

جامعة الكويت
كلية الحقوق والشرعية
قسم القانون العام

دستورية القوانين

محاضرات : الدكتور عثمان خليل عثمان
لطلبة قسم الدكتوراه - دبلوم القانون العام
(مادة : القانون الدستوري)

العام الجامعي
١٩٧٣ — ١٩٧٤

xxxxxxxxx

بسم الله الرحمن الرحيم

تقدم

لقد زكى تخيرنا لمشكلة "دستورية القوانين" كموضوع لمادة القانون الدستوري بقسم الدكتوراه بكلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت ، أمران : أولهما ذلك التزايد المتواصل في أ.هـ ١٤٠٥ "دستورية القوانين" من الناحية النظرية العامة ، فكر قانوني وسياسي في ذاته ، وتبعاً كذلك لمعطيات هذا التزايد النظري المتمثلة في سيل من النصوص الدستورية والقانونية الحديثـة ، والمتكشفة عن مناهج وتطبيقات جد منوعة لتحقيق الرقابة على تلك الدستورية . وكان لامعدى - بالتالى - من أن يشرى هذا المجال ثراء ضخماً من اجتهاد الفقه وابتداع القضاء .

أما الأمر الثانى فخاص بالكويت ، حيث أنها قد انضمت ، منذ شهور معدودات ، الى ركسب الدول الآخذة بأسلوب "الرقابة القضائية" على دستورية القوانين ، وذلك بالقانون رقم ١٤ الصادر فى ١٩٧٣ / ٦ / ٩ والذي أنشأ لأول مرة فى تاريخ الكويت "محكمة دستورية" تناط بهما ، دون غيرها تلك الرقابة الخطيرة . وبهذا التجديد التشريعى - الذى جاء استجابة لحكم المادة ١٧٣ من الدستور - أصبحت الكويت على مشارف عهد جديد سيكون حافلاً من غير شك بالجديد من أحكام القضاء الدستورية ومن آراء الفقهاء فى تفسير نصوص القانون المذكور وفى التعليق على تلك الأحكام .

فالى طلابى ، وإلى كل معنى بمسيرة هذه المرحلة الدستورية الجديدة فى الكويت ، أهدي هذه الدراسة .

وما توفيقى الا بالله

عثمان خليل عثمان

الكويت فى نوفمبر (تشرين الثانى) سنة ١٩٧٣

دستورية القوانين

"قرآن كريم"

"يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون ، كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون"
(سورة الصف)

تمهيد -

بند (١) - اذا كانت الدولة ، بمعناها السياسي المقصود ، قد اجتازت أخطر مراحل تطورها - عندما خضعت للقانون ولما دتها أحكامه ، فتجاوزت بذلك مرحلة قانون الغاب وصور الحكم الاستبدادي والدكتاتوري وما شابه ذلك من مسميات حكم السلالة المتفرد ... فان أكبر نكوص عن هذا التطور وأخطر نكسة يمكن أن تسببه يتمثلان في اتخاذ شمارا لا حقيقة من ورائه ، وذلك بأن تتسع الفرجة بين القانون وتطبيقه وتصير الأحكام القانونية في واد وواقعها العملي في واد آخر . ولذلك لم يبالغ في شيء من قالوا مثلا - في تحليل أسباب تخلف الامارات التركية وانهيار الامبراطورية العثمانية - ان في مقدمة هذه الاسباب "أن قواعد الحكم والادارة المسنونة لم تكن تطبق تطبيقا سليما ، بل كانت الهوة سائجة بين القواعد المسجلة والنظم المطبقة ... (١)" ولئن كان هذا التعارض بين النص وتطبيقه محتملا في مختلف مجالات القواعد القانونية الا أن أخطر ما يكون في مجال الحياة السياسية والنصوص الدستورية ، حيث يهدد ذلك التعارض عنصر الثقة اللازم بين السلطة والشعب ، ويؤدي - وان طال المدى - الى التخلف وفقدان الطمأنينة ، وبث الفلاقل السياسية ...

لذلك حق أن نفتتح هذه الدراسة بقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون . كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون " .

بند (٢) - القانون اذن واجب الاحترام ، تلتزم باحترامه السلطة العامة بمثل ما يلتزم بذلك الأفراد . وهنا يذكر اصطلاح "دستورية القوانين" فتقفز الى الذهن صورة لمسارح من القواعد المشرعة يعلوها "دستور" متفرد بأعلى مكانة ، ومتميز بسوعلى سائر

(١) مؤلف Philip Willard Ireland وعنوانه Iraq: A study in Political Development

(لندن مط ١ ، ص ٢٢ وما بعدها ، ومؤلفنا "النظام الدستوري المصري" القاهرة ١٩٤٢ ، ص ٤ وما بعدها .

على سائر مستويات القواعد التي دونه .

هذه الصورة الخاطفة صحيحة في جوهرها ، ولكن ما غير كاملة الصحة وذلك من عدة

وجوه :

بند (٣) - أ - فمن عل "ليس" الدستور " لدى جميع الفقهاء والمفكرين هو قمة الهرم بالقانونى .
فهناك من يرون - على التفصيل الذى سيأتى فيما بعد - أن فوق الدساتير ما هو
اسمى منها ، وبخاصة المبادئ العليا (التى يسميها البعض) القانون الموضوعى
(Droit objectif) ، والى عبر عنها العميد الفرنسى دوجي (Duguit)
بقوله : " كلما تقدمت به السن ، وزدت دراسة للقانون وتعمقا فى هذه الدراسة ، كلما
ازددت اقتناعا بأن القانون لم تخلقه الدولة ، بل هو شىء خارج عنها ، وبأن فكرة
القانون مستقلة كل الاستقلال عن فكرة الدولة ، وبأن القاعدة القانونية تفرض طاعتها
على الدولة كما تفرض طاعتها على الافراد " .

ذكر ذلك وأقره استاذنا المرحوم الدكتور السنهورى ، منتهيا الى تأكيد " أن كل
تشريعات الدولة ، حتى التشريعات الدستورية ذاتها ، يجب أن تخضع للقانون الأعلى ،
الذى هو من خلق النظام الاجتماعى ، وليس وليد ارادة المشرع " . (٢)

بند (٤) - ب - ويجرى مجرى الحديث السابق ما يقال بصدد الاسس الأولية التى صدرت
عنها كل أفكار الدولة الأساسية فى السياسة والاقتصاد والاجتماع والى يرى البعض
أن تنكيت بها كل القواعد وفى مقدمتها الدستور - ويظهر ذلك بخاصة فى الدبول الآخذة
بنهج اقتصادى أساسى فى بناء الدولة - ونعنى بالذات الاشتراكية - مع تفاوت
مكانها فى درجات السلم الاشتراكى - كما نعنى أيضا الدول الرأسمالية ، أو الديمقراطية
الغربية ، عندما يجرى مجرى المقدمات السياسية لديها اعلان كالاعلان الفرنسى
لحقوق الانسان والمواطن الذى صدر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ (وأمثله متعددة
فى البلاد الأخرى كالمجانكارتا فى انجلترا (سنة ١٢٦٥) و اعلان الحقوق الأمريكى
(سنة ١٧٧٧) .

ونجد بعض تطبيقات لمثل ذلك فى العالم العربى ، فهناك الميثاق القومى
اللبنانى غير المكتوب ، كما صدر فى السودان " ميثاق وطنى " على اثر حركة أكتوبر
سنة ١٩٦٤ (٣) وفى مصر أعلن سنة ١٩٦٢ " ميثاق قومى " ، قدم مشروعه رئيس الجمهورية

(٢) يراجع مقال الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى المنشور بمجلة مجلس الدولة
- المصرى - سنة ٣ يناير ١٩٥٢ مستخرج من ٩٢ هامش (١) وعنوان المقال :
" مخالفة التشريع للدستور ، والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية " (٥) .
ويراجع : دوجي .

ومؤلف الدكتور ادمون رباط : الوسيط فى القانون الدستورى العام " جز ١
بيروت طبعة سنة ١٩٦٤ ، ص ١٥٠ وما بعدها .

(٣) أعلن هذا الميثاق السيد سر الختم خليفة رئيس الوزراء المدنية الجديدة حينذاك

الى "المؤتمر الوطنى للقوى الشعبية" فى ٢١ / ٥ / ١٩٦٢ ، فشكل المؤتمر لجنة لدراسة موضوعه وتقريره ، أقره المؤتمر مع المشروع بجلسته المعقودة بتاريخ ٣٠ / ٦ / ١٩٦٢ . وقد عبر التقرير عن المعنى الذى سبقت الاشارة اليه بقوله :

" . . . ان المبادئ والأسس والحقوق والواجبات التى وردت فى الميثاق ، وقد صدرت عن الارادة الشعبية فى اجماع تمتد من القاعدة الى القيادة ، ولها صفة الالتزام بالنسبة للمواطنين ، وبالنسبة لأجهزة الدولة جميعا

" وأن الميثاق ، وهو يرسى المبادئ والأسس التى يقوم عليها المجتمع ، يعتبر أساسا لوضع الدستور ولوضع القوانين ، فالميثاق ينزل من الدستور منزلة الأبوة .
" ان الميثاق يستمد قوته الملزمة من ارادة الشعب .
" ويجد سبيله الى التطبيق بعمل الشعب .
" ويجد حمايته فى حرص الشعب عليه . . . (٤)

بند (٥) - ج - ويرد على الصورة السابق اجمالها لفكرة " الدستورية " بعض الضبط أو التصحيح من نواح أخرى لعل أهمها أن " الدستورية " أوسع نطاقا من " دستورية القوانين " التى اخترناها عنوانا لهذه الدراسة . ذلك لأن القوانين - من وجه أول - ليست كل عمل السلطة التشريعية ، وان كانت أهم أعمالها وأبرزها للعيان ، فهناك أيضا الأعمال الادارية والأعمال البرلمانية (من اجراءات وقرارات وما شابهها) مما لا يستلزم استكمال الاجراءات الشكلية المقررة فى شأن اقرار القوانين والتتديق عليها وإصدارها ثم نشرها . وما يصدر عن السلطة التشريعية من مثل هذه الأعمال لا يعتبر " قانونا " حتى ولو تضمن قاعدة عامة (كما لو صدرت لائحة النظام الداخلى للمجلس بقرار منه لا بقانون) ، وهو فى جميع الأحوال قد يخالف الدستور ومن ثم يمتد اليه موضوع

.. / - =

التي أحلتها ثورة ٢١ / ١٠ / ١٩٦٤ محل الحكومة العسكرية السابقة التى كان يثولها المجلس الأعلى للقوات المسلحة . وقد نص هذا الميثاق على ما يلى :
" انه قد تم بحمد الله وتوفيقه الاتفاق الشامل الكامل بين مندوبى القوات الوطنية المسلحة وممثلى الجبهة القومية الموحدة ، من أبناء هذا الشعب الأبرار ، بعد سلسلة من الاجتماعات ، دامت طوال النهار والليل ، منذ صباح يوم الاربعاء الموافق ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٦٤ حتى فجر هذا اليوم الجمعة ٣٠ اكتوبر .
وبمقتضى هذا الميثاق أعيد العمل بدستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦ (معدلا) ونص على تصفية الحكم العسكرى وعلى اطلاق الحريات والعمل بوضع دستور دائم مع عدد من الضمانات الأخرى .

(٤) يقول الدكتور محسن خليل فى التكييف القانونى لهذا الميثاق : انه : " عبارة عن " اعلان للحقوق " يرسى مبادئ وأسس المجتمع الجديد فى مختلف المجالات بحيث يتمتع على هيئات الدولة الالتزام بما جاء به من مبادئ عند صياغة نظامنا القانونى علاوة على التزام الفرد به فى نشاطه القانونى " (مؤلفه "النظم السياسية" بيروت ١٩٦٢ ص ٤٤٢) .

"الدستور" في خانة نطاق "القوانين" . ويظهر هذا الامتداد على نحو أكثر وضوحاً وشيوعاً إذا ما انتقلنا الى نطاق السلطة التنفيذية ، فقد تخالف هذه السلطة الدستور فيما تصدره من قواعد مشرعة - بمعنى تنظيمية أو عامة - وهي اللوائح ، أو من قرارات فردية تواجه حالات خاصة بذاتها ، وهي القرارات الإدارية الفردية .

بند (٦) - د - زيادة على ذلك ، تمتد "الدستورية" أيضاً الى أعمال السلطة القضائية (أحكاماً كانت أو قرارات إدارية أو ولائية) ^(٥) ، كما لو جرت المحاكمة في غير إطار العلنية التي أوجبها الدستور مثلاً . فهنا أيضاً تعرض فكرة "الدستورية" فيما وراء نطاق "القوانين" على الأقل من الناحية النظرية ^(٦) .

بند (٧) - على أننا برغم ذلك كله ، قد آثرنا عنوان "دستورية القوانين" ، لأن القوانين هي المأمون الذي أصبح أقرب الى احتمال مخالفة الدستور مهما حرص المشرعون على تجنب ذلك ، ثم ان المخالفة التي تأتي من هذا المأمون أشد خطراً من غيرها لأنها تفيد من قرينة الأمان التي تتمتع بها كمثلة للشعب وناطقة باسمه ، ولأن للقانون حرمة أكبر من العمل التنفيذي (لا تحيا كان أو فردياً) . أما السلطة القضائية فهي الساهرة كما قلنا - على احترام القوانين بعامة - وقانون القوانين أي الدستور بخاصة - ولا تكاد تذكر هنا مظنة مخالفتها للدستور الا لاستكمال صورة البحث النظرية فحسب .

يضاف الى كل ذلك أن مهمة التشريع قد امتدت في العصر الحديث الى آفاق بعيدة الآماد في حياة المجتمع ، وأن هذه الحياة قد بلغت من الدقة والتعقيد حدوداً لم تكن قط في الحسبان ، وبالتالي أصبح احتمال مخالفة القانون للدستور أقوى بكثير من ذي قبل . أما احتمال "الانحراف" بالسلطة التشريعية فيبدو لأول وهلة متعذراً نظرياً

(٥) يلاحظ أن القانون قد يعهد الى محكمة من المحاكم أو الى هيئة قضائية حق وضع بعض القواعد الاجرائية للعمل القضائي أمامها مستقلة أو بالاشتراك مع الوزير المختص أو غيره . وقد تمتد هذه السلطة الى وضع بعض قواعد في شئون موظفي المحكمة . وهنا تكون للجهة القضائية سلطة لائحية . ومن قبيل هذه السلطة اللائحية نص المادة الثامنة من قانون المحكمة الدستورية الكويتية حيث تقول : "تضع المحكمة لائحة تتضمن القواعد الخاصة باجراءات التقاضي أمامها وينظم سير العمل فيها وتنفيذ أحكامها ، وتصدر هذه اللائحة بمرسوم" .

(٦) قيل بحق (السنهوري . المرجع السابق ص ٢) "أن السلطة القضائية هي أدنى السلطات الثلاث الى الإصلاح ، إذ القضاة نخبة من رجال الأمة ، وأشرتهم نفوسهم احترام القانون ، وانفسهم في قلوبهم حب العدل ، وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية . ولا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار اذا لم يوجد الى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ويدفع عنه الطغيان" . كذلك أضاف سيادته (ص ٥٩ بذات المرجع) قوله "أما انحراف القضاء في استعمال سلطته القضائية فقد كفل علاجه نظام القضاء ذاته . إذ يتولى اصلاح الخطأ في القضاء ، ويرد القضاء في الوقت ذاته الى الطريق السوي نظم قضائية مختلفة أهمها طرق الطعن في الأحكام وعدم صلاحية القضاة للحكم ، وجواز ردهم ، وجواز مخصصتهم . فالقضاء هو الذي يتولى الرقابة بنفسه على نفسه" .

لكون التشريع عاما ومجردا ولأنه انما يطبق مستقبلا ، ولكن الصراعات الحزبية المتطرفة واستهداف بعض التشريعات - عمليا - تقييد نشاط الأقلية السياسية أو التأثير الواقعى فى حالات ادارية فردية أو فى قضايا منظورة أمام القضاء ، كل ذلك وأمثاله قد حمل البعض على التحدث عن " الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية " ، وضربوا لذلك أمثلة منها :

" لو أصدر البرلمان تشريعا قصد به أن يضر أو أن يفيد بعض الأفراد أو بعض الهيئات - وقد يقع ذلك فى بعض الأحيان - فإنه يحرس دائما على الباس هذا التشريع ثوبا من المصلحة العامة ، ولا يذكر له من الأسباب الا ما يمت لهذه المصلحة . فالتشريع الذى صدر (فى مصر) بانقاص سن الاحالة الى المعاش للمستشار بمحكمة النقض من الخامسة والستين الى الستين ، وكان سببا فى احالة بعض مستشارى هذه المحكمة الى المعاش ، والتشريع الذى صدر بخفض درجات النجاح فى الامتحانات الجامعية وكان سببا فى انجاح بعض الطلبة الراشدين . . (٧) " .

بند (٨) - هنالك ناحية أخرى لضبط الصورة المستوحاة من اصطلاح " دستورية القوانين " وهى تتعلق بما يبدو لأول وهلة من أن هذه الدستورية ترتبط لازما بأن تكون فى الدولة وثيقة تسمى " دستورا " ، فان لم توجد هذه الوثيقة العليا الحاملة لهذا الاسم انفسى بالتالى وكضرورة منطقية مجال التفكير فى مشكلة " دستورية " القوانين أو " دستورية " أى شىء آخر غير القوانين . ولئن كان هذا هو ظاهر المنطق ومعظم الحقيقة ، الا أنه ليس كل الحقيقة . ذلك لأن بلادا كثيرة لم تستعمل لفظ " دستور " ولم تعرفه كاصطلاح انما مارسته كواقع حى ، ولكن باسم آخر لا يفقده جوهر السمو الدستورى . ففى فرنسا الملكية السابقة على عهد الثورة الجمهورى الحافل بالدساتير ، كان هنالك ما يشغل مثل مكانة الدستور الى حد ما ، ولكن باسم " القوانين الأساسية للمحكمة Le 1^{er} 1815 " Fondamentales du Royaume ، ووجد ما يشبهها كذلك فى ألمانيا وإيطاليا وإسبانيا وغيرهما . وكانت هذه " القوانين الأساسية " أسما من القوانين العادية ، وقد أجرى فقهاء كالعميد الفرنسى (هوريو) هذه التفرقة بين هذين النوعين من القوانين مقررًا سمو أولهما على الثانى ومن ثم يقيد به ، ومعنى ذلك أن فكرة " الدستورية " تعرض هنا بجوهرها لا باسمها .

كذلك عرضت الدستورية فى جوهرها - دون اسمها - فى حالة مخالفة قوانين دول الدومنيون البريطانية الحرة للمبادئ الأساسية التى تتضمنها القوانين الانجليزية . ويقال مثل ذلك فى البلاد العربية التى عرفت بعض القوانين الأساسية أو النظامية دون أن تحمل اسم " دستور " . ففى مصر مثلا اعتبر معظم الشراح " اللائحة الأساسية " الصادرة فى ١٨٨٢ / ٢ / ٧ (أى قبيل الاحتلال البريطانى وفى ظل التبعية لتركيا)

دستورا بالمعنى الصحيح ، وكانت قد وضعت نظاما نيابيا برلمانيا متكاملًا فى خضم الأحداث التى انتهت بالاحتلال البريطانى سنة ١٨٨٢ . وفى أيام الاحتلال صدر القانون النظامى الأول سنة ١٨٨٣ ، فالقانون النظامى الثانى سنة ١٩١٣ . وبذلك وجد مجال "الدستورية" موضوعيا لا لفظيا - وكان لزاما على القوانين أن تتقيد بالقانون النظامى .

كذلك الأمر بالنسبة للوضع فى الكويت قبل الدستور (وقد صدر فى ١١/١١/١٩٦٢) فقد وجد نظام حكم نيابى فى فترة الانتقال بناء على القانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢ الخاص بالنظام الأساسى للحكم فى فترة الانتقال ، وكان "المجلس التأسيسى" فى تلك الفترة (من يناير سنة ١٩٦٢ الى يناير سنة ١٩٦٣) يضع مشروع الدستور ويمارس مهمة المجلس النيابى . فهنا أيضا - ورغم عدم تسمية هذا القانون دستورا - كان عبارة عن "دستور مؤقت" ومن ثم كان يمكن أن تعرض فى ظله مشكلة "دستورية" القوانين نظريا وواقعيا^(٨).

وعليه فموضوع "الدستورية" رهن بوجود الدستور فى جوشه ولو لم يطلق عليه اسم "دستور"^(٩).

بند (٩) - ولما كان أمر الرقابة على دستورية القوانين على ما بينا من أهمية ، وكان الجدل النظرى والاجتهاد الفقهى والقضائى لا يتسع لهما المجال فى مورد النص ، وكانت النصوص المنظمة للرقابة على دستورية القوانين - وبخاصة الرقابة القضائية - حديثة عهد نسبيا ، ولا حكمة للسبق القضائى فى هذا المضمار ، بل ومترسمة الى حد كبير خطواته ، لذلك كله كان لا معدى فى هذا الموضوع من سبر أغوار التطورات القضائية بصدده ، وتتبع أهم القضايا التى أرسنت أسسه فى ساحة القضاء قبل أن تنتقل هذه الأسس الى صلب الدساتير أو القوانين الأساسية المكملة لها أو غيرها من التشريعات .

ونسارع هنا الى القول بأن السبق فى هذا المضمار كان للقضاء الأمريكى وذلك لاعتبارات متعددة فى مقدمتها الخصائص التاريخية لدولة الولايات المتحدة الأمريكية قبل استقلالها وبعده ، وكذلك طبيعة النظام الاتحادى الفيدرالى الذى قامت عليه ، والذى يبدو فيه حرص الولايات - عند اتحادها - على الاحتفاظ بقدر من ذاتيتها واستقلالها ، وأن يكفل ذلك كله دستور مضمون الاحترام عن طريق "محكمة عليا" تسهر على عدم مخالفتها^(١٠).

(٨) ذهب رأى الى أن الكويت قد عرفت ما يعتبر "دستورا" قبل ذلك ، وهى الوثيقة التى وضعها مجلس الشورى المنشأ سنة ١٩٣٨ والتى رفعها الى الأمير فوافق عليها بتاريخ ٢٩٣٨ / ٧ / ٢ وقد تضمنت خمس مواد نصت أولاها على أن "الأمة مصدر السلطات ممثلة فى هيئة نوابها المنتخبين" (يراجع للدكتور عبد الفتاح حسن مؤلفه "مبادئ النظام الدستورى فى الكويت" طبع بيروت ١٩٦٨ ص ١٠٧ وما بعدها) .

(٩) مقال الاستاذ André Tunc فى مجموعة البحوث والاعمال المنشورة بواسطة مكتبة كلية الحقوق بجامعة لوفان الكاثوليكية بلجيكا عن "واقع الرقابة القضائية للقوانين" سنة ١٩٧٣ ص ١٨ وما بعدها .

(١٠) سيأتى تفصيل كل هذه الأمور فى مواضعها تباعا .

بند (١٠) في ضوء هذه المعاني جميعها ، ومراعاة استحداث " محكمة دستورية " في الكويت (سنة ١٩٧٣) تضمن هذه الدراسة قسمين رئيسيين ، أولهما نظري عام (نبحث فيه عناصر مشكلة دستورية القوانين والمبادئ والأفكار السياسية التي ترتبط بها) والثاني تطبيقي (ندرس من خلاله أهم التجارب المالصة بصدد الرقابة على دستورية القوانين - خارج العالم العربي أولا ثم داخله - حتى يكون في ضوء هذه التجارب جميعا بحث " التجربة الكويتية وتقديرها " .

وبذلك تندرج تحت كل قسم بعض الفصول والفروع على النحو التالي :

القسم الأول (النظري) : دستورية القوانين من الناحية النظرية :

الفصل الأول : الأصول النظرية لدستورية القوانين :

(الفرع الأول) : عناصر المشكلة :

(أولا) - دستور

(ثانيا) - قانون

(ثالثا) - مخالفة القانون للدستور

(الفرع الثاني) : المبادئ المرتبطة بدستورية القوانين :

(أولا) - المبدأ الفيدرالي

(ثانيا) - فصل السلطات

(ثالثا) - الحقوق والحريات العامة

الفصل الثاني : الرقابة على دستورية القوانين :

(الفرع الأول) : الرقابة السياسية

(الفرع الثاني) : الرقابة القضائية :

(أولا) - الرقابة بطريق الدعوى الأصلية

(ثانيا) - الرقابة بطريق الدفع الفرعي

القسم الثاني (التطبيقي) : تجارب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في القانون المقارن :

الفصل الأول : الرقابة القضائية خارج العالم العربي

الفصل الثاني : الرقابة القضائية في العالم العربي (عدا الكويت)

الفصل الثالث : الرقابة القضائية في الكويت :

(الفرع الأول) : المرحلة السابقة على انشاء المحكمة الدستورية

(سنة ١٩٧٣) .

(الفرع الثاني) : المرحلة اللاحقة لانشاء المحكمة الدستورية .

القسم الأول

دستورية القوانين من الناحية النظرية

القسم الأول

دستورية القوانين من الناحية النظرية

الفصل الأول - الأصول النظرية لدستورية القوانين

بند (١١) - يتضح من الاجمال الذى سبق التمهيد به لدراسة "دستورية القوانين" أن جوهر هذه المشكلة هو ظاهرة "مخالفة القانون العادى للدستور" ويقوم هذا الجوهر على عناصر ثلاثة هي : دستور (تقع المخالفة له) وقانون (تقع المخالفة منه) ، ومخالفة يلزم تحديد مدلولها والضوابط الخاصة بها .

كما يتضح أن هذه الدراسة ليست مجرد صورة وصفية تعطى لنظام قائم فى بلد معين أو لأنظمة متعددة لا نبغى الا المقارنة الشكلية بينها ، وإنما هي دراسة عادية ، نرجو أن تحقق ما تهدف اليه من دعم الوعى اللازم لكى يعمل كل فى مجاله لمعالجة تلك الظاهرة الخطيرة ، ظاهرة مخالفة واقع الحياة للقانون وبخاصة مخالفة هذا الواقع لقانون القوانين وأسامها وهو الدستور . ولذلك أيضا لا يستلزم فصل دراسة الظاهرة المذكورة (كدا) عن دراسة الرقابة التى تمنعها أو تضيق عليها الخناق (كدوا) وهذا - الداء - هو موضوع الفصل الثانى من هذا القسم العام (١١) .

ولكى تكون الدراسة هادفة لا نكتفى فى هذا الفصل بدراسة مجردة للعناصر النظرية الثلاثة للمشكلة (أى : الدستور ، والقانون ، والمخالفة) بل ندرسها موصولة بأهم الأفكار

(١٢) أشار الدكتور أحمد كمال أبوالمجد الى الدراسات الهادفة (فى رسالته : الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة والاقليم المصرى) فذكر الآثار الطيبة للديمقراطية الاجتماعية ولما ذهب التدخل والأعباء والالتزامات التى تلقيها على عاتق الدولة بحرس متزايد على تحقيق الرخاء العام وتيسير حياة أفضل لجميع المواطنين ، ولو أدى هذا فى بعض الصور الى الحجر على النشاط الفردى أو تقييده بقيود لا تفرها ولا تسمح بهذا المفاهيم التقليدية للديمقراطية

ثم عقب على ذلك بقوله : " .. اننا نرى معنى واجبا مع ذلك أن نذكر بأن العلم الدستوري لا يعنى كثيرا بضمون نشاط السلطات العامة ، بقدر ما تعنيه الوسائل التى يتم بها هذا النشاط ، ومدى التزامها حدود الاطار القانونى الذى يقيّد الحكام والمحكومين على حد سواء " . ولهذا فاننا نخشى كثيرا أن يؤدى هذا النضر المضطرب الذى يحزره مذهب التدخل الى انكماش المبدأ الكبير الذى يقوم عليه العلم الدستوري وهو مبدأ الشرعية والحكومة المقيدة .. ولهذا أيضا نعتقد ان من واجب رجال الفقه الدستوري فى هذه المرحلة

أن يقفوا بكل ما أوتوا من قوة الى جانب مبدأ الشرعية ، وأن يؤكّدوا للحكام فى كل مناسبة أن نبل الناية لا يمكن أن يعنى عن شرعية الوسيلة وسلامتها من الناحية القانونية ، وأن يقدموا

السياسة والمبادئ الدستورية التي ترتبط بفكرة دستورية القوانين وتفاعل معها ، فتأثير بها وتوثر فيها بطريق مباشر ، ونعني بالذات من هذه الأفكار والمبادئ ، الفكرة الفيدرالية في شكل الدولة ، ومبدأ الفصل بين السلطات ، وموضوع الحقوق والحريات العامة .

وعليه ندرس في " فرع أول " (من هذا الفصل) العناصر الثلاثة للدستورية (الدستور والقانون ، والمخالفة) ، ثم نتبع ذلك في " فرع ثان " يبحث صلة موضوع دستورية القوانين بالنظام الفيدرالي ، ومبدأ الفصل بين السلطات ، وبكافة الحقوق والحريات العامة . ذلك كله قبل الانتقال الى القسم الثاني " التطبيق " الذي نتعرف فيه على التجارب العالمية ونلتمس من دراسته العظات .

الفرع الأول - عناصر مشكلة دستورية القوانين

(أولاً) - الدستور

بند (١٢) - مجال دستورية القوانين هو الدستور المكتوب الجامد :

مقتضى ذلك أن بحث دستورية القوانين يصبح غير ذي موضوع في البلاد ذات الدساتير العرفية ، أو ذات الدساتير المكتوبة السنية . وذلك على النحو التالي :

(١) الدستور المكتوب (لا العرفي) :

هنا يظهر " الدستور " واضحاً محدداً في وثيقة خاصة - أو في أكثر من وثيقة واحدة (١٢) - تصدر من الجهة التي تملك ولا يملك التأسيس (أي السلطة التأسيسية) ، وتتضمن : الأحكام المتعلقة بشكل الدولة ، وينظم حكمها ، وبالسلطات العامة فيها ، وبحقوق الأفراد وحرياتهم .

- فوق ذلك - الوسائل الفنية التي تكفل احترام هذا المبدأ وتوكيده وتأكيداً عملياً ، حتى لا تتحول هذه " الديمقراطية الجديدة " من مذاهب سياسية دستورية الى فلسفة " مكياقيلية " خطيرة تنكس بها الحياة الدستورية ، ويضيع في غمارها كل ضمان لحقوق الأفراد والأقليات وحرياتهم (الرسالة المذكورة ، ج ١٩٦٠ ، ص ٨ و ٩) .

(١٢) من أمثلة تعدد الوثائق الدستورية الدستور الكويتي ، فهو لا يقتصر على الدستور الصادر في ١١ / ١١ / ١٩٦٢ بل يعتبر قانون توارث الامارة (رقم ٤ الصادر في ٣٠ / ١ / ١٩٦٤) وثيقة مكملة للدستور المذكور ، وذلك بنص المادة ٤ منه التي تقول عن قانون التوارث : " وتكون له صفة دستورية ، فلا يجوز تعديله ، الا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور " .

وإذا تحقق كل ذلك كانت الوثيقة دستورية شكلا (أى من حيث مصادرها) ، وموضوعا (أى من حيث مضمونها ونوعية الأحكام التى تحتوى عليها) (١٣).

أما ان انتفى أحد هذين الجانبين فان القاعدة الدستورية تفقد جزء الوصف المرتبط بالجانب المفقود ، ويحدث ذلك من زاويتين :

بند (١٣) (١) - قد تسمد الوثيقة الدستورية الصادرة على النحو السابق ، لسبب أو لآخر ، الى تضمين نصوصها أحكاما تتعلق بفرع أو أكثر من فروع القانون الأخرى (غير القانون الدستورى) ، فتضع مثلا بعض الأحكام المدنية أو الادارية أو التجارية أو المالية أو الدولية أو غيرها . وهنا يخلق هذا الاستطراد نوعا من النصوص الدستورية ليس لها من الصفة الدستورية الا " الشكل " باعتبارها وردت فقط ضمن الوثيقة الدستورية (١٤) . وقد ازداد توسع الوثائق الدستورية الحديثة فى هذا الضرب من الاستطراد ، ولذا لك أثره من بعض الوجوه (١٥) ولكن لا أثر له من حيث مشكلة دستورية القوانين والرقابة عليها ، لأن هذه النصوص الدستورية شكلا فقط تعامل هنا معاملة النصوص الدستورية شكلا وموضوعا . فتشاركها منزلتها من السمو والالزام بالنسبة الى القوانين العادية .

(١٣) وقد ربط الفكر الثورى الفرنسى (١٧٨٩) والافكار التى أخذت عنه أو تأثرت به ، بعد تعريف " الدستور " وضرورة احتوائه على " نظام دستورى " معين يكفل فيما يكفل وعلى وجه الخصوص ضمانات الحقوق والحريات العامة ، والفصل بين السلطات . (يراجع فى عرض ذلك ومعارضته مؤلف جورج بور دو ، القانون الدستورى والنظم السياسية ، الطبعة الرابعة عشرة ، ١٩٦٩ ، ص ٥٤ وما بعدها . ويلاحظ أن إعلان الحقوق الصادر سنة ١٧٨٩ قد تجاوب تماما مع ذلك المنحى السياسى فى التعريف حيث نص على أن : " كل جماعات لا تكفل فيها ضمانات الحقوق ولا يحدد الفصل بين السلطات ، لا دستور لها " . ولذلك أيضا قيل أن مثل هذه الجماعة وان وجد لها " دستور " (أى وثيقة دستورية) ، إلا أنها لا تعتبر " ذات نظام دستورى " . (يراجع مؤلف الدكتور رمزى الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستورى ، الكويت ، سنة ١٩٧٢ ، ص ٦ وما بعدها .

(١٤) ومن أوضح ما قيل فى الدفاع عن فكرة الدستور المكتوب فيها ، مبرزاً للفارق كذلك بين المعنى الشكلى والمعنوى الموضوعى - أو المادى - للدستور قول Payne (الذى نقله بور دو) وهو : " لا يوجد دستور الا يمكن الانسان وضعه فى جيبه " (بور دو ، المرجع السابق ، ص ٥٧) .

ويلاحظ أن التفرقة بين الشكل والموضوع تساهدنا كذلك بتعدد القوانين ، فان عدد القانون من السلطة التشريعية كان قانونا من حيث المصدر ، أو الشكل (ولو تضمن حكم فرديا لا قاعدة عامة) . أما من حيث الموضوع أو المضمون فيكون النظم مشرعا أو قاعديا (أى تشريعا بالمعنى المادى) كلما تضمن قاعدة عامة (سواء صدر من السلطة التشريعية فيكون قانونا شكلا وموضوعا أو صدر من السلطة التنفيذية (فيسمى لائحة) فيعتبر تشريعا من حيث المضمون فقط وليس من حيث الشكل أو المصدر .

(١٥) تظهر أهمية هذه التفرقة بين نوعى النصوص الدستورية فى حالة انهيار الوساير بالشو ان تخله الثورة من هذه النصوص الطبقة الدستورية فقط فتتنزل بالتالى الى مستواها الطبقي (أى كقانون عادى) . ومن أشهر الأمثلة على ذلك فى التاريخ الفرنسى ، المادة الخا من دستور سنة ١٨٤٨ التى ألغت عقوبة الاعدام فى الجرائم السياسية ، فطبق النـ (بعد انهيار الدستور المذكور بالثورة) كنص قانون عادى (أى القانون الجنائى) .

بند (١٤)

(٢) ومن زاوية ثانية تقصر الوثائق الدستورية - ولو خربت - عن الاحاطة بكل الموضوعات الدستورية كبيرها وصغيرها . ومن ثم تترك مجالا لملء الفراغ (ومواجهة الأحداث الجديدة التي لم تكن في حساب واضع الوثيقة) ، وذلك عن طريق "القوانين الاساسية" و "المبادئ" الدستورية العليا ، والقواعد العرفية (١٦) . وهنا يعرض السؤال الآتى : ما هو مكان هذه القوانين والمبادئ ، والأعراف ، من موضوع دستورية القوانين ؟ وبخاصة اذا لوحظ أن المبادئ العليا المشار اليها قد تصدر بها "اعلانات حقوق" منفصلة عن الدساتير ، كما قد ترد في "ديباجة" للدستور بدلا من ورودها في صلبه . .

بند (١٥)

أ - القوانين الأساسية : لسنا هنا في مقام شرح مميزات هذه القوانين أو أحكامها ، وانما نعنى فقط بالنداء اليها من زاوية "الدستورية" . ومن هذه الزاوية نحدد عدة صور "للقانون الاساسى" وهى :

(١) - صورة يرفع فيها الدستور الجامد القانون الاساسى الى مستواه فيعتبره مكمل له ، ومن ثم يأخذ حكمه فى موضوع "الدستورية" ، فلا يخضع للرقابة القضائية المقررة مثلا بصدد القوانين العادية . فان تعارض هذا القانون الاساسى مع حكم من أحكام الدستور - مادام قد استوفى كيانه الشكلى المطلوب دستوريا - اعتبر هذا التعارض كالتعارض بين مادتين من مواد الدستور الاصلى ، وقد يحدث هذا فيكون على المطبق للدستور (سواء أكانت المحاكم أم غيرها من السلطات) أن يحاول قدر المستطاع ايجاد الوسيلة للتوفيق بين النصين المتعارضين ، بدافع من أصول التفسير القائلة بضرورة تنزيه المشرع عن الخطأ من جهة ، وبأن أعمال النص خير من إهماله من جهة أخرى . وفى حالة التعذر يرجع النص الأقرب الى روح الدستور الى المبادئ العليا التى تهيم على اتجاهاته .

وفى القانون المصرى كذلك نذكر من المادة ١٦٨ من دستور سنة ١٩٢٣ (للخاصة بتصفية أملاك الخديوى السابق عباس حلمى باشا) ، فقد لوجب بقاؤها كقصر قانونى عادى بعد نجاح ثورة ٢٣/٧/٢٩٥٢ ثم اعلان سقوط الدستور فى ١٠/١٢/١٩٥٢ ، ذلك لأن القانون المذكور لم يكن متعلقا بناحية دستورية موضوعية فى شأن الحكم .

ويلاحظ ميل الدساتير حديثا الى هذا التوسع أو الامتداد الى ما وراء الأحكام الدستورية الموضوعية ، ويظهر ذلك بشكل أكثر وضوحا فى دساتير الدول الأمريكية والحكمة فى هذا النهج مزدوجة ، فقد أريد - أولا - تمتع هذه الأحكام الشكلية بما تمتاز به الدساتير عادة من ثبات واستقرار ، فلا تكون بالتالى فى متناول الأغلبية البرلمانية المتقلبة ، كما أريد بذلك - ثانيا - تخليص هذه النصوص (الشكلية) من الرقابة التى تكون مقررة للقضاء على دستورية القوانين العادية ، لأنها لم تعد قانونا عاديا بل حكما دستوريا (ولو شكليا فقط) . - (تراجع دروسنا : الاتجاهات الدستورية الحديثة ، تسم الدكتوراه بجامعة القاهرة ١٩٥٧ - ١٩٥٨ ص ١٣٦ وما بعدها ، ودروسنا المذكورة بقسم الماجستير بجامعة بغداد ١٩٦٧ / ١٩٦٨ ص ٣٠٤ و ٣٠٥ ، على الآلة الكاتبة) .

(١٦) د . رمزي الشاعر . المرجع السابق ، حيث درس مصادر نشأة القواعد الدستورية فى البلاد ذات الدساتير المكتوبة (ص ٢٠٣ - ٢٦١) .

وأمثلة ذلك عديدة نذكر منها في الكويت نص المادة الرابعة من الدستور (الصادر في ١١/١١/١٩٦٢) حيث تنص فقرتها الأخيرة على أن : " ينظم سائر الأحكام الخاصة بتوارث الامارة قانون خاص يصدر في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا الدستور، وتكون له صفة دستورية " فلا يجوز تعدله الا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور " .

فعلى أساس هذا النص صدر في ٣٠ / ١ / ١٩٦٤^(١٧) القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٤ في شأن أحكام التوارث المذكور ، وكررت مادته التاسعة " صفة الدستورية " وأنه لا يجوز تعدله الا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور . وظاهر أن العبارة الأخيرة في كل من المادتين المذكورتين (٤ و ٩) إنما جاءت تفسيراً لمذلول ما قبلها من نص على " الصفة الدستورية " فهي بذلك تحصيل - عمل . بل إن مفهوم هذه الصفة الدستورية لم يقف عند مجرد التقيد بالمعنى الضيق لعبارة " الطريقة المقررة لتعديل الدستور " بل عند مجرد الاجراءات الشكلية، وإنما شمل هذا المفهوم القيد الوارد في الفقرة الأخيرة من المادة ١٢٤ من الدستور التي - بعد أن بينت اجراءات تعديل الدستور - أنهأت حظراً هاماً بقولها : " ولا يجوز اقتراح تعديل هذا الدستور قبل مضي خمس سنوات على العمل به " (وقد بدأ العمل به - بمقتضى المادة ١٨٣ منه - يوم اجتماع مجلس الأمة الأول في ظله، وقد كان ذلك يوم ٢٨ / ١ / ١٩٦٣) (١٨) .

الى هذا الحد يتطابق حكم " القانون الأساسي " في هذه الصورة مع سائر نصوص الدستور الواردة في الوثيقة الأصلية ، ورغم صدور هذه الأخيرة عن السلسلة التأسيسية الأصلية " Pouvoir onstituant originaire " (في حين صدر ذلك " القانون الأساسي " (الدستور) عن المشروع العادي كسلسلة تأسيسية

(١٧) كان مفروضاً أن يصدّر القانون المشار اليه في موعد غايته يوم ٢٨ / ١ / ١٩٦٤) لأن العمل بالدستور كان يوم ٢٩ / ١ / ١٩٦٣ ، ولكن حدث أن رد رئيس الدولة مشروع القانون الى مجلس الأمة وفقاً للمادة ٦٦ من الدستور لتعديل احدي مواده فتأخر اصدار القانون لما بعد اجراء هذا التعديل فصدر يوم ٣٠ / ١ / ١٩٦٤ ، أي بعد الموعد المنصوص على وجوبه بيومين ، ولكن لاجزاء دستورياً على هذا التأخير . (تراجع مذكرتنا على الآلة الكاتبة عن " دستور الكويت " ، مارس آذار سنة ١٩٧٠ من ١٤ ويناير / كانون الثاني سنة ١٩٧١ من ٢١) .

(١٨) تعدد مثل هذا الاتجاه في خلع الصفة الدستورية في دستور مصر الصادر سنة ١٩٢٣ (بالامر الملكي رقم ٤٢ بتاريخ ٢٩ / ٤ / ١٩٢٣) وكان ذلك بصدد قوانين وأوامر سابقة على الدستور . فقد نصت على ذلك المادة ١٦٨ بالنسبة للقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٢ الخاص بتصفية املاك الخديوى السابق كما سبق القول ، ونصت على مثل ذلك المادة ٣٢ من الدستور المذكور بخصوص نظام وراثة العرش المقرر بالامر الملكي الصادر في ١٣ / ٤ / ١٩٢٢ (ولا يمكن اقتراح تنقيحها بنسب المادة ١٥٦) ، وكذلك المادة ١٥٣ (فقرة أخيرة) بخصوص حقوق الملك بصفته رئيس الأسرة المالكة ، والمقررة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٢ .

بند (١٧)

(٢) - صورة لا يرتفع فيها " القانون الأساسى " الى مستوى الدستور الجامد ، وذلك اذا انتفى مثل النصوص السابق ذكرها والتي تدخل عليه " الصفة الدستورية " . ويرتب على ذلك أنه قد يقع فى مخالفة للدستور فيكون " غير دستورى " شأنه شأن أى قانون عادى آخر . ولكن اذا خصه الدستور باجراءات خاصة فى وضعه وتعديله ، ظل فى مصاف القوانين العادية مع تميزه عليها بالاهمية^(١٩) وبهذه القيود الاجرائية الخاصة والشديدة بعض الشيء ، وهذا المميز قد نص عليه الدستور الفرنسى الصادر فى ١٠ / ١٠ / ١٩٥٨ (الحالى - دستور الجمهورية الخامسة) ، فقد فرضت المادة ٤٦ منه اجراءات خاصة فى هذا الخصوص بقولها : " القوانين التى يعطيها الدستور صفة القوانين الأساسية يجرى التصويت عليها وتعديلها وفقا للأوضاع الآتية : لا يعرض المشروع أو الاقتراح للمناقشة والتصويت عليه فى المجلس الذى قدم اليه أولا الا بعد مضي خمسة عشر يوما من ايداعه .

" وتطبق فى هذه الحالة الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٤٥ . ومع ذلك فانه فى حالة عدم الاتفاق بين المجلسين فان النص لا يكون اقراره من الجمعية الوطنية فى المداولة الأخيرة الا بالأغلبية المطلقة لأعضائها .

" والقوانين الأساسية التى تتعلق بمجلس الشيوخ يجب أن يتم اقرارها بنفس النص من المجلسين .

" ولا يجوز اصدار القوانين الأساسية الا بعد أن يقرر المجلس الدستورى مطابقتها للدستور^(٢٠)

ولقد أخذت المملكة المغربية عن فرنسا هذا الأسلوب ، فنص على القوانين الأساسية الفصل الثالث والستون من دستورنا الصادر فى ١٤ / ١٢ / ١٩٦٢ والذي كان يأخذ بنظام المجلسين ، (مجلس النواب ومجلس المستشارين) . ثم أعيد الحكم مع بعض التعديل فى الدستور الحالى الصادر سنة ١٩٧٠ (على أساس نظام المجلس الواحد - مجلس النواب) ، حيث نص الفصل السابع والخمسون منه على الآتى : " تتخذ القوانين التنظيمية وتغير طبق

(١٩) لا يخفى أن ايراد النص فى الدستور على اصدار قانون أساسى لتنظيم أمر ما يدل على الاهمية الخاصة لهذا الأمر لدى واضعى الدستور (وان كان هذا لا يجعله يجاوز نطاقه كقانون عادى) ، وأمثلة النص فى الدساتير على اصدار قوانين تنظم بعض الأحكام التى تتناولها دساتير أخرى لأنها دستورية موضوعيا ، تعد والحصر ، نذكر منها بالذكر قانون الانتخاب الكويتى (رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٢ الصادر بناء على نص المادة ٨٠ من الدستور) وقانون المحكمة الدستورية (رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ الصادر بدعوة من المادة ١٢٣ من الدستور) والقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ الخاص بتحديد مكافآت أعضاء مجلس الأمة ، وذلك بناء على المادة ١١٦ من الدستور التى قررت أن " تعين بقانون مكافآت رئيس مجلس الأمة ونائبيه وأعضائه " .

(٢٠) يراجع بخصوص هذا المجلس (تكوينه واختصاصات) : مؤلف André Hauriol ، القانون الدستورى والنظم السياسية ، ط ٣ ، باريس ١٩٦٨ ، ص ٨٣٢ .

٨٤٠ - مؤلف : G. Burdeau ، المرجع السابق ، ص ٦٠ - ٦٢ .

الشروط الآتية :

لا يقدم المشروع أو الاقتراح لمدولة وتصويت مجلس النواب إلا بعد مضي عشرة أيام على إيداعه .
 " ولا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ القوانين التنظيمية إلا بعد عرضها على الغرفة الدستورية من
 المجلس الأعلى بقصد الموافقة " .

هذا الوضع الممتاز للقوانين الأساسية (أو التنظيمية) بين القوانين العادية قد
 أثار البحث في فرنسا حول وضعها وقوتها ، فجعلت في مركز وسط (أو مرتبة وسطى) بين
 الدستور (الجامد) والقوانين العادية (غير الأساسية) ، على أن تكون القوانين الأساسية
 هي التي نص الدستور عليها فأحال اليها وخصها بالامتيازات الاجرائية السابق ذكرها ،
 والا كانت على ذات مستوى القوانين العادية وأمكن لأي قانون عادي أن يخالفها أو يعدلها .
 أما إذا كان الدستور مرناً فلا يكون هنالك خلاف في الاجراءات بين دستور وقانون
 أساسي وقانون عادي ، من حيث القوة ، وبالتالي لا يكون مجال للتحدث عن تعدد مراتب
 التشريع على النحو السابق ذكره (٢١) .

وهنا يجب أن نلفت النظر الى ضرورة تحاشي الخلط بين " القوانين الأساسية " التي
 نتحدث عنها هنا (في ظل دستور داخلي للدولة وفي كنفه ، فتكون دونه) وبين ما سبق أن
 أشرنا اليه من " قوانين أساسية " أو " قوانين نظامية " اعتبرت دستائير أو بمثابة دستائير ،
 كالقانون الكويتي رقم ١ لسنة ١٩٦٢ الخاص بنظام الحكم في فترة الانتقال ، والقوانين
 النظامية التي عرفت ما سبق قبل أخذها باصطلاح " دستور " منذ سنة ١٩٢٣ ، والقوانين
 الخاصة بالمستعمرات البريطانية قديماً والتي كانت تصدر بنظام الحكم في المستعمرة في ظل
 التاج البريطاني .

بند (١٨) ب - المبادئ الدستورية السليمة : وقد حددها الدكتور عبد الحميد متولى بأنها :
 " هي تلك المبادئ التي لا نجد لها في الدستور ذاتة - إنما نجد مكانها خارج الدستور ،
 وفي الوقت ذاته تعد أعلى من الدستور ، أي أنه يجب أن يخضع لها وأن يدين باحترامها
 وإن لم تكن مضمنة فيه ، كما هو شأن " القاعدة القانونية " أو " القانون الأعلى " في نظرية
 دوجي ، وكما هو شأن " الحقوق الطبيعية " لدى أصحاب نظرية القانون الطبيعي والمذهب
 الفردي " (٢٢) .

(٢١) د . رمزي الشاعر ، المرجع السابق ، ص ٢١٢-٢١٧ . ويراجع ، هوريو ، المرجع السابق
 ص ٨٢٨ وما بعدها .

(٢٢) د . عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٧٠ ، وقد عرض نظرية دوجي في الصفحات
 ٢٨-٤٠ ، ونظرية القانون الطبيعي والمذهب الفردي في الصفحات ٢١-٢٧ من ذات
 المرجع .

ويلاحظ أن القول بتقييد المشرع بهذه المبادئ العليا قد تجاذبه الفقه والقضاة تأييداً ومعارضة ، ولكن التطور - في جملة - قد تحول تاريخياً في إنجلترا من فكرة تقييد سلطان الدولة بهذه المبادئ (قديماً) الى فكرة اطلاق يد المشرع حديثاً وذلك الى حد القول المأثور (عن olm) بأن " البرلمان الانجليزي يستطيع كل شئ " الا أن يحول الرجل امرأة أو المرأة رجلاً " ، والى حد تأكيد الفقيه Dicey أن سلطة البرلمان " مطلقة " وأن من خصائصها عدم امكان أية سلطة تقرير أن قانوناً أقره البرلمان الانجليزي يعد باطلا لمخالفته للدستور أو لأي سبب آخر ، فلا سلطة تعلو البرلمان ، وليست هناك سلطة تأسيسية تستطيع أن تصنع تشريعات دستورية تلزمه ألا يدخل عليها تعديلاً كما أنه ليس ثمة سلطة قضائية تستطيع أن تمتنع عن تطبيق ما يضعه البرلمان من تشريعات (٢٣).

بند (١٩) أما في فرنسا فقد كانت الثورة فاصلاً بين عهد اطلاق السيادة قديماً ، وعهد التقييد الذي آمن به الثوار ، والذي ظهر في أول دستور للثورة (وهو دستور سنة ١٧٩١) حيث نص على أن " السلطة التشريعية ليس لها أن تضع قوانين في غير مراعاة لما نص عليه الدستور من الحقوق الطبيعية للأفراد " (٢٤).

ولئن كان قد ساد فرنسا - والدول الآخذة عندها بالتالي - مبدأ تقييد سلطان الدولة متمثلاً بصفة خاصة في تقييد سلطة التشريع بالمبادئ العليا السابقة ذكرها ، فإن الخلاف قد استمر حتى اليوم بخصوص طبيعة الالتزام بتلك المبادئ ، أهو التزام قانوني وواجب ؟ أم هو التزام أدبي ومستحب ؟

ولقد احتدم هذا الخلاف بينة خاصة بصدد " اعلانات الحقوق " المتضمنة لتلك المبادئ ، وعلى رأسها اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر عن الثورة سنة ١٧٨٩ ، وكذلك بصدد المبادئ التي ترد في " ديباجة " الدساتير - وخاصة ديباجة دستور سنة ١٩٤٦ وديباجة دستور سنة ١٩٥٨ الحالي - أي دون أن ينص عليها في صلب الدستور .

وقد ذهب جمهور الشراح (وفي مقدمتهم الفقيه Esmein) الى أن اعلان الحقوق المذكور - ومشاكله - ليس الا اعلاناً عن مبادئ لا تعتبر نصوصاً قانونية وظيفتها واجبة

(٢٣) د . متولي ، المرجع السابق ، ص ٧ ، حيث ذكر عن Dicey كذلك قوله : " من أشق وأشد الأمور عسراً على اغتياب الأفراد في إنجلترا أن يفهموا كيف لا تصبح الهيئة النيابية التشريعية - في دولة مستقلة - هيئة ذات سيادة " ، وأن برلماناً يمثل أمة مستقلة ، ولا يعد مع ذلك سلطة ذات سيادة ، إنما يبدو لنا بمثابة الاستثناء أو عجيبة من العجائب .

(٢٤) د . متولي ، المرجع السابق ، حيث يتناول النظريات المؤهلة لتقييد سلطان الدولة وهي : نظرية التحدبد الذاتي للسيادة (ص ١٩ و ٢٠) ونظرية القانون الطبيعي والمذهب الفردي (ص ٢١ - ٢٢) ثم نظرية التضامن الاجتماعي للعميد دوجي (ص ٢٨ - ٤٠) ثم رأي كاري دي مالبرج (ص ١) ورأي العميد هوريو (ص ٤٢ - ٥٠) .

النفاذ . وذهب آخرون (على رأسهم دوجي) الى أن اعلان الحقوق أسمى مرتبة من النصوص الدستورية ذاتها ، ولهذا - بالتالي - اعتبر الحقوق والحريات السامة التي لم ينس عليها دستور سنة ١٨٧٥ الفرنسي أعلى شأنًا من ذلك الدستور وقيدا على الجمعية التأسيسية التي وضعتة .

كذلك اختلف الفقهاء الفرنسيون على القيمة القانونية للديباجة (برغم انها الصيقة بالوثيقة الدستورية وليست منفصلة عنه كإفصال اعلانات الحقوق ، وكذلك برغم انها قد وضعتها ذات الهيئة التأسيسية التي وضعت مواد الدستور ، وعرضت كمقدمة للدستور في الاستفتاء وقد تم إقرارها معا كوثيقة واحدة ، كما جاء نص الديباجة كالدستور بعد صيغة الإصدار) .

على أن كفة الالتزام كانت أرجح بصدد ديباجة دستور سنة ١٩٥٨ منها بصدد ديباجة سنة ١٩٤٦ وذلك لسبب جديد وهو أن دستور سنة ١٩٥٨ قد مد اختصاص "المجلس الدستوري" (الذي يبحث مدى التوافق بين الدستور والقانون عندما يكون محل اعتراض) الى الديباجة أسوة بصلب الدستور وذلك على خلاف دستور سنة ١٩٤٦ الذي استبعد الديباجة من رقابة "اللجنة الدستورية" التي حل محلها "المجلس الدستوري" سنة ١٩٥٨ فأصبح هذا المجلس يراقب مخالفة مشروعات القوانين للديباجة أيضا ، أي أنها صارت تمثل قوة الدستور على نحو أكثر وضوحا . كذلك استدل من الجدل الذي احتدم في الجمعية التأسيسية علي كبر ما أضفوا لوضع الدستور عليها من أهمية وقيمة دستورية . يضاف الى كل ذلك أن القضاء الفرنسي قد اعترف لديباجة دستور سنة ١٩٤٦ بقوتها القانونية الملزمة منذ حكم محكمة السين المدنية الصادر في ١٩٤٧/١/٢٢ ، فقد ألغت المحكمة بهذا الحكم شرطا ورد في وصية سيدة الى حفيدتها كان مضمونه إلغاء الوصية المذكورة اذا تزوجت الحفيدة من يهودي . وقد كان سبب ابطال المحكمة لهذا الشرط ما ارتأته من أنه يخالف مبدأ المساواة المقررة في ديباجة الدستور (٢٥)

بند (٢٠) كذلك أثير هذا الاشكال أمام القضاء الفرنسي بصدد "حق الاضراب" الذي نصت عليه ديباجة دستور ١٩٤٦/١٠/٤ بقولها : "حق الاضراب يباشر في حدود القوانين التي تنظمه" (٢٦) .

