

الفصل الثاني
طرق الرقابة على دستورية القوانين

obeykandi.com

تختلف الدول في تنظيم الرقابة على دستورية القوانين، فبعض دساتيرها تمنع الرقابة بشكل صريح، أما الدول التي تأخذ بالرقابة على دستورية القوانين فإنها تختلف من حيث الجهة التي تتولى الرقابة، ومدى ما يمنحها القانون من صلاحيات في هذا الشأن، حيث إن أنواع الرقابة تتعدد وتختلف من نظام لآخر تبعاً لاختلاف التنظيم الدستوري، كما تختلف هذه الرقابة في آلياتها، فمنها من اعتمد طريق الرقابة السياسية ومنها من اعتمد طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وتأسيساً على ذلك نتعرض في هذا الفصل لمبحثين:

المبحث الأول: الرقابة السياسية على دستورية القوانين.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

المبحث الأول

الرقابة السياسية على دستورية القوانين

الرقابة على دستورية القوانين قد تتولاها هيئة سياسية او يمكننا القول بان الرقابة السياسية يقصد بها قيام هيئة مكونة من عناصر سياسية وقانونية بالبحث في مدى مطابقة القانون العادي قبل اقراره لاحكام الدستور^(١)، فتسمى عند ذلك بالرقابة السياسية، ومن خلال هذا المبحث نتناول هذه الطريقة من الرقابة في ثلاثة مطالب متتابعة كما يلي:

المطلب الأول: نشأة الرقابة السياسية.

المطلب الثاني: طرق الرقابة السياسية.

المطلب الثالث: تقييم الرقابة السياسية.

المطلب الأول

نشأة الرقابة السياسية

ترجع نشأة الرقابة السياسية *controle politique* على دستورية القوانين، إلى عهد الثورة الفرنسية عندما أنشأ أول دستور في السنة الثامنة للجمهورية مجلساً خاصاً للقيام بهذه المهمة، واستمرت فرنسا في تطبيق الرقابة السياسية حتى اليوم، وقد أخذت بعض الدول بهذه الصورة، وخاصةً الدول الاشتراكية، وتعد الرقابة السياسية، رقابة وقائية *controle preventif* لأنها سابقة على صدور القوانين، وتعمل

(١) د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات

الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٣ وما بعدها. وكذلك انظر: د. عمر حلمي،

القانون الدستوري المقارن، مطبعة الايمان، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٨١.

على توقي وقوعها في مخالفة الدستور^(١).

وقد أخذت العديد من الدول عن فرنسا هذه الصورة من الرقابة، مع الاختلاف بين دستور وآخر فأخذ الاتحاد السوفيتي السابق بهذه الرقابة في دستور عام (١٩٧٧)، وجعل الرقابة من اختصاص السلطة التشريعية، كما أخذ دستور ألمانيا الديمقراطية لعام (١٩٤٩)، وبلغاريا في دستورها لعام (١٩٤٧)، والصين في دستورها لعام (١٩٥٤)، وقد أناط الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام (١٩٥٨)، مهمة الرقابة إلى هيئة أسماها المجلس الدستوري.

وقد دفع فرنسا إلى الأخذ بهذه الرقابة التفسير الذي ساد الفقه الفرنسي في فهم نظرية الفصل بين السلطات، وكذلك بوصف البرلمان هو المعبر عن سيادة الأمة وأن القانون هو التعبير عن هذه الإرادة، فهذان الأمران حالا بين فرنسا وبين الأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، وقد ظهرت فكرة الرقابة السياسية على دستورية القوانين أول الأمر خلال إعداد دستور السنة الثالثة للثورة الفرنسية^(٢).

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق ص ٥٥٠ - ٥٥١.

(٢) د. طعيمة الجرف، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ١٤٧. وكذلك انظر: د. كمال احمد ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٥٧٠.

المطلب الثاني

طرق الرقابة السياسية

نصت بعض الدساتير- ومنها دساتير الدول الاشتراكية- على الرقابة على دستورية القوانين، بواسطة هيئة سياسية، فمنها ما جعل هذه المهمة من اختصاص المجلس التشريعي نفسه، ومنها ما أنشأ هيئة خاصة تتولى مهمة الرقابة.

وتفريعاً على ذلك سنبحث في إسناد مهمة الرقابة إلى الهيئة التشريعية (البرلمان) و تكوين هيئة خاصة للرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الأول

إسناد مهمة الرقابة إلى الهيئة التشريعية (البرلمان)

يعرف الفقه الدستوري السلطة التشريعية بأنها "تلك الجهة التي تملك الحق في إصدار القواعد العامة الملزمة التي تحكم تصرفات الجماعة في نطاق الدولة"^(١) وفي الدولة الحديثة، تعود سلطة التشريع للشعب، يمارسها مباشرة في حالة الديمقراطية المباشرة، أو عن طريق نواب عنه في حالة الديمقراطية غير المباشرة، أو بالطريقتين معاً في حالة الديمقراطية المباشرة أو شبه المباشرة. وتعود أهمية السلطة التشريعية لما تضطلع به من قيامها نيابة عن الشعب بتمثيله في وضع القوانين و سنّها ومراقبة تنفيذها، فضلاً عن المهام الأخرى كالوظيفة الرقابية والمالية والاقتصادية.

(١) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٥٧.

وفي ذلك عمل دستور الاتحاد السوفيتي السابق الصادر عام (١٩٣٦)، على إسناد مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى الهيئة التشريعية، إذ جعل مجلس السوفيت الأعلى المختص بالرقابة على تنفيذ الدستور الاتحادي، واتخاذ الإجراءات التي تضمن توافق دساتير الجمهورية مع أحكامه، وأسند الدستور اليوغسلافي الصادر عام (١٩٤٦)، إلى المكتب الإداري للمجلس الشعبي مهمة التحقيق من عدم مخالفة قوانين الدويلات للقوانين الاتحادية أو لأحكام الدستور الاتحادي، كما نص الدستور الصيني الصادر عام (١٩٥٤)، على اختصاص الجمعية الصينية لممثلي الشعب بالرقابة على تطبيق الدستور، وأخذ الدستور البلغاري الصادر عام (١٩٤٨)، بنفس الطريقة إذ جعل الهيئة التشريعية هي المختصة بالتأكد من مراعاة الشروط الدستورية عند إصدار القوانين من عدم مخالفة هذه القوانين للدستور، ومن الدساتير ما منح رئيس المجلس النيابي الحق في منح التصويت على مشروع قانون غير دستوري، كما في دستور السويد الصادر عام (١٩٠٦) (١).

