورية على النشاط المعياري المستقبلي للسلطة التشريعية؟
 و وثق كريستيان بهرندت بعناية تطور ما سمي "بالأوامر الزجرية" والذي تختار فيه المحكمة الدستورية عدم الغاء قانون ما، ولكن تعطي الهيئة التشريعية موعداً نهائياً محدداً لمراجعة القانون، وهو ما يعني مشاركة فعلية في توجيه المشرع و بالتالي في العملية التشريعية.
 راجع: كريستيان بهرندت، Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif القاضي الدستوري مشرع إيجابي، رسالة دكتوراه، بدون نشر، جامعة باريس 2005.

<https://www.lgdj.fr/le-juge-constitutionnel-un-legislateur-cadre-positif-9782802721468html>.

تاريخ الزيارة 2023/3/5 م

مشكلة البحث:

يقوم اختصاص القضاء الدستوري على النظر في مدى توافق العملية التشريعية مع النص الدستوري، وفي ظل تنامي ظاهرة التضخم التشريعي في الدول، وتنامي الحاجة إلى ضرورة وجود رقابة فاعلة على دستورية القوانين، فقد شهد القضاء الدستوري تطوراً ذهب فيه أبعد من مجرد الحكم بالدستورية أو عدم الدستورية على النص القانوني، بل خاطب المشرع بشكل غير مباشر من خلال تضمين أحكامه الملزمة قواعد ومبادئ قانونية جديدة تساهم في تصحيح النص التشريعي، أدى إلى طرح إشكالية رئيسية متمثلة في الطرح التالي:

هل هنالك دور إنشائي حقيقي للقاضي الدستوري أم لا؟

وهذه الإشكالية تفرع عنها عدة تساؤلات تمثلت فيما يلي:

أولاً: ماهي العوامل والظروف التي ساعدت على نشوء فكرة الدور الإنشائي، وهل الدور الإنشائي هو مجرد فكرة أم شعار؟ وهل هنالك تطبيقات عملية لهذا الدور وأين كانت بداياته؟

ثانياً: إن القول بوجود دور إنشائي للقاضي الدستوري، قد يثير حساسية المشرع لما فيه من خرق لمبدأ الفصل بين السلطات، مما يثير التساؤل عن ضرورة وجود ضوابط لممارسة القاضي الدستوري دوره الإنشائي من خلال الرقابة على دستورية القوانين.

ثالثاً: هل يكون للقاضي ممارسة دوره الإنشائي بشكل تلقائي؟ أم أن هنالك حالات من مخالفة التشريع للدستور هي التي تعطي القاضي الدستوري المجال لطرح أفكار ومبادئ جديدة، تدخله من خلالها في إطار العملية التشريعية بطريقة توجيهية غير مباشرة؟

رابعاً: ماهي أدوات القاضي الدستوري التي تساعد على ممارسة الدور الإنشائي؟ وما مدى عمق هذه الفكرة في التشريع المقارن؟ وهل مارس القاضي الدستوري السوري هذا الدور وأخذ بتلك الفكرة بشكل فعلي؟

فرضيات البحث:

- إن مبدأ سمو الدستور، وخضوع الدولة بسلطاتها الثلاث وبشكل خاص السلطة التشريعية لهذا المبدأ، كان هو الأساس في ظهور الدور الإنشائي الخلاق للقاضي الدستوري.
- إن ضرورة توافق النص التشريعي مع النص الدستوري من جهة، وضرورة أن يواكب الدستور التطورات المتسارعة والمتنامية للمفاهيم المعاصرة للحقوق والحريات المحمية دستورياً، في ظل ثبات النص الدستوري وصعوبة تعديله، أعطى القاضي الدستوري الفرصة لخلق مفاهيم ومبادئ جديدة معاصرة، تساعد على تأمين فهم وحماية أكبر للحقوق والحريات، مستنداً على التفسير الدستوري كأداة رئيسية في إعطاء الدستور آفاق أبعد.
- إن فكرة الدور الإنشائي للقاضي الدستور هي فكرة غير مقننة بعد، إلا أنها بدأت بالظهور بشكل تدريجي وتنامت تلك الفكرة في مختلف الدول، انطلاقاً من مبدأ جوهري وهو أن الغاية من الرقابة على دستورية القوانين ليس إلغاء النص التشريعي المخالف، وإنما الحفاظ على سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات بشكل أفضل.
- إن ممارسة القاضي الدستوري للدور الإنشائي لا يجب أن يكون بالشكل الذي يتعدى فيه القاضي الدستوري على مبدأ فصل السلطات، ولا يجب أن يثير حساسية المشرع، فليس هنالك خلاف بينهما، وإن أي نص قانوني يولد بقرينة الدستورية¹ ومن الأفضل إثبات تلك القرينة عند نظر القاضي الدستوري في دستورية قانون ما قد طعن بعدم دستوريته.

أهداف البحث:

- الوصول إلى ضوابط الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، في ظل غياب التقنين له.
- تحديد أدوات ممارسة القاضي الدستوري للدور الإنشائي.

¹ قرينة الدستورية: هي افتراض قانوني يفيد بأن القانون الذي يصدر عن السلطة التشريعية (البرلمان) مطابق للدستور ولا يخالفه.

أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية البحث في ضرورة إلقاء الضوء على التطور الكبير لدور القاضي الدستوري في الحياة الدستورية وفي حماية مبدأ سمو الدستور، دون إثارة حساسية السلطة التشريعية، ودون أن يكون الهدف من الرقابة على دستورية القوانين هي إلغاء النص القانوني المخالف للدستور فقط.

فالقاضي الدستوري بممارسته للدور الإنشائي ذهب أبعد من مجرد المقارنة والبحث عن نقاط التوافق والاختلاف ما بين النص التشريعي والنص الدستوري، إلى تحديد نقاط الخل والنقص في التشريع، ومحاولة تضمين الحكم مبادئ وقواعد جديدة، وتوجيهات غير مباشرة للمشروع بتصويب العملية التشريعية على هدى تلك الأحكام، مستنداً بشكل أساسي على الحجة المطلقة التي يمنحها الدستور للأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري.

الدراسات السابقة:

د. علي محمد الغماري. الدور الإنشائي للقاضي الدستوري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، بدون نشر، 2019.

تناولت الدراسة السابقة بدايات ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري وماهيته، وتحديد ضوابطه، واعتماد القاضي الدستوري على التفسير بشكل رئيسي لممارسة هذا الدور، ودور القاضي الدستوري في تحقيق التوازن في المجتمع من خلاله، وتناول الباحث دراسة دور القاضي الدستوري في خلق وإنشاء قواعد ومبادئ قانونية من خلال ممارسته الرقابة على التناسب والغلو في التشريع والانحراف أي استعمال السلطة، والقيود الموضوعية والذاتية التي تحد من فاعلية هذا الدور، وذلك من خلال البحث في أحكام القضاء الدستوري في عدة دول أهمها الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا ومصر.

وقد أحاط المؤلف بمعظم جوانب الموضوع، إلا أنه أغفل تحديد الضوابط الحاكمة للدور الإنشائي القاضي الدستوري، وتحديد مداخل تدخل القاضي الدستوري في ممارسته لهذا الدور.

منهجية البحث:

تناول الباحث دراسة الدور الإنشائي للقاضي الدستوري من خلال منهجين:

- المنهج الأول: المنهج التأصيلي (الاستقرائي) من خلال دراسة الجزئيات التي يقوم عليها الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.
- المنهج الثاني: المنهج التحليلي (الاستنباطي) من خلال تحليل أحكام القضاء الدستوري في العديد من الدول، للوصول إلى فكرة متكاملة عن الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

أقسام الرسالة:

قام الباحث على تقسيم الرسالة إلى فصلين رئيسيين، متبوعين بخاتمة تبين أهم النتائج التي تم التوصل إليها في الرسالة، وأهم التوصيات وفق ما يلي:

الفصل الأول: الجانب التأصيلي للدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

المبحث الأول: نشأة الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

- المطلب الأول: العوامل المساعدة على ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

- المطلب الثاني: بدايات ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

المبحث الثاني: ضوابط الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

- المطلب الأول: الضوابط العامة للرقابة على دستورية القوانين.

- المطلب الثاني: الضوابط الخاصة الحاكمة للدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

الفصل الثاني: الجانب التطبيقي لممارسة القاضي الدستوري للدور الإنشائي

المبحث الأول: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في حالات مخالفة التشريع للدستور وأدواته.

- المطلب الأول: مخالفة التشريع للدستور.

- المطلب الثاني: التفسير كأداة رئيسية في ممارسة القاضي الدستوري للدور الإنشائي.

المبحث الثاني: تطبيقات الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في التشريع المقارن

- المطلب الأول: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الدول الغربية.

- المطلب الثاني: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الدول العربية.

الفصل الأول

الجانب التأصيلي للدور الانشائي للقاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم:

يتربع الدستور قمة الهرم القانوني في أي دولة، راسماً الخطوط الرئيسية لوجه الدولة، من تحديده لنظام الحكم، والسلطات العامة في الدولة، واضعاً القيود والحدود التي تمارس وظائفها ضمنها، بالشكل الذي يحمي فيه الحقوق والحريات العامة، التي تعتبر روح وجوهر النص الدستوري ابتداءً، فالدستور ومن بعده القانون إنما وجد ضمناً وصوناً لتلك الحقوق والحريات المتأصلة في الوجود الإنساني.

وقد وجدت الرقابة على دستورية القوانين كضامن أساسي لترسيخ مبدأ سمو الدستور، والذي يمسى مبدأً وهمياً إذا لم يكن هناك هيئة مؤهلة، مستقلة تتولى الرقابة على مدى توافق أعمال السلطة التشريعية مع الدستور.

ونظراً لطبيعة النص الدستوري، وصعوبة تعديله أو تغييره بما يتناسب مع المتغيرات الحياتية المتسارعة (اقتصادية واجتماعية وسياسية) من جهة، وانحراف السلطة التشريعية عن تلبية تطلعات الشعب أحياناً، أو اغفالها عن بعض النقاط مما يؤدي إلى اهدار بعض الحقوق المنصوص عليها دستورياً من جهة أخرى، يثير التساؤل عن مراقبة القاضي الدستوري للإغفال التشريعي مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة عمل الرقابة الدستورية و جوهرها في ضبط ايقاع عمل السلطة التشريعية، بما يوافق النص الدستوري وطبيعة الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري في معرض ممارسته لواجباته، كل تلك النقاط قادت إلى ظهور دور إيجابي خلاق للقاضي الدستوري، يذهب أبعد من مجرد الحكم بالدستورية أو عدم الدستورية على النص القانوني، و إنما

يتضمن في طياته توجيهاً للمشرع على هدى التفسير المعمق للنص الدستوري، لاستجلاء حقوق

قد يشير إليها النص الدستوري، دون أن ينص عليها بشكل صريح.

من هنا سوف نعالج في هذا الفصل نقطتين أساسيتين بمبحثين:

المبحث الأول: نشأة الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

المبحث الثاني: ضوابط ممارسة القاضي الدستوري للدور الإنشائي.

المبحث الأول

نشأة الدور الانشائي للقاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم:

وزعت الدساتير في الأنظمة السياسية المختلفة الوظائف في الدولة بين ثلاث سلطات (تشريعية وتنفيذية وقضائية) وقد وضعت الدساتير لتلك السلطات الثلاث حدوداً دقيقة لا يجوز لها تجاوزها، وأعطى كل سلطة منها استقلالها عن غيرها من جهة، وفرض نوع من التعاون والرقابة بين تلك السلطات من جهة أخرى، على أساس أن السلطة تحد أو توقف السلطة¹.

ولما كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سمو الدستور أصلاً مقررًا و حكمًا لازماً لكل نظام ديمقراطي سليم، فقد وجب على كل سلطة، مهما علا شأنها وأياً كانت وظيفتها أن تخضع لقواعد الدستور وتلتزم حدوده، ولما كانت السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع، وفي معرض ممارستها لمهامها التشريعية يجب أن تأتي معبّرة عن حاجات ومتطلبات الشعب المتغيرة، و ضمن الإطار الدستوري وبشكل منسجم مع النص الدستوري شكلاً وروحاً، فقد ظهرت الحاجة لوجود جهة رقابية على العملية التشريعية لضمان التزام المشرّع باحترام نصوص الدستور، إلا أن تعقد الأمور المجتمعية بصورة متزايدة، بشكل أعجز السلطة التشريعية في أي دولة عن ممارسة مهامها بالشكل الأمثل، دون الوقوع في بعض المخالفات الدستورية، و التعدي في تشريعاتها على حقوق و حريات الأفراد المحمية دستورياً، وهذا ما أظهر بشكل جلي

¹ انظر د. حسن البحري، النظم السياسية المقارنة، الطبعة الثالثة، جامعة دمشق 2019، ص 12.

أهمية دور القاضي الدستوري في حماية و صون تلك الحقوق والحريات من التعدي عليها تشريعياً سواء كان ذلك التعدي إيجابياً أم سلبياً.

إن ظهور دور إنشائي للقاضي الدستوري لم يكن وليد ظرف عابر، وإنما تجمعت عدة ظروف وأسباب قادت إلى ممارسة القاضي الدستوري لدوره الخلاق، منها ما يرجع إلى طبيعة وخصائص النص الدستوري بشكل عام، ومنها ما يعود إلى الظروف السياسية التي تمر بها الدول، والتي تختلف من دولة إلى أخرى، وفي الدولة ذاتها من فترة إلى أخرى.

إن اختلاف التجربة الدستورية من دولة لأخرى، أوجد طرقاً للرقابة على دستورية القوانين، اختلفت باختلاف الأنظمة الدستورية المقارنة¹، وهذا ما أنتج تفاوتاً في مدى سير الرقابة الدستورية على التشريع، ومن ثم تفاوتاً في الخبرات التراكمية لدى القاضي الدستوري الناتجة عن الممارسة الحقيقية لتلك الرقابة، وبالتالي اختلاف في أبعاد دور القاضي الدستوري وصلاحياته عند ممارسته لمهامه الرقابية، فقد أبدع القاضي الدستوري في الولايات المتحدة في خلق دور انشائي له في وقت مبكر، أسس لتلك الفكرة، لذلك تعتبر المحكمة العليا الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية صاحبة الفضل الكبير في إِبْصَارِ العالم لهذا الدور الخلاق للقاضي الدستوري. وسوف نعالج هذه الأفكار من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: العوامل المساعدة على ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

المطلب الثاني: بدايات ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

المطلب الأول

العوامل المساعدة على ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري

إن التطبيق العملي لفكرة الرقابة على دستورية القوانين أوجد عدة نقاط ذهب فيها القاضي الدستوري للبحث بشكل أعمق من المطابقة الحرفية بين النصين الدستوري والتشريعي، فقد أصبح ينظر إلى الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري بوصفها مورداً متجدداً للمفاهيم القانونية في ظل التعامل مع الدستور كوثيقة تقديمية، مما مهد لظهور ملامح جديدة للرقابة الدستورية أهمها ظهور دور إنشائي للقاضي الدستوري والذي كان ثمرة لعدة عوامل سوف نببحثها من خلال الفروع التالية:

- الفرع الأول: خصائص النص الدستوري.
- الفرع الثاني: حجية الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري.
- الفرع الثالث: العوامل السياسية والإغفال التشريعي.

¹ د.حسن البحري. القضاء الدستوري (دراسة مقارنة) الطبعة الثانية، بدون نشر، 2021 ص4.

الفرع الأول

خصائص النص الدستوري

تعد القواعد الدستورية الانعكاس الحقيقي للفلسفة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية السائدة في الدولة، والنص الدستوري في أي دولة يأتي بالقواعد العامة الأساسية التي ترسم السياسة العامة للدولة ونظام الحكم والسلطات فيها، والتي تختلف من دولة لأخرى تبعاً لاختلاف التجارب التي مرت بها، وهذا يعطي النصوص الدستورية مقاماً أسمى عن باقي القواعد القانونية، وهو ما عرف بمبدأ سمو الدستور¹، استناداً إلى طبيعة ومضمون قواعده (سمو موضوعي)، وتلك المكانة السامية لا تعود فقط إلى طبيعة موضوعاته، وإنما إلى الشكل و الإجراءات التي يوضع و يعدل بها، فليس من الصواب أن يكون تعديل أو تبديل الدستور أمراً متاحاً أمام أي تغيير (سمو شكلي)، وهذا يسم النص الدستوري بالثبات والاستقرار وصعوبة التعديل، ويعطي الدستور حصانة في مواجهة السلطة التشريعية، فلا يمكن أن تعدي على الدستور بالإلغاء أو التعديل. إضافة إلى ذلك فإن النص الدستوري يأتي بألفاظ تتميز بالعمومية والشمول والمرونة، وترسم الخطوط الرئيسية للفلسفة العامة السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يجب أن تنتهجها السلطة التشريعية، متضمنة توجيهات يتعين على المشرع مراعاتها، تاركةً له قسطاً وافراً من

¹ يسلم رجال الفقه والسياسة معاً بمبدأ سمو الدستور، وإن دساتير الدول قد أشارت إليه صراحة، إلا أن النص على هذا المبدأ أول مرة كان في دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر عام 1787م وذلك في المادة السادسة منه إذ جاء فيها (هذا الدستور، وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر وفقاً 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 قانون أي ولاية يكون مخالفاً لذلك) د. حسن البحري القانون الدستوري، الطبعة الثالثة، جامعة دمشق 2017، ص 511.

الحرية لكي تتلاءم تشريعاته مع المتغيرات الجديدة، وتفتح المجال أمام المشرع وتعطيه المجال لممارسة دوره التشريعي بأريحية معينة، وهذه اللغة العامة هي التي تعطي القضاة المرونة الكافية ليواجهوا أوضاعاً لم يتوقعها الدستور، أو حتى لم تكن تثار أساساً لولا تخلي السلطتين التشريعية والتنفيذية عن واجباتهم الدستورية، فالذين صاغوا الدستور صاغوه بلغة عامة، فالدستور يترك للمشرع قسطاً وافراً من الحرية حتى تلائم تشريعاته الظروف الجديدة المتغيرة، والتي قد تكون خارج دائرة الحساب من قبل واضعي الدستور، وإن اتسام النص الدستوري بالعمومية يؤدي أثره أيضاً في مجال عمل القاضي الدستوري، من خلال اعتماده على عملية التفسير لاستجلاء المعاني والمقاصد الحقيقية التي سعى المشرع للوصول إليها، في معرض ممارسة القاضي الدستوري لدوره في النظر بدستورية القوانين، فاللغة العامة والفضفاضة المستخدمة في الدستور مقصودة من قبل المشرع الدستوري، من خلال وضع الكليات التي تحمل طابع الاجمال والعموم، بصورة تعطي المجال للتفسير المرة من قبل المشرع والجهة المكلفة برقابة دستورية القوانين وهذا يمثل نقطة هامة في انطلاقة الدور الإيجابي للقاضي الدستوري، وعلى سبيل المثال جاء التعديل الدستور الأول لدستور الولايات المتحدة الأمريكية ضامناً لحرية التعبير، دون أن يحدد تفاصيل تلك الحرية، إلا أن القضاء الدستوري الأمريكي أعطى هذا الحق بعد آخر في قضية (تكساس ضد جونسون لعام 1989م)¹ بشأن قضية إحراق العلم الأمريكي، وأقرت المحكمة فيه بأن إحراق

¹ تتلخص وقائع القضية في قيام مواطن يدعى "غريغوري لي جونسون" بإحراق العلم الأمريكي أمام مبنى بلدية مدينة دالاس في ولاية تكساس عام (1984) احتجاجاً على سياسات الرئيس الأمريكي "رونالد ريغان"، مما أدى إلى القبض عليه وإدانته بانتهاك قانون الولاية الذي يُجرّم تدنيس الأشياء المقدسة (بما فيها العلم). وصدر قرار المحكمة العليا متمثلاً في حكم تاريخي ومثير للجدل صدر بأغلبية 5 أصوات مقابل 4، قضت فيها المحكمة العليا بأن إدانة "جونسون" غير دستورية، وأن إحراق العلم هو عمل تعبيرى محمي دستورياً، واعتبر القضاء أن التعبير لا يقتصر على الكلمات المكتوبة أو المنطوقة، بل يمتد ليشمل الأفعال والتصرفات الهادفة إلى إيصال رسالة سياسية، وأرست المحكمة مبدأً أساسياً في التفسير الدستوري ينص على أنه: "لا يجوز للحكومة حظر التعبير عن فكرة معينة لمجرد أن المجتمع يجد هذه الفكرة مسيئة أو بغیضة" راجع الموقع الرسمي لحكومة الولايات المتحدة الأمريكية:

علم الولايات المتحدة الأمريكية هو شكل من أشكال التعبير الرمزي والخطاب الرمزي المحمي دستورياً بموجب التعديل الدستوري الأول، وقالت المحكمة بأن حرية التعبير تحمي الأفعال التي قد يجدها المجتمع سيئة للغاية، ولكن استياء المجتمع وحده لا يبرر قمع الحرية.

و القاعدة الدستورية هي بالنهاية قاعدة قانونية، فهي قاعدة عامة ومجردة وملزمة، ورغم الخلاف الفقهي حول الإقرار بالقيمة القانونية للقاعدة الدستورية¹، إلا أن المنطق يقول: بما أن القواعد القانونية العادية التي يصدرها البرلمان أو السلطة التنفيذية تعتبر قواعد قانونية، فإن القواعد الدستورية قواعد قانونية أيضاً، لأن القواعد القانونية العادية تستند في إصدارها إلى القواعد الدستورية وتستمد منها صفتها الإلزامية، ولا يتصور أن يكون الفرع (القاعدة القانونية العادية) متمتعاً بالصفة القانونية ويحرم منها الأصل (القاعدة الدستورية)، وإلا ترتب على غير ذلك أن تسيطر قواعد غير قانونية على القواعد القانونية، ويترتب على ذلك أن تفقد القواعد القانونية العادية قوتها الإلزامية، لأنه لا يستساغ أن تستمد تلك القواعد قوتها الإلزامية من قواعد غير ملزمة.²

وإضافة إلى ما سبق ومن ناحية ثانية فإن هنالك فكرة متمثلة في وجود مبادئ عليا غير مدونة في الدستور ساهمت بالتأثير في عمل القاضي الدستوري، من منطلق أن مبدأ المشروعية،

<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/educational-activities/first-amendment-activities/texas-v-johnson/facts-and-case-summary-texas-v-johnson>.

تاريخ الوصول 2026/5/4 م.

¹ قال جانب من الفقه من أتباع المدرسة الشكلية ومنهم الفقيه الإنكليزي (جون أوستن) على أن القاعدة الدستورية لا تعد قاعدة قانونية بالمفهوم الصحيح، وذهب جانب آخر من أتباع المدرسة الاجتماعية ومنهم الفقيه الفرنسي (ديجي) إلى القول بإضفاء الصفة القانونية للقاعدة الدستورية. راجع الدكتور حسن البحري، القانون الدستوري، الطبعة الثالثة، 2017 م ص 45 و ما بعدها.

² د. حسن البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة عين شمس 2006 م، ص 18.

يقضي بخضوع الدولة، حكماً ومحكومين لسلطة القانون، ومن المسلمات أن المشرع ملزم باحترام الدستور، وليس له أن يضع قانوناً مخالفاً لأحكامه.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل لا بد أن يكون التشريع ومن قبله الدستور، متفقاً مع المبادئ العليا التي تسيطر على الدستور، والتي سار واضعوا الدستور على هداها.

إن القول بوجود تلك المبادئ أثار خلافاً فقهياً حول قيمتها القانونية والواقعية، والتي تختلف باختلاف الأنظمة، فيما إذا كانت حقاً تقيد المشرع، ويكون للقضاء الامتناع عن تطبيق تشريع يخالفها، رغم عدم مخالفته للنص الدستوري.

ويزيد من الأمر صعوبة أن فكرة المبادئ العليا ما زالت مبهمة، لأن الكثير من قواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدالة مبهمة، ولا وجود لإطار تشريعي كافٍ لجمع وحصر كافة حقوق وحريات الأفراد التي لا يقف تطورها وتنوعها عند حد معين، بل هي قابلة للتنوع والتطور مع تطور المجتمعات بمختلف مجالاتها وتنظيمها، إضافة لوجود فكرة هامة وهي أن النص على بعض الحقوق والحريات في الدستور لا يعني التقييد أو التخلي عن ما عداها، وبالتالي لا بد من وجود حد أدنى من قواعد العدالة والقانون الطبيعي.

واختلف الفقه هنا في النظرة لتلك المبادئ العليا في اتجاهين:

فجانب من الفقه القانوني (أنصار القانون الطبيعي)¹ قالوا إن للإنسان حقوق طبيعية اكتسبها لمجرد كونه إنسان، هي سابقة لنشأة الدولة، وليس للدولة أن تضع قيوداً عليها سوى ما هو

¹ د، عبد الحميد متولي، مقالة بعنوان مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، مجلة كلية الحقوق للعلوم القانونية والاقتصادية، مج8، ع4، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، عام 1959 ص21.
Duguit leon. La loi constitutionnelle. Première partie, troisième édition, p201.

ضروري لكفالة حرية المجتمع و صون حقوقه بشكل عام مثل (الحق في الحياة وحق الحرية)، وهي ما يعبر عنها بالمبادئ العليا أو فوق الدستورية.

وجانب فقهي آخر وعلى رأسهم الفقيه دوجي، الذي يرى أنه من الضروري وضع قيود ورسم حدود على سلطة الدولة، وتكون أعلى من سلطتها، لأنه لا يمكن أن تكون هذه القيود والحدود من صنع الدولة ذاتها، وتلك القيود ماهي إلا مجموعة من المبادئ العليا التي يعبر عنها بالقانون الأعلى أو المبادئ العليا، والتي تفرض على المشرع الدستوري و العادي طاعتها¹.

رغم الجدل الفقهي بشأن القيمة القانونية لتلك المبادئ²، ورغم وجود اتجاه فقهي يقول بأن تلك المبادئ لا تتجاوز كونها أفكاراً فلسفية، وقيماً أدبية سياسية، وليس لها قيمة قانونية، إلا أن الرأي الغالب يقر بأنه ثمة مبادئ عليا على المشرع (سواء كان مشرع دستوري أم عادي) التقيد بها، والواقع العملي أظهر أنه عندما يشوب التشريع شيء من اللبس والغموض، بحيث يحتمل أكثر من تفسير، تفسير يتفق مع تلك المبادئ، وآخر يتعارض معها، فإن التفسير الذي يجب أن يأخذ به القاضي الدستوري هو التفسير الذي يتوافق مع المبادئ العليا التي باتت وحدة قياس أمام القاضي الدستوري³.

إن عدم تدوين تلك المبادئ، وتغير مدلولها، وغموضها أحياناً، وعدم وجود معيار موضوعي واضح لتحديد وحصر تلك المبادئ، هو ما يعطي القاضي الدستوري الفضاء الرحب، لممارسة

¹ Duguit leon. Droit constitutionnel, première partie, deuxième édition, p515.

² قال الفقيه (هوريو) بأن هناك عدة مبادئ أساسية تعلق الدستور مقاماً و من باب أولى تعلق التشريعات العادية، وتلك المبادئ ليس هنالك حاجة للنص عليها برأيه، إذ أنها تعد من المبادئ المسيطرة على القانون العام و منطقية ضمناً في أحكام الدستور، وإن لم ينص عليها صراحة. بينما يقول الأستاذ (كاريه دي مالبورج) أنه لا وجود لمبادئ دستورية تلزم الدولة باحترامها قانوناً، إلا تلك المبادئ المبينة بتشريعها الدستوري. د. عبد الحميد متولي، مقالة بعنوان مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، مرجع سابق. ص 41 و ما بعدها.

³ المرجع السابق. ص 52 و 53.

دور خلاق في رحاب تلك المبادئ العليا التي تتجاوز في حدودها الدستور المدون، وذلك بهدف الوصول إلى روح القانون، والحفاظ عليها.

وقد ظهرت قيمة المبادئ العليا غير المدونة بشكل جلي في قضاء المحكمة الدستورية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، واستقرت على حقيقة وجود مبادئ عليا غير مكتوبة أعلى من الدستور، مستنداً على التعديل الرابع عشر¹ والتفسير الموسع له للحكم بعدم دستورية قانون ليس لأنه خالف نص دستوري وإنما لمخالفته المبادئ الأساسية العليا، والتي يعتبر الدستور تعبيراً حقيقياً عنها، وبما أن الدستور ألزم المشرع باتباع الطريق الواجب قانوناً، فإن ذلك يعني التزام المشرع بإسباغ روح القانون الطبيعي على القانون الوضعي، فإذا خالف القانون الوضعي القانون الطبيعي فإنه يجب أن يوسم بعدم الدستورية حتى لو كان متفقاً مع نصوص الدستور، وقد عبر عن ذلك الفقيه جاك لامبير بقوله (إن القضاة الأمريكيين يعتبرون أن الدستور لا يقرر سوى قواعد وإجراءات مطابقة للقانون الطبيعي، وما يفعله القاضي في الحقيقة هو أن يحمل المشرع على احترام ما وراء تلك الإجراءات المقررة بالدستور، وهي المبادئ العليا التي تهدف النصوص والإجراءات الواردة بالدستور إلى إقامتها وتنفيذها²).

وتظهر القيمة القانونية الحقيقية والواقعية لتلك لمبادئ في نطاق عمل القاضي الدستوري عند البحث في عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية³، أي البحث في مخالفة المشرع لروح الدستور والمبادئ العليا فوق الدستورية.

¹ تم إقرار التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي عام 1868 متضمناً ما يلي: لا يجوز للولايات أن تضع أو تنفذ قانوناً يتضمن انقاصاً للمزايا أو الضمانات التي ينتفع بها المواطنون في الولايات المتحدة، كما لا يجوز أن يحرم شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته دون اتباع الطريق الواجب قانوناً.

² LAMBERT (Jacques).histor constitutionnelle de l'union americaine. 1930 tome 8N .P376- 374.

³ يختلف عيب مخالفة التشريع للدستور عن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية:

الفرع الثاني

حجية الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري

ذهبت معظم الأنظمة الدستورية إلى إعطاء القضاء الدستوري سلطة الحكم بإلغاء القانون المطعون بعدم دستوريته، متى ثبت أنه مخالف للقواعد الدستورية، ويكون الحكم الصادر عن القاضي الدستوري هنا ذو حجية مطلقة، ويحسم النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة وبصورة نهائية.

إن تقرير الحجية المطلقة للأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري، يتوافق مع الغاية من فكرة الرقابة على دستورية القوانين، إذ تتطلب معطيات الرقابة الدستورية من القاضي الدستوري في الكثير من الأحيان أن يمارس دوراً إنشائياً من خلال اعتماده التفسير الدستوري والتشريعي بشكل قد يضيف على النص معاني جديدة، لا تخرج عن روح النص والنظام العام الدستوري، ومما رسخ هذا الدور هو أن أحكام القضاء الدستوري تصدر باسم الشعب وتنتشر في الجريدة الرسمية وتكون ملزمة لكافة السلطات في الدولة وغير قابلة لأي طريق من طرق المراجعة¹.

فمخالفة التشريع للدستور يكون في حال صدر تشريع يخالف نص دستوري بشكل واضح وجلي (كأن يصدر تشريع يسلب المواطنين الحق في التعبير بحرية عن رأيهم)
 أما الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يكون في حال صدر تشريع ينتقص من تلك الحقوق التي يحميها الدستور (كأن يصدر تشريع ينقض من حقوق الأفراد في التعبير بحرية عن آراءهم).
¹ نص قانون المحكمة الدستورية العليا في سورية رقم 7 لعام 2014م على أثر وحجية الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري وذلك في المواد التالية:

نصت المادة 48 على أن: "أحكام المحكمة مبرمة وغير قابلة للطعن".
 المادة/49/ على: "أحكام المحكمة وقراراتها ملزمة لجميع السلطات في الدولة.
 بـ تنشر الأحكام والقرارات الرسمية المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية .."

بذلك يصل العلم للسلطات العامة في الدولة وخاصة السلطة التشريعية أن قانوناً ما قد تم الغاؤه لسبب محدد، لتبادر بذلك السلطة التشريعية لإصدار تشريع خالٍ من العيوب التي أدت إلى إلغاء ما سبق.

وهنا نصل إلى نتيجة بأن آثار الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا لا تنحصر على أطراف النزاع، بل تتعداهم إلى الغير، وهذه الحجية المطلقة لأحكام المحكمة تجعل تلك الأحكام نهائية، لا يمكن مراجعتها أو الجدل فيها.