(٢٥) تراجع درسنا عن "الاتجاهات الدستورية الحديثة" المرجع السابق ، ص ١٤٧-١٤٦ ومؤلف ديفرجيه ، ١٩٥٥ ، ص ٥٤٩ و ٥٥٠ . ولقد ثار على النطاق الدولي جدل مشابه (مع الفارق) حول القيمة القانونية "للاعلان العالمي لحقوق الانسان" المعلن في ١٩٤٨/١٢/١٠ وهل هو ملزم أم لا .

فذهب البعض الى أنه يلزم الدول التي وقعتة الزاما قانونيا ، وذلك ، باعتباره مكملا لميثاق الأمم المتحدة ، وقد أفتت بذلك بعض المحاكم الأمريكية كمحكمة استئناف كاليفورنيا في ١٩٥٠/٤/٢٤ حيث رفضت تطبيق قانون الولاية الذي يحرم اليابانيين من التملك العقاري باعتبار ذلك التحريم تمييزا بين الاجانب في المعاملة ومن ثم يخالف الاعلان العالمي المذكور . ولكن الكفة الراجحة

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى - فى ٧/٧/١٩٥٠ ، قضية Dehaene

بأن لهذا النص من الديباجة (الخامسة بدستور سنة ١٩٤٦) قوته الالتزامية ، ولكن مع التقرير كذلك بأن النص وقد اُحال الى قوانين تنظم حق الاضراب ولم تكن قد صدرت تلك القوانين بعد ، فانه يحق للحكومة اتخاذ جميع الاجراءات المناسبة لمواجهة الاضراب الذى يؤدى الى انقطاع سير المرافق العامة (وبذلك يخالف مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد) . وقد وجد البعض بحق أن هذا القضاء محل نظر ، لأن الاضراب حق مقرر بالديباجة ، وتنظيمه من ولاية المشرع وليس من سلطة الحكومة أو الادارة .

هذا ولا يفوتنا أن القول بالقوة الالتزامية القانونية لديباجة الدساتير (ومثلها اعلانات الحقوق والمواثيق القومية والوطنية) انما يقبل اذا كان النص مصاغاً الصياغة التى تسمح بتطبيقه كما تطبق مواد الدساتير ، والا كانت عمومية العبارات وصياغتها الدالية غير مؤهلة ايضاً للتطبيق وان اهلتها لرسم توجيه عام أو منحى اصولى أو ايدىولوجى . وهذه تفرقة خفيفة بالقبول .

هنا - بحق - للرأى الممارس الذى يرى أن قيمة الاعلان أدبية كبيرة ولكننا ليست قانونية ، لأنه ليس مكمل للميثاق ولم تتبع فى اصداره اجراءات تعديل الميثاق ، بل صدر عن الجمعية العامة التى تصدر "توصيات" غير ملزمة . وبهذا الرأى اخذت المحكمة الدستورية النمساوية فى ١٦/٥/١٩٥٠ .

(٢٦) كان هنالك مشروع دستور فى ذات السنة (يعرف باسم دستور ابريل سنة ١٩٤٦) لم يوافق عليه الشعب الفرنسى فى الاستفتاء فعدل عنه . وفى ذلك المشروع كان النص أكثر وضوحاً على الاضراب بل وأكثر قوة ، حيث كان يقول : "حق الاضراب مقرر للجميع" ولذلك لما ناقشت الجمعية التأسيسية التالية مشروع دستور أكتوبر سنة ١٩٤٦ (الذى صدر) قدم اقتراح يقول "حق الاضراب فى نطاق القوانين التى تنظمه ، معترف به لكل المواطنين" . ولكن هذا الاقتراح قد سحب بناءً على ما بينه مقرر اللجنة البرلمانية من أن النص الأصلى لا يرمى قط الى التفريق بين أنواع العمال (فى التجارة أو الزراعة أو غيرهما) . ولهذا قبل النص الأصلى وصدر به الدستور .

(يراجع مؤلف فالين فى القانون الادارى ، ط ٩ ، ص ٥٩١)

يراجع مؤلفنا : القانون الادارى - الطبعة الرابعة ١٩٥٩ / ١٩٦٠ ص ٣٨٩ ومما بعدها والمراجع الواردة به .

الفصل الثاني الرقابة على دستورية القوانين

قد تقوم على كفالة احترام القوانين للدستور جهة غير قضائية فتسمى الرقابة سياسية، والا كانت رقابة قضائية، وذلك على التفصيل التالي :^(١)

الفرع الأول

الرقابة السياسية

بند ١ - الأصل في هذه الرقابة أنها "وقائية" (C. préventif) ، أي أنها تستهدف الحيلولة دون إصدار القانون المخالف للدستور . ونحن عرفت بعض الدساتير عبورة من الرقابة السياسية بعد الإصدار فإن ذلك من قبيل الاستثناء الخارج على ذلك الأصل .

وتتعدد صور هذه الرقابة السياسية على النحو التالي :

بند ٢ - (١) - حق رئيس المجلس النيابي (أو كل من رئيس المجلسين في حالة الاتحاد) في الاعتراض على أي مشروع قانون يراه مخالفا للدستور ، وهو حق مقرر كذلك للجان المجلس ، بل ولأي عضو من الأعضاء ، ولكن لا يخفى أن الكلمة في النهاية للمجلس ، فقد لا يشارك المعتبر رأييه فيه مله ويمضي في نظر المشروع ، محققا كان في ذلك أو غير محقق . ويمكن أن يحدث ذلك ولو جاء الاعتراض من بعض الأعضاء الوزراء (كما هو الأصل في النظام البرلماني) أو من وزير له حق التحدث في المجلس بصفته هذه دون أن يكون من الأعضاء .

والأمثلة على ممارسة هذه الصورة من الرقابة السياسية عديدة ، لأننا من طبيعة العمل البرلماني دون حاجة للنصر عليها صراحة في الدستور أو في اللوائح الداخلية للمجالس النيابية ، بل إنها واجب على الهيئات المذكورة أكثر منها حقا . ولذلك نجد ممارستها تعتبر من قبيل " نقطة النظام " التي تسبق غيرها من الأعمال ويسبق مثيرها غيره من طالب الكلام ، من ذلك نص المادة ٨٣ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣ (في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي) حيث تقرر أن "يؤذن دائما بالكلام" في أربعة أحوال أولها "توجيه النظر إلى مراعاة أحكام الدستور ولائحة المجلس الداخلية" . وقد خصصت المادة هذه الحالة بالذات بقولها : "ولا يجوز في غير

(١) يلاحظ أن هناك من نادوا بعدم الرقابة كلية على دستورية القوانين اعتمادا على دور الهيئات السياسية التي أوجدتها الدستور في تحقيق الاحترام اللازم له (من هؤلاء في أمريكا / توماس جيفرسون وهو من أبرز شخصيات مؤتمرات فيلادلفيا السابق ذكره ، وقد تولى منصب رئيس الجمهورية الأمريكية من سنة ١٧٩٧ إلى سنة ١٨٠١ ثم تولى منصب الرئاسة من سنة ١٨٠١ إلى سنة ١٨٠٩) . يراجع : د . أبوالمجد ، المرجع السابق ص ٥٧٦ ، ص ٥٧٧ (٣)

الحالة الأولى أن يؤذن بالكلام قبل أن يتم المتكلم أقواله^(٢).

بند ٣ - حق رئيس الدولة (بواسطة وزرائه فى النظام البرلمانى) فى الاعتراض على مشروعات القوانين .
فحيث يتقرر هذا الحق (مطلقا كان أو توقيفيا) ^(٣) يمكن لرئيس الدولة أن يؤدى دوره فى
تفادى مخالفة القانون للدستور . ويتوقف مصير هذا الاعتراض على نوعه ، فان كان اعتراضا
مطلقا (أن حق تصديق مطلق sanction أو Veto absolu) كان هذا الاجراء
فعالا فى القضاء على مشروع القانون غير الدستورى . أما ان كان الاعتراض نسبيا - غير
مطلق - كما هو الشأن فى أغلب الدساتير ، فان أثره يزول اذا أعمد البرلمان (أو المجلس
النيابى) اقرار المشروع من جديد بالأغلبية والضوابط التى تختلف فى تفصيلها الدساتير .
(ويسمى الاعتراض التوقيفى Veto suspensif) . ومقتضى ذلك أن اعتراض رئيس
الدولة فى هذه الحالة قد لا ينجح فى منع وقوع المخالفة وبذلك قد لا تفلح هذه الصورة من
الرقابة السياسية فى تحقيق الوقاية المرجوة منها ، كما حدث فى الصورة السابقة .

(٢) نذكر كمشال أن مجلس الشيوخ المصري وافق في ١٦ / ٦ / ١٩٤٧ على تقرير اللجنة الخاصة
" بدراسة الملكية الزراعية " اقترح بمشروع قانون بوضع حد لزيادة الملكيات الزراعية الكبيرة ، وقد
تضمن هذا التقرير ضمن أسبابه سببا دستوريا يرتبط بمبدأ المساواة . حيث قال : " . . . ان
في تقييد المزارعين دون غيرهم بوضع حد أعلى لمملكتهم اجحافا ظاهرا بطبيعة دون غيرها
لا يتفق مع مبدأ المساواة والحرية الفردية التي كفلها الدستور لأبناء البلد قاطبة وسدون
تميز ان فلما اقترح بعد الملكية الزراعية وحدها كعلاج لهذه الحالة اقترح ناقص
وغير مجد فوق أنه تعسفي وفيه تمييز بين مختلف طبقات الأمة . فوجه النقص في الاقتراح
أت من أنه ينصب فقط على توزيع الأراضي الزراعية دون غيرها من مظاهر الثروة . . . " (يراجع
التقرير كملحق رقم ١٨٨ منشور في مجموعة ملاحق مجلس الشيوخ ، دور ١٩٤٦ / ١٩٤٧ من
٨٢٧) .

وفي العمل البرلماني بالكويت اعترض بعض أعضاء المجلس على اقتراح بشروع قانون ابتنفى تقرير معاش تقاعدى للنواب ، وكان أساس الاعتراض أن ذلك يخالف حكم المادة ١١٩ من الدستور التى تربط حقوق الأعضاء المالية بالعضوية بدئا أو انتبا ، حيث تقول : " تبين بقانون مكافآت لرئيس مجلس الأمة ونائيه وأعضائه . . . " . وإزاء هذا الاعتراض سحب مقدم الاقتراح اقتراحه ، وعهد أنصار الفكرة الى محاولة تعديل المادة ١١٩ بالطريق الدستورى (بعد مضى خمس سنوات على العمل بالدستور) ، وإلى محاولة أخرى تشريعية وذلك بتقرير المعاش التقاعدى للنواب عن طريق قانون ضمان اجتماعى خاص بهم (وربما بالهيئات النيابية الأخرى) أو ضمن قانون ضمان اجتماعى شامل لهم ولغيرهم من المواطنين . وقد أقرت المشروع فئسثا ١٩٧٣ ، مع تعديله ، لجنة الشؤون التشريعية والقانونية ولجنة الشؤون المالية والاقتصادية بالمجلس . ومن أهم التعديلات جعل الأمر اختياريا مع قصره على أعضاء مجلس الأمة ومن خلال صندوق ضمان يساهم فى تمويله النواب بنسبة ما من مكافآتهم الشهرية . ولا يزال الأمر على جدول أعمال المجلس .

(٣) وهناك أمثلة عديدة عدل فيها المجلس أو لجانه نصوصا لكونها تخالف أحكام الدستور .
الاعتراض المطلق يقضى على المشروع نهائيا ، أما التوقيضى فيقتضى اعادته الى البرلمان لاعادة
نظره ، فإذا اعاد اقراره بالأغلبية والنواب التي ينظرها الدستور اعتبر مصدقا عليه من رئيس
الدولة ووجب اعداده .

بند ٤ - (ج) الامتناع عن الاصدار : فعلى خلاف الرأى السائد يقول البعض أن لرئيس الدولة أن يمتنع عن اصدار القانون الذى اجتاز المرحلتين السابقتين برغم مخالفته للدستور . ويؤيد هذا القول ما هو مقرر من أن الاصدار (Promulgation) هو شهادة من رئيس الدولة بأن البرلمان قد أقر القانون فى الحدود التى وضعها الدستور . ويمكن كذلك أن يتخذ من مبدأ الفصل بين السلطات سنداً لحق رئيس الدولة فى هذا الامتناع ، ذلك لأن الاصدار - حسب الرأى الراجح - عمل تنفيذى يصدره كرئيس للسلطة التنفيذية - مكلفاً بمقتضاه رجال تلك السلطة بأن ينفذوا القانون . وما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات أن تلزم السلطة التشريعية السلطة التنفيذية بأن تنجزها فى مخالفة الدستور (٤) .

ولا يخفى أن هذا القول إنما يقال فى ظل الدساتير التى لا تحدد مدة للاصدار يجب أن يتم خلالها - كما فعلت مثلاً الدساتير المصرية التى تعاقبت منذ سنة ١٩٢٣ (٥) . ولكن لا مجال لهذا القول فى البلاد التى يحدد فيها الدستور للاصدار أجلاً معيناً . كالمادة ٦٥ من دستور الكويت التى تحدد للاصدار فترة " ثلاثين يوماً " من تاريخ رفع مشروع القانون الى رئيس الدولة من مجلس الأمة (بطريق الوزارة) (٦) ، وقد نصت هذه المادة كذلك على تخفيض هذه المدة الى سبعة أيام فى حالة الاستعجال ، وأضافت أيضاً أن " يكون تقرير صفة الاستعجال بقرار من مجلس الأمة بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم " .

وفى القانون المقارن نجد تحديداً للمدة للاصدار فى دستور الجمهورية الفرنسية الثالثة الصادر سنة ١٨٢٥ (م ٧) ومثال ذلك (مع بعض التعديل) المادة ٣٦ من الدستور الفرنسى التالى الصادر سنة ١٩٤٦ ونصها : " يصدر رئيس الجمهورية القوانين فى خلال عشرة الأيام التالية لارسال القانون الى الحكومة بعد اقراره نهائياً . وتخفف هذه المدة الى خمسة أيام فى حالة الاستعجال الذى تقرر الجمعية الوطنية " . وقد أغضت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة تيداً هاما بقولها : " . . . " . وان لم يصدر رئيس الجمهورية القانون فى المواعيد المقررة فى هذا الدستور تولى اصداره رئيس " الجمعية الوطنية " .

(٤) كذلك قيل - من زاوية مضادة - ان تصرف رئيس السلطة التنفيذية على هذا النحو وتعطيله العمل بالقانون بامتناعه عن اصداره يعتبر اعتداء على عمل السلطة التشريعية ، ومن ثم يخالف مبدأ الفصل بين السلطات ، وبخاصة اذا لوحظ أن السلطة التشريعية هى السلطة المنتخبة بواسطة الأمة مصدر السلطات ، وذلك على خلاف السلطة التنفيذية المعينة على التفصيل المعروف .

(٥) أقرت محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة تراخى الحكومة فى نشر القانون بعد اصداره وذلك فى حالات منها قانون العمد والمشايع رقم ١٤١ الذى صدر بتاريخ ٢٩ أغسطس سنة ١٩٤٧ وأرجى العمل به تبعاً لارجاء نشره حتى يوم ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧ أى أكثر من ثلاثة شهور . وحدث مثل ذلك أيضاً فى نشر قانون الاجراءات الجنائية الذى صدر فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٠ ولم ينشر بالوقائع المصرية الا فى ١٥ أكتوبر ١٩٥١ أى أنه قد تأخر نشره أكثر من ثلاثة عشر شهراً . - يراجع مؤلف Sibent عن " دستور فرنسا " سنة ١٩٤٦ ، ص ٣٧ وما بعدها .

(٦) يلاحظ أن المقصود هنا هو تحديد مدة للاصدار (تأخير) وليس للاعتراض على المشروع ، أى اذا ما انتهت مرحلة التصديق السابقة على الاصدار (بأن لم يعترض رئيس الدولة على المشروع فى الموعد المحدد للاعتراض أو اعترض ولكن أعاد البرلمان اقرار المشروع بالأغلبية اللازمة لاعتباره مصدقاً عليه حكماً) . فبعد انتهاء هذا الأجل الخاص بالتصديق (فعلاً أو حكماً) .

أما دستور فرنسا الحالي (دستور الجمهورية الخامسة الصادر في ١٠ / ١٩٥٨) فقد نصت المادة العاشرة منه على : "جمل مدة الاصدار خمسة عشر يوما ، للرئيس أن يعترض خلالها على مشروع القانون (ودون النص على جواز تخفيف تلك المدة) ."

بند ٥ - (د) حق الاعتراض أو الفيتو الشعبي (Veto Populaire) في الديمقراطية شبه

المباشرة (٧) : لمعوم أن النظام النيابي يجعل " البرلمان " أو المجلس المنتخب " هو وحده اللسان المعبر عن ارادة الشعب أو الناخبين . وما يتقرر في الندوة النيابية بهذا الاسم لا يقبل اثبات العكس ، ومن ثم لا يجوز اللجوء الى الشعب ولو على طريق الاستئناس برأيه .

هذا الاتجاه مناقض للديمقراطية المباشرة التي يتولى الشعب فيها تسيير الشؤون العامة (وبخاصة الوظيفة التشريعية) بطريق مباشر .

وبين هذين النظامين يوجد نظام الديمقراطية شبه المباشرة (أو نصف المباشرة)

D.Semi - Directe ، حيث يوجد مجلس نيابي أو مجلسان (البرلمان) ولكن

يحق للشعب أن يتدخل بصور متعددة منها " حق الاعتراض الشعبي على مشروعات القوانين .

فإذا نجح هذا الاعتراض (بشرطه التي تتباين بتعدد لها الدساتير) امتنع اتمام اجراءات

التشريع .

هذا الحق يمارس عادة بسبب عدم ملائمة التشريع الجارى نظره في تقدير المواطنين ،

ولكن يمكن أن يكون سبب الاعتراض ، أو من أسبابه ، أنه مخالف للدستور . وبذلك يصبح

حق الاعتراض الشعبي وسيلة سياسية للرقابة على دستورية القوانين في بلاد الديمقراطية

شبه المباشرة ، وعنوانها الاتحاد السويسري ، ولها تطبيقاتها في الولايات داخل اتحاد

الولايات المتحدة الأمريكية ، وإلى حدود متفاوتة في دول أخرى كاستراليا وأيرلنده وألمانيا

الغربية وغيرها . ويلاحظ أن الاتجاه الحديث متزايد نحو تلقيم النظام النيابي الواسع

الانتشار ببعض مظاهر هذه الديمقراطية شبه المباشرة ، وذلك تحت ضغط الاحساس بقوة

الرأى العام ولدور الناخبين الفعال في توجيه الحكم حتى في ظل النظام النيابي ، وبخاصة

بسبب اضطرار ممثلي الشعب للرجوع اليه لتجديد انتخابهم بعد انتهاء مدتهم أو بعد الحل (٨)

====
يبدأ السؤال عن الأجل اللازم للاصدار ، وهنا تظهر أهمية ما اذا كان هذا الاصدار متروكا دون تحديد زمني أو مقيدا بفترة زمنية . وتدلل على ذلك بوضوح الأمثلة الواردة في المباحث السابق .

(٧) في تقدير البعض أن هذه الديمقراطية سيتسع مع الزمن نطاقها ، (يراجع القانون الدستوري والأنظمة السياسية " للدكتور عبد الحميد مقولى ، وبخاصة ص ١٧٨ حيث يقول : " ويبدو أن المستقبل لها - أي شبه المباشرة - إذ أنها - كما يبين لنا التاريخ - أخذت في الانتشار " ، ويراجع ، بريلو ، المرجع السابق ، ص ٨٤ و ٨٥ وما بعدها .

(٨) وتتلاقى هذه الشروط بسفة عامة عند اشتراط تقدم عدد معين من الناخبين بالاعتراض على مشروع القانون وذلك خلال فترة محددة من اقرار المجلس النيابي (أو البرلمان) له . فان تحقق ذلك وجب استفتاء الشعب في الأمر فان أقر الاعتراض قضى على مشروع القانون . (٤)

ويلاحظ أن الشعب في بعض الولايات الأمريكية - حيث للقضاء رقابة امتناع عن التطبيق ازاء القوانين المخالفة للدستور - يتدخل في صورة مناصرة ، إذ يترتب على الحكم القضائي الذي يصدر بعدم دستورية قانون ما ، أن يعرض هذا القانون للاستفتاء الشعبي ، وتكون الكلمة الأخيرة هنا بنتيجة هذا الاستفتاء . وعليه يتدخل الشعب - لا بطريق الاعتراض على مشروع القانون - وإنما كحكم بين الهيئة التشريعية والحكم القضائي بعدم الدستورية . ولا كلمة لسلطة ما فوق كلمة الشعب التي عبر عنها في الاستفتاء باعتباره مصدر السلطات ، وكما تقرر في فرنسا بقرار المجلس الدستوري (في ظل دستور سنة ١٩٥٨ الحالي) بتاريخ ١١ / ٦ / ١٩٥٨ كما سبق البيان^(٩).

ويلاحظ في النهاية أن للاتحاد الاشتراكي العربي في مصر حق الاعتراض على بعض التشريعات التي حددها الدستور^(١٠) ويكون ذلك بناء على طلب عدد من المستويات الدنيا للاتحاد ينص عليها قانونه الأساسي . فيلزم بعد ذلك عرض المشروع على الشعب في استفتاء عام يقرر مصير الاعتراض .

بند ٦ - (هـ) ايجاد هيئة (كمجلس أو لجنة) سياسية للرقابة على دستورية القوانين (وهي غالباً نيابية كلياً أو جزئياً) وقد جرت المحاولة بهذا الخصوص أولاً في الولايات الأمريكية قبل وخلال مرحلة اعداد دستورها الاتحادي ، ولكنها لم تنجح ، وجرت محاولة فاشلة في فرنسا في السنة الثالثة للثورة ولكن نجحت بعد ذلك وتقررت في عدة دساتير . وفيما يلي بيان هذا وذلك :

بند ٧ - أولاً - في الولايات الأمريكية^(١١)

ونعني الولايات قبل أن تتحد وفقاً لدستورها الاتحادي الصادر سنة ١٨٢٨ ، فقد عرفت بعض الولايات المذكورة صورة للرقابة السياسية عرفت باسم "مجلس المراجعة" (وذلك في كل من ولايات بنسلفانيا وفرمونت ونيويورك) ، كما نعني تلك المحاولة التي تكررت خلال مرحلة الدستور الاتحادي الأمريكي للأخذ بنظام "مجلس المراجعة" ولكنها لم تفلح . وفيما يلي عرض موجز لذلك :

١ - "مجلس رقباء" في ولاية بنسلفانيا (Pennsylvania) (دستور سنة ١٧٧٦) :

وذلك لضمان عدم مخالفة أحكام الدستور أو اعلان الحقوق وعدم تجاوز أي سلطة حدودها الدستورية . وقد تكون هذا المجلس من ممثلين عن كل مدينة أو اقليم يجزى انتخابهم كل سبع سنوات ، كما خول حق توجيه الاتهام للمخالفين ، بل وأن يدعو جمعية تأسيسية لتعديل الدستور في حالة الضرورة القصوى . وقد اجتمع هذا المجلس في دورة أولى سنة ١٧٨٣ ، ولكن الصراع المرير داخله حول سلطاته قد أدى الى اننيار قيمته الأدبية في نظر الرأي العام ، وكانت خاتمة

(٩) قبله ، ص - وتراجع في شأن حق الاعتراض الشعبي بنقطة عامة مؤلفات القانون الدستوري ومنها مؤلفنا عن "المبادئ الدستورية العامة" ، القاهرة ، سنة ١٩٥٦ ، ص ١٩٤ وما بعدها وبخاصة ص ٢٠١ .

(١٠) يراجع مؤلف الدكتور سليمان محمد الطماوي بعنوان : "السلطات الثلاث" ، القاهرة ، سنة ١٩٦٧ ، ص ٤٦٠ .

(١١) تراجع في شرح هذه المرحلة التاريخية الرسالة القيمة للدكتور أحمد كمال أبو الحمد ، عن الرقابة على دستورية القوانين . . . المرجع السابق ، ص ١٥٧ - ١٦٢ ، ص ١٦٧ - ١٧٤ .

أمره عندما ألغيت النصوص الدستورية الخاصة به في دستور سنة ١٧٨٩ الذي وضعته
 "جمعية تأسيسية" دعا لها المجلس التشريعي للولاية (١٢).

(ب) "مجلس رقباء في ولاية فيرمونت (Vermont)" (دستور سنة ١٧٧٧) ، مع اختلاف عن مجلس بنسلفانيا من حيث طريقة اختيار الأعضاء . وقد استمر حتى الغائه سنة ١٨٦٩ ، وسجل الكبير من المخالفات على الهيئة التشريعية ، كما سجل سنة ١٨٢٧ بالذات أن توصياته وقراراته لا تلقى قبولا كبيرا ، ولكنه سجل ارتياعه الى مباشرة القضاء رقابة فعالة على دستورية القوانين ، وأعاد تسجيل ذلك بوضوح سنة ١٨٤٢ مـ

زالت معه الحاجة اليه (١٣)

(ج) - " مجلس مراجعة في ولاية نيويورك " (New York) ، (دستور سنة ١٧٧٧) : وقد كان تكوين هذا المجلس معيناً لا منتخباً ، يضم محافظ الولاية رئيساً ورئيس القضاة وبعض قضاة المحكمة العليا . وعهد الى هذا المجلس بمراجعة مشروعات القوانين قبل أن تدخل في دور التنفيذ ، فان اعترض على أى منها اعاده الى الهيئة التشريعية مصححاً بالأسباب ، ولا يصدر بعد ذلك الا اذا تم اقراره من جديد بأغلبية أعضاء المجلس التشريعي . وقد لوحظ - في تقرير هذا المجلس أنه قد قام بدور فعلى في حماية الدستور نصاً وروحاً ، (فقد ذكر في اعتراضه سنة ١٧٧٨ على مشروع قانون خاص بمنع تصدير الدقيق واللحم من الولاية ان ذلك التشريع لا يتفق مع روح دستور الولاية ") ، وقد بلغ مجموع مشروعات القوانين التي تعطلت بسبب اعتراضه ١١٨ مشروعا ، ولكن النزاع قد احتدم بينه وبين المجلس التشريعي للولاية سنة ١٨٢٠ وانتفى بأن ألغته الجمعية التأسيسية (سنة ١٨٢١) في الدستور الجديد للولاية .

أما محاولة الأخذ بهذا الأسلوب على المستوى الاتحادي (الفيدرالي) فقد تكررت في مرحلة إعداد دستور الاتحاد (في مؤتمر فيلادلفيا سنة ١٧٨٦) حيث اقترح ثلاث مرات إنشاء "مجلس مراجعة" (Council of Revision) ، ولكن رفض في كل مرة جميعا ، وذلك برغم ما قيل في تأييده من أن الخطر الأكبر ينبعث من الأجزاء الديمقراطية في الدستور ، إذ لم تتضمن وسائل مراجعة كافية للإسراف في الديمقراطية ، وأن السلطة القضائية (التي كان الاقتراح يتضمن اشتراكها مع السلطة التنفيذية في تكوين المجلس المذكور) يجب أن تمنع الفرصة للوقوف في وجه كل جور على حقوق الشعب أو على حقوقها هي فلتعطا ذلك دورا في المراجعة حتى توازن بما لآرائها من قيمة شاذلة الهيئة التشريعية أو مجانبتهما للصواب . . . كذلك أضاف البعض ، أن رموز الهيئة التشريعية وإسرافها في استعمال سلطاتها كانت سببا لمعظم المصائب التي حاقت بالشعب الأمريكي (مشيرا بذلك إلى القوانين التي أصدرها البرلمان الانجليزي قبيل حرب الاستقلال الأمريكية فكانت السبب المباشر لاندلاعها) .

(١٢) المرجع السابق، ص ١٥٨ - ١٦٠.

(١٣) المرجع السابق، ص ١٦٠.

(١٤) د. أبو المجد، المرجع السابق، ص ١٦٧ - ١٧٠.

لحسب الظروف التاريخية الخاصة بفرنسا ، وخلفات العهد السابق على الثورة الفرنسية (المسمى بالعهد القديم Ancien Régime) دورا بالغ الأهمية ، أن لم نقل دافعا الى الموقف الفرنسي التقليدي حتى اليوم المؤثر للرقابة السياسية (ودون الرقابة القضائية) على دستورية القوانين . فقد ورثت الثورة كراعية المحاكم القضائية التي شاعت في العهد السابق المذكور ، بل أن الشعب كذلك كان لا بد كادها لتلك المحاكم التابعة للأمرأ والمطبوعة بطابع عهد الاقطاع ، والتي كانت كذلك مظهرها وحصنها في نفس الوقت لامتيازات الأشراف التي أثقلت كاهل الشعب دون مبرر ، وخصوصا بعد أن استعاد هؤلاء الأشراف امتيازاتهم القديمة في عهد لويس الخامس عشر (الذي حكم من سنة ١٧١٤ الى سنة ١٧٧٤) . هذا كله الى جانب عدم تحقيق تلك المحاكم للمعدالة المنشودة .

كذلك تهرمت الملكية كثيرا (قبل الثورة بعهد ملويل) بمحاكم الأشراف ، وعلى رأسها المحاكم المعروفة باسم "البرلمانات" (١٥) ، لأنها حاربت جهود الملوك المتتابعة من أجل توحيد البلاد وتركيز حكمها ، فناعبت موظفي الملك الاقليميين العداء وقاومت سلطتهم القضائية واعتبرت افتياتا على اختصاصها ، بل وتغلبت عليهم حينما فكانت تصدر أحكاما ضدهم وتستدعي رجال الادارة أمامها ليبرروا تصرفاتهم ، كما كانت تحظر على الموظفين الخضوع لسلطة المراقبين القضائية . ولذلك اضطرت الملكية الى التدخل لايقاف هذه البرلمانات الاقطاعية عند حدها . فكان من ذلك أن أصدر لويس الثالث عشر سنة ١٦٤١ منشورا - سمي منشور سان جرمان (١٦) - حظر على البرلمانات نظرا المسائل المتعلقة بالسلطات العامة . كما صدر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٦ أقرارا أبطل ما ادعته البرلمانات من سلطة استدعاء المراقبين الملكيين أمامها .

لذلك كان لا بد وأن تستجيب الثورة لشعور العامة ضد هذه المحاكم القضائية أولا ، وكان لا بد كذلك وأن تخشى منها أن تعرقل أيضا جهودها نحو المركزية وتسوق محاولتها القضاء على كل بقايا العهد الاقطاعي واتمام توحيد البلاد جبهة واحدة قوية في وقت تألبت فيه دول أوروبا ضد فرنسا لنصرة الملكية . كما خشيت الثورة أن يعرقل القضاء - وهم رجال قانون محافظون (١٧) - الأشغال الدبامة الجديدة والاصلاحات الثورية العديدة ، أو أن تستدعي المحاكم رجال الادارة أمامها كما فعل قضاة البرلمانات من قبل . لكل ذلك ألغيت الثورة المحاكم القضائية القديمة جميعها (منذ ١٧٨٩ / ١١ / ٣) وأنشأت قضاء مجانيا جديدا . ولكنها حرصت على منعه من التعرض لرجال الادارة أو الفصل في الخصومات الادارية (١٨) .

(١٥) وكانت تشبه محاكم الاستئناف الحديثة في مهمتها وتسمى : Les Parlements

(١٦) يراجع مؤلفنا عن "مجلس الدولة ورقابة القضاء" لأعمال الادارة ٣ للبيعة الخامسة بالقاهرة ، ١٩٦٢ ، المرجع المشار اليه فيه (١٣ - ١٥) .

(١٧) يقال أن رجال القانون يعتبرون سياسيا من رجال اليمين Les gens de droit sont considérés politiquement comme des gens de droite (Germain Watrin يراجع)

ادارة الجمهورية الثالثة ببيروت ١٩٤٣ ، ص ٩١ وما بعدها . ودروس فالين عن "الرقابة القضائية" طبعة القاهرة ، سنة ١٩٨٩ ، ص ٤١ .

(١٨) عدا ما استثنى من هذا المنع صراحة كالضرائب غير الباشرة والجمارك وغيرها .

وقد اتسعت هذه الاعتبارات التاريخية مع اعتبار فلسفي جديد وصل لدى رجال الثورة الى حد المبادئ وهو مبدأ الفصل بين السلطات ، الذي يمثه منتسكيونى رومة فافقة وثوب جديد ففهم الفرنسيون أن « هذا المبدأ - الذي اعتقدوا أنه مأخوذ به هكذا في انجلترا - يقتضى منح القضاة من التدخل في شئون الادارة ومن الفصل في خصوماتها » (١٩) ، كما منعت الادارة من الاعتداء على اختصاصات السلطة القضائية .

ازاء كل ذلك تحولت الانظار في فرنسا الى الرقابة السياسية على دستورية القوانين ، وظهرت أول محاولة بهذا الخصوص عند وضع دستور السنة الثانية للثورة (سنة ١٧٩٥) فحينذاك اقترح ايجاد تلك الهيئة (باسم Jurie Constitutionnaire) على أن تختص بإلغاء القانون الذي تجده مخالفا للدستور . وقد رفض الاقتراح حينذاك بالاجماع خوفا من أن تصبح تلك الهيئة سلطة فوق السلطات وأداة سيطرة واستبداد (٢٠) .

بند ٢٠ - ٢ - أعاد Sièyes المحاولة بنجاح فيما بعد عند وضع دستور السنة الثامنة للثورة (سنة ١٨٠٠) فانشئت بذلك هيئة المحلفين المطلوبة ، من ثمانين عضوا لمدى الحياة . ولكن باسم مجلس الشيوخ الحامي والحافظ للدستور (Le sénat conservateur de La constitution) على أن تكون له رقابة دستورية القوانين بالقدره على إلغاء القانون المخالف للدستور إلغاء بالنسبة للكلية . وهذا بالإضافة الى حقه في تفسير الدستور . ولكن هذا المجلس لم يتمكن من أداء مهمته الكبيرة بسبب تسلط نابليون الأول (نابليون بونابرت) عليه وقضائه على استقلاله ، ونظرا كذلك لأن المجلس لم يكن يباشر رقابته الدستورية الا بالنسبة للقوانين التي تحال اليه من الحكومة أو من هيئة خاصة تسمى Tribunat في ظرف عشرة أيام من تاريخ وضعها ، وقبل تقديمها للاعدادار . كما أن نابليون قد تسلط على تلك الهيئة الخاصة ثم ألغاهها في ١٠ / ٨ / ١٨٠٧ ، فاقصر هذا الحق على الحكومة وحدها . وعليه أصبح الطعن بهذا الوضع غير متوقع عملا ولكل ذلك لم تتكشف حياة هذا المجلس عن ابطاله لأي قانون أو عمل تنفيذي بسبب مخالفته للدستور (رغم كثرة المخالفات الدستورية في عهده) بل كان أداة لتثبيت سلطات الامبراطور الدكتاتورية !

٣ - تكررت المحاولة مرة أخرى بنجاح عند وضع دستور ١٤ / ١ / ١٨٥٢ ، فأنشئ المجلس الخاص برقابة دستورية القوانين ، وأعطى الاختصاص - على نحو أوسع - بمراجعة جميع القوانين لا من حيث دستوريتها فحسب بل ومن حيث " ملائمتها " وذلك قبل تقديمها

(١٩) قررت المادة ١٦ من اعلان حقوق الانسان والمواطن أن " كل مجتمع لا يفصل بين السلطات لا دستور له " كما نصت المادتان ١٠ و ١٣ ، من الباب الثاني من قانون التنظيم القضائي (الصادر في ١٦ - ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠) على أن الوظائف القضائية منفصلة وستظل منفصلة دائما عن الوظائف التشريعية والادارية وليس للقضاة أن يتدخلوا بطريق مباشر أو غير مباشر في عمل السلطة التشريعية أو في أعمال الهيئات الادارية أو يستدعوا رجال الادارة أمامهم بسبب وظائفهم ومن ثم يعرقلوا أو يوقفوا تنفيذ القوانين .

ولقد جاء هذا المعنى كذلك في قانون ٢٢ / ١٢ / ١٧٨٩ وفي دستور ٣ سبتمبر سنة ١٧٩١ وفي المنشور المؤرخ ٨ / ١ / ١٧٩٠ ، كما عاقب قانون العقوبات (مادة ١٢٧) بشدة على جور المحاكم على الادارة (المرجع السابق) وراجع رسالة الدكتور محمد زهير جرانه عن الأمر الاداري ورقابة المحاكم القضائية له في مصر " ، القاهرة سنة ١٩٣٥ ص ٢ وما بعدها) .

الى رئيس الدولة لاصدارها ، ولم تجعل رقابته على دستورية القوانين بناءً على أحالة من الحكومة وحدها بل وبناءً على طلب الأفراد ، ويقرر إنشاء القانون اذا ثبت له عدم دستوريته . ولقد ترتب على اعطائه حق مراقبة القوانين من حيث "ملاءمتها أو عدم ملاءمتها" (منذ ١٨٧٠ / ٥ / ٢١) أن صار المجلس مجلساً برلمانياً ، فتحول بذلك الجهاز البرلماني من نظام المجلس الواحد الى نظام المجلسين في الواقع .

على أن هذه التجربة الفرنسية الثانية في هذه الصورة من الرقابة السياسية الدستورية القوانين قد ذهب أثرها كسابقتها وذلك بسبب نفوذ رئيس الدولة نابليون الثالث (لويس نابليون) الذي اتخذ من المجلس أداة لتحويل الدستور وتعديل أحكامه وفق مشيئته (٢١) .

٤- تضمن الدستور الفرنسي السابق (الصادر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦) حلقة أخرى لتلك المحاولات والتجارب الوقائية بإنشاء "لجنة دستورية" تراقب دستورية القوانين قبل اصدارها ، وذلك في الحدود التي قررتها المواد ٩١ ، ٩٢ ، ٩٣ من الدستور المذكور .

وقد شكلت اللجنة المذكورة (وفقاً للمادة ٩١) من ١٣ عضواً برئاسة رئيس الجمهورية ، وعضوية رئيس الجمعية الوطنية ، ورئيس مجلس الجمهورية ، وسبعة أعضاء تنتخبهم الجمعية الوطنية من غير أعضائها في بداية كل دورة سنوية على أساس التمثيل النسبي للهيئات السياسية ، وثلاثة أعضاء يشار إليهم مجلس الجمهورية بنفس الطريقة (٢٢) .

أما مهمة هذه اللجنة فهي البحث فيما اذا كانت القوانين التي أقرتها الجمعية الوطنية تتضمن أو تفترض تعديلاً للدستور .

ومن حيث الاجراءات الواجبة في هذا الصدد قررت المادة ٩٢ أن "يعرض القانون على اللجنة سألقة الذكر خلال المدة المقررة لاصداره بناءً على طلب من رئيس الجمهورية ورئيس

(٢٠) - يراجع في نقد دور هذا المجلس وتبعيته وخضوعه لنابليون مؤلف جورج برود و هـن

"القانون الدستوري والنظم السياسية ، الطبعة ١٤٤ ، باريس سنة ١٩٦٩ ، ص ٢٨١ وما بعدها ومؤلفنا "الاتجاهات الدستورية الحديثة ، المرجع السابق ، ص ٨٩ و ٩٠ .

(٢١) - د . مزرة ، المرجع السابق ، ص ٣٨٢ وما بعدها ، حيث عقب على ذلك الوضع بقوله أن المجلس بوجوده بهذا الشكل أثبت أن رقابة الدستورية القوانين عن طريق هيئة سياسية لا بد أنها تنحرف في أذيال السلطة الحاكمة . ومن جهة أخرى أدى وجود "المجلس" الى اضرار جسيمة فشل وجوده بهذا الشكل سلطة المحاكم العادية في المحافظة على أحكام الدستور . (يراجع كذلك ، أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٥٧٠ وما بعدها) .

(٢٢) يرى لافريير أن ذلك يفضي الى سيطرة الاعتبارات الحزبية على تشكيل اللجنة ، وبذلك يحصل على عضوية اللجنة حزبيون بارزون قد لا تتوفر لهم الكفاية القانونية اللازمة لعمل اللجنة كما تصبح مجرد هيئة تابعة للبرلمان مما يضعف العمل في مجابته اياه بتقرير عدم دستورية ما قرره من قوانين ويدخل الاعتبارات السياسية والحزبية في مهمة جوهرها قضائي . (ويراجع مؤلف الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١١٩) .

مجلس الجمهورية معاً (٢٣) بعد أن يكون المجلس المذكور قد أصدر قراره في هذا الشأن
بالأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتألف منهم .

"وتبحث اللجنة القانون ، وتسعى للتوفيق بين الجمعية الوطنية ومجلس الجمهورية (٢٤)
وإذا لم تتمكن من ذلك فعليها أن تصدر قرارها خلال خمسة أيام من تاريخ عرض الأمر عليها .
وفي حالة الاستعجال تخفف هذه المدة إلى يومين . (ولا يخفى أن قصر هذه المدة يقلل
من عمق دراسة اللجنة للموضوع) (٢٥) .

ولا يدخل في اختصاص اللجنة سوى الفصل في أمثلين بتعديل أحكام الأبواب من الأول
إلى العاشر من هذا الدستور . (٢٦)

وتضيف المادة ٩٣ أن القانون الذي ترى اللجنة أنه يجب تعديلاً في الدستور (٢٧) يرد
إلى الجمعية الوطنية لإعادة النظر فيه من جديد .

"فإذا تمسك البرلمان باقتراحه الأول فلا يجوز إصدار القانون قبل أن يعدل الدستور
بالطريقة المنصوص عليها في المادة التسعين .

"وإذا وجد أن القانون متفق مع أحكام الأبواب من الأول إلى العاشر من هذا الدستور
أصدر في المدة المقررة في المادة السادسة والثلاثين (وأقصى عشرة أيام) ، على أن تضاف
إلى هذه المدة الفترات المنصوص عليها في المادة الثانية والتسعين .

(٢٣) هذا القيد يضيق احتمالات العرض على اللجنة الاشتراط أن يكون الطلب بهذه القيود
الشديدة من الرئيسين " معاً كما يلاحظ أنه قد رفض اقتراح أريد به تخويل أعضاء البرلمان
ورئيس محكمة النقض حق دعوة اللجنة الدستورية المذكورة لمباشرة اختصاصها ، وبذلك ليس
للأفراد أن يحركوا مراقبة الدستورية - بهذه الصورة الضئيلة - أمام اللجنة ، كما أنها
لا تستطيع هي إثارة البحث من تلقاء نفسها (المرجع السابق) .
(٢٤) فالهدف الأول إذن هو هذا التوفيق بين المجلسين ولو لم يرفع من القانون ما يخالف الدستور .
(٢٥) علق على قصر هذه المدة الدكتور محمد كامل ليلة في مؤلفه " القانون الدستوري " ، ط ٢ ،
١٩٦٢ ص ١٢٣ بقوله : " أن بحث دستورية قانون ما مسألة تبدو خطيرة فيما اعتقد " ولا يصح
أن تهمون إلى هذا الحد ، وخبر من هذا التصرف البناء هذه اللجنة وعدم تقرير مثل هذه
الرقابة الصورية " .

(٢٦) اتخذ من هذا النص دليل على استبعاد الديباجة وعدم اعتبارها جزءاً من الدستور ، ولذلك
كان إسقاط هذا الحكم في دستور سنة ١٩٥٨ اللاحق دليلاً عكسياً ، إذ يعني اعتبار ديباجته
جزءاً من الدستور .

(٢٧) تحاشى النص بهذه العبارة أن يقول " عدم دستورية القانون " حتى لا يفترض خطأ البرلمان
أو تعمد هذه المخالفة . وهذا يدل على مدى حرص البرلمانين الفرنسيين حينذاك على
إعلاء كلمة البرلمان ممثل الأمة ، وهو يفسر تمسك فرنسا حتى الآن بعدم إقرار حق القضاء في
مراقبة دستورية القوانين وهو قصور عوزه أو عونه . بعضه على الأقل تقدم نظام الدولة والمحاكم
الإدارية في رقابة اللوائح والقرارات الإدارية . فهذا خط دفاع آخر اعتمد عليه الفرنسيون
عوضاً عن عدم مراقبة القضاء لدستورية القوانين . كما يلاحظ من الناحية المقابلة أن الدول
التي قويت فيها رقابة دستورية القوانين (واللوائح بل والقرارات الإدارية) لم تشعر بحاجة ماسة
إلى الأخذ بنظام مجلس الدولة ، ويمكن أن نذكر كمثال لذلك الولايات المتحدة الأمريكية على
وجه الخصوص .

بند ٢٢ - ٥ - "المجلس الدستوري" في دستور فرنسا الحالي (المصدر في ٤ / ١٠ / ١٩٥٨) (٢٨)
وهذه هي أحدث حلقات هذا الدور الفرنسي في شأن الرقابة السياسية حتى الآن . وتتلخص
أحكام هذا المجلس فيما يلي :

التكوين : يضم المجلس أعضاء دائمين (وهم جميع رؤساء الجمهورية السابقون
بحكم القانون ولمدى الحياة) ، وتسعة أعضاء معينين (لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد)
وبعدين ثلاثة منهم كل من رئيس الجمهورية ، ورئيس الجمعية الوطنية ، ورئيس مجلس الشيوخ .

وقد أضافت المادة ٥٦ من الدستور المشار إليه ، أن رئيس الجمهورية يعين رئيس
المجلس الدستوري ويكون له صوت مرجع عند تساوى الأصوات . ولصت المادة ٥٧ على عدم
جواز الجمع بين عضوية المجلس وتولى الوزارة أو عضوية البرلمان ، وأن تحدد "بتانون أساسي"
حالات عدم الجمع الأخرى .

الاختصاص : يشمل اختصاص المجلس الاشراف على سلامة اجراءات انتخاب رئيس
الجمهورية (م ٥٨) والفصل في المنازعات الناجمة بصحة انتخاب النواب والشيوخ (م ٥٩) ،
والاشراف على صحة عمليات الاستفتاء ويعلن نتائجه (م ٦٠) ، وتقرير مدى دستورية القوانين
الاساسية قبل اصدارها ولوائح المجلس البرلمانية قبل تطبيقها (م ٦١) وكل ذلك من قبيل
الاختصاص الوجوبى للمجلس .

الى جانب ذلك يجوز أن يعرض رئيس الجمهورية أو الوزير الأول (رئيس الوزراء) أو رئيس
أى من المجلسين القوانين قبل اصدارها على المجلس الدستوري لتقرير مدى مطابقتها للدستور
في بحر شهر ويقصر هذا الأجل الى ثمانية أيام اذا طلبت الحكومة الرأى على وجه الاستعجال .
والالتجاء الى المجلس فى هذه الحالات يقطع المدة المقررة للإصدار (م ٦١) .

فاذا قرر المجلس عدم دستورية نص أصبح غير جائز اصداره أو تطبيقه . وقرارات المجلس
غير قابلة للطعن بأى من أوجه الطعن ، كما أنها ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات
الادارية والقضائية .

وفيما يتعلق بالمعاهدات تقرر المادة ٥٤ من الدستور أنه "اذا قرر المجلس الدستوري ،
بناءً على ابلاغ رئيس الجمهورية ، أو الوزير الأول ، أو رئيس رأى من المجلسين ، أن تعهدا
دوليا يتضمن شرطاً مخالفاً للدستور فلا يمكن الاذن بالتصديق أو الموافقة عليه الا بعد تعديل
الدستور" .

(٢٨) المواد ٥٦ الى ٦٣ من الدستور (تضاف إليها المادة ٥٤ وما بعدها بخصوص دستور
المعاهدات وقوتها) ، وقد كمل هذه النصوص الدستورية القانون الاساسى الصادر فى ١١ / ٧ / ١٩٥٨
والمعدل بالقانون الاساسى الصادر فى ٢ / ٤ / ١٩٥٩ . وهناك مواد
متفرقة فى الدستور تتعلق لمهمة المجلس الدستوري كالمادة ٣٧ مثلاً التى تقرر عدم جواز
تعديل النصوص ذات الشكل التشريعى (التي تصدر بعد العمل بالدستور) بمرسوم الا اذا
قرر المجلس الدستوري أن لها صفة لائحة بالتطبيق لتلك المادة . وكذلك المادة ٤١ التى
تقرر أنه فى حالة الخلاف بين الحكومة ورئيس المجلس المختص (من مجلسى البرلمان) على
كون اقتراح بقانون أو تعديل له يخرج عن نطاق القانون أو يتعارض مع تفويض تشريعى منحه
... / ...

وبالاحظ. أن النص على حق رئيس الجمهورية ثم على حق الوزير الأول ، مرده الى كون
رئيس الجمهورية يستعمل هذا الحق بصفة شخصية غير مقيدة برأى الوزارة أو رئيس الوزراء ،
وبالتالي يوقع التبليغ وحده دون اشتراط اقترانه بتوقيع رئيس مجلس الوزراء أو غيره .

وبالاحظ كذلك ، أن المادة ٥٥ من الدستور تجعل المعاهدة الدستورية على هذا النحو
" تكون لها بمجرد نشرها قوة أعلى من قوة القوانين " وذلك بشرط أن يطبق الطرف الآخر
الاتفاق أو المعاهدة .

ويذكر هذا النص بنص المادة الثانية من المادة السادسة من الدستور الأمريكي التي
تقول : " . . . هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي ستصدر فيما بعد طبقا له ،
وجميع المعاهدات المبرمة أو التي ستبرم تحت سلطة الولايات المتحدة ، ستكون القانون الأعلى
في البلاد وسيكون القضاء في كل ولاية ملزمين بها ، ولا تقوم قائمة لما يرد في دستور أية
ولاية من الولايات أو في قانون من قوانينها مناقضا لذلك . . . " .

أما اجراءات العمل في المجلس فقد عهدت بها المادة ٦٣ من الدستور الى قانون أساسي
لاحق .

ولا اختصاص للمجلس الدستوري بصدور ما تقرر بطريق الاستفتاء الشعبي (Referendum)
سواء أكان قانونا عاديا أم قانونا دستوريا (كالقانون الصادر في ٦ / ١١ / ١٩٦٢ لتعديل
طريقة انتخاب رئيس الجمهورية المنصوص عليها في المادتين ٦ و ٧ من الدستور لجعله
بطريق الانتخاب المباشر بواسطة الشعب وذلك بالنسبة للمستقبل أي بعد نشر القانون
المذكور في ٨ / ١١ / ١٩٦٢) .

ولقد عارض البرلمان والكثير من رجال السياسة والقانون هذا المسلك الذي يجول
الرامي الى زيادة نفوذ مركز الرئيس (متأثرا بالنظام الرئاسي الأمريكي) على حساب دور البرلمان
ونفوذ (٢٩) . وشغل هذا النزاع الحياة الفرنسية في ذلك الوقت الى حد بعيد ، ولكن
ديجول استعان في المعركة بشعبيته ، كما أن معارضة البرلمان لهذا الاستفتاء وللتعديل

... / ---

بمقتضى المادة ٣٨ ومن ثم وقعت الحكومة بعدم قبوله . هذا بالإضافة الى ما سبق ذكره من
اشتراط أن يقرر المجلس الدستوري مقدما دستورية القوانين الأساسية قبل إصدارها . (م ٤٦
فقرة باعيرها) .

(٢٠) وكان انكار البرلمان لهذا المسلك الذي يجول ومعارضة البعض له على أساس أن هذه الحالة
ليست من قبيل المشروعات المتعلقة " بتنظيم السلطات العامة " المنصوص على جواز الاستفتاء
بصددها في المادة (١١) من الدستور التي تقول : " لرئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح
الحكومة أثناء دورات انعقاد البرلمان ، أو بناء على اقتراح مشترك من المجلسين ينشر في
الجريدة الرسمية ، أن يصرح في استفتاء عام كل مشروع قانون يتعلق بتنظيم السلطات العامة

... / ---

وللتعديل الذي تضمنه القانون الصادر بمقتضاه قد وصل عدد سحب الشك من الحكومة حينذاك (حكومة جورج بومبيدو) فكما طعن رئيس مجلس الشيوخ في القانون المشار اليه لدى "المجلس الدستوري" ، ولكن كما أيد الشعب ديبول في الاستفتاء ، جاء له بالعدو قرار المجلس الدستوري حيث قرر بتاريخ ١١/٦/١٩٦٢ عدم اختصاصه بنظر دستورية القوانين الصادرة على أساس استفتاء عام ، وأكد في أسباب قراره هذا أن الشك ان يوافق في الاستفتاء على قانون انما "يكون قد عبر عن ارادته ، بالاستناد الى مبدأ السيادة القومية" .

هذه التطبيقات الفرنسية المتتابعة للرقابة على دستورية القوانين انما جاءت متجاوبة مع الشعور الفرنسي المتحفظ بل العذر من تدخل السلطة القضائية (المحافظة وغير التقدمية أو المفروضة فيها ذلك) في أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين آلتا الى أيدي

... /---

أو باقرار اتفاق بين مجموعة الدول ، أو خاص بالاذن بالتصديق على معاهدة يكون من شأنها - دون أن تتعارض مع الدستور - التأثير على سير المنظمات .

"وعندما يسفر الاستفتاء عن الموافقة على المشروع يصدره رئيس الجمهورية في المدة المنصوص عليها في المادة السابقة" (أي مدة الخمسة عشرة يوما المقررة للاصدار) .
(ويراجع في توسيع مضمون المادة ١١ القانون الذي صدر بناء على استفتاء ٨/٤/١٩٦٢) .

ثم هل هذا النص - ان قيل برأي ديبول في انطباقه على طريقة "انتخاب الرئيس - يقيّد المادة ٨٩ من الدستور (الخاصة بتعديل الدستور) أم يقيّد هو بحد ذاته وهي التي تشترط أن يتم الاقتراع على مشروع - أو اقتراح - التعديل في المجلسين بنصوص موحدة ، ثم يصبح نهائيا اذا اقر في استفتاء عام . (يراجع

كتاب M. Prélot Institut

ions Politiques et Dr. Const. ط ٣ ، سنة ١٩٦٢ ص ٦١١ وما

بعد ما و ص ٦١٠ - ٦١٢ . ويراجع د . اد مون رباط ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٤٦٠ - (٤٦٧) . وقد لاحظ الدكتور مرز - بحق - على مؤلف الدكتور ربات ، وعنه هذا المجلس الدستوري الفرنسي بأنه "هيئة قضائية" وادراجه (في المرجع السابق ، وفي الجزء الثاني منه أيضا ، ص ٤٩١) من تطبيقات الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، في حين أنها رقابة سياسية . (د . مرز ، المرجع السابق ، ص ٣٨٧ هامش ٢) . كذلك نجد البعض مثل :

Constantin Zilemenos
Problèmes Politiques et constitutionnels
en France et en Italie

، باريس سنة ١٩٦٤

(يطلق على المجلس الفرنسي المذكور وصف انه هيئة تتولى "نوعا من القضاء السياسي العالي لرقابة دستورية القوانين وسلامة الانتخابات الرئاسية")

" . Comme organe de sorte de juridiction politique suprême pour contrôler la constitutionnalité des lois et la régularité des élections présidentielles ."