الفرع الثاني

تكوين هيئة خاصة للرقابة على دستورية القوانين

تلجأ معظم دساتير الدول التي تختار طريق الرقابة السياسية إسنادها إلى هيئة خاصة مستقلة تتولى الرقابة على دستورية القوانين على وجه الخصوص قبل صدورها في الغالب الأعم لتكون رقابة وقائية

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص

تستهدف منع صدور القانون إذا كان مخالفاً للدستور، وقد يتم تشكيل هذه الهيئة إما بطريقة التعيين من جانب البرلمان أو السلطة التنفيذية، أو منهما معاً، أو بطريق الانتخاب من القاعدة الشعبية أو من خلال أعضاء اللجنة ذاتها بعد تشكيلها لأول مرة، ويستمد هذا الاتجاه أساسه من مبدأ الفصل بين السلطات بتنفيذه على نحو يمنع تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية، ولتفادي احتمال سيطرة أو هيمنة القضاء على البرلمان بما يهدد استقلاله^(١) ومن الدساتير العربية التي تبنت هذه الطريقة من الرقابة الدستور اللبناني الذي أوكل الرقابة إلى المجلس الدستوري، وقد أنشئ المجلس الدستوري اللبناني وفق القانون رقم (٢٥٠) الصادر بتاريخ ١٤ / ٧ / (١٩٩٣) المعدل بالقانون رقم (١٥٠) الصادر بتاريخ ٣٠ / ١٠ / ١٩٩٩).

المطلب الثالث

تقييم الرقابة السياسية

لاشك أن الرقابة السياسية على دستورية القوانين تمارس وظيفة مهمة في إعلاء كلمة الدستور وتنفيذ أحكامه ولكن الآليات القانونية التي يقصد بها الدفاع عن مبدأ سمو الدستور وما تؤدي إليه من رقابة لدستورية القوانين ليست صورة واحدة في كل البلاد، فقد تنشئ آليات قانونية خاصة تتماشى مع فلسفتها وظروفها، فمن الدول من اتبع أسلوب الرقابة السياسية متجاوزاً عن عيوبها، ومنها من سلك سبيلاً آخر في الرقابة، غير إن الطرفين اتفقا على ضرورة وجود رقابة علي دستورية القوانين، وفي هذا الجزء من الدراسة نبحث في مزايا وعيوب الرقابة

(١) د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف،

٢٠٠٠، ص ١٤٥.

السياسية على دستورية القوانين كما يلي:

أولاً: مزايا الرقابة السياسية:

يشير الفقه الدستوري إلى أن للرقابة السياسية على دستورية

القوانين المزايا التالية:

١- تتفق الرقابة السياسية مع طبيعة عمل السلطة التشريعية والذي تتداخل فيه الاعتبارات السياسية مع الاعتبارات القانونية، لأن الرقابة على الدستورية هي مسألة قانونية في موضوعها، وسياسية في آثارها فإنه من الأوفق أن تباشره هيئة سياسية يقوم بتشكيلها البرلمان وتتكون من أعضائه أساساً تلافياً لعوامل الحساسية والتحدي ومحاولة السيطرة المتبادلة بينهما .

٢- لا تقتصر الرقابة السياسية على الجوانب القانونية فحسب وإنما تمتد لتشمل الجوانب السياسية المحيطة بالعمل محل الرقابة، وتقدير مدى الآثار المترتبة على الرقابة سواء من حيث دستورية هذا العمل أو من حيث ملائمته.

٣- الرقابة السياسية رقابة وقائية غالباً، فهي تحول أصلاً دون صدور العمل غير الدستوري وتمنع بعد صدوره الجدل حول دستوريته وتتفادى خطر تضارب الأحكام القضائية الذي يحدث في حالة الأخذ برقابة الامتناع مما يضاعف من فعالية هذه الرقابة لأن الوقاية خير من العلاج^(١).

(١) د. سامي جمال الدين، المرجع السابق ص ١٤٦

ثانياً: عيوب الرقابة السياسية:

الغالبية العظمى من الفقهاء يفضلون الرقابة القضائية، لما للرقابة السياسية من عيوب واضحة أهمها:

١- الهيئة السياسية تخضع بطبيعتها للأهواء والنزوات السياسية والحزبية التي تسيطر على عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهو الأمر الذي يؤدي في الأصل إلى الخروج على الدستور، ومن ثم فإن الطريق السياسي للرقابة لن يعني سوى إحلال هذه الهيئة بنزعاتها محل أهواء ونزعات الهيئات السياسية الأخرى، فتغدو الرقابة غير منتجة أو مؤثرة بما يشكل خطراً سياسياً على الدستور ومبادئه.

٢- قد لا تتوفر لدى القائمين على الرقابة السياسية القدرة الفنية والخبرة القانونية الكافية لمباشرة الرقابة الدستورية، علاوة على عدم تمتعهم بضمانات الحيادة والاستقلال التي تتوفر للقضاء، مما يضعف هذه الرقابة لمدى بعيد خاصة مع تأثر أغلبية هؤلاء الأعضاء باتجاهات السلطة التي تقوم بتعيينهم وخضوعهم لتعليماتها، وحتى إذا تم انتخابهم بواسطة الشعب فإنه سيسيطر على عملها نفس الاتجاهات السياسية التي تسيطر على البرلمان، علاوة على إحساسهم بالعلو عليه مما يؤدي إلى تفاقم الصراع بين السلطات وبت الاضطراب السياسي في الدولة^(١).

٣- إذا كان تحريك الرقابة يعود للسلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية فإن ذلك يؤدي إلى إقامة الطعن في دستورية القانون على

(١) المرجع السابق ص ١٤٧

اعتبارات سياسية أكثر من إقامتها على اعتبارات قانونية وموضوعية، وإذا كانت الرقابة تمارس بشكل تلقائي من قبل هيئة الرقابة وذلك كجزء من متطلبات العملية التشريعية، فإن ذلك يخلق من هيئة الرقابة مشرعاً آخر لأن القانون لا يمكن أن يشرع ويصدر دون موافقتها، أي أن مصير القانون في هذه الحالة سيتوقف على إرادة هيئة الرقابة^(١).