إضافة إلى النص دستورياً وتشريعياً على الحجية المطلقة للأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في مختلف الأنظمة الدستورية، فقد جاء القضاء الدستوري مرسخاً للحجية المطلقة لأحكامه، شارحاً أبعادها، و على سبيل المثال أكد القضاء الدستوري في مصر في أحد أحكامه على أن الحجية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري لا تقتصر فقط على منطوق الحكم، بل تمتد لتشمل الشروح والمعاني التي أعطاها القاضي الدستوري للنص التشريعي، والتي أقام على أساسها حكمه بدستورية أو عدم دستورية النص القانوني، وهذا ما جاء به الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 35 لعام 1994¹ وفق ما يلي:

(وحيث إن من المقرر أنه إذا حددت المحكمة الدستورية العليا - بطرق الدلالة المختلفة - معنى معيناً لمضمون نص تشريعي، منتهية من ذلك إلى الحكم برفض المطاعن الدستورية الموجهة إليه، فإن هذا المعنى يكون هو الدعامة التي قام عليها هذا الحكم، لتمد إليه مع المنطوق الحجية المطلقة والكاملة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل

¹ انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، في القضية رقم 35 جلسة 1994/8/14، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية الجزء الرابع ص 53.

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-35-Y9.html>

تاريخ الزيارة 2022/6/26 م.

الدستورية باعتبارهما متضامين وكلا غير منقسم. ولا يجوز بعدئذ لأية جهة - ولو كانت قضائية - أن تعطي هذا النص معنى مغايراً يجاوز تخوم الدائرة التي يعمل فيها محدداً إطارها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، وإلا كان تصرفها ساقطاً ومنعدماً).

من منطوق الحكم السابق يؤكد القضاء الدستوري على حجية الحكم الصادر عنه تجاه كافة السلطات، والتزام كافة السلطات حتى بالمعاني التي جاء بها حكم القاضي الدستوري بالنسبة للنص القانوني المطعون بدستوريته.

رغم اختلاف أسلوب الرقابة على دستورية القوانين ما بين الرقابة القضائية والرقابة السياسية إلا أن أحكام وقرارات الجهة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين تنال الحجية المطلقة، ومن المعلوم أن المجلس الدستوري الفرنسي هو هيئة سياسية غير قضائية، مكلفة بالرقابة على دستورية القوانين، فإن قرارات المجلس الدستوري ذات حجية مطلقة وغير قابلة للطعن وملزمة لكافة السلطات في الدولة.

وهذا ما جاء به الدستور الفرنسي النافذ وتعديلاته لعام 2008م بالنص على أن: (كل حكم يقضى بعدم دستورية قانون على أساس المادة 61 لا يمكن إصداره أو تطبيقه، ويبطل القانون الذي صدر حكم يقضي بعدم دستوريته على أساس هذه المادة، اعتباراً من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري، أو من تاريخ لاحق يحدده القرار، ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يمكن فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها هذا الحكم).

من هذه النقطة تحديداً، يمكننا الكشف عن دور أحكام القضاء الدستوري في توجيه المشرع والمشاركة بصورة غير مباشرة في العملية التشريعية، ليكون بذلك مشرعاً من الدرجة الثانية.

الفرع الثالث

العوامل السياسية والاغفال التشريعي

تعتمد الحقوق والحريات في ضمانها على الكيفية التي ينظم بها الدستور تلك الحقوق والحريات والصلاحيات الممنوحة للسلطات الثلاث والعلاقة بين الفروع التي تباشرها.

ولما كانت السيادة الشعبية لا يجوز مباشرتها بصورة مباشرة من قبل الشعب، بل عن طريق ممثليه المنتخبين، إلا أن الواقع العملي أثبت أن السلطة التنفيذية بحكم أغليبيتها البرلمانية تسيطر على المناقشات البرلمانية، مما يدفع الممثلين إلى خيانة إرادة الشعب أو إساءة التعبير عنها امتثالاً لتحقيق مآرب المتنفيدين في الدولة، وبالتالي لم تعد قيمة حقوق الأفراد عائدة إلى تعداد أو إحصاء الحقوق في الوثيقة الدستورية والتشريعات، بل يجب أن يكفل الدستور الانتقال من مبدأ فصل السلطات، إلى مبدأ ضمان الحقوق عن طريق الرقابة الدستورية، فالسلطة التشريعية لم تعد حرة تماماً في إقرار والغاء القوانين، بل مقيدة بعدم الإخلال بالضمانات الدستورية، فهي ليست مرجعاً نهائياً لتفسير الدستور، بل يجب أن تكون السلطة التشريعية مسؤولة دائماً أمام الجهة الرقابية والتي من المفترض أن تكون بعيدة تماماً عن العمل السياسي.

والأصل العام أن البرلمان هو صاحب السلطة الرئيسي في العملية التشريعية، باعتباره نائباً وممثلاً عن الأمة، إلا أن الواقع الاجتماعي والاقتصادي و السياسي، وطبيعة العلاقة المتبادلة بين كل من السلطتين التشريعية و التنفيذية، أدت إلى تضائل فرص المؤهلين وذوي الخبرة

القانونية في الوصول إلى البرلمان، مقابل وصول القادرين على التمويل والإنفاق، وإقامة العلاقات لتحقيق غايات ومصالح فئات محددة، وقدرتهم على التأثير على رأي الشعب، بحيث أضحي تكوين البرلمان غالباً من أعضاء يفتقرون إلى عمق الرؤية وبعد النظر بمصالح وطنهم، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن وجود نوع من الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، والتي تؤدي إلى تأثير السلطة التنفيذية في تكوين البرلمان وآلية سير العمل البرلماني، والمشاركة في التشريع، قاد إلى تمرير الكثير من القوانين غير المنضبطة دستورياً، والتي تخفي عيوباً دستورية مستترة، تنال من حقوق الأفراد وحرياتهم، ويدق على غير المتخصصين بالشأن القانوني ملاحظتها، لأن المتخصصين بالشأن القانوني غالباً ما تساعدهم قدراتهم العلمية على ملاحظة تبعات النص القانوني قبل أن يخضع للتطبيق العملي، وذلك بعكس حال باقي أفراد من غير العاملين بالمجال القانوني.

إضافة إلى أن الحياة السياسية والسياسات الاقتصادية في بعض الدول مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية (على سبيل المثال وليس الحصر) أدت إلى نشوء جماعات متنفذة (جماعات الضغط¹) ينشأ بينها صراع مصالح، تحاول فيه كل جماعة دفع البرلمان باتجاه تشريع معين، يكرس تلك المصالح، فالمعروف أن الحكومة عندما تضع مشروع قانون فإنها غالباً ما تسعى لإعداد مشروع يتماشى مع برنامجها السياسي ويتبعه تصويت في البرلمان الذي غالباً ما تسيطر

¹ جماعات الضغط أو اللوبي أو جماعات الحملات أو جماعات المصالح أو جماعات الاهتمامات الخاصة، تستخدم أشكالاً متنوعة من التأثير للتأثير على الرأي العام وقد تؤثر على السياسة. وقد أدت دوراً مهماً في عملية تطوير الأنظمة السياسية والاجتماعية وما زالت. وتهدف جماعات الضغط هنا إلى محاولة التأثير على أحد أعضاء السلطة التشريعية لدعم قضيتهم من خلال التصويت بقرار لصالحهم في المجلس التشريعي. أمثلة على ذلك:

- اللوبيات الإثنية (فرنسا): يتمتع اللوبي الأرمني بنفوذ كبير على الحكومة الفرنسية، مما يؤثر على رؤيتها وسياساتها الخارجية تجاه تركيا، وفقاً للمركز الأوروبي لدراسات مكافحة الإرهاب والاستخبارات.
- منظمات أرباب العمل (تونس والمغرب): تمارس تأثيراً مباشراً على صياغة القوانين الاقتصادية والاجتماعية من خلال الحوار مع الحكومة.
- اللوبي الصيني (الولايات المتحدة): رغم صغر حجمه، ينجح في توجيه القرارات السياسية لخدمة مصالح معينة داخل الولايات المتحدة.

عليه الأغلبية المؤيدة للحكومة مما ينعكس بالنتيجة على سلامة وجودة العملية التشريعية، مما يستدعي وجود دور للقاضي الدستوري يتخطى مجرد الحكم بإلغاء القانون غير الدستوري.

كل تلك المعطيات العملية، فرضت على القاضي الدستوري الذهاب أبعد من مجرد المقابلة والمقارنة بين النصين الدستوري والتشريعي، والاتجاه للبحث عن روح الدستور، واستجلاء معانيه المستترة، ليكون بذلك مشرعاً من الدرجة الثانية، لكي يعيد العملية التشريعية إلى نصابها الدستوري السليم.

فعلى سبيل المثال كانت الظروف السياسية التي مرت بها الولايات المتحدة الأمريكية السبب في أن يلعب القضاء الدستوري فيها دوراً محورياً في الوقوف في وجه البرلمان والحكومة التي كانت تتجه لصبغ التشريع بصبغة اشتراكية، وقد تكرر هذا الاتجاه بالأحكام الصادرة عنه بعدم دستورية التشريعات ذات النزعة الاشتراكية، والتي تتنافى مع الصبغة الفردية الرأسمالية التي تمثل روح الدستور الأمريكي¹.

إن تدخل القاضي الدستوري لممارسة دور إنشائي والتأثير على العملية التشريعية لم يكن فقط في حالة تنظيم المشرع لموضوع ما بشكل مخالف للدستور، وإنما وجد مجالاً واسعاً في الحالة التي يغفل بها المشرع عن واجباته، سواء كان ذلك بشكل كلي أو جزئي.

فعند قيام المشرع بتنظيم موضوع معين، فإن هذا التنظيم يجب أن يكون متكامل الجوانب، مراعيًا كافة الضمانات الدستورية التي من شأنها تحقيق أكبر قدر من الحماية لحقوق الأفراد وحياتهم، وبالتالي فإن امتناع المشرع عن تنظيم ذاك الموضوع أو تنظيمه بشكل غير كاف يؤدي إلى خلل من شأنه الانتقاص من حقوق الأفراد وحياتهم، وبالتالي يشكل مخالفة دستورية، وهي ما أطلق

¹ عبد الحميد متولي، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير الدستورية، جامعة الإسكندرية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، عام 1959، ص78،

عليها الفقه مصطلح الاغفال التشريعي، والذي يمكن تعريفه بأنه: (تنظيم المشرع لأحد الموضوعات تنظيمًا قاصراً وغير متكامل، بإغفال أحد جوانب الموضوع على النحو الذي يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع، وعدم تفعيل أحد نصوص الدستور)¹.

والقول بانفراد السلطة التشريعية بالعملية التشريعية ضمن الحدود الدستورية يؤدي إلى القول بأن اتخاذ السلطة التشريعية موقفاً سلبياً من ممارسة اختصاصها الدستوري وامتناعها عن القيام بمهامها التشريعية يعتبر اغفلاً تشريعياً ومخالفاً لأحكام الدستور وبالتالي يستوجب الرقابة، والتي تكون هنا رقابة على السكوت التشريعي.

وهذا يطرح سؤالاً هاماً. هل يمارس القاضي الدستوري الرقابة على الاغفال التشريعي؟

قد اختلف رجال القانون هنا بين رأيين:

الأول: رفض الرقابة على الإغفال التشريعي، فيقول الاستاذ عبد العزيز محمد سالم: " إن التدخل لتنظيم الموضوع محل التشريع أو عدم التدخل لتنظيمه يعد من أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع، وبالتالي لا تعد من قبيل الإغفال التشريعي ولا صلة بين الحاجة للتشريع ودستوريته، والحاجة إلى التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص المشرع وحده²."

ويقول الاستاذ عبد الحفيظ علي الشيمي: في حالة السكوت المطلق نكون أمام غياب كلي للقاعدة القانونية، ولهذا ليس من السهولة القول بامتداد الرقابة على هذا السكوت المطلق، لأن ذلك يعني حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير عدة أمور منها، مدى

¹ جواهر عادل عبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016 ص 22.

² عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 109.

الحاجة للقانون، مدى ضرورة هذا القانون، تقدير الظروف الملائمة لصدوره، وهذه أمور من سمات السلطة التقديرية للمشرع.

الثاني: يؤيد الرقابة على الإغفال التشريعي، ويقول أنصار هذا الرأي أن العمل التشريعي مهما كان متقناً سوف يعتريه نقص وقصور، فهو بالنهاية عمل بشري، وقيام المشرع بتنظيم مسألة بصورة منقوصة يرتب فراغ تشريعي، لا يتوافق مع ضرورة التزام المشرع بممارسة اختصاصه التشريعي. وبالتالي يقودنا إلى الإقرار بأهمية الرقابة على الإغفال التشريعي، والتي مارسها القضاء الدستوري بشكل فعلي في عدة أحكام، فلدينا على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية الألمانية في 23 أيار لعام 1969م والذي قضت فيه بعدم دستورية النص التشريعي الذي لم يحدد حق الأبناء غير الشرعيين في الإرث رغم أن المادة 5/6 من الدستور الألماني¹ تكرس كفالة المساواة بين الأبناء الشرعيين والغير شرعيين من حيث كفالة الحقوق المادية والاجتماعية والمعنوية، حيث رأت المحكمة الدستورية أن مضي عشرين عام على نشر دستور 1949م تعد مدة كافية للمشرع باستيفاء واجبه المنصوص عليه صراحة و وضع الشروط القانونية الواجب توافرها في الأطفال الطبيعيين والأطفال غير شرعيين، وأنه من غير المقبول استمرار النقص إلى نهاية المدة الدستورية للبرلمان.

وكانت عندها المدة المتبقية للبرلمان هي 6 أشهر استطاع خلالها البرلمان وضع مشروع قانون يستوفي فيه تنظيم كافة الجوانب المتعلقة بحقوق الأطفال الغير شرعيين، محققاً لمبدأ المساواة،

¹ المادة 5/6 من دستور ألمانيا لعام 1949: يجب من خلال سن القوانين توفير الشروط المتكافئة لتمكين الأطفال غير الشرعيين من تطوير كيانهم الجسدي والروحي والتمتع بمكانتهم في المجتمع كغيرهم من الأطفال الشرعيين.

على هدى الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية، إلا أنه رغم ذلك قد فشل في إقراره لظروف سياسية¹.

وبمراجعة الحالة السابقة نستطيع لمس دور هام للقاضي الدستوري في توجيه المشرع لسد الفراغ التشريعي، أو اكمال النقص فيه بما يتوافق مع النص الدستوري، ليكون بذلك شارك بالعملية التشريعية بصورة غير مباشرة.

ومن خلال استقراء العوامل السابقة، يمكن القول أن العوامل السياسية التي قد تمر بها البلاد، من تغير في أنظمة الحكم، أو تغير النظام الانتخابي، و ظهور أحزاب جديدة أو تنامي قوة بعض الأحزاب وجماعات الضغط بصورة واضحة أو خفية، مع انتشار تيارات سياسية تسعى لتحقيق مصالح ضيقة لخدمة فئات محددة أو لتحقيق أجندات خارجية، كل هذه قد تؤدي إلى خلل في سير العملية التشريعية، وقد يكون هذا الخلل نتيجة عمل أو امتناع عن عمل من جانب المشرع، مما يشكل مخالفة دستورية، يستوجب وجود جهة مؤهلة ذات صلاحيات دستورية قادرة على الحفاظ على توافق النص التشريعي مع النص الدستوري، من خلال اصدار احكام قضائية ذات حجية مطلقة ملزمة لكل السلطات في الدولة ومنها السلطة التشريعية، وتلك الأحكام تصحح مسيرة المشرع فيما هو قادم، وبذلك يكون للقاضي الدستوري دور في العملية التشريع ولو بصورة غير مباشرة .

¹ كيلالي زهرة، الإغفال التشريعي والرقابة الدستورية عليه، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان 2013/2012، ص40.

المطلب الثاني

بدايات ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري

المعلوم أن مهمة القضاء تتمثل في حل النزاع المعروض بإعمال القاعدة القانونية، إلا أن القضاء بشكل عام (عادي، إداري)¹ ساهم في تطوير القاعدة القانونية، لأن نقاط الخلل والضعف لا تتوضح إلا عندما توضع القاعدة القانونية موضع التطبيق العملي، فجدوى القاعدة القانونية يبقى تحت الاختبار على ضوء النتائج الفعلية للتطبيق على أرض الواقع، فالحاجات المتنامية للمجتمع فرضت وجود حاجة متنامية لتطوير التشريع، كان القضاء فاعلاً في تلبية تلك الحاجة، وقد توضح هذا الدور بشكل كبير في نطاق القانون الإداري، كونه قانوناً غير مقنن، حيث وصف القضاء الإداري بالقضاء الخلاق للقواعد القانونية.

وكان لهذا الدور أثره أيضاً لدى القاضي الدستوري، فلم يقتصر عمله على الفصل في النزاع المعروض عليه بتطبيق النص بشكل حرفي وجامد، بل تعدى ذلك ومارس دوراً هاماً في توجيه السلطة التشريعية بشكل غير مباشر، منشئاً بعض القواعد القانونية التي لم يتطرق لها المشرع، استناداً إلى سلطته التقديرية الواسعة التي استقاها من طبيعة النصوص الدستورية التي تنسم بالعمومية.

وسنستعرض في هذا المطلب بدايات ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في كل من الولايات المتحدة وفرنسا من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الثاني: ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في فرنسا.

¹ (ساهم القاضي العادي في تطوير وتقنين القانون المدني في مصر، فقد نقل القانون عن القضاء عدة نظريات مثل نظرية الاثراء بلا سبب ونظرية الضرر المباشر و الضرر الأدبي)

الفرع الأول

ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية

جاء الدستور الأمريكي مكرساً بمواده القليلة¹ وعباراته المختصرة مفهوم السيادة الشعبية من خلال مقدمته الشهيرة التي جاء فيها (نحن شعب الولايات المتحدة الأمريكية)، ومؤكداً بذلك على واجب كافة السلطات في العمل على حماية حقوق وحرّيات المواطنين ضمن الحدود التي رسمها الدستور لكل سلطة، وضماناً لمبدأ سمو الدستور فقد أنشئت المحكمة الدستورية العليا الأمريكية عام 1789 وانعقدت لأول مرة في عام 1790، إلا أنها وخلال عقد من الزمن لم تستطع اثبات نفسها بشكل فاعل ومؤثر، إلا أن تلك الحال بدأت تتغير من عام 1801م.

وفي ظل عمومية وغموض النص الدستوري من جهة، وغياب فكرة السوابق القضائية من النظام القضائي الأمريكي، فقد وجد القاضي الدستوري نفسه في حاجة لإثبات أهمية الدور المنوط به كمراقب رئيسي على تفسير الدستور الاتحادي، وحماية مصالح وحقوق وحرّيات الأفراد والاجتهاد في حال قضت الضرورة لإيجاد الحل الأمثل للنزاع المعروض عليه، من خلال ممارسة دور إيجابي تمخض عنه إقرار مبادئ وحقوق جديدة، اختلفت فيها الطرق التي سلكها إلا أنها أدت إلى نتيجة واحدة وهي إرساء العديد من المبادئ التي لم يكن لتتم سوى بتعديل دستوري.

د.علي محمد الغماري، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، بدون نشر، 2019. ص46.

¹ جاء الدستور الأمريكي لعام 1787 ب 7 مواد وتلاه 27تعديل.

توضحت معالم هذا الدور بشكل رئيسي في قضية مشهورة وهي (قضية ماربوري ضد ماديسون) والتي من خلالها أعطى القضاء الأمريكي لنفسه الحق في رقابة دستورية القوانين رغم أن الدستور الأمريكي لم ينص في أي من مواده أو تعديلاته على حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين، بدأت أحداث القضية بعد الانتخابات الرئاسية التي جرت في شهر نوفمبر لعام 1800م والتي هزم فيها الرئيس جون آدمز¹، وبعد تلك النتيجة شعر الاتحاديون أن مكتسباتهم السابقة باتت مهددة بالانتكاس على أيدي جيفرسون وأنصاره من خلال تسليمهم بعض المراكز الحساسة.

واستغل الاتحاديين الفترة المتبقية إلى حين تولي الرئيس مهامه وقرروا ألا يتركوا مناصبهم حتى يشغلوا بعض المراكز الحكومية الثابتة وممن يحمل لواء سياستهم، للوقوف في وجه الرئيس والكونجرس الجديدين، واتجهوا بشكل رئيسي إلى السلطة القضائية لما تتميز مناسبتها من الثبات والاستقرار ولترفعها عن شبكات الصراع الحزبي والسياسي.

وكان يترأس المحكمة الدستورية العليا حينها القاضي (أوليفر ايلزورث) والذي ساءت أحواله الصحية، فقرر أن يتنحى عن عمله في رئاسة المحكمة، وقدم استقالته قبل استلام الرئيس الجديد مما فتح المجال أمام الرئيس آدمز أن يضع من يتولى الدفاع عن الاتحاديين، وعين القاضي (جون مارشال) رئيساً للمحكمة العليا، وبدأ بعدها الاتحاديون مخططهم لتدعيم نفوذهم في السلطة القضائية، و قاموا بإنشاء ست محاكم إقليمية جديدة، وتبعه تعيين ستة عشر قاضياً جديداً، وأنقص عدد القضاة في المحكمة العليا من ستة إلى خمسة حتى لا تمنح الحكومة الجديدة مجالاً لتعيين عضو جديد في تلك المحكمة إذا توفي أحد أعضائها خلال حكم

¹ كان جون آدمز من حزب الاتحاديين المنادين بتقوية الحكومة الوطنية المركزية و توسيع سلطاتها توماس جيفرسون فهو من الجمهوريين المعارضين للاتحاديين و من مؤيدي تدعيم سلطات الولايات استنادا للدستور الكونفيدرالي.. د.حسن البحري، القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، جامعة دمشق، الطبعة الأولى 2017م ص 91.

جيفرسون، وسارع حينها الرئيس (آدمز) لشغل تلك الوظائف بعدد من الشيوخ و النواب ممن لم يقدر لهم النجاح في الانتخابات الجديدة.

وقبل يومين من انتهاء ولاية الرئيس (آدمز) وقع على قرارات تعيين 42 قاضياً في مقاطعة كولومبيا، إلا أن الرئيس آدمز و وزيره مارشال نسيا في عجلة تلك الظروف تسليم بعض تلك القرارات إلى أصحابها، ومنها تعيين (ويليام ماربوري) قاضياً للصلح في مدينة واشنطن بمقاطعة كولومبيا لمدة خمس سنوات و تسلم الرئيس الجديد مهامه، طلب ماربوري وثلاث من رفاقه من وزير الخارجية الجديد (جيمس ماديسون) لتسليمهم قرارات التعيين، ولكن الوزير رفض الطلب، فرفع ماربوري ورفاقه دعوى أمام المحكمة العليا (برئاسة جون مارشال) طالبن منها إصدار أمر إلى وزير الخارجية ماديسون يلزمه بتسليم ماربوري و رفاقه قرارات التعيين، وهنا وجد مارشال نفسه في مأزق حرج، فلم يرد البدء بمعادة خط الإدارة الجديدة التي قد لا تنفذ أمر المحكمة وتتنزع بذلك هيبتها ومكانتها، ومن جهة أخرى لم يرد أن يكون بموقف المنسحب في أول جولة من جولات الصراع بينه وبين الإدارة الجديدة، وفي هذا المأزق تجلت براعة القاضي مارشال ومهارته القانونية والسياسية، فلا هو قضى لماربوري بتسليم قرار تعيينه، ولا هو سلم للإدارة بحقها في الامتناع عن هذا التسليم، وأصدر حكماً اعترف به بحق ماربوري وزملائه في التعيين، ولكنه رفض طلبهم بإصدار المحكمة أمراً لتسليم قرارات التعيين، وجاء هذا الرفض مبنياً على اعتبار عدم دستورية الفقرة 13 من قانون السلطة القضائية لعام 1789 م، والتي منحت المحكمة سلطة اصدار تلك الأوامر بصفة أصلية، باعتبار أن الدستور الأمريكي حدد اختصاصات المحكمة العليا على سبيل الحصر، ولم يكن من بينها إصدار هذه الأوامر بصفة أصلية، فان جاء المشرع بعد ذلك وأسند للمحكمة هذا الاختصاص فإنه يقع في دائرة عدم الدستورية، بسبب الحصر الذي نص عليه الدستور، وبالتالي تم استبعاد النص التشريعي لصالح النص الدستوري،

وأوضحت المحكمة العليا في حكمها أن القانون الصادر من البرلمان خلافاً لأحكام الدستور يعد باطلاً ولا أثر له، ويجب الامتناع عن تطبيقه، أسس هذا الحكم لفكرة سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين والتشريعات، وعزز القاضي مارشال آراءه بحجة مفادها أن الدستور يوجب على القضاة قبل مباشرة وظائفهم أن يقسموا يميناً على احترام نصوصه فكيف يمكن أن يجبروا على هذا القسم ثم يطالبوا بتجاهل تلك النصوص الدستورية اذا تعارضت معها النصوص التشريعية التي هي أدنى منها قيمة، فحرمان القضاة من الرقابة على دستورية القوانين معناه الحث باليمن وإهدار قيمته¹.

وظهر دور القضاء الدستوري الإيجابي أيضاً عند عدوله عن مبادئ لإقرار مبادئ أكثر حماية للحقوق وضماناً للحريات، فعلى سبيل المثال أقرت المحكمة العليا في قضية (بليسي ضد جيفرسون)² بجواز التمييز بين البيض والسود في عربات السكك الحديدية عام 1896 بقانون "منفصل لكن متساو"³، ثم عدلت عن موقفها هذا في حكمها بحظر التمييز بين البيض والسود في المدارس في قضية (براون)⁴ عام 1954، تأكيداً منها على حماية مبدأ لمساواة.

¹ انظر الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?Search=Marbury+and+Madison&type=Site> تاريخ الزيارة 2023/6/21 م.
انظر أيضاً الرابط ، القرار العظيم. كليف سلون ، دايفيد ماكين 2009PublicAffairs <https://ipfs.io/ipfs/bafykbzacecvgrkrb6idbur2lwvdhr4kgeteyccntdk6gpnif7yuqlb3vq3me?filename=Cliff%20Slon%2C%20David%20McKean%20-%20The%20Great%20Decision%20Jefferson%2C%20Adams%2C%20Marshall%2C%20and%20the%20Battle%20for%20the%20Supreme%20Court-PublicAffairs%20%282009%29.pdf> تاريخ الزيارة 2023/6/21 م.

² د. علي محمد الغماري. **الدور الانشائي للقاضي الدستوري (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق. ص 54.
³ فقد أصدرت المحكمة العليا حكم يدعم دستورية قوانين الولايات المتحدة التي تدعم الفصل العنصري في المرافق العامة تحت مذهب "منعزل لكن متساوي"، وكان هذا الحكم على خلفية الواقعة التي قام فيها هومر بليسي بشراء تذكرة للسكك الحديدية وجلس في سيارة مخصصة للبيض فقط، ورفض الانتقال إلى عربة السود، وتم القبض عليه لكونه خالف قانون الولاية الذي ينص على إنشاء مساكن متساوية ولكن منفصلة للبيض والسود وأطلق سراحه بكفالة في نفس اليوم، وقد خسر بليسي دعواه أمام المحكمة الابتدائية واستأنف أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية والتي قضت بعدم مخالفة قوانين الفصل بين البيض والسود طالما أن التسهيلات متساوية لكل من الطرفين.
⁴ رفع المدعي المسمى أوليفر براون دعوى قضائية جماعية ضد مجلس التعليم في توبيكا ، كانساس ، في عام 1951 ، بعد ان تم رفض دخول ابنته ليندا براون مدارس توبيكا الابتدائية المكونة من البيض بالكامل، في الدعوى التي رفعها، ادعى براون أن مدارس الأطفال السود لا تتساوى مع المدارس البيضاء، وأن الفصل العنصري ينتهك ما يسمى 'بند

واتسم قضاء المحكمة العليا الأمريكية بالمرونة مما أدى إلى إرساء العديد من المبادئ التي ماكنت لتتم إلا بتعديل دستوري كما في قضية مكولوتش (mcculloch) وفيه فسرت المحكمة العليا الدستور الأمريكي على نطاق واسع تأكيداً على أحد القوانين الفيدرالية، ففي عام 1816 أنشأ الكونجرس الأمريكي البنك الثاني للولايات المتحدة الأمريكية وفي عام 1818 أصدرت ولاية ميرلاند قانون يسمح بفرض الضرائب على البنوك، غير أن السيد مكولوتش رفض بصفته صراف البنك دفع الضرائب للولاية، و عندما نظرت المحكمة بالقضية عن طريق الاستئناف قضت بأن:

- الكونجرس يملك سلطة انشاء البنك.

-ولا تملك الولاية سلطة فرض الضرائب على ما تملكه الدولة الفيدرالية¹.

حيث أن المحكمة اعتمدت على تفسير الدستور بما يتعلق بسلطات الكونجرس، وتوصلت إلى أن هنالك سلطات ضمنية للكونجرس في الدستور ومنها سلطة إنشاء بنك مركزي، ورغم احتفاظ الولايات بحقها في فرض الضرائب إلا أنه ليس لسلوكها أن يسيطر على الدستور والقوانين الفيدرالية.

الحماية المتساوية' في التعديل الرابع عشر، والتي تنص على أنه لا يمكن لأي دولة 'أن تحرم أي شخص يخضع لولايتها القضائية من الحماية المتساوية للقوانين'.

تم عرض القضية أمام محكمة مقاطعة الولايات المتحدة في كانساس، والتي وافقت على أن الفصل في المدارس العامة كان له 'تأثير ضار على الأطفال الملونين' وساهم في 'الشعور بالدونية' ولكن استمر العمل بقانون منفصل لكن متساوي، وبعد ذلك عُرضت قضية براون وأربع قضايا أخرى تتعلق بالفصل بين المدارس أمام المحكمة العليا لأول مرة في عام 1952، جمعتها المحكمة في قضية واحدة تحت الاسم **براون ضد مجلس التعليم في توبيك** حيث حكم القضاة بالإجماع عام 1954 أن الفصل العنصري للأطفال في المدارس العامة غير دستوري، وإن التعليم 'المنفصل ولكن المتساوي' والخدمات الأخرى لم تكن، في الواقع، متساوية على الإطلاق

<https://ar.royalmarinescadetsportsmouth.co.uk/brown-v-board-education>

¹ <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?Search=mcculloch&type=Site>. انظر الرابط التالي لموقع المحكمة

الدستورية العليا للولايات المتحدة الأمريكية. تاريخ الزيارة 2023/7/18 م.

ومن الآراء القيمة في هذا المجال، نجد البروفيسور هانس كلسن أستاذ القانون الدستوري في جامعة كاليفورنيا يقول:

" إن القاضي الأمريكي مدعو إلى احقاق الحق في أي منازعة تعرض عليه وتقرير القانون الواجب تطبيقه عليها، فهو لا يقوم فقط بتطبيق القاعدة القانونية على الواقعة المعروضة عليه، وإنما ينشئ الحقوق من خلال اجتهاده في رأيه، فالقاضي يطبق القانون متى وجد النص، وفي حال عدم وجوده فلا بد له من البحث عن مصدر آخر، ويخلق وينشئ قاعدة جديدة باجتهاد."

الفرع الثاني

ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في فرنسا

يختلف أسلوب الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا عن غيرها من الدول، فقد أخذت فرنسا بأسلوب الرقابة السياسية¹ على دستورية القوانين، وعهدت إلى المجلس الدستوري² مهمة التحقق من مطابقة القانون للدستور، وقد حدد الدستور الفرنسي لعام 1958.م العديد من الاختصاصات للمجلس الدستوري³، مارس من خلالها المجلس اختصاصات هامة ذات طابع قضائي¹، كان

¹ - ويعهد هنا إلى المجلس الدستوري الرقابة على الدستورية، وهو هيئة سياسية من حيث تكوينه وهيئة قضائية من حيث اختصاصه، تتميز الرقابة السياسية على دستورية القوانين بأنها رقابة سابقة على إصدار القانون، فهي تباشر بعد سن القانون وإقراره من قبل البرلمان وقبل إصداره من رئيس الجمهورية، وهي رقابة وقائية، وتستمد أساسها من مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقوم على مبدأ أنه لا يجوز للسلطة القضائية التدخل في عمل السلطة التشريعية. د. حسن البحري، القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص47 وما بعدها.

- انظر أيضاً، د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، الإسكندرية، منشأة المعارف، طبعة 1990، ص125 وما بعدها.