رجال الثورة منذ أواخر القرن الثامن عشر ، والمقصود بالتجاوب هنا اتخاذ هذه الرقابة السياسية المتواضعة بدلا عن الرقابة القضائية المخوف منها . وقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي أندريه هوريوفى تعقيب عليه على الصورة التى تضمنها دستور سنة ١٩٤٦ للرقابة السياسية بقوله انها رقابة حية متواضعة ، مقتضاها تعديل الدستور ليتماشى مع القانون المخالف له ، ولذلك ، بصرف النظر عن قيمتها القانونية والعملية ، تعنى أن واضعى الدستور قد أعربوا لها عن منع القضاء من رقابة دستورية القوانين ، وهم بهذا السلك " لم يخرجوا عن تقاليد القانون الفرنسى (٣٠) . كما قرر " لافريير " أيضا ذات المعنى بقوله أن الدستور المذكور " قد استبعد فى الواقع كل رقابة قضائية ، أيا كان نوعها " بصدد دستورية القوانين . وقرر الدكتور أحمد كمال أبوالمجد (فى رسالته السابق الإشارة إليها) أن اللجنة الدستورية المنشأة بدستور سنة ١٩٤٦ " لم تكن ثمرة تحليل فقهى شاذ ، للمشاكل وانما كانت ثمرة مساومات سياسية بين الأحزاب المختلفة التى اشتركت فى الجمعية التأسيسية عام ١٩٤٥ ولعل المساومات بين الأحزاب لم تظهر فى شئ هامورا فى النصوص الخاصة باللجنة المذكورة إذ أن بعض الأحزاب رأت فى نظام الرقابة جزءا طبيعيا لمبدأ سيادة الدستور ، وضمانا ضروريا للأفراد والأقليات . أما الحزب الشيوعى فقد رأى فيها نظاما متعارضا مع المبدأ الديمقراطي وقيدا خطيرا على الإرادة الشعبية التى يعبر عنها ممثلو الشعب المنتخبين وانتهى من كل ذلك الى أن اللجنة المذكورة : " ليست فى حقيقتها هيئة من هيئات الرقابة على دستورية القوانين بقدر ما هى تنظيم لطريق اضافى من طرق تعديل الدستور " ، ثم أضاف قوله : " الواقع أن النتيجة الحتمية أنه فى حالة عرض المشكلة الدستورية على اللجنة لن يشمل أعضائها أنفسهم بالبحث عن حقيقة التعارض بين القانون والدستور بحثا علميا موضوعيا ، وانما سيوجهون انهم الى تعرف اتجاه الحزب الذى يمثلونه ، وموقفه من هذا النزاع " والخلاصة من ذلك كله أن جاءت النصوص الخاصة باللجنة المذكورة على نحو كبير من النقص والاضطراب يكاد يجعل قيامها بمهمتها الدستورية أمرا مستحيلا أو ضئيلا الاحتمال وفى اعتقادنا أن أنصار الرقابة قد أخطأوا خطأ كبيرا بقبول هذه النصوص ، وكان خيرا لهم ولمبدأ سيادة الدستور أن يتنازلوا تنازلا كاملا عن تقرير الرقابة بمثل هذه الصورة المنزلة ، وإذا لبقى الباب مفتوحا أمام القضاء العادى والإدارى لتقرير هذه الرقابة ، واستنادا الى الأصول والمبادئ القانونية العامة (٣١) .

(٣٠) د . كمال ليله ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ وما بعدها .

(٣١) د . أبوالمجد ، المرجع السابق ، ص ٥٧٠ وما بعدها ، وخصوصا ص ٥٧٤ .

بند - (و) - جعل الرقابة السياسية للمجلس التشريعى أو لهيئة يختارها المجلس

نجد ذلك بصفة خاصة فى الدول الاشتراكية أو الديمقراطية الشعبية ، حيث لا يقبل أن تسلم رقابة أى سلطة أخرى - كالقضاء - على كلمة المجالس الشعبية الممثلة لارادة الشعب لمثلا بالحزب الواحد الحاكم ، وبخاصة لأنه فى هذه الديمقراطيات يجب المجسوع ومصلحة الأفراد ومصلحتهم كما يجب ما تسميه الافكار الغربية بالحريات الفردية وتفهمه فهما فرديا . فالحقوق والحريات العامة فى تلك الديمقراطيات تتبلور فى صورة واجبات وخدمات ايجابية تؤد بها الدولة للأفراد ، لا كحقوق سلبية للأفراد يتقيد بموجبها سلطان الدولة^(١) . ولتلك النظرة الجماعية أو الشمولية صداها الضرورى على موضوع دستورية القوانين فهى مودبة منظفيا وواقفيا الى العزوف فى الديمقراطيات الشعبية عن الرقابة القضائية والاكتفاء بصورة أو أخرى من صور الرقابة السياسية المنوطة كليا أو المنتهية أخيرا الى المجلس الشعبى^(٢) . وفيما يلى بعض تطبيقات هذا النهج الشرقى الجماعى :

(١) فالدستور السوفييتى مثلا (وعلى غرار اجمال سائر الدساتير الديمقراطية الشعبية) يحدد لكل حق أساسى أو حرية عامة كيفية التحقق والضمان ، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٢٥ منه - بعد ذكرها حريات الكلام والصحافة والاجتماعات والموكب والتظاهرات - أن " حقوق المواطنين هذه يؤمنها كون المطابع ومخزونات الورق والبنائيات والشوارع والبريد والبرق والتليفون وغير ذلك من الوسائل المادية الضرورية لممارسة هذه الحقوق موضوعة تحت تصرف الشئيلة ومنظماتهم (الموسوعة العربية للدساتير العالمية ، القاهرة ١٩٦٦ ، ص ٥٨٠) . (ويراجع مؤلف : André Hauriou عن " القانون الدستورى والنظم السياسية " باريس سنة ١٩٦٨ ، ص ٤٦٥ وما بعدها) .

(٢) يكفى لبيان ذلك ملاحظة أن الدستور السوفييتى يشترط مثلا لمزاولة حريات الصحافة والرأى أن يكون ذلك " وفقا لمصالح الطبقة العاملة وتوطيد الدعائم النظام السوفييتى " وقد علق على ذلك الدكتور متولى (فى مؤلفه : القانون الدستورى والأنظمة السياسية ، طبعة سنة ١٩٧٣ / ١٩٧٤ ص ٤٢٥) بقوله : " الواقع أن حرية الرأى والصحافة هناك مقيدة محدودة بسلطان غير محدود يزاوله الحزب الشيوعى من ناحية والبوليس السرى من ناحية أخرى . ففىما يتعلق بحرية الرأى نجد أنه يوجه نقدا الى مذهب ماركس ولا الى نظام الحكم ، والا عد " خائنا " لا " مجرما " عاديا " فحسب . . . على أنه يجب ألا يفهم مما تقدم أن حرية النقد غير معروفة " فالواقع أنه اذا كان قد حرم على النقد أن يتناول هنالك الأحكام الأساسية للنظام السوفييتى أو مذهب ماركس أو حتى تفسيره بغير ما يفسره به الحزب الشيوعى ، إلا أن هناك نوعا مباحا من النقد هو ما يطلق عليه " النقد الذاتى " .

كذلك ينص الدستور السوفييتى على أن تكون ممارسة حق الالتحاق بالجمعيات " طبقا لمصالح الطبقة العاملة وتنمية لروح التنظيم والنشاط السياسى لجماعهبر الشعب " (المرجع السابق ، ص ٤٢٦ ، ويراجع أيضا حديثه عن دور الحزب الواحد فى واقع الحياة السياسية السوفييتية ص ٤٨٠ - ٤٨٤) .

وعليه فلا يمكن أن يسمح هذا الجو من الفكر السياسى والاجتماعى بظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، اكتفاء بصورة ما من صور الرقابة السياسية .

بند ١ - في الاتحاد السوفييتي : تتحدث المادة ١٤ من دستورها الصادر في ١٢/٥/١٩٣٦

عن الصلاحيات التي يمارسها الاتحاد " بواسطة هيئاته العليا لسلطة الدولة وهيئات إدارة الدولة " ومن بين هذه الصلاحيات ما نص عليه البند (د) وهو : " الاشراف على تطبيق دستور الاتحاد السوفييتي والعمل على تأمين التوافق بين دساتير الجمهوريات المتحدة ودستور الاتحاد السوفييتي " .

وقد تحدث الفصل الثالث من الدستور المذكور أيضا عن الهيئات العليا المشار إليها (بالمواد ٣٠ - ٤٦) ، متضمنة أن " الهيئة العليا " هي السوفييت الأعلى (البرلمان) (م ٣٠) المكون من مجلسين (م ٣٣) هما مجلس الاتحاد ومجلس القوميات . وينتخب السوفييت الأعلى للاتحاد (في جلسة مشتركة لمجلسيه) هيئة رئاسة أو مجلس رئاسة السوفييت (presidium) ، وتسال هذه الهيئة أمام السوفييت الأعلى عن جميع أعمالها (م ٤٨) ، ويدخل ضمن اختصاصها " تفسير القوانين السارية المفعول في الاتحاد " (بند ج) (من المادة ٤٩) ، وكذلك الحق في أن " تلغى قرارات وأوامر مجلس وزراء الاتحاد السوفييتي ومجالس وزراء الجمهوريات المتحدة إذا كانت مخالفة للقانون " (بند و) " من المادة المذكورة) .

بند ٢ - في الجمهورية الشعبية الصينية : ونقلا لدستورها الصادر في ٢٠/٩/١٩٥٤ نجد أن المجلس الوطني " هو الهيئة العليا لسلطة الدولة " (مادة ٢١) ، ويدخل ضمن سلطاته أن " يعدل الدستور " ، و " يضع القوانين " ، و " يراقب تطبيق الدستور " (البندود ١ و ٢ و ٣ من المادة ٢٧) ، وهو الذي ينتخب رئيس المحكمة الشعبية العليا ويحزله (البند ٧ من المادة المذكورة والبند ٤ من المادة ٢٨) . كذلك نصت المادة ٣٠ على لجنة دائمة للمجلس ، وجعلت المادة ٣١ من اختصاصها أن : " تسن القوانين " ، و " تراقب عمل " ، " المحكمة الشعبية العليا " ، و " تلغى قرارات وأوامر مجلس الدولة (أي الحكومة المركزية م ٤٧) التي تخالف الدستور والقوانين والمراسيم " ، و " تغير أو تلغى القرارات غير

(١) المعدل فيما بعد وبالذات في أكتوبر وديسمبر سنة ١٩٦٥ بواسطة السوفييت الأعلى (البرلمان) وفي مارس سنة ١٩٦٦ بواسطة اللجنة الرئاسية (présidium) (يراجع هوريسو ، المرجع السابق ، ص ٤٧٢) . ويلاحظ أن الاتحاد السوفييتي شرع في ٢٥/٤/١٩٦٢ في اعداد دستور شعبي جديد ولكن توقفت أعمال لجنة الدستور فيما بعد . (A. Hanzion ، المرجع السابق ، هامش ص ٤٦٦ و ٤٦٧) .

الملائمة التي تتخذها هيئات سلطة الدولة للمقاطعات والمناطق المستقلة ذاتيا والمدن التابعة للإدارة المركزية " وتساءل هذه اللجنة الدائمة عن أعمالها أمام المجلس الوطني المذكور ، وعليها أن تقدم له تقارير عن نشاطها ، كما أن للمجلس سلطة عزل أعضائها . كما تسأل أمانة المحكمة الشعبية العليا وتقدم له التقارير عن نشاطها (أو تقدمها للجنة الدائمة فيما بين أدار انعقاد المجلس) (م ٨٠) .

بند

٣ - جمهورية ألمانيا الديمقراطية (الشرقية) (١) دستور ١٩٤٩ / ١٠ / ٧ (والأحكام المعدلة له حتى ١٩٦١ / ١٢ / ٢) ، شابه ذلك الدستور في هذا الخصوص - ومن بعض الوجوه - الدستور الفرنسي الذي كان معمولا به حينذاك (دستور سنة ١٩٤٦) مع جعل الرقابة لاحقة للإصدار لا سابقة عليه . فبعد أن نصت المادة ٥٠ على أن "أعلى جهاز للجمهورية" هو "مجلس الشعب" قررت المادة ٦٦ أن يختار مجلس الشعب - لمثل مدته - "لجنة دستورية" تمثل فيها كل الجماعات أو الشعب التي بالمجلس حسب أهميتها ، ويكون من أعضائها - بالإضافة الى ذلك - ثلاثة أعضاء من المحكمة العليا للجمهورية وثلاثة خبراء ألماني في القانون الدولي غير أعضاء في المجلس التشريعي . أما اختصاصها فقد حددته المادة المذكورة بقولها : "تتحقق اللجنة الدستورية من الصفة الدستورية لقوانين الجمهورية" كما اشترطت ألا تثار مناقشة الصفة الدستورية للقوانين المذكورة إلا من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل أو هيئة الرئاسة أو مجلس الدولة للجمهورية ، أو حكومة الجمهورية - كما تختص اللجنة (وفقا لذات المادة) بمحصر الخلافات الدستورية بين الجمهورية والولايات ، والمسائل التي تمس اتساق قوانين الجمهورية مع قوانين الولايات . أما صاحب الكلمة النهائية فهو المجلس الشعبي ذاته حيث تقرر المادة ٦٦ المشار إليها أن "يقدم التقرير الذي توافق عليه اللجنة الدستورية الى مجلس الشعب لكي يبت فيه برأى . وقراره يلزم للجميع" . ثم تضيف المادة قولها : "كذلك يفصل مجلس الشعب في تنفيذ قراره" . وهو صاحب الكلمة أيضا في دستورية العمل الإداري حيث تقول الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أن : "اثبات المطابع غير الدستوري للأجراءات التي تتخذها الحكومة أو الإدارة بمهمة مجلس الشعب وجزء من وظيفته في الإشراف على الإدارة .

هذا وتقرر المادة ٨٥ أنه "لا يجوز التصديق على القانون ونشره إذا ثبت - أثناء فترة شهر - أن صفة غير دستورية ، وفقا للمادة ٦٦" .

وتؤكد الاقتصار على هذه الصورة السياسية في الرقابة المادة ٨٩ بتفريها أن "القوانين الصادرة بطريقة سليمة ، لا يفحص القضاء صحتها من الناحية الدستورية"

عند الشروع في التحقيق في شأن مدى الدستورية ، طبقا للمادة ١٦ ، وينبغي أن تؤجل الاجراءات القانونية الداخلة في نطاق هذا القانون .

وبهذا المنطق، قال رئيس مجلس الشعب في تقديمه لنشرة للدستور (بتاريخ ١٩٦١/١٢/٢) " أن هذا الدستور ٠٠٠ قد أرسى دعائمه المبادئ الجديدة التي يمتد بها في تنظيم الدولة وتطوير النظام الديمقراطي المناهض للفاشية ، كما يمتد بها على وجه الخصوص ، في تحقيق سيادة الشعب ، واخضاع الادارة والسلطة القضائية للهيئات الشعبية التمثيلية ذات السيادة ، على أن تكون هذه الأخيرة مسئولة أمام الناخبين . (١)

(ب) - الدستور المعلن في ٨ / ٤ / ١٩٦٨ (الذي وافق عليه الشعب في الاستفتاء يوم ١٩٦٨ / ٤ / ٦) ، وقد سار على ذات النهج السياسي في الرقابة الدستورية ، وقد عبرت عن ذلك المادة (٥) بقولها : " ان الهيئات الشعبية هي أساس نظام سلطات الدولة . وتستند في نشاطاتها على المساهمة الفعالة للمواطنين في اعداد وتنفيذ ومراقبة قراراتها " (بند ٢) " ولا يمكن بأي حال من الأحوال أو في أي زمن من الأزمان أن تقوم أجهزة أخرى بممارسة سلطة الدولة بدلا من تلك الأجهزة الدستورية المسؤولة فقط " .

وفي ضوء ذلك قررت المادة ٤٨ أن مجلس الشعب هو أعلى هيئة لسلطة الدولة ٠٠٠ ولا يستطيع أحد أن يحد من حقوقه ٠٠٠ كما أنه (بنص المادة ٤٩) " يحدد المبادئ الأساسية لنشاط مجلس الدولة . ومجلس الوزراء ، ومجلس الدفاع الوطني ، والمحكمة العليا ، والمدعي العام . " وجميع هذه الهيئات يتخبرها مجلس الشعب ويستطيع اقالتهم في أي وقت (م ٥٠) كما ينتخب مجلس الرئاسة الخاص به لمثل مدته - وبرئاسة رئيسه - (م ٥٥) .

ويلاحظ أن مجلس الدولة " المنتخب على النحو السابق هو الذي يقوم عند الاعداد لاجتماعات مجلس الشعب بدراسة مشروعات القوانين " والتأكد من دستورتها " وأن القسم الدستوري الذي يؤدىه رئيس مجلس الدولة ونواب الرئيس وسائر الاعضاء والمكثريين يتضمن " احترام دستور الجمهورية وقوانينها " (م ٦٨) وكذلك الشأن بالنسبة الى رئيس وأعضاء مجلس الوزراء (م ٨٠) . كما يدخل في اختصاص مجلس الدولة " تفسير الدستور والقوانين بصورة ملزمة (أي تفسيراً ملزماً) اذا لم يتم ذلك من قبل مجلس الشعب نفسه " (م ٧١) . وفي صراحة أوضح تقرر المادة ٧٤ أن

(١) الموسوعة العربية للدساتير العالمية .

"يقوم مجلس الدولة بتكليف من الشعب بالاشراف اشرافاد ائماعلى دستورية وقانونية أعمال المحكمة العليا والمدعى العام" .

ويظهر الطابع السياسى كذلك وبوضوح بصدد الحديث عن التقيد بالدستور حيث تؤكد المادة ٨٦ "أن المجتمع الاشتراكى والسلطة السياسية للشعب العامل ونظام الدولة والقانون لهذا المجتمع ، تشكل الضمان الأساسى للتقيد بالدستور وتطبيقه بروح العدالة ، والمساواة ، والاخاء ، والانسانية . " ثم تضيف المادة ٨٩ (بخصوص اللوائح) أنه "لا يجوز للتعاليم القانونية أن تتعارض مع الدستور ويقرر المجلس صحة دستورية التعاليم القانونية لمجلس الوزراء وأجهزة الدولة الأخرى فى حالة الشك فيها" .

كذلك يعرض موضوع احترام الدستور بصدد القضاة والمحلفين وأعضاء المحاكم الاجتماعية (وجميعهم منتخبون) حيث تنص المادة ٩٥ من الدستور على أنه بامكان الناخبين اقالتهم من مناصبهم فى حالة خرقهم للدستور أو القوانين أو فى حالة انتهاكهم لحرمة واجباتهم بصورة فظة . (١)

على هذا النحو جاءت نصوص الدستور الحالى أيضا مؤكدة تغلغل الفكرة السياسية فى رقابة الشئون العامة جميعها والى حد لا يتصور معه التكسير فى رقابة قضائية على دستورية القوانين تجعل للقضاء الكلمة الأخيرة فى شأن دستورية عمل الهيئات الشعبية .

بند ٤- فى جمهورية بولندا الشعبية (دستور ١٩٥٢ / ٧ / ٢٢) . يتولى سلطة التشريع ويمثل ارادة الشعب العامل مجلس منتخب يسمى "الديت" (Diet) (م ١٥) وهناك "مجلس دولة" ينتخبه "الديت" من بين أعضائه فى أول جلسة له (م ٢٤) وتشمل اختصاصات مجلس الدولة هذا أن "يفسر القوانين التفسير الملزم للجميع" (المادة ٢٥) وهو خاضع للديت فى جميع أوجه نشاطه .

بند ٥- فى الجمهورية الاشتراكية التشيكوسلوفاكية (دستور ١٩٦٠ / ٧ / ١١) (٢) ، خصص هذا الدستور الباب الثالث منه للجمعية الوطنية باعتبارها "أعلى هيئة لسلطة الدولة وهى الهيئة التشريعية الوحيدة الشاملة فى الدولة" (مادة ٣٩) .

(١) الترمنا فى هذه النصوص الترجمة العربية الحرفية للطبعة الصادرة سنة ١٩٧١ للدستور

المذكور عن دار النشر الحكومية الالمانية ودار النشر "تسايت ايم بيلد" .

(٢) لا يزال هذا الدستور سارى المفعول فيما لم تشملته التعديلات اللاحقة وخصوصا التحول الى النظام الفيدرالى سنة ١٩٦٩ .

هذه الجمعية ذات هذا الاعتبار الشبهي تختص - فيما تختص به - بالتصديق على الدستور والقوانين الأخرى وتراقب تنفيذها . . . وتراقب احترام أحكام الدستور ولها أن تلغى قانونا اقتره المجلس الوطني السلونافي أو أمرا أو قرارا صادرا من الحكومة أو أمرا مقيدا أصدرته لجنة وطنية اقليمية اذا كان في ذلك ما يتعارض مع الدستور أو أى قانون آخر . (مادة ٤٠) . كذلك تختص الجمعية الوطنية بانتخاب أعضاء المحكمة العليا وبحق اغفائهم من مناصبهم . وأما ما يسأل النائب العام عن مباشرة وظيفته ولها حق اقتراح عزله ، كما أن اختصاصها يشمل حق مناقشة تقارير المحكمة العليا والنائب العام الخاصة بحالة التشريع الاقتصادي . (م ٤٦) (١) .

هذا الجو من التركيز على الجمعية الوطنية واختصاصاتها ومن الاعتماد على الهيئات الشعبية وحدها لا يكفل الا عناصر سياسية غير شافية في كفاءة احترام السلطة التشريعية ذاتها للدستور . كما أن هذا الجوبجاني بوضوح أن تكون لجهة قضائية - أيا كان مستواها - كلمة أعلى من كلمة المشرع أو تعقيا على ما يقرره .

٦ - وتلج جوهر هذا المنحى السياسى فى الرقابة الدساتير الشعبية الأخرى ، كدستور بلغاريا السابق الصادر فى ١٩٤٦ / ١٢ / ٤ على غرار الدستور السوفيتى ، وكذا لـ دستورها الحالى الصادر فى ١٩٧١ / ٥ / ١٨ ورومانيا (دستور ١٩٦٥ / ٨ / ٢١) .

على أن يوغوسلافيا قد خرجت على هذا النهج بدستورها الحالى الصادر فى ١٩٦٣ / ٤ / ٧ الذى ابتدع فى نطاق الديمقراطية الشعبية أسلوب الرقابة القضائية باستحداثه " محكمة دستورية " (مما سياتى ذكره ضمن الرقابة القضائية على دستورية القوانين) . أما الدستوران السابقان فى يوغوسلافيا فقد اخذا بالرقابة السياسية - دون القضائية - فقد نص الدستور الأول (الصادر فى ١٩٤٦ / ١ / ٣١) على رقابة سياسية أناط بها المكتب الادارى للهيئة التشريعية (م ٧٣ و ٧٤) . أما الدستور الثانى (الصادر فى ١٩٥٣ / ١ / ١٣) فقد انشأ لجنة دائمة تفسر القوانين الاتحادية تفسيراً رسمياً ، ومقتضى المادة ٦٩ من الدستور كانت تفسيراتها تعرض على المجلسين لاقرارها . وكانت اللجنة تختص كذلك ببحث الاقتراحات التى تقدم لتعديل دستورها ، وتقدم تقريراً برأيها الى المجلس .

(١) يتضمن هذا الدستور وغيره من الدساتير الشرقية والغربية ضرورة أداء قسم على احترام الدستور . ويمكن بحق اعتبار أداء القسم عاملاً يثبته أو ضميراً على تأكيد احترام الدستور ومقوماً لوسائل الرقابة السياسية بسفة خاصة ، لذلك نذكر على سبيل المثال أن المادة ٦٤ من الدستور التشيكوسلوفاكى تقرر قسماً يؤديه رئيس الجمهورية أمام الجمعية الوطنية يتضمن نصه عبارة : " أقسم بشرفى وذمتى . . . أن ألزم الدستور وغيره من قوانين الدولة الاشتراكية " ، ويتكرر نص هذه الصيغة أو ما يثابره بصدور قسم النواب (م ٥٥) وقسم أعضاء الحكومة (م ٦٩) وغيرهم . ونعتقد أن الخطأ من ينكر كل أثر للقسم أو يقلل من مردوده الواقعى .

أما تكوين اللجنة فكان من تسعة أعضاء يختارهم المجلسان مجتمعين معا على أن يكونوا من النواب كما نص على أن تستمر هذه اللجنة في عملها التفسيري في حالة الحل الى حين تأليف اللجنة الجديدة التي تحل محلها (١) .

بند — تقدير الرقابة السياسية لدستورية القوانين :

لعل ما سبق في شأن الرقابة السياسية وتطبيقاتها يلقي ضوءا كافيا على ما لنا وما عليها . اما مزاياها فيمكن اجمالها فيما يلي :

١- الهيئة التشريعية هيئة سياسية تمثل الأمة ، والعمل الذي تقوم به عمل سياسي في جوهره ، وأعلى الأقل تختلط فيه الاعتبارات السياسية مع الاعتبارات القانونية (٢) . وعليه يلزم أن تكون الرقابة على دستوريته بيد هيئة سياسية ، وهذا يكفل للمشرع قدسه بين سلطات الدولة ، وللمعمل التشريعي احترامه ، وللسلطة التشريعية — وهي السلطة الأولى بين السلطات — مكانتها . وإذا ما تحقق ذلك ساد السلام بين السلطات وانتفت أسباب الصدام الذي سبقت الإشارة الى جانب منه بسبب بعض الاحكام القضائية التي قضت بعدم دستورية بعض القوانين (٣) .

٢- الرقابة السياسية أيسر قبولا (من الرقابة القضائية) لدى السلطتين التشريعية والتنفيذية ، لأنها رقابة ذاتية أو أقرب ما تكون الى الرقابة الذاتية . وهي بسبب ذلك أدري بخفايا الاعتبارات الواقعية من ابراج العمل القضائي . ولكل ذلك

(١) هوريو ، المرجع السابق ، ص ٥٠١ و ٥٠٢ .

(٢) لذلك ذكر الدكتور احمد كمال أو المجد أن لمشكلة دستورية القوانين " اتصالا وثيقا بسائر مظاهر الحياة السياسية والدستورية في البيئة التي تطبق فيها . وكل محاولة لعزلها عن هذه البيئة ، والاقتصار في دراستها على الجانب القانوني وحده ، لا يعد أن تنتهي الى أغلاط نظرية ، وإلى مخاطر عملية قد تتجاوز بدورها النطاق القانوني الخاص وتمتد الى النظام السياسي والاجتماعي كله " . (الرسالة ، المرجع السابق ص ١٠) .

ويصدد التجربة الأمريكية بالذات لاحظ أن نظام رقابة الدستور فيها " ليس نظاما قانونيا خالصا ، وإنما تداخلت في نشأتها في توجيه تطوره عدة عوامل ذات طابع سياسي واقتصادي جعلت من الرقابة ظاهرة سياسية وقانونية مركبة . وبذلك لم تعد تلك الرقابة جزءا من النظام القانوني الأمريكي فحسب وإنما صارت جزءا من نظام الحياة الأمريكية كلها (الرسالة ، ص ١٢) .

(٣) يقصد بهذه الإشارة بهيئة خاصة ذلك النزاع الذي احتدم في الثلاثينات بين المحكمة العليا الأمريكية والرئيس فرانكلين روزفلت للخلاف حول دستورية القوانين الاصلاحية ، وكذلك الإشارة الى ما سبق قد يما عن ثورة المجالس التشريعية بسبب القضاء بعدم دستورية بعض القوانين في ولاية نيوجرسي (سنة ١٧٨٠) ورود أيلند ، وكارولينا الشمالية ونيو هامشير (سنة ١٧٨٢) . وكذلك ما سيأتي ذكره من ضجة على المستويين الحكوي والشعبي في المملكة الليبية (قبل الثورة) بسبب حكم المحكمة العليا بعدم دستورية مرسوم بحل مجلس نياي محلي ، وقد كانت في ذلك نهاية المحكمة المذكورة وتشتيت أعضائها ، بل وانتهى المطاف بالقضاء — مع أسباب أخرى — على النظام الاتحادي الفيدرالي في ليبيا .

القضاء العادى فى طريق أعمالها الثورية فمنعته من رقابة أعمالها ، فإذا بمنطق الحياة يأبى ذلك ، وإذا بأسلوب جديد للرقابة القضائية يظهر ونمو حتى يكتمل نموه تدريجيا خلال القرن التاسع عشر ، وهو القضاء الادارى (وعلى رأسه مجلس الدولة) فيكون أشد رقابة وأقوى ضمانا لمشروعية أعمال السلطة التنفيذية مما كان يخشى حدوثه على يد القضاء العادى .

٣- فى العالم قضاة قادرين على تحقيق مثل الرقابة القضائية الامريكية على دستورية القوانين اذا ما مارسوا تجربتها .

٤- تبين فيما سبق أن محاولات فرنسا وتجاربها فى شأن الرقابة السياسية منذ عهد الثورة الى دستورها الحالى (سنة ١٩٥٨) لم تحقق نجاحا يضرب به المثل ، بل على العكس من ذلك ازداد الرأى لدى الفقهاء هناك فى اتجاه المطالبة بالأخذ بأسلوب الرقابة القضائية ، وذهب البعض الى مناشدة القضاء مزيدا من الشجاعة لاجراء هذه الرقابة حاليا عن طريق الدفع الفرعى دون نص ، ولكن القضاء لم يتجاوب مع هذه التطورات للآن ، ولولا تمتع فرنسا بأفضل صورة فى العالم للرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية لبرزت بصورة أوضح عيوب غيبة الرقابة القضائية فيها على دستورية أعمال السلطة التشريعية .

٥- وفى النهاية فان علة العلل فى أسلوب الرقابة السياسية عدم توفر حيدة القاضى وخبرته فى هذا الاسلوب ، وعدم التزامه ما يلتزم به العمل القضائى من ضمانات ومزايا سيأتى ذكرها بعد قليل . وفقدان ذلك فى أسلوب الرقابة السياسية جعلها لا توحى الثقة فى النفوس ، وقد كانت التجربة فعلا مؤلمة فى أغلب الأحيان ، ان أسفرت هذه الرقابة اما عن جدية تعصف بها ، واما عن استسلام وتبعية للمجلس الشعبى ان كان هو الذى يختارها أو كان مركز الثقل السياسى فى الدولة ، أو الى نفوذ رئيس الدولة ان كان كذلك ، ونذكر فى هذا الخصوص ما أصاب الرقابة السياسية بفرنسا فى تجربتى السنة الثانية للثورة ثم فى دستور سنة ١٨٥٢ ، فقد عرفنا كيف تسلط على كل من التجريتين رئيس الدولة فى حينه (الامبراطور) لصالح الحكم الدكتاتورى وعلى حساب الاهداف التى كانت مرجوة من وراء انشاء الهيئة السياسية الخاصة بالرقابة على دستورية القوانين .

وعليه يمكننا القول باطمئنان ، ان الرقابة السياسية - على ما لها من مزايا من بعض الوجوه - لا يمكن أن تشفى الخليل وتطمئن المواطنين الى كفاءة احترام الدستور . ولذلك كان تيار التطور العالمى نحو الرقابة القضائية ، تشريعا وقضاء ، كما سنرى فى الفرع التالى .

تناط الرقابة فى هذه الصورة بهيئة قضائية ، مع ما تتمتع به السلطة القضائية من استقلال مبدئى عن السلطتين التشريعية والتنفيذية (تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات) وما تمتاز به من حياد ازاء الخصومات التى تعرض أمامها ، وعدم الاحتكاك فى عملها بأى من الجهات أو الأفراد الذين يتخاصمون أمامها ، وهذا كله بالإضافة الى ضمانات رجال القضاء التى تطمئنهم على حاضرهم ومستقبلهم وتدرأ عنهم تدخل السلطات الأخرى أو تأثيرها فى أحكامهم وكذلك الضمانات الخاصة بإجراءات المحاكمة القضائية ، وفى مقدمتها علنية الجلسات وحرية المناقشات وكهالة حق الدفاع . مع تسبب الأحكام والعناية بتأصيلها القانونى وتدقيق أسبابها . ويضاف الى ذلك كله ما تحظى به الأحكام القضائية - ونعنى أحكام المبادئ - من دراسات لاحقة من جانب المتخصصين وعناية بالغة من حيث النشر والتجميع والمقارنات والتعليق . ولذلك قيل بحق فى رسالة القضاء السالى : " أنها رسالة سامية فى أرساء أصول ثابتة لقواعد التشريع ، والتأسيس بالمبادئ القانونية ، وتجلية غامضها تحقيقاً لحسن سير العدالة ، وهى فى سبيل ذلك تقضى على أى خلاف فى ادراك مرامى الشارع "

لكل هذا كان مجرد القول بأن الرقابة على دستورية القوانين " قضائية " يحمل السى الذين مجموعة من المعانى المطمئنة على جدية الرقابة وعلى تجردنا ، وفاعليتها . ولعله مما يثير العجب بعد كل ذلك ، أن يستمر الجدل محتدماً حول هذه الرقابة القضائية لدستورية القوانين فى الكثير من دول العالم ، وأن يبلغ هذا الجدل حداً لا يكاد يغلبه الا القليل من المشاكل الدستورية ، ومن موجبات العجب كذلك أن تتسع المسألة بهذا الخصوص بين الدول الرشيدة الى درجة نجد معها رسوخاً واستقراراً لهذه الرقابة فى دولة كالولايات المتحدة الأمريكية منذ قرابة قرنين من الزمان ، فى حين نجد رسوخاً واستقراراً مماثلين - ولمثل المدة المذكورة - فى الاتجاه العكسى المنكر للرقابة القضائية فى دولة كفرنسا .

وما من شك فى أن السبب الرئيسى فى ذلك هو ما سبق ذكره من تدخل الاعتبارات السياسية مع الاعتبارات القانونية فى مشكلة الرقابة على دستورية القوانين . فلكل دولة تاريخها الخاص وظروفها السياسية المتميزة مما يؤدى حتماً الى تبين نظرات الدول الى السلطات العامة الثلاث ، ومن ثم تختلف بالضرورة مواقفها من الرقابة القضائية التى نحن بصدد ها والتى يرتبط بها اعلاء كلمة القضاء فى فهم الدستور على كلمة كل من سلطة التشريع وسلطة التنفيذ . ولذلك ليس من السهل أن تصل المناقشات النظرية بالدول الى كلمة سواء فى هذا الشأن ، لأن مشاعرنا وقلوبنا شتى - ولهذا استمر هذا النقاش

برغم عدم جدتها ، وسيظل الفكر السياسي والدستوري يثرى - بصددها - برغم قدم العناصر الرئيسية التي يدور حولها هذا الصراع الفكري انتصارا كان ذلك للرقابة القضائية ، أم تحذيرا منها .

علي أن للرقابة القضائية صورة ليس لها نصيب يذكر من هذه المعركة الجدلية ، وهى الرقابة بطريق " الدعوى الأصلية " ، ذلك لأن هذه الصورة - بما تتضمنه من رقابة ايجابية وآثار خطيرة على التشريع - لا يكون تقريرها الا بغير دستورى صريح ، وعند ما يكون مسرد الأمر الى نص يمنع الاجتهاد وينحسر الجدل . ولهذا سنرى أن الجبهة المفتوحة حقيقة لتصارع الآراء هى ما يسمى بطريق " الدفع الفرعى " (١) . وفيما يلى تفصيل ذلك .

طرق الرقابة القضائية

أولا - طريق الدعوى الأصلية) Voie d'action

بند - فى هذه الصورة من الرقابة القضائية يرفع الطاعن دعوى أصلية (أى دعوى مبتدأة) طالبا الحكم ببطالان القانون بسبب مخالفته للدستور . ويكون الحكم الصادر بهذا البطلان حجة فى مواجهة مختلف السلطات والهيئات والأفراد ، ومن ذلك أن تلتزم به مستقبلا سائر المحاكم (Erga Omnes) (٢)

وبالرجوع الى تطبيقات هذا الأسلوب من الرقابة فى الدساتير المختلفة نجد تفاوتها فى التفاصيل على النحو التالى :

بند - (٢) من حيث المحكمة التى تتولى الرقابة ، عمدت بعض الدول بهذه الرقابة الى " محكمة عادية " فى حين عمدت دول أخرى بذلك الى " محكمة خاصة " (٣) . تقتصر وظائفها على هذه الرقابة ، بينما تعمد إليها دول أخرى بمهام أخرى الى جانبها) . وفيما يلى جانب من هذه التطبيقات :

نجد المحكمة المختصة " محكمة عادية " فى دساتير كل من : بوليفيا (الصادر سنة ١٨٨٠) ، وكولومبيا (سنة ١٨٨٦) ، وفنزويلا (سنة ١٩٣١) ، وهائيتى (سنة ١٩٣٩) ، وكوبا (١٩٣٤) ، وسويسرا (سنة ١٨٧٤) . (٣)

- (١) لوحظ أن لفظ " فرعى " تزيد ، لأن الدفع لا يكون الا فرعيا ، ولكنه فى رأينا تزيد لا تأباه اللغة فضلا عن أنه مفيد إذ يوضح المعنى فى ذهن القارئ ، وبخاصة فى مقام المقابلة بينه وبين طريق الدعوى الأصلية . ولا شك أن لفظ " أصلية " كذلك يمكن - بهذا النظر - أن يعتبر تزييدا ولكن لا تخفى فائدته فى توضيح الفكرة . (يراجع فى النقد مؤلف الدكتور سعد عصفور المرجع السابق ، ص ١٤٦ هامش ١ و ص ١٧٠ هامش ٢) .
- (٢) يراجع مقال الاستاذ السيد على السيد رئيس مجلس الدولة الأسبق ، فى مجلة المجلس سنة ١٩٥٠ ص ٦٣ وما بعدها ومؤلف Thonissen من الدستور البلجيكي ط ٣ ص ٣٣٥ .
- (٣) تقتصر رقابة المحكمة الاتحادية فى سويسرا منذ سنة ١٨٧٤ على القوانين التى تسنها المقاطعات دون القوانين التى ينعنها المجلس الاتحادى (Assemblée fédérale)

بند - أما أسلوب " المحكمة الخاصة " فقد أخذت به دساتير كل من : تشيكوسلوفاكيا^(١) ، والنمسا (دستور سنة ١٩٢٠ المعدل سنة ١٩٢٩)^(٢) ودستور سنة ١٩٤٥ الحالي^(٣) ، وإيطاليا (دستور سنة ١٩٤٧)^(٤) والدستور السوفييتي القديم الصادر سنة ١٩٢٣^(٥) والدستور العراقي الصادر في سنة ١٩٢٥ والدستور الإسباني الصادر سنة ١٩٣١^(٦) ودستور ألمانيا الغربية لسنة ١٩٤٩ هـم دستورها الحالي الصادر سنة ١٩٥٦ .

بند هذا وتختلف هذه المحكمة الخاصة ، فتمسى غالبا " المحكمة الدستورية " (Constitutional Court) كما في إيطاليا وإيرلندا وتشيكوسلوفاكيا ، وكثيرا ما تسمى كذلك " المحكمة العليا " (Supreme Court) كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية ، ومعظم دول أمريكا الجنوبية . كذلك استعمل الاصطلاح في العراق وليبيا وسوريا . وقد أخذ بهذه التسمية الأخيرة القانون المصري رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ولكن الدستور المصري الجديد الصادر سنة ١٩٧١ قد نص على أن محل محل هذه " المحكمة العليا " مستقبلا محكمة جديدة باسم " المحكمة الدستورية العليا " ^(٧).

- (١) شكل الدستور البلجيكي هذه المحكمة من سبعة قضاة يعينون لمدة عشر سنوات ، تختار كل مسن المحكمة القضاة من بين أعضاء المجلس التشريعي الثلاثة . وللجنة أن تقضى بالفاء القانون غير الدستوري . وكان يشترط كذلك تقديم الطعن في بحر ثلاث سنوات من جانب المجلس التشريعي أو المحكمة القضائية العليا أو المحكمة الإدارية العليا أو المحكمة المختصة بالانتخابات . أما الأفراد فلم يكن لهم الحق في تحريك هذه الرقابة لدستورية القوانين ، إلا ما أباحته المحكمة الإدارية العليا بمقتضى لائحة تنظيمها سنة ١٩٢٥ من أن يطعن الأفراد أمامها بعدم دستورية القانون فان اقتنعت بجديّة الطعن باشرت في اختصاصها في تحريك الرقابة الدستورية المذكورة . (يراجع مقال الأستاذ السيد علي السيد ، المرجع السابق ، ص ٦٥ - ١٦٠) .
- (٢) نص ذلك الدستور على إنشاء محكمة عليا دستورية (Haute Cour Constitutionnelle) تختص بالفصل في مخالفة القوانين الإقليمية أو القوانين الاتحادية للدستور الاتحادي .
- (٣) جعل الدستور الأول (المعدل) تشكيل المحكمة من قضاة يعينهم رئيس الاتحاد بناء على اقتراح الحكومة والمجلس التشريعي ، ويكون لها الفاء القانون غير الدستوري ويعلن رئيس الاتحاد هذا الفاء . ويقتصر حق الطعن أمامها على الحكومة الاتحادية والحكومات المحلية ولكن العمل تكشف عن مثل التيسير لطعون الأفراد على النحو الذي سبق ذكره عن تشيكوسلوفاكيا ، كما تضمن دستور سنة ١٩٤٥ تنظيمها مشابها لتنظيمها لهذه الرقابة . (المرجع السابق ، ص ١٧٤ - ١٧٥ ومحاضرة الأستاذ عبد السلام الترماني عن مراقبة دستورية القوانين - دمشق سنة ١٩٤٦) .
- (٤) تشكل هذه المحكمة من خمسة عشر قاضيا يعينون لمدة اثنتي عشرة سنة ، ويشارك في تعيينهم البرلمان والقضاء الأعلى . (يراجع في تفاصيل هذه التطبيقات المرجع السابق وموافقا السابق ذكره نصت المادة ٢٣ من الدستور المذكور على إنشاء " محكمة عليا " تنظر في القوانين أو القرارات التي تصدرها جمهوريات الاتحاد السوفييتي مخالفة لدستور الاتحاد ، وأما يكون هذا الطعن بناء على طلب اللجنة التنفيذية المركزية .
- (٥) تنص المادة ١٢١ منه على إنشاء " محكمة الضمانات الدستورية (Tribunal des garanties constitutionnelles) " مؤلف من ثلاثة أعضاء يعينهم البرلمان ومن رئيس ديوان المحاسبات ومن ممثل عن كل منطقة أسبانية ومن عضوين منتخبين من نقابات المحامين ، ومن أربعة أساتذة تعيينهم كليات الحقوق . وحق الادعاء أمام هذه المحكمة مقرر للأفراد والمؤسسات العامة والسلطات الإدارية .
- (٦) نسخ من المحاكم العربية ببعض التفصيل بعد قليل .

(بند ٥٠٠) (ب) ومن حيث وقت تدغل المحكمة ، قد يجعل المشرع هذا التدخل سابقا على صدور القانون (وهو النادر) وقد يجعله لاحقا له ، ومن أمثلة الرقابة السابقة ما يقرره دستور أيرلندا (لسنة ١٩٣٧) من أنه يجوز لرئيس الجمهورية بعد استشارة مجلس الدولة أن يحيل أى قانون الى المحكمة العليا للنظر في دستوريته (فيما عدا بعض قوانين نصت عليها المادة ٢٦ من الدستور المذكور) . ويجب أن تكون هذه الاحالة في بحر سبعة أيام على الأكثر من تاريخ تقديم القوانين لرئيس الدولة للتوقيع عليها واصدارها . وكذلك يجب أن تصدر المحكمة العليا حكمها في بحر ستين يوما من تاريخ احالة القانون اليها . ورأى المحكمة فاصل في هذا الشأن فان رأت أن القانون دستوري اتخذت باقي الاجراءات لاصداره والعمل به ، وان رأت أنه غير دستوري امتنع على رئيس الدولة توقيعه واصداره . ولهذه الرقابة القضائية أمثلة أخرى قديمة في أمريكا مثل دستور كل كولومبيا (الصادر سنة ١٨٨٦) وبنما (سنة ١٩٠٤) واكوادور (سنة ١٩٢٦) . ويلاحظ أن هذا الأخير يعطى رئيس الدولة أولا حق الاعتراض على القانون ، فيعاد الى البرلمان لنظره في ضوء هذا الاعتراض الدستوري ، فان لم يأخذ البرلمان بوجهة النظر هذه وجب عليه احالة القانون الى المحكمة العليا في ظرف ثمانية أيام على الأكثر لبحث دستوريته ، فان قضت بعدم دستوريته أصبح القانون كأن لم يكن ^(١) . وبهذا يمكن الجمع بين أسلوبي الرقابة السياسية والرقابة القضائية .

(ج) - تطبيقان خاصان للرقابة ظهرا في الولايات المتحدة الأمريكية ، (الى جانب ما هو مقرر فيها منذ أمد بعيد من " رقابة امتناع " أى بطريق الدفع الفرعى كما سيأتي) .

هذان التطبيقان تمجّل بذكرهما هنا - في القسم النظري - لتكملة الصورة النظرية للدعوى الأصلية في مختلف أوضاعها ، ولذلك لن نعود اليهما عند الكلام عن التجربة الأمريكية في القسم الثاني التطبيقي من هذه الدراسة . أما التطبيقان المذكوران فقد ظهرا من خلال العمل القضائي دون أن ينص على أى منهما الدستور الأمريكي ، بل ان ظهورهما في التطبيق القضائي كان قبل أن يتدخل المشرع لوضع بعض الضوابط لهما ، وهما ان لم يكونا على صورة " الدعوى الأصلية " التقليدية في القانون المقارن الا أنهما أقرب ما يكونان اليها . وفيما يلي ايجاز للقول في كل منهما :

(١) - عرف التطبيق الأول في أواخر القرن التاسع عشر ويسمى طريقة " الايحاز القضائي " أو " التنبه " ، أو " النهي " (Injunction) ^(٢) أو طريقة " الأمر " .

(١) سعد صغور ، المرجع السابق ، ١٦٩ - ١٧٩ .

(٢) الترماني ، ص ١٠ ورسالة الدكتور أحمد كمال أبوالمجد ، عن الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري ، ١٩٦٠ ، ص ٢٤٦ وما بعدها .

القضائي^(٣)، وهى طريقة "ادعاء" (أى دعوى أسلية) من حيث الشكل (يرجع أصلها التاريخى إلى القانون الانجليزى)، ومقتضاها يجوز للفرد أن يطلب إلى المحكمة المختصة "وقف تنفيذ" قانون يضر به تنفيذه، وذلك بمقولة أنه قانون غير دستورى، أى أن الفرد يتقدم بهذا الادعاء بداءة إلى المحكمة دون انتظار التقدم بوجهة نظره كدفع فى دعوى مرفوعة ضده فعلا. وإذا تبينت المحكمة أن القانون يخالف الدستور حقا أصدرت "أمرا قضائيا مانعا" أو "تحذيرا" إلى الموظف المختص ليمتنع عن تنفيذ القانون، وذلك يعطل الأمر القضائي المذكور تنفيذه، وهو أمر يلتزم الموظف باحترامه والا ارتكب جريمة تسمى جريمة "امتهان كرامة المحكمة" (Contempt of court) وعقوبتها الحبس أو الغرامة^(٢). وظاهر وجه الشبه الكبير بين هذا القضاء فى شأن وقف تنفيذ التشريعات غير الدستورية وبين قضاء وقف التنفيذ الذى يباشره القضاء الإدارى (مجلس الدولة خاصة) إزاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون عندما يخشى أن تترتب على تنفيذها نتائج يتعذر تداركها.

ونظرا لما لهذا الأسلوب من اغراء للأفراد^(٣) وأثر فعال فى تعطيل القوانين صدر قانون (سنة ١٩١٠) وضع بعض الضوابط لهذه الطريقة، فقصر ولاية إصدار هذا الأمر "أو التنبيه" على المحكمة الاتحادية الاقليمية المؤلفة من ثلاثة قضاة (ففى ذلك على اختصاص القاضى الفرد فى هذا الشأن)، كما جعل احكامها قابلة للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا مما يكفل توحيد الاتجاه القضائي بهذا الخصوص، كما أن قيودا أخرى أدت على هذه الطريقة قللت فعاليتها، وذلك بقانون "لاجوارديا" سنة ١٩٣٢، كما قلل هذه الفاعلية مسلك المحكمة العليا وبخاصة منذ سنة ١٩٣٧^(٤).

(١) عصفوره المرجع السابق، ص ١٤٩ وينتقد الدكتور أبو المجد هذه الترجمة لأنها تفسد الأمر فى عمومها لا الأمر الخاص بالمنع. كما يلاحظ أن الأمر بالمنع يصبح أمرا بعمل إيجابى إذا كان المنع منصبا على عمل سلبى (فسلب السلب إيجاب) كالأمر الذى يصدر إلى صحيفة مثلا بالامتناع عن رفضها نشر تصحيح اخبارى واجب علينا نشره قانونا، أو أمر موظف ما بالامتناع عن رفض تسليم أشياء أو مستندات مثلا لمن يستحق استلامها.

(٢) المرجع السابق، ص ١٤٩ و ١٥٠ والمرجع الاسبق، ص ١٠.

(٣) بدأ استعمال هذا الأسلوب سنة ١٨٢٤ ثم زادت الطعون التى من هذا القبيل بعد الحرب العالمية الأولى بصفة خاصة حتى قدرت القضايا التى قدمت فى الفترة من سنة ١٩١٧ إلى سنة ١٩٢٦ بالطعن بعدم دستورية القوانين الخاصة بتشريع العمل بثلاثمائة وسبعين قضية، وقد استندت هذه الطعون إلى القول بأن هذه القوانين قد مست الحرية الشخصية وقيدتها. (الاستاذ الترماني، ص ١٠ و ١١ والدكتور أبو المجد، ص ٢٤٨ وما بعده).

(٤) الدكتور أبو المجد، المرجع السابق، ص ٢٦٦ وما بعده.

بند - ب - أما الطريقة الثانية التي برزت من خلال العمل القضائي كوسيلة أخرى لرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية فقد ظهرت منذ سنة ١٩١٨ وتسمى بطريقة "الحكم التقريري" (declaratory judgment) (١) ومقتضاها أن يلجأ الفرد الى المحكمة طالبا منها - لا الفصل في خصومة قائمة بالمعنى الصحيح كما هو شأن عمل القضاء - وإنما تقرير ما اذا كان القانون الذي يراد تطبيقه عليه دستوريا أو غير دستوري (وذلك بحكم له حجية الأحكام وقوة السابقة القضائية) (٢).

وفي هذه الحالة يترتب الموظف المختص حين صدور الحكم فيعمل على مقتضاه ، أى يمنع في النهاية عن التطبيق ان قضت المحكمة بأن القانون يخالف الدستور . وقد أقرت المحكمة الاتحادية العليا هذا الأسلوب (بعد رفضها آياه أول الأمر) وذلك حرصا على الإبقاء على ولايتها الاستثنائية أزاء أحكام محاكم الولايات المبتدعة في هذا الشأن منذ سنة ١٩١٨ . وفي سنة ١٩٣٤ صدر قانون خول المحاكم الاتحادية سلطة اصدار أحكام تقريرية في شأن دستورية القوانين . كما حيز الكتاب الأمريكيون هذا الأسلوب التقريري وتوقعوا زيوعه أكثر من طريق "الدفع" و "الأمر القضائي" لكونه أكثر تمشيا مع الحكمة من تحويل المحاكم اختصاص مراقبة دستورية القوانين ان أنه يحققها دون حاجة الى اشتراط حصول ضرر ما للمدعى أو اصطناع منازعات صورية بقصد الوصول الى معرفة رأى المحاكم في موضوع الدستورية كما في الطريقتين الأخريين . على أن المحكمة العليا قد وضعت من القيود على هذه الطريقة أيضا ما قلل فاعليتها (٣).

(١) استنادا الى عموم اختصاص السلطة القضائية في المادة الثالثة من الدستور الأمريكي وهذه الطريقة أصلها التاريخي القانون الاسكتلندي القديم (المرجع السابق ص ٢٧٤) .

(٢) ذكر الدكتور أبو المجد سابقة تشريعية في هذا الشأن بولاية نيو جيرسي سنة ١٩١٥ ثم تبعها كثير من قوانين الولايات الأخرى (ص ٢٧٥) .

(٣) يراجع في تفصيل ذلك مؤلف الدكتور عصفور السابق ذكره . وتراجع مجموعة رسائل في الأنظمة الدستورية والادارية والقضائية المقارنة للاستاذين عبد السلام زهني ووايت ابراهيم ، الرسالة الثانية ، وخاصة ص ٢٢ وما بعدها ، ورسالة الدكتور أحمد كمال أبو المجد السالفة الذكر ، ص ٢٣٦ - ٢٧٢ بخصوص "الرقابة عن طريق أوامر المنع" و ص ٢٧٣ - ٢٨٢ في شأن "الرقابة عن طريق الأحكام التقريرية" .

بند

هنا يكون للمحكمة أن تمتنع عن تطبيق قانون فى قضية بالذات بسبب مخالفته للدستور، ولكن المحكمة لا تقرر فى هذه الحالة بطلان القانون بطلانا عاما بل تكفى بمجرد الامتناع عن تطبيقه امتناعا لا يقيد المحاكم الأخرى قانونا، بل ولا يقيد نفس هذه المحكمة، بيته — أن تعدل هى عن رأيها الأول وتقرر فى قضية لاحقة عدم مخالفة هذا القانون للدستور (والرجوع للحق فضيلة) وبذلك تطبقه فى القضية أو القضايا اللاحقة وعليه يظل القانون قائما من الناحية القانونية حتى يلغيه أو يعدله قانون آخر . ولكن قبل ذلك التدخل التشريعى — ورغم قيام القانون من الناحية القانونية — لا تطبقه المحكمة التى تعتقد عدم دستوريته . وقد تتسع دائرة الامتناع عن تطبيق ذلك القانون الى أوسع من ذلك بكثير اذا ما صدر الحكم بعدم دستورية القانون من محكمة عليا (كمحكمة النقض أو التمييز) وبخاصة اذا كانت آراء هذه المحكمة تفيد قانونيا سائر المحاكم، فربما يكون الحكم الصادر بالامتناع عن تطبيق القانون لعدم دستوريته من قبل المحكمة العليا سببا فى شل تطبيقه أمام سائر المحاكم^(١). وبغیر ذلك قد تتضارب أحكام المحاكم المختلفة وقد يطول تضاربها ما لم يستقر القضاء مع الزمن على رأى أو يتدخل المشرع للقضاء على هذه التضارب بتشريع جديد يضع الأمر فى وضعه الدستورى الصحيح .

هذه الرقابة بطريق الدفع الفرعى قد تتقرر بدنى فى الدستور أو القانون، فبحسب النص كل خلاف على قيامها وينظم أحكامها وضوابطها . ولكن حيث لا يوجد مثل هذا النص يفتح المجال أمام الاجتهاد ويمرر مذاهب متعارضان، يعارض أحدهما الرقابة ويؤيدها الثانى، وهذا وذاك على النحو التالى :

أ- المذهب المعارض لرقابة الامتناع

بند

هذه هى القاعدة السالبة فى البلاد الاوربية، وهى التى ما زال يأخذ بها القضاء الفرنسى والفقهاء الفرنسيون المحافظون وفى مقدمتهم Esmein و Carre de Malberg ومثلهم آخرون من فقهاء الدول الأخرى نخص بالذكر منهم الفقيه الالمانى Laband والفقيه النمساوى Jellinek، وهو كذلك الرأى السائد فقها وقضاة فى دول أخرى كبلجيكا .

وتتلخص أسانيد هذا الرأى فيما يأتى :

بند

١- استند لاباند فى ألمانيا الى فكرة الاعذار على أساس أن امدار الرئيس الأعلى للقانون يجعله فى منجى من بحث دستوريته لأنه بمثابة حكم Jugement قضى بدستوريته

(١) وايت ابراهيم ووحيد رأفت، المرجع السابق، ص ١١ وما بعدها - والسيد صبرى، المرجع السابق، ص ٢٣٤ .

القانون من حيث الشكل والموضوع كلاهما ، فهو شهادة بدستورية ذلك القانون .
وبهذا لا يجوز للقضاء أن يتعرض لبحث هذه الدستورية من جديد . بل وبذ هـ سبب
Laband الى أن هذا هو جوهر الاصدار في ألمانيا وفرضه الأساس .

بند ٢- شارك بعض الفقهاء الفرنسيين لاباند في عدم جواز بحث القضاء لدستورية القوانين
ولكنهم لم يشاركوه التحليل السابق ، فلم يعطوا الاصدار تلك القيمة في فرنسا ، وانما
استندوا الى بعض النصوص التشريعية التي تعددت بفرنسا منذ سنة ١٧٨٩ والتي تمنع
القضاء الفرنسي من التدخل في أعمال السلطة التشريعية وبذلك تتعارض مع مراثة القضاء
لدستورية القوانين كما سبق البيان .

بند ٣- استند البعض كذلك الى مبدأ الفصل بين السلطات . وذلك لأن وظيفة القضاء تقتصر
على تطبيق القانون دون بحث دستوريته . فللمحاكم أن تفسر القوانين العادية ، ولكن
ليس لها أن تفسر الدستور . وعليه فلا يكون القضاء رقيباً على مراعاة السلطة التشريعية
للحدود المقررة بالدستور وانما الرقيب الوحيد على ذلك هو ضمير أعضاء السلطة التشريعية
أنفسهم وشعورهم بالمسؤولية أمام الأمة .

أما تدخل القضاء في بحث دستورية القوانين فاعتداء منه على ميدان عمل السلطة
التشريعية وانتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات . بل إن إعطاء القضاء هذا الاختصاص
بجعل منه - على حد قول الفقيه الفرنسي Esmein - سلطة سياسية تسمو على سائر
السلطات وعلى ارادة الأمة التي عبرت عنها وفقاً للأوضاع المقررة في النظام النيابي .