ويقول الدكتور منذر الشاوي، من هنا كان خطر الرقابة السياسية أكبر من خطر الرقابة القضائية لأن تدخل القضاة في العمل التشريعي هو تدخل استثنائي، فالقاضي لا ينظر في دستورية قانون ما إلا إذا أثبتت هذه الدستورية من قبل الغير، بينما تدخل هيئة الرقابة السياسية في العمل التشريعي، هو تدخل منهجي، بمعنى أن الرقابة تمارس على جميع مشاريع القوانين، فميكانيكية الرقابة السياسية على دستورية مشاريع القوانين... لا تضمن علوية الدستور، وهذا هو المعنى الذي تتضمنه هذه الصورة من الرقابة، فتارة تعطى الأولوية للقباضين على سلطة احتكار تحريك الرقابة، وتارة تعطى الأولوية أو يجب أن تعطى بحكم المنطق إلى هيئة الرقابة (حالة الرقابة الأوتوماتيكية) وفي الحالتين يكون مصير الدستور متوقف على إرادة الحكام، أو على إرادة هيئة الرقابة^(٢).

(١) د. إحسان حميد ألمفرجي، نظرية الدستور، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٩٠، ص ١٧٥.

(٢) د. منذر الشاوي، نظرية الدستور، منشورات مركز البحوث القانونية، ط٤، بغداد، ١٩٨١، ص ٩٤ - ٥٩.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تبنت معظم دساتير الدول في وقتنا الحاضر الرقابة القضائية على دستورية القوانين، غير أن هذه الدول لم تتفق على نوع واحد في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فمنها تمارس الرقابة بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة (رقابة الإلغاء) ومنها ما تسمح بهذه الرقابة بواسطة الدفع الفرعي، وهناك من تبنت طريقة المزج بين الدعوى الأصلية والدفع بعدم الدستورية كما في مصر، وتفريعاً على ذلك يتعين علينا أن نتعرف إلى أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مطلبين:

المطلب الأول: الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة (رقابة الإلغاء)

المطلب الثاني: الرقابة القضائية بطريقة الدفع الفرعي.

المطلب الأول

الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة (رقابة الإلغاء)

تعد الرقابة على دستورية القوانين من طبيعة ذو طبيعة قانونية لاشك فيه، فهي عمل قانوني يتمثل في البحث عن مدى اتفاق القانون الذي سنه البرلمان مع القواعد التي أرساها الدستور، ومعرفة ما اذا كانت تلك التشريعات قد خالفت الدستور، سواء كانت هذه المخالفة صريحة او ضمنية^(١).

(١) د. ثروت البدوي، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢،

تحدث الرقابة بطريقة الإلغاء أو الدعوى الأصلية *controle parvoie daction* عندما يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون معين بالطعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة طالبا إلغاءه لمخالفته الدستور، دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من دعاوى القضائية، فإذا ما ثبت للمحكمة المختصة أن القانون المطعون فيه مخالف للدستور فإنها تحكم بإلغائه بحيث يصبح كأن لم يكن، أو إنهاء حياته بالنسبة للمستقبل طبقا لأحكام الدستور التي تنظم الرقابة القضائية^(١).

وقد يكون هذا الحكم قبل صدور القانون المخالف للدستور فتسمى رقابة الإلغاء السابقة، أو بعده فتسمى رقابة الإلغاء اللاحقة. وبسبب خطورة الأثر المترتب على هذا الحكم والمتمثل بإلغاء تشريعات البرلمان، حرصت الدول على أن تمارسه محاكم دستورية عليا متخصصة، أو أعلى درجات القضاء في الدولة^(٢)، كما لم تجز كثير منها للأفراد إن يطعنوا مباشرة في دستورية القوانين بينما أجاز بعضها ذلك بطريق غير مباشر بأن يتقدموا بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام بعض المحاكم، فإن اقتضت هذه المحكمة بجدية الطعن تقدمت به إلى المحكمة الدستورية^(٣)، وتفريعا على ذلك سأتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع، الأول رقابة الإلغاء السابقة، والثاني رقابة الإلغاء اللاحقة، أما الثالث مزايا وعيوب الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشر.

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص

٥٦٠ - ٥٦١ .

(٢) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٣) د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، دار الملاك للفنون والآداب

والنشر، بغداد، ط٣، ٢٠٠٤ ص ٩٣.

الفرع الأول

رقابة الإلغاء السابقة

بعد تشريع القانون من قبل السلطة التشريعية المكلفة بإعداد القانون، يرسل القانون للتصديق عليه لغرض إصداره، وقد ترى الجهة الموكله بالتصديق إرسال هذا القانون إلى محكمة خاصة يحددها الدستور، للتأكد من عدم تعارض القانون مع الدستور، فتحريك الرقابة يكون من السلطة، وليس من قبل الأفراد، وقد أخذ بهذا دستور إيرلندا لعام ١٩٣٧، حيث يتعين على رئيس الدولة إذا رغب بممارسة حق الرقابة أن يحيل القانون في ظرف سبعة أيام من تاريخ استلامه للقانون إلى المحكمة العليا، وبعد استشارت مجلس الدولة، أن تصدر حكمها في فترة لا تتجاوز الستين يوماً، فإذا أصدرت المحكمة حكماً بدستورية القانون المحال إليها وجب على رئيس الجمهورية التصديق عليه، وقد تبنت هذه الطريقة من الرقابة بعض دول أمريكا اللاتينية أمثال كولومبيا في دستورها لعام ١٨٨٦، وبنما في دستورها لعام ١٩٠٤، والإكوادور في دستورها لعام ١٩٢٩^(١).

الفرع الثاني

رقابة الإلغاء اللاحقة

وهي رقابة لاحقة على إصدار القانون، أو هي وسيلة هجومية تسمح لبعض الجهات أو المراجع بالطعن في هذا القانون مباشرة أي

(١) د. حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة

بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٢٥.

بصورة مستقلة عن أي نزاع عن طريق الدعوى الأصلية^(١).

فمضمون رقابة الإلغاء هو ما تضمنه الدستور ذاته من حق للأفراد أو لبعض السلطات في إقامة الدعوى والطعن المباشر في قانون ما باعتباره مخالفاً للدستور وأمام محكمة معينة يقع ذلك من اختصاصها، فإذا ما اقتنعت تلك المحكمة بعدم دستورية القانون فإنها سوف تصدر قرارها بإلغائه ويكون هذا القرار نافذاً بالنسبة للجميع دون الاقتصار على مصلحة الطاعن، والمشكلة التي ستثور بهذا الشأن هي نوع المحكمة المختصة، هل هي المحكمة الدستورية، أم اختصاص المحاكم العادية، وقد اختلفت الدساتير بهذا الشأن بين إناطة الرقابة على دستورية القوانين بمحكمة قضائية أو إناطة ذلك بمحكمة خاصة كما أخذت بذلك سويسرا.