- انظر أيضاً، د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، النظم السياسية والقانون الدستوري "دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني"، بيروت، الدار الجامعية، ط4، بدون تاريخ، ص900 وما بعدها.

² افرد الدستور الفرنسي باباً خاصاً للمجلس الدستوري وهو الباب السابع نص فيه على الأحكام المتعلقة بالمجلس وطبقاً لنص المادة/56 من الدستور الفرنسي لعام 1958 فإن المجلس الدستوري يتكون من تسعة أعضاء، تستمر مدة عضويتهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ويتجدد ثلث الأعضاء كل ثلاث سنوات، ويقوم رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ بتعيين ثلاث أعضاء. د. حسن البحري. النظم السياسية المقارنة، كلية الحقوق، جامعة دمشق ط3 لعام 2019م ص252.

³ نص الدستور الفرنسي لعام 1958.م في الفقرة الأولى من المادة /61/ من الدستور الفرنسي على:

أهمها الرقابة على دستورية القوانين، والتي ظلت رقابة سابقة على دستورية القوانين الأساسية والعادية، منذ إنشاء المجلس الدستوري، وحتى إقرار التعديل الدستوري الجديد لعام 2008م.

فيتم عرض القوانين التي يقرها البرلمان على المجلس الدستوري قبل أن يقوم رئيس الجمهورية بإصدارها وفي حال قرر المجلس الدستوري عدم مطابقة مشروع القانون مع أحكام الدستور فهنا نكون أمام فرضيين:

- **الفرض الأول:** أن يتضمن مشروع القانون المحال إلى المجلس الدستوري نصاً أو بنداً غير

دستوري ولا يمكن فصله عن مجمل هذا القانون، ففي هذه الحال لا يجوز لرئيس الجمهورية إصدار القانون الذي تقرر عدم دستوريته.

- **الفرض الثاني :** (وهو الأهم) أن يتضمن مشروع القانون المحال إلى المجلس الدستوري نصاً

غير دستوري، ويمكن فصله عن القانون ككل، ففي هذه الحالة يحق لرئيس الجمهورية إما أن

يصدر القانون فيما عدا النص المخالف للدستور، أو أن يطلب من مجلسي البرلمان إجراء

مداولة جديدة في مشروع القانون.²

" يجب أن تعرض على المجلس الدستوري القوانين العضوية (الأساسية) قبل إصدارها... ليقرر مدى مطابقتها للدستور".
" يجب أن تعرض على المجلس الدستوري ... اقتراحات القوانين المنصوص عليها في المادة 11/ قبل عرضها على الاستفتاء الشعبي... ليقرر مدى مطابقتها للدستور"

تنص المادة 46/ على: " لا يجوز إصدار القوانين الأساسية إلا بعد إقرار المجلس الدستوري بمطابقتها للدستور ".
ونصت الفقرة الثانية من المادة 61/ على: (يجوز لرئيس الجمهورية، أو للوزير الأول، أو لرئيس أي من مجلسي البرلمان، أو لستين نائباً من أعضاء الجمعية الوطنية، أو لستين شيخاً من أعضاء مجلس الشيوخ، التقدم بطلب إلى المجلس الدستوري لفحص مدى دستورية القوانين التي يقرها البرلمان قبل إصدارها).

¹ يمكن إجمال الاختصاصات القضائية للمجلس الدستوري الفرنسي في الأمور الآتية:

- الفصل في المنازعات المتعلقة بالانتخابات والاستفتاء.
- التحقق من احترام المجال المحدد لكل من القانون واللائحة.
- رقابة المجلس الدستوري على دستورية القوانين الأساسية.
- رقابة المجلس الدستوري على دستورية الاقتراحات بقوانين استثنائية.
- رقابة المجلس الدستوري على دستورية اللوائح الداخلية لمجلسي البرلمان.
- رقابة المجلس الدستوري على دستورية القوانين العادية.
- رقابة المجلس الدستوري للمعاهدات والتعهدات الدولية التي تستلزم إذن البرلمان لنفاذها.
- اختصاصات المجلس الدستوري بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق الدفع.

د.حسن البحري، القضاء الدستوري، المرجع السابق ص64 وما بعدها

²د. حسن البحري، القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية 2021م، ص 73.

وبالتالي فإن تلك المداولات التي يجريها مجلسي البرلمان تكون على هدى قرار المجلس الدستوري ولا يمكن بحال من الأحوال إقرار مشروع القانون على خلاف قرارات المجلس الدستوري.

ويتبين لنا من ذلك أن الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري هي رقابة وجوبية (ملزمة) وقد تكون جوازية، وهي سابقة على إصدار القوانين الأساسية واقتراحات القوانين المتعلقة بتنظيم السلطات العامة أو الإصلاحات المتعلقة بالسياسة الاقتصادية أو الاجتماعية للأمم، والخدمات التي تساهم في ذلك.

وتلك الرقابة هي سابقة على إصدار تلك القوانين، والرأي الصادر عن المجلس الدستوري في مدى دستوريته هو ملزم، ولا يجوز إصدار تلك القوانين إلا بعد مطابقتها للدستور.

وبقي اختصاص المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، مقصوراً على الرقابة السابقة على دستورية القوانين الأساسية والعادية، منذ إنشائه عام 1958م وحتى إقرار التعديل الدستوري الجديد بتاريخ 23 يوليو لعام 2008م، الذي تضمن عدد من الإصلاحات الجوهرية أهمها تعديل المادة 61/1 من الدستور بشكل يوسع من اختصاصات المجلس الدستوري ويمنح الأفراد حق الدفع بعدم دستورية أحد النصوص التشريعية، بمناسبة دعوى قضائية قائمة أمام إحدى الجهات القضائية، وفي حال تم قبول الدفع يتم إحالته إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة بحسب الحال، واللدان يملكان سلطة إحالته إلى المجلس الدستوري أو رفضه، ويعد النص الذي حكم بعدم دستوريته استناداً للمادة السابقة لاغياً من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من

¹ تنص المادة الفقرة الأولى من المادة 61 ((إذا ثبت أثناء دعوى قيد النظر أمام جهة قضائية، أن نصاً تشريعياً ينتهك أو يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، يمكن إخطار المجلس الدستوري بهذه الدعوى التي يفصل فيها في أجل محدد، بناءً على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض، ويحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة))

تاريخ لاحق يحدده هذا القرار، ويحدد المجلس الدستوري الشروط و الحدود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها النص¹.

من هنا يمكننا أن نستنتج أن للمجلس الدستوري دوراً غير مباشر في العملية التشريعية، وخاصة في ضوء التعديل الدستوري لعام 2008م، الذي يعد فتحاً جديداً في مجال القضاء الدستوري الفرنسي، من خلال إعطاء المجلس الدستوري حق إلغاء النص المحكوم بعدم دستوريته ليس من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري فقط، وإنما له الحق بتحديد تاريخ لاحق بإلغاء هذا النص الذي حكم بعدم دستوريته وذلك حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات، بالإضافة إلى إعطاء المجلس الدستوري سلطة تحديد الشروط و الحدود التي يتم فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها النص، حيث يوجه البرلمان إلى الطريق الذي يكون فيه القانون متطابقاً مع الدستور، وهنا تكون قد أدت المراجعة القضائية للمعايير التشريعية إلى زيادة مشاركة المجلس في صياغة التشريعات وإصدارها.

¹ نصت المادة 62 من الدستور الفرنسي لعام 1958م والمعدل عام 2008م ((النص الذي يصّرح بعدم دستوريته على أساس المادة 61-1/ يعتبر لاغياً من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري أو من تاريخ لاحق يحدده هذا القرار، و يحدد المجلس الدستوري الشروط التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها هذا النص))

المبحث الثاني

ضوابط الدور الانشائي للقاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم:

الأصل أن القضاء الدستوري يمارس دور رقابياً لضمان توافق التشريع مع الدستور، وذلك الدور الرقابي سواء أكان سابقاً على إصدار القانون أم لاحقاً له فإنه ساهم في خلق دور إيجابي وسلطة مستترة غير مباشرة على البرلمان، يمارسها القاضي الدستوري عند أداء مهامه الرقابية، وتلك السلطة لا يمكن أن تكون مطلقة، بل لابد من أن تلتزم بحدود ضوابط معينة تجنبه الاصطدام مع السلطة التشريعية من جهة، أو تفريغ الرقابة من معانيها من جهة ثانية.

وتالياً للاصطدام مع السلطة التشريعية، انتهى القضاء الدستوري في مختلف الأنظمة المقارنة إلى وضع قيود ذاتية على سلطته في الرقابة على دستورية القوانين من الناحية الموضوعية.

ومن هذه القيود قيد قرينة الدستورية بحسبانها أساساً لعمل القاضي الدستوري، وقيد عدم امتداد الرقابة إلى بواعث التشريع، وعدم امتدادها إلى الأعمال السياسية، وعدم بحث القضاء الدستوري في ملائمت التشريع¹، إذ بسط سلطته على ملاءمة وسائل التشريع مع أهدافه من دون البحث في بواعث التشريع، باعتبارها محجوزة للبرلمان، ورقابتها هي خرقاً لمبدأ فصل السلطات، وإنَّ الغرض الأساسي من وضع هذه القيود على سلطة القضاء الدستوري هو إتاحة المجال أمام المشرع لممارسة سلطته التقديرية في رسم السياسة العامة للدولة.

¹ إيهاب حيدر، رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة دمشق 2024 م. ص3.

إن حداثة القول بذلك الدور الإنشائي، وعدم الإقرار به بشكل صريح يقود إلى البحث بين النصوص الدستورية والقوانين الناظمة لعمل المحاكم الدستورية وأروقة المحاكم الدستورية عن الضوابط التي تنظم الدور الإنشائي.

وهنا لا بد من التركيز على جانبين رئيسيين سوف نعالجهما في المطلبين التاليين وهما:

- المطلب الأول: الضوابط العامة للرقابة على دستورية القوانين.
- المطلب الثاني: الضوابط الخاصة الحاكمة للدور الإنشائي للقاضي الدستوري.

المطلب الأول

الضوابط العامة للرقابة على دستورية القوانين

يرعى الدستور العلاقة ما بين السلطة والحرية من خلال القيود والضوابط التي يفرضها على السلطات (تشريعية وتنفيذية وقضائية)، حيث تنظم تلك الضوابط عمل السلطات حتى لا تتجاوز في عملها المفاهيم والقيم التي يحميها الدستور، سواء أكان ذلك بالإهمال أو بالإسراف أو الخطأ. وفي ضوء ممارسة السلطة التشريعية لمهامها بشكل فعلي على أرض الواقع، ظهرت الحاجة إلى وجود جهة تمارس الرقابة على دستورية القوانين، لضمان توافق النص التشريعي مع النص الدستوري، وتمخّض عن ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، وما تخلله من عملية تفسير موسعة للنص الدستوري، ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، وإن القول بوجود هذا الدور يفترض وجود ضوابط محددة تحكم هذه العملية الرقابية.

من هنا كانت الحاجة إلى وضع ضوابط على عملية الرقابة الدستورية بشكل عام، وعلى العملية الخلّاقة التي يمارسها القاضي الدستوري بشكل خاص، مع الحفاظ على استقلال الجهة التي تمارس الرقابة على دستورية القوانين بكل ديناميكية، دون أي تحكم من أي جهة، حيث عملت المحاكم الدستورية على تنظيم عملها بضوابط ذاتية ضمن الإطار العام الدستوري لها.

وهذا ما سوف نتطرق له من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الرقابة الدستورية بين التلقائية والدعوى.

الفرع الثاني: القواعد العامة التي تحكم عملية الرقابة الدستورية وصلاحيات القاضي الدستوري.

الفرع الأول

الرقابة الدستورية بين التلقائية والدعوى

قد اختلفت الدول في تنظيم تحريك الرقابة على دستورية القوانين، فأعطت تشريعات بعض الدول الحق لكل ذي مصلحة سواء من الأفراد أو الهيئات، الحق بالطعن في دستورية قانون ما.

بينما اقتصر تشريعات أخرى على منح هذا الحق على بعض الهيئات دون الأفراد، وهذا يختلف تبعاً لاختلاف التجارب التاريخية لكل دولة، وتصوراتها المستقبلية بأبعادها السياسية.

وتباينت الدول أيضاً في تنظيم ممارسة الرقابة ما بين النص في الدستور على تحديد تلك الجهات المخولة بتحريك الرقابة الدستورية، وبين ترك تنظيمها للمشرع.

فمن ذلك مثلاً نص الدستور السوري لسنة 2012م الملغى بموجب قرار الإدارة الجديدة¹ بعد نجاح الثورة في 2024/12/8 على تحديد حصري للهيئات التي يحق لها الطعن بعدم دستورية أحد القوانين قبل إصدارها، حيث أعطي هذا الحق لكل من رئيس الجمهورية وخمس أعضاء مجلس الشعب¹، ولم يكن هنالك بعد حل المحكمة الدستورية العليا أي تعديل على الوضع القانوني للمحكمة الدستورية، أو تعديل على الجهات التي لها الحق بالطعن بعدم دستورية نص قانوني.

فالمشرع الدستوري السوري ومن بعده قانون المحكمة الدستورية العليا لم يعط الأفراد الحق برفع دعوى أصلية أو مبتدأة أمام المحكمة الدستورية لإثبات مخالفة نص قانوني أو مرسوم تشريعي للدستور، أي لم يفتح باب الطعن بعدم دستورية القوانين والمراسيم التشريعية واللوائح والأنظمة

¹ نصت المادة 47 من الإعلان الدستوري الصادر في 13 آذار لعام 2025 على:

- تحل المحكمة الدستورية العليا القائمة وتنشأ محكمة دستورية عليا جديدة.
- تتكون المحكمة الدستورية العليا من سبعة أعضاء يسميهم رئيس الجمهورية من ذوي النزاهة والكفاءة والخبرة
- تنظم آلية عملها واختصاصاتها بقانون.
-

بطريق مباشر أمام الأفراد، وإنما جعله بطريق غير مباشر عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية أمام المحاكم، كما أن المشرع لم يعط المحكمة الدستورية العليا الحق بالنظر في دستورية أي نص قانوني من تلقاء نفسها، احتراماً لمبدأ فصل السلطات، وعدم تدخل المحكمة في عمل السلطة التشريعية المنتخبة و المعبرة عن إرادة الشعب.

بينما الدستور المصري لعام 2019م ترك للمشرع تحديد تفاصيل تنظيم عمل المحكمة الدستورية، حيث صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم/48/لعام 1979 والذي نظم فيه المشرع بالمادة (29)² الجهات المخولة بتحريك الرقابة على دستورية القوانين، ولم يسمح لها بالتعرض من تلقاء نفسها لفحص دستورية قانون ما، وإنما اقتصر ذلك على الدفع الفرعي من الخصوم أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، في حال تراءى لتلك المحكمة أو الجهة جدية الدفع.

وأعطى أيضاً هذا الحق للمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي بشرط وجود دعوى منظورة وشك بعدم دستورية نص قانون أو لائحة لازمة للفصل في النزاع.

ومن جهة أخرى نجد ألمانيا على سبيل المثال ونتيجة للتكوين الاجتماعي والسياسي والاقتصادي والظروف التاريخية التي مرت بها، قد ذهبت بعيداً في العمل على تأمين وحماية الحقوق الواردة في الوثيقة الدستورية، وأكدت أن الأحكام الدستورية المتخصصة بالحقوق الأساسية لا تهدف فقط إلى حماية هذه الحقوق، بل إنها تنشئ للمستفيد منها حقوقاً شخصية

¹ راجع المادة /147/ فقرة 1/ من الدستور السوري الصادر سنة 2012.

² نصت المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم/48/لعام 1979 على: تتولى المحكمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي: (1) إذا تراءى لأحدى 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 الدستورية 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 و رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاد لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا.

ذاتية مصدرها الدستور مباشرة، وبالتالي فهي تنشئ للفرد المستفيد مركزاً قانونياً ذاتياً يخوله مطالبة كل جهة عامة باحترام الحقوق الأساسية.

وشدد الدستور الألماني لعام 1949م في المادة/93/ على حماية الحقوق الأساسية عن طريق الشكوى الفردية¹ أمام المحكمة الدستورية الاتحادية، وأعطى لكل شخص ذي صفة ومصلحة الحق في الشكوى الدستورية الفردية بشرط التقيد بالإجراءات والشروط المحددة قانوناً.

وبالتالي بأن حق الأفراد بالشكوى الدستورية الفردية بات حقاً دستورياً تم تنظيم استعماله بموجب قانون المحكمة الدستورية الاتحادية ونظامها الداخلي، بيد أن المشرع الألماني عدّ أن للشكوى الدستورية الفردية الصفة الاحتياطية في علاقتها مع طرق الحماية القضائية الأخرى، فهي ليست خياراً ينتمي إلى خيارات التقاضي الأخرى، وإنما هي الخيار الأخير الذي لا يمكن استعماله إلا إذا كان ضرورياً ولازماً لحماية الحقوق الأساسية².

² عرفت المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا الشكوى الدستورية بأنها: دعوى قضائية غير عادية متاحة لكل شخص بهدف التصدي لاعتداءات السلطة العامة على حقوقه الشخصية، أو الحقوق الأخرى التي ترتقي إلى قيمة الحقوق الأساسية المصونة في الدستور. د. سعيد نحيلي مقال بعنوان (الحماية القضائية للحقوق الأساسية في ألمانيا-الشكوى الدستورية الفردية نموذجاً) منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، العدد الأول' المجلد 2-2022.

الفرع الثاني

القواعد العامة التي تحكم عملية الرقابة الدستورية وصلاحيات القاضي الدستوري

رغم اختلاف أساليب تنظيم الرقابة على دستورية القوانين، واختلاف الجهات القضائية¹ التي يعهد لها بمهمة الرقابة على دستورية القوانين والتنظيم الدستوري والقانوني لها، إلا أن هنالك مجموعة من الخطوط العريضة التي لا يحيد عنها القاضي الدستوري في ظل ممارسته لدوره في السعي للتوفيق بين سيادة الدستور من جهة ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصهما دون عائق من جهة أخرى.

وأهم تلك الخطوط ما يلي:

- أولاً: تتطلب مهمة الرقابة على دستورية القوانين من القاضي الدستوري أن ينظر إلى الدستور كوحدة متكاملة متناسقة بشكل يخدم الأهداف والنهج الذي يعمل الدستور على تحقيقه ضماناً للوحدة العضوية لنصوص الدستور، فلا يعمل على تفسير نص دستوري بشكل منعزل عن الإطار الدستوري العام².

- ثانياً: التأكيد على مبدأ سمو الدستور، والتأكيد على أن كافة نصوص الدستور هي في مرتبة قانونية واحدة، ولا يجوز تفضيل نص دستوري على آخر حتى مع تفاوت الأهمية.

¹ تختلف دساتير الدول في تحديد الجهات القضائية التي يعهد إليها القيام بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، فهناك اتجاه يعهد بتلك المهمة إلى جميع المحاكم في الدولة وهو ما يسمى "لامركزية الرقابة" مثل الولايات المتحدة الأمريكية، ومنهم من يعهد بتلك المهمة إلى جهة قضائية واحد "مركزية الرقابة" سواء أكان يعهد بذلك إلى أعلى محكمة في النظام القضائي العادي مثل سويسرا، أو يتم إنشاء محكمة خاصة لتلك المهمة مثل سوريا.

د حسن البحري، القضاء الدستوري مرجع سابق ص83 وما بعدها.

² "نصوص الدستور لا تنهزم أو تتناثر ولا تنعزل عن بعضها، بل يضمها رباط منطقي يوفق بين معانيها، ويزيل شبهة تعارضها، ويكفل اتساقها و الأغراض النهائية التي يقوم الدستور على تحقيقها، وهو ما يرد نصوص الدستور إلى وحدة عضوية تتواصل أجزاؤها، ويفترض ذلك تألفها في معانيها، وتضافرها في توجيهاتها"

د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، الإسكندرية، مصر، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، 2003. م.ص384.

- ثالثاً: القاضي الدستوري عند الفصل في دستورية قانون ما فإنه ينظر نظرة شاملة لكل نصوص الدستور انطلاقاً من المقدمة أو الديباجة والتي تعرّف بهوية الشعب وأسس الدولة التي ناضل الشعب لترسيخها مع مختلف الظروف والأزمات والأهداف التي يسعى لتحقيقها على مستوى السياسة الداخلية والخارجية، فلا يفصل المقدمة عن النتائج ولا الفروع عن الأصول، ولا يقوم بتجزئة النصوص الدستورية، لتبقى بذلك نظرتة أكثر اتصالاً مع التوجه العام للدولة.
- رابعاً: إن الأوضاع الشكالية التي يطلبها الدستور بالنسبة للنصوص التشريعية هي جميعها أوضاع شكالية جوهرية، فلا مجال للقول بأن هنالك أوضاعاً جوهرية وأخرى ثانوية في الوثيقة الدستورية، فكل ما نص عليه الدستور هو جوهرى وبنفس الدرجة من الأهمية.
- خامساً: يتوجب على القاضي عند النظر في الوقائع المطروحة أمامه ألا يتجاهل القيم الكامنة في النصوص الدستورية والحقائق التاريخية التي أنتجتها.
- سادساً: عندما يقرر القاضي الدستوري عدم دستورية نص قانوني فإن هذا لا يتطلب إثبات أن إرادة المشرع قد اتجهت لمخالفة الدستور والخروج عنه، فحالات مخالفة التشريع للدستور متعددة قد تكون ناتجة عن خطأ السلطة التشريعية في التقدير أو خطأ في تفسير نصوص الدستور، وقد تكون في تخلي السلطة التشريعية عن واجبها الدستوري في تنظيم بعض الحقوق والحريات مما يؤدي إلى اهدارها.
- سابعاً: لا يجوز للقاضي الدستوري أن يحكم بإلغاء النصوص القانونية بذريعة أنها لم تحمل قيماً تقدمية تساعد على تطوير المجتمع، أو أن القانون لم يتفق مع القانون المقارن، في حال لم يكن هنالك مخالفة للدستور، لأن الثابت ليست واحدة عند الدول جميعاً، فهي تختلف باختلاف التجارب التاريخية والظروف السياسية، وكل ذلك بشرط ألا يمس ذلك بالثوابت الإنسانية التي لا يختلف عليها، ومن النقاط الأساسية أيضاً هي أن القاضي الدستوري لا يملك أي سلطة بالنسبة للقوانين

الاستفتاءية، التي تطرح على الاستفتاء الشعبي، باعتبار أن الشعب هو مصدر السلطات كافة وقد كشف عن ارادته بشكل صريح وبالتالي يجب الخضوع لإرادته، وقد نهج القضاء الدستوري على هذا النهج عملاً بالمادة 148 من الدستور السوري الملغى لعام 2012، و بذلك يكون المشرع السوري قد تأثر بوجهة نظر المشرع الفرنسي بشأن استثناء القوانين الاستفتاءية من رقابة المجلس الدستوري لكونها تعبر عن السيادة الشعبية في أدق صورها.

- ثامناً: من أهم النقاط التي يجب ذكرها هو افتراض دستورية النصوص القانونية المطعون فيها¹.

أما بالنسبة لصلاحيات والسلطات المخولة للقاضي الدستوري في ممارسته لدوره الرقابي على دستورية القوانين، فإنه يختلف من دولة إلى أخرى، إلا أنه يمكننا الإيجاز عن تلك السلطات كما يلي:

1 - الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري: وهنا تقف سلطات القاضي عند إهمال القانون

غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه في القضية المنظورة دون أن يحكم بإلغائه، ويكون حكم القاضي الدستوري هنا ذا حجية نسبية.

2 إصدار أوامر المنع: وبموجب هذا الأسلوب يمكن لأي فرد أن يلجأ إلى المحكمة المختصة

ويطلب منها وقف تنفيذ أي قانون على أساس أنه غير دستوري، وتطبيقه سوف يؤدي إلى إلحاق

الضرر، فإذا ثبت للمحكمة المختصة صحة الادعاء، تصدر أمراً إلى الموظف أو الجهة

المختصة بعدم تنفيذ الأمر الصادر إليه تحت طائلة المساءلة الجنائية، ويعتبر القضاء الأمريكي

هو القضاء الوحيد الذي يأخذ بأوامر المنع.

بالنسبة للمشرع السوري، لم يفتح باب الطعن بعدم دستورية القوانين والمراسيم التشريعية والأنظمة

بطريقة مباشرة أمام الأفراد، فلا يجوز للأفراد رفع دعوى أصلية أو مبتدأة أمام المحكمة

¹ د. عوض المرّ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، المرجع سابق ص 384 وما بعدها.

الدستورية العليا بقصد إثبات أن نصاً قانونياً يخالف الدستور، وإنما يجب أن تكون هنالك دعوى مرفوعة أمام إحدى جهات القضاء (العادي أو الإداري) ثم يطبق قاضي الموضوع النص القانوني الذي يحكم النزاع، ويصدر قراره في هذا الشأن، وبعد ذلك يحق لأحد الخصوم أن يدفع أمام المحكمة الأعلى درجة (محكمة الاستئناف أو محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا) بعدم دستورية النص القانوني الذي طبقته محكمة الدرجة الأولى، وبالتالي لابد من توافر شرطين الصفة والمصلحة بالنسبة للأفراد الذين يدفعون بعدم الدستورية¹.

3 إصدار الأحكام التقريرية: ونجده أيضاً في القضاء الأمريكي ويكون عندما يلجأ مواطن إلى المحكمة الدستورية طالباً منها حكماً تقريرياً بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه، وعلى ضوء حكم المحكمة يقرر تنفيذ القانون من عدمه.

4 إلغاء القانون المخالف للدستور: وهنا تكمن دقة وخطورة المهمة الموكلة للقاضي الدستوري، حيث يعطى صلاحية الحكم بإلغاء القانون في حال ثبتت مخالفته للدستور، ويكون الحكم هنا ذا حجية مطلقة وبالتالي فإنه يحسم النزاع بصورة نهائية.

وقد استند الباحث على هذه الجزئية الهامة في توضيح أحد جوانب الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، لأن تلك الحجية المطلقة للحكم الصادر عن القضاء الدستوري بإلغاء القانون المخالف للدستور يمنع السلطة التشريعية من إعادة طرح مثل ذاك القانون وذلك تجنباً للرجح على أضعف تقدير.

¹ د.حسن البحري، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص166 وما بعدها.

المطلب الثاني

الضوابط الخاصة الحاكمة للدور الإنشائي للقاضي الدستوري

إن فاعلية الرقابة على دستورية القوانين تنبع بشكل أساسي من مدى استقلال المحكمة وحيثتها في ولوج الطريق الأسلم للفصل بالنزاعات ضمن الإطار الدستوري، ومن هنا تواترت أحكام القضاء الدستوري المقارن، على وضع عدة ضوابط وقيود ذاتية في أحكامها تتلاءم مع ظروف العمل، وطبيعة وحساسية المهمة الملقة على عاتق القاضي الدستوري.

تلك الضوابط والقيود تعطينا دلالات على النهج الواجب اتباعه من قبل القاضي الدستوري في ممارسته لدوره الإنشائي، ولما كان الحديث عن هذا الدور هو أمر حديث نسبياً، ولم يتم النص عليه بشكل صريح بنص قانوني، فإننا لم نجد قانوناً يحدد ضوابط ممارسة القاضي الدستوري لدوره الإنشائي، لذلك فإن الباحث حاول من خلال تحليل بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في كل من مصر والولايات المتحدة للوصول إلى أهم تلك الضوابط، وهذا ما سوف نسعى لمعالجته في الفرعين التاليين:

الفرع الأول:

الضوابط الذاتية للدور الإنشائي الصادرة عن القضاء الدستوري المصري.

الفرع الثاني:

الضوابط الذاتية للدور الإنشائي للقاضي الدستوري الصادرة عن القضاء الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الأول

الضوابط الذاتية للدور الإنشائي الصادرة عن القضاء الدستوري المصري

صدر عن المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 35 في 14/8/1994¹ الحكم التالي:

" ليس للمحكمة الدستورية العليا أن تفصل في دستورية نص تشريعي من غير خصومة،
تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن
بعد أوان ارسائها، أو قاعدة دستورية تجاوز باتساعها أو مداها الحدود التي يستلزمها الفصل
في النزاع المعروض عليها، وليس لها كذلك الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص
التشريعي المطعون عليه، وإذا كان الطاعن قد أفاد من مزياه أو كانت الأضرار التي رتبها لا
تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالاً شخصياً مباشرة، أو كان ممكناً حمل حكمها في النزاع
المطروح عليها على أساس آخر".

من خلال قراءة حيثيات الحكم السالف الذكر يتضح لنا أن القضاء الدستوري المصري قد عمل
على تنظيم العملية الرقابية للقاضي الدستوري في ممارسته لدوره الإنشائي، وأحاط ذلك بضمانات
وضوابط تؤمن للقاضي الدستوري قيامه بإقرار قواعد ومبادئ جديدة، مع مراعاة مبدأ فصل
السلطات من جهة، وخلق قواعد قانونية من جهة أخرى، مؤكداً على النقاط التالية:

¹ انظر الرابط التالي: https://www.sccourt.gov.eg/SCC/?SCCPORTAL12C-JSESSIONID=pV1ryeTC1X_7yO8-58YenmF8jFRlqITDZz5hesukC5hpluFAzHYNl-54941951. تاريخ الزيارة 14/7/2023م.

- 1- لقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على ضرورة وجود خصومة منظورة أمامها، فليس للقاضي الدستوري القيام بذلك الدور دون وجود الخصومة.
 - 2- لقد قالت المحكمة الدستورية العليا بضرورة أن يكون خلق القاعدة القانونية وممارسة القاضي دوراً إنشائياً قد جاء في الوقت المناسب، بما يتلاءم مع ظروف المجتمع وتنظيمه، وضمن الإطار التشريعي العام للدولة، فليس من المقبول أن يقر القاضي الدستوري قاعدة لم يحن بعد الوقت المناسب لطرحها.
 - 3- ويجب أن يكون إقرار القاعدة القانونية متناسباً مع الحاجة لها ولا تتجاوز الحدود التي يستلزمها الفصل في الخصومة.
 - 4- ولا يجوز أن يكون الطاعن بالنص التشريعي قد استفاد من مزاياه، ويجب أن تكون الأضرار التي رتبها النص القانوني متصلة بشكل مباشر بالمصالح التي يدعي الطاعن تضررها.
- تلك هي أهم الضوابط الذاتية التي سار على هداها القاضي الدستوري المصري أثناء ممارسة دوره الرقابي وما نتج عنه من خلق قواعد قانونية جديدة، إلا أن تلك القيود والضوابط ليست حلاً نهائياً دائماً، وإنما قابلة للتغير والتطور بما يتناسب مع تغير المعطيات بشكل يمكن القاضي الدستوري من الاستمرار في ممارسة دوره بمرونة.

الفرع الثاني

الضوابط الذاتية للدور الإنشائي للقاضي الدستوري الصادرة عن القضاء الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية

للقضاء الدستوري الأمريكي تجربة أقدم من غيره في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ونتيجة لقدسية المهمة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا فقد سعت إلى تطوير وسائلها وطرق عملها بشكل يضمن أكبر قدر من الحماية لحقوق الأفراد وحياتهم، ومن أهم نتائج تلك الوسائل هي ظهور دور إنشائي للقاضي الدستوري، بداية بقضية (ماربوري ضد ماديسون و قضية العبد ريد سكوت مع ساندفورد)¹ وغيرها من القضايا المتعلقة بالتعليم وفرض الضرائب وممارسة الحقوق السياسية وغيرها.

ومع تلك السلطات الواسعة التي يملكها القاضي الدستوري في بحث دستورية القوانين، وإمكانية خلق قواعد قانونية جديدة، وضعت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية عدة ضوابط ذاتية لممارستها للرقابة الدستورية، تمثلت تلك الضوابط بمبادئ عدة وردت في حكم شهير لها عام 1936م وأهم ما جاء به:

- أنه لا يجوز للقضاء أن يبحث عيب القانون ومخالفته للدستور إلا عند تطبيق أحكامه على نزاع معروض أمامه، ولا يجوز له أن يبدي رأيه على سبيل الإفتاء.
- ألا يباشر القاضي الدستوري اختصاصه هذا من تلقاء نفسه وإنما بناء على طلب الخصوم، وفي هذه الخصومة المطروحة أمامه.

¹ وفيها رأت المحكمة العليا أن العبيد السابقين لم يكن لهم مكانة في المحاكم الفيدرالية لأنهم يفتقرون إلى الجنسية الأمريكية، حتى بعد إطلاق سراحهم. انظر الرابط التالي: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393>. تاريخ الزيارة 2023/8/14م.