بند ٤- مترتب على الاعتبار الأخير السابق ذكره مخالفة للمبدأ الديمقراطي الذي يتنافى مع
سمو ارادة السلطة القضائية (ورجلها إعادة معينون بواسطة السلطة التنفيذية) على ارادة
السلطة التشريعية (وأعضاؤها منتخبون أصلاً بواسطة الشعب صاحب السيادة) . وتقوى
هذه الحجة كلما كانت الدولة أشد حرصاً على سيادة البرلمان وعلو كلمته فيها كما هو الشأن
في القانون الانجليزي ، حيث لا يتصور بسهولة أن تعلو كلمة فوق كلمة البرلمان ، سواء جاءت
عن طريق الحكومة أو المحاكم . وعليه يجب للتسليم بالرقابة أن يكون القضاء منتخبين من
الشعب وقابلين للعزل بواسطته (Recall) وخاضعين لرقابته حتى تكون الكلمة
النهائية له دوماً .

وهجد هذه النظرة قدراً من الاعتبار في فرنسا بدافع ظروفها وأفكارها السياسية ثم
تقاليدها القضائية وبعض نصوصها التشريعية (منذ عهد الثورة) . ومن أصداء هذه النظرة
ما سبق بيانه من انحسار اختصاص "المجلس الدستوري" المنصوص عليه في دستور سنة
١٩٥٨ (الحالي) عن مراقبة القوانين أو الأمور التي يتم اقرارها بطريق الاستفتاء الشعبي .

بند ٥ - الى جانب ذلك قيل إن اعطاء القضاء سلطة بحث دستورية القوانين إنما يفترض وجود قضاة بلدنوا من الاستقلال والنزاهة والكفاية والحكمة وحسن التصرف تلك الدرجة التي بلغها القضاة الأمريكيون والانجليز ، كما يجب أن يكون الشعب قد اعتاد أن يرى في قضائه الحصن الحائظ لحقوقه والسياس المنيع الدائد عن حرياته . وفوق ذلك يجب أن يكون هؤلاء القضاة متمتعين بكامل الاستقلال وحرية الرأي غير قابلين للعزل أو النقل بواسطة الحكومة حتى لا تتخذ منهم أداة لمقاومة عمل البرلمان ومغولا لبدم كلمة الأمة .

كما قيل إنه يجب أن يكون هؤلاء القضاة - ذوو النفوذ البالغ على النحو السابق - منتخبين من الشعب قابلين للعزل بواسطة (Recall) وخاضعين لرقابته حتى تكون الكلمة دائما للأمة . أما أن كانوا معينين بواسطة الحكومة فهنا تتعارض رقابة دستورية القوانين مع المبدأ الديمقراطي نفسه (١) .

بند ٦ - قيل في بعض الدول - كمصر - ان هنالك نصوصا تمنع المحاكم من تأويل القرارات - أو الأوامر - الادارية أو وقف تنفيذها ، والقانون اسمى من هذه القرارات أو الأوامر ، ومن ثم يجب أن يكون أولى منها بهذه الحصانة ، وأن تمتنع المحاكم بالتالي عن بحث دستوريته . ثم ليس القانون (العمل التشريعي) أولى بالحصانة من عمل السيادة (وهي عمل تنفيذي) . . .

مثل هذا الحكم كانت تقره في مصر قدما المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية (المعدلة فيما بعد بالمرسوم بقانون رقم ٩٠ سنة ١٩٣٧) ثم المادة ١٨ من قانون نظام القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ (وقد حلت محلها المادة ١٦ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ في شأن السلطة القضائية) . وتقرر هذا الحكم حاليا في مصر المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية الجديد (رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢) حيث تقول : " ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة ، ولها دون أن تؤول الأمر الاداري أو توقف تنفيذه أن تفصل في المنازعات المدنية و . . . الخ " (٢) كذلك استند في

(١) اسمان ، جزء ١ ، ص ٦٣٦ - ٦٤٥

(٢) يعترض الدكتور عبد الحميد متولي (في : " الوسيط في القانون الدستوري " ، المرجع السابق ، ص ٥٨١) علي ايراد هذه الحجة قائلا عن أوردوها من الفقهاء : " نرى أنه كان الأجدر بأولئك الزملاء أن تمسك أقلامهم عن ذكر هذه الحجة في هذا المقام ، لأن هذه الحجة إنما ينسبون لها ظلما الى رجال الفقه ، والواقع أن الذي قال بها إنما هم بعض المحامين في دفاع لهم في بعض القضايا ، وليس من الجائز أن يذكر دفاع لمحام - مهما علا رأيه - على أنه رأي لأحد رجال الفقه ، فضلا عن ذلك فإن المحكمة لم تأخذ بهذه الحجة . (يراجع مؤلف الدكتور رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق ، ص ٥٠٧)

وبلاحظ أن المادة الثالثة من قانون تنظيم القضاء الكويتي (الصادر بالمرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩) قد تضمن نصا كالنص المصري المذكور حيث تقول المادة : " ليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة ، ولها دون أن تلغي الأمر الاداري أو توقف تنفيذه أو تؤوله ، أن تفصل في المنازعات المدنية و . . . الخ " .

مصر الى هبارة هابرة وردت في المذكرة التفسيرية للمرسوم بقانونية رقم ٤٧ لسنة ١٩٣٤ (الخامس بتعطيل بعض أحكام قانون المحاماة رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢) تقول "ان جماعة من المحامين اجتمعوا يوصفونهم جمعية عمومية وزعموا لانفسهم حق البحث في دستورية القوانين ، ففي حين لا تملك ذلك أية هيئة قضائية في البلاد" (١) .

بند ٧- ذهب رأى في الفقه والقضاء الكويتيين الى أن الدستور الكويتي ان نرس (في المادة ١٢٣ منه) على أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح . . . " وان اُضيف في المذكرة التفسيرية للدستور أنه قد أثر أن يعهد بالرقابة الى محكمة خاصة يراعى في تشكيلها واجراءاتها طبيعة هذه المهمة الكبيرة بدلا من أن يترك ذلك لاجتهاد كل محكمة على حدة مما قد تتعارض معه الآراء في تفسير النصوص الدستورية أو يعرض القوانين واللوائح للشجب دون دراسة لمختلف وجهات النظر والاعتبارات " . . . ان كان هذا وذاك فانهما يعنيان أن الشارع الدستوري " كانه لم يقبل أن يمارس (هذه الرقابة) القاضي المادي " (٢) أو أنه - كما قالت محكمة الاستئناف العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ / ٣ / ١٩٧١ - " ليس رتبة رقابة الآن (أي وقت صدور الحكم) على دستورية التشريع - قوانين كانت أو لوائح - لا من قبل الجهة القضائية الخاصة التي نرس عليها الدستور ، ولا من جانب القضاء المادي - المحاكم - لأن الشارع الدستوري وقد وكل الأمر الى جهة خاصة ، فقد استبعد كل رقابة أخرى من القضاء المادي ، سواء كانت رقابة الفاء أصلية أو رقابة امتناع " (٣) .

ونوجه النظر الى أن هذه الحجة كانت مؤقوتة بالفترة السابقة على انشاء المحكمة الدستورية في الكويت (بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣) ، لأنه بانشاء هذه المحكمة وجب بإعمال نص المذكرة التفسيرية للمادة ١٧٣ من الدستور التي تنفي - بعد هذا الانشاء - أن يترك أمر دستورية القوانين لاجتهاد كل محكمة من (المحاكم الأخرى) على حدة . وقد عمل بقانون المحكمة الدستورية المشار اليه اعتبارا من يوم ٢٤ / ١٠ / ١٩٧٣ (أي بعد أربعة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، وكان النشر يوم ٢٤ / ٦ / ١٩٧٣) .

- (١) القانون الدستوري للدكتورين وايت ابراهيم ووحيد رأفت ، المرجع السابق ، ص ١٥ ومراجع في عرض هذه الآراء ومناقشتها الدكتور رمزي الشاعر ، المرجع السابق ، ص ٥٠٦ - ٥١١ .
- (٢) د . عبد الفتاح حسن ، مبادئ النظام الدستوري في الكويت ، ص ١٤٩ وهامش ١ ص ١٥٣ .
- (٣) الطعن رقم ١٦٢ لسنة ١٩٧٠ تجاري (لدى الدائرة التجارية الأولى) ، وقد أورد الدكتور الشاعر حيثياته كاملة في المرجع السابق ذكره ، ص ٥٥٦ - ٥٥٩ (بالحامش) ، وبذلك أيد الحكم الاستثنائي المحكم الابتدائي المستأنف . وقد أوجزنا بحث هذا البند هنا لأننا سنتناوله بالتفصيل في القبع الخامس تطبيقات الرقابة على دستورية القوانين في الكويت بصفة خاصة . وقد عارض هذا الاتجاه الدكتور رمزي الشاعر (المرجع السابق ، ص ٥٦٠ و ٥٦١) .

ب - المذهب العلماني لرقابة الاختصاص

هذا هو الرأي السائد في أمريكا بصفة خاصة وهو الذي نادى به كثيرون من الفقهاء في الدول المختلفة وبخاصة الفقه الفرنسي الحديث وفي مقدمته العميد هوريو الذي توسع في هذا الرأي الى حد كبير بعد أن دافع عن الرأي العكسي أول الأمر . كما عدل العميد دوجي رأيه كذلك وأيد هذا الحق بشدة ودافع عنه بعد ذلك باطراد . وأيد هذا الحق كذلك ميسنجر ، ورولان ، وغيرهما ، وبذلك أصبح تيار الفقه الفرنسي الحديث قويا في هذا الاتجاه وأصبح هو السائد في مصر . ولقد استند رأي هذا الفقه الحديث الى عدة اعتبارات هامة هي :

بند

١- لوحظ أن الاستناد الى فكرة الاصدار على النحو السابق بيانه لمنع القضاء من بحث دستورية القوانين لا يمكن الأخذ به حيث لا يعطى الاصدار تلك الأهمية التي أعطيها قديما في ألمانيا . ولذلك لم تلق هذه الفكرة تأييدا يذكر حتى في فرنسا . والواقع أنه من الاسراف اعطاء الاصدار تلك الأهمية واعتباره شهادة قاطعة على صحة القانون يلتم بها دون مناقشة صحته .

بند

٢- أما النصوص التشريعية الفرنسية السابق ذكرها فيلاحظ أنها خاصة بفرنسا بالذات ، كما أن الفقه الفرنسي الحديث قد ذهب في تفسير هذه النصوص مذهباً لا يحرم القضاء حقه في مراقبة دستورية القوانين . وحاول بعض الفقهاء - مثل هوريو - التدليل على أن بعض القضاء قد أخذ فعلا بهذا الرأي في فرنسا .

بند

٣- يرى جمهور الفقهاء الحديثين في فرنسا وغيرها ان الاعتراف للقضاء بحق بحث دستورية القوانين لا يتعارض مطلقا مع مبدأ الفصل بين السلطات ، لأن هذا الاختصاص لا يخرج بالقاضي عن دائرة عمله ولا يجعله يمتد على الدائرة المتروكة للمشروع . فمن المعروف أن القاضي قد تتعارض أمامه قواعد قانونية مختلفة الدرجة ، كأن تتعارض لائحة وقانون ، أو يتعارض قانون ودستور . كما قد تتعارض أمامه قوانين من درجة واحدة أو لوائح من نفس المرتبة . والمقرر عند التعارض أنه يجب على القاضي - دون خروج ما عن دائرة عمله - أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق ويستبعد غيره . فان كان التعارض بين قانون ولائحة مثلاً أغفل القاضي هذه وطبق الأول ، وبالمثل لو كان التعارض بين قانون عادي ودستور فانه يجب عليه وجوباً أن يطبق الأسى وهو الدستور وينفل القانون العادي المعارض له . وفي كل ذلك لا يحكم القاضي ببطلان القانون أو اللائحة (كما سبق البيان) حتى يقال إنه قد اعتدى عليهما أو انتهك حرية السلطة المختصة بهنهما ، وانما يكفي بالامتناع عن تطبيقهما . ثم هو لا يتعارض لهما من تلقاء نفسه ، وانما بناء على نزاع يثور أمامه حول التشريع الذي نحن بصدده ، أي بعد دخول

بند

القانون مرحلة التنفيذ وتظلم أحد طرفي الخصومة من تطبيقه عليه بحجة مخالفته لتشريع
أسى وأولى بالتطبيق منه . وعليه فلا تعارض مطلقا بين مراقبة القضاء لدستورية القوانين
وبين مبدأ الفصل بين السلطات (١).

على أن هذا القول ليس صحيحا فقط في النظام البرلماني الذي يؤخذ فيه بالفصل
بين السلطات فضلا لحتمته التعاون بين هذه السلطات المنفصلة وتبادل الرقابة فيما بينها .
وانما هو صحيح حتى في النظام الرئاسي المأخوذ به بصفة خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية
حيث الفصل واسع بين السلطات على النحو المعروف . وحجة ذلك أن دستور الاتحاد
في النظام الرئاسي من صنع الهيئة المؤسسة للنظام الاتحادي (وهو اتحاد مركزي أو
فيدرالي) في حين أن السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية هي هيئات مؤسّسة
أو منشأة ، وهي مستقلة كل منها تمام الاستقلال عن الأخرى ، فإذا ما خالفت إحدى هذه
السلطات - كالسلطة التشريعية - الدستور الاتحادي الذي هو من صنع الهيئة الأولى
المؤسسة كما ذكرنا ، يجب ألا ترغم السلطات الباقية - وبالذات السلطة القضائية - على
مجاراة السلطة التشريعية في هذا العدوان ، أو بعبارة أخرى يجب أن نعتز للقضاء
بحق الامتناع عن تطبيق هذه القوانين المعتدية على الدستور الاتحادي . والاعتراف للقضاء
بهذا الحق يزداد وضوحا هنا ما دنا نقول أن السلطة القضائية مستقلة تماما عن السلطة
التشريعية ، أي أن الفصل بين السلطات يؤكد حق القضاء في تحري موافقة أو عدم
موافقة القوانين العادية لدستور الاتحاد قبل أن يطبقها ، أما أن نفرض عليه احترام
اعتداء السلطة التشريعية على الدستور فأمر يناهز كل المنافاة بمبدأ الفصل بين هاتين
السلطتين . وعليه فبحث المحكمة لدستورية القوانين أمر داخل في طبيعة عمل القاضي
دون اعتداء ما على مبدأ الفصل بين السلطات حتى في البلاد التي تجعل هذا الفصل
تاما أو كبيرا . وبغير ذلك يفتح الباب أمام السلطة التشريعية لمخالفة الدستور
وبذلك تستطيع وحدها أن تعدل بغير الطريقة المقررة للتعديل أو في غير الزمان الذي
يجوز تعديله فيه ، أو في موضوعات محظورة تعدلها كلية أو لزمان محدود .

بند ٤ - ليس في أداء القضاء لمهمته الطبيعية في الامتناع عن تطبيق قانون غير دستوري أي
مساس بالمبدأ الديمقراطي أو السيادة الشعبية ، بل هذه الرقابة تكفل ألا يخرج تطبيق
الديمقراطية والسيادة عن المقصود والحدود التي رسمها الشارع الدستوري أو التأسيسي .
ومن غير المقبول أن يحتج بالسيادة الشعبية لتبرير أو إباحة الخروج علينا ، ولا أن يستعمل

(١) لو كانت في ذلك مخالفة لمبدأ الفصل لكانت ولاية القاضي بالناء القرارات الإدارية
(اللائحية والفردية) مخالفة كذلك للمبدأ المذكور ، وهو ما ينفيه واقع القضاء الإداري
وازد هاره .

والقضاء قد أجما على أن للمحاكم الحق في بحث قانونية اللوائح .

وعليه فالمادة ١٥ قديمة (و ١٧ حالية) لا يسمح مطلقا الاستناد اليها لانكار حق المحاكم ، في مراقبة دستورية القوانين في مصر أو الكويت .

بند ٧ - أما الرأي الذي ورد في الفقه والقضاء الكويتيين بصدد الرقابة القضائية على دستورية القوانين (م ١٧٣ من الدستور والمذكرة التفسيرية) فسندخص لمناقشته بعض التفاصيل في الفرع الخاص بتطبيق هذه الرقابة في الكويت .

بند ٨ - يستند حق القضاء في بحث دستورية القوانين كذ لك الى مبدأ مشروعية تصرفات الدولة جميعها كما عرفنا . وهذا هو جوهر التفرقة بين الحكومة الخاضعة للقانون

(*gouvernement légal*) والحكومة الاستبدادية التي لا تخضع في حيزها للقانون

(*gouvernement despotique*) فالدولة القانونية تخضع لقواعد قانونية

وهذه بدورها يخضع بعضها لبعض ، أي أن القانون الملزم للدولة القانونية يتضمن تدرجا بين القواعد القانونية (

Hiérarchie des règles juridiques

بمعنى أنه يجب أن تاون كل واحدة من هذه القواعد الملزمة للدولة خاضعة للحدود التي

ترسمها لها القواعد التي تسمح عليها ، فتخضع اللائحة للقانون ويخضع كلاهما للدستور^(١) فبغير

ذلك كله تسقط عن الدولة عفتها القانونية (*Lég alité*) وتتصف بالاستبداد

وسواء في ذلك ان تكون الحكومة فردية أو استقرائية أو ديمقراطية ، هل ان أشد أنواع الاستبداد

هو ذلك الذي يلبس ثوبا ديمقراطيا لانه استبداد معسول ، فضلا عن أن تبعته تكون موزعة

على رؤوس عديدة فيتداعى أثرها وينتشر مفعولها . لذلك يجب أن يفرض احترام القواعد

القانونية و احترام تدرجها ، وأن تلتزم بذلك جميع السلطات ومنها السلطة التشريعية ،

وان يكون القضاء حارسا لذلك الاحترام ضامنا لهذا الالتزام ، ولا يكون ذلك الا بتقرير

حقه في مراقبة دستورية القوانين ومشروعية اللوائح على حد سواء ، وذلك على الأقل بطريق

(١) رقابة القضاء الدستوري التي لا يحد من ذلك تقسيم بين درجتين من القوانين العادية ، فمنها ما اعتبره قانونا أساسيا (*loi fondamentale*) ومنها ما اعتبره قانونا عاديا (*loi ordinaire*) . وبذلك يكون النوع الاول أسنى من النوع الثاني وبقيده . (يقارن حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ والمنشور بمجموعة السنة الثالثة ، ص ١٠٦ رقم ٢٦ حيث قسمت المحكمة التصرفات التي يشترط عرضها على البرلمان - في دستور سنة ١٩٢٣ للموافقة عليها - الى ثلاث أنواع متميزة من العمل التشريعي المحس الخاص بتقرير القوانين ، والأنواع الثلاثة المذكورة هي :

أ - قرارات ذات سلطة كالقرارات بإنشاء الخطوط الحديدية مثلا .

ب - وقرارات لها مساس بأموال الدولة ومصلحتها كقرارات عقد القروض العامة . . . وقرارات الالتزامات . . . والميزانية . . .

ج - وقرارات ذات صبغة وصائية كترتيب الهيئات المحلية

وقررت المحكمة ان هذه الأنواع الثلاثة من القرارات تصدر في شكل قوانين تختلف عن القوانين التشريعية في طبيعتها وفي القصد منها ، وترتب على ذلك - على حد عبارة المحكمة - أنه لا يجوز للبرلمان عند إصدارها مجانية قانون قائم فعلا ، على عكس الحال في القوانين التشريعية فانه يجوز للبرلمان عند اقرارها مخالفة أحكام قانون سابق .

رقابة الامتناع أو الدفع الفرعى بعدم الدستورية (١).

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ - ٢٣٥ .

القسم الثاني

تجارب الرقابة القضائية لدستورية القوانين
في القانون المقارن

ما هو موقف الدول المختلفة من الأفكار النظرية السابق ايرادها ، فى شأن عناصر
دستورية القوانين والرقابة عليها ؟ والى أى مدى تأثرت هذه المواقف وتنوعت تبعاً للأفكار
القانونية من جهة ، وتحت ضغط الظروف الواقعية والاعتبارات السياسية المتداخلة فيها من جهة
أخرى ؟

هذا ما نتناوله الآن بالقدر الملائم من الشرح - من خلال أهم التجارب العالمية -
وذلك فى ثلاثة فصول متتابعة اقليمياً ، فى خارج العالم العربى ، ثم فى داخله ، مع تخصيص
فصل مستقل للتجربة الكويتية يكون ختام المطاف فى تجارب " القانون المقارن " بهذا الخصوص .

الفصل الأول - تجارب الرقابة القضائية على دستورية القوانين خارج العالم العربى .
الفرع الأول - تجربة الولايات المتحدة الامريكية

بند - هذه هى التجربة الرائدة يقينا فى هذا المضمار ، وهى ليست رائدة فقط من حيث
عراقتها وقدم جذورها التاريخية ، وانما هى رائدة كذلك وبصفة خاصة من حيث تأصيل أسباب
الرقابة القضائية ومن حيث ضبط أسبابها والاجراءات اللازمة لحسن ممارستها .

ولعله من الواجب قبل الدخول فى تفصيل خصائص تلك التجربة أن نلفت النظر
بصددنا الى أربعة أمور هامة ، أولها أنها لشدة ارتباطها المنطقى والتاريخى بتطورات
المسيرة الفيدرالية فيها وبالملازمات السياسية التى واكبت تلك المسيرة يجب ألا تؤخذ نتائجها
كمسلمات لا معدى من حصولها فى كل دولة فيدرالية أخرى (وذلك سواء كانت هذه النتائج
لصالح الرقابة القضائية أو ضدّها) . وروح الحذر هذه يجب أن تتضاعف اذا ما كان الأمر
متعلقاً بببحث هذه الرقابة فى دولة بسيطة موحدة (غير فيدرالية) . فكل ما نستخلصه من النتائج
- هنا أو فى أية تجربة أخرى - انما هى تقديرات وتوجيهات لها قدرها ولكن قد يتغير عطاؤها
حسب ظروف كل بلد ، أو يتباين مردودها تبعاً لتباين البيئة والملازمات ، وان لم يهده
ذلك نفع المقارنة أو فوائد العظة ، أو امكان الاقتباس التصرف .

ولعل أبرز خصائص التجربة الأمريكية تسرب الاعتبارات السياسية اليها ، لا منذ
نشأتها بل وفى فترة حضانتها ، فقد تأثرت التجربة - كما سبق القول - بتاريخ الولايات
الامريكية السابق على دستورها الاتحادى (سنة ١٧٧٨) ، شاملاً الفترة التى مضت بين
اعلان الاستقلال (فى ٤ / ٧ / ١٧٧٦) والدستور المذكور ، بل ومخلفات عهد التبعية لبريطانيا
قبل الاستقلال وما كان للتاج البريطانى وتشريعاته من علو . تتبعه رقابة ، على ما يجرى فى الولاية
(المستعمرة) من قواعد وتشريعات بل وأحكام^(١) .

(١) تراجع بصفة خاصة رسالة الدكتور احمد كمال ابو المجد ، السابق ذكرها ،
والمراجع التى اشار اليها ، وبخاصة مراجع الاحكام القضائية التى ناقشها .

كذلك شاعت الأقدار - وبالمصادفة - أن تسفر انتخابات عام ١٨٠٠ عن تغيير السلطة السياسية الحاكمة ، فانضم الحزب الاتحادي - الفيدرالي - الذي كان حريصا على توكيد السلطة الفيدرالية أو الاتحادية ، وذلك بالطبع على حساب مدى استقلال الولايات ، وانتهى بذلك عهد رئاسة آدمز (John Adams) وبدأ عهد الرئيس جفرسون (Thomas Jefferson) وحزبه الجمهوري . فكان ذلك نذيرا بنكسة المسيرة الفيدرالية التي كانت إلى حد ما فطيرة حينذاك ومننا اختدم الصراع بين الحزبين ، واحتدم تخطيط كل منهما للمستقبل مع تخطيط الآخر ، وشاعت الأقدار أيضا أن تكون " المحكمة العليا " أخطر ميادين هذا الصراع . وفوق ذلك لم تتوان تلك المحكمة في القيام بدور خطير في هذا الصراع بجهد بالغ من رئيسها (جورج مارشال (John Marshall)^(٢) الذي كان وزيرا للداخلية من قبل (في عهد الحزب الفيدرالي) ثم عين رئيسا للمحكمة التي صارت مثابة لذلك الحزب واتجاهاته وحصنا قويا له ضد تطلعات العهد الجديد غير الفيدرالية .

إلى جانب هذا وذاك ، سئرى في أسلوب تشكيل المحكمة ، وفي مضمون قضائها ، وفي الأجزاء التي احاطت بأحكامها أو تخلفت عن تلك الأحكام ، كيف كانت السياسة تتسلل إلى هذه المؤسسة القضائية ، رضيت المحكمة أو أبت ، وكيف كادت هذه الخطوة تعصف بالمحكمة أحيانا ، لولا سندها الدستوري الشاق التسديد من جهة ، وتعلق الرأي العام الأمريكي بها خاصة وبجملة النحوال الذي أدت عليه رسالتها ، وتقديره الخاص للقضاء عموما^(٢) .

(٢) ظل الحزب الفيدرالي في الحكم عقب العمل بالدستور فترة الرئيس جورج واشنطن من سنة ١٧٨٩ إلى سنة ١٧٩٧ (المتوفى في ١٤ / ١٢ / ١٧٩٩) ، ثم فترة جون آدمز من سنة ١٧٩٧ إلى سنة ١٨٠١ (وقد توفي في ٤ / ٧ / ١٩٢٦) .

وقد ذكر الدكتور حسن زكريا بهذا النص (المرجع السابق ، ص ٥) أن " القضاء الأمريكي - متمثلا بجميع محاكمه الإقليمية والفيدرالية يوجه عام ، وبالمحكمة العليا الفيدرالية بوجه خاص - يحتل مركزا فذا بالغ الأهمية في النظام السياسي الأمريكي قد لا يدانيه في ذلك قضاء آخر في أي من أقطار العالم الأخرى . وقد بلغت أهمية هذا المركز حدا دفع أحد كبار رجال القانون الفرنسيين إلى أن يطلق على النظام الأمريكي اسم " حكومة القضاء " (Edward Lambert) وقد جعل هذه الجملة عنوانا لمؤلف أصدره سنة ١٩٢١ Gouvernement des juges وقال ذلك مؤلفون آخرون) . وقد استشهد على ذلك الدكتور حسن زكريا بكون اللوحتين المنصويتين بقاعة المحكمة العليا بواشنطن ولتين تصوران مكب صانعي القانون عبر التاريخ قد تضمنت ثمان عشرة صورة ليس فيها إلا قاض واحد هو جون مارشال رئيس المحكمة العليا المذكور أعلاه .

أما الأمر الثاني فهو التذكرة بما سبق بيانه من أن هذه الرقابة الأمريكية (بطريق الدفع الفرعى) لم تتقرر بنصوص صريحة قاطعة للجدل أو الخلاف ، وإنما كان رجحان كنهها على كفة الرأى المنكر لها - من قبيل الاجتهاد - وبالذات اجتهاد المحكمة العليا بدءاً بحكمها الصادر سنة ١٨٠٣ ثم حكمها التالى سنة ١٨٥٧ ، ومن بعدهما أحكام تكاد تعدو الحسبة والحصر . وما اتسع المجال لهذا الاجتهاد الا لأن النصوص الدستورية الأمريكية قد جاءت مقتضبة بهذا الخصوص بل وفى الدستور الأمريكى بصفة عامة (٣) .

الى

كذلك أمتد النموذج مقاصد واضع الدستور المذكور فى شأن الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، وتعددت وجهات النظر فى تفسير خلو الدستور من نص صريح يقرر هذه الرقابة أهو راجع الى كون الرقابة جزءاً طبيعياً من الوظيفة القضائية دون حاجة الى نص كما قال البعض ٢٠٠ ؟ أم لكونها كانت تمارس فعلاً فى كثير من الولايات قبل الدستور الاتحادى ومن ثم لم تكن ثمة حاجة لتقريرها من جديد ٢٠٠ ؟ أم كان سبب هذا السكوت حرص أنصار الرقابة على تفادى احتمال برفض المؤتمر الدستورى للرقابة فيما لو طلبوا النص عليها صراحة ؟ يبدو - مع أغلب الباحثين - أن الاحتمال أو التعليل الأخير هو أرجح الثلاثة ، ومن أدلة ذلك (كما يقرر الدكتور أحمد أبو المجد) أن أنصار الرقابة لم يدخروا وسعاً فى الدفاع عنها صراحة خلال أعمال المؤتمرات أو الجمعيات التأسيسية المحلية (فى الولايات) التى تلت اقرار مشروع الدستور فى مؤتمر فيلادلفيا . كذلك استخلص الدكتور حسن زكريا من وقائع هذا المؤتمر (سنة ١٧٧٨) " أن أغلبية أعضاء ذلك المؤتمر كانوا يريدون أو يتوقعون من المحكمة العليا أن تمارس هذه السلطة ، ولذلك فانه لا مجال للقول بأن المحكمة العليا قد

اغتنبت مثل هذه السلطة لنفسها اغتصاباً كما يظن البعض " ، ثم أضاف حجة أخرى فى هذا المعنى وهى ترديد هذا الفهم على ألسنة كبار أنصار الدستور فى مناقشات الجمعيات التأسيسية فى الولايات حيث لم يسجل فيها أى " نقد مباشر أو اعتراض صريح " على تلك

لاحظ الدكتور حسن زكريا (فى مقاله عن " المحكمة العليا الأمريكية " المنشور بالعدد الأول من مجلة " ديوان التدوين القانونى " - العراقية - ، مارس سنة ١٩٦٦ ، بغداد ، مستخرج / مسئلة / ص ٥) أن الدستور الأمريكى لم يتضمن الا سبعة آلاف كلمة تقريباً - فى حين أن مجموع القضايا التى فصلت فيها المحكمة العليا بعدد تفسيره قد بلغت حتى سنة ١٩٥٧ أربعة آلاف قضية تقريباً ، تملأ قرابة خمسين ألف صفحة فى مجموعات الأحكام المنشورة . كما أشار الى أن ذلك الاقتضاب فى النصوص الدستورية قد أطلق يد المحكمة العليا تقريباً " فى اضافة ما تختاره من معان على هذه النصوص " . حتى صرح أحد كبار رؤساء المحكمة (Evans Hughes) قائلاً " أننا نعمل فى ظل دستور ولكن هذا الدستور ليس الا ما يقول القضاة انه هو " . (المرجع المذكور ، ص ٣٠ ومؤلف Bernard Schwartz عن " المحكمة العليا " ، سنة ١٩٥٧ .

(٢)

الرقابة ، بل على عكس ذلك جاء مثلاً على لسان جون مارشال في جمعية ولاية فرجينيا قوله : إذا أصدرت الهيئة التشريعية قانوناً لا يسمح به الدستور ولا يدخل في أحد الاختصاصات الممنوحة لها بمقتضى نصوصه ، فسوف يعتبره القضاء خروجاً على الدستور الذي يقومون على حراسته وسوف يقضون ببطلانه .^٥ وقد ورد مثل ذلك في ولايات أخرى أشار إليها الدكتور أحمد أبوالمجد بقوله :

" يضيف أنصار الرقابة من الشراح بعد ترديدهم هذه العبارات وأمثالها أن من القواعد المقررة . . . أنه إذا ادعى بعض أعضاء جمعية اختصاص هيئة معينة بعمل أو بسلسلة خاصة ولم ينازعهم في ادعائهم هذا أحد من الأعضاء الآخرين ، فمفهوم ذلك أن هؤلاء الأعضاء يوافقون بدورهم على هذا الادعاء ."^(٤)

بند أما الأمر الثالث فغالباً بتقرير مسيرة الرقابة القضائية الأمريكية في جعلتها فلقد اختلف النقاد في الحكم عليها كثيراً ولكن ذلك لم يزعزع فكرتها من الأساس أو يجعل وجودها ذاته محل تنكسر جدي أو تشكيك ، وإنما كان الخلاف حول مدى تحقيقها لما يجب أن يكون . ولذلك تعلق بها الرأي العام الأمريكي كلاً على وجه الخصوص للحقوق الأساسية والحريات العامة ، ولهذا قيل بحق في شأنها أنه : " على العموم يمكن القول بأن المحكمة العليا وإن لم تكن - كما قيل - القاضي جاكسون - قد مارست سلطتها القضائية بحكمة وبعد نظر على الدوام ، كما أنها وإن كانت قد تعرضت مراراً لهجوم عنيف من قبل بعض رؤساء الجمهورية البارزين كجفرسون وباكسون ولنكولن وروزفلت ، فإن أحداً لم يفكر يوماً ما بشكل جاد ، بضرورة الحد من سلطان المحكمة أو تقليص ولايتها . أما الرأي العام الأمريكي فقد كان أغلبه يدعم المحكمة على الدوام رغم معارضته أحياناً لبعض أحكامها مدفوعاً بميجه سكيليدو - بأن المحكمة العليا ، رغم ما قد يكون ثمة من عيوب فيها ، لا تزال هي الحارس الأشد أمانة وتجرداً على حقوقه الدستورية وحرياته العامة ."^(٥)

بند ويتعلق الأمر الرابع ، بضمون التجربة الأمريكية ، فهي تتضمن (فيما عدا رقابة أوامر المنع Injunctions والأحكام التقريرية Declaratory judgements السابق الكلام عنهما كصورتين أقرب ما تكونان إلى طريق الدعوى الأصلية) طريق الدفع الفرعي الذي تمارسه في القمة " المحكمة العليا " (The Supreme Court) ومن دونها محاكم عديدة مختلفة الأنواع والمستويات ولكن في ظل إشراف المحكمة العليا المذكورة . وما من شك في أن هذه الرقابة في الرقابة (بطريق الدفع الفرعي) إنما جاءت نتيجة للجواب بالإيجاب على السؤال التالي : هل تطهر

(٤) ومن "باب أولى إذا جاء فهم واضح النص صريحاً في مذكرة تفسيرية للنصوص ، كما هو الشأن في تفسير التفسير الرسمي الذي تضمنته المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي (الصادر سنة ١٩٦٢) وأما -
المجلس بعد مناقشته كما ناقش مواد الدستور ورفقه بالمشروع عند رفعه إلى رئيس الدولة (الأمير) وتم التصديق على الدستور وإصداره والمذكرة المشار إليها مرفقة به .

(يراجع د . أبوالمجد ، الرسالة ، ص ١٧٦ - ١٧٩ ، ومقال د . زكريا ، ص ٥ - ٧)

(٥) د . زكريا ، المرجع السابق ، ص ٥٥ ، ومجمعه
في نظام الحكم الأمريكي ، سنة ١٩٥٥ ، ص ٢٣ .

الدفع بعدم دستورية قانون من طبيعة عمل القاضي ٥٠٠ ؟ فلما كان الجواب " نعم " - ففى
الرأى الذى ساد بالولايات المتحدة الأمريكية - كان من الضروري الاعتراف بهذا الحق لكل
قاضى (لا لمحكمة خاصة أو لقاضى خاص دون المحاكم الأخرى أو القضاة الآخرين) وذلك ما
لم يرد نصه على خلاف هذا الشمول المنطقى والأصيل (٦).

أما اذا كان الجواب على السؤال السابق بالنفى ، كان لزاما ألا تكون الرقابة الا بنص
والا يكون نطاقها الا فى الحدود التى يقرها ذلك النص ، وهو ما ذهبت اليه دول أخرى
كما سيأتى .

وفى دراسة التجربة الأمريكية - فى الحدود السابق ذكرها - ندرس تباعا : (١) نظام
المحكمة العليا (تنظيما واختصاصا) . (ب) ونطاق رقابتها بالمقارنة مع رقابة الدستورية
بواسطة غيرها من المحاكم الأدنى منها ، (ج) طابع رقابة الدستورية وضوابطها ، (د) أهم
الأحكام الخاصة بالدستورية وتقديرها .

١- نظام المحكمة العليا الأمريكية

تشكل هذه المحكمة من تسعة (الرئيس وثمانية أعضاء) (٧)، وتصدر أحكامها بحضور ستة منهم
على الأقل (٨).

(٦) مقال André Tunc الأستاذ بحقوق جامعة باريس ، عن رقابة دستورية القوانين فى
الولايات المتحدة الأمريكية ، منشور فى مجموعة البحوث والمناقشات التى أصدرتها مكتبة كلية
الحقوق بجامعة لوفان الكاثوليكية (بيلجيكا) عن حاضِر الرقابة القضائية على القوانين ، بروكسل ،
١٩٧٣ ، ص ١٧ وما بعدها .

(٧) تعتبر هذه المحكمة قمة القضاء فى الدولة ، حيث تنص المادة الأولى من الدستور (فى فقرتها
الثانية) على أن للكونجرس (البرلمان) " أن ينشئ محاكم تقل فى مرتبتها عن المحكمة
العليا " . ويسمى رئيس المحكمة " كبير القضاة " Chief Justice ويسمى أعضاؤها
Justices . ومنذ سنة ١٩٢٢ استكملت المحكمة إشرافها على مختلف محاكم القضاء
الفيدرالى فى الدولة ، كما يشرف رئيسها على سير الجهاز القضائى الفيدرالى ويرأس المجلس
القضائى للدولة الذى يضم رؤساء محاكم الاستئناف الفيدرالية وعدد من القضاة الفيدراليين ،
ويختص برسم السياسة القضائية العليا فى البلاد (د . زكريا ، ص ١٤ والمراجع التى ذكرها) .

(٨) لم يحدد الدستور الأمريكى عدد أعضاء المحكمة العليا وإنما حدده القانون . وقد كان هذا
العدد ستة أول الأمر ثم رفع الى تسعة سنة ١٨٦٩ وقد ذكر د . حسن زكريا (المرجع السابق
ص ١٢) أن القاضى Roberts (عضو المحكمة من ١٩٣٠ الى ١٩٤٥) قد ذهب
فى خطاب له أمام نقابة المحامين بمدينة نيويورك سنة ١٩٤٨ الى ضرورة تعديل الدستور
بحيث ينص فيه صراحة على عدد أعضاء المحكمة التسعة ، وذلك لقطع الطريق أمام الكونجرس
فى زيادة أو انقاص عدد القضاة كما حدث عندما فشل الحزب الفيدرالى فى انتخابات أواخر
سنة ١٨٠٠ فأراد أن يضع فى طريق عمل العهد الجمهورى " التالى " (فى مطلع سنة ١٨٠٠)
عقبة تحول دون تعيين عضو جديد جمهورى النزعة فيما لو خلا مكان أحد الأعضاء . لأن
فأقر قانونا بتخفيض عدد أعضاء المحكمة الى ثمانية (بدلا من تسعة) على ألا يسري هذا
التخفيض على تكوين المحكمة القائم حينذاك بل مستقبلا فيما لو حدث وفاة أحد هم أو استتال) .

ويكون التعيين بواسطة رئيس الجمهورية بناءً على استشارة مجلس الشيوخ وموافقة (٩).
ويكون هذا التعيين لمدة الحياة ، مع حق العضو في التقاعد في سن السبعين (إذا كانت
مدة خدمته في المحكمة عشر سنوات على الأقل) أو في سن الخامسة والستين (إذا بلغت
مدة خدمته خمس عشرة سنة أو أكثر) . ويكون التقاعد بكامل المرتب (الذي يبلغ بالنسبة
إلى الرئيس ٦٢٥٠٠ دولار سنوياً ، وبالنسبة إلى العضو ستين ألف دولار في السنة (١٠))

ويلاحظ أيضاً هنا أنه ، في سنة ١٩٣٧ عندما أصدرت المحكمة برئاسة الرئيس روزفلت وأصدرت اثني
عشر قراراً بعدم دستورية تشريعات الانعاش الاقتصادي الذي أراد بها تحقيق قسط من
العدالة الاجتماعية قدم لائحة قانون بزيادة عدد أعضاء المحكمة (عن تسعة) حتى يستطيع
بالتعيينات الجديدة تغيير اتجاهها ، المعارض الذي أثار الرأي العام كما أثار هو ولكن تغيير
موقف المحكمة فجأة بانتقال أحد أعضائها (وهو Owen J. Roberts) من
جانب الأغلبية - الخمسة - إلى جانب الأربعة فأصبحوا بذلك أغلبية في صالح قوانين الانعاش
المذكورة وبذلك أنقذت المحكمة وعدل عن تعديل عدد أعضائها ، وقيل في ذلك قول مأثور
A switch in time saved nine (المرجع السابق ص ٤) .
كذلك طالب البعض بزيادة عدد أعضاء المحكمة المذكورة لكي تتعدد دوائرها أو غرفها وتتمكن
بالتالي من سرعة إنجاز أعمالها ، وذلك أسوة بما في المحكمة العليا السوفيتية مثلاً أو محكمة
النقض الفرنسية ، حيث تتألف كل منهما من ٦٠ إلى ٧٠ عضواً . ولكن لاحظ آخرون (القاضي
Jackson) أن الدستور الأمريكي يمنع تجزئة المحكمة العليا وتصورها محكمة عليا واحدة
(د . زكريا ، المرجع السابق ص ١٢ ، والمراجع التي أشار إليها (١٠) .

(٩) تنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من الدستور على أن يكون هذا التعيين :
(with advice and ancent of the senate)

(١٠) كحل ذلك استقراراً كبيراً للمحكمة واستقلالاً فعالاً ، كما ساعد على المراد مسيرتها في الجملة
وتوطيد مبدأ السوابق القضائية " إلى حد بعيد ، وإن لم يخل من بعض الاستثناءات تحت
ضغط تطور الظروف والازمان . وقد لمح البعض - متفكراً - إلى هذا الاستقرار الوظيفي
بقوله " أن قضاة المحكمة العليا لا يستقيلون ولما يموتون " . فعلاً نجد الرئيس مارشال قد
توفي في سن الثمانين ، ونجد Roger B. Taney الذي خلفه ظل في رئاسة
المحكمة ٢٨ سنة ، وتركها بالوفاة سنة ١٨٦٤ في سن السابعة والثمانين ، وتوفي الرؤساء
Solman P. Chase في سن ٦٥ و Morrison . R. Waite في سن ٧٧ و Edward
Melville W. Fudler في سن ٧٧ و White في سن ٧٦ و William H. Taft في سن ٧٣ ،
و Charles E. Hughes في سن ٨٦ ، و Harlan F. Stone في سن ٨٠ ،
و Fred M. Vinson في سن ٦٣ ، و Earl Warren في سن ٧٤ .

Warren E. Burger فمن مواليد سنة ١٩٠٧ .

أما الرئيس الحالي

وبسبب مدد الخدمة الطويلة المستقرة لرؤساء المحكمة وأعضائها تبين أن عدد
القضاة جميعاً لم يتجاوز المائة خلال قرن ونصف تقريباً .

وتراعى فى اختيار قضاة المحكمة العليا — فضلا عن عنصر الكفاية اللازمة أصلا — لتلك المهمة الخطيرة — اعتبارات أخرى متنوعة ، من أبرزها كما عرفنا الاعتبار السياسى (وبخاصة اتجاه المرشح لأفكار الحزب الفيدرالى قديما والديمقراطى حديثا أو لأفكار الحزب الجمهورى) .
وكذلك عوامل التوازن الجغرافى بين الولايات ، والأصل الدينى^(١١) ، والولاء السياسى^(١٢) .

كذلك نجد أن ماضى تخصص القضاة متنوع بدوره ، فقد يكون هذا الماضى خبرة قضائية أو فى التدريس الجامعى ، أو فى المحاماة ، أو فى ميدان النشاط السياسى^(١٣) .

بند الاختصاصات (المتعلقة بدستورية القوانين) : لا نبحث هنا مهام المحكمة العليا كافلة وإنما يعيننا من تلك المهام ما يتعلق بمراقبة دستورية القوانين ، تلك الرقابة التى أصبحت بحق "جزءا جوهريا من التاريخ الأمريكى"^(١٤) .

والأساس الدستورى لهذه الرقابة هو الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور حيث تقول :

" هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التى ستصدر فيما بعد طبقا له ، ستكون القانون الأعلى فى البلاد ، وسيكون القضاة فى كل ولاية ملزمين بها ، ولا تقوم قائمة لما يرد فى دستور أية ولاية من الولايات أو فى قانون من قوانينها مناقضا لذلك . والشيوخ النواب . . . وأعضاء المجالس التشريعية لمختلف الولايات ، وجميع الموظفين التنفيذيين

(١١) د . زكريا ، المرجع السابق ، ص ١٢ و ١٣ حيث يسجل العادة التى جرت منذ مدة غير قصيرة على أن يكون أحد القضاة يهوديا ، ولذلك عندما شغل منصب القاضى Frank fuster (بسبب التقاعد) فى عهد الرئيس كندى عين مكانه الوزير Goldberg . ولكن بعد فترة قصيرة أقنع الرئيس التالى (جونسون) هذا القاضى بقبول منصب مندوب أمريكا الدائم لدى منظمة الأمم المتحدة ، ويقبوله ذلك عين الرئيس فى المحكمة العليا القاضى الدائم Fortas (من كبار المحامين اليهود) . كذلك أورد المؤلف أن " البعض استنتجوا من قيام الرئيس جونسون بتعيين القاضى الزنجى البارز Thurgood Marshall لمنصب وكيل قضايا الحكومة العام (Solicitor General) أن ذلك كان " تمهيدا لترقيته فى الوقت المناسب إلى عضوية المحكمة العليا " .

(١٢) (٤٣ ، ٤٤) أوضح مثال لذلك رئيس المحكمة جون مارشال كما سبق .

(١٤) قيل أنه " إذا كان القول بأن تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية يمكن تدوينه فقط باستقراء الأحكام التى أصدرتها المحاكم الفيدرالية ، منذ نشأة الجمهورية الأمريكية قبل مائتى عام تقريبا ، فيه بعض الغلو ، إلا أن القول بأن التاريخ الأمريكى لن يكون كاملا بدون دراسة تلك الأحكام دراسة دقيقة ، هو قول صحيح لا غلوا أو مبالغة فيه قط " (ذكر ذلك د . زكريا - المرجع السابق ، ص ٢ - عن مؤلف Harold Waski المعلنون The

American Democracy - طبعة سنة ١٩٤٨ ، ص ١١٠) .

والقضاة سواء في الولايات المتحدة أو في مختلف الولايات سيكونون ملزمين بمقتضى القسم
أو تأكيدهم بأن يؤيدوا الدستور (١٥)

هذه الرقابة القضائية (بأريق الدفع الفرعى) التى تقررت بالولايات المتحدة
الأمريكية منذ استظهيرها حكم سنة ١٨٠٣ المذكور ، والتى نمت واستقرت من بعد ذلك حتى
اليوم ، تأخذ صورتين لدى المحكمة العليا ، فقد تكون ولاية المحكمة فيها أصلية (درجة
أولى أو مبتدأة) وقد تكون ولاية استئنافية .

بند ٠٠٠ تقتضى دراسة هذه الرقابة فى مصر التفريق بين مرحلتين ، أولا هما المرحلة السابقة على النمر عليها فى قانون " المحكمة العليا " رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ثم فى " الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية " الصادر سنة ١٩٧١ (بالمواد ١٧٤ - ١٧٨) ، والذي على أساسه سيصدر قانون المحكمة الدستورية المرتقب . أما المرحلة الثانية فهى مرحلة العمل بهذه النصوص والتي بدأت بالقانون رقم ٨١ السالف الذكر والذي لا يزال سارى المفعول .

أولا - المرحلة السابقة على النصوص المقررة للرقابة

بند ٠٠٠ ترتب على انعدام النصوص الدستورية والتشريعية المقررة للرقابة القضائية على دستورية القوانين فى تلك المرحلة انتفاء الحديث عن " الرقابة بطريق الدعوى الأصلية " ، حيث أنها لا تقرر الا بنص كما سبق البيان .

وعليه فكان كل المستطاع فى تلك المرحلة هو القول - اجتريادا - بإمكان " الرقابة عن طريق الدفع الفرعى " ، وكان طبيعيا أن تختلف آراء الفقه والقضاء فى هذا الخصوص ، بل وكان منطقيا أن يكون مرور الزمن وتطور الأفكار لصالح الرأى القائل بجواز اجراء هذه الصورة الثانية من الرقابة (دون حاجة لنص) ، وهذا هو الذى حصل فعلا حتى انتهت أحكام القضاء وجمهرة الشراح الى الأخذ به بصورة يمكن القول أنها قاطعة لصالح الرقابة قبل استحداث النصوص التى سبقت الإشارة إليها .

(أ) الرقابة أمام جهة القضاء العادى :

بند ٠٠٠ عرضت أمام بعض المحاكم العادية - على نحو ما - مشكلة الرقابة ، ولكنها لم تنته الى تقرير الامتناع عند تطبيق أى قانون على أساس مخالفته للدستور ، ولذلك اختلف الشراح فى تقدير موقف هذه المحاكم ، فذهب البعض الى عدم الجزم - فى أحكامها - بحق القضاء فى رقابة الدستورية ، ولكنها ذهبت (منذ سنة ١٩٤٢) الى خلاف ذلك . وفيما يلى بيان لموقف القضاء فى عدة أحكام فى المرحلة المذكورة والذي ترك مجالا لاختلاف الفقه بصدده :

بند ١ - حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٢٦ / ١ / ٤ (مؤيدا لحكم صادر من محكمة

جنايات الاسكندرية بتاريخ ١٦ / ١٠ / ١٩٢٤) :

كان موضوع القضية خاصا بتطبيق القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٢٣ الذى عدل المادة ١٥١ من قانون العقوبات مشددا العقاب على بعض جرائم الرأى (وذلك كتحديد لحرية الرأى المنصوص عليها حينذاك فى المادة ١٤ من دستور سنة ١٩٢٣) ، وقد دفع الدفاع الدعوى بأن القانون المذكور غير دستورى ، والذي يعنينا بالذات هو موقف المحكمة من هذا الدفع ، الذى رفضته لأن القانون المذكور لم يخالف الدستور .

ذهب رأى الى أن قضاء المحكمتين (النقض والاستئناف) على هذا النحو لا يمكن الاستناد

للقول
اليه على وجه التأكيد بأن القضاء عندنا يؤيد هذه النظرية " أى نظرية الرقابة القضائية لدستورية القوانين (١) كما قيل " ان ما جاء بحكمى الجنايات والنقض لا يكاد يثبت على وجه الجزم أن المحكمة فصلت بحكمها المنكور نفى دستورية القانون ، فقد كانت مهمتها سلبية إذ جاء القانون مطابقا لنصوص الدستور ، ومن ثم ظل السؤال - ترى لو كان القانون المطعون فيه مخالفا حقا للدستور أكانت ترفض المحكمة تطبيقه ؟ - قائما بغير جواب (٢) .

ولقد رأينا غير هذا رأى وثلنا ان الحكمين المذكورين قررا مراقبة دستورية القوانين وأيدنا صحة استشهاد المستر برنتون (الرئيس السابق لمحكمة الاستئناف المختلطة) سنة ١٩٣٠ بهذا الخصوص وكذلك ما قرره المرحوم الأستاذ على بدوى بصدده عندما قال : " قد استباحث محكمة النقض المصرية لنفسها حق النظر فى دستورية القوانين ، بمناسبة تطبيق القانون رقم ٣٧ سنة ١٩٢٣... (٣) " .

أما تدليلنا على أن الحكمين المذكورين قد أقرا حق القضاء فى مراقبة دستورية القوانين فنلخصه فيما يلى :

ذكرت محكمة النقض أن محكمة الجنايات : " قالت بحق فى حكمها المطعون فيه ان القانون رقم ٣٧ سنة ١٩٢٣ المعدل للمادة (١٥١) عقوبات صدر من الجهة التى لها ولاية التشريع وقت صدوره ولم يأت نص فى الدستور مانع لتنفيذه أو معلق له الى الوقت الذى ينظره فيه البرلمان ، فأحكامه لا يمكن تعطيلها الا بقانون آخر ينسخها ، وما دامت موجودة فلا بد من تطبيقها على المتهمين . كما أن المادة (١٥١) سالفه الذكر لم تكن مخالفة لأحكام الدستور لأن حرية الرأى المكفولة بالدستور يجب أن تكون فى حدود القانون كما نصت المادة ١٤ من الدستور (٤) " . ان المحكمة بهذا القول لم ترفض بحث دستورية القانون أساسا ، وإنما بحثتها ولكتها بمحض الصدفة تبين أن القانون موافق للدستور فطبقته . فبحث المحكمة كون القانون مخالفا أو غير مخالف للدستور قد حصل وحصوله هو اقرار بحق القضاء فى مراقبة دستورية القوانين وذلك بصرف النظر عن نتيجة هذا البحث .

- (١) راجع الدكتور وحيد رأفت والدكتور وايت ابراهيم ، فى مؤلفهما " القانون الدستورى " سنة ١٩٣٧ ص ١٤ وما بعدها . وقد ناقشهما ذهب اليه المستشار برينتون (فى محاضرة له عن " مهمة السلطة القضائية فى المسائل الدستورية بالولايات المتحدة ومصر ") - والدكتور شكرى نجيب (فى رسالة له للدكتوراه فى جامعة باريس سنة ١٩٢٩) من القول بأن فى القضاء المصرى رقابة امتناع عن تطبيق القانون غير الدستورى .
- (٢) الدكتور السيد صبرى - المرجع السابق ص ٦٧٨ .
- (٣) الأستاذ على بدوى - الأحكام العامة فى القانون الجنائى - الجزء الأول - ١٩٣٨ - ص ١١٥ و ١١٦ (بالهامش) ، " مؤلف الدكتورين محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد " شرح قانون العقوبات " ١٩٤٣ ، ص ١٠٩ وما بعدها .
- (٤) المجموعة الرسمية السنة السابعة والعشرون ، رقم ٦٣ ، ص ٩٦ - ٩٩ .

يوكد كل ذلك أننا افترضنا أن دعوى دين قد رفعت على مدين لدى محكمة غير المحكمة المختصة إقليميا ، فدفع المدين هذه الدعوى بعدم الاختصاص ، فهنا يجب طبعاً أن تفصل المحكمة أولاً في موضوع اختصاصها ، فان ثبت لها الاختصاص انتقلت الى موضوع الدعوى ، وقد تنتهي فيه الى الحكم للمدعى بالدين أو برفض دعواه موضوعياً . فان أصدرت حكماً في الموضوع (على هذا الوجه أو ذاك) كان معنى ذلك أنها قررت أساساً اختصاصها بالقضية أي رفض الدفع بعدم الاختصاص . أما اذا كانت المحكمة ترى عدم اختصاصها بنظر الدعوى فالواجب عليها هو الحكم بعدم الاختصاص دون التعرض للموضوع (أي دون الحكم موضوعياً بالدين أو ببرائة ذمة المدعى عليه منه لأي سبب) .

فمثل ذلك تماماً حكم المحكمة - عند الطعن في دستورية قانون ما - بأن هذا القانون موافق للدستور أو مخالف له ، فهو يتضمن اقرار المحكمة أولاً باختصاصها في فحص دستورية القانون ، وبأنها ان كانت قد طبقت القانون فان ذلك يرجع فقط الى ما ثبت لها بعد البحث من موافقة هذا القانون للدستور . ومعنى ذلك أنها كانت تمتنع عن تطبيقه لو ثبت لها عدم دستوريته . ولو كانت المحكمة تعتقد ألا حق لها في مراقبة دستورية القوانين لكفت نفسها مؤونة هذا التفصيل ، ولقضت بعدم اختصاصها دون بحث ما اذا كان القانون موافقاً فعلاً للدستور أو مخالفاً له ، لأن الفصل في الاختصاص سابق على الفصل في موضوع الدعوى .

ومما يوكد صحة هذا القول أن حكم المحكمة في موضوع دعوى المديونية المذكورة برغم الدفع بعدم اختصاصها ، يقبل الطعن فيما تضمنه من القضاء ضمناً - باختصاصها ولو كان موضوع الدعوى (بحسب قيمته مثلاً) لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف .

وعليه فان محكمة النقض قد أقرت يقيناً في حكمها الصادر بتاريخ ٤ يناير سنة ١٩٢٦ ما ذهبت اليه محكمة جنايات الاسكندرية قبلها من الاعتراف بحق القضاء المسمى في مراقبة دستورية القوانين (١) .

٢- حكم محكمة (تلا) الجزئية الصادر في ٣ / ١ / ١٩٢٦ ، الذي قضى بإدانة بعض العمد لمخالفتهم الأمر الصادر اليهم من وزارة الداخلية ، حيث امتنعوا عن استلام دفاتر الانتخابات (بالمخالفة لقانون الانتخاب الصادر في ٨ / ١٢ / ١٩٢٥ ولائحة العمد) ، فلم يشفع لهم إلا العمد دفعهم الدعوى بعدم دستورية قانون الانتخاب المذكور وبالتالي المنشور الوزارى) .

(١) سنوسع في إيراد بعض عبارات الأحكام بنصها تقريباً للغة القضائية وتوكيداً لتواتر الحجج بالفاظها .