فمن أخذ بالاتجاه الأول عهد إلى المحكمة العليا في الدولة أياً كانت تسميتها محكمة اتحادية أو محكمة تمييز، إضافة لاختصاصاتها المدنية والجنائية وفي سويسرا عهد إلى المحكمة الاتحادية العليا الفصل بالدعاوى المتعلقة بانتهاك الحقوق الدستورية للمواطنين، غير أن هذه الرقابة محدودة نسبياً؛ إذ أنها لا تمتد إلى القوانين المشرعة من البرلمان الاتحادي، بل تقتصر على الدعاوى المقدمة ضد قوانين الكانتونات، وضد القرارات الصادرة من السلطات الأخرى في الكانتونات، فالدعاوى والطعون بالنسبة لهذه القوانين والقرارات تقبل على نطاق واسع جداً سواء تعلق بمخالفتها للدستور الاتحادي، ودستور الولاية، فكل ذي مصلحة حالية أو مستقبلية أن يستفيد من هذا الحق

(١) خليل الهندي وأنطوان الناشف، المجلس الدستوري في لبنان، المؤسسة الحديثة

للكتاب، طرابلس، لبنان ١٩٩٨. ص ٨.

في الطعن، بل أجاز الدستور السويسري للأفراد تقديم الطعون ضد قوانين الولايات ذات الصفة العامة، حتى وإن لم تكن هناك مصلحة للفرد كون المصلحة عامة، وهي المحافظة على سلامة الدستور، وقد أخذ بهذا الاتجاه دستور كوبا لعام (١٩٣٤)، ودستور هايتي لعام (١٩٢٨)، ودستور فنزويلا لعام (١٩٣١)، أما الاتجاه الثاني، فهو الدعوى المباشرة أمام المحاكم الدستورية، وتتصف هذه الدعوى (دعوى الإلغاء) بأنها على اتفاق مع سابقتها من حيث إنها تأخذ بطريقة الدعوى المباشرة، وتؤدي إلى إلغاء القانون المخالف للدستور بالنسبة للجميع، وكلتا المحكمتان لقراراتها حجية مطلقة لكن الذي يفرق بينهما هو أن الأولى محكمة قضائية عادية^(١).

ونظراً لخطورة الدور الذي تقوم به المحكمة في هذه الحالة فإنه يعهد بهذه الرقابة إلى محكمة واحدة في الدولة وذلك لتجنب تضارب الأحكام إذا ما عهد بهذه المهمة إلى عديد من المحاكم، وغالباً ما تسند هذه الرقابة إلى محكمة دستورية تنشأ خصيصاً لهذا الغرض، ومن أمثلة الدول التي تبنت نظام المحكمة المختصة إيطاليا في دستورها الصادر عام (١٩٤٧)، وألمانيا في دستورها الصادر عام (١٩٤٩)^(٢).

ومن الدساتير العربية الدستور السوري لعام (١٩٧٣)، والدستور الكويتي لعام (١٩٦٢)، والدستور المصري لعام (٢٠١٤)، وقانون إدارة

(١) المحامي طالب الوحيلي، القواعد العامة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دراسة منشورة في الموقع الإلكتروني التالي. آخر زيارة ٢٧-١٢-

www.annabaa.org ٢٠١٣

(٢) د. ماجد راغب الحلو، الظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٤، ص ٤٤.

الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام (٢٠٠٤)، ودستور العراق الدائم لعام (٢٠٠٥) الذي نص على أن تختص المحكمة الاتحادية بالرقابة على دستورية القوانين.

وقد جاء في المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا أن مهام المحكمة مايلي^(١):

- ١- الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومة الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية.
- ٢- الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية وشرعية التشريعات كافة وإلغاء ما يتعارض منها مع الدستور.
- ٣- النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من القضاء الإداري.
- ٤- النظر في الدعاوى المقامة أمام المحكمة بصفة استئنافية وينظم هذا الاختصاص بقانون.

ومن ذلك نخلص إلى أن الطعن بعدم الدستورية يمكن أن يوجه إلى القانون والأنظمة والتعليمات، وهذه توسعة محمودة لأن الأنظمة هي قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة مجردة جديرة بالرقابة، وهي ستخضع لطريقتين من طرق الطعن، الطريقة الأولى، هي الطعن فيها أمام المحكمة الاتحادية العليا، إذا جاءت منتهكة لأحكام الدستور، وللمحكمة المذكورة إلغاءها إذا ما استبان لها الانتهاك جليا، وعندها يتوجب على جهة الإدارة إزالة كل الآثار القانونية المترتبة عليها واعتبارها كأن لم تكن منذ لحظة صدورها.

(١) المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ٣٠، لسنة ٢٠٠٥.

أما الطريقة الثانية، فهي الطعن فيها أمام محكمة القضاء الإداري التي تملك اختصاص النظر في صحتها استناداً إلى أحكام المادة (٧ / ثانياً / د) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥ لسنة ١٩٧٩) المعدل وبالتالي إلغاؤها إذا ما وجدت مخالفة لأحكام القانون والتعويض عن الأضرار الناشئة عنها إذا كان له مقتضى بناء على طلب المدعي، وهكذا ستخضع الأنظمة والتعليمات لرقابة صارمة ضماناً لاحترام أحكام الدستور والقوانين ويتم بناء على دعوى من مدعي، أو طلب من محكمة أخرى إذا وجدت المحكمة المختصة أيّاً كانت مدنية، أو جنائية، أو إدارية، إن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات جاءت منتهكة لحرمة الدستور فإن لها أن تحيل الأمر إلى المحكمة الاتحادية العليا لتفصل فيه بحكم قاطع نافذ في مواجهة الكافة، وهذا توسع أيضاً في نظام الرقابة على دستورية القوانين^(١).

إن عملية الرقابة تؤدي إلى تأكيد صحة التصرفات التي أجريت كما حددها القانون لها لتحقيق المشروعية، كما تؤدي إلى تحديد التصرفات الخاطئة لإعادة تقييمها ضمن الحدود القانونية لتدخل المشروعية عليها وبالتالي يكون حصيلة كل من العمليتين تحقيق سيادة القانون^(٢).