- يجب أن يكون القرار الصادر تطبيقاً للقانون المعيب قد أضر بحق الطاعن، وإلا فلا وجه للتعرض له، وبالتالي لا مجال لممارسة دور إنشائي إيجابي.
 - لا تقضي المحكمة بإلغاء القانون، وإنما تمتنع عن تطبيقه ومن ثم يظل القانون قائماً ويصح لمحكمة أخرى تطبيقه إذا رأت أنه دستوري، مالم يكن الحكم بعدم الدستورية صادراً عن المحكمة العليا الاتحادية، فهنا يحسم النزاع حول دستوريته بشكل نهائي¹.
- ومن تحليل تلك الضوابط نجد أنها على قدر كبير من المرونة، وعدم الجمود مما ساعد القاضي الدستوري الأمريكي على العمل بشكل موسع أفضى إلى إرساء العديد من المبادئ التي ما كانت لتتم سوى بتعديل دستوري مثل قضية (مكولوش ضد ماريلاند) والتي بتفسيرها أقرت بوجود سلطات ضمنية في الدستور لصالح السلطات الفيدرالية².
- ففي هذه القضية فسرت المحكمة العليا الدستور الأمريكي على نطاق واسع و بطريقة أكثر مرونة لتأكيد دستورية أحد القوانين الفيدرالية، ففي عام 1816 أنشأ الكونجرس البنك المركزي الثاني للولايات المتحدة الأمريكية، وفي عام 1818 أصدرت ولاية مارييلاند قانون يسمح بفرض الضرائب على البنوك، غير أن السيد (مكولوتش) رفع دعوى ضد (ميريلاند³) و بصفته صراف البنك فقد رفض دفع الضرائب، ونظرت المحكمة الدستورية الاتحادية في القضية عن طريق الاستئناف، وقضت بالإجماع أن الكونجرس يملك سلطة إنشاء البنك، وأن ولاية مارييلاند لا تملك سلطة فرض الضرائب على ما تملكه الدولة الفيدرالية من آليات تنفيذ الصلاحيات الدستورية، وقد برر رئيس المحكمة (جون مارشال) حكم المحكمة بأنها فسرت سلطات الكونجرس المنصوص عليها في

¹ د عبد العزيز محمد سالم، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2011، ص 85 ما بعدها.

² د. الغماري، مرجع سابق ص 53 وما بعدها.

³ مكولوتش ضد ماريلاند، 17 US 316 (1819) انظر الرابط: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>. تاريخ الزيارة 2023/7/14 م.

الدستور وتوصلت إلى أن هنالك بعض السلطات الضمنية التي منحها الدستور للكونجرس ومنها إنشاء البنك المركزي، ورغم أن الولايات مازال تحتفظ بسلطات خاصة بها مثل فرض الضرائب، إلا أن نصوص الدستور تعد كلها وحدة متكاملة مع بعضها البعض، و بالتالي الدستور والقوانين الاتحادية هي اليد الأعلى في الدولة وتقيد سلوكيات الولايات وليس العكس .

من خلال قراءة البنود السابقة لأحكام القضاء الدستوري في كل من مصر والولايات المتحدة الأمريكية يمكننا استقراء عدة نقاط تشكل الضوابط التي يتوجب على القاضي الدستوري الالتزام بها عند ممارسة الدور الإنشائي، وهي كالتالي:

- اللبنة الأولى التي تنطلق منها فكرة الدور الانشائي للقاضي الدستوري، توجد في القاعدة التي تقول بعدم الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بالإمكان تجنبها، والتي تؤدي إلى تجنب الحكم بعدم دستورية قانون ما طالما كان بالإمكان توفيقه مع نص الدستور.
- القول بوجود دور انشائي للقاضي الدستوري لا يعني أن يحل محل المشرع في ممارسة سلطته التقديرية، بل هو توجيه غير مباشر من القاضي الدستوري للمشرع لا يمكن له ممارسته إلا عند وجود قانون يُنظر في مدى دستوريته وضمن الحالات المحددة التي نص عليها الدستور.
- لا يجوز أن يمارس القاضي الدستوري دور الموجه للمشرع دون وجود خصومة أمام القضاء الدستوري.
- مراعاة التوقيت المناسب في طرح فكرة لإقرار حقوق جديدة، أو اقتراح ضمانات جديدة لحقوق سابقة قد تهاون المشرع بقصد أو بدون قصد في حمايتها، بحيث لا يستبق القاضي الدستوري الوقت بفكرة تشريعية ما من خلال حكمه والمجتمع والسلطات غير مهتية بعد لاستقبالها، فلا بد من أن يكون المجتمع وممثلوه مستعدين وجاهزين لطرح قانوني جديد.

- إن إنشاء قاعدة قانونية جديدة عند الفصل في دستورية نص قانوني ما، يجب أن يؤخذ على أضيق نطاق، وضمن الحاجة لحماية الحق المعتبرى عليه أو المهمل، دون التوسع في نطاق الإنشاء، فالشيء الذي يجوز بناؤه على ضرورة أو حاجة يجب أن يكون بالقدر الكافي لإزالة تلك الضرورة ودون توسع.

وبعد أن تناولنا بالبحث نشأة الدور الانشائي للقاضي الدستوري وبداياته، والعوامل والظروف التي ساعدت على ظهور هذا الدور، والضوابط التي تحكم الرقابة على دستورية القوانين بالعموم، وما نتج عنها من ضوابط خاصة تحكم الدور الانشائي للقاضي الدستوري، سنتناول من خلال الفصل الثاني البحث في حالات مخالفة التشريع للدستور والتي تستوجب تدخل القاضي الدستوري لإزالة الخل الذي أصاب التشريع، سواء أكانت المخالفة الدستورية ناتجة عن الانحراف التشريعي أو الغلو في التشريع أو عن الاغفال التشريعي، و دراسة التفسير كأداة رئيسية بيد القاضي الدستوري لممارسة مهامه، وإيضاح تلك النقاط من خلال استعراض عدد من أحكام القضاء الدستوري في التشريع المقارن.

الفصل الثاني

الجانب التطبيقي لممارسة القاضي الدستوري للدور الانشائي

تمهيد وتقسيم:

إن الغاية الأساسية من فكرة الرقابة على دستورية القوانين، هي الحفاظ على سمو الدستور، باعتباره يتربع على قمة الهرم القانوني في الدولة، وبالتالي فليس الغاية من الرقابة على دستورية القوانين هي إلغاء أو إعدام القوانين، فلا ضغينة ما بين الجهة التي تمارس الرقابة وبين السلطة التشريعية، ومن هنا كان القاضي الدستوري أثناء نظره بالمخالفات الدستورية، يتجنب قدر الإمكان الحكم بعدم الدستورية، والسبيل الأمثل لذلك يكمن في تصويب العوار الذي أصاب النص القانوني، أو إيجاد تفسير قانوني أو دستوري يمكن من خلاله إعطاء النص القانوني معنى يتوافق مع الدستور، حتى لو كان ذلك بإدخال قاعدة قانونية جديدة، و هذا لا يعني إنشاءً مستقلاً لقاعدة قانونية وإنما ادخال قاعدة ضمن النص القانون المطعون فيه تلافياً للحكم بعدم دستوريته وتحقيقاً للغاية الأساسية التي توخاها المشرع من التشريع، بالاعتماد على التفسير بنوعيه الدستوري والقانوني كأداة أساسية بيد القاضي الدستوري لتجسيد هذا الدور، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن هنالك مداخل دقيقة في حالات عدم الدستورية تتمثل في حالات الغلو في التشريع و الإغفال التشريعي و الانحراف التشريعي التي يمكن من خلالها للقاضي الدستوري الولوج في هذا المجال الحساس.

ومن هنا يمكننا رسم خطوط القاضي الدستوري في درب خطواته الخلّاقة في العملية التشريعية والتي تبدأ في:

- تحديد الخلل الدستوري الذي أصاب النص القانوني.
- تحديد الوصف القانوني الدقيق للعيب الدستوري الذي أصابه، هل هو قصور تشريعي أم غلو في التشريع، أم انحراف تشريعي.

- الاعتماد على التفسير بأنواعه، والتفسير المضيف بشكل أساسي لتصحيح العيب الدستوري، وتلافي الحكم بعدم الدستورية.

وسنتناول بالبحث النقاط السابقة من خلال المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في حالات مخالفة التشريع للدستور وأدواته.
- المبحث الثاني: تطبيقات الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في التشريع المقارن.

المبحث الأول

الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في حالات مخالفة التشريع للدستور وأدواته

تمهيد وتقسيم:

الدستور هو القانون الأعلى في الدولة، الذي يحدد نظام الحكم، وينظم السلطات العامة فيها من حيث التكوين والاختصاص، ويحدد الحقوق والحريات الأساسية للأفراد والجماعات ويبين حدود صلاحيات عمل السلطات الثلاث لحماية وترسيخ تلك الحقوق والحريات، تاركاً للسلطة التشريعية المجال الرحب للتدخل وتنظيم تلك الحقوق والحريات ضمن الإطار الدستوري، وهنا قد يقع المشرع في مخالفة دستورية عند قيامه بمهامه التشريعية، فقد يغفل المشرع عن تنظيم أمر هو مكلف بتنظيمه تشريعياً، مما يؤدي إلى ضياع تلك الحقوق أو الانتقاص منها، وقد يغالي المشرع في التدخل بتنظيمها مما يؤدي إلى صعوبة في الوصول إلى تلك الحقوق وممارسة الحريات، وقد ينحرف المشرع عن الغاية الأساسية التي من أجلها وضع القانون، كل تلك الأمور تضع المشرع في خانة المخالفة الدستورية، ويكون القول الفصل فيها للقاضي الدستوري لتقرير مدى دستورية التشريع، معتمداً التفسير طريقاً رئيساً لإيجاد حل مناسب ما بين تجنب الحكم ببطلان التشريع وبين الحفاظ على مبدأ فصل السلطات وإعطاء التشريع تفسيراً يتوافق بموجبه مع الدستور، ليكون للقاضي الدستوري دور انشائي دقيق يسعى من خلاله لتأمين أقصى حماية ممكنة للحقوق والحريات.

وهو ما سوف نعالجه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مخالفة التشريع للدستور.

المطلب الثاني: التفسير كأداة رئيسية في ممارسة القاضي الدستوري للدور الإنشائي.

المطلب الأول

مخالفة التشريع للدستور

يتربع الدستور قمة الهرم القانوني في الدولة، إلا أن وجود الدستور لا يعني حتمية احترامه دون أن يكون هناك جهاز رقابي مؤهل وقادر على حماية سمو الدستور، وضمان سيادته على كافة أعمال السلطة التشريعية في الدولة، وفق الطريق الذي رسمه الدستور له في ممارسة تلك الرقابة، والغور في تفاصيل وخبايا التشريع، والنظر ضمن الحالات المخول له الفصل فيها في مدى توافق التشريع مع الدستور، وتحديد مناطق الخلل والمخالفة الدستورية، وتحديد العيب الذي أصاب التشريع، وتحديد الوصف القانوني السليم لتلك المخالفة، ومحاولة إيجاد حل لتصحيح العيب الذي أصابه واللجوء إلى التفسير بشكل أساسي لمحاولة التوفيق ما بين النصين الدستوري والقانوني، ليكون الحكم بعدم الدستورية هو الحل النهائي الذي يسعى القاضي الدستوري جاهداً لتجنبه، فالقاضي الدستوري يمثل بدوره هذا انتصاراً لسلطة الشعب المباشرة على سلطة ممثليه الذين قد يحيدون عن قيامهم بواجبهم الدستوري.

وحالات مخالفة التشريع للدستور لها عدة وجوه، وجميعها تفتح المجال أمام القاضي الدستوري للإبداع في إيجاد أمثل الصيغ التشريعية وخلق قواعد جديدة دون أن يكون هنالك خلق لنصوص تمثل تعدي على اختصاص السلطة التشريعية بشكل مباشر.

ومن أهم صور مخالفة التشريع للدستور هي الغلو في التشريع والانحراف التشريعي والقصور التشريعي.

وسوف نتناول بالبحث كل من تلك الحالات وفق ما يلي:

الفرع الأول: الانحراف التشريعي.

الفرع الثاني: الغلو في التشريع.

الفرع الثالث: الاغفال التشريعي.

الفرع الأول

الانحراف التشريعي

إن الأصل في التشريع أن يكون للمشرع سلطة تقديرية في عملية التشريع، والسلطة المحددة هي الاستثناء، وفي ظل ممارسة المشرع لسلطته التقديرية يجب عليه أن يتوخى الغاية الأساسية التي يحميها الدستور والتي من أجلها مُنح المشرع تلك السلطة التقديرية، فمهما اتسعت السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع فإنها لا يجوز أن تصل إلى حد اهدار الحق الذي قرره الدستور أو الانتقاص منه¹ فإن حاد المشرع عن تلك الغاية والمبادئ التي يحميها الدستور كنا هنا أمام مخالفة للدستور، ويدق الحديث هنا عن تلك المخالفة الدستورية، ففي حال خالف المشرع بشكل صريح نصاً دستورياً نقول إن التشريع مخالف للدستور²، أما إذا حاد المشرع في ظل ممارسته لسلطته التقديرية عن المبادئ التي يقوم عليها النص الدستوري نكون هنا أمام الانحراف التشريعي، وحيث أن لكل تشريع هدفاً أساسياً وحيداً وهو تحقيق المصلحة العامة المشروعة التي جاء بها الدستور، فكان أي انحراف عن تحقيق تلك الغاية يعد مخالفة للدستور وبالتالي يكون مصير التشريع هو البطلان لعيب الانحراف التشريعي، لأنه كلما أضمر المشرع هدفاً غير مشروع فيما أقره من القواعد القانونية، تعين القول بمجاوزتها حدود استعمال السلطة، ولو كان

¹ د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 2010، ص 250.
² فلا يجوز مثلاً أن يصدر تشريع ينتهك مبدأ المساواة، أو يجيز ابعاد المواطن عن بلده، أو يقيد الحريات العامة.

المشرع يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها، ذلك لأن حدود تلك السلطة هي قواعد الدستور، فليس هنالك سلطة تقديرية مطلقة في مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين¹ وقد تعددت تعريفات الفقه لعيب الانحراف التشريعي²، و رغم وجود بعض التباينات الطفيفة في تلك التعاريف، إلا أنه بالإمكان تعريف **الانحراف التشريعي** بأنه: (عوار يلحق بالنص التشريعي بقصد تحقيق غاية بعيدة عن المصلحة العامة، وتخالف روح الدستور ومقاصده، فتكون بالتالي سبباً في ابطال النص).³

وقد تباينت مواقف الفقه من المعيار المعتمد في الكشف عن عيب الانحراف التشريعي ما بين المعيار الذاتي الذي يعتمد فيه على النوايا والغايات الشخصية للأعضاء الذين شاركوا في العملية التشريعية، وما بين المعيار الموضوعي الذي أخذ به و وضحه الفقيه الكبير السنهوري⁴، والذي قال: (إنه من غير الممكن أن يكون المعيار المعتمد في تحديد الانحراف التشريعي هو المعيار الذاتي والذي يعتمد على النوايا والأغراض النفسية، لأنه وإن كان من الممكن تصوّره في مجال الإدارة لتحقيق غايات شخصية كالانتقام والمنفعة الشخصية، فمن الصعوبة تصوّره في البرلمان

¹ د. عوض المرّ، مرجع سابق ص1379 وما بعدها.
² فعره البعض بأنه: اتجاه السلطة التشريعية في صدد استعمالها لسلطاتها التقديرية، إلى تحقيق هدفٍ آخر غير ذلك الذي من أجله منحها الدستور تلك السلطة.
 د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه (دراسة تطبيقية)، الكتاب الثاني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة 2013، ص305.
 عرفه البعض الآخر بأنه: مخالفة روح الدستور وفحواها ومقاصدها، ويتصل بالمقارنة ما بين غايات القوانين ومقاصدها وبين غايات الدستور ونصوصه.
 د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين والمبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، دار الجامعات الجديدة، عام 2010، ص154.
³ د. الغماري، مرجع سابق ص415.

⁴ وضع الدكتور عبد الرزاق السنهوري فروض خمسة لحالات الانحراف التشريعي على أسس موضوعية بحتة وهي:
 1- الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معيار موضوعي.
 2- تجاوز التشريع للغرض الذي رسم من أجله.
 3- عدم كفاية الحريات والحقوق في حدودها الموضوعية التي يحددها الدستور.
 4- عدم احترام الحقوق المكتسبة، والمساس بها بغير ضرورة أو بدون تعويض.
 5- مخالفة التشريع للمبادئ العليا للدستور والروح التي تهيمن عليه.
 د. عبد الرزاق السنهوري، **مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية**، مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الثالثة، سنة 1952، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة ص69 وما بعدها.

الذي يضم ممثلين لمختلف فئات الشعب، وتستبعد فرضية اتفاقهم على وضع تشريع لتحقيق منفعة أو إلحاق ضرر بدوافع شخصية أو لفئة معينة).

وإن الحديث عن عيب الانحراف التشريعي يختلف عن فكرة مخالفة التشريع للدستور، لأن القاضي في حالة مخالفة التشريع للدستور يكفي أن يبحث عما إذا كان هنالك نص دستوري قد خالفه التشريع أم لا ليحكم ببطلانه، أما في حالة الانحراف التشريعي فيقع على القاضي البحث في ركن الغاية عن روح الدستور والتشريع ليثبت مدى دستورية القانون مستنداً إلى عدة نقاط منها: أسباب التشريع والرجوع إلى المداولات التي سبقت العملية التشريعية، واقتراحات الحكومة وغيرها من العوامل التي تساعد القاضي الدستوري في الوقوف بشكل دقيق على غاية التشريع الحقيقية.

فكلما أضمر المشرع هدفاً غير مشروع فيما وضعه من قواعد قانونية، تعين على القضاء الدستوري في إطار صلاحياته الدستورية، القول بتجاوز المشرع لحدود استعمال السلطة التي يجب أن تقف عند حد المصلحة العامة التي توخاها الدستور عندما منح المشرع سلطته التقديرية.

فعندما منح الدستور المشرع سلطة تقديرية عمل على تقسيم أي قانون سوف يوضع إلى ناحيتين هما: الأعباء التي سوف يلقاها على البعض والمزايا التي سيتمتع بها آخرون، وبالتالي يكون النظر من القاضي مبنياً على شرط موافقة الوسائل للأهداف بشكل منطقي، وبالنهاية فإن نصوص الدستور تعتبر قيوداً على السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم الحقوق، والحامي

المضمون لتلك الحقوق هو القاضي الدستوري الذي يمارس دوره في الحكم بمدى دستورية القانون من أوجه ثلاث¹ تبدأ من:

- النظر بالمطاعن الشكلية للنصوص القانونية، فينظر القاضي أولاً فيما إذا كان المشرع قد راعى الأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور، لأن استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية سابق بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية، لأن التشريع لا يقوم أصلاً في غيبتها.
- التحقق من العيوب الموضوعية وما إذا كان التشريع مخالفاً للدستور في محتواه الموضوعي.
- في حال كان التشريع سليماً من الناحيتين السابقتين التحقق أخيراً فيما إذا كان القانون منطوياً على تجاوز السلطة أو انحراف تشريعي والذي يعد عيباً احتياطياً لا يلجأ إليه القاضي الدستوري إلا بعد التحقق من خلو القانون من كل عوار آخر.

وفي أروقة المحكمة الدستورية العليا في مصر وفي غيرها من الجهات المختصة بالرقابة على دستورية القوانين سواء كانت الرقابة من قبل القضاء أو من قبل هيئة سياسية، نجد أن القاضي الدستوري قد وضع موطئ قدم له في ممارسة دور انشائي من خلال الكشف عن عيب الانحراف التشريعي في نطاق رقابته على جوانب السلطة التقديرية للمشرع.

على سبيل المثال لدينا دعوى تتلخص وقائعها في أن السيد/أحمد محمد شفيق زكي كان قد تقدم بطلب الى لجنة الانتخابات الرئاسية كمرشح لمنصب رئيس الجمهورية لخوض الانتخابات التي حدد لإجرائها يومي(23-24 مايو سنة 2012) وقد قررت تلك اللجنة بتاريخ 2012/4/13 قبول أوراق ترشيحه و نظرا لأنه بتاريخ 2012/ 4/24 قد بُدئ العمل بأحكام القانون رقم 17 لعام 2012 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 32 لسنة 1956م لتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، والذي أضاف بنداً جديداً برقم(4) للمادة(2) من ذلك القانون ليشمل وقت مباشرة الحقوق السياسية

¹ د. عوض المر، مرجع سابق ص1397.

لكل من عمل خلال العشر سنوات السابقة على 2011/2/11م رئيساً للجمهورية أو نائباً لرئيس الجمهورية أو رئيساً للوزراء أو...و ذلك لمدة عشر سنوات ابتداءً من التاريخ المشار اليه، عملاً بذلك القانون أصدرت لجنة الانتخابات الرئاسية بتاريخ 2012/4/24 قراراً باستبعاد المذكور من الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية، لكونه كان يشغل منصب رئيس مجلس الوزراء في الأيام الأخيرة من حكم الرئيس السابق، فتظلم من هذا القرار بتاريخ 2012/4/25 طالباً:

- أصلياً الغاؤه واستمرار قيده في كشوف المرشحين.
- احتياطياً وقف تنفيذ القرار المتظلم منه وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستوريته.

إذا تراءت اللجنة بعد سماع دفاع المتظلم قيام شبهة بعدم دستورية ذلك القانون، فقد قررت بالتاريخ ذاته قبول التظلم شكلاً وفي الطلب العاجل بوفق تنفيذ القرار المتظلم منه وما يترتب على ذلك من آثار، وأهمها إدراج اسم المتظلم في القائمة النهائية للمرشحين، واستمرار اجراء العملية الانتخابية في مواعيدها المحددة، وإحالة البند(4) من المادة (2) من القانون رقم 73 لسنة 1956 والمضاف بالقانون رقم 17 لسنة 2012 المشار اليه إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستوريته، وأرجأت الفصل في الموضوع و حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم 17 لسنة 2012 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 73 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية وبسقوط نص مادته الثانية.

وقد بنى القاضي الدستوري حكمه في عدم الدستورية استناداً إلى أن القانون قد تضمن إخلالاً صريحاً بأحد المبادئ الدستورية وهو مبدأ المساواة، وذلك لحرمانه لفئة معينة من المواطنين من مباشرة حقوقهم السياسية استناداً لاستلامهم مناصب معينة (ذكرها القانون) قبل تاريخ

2011/2/11 بعشر سنوات، وفيه يكون النص القانوني تضمن تمييزاً بين المواطنين لا يستند إلى أسس موضوعية، فضلاً عن تبنيه تقسيماً بين المواطنين لا يستند إلى أسس منطقية أو دستورية، من مخالفة لمبدأ المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص، وانعدام العمومية والتجريد التي يجب أن يتصف بها القانون، بالإضافة إلى أن محاضر مجلس الشعب المتعلقة حينها بمناقشة بنود القانون، كشفت عن وجود مثالب دستورية تم تجاهلها وإقرار مشروع القانون، الذي أقر القاضي الدستوري صراحة بعدم دستوريته لافتقاده للعمومية والتجريد.

وإن كانت كل مخالفة دستورية مما سبق اعترت النص كافيه بذاتها للحكم بعدم دستوريته، إلا أن اجتماعها ودون خفاء عن المجلس التشريعي تضع المشرع في ركن الانحراف التشريعي¹، والذي مد القاضي الدستوري رقابته عليه بشكل صريح متضمناً توجيهاً للمشرع، فاتحاً المجال أمامه للبحث ما وراء المخطوط للوصول إلى الغاية الرئيسية التي سعى الدستور إلى حمايتها، حتى لو أدى ذلك خلق قواعد جديدة يوجه القاضي الدستوري المشرع للعمل بها، وأخذها بعين الاعتبار من خلال المثالب التي يضعها في أحكامه بما يخص الانحراف التشريعي.

¹ راجع حكم المحكمة الدستورية المصرية العليا رقم 57 بجلسة 2012-6-14، في الرابط التالي لبوابة نقابة المحامين القانونية والقضائية:

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=ViewActivePages&ItemID=78310&Type=6>

تاريخ الوصول 2023/11/24 م.

الفرع الثاني

الغلو في التشريع

عندما يمارس المشرع اختصاصه الدستوري في تنظيم أي أمر متمتعاً بسلطة تقديرية، فإنه يراعي ضرورة وجود تناسب ما بين الحقوق والحريات التي يتوجب عليه حمايتها وما بين النصوص التي تنظم الوسيلة والأداة التي تؤمن تلك الحماية والغاية منها، مراعيًا حماية حقوق الافراد من جهة و ضمان مصلحة الدولة من جهة أخرى، وهذا يحّمّل القاضي الدستور دوراً حساساً عند نظره في دستورية قانون ما، فليست مخالفة النص القانوني للدستور بشكل واضح وصريح هي ما تقود إلى عدم دستوريته فقط، بل يجب على القاضي المقاربة في رقابته ما بين المصلحة العامة والخاصة، والحرية والقيّد، والغاية والوسيلة، فإن مجرد وجود نص ينظم ممارسة حرية أو يحمي حقاً لا يعني بالضرورة تحقق الغاية، لأن عدم التناسب ما بين سبب التشريع ومحلّه والغاية منه قد يؤدي إلى الغلو والشدة في التنظيم، والذي قد يقودنا إلى نفس المشكلة في عدم تحقق الغاية من التشريع، فيجب أن يكون اتصال الأهداف التي يتوخاها المشرع بالوسائل التي ينظم بها الحق منطقياً غير واهياً، لأن التنظيم التشريعي إذا كان عاجزاً عن تلبية حاجات وضعه كنا هنا أمام مخالفة دستورية، فالتنظيم المفرط من قبل المشرع أو المغالاة فيه يؤدي إلى التضيق على الأفراد في ممارسة حرياتهم وهو ما يسمى بالغلو¹ في التشريع، والذي يعد مرحلة متطورة من الإفراط في عدم وجود تناسب بين سبب التشريع ومحلّه².

¹ الغلو في اللغة هو: (اجتياز الشيء عن حده الذي وضع له، سواء كان هذا الحد شرعياً أو عرفياً، وهو متوافق مع معنى الغلو في الشرع: إذ يطلق على مجاوزة حدود الشريعة عملاً أو اعتقاداً). راجع موقع معجم المعاني الجامع: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar->

² الغماري ، مرجع سابق ص360. تاريخ الوصول 2026/3/12 م. [ar/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D9%84%D9%88](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-)

ولما كانت غاية القاضي الدستوري هي حماية الحقوق والحريات المنصوص عليها دستورياً بشكل أساسي، وليس غاية القاضي الرئيسية هي ابطال القانون المخالف، وإنما ضمان الحماية لتلك الحقوق، فالقاضي الدستوري هنا يحكم بوجود مخالفة دستورية ويضمن الحكم توجيه المشرع في ضرورة صياغة النص بطريقة أكثر مرونة أو يعطي النص تفسيراً يتوافق مع حاجة الأفراد في الوصول إلى حقوقهم بشكل يسير .

وإن بدايات نظرية الغلو ظهرت في أروقة القضاء الإداري، فإن مشروعية أي سلطة تتمتع بسلطة تقديرية هو ألا يشوب استعمالها غلو يخرجها من نطاق المشروعية بسبب عدم الملاءمة الظاهرة ما بين خطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء¹، ولم يتردد القضاء الدستوري في الاخذ بفكرة الغلو عند نظره في دستورية القوانين عند غياب التناسب ما بين سبب التشريع و محله، وهو ما أفضى إلى ظهور دور انشائي للقاضي الدستوري المقارن وتأخذ على سبيل المثال القاضي الدستوري الأمريكي فلدينا المثال التالي الذي أقر القاضي الدستوري فيه مبدأً جديداً عند نظره في مخالفة أحد التشريعات نتيجة غلوه، عرف بمبدأ التأثيرات التراكمية وتتلخص وقائع تلك الحالة بما يلي:

أصدر الكونغرس عام 1942 قانوناً يهدف بشكل أساسي إلى تثبيت أسعار القمح في البلاد، بحكم أن عملية التنظيم للأسعار تعتبر من توابع التجارة التي يختص الكونغرس بتنظيمها، وفرض هذا القانون على المزارعين توريد كل ما يتم حصاده من القمح إلى السلطات المحلية وفي حال التخلف عن التوريد أو عدم إعطاء معلومات صحيحة عن المساحات المزروعة والكميات

¹ حكمت المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم 563 في جلستها في 1961/11/11 بما يلي: (وإن كانت للسلطات التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليهما في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره والهدف الذي توخاه القانون من التأديب بوجه عام تأمين المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فإن الشطط في القسوة يؤدي إلى احجام عمل المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعة في الشدة، والافراط المسرف في الشفاعة يؤدي إلى استهانهم بأداء واجباتهم طمعاً في الشفاعة)

الواجب تسليمها، فإن السلطات المحلية تصدر تلك الكميات، وقد طعن في دستورية هذا القانون في قضية *wickard v. filbur* فقد طعن فيلبرن بعدم دستورية هذا القانون استناداً إلى أن ما يتم الامتناع عن تسليمه للحكومة لا يتم استخدامه في التجارة، بل هو يترك للاستهلاك المنزلي، وبالتالي لا يمكن إخضاعه للقوانين التي تنظم التجارة.

ألا أن المحكمة الدستورية بعد النظر في حيثيات القضية أقرت بدستورية القانون انطلاقاً من فكرة أن (فليبرون) لو لم ينتج القمح الخاص به كان سوف يشتريه من السوق، وصحيح أن أسلوب (فليبرون) لن يكون ذا تأثير جوهري على السوق، إلا أن هذا السلوك في حال صدر عن عدد من المزارعين فإنه سوف يكون له تأثير سلبي على النشاط التجاري بين الولايات، وهذا ما يستوجب تدخل الكونجرس لتنظيم نشاط غير تجاري داخل الدولة طالما أن له أثراً على التجارة. وقد أجرى القاضي الدستوري هنا توافقاً ما بين المصلحة العامة التي توخاها الكونجرس من إصدار هذا القانون هادفاً إلى تحقيق الوفرة التي تتناسب مع السياسة الاقتصادية للدولة بالنسبة لتنظيم زراعة محصول القمح وجمعه، وما بين المصلحة الخاصة للمزارعين في الحفاظ على حقه بتأمين احتياجات منزله من المحصول، أي الاستهلاك المنزلي له، فلم يقض القاضي الدستوري هنا بإلغاء القانون، وإنما أقر بدستوريته في ظل ضوابط معينة، نتج عنها مبدأ جديد سمي بمبدأ (التأثيرات التراكمية) حيث أعطي المزارع حق الاحتفاظ بجزء من المحصول شرط ألا يكون هنالك اتفاق ما بين المزارعين على الاحتفاظ بكميات تزيد عن حاجة الاستهلاك المنزلي، والتي سوف تؤدي إلى فجوة في توريد القمح للحكومة من شأنه أن يؤثر سلباً على سير الخطة الاقتصادية في الولايات، وبالتالي ضرر بالمصلحة العامة¹.

¹ الغماري، مرجع سابق ص383. وللاطلاع الرابط التالي: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/111/>. تاريخ الوصول، 2024/11/3 م.

الفرع الثالث

الإغفال التشريعي

لقد أناط المشرع الدستوري بالمشرع العادي العديد من المهام والوظائف، وخوله لذلك الصلاحيات الملائمة والمطلوبة للقيام بواجباته الدستورية، والتي يترتب على الإخلال أو التقصير بها مخالفة دستورية.

لذلك عندما يمارس المشرع صلاحياته الدستورية تنفيذاً للواجبات التي أوكله الدستور بها، ويقوم بتنظيم موضوع معين، فإن الواجب عليه هنا أن يقدم تنظيمًا قانونيًا متكاملًا يحيط بكافة جوانب الموضوع، بالشكل الذي يؤمن الحماية الكاملة للحقوق التي هي موضوع التنظيم، لأن أي قصور في التنظيم سوف يقلل من تلك الضمانات الدستورية وبالتالي نكون أمام مخالفة للدستور.

وبالتالي وجب أن يكون اختصاص القضاء الدستوري في الفصل في دستورية القوانين يشمل النصوص التي وضعها المشرع بالإضافة إلى ما أغفله من جوانب لا يكتمل التنظيم القانوني للحق بدونها، لأن أي مخالفة تشريعية للدستور يترتب على القاضي الدستوري معالجتها، لأن الدستور لا يكون قد كفل الحماية للحقوق والحريات التي نص عليها إذا قام المشرع بتنظيمها تنظيمًا قاصرًا، بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل التنظيم إلا بها¹.