حقاً ان المحكمة قد تجنبت صميم البحث في دستورية قانون الانتخاب المذكور، (ان وجدت في مخالفة العمد لأوامر الجهة الرئاسية لهما يكفي للدافعة) ولكنها قد تعرضت لمبدأ رقابة الدستورية من الناحية العامة بقولها "كل ما للمحاكم هو أن تمتنع عن تنفيذ قانون لعدم دستوريته وبدون أن يغير ذلك من قيام القانون المذكور واما أن تحكم محاكم أخرى بدستوريته".

أما الموضوع فقالت عنه: "وحيث ان قانون الانتخاب ليس هو المطلوب تطبيقه في هذه القضية ان لا يحاكم العمد على مخالفة قانون الانتخاب بل لمخالفتهم لأمر صادر من وزارة الداخلية وهو المنشور نمرة ١ انتخاب الواجب عليهم طاعته في نادية وتليفهم طبقاً للائحة العمد فلا محل اذا للبحث في دستورية قانون الانتخاب الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ان لا يصح للعد بصفته موظفين التردد في تنفيذ الأوامر الصادرة من رؤسائهم بغير أن تكون مستندة الى قانون دستوري وعليه يكون السببان المذكوران ليسا بمسوغين شرعيين للامتناع عن استلام دفاتر الانتخاب طبقاً للمنشور نمرة ١ انتخاب".

ولقد انتقد المحرم الدكتور صبري، هذا الحكم ملاحظاً أنه "لا شك أن المحكمة أخطأت في فهم معنى حقها في رقابة دستورية القوانين لأن معناه أن القانون الأساسي هو القانون الأعلى الواجب الاحترام والتطبيق اذا ما تعارض مع القانون العادي، وعلى ذلك فاذا كان امتناع العمد عن تنفيذ أمر اداري صادر اليهم بناءً على قانون الانتخاب المتعارض مع الدستور فان هذا الامتناع يكون مشروعاً ولا عقاب عليه لأن هذا الأمر الاداري الصادر بالمنشور رقم ١ لا يعد وكونه أمراً ادارياً يجب أن يصدر في حدود القانون وقد صدر فعلاً في حدود قانون الانتخاب فاذا كان قانون الانتخاب غير دستوري فان الأمر الصادر الى العمد هو بطبيعته أمر لا قيمة قانونية له ولهم الحق في الامتناع عن تنفيذه واحترامه" فالمحكمة بحكمها السالف الذكر قد تعارضت مع قولها بحقها في نظردستورية القوانين لأنها حكمت على العمد بغرامة لمخالفتهم التعليمات الصادرة اليهم مع أنها لو نظرت في دستورية قانون الانتخاب لحكمت بعدم دستوريته لعدم صدوره في حدود المادة ٤١ من الدستور ولتلا ذلك الحكم ببراءة العمد لا تغريمهم.

"وغريب أن تلجأ المحكمة الى توقيع العقاب على مخالفة العمد 'للمنشور اداري صادر طبقاً لقانون الانتخاب رغم دفع العمد بعدم دستورية القانون ومطالبتهم المحكمة ببحث ذلك ورغم تقريرها بأن من حقها النظر في دستوريته التي لم تنظر فيها مكثفياً بالنظر في واجب العمد المنصوص عنه في لائحته وهي بذلك وضعت اللائحة فوق الدستور". أما نحن فقد رجحنا

صحة ما ذهب اليه المحكمة في هذا المقام وذلك لأنه من المعروف أن قاعدة التبعية الادارية (hiérarchie administrative) توجب على المروءوس في النظام المركزي اطاعة أوامر رئيسه دون الاحتجاج عليها بمخالفتها للقانون أو الدستور ودون امكان المروءوس الطعن في هذه الاوامر أمام القضاء وفي هذا تختلف التبعية الادارية هذه عن " الرقابة الادارية " المسماة " الوصاية الادارية " (la tutelle administrative) المأخوذ بها في النظام اللامركزي (la décentralisation) وهذا هو أرجح الآراء في تحديد مدى طاعة المروءوس لأوامر رئيسه التي قد يرى فيها مخالفة للقانون أو للدستور، وذلك على تفصيل لا يتسع له هذا المقام ..

بند ٣- حكم محكمة مصر الكلية بتاريخ ١٩٤١/٥/١ : تعرضت المحكمة فيه لهذا الحق مرة أخرى ، فأقرته بصراحة قاطعة (وذلك برغم الحكم في الموضوع بدستورية القانون الذي كان محل الطعن)^(١) وقررت أن " السلطات جميعا مفيدة بالدستور الذي أوجدها ومنه تستمد سلطاتها وليس لها أن تخرج عايله أو أن تعارضه طبقا للمادة الثالثة والعشرين منه التي تنص على أن " جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور " ، فإذا اعتدت السلطات التشريعية على أحكامه فليس لها أن تجبر السلطة القضائية على الاشتراك معها في هذا الاعتداء ما دامت هذه بدورها مستقلة في حدود اختصاصها . والقاضى مختص بإيجاد الحل القانوني للمنازعات المطروحة عليه وهو مفيد في حكمه بقوانين البلاد العادية كما أنه مفيد أيضا بالقانون الأساسى للدولة وهو أسى القوانين جميعها ، فإذا ما تعارض القانون العادى مع الدستور فواجب القاضى في هذه الحالة يقضى عليه بترجيح النص الدستوري على القانون العادى ، وتطبيق الأول وإهمال الثانى . ولا يخرج بذلك عن اختصاصه ، فهو لا يلغى القانون وإنما يطبق القانون الأعلى الواجب التطبيق ثم لا يفتات على السلطة التشريعية وإنما يقوم بوظيفته القانونية التي تتطلب منه أن يبين القانون الواجب التطبيق في النزاع المطروح أمامه (وهذا أشارت المحكمة الى كتاب القانون الدستوري للدكتور السيد صبرى من ٦٦٠ و ٦٧٧ وردت ما سبق إيراد من حجج متعلقة بطبيعته عمل القاضى ، ومبدأ الفصل بين السلطات ، وبالمادة ١٥ من لائحة تركيب المحاكم المصرية القديمة) .

(١) قالت المحكمة في أسباب هذا الحكم :

" .. وحيث أن المدعى يزعم أن المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ والمرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣١ غير دستوريين لمخالفتهم للمادة السابعة من الدستور " وحيث أن الحاضر عن المدعى عليه دفع بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى بشرطها لأنها لا تملك البحث في دستورية أو عدم دستورية القوانين " وحيث أن الآراء تضاربت فيما إذا كان للمحاكم الحق في بحث دستورية القوانين أو أنها ممنوعة من ذلك والقائلون بالمنع يزعمون أن الإباحة تخل بنظرية فصل السلطات إذ أنها

تجعل السلطة القضائية مهيمنة على السلطة التشريعية ورقبية على أعمالها ، ويستندون في تدعيم رأيهم هذا على المادة الخامسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي تمنع المحاكم من تأويل الأوامر الادارية أو إيقاف تنفيذها .. الخ "

وفي الرد على الاستناد للمادة ١٥ المذكورة (التي تحذر على المحاكم وقف تنفيذ القرارات الإدارية) للقول بأن هذا الحظر يستتبع من باب أولى عدم تعرض المحاكم للقوانين بالامتناع عن تنفيذها بحجة مخالفتها للدستور، وأضافت المحكمة أنه "قد اتجهت المحاكم إلى التحلل من هذا الحظر فقضت محكمة مصر المستعجلة بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ في قضية مزرعة الجبل الأصفر (مجلة المحاماة، س ١٩، ص ٥٧) أن العمل الإداري الذي تشوبه شائبه من إحدى نواحيه القانونية هو الذي يستفيد وحده من الحصانة الإدارية المقررة له بالمادة الخامسة عشرة من لائحة ترتيب المحاكم فلا يقبل نقدا قضائيا ولا يؤول معناه، أو يوقف تنفيذه بطريق مباشر أو غير مباشر. أما العمل الإداري غير الحقيقي أي العمل الاستبدادي والمخالف للقانون، الذي لم يلاحظ فيه شرط من شروطه، فإنه يخرج في هذه الحالة عن حظيرة الأعمال الإدارية وهو عمل باطل، لا تحميه مطلقا الحصانة الإدارية وتسرى عليه أصول القانون من الوجهة العامة، فيجوز المساوؤه أو إيقاف تنفيذه، واستخدام الوسائل القانونية المعروفة لتعطيله، كحالة ما إذا كان قد جاء مخالفا للقانون مخالفة صارخة في جميع نواحيه، نصا وفرضا فيجوز للفرد المضار اللجوء إلى المحاكم القضائية في هذه الحالة للحكم بالنقض العمل الإداري باعتباره تعديا والحيلولة دون نفاذه، والحظر المشار إليه قاصر على الأوامر الإدارية لأسباب تتصل بحسن سير الإدارة الحكومية، فلا يتعداها إلى القوانين لعدم النص ولا لعدم مقتضى، وللمحكمة - إذا اقتنعت من بحثها بعدم دستورية أي قانون - أن لا تنفيذه به، وأن تطبق النص الدستوري دونه، وليس في القوانين ما يدخل بينه وبين استعمال هذا الحق". ثم قالت المحكمة: "وحيث أنه يستخلص مما تقدم أن للمحكمة مطلق الحرية في بحث دستورية القانون المطلوب منها تطبيقه وإذا اقتنعت بمخالفته لأحكام الدستور شكلا وموضوعا، فلها أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المطروح أمامها".

أما عن موضوع الطعن فقد قالت المحكمة: "أن المدعى... غير محق في شكواه... لأن حق الحكومة في تحديد الجنسية المصرية لا نزاع فيه، وهي تستمد من المادة الثانية من الدستور، وبناء عليها عمل قانون الجنسية... فالقانون في جملة لا شك في دستوريته... لكل ذلك، حلت المحكمة حضوريا برفض الدفع باختصاصها بنظر الدعوى، وفي موضوعها برفضها وبالزام المدعى بمصاريفها...".

وعليه، يتضح من الأحكام السابق ذكرنا أن القضاء العادي في مصر قد أقر حقه في مراقبة دستورية القوانين (رقابة امتناع أو بطريق الدفع الفرعي) وذلك قبل أن يقرر ذلك مجلس الدولة (المنشأ سنة ١٩٤٦) وليس يعني ذلك عدم وجود أحكام في الاتجاه العكسي المنكر لهذا الحق، وتتميز بالتنويه حكم محكمة استئناف القاهرة في ٣٠/٥/١٩٤٣ بالنقض حكم محكمة مصر الكلية السابق ذكره (الصادر في ١/٦/١٩٤١) ولكن الغلبة كانت لصالح الرقابة وخاصة بعد امتناع موقف محكمة النقض من الموضوع في الحكم السابق ذكره (حكم ١/٤/١٩٢٦) والأحكام الأخرى التي على غرارها، وكذلك أحكام القضاء المختلط (الذي ألقى بمساعدة منتهو سنة ١٩٣٧ اعتبارا من ١٥/١٠/١٩٤٩).

١- انشئ " مجلس الدولة " في مصر لأول مرة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بند محاولات كثيرة توالى منذ أواخر القرن التاسع عشر وبدأ عمله سنة ١٩٤٧ (١) . (حيث افتتحت دارة يوم ١٠ / ٢ / ١٩٤٧ وبدأت جلسات محكمة القضاء الإداري بنظر دعاوى الالغاء يوم ١٨ من الشهر المذكور) . وفي الدعوى رقم ٦٥ سنة (١) القضائية أثيرت أمام المحكمة مشكلة الرقابة القضائية على دستورية القوانين على الوجه التالي :

طلب المدعى الغاء القرار الصادر من وزير المالية بالنسبة لترقيات استثنائية كان قد حصل عليها ، وكان قرار الالغاء استنادا الى مرسوم بقانون (رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٤) خاص بالغاء الترقيات والملاوات والتعيينات الاستثنائية التي تمت في الفترة التي حددتها ذلك المرسوم بقانون وتشمل حالة المدعى المذكور (من ٦ / ٢ / ١٩٤٢ الى ٨ / ١٠ / ١٩٤٤) فدفعت الحكومة بأن المرسوم بقانون قد نص على منع المحاكم من سماع جميع الدعاوى التي ترفع اليها بسبب تطبيقه . فرد المدعى على هذا الدفع بأن المرسوم بقانون المذكور لا يجوز التحدى به لانه قد جاء مخالفا للشروط التي اشترطتها المادة ٤١ من الدستور (دستور سنة ١٩٢٣) ، فردت الحكومة على هذا القول بأن المحاكم لا تملك التصدى لبسبب دستورية القوانين من حيث موضوع القانون ، وكل ما تستليسه هو التحقق من توفر أركانه الشكلية وذلك "اعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات" (٢) .

على هذا النحو استئبل مجلس الدولة المصري عمله القضائي بهذه المشكلة وأصدر فيها حكما بالغ الأهمية والدقة بتاريخ ١٠ / ٢ / ١٩٤٨ (أى بعد عام واحد من افتتاحه) وانتهى في هذا الحكم الى تقرير "حق المحاكم في نظر دستورية القوانين بله المراسيم بقوانين" وان خلصت - المحكمة - من بحثها للمرسوم بقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٤ الى أنه مطابق للمادة ٤١ من الدستور ، ومن ثم التزمت المحكمة بنص المادة السابعة منه فقضت بعدم سماع الدعوى فيما يتعلق بالطلبات الناشئة عن تطبيقه (٣) .

(١) انشئ بمصر في ٢٣ / ٤ / ١٨٧٦ مجلس كمجلس الدولة الى حد ما باسم "مجلس شورى الحكومة" ولكن حالت الضائقة المالية حينذاك دون تنفيذ هذه المحاولة الأولى ثم تكررت المحاولات بعد ذلك على تفصيل بيناه في مؤلفنا "مجلس الدولة" (القاهرة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٤٦ / ١٩٤٧ ، حتى الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٢ ص ٤١ - ٤٥) . ويراجع في تأصيل هذا التاريخ مقال المرحوم الدكتور عبد الحميد بدوي في العدد الأول من مجلس الدولة (سنة ١٩٥٠) بعنوان : "تحويل لجنة قضايا الحكومة الى مجلس الدولة" ص ٣٥ - ٤٨ . ومقال المرحوم سليمان حافظ وكيل المجلس عن "القضاء الإداري في مابين عهدين" المراجع السابق ، ص ٤٦ - ٦١ .

(٢) يراجع في مجلة مجلس الدولة - العدد المذكور في الهامش السابق ، (ص ٦٣ - ٧٧) مقال الأستاذ السيد على السيد (رئيس مجلس الدولة فيما بعد) عن "رقابة القضاء لدستورية القوانين" .

(٣) المرجع السابق ، ص ٦٤ ، ويلاحظ أن مسلك المحكمة المصرية في هذه القضية يذكرنا (في حرصه على تقرير المبدأ مع الانتماء موضوعيا الى عدم الحكم ضد الحكومة) بموقف القاضي مارشال ، في قضية Marbury السابق ذكرها .

وبهذا - وعلى حد قول رئيس المحكمة التي أصدرت الحكم - " حددت المحكمة أساس الرقابة القضائية لدستورية القوانين ومدادها مهتدية في هذا الشأن بما انتهى اليه جهابذة رجال القانون في البلاد المختلفة ، وبمراعاة الدستور المصرى الذى هو دستور مقيد (Constitution limitative) ، وان رسم للسلطات الثلاث ، حدود استعمال سلطاتها ، مع خلو القانون المصرى من أى نص يمنع المحاكم من البحث فى دستورية القوانين ، فأكدت (المحكمة) بذلك ضمانته من أهم الضمانات الأساسية فى القانون العام (١) . ونظرا للأهمية البالغة التى لهذا الحكم نذكر بعض عباراته فى الرد على اخصام الرقابة وفى تأييدها ،

فى الرد على زعم مخالفة الرقابة (بالامتناع) لمبدأ الفصل بين السلطات قالت المحكمة فى أسباب حكمها - ان هذا القول " يقوم على حجة داحضة ماذ على العكس من ذلك ، فان فى التصدى اعمالا للمبدأ ووضعها للأمور فى نصابها الدستورى الصحيح بما يؤكده ويشته - ذلك لأن الدستور المصرى وان قرر المبدأ المذكور ضمنا حين حدد لكل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية المجال الذى تعمل فيه . . . قد قرنه بمبدأ آخر أكد ضمنا وجعله متلازما معه حين قرر فى المادة ٢٣ أن استعمال السلطات يكون على الوجه المبين بالدستور ، وبذلك جعل استعمال السلطات لوظائفها ينتظمه دائما تعاون متبادل بينهما على أساس احترام كل منهما للمبادئ التى قررها الدستور . فالمبدأ أن متلازمان يسيران جنبا الى جنب ويكمل أحدهما الآخر ، وبغير ذلك لا تنتظم الحياة الدستورية لأنه اذا أهدرت إحدى السلطات أى مبدأ من مبادئ الدستور فانها تكون قد خرجت عن دائرة المجال المحدد لاستعمال سلطاتها . واذا جاز لها أن تتخذ من مبدأ فصل السلطات تعلقة تتذرع بها فى اهدارها للدستور لانتهاى الأمر الى فوضى لا ضابط لها مما يقطع بأن التزام كل سلطة من تلك السلطات بمبادئ الدستور خير الضمانات لاعمال مبدأ فصل السلطات بل ولتدعيم البنيان الدستورى جميعه . " ومن حيث ان الدستور المصرى ان قرر فى المادة ٣٠ منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات ، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين فى أيها واجب التطبيق ان لا يعد وأن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة فى التقدير ونفس الفصل لأن قاضى الأصل قاضى الفرع .

~~قضايا الحكومة الى مجلس الدولة " من ٣٥ - ٤٨ - وقال المرجع سليمان حافظ
وكيل المجلس من القضاء الادارى فى مصر بين عهد بن " المرجع السابق ص ٤٩ - ٦١ .~~

(١) الاستاذ السيد على السيد ، المرجع السابق ، ٧٧٠ .

"ومن حيث انه لا جدال في أن الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية هو أحد القوانين التي يجب على المحاكم تطبيقها، ولكنه يتميز عن سائر القوانين بما له من طبيعة خاصة تضي عليه صفة العلو وتسمه بالسيادة بحسبانه كهيكل الحريات، ويستتبع ذلك أنه اذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة ماثرة أي القوانين هو الأجدد بالتطبيق، وجب عليها بحكم وظيفتها القضائية بناء على ما تقدم أن تتصدى لهذه الصعوبة وأن تفصل فيها على مقتضى أصول هذه الوظيفة وفي حدود ما الدستور المرسومة لها، ولا ريب في أنه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى الأجدد بالاتباع، وفي ذلك لا تعتدى على السلطة التشريعية ما دامت المحكمة لا تضع بنفسها قانونا ولا تقضى بالغاء قانون، ولا تأمر بوقف تنفيذه، وغاية الأمر أننا تفاضل بين قانونين قد تعارضا فتفصل في هذه الصعوبة وتقرر أيهما الأولي بالتطبيق، وإذا كان القانون العادي قد أهمل فمرد ذلك في الحقيقة الى سيادة الدستور على سائر القوانين، تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من القاضى والشارع على حد سواء."

"ومن حيث ان الدستور ذاته قد رد ذلك البداة القانونية في المادة ١٦٧ منه حين جعل نفاذ أحكام القوانين السابقة عليه رهينا بأن تكون متفقة مع أحكامه - وغنى عن البيان أن الخطاب في هذه المادة موجه الى المحاكم التي قد يقوم لديها مثل هذا التعارض في التطبيق بين تلك القوانين وبين الدستور - قد اعتبر أن حقها في هذا البحث من المسلمات، كما أنه أكد سيادة الدستور العليا اذا ما تعارض مع القوانين العادية ٠٠٠ ويمكن أن يضاف الى هذا الاستدلال أن المادة ٤١ أيضا من الدستور المذكور (ومثلها في ذلك المادة ٤١ المقابلة في دستور سنة ١٩٣٠) اذ نصت على المراسيم بقوانين التي يجوز للحكومة اصدارها للضرورة فيما بين أدار انعقاد البرلمان قد اشترطت صراحة فيها "أن لا تكون مخالفة للدستور" وذلك مع النص صراحة في ذات المادة على أن "تكون لها قوة القانون" ٠

٢- وتاريخ ٢٦/٤/١٩٦٠ أكدت المحكمة الادارية العليا (في عهد الوحدة بين مصر وسوريا) حق القضاء في مراقبة دستورية القوانين (بالامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور) وذلك في حكمين صادرين في التاريخ المذكور في الطعنين المنضيين رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٦٠ ق والطعن رقم ١٠ لسنة ٢٠ ق (الاقليم السوري)، فقد امتنعت المحكمة عن تطبيق نص تشريعي يقيد اختصاص المحكمة العليا السورية في ظل نص دستوري يطلق هذا الاختصاص ٠ وقد جاء في أسباب هذين الحكمين ما يلى :

"ظاهر من هذه المادة (٨٥ من قانون الموظفين الأساسى بالاقليم السوري رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٥ المعدلة سنة ١٩٤٩ وسنة ١٩٥٢ أنها تتضمن تحديد الاختصاص القضائي ٠٠٠ ما يستتبع منع جهات القضاء من نظر ٠٠٠ الطلب غير أن المادة ١٢٢ من دستور سنة ١٩٥٠ كانت تنص على أن "تنظر المحكمة العليا وتبت بصورة مبرمة في طلب ابطال الأعمال

والقرارات الادارية والمراسيم المخالفة للدستور أو للقانون أو للمراسيم التنظيمية اذا تقدم بالشكوى من يتضرر منها ٠٠٠ فاستمدت المحكمة المذكورة قيامها من هذا الدستور الذى حدد فى الوقت ذاته اختصاصها فأطلقه فى نظر طلبات ابطال الأعمال والقرارات الادارية والمراسيم المخالفة للدستور أو للقانون أو للمراسيم التنظيمية بدون قيد أو شرط ولم يفوض القانون - كأداة أدنى - فى تقييد هذا الاختصاص مما لا مندوحة معه من أن هذا الاختصاص يظل قائما على اطلاقه ما لم يعد له نص دستورى آخر.

ثم أضافت المحكمة قولها :

"ومن حيث ان المادة ٨٥ من القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٥ فيما قضت به (فسى فقرتها الثالثة) من أن "يسرح الموظف المقرر صرفه من الخدمة بمرسوم غير تابع لأى طريق من طرق المراجعة" وتتصفى حقوقه وفقا لقانون التقاعد ٠٠٠ تعتبر من الناحية الدستورية غير نافذة بالنسبة الى المحكمة العليا مادامت تتعارض فى تقييد الاختصاص هذه المحكمة مع المادة

١٢٢ من دستور سنة ١٩٥٠ التى أطلقت الاختصاص لتلك المحكمة ، ذلك الاختصاص الذى أكدته الدستور الصادر فى سنة ١٩٥٣ ، بما يتميز به من طبيعة خاصة تضى عليه صفة القانون الأعلى وتسم بالسيادة ، فهو بهذه المثابة سيد القوانين جميعها بحسبانه كهيل الحريات وممثلها ومناط الحياة الدستورية ونظام عقدها ٠٠٠ ، ومن ثم فما أطلقه الدستور السوري فسى اختصاص المحكمة العليا فى ابطال القرارات الادارية لا يقيد قانون مادام لم يفوض من الدستور بنص خاص فى هذا التقييد أو التحديد ومن ثم يظل الاختصاص معقودا لتلك المحكمة بهذا الاطلاق على الرغم من التقييد الوارد فى المادة ٨٥ سالفه الذكر ."

"ومن حيث انه لا يغير من هذا الوضع صدور الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة فى ٥ من آذار (مارس) سنة ١٩٥٨ لأن صدره ليس مفاده أن تسقط جميع النظم والتشريعات السابقة عليه بل يسقط منها فقط ما يتعارض مع أحكامه ، وهذا هو عين ما رددته المادة ٦٨ من هذا الدستور التى تنص على أن كل ما قرره التشريعات المعمول بها فى كل من اقليم مصر وسورية عند العمل بهذا الدستور تبقى سارية المفعول فى النطاق الاقليمى المقرر لها عند اصداره ، ويجوز إلغاء هذه التشريعات أو تعديلها وفقا للنظام المقرر بهذا الدستور ٠٠ وقد بان مما تقدم أنه عند صدور هذا الدستور كان الوضع القانونى فى الاقليم السوري هو اطلاق الاختصاص للمحكمة العليا على الرغم من القيد الوارد فى المادة ٨٥ من القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٥ ، وذلك على التفصيل السالف ايضاحه ، ولم يصدر أى قانون فى ظل الدستور المؤقت بتقييد هذا الاختصاص فى الاقليم المذكور ، كما أنه لما صدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة للجمهورية العربية المتحدة حدد اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى على الوجه المبين به ولم يتضمن أى نص خاص يرد فيه التقييد

الوارد في المادة ٨٥ المشار إليها بالنسبة الى الاقليم الشمالي ، ومن ثم تكون المحكمة العليا السابقة بدمشق ومن بعدها مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى غير ممنوعين من نظر طلبات الغاء تلك القرارات الادارية آنفة الذكر (١).

استقرار القضاء الادارى على رقابة دستورية القوانين ، وتفاوت أحكامه في تطبيقات هذه الرقابة :
تواترت أحكام محكمة القضاء الادارى من بعد حكم ١٩٤٨/٢/١٠ الهام السابق ذكره ، وكذلك أحكام المحكمة الادارية العليا منذ انشائها في أواخر عام ١٩٥٥ ، على التسليم بحق المحاكم عامسة في الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور . وقد استقرت هذه الأحكام وتلك على هذا الأساس بما يفنى عن الاستشهاد بمزيد منها ، ولكننا نذكر فقط حكم محكمة القضاء الادارى الصادر في ١٩٥٢/٦/٢١ (في القضية رقم ١٠٩٠ سنة ٣ القضائية - حكم الدوائر مجتمعة) (٢) ، وذلك لأن المحكمة في هذه الدعوى لم تقرر فقط حق الرقابة نظريا (لكون القانون المطعون فيه لم يكن حقا مخالفا للدستور) ولكنها طبقته عملا باستبعاد القانون محل النظر في القضية ان تبين لها أنه مخالف للدستور وهو المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ الذى أضاف الى قانون الأحكام العرفية رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ مادة جديدة تعفى السلطة القائمة على الحكم العرفي مقدما - لا عند رفع الحكم المذكور - من المسؤولية مع حظر التقاضى بهذا الخصوص (٣).

وقد رأت المحكمة أن هذا الحظر يتضمن "اعفاء سلطة عامة اعفاء مطلقا من كل مسئولية تحققت فعلا في جانبها ، ومن شأنه أن يخل اخلا لا تاما بحقوق الأفراد في الحرية والمساواة ، وفي التكاليف والواجبات ، وهي المبادئ الأساسية التي نص عليها دستور سنة ١٩٢٣ الذى صدر في ظل القانون (المذكور) . . ."

وقالت المحكمة في وصف التشريع المذكور (أى المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢) انه :
" لا يحد وأن يكون صورة فذة لقانون من قوانين التضمنات استبق الحوادث وجاء قبل أوانه سابقا على زوال الأحكام العرفية ، والعهد بقوانين التضمنات أن تكون لاحقة لزوال هذه الأحكام لاعفاء السلطة التي كانت قائمة على اجرائها من التعويض عما ترتب من مسئولية عن أعمالها غير المشروعة . . ."

- =====
- (١) - مجموعة أحكام المحكمة العليا وضع الاستاذ بن أحمد سمير أبو شادى ونعيم عطية ، القاعدة رقم ٨٠ ص ٦٤ - ٦٢ ومجموعة مجلس الدولة لأحكامها كذلك ، ص ٥ ، رقم ٧٤ ص ٦٩٩ .
- (٢) - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمجلس الدولة ، ص ٦ ، رقم ٥٨٧ ص ١٣٥٧ .
- (٣) - وفي ذات المعنى حكم محكمة القضاء الادارى بتاريخ ١٩٥٦/٥/٢٠ الذى قررت فيه أيضا عدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ التي حظرت التقاضى ضد أى عمل من أعمال السلطة القائمة على اجراء الأحكام العرفية . ويراجع في عرض حالات الحظر الأخرى مقالنا عن "تطور القضاء الادارى في الجمهورية العربية المتحدة" ، منشور بمجلة العلوم الادارية ، بالقاهرة ، السنة الأولى ، العدد الأول ، ص ٣٣ - ١٢٣ وبخاصة ص ١١٥ - ١٢٣ .

الوارد في المادة ٨٥ المشار اليها بالنسبة الى الاقليم الشمالي ، ومن ثم تكون المحكمة العليا السابقة بدمشق ومن بعدها مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى غير ممنوعين من نظر طلبات الغاء تلك القرارات الادارية آنفة الذكر (١).

استقرار القضاء الادارى على رقابة دستورية القوانين ، وتفاوت أحكامه في تطبيقات هذه الرقابة :
تواترت أحكام محكمة القضاء الادارى من بعد حكم ١٩٤٨/٢/١٠ الهام السابق ذكره ، وكذلك أحكام المحكمة الادارية العليا منذ انشائها في أواخر عام ١٩٥٥ ، على التسليم بحق المحاكم عامة في الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور . وقد استقرت هذه الأحكام وتلك على هذا الأساس بما يبنى عن الاستشهاد بمزيد منها ، ولكننا نذكر فقط حكم محكمة القضاء الادارى الصادر في ١٩٥٢/٦/٢١ (في القضية رقم ١٠٩٠ سنة ٣ القضائية - حكم الدوائر مجتمعة) (٢) ، وذلك لأن المحكمة في هذه الدعوى لم تقرر فقط حق الرقابة نظرياً (لكون القانون المطعون فيه لم يكن حقاً مخالفاً للدستور) ولكنها طبقته عملاً باستبعاد القانون محل النظر في القضية إذ تبين لها أنه مخالف للدستور وهو المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ الذى أضاف الى قانون الأحكام العرفية رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ مادة جديدة تعفى السلطة القائمة على الحكم العرفي مقدماً - لا عند رفع الحكم المذكور - من المسؤولية مع حظر التقاضى بهذا الخصوص (٣).

وقد رأت المحكمة أن هذا الحظر يتضمن "اعفاء" سلطة عامة اعفاء مطلقاً من كل مسؤولية تحققت فعلاً في جانبها ، ومن شأنه أن يخل اخلاً تاماً بحقوق الأفراد في الحرية والمساواة ، وفي التكاليف والواجبات ، وهي المبادئ الأساسية التي نص عليها دستور سنة ١٩٢٣ الذى صدر في ظلّه القانون (المذكور)

وقالت المحكمة في وصف التشريع المذكور (أى المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢) انه :
" لا يعد وأن يكون صورة فذة لقانون من قوانين التضمنات استبق الحوادث وجاء قبل أوانه سابقاً على زوال الأحكام العرفية ، والعهد بقوانين التضمنات أن تكون لاحقة لزوال هذه الأحكام لاعفاء السلطة التي كانت قائمة على اجرائها من التعميؤ عما ترتب من مسؤولية عن أعمالها غير المشروعة"

- =====
- (١) - مجموعة أحكام المحكمة العليا وضع الاستاذين أحمد سمير أبو شادى ونعيم عطية ، القاعدة رقم ٨٠ ص ٦٤ - ٦٧ ومجموعة مجلس الدولة لأحكامها كذلك ، ص ٥ ، رقم ٧٤ ص ٦٩٩ .
- (٢) - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمجلس الدولة ، ص ٦ ، رقم ٥٨٧ ص ١٣٥٧ .
- (٣) - وفي ذات المعنى حكم محكمة القضاء الادارى بتاريخ ١٩٥٦/٥/٢٠ الذى قررت فيه أيضاً عدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ التي حظرت التقاضى ضد أى عمل من أعمال السلطة القائمة على اجراء الأحكام العرفية . ويراجع في عرض حالات الحظر الأخرى مقالنا عن "تطور القضاء الادارى في الجمهورية العربية المتحدة" ، منشور بمجلة العلوم الادارية ، بالقاهرة ، السنة الأولى ، العدد الأول ، ص ٣٣ - ١٢٣ وبخاصة ص ١١٥ - ١٢٣ .

تعددت وجهات نظر القضاء الإداري في هذا الشأن ، كما تعددت وجهات نظر الفقهاء ، وذلك لأن مدى الحظر لم يكن واحدا في كل التشريعات التي نصت عليه ، فمنها ما حظر الطعن بالالغاء (ويتبعه طلب وقف التنفيذ) مع الإبقاء على دعوى التعويض ، ومنها ما حظر الأمرين بالنص على عدم جواز الطعن اطلاقاً وأمام أية جهة من الجهات ، بمعنى أية محكمة من المحاكم . وقد فسرت المحكمة الإدارية العليا النص القائل مثلاً بأن " تختص اللجنة العليا لضباط القوات المسلحة دون غيرها بالنظر في كافة المنازعات الإدارية المترتبة على هذه القرارات " (م ٩ من القانون رقم ٢٣٢ لسنة ١٩٥٩ بأنه يعني الحظر الكلي شاملاً المنازعات المذكورة أيما كان نوعها (١) .

وفيما يلي اجمال مختلف الاتجاهات القضائية والفقهية بصدور هذا الحظر بنوعيه :

(بند ٠٠٠) - أ - رأى وسط قديم (ذهب إليه واطردت عليه أحكام محكمة القضاء الإداري حيناً وأبدناه) ، يقول بأن الحظر ان كان جزئياً (بمنع الالغاء دون التعويض) كان دستورياً ، أما ان حظر طلبة الالغاء والتعويض كان غير دستوري . ومن أحكام المحكمة المذكورة بذلك حكمها الصادر (بعدم دستورية الحظر الكلي) في ١٩٥٦/٥/٢٠ بصدور قانون رفع الحكم المرفي رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ .

=====

(١) - حكم ١٩٦٠/١/٣٠ ، مجموعة الأحكام ، ص ٥ ، ص ٢٦٥ ، ويراجع مؤلف القضاء الإداري للدكتور سليمان الطماوى ، ١٩٦١ ، ص ٣٣١ ، ومقالنا بمجلة العلوم الإدارية . ص ١ ، ع ١ ، ص ١١٥ ومما يبعدها .

ونذكر من أمثلة الحظر الجزئي : المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ في شأن فصل الموظفين بغير الطريق التأديبي (المسمى بقانون التطهير) ، وكذلك حظر الطعن بالالغاء (أو وقف التنفيذ) أمام أية هيئة قضائية ضد القرارات والأوامر الصادرة من الهيئات الجامعية في شئون طلابها (م ٢٩١ من القانون رقم ٣٤٥ لسنة ١٩٥٦ ومن بعدها المادة ١١٦ من القانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨) .

أما الحظر الكلي فكان كثيراً ومتزايداً باطراد نذكر من أمثله أعمال السلطات القائمة على الأحكام المرفية (م ٢ من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ ، ثم المادة رقم ١٠ مكرراً المضافة بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ الى قانون الأحكام المرفية القديم رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ بذات الحظر) وقرارات

الاستيلاء على الأطنان الزائدة وفقاً للمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعي (م ١٣) ، ومصادرة أموال أسرة محمد علي تطبيقاً لقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ١٩٥٣/١١/٨ (م ١٤ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٢) ، وقرارات الاحالة الى المعاش (بمعنى التقاعد في الكويت) وفقاً للقانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ (م ٢) ، وبعض قرارات التخطي في الترقية الى بعض الدرجات العليا (القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٧) ، وفصل العمد والمشايخ ادارياً (ق ١٠٦ لسنة ١٩٥٧ م ٣١) . وغير ذلك ، (يراجع في هذا الشأن مع موقف بعض الأحكام من الموضوع مقالنا السابق ذكره .

(مجموعة الأحكام ، س ١٠ ص ٣٣٤) وحكمها كذلك في ١١/١١/١٩٥٦ (المرجع السابق : س ١١ ص ١٥) . ومن أحكامها بدستورية الحظر الجزئي حكم ١٥/٣/١٩٥٤ بخصوص المرسـ بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ (قانون التطهير)^(١) وحكم ٢٣/١١/١٩٥٤ (س ٩ ص ٣) : وحكم ٢٦/٣/١٩٥٧ (س ١١ ص ٣١٥) .

وقد أهدت بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا هذه التفرقة أول الأمر ، وذلك مثلا في حكم الصادر يوم ٢٧/٤/١٩٥٧ (المجموعة ، س ٢ ، ص ٩٧٥) .

وقد استندت تلك الأحكام الى أن وجود باب التقاضي مفتوحا (لدعوى التمويض) يجمـ " حق التقاضي " مكفولا بولو أغلق باب دعوى الالغاء الذي استحدثت في مصر سنة ١٩٤٦ بقانون وبالتالي يمكن أن يخلق كليا أو جزئيا بقانون مثله . وإذا جاء هذا الفلق على أساس العمومية والتجريد " لم يكن مخالفا " لمبدأ المساواة " الدستوري .

وفي تأييدنا لهذه التفرقة منذ بدئها قلنا : " ان للمشرع العادي الذي استحدثت قضـ الالغاء أن يقيد أو يلفيه ما دام لم يلزمه بهذا القضاء نص دستوري ، ولكن لا يجوز له دستوريا أن يحرم أية خصومة من أن يكون لها قاض ولو اقتضرت ولايته على التمويض دون الالغاء ، ووجه المخالف في حالة حظر كلتا الولايتين ليس مخالفة مبدأ المساواة حتما ، وإنما مخالفة ذلك الحق الدستوري الذي استقر في ضمير الجماعة الحديثة ، وهو حق الفرد في أن يجد لكل خصومة قاضيا . وهنا عليه يخالف المشرع العادي هذا الحق الدستوري عندما يمنع ولا يتي التمويض والالغاء على السواء " . (مقالنا السابق ذكره ، ص ١٢٣) .

(بند ٠٠٠) ب - رأى بعدم دستورية الحظر بمختلف صوره : وقد ارتأى ذلك الدكتور الطماوي والدكتور سيد صبرى وغيرهما ، وذلك لما وجهوه من انتقادات للتفرقة السابقة ومن هجوم شديد . وفي السراء الثالث الآتي ذكره والذي جرى عليه حينما قضا المحكمة الإدارية العليا (٢) :

=====

(١) - جاء في أسباب هذا الحكم (وتردد في الأحكام المشابهة) أنه : " من المسلم به كأصل غير قابل لأي جدل أن لكل انسان حق المطالبة بحقه ، والدفاع عنه وبالتقاضى بشأنه ، وهذا الحق مستمـ من المبادئ العليا للجماعات منذ وجدت ، ولم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده . وكل مصادرة وجدت لهذا الحق على إطلاقه تقع باطلة وغير مشروعة ومنافية للمبادئ العليا المتعارف عليها وللأصول الدستورية الرعية . غير أن ذلك لا يغل يد المشرع عن تنظيم وسائل المطالبة به وتحديدها . . . ولو صرح في الجدل أن المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ (الخاص بالتطهير) استهدف منع التقاضي إطلاقا سواء بالنسبة لطلبات الالغاء أو التمويض لاضحى قانونا غير دستوري وجاز للمحاكم الامتناع عن تطبيقه فيما جاوز الحدود الدستورية . . . "

(٢) - تراجع الدكتور سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦ وما بعدها ، والدكتور أحمد كمال أبوالمجد ، المرجع السابق ، ص ٦٠٥ وما بعدها .

(بند ١٠٠٠) ج - رأى بدستورية الحظر بمختلف صوره : وهو الذى تبنته المحكمة العليا منذ سنة ١٩٥٧ واستقر عليه قضاؤها زمنيا . من ذلك حكمها في ١٩٥٧/٦/٢٩ ، (س ٢ ، ص ١٣٣٥) بخصوص احوالة الموظفين الى المعاش (التقاعد) قبل السن القانونية بمقتضى القانون رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٣ .

وقد استندت المحكمة الادارية العليا (في ذلك النظر) الى أن القانون المانع من التقاضى - ولو كليا - " لا يكون غير دستورى الا اذا خالف نصا دستوريا قائما أو خرج على روحه ومقتضاه ... أما اذا كان حق الموظف ما ينشئه القانون أو بلغه ، وكذلك اذا كانت وسيلة اقتضائه ما ينظمه القانون على الوجه الذى يراه واذا كان القانون لا يقوم على تمييز بين أفراد طائفة واحدة تعالت مراكزهم القانونية ، فلا يكون ثمة وجه للنص بعدم دستوريته ويجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضى عموما وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء . واذا كان لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالتجاء الى القضاء للانتصاف ، لأن في ذلك مصادرة لحق التقاضى ، وهو قد كفل الدستور أصله ، ان تكون مثل هذه المصادرة المطلقة بمثابة تعطيل وظيفة السلطة القضائية ، وهي سلطة انشأها الدستور لتمارس وظيفتها فسي اداء العدالة لئن كان ذلك كذلك الا أنه لا يجوز الخلط بين هذا الأمر وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء بالتوسيع أو التضييق ، لأن النصوص الدستورية تقضى بأن القانون هو الذى يرتب جهات القضاء ويحدد اختصاصاتها وينهى على ذلك أن كل ما يخرج القانون من ولاية القضاء يصبح معزولا عن نظره . وهذا أصل ممن الأصول المسلمة ، وقدما قالوا ان القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة ... (١) .

وبلاحظ أن المحكمة الادارية العليا قد عدلت عن هذا الاطلاق منذ أوأخـر سنة ١٩٧١ .

* هذه هي جملة القول في الآراء المختلفة حول دستورية التشريعات التي تحظر التقاضى (٢) ، ورأينا كان ولا يزال مع رأى الوسط السابق ذكره ، وقد أصبح مرد الأمر الآن الى " المحكمة العليا " التي سيأتي الكلام عليها .

=====

- (١) - المجموعة س ٢ ، ص ١٣٣٥ ، وحكم ١٩٥٧/١٢/١٤ ، المرجع السابق ، س ٣ ، ص ٣٦٠ ، وحكم ١٩٥٨/٧/١٢ ، المجموعة ، س ٣ ، ص ١٦٩١ . ويراجع في نقد هذا النظر الدكتور الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٨ وما بعدها .
- (٢) - وقد تعذر حصر هذه التشريعات وتبين أنها تعد بالكثير من المشرات فوق المائة .

ثانيا - المرحلة اللاحقة لإصدار النصوص المقررة للرقابة القضائية

على دستورية القوانين في مصر

(بند ٠٠٠) - لئن كانت هذه النصوص قد صدرت سنة ١٩٦٩ (بالقانون رقم ٨١) إلا أنه قد سبقت ذلك مقدمات أو محاولات للانتقال بالرقابة القضائية على دستورية القوانين من مجال الاجتهاد (الفقه والقضائي) الى مجال التنظيم القانوني والدستوري .
وفيما يلي بيان لتلك المقدمات :

(بند ٠٠٠) (١) تنظيم الرقابة في مشروع الدستور الذي أعدته لجنة الخمسين (سنة ١٩٥٣ / ١٩٥٤) :

فصل هذا المشروع قليلا الأحكام الرئيسية الخاصة بإيجاد "محكمة عليا دستورية" كما يلي :
١- التشكيل : قررت المادة ١٩٠ من المشروع (١) أن "تؤلف المحكمة العليا الدستورية من اثني عشر قاضيا يختارون من المستشارين ومن أساتذة القانون ورجال الفقه الاسبقين والجامعيين ومن المحامين لدى محكمة النقض ، المترشحين منذ عشرين عاما ، سواء في هؤلاء جميعا الحاليون منهم والسابقون . ويعين رئيس الجمهورية أربعة منهم ، وأربعة ينتخبهم البرلمان مجتمعاً برئثة مؤتمراً ، وأربعة ينتخبهم القضاة العالي العادي والإداري والشرعي" .
(وقد حذفت لجنة الصيانة هذه الكلمات الأخيرة الثلاث لأنها تحصيل حاصل) .

"وتنتخب المحكمة رئيسا من بين أعضائها .

"ومدة العضوية اثنتا عشرة سنة ، وتجدد جزئيا على الوجه المبين في القانون ."

وقد أضاف المشروع بعض الأحكام الخاصة باستقلال أعضاء المحكمة وسلامة عملهم ، فقررت المادة ١٩٢ أنه : "لا يجوز إعفاء قضاة المحكمة من أعمالهم أو وقفهم عنها إلا بقرار من المحكمة نفسها ، ويكون ذلك إما بسبب عجز مادي عن السمل أو إهمال خاليف في أداء أعمالهم ، (أصبح الرتم النهائي لهذه المادة ١٩٤) .

ثم قررت المادة ١٩٣ أنه : "لا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة وعضوية البرلمان ."
وأضافت كذلك قولها : "وتطبق على قضاة المحكمة أحكام الخطر وعدم الجمع المقررة بالنسبة للوزراء" .

٢- الاجراءات : أحال المشروع هذا الأمر الى قانون حيث تقول المادة ١٩١ : "ينظم القانون اجراءات تعيين قضاة المحكمة ، وطريقة تشكيل دوائرها ، والأوضاع التي يجب مراعاتها في رفع المنازعات اليها بواسطة السلطات والأفراد ، والقواعد المنظمة لأعمالها ، والاجراءات التي تتبع أامامها ، ويقرر الضمانات التي تكفل استقلالها . ويكون انعقاد كل دائرة من دوائر المحكمة صحيحا بحضور خمسة من أعضائها" .

(١) عدلت "لجنة الصياغة" بعض أرقام المواد في المشروع فأصبح رقم هذه المادة ١٩١ ، كما عدت أرقام بعض المواد التالية . وقد كانت اللجنة العامة (لجنة الخمسين) برئاسة

١٠ - اختصاصات :
 المادة ١٩٤ من المشروع المذكور بالمحكمة العليا الدستورية عدة اختصاصات بالصفة
 الأساسية ، تشمل : (١) رقابة دستورية القوانين ، (٢) تفسير بعض النصوص الدستورية والتشريعية ،
 (٣) الفصل في المنازعات بين السلطات فيما يتعلق بتطبيق الدستور ، (٤) الفصل في تنازع
 الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة ، (٥) الفصل في بعض الطعون الانتخابية ، (٦) وفي
 الخلاف على الاختصاص الدستوري للهيئات المحلية ، (٧) ومحاكمة رئيس الجمهورية والوزراء .
 وقد ذكرت الاختصاصات الأولى المادة ١٩٤ من المشروع (التي صار رقمها ١٩٥)
 بقولها :

(١)
 " تختص المحكمة العليا الدستورية وحدها بالفصل في المنازعات الخاصة بدستورية
 القوانين والراسيم التي لها قوة القانون ، وفي المنازعات بين سلطات الدولة المختلفة فيما
 يتعلق بتطبيق الدستور ، وفي تفسير النصوص الدستورية والتشريعية الخاصة بالمحاكم ومجلس
 الدولة وفي أحوال تنازع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة .

" وذلك فضلا عن الاختصاصات الأخرى المبينة في هذا الدستور ."

وقد بين المشروع كيفية إثارة موضوع الدستورية أمام المحكمة ، فقرر (في المادة ١٩٦ التي صار
 رقمها ١٩٧) الآتي :

" إذا رأت إحدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا - سواء من تلقاء نفسها أو بناء
 على دفع تقدم به أحد أطراف النزاع وقد ردت المحكمة جديته - أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل
 في دستورية قانون أو مرسوم له قوة القانون ، وجب عليها أن توقف نثار القضية وتحيل الأمر إلى
 المحكمة العليا الدستورية للفصل فيه ."

أما الاختصاص في شأن محاكمة رئيس الجمهورية فقد قرره المادة ٩٨ من المشروع
 بقولها : " يكون اتهام رئيس الجمهورية والتحقيق معه بقرار من أحد مجلسي البرلمان بأغلبية
 الأعضاء الذين يتألف منهم ، وتكون محاكمته أمام المحكمة العليا الدستورية ، وذلك وفقا للأحكام
 والإجراءات التي ينص عليها القانون . . . وإذا حكم عليه في جريمة المشيئة العظمى أو انتهاك
 حرمة الدستور أو استغلال النفوذ أو في جريمة مخلة بالشرف أعفى من منصبه مع عدم الإخلال
 بالعقوبات الأخرى . " (وقررت المحاكمة في المشروع كذلك في شأن الوزراء) .

 المرحوم الدكتور علي ماهر وكذلك رأس لجنة الصياغة المشار إليها والتي كان المرحوم الدكتور
 سيد صبري وكنت عضوين فيها) . يراجع في دراسة مشروع تلك اللجنة في مجموعته مؤلفنا
 عن " النظام الدستوري المصري " (الكتاب الثاني من " القانون الدستوري ، الطبعة الخامسة ،
 ١٩٥٥) .

- (١) مقتضى هذا اللفظ سلب المحاكم حقها ، في مراقبة دستورية القوانين بالمعنى
 الدفع الفرعي . ليقتصر ذلك الحق على المحكمة العليا الدستورية لمنع تضارب الأحكام .
 (٢) عدلت لجنة الصياغة العبارة إلى : " وفي تفسير نصوص الدستور والتشريعات المتصلة به . "

وفى ممارسة هذا الاختصاص يعدل تشكيل دائرة المحكمة ، ليصبح على فقرته المادة ١٩٥ (التي صار رقمها ١٦٦) من المشروع بقولها "ينتخب البرلمان مجتمعا فى دئمة مؤتمر فى بداية كل فصل تشريعى تسعة ممن تتوافر فيهم شروط العضوية لمجلس الشيوخ من غير أعضاء البرلمان . وعند النظر فى اتهام رئيس الجمهورية أو أحد الوزراء أو من فى حكمهم تتكون دائرة المحكمة من الرئيس ومن ستة من هؤلاء الأعضاء ومن ستة قضاة .

" ويمثل الاتهام من يختاره المجلس الذى وجه الاتهام .
" وتصدر أحكام الادانة بأغلبية تسعة أعضاء ."

وبمعد الطعون الانتخابية نجد أولا المادة ٣٢ من المشروع تقرر أن " تختص المحكمة العليا الدستورية بالفصل فى الطعون الخاصة بالأحزاب والجماعات السياسية . " ثم أضافت المادة ٧٣ قولها : " لا يجوز ابطال انتخاب أو تعيين أحد أعضاء البرلمان أو اسقاط عضويته الا بحكم من المحكمة العليا الدستورية ، وذلك على الوجه المبين فى القانون ."

وفى النهاية نذكر اختصاص المحكمة بمعد " الهيئات المحلية " حيث قررت المادة ١٤٦ من المشروع (فى فقرتها الثانية) أنه : " عند الخلاف على الاختصاص الدستورى للهيئات المحلية تفضل فيه المحكمة العليا الدستورية ."

ونلاحظ أنه برغم تعدد اختصاصات المحكمة على هذا النحو فقد سماها المشروع محكمة " دستورية " مراعىا فى ذلك غلبة وظيفتها فى مراقبة دستورية القوانين وتفسير الدستور على غيرها ، ونظرا كذلك لأن الناحية الدستورية تتصل بسائر الاختصاصات اذا استثنينا موضوع تنازع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة .

كما نلاحظ - من ناحية ثانية - ما ارتأته لجنة الخمسين من ايراد الأحكام الخاصة " بالمحكمة العليا الدستورية " فى باب خاص بها هو الباب الثامن من المشروع ، بدلا من ذكر هذه الأحكام ضمن الفصل الرابع ، من الباب الثالث ، الخاص بالسلطة القضائية . وهذا المنحى يصدر عن تقدير سليم لطبيعة هذه المحكمة ، فهى " تعتبر فى الحقيقة هيئة رقابة لجميع السلطات تكفل احترامها جميعا للحدود الدستورية المقررة ، أكثر منها محكمة تدرس ضمن عناصر السلطة القضائية " (١) .

هذه الأحكام التى تضمنها " مشروع لجنة الخمسين " لم تر النور بعد تقديم المشروع للحكومة سنة ١٩٥٤ وذلك لاعتبارات سياسية بمعد المشروع كله وببقوله أنه لم يتجارب تماما مع

(١) يراجع مؤلفنا عن النظام الدستورى المصرى طبعة سنة ١٩٥٥ ، المرجع السابق ، ص ٤٧٣ .

التحول السياسى والاجتماعى الثورى الجديد . وذلك لم تظهر أى أصداء لمشروع الرقابة القضائية على دستورية القوانين (التي عنى بها المشروع فيما عناية) فى الدساتير التى تعاقبت من بعد ذلك فيما عدا الدستور الحالى الصادر سنة ١٩٧١ (٢) .

(بند ٠٠٠) (ب) الدعوة (سنة ١٩٦٢) للأخذ بالرقابة القضائية لدستورية القوانين فى الميثاق الوطنى والتقرير المرافق له :

سبقت الإشارة الى "الميثاق" الذى أقره "المؤتمر الوطنى للقوى الشعبية" سنة ١٩٦٢ وأقر معه ويرفقه "التقرير" الذى وضعته لجنة المؤتمر الفرعية التى بحثت مشروع الميثاق وعلقت عليه فى تقريرها المذكور بما يعتبر تكملة له (٢) .

أما الميثاق فقد نادى برقابة القضاء عامة ، وذلك فى الباب الخامس منه (وعنوانه : الديمقراطية السليمة) حيث قال :

"ان العدل الذى هو حق مقدس لكل مواطن فرد لا يمكن أن يكون سلعة غالية وبعبارة المنال على المواطن ، ان العدل لا بد أن يصل الى كل فرد حر ، ولا بد أن يصل اليه من غير موانع مادية أو تعقيدات ادارية " .

وقد أتى "التقرير" بهذا الخصوص بحبرة أكثر دقة وتحديدا ، تحت عنوان : "ضمانات مبدأ سيادة القانون" (المتفرع عن عنوان أكبر هو "الديمقراطية") . حيث قال :

"إذا كانت الحريات العامة هى قوام فكرة الحرية عموما ، فان سيادة القانون هى الضمان النهائى لها ولذلك :

.. (أ) وجب أن تقام كل الضمانات الكفيلة بصيانة القانون ، بحيث يصدر طبقا

للدستور . ومن ثم فقد أصبح ملائما الآن ، تأكيداً للحرية ودعمها لها ، أن يتقرر إنشاء محكمة دستورية عليا ، يحدد الدستور الجديد (الذى كان مرتقبا حينذاك) طريقة تشكيلها واختصاصاتها .

— (ب) وكذلك فان القضاء الحر يمثل بدوره ضمانا أساسيا للحرية ، ومن ثم وجب دعم السلطة القضائية بما يضمن وصول العدل سريعا ، ومن أيسر سبيل ، الى أصحابه .

(١) برغم ذلك فقد تأخر دستور سنة ١٩٥٦ الى حد كبير بمشروع لجنة الخمسين وبخاصة فى شأن المقومات الأساسية للمجتمع والحقوق والواجبات العامة وأجزاء متفاوتة من الأبواب الأخرى من الدستور المذكور . وقد كان لى شرف العضوية فى "لجنة الخمسين" ثم المشورة فى إعداد مشروع دستور سنة ١٩٥٦ المذكور ، ومن ثم حرصت على تحقيق تكامل بين العاملين بالقدر الذى سمحت به الظروف .

(٢) قدم مشروع الميثاق المرحوم الرئيس جمال عبد الناصر وذلك فى الدلسة الانتاحية للمؤتمر المذكور يوم ١٩٦٢ / ٥ / ٢١ ، وقد أقره المؤتمر وهو تقرير اللجنة يوم ١٩٦٢ / ٦ / ٣٠ (يراجع ما سبق ، ص ٣ و ٤) .

" (ج) كذلك فقد وجب أن ينشأ لكل خصوصية قاض . ومن ثم أصبح لازما الآن أن تسقط كل الموانع الحاجية لحق التقاضى مع ضمان تنفيذ الأحكام القضائية النهائية . .

(بند ٥٠٠) (ج) بيان ٣٠ مارس سنة ١٩٦٨ (قدمه الرئيس جمال عبد الناصر وأقره الشعب فى الاستفتاء الذى جرى يوم ٢ / ٥ / ١٩٦٨) (١٣).

تضمن هذا البيان الأسس التالية :

(١) ضمان حماية الثورة "فى ظل سيادة القانون"

(٢) ويصدر "الخطوط الأساسية للدستور" المرتقب حينذاك قال الرئيس ما يلى :
" طلبا لمزيد من الضوء والوضوح ، أمد البصر أيضا الى بعض الخطوط العامة ،
التي يجب فى تقديرى ، أن يتضمنها الدستور ، لكى تكون من الآن تحت سمعنا
وبصرنا دليلا ومرشدا ، ان الدستور الجديد يجب أن يكون حقيقة عملية وسياسية ،
تعيث فى واقعنا ، وتنبع منه ، ولهذا فانى اقترح من الآن أن تتضمن مواد
الدستور الخطوط الأساسية العامة التالية :

" ٥٠٠ ٨ - أن ينص فى الدستور على حصانة القضاء ، وأن يكفل حق التقاضى
ولا ينص فى أى اجراء للسلطة على عدم جواز الطعن فيه أمام القضاء . ذلك أن القضاء
هو الميزان الذى يحقق العدل ، ويسطى لكل ذى حق حقه ، ويرد أى اعتداء على
الحقوق أو الحريات .