(١) د. حسان محمد شفيق العاني ود. حميد حنون الساعدي، المبادئ الأساسية لدستور العراق الدائم، بحث منشور على الموقع الإلكتروني لمركز الفرات للتنمية والدراسات الاستراتيجية- تاريخ الزيارة ٥.٦.٢٠١٤. مرجع سابق

www.fcds.com

(٢) سمير خيرى توفيق، مبدأ سيادة القانون، تقديم د. منذر الشاوي، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٨، ص ١٤٦ .

الفرع الثالث

تقييم الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة

انقسم الفقهاء بشأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين مؤيد ومعارض على تفصيل في الأمر، ونبين حجج الطرفين فيما يلي:

أولاً: مزايا الرقابة بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة:

تحقق هذه الرقابة بعض المزايا المهمة التي لا تتكرر، فمن ناحية أن تخصص جهة قضائية واحدة بمسألة فحص دستورية القوانين وتقرير ما إذا كان القانون المطعون فيه مخالف لأحكام الدستور أم لا وذلك سواء كانت هذه الجهة القضائية هي المحكمة العليا في النظام القضائي القائم في الدولة، أو محكمة دستورية خاصة أنشأت لتضطلع بهذه المهمة يؤدي إلى ثبات الأوضاع واستقرار المعاملات القانونية.

ومن ناحية أخرى فإن الحكم الصادر بالإلغاء في حالة ثبوت مخالفة القانون المطعون فيه لأحكام الدستور ينهي المشكلة ويحسم الموقف بصفة نهائية مما لا يسمح بالعودة مرة أخرى لطرح النزاع بصدد نفس القانون أمام محكمة أخرى أو أمام ذات المحكمة^(١).

ثانياً: عيوب الرقابة بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة:

بالرغم من مزايا الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة، إلا أنها لم تسلم من النقد من جانب الفقه الدستوري باعتبار أنها تمثل خروجاً على حدود مهمة القضاء وتؤدي إلى إقحامه في المجال

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص

التشريعي وإهداره لعمل السلطة التشريعية، مما يعتبر مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات، كما إن إعطاء سلطة إلغاء القانون يعطيها مركزاً قوياً ونفوذاً كبيراً باتجاه سلطات الدولة لاسيما السلطة التشريعية^(١).

المطلب الثاني

الرقابة القضائية بطريقة الدفع الفرعي

في هذا النوع من الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لا توجد دعوى بإلغاء قانون من القوانين لعدم دستوريته وإنما يتعلق الأمر بالدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه، يتقدم أحد أطراف النزاع في قضية معروضة أمام القضاء وإنما تأخذ شكلاً دفاعياً مقتضاه أن ينتظر صاحب الشأن الذي يراد تطبيق قانون معين عليه في قضية مطروحة أمام محكمة من المحاكم، ثم يدفع بعدم دستورية هذا القانون، فتتولى المحكمة بحث الأمر الذي أثير الدفع بصدده، أي أن المحكمة اذا قررت عدم الدستورية فلا تقضي بإلغاء القانون وإنما تمتنع فقط عن تطبيقه في القضية التي أثير الدفع بمناسبةها ويظل القانون قائماً، ويمكن أن تثار مسألة عدم دستوريته من جديد وذلك لأن حكم المحكمة له حجية نسبية فلا يقيد المحاكم^(٢).

بل ولا نفس المحكمة بالنسبة للقضايا التي تعرض عليها فيما بعد ذلك، فإن هذه الطريقة تعد أخف وطأة وأقل أثراً من الطريقة السابقة

(١) د. مازن ليلو راضي، ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق، مرجع سابق، الأكاديمية

العربية المفتوحة في الدنمرك، آخر زيارتي ٢٧-١٢-٢٠١٤

www.ao-academy.org

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مرجع سابق ص ٢٧ .

التي تؤدي إلى إعدام القانون المخالف للدستور، ويرجع في الفقه والقضاء أن سكوت الدستور لا يمنع المحاكم من رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي، لأن القاضي في هذه الحالة إنما يغلب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى، وذلك يدخل ضمن صلاحيات وظيفته، وقد أخذت كثير من الدول بهذه الطريقة دون نص من الدستور، وكانت الولايات المتحدة الأمريكية منذ الحكم الشهير الذي أصدره القاضي marshall عام (١٨٠٣) من الدول التي أخذت بذلك، ومن البلاد التي أخذت بها كذلك اليونان، والنرويج، وقد نصت بعض الدساتير صراحة على ذلك كدستور اليابان الصادر عام (١٩٤٦)^(١)

والظاهر أن قضاء المحاكم الأمريكية في مجال الرقابة الدستورية هو قضاء امتناع عن التطبيق، ولكن أثر هذا القضاء يزداد قوة بفضل نظام السوابق القضائية النافذ في الولايات المتحدة، وبمقتضى هذا النظام أن كل محكمة تتقيد بالحكم الذي أصدرته، وتتقيد به المحكمة التي في درجتها، وكذلك المحكمة الأدنى درجة، فالحكم الصادر من المحكمة العليا وهي أعلى محكمة في الاتحاد بعدم دستورية أي قانون يقيد كما يقيد سائر المحاكم الاتحادية، ومحاكم الولايات، وهكذا يتضح من قضاء المحاكم الأمريكية قضاء امتناع عن التطبيق مؤسس على نظام السوابق القضائية، ويقترب هذا القضاء من حيث النتائج العملية في هذه الحالة من قضاء الإلغاء، إلا أنه لا يزال متميزاً عنه ومختلفاً في آثاره من حيث وجود القانون بالنسبة لقضاء الامتناع وزوال القانون من الوجود بالنسبة لقضاء الإلغاء، وآية ذلك أن المحكمة العليا وإن كانت مقيدة بالأحكام الصادرة منها إلا أنه من

(١) د. ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٤٤.

المتصور أن تتطور الظروف على نحو يحملها على العدول عن قضائها السابق وعندها يستأنف ذلك القانون نفاذه^(١).

ويعد هذا النوع أو الأسلوب الأكثر نجاحاً في فرض الرقابة على دستورية القوانين في الدول التي تخلو دساتيرها من النص صراحة على حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، إذا ما دفع أمامه - أثناء نظر دعوى مرفوعة - بعدم دستورية قانون ما واجب التطبيق. وهو ما درج عليه القضاء المصري في ظل دستور عام (١٩٥٦) ودستور عام (١٩٥٨) رغم خلوهما من نصوص تنظيم الرقابة^(٢).