¹ د. عوض المر، مرجع سابق ص 1416.

وهذا ما عرف بالإغفال التشريعي¹ والذي تعود بداية ظهوره في مجال القضاء الإداري قبل أن توجد في القضاء الدستوري .

وتوجد العديد من تعريفات لهذا المصطلح فمنهم من عرفه بأنه:

" قيام البرلمان بتنظيم مسألة أو مسائل معينة بصورة منقوصة يمكن أن يترتب عليها فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور."

وعرفه "دومينيك روسو" بأنه "نكول سلطة التشريع عن ممارسة اختصاصاتها، سواء بعدم ممارستها بصورة كلية أو التهرب منها لتباشره السلطة التنفيذية بدلاً منها".

وهناك الكثير من التعريفات المختلفة التي يمكن تحديد النقاط الرئيسية فيها لهذا المصطلح، والمتمثلة أولاً في وجود تنظيم قاصر من قبل المشرع لموضوع من الموضوعات الواردة بالدستور، مما يؤدي إلى إهدار للحقوق والحريات المحمية دستورياً، التي أوجب الدستور على المشرع ممارسة مهامه في تنظيمها وحمايتها، والثاني يتعلق بمخالفة هذا التنظيم القاصر لنص أو أكثر من نصوص الدستور .

المشرع إذا لم يقم بتنظيم الموضوعات التي تدخل ضمن اختصاصه إما عمداً أو إهمالاً فإن ذلك يؤدي إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم، وبناء على ذلك يعد الإغفال التشريعي إخلالاً بالتزام سياسي قانوني على عاتق المشرع، ويرجع ذلك لوجوب أن يكون التنظيم

¹ يقسم الإغفال التشريعي إلى ثلاث حالات:

- الإغفال التشريعي بسكوت المشرع عن تنظيم أمر معين تطلب الدستور تنظيمه، ويأخذ صورتين: الإغفال الكلي للمشرع ويتحقق بامتناع المشرع عن تنظيم أمر تطلب الدستور تنظيمه، الإغفال الجزئي.
- عدم الاختصاص السلبي: ويكون عندما يتصل المشرع من اختصاص منوط به ويترك أمر تنظيمه لجهة آخر تتولاه.
- عدم الاختصاص الإيجابي: ويكون عندما يتجاوز المشرع الحدود المقررة له دستورياً.
د. عبد أحمد الغفول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 .

التشريعي للحق أو الحرية المقررة دستورياً فعلاً، ويبطل من ثم كل تنظيم قانوني يحد من هذه
الفعالية، وفي المقابل يكون القانون باطلاً ومخالفاً للدستور فيما انتقص به من ضمانات هذا
الحق أو تلك الحرية.

فالفراغ التشريعي لا يتماشى مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه
المبين بالدستور، مما يستوجب وجود رقابة دستورية عليه لضمان وترسيخ مبدأ سمو الدستور، ولا
فرق هنا فيما إذا كان الإغفال التشريعي مقصوداً أم لا، لأن الحكم بعدم دستورية الإغفال
التشريعي ليس عقوبة للمشرع على غفلته، وإنما هو جزاء على النقص التشريعي، فالقضاء
الدستوري ليس سلطة تعلو على المشرع حتى يقال بأن عدم الدستورية جزاء على إغفاله، وإنما
لابد أن تفهم ذلك في إطار مبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرض توازن السلطات وتعاونها
ضمن الإطار الدستوري الذي يرسخ مبدأ سمو الدستور.

والقاضي الدستوري عندما يقوم بمهمة مراقبة الأغفال التشريعي فهو يراقب مدى التزام المشرع في
أداء دوره في تحقيق التطابق والالتزام ما بين النصوص التشريعية والدستور وهذا هو جوهر فكرة
الرقابة على الإغفال التشريعي.

وهنا يجب التمييز ما بين الرقابة على الإغفال التشريعي وبين امتداد الرقابة على السكوت
التشريعي، التي تعني حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير كثير من الأمور
من بينها مدى الحاجة إلى التشريع، وضرورة وأهمية هذا التشريع، وتقدير الظروف الملائمة
لصدور التشريع، إذ تعد هذه الأمور هي من أبرز وأخص سمات السلطة التقديرية للمشرع فضلاً
عن ذلك أن تنظيم موضوع ما ومدى الحاجة إلى وجود التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية
وفقاً للملائمات التي تراها، فهي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين ومتى لا تتدخل، فإذا

قعد المشرع عن أن يتناول مسألة ما بالتنظيم فإنه لا يجوز حمله على التدخل بالتشريع مالم يكن الدستور قد أوجب عليه التدخل وحدد له وقت تدخله وهو امر لا يحدث كثيراً¹.

ويتميز أيضاً الاغفال التشريعي عن فكرة القصور التشريعي بأنه في الإغفال التشريعي فإن التشريع لم يصدر أصلاً، فالمشرع لم يعالج وضعاً كان يتوجب عليه تنظيمه، مما أوقعه في حالة مخالفة لاختصاصه الدستوري، والذي ليس من الممكن تجاهله.

أما القصور التشريعي فتقوم فكرته على عدم كفاية النص القانوني الموجود لمعالجة وتنظيم موضوع أو مسألة بشكل جيد، فالمشرع وهو في صدد تنظيم موضوع معين قد غفل عن تنظيم أحد جوانبه، مما حد من فاعلية الموضوع محل التنظيم، وبالتالي فالنص الدستوري لم يكرس كما يجب لأن حقوق المواطنين وحرياتهم لا يجوز تنظيمها بشكل قاصر لا يحيط بجوانبها، فذلك يعد عدواناً عليها، ولا تأخذ بذلك القيمة الحقيقية التي تكفل فعاليتها.

تُثار هنا قضية كبرى حول ما إذا كان اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية النصوص القانونية ينحصر في النصوص التي أوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين، أم يتعداه إلى النصوص التي أهملها، والتي لا يكتمل التنظيم القانوني للحق أو الحرية دونها، وتبدو أهمية هذه القضية وخطورتها من ناحيتين:

أولهما: أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمدتها المشرع أم انزلق عنها بغير قصد، يتعين قمعها. ثانيهما: أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية من جوانبها العلمية، وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانات التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين

¹ الباحث فراس عيسى الحميري، أثر الاغفال التشريعي على مبدأ سمو الدستور (دراسة مقارنة)، العدد 29، العراق، مجلة أهل البيت، في 22 تشرين الثاني لعام 2021م، من ص 96 إلى 114.

وحرياتهم، والتي يعتبر انفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها الدستور لها، وفي ذلك مخالفة للدستور¹.

فعلى سبيل المثال عندما ينص الدستور على ضمان حرية التعبير، فيفترض بالمشرع توفير كافة الضمانات التشريعية التي تكفل هذه الحرية، و تمكن المواطنين فعلياً من ممارستها، من خلال شمول التشريع على كافة المفاصل التي تخص هذا الحق (كالحق في الحصول على المعلومات والحق في نقد القائمين على العمل العام وألا يكون الإعلام قائماً على الاحتكار أو الضغط....الخ)، فإن أهمل المشرع تقرير بعض تلك الجوانب عندها يكون قد انتقص من ضمانات الحق المنصوص عليه دستورياً، وبالتالي يصبح هذا النص مخالفاً للدستور، هنا يكون دور القاضي الدستوري في تحديد الجوانب التي أدت وسم القانون بعدم الدستورية ومحاولة إعطاء تفسيرات للنص القانوني، ليأخذها المشرع بالحسبان لتجنب الحكم بعدم الدستورية.

وقد اختلفت الآراء² في مدى ضرورة وجود الرقابة على الإغفال التشريعي ما بين مؤيد و معارض وفي مدى تقرير أهميته.

¹ د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق ص1416.

² اختلفت الآراء في تعريف الإغفال التشريعي ومنهم الدكتور احمد فتحي سرور الذي ذهب في تعريفه للإغفال التشريعي "هو الإغفال النسبي للمشرع في معالجة موضوع معين خلافاً للدستور قد يمس الضمانات القانونية التي يجب التمتع بها فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة.

ذهب الدكتور عوض المر إلى أنه تبدو أهمية الرقابة على الإغفال التشريعي من أنه يتعين أن تتصدي جهة الرقابة على الدستورية لكل مخالفة للدستور، سواء تعمد المشرع إتيانها أو أتاها بغير قصد أو عن إهمال أو عدم دراية منه، وهو ما يمثل إعلاءً لمبدأ سمو وعلو الدستور. وإن فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي أصبحت مدخلاً للدور الانشائي للقضاء الدستوري، فمن المتفق عليه أن صمت القاضي الدستوري عند النظر في دستورية قانون ما، عن غياب قاعدة يشكل عدم وجودها انتهاكاً للوثيقة الدستورية يعد مخالفة دستورية، وبالتالي يوجب معالجتها باستخدام آليات تفسير بناءة لسد النقص التشريعي.

ومن القائلين بذلك أحد القضاة الدستوريين في مصر (د. محمد عماد نجار)¹:

إن سلطة المحكمة الدستورية العليا إذا ما قضت بعدم دستورية الإغفال التشريعي قد تتشابه مع سلطة المشرع، وأنها تستحدث حكماً تشريعاً لم يكن المشرع قد نص عليه من قبل، بيد أن الفارق يظل واضحاً، ذلك أن استحداث المشرع لتشريع جديد هو عمل يتصدى به لوظيفة التشريع بما لها سلطة الاختيار بين البدائل المختلفة، والانتقاء بين الحلول المتاحة، كما أنها تنشئ تنظيمات متكاملة يحوي العديد من التفاصيل، وهو مما يدخل في صميم اختصاص المشرع الذي يتعين عليه أن ينهض بوظيفة التشريع، احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات و إن حقيقة القضاء بعدم دستورية الإغفال هو قضاء تصحيحي تهدف المحكمة منه إلى تصحيح العيب الدستوري الذي شاب النص، فإعمال النص خير من إهماله.

يقول رأي آخر برفض فكرة رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي استناداً على أنه يخضع قاعدة قانونية غير موجودة بالفعل للرقابة، بالإضافة إلى أنه في حالة الإغفال الكلي تعد

¹ د. محمد عماد النجار: القضاء بعدم دستورية الإغفال التشريعي (قضاء عدم الدستورية الشرطي)، العدد 17، مجلة الدستورية في مصر، السنة الثامنة، 2010 ص 28.

رقابة القاضي الدستوري خرقاً واضحاً لاختصاص المشرع الذي له سلطة تقديرية في عملية التنظيم التشريعي تبني على عدة نقاط مثل: تقدير مدى الحاجة للقانون وضرورته ومدى ملاءمة الظروف لإصداره، وهذا ما يعد من أهم سمات السلطة التقديرية للمشرع¹.

وقد تباينت أحكام القضاء الدستوري في معالجة الإغفال التشريعي من دولة لأخرى وتباين بذلك القول بوجود دور انشائي للقاضي الدستوري استناداً إلى ذاك الإغفال، وهو ما سوف نعرض عليه في كل من المحكمة الدستورية في كل من مصر وألمانيا وإيطاليا والبرتغال للإحاطة بجوانب تلك الفكرة.

أولاً: رقابة الإغفال التشريعي في جمهورية مصر العربية:

يلاحظ وجود تطور هام ومثمر لسير عمل المحكمة الدستورية العليا في مصر، في تبني اتجاهات قادرة على مواكبة تطورات الحياة بمختلف جوانبها، تحقيقاً لأكبر قدر من الحماية للحقوق والحريات، وضمن الإطار الدستوري، ومن تلك الاتجاهات في عمل المحكمة الدستورية هو طريقة تعاطي المحكمة الدستورية العليا مع فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي². والتي مرت بعدة مراحل، ففي البداية عزفت المحكمة الدستورية العليا عنها باعتبارها من قبل الرقابة على الملاءمة التشريعية والتي تتحسر سلطة المحكمة عن رقابتها، إلا أن المحكمة الدستورية العليا بدأت بتغيير نظرتها وأخذت بالرقابة على الإغفال التشريعي الجزئي، ومن بعدها امتدت رقابتها

¹ د عبد الحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003

- يرفض جانب من الفقه فكرة الرقابة على الإغفال التشريعي لأنه تعتبر رقابة على قاعدة ليس لها وجود، والرقابة على الإغفال التشريعي لا يمكن أن تكون خاصة في الدول التي تأخذ بفكرة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فيكون ممارسة القاضي للرقابة على الإغفال التشريعي التام تعني أن القاضي الدستوري سوف يحل محل المشرع في ممارسة سلطته التقديرية في مدى الحاجة والضرورة لتنظيم أمر بقانون، وهذا ما يعد من صلب السلطة التقديرية للمشرع.

- جانب آخر من الفقه قال بضرورة فرض القاضي الدستوري رقابته على الإغفال التام للتشريع، لأن سكوت المشرع عن تنظيم مسألة من واجبه تنظيمها يعد مخالفة دستورية، وبالتالي من واجب القاضي الدستوري التدخل للتحقق من وجود مخالفة دستورية، فلا يجوز للقاضي الدستوري أن يقف صامتاً أمام مخالفة قاعدة للدستور وقوام مخالفتها هو عم وجودها، نظراً لأن عدم وجودها يشكل قاعدة قانونية سلبية مخالفة للدستور. الغماري مرجع سابق ص 451-452.

2. الغماري مرجع سابق من ص 448-557.

إلى الإغفال التشريعي الكلي (التام) ورغم الخلاف الفقهي على تلك الفكرة إلا أن الواقع العملي أثبت امتداد رقابة القاضي الدستوري على الإغفال التشريعي التام، رغم قلة الأحكام المتعلقة بها¹، ففرض القاضي الدستوري رقابته على الإغفال التام يعني أنه سوف يفرض على المشرع التدخل وضمن إطار سلطته التقديرية للوفاء بالتزاماته الدستورية في وضع تنظيم تشريعي لحقوق أو واجبات مصانة دستورياً.

على سبيل المثال لقد جاء دستور عام 1971 منظماً لجوانب العضوية في البرلمان، إلا أنه لم يتضمن أي توضيح للحالة التي تسقط فيها العضوية عن أحد الأعضاء، فتأثير موضوع في مدى أحقية عضو البرلمان الذي سقطت عضويته لأحد الأسباب التي نصت عليها المادة 296²، حيث قام أحد أعضاء المجلس الذي اسقطت عنه العضوية بالتقدم للترشيح لعضوية المجلس وعن ذات الدورة التي قد اسقطت العضوية عنه فيها، و قد تم رفض قبول أوراق ترشيحه، فرفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري مطالباً بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن استلام أوراق ترشيحه، وقد حكمت المحكمة له بذلك، وقبلت أوراق ترشيحه، وبعد ذلك طعن اثنان من المرشحين معه في ذات الدائرة في قبول أوراقه، ونظرت لجنة الاعتراضات بالطعن وتم قبوله وتم استبعاد ترشحه مرة ثانية، فطعن بقرار الاستبعاد أمام محكمة القضاء الإداري، والتي اهدت بتفسير المحكمة الدستورية العليا في قرارها برفض وقف تنفيذ القرار المطعون فيه³، حيث جاء تفسير المادة 96

¹ راجع الحكم في القضية رقم 20 بجلسة 1996/5/4 المجموعة ج 7 ص 657.
² المادة 96 من دستور عام 1971 " لا يجوز اسقاط عضوية أحد أعضاء المجلس إلا اذا فقد الثقة والاعتبار، أو فقد أحد شروط العضوية أو صفة العامل أو الفلاح التي انتخب على أساسها، أو أخل بواجبات عضويته.

ويجب أن يصدر قرار اسقاط العضوية بأغلبية ثلثي أعضائه."
³ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 3 بجلسة 1977/3/15. الجريدة الرسمية، العدد 17 منشور في 1977/3/17. أو انظر الرابط التالي للمحكمة الدستورية العليا في مصر: <https://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/RuleViewer.jspx>. تاريخ الزيارة 2023/12/1 م.

من قبل المحكمة الدستورية العليا متضمناً اتجاهات جديدةً محموداً في سعيها لسد الفراغ التشريعي، بشكل يتماشى مع ظروف المجتمع، ممارساً دوراً ابداعياً خلافاً، فقررت المحكمة هنا :

بأن إسقاط العضوية عن عضو مجلس الشعب لفقد الثقة والاعتبار، أو للإخلال بواجبات العضوية تطبيقاً للمادة 96 من الدستور يترتب عليه حرمانه من الترشيح لعضوية المجلس خلال الفصل التشريعي الذي أسقطت عضويته فيه، أما إسقاط العضوية المبني على فقد شروط العضوية أو فقد صفة العامل أو الفلاح التي انتخب العضو على أساسها فلا يحول دون ترشيحه مرة أخرى ولو في الفصل التشريعي ذاته متى توافرت هذه الصفة أو تلك الشروط.

فهنا نلاحظ أن القاضي الدستوري قد عالج نقطة غفل عنها المشرع، معتمداً تفسير الدستور على اعتبار أن النص الدستوري هو في النهاية نص تشريعي، وإن جوهر التفسير بالنهاية هو إيجاد حل منطقي وقانوني للمسألة المطروحة، وما يوجب عملياً ممارسة القاضي الدستوري لدور انشائي صوناً للحقوق.

ثانياً: رقابة الإغفال التشريعي في جمهورية ألمانيا الاتحادية:

بداية ظهور فكرة عدم الاختصاص السلبي كانت في ألمانيا على يد الفقهاء الألمان، ومع ذلك فإن الدستور الألماني لم ينص صراحة على اعتبار الامتناع التشريعي وجه من أوجه عدم الدستورية.

وقد حددت المحكمة الدستورية الألمانية حالات ثلاث¹ إذا وجد المشرع في إحداها اعتبار ممتعاً عن ممارسة الاختصاص التشريعي وهي:

¹ Legislative Omissions Legislative omissions can also be the subject of a ruling by the Federal Constitutional Court. ' 6 Such cases pose many problems, including the determination of the unconstitutionality of a present legal condition and appeals to the legislature. Although not intended to be exhaustive, the following examples

- تباطؤ المشرع عن الوفاء بالتزاماته التشريعية.
 - عدم أخذ المشرع بعين الاعتبار تغير الظروف الاجتماعية كسبب من أسباب مراجعة التشريعات القائمة.
 - إهمال المشرع القضاء على حالات التباين الواضح بين فئات المجتمع بما يخل بمبدأ المساواة.
 - وتقوم المحكمة الدستورية الألمانية هنا بإصدار نوعين من الأحكام لمعالجة تلك الحالات:
 - إصدار حكم بعدم تطابق موقف المشرع مع الدستور.
 - إصدار حكم يوجه المشرع لضرورة التدخل، بما حقق الوفاء بالتزاماته الدستورية.
- ويمكن القول بأن تلك الأحكام لا تنصب على التشريع بقدر ما تكون موجهة إلى المشرع كسلطة قد أهملت واجبها الدستوري في تنظيم مسألة ما، وتعتمد المحكمة هنا على إصدار أحكام تحت بها المشرع على الوفاء بالتزاماته الدستورية في ممارسة مهامه التشريعية على أكمل وجه، وإلزامه على وضع القواعد الدستورية المتعلقة بحماية الأسرة وحقوق وحيات الأفراد موضع التطبيق.
- ولإعطاء صورة أوضح لدينا مثلاً الحالة التالية:

may serve as illustrative: Constitutionally required mandates, the constitutional duty to regulate by law the basic rights and duties of a certain group of people, the constitutional duty of the legislature to take into consideration changes in actual conditions, as well as disparities which are incompatible with the principle of equality. These examples range from cases involving genuine omission (the legislature does not act in defiance of a specific constitutional mandate) and lack of implementation (the legislature has not acted for a long time) to discrimination (the legislature acted, but failed to consider a certain group).
 Notre dame law review. Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms.1-1-1987 p507
<https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2245&context=ndlr>.

نصت المادة السادسة من الدستور الألماني¹ على "تتاح للأطفال المولودين خارج إطار الزوجية، ومن خلال التشريعات نفس الظروف التي تنهياً لغيرهم من الأطفال المولودين في إطار الزوجية للتطور بدنياً ونفسياً والتمتع بمكانتهم".

ونصت الفقرة 5 من المادة 6 على "يجب من خلال سن القوانين توفير الظروف المتكافئة ليتمكن الأطفال غير الشرعيين من تطوير صحتهم الجسدية والنفسية، والتمتع بمكانتهم في المجتمع كغيرهم من الأطفال الشرعيين".

فتستدل من النص السابق أنه ينبغي على التشريع أن يضمن للأطفال غير الشرعيين نفس الأوضاع المعترف بها للأطفال الشرعيين، فيما يتعلق بنموهم البدني والخلقي وحالتهم الاجتماعية، ومع ذلك فإن المشرع الألماني لم يمارس واجبه الدستوري في تنظيم تلك الحالة، إلى حين أن تم الدفع بعدم دستورية المادة (1712) من القانون المدني والتي لم تعترف بحق الأطفال غير الشرعيين في الإرث، وبالتالي حرمانه من نفقة اليتيم التي يدفعها صندوق التأمين الاجتماعي.

وعند نظر المحكمة الدستورية الألمانية بتلك القضية قالت بأن الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من الدستور الألماني تشير إلى وجود واجب على السلطة التشريعية بتنظيم تلك النقطة بخصوص الأطفال غير الشرعيين، وبالتالي يترتب على المشرع مسؤولية كاملة في حال قصر في واجبه الدستوري، بشكل ترك فيه فراغاً تشريعياً ألزمه الدستور بمعالجته، وخصوصاً أن هناك مدة زمنية كبيرة جداً ما بين صدور الدستور وما بين عرض ذاك الفراغ التشريعي على المحكمة وبالتالي كان من واجب المشرع التدخل من قبل وعلاج ذاك الإغفال التشريعي.

¹ الدستور الألماني الصادر عام 1949.

وقد حذرت المحكمة الدستورية الألمانية المشرع بضرورة اتخاذ إجراءات تشريعية معينة وخلال فترة محددة، لمعالجة الخلل السابق، بإصدار ما يجب وتجاوز هذا الإغفال التشريعي¹.

فالدستور هنا يقيد سلطة المشرع، ويحجب عنه السلطة التقديرية في سن التشريع من عدمه، وجاء النص واضحاً بإلزام المشرع بالتدخل، لأن الحقوق الأساسية لا يمكن حمايتها بالترك أو اللامبالاة، بل إن السلطة صاحبة الاختصاص ملزمة بممارسة مهامها واختصاصاتها، لأن هذا الاختصاص ليس ميزة بل مسؤولية، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الدستورية الاتحادية مراراً بقولها: "ليس للحقوق الأساسية دوراً وقائياً فحسب، بل إنها حقوق تتضمن قيماً قانونية موضوعية سامية من الدرجة الرفيعة، لذا حمايتها تتطلب تدخلاً من السلطات العامة كلما كان ذلك ضرورياً"²

• ثالثاً: رقابة الإغفال التشريعي في الجمهورية الإيطالية:

نجد أن المحكمة الدستورية في إيطاليا هي أول المحاكم الدستورية التي تولت إصدار أحكام دستورية تعالج حالات الإغفال التشريعي وذلك نظراً لعدة ظروف (ظروف سياسية وتاريخية وضعف الهيئة التشريعية)، إلا أنها واجهت عقبات تمثلت في:

ضرورة التحرر من ضغوط محكمة النقض الإيطالية التي انفردت بعملية تفسير القانون، وانكرت على المحكمة الدستورية أن تقوم بذلك.

¹ د. أحمد عيد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2004م، ص269-270.

² د. سعيد نحيلي، 2022، الحماية القضائية للحقوق الأساسية في ألمانيا، مجلد2، العدد الأول، سوريا، دمشق، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية. ص34-35.

ما تضمنته المادة 28 من قانون المحكمة الدستورية الإيطالية رقم 87 في 11 مارس لعام 1953، والتي تنص صراحة على حظر ممارسة أي رقابة من قبل المحكمة الدستورية على ممارسة البرلمان لسلطته التقديرية.

فما كان أمام القاضي الدستوري الإيطالي سوى الالتفاف ببراعة لإرساء أسس رقابة الإغفال التشريعي متبعا أسلوب الأحكام التفسيرية (المضيفة، الاستبدالية، التوجيهية)، فلم يقف دور القاضي الدستوري عند حد المقابلة الحرفية للنصوص، وإنما تخطى ذلك بإضافة معانٍ وعبارات للنص التشريعي لمجرد ورود الحقوق في الوثيقة الدستورية¹.

رابعاً: رقابة الإغفال التشريعي في الجمهورية البرتغالية:

نصت المادة 283 من الدستور البرتغالي على:

يمكن للمحكمة الدستورية بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو من وسيط العدالة في حالة انتهاك حقوق وحدات الإدارة المحلية أو من رؤساء المجالس التشريعية، أن تراجع وتراقب حالات انتهاك الدستور عن طريق الامتناع عن اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التطبيق.

إذا انتهت المحكمة الدستورية إلى وجود حالة من حالات عدم الدستورية بطريق الامتناع ينبغي عليها أن تبلغ ذلك إلى الجهاز التشريعي المختص².

من قراءة النص السابق نجد أن دور القاضي الدستوري يتمثل بداية في استنتاج وجود مخالفة لأحكام الدستور، تعود إلى امتناع المشرع عن التدخل لتسوية مسألة أو تنظيم حقوق وحريات

¹ د. عبد العزيز سالم، رقابة الاغفال التشريعي، مجلة الرقابة الدستورية، السنة الثانية، اتحاد المحاكم و المجالس الدستورية العربية، القاهرة. 2009. ص 63.

² د أحمد عبد الغفول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع. دراسة مقارنة، دار النهضة العربية عام 2002 ص 128.

يحميها الدستور، ومن ثم تبلغ المحكمة بوجود تلك المخالفة للجهاز التشريعي المختص، دون أن تتدخل بصورة مباشرة في العملية التشريعية.

ويمكن القول إن القاضي الدستوري هنا يتدخل بشكل غير مباشر في العملية التشريعية ممارساً دوراً انشائياً ومتدخلًا إيجابياً في العملية التشريعية.

نلاحظ مما سبق أن القاضي الدستوري وفي سبيل تفعيل النص الدستوري إلى أبعد مدى، فقد عمل على علاج حالة الإغفال التشريعي وسد النقص الذي يعتري التشريع، معتمداً على استخدام آليات التفسير لإضافة أحكام غير موجودة بالنص التشريعي، لأنه من غير الدستوري أن يصمت القاضي الدستوري عن قاعدة يؤدي غيابها إلى الحكم بعدم دستورية النص التشريعي.

المطلب الثاني

التفسير كأداة رئيسية في ممارسة القاضي الدستوري للدور الانشائي

ذكرنا سابقاً أن الغاية الأساسية من عمل القضاء الدستوري هو الحفاظ على علو و سمو الدستور، وحمايته من أي مخالفة تشريعية من شأنها المساس بالمبادئ والركائز التي نص عليها، ولما كانت سلطات القضاء الدستوري في إلغاء أي نص قانوني مخالف للدستور ليست غاية في حد ذاتها، وإنما هي وسيلة علاجية لتصحيح العوار الذي أصاب النص القانوني، ووسيلة ردع من شأنها حث السلطة التشريعية على الالتزام بالحدود الدستورية إلى أبعد مدى، فكان من واجب القاضي الدستوري هنا أن يسعى جاهداً لإيجاد حل أمثل لتجنب الحكم بعدم الدستورية، ومحاولة

توفيق النص التشريعي والنص الدستوري، معتمداً بشكل رئيسي على التفسير كأداة أساسية فاعلة في تطويع النص التشريعي بشكل يتماشى مع الدستور.

ونظراً لأهمية الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري وجب أن يكون التفسير الذي يمارسه يتخطى حدود التفسير القانوني الذي يمارسه القاضي العادي، دون أن يحل بذلك محل السلطة التقديرية للمشرع، وأن يسعى بتفسيره للوصول إلى صيغة تحقق الهدف من وضع النص واصلاح الخلل الذي أصابه، ولتوضيح أهمية التفسير في الدور الانشائي للقاضي الدستوري وجب البحث فيما يلي:

- الفرع الأول: تعريف التفسير.
- الفرع الثاني: ضرورات التفسير وحججه.

الفرع الأول

تعريف التفسير

وإن قيام المشرع بواجبه التشريعي يتطلب منه الإتيان بصياغة سليمة وعبارات دقيقة وملائمة للوقائع التي ستنظمها القواعد القانونية وتتطلب أيضاً أن تكون شاملة للعلاقات القانونية الحالية والتي قد تنشأ في المستقبل.

إلا أن الواقع العملي أثبت أن المشرع عند ممارسته لمهامه التشريعية لا يقف على كافة جوانب النص الدستوري وقد يغفل عن فهم أو استنتاج كافة الحقوق والحريات التي يحميها الدستور، ولما كانت القاعدة القانونية بشكل عام والقاعدة الدستورية بشكل خاص تمتاز بألفاظها العامة المجردة، التي تحوي على حقوق عديدة قد لا يتم تفصيلها بشكل دقيق، ومهما كان التشريع كاملاً، ومهما

كانت صياغة المبادئ التي يحتويها حسنة فهي دائماً مبادئ عامة مجردة، ومهما بلغ نضج وسعة أفق المشرع، فهو لن يتمكن إطلاقاً من مواجهة كل الاحتمالات والتفصيلات التي تثار بمناسبة تطبيق القوانين بشكل عملي، فيكون لدينا احتمال صدور تشريع معيب بعدم الدستورية، يوجب تدخل القاضي الدستوري للنظر في مدى دستورية التشريع، وذلك ضمن الحالات المحددة دستورياً التي يتمكن من خلالها القاضي الدستوري من النظر في دستورية القانون.

ولما كانت النصوص القانونية تختلف من الناحية النظرية البحتة عنه عند التطبيق العملي، أصبح تطبيق أي نص يحتاج إلى تفسيره، وبالتالي أصبحت مهمة القاضي الحقيقية هي تفسير النصوص لضمان التطبيق الصحيح على الوقائع المعروضة.

وذلك دون أن يكون التفسير هو غاية القاضي، وإنما هو وسيلة لتطبيق النصوص من أجل الفصل في الخصومات ومن مقتضيات قيامه بوظيفته، فالتفسير هو من طبيعة الأشياء وهو عملية لازمة وضرورة تسبق كل تطبيق للنصوص، فمن غير المتصور أن يحوي التشريع على التفصيلات الدقيقة لكل حالة وإنما يضم قواعد تتسم بالعمومية والتجريد والقاضي يقوم بتطبيق هذه القواعد على الحالات الواقعية¹.

والتفسير هو عملية فكرية ضرورية، تشغل مكانة هامة بين انشاء النص وتطبيقه، وتسبق تطبيق النصوص القانونية على الوقائع المعروضة على القاضي، لأنه من المنطقي أن يباشر القاضي بتفسير النص القانوني ليرى مدى انطباقه على الوقائع وتحديد معناه، وأن يقوم بالتالي القاضي الدستوري بتفسير النص الدستوري أيضاً ليرى مدى اتفاق التشريع معه².

¹ مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 2 الجزء الأول، أيار 2017. ص25.

² يقول الفقيه النمساوي "كلسن" (إذا كان على العضو القانوني أن يطبق القانون فلا مناص أمامه من تفسير النص)

Kelsen(H) theorie pure du droit. trad de. Ch. Eisenmann dalloz 1962. P453.

والتفسير لغةً هو البيان والتوضيح والإفصاح¹، وأما اصطلاحاً فقد تعددت التعريفات له استناداً إلى نقطتين رئيسيتين: أولهما أن التفسير يهدف إلى إزالة الغموض والخلاف في حكم القواعد القانونية المستفادة من مصادرها الرسمية، وثانيهما: سد الفراغ في القواعد القانونية. وقد عرف تفسير التشريع بأنه: توضيح ما أبهم من ألفاظه، وإكمال ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة².

الفرع الثاني

ضرورات التفسير وحجته

التفسير عملية ضرورية تسبق تطبيق القانون على الوقائع المعروضة على القاضي لأن القاضي لا يقضي بانطباق القاعدة القانونية على وقائع الدعوى المعروضة عليه دون أن يحدد مضمون ألفاظ النص، حيث تصاغ القاعدة بطريقة عامة ومجردة³ ويجب البحث عن معناها الحقيقي لتطبيقها على الحالات الواقعية كما تزداد أهمية التفسير نتيجة تطور الحياة الاجتماعية والحاجة إلى تحقيق العدالة.