" ٩ - أن ينص فى الدستور على انشاء محكمة دستورية عليا ، يكون لها الحق فى

تقرير دستورية القوانين وتطبيقها مع الميثاق ، ومع الدستور

بعد هذه المقدمات وذلك التمهيد تحقق التعديل المنشود عن طريق التشريع أولا
(بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩) ثم بالنصوص الدستورية (فى دستور سنة ١٩٧١ الحالى) .

ولما كان القانون المذكور (الذى أنشأ محكمة عليا) لا يزال سارى المفعول
للآن فى ظل النصوص الدستورية المشار اليها (والتي نصت على انشاء " محكمة دستورية عليا"
لم تنشأ بعد) ، لذلك نخالف الترتيب التاريخى ونبدأ بذكر النصوص الدستورية بايجاز حتى
نتفرغ بعد ذلك لشرح أحكام " المحكمة العليا " القائمة حاليا والتي سارت شوطا فى مراقبة
دستورية القوانين ونيرها من الاختصاصات المقررة بقانونها (٢) .

(١) كان ذلك بمقتضى نص المادة ١٢٦ من دستور الجمهورية العربية المتحدة (المؤقت)
الصادر سنة ١٩٦٤ حيث كانت تقول : " لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل
الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا ، وينظم القانون طريقة الاستفتاء " .

(٢) نصت المادة ١٩٢ من الدستور الحالى على ذلك بقولها : " تمارس المحكمة العليا
اختصاصاتها المبينة فى القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية
العليا " .

ان " دستور جمهورية مصر العربية " العالى (المسمى كذلك " الدستور الدائم " والذي أقره الشعب فى استفتاء عام يوم ١١ / ٩ / ١٩٧١) قد أورد أحكام " المحكمة الدستورية العليا " فى " الفصل الخامس " ولم يدمجها فى " الفصل الرابع " الخامس " بالسلطة القضائية " وفى تخصيص فصل هكذا للمحكمة المذكورة تأكيد لوجهة النظر القائلة بذاتية تلك المحكمة أكثر منها عنصرا من عناصر السلطة القضائية (وهو ما ذهب اليه من قبل مشروع لجنة الخمسين كما ذكرنا) .

أما أحكام " المحكمة الدستورية العليا " فنجدها فى خمس مواد هى المواد ١٧٤ الى ١٧٨ من الدستور ، وتحدث أولاها عن فكرة " ذاتية المحكمة " بنص صريح يقول : " المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها فى جمهورية مصر العربية ، مقرها مدينة القاهرة " .

وتجدر المواد الأربع الأخرى الأسس العامة لتنظيم المحكمة واختصاصها :

أما التنظيم فتقرر المادة ١٧٦ الاحالة بشأنه الى " قانون " حيث تقول " ينظم القانون كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا ، ويبين الشروط الواجب توافرها فى أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم " . ثم تخص المادة ١٧٧ أهم هذه الضمانات بالذكر بقولها : " أعضاء المحكمة الدستورية العليا غير قابلين للعزل ، وتتولى المحكمة مساءلة أعضائها على الوجه المبين بالقانون " . وفيما وراء هذه الأحكام الخاصة بالمحكمة - ودون التعارض معها - تدلىق فى شأنها - ورغم ذاتيتها السابق ذكرها - أحكام المواد ١٦٥ و ١٦٦ و ١٦٩ المقررة لبعض الضمانات والتدابير الأخرى . وفيما يتعلق بالاختصاص تقرر ذلك المادة ١٧٥ قائلا :

" تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتنول تفسير النصوص التشريعية ، وذلك كله على الوجه المبين فى القانون " .

" ويمين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الاجراءات التى تتبع أمامها " ، ويخصص الأحكام الصادرة فى ممارسة هذه الاختصاصات تقرر المادة ١٧٨ من الدستور أن : " تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية ، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية ، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار " .

(١) قبل ان المحكمة بهذا الوضع : " أصبحت سلطة رابعة تقوم الى جانب السلطات الثلاث " وذلك ادراكا من الدستور " لخطر الوظيفة السندة الى تلك المحكمة " . (مقدمة المستشارين ياقوت العشماوى وعبد الحميد عثمان عن : أحكام وقرارات المحكمة العليا " الجزء الأول ، فى الدعاوى الدستورية ، ص ٩) .

يتضح من ذلك أن الدستور قد ترك المجال في تنظيم المحكمة الدستورية إلى "القانون" (الذي ينتظر صدوره في أي وقت) دون التطرق إلى الأحكام الأساسية بهذا الخصوص كما فعل مشروع "لجنة الخمسين" مثلاً . ولئن نص في شأن الاختصاصات على "رقابة دستورية القوانين واللوائح" وعلى "تولي تفسير النصوص التشريعية" (بصفة عامة) فإنه كذلك قد جعل تحديد ذلك وضبطه "على الوجه المبين في القانون" كما أن القانون استحداث اختصاصات أخرى للمحكمة (وهذه الرخصة من قبيل تحصيل المحاصل أيضاً لأن ذكر اختصاصات ما لمحكمة لا يفيد الحصر المانع من إضافة غيرها بالطريق القانوني) . كما أن الشارع الدستوري قد أحال أمر الاجراءات التي تتبع أمام المحكمة إلى "القانون"

ب - المحكمة العليا

(القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩)

(بند ٠٠٠) - صدر القانون المذكور في ٣١ / ٨ / ١٩٦٩ بالاستناد إلى قانون التفويض (رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧) الذي سن في أعقاب هزيمة حزيران سنة ١٩٦٧ والذي استند بدوره على المادة ١٢٠ من دستور سنة ١٩٦٤ الذي كان معمولاً حينذاك ونصها كما يلي : "لرئيس الجمهورية ، في الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة ، وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها ."

وقد نصت المادة الأولى من قانون التفويض المذكور على أن : "يفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتعلق بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل سكانيتها البشرية والمادية ودعم المجنود الحربي والاقتصاد الوطني وبصفة عامة في كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية" (١) .

(١) جاء بهذا الصدد في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس الأمة عن مشروع قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا (الذي صدر فيما بعد برقم ٦٦ / ١٩٧٠) قولها : "على أساس من كل هذه المبادئ الثابتة نصاً ، والمسلمة فقهاً ، والمستقرة في جميع البرلمانات دستورياً للتشريع في الظروف الاستثنائية ، ظروف الحرب ، صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا"

ومن زاوية عكسية طعن البعض في قانون التفويض المذكور بعدم دستوريته ، من ذلك ما حدث في الدعوى رقم ٣٦١ لسنة ٢٦ قضائية لدى محكمة القضاء الإداري (بمجلس الدولة) حيث طعن المدعون بعدم دستورية قانون التفويض المذكور وبالتالي عدم دستورية للقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ الصادر بالتطبيق لأحكامه والقاضي بخفض الحد الأقصى للملكية الزراعية عما كان مقرراً وقبله ، الميعاد المحدد بالميثاق والذي طوع المدعون ملكياتهم على مقتضاه . وقد استندوا في القول بعدم الدستورية على أن دستور ٢٣ / ٣ / ١٩٦٤ الذي صدر قانون التفويض على أساسه (م ١٢٠) لم يكن دستوراً مستوفياً للشرائع اللازمة من حيث الاختصاص والشكل اللازمين لإصداره . وعلى فرض صحة ذلك الدستور طعن المدعون في دستورية قانون التفويض لإداته مشككين من ناحية في حصول واقعة الإصدار فعلاً من رئيس الجمهورية (لكن

أما الأهداف التي أريدت بإنشاء هذه المحكمة فقد امتدت الى ما وراء ما سبق بيانه من جهود قضائية وفقهية ، لتضيف اعتبارات متعلقة بالتنشيط الاجتماعي والسياسي في المجتمع . وقد فصلت ذلك المذكرة الايضاحية للقانون المذكور ، فقالت - فيما قالت - انه " بعد صدور القوانين الاشتراكية في يوليو ١٩٦١ أصبحت تسود المجتمع مفاعيم وقيم جديدة ، فالسيادة للشعب وسلطة الدولة قد انتقلت الى تحالف قوى الشعب العاملة وقد تمت سيادته على وسائل الانتاج وفق خطة اقتصادية للتنمية . وقد اقتضت هذه الثورة في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية ثورة تشريعية حتى يمكن للقانون - وهو صورة من صور الحرية - أن يساهم في وئبها الى التقدم ، وحتى لا تكون مواده قيودا تصد القيم الجديدة في المجتمع . . .

" وإذا كان القاضي لا يخضع في تقدير الوقائع التي تخرج عليه الاستلان ضميره ، الا أنه ملتزم بمبادئ المجتمع من خلال التزامه بالقانون في نصوصه وفي روحه ، أي في المبادئ العامة التي منها تتكون قيم المجتمع الذي يعيش فيه ، وهو ما يستتبع أن يؤدي القضاء رسالته متفاعلا مع ارادة الجماهير ومستندا الى سلطة الشعب التي تصدر الاحكام باسمه . . .

كذلك انتقدت المذكرة تخلف القضاء احيانا عن ذلك قائلة : " انه قد بدا في كثير من الحالات ان احكام القضاء لم تستلج للمعاق بركب التطور الذي طرأ على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية نتيجة قصور في التشريع أو نتيجة تفسير غير متلائم مع هذه العلاقات الجديدة . . . ان استقلال القاضي ليس ميزة خلصها عليه المجتمع بل انه مقرر لصالح العدالة والشعب . . . ثم قالت " مع أن تنوع المحاكم أمر قد تطبيع طبيعته الخصومة أو اطرافها ، الا أن هذا التنوع يجب أن يتم من خلال قضاء موحد متجانس حتى يمكن كفاية استقرار العلاقات القانونية وعدم وقوع تناقض بين الأحكام . . . لكل ما تقدم فقد أصبح من اللازم انشاء المحكمة العليا . . .

ويلاحظ أن المادة الاولى من قانون المحكمة المذكور ، قد جسدت هذا التفكير بنصها على أن تلك المحكمة " هي الهيئة القضائية العليا بالجمهورية العربية المتحدة " (وكان صدور هذا النص قبل تعديل اسم الدولة الى " جمهورية مصر العربية ") . وفي دراسة هذه المحكمة نبحث تباعا : تنظيمها (التشكيل والاجراءات) فاختصاصاتها فجانبا من أهم أحكامها :

*** يلاحظ أن التفويض مرسوم بقرار من مجلس الأمة) ، ومدعين من ناحية أخرى أنه خالف الشروط الثلاثة التي نصت عليها المادة ١٢٠ من الدستور في قوانين التفويض ، وهي (١) أن يكون " لمدة محددة " (حددت بعبارة " الظروف الاستثنائية القائمة وهي عبارة لم ير الطاعنون فيها التحديد " الجامع المانع المقصود ") ، (٢) وأن تعين مضوعات التفويض (ورأى الطاعنون أن سعة النص لا تحقق التمييز المطلوب خصوصا وقد أضيفت عبارة " وبصفة عامة في كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية ") (٣) وأن تعين الأسس لمضوعات التفويض (ورأى الطاعنون خلوقانون التفويض المذكور من هذه الأسس) . كذلك بين الطاعنون أوجه عدم دستورية القرار باتون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٦ بخفض الحد الأقصى للملكية الزراعية السابق ذكرها .

وقد ارتأت محكمة القضاء الإداري جدية الطعن بعدم الدستورية في القضية فقضت يوم ١٩٧٣/٥/٢٩ بوقف الفصل فيها حتى تفصل في الناحية الدستورية المحكمة العليا وحددت لزيج الطاعنين دعواهم بذلك أمام المحكمة العليا مهلة قدرها ثلاثة أشهر . ولم يصل الى علمنا حتى كتابة هذه الأسطر أية معلومات عما صارت اليه .

(١) التنظيم : ويشمل :

١- التشكيل^(١) : جعل القانون تشكيل المحكمة لأول مرة بقرار من رئيس الجمهورية —
 "دون تفيد بإجراءات أو قواعد الاقدمية" (على أن تبدأ المحكمة عملها في ١١/١/١٩٦٩)
 (المادتان ٢ و ٤ من القرار الجمهوري باصدار القانون رقم ٨١ المذكور ، الصادر في ٣١ /
 ١٩٦٩) (٢) .

ويشترط فيمن يتعين مستشارا بالمحكمة (زيادة على الشروط العامة المقررة لتولي القضا
 بصفة عامة وفقا لقانون السلطة القضائية) — ألا تقل سنه عن ثلاث وأربعين سنة ميلاد —
 وذلك من بين فئات حددتها المادة السادسة من القانون وتشمل : العاملين والسابقين
 من المستشارين أو نذرائهم في الهيئات القضائية المختلفة بشرط ألا تقل المدة التي أمضوه
 في تلك الوظائف عن ثلاث سنوات ، وكذلك من أمضوا ثمانى سنوات على الأقل في وظيفة أستاذ
 للقانون في الجامعات أو في العمل بالمحاماة لدى محكمة النقض أو المحكمة الادارية العليا
 بمجلس الدولة (م ٦) .

ويتم تعيين رئيس المحكمة ونواب الرئيس والمستشارين بقرار من رئيس الجمهورية وذلك —
 فيماعد الرئيس — بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية . ويعين الجميع لمدة
 ثلاث سنوات قابلة للتجديد . (المادة ٧) .

أما عدد أعضاء المحكمة فلم يحدده القانون وإنما ذكره اجمالا حيث تقرر المادة الثالث
 منه تأليف المحكمة "من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس وعدد كاف من المستشارين" . وتحدد
 أحكامها من سبعة مستشارين .

(١) قيل بصدد استحداث هذه المحكمة : "يعتبر انشاء المحكمة العليا قمة التطور القضا
 في مصر ٠٠٠ ولسوف تبرهن الأيام على أن هذه المؤسسة القضائية السامية ستترسـ
 الأساس المتين لنشر العدالة في البلاد والعمل على استقرار الحقوق وحماية الحريات
 الفردية واعلاء كلمة الدستور بما يحق معه للمصريين أن يحجوا اليها ، كما يحج ملايين
 الأمريكيين الى المحكمة الفيدرالية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية " (مقدمة الا
 يا قوت العشماوى وعبد الحميد عثمان ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٣ و ١٠) .

كذلك جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة الم
 قولها في هذا المعنى : "ان المشرع انشأ المحكمة العليا وانزلها من الهيئات
 القضائية مقاما عليا ، فأراد لها أن تستوى على القمة منها ، وعقد لها الاختصاص بأداء
 المسائل وأكثرها أهمية ، إنما تنبئنا من وراء ذلك قيام جهة قضائية تفسر النصوص القانونية
 بما يحركها من جمودها ويجلو ارادة المشرع ، وتراقب دستورية القوانين ٠٠٠ وتدفع
 عن الخطة الاقتصادية الاضرار ٠٠٠" .

(٢) لم يتيسر تنفيذ هذا العهد ، ولذلك لم يتم تعيين رئيس المحكمة وأعضائها الا في فبراير
 سنة ١٩٧٠ ولمدة ثلاث سنوات تجددت من بعد ذلك سنويا حتى كتابة هذه السطور
 (مطلع سنة ١٩٧٤) .

كذلك نص القانون على اليمين التي يؤدىها أعضاء المحكمة بأن "يحكموا بالعدل وأن يحترموا القانون" (م ٨) ، وعلى مبدأ "عدم القابلية للعزل" مع سريان سائر ضمانات المستشارين وحقوقهم وواجباتهم المقررة بصفة عامة بقانون السلسلة القضائية . ولكن اذا فقد أحد أعضاء المحكمة العليا الثقة والاعتبار أو أخل اخلايا جسيما بواجبات الوظيفة ومقتضياتها جازت إحالته الى المعاش (أى التقاعد) بقرار جمهورى بناء على تحقيق تجريه معه المحكمة ، ويعتبر العنصر فى أجازة حتمية من تاريخ قرار المحكمة باحاله الى التحقيق لحن البت فيه (المادتان ٩ و ١٠) .

٢- الاجراءات : نص قانون المحكمة (رقم ٨١ لسنة ٦٩) على بعض الاجراءات ، ثم أكملها قانون الاجراءات والرسم الخاصة بالمحكمة (رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠) . أما القانون الاول فقد عنى بالنصر على "علنية الجلسات" الا اذا أمرت المحكمة بجعلها سرية مراعاة للآداب أو محافظة على النظام العام ، أوفى الأحوال الأخرى التى يحددها القانون ، ولكن النطق بالأحكام يجب أن يكون فى جميع الأحوال فى جلسة علنية (مادة ١٢) . كذلك نص على قبول المحامين المقيدين أمام محكمة النقض أو المحكمة الادارية العليا للمرافعة أمام المحكمة العليا (م ١٤) وعلى بعض شئون العاملين بالمحكمة (الاداريين والكتابيين) وغيرهم ، وعلى اللجنة الخاصة بشئونهم (م ١٥) .

وفيما عدا ذلك أحال القانون على قانون مجلس الدولة فيما يتعلق بالمواعيد والاجراءات الخاصة برفع الدعوى وتبنيها للمرافعة (م ٥) . ولذلك قيل إن القانون قد تبنى نظام "مفوض الدولة" ومؤدى ذلك ضرورة وجود "هيئة لمفوضى الدولة" بالمحكمة العليا (١)

وتبينا لهذا العنصر الهام فى سير العمل بالمحكمة رأيت لجنة الشئون التشريعية بمجلس الأمة وضع نص مستقل - لا مجرد اشارة - بخصوص هيئة المفوضين ، فوضعت المادة الثالثة من مواد اصدار قانون الاجراءات (رقم ٦٦ المذكور) ، بالنص التالى : "تؤلف هيئة لمفوضى الدولة أمام المحكمة العليا من عدد كاف من المستشارين والمستشارين المساعدين وقد أشارت الى تلك الهيئة بعد ذلك المواد ٧ و ٨ و ٩ و ١٣ و ١٥ و ١٦ و ٣٨ من قانون الاجراءات ذاته .

وفيما يتعلق بنظام الجلسات والأحكام أحال قانون انشاء المحكمة العليا الى القواعد المطبقة أمام محكمة النقض (م ١٢) . ثم نصت المادة الاولى من مواد الاصدار لقانون الاجراءات والرسم (رقم ٦٦ / ١٩٧٠) على أنه - فيما لم يرد فى شأنه نص فى القانونين المذكورين - "يستبدى بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة الأوضاع أمام المحكمة العليا وروحها" .

(١) دروس (على الآلة الكاتبة) للمستشار مصطفى كامل اسماعيل لطلبة دبلوم العلوم الادارية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ، فى مادة : "الرقابة القضائية على أعمال الادارة" (١٩٦٨ / ٢٦٧) .

أما تفاصيل الأحكام التي بها قانون الاجراءات والرسم المذكور فتكتفى بملاحظة أنها جاءت في أربعة أبواب (أولها خاص بتقديم الطلبات وتحضيرها وتمييزتها) (م ١ الى ١٧) ^(١)، والثاني متعلق باجراءات نظر الدعوى أو الطلب أمام المحكمة (م ١٨ - ٢٠)، والثالث خاص بالأحكام وقرارات تفسير النصوص القانونية (م ٢١ - ٣٣) ^(٢). أما الرسم فقد حددتها ووضع أحكامها الباب الرابع بالمواد ٣٤ - ٤٠.

(ب) الاختصاصات :

بين قانون المحكمة العليا (١٩٦٩) اختصاصات أربعة يعنيها بالذات في هذا المقام أولها ، وهي :

أولا : مراقبة دستورية القوانين : وقد نص على ذلك البند (١) من المادة الرابعة من القانون حيث يقول : " تختص المحكمة العليا بما يلي : (١) الفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم . وتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعادا للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع . فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن " وتكمل هذا النص من ذات القانون ، مادتان ، تقر أحدهما (وهي م ٥) أن " يكون رفع الدعوى أمام المحكمة بطريق الايداع بقلم كاتبها " ، وتضيف الأخرى (م ١٣) أن " تكون أحكام المحكمة العليا وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن " .

وتتضح من تحليل هذه النصوص الأمور التالية :

١- وضع القانون (بعبارة " دون غيرها " المذكورة) حدا لما سبق بيانه من غلبة رأى القضاة قبل ذلك بحق كل قاضٍ في مراقبة دستورية القانون في دعوى منظورة ، وذلك عن " الدفع الفرعى " أى " رقابة الامتناع " (التى يسميها البعض " رقابة اهمال " لكون القاضى - إذا تبين عدم دستورية القانون المطعون عليه - أهمل تطبيقه) .

وقد عرفنا أن هذا المنحى (فى حصر هذه الرقابة فى محكمة عليا دون سائر المحاكم) قد أخذت به " لجنة الخمسين " (سنة ١٩٥٣ / ١٩٥٤) فى مشروعها السالف الذكر . وسند هذا الاتجاه الرغبة فى حصر هذه المهمة - الخطيرة بذاتها وفى معقباتها - فى محكمة عالية المستوى ، والرغبة كذلك فى تحاشي البلبلة التى تترتب عندما تتضارب وجهات نظر المحاكم بصدد التشريع الواحد الصادر عن مثلى الشعب مصدر السلطات والذى تتجافى خاصية الصومية

(١) جاء بهذا الباب فصل أول خاص بطلبات " الفصل فى دستورية القوانين ومسائل تنازع الاختصاص (المواد ١ - ١٠) ، وتناول الفصل الثانى اجراءات " طلبات وقف تنفيذ أحكام هيئات التحكيم " (م ١١ - ١٣) ، وفى الفصل الثالث اجراءات " تفسير النصوص القانونية " (م ١٤ - ١٧) .

(٢) وقد تضمن هذا الباب فصلين ، أولهما عن " إصدار " الأحكام والقرارات المذكورة ٢١١ - ٣١) والثانى عن " مصروفات الدعوى " (م ٣٢ و ٣٣) .

فيه مع احتمال تنوع مواقف المحاكم المتباينة من دستورته وعدم دستورته . حقا ان في توحيد جهة الرقابة القضائية حرمان سائر المحاكم من حق كان لها أن تمارسه وقد مارسه على النطاق السابق بيانه فعلا ، ولكن مزايا التوحيد المذكورة ، وما لسنائه من خبرات الرقابة في الدول المختلفة جعلنا تميل لهذا التوحيد ، وان كنا قد آثرنا في الماضي - بصدد لجنة الخمسين ومشروعها - الجمع بين اختصاص المحكمة العليا واختصاص كل المحاكم في رقابة الامتناع بناء على دفع فرعى (١)

كذلك كان الشأن في مشروع الدستور الذي أعدته "اللجنة التحضيرية" المشكلة سنة ١٦٤ والتي انتهت من اعداده في شهر مايو/أيار سنة ١٩٦٧ ، فقد تضمن هذا المشروع انشاء محكمة دستورية عليا تنفرد بالاختصاص برقابة دستورية القوانين واللوائح والقرارات التشريعية سواء عن طريق الدعوى الأصلية أو عن طريق الدفع ، وذلك على الوجه الذي يبينه القانون (٢) .

٢- رقابة الدستورية على النحو المذكور تعتبر لدى المحكمة العليا من نوع "الرقابة بطريق الدعوى الأصلية" (وان بدأ الأمر لدى المحكمة الأخرى بناء على دفع فرعى أما هنا) . يؤكد ذلك قول النص السابق ذكره ان المحكمة تحدد ميعادا للخصم "لرفع الدعوى أمام المحكمة العليا" . كما يزيد الأمر تأكيداً قول المادة ٥ المذكورة أعلاه ان "رفع الدعوى" أمام المحكمة العليا يكون بطريق "الايداع بقلم الكتاب" . ويتردد هذا المعنى في أحكام قانون الاجراءات (سنة ١٩٧٠) حيث الحديث عن "الدعوى" يتكرر في المادة ٨ منه الخاصة بموضوع دستورية القوانين ، وكذلك في الأبواب الأخرى من ذلك القانون . كما أن الطعن يأخذ لدى المحكمة العليا رقمه واسلوبه واجراءاته كدعوى أصلية "مبتدأة" . ثم إنه لننظر تكمله على ص ١٧١ حكم ٣- قد يشعر النص بأن مجرد الدفع بعدم دستورية قانون أمام أية محكمة يلزمها بوقف السير فيه وتحديد موعد لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا . ولكن الأخذ بهذا الظاهر (استنادا الى كون النص يقول : "اذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم" .) غير مس (منطقيا ولا عمليا) والا لا يمكن استغلال هذا الحق لتعطيل سير الدعاوى ولمجرد كسب الوقت أو بعبارة أصح تضییعه اضرارا بالطرف الآخر (٣) .

(١) كان ذلك في مؤلفنا : "الاتجاهات الدستورية الحديثة" ، لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ، طبعة سنة ١٩٥٧ - ١٩٥٨ ، ص ١٢٤ حيث قلنا "كما نفضل تقرير الحقيقين ، على أن يقيد رأي المحكمة العليا المذكورة في حالة صدوره رأي جميع المحاكم الأخ (ها مشرق رقم ٢) .

(٢) د . رمزي الزاهر ، المرحلة السابقة ، ص ٥٢١ و ٥٢٣ (باليامر) .
(٣) كما خاضرت المستشار بطي في كلمته أمام الجمعية في المرحل السابق ، ص ٢٦٨ .

لذلك جاء قانون الاجراءات والرسم التالي (سنة ١٩٢٠) بنس "موضوعي" صريح
يشترط "جدية الدفع" فقررت المادة الاولى منه أن ترفع دعوى عدم الدستورية حسب الاجراءات
السابق ذكرها " اذا ما قدرت المحكمة المقاراً ما دفع بعدم الدستورية جدية هذا الدفع".
وقد بينت مبررات ذلك لجنة الشئون التشريعية في "تقريرها عن مشروع قانون الاجراءات المذكور
حيث قالت :

"... أتى مشروع القانون ... ليقرر في عبارة واضحة حق المحكمة التي يثار لديها
الدفع في تقدير جدية وادعاء قرارها بوقف الدعوى المطروحة لديها من عدمه ، وعلى ضوء
تقديرها لجدية هذا الدفع . وهو أمر طبيعي حتى لا يتخذ الدفع بعدم الدستورية القانون
وسيلة للكيد ولتعطيل الفصل في القضايا لدى محكمة الموضوع التي تنظره ، والأمثلة على ذلك
كثيرة كأن يثار دفع بشأن عدم الدستورية قانون لا يحكم الخصومة في الدعوى المطروحة أو الدفع
بعدم الدستورية قانون سبق للمحكمة العليا أن أصدرت في شأنه حكماً ، أو الدفع بعدم الدستورية
قانون مقرر لنصوص واردة في الدستور ذاته " . (١)

وتقترب من موضوع رقابة الجدية (رغم الفارق) حالة عدم الحاجة لبحث الدستورية
عند ما يكون هنالك سبب أو وجه آخر للحكم بطلبات الطاعن دون حاجة لمناقشة دستورية القانون
محل الخلاف . وقد عرفنا أن المحكمة العليا الأمريكية قد اختطت لنفسها مثل هذا الأسلوب
كضابط لرقابتها على دستورية القوانين (٢) . ومن هذا القبيل كذلك - وعلى سبيل المثال -
بعض أحكام حديثة لمحكمة النقض المصرية (الدائرة المدنية والتجارية) ، كالحكم الصادر يوم
١٢ / ٢١ / ١٩٧٢ (في الطعن رقم ٢١ سنة ٣٩ قضائية - طعون رجال القضاء) ، حيث
قالت المحكمة بصدد طعن بمخالفة الدستور أنه كان "على سبيل التأكيد لا التأسيس" وأن الدفع
بعدم الدستورية في الدعوى "يعتبر دفعا احتياطياً" لا يسوجب وقفها (لتفصل المحكمة العليا

(١) كذلك روى في الرسم أن تكفل بدورها "جدية الطعن" فقررت المادة (٣٤) من قانون
الاجراءات والرسم أن رسم دعوى عدم دستورية القوانين هو رسم ثابت مقداره خمسة وعشرون
جنيهاً . كما أوجبت المادة المذكورة أن يودع الطالب أيضاً في خزانة المحكمة العليا عند
تقديم العريضة كغالة مقداره خمسة وعشرون جنيهاً تقضى المحكمة بمصادرتها في حالة الحكم
بعدم قبول الدعوى أو برفضها . وأكدت هذه المادة أن لا يقبل قلم الكتاب عريضة الدعوى
إذا لم تصحب بما يثبت ايداع الكفالة المذكورة .

وقد شرحت "الذكرة الايضاحية" المحكمة من وراء هذا التشدد وهي "الحد من
رفع هذه الدعاوى بطريق الكيد بغية تعطيل الفصل في الدعاوى التي دفع فيها بعدم
الدستورية وزيادة في التأكد من جدية هذا الدفع".
(٢) تراجع رسالة الدكتور أحمد أبوالمجد ، المرجع السابق ، ص ٤٤١ - ٤٤٧ حيث تحدث
عن أهم الضوابط التي التزمتها المحكمة العليا الأمريكية في مراقبتها لدستورية القوانين
وفي مقدمة هذه الضوابط "عدم تعرض المحكمة للمشكلة الدستورية الا اذا كان ذلك ضرورياً
للفصل في الخصومة الأصلية" وبعبارة أخرى "عند الضرورة القصوى".
وقد تعددت الاحكام في هذا المعنى وأن شد بعضها مثل حكم دولة سكوت ضد سانفورد
سنة ١٨٥٧

فى الدستورية) متى كان المييب الآخر يكفى للالغاء .

٤- لم يضع الشارع المصرى وسيلة للتعقيب على رأى المحكمة الأصلية اذا ما قررت عدم جدية الدفع ، وبذلك أصبح لا مجال أمام من دفع بعدم دستورية القانون اذا ما خالف تقدير المحكمة بعدم جدية دفعه ، وقد يكون على حق فيما يراه . وسنرى أن هذا الاحتمال قد جعل المشرع الكويتى ينسب فى قانون المحكمة الدستورية عن أنه "يجوز لذوى الشأن الطعن فى الحكم الصادر بعدم جدية الدفع ، وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية فى خلال شهر من صدور الحكم المذكور ، وتفصل اللجنة المذكورة فى هذا الطعن على وجه الاستعجال " .
(مادة رابعة ، فقرة أخيرة ، من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣) .

(١) كان ذلك بصدد طلب الغاء "القرار بقانون" رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ باعادة تشكيل الهيئات القضائية فى مصر بحيث يعتبر من لا يعاد تعيينه من أعضائها محالا الى المعاش (أى التقاعد) بحكم القانون . فطعن بعض من نحو عن وظائفهم (من قضاة وأعضاء نيابة وهيئات قضائية أخرى) فى هذا القرار بقانون لتجاوز نطاق قانون التفويض الذى صدر بناء عليه (وهو القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ الصادر اثر هزيمة حزيران سنة ١٩٦٧) ولمخالفته كذلك للضمانات المنصوص عليها فى قانون السلطة القضائية ، ولأحكام الدستور .

ازاء هذا الطعن طلبت النيابة من محكمة النقض وقف السير فى الدعوى حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع الخاص بعدم الدستورية .

ولكن محكمة النقض لم تستجب لهذا الطلب ، لأن "القرار بقانون" المذكور ليس سوى "قرار ادارى" ومن ثم يجوز الغاؤه اذا جاوز نطاق الموضوعات المتخذة له بقانون التفويض السالف الذكر ، أو خالف الاسس التى تقوم عليها . وهو "لا يبلغ مرتبة القوانين فى حجية التشريع الا اذا أقره المجلس النيابى" (وذلك برغم أن القرارات بتوانين الصادرة بناء على التفويض لها فى موضوعها قوة القانون التى تمكنها من الغاء وتعديل القوانين القائمة) .

وبهذا لم توقف محكمة النقض السير فى الدعوى رغم الطعن على "القرار بقانون" المذكور بعدم دستوريته ، وقضت بالنائه لكونه : " صدر فى موضوع يخرج على النطاق المحدد بقانون التفويض ويخالف مبادئ نصه ومقتضاه مما يجعله مجردا من قوة القانون " ولكونه فوق ذلك يمس حقوق القضاة وضماناتهم مما يتصل باستقلال القضاء ، وهو ما لا يجوز تنظيمه الا بقانون صادر من السلطة التشريعية (وليست من ذلك قرار بقانون " يصدر بناء على تفويض) . وقد وصفت محكمة النقض "القرار بقانون" المذكورة (فيما تضمنه من اعتبار رجال القضاء الذين لا تشملهم قرارات التعيين أو النقل محالين الى المعاش بحكم القانون) " قرارا اداريا " وأنه " غير قائم على أساس من مبدأ المشروعية ومشوب بعيب جسيم يجعله عديم الأثر " . وأنه " منعدم " ومحكمة النقض باعتبارها المختصة دون غيرها - وفقا لقانون السلطة القضائية - بالفصل فى طلب الغاء القرارات الجمهورية المخالفة للقانون ، تكون وحدها صاحبة الاختصاص بالغاء "القرار بقانون" المطعون فيه (٨٣ لسنة ١٩٦٩) " اذا كان - فى نفس الوقت - مخالفا لقانون التفويض ولأحكام الدستور على السواء " .

وقد استتبع بطلان "القرار بقانون" (رقم ٨٣) والغاءه ، بطلان والغاء ما بني على أساسه ونفذه ، وهو "القرار الجمهورى" ١٦٠٣ لسنة ١٩٦٩ (الذى أعاد التشكيل مغفلا بعض أعضاء الهيئات القضائية المذكورة بما يبنى احالتهم للمعاش) ، ثم "القرار الوزارى" التنفيذى للقرار الجمهورى المذكور وهو قرار وزير العدل رقم ٩٢٧ لسنة ١٩٦٩ الذى أخطر المذكورين بانها " خدما تمهم " .

وقد ترتب على عدم فتح باب الطعن في قرار عدم جدية الدفع - مع غيره من الاعتبارات عدم ايجاد لجنة لفحص الطعون ، فالمحكمة لم تعد تختص في النظر على طعون قذرت المحكمة الأصلية "جديتها" ومن ثم أصبحت خليفة بأن تنظرها موضوعيا المحكمة العليا بتشكيلها القانوني الكامل^(١) ، وذلك على خلاف ما هو مقرر بصدور "المحكمة الإدارية العليا" بمجلس الدولة ، حيث تقرر المادة الرابعة من قانون مجلس الدولة الحالي (رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) أن هذه المحكمة تكون بهذا دائرة أو أكثر لفحص الطعون وتشكل من ثلاثة مستشارين "أما المشرع (بقانوني "المحكمة العليا" رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ورقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠) فقد آثر الاتجاه الآخر السابق ذكره ، مراعاة لكون هذه المحكمة تفصل في الطلبات التي تقدم اليها بالطريق الذي رسمه القانون لذلك وتفصل فيها "لا بصفتها محكمة طعن ، بل باعتبارها صاحبة ولاية أصلية فيما أسند اليها نظاره من مسائل . وكان مقتضى ذلك وجوب أن تقول المحكمة ، بميثمتها الكاملة ، كلمتها في هذه المسائل ، فلم يكن ثمة داع لأن تنشأ بها دائرة لفحص الطعون لا يستقيم وجودها الا مع نظام يقوم على طعون في أحكام يراد تصفيتهما بحجب البعض منها في مرحلة سابقة على العرض على المحكمة ، وليس الشأن هذا في خصوص المحكمة العليا^(٢) .

ثانيا - الاختصاصات الأخرى (غير مراقبة الدستورية) : وتشمل هذه الاختصاصات :

١- تفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها . وقد نص على ذلك البند (٢) من المادة الرابعة من قانون انشاء المحكمة ، مضيفا المحكمة من هذا الاختصاص ونص "ضمان وحدة التطبيق القضائي" ، كما اشترط أن يكون ذلك "بناء على طلب وزير العدل" وقرر أن قرار المحكمة بالتفسير "يكون ملزما (. لا مجرد رأي استشاري) . كما أضاف قانون الاجراء ان تصدر الاحكام وقرارات التفسير "باسم الأمة" وتذكر الأسباب موجزة ويقدم الوزير مذكرة كذلك بالأسانيد والمبررات التي تستدعي التفسير . بهذا الأسلوب في التفسير الملزم للقوانين "لا تدعو الحاجة الى الالتجاء الى اصدار تشريعات تفسيرية أو انشاء لجان لهذا الغرض .

(١) ويلاحظ أنه غير مطلوب من محكمة الموضوع ان تقرر جدية الدفع بعدم الدستورية أن تصدر حكما مسببا عن الجدية ووقف الفصل في الدعوى الأصلية ، لأن ذلك يحمل المحكمة المذكورة جهدا ووقتا ، كما يدخلها في صميم الدستورية المفروض أنه مهمة "المحكمة العليا" وحدها (م ٤ من قانون انشائها) ، ولذلك بالذات اكتفى قانون الاجراءات (رقم ٦٦ / ١٩٧٠) في الفقرة الثانية من مادته الثانية - باشتراط أن يرفق (بمريضة الدعوى لدى المحكمة العليا في شأن دستورية القوانين) صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أمرت فيه المحكمة بوقف الدعوى . كذلك قصد المشرع الاستغناء بهذا المحضر عن ضم ملف الدعوى الأصلية ، لا سيما أن طلب الفصل في الدستورية لا يحال الى "المحكمة العليا" من محكمة الموضوع ، بل يرفع بمريضة (مبتدأة) من صاحب الشأن . (مصطفى كامل اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠) .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

التفسير
الناحية
الاستشرافية

وقد ترتب على عدم فتح باب الطعن في قرار عدم جدية الدفع - مع غيره من الاعتبارات عدم ايجاد لجنة لفحص الطعون ، فالمحكمة لم تعد تختص في الا بالنظر طعون قدرت المحكمة الأصلية " جديتها " ومن ثم أصبحت خليقة بأن تنظرها موضوعيا المحكمة العليا بتشكيلها القانوني الكامل^(١) ، وذلك على خلاف ما هو مقرر بصدد " المحكمة الادارية العليا " بمجلس الدولة ، حيث تقرر المادة الرابعة من قانون مجلس الدولة الحالي (رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) أن هذه المحكمة " تكون بها دائرة أو أكثر لفحص الطعون وتشكل من ثلاثة مستشارين " . أما المشرع بقانوني " المحكمة العليا " رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ورقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ فقد آثر الاتجاه الآخر السابق ذكره ، مراعاة لكون هذه المحكمة تفصل في الطلبات التي تقدم اليها بالطريق الذي رسمه القانون لذلك وتفصل فيها " لا بصفتها محكمة طعن ، بل باعتبارها صاحبة ولاية أصلية فيما أسند اليها نظاره من مسائل . وكان مقتضى ذلك وجوب أن تقول المحكمة ، بصيغتها الكاملة ، كلمتها في هذه المسائل ، فلم يكن ثمة داع لأن تنشأ بها دائرة لفحص الطعون لا يستقيم وجودها الا مع نظام يقوم على طعون في أحكام يراد تصفيتهما بحجب البعض منها في مرحلة سابقة على العرض على المحكمة ، وليس الشأن هذا في خصوص المحكمة العليا^(٢) .

ثانيا - الاختصاصات الأخرى (غير مراقبة الدستورية) : وتشمل هذه الاختصاصات :

١ - تفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها . وقد نص على ذلك البند (٢) من المادة الرابعة من قانون انشاء المحكمة ، مضافا الحكمة من هذا الاختصاص وعلى " ضمان وحدة التطبيق القضائي " . كما اشترط أن يكون ذلك " بناء على طلب وزير العدل " وقرر أن قرار المحكمة بالتفسير " يكون ملزما (. لا مجرد رأي استشاري) . كما أضاف قانون الاجراء ان تصدر الاحكام وقرارات التفسير " باسم الأمة " وتذكر الأسباب موجزة ويقدم الوزير مذكرة كذلك بالأسانيد والمبررات التي تستدعي التفسير . بهذا الأسلوب في التفسير الملزم للقوانين " لا تدعو الحاجة الى الالتجاء الى اصدار تشريعات تفسيرية أو انشاء لجان لهذا الغرض .

الفقرة
من المادة
الرابعة
الدستورية

(١) ويلاحظ أنه غير مطلوب من محكمة الموضوع أن تقرر جدية الدفع بعدم الدستورية أن تصدر حكما مسببا عن الجدية ووقف الفصل في الدعوى الأصلية ، لأن ذلك يحمل المحكمة المذكورة جهدا ووقتا ، كما يدخلها في صميم الدستورية المفروض أنه مهمة " المحكمة العليا " وحدها (م ٤ من قانون انشاؤها) ، ولذلك بالذات اكتفى قانون الاجراءات (رقم ٦٦ / ١٩٧٠) - في الفقرة الثانية من مادته الثانية - باشتراط أن يرفق (بعريضة الدعوى لدى المحكمة العليا في شأن دستورية القوانين) صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أمرت فيه المحكمة بوقف الدعوى . كذلك قصد المشرع الاستغناء بهذا المحضر عن ضم ملف الدعوى الأصلية ، لا سيما أن طلب الفصل في الدستورية لا يحال الى " المحكمة العليا " من محكمة الموضوع ، بل يرفع بعريضة (مبتدأة) من صاحب الشأن . (مصنف في كامل اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠) .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

وتنشر قرارات التفسير في الجريدة الرسمية لما لا من قوة ملزمة (١).

٢- الفصل في طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشكلة للفصل في منازعات الحكومة والقطاع العام ، وذلك اذا كان تنفيذ الحكم من شأنه الاضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الاخلال بسير المرافق العامة ، ويكون تقديم الطلب في هذا الشأن الى رئيس المحكمة العليا من النائب العام - وجوبا - بناء على طلب الوزير المختص ودون أى اجراء خاص وذلك في بحرستين يوما من بدء التنفيذ . و يترتب على تقديم الطلب عدم جواز تنفيذ الحكم حتى تبت المحكمة في الطلب ، سواء بوقف تنفيذ الحكم أو بتعديل طريقة تنفيذه أو برفض الطلب . وقد قرر القانون ان على المحكمة اذا أمرت بوقف تنفيذ الحكم أن تتصدى للفصل في موضوع النزاع (مادة ٤ فقرة ٣ من قانون انشاء المحكمة رقم ٨١) وذلك لكي لا يمتد وقف التنفيذ الى أجل . يرسمى فيصبح وقف التنفيذ بمثابة النأء للحكم الموقوف تنفيذه (٢) .

٣- الفصل في تنازع الاختصاص : وقد نصت عليه المادة الرابعة السالفة الذكر (في فقرتها الرابعة) بقولها : " الفصل في مسائل تنازع الاختصاص طبقا لأحكام المواد ١٧ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ من قانون السلطة القضائية (رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، وقد حل محله بعد ذلك القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢) . ومعلوم أن التنازع في الاختصاص يكون ايجابيا (بادعاء الاختصاص من أكثر من محكمة) أو سلبيا (بافكار كل محكمة اختصاصها) أو بين الأحكام (في حالة صدورهما من أكثر من محكمة في الموضوع الواحد) (٣) .

(١) و (٢) و (٣) - الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل ، الدروس ، المرجع السابق ، ص ٢٦٧ الى ص ٢٩٢ ، وقد ذكرنا الاختصاصات الثلاثة الاخيرة بايجاز تام لمجرد استكمال صورة المحكمة مع تحاشي التطرق الى تفاصيل هذه الاختصاصات لأنها ليست في صميم دراستنا الحالية الخاصة بموضوع " دستورية القوانين " .

١ - النص في الدستور على استمرار نفاذ التشريعات السابقة عليه لا يعني تطهيرها من الميوب (كعدم دستوريتهامثالا) أو تحصينها ضد الطعن فيها (كالطعن بعدم دستوريتهام) وإنما يقصد بمثل هذا النص تجنب حدوث فراغ تشريعي اذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره (حكم المحكمة العليا في ١٩٧١/٣/٦) . (١)

ومن هذا القبيل نص المادة ١٩٠ من دستور مصر الصادر سنة ١٩٥٦ والمادة ١٦٦ من دستورنا الصادر سنة ١٩٦٤ ، والمادة ١٨٠ من دستور الكويت التي تقول : " كل ما قرره القوانين واللوائح والمراسيم والأوامر والقرارات المعمول بها عند العمل بهذا الدستور يظل ساريا ما لم يحدل أو يُلغ وفقا للنظام المقرر بهذا الدستور ، وبشرط ألا يتعارض مع نص من نصوصه " . ويؤكد هذا النظر أن هذه الأحكام السابقة على دستور ما يجب (من باب أولى) أن تخضع لوسائل الطعن المقررة والتي تسرى على القوانين الصادرة في ظل الدستور ورغم نص الدستور على نفاذها وعلى تحديد موعد لهذا النفاذ ، ومثال ذلك المادة ١٧٨ من دستور الكويت حيث تقول : " تنشر القوانين . . . ويحمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها ، ويجوز مد هذا الميعاد أو قصره بنص خاص في القانون " . (٢)

(بند . . .) ٢ - قد يقصد الدستور تطهير بعض التشريعات السابقة عليه و تحصينها ، وذلك بنص يقرر ذلك (لا مجرد استمرار النفاذ) ، ومثال ذلك نص المادة ١٦١ من دستور سنة ١٩٥٦ بمصر التي قالت : " جميع القرارات التي صدرت من مجلس قيادة الثورة ، وجميع القوانين والقرارات التي تتصل بها وصدرت مكتملة أو منقذة لها ، وكذلك كل ما صدر من الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات أو أحكام ، وجميع الاجراءات والأعمال والتصرفات التي صدرت من هذه الهيئات أو من أية هيئة أخرى من الهيئات التي أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بالفائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أية

(١) وفي ذات المعنى حكمها في ١٩٧١/١١/٧ ، وفي ١٩٧١/١٢/٤ وغيرهما (يراجع كتاب " أحكام وقرارات المحكمة العليا " الجزء الأول ، في الدعاوى الدستورية ، المرجع السابق ، ص ٤ وما بعدها .

وكان البحث في الدعوى الأولى حول دستورية حق الجار في الشفعة المقرر بالفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدني المصري ، ثم ص ١١٠ وما بعدها حيث القضية كانت متعلقة بعدم دستورية " القرار بقانون " (يقابل المرسوم بقانون فسي الكويت) رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ الذى أضفى صفة " عمل السيادة " على بعض القرارات الجمهورية في شئون بعض الموظفين .

(٢) كذلك كان الحكم في سائر الدساتير المصرية السابقة وان تفاوتت نصوصها وصياغتها بدرجات متفاوتة .

هيئة كانت ، وقد قالت المحكمة هنا : " ليس محقولا ان تكون التشريعات التي صدرت قبل صدور الدستور ... بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نظامه وأصوله المستحدثة ، مع أن رقابة دستوريتهما أولى وأوجب . "

٣ - اذا أباح المشرع حق الشفعة كأصل ومنعه في بعض الحالات الاستثنائية فان ذلك جائز دستوريا ان " أن الأصل في سلطة التشريع في موضوع تنظيم الحقوق أن تكون سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محددة ... " (١) ، وبناء عليه يكون حق الشفعة المقرر بالمادة ٩٣٦ مدنى (فقرة هـ) " ما يدخل في حدود سلطة المشرع التقديرية التي لسم يقيد الدستور في هذا الصدد " . وهذا ما قرره الدكتور السنهورى برغم مناداته بحق

=====

(١) - أباح الشارع الدستورى المصرى للمشرع أن يحدد الملكية الزراعية ، وكان أول نص على ذلك هو المادة ١٢ من دستور سنة ١٩٥٦ القائلة : " يمين القانون الحد الأقصى للملكية الزراعية بما لا يسمح بقيام الاقطاع " . ثم أعيد النص في المادة ١٧ من دستور سنة ١٩٦٤ بمبارة : " يمين القانون الحد الأقصى للملكية الزراعية ، ويحدد وسائل حماية الملكية الزراعية الصغيرة " . وفي الدستور الحالى الصادر سنة ١٩٧١ جاء الحكم في المادة ٣٧ مع شي " من التفصيل حيث تقول المادة : " يمين القانون الحد الأقصى للملكية الزراعية بما يضمن حماية الفلاح والعامل الزراعي من الاستغلال وما يؤكد سلطة تحالف قوى الشعب العاملة على مستوى القرية " .

وبغير مثل هذه النصوص (المتضمنة السماح للمشرع العادى بتحديد الملكية) لا يملك هذا المشرع تلك السلطة ، ولذلك تعتمد دستور الكويت مثلا عدم النص على هذه الرخصة ففي المادة ١٦ منه التي تحدثت عن الملكية واعتبرتها من الحقوق الفردية ذات الوظيفة الاجتماعية التي ينظمها القانون . وتوكيدا لفهم هذا النص بما لا يتضمن حق تحديد الملكية أوردت المذكرة التفسيرية للدستور بهذا الخصوص ما يلي :

" وما تجب ملاحظته ... أن النص على أن لهذه الحقوق " وظيفة اجتماعية " لا يقصد به بالذات تحديد الملكية ، بل قصد به تنظيم وظيفتها بما فيه صالح الجماعة الى جانب حق المالك ، ... ولهذا عندما أرادت بعض الدساتير اباحة تحديد الملكية الفردية بالذات أوردت مادة خاصة بذلك . هذا فضلا عن أن موضوع تحديد الملكية الفردية انما يثار خاصة بصدور ملكيته الأراضى الزراعية في البلاد التي تعتبر هذه الأراضى أساس الاقتصاد الوطنى . "

ولذلك حدد المشرع المصرى الملكية الزراعية في قوانين " الاصلاح الزراعي " ، كما حظرت حق الشفعة في نطاق تطبيق تلك القوانين ، كما حظرها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بخصوص مملوك الدولة لصغار الملاك .

مراقبة الانحراف التشريعي . (أحكام " المحكمة العليا " ص ٤٨ و ٤٩) وبذلك رفضت المحكمة وجهة نظر المدعى القائلة بعدم دستورية حق الجار المالك في الشفمسة بمقولة انه يهدف الى جمع الاراضى في يد شخص واحد مما يؤدى الى الاستغلال ويتمارض مع النظام الاشتراكي الذى أرست أصوله المادتان ١ و ٩ من دستور سنة ١٩٦٤ (وتقول الأولى أن مصر " دولة ديمقراطية اشتراكية " ، وتقول المادة ٩ أن " الاساس الاقتصادى للدولة هو النظام الاشتراكي الذى يحظر أى شكل من أشكال الاستغلال ، بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكي - بدعائمه - من الكفاية والعدل " .

ومن قول استاذنا السنبورى بهذا الخصوص ان " المشرع في حدود الدستور لـه سلطة التشريع ، فما لم يقيد الدستور بقيود محددة فان سلطته في التشريع هي سلطة تقديرية ، ونرى من ذلك أن السلطة التقديرية هي الأصل في التشريع والسلطة المحددة هي الاستثناء " .

*

(بند ٠٠٠) ٤ - " أن مبدأ تكافؤ الفرص " المنصوص عليه في كثير من الدساتير (١) ، يوجب " المساواة " ، وكذلك النصوص الدستورية الخاصة بهذه " المساواة " ، لا تعنى أن تكون المساواة " حسابية " أو " مطلقة " ، انما توجب " توافر شرطى العموم والتجريد فـي التشريعات المنظمة للحقوق ... " كما أن " المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث اذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب بإعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية ، واذا اختلفت هذه الظروف بأن توافرت الشروط في البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم وكان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها المشرع لهم . والتجاء المشرع الى هذا الأسلوب في تحديد شروط موضوعية يقتضيها الصالح العام للمتبع بالحقوق ، لا يخل بشرطى العموم والتجريد في القاعدة القانونية ، ذلك لأن المشرع انما يخاطب الكافة من خلال هذه الشروط . (٢)

=====

- (١) أحكام وقرارات المحكمة العليا في المرجع السابق ، ص ٥٠ (ويلاحظ أن الحكم المذكور كان في دعوى دستورية أمام المحكمة العليا بعد أن أثير الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة استئناف طنطا فأوقفت هذه المحكمة السير في الاستئنافين المنضمين أمامها ريثما تفصل المحكمة العليا في الدفع بعدم الدستورية ، على أن يكون رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا في ميعاد أقصاه ستون يوما تبدأ من يوم الحكم بالوقف المذكور وهو ١٩٧٠/٤/٥ .
- (٢) سبقت الإشارة الى حكم المحكمة العليا في ١٩٧١/٣/٦ بخصوص عدم تدخل المحكمة في مراقبة السلطة التقديرية التي تركها الدستور للمشرع (أى القانون) باعتبارها الأصل القابل لوجود بعض الاستثناءات عليه . (تراجع في ذلك أيضا تقرير مفوض الدولة ، المرجع السابق ، ص ٥٩) .

هذا النظر الذي قرره "المحكمة العليا" في هذا الحكم - وغيره - يقتضى ، كفسر للبند (١) من المادة الرابعة من قانون انشائها (٨٣ لسنة ١٩٦٩) أن يكون هذا الاختصاص لتلك المحكمة "دون غيرها" حسبما جاء بالبند المذكور وبمراعاة أسباب الحكم السابق (الواردة في ماضيه) . ومعنى ذلك أن يمتنع على المحاكم الأخرى النظر في دستورية اللوائح . ولكن هذا النظر يتعارض مع وجهة نظر "محكمة النقض" السابق ذكرها بصدور القرارات (الجمهورية) بقوانين التي صدرت بناءً على قانون التفويض رقم ١٥ لسنة ١٩٦٢ ، فقد عرفنا أن المحكمة قد اعتبرت هذه "القرارات بقوانين" من قبيل المصلح الإداري (أى كالمواضع) ومن ثم أجرت عليها رقابتها بما في ذلك الحكم بالفائتها والفا ما يترتب عليها من قرارات تنفيذية إذا تبين أنها مخالفة لقانون التفويض المذكور أو لغيره من القوانين أو للدستور .

(بند ٠٠٠) وهنا يعرض السؤال التالي : ما الحل إذا هذا التعارض في وجهات النظر بين المحكمتين ؟

يبدو تعذر القول بأن هذه من حالات تنازع الأحكام المنصوص عليها في البند (٤) من المادة (٤) من قانون المحكمة العليا ، لا لمجرد أن المحكمة العليا تكون في هذه الحالة "خاصة وحكما" ، ولكن لأن هذه الصورة لم تكن قطعا في ذهن المشرع من جهة ، ولكن التعارض - من ناحية أخرى - ليس بين منطوقى الحكيم وإنما بين أسبابهما (برغم ارتباط تلك الأسباب في السالين بالمنطوق) . ومن ناحية ثالثة يتعذر القول بأن أسباب حكم "المحكمة العليا" المذكورة تعتبر تفسيرا ملزما للقانون (بمقتضى المادة ٣١ من قانون الاجراءات

=====

== في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتحقيق في جميع مراحل اعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية ... كما أن منها ما ينظم حرية المواطنين وأموالهم اليومية مثل "لوائح الضبط" . يؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية (كالمواضع) تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية ... ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لماد أمرها كما كان الى المحاكم تقضى في الدفوع التي تقدم اليها بعدم دستوريته بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها بعضا وأهدرت الحكمة التي تفياها المشرع بإنشاء المحكمة العليا ... كي تحمل دون سواها رسالة الفصل في دستورية القوانين ...

والرسوم (رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠) التي تشترط نشر قرارات التفسير وأحكام الفصل في الدستور في الجريدة الرسمية وان " تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء " والمذكرة الايضاحية لهذا النصوص) يجب تفسير محكمة النقض أو يرجح عليه ، يتعذر القول بذلك لأن قرارات التفسير التي لها قوة الالتزام المشار اليها هي تلك التي تقدم وتمحص وتصدر وتشر وفقاً للأسلوب الخاص بذلك والذي فصلته أحكام الباب الثالث (الفصل الأول) من قانون الاجراءات والرسوم المذكور .

ونعتقد أن الاعتبارات التي تبرر توحيد جهة الفصل في دستورية القوانين (لخطورتها وللخلاف المالي في القضاء والفقه عليها) لا تتوافر بصدور دستورية اللوائح التي لا نكاد نجد استثناء يستحق الذكر في العالم على حق القضاء الحادي الآن في مراقبة شرعيتها (مطابقها للقانون) ومن باب أولى مطابقتها للدستور ، والرقابة في هذا لا تقف عند مجرد الامتناع عن تطبيق اللائحة (غير القانونية أو غير الدستورية) أو مجرد تقرير " عدم دستورتها بل تشمل سلطة الحكم بالغاءها . وليس من الخير الغاء هذه الرقابة القضائية الشاملة المستقرة وعصرها في " المحكمة العليا " كما أنه من الازهاق - ان حاضراً أو مستقبلاً - أن يرفع كل طعن بدستورية اللوائح - وكثير ما هي - الى المحكمة العليا .