ويعيب هذه الطريقة إنها بتركها مهمة الرقابة على دستورية القوانين لكافة المحاكم تؤدي عادة إلى تناقض الأحكام وعدم الوحدة التشريعية، كما لا تضع حداً نهائياً للخلاف الذي يمكن أن يثور حول عدم دستورية قانون من القوانين^(٣).

وعلى العموم فإن هذا النوع أو هذه الطريقة ليست الوحيدة التي ابتدعها القضاء الأمريكي وتمكن من خلالها أن يمارس الرقابة على دستورية القوانين، فهي وإن كانت أكثر شيوعاً إلا أنه بجانبها توجد أنواع أخرى للرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، وتفرعاً على ذلك سنبحث هذه الأنواع من الرقابة في ثلاثة فروع: الفرع الأول: الرقابة القضائية بطريقة الأمر القضائي، والثاني

(١) د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط ٣، مرجع سابق، ص ١٨٩ - ١٩٠ .

(٢) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٧٥٦.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق ص ٤٤٤

الرقابة القضائية بطريقة الإعلان القضائي، والثالث الرقابة القضائية بطريقة المزج بين الدعوى الأصلية والدفع بعدم الدستورية .

الفرع الأول

الرقابة القضائية بطريقة الأمر القضائي

في هذا النوع من الرقابة، لا ينتظر من يدعي عدم دستورية قانون ما أن تقام عليه دعوى يراد خلالها تطبيق هذا القانون، فيدفع عند ذلك بعدم دستوريته، وإنما يطلب من القاضي أن يأمر بإيقاف الإجراءات التي يمكن أن تتخذ ضده باعتبارها إجراءات تستند إلى قانون، أو هي تنفيذ لقانون يعتقد بأنه مخالفٌ للدستور وعندها يفحص القاضي دستورية هذا القانون فإذا تبين له أنه يخالف أو يناقض الدستور، وجه أمراً لمن يريد اتخاذ إجراءات معينة بمقتضاه (أي تطبيقه) يمنعه فيه من اتخاذها، ويستطيع القاضي أن يأمر موظفاً بأن لا يستحصل ضريبة معينة من الشخص الذي لجأ إلى القضاء لأن هذه الضريبة فرضها قانون غير دستوري، وحتى إذا استحصلها فإنَّ القاضي يستطيع أمره بإعادتها لمن استحصلت منه^(١).

وبموجب هذه الطريقة يجوز لأي فرد أن يلجأ إلى المحكمة المختصة، وتختص بإصدار الأمر القضائي محكمة اتحادية خاصة تتألف من ثلاثة حكام، ويجوز الطعن في أحكامها أمام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة طبقاً لقانون صدر عام (١٩١٠) • يطلب إيقاف

(١) د. منذر الشاوي، نظرية الدستور، مرجع سابق، ص ٦٨ .

- من التطبيقات القضائية بطريق الأمر القضائي: كانت شركة ستكتن وستوكس Stockton & stokes قد تعاقدت مع حكومة الولايات المتحدة على نقل البريد،

تنفيذ أي قانون على أساس أنه غير دستوري، وأن من شأن تنفيذه أن يلحق ضرراً وذلك دون أن تكون هناك دعوى سابقة، فإذا تبين أن ذلك القانون مخالف للدستور أصدرت أمراً قضائياً إلى الموظف المختص بعدم تنفيذ ذلك القانون، ويجب على الموظف في هذه الحالة تنفيذ الأمر القضائي الصادر إليه وإلا عد مرتكباً لجريمة خاصة تسمى (احتقار المحكمة) وتعرض هذه الجريمة مرتكبها للحكم عليه بالحبس أو الغرامة^(١).

الفرع الثاني

وعندما حان وقت دفع الأجر على ذلك لم ترغب إدارة الرئيس جاكسون أن تدفع، ويبدو أن أصحاب شركة (ستكتن وستوكس) كانوا خصوماً سياسيين لجاكسون وأنه كان هناك بعض التساؤل حول قيمة خدماتهم، وكان رأي الكونغرس إن المتعهد يجب أن يتقاضى نصيبه من المال لذلك أقر قانوناً "مضمونه أن على مدير البريد أن يدفع للمتعهد أي مبلغ يراه محامي إدارة البريد العامة معقولاً، وأخبر المحامي مدير البريد (عاموس كندال) أنه يجب أن يدفع للشركة مبلغ (١٦١٥٦٣) دولار لكن (كندال) بدعم من الرئيس جاكسون رفض أن يدفع أكثر من (١٢٢١٠٢) دولار، وعندئذ توجهت الشركة إلى المحاكم ساعية وراء إصدار أمر قضائي مطالبة بدفع المبلغ بكامله، وقررت المحكمة العليا إن بإمكانها إصدار أمر قضائي يطالب بدفع كامل المبلغ، وجاء في رأي الأكثرية أن هذا الأمر لا يمثل أي نوع من تدخل السلطة التشريعية أو القضائية في شئون السلطة التنفيذية، بل كل ما سعى إليه الأمر القضائي هو تنفيذ واجب وزاري لا يتمتع الرئيس أو مدير البريد بأية صلاحية لإنكاره أو التحكم به. للمزيد ينظر ديفيد كيه نيكولز - أسطورة الرئاسة الأمريكية الحديثة، ترجمة صادق إبراهيم عودة، الأردن، عمان، الدار الأهلية للنشر والتوزيع ص ١٤٤، وللتوسع أكثر حول القضية المذكورة مراجعة نفس المرجع ص ١٤٣-١٤٨.

(١) د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط٣، مرجع سابق، ص

١٩٠-١٩١.