¹ مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، دار المعاجم في مكتبة لبنان ، 1986.
² د. أحمد عبد العال السناري. ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دار النهضة العربية. ص56.

³ يقول (السنهوري) (أن المشرع الحكيم هو من يجعل عبارته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف دون أن يذهب في ذلك إلى حد الغموض وعدم الدقة . وخير وسيلة للجمع بين الدقة والمرونة هي أن يعدل المشرع في المسائل التي تكون سريعة التطور عن القواعد الجامدة الضيقة إلى المعايير المرنة الواسعة التي يسترشد بها القاضي ويطبقها على الاقضية التي تعرض له. فيصل في ذلك إلى حلول باختلاف كل الاقضية وما يحيطها من ملابسات).

لذا يمكن القول إن التفسير لازم وضروري في جميع الحالات فالنصوص القانونية لا تطبق آلياً

إنما يجري تطبيقها دائماً من خلال تفسيرها، فلا تطبيق دون أن يسبقه تفسير ومن ثم ترجع

ضرورة التفسير إلى طبيعة قواعد القانون باعتبارها قواعد عامة مجردة.

والضرورة للتفسير تظهر في عدة حالات منها:

- أولاً: حالة غموض النص.
- ثانياً: حالة تطور الواقع الاجتماعي وضرورة مواكبته تشريعياً.
- ثالثاً: حالة نقص النص وهي الحالة الأهم، ولقد ظهر اتجاهين بالنسبة لفكرة نقص التشريع، الأول قال بكمال التشريع، وأن التشريع يحوي على حلول لجميع الحالات ولا يتصور وجود حالة غير منظمة تشريعياً، ودائماً ما يكون التشريع واضحاً وصريحاً، فلا مجال أمام القاضي لإعطاء تفسيرات للنص التشريعي.

والاتجاه الثاني قال بفكرة نقص التشريع، وأن التشريع عاجز عن الإحاطة بتنظيم كافة الأوضاع

القانونية والاقتصادية والاجتماعية بصورة شاملة، وبالتالي فالتفسير هو حاجة ملحة ومنهج

أساسي في عمل القاضي الدستوري¹

وهنا ظهرت الحاجة إلى التفسير (القانوني والدستوري) باعتباره ضرورة ملحة في عمل القاضي

الدستوري، باعتبار التفسير عملية عقلية علمية بمقتضاها يمكن للقاضي الدستوري من إعادة

قراءة النص الدستوري لبيان وجود القاعدة الدستورية، وما تحميه من حقوق، الا أن تفسير

الدستور ليس متاحاً بشكل يسير، فدور القضاء الدستوري في تفسير النص الدستوري مرهون

¹ . ويعلل الشهرستاني ظاهرة إمكان النقص في التشريع أفضل تعليل إذ يقول: (نعلم قطعاً وبقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ونعلم قطعاً أيضاً انه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً. النصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي). د. محمد عبد الكريم الشهرستاني، كتاب الملل والنحل، الطبعة الثانية، ج2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1975، ص37.

بإمكانية الوصول اليه، فلا يستطيع أن يقوم بأي دور إذا ضاقت سبل مراجعته، أو قيدت بقيود صارمة.

ونظراً لأهمية التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية فقد أعطي هذا التفسير صفة الإلزام، لأن جميع الأحكام والقرارات الصادرة عنها مبرمة، والحكمة الأساسية من إعطاء التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية صفة الإلزام، هو أنه لو لم تعطى هذه الأحكام صفة الإلزام لكان من الممكن أن يتم تكرار طرح التفسير أكثر من مرة على ذات النص، وبالتالي من الممكن أن تختلف تلك التفسيرات عن بعضها البعض.

المبحث الثاني

تطبيقات الدور الانشائي للقاضي الدستوري في التشريع المقارن

تمهيد:

مع تفعيل دور المحاكم الدستورية، وترسيخ فكرة المراجعة الدستورية، ظهر دور القاضي في التأثير على العملية التشريعية بشكل غير مباشر، وهذا التأثير أخذ نوعين، كلاهما ناتج عن توقع المشرع لما قد تقرره المحكمة الدستورية في حال عرض القانون أو مشروع القانون عليها، مما يؤدي إلى اتباع سياسة ضبط النفس من قبل البرلمان، وهذان النوعان هما:

• النوع الأول:

التقييد الذاتي من قبل الحكومة والأغلبية البرلمانية لذاتها عند اتخاذهم لقرار، بالتضحية بأهداف سياسية معينة، لتقليل احتمال إحالة مشروع القانون إلى المحكمة، والحكم بعدم دستوريته.

• النوع الثاني:

ويكون عندما تنتظر المحكمة في مشروع قانون، وتقضي بمخالفته للدستور، فتكون هنا المراجعة التصحيحية بإعادة صياغة النص الخاضع للرقابة بما يتوافق مع قرار المحكمة. والواقع أن تطور المراجعة الدستورية، وتعزيز دور القضاء الدستوري أدى إلى ظهور ما يسمى "بدسترة النظام القانوني" تنامت فيها قدرة المحاكم الدستورية في التأثير على العملية التشريعية بتوجيه أوامر للسلطة التشريعية من خلال أحكامها التي سميت بالأوامر الزجرية.

تختلف التجربة الدستورية والسياسية من دولة لأخرى وبالتالي سوف نستعرض بعض التطبيقات العملية في الدول الأجنبية والعربية من خلال المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: الدور الانشائي للقاضي الدستوري في الدول الغربية.
- المطلب الثاني: الدور الانشائي للقاضي الدستوري في الدول العربية.

المطلب الأول

الدور الانشائي للقاضي الدستوري في الدول الغربية

تمهيد:

كان لعراقة التجربة الدستورية في كل من إيطاليا والولايات المتحدة الأمريكية، والتنظيم الدستوري المتين لدور المحكمة الدستورية العليا أثر كبير في تنامي دور القاضي الدستوري، ومنحه الجراءة والقوة ليأخذ خطوة تقدمية ساهمت في خلق بداية الدور الانشائي للقاضي الدستوري.

الفرع الأول

الجمهورية الإيطالية

نص الدستور الإيطالي لعام 1947 في الباب السادس تحت عنوان الضمانات الدستورية على انشاء المحكمة الدستورية¹، وحدد مهامها في المادة 134 ترسيخاً لمبدأ سمو الدستور، وصوناً وحماية للحقوق والحريات التي أقرها الدستور، واعتمدت المحكمة طريقة عمل متناغمة في المراجعة الدستورية للتشريعات ما بين أداء واجبها الدستوري في صون الدستور من جهة، وما بين الحفاظ على حق السلطة التشريعية في أداء مهامها الدستورية وممارسة العمل التشريعي

When the Constituent Assembly set about drafting the Constitution of the Italian Republic,¹ it made a fundamental choice in attributing a “supralegislative” force to the new Constitution, so that “ordinary” laws could not amend it or derogate from it. The rights and obligations ratified by the Constitution, and the rules that guarantee the balance of power among the various constitutional organs, were thereby protected even from laws of Parliament. To safeguard this choice, the Constituent Assembly provided in a section entitled “Guarantees of the Constitution” (Title VI, Part II) for a Constitutional Court. The Court was charged in Article 134 with the task of passing judgement “in cases relating to the constitutional legitimacy of laws, and acts having the force of law, of the State and the Regions; on conflicts regarding the allocation of power among the branches of the State and on those between the State and the Regions, and among the Regions; and on charges brought against the President of the Republic, according to the Constitution https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/la_corte_costituzionale_italiana_EN.do#:~:text=The%20Court%20was%20charged%20in,between%20the%20State%20and%20the 20the. تاريخ الزيارة 2024/2/16 م.

على ضوء الخيارات والمتغيرات السياسية والاجتماعية للبلاد، ودون أن يؤدي ذلك إلى عرقلة التشريع أو التدخل في خيارات المشرع ضمن اطار سلطته التقديرية، فطالما أن السلطة التشريعية ملتزمة بممارسة واجباتها، مستخدمة سلطتها التقديرية في حدود الدستور، فليس للمحكمة سلطة إدانة أفعال السلطة التشريعية، حتى لو بدت غير كافية أو خاطئة، وفي حال إن السلطة التشريعية تجاوزت تلك الحدود الدستورية فيما سنته من قوانين، فإن مهمة المحكمة أن تحكم بإدانة القانون أو إعادته ضمن تلك الحدود، تنادياً لانتهاك للدستور.

وقد مارست المحكمة الدستورية في إيطاليا واجبها مع الاخذ بعين الاعتبار خطورة حدوث فراغ تشريعي ناتج عن إعلان عدم الدستورية، فاعتمدت في أحكامها على تضمين توجيه للمشرع أو اعتماد ما يسمى بالأحكام المضيفة توضحت منذ بداية ممارسة المحكمة لمهامها في القرار رقم 1/1956¹ وذلك في معرض السؤال بمدى دستورية قانون الامن العام لعام 1931 كان على المحكمة أن تثبت في المسألة المثيرة للجدل حول ما إذا كان اختصاصها في مراجعة دستورية

¹ عقدت أول جلسة استماع علنية للمحكمة (udienza pubblica) في 23 أبريل 1956. وترأسها أول رئيس للمحكمة، إنريكو دي نيكولا، الذي كان الرئيس المؤقت للجمهورية، ولعدة أشهر، رئيساً للمحكمة الدستورية.

يتعلق السؤال الأول بدستورية أحد أحكام قانون الأمن العام لعام 1931 الذي يتطلب الحصول على تصريح من الشرطة لتوزيع المنشورات أو وضع الملصقات، والذي يعاقب على أي توزيع أو تعليق غير مصرح به. وقد أثار هذه القضية ما لا يقل عن ثلاثين قاضياً جنائياً مختلفاً في جميع أنحاء إيطاليا، الذين شككوا في مدى توافق القانون مع المادة 21 من الدستور، التي تضمن حرية التعبير. جاءت الحجج القائلة بأن القانون غير دستوري من بعض أشهر المحامين ورجال القانون الإيطاليين في ذلك الوقت، بما في ذلك كوستانتينو مورتاتي وفيزيو كريسافولي وجوليانو فاسالي، بالإضافة إلى بيبرو كالاماندري، عضو الجمعية التأسيسية وخبير في القانون الإجرائي والقانوني. القضاء الدستوري، وماسيمو سيفيرو جيانيني، الرئيس السابق لديوان وزارة الجمعية التأسيسية.

كمسألة أولية، كان على المحكمة أن تثبت في المسألة المثيرة للجدل حول ما إذا كان اختصاصها في مراجعة دستورية القوانين يمتد إلى القوانين التي تم إقرارها قبل سن الدستور، مثل قانون عام 1931 قيد النظر، أو ما إذا كان يقتصر بدلاً من ذلك على ما تمت الموافقة عليه من القوانين بعد ذلك، كما قال المحامي العام للدولة. وكانت هذه القضية ذات أهمية حاسمة بالنظر إلى أن جزءاً كبيراً من تشريعات الدولة الإيطالية المعمول بها في ذلك الوقت ولسنوات عديدة قادمة قد تم سنّها خلال الحقبة الفاشية وقبلها. إن قصر نطاق المراجعة الدستورية على تشريعات ما بعد عام 1948 كان يعني منع الدستور فعلياً من أن يصبح فعالاً حقاً في العديد من القطاعات، وبالتالي تأجيل تحقيق العديد من الضمانات الدستورية إلى أجل غير مسمى. وقضت المحكمة بأن جميع القوانين، التي تم سنّها قبل دستور عام 1948 وبعده، يمكن مراجعتها ويجب إعلان بطلانها إذا تبين أنها تتعارض مع الدستور. ولا تشير مبادئ الدستور إلى السلطة التشريعية فحسب، بل إلى الجميع من مواطنين وسلطات عامة وقضاة على حد سواء. وبذلك أعلن أن الحكم القانوني المطعون فيه بشأن الأمن العام غير دستوري. لقد كان هذا القرار الأساسي رقم 1/1956 هو الذي مهد الطريق لعدد لا يحصى من الأحكام اللاحقة التي "أبطلت" العديد من أحكام القوانين القديمة التي كانت تتعارض مع الدستور الجديد، في مجالات فشل البرلمان في القيام بذلك بمفرده.

انظر الرابط التالي:

https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/la_corte_costituzionale_italiana_EN.do#:~:text=The%20Court%20was%20charged%20in,between%20the%20State%20and%20the

https://www.cortecostituzionale.it/annuario2021/pdf/Relazione_annuale_2021_ENG.pdf¹

م. 2024/2/16

القوانين يمتد إلى القوانين التي تم إقرارها قبل سن الدستور، وكانت هذه القضية ذات أهمية حاسمة بالنظر إلى أن جزءاً كبيراً من تشريعات الدولة الإيطالية المعمول بها في ذلك الوقت ولسنوات عديدة قادمة قد تم سنّها خلال الحقبة الفاشية وقبلها. إن قصر نطاق المراجعة الدستورية على تشريعات ما بعد عام 1948 كان يعني منع الدستور فعلياً من أن يصبح فعالاً حقاً في العديد من القطاعات، وبالتالي تأجيل تحقيق العديد من الضمانات الدستورية إلى أجل غير مسمى. وقضت المحكمة بأن جميع القوانين، التي تم سنّها قبل دستور عام 1948 وبعده، يمكن مراجعتها ويجب إعلان بطلانها إذا تبين أنها تتعارض مع الدستور.

وفي الحكم السابق نجد أن المحكمة الدستورية لم يقتصر دورها على الحكم بدستورية أو عدم دستورية النص القانوني والتوقف عند هذا الحد، وإنما وضعت قاعدة جديدة تضمنها الحكم في السماح بالنظر في دستورية كافة القوانين النافذة والصادة قبل دستور 1948.

ورغم حساسية البرلمان تجاه المحكمة فإن العلاقة ما بين البرلمان وبين المحكمة لم تبقى علاقة متنافرة، فقد تنامي التقارب بينهما بشكل واضح، وقد أشارت المحكمة الدستورية في إيطاليا في تقريرها السنوي لعام 2021¹ على أن صورة العلاقات مع البرلمان واعدة وشهدت العديد من التحذيرات والدعوات للمشرعين.

فاعتمدت المحكمة الدستورية العليا عند النظر في دستورية قانون ما على حماية الحق أو الحرية مع مراعاة جانبين:

الأول: سعت المحكمة إلى قراءة النص الدستوري بشكل معمق للوصول إلى جوهر الفكرة التي سعى المشرع إليها عند صياغة القانون.

الثاني: تجنب الوقوع في فراغ تشريعي نتيجة الحكم بإلغاء القانون غير الدستوري.

وهذا ما دفع المحكمة إلى اتباع أسلوب توجيهي للمشرع من خلال الأحكام التي تصدرها، والتي عرفت بالأحكام المضيفة² والتي يستند القاضي فيها على قراءة موسعة ودقيقة للنص الدستور وتضمن حكمه توجيه أو حث للمشرع على اتخاذ خطوة جديدة تؤمن حماية القانون من الإلغاء نتيجة الخلل الدستوري الذي يعتريه تجنباً للفراغ التشريعي وتضمن بنفس الوقت حماية وممارسة فعالية أعمق للحق أو الحرية الذي ينظمه القانون.

ومن جانب آخر فقد تعاملت المحكمة الدستورية مع القصور التشريعي بأن المشرع قد قصر في تنظيم الحق المحمي دستورياً بشكل يؤدي إلى ضياعه، وإن الحكم المسبب الصادر بالقصور التشريعي سوف يتناول الجوانب التي قصر المشرع عن تنظيمها، وبالتالي وكنتيجة منطقية للقوة الملزمة لحكم المحكمة، سيلتزم المشرع بصياغة القانون على ضوء ذلك الحكم واعتماد إضافات جديدة للقواعد التي قصر في صياغتها سابقاً وأشار إليها حكم المحكمة الدستورية.

وإن دقة وخطورة تلك الاحكام المضيفة أوجب وجود عدة ضوابط لها تتمثل في:

- إقرار النص الموجود وعدم كفايته للصمود أمام الطعن الدستوري.
- التصوير المجرد لما يجب أن يكون عليه الحال حتى يمكن اعتبار النص دستورياً.
- إضافة الجزء الضروري حتى يصبح النص دستورياً.

¹ https://www.cortecostituzionale.it/annuario2021/pdf/Relazione_annuale_2021_ENG.pdf

تاريخ الوصول 2024/2/16 م.

² د. محمد فوزي نويجي و د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 2 الجزء الأول، أيار 2017، ص 43.

ولدينا الحكم رقم 150 لسنة 2021¹، والذي تضمن توجيهاً مباشراً و صريحاً للمشرع في ضرورة

اتخاذ خطوة تشريعية ضمن اطار محدد، لوضع تشريع متكامل يضمن أكبر قدر من الحماية

لحرية التعبير، تتناسب مع المتغيرات المتنامية للمجتمع الديمقراطي.

إن عقوبة الحبس الإلزامية على جريمة التشهير المرتكبة من خلال الصحافة تتعارض مع المادة

10² من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وبالتالي مع المادة 117 (1)³ من الدستور

الإيطالي. وقد سبق ذلك حكم مماثل رقم 2020/132 م⁴ طلبت محكمتان إحالتان من المحكمة

الدستورية إصدار حكم بشأن التوافق مع المادة 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

بالتزامن مع المادة 117 (1) من الدستور الإيطالي لحكمين من أحكام القانون الجنائي الإيطالي،

والذي ينص على فرض عقوبات بالسجن على جريمة التشهير المرتكبة عن طريق الصحافة،

وبموجب هذا الأمر، أرجأت المحكمة الدستورية قرارها لمنح البرلمان وقتاً كافياً لسن تشريع جديد

بشأن هذه المسألة.

¹ [sentenza-n150-del-2021-en.pdf \(cortecostituzionale.it\)](https://cortecostituzionale.it/sentenza-n150-del-2021-en.pdf) تاريخ الوصول 2024/7/26 م.

² المادة 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950: حرية التعبير:

- 1- لكل شخص الحق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حرية الرأي وحرية تلقي أو نقل المعلومات أو الأفكار من دون أن يحصل تدخل من السلطات العامة، ودونما اعتبار لحدود. لا تحول هذه المادة دون إخضاع الدول شركات البث الإذاعي أو السينما أو التلفزة، لنظام التراخيص .
- 2- يجوز إخضاع ممارسة هذه الحريات وما تشمله من واجبات ومسؤوليات، لبعض المعاملات أو الشروط أو القيود أو العقوبات المنصوص عليها في القانون، والتي تشكل تدابير ضرورية في المجتمع الديمقراطي، للأمن الوطني أو سلامة الأراضي أو السلامة العامة أو حماية النظام ومنع الجريمة، أو لحماية الصحة أو الأخلاق، أو لحماية سمعة الغير أو حقوقه، أو لمنع الكشف عن معلومات سرية، أو لضمان سلطة القضاء ونزاهته

³ تنص المادة 117 من الدستور الإيطالي على: (تتأط السلطات التشريعية بالولايات والأقاليم بما يتوافق مع الدستور والقيود الناجمة عن تشريعات الاتحاد الأوروبي والالتزامات الدولية). Legislative powers shall be vested in the State and the Regions in compliance with the Constitution ...and with the constraints deriving from EU-legislation and international obligations

⁴ قد نظرت المحكمة الدستورية في أمري إحالة قدمتهما محاكم جنائية أدنى درجة فيما يتعلق بتوافق الأحكام الجنائية التي تنص على أحكام بالسجن على جريمة التشهير المرتكبة عبر الصحافة مع الدستور والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وقد وجدت المحكمة أن الأسئلة المطروحة تتطلب ممارسة موازنة معقدة بين حرية التعبير وحماية السمعة، وكلاهما من الحقوق الأساسية في النظام الدستوري. وأي تعديل للتوازن الذي تم التوصل إليه - وهو ضروري الآن في ضوء السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - يشكل في المقام الأول مهمة تقع على عاتق المشرع. نظراً لأن العديد من مشاريع القوانين المتعلقة بهذا الموضوع معروضة حالياً على البرلمان، فقد قررت المحكمة، بروح من التعاون المخلص بين المؤسسات، تأجيل النظر في الأسئلة حتى جلسة الاستماع العامة المقرر عقدها في 22 يونيو 2021، وبالتالي منح البرلمان وقتاً

وبعد مرور عام، لاحظت المحكمة الدستورية مع الأسف أن البرلمان لم يعدل بعد القانون المعني، وأعلنت أن أحد الأحكام المطعون فيها، وهو المادة 13 من القانون رقم 47 لسنة 1948 غير دستوري، والذي ينص على فرض عقوبة إلزامية بالسجن لمدة تصل إلى ست سنوات، بالإضافة إلى الغرامة على أي شخص يشوه سمعة شخص آخر من خلال التمثيل الكاذب للحقائق في الصحافة.

ووفقاً للمحكمة، فإن مثل هذه العقوبة ترقى إلى حد التدخل غير المتناسب في حرية التعبير، من خلال التسبب فيما تسميه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان "تأثيراً مروعاً" على الصحفيين أثناء قيامهم بمهمتهم الحيوية المتمثلة في "المراقبة" في مجتمع ديمقراطي.

وعلى النقيض من ذلك، فإن هناك حكماً جنائياً مختلفاً ينص على السجن لمدة تصل إلى ثلاث سنوات أو دفع غرامة لأي شخص يسيء إلى سمعة شخص آخر في الصحافة أو وسائل الإعلام الأخرى، لا يعتبر غير دستوري إذا تم تفسيره وفقاً للسوابق القضائية ذات الصلة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ويسمح هذا الأخير بشكل استثنائي بفرض عقوبة السجن على الصحفيين، لا سيما عندما تتعرض الحقوق الأساسية الأخرى لانتهاك خطير، كما هو الحال على سبيل المثال في حالة خطاب الكراهية أو التحريض على العنف أو - كما أشارت المحكمة الدستورية في هذا الحكم - في سياق حملات التضليل المستهدفة التي تتم عبر الصحافة أو الإنترنت أو وسائل التواصل الاجتماعي، مع العلم تماماً أن الادعاءات الموجهة ضد الضحية كاذبة.

وقد قضت المحكمة الدستورية "بعدم دستورية القانون المطعون فيه، مع التأكيد على ضرورة قيام النظام القانوني بضمان الحماية الفعالة للسمعة كحق أساسي للفرد، مع التأكيد على أن القرار لا يعني ذلك أن البرلمان يجب أن يعتبر نفسه ملزماً دستورياً بالحفاظ على الحبس الاحتياطي بالحكم على حالات التشهير الخطيرة في المستقبل وكما سبق أن أبرزت هذه المحكمة في أمرها رقم 2020/132 بالحاجة إلى إصلاح شامل للقواعد النازمة لهذه النقطة، بهدف وضع نظام شامل و قادر على تجنب أي تخويف لا داعي له للصحفيين من ناحية، ومن ناحية أخرى ضمان الحماية الكافية لسمعة الفرد ضد الهجمات غير القانونية التي ترتكب باسم الصحافة¹".

ومن قراءة الحكم السابق نجد أن القاضي الدستوري لم يقض فقط بعدم دستورية القانون، ولم تكن غايته بداية عندما نظر في دستوريته في الحكم الأول لعام 2020، بل إن غاية القاضي الدستورية الأساسية كانت السعي لإيجاد صيغة توافقية ما بين حرية التعبير و بين تجنب وصول تلك الحرية إلى حد التشهير أو الإساءة، فلذلك ضمن حكمه توجيه للمشرع في نقطتين رئيسيتين:

- حماية السمعة هي حق أساسي للفرد، ويجب على المشرع تنظيمه تشريعياً بشكل وافٍ.
- ليس الحبس هو الحل الوحيد في حماية الحرية.

أي أن القاضي الدستوري أعطى المشرع الوقت والخطوط العريضة لإنشاء قاعدة قانونية أكثر تلبية لحاجات المجتمع، وبالتالي لم يكن دوره سلبياً، وإنما مارس دوراً خلاقاً وإيجابياً.

ولدينا حالة أخرى في الحكم رقم 22 لسنة 2022¹ والتي طُلب من المحكمة تقييم دستورية القواعد المتعلقة بالمرافق السكنية لإنفاذ أوامر الأمن النفسي REMS¹ فيما يتعلق بالمجرمين الذين يعانون من اضطرابات عقلية.

يشير الحكم اللاحق إلى أنه، وفقاً للتشريع الذي تم سنه في عام 2012، فإن REMS عبارة عن مرافق سكنية ذات غرض مختلف جذرياً عن غرض مستشفيات الطب النفسي القضائية، وتهدف هذه المرافق السكنية إلى المساهمة في إعادة التأهيل الاجتماعي بشكل تدريجي لنزلائها، وهذه المرافق الصغيرة تعمل على تعزيز صيانة أو إعادة إقامة العلاقات مع العالم الخارجي، لا يجوز إحالة الأشخاص الذين يعانون من مرض نفسي إلى هذه المرافق إلا عندما يكون من المستحيل السيطرة بوسائل بديلة على تصرفاتهم التي تسبب خطراً على الآخرين، مثل إحالتهم إلى خدمات الصحة العقلية المحلية. ومع ذلك، بموجب القانون الإيطالي، فإن صدور حكم عن المحاكم الجنائية بوضع شخص ما في REMS هو أمر يتعلق بالسلامة النفسية ويهدف إلى ضمان العلاج وإلى احتواء التهديد الذي يواجهه المجتمع من جانب الشخص الذي ارتكب جريمة.

هذا يعني أنه يجب الالتزام بالمبادئ الدستورية المطبقة على التدابير الأمنية والعلاج الطبي الإلزامي، وهذا يعني اشتراط تنظيم المسألة ذات الصلة بموجب التشريعات الأولية للدولة ليس فقط فيما يتعلق بالظروف التي قد يتم فيها الأمر باتخاذ التدابير الأمنية، ولكن أيضاً بطريقة

¹ <https://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment.do> تاريخ الزيارة 2024/7/3 م.

التنفيذ، ومع ذلك، فإن جزءاً صغيراً فقط من القواعد المطبقة حالياً على مرافق REMS منصوح عليها في التشريعات الأولية ومعظمها مضمن في التشريعات الثانوية والاتفاقيات بين الدولة والهيئات الحكومية المحلية، ونتيجة لذلك تختلف هذه المرافق بشكل كبير من منطقة إلى أخرى. وشددت المحكمة أيضاً على أنه، بسبب مشاكل تشغيلية خطيرة، لا يحمي النظام بشكل فعال الحقوق الأساسية للضحايا المحتملين للجرائم التي قد يرتكبها المصابون باضطرابات عقلية مرة أخرى، ولا يحمي حق هؤلاء الأشخاص في الصحة، عندما لا يحصلون على الرعاية المناسبة في العلاج الطبي.

وأشارت المحكمة حينها في هذا الصدد، إلى أن ما بين 670 و750 شخصاً موجودون حالياً على قوائم الانتظار لتخصيصهم لنظام إدارة الطوارئ الإقليمية، ويلاحظ أيضاً أن متوسط وقت الانتظار يبلغ حوالي عشرة أشهر، على الرغم من أنه أطول بكثير في بعض المناطق، مضيفاً أن العديد من هؤلاء الأشخاص ارتكب جرائم خطيرة، وفي بعض الحالات، جرائم عنيفة، ومع ذلك ترى المحكمة أنها غير قادرة على إعلان عدم دستورية التشريع الحالي، لأنه من شأن مثل هذا القرار أن يؤدي إلى إلغاء نظام REMS بالكامل، والذي ينتج عن عملية لا مفر منها لاستبدال مستشفيات الطب النفسي القضائية القديمة، إن القيام بذلك من شأنه أن يترك فجوة غاية في الخطورة في حماية المصالح ذات الأهمية الدستورية، ولذلك فقد قررت المحكمة وعلى الرغم من اعترافها بالثغرات الموجودة في القانون رقم 211 لعام 2011 بأن إعلان عدم دستورية القانون سوف يؤدي إلى فجوة تشريعية كبيرة تتعارض مع الهدف المنشود الذي طعن بالقانون

¹ هي مرافق للرعاية الصحية تستخدم لاستقبال المجرمين الذين يعتبرون مرضى عقليين أو شبه عجة، وكذلك خطرين اجتماعياً في ضوء المعايير المنصوص عليها.

بسببه، ولذلك رفضت المحكمة التساؤلات المثارة وضمنت الحكم توجيهات للمشرع بضرورة وضع

نظام تشريعي متكامل يتضمن صيغة تشريعية لعدة نقاط كما يلي:

- اعداد صيغة تشريعية للقبول في النظام السالف الذكر.
 - معالجة مشكلة قوائم الانتظار بشكل تشريعي.
 - إيجاد صيغة تشريعية للتمويل الكافي من قبل الحكومة المركزية.
 - إزالة الفجوة ما بين الأماكن المتاحة وعدد الاحالات من خلال تحديث وزيادة عدد المرافق الصحية.
 - تقليل الحاجة إلى اللجوء إلى التدابير الاحترازية في REMS إلى الحد الأقصى.
 - تنظيم المشاركة المناسبة لوزير العدل في تنسيق ومراقبة مرافق REMS والاتفاقات الأخرى لحماية الصحة العقلية للمجرمين، بالإضافة إلى التخطيط لمتطلبات الميزانية المرتبطة بها¹.
- ومن قراءة الحكم السابق نجد أن القاضي الدستوري رغم توصله إلى رفض الحكم بعدم الدستورية القانون المطعون، إلا أنه لم يقف عند هذا الحد، بل قد مارس دوراً إيجابياً وتدخل بشكل توجيهي لضمان الحقوق التي وضع القانون لحمايتها، وحدد نقاط الخلل وكيفية معالجتها، فليست غاية القاضي هي الحكم بعدم دستورية القانون، وإنما غايته القصوى هي الحفاظ على الحقوق والحريات ضمن الإطار الدستوري وحماية الدستور من أي خرق.

راجع الرابط التالي¹:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%2022%20del%202022%20%20EN.pdf.

تاريخ الزيارة 2024/7/3م.

الفرع الثاني

الولايات المتحدة الأمريكية

عند الحديث عن دور انشائي خلاق للقضاء الدستوري، كان للقاضي الدستوري الأمريكي الصدارة، فقد ساعدت التجربة الدستورية العريقة ونصوص الدستور الأمريكي المختصرة وعباراته الموجزة وتجربته السياسية الزاخرة بتهيئة الظروف المناسب لممارسة هذا الدور .

بالإضافة إلى تعديلات الدستور التي كانت الفاتحة لممارسة هذا الدور عندما جاء التعديل التاسع من دستور الولايات المتحدة الأمريكية ناصاً على:

"لا يجوز أن يفسر تعداد الدستور لحقوق معينة على أنه إنكار لحقوق أخرى يتمتع بها الشعب، أو انتقاصاً منها".

ونصت الفقرة الأولى من التعديل الرابع عشر للدستور على:

"يعتبر جميع الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة أو الحاملين لجنسيتها والخاضعين لسلطانها من مواطني الولايات المتحدة ومواطني الولاية التي يقيمون فيها. ولا يجوز لأي ولاية أن تضع أو تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة. كما لا يجوز لأي ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الاجراءات القانونية الأصولية، ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القوانين".

حيث شكلت تلك التعديلات موطئ قدم للقاضي الدستوري في ممارسة دور انشائي والمساهمة في العملية التشريعية بطريقة غير مباشرة.

وعلى سبيل المثال عندما صدر التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي صدر قانون الحقوق المدنية لعام 1964، وأصبح إلزاماً على جميع الولايات إلغاء كل صور التمييز العنصري في المدارس و الأماكن العامة، وكانت المحكمة قبل صدور هذا القانون قد أيقنت بضرورة إلغاء التفرقة العنصرية فاستحدثت نظرية (التأخير غير المحتمل) والتي مفادها أن مجرد التأخير في تنفيذ مبدأ المساواة بين التلاميذ من كلا اللونين دون سبب يعتبر بحد ذاته تشجيعاً من الولايات الأمريكية على التمييز العنصري، مما يشكل أضراراً نفسية غاية في الخطورة على نفوس الطلاب و يخلق تراكمات من شأنها تهديد السلم الداخلي في المجتمع مستقبلاً¹.

فلاحظ هنا أنه وبالرغم من أن النص الدستوري اقر هذه الحماية المتساوية لجميع الأمريكيين، إلا أن المحكمة الدستورية الأمريكية أقرت الحقوق المترتبة عليها بشكل صريح و واضح. وقد قضت المحكمة الدستورية بأن الهدف من الحماية المتساوية التي نص عليها الدستور، هي تأمين حماية الأفراد ضد كل أشكال التمييز، سواء أكان التمييز واضحاً وصريحاً في نص القانون أو كان قد نتج عن تطبيق خاطئ أو غير ملائم من قبل الموظفين الحكوميين.