لذلك لا نرحب بالنسب الدستوري الذي ورد بصدور هذه المشكلة في دستور مصر الحالي (سنة ١٩٧١) حيث قررت المادة ١٧٥ منه صراحة حصر الرقابة على دستورية اللوائح (أيضاً) في " المحكمة الدستورية العليا " (التي لم تشكل بعد) وليس يخفى أن هذا النص لا يؤثر بالتوسعة على الاختصاص القائم للمحكمة العليا حالياً لأن استمرار هذه المحكمة في ممارسة عملها مرده للمادة ١٦٢ من الدستور التي تقيد - في صراحة تامة - باختصاصات المحكمة العليا " المبينة في القانون الصادر بانشائها " ومن ثم لا تتسع هذه الاختصاصات تأثراً بالمادة ١٧٥ من الدستور الصادر بعد ذلك (سنة ١٩٧١) .

ويبدو هذا الاعتراض في الذروة حين تأخذ الدولة بقضاء الالفاء كما هو الحال في مصر (نظام مجلس الدولة) ، وهو يبدو أقل قوة حيث لا يوجد قضاء الالفاء كما هو الحال في الكويت الآن ، وفعلاً قد عدل مشروع قانون المحكمة الدستورية الكويتية عند نذره في مجلس الأمة بحيث أضيف اليه النص على حق المحكمة المذكورة - دون غيرها - في الفصل في دستورية " المراسيم بقوانين واللوائح " وذلك على التفضيل الذي سيأتي فيما بعد ، (المادة الاولى من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٢) .

ونلفت النظر الى أن اصالة رقابة مجلس الدولة في فرنسا وبخاصة رقابة الالفاء قد عوضت كثيراً من الفراغ القائم فيها حتى الآن من حيث عدم الأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين والاكتفاء بالرقابة السياسية (عن طريق المجلس الدستوري حالياً) على التفضيل السابق ذكره .

س. لدى بدا لنا اقتراحه فيما سبق (بالمتن وبالهامش) للتوفيق بين التعارض القائم بين المادتين ١٧٢ و ١٧٥ من الدستور المصري الحالي (الصادر سنة ١٩٧١) ، يترتب عليه أن يظل مجلس الدولة (القضاء الإداري) على ما له من ولاية مراقبة " مشروعية اللائحة " أي مطابقتها للقوانين ، لأن النص الدستوري الجديد - الصادر ١٧٥ المذكورة - إنما يتعلق حصرا بموضوع " دستورية " اللوائح (لا بمشروعيتها) ، كما أن المادة ١٧٢ من ذات الدستور قد سبقت المادة ١٧٥ المذكورة بنص يقرر الولاية العامة لمجلس الدولة في شأن المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية حيث تقول : " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة وبمختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى " .

وبلاحظ أن هذا النص الدستوري لم يفوض القانون في شأن " المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية " بل أطلقها ، ونص على التفويض فقط في غير ذلك من الاختصاصات ، وللمحكمة الإدارية العليا قضاء حاسم في التفرقة بين الحالتين عندما تثير حكما في ذات اليوم بين الوضع في الاقليم المصري والوضع في الاقليم السوري (يوم ٢٦ / ٤ / ١٩٦٠) بسبب وجود مثل نص المادة ١٧٢ في دستور سوريا (لسنة ١٩٥٠) وعدم وجود مثله في دستور الجمهورية العربية المتحدة الساري حينذاك (دستور ١٩٥٩ / ٣ / ٥) . (١) .

لذلك المأمول بصورة أو أخرى أن تتفق المحكمة العليا (حالها والدستورية مستقبلا) وبمحكمة النقض على كلمة سواء بخصوص خلافهما على هذه المنطقة المتنازع عليها ، ونحن أكثر ميلا الى ولاية مجلس الدولة بنظر دستورية اللوائح ومشروعيتها ، ابقاء على المجال المفتوح لاجتهاد القضاء التقليدي في صدور اللوائح ، وتخفيفا للمبتلى على المحكمة العليا ، ومنعاً من أن يتولد مع الزمن شبه احتكار ملزم وحصر ضيق لمراقبة اللوائح حسبما نراه المحكمة العليا دون غيرها . وبرغم صراحة النص في المادة ١٧٥ على حصر رقابة دستورية اللوائح في المحكمة الدستورية العليا ، فإنه قد يمكن الاستفادة من كون هذا الاختصاص - بصريح نص المادة المذكورة - إنما يكون " على الوجه المبين في القانون " . فهلا يمكن التوصل من هذه الشفرة لمحاولة التوفيق بين هذه المادة من جهة والمادة ١٧٢ من ذات الدستور في شأن الولاية العامة لمجلس الدولة وكذلك التقاليد التي جرت احيالا في التشريع والقضاء المصريين بهذا الخصوص من جهة أخرى ... يبدو لنا امكان محاولة الوصول الى هذه " الكلمة سواء " بين الجهتين باعمال كل من النصين ، واعتبار رقابة دستورية اللوائح وشرعيتها من قبيل الاختصاص المشترك الذي يمكن أن تباشره كل من الجهتين ، فان لجأ المتقاضى الى احدهما انتفت الأخرى ، وان تعارضت الأحكام كان لا مفر من الرجوع الى " المحكمة العليا " (بهيئة تنازع) ان لم يضع المشرع وسيلة أفضل تشترك فيها الجهتان كما في فرنسا مثلا .

صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو الفاءها باد
تشريعية أدنى من القانون والا كانت مخالفة للدستور :

جاء ذلك القول في أسباب حكم المحكمة العليا الصادر يوم ١٩٧١/٧/٣ (في الدعوى
الدستورية رقم ٤ سنة ١ قضائية) السابق ذكره ، والذي قضى بالفاء نص في لائحة نظماً
الماملين بالقطاع العام الصادرة بقرار جمهوري (رقم ٢٣٠٩ سنة ١٩٦٦ المعدل بالقرار الجمهوري
رقم ٨٠٢ سنة ١٩٦٧) ، لأن القرار الجمهوري المذكور قد عدل في قواعد اختصاص جهات
القضاء المقرر دستورياً أن توضع بقانون (حيث كانت المادة ١٥٣ من دستور سنة ١٩٦٤ تنص
على أن يكون ترتيب جهات القضاء وتعميد اختصاصها " بقانون " ، وتنص حالياً المادة ١٥٣ من
دستور سنة ١٩٧١ على مثل ذلك .

وبذلك أيضاً يكون القرار الجمهوري المشار اليه قد عدل أحكام "قوانين" صادرة من السلطة
التشريعية (هي القانون الخاص بالنيابة الادارية والمحاكمات التأديبية المعدل بنصوص قانون
مجلس الدولة) .

ومما يحرض السؤال التالي : هل تقتصر النتيجة التي قررتها المحكمة أعلاه على الأمور
التي احتجزها الدستور بنص صريح ليكون " القانون " أداة تنظيمها أم يمتد هذا الحكم إلى
كل ما يجب أن يكون تنظيمه " بقانون " ولو لم يرد بذلك " نص صريح " في الدستور ... ؟
عرض هذا البحث بمصفة خاصة بصدر اللوائح التفويضية ومدى ما يمكن أن تشمل من
موضوعات ، فذهب رأي إلى التفرقة السابق ذكرها (بين حالة وجود نص صريح وحالة عدم
وجود مثل هذا النص) ، ولكننا لم نر محلاً لهذه التفرقة في الموضوعات " لأن المفروض أنها
جميعها تتضمن موضوعات كان من الواجب صدور قانون بها لا " لائحة " وسواء في ذلك أن يكون
حكم الدستور مكتوباً أو أن يقرره الفقه أو الصرف أو أحكام القضاء الدستورية ، ولهذا رأينا جواز
التفويض في مسائل الشرائب مثلاً رغم نص دستور سنة ١٩٢٣ صراحة على أنه لا يجوز انشاء
ضريبة ولا تعديلها ولا الفاءها الا بقانون ... وإذا رجعنا إلى ما جرى عليه العمل في
فرنسا لا نجد محلاً للقول بأي تفرق في هذا الصدد " (١) .

=====

(١) - مؤلفنا عن : النظام الدستوري المصري ، الطبعة السادسة ، ١٩٥٦ ، ص ٢٠٥
وما بعدها . ويراجع بحث الموضوع من مختلف جوانبه في تقرير مفوض الدولة في القضية
المذكورة ، المنشور بكتاب " أحكام وقرارات المحكمة العليا " ، الجزء الأول ، المرجع
السابق ، ص ٧٦ - ١٠٩ .

(بند ٨٠٠) - يعتبر القانون مخالفا للدستور (ق ٤٦ لسنة ١٩٦٢) اذا نص على أن قرارات "مجلس المراجعة" بالفصل في التظلمات (التي تقدم ضد قرارات لجان التقدير) غير قابلة للطعن فيها أمام أية جهة (وهي قرارات ادارية) لأن في هذا الحظر "مصادرة لحق ملاك ومستأجرى المباني الخاضعة لذلك القانون في التقاضي بشأنها، فضلا عن اهدار هذا الحظر لبدء المساواة بين المواطنين في الحقوق... (١) كما أن الحظر المذكور يخالف الدستور من ناحية أخرى لأن تفويض الدستور للمشرع المادى (القانون) في تحديد الهيئات القضائية وتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء، لا يبيح المساس بهذه الاختصاصات، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز للمشرع المادى أن يتخذ من هذا التفويض الدستوري "وسيلة لمزل المحاكم عن نظر منازعات معينة مما تختص به" أو أن تهدر الاختصاص أو تنتقض منه، "ولا كان مجاوزا (أى القانون) حدود التفويض مخالفا للدستور". (٢)

*

(بند ٩٠٠) - أعمال السيادة : تعد حصانتها استثناء من الأصل القاضى بخضوع كل قرار ادارى نهائى لرقابة القضاء، وإعمالا لمبدأ الشرعية وسيادة القانون. والعبرة في تكييف العمل بأنه "عمل سيادة" (وليس عملا اداريا) "هي بطبيعة العمل ذاته، فلا تتقيد المحكمة - وهي بصدد إعمال رقابتها على دستورية التشريعات - بالوصف الذى يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها متى كانت طبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوى على اهدار حق من الحقوق التى كفلها الدستور". (حكم ١٩٧١/١١/٧ في الدعوى الدستورية رقم ٦ س ١ ق، كتاب "الأحكام... المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها).

وبناء على ذلك قضت المحكمة العليا - في حكمها المذكور - بعدم دستورية "القرار

=====

(١) القانون المذكور خاص بتحديد ايجار الأماكن، وبمقتضاه يختص "مجلس المراجعة" بالفصل في تظلمات الملاك أو المستأجرين من القرارات التي تصدرها اللجان التي نص على قيامها بمهمة تقدير القيمة الاجارية للمباني التي يسرى عليها ذلك القانون. ويلاحظ أن مجلس المراجعة المذكور يرأسه قاض، ولكن أغلبية أعضائه غير قضاة ومن ثم فهو جهة ادارية ذات اختصاص قضائي، وعليه فقراراته قرارات ادارية.

(٢) كان المرسوم بقانون (أو القرار بقانون) المذكور قد عرض على مجلس الأمة المصري في أول اجتماع له يوم ١٩٦٩/١/٢٨ فأقره، أى أقر تقدير رئيس الدولة لتوفر حالة الضرورة. ولذلك جاء في أسباب الحكم المشار اليه أيضا القول التالي : ".... فاذا ما عرض القرار بقانون على السلطة التشريعية وأقرته فلا معقب عليها فيما تراه بشأن قيام حالة الضرورة التي ألجأت السلطة التنفيذية الى اصداره في غيبة السلطة التشريعية". (كتاب : الأحكام... ص ٢٨٢).

بقانون " رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ (الصادر في غيبة الحياة النيابية) بمدلا المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ (التي تنص على حصانة أعمال السيادة) تمديلا ينص على أن تعتبر من قبيل هذه الأعمال (فتتمتع بحصانتها) القرارات الجمهورية التي تصدر باحالة الموظفين الى المعاش أو الاستبعاد أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي (١) وكان القضاء الاداري ، من قبل ، قد التزم بحكم " القرار بقانون " المذكور (بما في ذلك المحكمة الادارية العليا) على أساس أن " له قوة القانون " وان كان في جوهره " عملا اداريا " ، ولم ير القضاء المذكور حينذاك " عدم دستورية " هذا القرار بقانون (والامتناع عن تطبيقه بطريق الدفع الفرعي) . (٢)

أما " المحكمة العليا " فاستندت في تقرير عدم دستوريته الى أنه ان حصن القرارات الجمهورية السابق ذكرها فان " ذلك يسلب جهات القضاء ولاية النظر في الطعون التي توجه اليها بينما هي بطبيعتها من صميم الأعمال الادارية " . وأشارت المحكمة الى أن " الدساتير المتعاقبة منذ سنة ١٩٥٦ حتى عام ١٩٧١ قد تضمنت نصوصا على أن رئيس الجمهورية يعين الموظفين ويمزلهم على الوجه المبين بالقانون ما يوئيد وصف قرارات تعيين الموظفين وعزلهم بأنها أعمال ادارية تتم وفقا للقانون وليست من أعمال السيادة " .

ومن ناحية أخرى استندت المحكمة الى " حق التقاضي " ، كحق " من الحقوق العامة التي كفلت الدساتير المساواة بين المواطنين فيها ولكون حبسه عن طائفة معينة منهم "

=====

(١) حصل الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة القضاء الاداري ، وقررت المحكمة فـي ١٩٧٠/٦/٣ وقف الدعوى وكلفت الطاعن اتخاذ اجراءات رفع الدعوى الدستورية لدى المحكمة العليا بشأن الطعن في الدستورية خلال ثلاثين يوما . وأيدت هيئة المفوضين طلب الحكم بعدم الدستورية . وأمام " المحكمة العليا " جاء في أقوال المدعى أن سبب اصدار القرار بقانون المذكور هو أن القضاء الاداري ألغى قرار فصل موظف ، فأعادت الجهة الادارية فصله من جديد بغير الطريق التأديبي ، فطعن كذلك في هذا الفصل الجديد فصدر القرار بقانون المذكور بسبب ذلك . (كتاب أحكام العليا ، المرجع السابق ، ص ١٢٧) .

(٢) جرى بذلك الكثير من أحكام القضاء الاداري وأقرته أحكام " المحكمة الادارية العليا " لمجلس الدولة تخص من ذلك بالذكر أحكامها الصادرة في ١٩٥٧/٦/٢٩ و ١٩٥٨/٧/١٢ و ١٩٦٣/٦/٢٦ و ١٩٦٤/٢/٨ و ١٩٦٤/٦/٢١ و ١٩٦٥/٥/٣١ (وقد حلل هذه الأحكام - وفي غيرها - وناقشها بالتفصيل تقرير مفوض الدولة بالمحكمة العليا (المستشار محمد كامل محفوظ) بتقرير منشور بكتاب الأحكام السابق ذكره ، ص ١٢٠ - ١٨٠) .

— مع تحقق مناطه وهو قيام المنازعة في حق من حقوق أفرادها — " ينطوى على إهدار لبداً المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا هذا الحق " (١).
ومن ناحية ثالثة رأت المحكمة العليا أن "القرار بقانون" المذكور قد خالف الدستور الذي فوض المشرع المادى في تنظيم الهيئات القضائية وتحديد اختصاص كل منها " لا في إهدار هذا الاختصاص أو الانتقاص منه " (٢).

وفي النهاية أكدت "المحكمة العليا" أنه لم يكن كافياً أن يفتح لذوى الشأن باب التظلم لدى "لجنة إدارية" ولو دخلها عنصر قضائي — كأقلية — لأن هذه اللجنة ليست

=====

(١) تضمنت الدساتير المصرية المتعاقبة — ضمناً — حق التقاضى للأفراد " حين خولتهم حقوقاً لا تقوم ولا تؤتى ثمارها إلا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التي تكفل حمايتها والتمتع بها ورد المدوان عليها " وقد أفصح عن هذا الحق وأكدته دستور سنة ١٩٧١ أن نص في المادة ٦٨ منه على أن " التقاضى حق مضمون مكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق اللجوء الى قاضيه الطبيعي ، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء — من المتقاضين وسرعة الفصل في الدعاوى " .

ثم أضافت المادة نصاً حاسماً بقولها : " ويحظر النص في القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء " .

ويلاحظ أن الاعلان العالمي لحقوق الانسان (المعلن في ١٠/١٢/١٩٤٨) قد سبق الى تقرير حق التقاضى هذا بقوله : " لكل شخص الحق في أن يلجأ الى المحاكم الوطنية لانصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الاساسية التي يمنحها له القانون " (مادة ٨ من الاعلان) . ويراجع في اعتبار " حق التقاضى " من الحقوق العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد ، حكم المحكمة العليا في ٧/١١/١٩٧١ (في الدعوى الدستورية رقم ٦ لسنة ١ ق ، كتاب " الأحكام " ، ص ١١٠ وما بعدها) .

(٢) يلاحظ أن لجانا إدارية عديدة قد أحلت محل القضاء الإداري (مجلس الدولة) في خصوص بعض المنازعات ، كالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥٧ الذي عهد الى اللجنة العليا للضباط بالفصل في المنازعات الادارية الخاصة بالضباط .
كذلك صدر القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ (الخاص بالاصلاح الزراعي) جاء — لا مهمة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن تطبيقه من اختصاص اللجنة الاولى للاصلاح الزراعي .

وبالقانون رقم ٣٩١ لسنة ١٩٥٦ أصبح الفصل نهائياً في المنازعات الخاصة بشئون الطلاب من اختصاص الهيئات الجامعية . . . الخ (يراجع في تعداد هذه القوانين مقالنا عن : " تطور القضاء الإداري في الجمهورية العربية المتحدة " بمجلة العلوم الادارية ، س ١ العدد الأول ، ص ١٣٣) .

بالقاضي الطبيعي الذي يلتزم بإجراءات قضائية مقررة قانوناً لحماية الحقوق وكفالة حق الدفاع عنها ، وليست قراراتها بأحكام واجبة التنفيذ بذاتها ، بل كانت " مجرد توصيات ترفع الى رئيس الجمهورية مصدر القرارات المتظلم منها للبت نهائياً في التظلم حسبما يرى ، وكان ذلك مساهمة لمنطق القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ المضمن فيه والذي اعتبر تلك القرارات من أعمال السيادة التي لا تخضع للطعن أمام جهات القضاء " (١) .

وعليه رأيت المحكمة في القرار بقانون المذكور " مصادرة لحق التقاضي " و " اهدارا لمبدأ المساواة " (٢) .

ص ١٢٠

*

بند (٥٠٠) ٩ - المراسيم بقوانين (المساواة في مصر قرارات بقوانين) والتي تصدر فيما بين ادوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة الحل موهونة بشرط أن " يحدث ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير " بشأنها (وقد نصت على ذلك المادة ١١٩ من دستور مصر الصادر سنة ١٩٦٤ و ١٤٧٠ من دستورها الحالي سنة ١٩٧١ ومثلها في هذا الشرط المادة ٧١ من الدستور الكويتي) .

وبرغم ما لا يخفى من اختصاص السلطة التنفيذية في تقدير هذه الضرورة ابتداءً ، ويراقبها مجلس الأمة انتهاءً ، إلا أن استعمالها في مصر يوم ١٩/١/١٩٦٩ في حين صدر قبل ذلك بيومين (في ١٧/١/١٩٦٩) قرار جمهوري بدعوة مجلس الأمة للاضطلاع بمهمته التشريعية ، قد جعل الطاعنين يطعنون على القرار بقانون المذكور بعدم الدستورية لعدم توافر شرط الضرورة الذي قرره النص الدستوري المذكور . ولكن هذا الوجه لم يقتض بحثاً من هيئة مفوضي الدولة لدى المحكمة العليا ، وكذلك لم يتمرض له حكم هذه المحكمة ، لأن الدعوى كانت قد رفعت بعد الميعاد الذي حددته المحكمة الأصلية لرفعها لدى المحكمة العليا ، ومن ثم قضت المحكمة العليا (في ١/٤/١٩٧٢ ، الدعوى ١٠ س ١ ق) بعدم قبول الدعوى - (مرجع " الأحكام " ، السابق ذكره ، ص ٢٢٦ وما بعدها) ، ولكن المحكمة العليا - في حكمها الصادر في ذات اليوم (١/٤/١٩٧٢ ، في

=====

(١) و(٢) - يراجع في هذا المعنى كذلك حكم المحكمة العليا في ٧/١١/١٩٧١ السابق ذكره وكذلك حكمها في ٤/١٢/١٩٧١ في الدعوى الدستورية رقم ٥ لسنة ١٩٧١ "القضائية (كتاب " الأحكام ... ، المرجع السابق ، ص ١٨١ وما بعدها) .

هذا وقد قضت المحكمة العليا بأنه لا يتنافى مع مبدأ " المساواة " أن تطبق أحكام جديدة على كافة باستثناء من صدرت لهم أحكام نهائية بغير ذلك ، وقالت المحكمة ان هذا الاستثناء من مبدأ التعميم " يحلله وجوب احترام حجية هذه الأحكام " (كتاب الأحكام ... ، المرجع السابق ، ص ٢٨٤ ، حكم ١/٤/١٩٧٢ في الدعوى الدستورية رقم ١١ س ١ قضائية) .

الدعوى (١١ س ١ ق) قد ردت على مثل هذا الطعن قائلة أن النص الدستوري السابق ذكره قد قرر هذا الاختصاص لرئيس الدولة " وترك له تقدير هذه الحالات (أى الضرورة) ومن ثم تقدير ملائمة أو عدم ملائمة استعمال تلك الرخصة التشريعية الاستثنائية المخولة له على أن يكون استعمالها تحت رقابة مجلس الشعب على النحو الوارد في النص المشار إليه " (١)

*

(بند ١٠٠٠) - لأن كانت الدعوى الدستورية لدى " المحكمة العليا " لا ترفع الا بعد حصول دفع فرعي بعدم دستورية القانون لدى محكمة أخرى (نسميها المحكمة الأصلية) ، فانها برغم ذلك " دعوى أصلية " كما عرفنا . وهنا عرضت مشكلتان : (الأولى) هل يشترط لقبول الدعوى الدستورية لدى المحكمة العليا أن تكون محكمة الموضوع " مختصة بنظره " ولو كان وجه عدم اختصاصها في الدعوى ولائها أى من النظام المام ٢٠٠٠ موضوع الدعوى أجابت المحكمة على هذا الوجه بالرفض لأن " المحكمة العليا ليست جهة طعن بالنسبة الى محكمة الموضوع " (وهي محكمة الاسكندرية الجزئية التي كانت قد حكمت برفض الدفع بعدم اختصاصها) . كما أضافت المحكمة العليا أن الدعوى " متى رفعت (اليها) فانها تستقل عن دعوى الموضوع ، لأنها تعالج موضوعا مغايرا لموضوع الدعوى الأصلية الذى يتصل به الدفع بعدم الاختصاص ، ومن ثم تكون محكمة الموضوع - دون المحكمة العليا - صاحبة الولاية في الفصل فيه ، ولا يحرض أمر الاختصاص على هذه المحكمة (العليا) الا حيث يكون هناك تنازع على الاختصاص بين جهات القضاء ويطلب اليها تعيين الجهة المختصة بنظر النزاع تطبيقا للفقرة الرابعة من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا " (السابق الكلام عنها) .

الأمر (الثاني) هو : هل يجوز لدى مصلحة (كالنقابة) أن يتقدم لأول مرة أمام المحكمة العليا بمصادد نظرها لدعوى دستورية رفعها المدعى بناء على دفع منه أمام محكمة الموضوع الأصلية التي لم تكن النقابة طرفا فيها ٢٠٠٠

أجابت المحكمة العليا (في ذات الحكم المذكور) برفض هذا النظر ، لأن المشرع لم يعمل الدعوى الدستورية دعوى أصلية لكل ذى مصلحة ، بل جعلها مقصورة على أساس ما قبلها وهو الدفع بعدم الدستورية لدى محكمة أخرى . ولذلك قالت المحكمة في حكمها المذكور : " ... اختار المشرع المصير هذه الوسيلة - وسيلة الدفع بعدم الدستورية اثناء نظر الدعوى امام جهات القضاء - ... ولما كان الطلب المقدم من النقابة ... لم يقدم الى المحكمة طبقا لهذه الأوضاع وانما رفع مباشرة بطريق الدعوى الأصلية التي أطرحها المشرع وآثر عليها طريقة الدفع سالف الذكر ... فمن ثم تكون دعواها غير مقبولة " (٢)

=====

- (١) - حكم ١٩٧١/١٢/٤ السابق التنويه عنه .
(٢) - ليس المقصود " طريق الدفع " بالمعنى السابق دراسته ، وانما " الدفع " كشرط مسبق لجواز رفع الدعوى الدستورية التي تأخذ صورة " دعوى أصلية " كما سبق القول .

(بند ١٢٠٠٠) - الفصل في قبول أو عدم قبول "الدعوى الدستورية" لدى المحكمة العليا أمر من اختصاص هذه المحكمة ، وليس من اختصاص محكمة الموضوع ، وهنا يختلف الأمر عما سبق قوله بالنسبة الى الفصل في اختصاص محكمة الموضوع بموضوع الدعوى الأصلية ، لأنـه كما يتصل بهذا الدفع الأخير بالموضوع الذي تحسمه المحكمة الأصلية وحدها ، فعلى العكس من ذلك ترتبط شروط قبول الدعوى الدستورية لدى المحكمة العليا بهذه المحكمة وبالدعوى التي تسير بين يديها ، وبناءً عليه يرتبط بقبول المحكمة العليا للدعوى المذكورة كونها ترفع بناءً على دفع سابق لدى محكمة الموضوع ووقف السير لديها لرفع الدعوى الدستورية ، وأن يكون رفعها في الميعاد الذي حددته محكمة الموضوع ^(١) ، فالدفع والميعاد - كما قضت المحكمة العليا - قد اعتبرهما المشرع " من مقومات الدعوى الدستورية ... فإذا أقيمت ، سواء خلال الميعاد أو بعد انقضائه ، فإن المحكمة العليا - دون محكمة الموضوع - تكون هي المختصة بالفصل في قبولها أو عدم قبولها ... " ^(٢)

=====

(١) - ولما كانت المحكمة العليا قد نصت المادة ٤ من قانون انشائها على أن تبدأ عملها في ١١/١/١٩٦٩ ولكن لم يصدر قرار تعيين رئيسها وأعضائها الا في ٧/٢/١٩٧٠ بقرار نشر يوم ١٨/٢/١٩٧٠ ، ثم لم تستكمل جهازها الإداري والكتابي وبدأ عملها فعلاً الا في ٣/٥/١٩٧٠ فقد قضت بأن سريان الميعاد المحدد لرفع الدعوى أمامها (وقد حدد في القضية محل البحث بـ ٥٣ يوماً) إنما يبدأ يوم ٣/٥/١٩٧٠ المذكور وينتهي يوم ٢٤/٦/١٩٧٠ ، ولا يبدأ من يوم صدور قرار وقف سير الدعوى الأصلية وتحديد الأجل الصادر من محكمة الموضوع (يوم ٨/٣/١٩٧٠) والذي كان مقروضا على أساسه انتهاء الأجل يوم ٣٠/٤/١٩٧٠ لو كانت المحكمة العليا قد شكلت وبدأت عملها في ذلك التاريخ أو قبله (حكم العليا يوم ١/٤/١٩٧٢ في الدعوى الدستورية رقم ٧ سنة ١ القضائية ، كتاب : " الأحكام ... " ، ص ٢٢٦ وما بعدها) .

ويلاحظ أن المحكمة العليا (في الحكم المذكور ، وفي غيره من أحكام كحكمها الصادر في ٣/٧/١٩٧١ ، المرجع السابق ، ص ٦٣ وما بعدها) قد أكدت القاعدة الخاصة بالمواعيد قائلة أن " المقرر في حساب المواعيد انه اذا كان الميعاد محدداً لحصول اجراء فيه وكان مقدراً بالشهور فلا يحسب منه يوم التكليف أو حددت الأمر المعتبر في نظـر القانون مجرباً للميعاد ، وانه اذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية أمتد الميعاد الى أول يوم عمل بعدها " (كما تعرضت لاضافة ميعاد مسافة في أحواله وبشروطه وحده أربعة أيام) .

(٢) - حكم العليا في ١/٤/١٩٧٢ (كتاب " الأحكام ... " ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦ وما بعدها) .

(بند ٠٠٠) ١٣ - معروض على المحكمة العليا الفصل في دستورية قانون التفويض السابق ذكره (رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧) الصادر في أعقاب شريعة حزيران / يونيه / سنة ١٩٦٧، وذلك في دعاوى رفعت أمام مجلس الدولة (محكمة القضاء الإداري) وفيها رتب المدعون على عدم دستوريته طلب الحكم بإبطال (وعدم دستورية) ما بنى عليه من قرارات، ومن ثم تكون هذه القرارات واجبة الالفاء مع الحكم بالتعويض عما أحدثته بالمدعين من أضرار . وقد أوقفت محكمة القضاء الإداري (بمجلس الدولة) السير في الدعوى حتى تفصل " المحكمة العليا " في الناحية الدستورية كما سبق البيان . (ولم نعلم عتى كتابة هذه السطور ما صارت اليه هذه الطعون أمام المحكمة العليا) .

ونذكر من هذه القضايا قضية (رفعها الدكتور محمد لبيب شقير رئيس مجلس الأمة المصري السابق) ، حيث يبنى على بطلان قانون التفويض (رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧) طلبه الحكم بإبطال القرار الجمهوري الصادر سنة ١٩٧١ بتشكيل " محكمة الشـورة " التي باشرت محاكمته . وقد ذكر الدفاع عن الحكومة أن هذا القرار الجمهوري الصادر بناءً على قانون التفويض (للأسباب السابق ذكرها) يعتبر عمل سيادة لا عملاً إدارياً . وقد رأت محكمة القضاء الإداري " جدية الدفع " ومن ثم أوقفت السير في الدعوى لتفصل المحكمة العليا فيه (وكانت قد رأت هيئة مفوضي الدولة بمحكمة القضاء الإداري أن القرار الجمهوري المذكور يعتبر " طبقاً لما جرى عليه الفقه والقضاء " قراراً إدارياً صادراً من السلطة التنفيذية وليس " عمل سيادة " ، والأمر منظر حالياً من هــذه الناحية أمام المحكمة العليا) .

(بند ٠٠٠) - أقيم الاتحاد المذكور بين الجمهورية العربية المتحدة (جمهورية مصر العربية الآن) والجمهورية العربية السورية ، والجمهورية العربية الليبية ، بموجب الاعلان الموقع من رؤساء هذه الدول الثلاث في بنغازي يوم ١٧/٤/١٩٧١ (على أن ينضم السودان اليها في أقرب فرصة تمكنه منها ظروفه الخاصة " ، وعلى أن يظل الاتحاد مفتوح الأبواب لكل دولة عربية متحررة تؤمن بالوحدة العربية وتعمل من أجل إقامة المجتمع العربي الاشتراكي الموحد) .

وقد أرفق بالاعلان المذكور بيان بما سمي " الأحكام الأساسية للاتحاد " على أن يتم وضع دستور الاتحاد في اطار من هذه الأحكام الأساسية ، وعلى أن يتم اقراره فسي كل جمهورية وفق الصيغ الدستورية المعمول بها لديها . كذلك قرر الاعلان عرض الأحكام الأساسية المذكورة على الاستفتاء الشعبي في كل جمهورية وفي تاريخ واحد ، وقد تم ذلك فعلا - بالموافقة - في الاستفتاء الذي أجري يوم ١/٩/١٩٧١ ، وبذلك تم اقرار تلك " المبادئ الأساسية " ، وقد تضمنت - فيما تضمنت - ما يلي بصدور موضوع دراستنا :

" ٠٠٠ تقوم في اتحاد الجمهوريات العربية . . . محكمة دستورية اتحادية تمين بقرار من مجلس رئاسة الاتحاد (المكون من رؤساء الجمهوريات الثلاث) ، وتتكون من عضوين عن كل جمهورية ، وتختص بالفصل في دستورية القوانين ، والبت في المنازعات بين المؤسسات وسلطات الاتحاد والجمهوريات " .

ويتمتع هذا النص بالاستقرار المقرر بالبند (١٥) من الأحكام الأساسية الذي يقول : " لا يجوز تعديل الأحكام الأساسية لاتحاد الجمهوريات العربية الا بعد الموافقة الاجماعية لمجلس رئاسة الاتحاد ، وعرضه للاستفتاء الشعبي ، وتوافر الأغلبية له في كل جمهورية " .

هذا وقد أعد في الفترة السابقة على موعد الاستفتاء السابق ذكره مشروع دستور الدولة الاتحادية الجديدة وعرض (مع الاعلان والأحكام الأساسية المشار اليها) على الاستفتاء يوم ١/٩/١٩٧١ فأقر ، وقد تضمن - فيما يتصل بموضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين والضمانات القضائية المتصلة به ما يلي :-

(أ) التزام كل جمهورية من جمهوريات الاتحاد ألا يتعارض دستورها مع أحكام هذا الدستور (م ١١ من الدستور) .

(ب) ذكرت المادة ١٢ بعض الحقوق " كحد أدنى " لما تكفله دساتير الجمهوريات الداخلة في الاتحاد وقوانينها ، وقد أوردت ضمن هذه الحقوق " حق التقاضي " مفصلا بقولها : " حق التقاضي وسلوك سبل الطعن والدفاع أمام جهات القضاء " .

جمهورية ، ويمين المجلس رئيسا للمحكمة من بين أعضائها ويكون له صوت مرجح عند تساوى الأصوات . وللمجلس رئاسة الاتحاد أن يعين بالمحكمة أعضاء آخرين إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك بشرط مراعاة مبدأ التساوى بين الجمهوريات . أما مدة العضوية بالمحكمة فقد حددت بأربع سنوات قابلة للتجديد (م ٤٦ من الدستور) .
(د) القسم : قرره المادة ٤٧ بصيغة : " أقسم بالله العظيم أن أحترم الدستور والقانون وأن أحكم بالعدل " .

(هـ) الاختصاصات : تشمل (وفقا للمادة ٤٨) ستة بنود أساسية هي : (١) الفصل في الطعون الخاصة بدستورية القوانين الاتحادية (٢٠٠٠) - وفي مدى مطابقة قوانين الجمهوريات لدستور الاتحاد وقوانينه (٣٠٠٠٠) - " وفي المنازعات " ذات الطابع القانوني " التي تقوم بين سلطات الاتحاد وسلطات الجمهوريات ، أو فيما بين جمهورية وأخرى عضو في الاتحاد (٤٠٠٠) - الفصل في الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية الاتحادية (فهي في ذلك جهة قضاء إداري) (٥٠٠٠) - وكذلك ابداء الرأي الاستشاري في أية مسألة دستورية أو قانونية ، ويكون ذلك بناء على طلب من مجلس رئاسة الاتحاد أو من الوزراء الاتحاديين أو من إحدى الجمهوريات الأعضاء (٦٠٠٠) - وفي النهاية أية اختصاصات أخرى يصدر بها قانون اتحادى .
(و) قرارات المحكمة : تقرر المادة ٤٩ من الدستور أن تصدر المحكمة الدستورية قراراتها بالأغلبية وباسم الشعب ، وتضيف المادة ٥٠ أن هذه القرارات " واجبة النفاذ فى جميع أراضي الجمهوريات الأعضاء فى الاتحاد " .

(ز) مقر المحكمة : تعقد المحكمة جلساتها بالعاصمة (القاهرة) ويجوز لها أن تعقدتها في أى مكان آخر داخل الاتحاد (م ٥١) .

(ح) الاجراءات وما إليها : عهدت المادة ٥٢ الى قانون اتحادى بمهمة " بيان نظام المحكمة واجراءاتها والشروط التي يجب توافرها فيمن يعين عضوا فيها " ، وكذلك الحصانات والمزايا المادية والمعنوية التي لأعضاء المحكمة وللعاملين فيها .

هذه الأحكام جميعها " جامدة " لأن الدستور قد اشترط لتعديله موافقة ثلثي أعضاء مجلس الأمة الاتحادى على ذلك ، وتصديق مجلس الرئاسة على هذا التعديل بالاجماع ، ثم تشدد بصدور التعديلات التي تمس حكما من الأحكام الأساسية السابق التنويه عنها فأعاد الشرط الذى سبق أن نص عليه الهند (١٥) من تلك الأحكام بضرورة عرض التعديل على الاستفتاء الشعبى وتوافر الأغلبية له فى كل جمهورية ، والا فانه لا ينفذ . (المادة ٦٨ من الدستور) .

على هذا النحو استقرت فكرة " المحكمة الدستورية " ، والرقابة القضائية على

دستورية القوانين ، في مفردات دساتير الدول الثلاث الأعضاء فى الاتحاد أولا (في سوريا بدستور سنة ١٩٥٠ وفي ليبيا بدستور سنة ١٩٥١ المعدل سنة ١٩٦٣ وفي مصر بدستور سنة ١٩٧١) ثم تأكدت في دستور الاتحاد المذكور الجامع لتلك الدول الثلاث (سنة ١٩٧١) . ولكن هذه المحكمة الدستورية " لاتحاد الجمهوريات العربية " لم تستكمل بعد تشكيلها ومن ثم لم تباشر مهامها حتى يمكن التعرض هنا لأحكامها كما علنا في التجارب الدستورية الأخرى .

(بند ٠٠٠) - تم توقيع وثيقة هذا الاتحاد (في دبي يوم ١٨/٧/١٩٧١) من حكام الامارات الست الخليجية ، أبو ظبي ، ودبي ، والشارقة ، وعجمان ، وأم القوين ، والفجيرة ، وقد تبنت الوثيقة المذكورة ما سمي " بالدستور المؤقت " ، وذلك الى أن يتم اعداد " الدستور الدائم " للاتحاد .

وقد نصت المادة ٩٥ من ذلك " الدستور المؤقت " (المعمول به حالياً) على أن " يكون للاتحاد محكمة اتحادية عليا " ، وذلك ضمن الفصل الخامس (من الباب الرابع) المتعلق " بالقضاء في الاتحاد والامارات " . وفيما يلي أهم الأحكام الدستورية الخاصة بتلك المحكمة :

(أ) التكوين : قررت المادة ٩٦ أن تشكل المحكمة المذكورة من رئيس وعدد من القضاة بحيث لا يزيدون جميعاً على خمسة ، ويتم تعيينهم بمرسوم يصدره رئيس الاتحاد " بعد مصادقة المجلس الأعلى عليه " . ويحدد القانون عدد دوائر المحكمة ونظامها واجراءات وشروط الخدمة والتقاعد لأعضائها ، والشروط والمؤهلات الواجب توافرها فيهم . وقد قرر لهم الدستور المذكور الحصانة بحيث لا يتمزلون ابان توليهم القضاء ، ولا تنتهي ولايتهم الا بسبب : الوفاة ، أو الاستقالة ، أو انتهاء مدة عقود المتعاقدين منهم أو مدة اعارتهم ، أو بلوغهم سن التقاعد ، أو ثبوت العجز عن القيام بمهام الوظيفة لأسباب صحية ، أو في حالة الفصل التأديبي وفقاً للقانون ، أو لاسناد منصب آخر لهم بموافقتهم .

(ب) القسم : يؤدى الرئيس والأعضاء القسم أمام رئيس الاتحاد وحضور وزير العدل الاتحادى . ومضمون هذا القسم أن " يحكموا بالعدل دون خشية أو محاباة ، وبأن يخلصوا لدستور الاتحاد وقوانينه " .

(ج) الاختصاصات : قررت هذه الاختصاصات المادة ٩٩ - أساساً - وتشمل رقابة الدستورية وغيرها كما يلي :

١ - المنازعات بين الامارات ، أو بين امانة أو أكثر وبين حكومة الاتحاد متى أهملت هذه المنازعات الى المحكمة بناءً على طلب أى من الاطراف فـيـي الدعوى (البند ١) .

٢ - بحث دستورية القوانين الاتحادية (بناءً على طعن امانة أو أكثر) أى مخالفتها لدستور الاتحاد ، وكذلك دستورية التشريعات الصادرة من ولاية اذا طعنت فيها احدى السلطات الاتحادية لمخالفتها لدستور الاتحاد أو للقوانين الاتحادية . (البند ٢) .

٣ - بحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً (بطلب بحال من أية محكمة من محاكم البلاد قدم اثناء نظر دعوى أمامها) وتلتزم هذه المحكمة دستورياً بقرار المحكمة الاتحادية (بند ٣) .

٤ - تفسير أحكام الدستور (وذلك بطلب من إحدى سلطات الاتحاد أو من حكومة إحدى الإمارات . ويكون تفسير المحكمة العليا ملزماً للكافة . (بند / ٤)

٥ - مساءلة الوزراء وكبار موظفي الاتحاد (المعيّنين بمرسوم) عما يقع منهم من أفعال في أداء وظائفهم الرسمية ، ويكون ذلك بناءً على طلب المجلس الأعلى ووفقاً للقانون الخاص بذلك (بند / ٥) .

٦ - الجرائم ذات المساس المباشر بمصالح الاتحاد ، كذلك المتعلقة بأمن الاتحاد في الداخل والخارج ، وجرائم تزوير المحررات أو الاختتام الرسمية لأحدى السلطات الاتحادية ، وجرائم تزيف العملة . (بند ٦)

٧ - تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية المحلية في الإمارات (بند / ٧) ، أو بين هيئة قضائية في إمارة وهيئة قضائية في إمارة أخرى ، على أن ينظم " قانون اتحادي " القواعد الخاصة بذلك (بند ٨) .

٨ - أية اختصاصات أخرى بالدستور أو يمكن أن تحال إلى المحكمة بموجب " قانون اتحادي " .

٩ - يجوز أن ينص القانون على استئناف أحكام المحاكم الاتحادية الابتدائية أمام إحدى دوائر المحكمة الاتحادية العليا (م ١٠٣) .

(د) الأحكام : تعتبر أحكام المحكمة العليا المذكورة نهائية وملزمة للكافة (م ١٠١) .
وإذا قضت المحكمة بعدم دستورية قانون اتحادي ، أو أن تشريعهما أو لائحة محلية يتضمنان مخالفة لدستور الاتحاد أو لقانون اتحادي ، يتعين على السلطة المعنية في الاتحاد أو في الإمارات بحسب الأحوال ، المبادرة إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لازالة المخالفة الدستورية أو لتصحيحها .

(سابعاً) - المحكمة الدستورية في جمهورية السودان الديمقراطية

(بند ٠٠٠) - بعد اعلان استقلال السودان اعتباراً من أول يناير/ كانون الثاني سنة ١٩٥٦ ، عرفت السودان دستورا مؤقتا صدر سنة ١٩٥٦ ، وقد تقلب هذا الدستور بين التنفيذ والتعطيل تبعا للأحداث السياسية ، ثم عدل سنة ١٩٦٤ وسمي لذلك " دستور السودان المؤقت " (المعدل سنة ١٩٦٤) (١) ، وقد عطل منذ ١٩٦٩/٥/٢٥ كما سنرى .

ومن خلال الأحداث السياسية التي تعاقبت بعد ذلك (من سنة ١٩٦٥ الى سنة ١٩٦٩) أعدت " اللجنة القومية للدستور " مشروع دستور^٤ ، قدمته في يناير/ كانون الثاني سنة ١٩٦٨ الى " الجمعية التأسيسية " القائمة حينذاك .

وقد تضمن انشاء " محكمة دستورية " وفقا للأحكام التي سيأتي ذكرها بعد قليل

=====

(١) - بعد انتهاء الادارة الثنائية (المصرية البريطانية) للسودان التي جرت وفقنـــــ
للمعاهدة المصرية البريطانية المبرمة بهذا الخصوص سنة ١٨٦٩ ، وبعد الاتفاقية المبرمة بين الحكومة المصرية والاحزاب السودانية في ٢٩/١٠/١٩٥٢ المتضمنة الاحتفاظا بالسيادة على السودان للسودانيين الى أن يقرروا مصيرهم في حرية تامة ، على أن يقام فوراً حكم ذاتي لحين تقرير المصير (بعد فترة الانتقال) أبرمت اتفاقية بين مصر وبريطانيا فـــــ
في ١٣/٢/١٩٥٣ أقرت بالسيادة للسودانيين خلال فترة الانتقال على ألا تتعدى ثلاثة أعوام (اعتباراً من ١/١/١٩٥٤ ، حتى ١/٨/١٩٥٧) .

ولكن الأحداث توالى سراعاً خلال تلك الفترة وانتهت بأن أعلن مجلس النواب السوداني الاستقلال في جلسته المعقودة يوم ١٩/١٢/١٩٥٥ كما أعلن ذلك مجلس الشيوخ يوم ٢٢ من الشهر المذكور على أن يكون الاستقلال اعتباراً من ١/١/١٩٥٦ ، وقد أعلنت دولتا الحكم الثنائي السابق (مصر وبريطانيا) اعترافهما بهذا الاستقلال فـــــ
في ٣١/١٢/١٩٥٥ .

على هذا النحو كان يوم ١/١/١٩٥٦ يوم الاستقلال - وعيده - وتولت سلطات رئيس الدولة الجديدة " لجنة غماسية " انتخبها البرلمان السوداني (على أساس الأخذ بالنظام الجمهوري) . وهنا عهد بمهمة اعداد " دستور دائم " للسودان الى " جمعية تأسيسية " منتخبة ، وجرى العمل وفقاً للدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٥٦ ، ثم أوقف العمل بهذا الدستور عندما استولى الجيش على السلطة في ١٧/١١/١٩٥٨ برئاسة الفريق ابراهيم عبود الذي استقال بدوره في ١٥/١١/١٩٦٤ (بعد نجاح حركة (٢٥/١٠/١٩٦٤) وشكلت وزارة مدنية وأعيد العمل بدستور سنة ١٩٥٦ المؤقت (على أن تنتخب " جمعية تأسيسية " يعقد على عاتقها وضع الدستور الدائم واقراره ") وادخلت على الدستور المؤقت التعديلات المعروفة بتمديدات سنة ١٩٦٤ .

المقام أهمها : المادة ٣ من الفصل الأول (الخاص بالأحكام العامة) التي تقول - تحت عنوان " سيادة الدستور " " تسود أحكام هذا الدستور على جميع القوانين القائمة أو المستقبلية ويلغى من أحكام هذه القوانين ما يتعارض مع أحكام هذا الدستور بالقدر الذي يزيل ذلك التعارض " ، ثم نص في الفصل الثاني (الخاص بالحقوق الأساسية) على أن " لأى شخص أن يطلب من المحكمة العليا حماية أى من الحقوق الممنوحة بموجب هذا الفصل أو تطبيقها ، وللمحكمة العليا السلطة في اصدار جميع الأوامر اللازمة والمناسبة لكي تكفل لمقدم الطلب الاستمتاع بأى من الحقوق المذكورة " (مادة ٨) . ولكن قررت المادة ٦٣ انه " ليس للمحاكم أو لأية سلطة أخرى أن تعقب على الاجراءات في الجمعية التأسيسية استنادا الى أى ادعاء بعدم مطابقتها للوائح أو قواعد الاجراءات " . وفي المادة ٩٩ جاء النصان الهامان التاليان :

" ١ - الهيئة القضائية هي حارسة الدستور ولها اختصاص النظر والحكم في أية مسألة تشمل تفسيره أو تطبيق الحقوق والحريات الممنوحة بموجب الفصل الثاني .

٢ - تختص المحكمة المدنية العليا بتفسير الدستور " .

أما مشروع دستور سنة ١٩٦٨ السابق ذكره فقد تضمن في شأن المحكمة الدستورية الأحكام التالية : (١)

أ - حق التقاضى : نصت المادة ٢٩ من المشروع المذكور على أن " الناس ملواسة أمام القضاء ، ويحق لأى شخص اللجوء الى المحاكم ذات الاختصاص لرد أية مظلمة أو تقرير أى حق من طريق محاكمة علنية عادلة وفي غير ابطاء تضار منه مصالح الناس " .

ب - المحكمة الدستورية : وقد خصص لها المشروع الفصل الثاني من الباب السادس المتعلق بالقضاء ، وتضمن الفصل المذكور المواد ١٥٥ الى ١٥٨ التي تتلخص أحكامها فيما يلي :

(١) - سيادة الدستور : اعادت المادة ١٥٥ (حرفيا تقريبا) النص السوارد قبلا بهذا الخصوص في المادة الثالثة من الدستور المؤقت المعدل سنة ١٩٦٤ وقد سبق ايراده .

(٢) - تأليف المحكمة : وفقا للمادة ١٥٧ تتألف المحكمة الدستورية من رئيس القضاء (رئيسا) وقاضى القضاة ومفتي السودان وأربعة أعضاء آخرين يعينهم رئيس الجمهورية (ثلاثة من محكمة الاستئناف العليا المدنية بالتشاور مع أعضائها ، وواحد من محكمة الاستئناف العليا الشرعية بالتشاور مع أعضائها كذلك) .

(٣) - الاجراءات : أحالت المادة ١٥٨ من المشروع هذا الشأن الى المشروع المادى بقولها : " ينظم القانون الاجراءات التي تتبع أمام المحكمة الدستورية " .

(٤) - الاختصاصات : بينت هذه الاختصاصات المادة ١٥٦ شاملة

(١) انتخب اسماعيل الازهرى رئيسا للمجلس الأعلى بتاريخ ١٩٦٥/٧/٨ ، وبعد أزمة حادة فسي الوزارة الائتلافية القائمة سنة ١٩٦٩ أسقطت الحكومة وتولى السلطة (منذ ١٩٦٩/٥/٢٥) الرئيس جعفر محمد النميرى .

- أ - النظر والفصل : في دستورية القوانين والقوانين الإقليمية (١) .
- ب - وكذلك في دستورية الأوامر التشريعية المؤقتة والأوامر الاستثنائية .
- ج - وفي تنازع الاختصاص بين قسمي الهيئة القضائية (ويكون ذلك بناءً على حالة من إحدى محكمتي الاستئناف العلين) (٢) .
- د - النظر والفصل أيضا في الطعون الانتخابية الخاصة بانتخاب رئيس الجمهورية (بناءً على طعن من أحد المرشحين الذين لم يتم فوزهم أو من أحد الأشخاص الذين زكواهم) .
- هـ - وفي اعتماد أي ابلاغ من الجمعية الوطنية بخلو منصب رئيس الجمهورية (٣) .
- و - التحقيق في الطعون الانتخابية الخاصة بأعضاء الجمعية الوطنية أو باستمرار عضويتهم .
- ز - أي اختصاص آخر يعهد إلى المحكمة المذكورة " بقانون " .

=====

- (١) - فصل الباب السابع من الدستور " النظام الإقليمي " وعهد لمجلس الإقليم بسلطة التشريع وفقا لأحكام الدستور في حدود الإقليم (م ١٦٣) ، وجعل المجلس منتخبا انتخابا مباشرا (م ١٦٤) ، وبين كذلك المجالات التي تكون للمجلس المذكور سلطة التشريع فيها (م ١٦٨) . كما نظم الفصل الثالث من الباب المذكور العلاقة بين السلطات القومية والسلطات الإقليمية (م ١٧٦ و ١٧٧) .
- (٢) - ينص المشروع على أن الهيئة القضائية تتألف من قسمين منفصلين هما : القضاء المدني (وتقوم على رأسه محكمة الاستئناف العليا المدنية) و القضاء الشرعي (وعلى رأسه محكمة الاستئناف العليا الشرعية) ، (مادة ١٤٤) .
- (٣) - يقرر المشروع بهذا الصدد أن منصب رئاسة الجمهورية " يخلو متى اعتمدت المحكمة الدستورية - بناءً على ابلاغ من الجمعية الوطنية - حدوث وفاة الرئيس أو فقدانه للأهلية أو عجزه الدائم عن العمل " . (المادة ٥٥ من المشروع ، وهناك مواد تتعلق باختصاصات متفرقة للمحكمة الدستورية نكتفي بذكر هذه الأمثلة عنها لكونها ليست في صميم دراستنا وهي دستورية القوانين) . ونشير فقط - وعلى سبيل المثال - إلى المادة ٨٩ التي تجيز للجمعية الوطنية (المختصة بالفصل في صحة انتخاب أعضائها) أن تحيل أي طعن انتخابي إلى المحكمة الدستورية للتحقيق فيه ، وعلى المحكمة أن ترفع نتيجة التحقيق إلى الجمعية للفصل فيه .

الدستور امور منوعة ترتبط بموضوع اختصاص المحكمة الدستورية المذكورة تخص منها بالذكر المادة ٤١ التي تقرر - في تأكيد حق التقاضي ورقابة الدستورية معا - أنه " يحق لأي شخص أضرار من جراء أي قانون اجازته الجمعية الوطنية (وهذا هو الاسم المقابل للفظ مجلس الأمة في الكويت ومجلس الشعب في مصر والجمعية الوطنية في فرنسا) أو أجازة مجلس اقليم أو أي أمر تشريعي مؤقت أو أمر استثنائي أن يرفع دعوى أمام المحكمة الدستورية لاعلان بطلانه بسبب مخالفته لأحكام هذا الباب " (وهو الباب الثاني الخاص بموضوع " الحقوق والحريات الأساسية ") .

وتوكيدا كذلك للرقابة أضافت المادة ٤٢ من المشروع أنه : " مع مراعاة أحكام المادة السابقة يحق لأي شخص أن يرفع دعوى أمام المحكمة المدنية العليا لحماية أي من الحقوق والحريات المقررة في هذا الباب ، وللمحكمة أن تصدر من الأحكام والأوامر ما تراه مناسبا لرد المظلمة " .

ولا يغفى أن الذي يعنينا بالذات من هذه الاختصاصات هو رقابة دستورية القوانين (وغيرها من التشريعات) ، ولذلك نلفت النظر الى أن الرقابة هنا خاصة بحالة مخالفة " الدستور " ، لأن المشروع ينص في المادة ١٠٤ على ما أسماه " حجية أعمال الجمعية " ، وبمقتضاها " لا يجوز للمحاكم أو أية سلطة أخرى أن تتدخل في أعمال الجمعية أو أن تعقب على أي تشريع أو قرار اجازته الجمعية بدعوى مخالفة اللوائح أو شروط الاجراءات ، وتثبت حجية أعمال الجمعية بصدور شهادة بذلك تعمل توقيع رئيسها أو نائبه " . وقد جاء هذا النص في المشروع تفصيلا وتوكيدا للحكم الذي سبق أن نصت عليه المادة ٦٣ من الدستور المؤقت (المعدل سنة ١٩٦٤) والسابق ذكرها .

هذا التنظيم الخاص بالمحكمة الدستورية في مشروع دستور سنة ١٩٦٨ كان مقرا ألا يعمل به الا " من حين اجازة المشروع في الجمعية التأسيسية " (بنص المادة ٢٢٩ من المشروع) ، ومن ثم ، في حالة صيرورة الدستور نافذا ، يتم تشكيل المحكمة وتصدر القوانين اللازمة لذلك " خلال ثلاثة أشهر من بدء ولاية أول رئيس للجمهورية " (م ٢٣٤ من المشروع) وقد ترتب على تراخي اقرار المشروع أن ظل " مشروعا " ، ولم يتحقق ايجاد المحكمة الدستورية المنوه عنها ، وفي تلك الاثناء قامت ثورة ٢٥ / ٥ / ١٩٦٩ ، وقد صدر عن " مجلس الثورة " الجديد الأمر الجمهوري رقم (١) للعمل به فورا (ابتداء من ١٩٦٩/٥/٢٥) متضمنا أن " السودان جمهورية ديمقراطية " ، السيادة فيها للشعب وينوب عنه في مباشرة أعمال السيادة مجلس الثورة " (المشكل وفقا للأمر المذكور) .

وقد أوقف الأمر المذكور العمل بدستور السودان المؤقت (المعدل سنة ١٩٦٤) وأعلن حل الهيئات التالية : مجلس السيادة ، ومجلس الوزراء ، والجمعية التأسيسية ، ولجنة الخدمة العامة ، ولجنة الانتخابات .

وقرر الأمر كذلك أن يباشر السلطتين التنفيذية والتشريعية " مجلس وزراء " يمينه " مجلس الثورة " ويكون مسئولا بالتضامن أمامه ، كما جعل تعيين الوزراء ومزلهم وقبول استقالاتهم من اختصاص مجلس الثورة ، وتكون مباشرة مجلس الثورة لسلطاته المذكورة " بتوصية من رئيس الوزراء " .