الرقابة القضائية بطريقة الإعلان القضائي

بمقتضى هذا النوع من الرقابة لا ينتظر المدعي بعدم دستورية قانون ما احتمال تطبيق إجراء ضده أو حتى تطبيقه كما في النوع السابق، ليطلب من القاضي أن يأمر بعدم اتخاذ هذه الإجراءات لأنها تستند إلى قانون غير دستوري، وإنما يطلب مباشرة من القاضي أن يعلن رأيه حول دستورية قانون ما قد يحتمله تطبيقه فهو يطلب إعلاناً قضائياً من المحكمة حول دستورية هذا القانون، وبعد صدور هذا الإعلان يستطيع أن يعرف المدعي ومن يريد تطبيق القانون، حقوقهم والتزاماتهم، أو بعبارة أخرى يستطيع من يريد تطبيق القانون إلى أي مدى يستطيع تطبيقه، فالإعلان القضائي هو طريقة توضيحية لمضمون قانون ما من حيث دستوريته تتم عن طريق إقامة دعوى مباشرة أمام القضاء لطلب إعلان قضائي حول مضمونه أو مدى مطابقتها هذا المضمون للدستور، أي حول دستوريته، وهذا النوع من أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعد من أحدث أنواع الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية^(١)

وتبنت محاكم الولايات هذه الطريقة منذ عام (١٩١٨)، وقد ترددت في استخدامه المحكمة الاتحادية العليا استناداً إلى أن طلب الحكم التقريري (الإعلان القضائي) لا يتضمن أي منازعة حتى يمكن القول باختصاصها، ولكنها استقرت على العمل به خاصة بعد أن أصدر الكونغرس عام (١٩٣٤) قانوناً خول به المحاكم هذا الحق صراحة^(٢)

(١) د. منذر الشاوي، نظرية الدستور، مرجع سابق، هامش ص ٦٩ - ٧٠

(٢) د. إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ط٣، مرجع سابق، ص

الفرع الثالث

الرقابة القضائية بطريقة المزج بين الدعوى الأصلية

والدفع بعدم الدستورية

لم يكن في معظم دساتير الدول في الأصل تقديم الطعن بالإلغاء إلى المحكمة الدستورية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ثم أجاز ذلك بطريقة غير مباشرة، وبيان ذلك يتقدم الأفراد بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام المحاكم، فإن اقتضت بجدية الطعن تقدمت به إلى المحكمة الدستورية^(١).

وهذه الرقابة تفترض وجود دعوى يراد فيها تطبيق قانون معين فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية هذا القانون، وفي هذه الحالة لا تفصل المحكمة في صحة الدفع بل تؤجل النظر في الدعوى وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة الدستورية التي يكون لحكمها حجية مطلقة تجاه كافة، وهذه الطريقة المتبعة في مصر، والمحكمة التي يثار فيها الدفع بعدم دستورية قانون ما تمنح صاحب الشأن مهلة لا تتجاوز الثلاثة أشهر لمراجعة المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم يفعل اعتبر الدفع كأنه لم يكن^(٢).

فنظام الرقابة على دستورية القوانين كما أنظمه القانون في مصر بالنسبة للأفراد تعد طريقة خاصة من الرقابة تختلف عن الطريقتين التقليديتين، الرقابة بطريقة الدعوى الأصلية، والرقابة بطريقة الدفع

(١) د. إسماعيل مرزوق، المرجع السابق، ص ١٩٣.

(٢) خليل الهندي وأنطوان الناشف، مرجع سابق، ص ٨٤.

الفرعي، وإن كان يقوم المزج بينهما فهو يختلف عن طريقة الدعوى الأصلية المباشرة في أمرين، الأمر الأول: إن مسألة دستورية القوانين لا يمكن أن تثار بداية أمام المحكمة الدستورية العليا، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بدعوى سبق أن أقيمت أمام إحدى المحاكم ودفع فيها بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه، وقدرت هذه المحكمة جدياً الدفع، أما الأمر الثاني: إن المحكمة العليا عندما يرفع الأمر إليها وتحكم بعدم دستورية القانون، فإنها لا تلغي القانون وإنما تمنع تطبيقه فقط. وهو يختلف عن نظام الرقابة بطريقة الدفع وذلك في أمرين، الأمر الأول: إن المحكمة التي يدفع أمامها بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه ليست هي التي تفصل في مسألة الدستورية وإنما يقتصر دورها على تقرير ما إذا كان الدفع جدياً أم غير جدي، فإذا رأت جديته أوقفت الفصل في الدعوى وحددت للخصوم ميعاداً لرفع دعوى عدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا التي تتولى الفصل في الأمر، الأمر الثاني: إن أحكام المحكمة ملزمة لجميع سلطات الدولة كافة^(١).

وتلافياً لعيوب الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية المباشرة

(١) د. ماجد راغب الحلوة، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق ص ٨١١ - ٨١٢ وينظر كذلك القانون الدستوري - ص ٣٩٤ - ٣٩٥ وللمزيد حول تطبيقات الدعوى الدستورية بطريقة المزج بين الدعوى الأصلية والدفع بعدم الدستورية من خلال حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية المواد (٥ و ٦ ف١ و ١٧ ف١) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل = = بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣، لمخالفتها المواد (٨ و ٤٠ و ٦٢) من الدستور المصري لعام ١٩٧١، ينظر بالتفصيل د. جورج شفيق ساري، النظام الانتخابي على ضوء المحكمة الدستورية العليا المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة ط ٢ ٢٠٠٥ ص ١٤٢ - ١٥٤.

من ناحية، والرقابة القضائية بطريقة الدفع الفرعي من ناحية أخرى، فقد اتجهت بعض الدساتير التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى المزج بين طريقتي الرقابة القضائية. لهذا تنص الدساتير التي تأخذ بهذا النوع من الرقابة على ضرورة نشر القرارات بنفس الطريقة التي تتشربها التشريعات العادية^(١).

ورغم أن الغالبية العظمى من دساتير الدول تبنت إحدى أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ولكن قد يسكت الدستور عن طريقة للبحث في دستورية القوانين، فذهب جانب من الفقه الدستوري إلى أنه ليس للقضاء في مثل هذه الحالة سلطة البحث في دستورية القوانين، لأن وظيفة القضاء هي تطبيق القانون وليس الحكم عليه، ولأن القانون يعد تعبيراً عن الإرادة العامة للجماعة فلا يحق للقاضي التعقيب عليها وهو لا يملك تفسير القواعد الدستورية فذلك من عمل السلطة التشريعية، وهو ليس برقيب على أعمالها، ولأن بحثه في دستورية القوانين يخل بمبدأ الفصل بين السلطات، ويجعل القضاء سلطة سياسية تسمو على سائر السلطات، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى إعطاء القضاء سلطة النظر في دستورية القوانين ولو لم ينظم الدستور هذه الرقابة، وهو الرأي الراجح لسلامة حججه ومنطقية نتائجه وضمانة بعض الرقابة على أعمال السلطة التشريعية، فالقضاء حينما ينظر نزاعاً فإنه يبحث عن الحكم القانوني للنزاع في النظام القانوني بمجمله بدءاً من الدستور ونزولاً لآخر قاعدة في الهرم القانوني والحكم بما تقضي به القاعدة الدستورية باعتبارها القاعدة الأعلى، وكل ذلك يدخل في صميم عمل القاضي باعتبار القضاء هو صاحب السلطة في

(١) د. إحسان حميد المفرجي، مرجع سابق، ص ١٩١ .