وفي أحد القضايا الهامة وهي قضية (بومدين ضد بوش)² برز الدور الخلاق للقاضي الدستوري في ترسيخ فكرة الدور الإنشائي من خلال إقرارها لقاعدة أصولية مفادها عدم سريان الحكم الذي يصدر في مواجهة شخص لم يكن طرفاً في الدعوى لأن ذلك فيه اهدار للحقوق الأساسية والمتساوية المحمية دستورياً.

1 راجع الغماري، مرجع سابق ص242.

2 راجع الغماري، مرجع سابق، ص243.

وفي حيثيات القضية السابقة كان قد صدر عام 2005م عن الكونجرس قانون معاملة المعتقلين، والذي حظر على أي قاضٍ أو محكمة منح أوامر إحضار بالنسبة للمعتقلين في معتقل غوانتانامو، ويتعين على المحاكم بموجب هذا القانون أن تحكم بعدم الاختصاص في نظر الطلب.

وبناءً عليه عرض على المحكمة الدستورية مدى شرعية احتجاز أحد المعتقلين الجزائريين في معتقل غوانتانامو، بعد أن قدم هذا المعتقل طلب أمام محاكم الدرجة الأولى للحصول على أمر بالإحضار، بعد أن اعتقلته الولايات المتحدة وصنفته على أنه "عدو مقاتل" في إطار حربها على الإرهاب، فطعن المعتقل بعدم دستورية القانون الذي يرفض منحه أمر الإحضار، وقد قالت الأغلبية في المحكمة بعدم دستورية حظر منح أوامر الإحضار لما فيه من مصادرة لاختصاص المحاكم الفيدرالية في منح أوامر الإحضار، وانتهاك لحقوق المعتقلين في حصولهم على الوسائل المناسبة للحصول على الأدلة التي تساعد في اثبات براءتهم، بما فيه من إهدار للحقوق بالمساواة المنصوص عليها دستورياً.

المطلب الثاني

الدور الانشائي للقاضي الدستوري في الدول العربية

تمهيد وتقسيم:

تعاقبت الدساتير في البلدان العربية على ترسيخ فكرة الرقابة على دستورية القوانين، كحاجة أساسية وضرورة لضمان مبدأ سمو الدستور، ورغم حداثة التجربة الدستورية في الدول العربية بشكل عام بالنسبة للدول الغربية، إلا أن المحاكم الدستورية أخذت دوراً هاماً في فرض سلطاتها عند قيامها بواجباتها، وساهمت في حماية الدستور ليس فقط عند الحكم بإلغاء قانون لعدم دستوريته، وإنما من خلال أثر هذا الحكم على المشرع، وهذا ما سوف نعالجه من خلال استعراض وتحليل بعض أحكام القضاء الدستوري في كل من دولة الامارات ومصر والجمهورية العربية السورية، وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: الدور الانشائي للقاضي الدستوري في دولة الامارات العربية المتحدة.

الفرع الثاني: الدور الانشائي للقاضي الدستوري في جمهورية مصر العربية.

الفرع الثالث: الدور الانشائي للقاضي الدستوري في الجمهورية العربية السورية.

الفرع الأول

الدور الانشائي للقاضي الدستوري في دولة الامارات العربية المتحدة

نص دستور دولة الامارات العربية المتحدة النافذ لعام 1971 على انشاء المحكمة الاتحادية العليا باعتبارها أعلى هيئة قضائية بالإمارات العربية المتحدة، وأنشئت بموجب القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1973، وتباشر اختصاصاتها بموجب الدستور والمرسوم بقانون رقم 33 لسنة 2022.

وقد نصت المادة 99 من الدستور النافذ على:

" تختص المحكمة الاتحادية على الفصل في الأمور التالية:

- 1- بحث دستورية القوانين الاتحادية، إذا ما طعن فيها من قبل إمارة أو أكثر لمخالفتها لدستور الاتحاد، وبحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الامارات، إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية، لمخالفتها لدستور الاتحاد، أو للقوانين الاتحادية.
- 2- بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً، إذا ما أحيل اليها هذا الطلب من أي محكمة من المحاكم أثناء دعوى منظورة أمامها وعلى المحكمة المذكورة أن تلتزم بقرار المحكمة الاتحادية العليا بهذا الصدد.
- 3- تفسير أحكام الدستور إذا ما طلبت اليها ذلك إحدى سلطات الاتحاد أو حكومة إحدى الامارات ويعتبر هذا التفسير ملزماً للكافة."

ونصت المادة 101 على:

" أحكام المحكمة الاتحادية العليا نهائية وملزمة للكافة.

وإذا ما قررت المحكمة عند فصلها في دستورية القوانين والتشريعات واللوائح أن تشريعاً اتحادياً ما جاء مخالفاً لدستور الاتحاد أو أن التشريع أو اللائحة المحلية موضوع النظر يتضمنان مخالفة لدستور الاتحاد أو لقانون اتحادي تعين على السلطة المعنية في الاتحاد أو في الإمارات بحسب الأحوال المبادرة إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لإزالة المخالفة الدستورية أو لتصحيحها".

ونلاحظ هنا أن الدستور قد أوجب أن يكون هنالك طعن في دستورية قانون ما حتى تنظر المحكمة في دستورية القوانين، ولا يمكن لها أن تباشر هذه السلطة منفردة، والتفسير وجب أن يكون بطلب من الجهات المحددة دستورياً.

وفي إطار ممارسة المحكمة الاتحادية لمهامها الدستورية فقد لاحظنا أن المحكمة ومن خلال تفسيرها لنصوص الدستور قد ساهمت في انشاء وإرساء قواعد قانونية ملزمة، لم يتم النص عليها بشكل صريح.

فلدينا الدعوى رقم 1 لسنة 4 دستورية لسنة 1976 تاريخ 14/3/1976¹ والتي فيها قدم طلب للمحكمة الاتحادية بتفسير أحكام المادتين 95 ، 103 من الدستور المؤقت للاتحاد لتحديد ما اذا كان الدستور المؤقت يسمح بإنشاء محاكم استئناف اتحادية تكون قائمة بذاتها وتباشر اختصاصاتها بالفصل في الاستئنافات التي ترفع اليها طعناً على أحكام المحاكم الاتحادية والابتدائية أم أن الدستور عدد في المادة 95 المحاكم المنصوص عليها تعداد حصر بحيث يمتنع انشاء محاكم استئناف اتحادية في نطاق الدستور .

فإن نص المادتين 95 و103 من الدستور المؤقت لا يسمح بإنشاء محاكم استئناف تكون قائمة بذاتها وتستأنف أمامها أحكام المحاكم الاتحادية والابتدائية، ذلك لأن الدستور رد على ذلك صراحة في المادة 103 حين أجاز للمشرع أن ينص على أن يكون استئناف أحكام المحاكم الاتحادية والابتدائية أمام إحدى دوائر المحكمة الاتحادية العليا فمنع بذلك إنشاء محاكم استئناف اتحادية.

فجاء تفسير المادتين 95، 103 من الدستور المؤقت لبيان ما إذا كان الدستور المؤقت للاتحاد يسمح بإنشاء محاكم استئناف اتحادية قائمة بذاتها تختص بالاستئنافات التي ترفع إليها عن أحكام المحاكم الاتحادية والابتدائية، أم أن الدستور عدد في المادة 95 المحاكم المنصوص عليها تعداد حصر، بحيث يتمتع إنشاء محاكم استئناف اتحادية في نطاق الدستور، وحيث ان المادة 95 تنص أن يكون للاتحاد محكمة اتحادية عليا ومحاكم اتحادية ابتدائية على الوجه المبين.

وتنص المادة 103 على أن ينظم القانون كل ما يتعلق بالمحاكم الاتحادية والابتدائية من حيث ترتيبها وتشكيلها ودوائرها واختصاصها المكاني والاجراءات التي تتبع أمامها واليمين التي يؤديها قضاة هذه المحاكم وشروط الخدمة المتعلقة بهم وطرق الطعن في أحكامهم.

ويجوز أن ينص القانون على استئناف أحكام تلك المحاكم أمام إحدى دوائر المحكمة الاتحادية العليا في الحالات وبالإجراءات التي يحددها.

وحيث أنه يتبين مما تقدم أن الدستور أورد في هاتين المادتين أحكاماً بعضها عن المحاكم التي تكون في الاتحاد، وبعضها عن تنظيم المحاكم الاتحادية والابتدائية، وقد سيقى هذه الأحكام

¹ راجع: <https://elaws.moj.gov.ae/Temiiz.aspx?val=UAE-Dos-ArAC1>. تاريخ الزيارة 2024/2/12 م.

على نحو كلي اجمالي اكتفى فيها الدستور بوضع الخطوط الرئيسية والإطار العام لهذه الأحكام تاركاً للمشرع أن يباشر وظيفته الإنشائية داخل هذا الإطار ومن ثم يتعين تحليل طبيعة هذه الأحكام لتحديد مدى ما يتركه الدستور للمشرع من سلطة في تنفيذها وكذلك مدى ما يستطيع ممارسته من اختصاص في هذا الإطار.

وحيث أن المادة 103 من الدستور المؤقت فوضت المشرع في أن يضطلع بتنظيم الطعن في أحكام المحاكم الاتحادية والابتدائية، وأجازت له في هذا الخصوص أن ينص في القانون الذي يصدره على استئناف أحكام هذه المحاكم أمام المحكمة الاتحادية العليا، ومن ثم فإن إحالة الاختصاص الاستئنافي الى المحكمة العليا ليس تكليفاً على المشرع وليس حكماً على سبيل الحتم والوجوب وإنما هو - على ما يتضح من ظاهر النص - أمر جوازي، يكيفه المشرع وفق ظروف الحال ومقتضياته فهو يملك أن يحيل ويملك ألا يحيل - ولم يحدد الدستور الجهة القضائية البديلة التي يلجأ إليها المشرع في حالة عدم النص على إحالة الاستئناف الى المحكمة العليا.

بيد أنه لما كان الواضح من المادة 103 سالفه البيان انها تركت الباب مفتوحاً لاجتهاد غير محدود المدى يباشره المشرع في تنظيم طرق الطعن، وفي تعيين الجهات القضائية التي يرجع إليها في هذا الشأن، ولما كانت هذه السلطة التقديرية تسوغ له ضمناً اختيار الجهة التي يراها مناسبة ملائمة لنظر الاستئناف لأن نص المادة السالفة البيان لم يقيد في ذلك بأية قيود، ولم يلزمه التوجه الى المحكمة العليا وإنما جاء ذلك على سبيل الاختيار ومن ثم فلا جناح على المشرع في أن ينشئ محاكم استئناف ينيط بها بنظر هذا الاستئناف حتى على الرغم من عدم الإشارة إليها في سياق نص المادة 95 من الدستور، ولا يعتبر ذلك من جانب المشرع توسعاً

يتخطى به حدوده الدستورية المرسومة في المادة 95 أو اقتحاماً منه في مجال تشريعي حرمة الدستور، وأن البيان الذي سيق في المادة 95 واكتفى فيه الدستور بذكر المحكمة الاتحادية العليا والمحاكم الاتحادية والابتدائية لم يسلك فيه المشرع سبيل التعداد والحصص، ولم يكن الغرض منه الاستبعاد، وإنما الواقع إن الدستور ترك هذه المحاكم للدواعي العملية التي يستقل المشرع بتقديرها.

ومن ثم فإن عدم تضمين نص المادة 95 محاكم استئناف لا يستدل به على تحريم انشائها لأن الأصل أن كل ما لم يحرمه الدستور على المشرع فهو من سلطته واختصاصه، ولأنه لا توجد أية حكمة خاصة من هذا التحريم ومن غير المتصور أن يضيق الدستور على المشرع في ممارسة سلطته التقديرية على النحو الذي يراه ملائماً ومحققاً لصالح المتقاضين، فالاستئناف طريق من طرق الطعن العادية الهدف منه ضمان اصلاح الخطأ الذي يقع فيه قضاة محكمة أول درجة، ومن أهم ما يتميز به أن يرفع الى محكمة أعلى منه ما دام أن هذا الطريق يتضمن تظلاً من أحكام قضاة محكمة أول درجة، وتجرياً لقضائهم فقد تعين ان يطرح أمام هيئة أعلى تتوافر فيها الضمانات التي تكفل تصحيح الحكم.

وهذا المبدأ وهو مبدأ تعدد الدرجات قد أخذ به الدستور المؤقت بالنسبة لأحكام المحاكم الاتحادية والابتدائية ومن الضمانات التي لا يمكن الاستغناء عنها في النظم القضائية ويستلزم لكي يحقق الغرض المقصود منه ان ينظر الاستئناف أمام محكمة استئناف، تكون أعلى من محكمة أول درجة وتختلف في طريقة تشكيلها عن هذه المحكمة، بمعنى أن تكون من قضاة أوسع علماً وأوفى تجربة من قضاة المحكمة الابتدائية - وفي الوقت ذاته فإن انشاء محاكم استئناف هو أمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالطابع البنائي للمحاكم ويتسق مع مبدأ تدرج السلم القضائي - فالمحكمة

الاتحادية والابتدائية هي قاعدة السلم القضائي الاتحادي ويتعين أن تستأنف احكامها أمام محكمة اتحادية تليها درجة في هذا السلم، كلا المحكمتين محكمة البداية ومحكمة الاستئناف هما جزآن لا ينفصلان في البناء القضائي وليس سوى دعامتين متكاملتين ومتكافئتي القيمة لأي تنظيم قضائي.

ومن كل ذلك يتضح ان انشاء محاكم استئناف اتحادية، علاوة على أنه يجد سنداً شرعياً مستخلصاً من نصوص الدستور ذاتها، فإنه يتمشى مع الأصول الأساسية للنظام القضائي، ومع موجبات الاستئناف وخصائصه الذاتية، ويحقق الغاية المنشودة منه ومن شأنه ايضاً أن يحقق الأهداف الإيجابية التي يسعى اليها الدستور، لأن الدستور يحرص على أن يراعي المشرع الأسس الجوهرية للتقاضي، وصالح المتقاضين عند اصدار التنظيم الذي عهد به اليه، وأن يكون رائده التوسل بكل الوسائل التي تضع هذه الأسس موضع التنفيذ بغية توفير أكبر قدر من الضمانات والعمل على تدعيم مقومات الجودة والثقة والطمأنينة الواجب توافرها في الأحكام، وقد أجاز الدستور للمشرع اضافة الاختصاص الاستئنافي الى ولاية المحكمة العليا، وهي أعلى من المحكمة الابتدائية فإذا ما رأى المشرع لاعتبارات يقدرها عدم استعمال هذه الرخصة الدستورية، فإنه مما يتمشى مع روح الدستور وغاياته ومع الأصول الأساسية للتنظيم القضائي أن يكون البديل عن المحكمة العليا في هذا الخصوص محاكم استئناف اتحادية تكون أعلى من المحكمة الاتحادية والابتدائية وتختص بالحكم في هذا الاستئناف.

وما دامت الغاية مشروعة ولم تخرج عن نطاق الدستور فإن كل سبيل مناسب لتحقيقها ويكون من شأنه على نحو واضح أن يؤدي اليها، بغير مجافاة لنصوص الدستور وروحه يعد عملاً دستورياً جائزاً.

وحيث انه يخلص مما سبق ان نص المادة 103 يخول للمشرع سلطة انشاء محاكم استئناف للنظر في الاستئنافات التي ترفع عن الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الاتحادية والابتدائية، وهذه السلطة لا تتعارض مع مفهوم نص المادة 95 من الدستور وترى المحكمة إن الحكمة من عدم الإشارة الى محاكم اتحادية استئنافية في المادة 95 هو أن الدستور لم يشأ إلزام المشرع بإنشائها أسوة بالمحكمة العليا والمحكمة الابتدائية، وإنما جعل انشاءها خاضعاً لدواعي الحاجة، وحيث لا يرى المشرع ملائمة ايثار المحكمة العليا بهذا الاختصاص الاستئنافي وهذه الحكمة مستخلصة ضمناً من المادة 103 من الدستور المؤقت التي أجازت للمشرع احوالة الاستئناف إلى المحكمة العليا.

مما مؤداه أن المشرع قد يجد في هذه الاحالة غناء عن التفكير في انشاء محاكم استئناف اتحادية وعندئذ ينتفي مسوغها لا يكون ثمة موطن لها وعلى المحكمة أن تقرب بين النصوص الدستورية وتفسرها تفسيراً متناسقاً دون أن تنهج في هذا الشأن منهج التفسير الضيق، حتى تستطيع ان تقوم بدور إيجابي في تزويد المشرع بالأداة الدستورية اللازمة لاختيار الوسائل التي يراها لتنفيذ السلطات المخولة له على النحو الكفيل بصالح المواطنين.

وحيث انه لكل ما تقدم ترى المحكمة أن التفسير السليم لنص المادتين 95 ، 103 من الدستور المؤقت للاتحاد يسمح للمشرع بإنشاء محاكم استئناف اتحادية، تكون قائمة بذاتها تستأنف أمامها أحكام المحاكم الاتحادية والابتدائية – وان كان ذلك لا يمنع المشرع كما هو الحال في أغلب التشريعات – و أن يستثني القضايا قليلة الاهمية باعتبار ان تفاهة قيمتها لا تستحق استطالة أمد النزاع لأن مصاريفها في الدرجتين تستنفذ معظم قيمتها وهو أمر متروك تقديره للمشرع.

فلهذه الأسباب وبعد الاطلاع على المواد 95، 103 من الدستور المؤقت للاتحاد، قررت المحكمة قبول الطلب شكلاً.

وفي الموضوع أقرت أن أحكام المادتين 95، 103 من الدستور المؤقت تبيح للمشرع انشاء محاكم استئناف اتحادية تكون قائمة بذاتها وتختص بالحكم في قضايا الاستئناف التي ترفع اليها من المحاكم الاتحادية والابتدائية.

وبذلك يكون القاضي الدستوري قد مارس دوراً ايجابياً، في خلق قاعدة قانونية جديدة لم يكن قد نُص عليها سابقاً من قبل المشرع أو في الدستور، أي مارس دوراً انشائياً.

الفرع الثاني

الدور الانشائي للقاضي الدستوري في جمهورية مصر العربية

حدد الدستور المصري النافذ¹ لعام 1971م اختصاصات القاضي الدستوري، وجاء القانون الناظم لعمل المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لعام 1979²م محدداً لواجبات القاضي الدستوري المصري وصلاحياته، والذي من خلاله مارس القاضي الدستوري المصري دوره في حماية الدستور بصورة ايجابية خالقة، ولم يكتفِ بالحكم بعدم الدستورية، أو إعطاء تفسير للنص القانون بشكل جامد، وإنما ساهم في وضع وخلق مبادئ جديدة لم يكن المشرع قد تعرض لها بشكل مفصل كما يجب، مما حقق حماية أكبر للحقوق والحريات.

¹ تنص المادة 174 من الدستور المصري على: (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون).

² وقد نظم قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لعام 1979 بشكل واضح اختصاصات المحكمة الدستورية العليا فنصت المادة 25 على: (تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها في أولاً: الرقابة على دستورية القوانين واللوائح).

ونصت المادة 26 على: (تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفق أحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها).

ونصت المادة 48 على: (أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن).

وفي مثال عملي على هذا لدينا على سبيل المثال الحكم التالي:

حكمت المحكمة الدستورية العليا في 15 نيسان لعام 1995م بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة 38 من قانون النقابات العمالية الصادر بالقانون رقم 35 لسنة 1976 والتي تنص على: (لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس إدارة المنظمة النقابية والعضوية العاملة في نقابة مهنية بما يزيد على 20% من مجموع عدد أعضاء هذا المجلس، وذلك ما لم تكن أغلبية أعضاء المنظمة النقابية من المنضمين إلى نقابات مهنية).

وذلك لما فيه من مخالفة دستورية للمواد 40 و 47 و 56 و 62¹ من دستور جمهورية مصر لعام 1971 والتي تنص على المساواة وحرية الرأي والتعبير وانشاء النقابات والاتحادات والانتخاب والترشيح، انطلاقاً من فكرة أن حماية أي حرية أو حق دستوري يكون بدايةً بتعميق الرقابة على القيود التي يفرضها المشرع، لأن كل تشريع يقيد الحرية يعد غير دستوري.

والقاضي الدستوري هنا لم يقض بعدم الدستورية، إلا بعد أن تعمق في فهم جوهر وروح النص الدستوري لتحقيق حماية قصوى وممارسة سليمة لتلك الحرية، وبذلك أقرت المحكمة الدستورية العديد من المبادئ كضابط لتنظيم الحق في حرية التعبير بما يتماشى مع تطور الحياة على مختلف الأصعدة.

وفيما يلي أهم القواعد التي أقرتها المحكمة الدستورية العليا في مصر بما يخص الحق في التعبير، والتي أدت إلى تعميق حماية وفهم ذلك الحق بالشكل الذي يضمن ممارسة حقيقية له، ودون أن يثير ذلك حساسية المشرع، من خلال تضمين أحكامها قواعد وأسس لممارستها لم يتطرق المشرع إلى تفصيلها، وقد آتت ثمارها بحكم الحجية المطلقة للأحكام الصادرة عن المحكمة والذي يمنع المشرع مستقبلاً من تجاهل أو تغيير تلك القواعد الواردة في الأحكام، وهنا عدد من أهم تلك الأحكام:

¹ تنص المادة 40 من دستور جمهورية مصر العربية لعام 1971 على: المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، ولا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

المادة 47: حرية الرأي مكفولة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو بالكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، النقد الذاتي النقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني.

لمادة 56: انشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون، وتكون لها شخصية اعتبارية، وينظم القانون مساهمة النقابات والاتحادات في تنفيذ الخطط والبرامج الاجتماعية وفي رفع مستوى الكفاية ودعم السلوك الاشتراكي بين أعضائها وحماية أموالها. وهي ملزمة بمساءلة أعضائها عن سلوكهم في ممارسة نشاطهم وفق موائيق شرف أخلاقية، وبالدفاع عن الحقوق والحريات المقررة قانوناً لأعضائها.

المادة 62: للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني.

- ألا يكون التعبير عن الآراء حائلاً دون مقابلتها ببعض و تقييمها ولا مناهضتها لآراء قبلها الاخرون، مؤدياً إلى تهميشها، ولا تلقيها عن غيرهم مانعاً من ترويجها، كما أن حق الفرد في التعبير عن الآراء التي يريد إعلانها، ليس معلقاً على صحتها، ولا مرتبطاً بتمشيها مع الاتجاه العام في بيئة بذاتها، ولا بالفائدة العملية التي يمكن أن تنتجها¹.
 - لا يجوز أن يكون القانون أداة تعيق حرية التعبير عن مظاهر الاخلال بأمانة الوظيفة أو الخدمة العامة أو مواطن الخلل في أداء واجباتها، والحوار المفتوح حول المسائل العامة ضماناً لعلانية نقل أفكار المواطنين ولو كانت السلطة العامة تعارضها، وإن إكراه البعض على القبول بآراء يعارضونها أو تبنيها لا يقل سوءاً عن منعهم عن التعبير عن آراء يؤمنون بها أو يدعون اليها². ولا بد من الإشارة هنا إلى أن القاضي الدستوري لعب دوراً هاماً وفاعلاً أيضاً في فترات التغيرات والثورات لمعالجة ما قد يطرأ من خلل في ممارسة الأفراد لحقوقهم وحررياتهم المتطورة، فغالباً ما ينتج عن الثورات إسقاط للدستور والذي يتبعه خلل في الحياة التشريعية في تلك الفترات الانتقالية لحين وضع دستور دائم للبلاد.
- وعادة ما يصيب المشرع تخبط في تلك الفترات، ويتم تنظيم الحقوق والحريات بنصوص مختصرة محدودة لا تضمن الحماية الكافية والتنظيم الوافي نظراً لظروف المرحلة.
- فقد قررت المحكمة الدستورية العليا عقب ثورة 1952م مبدأ يعد حلاً للقصور التشريعي في تلك الفترة فيما يخص صلاحيات مجلس الوزراء التشريعية فنص حكم المحكمة رقم 2 في جلسة 1975/6/7 على:
- إن الإعلان الدستوري الصادر في 10 فبراير لسنة 1953م، والذي صدر القانون المطعون في ظله لم يتضمن نصاً على تخويل مجلس الوزراء الذي عهد إليه سلطة التشريع في فترة الانتقال الحق في إصدار القوانين بأثر رجعي، وهذا القول مردود لأن: الإعلان الدستوري المتقدم ذكره إذ خول مجلس الوزراء في المادة التاسعة³ ولاية التشريع أثناء فترة الانتقال فإن هذه الولاية تنتقل إليه لكي يتولاها كما كانت تتولاها الهيئة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصل بممارستها، فيكون له كافة سلطاتها وحقوقها في مجال التشريع.

¹ راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 في جلسة 1996/2/3. المجموعة الدستورية ج 7 ص 470.

² راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 77 بجلسة 1998/2/7، ج 6 ص 1165.

³ مادة 9- يتولى مجلس الوزراء سلطته التشريعية.

ووفقاً لما استقرت عليه جميع الدساتير المصرية في خصوص هذا المبدأ منذ دستور عام 1923م وحتى الدستور النافذ لعام 2019، فإن مجلس الوزراء الذي انتقلت إليه السلطة التشريعية كاملة على النحو المتقدم يملك إصدار القوانين بأثر رجعي متى اقتضى ذلك الصالح العام.

وإن الإعلان الدستوري الصادر في 10 فبراير لعام 1953 قد صدر عقب قيام الثورة لتنظيم الحكم أثناء فترات الانتقال، ولئن خلا هذا الإعلان من نص يخول مجلس الوزراء الذي عهد إليه سلطة التشريع رخصة إصدار القوانين بأثر رجعي، فمرد ذلك إلى مراعاة مقتضيات الضرورة في أعقاب الثورة، فصدر الإعلان في نصوص محدودة لا تتجاوز أحد عشر نصاً تضمنت تنظيم السلطات في فترة الانتقال، حتى يتم إعداد نظام ديمقراطي متكامل، و نظم الإعلان السلطة التشريعية وعهد بها إلى مجلس الوزراء دون تفصيل لحدود هذه السلطة وضوابطها، فما كان المقام يتيح ذلك التفصيل في فترة الانتقال.

وعالج القاضي الدستوري المصري في حالات أخرى، خارج نطاق التقلبات السياسية بعض الموضوعات التي أغفل الدستور ومن بعده المشرع تنظيمها، واعتمد القاضي الدستوري فيها على كل قد تناقلته الدساتير السابقة لعلاج الخلل الدستوري.

ففي حكم هام للمحكمة الدستورية العليا عالج فيه القاضي الدستوري، ما أغفله المشرع من تنظيم لحرية إقامة الشعائر الدينية، فجاء في أحد أحكامها:

" إن المشرع قد التزم في جميع الدساتير المصرية مبدأ حرية العقيدة وحرية إقامة الشعائر الدينية باعتبارها من الأصول الدستورية الثابتة المستقرة في كل بلد متحضر، فلكل انسان أن يؤمن بما يشاء من الأديان والعقائد التي يطمئن إليها ضميره وتسكن إليها نفسه، ولا سبيل لأي سلطة عليه فيما يدين به في قرارة نفسه وأعماق وجدانه. وأما حرية إقامة الشعائر الدينية وممارستها فهي مقيدة بقيد أفصحت عنه الدساتير السابقة وأغفله الدستور القائم وهو: قيد عدم الإخلال بالنظام العام وعدم منافاة الآداب، ولا ريب أن إغفاله لا يعني إسقاطه عمداً وإباحة إقامة الشعائر الدينية ولو كانت مخلة بالنظام العام و منافية للآداب العامة، ذلك لأن المشرع رأى أن هذا القيد غني عن الإثبات والنص عليه صراحة باعتباره أمراً بديهياً وأصلاً دستورياً يتعين إعماله ولو أغفل النص عنه، أما الأديان التي يحمي هذا النص حرية القيام بشعائرها فقد استبان من الأعمال التحضيرية لدستور سنة 1923 عن المادتين 12 و 13 منه وهما الأصل الدستوري لجميع

النصوص التي رددتها الدساتير المصرية المتعاقبة أن الأديان التي تحميها هذه النصوص إنما هي الأديان المعترف بها وهي الأديان السماوية الثلاثة¹.."

وكان الحكم السابق بمثابة توجيه للمشرع لاستدراك النقص التنظيمي لمبدأ حرية الاعتقاد وإقامة الشعائر الدينية، وقد توضحت أهمية حكم القاضي الدستوري عندما جاء دستور مصر المعدل لعام 2014 على هدى الحكم السالف، فنصت المادة (63) منه على:

"حرية الاعتقاد مطلقة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية، حق ينظمه القانون".

وهذا يعكس الدور الهام للقاضي الدستوري في التأثير على السياسة التشريعية للمشرع وتوجيهه، ويعطي القاضي الدستوري دوراً غير مباشر في التشريع.

الفرع الثالث

الدور الانشائي للقاضي الدستوري

في الجمهورية العربية السورية

نص الدستور السوري الملغى لعام 2012 على إنشاء المحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة مسؤولة بشكل رئيسي عن ضمان الشرعية الدستورية، وصون الدستور وحمايته، وقد أولى الدستور انشاء المحكمة بعناية بالغة، وأفرد لها باباً مستقلاً في الدستور وهو الباب الرابع، وخصها برقابة دستورية القوانين والمراسيم التشريعية و اللوائح والأنظمة، وإبداء الرأي في دستورية مشروعات واقتراحات القوانين والمراسيم التشريعية، وقانونية مشروعات المراسيم، وتفسير نصوص

¹ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 7 في جلسة 1975/3/1. متوفر على الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا، راجع الرابط التالي: <https://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?Adf-Window-Id=olr1pxqun&Adf-Page-Id=0>. تاريخ الزيارة 2024/3/1م.

الدستور، ذلك إضافة إلى اختصاصها في الاشراف على الانتخابات الرئاسية والطعون الانتخابية.

ومع صدور الدستور السوري الملغى لعام 2012 فقد طرأ تغير هام في اختصاصات المحكمة الدستورية، ومنح بموجبه الخصوم في معرض الطعن بالأحكام بعدم دستورية نص قانوني طبقته المحكمة المطعون بقرارها، وذلك بعد أن كان اختصاص المحكمة الدستورية وفق دستور 1973 محصوراً باعتراض رئيس الجمهورية، أو ربع أعضاء مجلس الشعب، ولم يكن للمحكمة الدستورية العليا التصدي لدستورية قانون بواسطة دعوى ترفع من قبل أفراد متضررين من مخالفة قانون ما للدستور¹.

فجاءت المادة 146 من الدستور السوري الملغى محددة اختصاصات المحكمة بشكل واضح فنصت على:

تختص المحكمة الدستورية العليا بما يأتي:

- 1- الرقابة على دستورية القوانين والمراسيم التشريعية واللوائح والأنظمة.
- 2- إبداء الرأي بناء على طلب من رئيس الجمهورية في دستورية مشروعات القوانين والمراسيم التشريعية وقانونية مشروعات المراسيم....²

¹ لم تكن المحكمة الدستورية في ظل دستور عام 1973 مختصة بالنظر في الدفوع التي يقدمها الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين بعدم دستورية نص قانوني لمخالفته مبدأ أو قاعدة دستورية، وإنما كان هذا الحق ثابتاً بموجب المادة 145 من دستور عام 1973 لرئيس الجمهورية أو ربع أعضاء مجلس الشعب، وبذلك لم يكن للمحكمة الدستورية العليا الحق في التصدي لدستورية القوانين عن طريق دعوى ترفع من الأفراد المتضررين من عدم دستورية القوانين بسبب غياب نص قانوني بمنحها هذا الاختصاص.

² نص المادة 146 من الدستور السوري الملغى لعام 2012:

- 1- الرقابة على دستورية القوانين والمراسيم التشريعية واللوائح والأنظمة.
- 2- إبداء الرأي بناء على طلب من رئيس الجمهورية في دستورية مشروعات القوانين والمراسيم التشريعية وقانونية مشروعات المراسيم....
- 3- الاشراف على انتخاب رئيس الجمهورية وتنظيم الإجراءات الخاصة بذلك.
- 4- النظر في الطعون الخاصة بصحة انتخاب رئيس الجمهورية وأعضاء مجلس الشعب والبت فيها.
- 5- محاكمة رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى.
- 6- يبين القانون اختصاصات أخرى.