تفسير القوانين وإعمالها على النزاعات المطروحة عليه ، وأول هذه القوانين وأهمها القانون الأعلى للدولة وهو الدستور^(١).

وتقديرًا للرقابة السياسية والرقابة القضائية على دستورية القوانين

نرى ما يلي:

١- على الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى الرقابة السياسية من أن القائمين على الرقابة قد لا تتوافر لديهم القدرة الفنية والخبرة القانونية، وأن الطعن بعدم الدستورية.

يقوم على اعتبارات سياسية أكثر منها قانونية، وإبعاد الأفراد العاديين من عدم ممارسة الطعن في دستورية قانون ما، وهو يعد بحد ذاته مثلبة على الرقابة السياسية، ونحن نتفق مع من يقول بهذه الانتقادات، إلا أننا نختلف معهم بخصوص تعيين الأعضاء الذين يمارسون هذه الرقابة من أن الأعضاء المعينين قد لا تتوافر لديهم القدرة الفنية والخبرة القانونية، نرى بعكس ذلك، فلو تتبعنا أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي الذين يخضعون للتعيين، فالغالبية العظمى لديهم مؤهلات قانونية وحاصلين على شهادات في الحقوق، وهم الذين يقع العبء الثقيل عليهم في ممارسة مهامهم، أما الأعضاء الحكميين فإنهم لا يحضرون جلسات المجلس الدستوري.

أما ما قيل بمسألة الحيادة والاستقلال من أن هذه المحددات المذكورة تؤثر على حياد من يمارس الرقابة السياسية، نعتقد أن مسألة

(١) القاضي رحيم حسن العكلي، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة منشورة في الإلكتروني لجريدة الصباح الجديد، تاريخ اخر زيارة ١٣-١-٢٠١٤: التاريخ

الحيادة والاستقلال مسألة نسبية تتعلق بشخصية القاضي، وإن كنا نتفق مع ضرورة استقلال السلطة القضائية، فالاستقلال ليس كافياً أن يوضع بنصوص دستورية وقانونية، فالكثير من الدساتير نصت على استقلال السلطة القضائية، لكن الواقع العملي يشير إلى عكس ذلك نتيجة للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكل بلد، فالعبرة ليست في وضع النصوص الدستورية والقانونية، ولكنها في تطبيق واحترام هذه النصوص من قبل السلطة والأفراد على السواء.

٢- إن السلطة القضائية تستمد استقلاليتها ليس من الدستور فقط وإنما تستمد قوتها من الرأي العام أيضاً الذي يشكل ضغطاً على من ينتهك استقلالية السلطة القضائية، وخير مثال على ذلك عندما وقف الرأي العام الباكستاني مع رئيس المحكمة الدستورية العليا الباكستانية القاضي (افتخار محمد جودري) الذي عزل من منصبه بضغوط سياسية من الرئيس الباكستاني (برويز مشرف)، وتعرض للمحاكمة، لكن الرأي العام الشعبي وقف موقفاً صلباً ومدافعاً عن القاضي (جودري) والمطالبة باستقلالية السلطة القضائية، فالاستقلال يتعلق أيضاً بثقافة الشعوب وتحضرها في احترام تطبيق وتنفيذ القانون، واستقلال السلطة القضائية يجب أن يكون متوازناً ومعقولاً، فلا تكون السلطة القضائية أداة بيد السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية، ولا تكون السلطة القضائية منفصلة فصلاً تاماً يخشى منها من أن تشكل حكومة قضاة، ونرى أيضاً أن الحيادة والاستقلال تتعلق بالمدة الزمنية التي يشغلها القاضي في ممارسة وظيفته القضائية، وتختلف من بلد لآخر، فقضاة المحكمة الاتحادية

العليا الأمريكية يمارسون مدة عضويتهم مدى الحياة غير قابلين للعضل، فهو الذي يؤيد من استقلالية القضاة والقضاء على السواء، وفي فرنسا يمارس أعضاء المجلس الدستوري المعينين مهامهم الموكلة إليهم مدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، وهذا يجعل من أعضاء المجلس الدستوري أن لا أمل لهم في تجديد عضويتهم مرة أخرى، وهو مدعاة بأن يمارس العضو مهامه بكل حيطة واستقلال. ومهما قيل عن حياد واستقلال القضاة فهم بالنتيجة بشر غير معصومين من الزلل سواء من كان يمارس رقابة سياسية أو رقابة قضائية.

٣- إن تبني الرقابة السياسية أو الرقابة القضائية في بلد ما مسألة تتوقف على ظروف كل بلد، فلا يجوز أن نقيس بلد تختلف ظروفه عن فرنسا - ذلك البلد العريق في الديمقراطية - وننفل عنه نظام المجلس الدستوري.

٤- إن اختيار النظام الملائم لكل بلد هو مؤشر نجاح أو فشل ذلك النظام، فالبلدان المتقدمة التي مارست الديمقراطية المتقدمة تمتلك مؤسسات دستورية قوية ورأي عام فعال، وبالتالي فإن المجتمع يسير إلى حد كبير بطريقة سليمة ولو لم توجد لديه محكمة دستورية، أما البلدان النامية حيث الرأي العام ضعيف أو معدوم، وحيث المؤسسات الدستورية هشّة، وحيث السلطة التنفيذية متسلطة فإنه لا يلائمها لرقابة الدستورية إلا وجود محكمة دستورية تشكل جزءاً من سلطة قضائية تقف على قدم المساواة من السلطتين التشريعية والتنفيذية.

٥- إن ترجيحنا للرقابة القضائية على الرقابة السياسية، كون الأولى

تجيز للأفراد الطعن بعدم دستورية قانون ما ، أما الأخيرة فإنها لا تجيز ذلك، وهذا ما جعلها في موضع انتقاد من الفقه والقضاء الدستوري، ونعتقد أن حق الفرد في الطعن بعدم الدستورية أحد الركائز التي تقوم عليها ضمانات حقوق الإنسان.