وجاء القانون رقم 7 لعام 2014 الناظم لعمل المحكمة الدستورية، محدداً اختصاصاتها في المادة

11 بما يلي:

- أ- الرقابة على دستورية القوانين والمراسيم التشريعية واللوائح والأنظمة.
 - ب- إبداء الرأي في دستورية مشروعات القوانين والمراسيم التشريعية و قانونية مشروعات المراسيم بناء على طلب من رئيس الجمهوري
 - ج- إبداء الرأي في دستورية اقتراحات القوانين بناء على طلب من رئيس مجلس الشعب.
 - د- الإشراف على انتخاب رئيس الجمهورية وتنظيم الإجراءات الخاصة بذلك.
 - هـ- النظر في الطعون الخاصة بصحة انتخاب أعضاء مجلس الشعب والبت فيها.
 - و- محاكمة رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى.
 - ز- البت في الدفوع المحالة من المحاكم في معرض الطعن بالأحكام بعدم دستورية نص قانوني.
 - ح- تفسير نصوص الدستور بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو من رئيس مجلس الشعب أو رئيس مجلس الوزراء.
 - ط- النظر في فقدان رئيس الجمهورية لأحد شروط الترشيح والبت فيه.
 - ي- النظر في فقدان عضو مجلس الشعب لأحد شروط الترشيح والبت فيه.
- ونصت المادة 47 من القانون السابق على: تصدر أحكام المحكمة باسم الشعب العربي في سوريا.
- ونصت المادة 48 على: أحكام المحكمة مبرمة وغير قابلة للطعن.
- ونصت المادة 49 على: أحكام المحكمة وقراراتها ملزمة لجميع سلطات الدولة.

ونص كل من الدستور في المادة 147¹ وقانون المحكمة الدستورية العليا في المادة 12¹ على

اختصاص المحكمة في رقابة دستورية القوانين في حال اعترض رئيس الجمهورية أو خمس

¹ تنص المادة 147 من الدستور السوري الملغى على:

تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية القوانين على النحو التالي:

1- النظر بعدم دستورية قانون والبت فيها وفقاً لما يلي:

أ- إذا اعترض رئيس الجمهورية أو خمس أعضاء مجلس الشعب على دستورية قانون قبل إصداره يوقف إصداره إلى أن تبت المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها، وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة أن تبت فيه خلال مدة سبعة أيام.

أعضاء مجلس الشعب على دستورية قانون قبل إصداره، ويوقف إصداره إلى أن تبت المحكمة في الاعتراض.

من القراءة السابقة لنصوص كل من الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا، نجد أن المشرع قد أعطى المحكمة الدستورية العليا سلطة الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور وإبداء الرأي في دستورية اقتراحات القوانين.

وتوسع المشرع السوري في اختصاصات المحكمة الدستورية العليا في إطار الرقابة الدستورية لتشمل بالإضافة على التشريعات الأصلية (القوانين البرلمانية و المراسيم التشريعية) فقد شملت التشريعات الفرعية (اللوائح والأنظمة)، وتتبنى أسلوب الرقابة القضائية السابقة على إصدار القوانين، أي الرقابة الدستورية التي تجريها المحكمة الدستورية العليا بعد أن يقوم مجلس الشعب بإقرار القانون، وقبل ان يقوم رئيس الجمهورية بإصداره، إضافة إلى اختصاصها النظر في الدفع المقدمة بعدم دستورية نص قانوني في معرض الطعن بعدم دستورية نص قانوني¹.

وجاء في المادة 168 من النظام الداخلي لمجلس الشعب الصادر في 2017/7/30 توضيح آلية النظر في تلك الاعتراضات ونصت على:

" تبلغ المحكمة الدستورية العليا قراراتها إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الشعب خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ صدور قرارها.

ب- إذا اعترض خمس أعضاء مجلس الشعب على دستورية مرسوم تشريعي خلال مدة خمسة عشر يوماً تلي تاريخ عرضه على المجلس، وجب على المحكمة أن تبت فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها.

ت- إذا قررت المحكمة مخالفة القانون أو المرسوم التشريعي أو اللائحة للدستور عد لاغياً ما كان مخالفاً منها لنصوص الدستور بمفعول رجعي ولا يرتب أي أثر.

إذا قررت المحكمة الدستورية العليا رفض الاعتراض تستكمل إجراءات إصدار القانون، أما إذا قررت المحكمة قبول الاعتراض فيدرج القانون في جدول أعمال أول جلسة تالية لورود قرار المحكمة إلى المجلس.

يقرر المجلس إحالته إلى لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية لبحثه، وعلى اللجنة أن تقدم تقريرها وفقاً لقرار المحكمة الدستورية العليا خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ الإحالة، ويطلع التقرير ويوزع على الأعضاء ويدرج في جدول أعمال أول جلسة تالية لتوزيعه. وتجري المداولة العامة في التقرير والتصويت على المواد التي تم تعديلها لتتوافق مع قرار المحكمة الدستورية العليا ويبلغ هذا القرار إلى رئيس الجمهورية.

ونص على أن قراراتها وأحكامها ملزمة لكافة السلطات في الدولة، وهذا يعني أن تفسيرات المحكمة لنصوص الدستور والقوانين إضافة إلى رأيها في دستورية اقتراحات القوانين ملزمة وبالتالي يتوجب على مجلس الشعب تعديل الاقتراحات بما يتماشى مع الحكم الصادر عن المحكمة، ليصدر القانون دستورياً وسليماً.

وقد نظم الدستور الملغى في المادة 147 الفقرة 2 اختصاص المحكمة في النظر بالدفع بعدم الدستورية، التي يدفع بها أحد الخصوم في معرض الطعن بعدم دستورية نص قانوني طبقته المحكمة التي طعن بقرارها، ونظم بعد ذلك هذا الاختصاص بقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 7 لعام 2014 في المواد (38-39-40) آليات البت في تلك الدفع وإجراءاتها مما أوجد ما يعرف بالضوابط الدستورية والقانونية لقبول الدفع بعدم الدستورية والتي أمكن اختصارها بما يلي:

1- ضرورة وجود دعوى أمام القضاء.

¹ لم يتبنى المشرع الدستوري السوري أسلوب الدعوى الأصلية بسماعه للمتضرر باللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية.

- 2- إثارة الدفع بعدم الدستورية في معرض الطعن بالأحكام.
- 3- الدفع بعدم دستورية نص قانوني طبقته المحكمة المطعون بقرارها.
- 4- وقف النظر في الدعوى المنظورة أمام محكمة الموضوع.
- 5- جدية الدفع ولزومه للفصل في النزاع.
- 6- تضمين الدفع النص القانوني المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى مخالفته، وأوجه المخالفة.
- 7- تحديد مدة البت في الدفع من المحكمة الدستورية بثلاثين يوماً من تاريخ قيده لديها.¹

ومن قراءة النصوص القانونية السابقة لاختصاصات المحكمة الدستورية العليا، نستشف الدور الخفي للقاضي الدستوري في العملية التشريعية، نتيجة لتأثير أحكامه وقراراته الملزمة في سير العملية التشريعية، سواء فيما يتعلق بحالات الاعتراض على دستورية القانون قبل إصداره مما يوجب على المشرع الالتزام بالحكم الصادر عن المحكمة الدستورية، وإيجاد الصيغة التشريعية المناسبة والمتوافقة مع الدستور، على هدى الحكم الصادر عن القاضي الدستوري، أو فيما تعلق بإبداء الرأي في دستورية اقتراحات القوانين.

فالحكم القضائي الذي تصدره المحكمة الدستورية العليا قد يكون حكماً إنشائياً لوضع قاعدة قانونية جديدة، تعالج من خلاله قصور تشريعي، ولاحظنا من التنظيم الدستوري والقانوني للقضاء الدستوري في سوريا أنه يسمح بإمكانية قيام القاضي الدستوري بدور إنشائي، وبالرغم من أن اختصاصه من حيث الأصل العام هو مراقبة دستورية القوانين و اللوائح و تفسيرها، إلا أن النصوص التشريعية والدستورية حمالة، وتتسم بالسعة والعمومية في حكمها، مما ساعد في نشوء هذا الدور، والذي تجسد عملياً في حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 1 لعام 2019.

¹ د. أيمن حسن، دور القاضي الدستوري في تكريس مبدأ الأمن القانوني (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2022م، ص 87.

فقد وضعت المحكمة الدستورية في حكمها رقم 1 لعام 2019¹ عدداً من الضوابط والشروط في قرار الإحالة لقبول الدفع بعدم الدستورية²، وجاء ذلك نتيجة لكثرة الحالات التي ردت فيها الدفوع شكلاً من قبل المحكمة الدستورية العليا بسبب افتقاد تلك الدفوع لصحة الإجراءات التي تطلبها الدستور الجديد.

جاء في منطوق الحكم ما يلي: (إن الأحكام النازمة للدفع بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم تشريعي مستندة لأحكام المادة 147/2 والمادة 149 من الدستور، وأحكام المواد 38 و39 و40 من قانون المحكمة الدستورية رقم 7 لعام 2014. وحيث أنَّ أركان الدفع والبت بعدم دستورية نص قانوني في تشريع وفق الأحكام المذكورة يستوجب الأمور الآتية:

1- أن يكون هناك دعوى منظورة أمام مرجع قضائي له ولاية البت بالنزاع المطروح فيها، وأن يكون

هذا المرجع قد طبق في فصل النزاع نصاً محدداً في قانون أو مرسوم تشريعي، بحيث يكون لازماً وحده دون سواه للفصل بالنزاع.

2- أن يتقدم من صدر الحكم لغير صالحه بطعن أمام المرجع القضائي المختص يشكو فيه أن النص الذي طبقته المحكمة المطعون بقرارها يخالف أحكام الدستور، وذلك باستدعاء خطي مقدم من محامٍ أستاذ ضمن المهل والأوضاع المطلوبة قانوناً للقبول شكلاً.

3- على الطاعن أن يكون قد تقدم بالدفع بعدم الدستورية باستدعاء الطعن يبين فيه النص محل الدفع والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة المتعلقة بالنص.

¹ منشور في الجريدة الرسمية، العدد 25، ملحق 3، تموز 2019.
² د جميلة الشرجي، ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين في الجمهورية العربية السورية، (دراسة تحليلية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، مج 1، عدد 3 لعام 2021 ص 356، سوريا، جامعة دمشق.

- 4- تنتظر محكمة الطعن بعد اكتمال الخصومة لديها وفق الأصول، فيما اذا كان استدعاء الطعن مقدماً ضمن المهل والأوضاع المطلوبة قانوناً للقبول شكلاً، إذ لا جدوى ولا يجوز البحث في دفع مقدم بطعن مستحق للرد شكلاً، ومن ثم في أسباب الطعن، وهل في تلك الأسباب ما يمكن استناداً إليه فصل النزاع دون تطبيق النص المدعى بمخالفته لأحكام الدستور، وإذا تبين أن النص محل الدفع هو الوحيد اللازم للبت بالنزاع وهناك رابطة سببية بين تطبيق النص على واقعة النزاع ومخالفة النص الدستوري وأوجه هذه المخالفة بينها الطاعن في أسباب الطعن ترجح احتمال تأييد قبولها، عمدت المحكمة إلى إصدار قرار بوقف النظر بالدعوى وإحالة النظر بالدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا.
- 5- في ظل غياب النص في قانون المحكمة الدستورية العليا حول الأصول المتعين اتباعها في ارسال ملف الطعن بالدفع للمحكمة الدستورية العليا، فإن ارسال الملف بكتاب إحالة عن طريق الرئيس الإداري المخول تمثيل المحكمة في صلاتها مع الجهات العامة الأخرى إجراء مقبول.
- 6- فور وصول الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا يأمر الرئيس ديوان المحكمة بقيدها في سجل خاص ويدعو الهيئة العامة للاجتماع والتداول.
- 7- يكون البحث لدى المحكمة الدستورية العليا في أمرين الأول منهما، قرار الإحالة فيما إذا كان قد صدر استناداً لأحكام الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا، وبعد التثبت من الشرائط الشكلية في القرار يتم الانتقال إلى البحث في الأمر الثاني وهو الدفع بعدم الدستورية وهذا الترتيب بالبحث ضروري، إذ لا يجوز أن يضار الطاعن من إخلال المحكمة النافذة في الطعن في استكمال موجبات إصدار قرار الإحالة.

8- إذا كان قرار الإحالة غير مستوفٍ لقواعد إجراءاته القانونية عمدت المحكمة إلى إعادة الأوراق إلى المحكمة النازرة في الطعن لإعادة النظر فيه.

9- في حال وجدت محكمة الطعن بما تضمنه قرار المحكمة الدستورية ما يغني عن البت بالدفع عمدت إلى إبقاء الملف لديها للبت بالطعن.

10- في حال وجدت المحكمة النازرة بالطعن أن البت بالدفع لعدم الدستورية لازم للبت بالطعن، عمدت لاستكمال القواعد والإجراءات القانونية التي أشارت إليها المحكمة الدستورية العليا بقرارها، واعادت الملف إليها للبت بالدفع بعدم الدستورية.

ومن خلال استعراض الحكم السابق نجد أن المحكمة الدستورية العليا عملت على أعمال اختصاصها النابع من وظيفتها القضائية باتباعها أسلوب التفسير المنشئ، تفعيلاً للتطور الإيجابي الذي طال الدعوى الدستورية بعد دستور 2012 الملغى، وتدخلت المحكمة الدستورية بشكل إيجابي لصالح المنظومة القضائية والقانونية في الدولة، وأرست عدة ضوابط وشروط تصب في مصلحة أصحاب المصلحة من الدفوع المقدمة بعدم دستورية نص قانوني، بشكل يؤدي إلى إلزام المحاكم المختصة بإبداء عناية قانونية لازمة ومراعاة الأصول التي حددتها المحكمة الدستورية، حتى لا يصار إلى رد الدفوع شكلاً بسبب عدم مراعاة تلك الأصول، ويمكن إجمال تلك الضوابط بالآتي:

- 1- ان يتقدم من صدر الحكم لغير صالحه، بطعن أمام المرجع القضائي المختص يشكو فيه أن النص الذي طبقته المحكمة المطعون بقرارها يخالف أحكام الدستور، وذلك باستدعاء خطي مقدم من محام أستاذ ضمن المهل والأوضاع المطلوبة قانوناً للقبول شكلاً.
 - 2- يتوجب على المحكمة مصدرة قرار الإحالة بالدفع بعدم الدستورية، أن يتضمن قرارها فقرة حكمية صريحة بوقف النظر بالدعوى استناداً لأحكام المادة 147 الفقرة 2 من الدستور، وذلك بعد أن تتحقق من أن النص المطعون فيه هو الوحيد اللازم للبت بالنزاع، ولا يمكن فصل النزاع دون تطبيق هذا النص المدعى مخالفته للدستور، وأن هناك رابطة سببية ما بين تطبيق النص على الواقعة، وبين مخالفة النص الدستوري، وبذلك تُرفع يد المحكمة عن الدعوى لحين البت بالدفع بقرار من المحكمة الدستورية العليا.
 - 3- أن يكون هذا القرار قطعياً لا يجوز الطعن فيه، وأنه لا يُقبل بحال من الأحوال إحالة الدفع بالاستناد لقرار إعدادي أو قرار مؤقت دون وقف الدعوى لحين البت بالدعوى الدستورية، وأن يتوفر في هذا القرار كافة الشروط المطلوبة لصحة الأحكام ومن بينها صدوره باسم الشعب العربي في سوريا وأسماء القضاة الذين شاركوا في إصداره وتوقيعهم، وأطراف الخصومة، وموضوع الطعن والأسباب الموصلة للنتيجة الحكمية، وأن يكون واضحاً غير مشوب بالنقص أو الغموض.
 - 4- قررت المحكمة أن إرسال الملف بكتاب إحالة عن طريق الرئيس الإداري المخول تمثيل المحكمة في صلاتها مع الجهات العامة الأخرى هو إجراء مقبول، وذلك في ظل غياب النص القانوني حول الأصول المتعين اتباعها في إرسال ملف الطعن بالدفع للمحكمة الدستورية العليا.
 - 5- يتم البحث لدى المحكمة الدستورية أولاً بالشكل وفيما إذا كان قرار الإحالة قد صدر استناداً لأحكام الدستور وقانون المحكمة الدستورية، فإذا وجدت الدعوى غير مستوفية لإجراءاتها ترد شكلاً، وتعاد الأوراق لمصدرها لتدارك العيب.
- وتكمن أهمية هذا الضابط بأن المحكمة الدستورية أخرجت من نطاق الحجية المطلقة لأحكامها، الأحكام الصادرة بعدم قبول الدفع، و منح المحكمة النازرة بالدعوى الأساسية من أن تعيد الإحالة مرة أخرى للمحكمة الدستورية بقرار جديد، بعد استكمال العيوب الشكلية التي شابته

قرارها الأول بالإحالة، وفي ذلك حفاظ على حق الطاعن بطعنه وعدم تحميله مغبة إخلال المحكمة النازرة في الطعن من استكمال موجبات إصدار قرار الإحالة¹.

ونلاحظ من خلال قراءة الحكم السابق أن المحكمة الدستورية العليا وبما لها من سلطة تفسير منشئ قد تداركت النقص التشريعي الذي ينظم أصول الدفع بعدم الدستورية، ووضعت لائحة الشروط الشكلية للدفع بعد دستورية نص قانوني ما، قد أعطتنا صورة حقيقية بأن دور المحكمة الدستورية العليا في سوريا قد تخطى حد المطابقة الحرفية ما بين النص التشريعي ونصوص الدستور، وانتقل إلى تفسير الدستور تفسيراً منشئاً، يوازن ما بين الحفاظ على رفعة النص الدستوري من جهة، وإحقاق الحقوق المراد حمايته من خلال النص التشريعي.

¹ أيمن حسن، المرجع السابق، ص90 و91.

الخاتمة

من خلال التحليل والدراسة السابقة للعديد من أحكام القضاء الدستوري في عدة دول، لاحظنا العمق والأهمية المتنامية للرقابة على دستورية القوانين، بشكل أبعد من مجرد الحكم بالبطلان على النص غير الدستوري، فقد ساهم التكوين القانوني العريق لنخبة رجال القانون المعينين كقضاة في المحاكم الدستورية، والصلاحيات الممنوحة لهم، والحجية المطلقة لأحكامهم، واستقلالهم وبعدهم عن الحياة السياسية، كل ذلك ساهم في أن يمارس القاضي الدستوري دوراً ريادياً خلاقاً أدى إلى نشوء فكرة الدور الإنشائي للقاضي الدستوري، بشكل مرن وإيجابي، دون أن يخلق حالة من العداء مع السلطة التشريعية، ودون أن يتعدى القاضي الدستوري على سلطتها التقديرية، وإنما من خلال تفسير الدستور في ظل الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية المتطورة، وتضمين الأحكام مبادئ وقواعد جديدة أكثر حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم، تنال تلك المبادئ الحجية المطلقة، مما يوجب على المشرع التزامها فيما يضعه من قوانين مستقبلاً، تجنباً لأي حالة مشابهة تعرض لمشرع القانون أو القانون المطعون في دستوريته نفس الحكم، وبذلك يكون للقاضي الدستوري دور في العملية التشريعية بشكل لطيف و قوي بنفس الوقت.

النتائج:

- 1- تنامي دور القاضي الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين أدى إلى أن يتجاوز القاضي الدستوري في حكمه مجرد الحكم بالدستورية أو عدم الدستورية على النص القانوني، إنما يتضمن في طياته توجيهاً للمشرع على هدى التفسير المعمق للنص الدستوري، لاستجلاء حقوق قد يشير إليها النص الدستوري، دون أن ينص عليها بشكل صريح.
- 2- إن ظهور فكرة الدور الانشائي للقاضي الدستوري لا يعني أن يشارك القاضي الدستوري في العملية التشريعية بتوجيه خطاب أو تعليمات مباشرة للبرلمان، وإنما هو دور موقوف على عرض مشروع القانون على المحكمة الدستورية، أو الطعن في دستورية قانون معين.
- 3- لا يجوز أن يتحول دور القاضي الدستوري الانشائي إلى حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في تقدير كثير من الأمور من بينها مدى الحاجة إلى التشريع، وضرورة وأهمية هذا التشريع، وتقدير الظروف الملائمة لصدور التشريع، إذ تعد هذه الأمور هي من أبرز سمات السلطة التقديرية للمشرع.
- 4- وفق الدستور فإن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع، وبالتالي من الضرورة وجود ضوابط لعمل القاضي الدستوري في ممارسة مهمته الرقابية بشكل عام، وفي ممارسة دوره الإنشائي بشكل خاص، وذلك صوناً لمبدأ الفصل بين السلطات وتجنب التصادم مع المشرع.
- 5- على القاضي الدستوري عند النظر في دستورية قانون ما، أن يكون آخر حل يلجأ إليه هو إلغاء القانون، والتطبيق العملي أظهر أن تضمين القاضي الدستوري أحكامه، توجيهاً للمشرع يؤدي ثماراً أكثر من الحكم بإلغاء القانون، ويحقق الغاية في حماية الحقوق الدستورية بطريقة أسرع وأكثر جدوى.
- 6- على الرغم من عدم النص بشكل صريح على الدور الانشائي للقاضي الدستوري في الدساتير أو في القوانين الناظمة لعمل المحاكم الدستورية، فإن تتبع أحكام القضاء الدستوري أثبت وجود هذا الدور بشكل حقيقي وفعال.

المقترحات والتوصيات:

- 1- تنظيم مشاركة القاضي الدستوري في ضبط العمل التشريعي بصورة تقلل من حالات اللجوء إلى المحكمة الدستورية للطعن في دستورية القوانين قدر الإمكان، وذلك بإضافة مادة على قانون المحكمة الدستورية تعطي القاضي الدستوري دوراً فاعلاً في المرحلة التي تسبق إصدار القوانين.
- 2- أن يكون هنالك فترة زمنية محددة، تعطى للمشرع ليقوم خلالها بتعديل التشريع الذي حكم بعدم دستوريته، وذلك على ضوء النقاط التي أشار إليها الحكم بعدم الدستورية، لتصحيح الحالة التي سببت إلغاء القانون، وتنظيم الحق أو الحرية بقانون يتوافق مع حكم المحكمة الدستورية خلال الفترة الزمنية المحددة.
- 3- تنظيم الرقابة الدستورية على حالات الإغفال التشريعي، وإعطاء القاضي الدستوري دوراً منظماً دستورياً وتشريعياً لممارسة الرقابة على الإغفال التشريعي بشكل يتماشى مع أدوار انعقاد مجلس الشعب، لتلافي حالات التأخير والتراخي في واجبات المشرع في تنظيم الحقوق والحريات.
- 4- أن يكون الدور الانشائي للقاضي الدستوري في العملية التشريعية واضحاً ومحددًا ومنظماً دستورياً وقانونياً، مثله مثل دور القاضي الدستوري في التفسير، وتحديد حالاته وأساليبه وصلاحيات القاضي الدستوري عند ممارسته.

قائمة المراجع

مراجع باللغة العربية:

الكتب والمؤلفات العامة:

1. د. إبراهيم شيحا.
- النظم السياسية والقانون الدستوري " دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني"، بيروت، الدار الجامعية، ط4، بدون تاريخ.
2. د. حسن مصطفى البحري.
- القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، بدون نشر، 2021م.
- النظم السياسية المقارنة، الطبعة الثالثة، جامعة دمشق 2019.
- القانون الدستوري، الطبعة الثالثة، جامعة دمشق 2021.
3. د. زهير شكر ، النظرية العامة للقضاء الدستوري، دار بلال للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2014.
4. د. سليمان دلة ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ط1، جامعة الشارقة، 2014م.
5. د. عبد الرزاق السنهوري و د. حشمت أحمد – أصول القانون – 1946.
6. عبد العزيز سالماني

• رقابة دستورية القوانين، ط1، دار الفكر العربي القاهرة، ...1995.

7. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، الإسكندرية، منشأة المعارف، طبعة 1990.

8. د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2010

الكتب المتخصصة:

1. د. طيبة جواد أحمد

المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الثاني، السنة الثانية عشر، 2020م.

2. د. محمد ماهر أبو العينين

الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه (دراسة تطبيقية)، الكتاب الثاني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.

3. د. عبد الحفيظ الشيمي.

رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

4. د. أحمد عيد الغفلول.

- فكرة النظام الدستوري و أثرها في تحديد الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)

القاهرة، مصر. دار النهضة العربية. 2004.

- فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشروع دراسة مقارنة، ط 2، دار النهضة

العربية، القاهرة، 2003.

5. د. محمد عبد العال سناري.

ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دار

النهضة العربية.

6. د. ثروت عبد العال

حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، 2010م.

7. د. جواهر عادل عبد الرحمن

الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة. 2016.

8. د. علي محمد الغماري

الدور الإنشائي للقاضي الدستوري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق،

جامعة المنوفية، بدون نشر، 2019.

9. د. سالم عبد العزيز محمد.

ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها

لدستورية القوانين واللوائح، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2011.

10. د. عوض المرّ

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، الاسكندرية، مصر ،

مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية، 2003.

11. حسن البحري. النظم السياسية المقارنة، كلية الحقوق، جامعة دمشق ط3 لعام

2019م

رسائل الدكتوراة:

- د، البحري حسن

الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية ، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة عين شمس 2006م.

- عبد المنصف ادريس

رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة، جامعة عين شمس،
2011.

- كريستيان بهرندت، Le juge constitutionnel, un législateur-cadre

positif القاضي الدستوري مشرع ايجابي، رسالة دكتوراة، بدون نشر، جامعة باريس 2005.

رسائل الماجستير:

- د. أيمن حسن ، دور القاضي الدستوري في تكريس مبدأ الأمن القانوني (دراسة تأصيلية

تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2022م.

- إيهاب حيدر، رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة) رسالة

ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق 2024. ص3.

الأبحاث والدوريات:

- د. جميلة الشرجي، 2021، ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين في الجمهورية العربية السورية، (دراسة تحليلية)، مج1، عدد3، سوريا، دمشق، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية.
- د. سعيد نحيلي، 2022، الحماية القضائية للحقوق الأساسية في ألمانيا، مجلد2، العدد الأول، سوريا، دمشق، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية.
- محمد سلمان عبد العزيز، 2009، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري، مجلة الرقابة الدستورية، السنة الثانية، اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، القاهرة.
- د. عبد الحميد متولي، 1959، مقالة بعنوان مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، مج8، ع4، جامعة الإسكندرية، مجلة كلية الحقوق للعلوم القانونية والاقتصادية.
- محمد فوزي نويجي و د. عبد الحفيظ علي الشيمي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 2 الجزء الأول، أيار 2017.
- أليك ستون سويت، سياسة المراجعة الدستورية في فرنسا وأوروبا، مطبعة جامعة اكسفورد و كلية الحقوق في جامعة نيويورك. 2007م. The politics of constitutional review in France and Europe Alec Stone Sweet.
- الباحث فراس عيسى الحميري، أثر الاغفال التشريعي على مبدأ سمو الدستور (دراسة مقارنة)، العدد29، العراق، مجلة أهل البيت، في 22 تشرين الثاني لعام 2021م.
- مجلة الدستورية، العدد السابع عشر، أبريل 2010.

مراجع باللغة الأجنبية:

- LAMBERT(Jacques).histoire constitutionnelle de l'Union americaine 19 tome.
- The Great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court- . Author(s): Cliff Sloan, David McKean. Publisher: PublicAffairs, Year: 2009.
- Duquitt leon، la loi constitionnelle، premiere partie troisieme edition Kelsen (H) theorie pure du droit trad de Eisenmann dalloz 1962.

Droit constitutionnel, première partie, deuxième edition.. Duguit leon -

The oxford handbook . law and politics. Edited by (KEITHE WHITTINGTON nad GREGORRY.A CALDEIRA.

THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA.
CENTENNIAL EDITION: ANALYSIS CASES DECIDED BY THE
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES TO AUGUST 26, 2017.

المواقع الالكترونية:

- الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا في الولايات المتحدة الامريكية.

<https://supremecourthistory.org/schs-digitized-document-volume->
[./collection](https://supremecourthistory.org/schs-digitized-document-volume-)

- موقع جوستيا للموارد القانونية

[./https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/111](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/111)

- الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا في إيطاليا.

https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/la_corte_c_ostituzionale_italiana_EN.do

- الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا في مصر.

<https://www.sccourt.gov.eg/SCC/?SCCPORTAL12C-JSESSIONID=KBTqZwd-5MMRwUGdV3WVXrgl3IP0rtMNcdGfi9xyPgqp3xZfxYsa!-1659948173>

- الموقع الرسمي لوزارة العدل في الامارات العربية المتحدة

<https://elaws.moj.gov.ae/Temiiz.aspx?val=UAE-Dos-ArAC1>

- بوابة نقابة المحامين القانونية والقضائية:

<https://www.laweg.net/Default.aspx?action=ViewActivePages&ItemID=78310&Type=6>

دساتير ومتفرقات:

- دستور إيطاليا لعام 1947 والمعدل في 2012.
- دستور فرنسا لعام 1958 شاملاً تعديلاته لغاية عام 2008م.
- دستور الولايات المتحدة الامريكية. 1789 شاملاً تعديلاته لغاية 1992م.
- دستور دولة الامارات العربية المتحدة النافذ لعام 1971م.
- دستور مصر لعام 1973 والدستور النافذ لعام 2019م.
- دستور ألمانيا لعام 1949 وتعديلاته لعام 2012م.

- دستور الجمهورية العربية السورية الملغى لعام 2012م.
- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة منذ عام 1990.
- قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 48/لعام 1979.
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان 1950.
- الإعلان الدستوري للجمهورية العربية السورية لعام 2025.

الفهرس

4	المقدمة
7	مشكلة البحث
8	فرضيات البحث
8	أهداف البحث
9	أهمية موضوع البحث
9	الدراسات السابقة
10	منهجية البحث
11	أقسام الرسالة
12	الفصل الأول الجانب التأصيلي للدور الإنشائي للقاضي الدستوري
13	تمهيد وتقسيم
15	المبحث الأول: نشأة الدور الإنشائي للقاضي الدستوري

15	تمهيد وتقسيم
17	المطلب الأول: العوامل المساعدة على نشوء الدور الإنشائي للقاضي الدستوري
18	الفرع الأول: خصائص النص الدستوري.
24	الفرع الثاني: حجية الأحكام الصادرة عن القاضي الدستوري
27	الفرع الثالث: العوامل السياسية والإغفال التشريعي.
33	المطلب الثاني: بدايات ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري
34	الفرع الأول: ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية
39	الفرع الثاني: ظهور الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في فرنسا
43	المبحث الثاني: ضوابط الدور الإنشائي للقاضي الدستوري

45	المطلب الأول: الضوابط العامة للرقابة على دستورية القوانين.
46	الفرع الأول: الرقابة الدستورية بين التلقائية والدعوى
49	الفرع الثاني: القواعد العامة التي تحكم عملية الرقابة الدستورية و صلاحيات القاضي الدستوري.
53	المطلب الثاني: الضوابط الخاصة الحاكمة للدور الإنشائي للقاضي الدستوري.
54	الفرع الأول: الضوابط الذاتية للدور الإنشائي الصادرة عن القضاء الدستوري المصري.
56	الفرع الثاني: الضوابط الذاتية للدور الإنشائي الصادرة عن القضاء الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية
60	الفصل الثاني: الجانب التطبيقي لممارسة القاضي الدستوري للدور الإنشائي

63	المبحث الأول: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في حالات مخالفة التشريع للدستور وأدواته.
64	المطلب الأول: مخالفة التشريع للدستور.
65	الفرع الأول: الانحراف التشريعي
71	الفرع الثاني: الغلو في التشريع
74	الفرع الثالث: الإغفال التشريعي
87	المطلب الثاني: التفسير كأداة رئيسية في ممارسة القاضي الدستوري للدور الإنشائي.
88	الفرع الأول: تعريف التفسير
90	الفرع الثاني: ضرورات التفسير وحجته.
92	المبحث الثاني: تطبيقات الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في التشريع المقارن.
93	المطلب الأول: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الدول الغربية.

93	الفرع الأول: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الجمهورية الإيطالية
103	الفرع الثاني: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري الولايات المتحدة الأمريكية.
106	المطلب الثاني: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الدول العربية.
107	الفرع الأول: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الإمارات العربية المتحدة
114	الفرع الثاني: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في جمهورية مصر العربية
118	الفرع الثالث: الدور الإنشائي للقاضي الدستوري في الجمهورية العربية السورية.
129	الخاتمة
130	النتائج
131	المقترحات والتوصيات

132	قائمة المراجع
-----	---------------