المحكمة العليا في دستور السودان الجديد :

في عام ١٩٧٢ أصدر رئيس الجمهورية (اللواء أركان حرب جعفر محمد نمري) القرار رقم ١٠٤ (خاصا بتكوين " مجلس الشعب " . ثم وافق المجلس في جلسته العاشرة بعد المائة (المنعقدة في ١١/٤/١٩٧٣) على مشروع " الدستور الدائم لجمهورية السودان الديمقراطية " وقد وافق رئيس الجمهورية عليه يوم ٨/٥/١٩٧٣ .

هذا الدستور الجديد قد تعرض بدوره لموضوع الرقابة على " دستورية القوانين " عاهدا بها المهمة الى " المحكمة العليا " على النحو التالي :

أ - التشكيل : تضم المحكمة رئيسا ونائبا أو أكثر للرئيس ، وعددا كافيا من القضاة (م) ٩ وقد أضافت المادة أن يكون تحديد دوائر المحكمة العليا " بقانون وكذلك وضع الاجراءات التي تتبع أمامها (كما فعلت من قبل المصاد ١٥٨ من مشروع سنة ١٩٦٨) .

ب - الاختصاصات : قدمت المادة ١٩٠ لهذه الاختصاصات بتلك العبارة العامة " تكون المحكمة العليا حارسة الدستور " (١) . ثم عدلت المادة الاختصاصات بعد ذلك التي " تنظرها المحكمة وتصدر الأحكام والقرارات فيها وفقا للدستور والقانون " وهي :

- أ - تفسير الدستور والنصوص القانونية الأخرى .
- ب - حماية الحقوق والحريات التي كفلها الدستور .
- ج - الطعن في دستورية القوانين .
- د - تنازع الاختصاص القضائي .
- هـ - الطعن بالنقض في جميع المواد القانونية على النحو الذي يحد القانون .
- و - أي مسائل أخرى يقرر الدستور أو القانون اختصاصها بها .

كذلك حرص الدستور الجديد على أن يورد (في المادة ١٥٢ منه) الحكم الذي سبب أن قرره مشروع سنة ١٩٦٨ (في المادة ١٠٤ منه) بخصوص عدم جواز تدخل " المحاكم أو أية سلطة أخرى " في أعمال مجلس الشعب أو أن تعقب على تشريع أو قرار أجازه المجلس بدعوى مخالفة اللوائح أو شروط الاجراءات ، كما أعادت النص على أن " تثبت حجية أعمال المجلس بصدور شهادة بذلك تحمل توقيع رئيسه " ، (تراجع ما سبق ، ص ١٤٠) .

=====

(١) - خص الدستور بهذه العبارة " المحكمة العليا " بينما كان الدستور المؤقت (المصاد سنة ١٩٦٤) يعهد بهذه المهمة الى " الهيئة القضائية " (كما سبق ، ص ١٣٨) .

الفصل الثالث

الرقابة القضائية لدستورية القوانين

في الكويت

(بند ٠٠٠) - عرفنا أن نقطة التحول في هذا المضمار هو انشاء المحكمة الدستورية بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ (الصادر في ١٩ / ٦ / ١٩٧٣) والذي نصت المادة ٩ منه على أن يحصل به بعد أربعة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (أى ٢٣ / ١٠ / ١٩٧٣) .

لذلك ندرس ما قبل انشاء المحكمة وما بعده في فرعين متتاليين :

الفرع الأول - المرحلة السابقة على انشاء المحكمة الدستورية

(أى قبل ١٩ / ٦ / ١٩٧٣)

(بند ٠٠٠) - وفقا لما سبق تفصيله في القسم النظري من هذه الدراسة ، يرتبط موضوع دستورية القوانين بوجود دستور يسمو على القوانين العادية ، فتعرض بالتالي مشكلة مخالفة هذه القوانين له . وهذا الموضوع لم يتحقق في الكويت الا منذ العمل بالدستور الصادر في ١١ / ١١ / ١٩٦٢ والذي بدأ العمل به بانعقاد مجلس الأمة (أى يوم ٢٩ / ١ / ١٩٦٣) وذلك بالتطبيق للمادة ١٨٢ من الدستور التي تقول : " ينشر هذا الدستور في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ اجتماع مجلس الأمة ، على ألا يتأخر هذا الاجتماع عن شهر يناير سنة ١٩٦٣ " .

(بند ٠٠٠) - ولكن ألم يكن هنالك مجال لموضوع " دستورية القوانين " في الكويت خلال فترة الانتقال التي جاءت بعد شهور من ابرام معاهدة الاستقلال (في ٢٩ / ٦ / ١٩٦١) ، وقد كان الحكم في اثناء تلك الفترة وفقا للقانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢ ، المسمى " قانون النظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال " . . والذي بدأت بالعمل به " فترة الانتقال " ، وكان ذلك يوم ٧ / ١ / ١٩٦٢ (١) .

=====

(١) - نصت المادة الثانية من القانون المذكور كذلك على انتهاء فترة الانتقال يوم العمل بالدستور ، وكانت المادة الأولى قد وضعت لذلك أجلا أيضا ، اذ نصت على أن ينهى المجلس التأسيسي مهمته في وضع الدستور " خلال سنة من يوم أول انعقاد له " . وقد كان بدء انعقاده يوم ٢٠ / ١ / ١٩٦٢ . لذلك وجد فراغ برلماني ودستوري في الفترة التي تلت هذا التاريخ حتى يوم انعقاد مجلس الأمة الدستوري الجديد ، وقد كان اجتماعه الأول يوم ٢٩ / ١ / ١٩٦٢ . وتحسبا لذلك ، ولتفادي هذا الفراغ بنوعيه المذكورين نصت المادة الأخيرة من الدستور (م ١٨٣) على أن " يستمر العمل بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٦٢ الخاص بالنظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال كما يستمر أعضاء المجلس التأسيسي الحاليون في ممارسة مهامهم المبنية بالقانون المذكور الى تاريخ اجتماع مجلس الأمة " . (تراجع مذكراتنا لطلبة السنة الأولى بكلية الحقوق والشرعية بجامعة الكويت عن " دستور الكويت " ، وذلك خلال كل من عامي ١٩٧٠ و ١٩٧١ ، على الآلة الكاتبة) .

من ذلك كانت اجراءات التشريع العادي في ظلله أشد من الاجراءات التي اتبعت في وض
هو ، فقد صدر (وفقا للنظام الذي كان قائما حينذاك) من رئيس الدولة دون وجود هيئ
نيابية تشارك في التشريع ، أما القوانين التي صدرت بمقتضاه بعد قيام " المجلس التأسيسي
فقد كانت بمشاركة هذا المجلس ، لأن القانون رقم (١) لسنة ١٩٦٢ المذكور قد جم
لهذا المجلس مهمتين هما : وضع دستور للبلاد والقيام بمهام المجلس النيابي .

وإذا كانت المشكلة التي نحن بصددها لم تكن لتعرض في فترة الانتق
المذكورة ، فهي طبعا لم يكن لها مجال قبل ذلك من باب أولى .

(بند ٠٠٠) - الفترة من تاريخ العمل بالدستور (١٩٦٣/١/٢٩) حتى العمل بقا
المحكمة الدستورية ، (رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣) :

هنا توفرت عناصر المشكلة الثلاثة : دستور ، وقانون ، واحتمال مخالفة القان
للدستور ، فعلى أى نحو عرضت هذه المشكلة وبأية صورة حلت ... ؟
لقد عرض الأمر فعلا على القضاء ، وانتهى فيه الى رأى ، في حين انتهى أغلب
الشرح الى رأى آخر ، وذلك على النحو التالي :

النصوص موضع الخلاف : كانت اثارة الطعن بعدم الدستورية أمام الدائرة التجارية
الأولى لمحكمة الاستئناف العليا ، وذلك بصدور القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٦٩ الخا
بتحديد أملاك الدولة خارج خط التنظيم العام ، وبالمادة نص المادة الرابعة منه ال
تقول : " استثناء من أحكام المادة السابقة يمنح كل من يديه وثيقة تملك شرعية مسجل
قبل ٢٣ يناير سنة ١٩٥٦ لأراض خارج خطوط التحديد المبينة في المادة الأولى ...
تعويضاً ... ولا يجوز ... أن يزيد التعويض بحال على قيمة ما يوازي تسعين ألف
قدم مربع ، ... وتقوم بتقدير التعويض ... لجنة التثمين والاعتراض المنصو
عليه في القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن نزاع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة
العامة ووفق اجراءاته " (١) .

(١) - الطعن الاستثنائي محل البحث رقمه ١٦٢ لسنة ١٩٧٠ (تجارى) وفيه استند الطاع
في القول بعدم دستورية هذا القانون الى كونه (من جهة) قد عهد بالتعويض الى اللجنت
الادريتين المذكورتين ، لجنة التثمين ولجنة الاعتراض ، ولكونه (من جهة ثانية) قد حصر التعويض
فيما لا يجاوز تسعين ألف قدم مربع من الأرض ، بينما تبلغ مساحة الأرض المستولى عليها من الطاع
١٦٦٤٨٧٣٩ قدما مربعا (وتشمل كل أرض المطار الدولي) .

وردا على هذا الطعن ، طلب المستأنف ضدهما (وزارة الأشغال العامة وبلدية الكويت) رفض
الاستئناف على أساس أن الدستور الكويتي يحظر على المحاكم رقابة دستورية القوانين ، (المادة ١٧٣
منه ومذكرتها التفسيرية) ، ولأن هذه الرقابة تخالف مبدأ الفصل بين السلطاتين التشريعية والقضائية
من جهة ثانية ، وثالثا لكون القانون المطعون عليه بعدم الدستورية لا يخالف الدستور . (يراجع فسي
عرض وجهتي النظر وتحليل اسباب الحكم وتقديرها مؤلف الدكتور رمزي الشاعر عن : النظرية العامة
للنظر الدستوري ، المرجع السابق ، ص ٥٥٤ - ٥٦١) .

" يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ، ويبين صلاحياتها والاجراءات التي تتبعها .
" ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوى الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح .

" وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن " (١) .

المذكرة التفسيرية للمادة المذكورة :

جاء بالمذكرة (الملحق بالدستور والمعتبرة تفسيراً رسمياً له) (٢) ما يلي بهذا الخصوص :
" أثر الدستور أن يعهد بمراقبة دستورية القوانين (واللوائح) الى محكمة خاصة يراعى في تشكيلها واجراءاتها طبيعة هذه المهمة الكبيرة ، بدلاً من أن يترك ذلك لاجتهاد كل محكمة على حدة ، مما قد تتعارض معه الآراء في تفسير النصوص الدستورية أو يعرض القوانين (واللوائح) للشجب دون دراسة لمختلف وجهات النظر والاعتبارات . فوفقاً لهذه المادة يترك للقانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال اشراك مجلس الأمة بل والحكومة في تشكيلها الى جانب رجال القضاء العالي في الدولة ، وهم الأصل في القيام على وضع التفسير القضائي الصحيح لأحكام القوانين ، وفي مقدمتها الدستور ، قانون القوانين " .

هذه هي النصوص والشروح الدستورية التي دار الخلاف حول تطبيقها في الدعوى محل البحث فما هو مقتضاها :

(بند ٠٠٠) أولاً — الرأى القائل بعدم الرقابة :

وتتلخص حجة هذا الرأى في أن الشارع الدستوري الكويتي (م ١٧٣ ومذكرتها التفسيرية) قد قصد حصر الرقابة القضائية على دستورية القوانين في " محكمة خاصة " ، وأكد ذلك عندما شجب تعدد الجهات وتعدد الأحكام اذا ما عهد بهذه المهمة لغير " المحكمة الخاصة " مع ما يخشى من التسرع في الحكم " بعدم دستورية " القوانين (واللوائح) ولو لمجرد الامتناع عن تطبيقها فـ في الدعوى المنظورة أمام المحكمة .

=====

(١) — في التعليق على هذه المادة لاحظ الدكتور يحيى الجمل (في مؤلفه : النظام الدستوري في الكويت ، ضمن مطبوعات الجامعة ، سنة ١٩٧٠ / ١٩٧١ ص ٤١٠) انها : " لم تبدأ بلفظ " يجوز " كما هو الحال في المادة ١٧١ المتعلقة بجواز انشاء مجلس الدولة ، وانما يجرى نص المادة على نحو يشمر أن المشرع الدستوري يدعو السلطة التشريعية الى اصدار القانون الذى ينظم الجهة القضائية ، المختصة بنظر دستورية القوانين ، ولا يترك لتلك السلطة الخيارات بين جواز انشاء تلك الجهة أو عدم انشاؤها " (ولكن وقت تدخل المشرع تقديرى له ما لم يحسمه الدستور أجلاً لتدخله) .

(٢) — استظهرت ذلك اللجنة المشكلة سنة ١٩٦٥ لتفسير المادة ١٣١ من الدستور (بتقريرها المؤرخ ١٩٦٦/٤/٢٥) وقد أقره مجلس الأمانة ، وبذلك تتمتع المذكرة بضمانات النص الدستوري . ولو بدا تعارض بين النص وتفسيره وجب التوفيق بينهما كوجوب التوفيق بين النصوص الدستورية ذاتها .

ولقد ذهب الى هذا القول الدكتور عبدالفتاح حسن أولا ، ثم تنهاه الدفاع عن وزار
الأشغال العامة وبلدية الكويت في الدعوى الالتهائية (رقم ٧٢٥ سنة ١٩٦٩) لدى الدائـ
التجارية الأولى بالمحكمة الكلية وأقرته هذه المحكمة بحكمها الصادر يوم ١٦/٣/١٩٧٠ . ثم أعيد
بحث الموضوع ثانية في الدعوى الاستثنائية (عن ذات الموضوع) ، وهي الدعوى رقم ١٦٢ لسنة
١٩٧٠ - بالدائرة التجارية الأولى) ، ومرة أخرى أقر القضاء وجهة النظر حيث أصدرت الدائـ
الاستثنائية المذكورة حكمها يوم ١٦/٣/١٩٧١ مؤيدة الحكم الالتهائي السابق ذكره فيما قضى به
من عدم اختصاص القضاء الكويتي بنظر دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي ورقابة الامتناع
(٢) وليس يخفى أن هذا النظر يذكرنا بالرأى القائل - في فرنسا - بأن تنظيم كل من دستـ
سنة ١٩٤٦ ودستور سنة ١٩٥٨ لطريق خاص لمراقبة دستورية القوانين (أى اللجنة الدستورية
في الدستور الأول ، والمجلس الدستوري في الثاني) يعني لدى أصحاب ذلك الرأى المزوف عن
طريق الرقابة القضائية لدستورية القوانين ، وقد عرفنا أن هذا الرأى هو الجارى عليه العمل لا لمجـ
الاستناد على هذا التخرج لنصوص دستوري سنة ١٩٤٦ وسنة ١٩٥٨ ، ولكن لاستقرار غيبة الرقابة
القضائية (بطريق الدفع الفرعي) في التقاليد القضائية بل والتشريعية الفرنسية منذ عهد الثورة

=====

(١) - يراجع مؤلفه : مبادئ النظام الدستوري في الكويت ، من مطبوعات جامعة الكويت ، طبع
ببيروت ، ١٩٦٨ ، ص ١٤٨ و ١٤٩ حيث يقرر أن الرقابة على دستورية القوانين (وتأخذ حكمهـ
كذلك الرقابة على دستورية اللوائح) " لا تباشرها سوى المحكمة الخاصة المشار إليها في المادـ
١٧٣ ، ولما كانت هذه المحكمة لم تنشأ بعد فيمكن القول انه لا توجد الآن رقابة على دستوريـ
القوانين ، لا من قبل محكمة خاصة لم تنشأ بعد ، ولا من جانب القضاء المادى ، لأن المشرع الدستـ
وقد أشار الى انشاء محكمة خاصة يكون قد استبعد كل رقابة في القضاء المادى سواء في ذلك
رقابة الالفاء أو رقابة الامتناع " .

(٢) - لا نتمرض هنا لأوجه الطعن على ذات القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٦٦ بمخالفته للدستور لأن
بحثنا للموضوع هنا خاص بناحية حق القضاء أو عدم حقه في الرقابة على دستورية القوانين ، دون بحث
الناحية الموضوعية في الدعوى محل النظر في هذا المقام ، وما اذا كان يتضمن " انتهاكا لحرمة
الملكية الفردية " أو ينتطوى على " مصادرة للمال الخاص " مما يعتبر - ان صح - مخالفا للمواد
١٦ و ١٨ و ١٩ من دستور الكويت . كما قيل انه وقد عهد بتقدير التمويض الى لجنـ
ادارتين (هما لجنة التشيين ولجنة الاعتراضات) يكون قد اعتدى على الاختصاص الدستوري
للسلطة القضائية . . . وانه ان وضع حدا أعلى لما يجوز التمويض عنه (وهو تسعون الف قدم
مربع) يكون قد خالف مبدأ المساواة الدستوري ، ولعله لا يخفى أن الأساس الأول للفصل في
هذه الزوايا يرتبط بكون الأملاك التي يحكمها القانون رقم ١٨ المذكور ، " ملكا للدولة " ولكنها
تمنح " كمنحة " فقط بعض التمويض للحائزين مع بعض الشروط ، أم أنها " ملك للافراد " .
فأصبح ما يدفع عنها " حقا و " تمويضا " وليس تبرعا ، ومن ثم يجب أن يكون التمويض القانوني
المادل .

المحكمة الدستورية) ، ونلاحظ - بالاضافة الى ما سبق من أسباب - الاعتبارات التالية :

- ١ - نعتقد أن هذا الفهم للوضع في الفترة المذكورة هو الذي كان قائما عندما وضمت المادة ١٧٣ من الدستور ومذكرتها التفسيرية ، وان لم يزل الافصح الكافي الذي يحسم الخلاف حوله (١) .
- ٢ - ان الجو الذي وضع فيه النص المذكور وشرحه كان جو التسليم العام بحق القضاء في الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري (ومن باب أولى اللائحة غير الدستورية) ، وقد سبق بيان موقف القضاء في العالم العربي بهذا الصدد ، ونعني بصفة خاصة موقف القضاء والفقه المصريين ولهما المد الفكري المعروف في العالم العربي كله ، وبذلك كان التسليم برقابة الامتناع (بطريق الدفع الفرعي)

=====

- (١) - من وجهة نظر مخالفة لذلك قالت محكمة الاستئناف العليا الكويتية (في الحكم محل البحث) " ان الدستور - الكويتي - جعل انشاء هذه الهيئة (التي تراقب الدستورية وفق المادة ١٧٣) أمرا مقضيا ، آتيته أنه لم يدع الى ذلك جوازا انما أوجب انشاءها وحيث ان هذه المحكمة ترى أن الدستور قد فرض انشاء تلك الجهة القضائية لممارسة تلك الرقابة ، فانه - وهو القانون الأسس - قد عنى حتى من قبل صدور ونفاذ قانون انشاء الجهة سالفة الذكر ، أن يفرد تلك الجهة دون غيرها بها ، وأن يسلب ما كان أو عسى أن يكون لسواها - ومنها المحاكم - من حق ممارسة رقابة الالفاء الأصلية سالفة الذكر ، لما كان ذلك وكان من المقرر أنه لا مساغ للاجتهاد عند صراحة النص ، وكان نص الدستور صريحا في هذا المقام (كذا ١١) ، فقد لزم النزول عند ارادته ، وعدم اسـمـباغ تلك الرقابة لغير الجهة التي حددتها القانون الأعلى " وأضاف المحكمة أن : " رقابة الالفاء التي نص عليها الدستور تجب رقابة الامتناع ، والقول بتحويل المحاكم رقابة الامتناع ، انما يعني ابتداء نوع من الرقابة غير الذي حدده الدستور ، واعطائه لجهة غير التي عينها ، وفي هذا وذاك مخالفة لصريح نص الدستور (كذا . . . !) لا يجوز للمحاكم الاقدام على اشيائها . . . " والا خالفت الدستور لأنها بذلك " تقيم من نفسها جهة رقابة مبتدعة ، وتعطي نفسها نوعا من الرقابة مبتدعا ، وكلاهما فيه مخالفة لحكم الدستور " .

وبمقارنة وجهتي النظر المذكورتين يتضح أن مناط ترجيح أيهما رعن بمعرفة : هل هناك " نص دستوري صريح " كما ترى المحكمة يمنع الرقابة الفرعية في الفترة السابقة على انشاء المحكمة الدستورية ، أم أنه لا يوجد هذا " النص الدستوري الصريح " المانع لكل رقابة فورا وقبل انشاء تلك المحكمة ، فيكون باب الاجتهاد مفتوحا وتكون الارجحية فيـهـ بالتالي للرقابة - كأصل - وليست للحظر لأنه استثناء ومن ثم يرتبط الحظر بمعلوله وهو وجود المحكمة الدستورية الخليفة بالانفراد بالرقابة

خلفية مؤكدة لنص المادة ١٧٣ المذكورة ولمذكرتها التفسيرية (١).

٣ - ان منطق دستور يوضع فور الاستقلال لبلد كالكويت ، هو دون شك منطق الانتقال الى وضع أفضل ، والى مزيد من ضمانات الحرية وسيادة القانون ، ولذلك لا يتصور أن يقصد الشارع الدستوري أن تبدأ الحياة الدستورية بفرغ تام في الرقابة القضائية لدستور القوانين الى حين انشاء المحكمة الدستورية ، ويلاحظ أن الشارع المذكور لم يقيّد هذه الفترة بتاريخ معين قصير (كما فعل مثلاً في المادة ٤٠ عندما اشترط أن يصدر قانون توارث الامارة " في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا الدستور " . أو كما قرر في المادة ١٨٢ الا بتأخر اجتماع مجلس الأمة وفقاً للدستور الجديد " عن شهر يناير سنة ١٩٦٣ بل ترك الأجل مفتوحاً فأصبح ما يترخص المشرع العادي - أي القانون - في تقديره ، ومن ثم لا يعتبر التراخي في ذلك " مخالفة دستورية " ، وإنما يمكن - من الناحية السياسية - لا القانونية - القول بأنه " تقصير دستوري " لا يرقى الى معنى " المخالفة الدستورية " ذات النتائج القانونية والقضائية التي لا تخفى ، ولذلك تأخذت استجابة المشرع للنمو

=====

(١) - تعارض محكمة الاستئناف (في حكمها المذكور) الرجوع الى المقرر في مصر فتقول " وحيث أن التحدى بما اتجه اليه القضاء وجل الفقه في مصر من تحويل القضاء ممارساً رقابة الامتناع ، وهو نظر يستند اساساً الى أنه ليس في القانون المصري ما يمنع المجاز من التصدى لبحث دستورية القوانين ... وترى هذه المحكمة أن ذلك التحدى إنما هو قياس مع الفارق ، ذلك أن الدستور المصري ... قد جاء غلواً من أى نص ينظم الرقابة على دستورية القوانين الى أن صدر أخيراً في ٣١/٨/١٩٦٩ قانون المحكمة العليا (كما عرفنا) ... والحال في الكويت ان الدستور قد أورد نصاً صريحاً منظم للرقابة ... وافصح كذلك بالنص الصريح عن جهة معينة تمارس رقابة معينة بدعوى أصلياً وباجراءات خاصة ، وليس للمحاكم في غيبة التشريع المنشئ لهذه الجهة ، أن تسد الثفر بخلق جهة للرقابة ونوع من الرقابة غير اللذين قضى بهما الدستور ... وعليه فإن " الش الدستوري ، وقد وكل الأمر الى جهة خاصة فقد استبعد كل رقابة أخرى من القضاء العادي ، سواء أكانت رقابة الفاء أصلية أو رقابة امتناع ... "

ونلاحظ أن هذا القول " اجتهاد " من المحكمة واستظهار لما قدرت أنه قصـ المشرع ، وبذلك تكون في مجال " الاجتهاد " ولسنا في مجال " الادعان لنص دستور صريح " مانع من رقابة الامتناع في الفترة السابقة على انشاء المحكمة الدستورية .

الى ابعاد من ذلك بكثير ، ولهذا تطبيقات تجاوز الحسبة في الكويت وفي غيرها .
فهل يمكن للشارع الدستوري - في مثل هذه الظروف الكويتية خاصة - ^(٢) أن يقصد
عمران الناس من رقابة الامتناع الفرعية (المستقرة فقها وقضا) ولأجل غير مسمى ، على أمل
أن تنشأ يوما ما " محكمة خاصة " تنفرد - عندما توجد - بالرقابة على دستورية القوانين
وبصورة أقوى وأفضل ^(٣) .

=====

(١) - مثال ذلك في الكويت المادة ١٣٢ التي تنص على " قانون محاكمة الوزراء " بصيغة
أمرة تقول : " يحدد قانون خاص الجرائم التي تقع من الوزراء في تأدية أعمال
وظائفهم ... " فهذا القانون لم يوضع للآن . وفي مصر نص دستور سنة ١٩٢٣ (في
المادة ٦٨) على أن " تبين في قانون خاص أحوال مسؤولية الوزراء التي لم يتناولها
قانون المقوبات " (والنص هنا بصيغة الأمر أيضا) ، ومع ذلك تراخى الأمر أولا حتى
سنة ١٩٣٠ ليوضع مجرد وعد بهذا الخصوص في خطاب العرش وليعد مشروع قانون لم
ير النور ، واستمر الحال كذلك حتى تحقق الفرض لأول مرة بالقانون رقم ٢٤٧
لسنة ١٩٥٦ ، أي بعد ٣٣ سنة من صدور دستور سنة ١٩٢٣ . والأمثلة المشابهة
كثيرة كما ذكرنا .

(٢) - جاء في المذكرة التفسيرية لقانون تنظيم القضاء الكويتي (رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩) قولها
بخصوص التطلعات القضائية في الكويت ما يلي : " يستوقف نظر الباحث في النظام القضائي
في الكويت أن هذا النظام ينقصه بعض المقومات الأساسية للنظام القضائية السائدة في البلاد
العربية مع أن الكويت قد خطت في مدارج الحضارة خطوات واسعة تسمو في مستوى يحلو
المستوى الذي وصل اليه بعض هذه البلاد ... "

(٣) - ومعنى ذلك أن المادة ١٧٣ من الدستور تكون قد أضرت (في فترة الانتقال
المذكورة) بدلا من أن تنفع ، إذ بدون هذه المادة ما كان لينتظر أن يقول أحد في
الكويت بمنع القضاء من مراقبة دستورية القوانين بطريق الدفع الفرعي - تكون قد أضرت في
حين أنها شديدة الحرص على رقابة أقوى من ذي قبل . وتزداد هذه النتيجة بمدا
عن القبول بالنسبة الى دستورية " اللوائح " ، فرقابة القضاء لدستوريتها بطريق الدفع
الفرعي كانت أنفى للجدل ، وبذلك تكون المادة ١٧٣ (حسب رأى المحكمة) قد سلبت
أيضا تلك الرقابة (التي هي من المسلمات بصدد اللوائح) . وضرورة التزام اللوائح باحترام
القوانين مؤكدة في نصوص متفرقة في الدساتير (وتسمى : شرعية اللوائح) ، والتزامها
بحدود الدستور أولى وأوضح لأنه قانون ، واسع من القوانين العادية (وهنا يقال : دستور
اللوائح) . ونشير الى المادتين ٧٢ و ٧٣ من دستور الكويت اللتين توجبان شرعية اللائحة ،
وبذلك تتداخل بصدد اللوائح الدستورية والشرعية ، فالشرعية واجب دستوري في نفس
الوقت ، والدستورية/شرعية ما دام الدستور " قانونا " (من مرتبة أعلى فقط من سائر
القوانين) .

ما (في الفترة المذكورة) يجافى - ان لم نقل يخالف - حق التقاضي ، الدستورى ، وهو هذا مقرر في الكويت صراحة وتوكيد في المادة ١٦٦ من الدستور بقولها : " حق التقاضي مكفول للناس ، ويبين القانون الاجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق " . وهنا نلفت النظر الى أن هذا النص لم يفوض القانون في تحديد الحق أو تقييده ، وإنما عهد اليه فقط في شأن " الاجراءات والأوضاع " اللازمة لممارسته (١) .

٥ - كذلك يجافى " الحرمان من رقابة الدستورية في الفترة المذكورة " - ان لم نقل يخالف - ولاية القاضي الطبيعية المقررة دستوريا ، إذ أن رقابة الامتناع تعتبر " من طبيعة عمل القاضي " على التفصيل السابق بهانه ، ومن ثم تكون هي : " أصلا " ، ويكون منعها " استثناء " فلا يتحقق الا بالأسلوب الدستورى والقانوني الواجب ، ولا يكون ذلك باجتها يوسع نطاق الاستثناء .

٦ - ان تقرير صورة للرقابة القضائية لا يعني حتما انتفاء الأخذ بغيرها من الصور وآية ذلك ما سبق تبينه - نظريا وتطبيقيا - من قيام الجمع في دول مختلفة بين الرقابة القضائية والرقابة السياسية لدستورية القوانين من جهة ، والجمع - من جهة ثانية - بين الرقابة بطريق الدعوى الأصلية والرقابة بطريق الدفع الفرعى . وقد رأينا كيف أن رقابة الامتناع هذه التي أقرت في الولايات المتحدة الأمريكية بصفة واضحة منذ قضية " ماربورى " سنة ١٨٠٣ لم تمنع من استحداث طريقين آخرين أقرب الى الدعوى الأصلية ، وهما طريق " أوامر المنع " وطريق " الأحكام التقريرية " . ولذلك أيضا نجد الدساتير والقوانين - التي أرادت حصر الاختصاص في محكمة خاصة كالمحكمة الدستورية - قد حرصت على إيراد لفظ : " ونحدها " أو " دون غيرها " ، وبدون ذلك يكون الباب مفتوحا للاجتهاد القضائي والفقهى تبعا لخلفيات النص في كل بلد كما ذكرنا .

=====

(١) - ان كان ذلك هو مدى النطاق الذى تركه الدستور للمشرع المادى فمن غير المقبول أن يؤدى رأى المعارض للرقابة الى تمكين هذا المشرع المادى من تعطيل هذه الرقابة الى الأجل الذى يريده هو بمجرد التراخى في انشاء المحكمة الدستورية ولا سلطان قانوني عليه في ذلك كما عرفنا . ولهذا قيل في معارضة رأى المذكور أنه " يؤدى الى أن يتباطأ المشرع القانوني في انشاء المحكمة الدستورية حتى لا يوجد هيئة تتولى الرقابة على أعماله ، وبالتالي تتزايد القوانين الي ستصدر بالمخالفة لأحكام الدستور ... ان تفسير الوثيقة الدستورية ... يجب الا يقتصر على المنطق القانوني المجرد وحده ، بل يجب أن يكون للاعتبارات السياسية نصيبها فيه ، بحيث يضع المفسر نصب عينيه الظروف السياسية التي يطبق فيها النص ، وينظر الى القاعدة الدستورية بروح المصراع عند تطبيقها ... " (الدكتيـور رمزى الشاعر ، المرجع السابق ، ص ٥٦٠ - ٥٦١) . كما ذكر الدكتور الجمل ان منع الرقابة هنا " يعني اننا نترك لسلطة ... هي السلطة التشريعية المقصودة بالرقابة - الحق في اصدار حكم اساسي في الدستور يهدف الى رقابتها هي أصلا . وهذا يعني أن السلطة التشريعية المقصودة بالرقابة تستطيع بارادتها هي أن تغدم هذه الرقابة " ، (د . الجمل ، المرجع السابق ، ص ١٥٠) .

في الخصومات الادارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة . . شاملة ولاية الالفاء وولاية التعويض والى الآن لم يصدر هذا القانون ولا زال مشروعه تحت نظر اللجنة المختصة في مجلس الإ. ولم يترتب على هذا أى مساس بمسيرة الفصل في الخصومات الادارية على غير مقتضاه ووفقاً للاسلوب القضائي السابق أى في حدود قضاء التعويض دون الالفاء ، ولم يحدث أى تشكا في دستورية القيد المذكور المقرر بالمادة الثالثة من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ الخاص بتنظيم القضاء . وعليه فالنص الدستوري الامر في شأن تنظيم مستحدث لموضوع ما ، لا يعط التنظيم السابق بل يظل معمولاً به حتى يوضع النظام الجديد مع ما يرتبط به من توسع أو تضيق ، ولذلك تطبيقات قضائية عديدة لا يتسع لها المقام .

٨ - استند الادعاء (في النزاع القضائي الذي تعرضنا لمناقشته) الى المادة ١٨٠ من الدستور لتوكيد حق القضاء في رقابة الامتناع ، " ان هي تفرض رقابة على القوان واللوائح والمراسيم والأوامر والقرارات المعمول بها عند العمل بالدستور ، ولا يغفل أن يفرض الدستور رقابة القضاء على القوانين السابقة ثم يمنحها بالنسبة للقوانين اللاحقة ، مع أن فرض الرقابة عليها أجدى وأولى . . " (١)

*

(بند . . .) - نقطة دستورية أخرى في القضية محل البحث :

من حيث الموضوع ، طعن الطاعن في الدعويين الابتدائية والاستئنافية السابق ذكره على القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٦٩ بأنه غير دستوري ، وذلك بحوله بأنه " في مبادئه الأساسية يتضمن انتهاكا لحرمة الملكية وينطوى على مصادرة للمال ، وكل ذلك يخالف أحكام المـ ١٦ و ١٨ و ١٩ من الدستور " (٢) . وأنه من ناحية أخرى " غير دستوري " ان يجمع الاختصاص في تقدير التعويض (الذي اعتبره القانون المذكور منحة) للجنتي التميمين والاعتبر المنصوص عليهما في قانون نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة (رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٤) وبالإحالة من القانون رقم ١٨ المذكور اليهما . فرأى الطاعن أن اعطاء الاختصاص لهاتين اللجنتين " يقوض هيمنة القضاء على دعاوى الناس ويصهد بمهمته الى لجنة ادارية ليس فيها عنصر قضائي ، ثم يحرم الافراد من التقاضي حتى أمام تلك اللجنة ويحرمهم كذلك من الطعن في قراراتها أمام القضاء " . وهذا وذاك بالإضافة الى ما سبق ذكره . طعن الطاعن على القانون المذكور بأنه " قد صادر حق التقاضي . . . واذ صحت أن كان القانون قد أوصد أبواب المحاكم ومنع الذهاب الى اللجنة (المذكورة) فلمن اذن يرفـ

=====

- (١) - من مذكرة المستأنف المقدمة لجلسة ١٩٧١/١/٢٦ ، مع ملاحظة أن وجهة نظر المحكمة — سوت بين الحالتين (ما قبل الدستور وما بعده) في عدم حق القضاء في اجراء رقابته على القوان بطريق الامتناع (أى الدفع الفرعي) .
- (٢) - من مذكرة الطاعن المقدمة من مكتب الاستاذ حمد يوسف الميسى المحامي لجلسة محكمة — الاستئناف العليا المحدد لها يوم ١٩٧١/١/١٢ .

١٦٣ الى ١٦٦ - قاصرة على وضع قوانين تكفل استقلال القضاء وتبين ضمانات القضاء...
وحيثما أراد الدستور أن يعهد القانون لغير جهة القضاء ببعض الاختصاصات مراعاة لواقع
البلاد نص على ذلك صراحة في المادة ١٦٧ (بخصوص تولى جهات الأمن العام للدعوى
المعمومة في الجنب على سبيل الاستثناء) . وكذلك في المادة ١٧٣ (بخصوص المحكمة
الدستورية) .

(١) - هذا الحكم منشور في "الموسوعة القضائية في أحكام المحاكم الكويتية" ، وضع الاستاذ أحمد سميد عبدالخالق المحامي ، الجزء الرابع ، مجلد ٧ ، سنة ١٩٧٤ ، القاعدة رقم ١٨٩ ص ١١٥ - ١٢٠ ، وفي ذات المعنى حكم محكمة الاستئناف العليا - الدائرة التجارية الأولى - في القضية رقم ٦٧/٢٦٥ بجلسة ١٩٦٩/١١/٨ ، "الموسوعة ... " ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، في المنازعات التجارية ، المجلد ١ ، القاعدة ١٦ ، ص ٦٥ - ٦٨ ، وكذلك حكم الاستئناف العليا يوم ١٩٧٢/٣/٢٦ في القضية ١٩٧٢/٦٠٩ ، ذات الدائرة ، وفي هذا الحكم - الى جانب الاقرار باختصاص لجنتي التثمين والاعتراض وحدهما بمهمة تقدير التمييز - قضى كذلك باجراء مقتضى نص المادة ١٨ من قانون نزع الملكية القائلة بمقدم جواز الطعن في قرارات لجنة الاعتراض ... وأيدت محكمة الاستئناف ما انتهى اليه ...

(بند ٠٠٠) — نقاط دستورية أخرى أثبتت في المرحلة السابقة على إنشاء المحكمة الدستورية :

كان من مقتضى القضاء الكويتي السابق بيمانه أن أوحد الباب دون فصل القضاء خلال تلك الفترة في الدفع الخاصة بعدم دستورية القوانين ، وبذلك كان الملجأ في ولائهم الى جهات الافتاء الدستوري ، سواء في مجلس الأمة (بمعونة خبراءه) أو لدى الحكومة (من خلال ادارة الفتوى والتشريع) .

وقد تخلف عن هذا الاسلوب الافتائي بعض الآراء الخاصة بتفسير الدستور أو بتقدير دستورية بعض النصوص ، وأهم ما حدث من هذا القبيل في تلك الفترة ما يلي :

(بند ٠٠٠) أ — مدى دستورية المرسوم الصادر بتشكيل الوزارة متضمنا اختيار وزراء من بين التجار أو أصحاب المهن التي يحظر الجمع بينها وبين المنصب الوزاري :

دار النقاش خلال الأزمة المفصلة بهذا الموضوع حول المادة ١٣١ من الدستور التي تقول " لا يجوز للوزير اثناء توليه الوزارة أن يلى أى وظيفة عامة أخرى أو أن يزاول ، ولو بطريق غير مباشر ، مهنة حرة أو عملا صناعيا أو تجاريا أو ماليا ... (١) "

=====

== الحكم الابتدائي (في ١٩٧٢/٢/٦) من أن " نهائية القرار كما تنصرف الى الناحية الادارية ... بعدم جواز الطعن لدى أية جهة ادارية أخرى فانها تنصرف أيضا الى عدم جواز الطعن فيها أمام القضاء بالنظر الى ورود النص خلوا من كل قيد ما لا يتأتى معه تخصيصه بغير مخصص نزولا على القاعدة الأصولية في التفسير والتي تقضى بأن يؤخذ الصام على عمومته ما لم يوجد ما يخصصه .. فالمرجع قد أفصح عما عناه بنهائية القرار المنصوص عليها في المادة ١٨ من القانون وانها نهائية تشمل عدم جواز الطعن فيها أمام القضاء " (" الموسوعة القضائية ٠٠٠ " ، المرجع السابق ، ج ٤ ، مجلد ٣ ، ١٩٧٤ ، ص ٨٢ - ٨٦ القاعدة رقم ٨٧ . وفي ذات المعنى حكم الاستئناف العليا في ١٩٦٨/١١/٢٣ ، ويراجع حكم المحكمة الادارية العليا في مصر يوم ١٩٥٨/٧/١٢ ، منشور في مجموع أحكامها في عشر سنوات ، ص ٨١ وما بعدها) .

(١) — حدث هذا الخلاف سنة ١٩٦٥ خلال أزمة وزارية وسياسية حادة لم تمر الكويت بمثلها منذ العمل بالدستور سنة ١٩٦٣ ، وللنص الدستوري المذكور نص مشابه مع بعض الفوارق خاص باعضاء مجلس الأمة ، ونعني المادة ١٢١ من الدستور القائلة : " لا يجوز لعضو مجلس الأمة اثناء مدة عضويته أن يمين في مجلس ادارة شركة ... "

وقد صعد الأزمة أن أعضاء مجلس الأمة الذين اعترضوا على شمول مرسوم تشكيل الوزارة لأسماء بعض التجار قد تقدموا بهذا الاعتراض في مطلع الجلسة المحددة لأداء الوزراء اليمين الدستورية بصفتهم أعضاء في مجلس الأمة بحكم مناصبهم (م ٨٠ من الدستور) . ولما تبين عدم دستورية هذا الاعتراض ودعت رئاسة المجلس الوزراء للهدء في أداء اليمين انسحب الاعضاء المعترضون بحيث ترتب على انسحابهم بالاضافة الى الاعضاء الفائزين أن ==

وقد جاء في المذكرة التفسيرية للدستور (بصدور المادة ١٣١ المذكورة ، والمادة ١٢١ المشابهة لها كثيرا بصدور أعضاء مجلس الأمة) ما يلي :

" تحظر المادة ١٢١ على عضو مجلس الأمة أن يمين - اثناء مدة عضويته - في مجلس ادارة شركة والمحظور هو التعيين اثناء مدة العضوية ، فان كان التعيين سابقا على العضوية النهائية فلا مانع دستوريا من الاستمرار في عضوية مجلس الادارة بعد الفوز بعضوية مجلس الأمة . . .

" وحظرت المادة ١٣١ على الوزير - اثناء الوزارة - أن يتولى وظيفة عامة أو يزاوّل ولو بطريق غير مباشر ، مهنة حرة أو عملا صناعيا أو تجاريا أو ماليا ومنع مزاولة هذه الأمور - ولو بطريق غير مباشر - مقتضاه أنه لا يجوز للوزير أن يمارس هذه الأعمال بواسطة اشخاص يحملون باسمه أو لحسابه"

=====

==== أصبح عدد الحاضرين أقل من النصاب المردى اللازم قانونا لانعقاد الجلسة . (وعرف المعترضون حينذاك بجماعة ال (٣) .

ازاء ذلك رفعت الجلسة (وكان يمكن دستوريا استمرارها حيث انعقدت فعلا صحيحة ثم فقدت النصاب بعد ذلك فيجوز أن تستمر في أعمالها دون أن تتخذ قرارات . وليس أداء القسم من قبيل اتخاذ القرارات ، لأن شرط توفر النصاب إنما يشترط عند بدء انعقاد الجلسة وعند اتخاذ القرارات) .

ترتب على ذلك بعد تلك الجلسة امتناع المعترضين عن حضور الجلسات ، مما تسبب في عدم انعقاد المجلس عدة أسابيع متوالية والوزراء لم يستطيعوا أداء اليمين الدستورية عن صفتهم كأعضاء . ولذلك ذهب رأى (لاستاذنا الدكتور وحيد رأفت الى أن أداء هذه اليمين أمام المجلس بالنسبة الى الوزراء غير واجب اكتفاء بسمي ادائهم يميناً أمام الأمير وما عضويتهم في مجلس الأمة الا تبعا لصفتهم كوزراء التي أدوا عنها اليمين أمام رئيس الدولة ولكن كان رأينا على خلاف ذلك لاختلاف الصفة والمهام والسلطتين ، وكان رأينا هذا قد جرى به التقليد كذلك منذ بدء العمل بالدستور سنة ١٩٦٣ دون استثناء) .

من بعد ذلك جرت الاحداث تباعا ، ونوقش الأمر بحضور مختلف العناصر الحكومية والبرلمانية والافقائية المعنية ، برئاسة سمو الأمير ، وانتهى الرأى الى أن يسود الأعضاء المنتسبون الى واجباتهم النهائية لرجحان سلامة العرسوم الخاص بتشكيل الوزارة . وعاد في هذه اللحظة مجلس الوزراء للاجتماع ولكن الخلاف داخله أدى الى تقديم استقالة الوزارة . فشكّلت وزارة أخرى ، وتقرر عرض الموضوع من الناحية الدستورية على لجنة خاصة هي التي نهضت تقريرها بهذا الخصوص .



هذه هي النصوص موضع الأزمة المشار اليها فيما سبق (مادة وتفسيرا) مع ملاحظة أن المذكرة التفسيرية هذه تختلف، عن المذكرات تفسيرية أو الإيضاحية التي ترافق مشروعات القوانين الحكومية أو الاقتراحات بمشروعات قوانين التي يتقدم بها الأعضاء . أما المذكرة التفسيرية للدستور فلم توضع في " أول طريق " التشريع كما هو شأن المذكرات الأخرى المشار اليها ، وإنما وضعت فور الانتهاء من اقرار مواد الدستور ، وأخذت من واقع مناقشات المجلس التأسيسي عند نظره لمواد مشروع الدستور واقرارها . وفوق ذلك فقد عرضت على المجلس التأسيسي - بعد اقرار مواد الدستور - لنظرها واقرارها على ذات الأسلوب الذي اتبع في نظر المواد واقرارها . وفعلا خصص المجلس التأسيسي لذلك جلستين يوميين ١٠/٣٠ و ١١/٣٠ سنة ١٩٦٢) (في حين كانت مناقشة مواد الدستور في ه جلستين سابقتين) ، وكان أن ناقشها وادخل عليها ما رأى من تعديلات ثم صوت عليها بالموافقة في النهاية وارفعت بمشروع الدستور عند رفعه لسمو الأمير للتصديق عليها . وكانت آخر عبارة فيها صريحة قاطعة في قيمتها كتفسير رسمي ملزم حيث قالت : " في ضوء ما سبق من تصوير عام لنظام الحكم ، ووفقا لهذه الإيضاحات المتفرقة في شأن بعض المواد على وجه الخصوص ، يكون تفسير أحكام دستور دولة الكويت . (١) "

=====

(١) - أجمع فقهاء القانون الدستوري الذين عنوا بدراسة الدستور الكويتي على هذه القيمة الدستورية للمذكرة التفسيرية موضع البحث . ونجتزئ من ذلك بقول الدكتور رمزي الشاعر (ص ٣٠١ وما بعدها من مؤلفه السابق ذكره) ما يلي بصدور " التفسير التشريعي " ان المشرع الدستوري الكويتي قد أخذ بهذا النوع من التفسير ، حيث لجأ عن طريق المذكرة التفسيرية لدستور سنة ١٩٦٢ الى اعطاء تفسير معين لبعض نصوص الوثيقة الدستورية ... ويمكن القول بأن المصادر الرسمية للتفسير في النظام الدستوري الكويتي ، تتمثل فيما ورد من تفسير بالمذكرة التفسيرية للدستور ، وفيما سيصدر من المحكمة الدستورية الخاصة من أحكام تفسيرية في هذا الصدد . الا أن هذا لا يمنع من وجود مصادر أخرى ... ان دور المذكرة (المشار اليها) ليس هو الدور الذي تأخذه المذكرات التفسيرية عادة ، بل ان التفسيرات التي صدرت عنها تعتبر متممة لنصوص الدستور وملزمة لكل الهيئات في الدولة الزام النص الدستوري نفسه ... (ثم عدد أسانيد ذلك التي اشرنا اليها في المتن) .

١٠٠٠ - ز. ١٠٠٠. سبق سبب جبه (بهای بین مجلس الامه والحكومة)
لدراسة ما تضمنته المادة ١٣١ المذكورة من أحكام ^(١)، ووضع تحت نظرها - الى جانب
نص المادة ومذكرتها التفسيرية ومحاضر المجلس التأسيسي ولجنته الفرعية الخاصة باعداد
مشروع الدستور - الرأى المشترك لرئيس ادارة الفتوى والتشريع (استاذنا الدكتور
وحيد رأفت) ولنا، اثناء الأزمة سنة ١٩٦٥ ، وكذلك رأى لنا قديم بذات الخصوص وضع
في فبراير سنة ١٩٦٣ فور تشكيل أول وزارة في ظل الدستور الجديد . وقد تضمن الرأى
المشترك المشار اليه فيما تضمن ما يلي :

” كما نسجل أنه لو قصد الشارع الدستوري غير هذا الفهم ، لذكر بصريح النص أنه لا يجوز أن يعين وزيرا من يشغل وظيفة عامة أخرى أو من يزاول مهنة حرة أو عملا صناعيا أو تجاريا أو ماليا . وهو تحريم ليس له نظير في أى دستور من الدساتير المألوفة ، ويجافى مجافاة تامة واقع الكويت ، حيث للتجارة مكان الصدارة في أعمال المديد من المواطنين كما نوهت بذلك المذكرة التفسيرية للدستور .

ثم أضافت الفتوى قولها: (أولا) — " لا يجوز لصاحب المهنة ، متى ولى الوزارة ، أن يستمر في مواصلة نفس نشاطه عن طريق شخص آخر ، قريبا كان أو غريبا ، بقصد تحقيق نفس الدخل أو الربح ، والا عد ذلك تحايلا على النص القاضي بعدم الجمع . . (ثانيا) — أن عدم الجمع لا يستلزم (من الوزير) أن يصفى نشاطه (في المهنة الحرة) نهائيا وبلا رجعة ، لما في ذلك من إرهاق لا يتناسب مع ما هو مسموف

(١١) - برئاسة وزير البريد والهاتف (الاستاذ عبدالعزيز عبدالله الصراوى) وكان مقررها وزير الشؤون الاجتماعية والعمل حينذاك (الاستاذ خالد احمد المصطفى) ، وقد عقدت اللجنة ثلثي جلساتها خلال عامي ١٩٦٥ و ١٩٦٦ و انتهت الى وضع تقريرها عن الموضوع مؤرخا ١٩٦٤/٤/٢٥ .

وقف نشاطه السابق ، لا تصفية هذا النشاط ... وغير خاف أن المدة اللازمة لتمام الاجراءات (القانونية والادارية للتغلي عن صفة التاجر لدى غرفة التجارة والصناعة مثلا أو الطبيب أو المحامي أو غيرهما لدى النقابة ... الخ) تختلف حسب نوع العمل وأهميته ، وانما ، في جميع الأحوال ، لا يجوز لمن ولي الوزارة ، أن يزاول أى عمل من هذه الأعمال فور تعيينه وزيرا ، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر ، كما سبق القول ...

وعليه استخلصت الفتوى أنه : " يتمتع القول ان نص المادة (١٣١) انما يحتم وقف مزاولة المهنة الحرة أو العمل التجارى أو الصناعى أو المالى ، ولا يوجب التخلي عن الملكية أى رأس المال ... شريطة أن يتخذ (الوزير) الاجراء القانوني المقرر لنقل العمل بآرائه وخسائره الى غيره ، أو - وهذا جائز أيضا - لتحويل حصته أو نصيبه في أعماله ، من الصورة غير المسموح بها دستوريا (كصفة الشريك المتضامن في شركات التضامن أو شركات التوصية عموما بالنظر الى أن كل شريك متضامن له بنص القانون صفة التاجر) الى الصورة الجائزة دستوريا ، كأن يصبح مالكا لأسهم بها بلغ عددها في شركة مساهمة ، أو لحصة منها بلغت قيمتها في شركة ذات مسئولية محدودة ، أو شريكا موصيا في شركة توصية بسيطة أو في شركة توصية بالأسهم ...

إند (...) - وضعت جميع العناصر السابقة (نصا ، وشرحا ، وافتاء) أمام اللجنة السابق ذكرها ، وبعد الدراسة المتأنية والمقارنة مع أحكام الدساتير الاخرى انتهت في تقريرها (المؤرخ ١٩٦٦/٤/٢٥) - والذي أقره مجلس الأمة - الى ما يلي :

١ - أن " المجلس التأسيسي قد وافق على النص كما قدمته لجنة اعداد الدستور متضمنا عبارة ... " ولو بطريق غير مباشر " ، هظبا بذلك المصلحة العامة على غيرها ، ومفضلا أن يكون الوزير بعيدا عن مواطن المظنة والشبهات رغم الظروف التي تفترضها طبيعة البلاد من أنها بلد تجارى " .

٢ - أن المادة ١٣١ (بمقارنتها بالمادة ١٢١ الخاصة باعضاء مجلس الأمة) قد شددت على الوزراء " لأنهم يقولون مناصب تنفيذية ويجب ابعادهم عن أية مظنة ...

وبناء على ذلك رأت اللجنة الآتي :

" أنه ليس بالامكان وضع أى تفسير جديد للمادة ١٣١ من الدستور عدا ما ورد بالمذكرة التفسيرية ، حيث أن المذكرة التفسيرية تعتبر جزءا مكلا لمواد الدستور بالرغم من أن ما جاء فيها يعتبر توسعا في تفسير النصوص نفسها ، وأى تفسير آخر غير ما ورد في المذكرة التفسيرية يعتبر تعديلا للمادة ، وهذا ما لا يملكه أحد الا بعد انقضاء السنوات الخمس التي يجوز بعدها النظر في تعديل الدستور " .

" واللجنة ان تقدم تقريرها هذا ترجو المجلس الموقر الموافقة عليه " (وقد تمت الموافقة عليه بجلسة (١١ / ٦ / ١٩٦٦) .

الفرع الثاني - المرحلة اللاحقة لانشاء المحكمة الدستورية (منذ سنة ١٩٧٣).

(بند ٠٠٠) - بدأت هذه المرحلة بالقانون رقم ١٤ الصادر في ١٩٧٣/٦/١ والمصموم به اعتبارا من يوم ٢٤ / ١٠ / ١٩٧٣ (أى بعد أربعة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، الذى تم بالمدد ٩٣٦ من " الكويت اليوم " الصادر يوم ٢٤ / ٦ / ١٩٧٣ ، وذلك بالتطبيق للمادة التاسعة من القانون المذكور) .

(بند ٠٠٠) - المراحل التحضيرية لقانون المحكمة الدستورية :

رغبة في الاستجابة لحكم المادة ١٧٣ من الدستور في شأن " الجهة القضائية " التي تختص بمراقبة دستورية القوانين (واللوائح) تقدمت عدة مشروعات بهذا الخصوص كان أولها باقتراح من عضو مجلس الأمة (السيد مبارك عبدالعزيز الحساوي) بتاريخ ١٧ / ٣ / ١٩٦٨ . ونظرا لانتها الفاصل التشريعي الثاني الذى قدم هذا الاقتراح خلاله في مطلع سنة ١٩٧٠ دون البت فيه فقد سرى في شأنه حكم المادة ١٠٩ من قانون اللائحة الداخلية لمجلس الأمة (رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣) التي تقرر انتهاء الاقتراحات التي يتقدم بها العضو اذا زالت عضويته " لأى سبب من الأسباب " ومن هذه الأسباب انتهاء مدة العضوية بانتهاء الفصل التشريعي ، وذلك ما لم تطلب الحكومة أو أحد الاعضاء أن يستمر المجلس في نظره .

وفي الفصل التشريعي التالي ، بتاريخ ٢٩ / ٥ / ١٩٧١ ، تقدم خمسة أعضاء بمشروع قانون جديد أكثر تفصيلا (وهم السادة : يوسف خالد المخلد - نائب رئيس المجلس - وبدر ضاحي العجيل ، ومحمد أحمد الرشيد ، وجاسم اسماعيل جمعة ، ومبارك عبدالعزيز الحساوي صاحب الاقتراح الأول السابق ذكره) .

كما تقدمت الحكومة اثناء مناقشة الاقتراح السابق ذكره بمشروع قانون يمثل وجهة نظرها في شأن المحكمة الدستورية المقترحة ، ومن جملة ذلك كله ، انتهت لجنة الشئون التشريعية الى مشروع موحد ، تداول في جلسات مجلس الأمة حتى تم اقراره بجلسته ١٠ / ٤ / ١٩٧٣ وبه صدر القانون رقم ١٤ محل الدراسة فيما يلي (١) .

(بند ٠٠٠) - بعض اعتراضات أثارت حول انشاء المحكمة الدستورية :

أ - لعل أهم اعتراض كان متعلقا بلامانة انشاء المحكمة في هذا الوقت ، ان قيل ان عدد القضايا التي أثارت فيها مشكلة دستورية القوانين كان قليلا جدا (٢) .

(١) - وضعت اللجنة عنه تقريرين ، التقرير رقم ٣٣ المؤرخ ٣٠ / ٥ / ١٩٧٢ (في دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الثالث) ، ثم التقرير التكميلي له ، ورقمه ١٥ (في دور الانعقاد الثالث) ومؤرخ ١٠ / ٣ / ١٩٧٣ .

(٢) - جاء بالمذكرة الايضاحية المرافقة لمشروع الحكومة بهذا الصدد قولها :
" على الرغم من ان كثيرا من دول العالم المريقة في الديمقراطية لم تخضع القوانين فيها لرقابة دستورية حتى الآن وبالرغم من ان اغلب الدول التي عرفت هذا النظام لم تعرفه الا بعد سنوات طويلة من تطبيق دساتيرها قد روى ان بيت في هذا الامر في الكويت فيصدر قانون بتممين الجهة القضائية التي تختص بنظر دستورية القوانين واللوائح ، بالرغم من انه لم يدفع امام المحاكم الكويتية منذ انشائها حتى الآن بعدم دستورية اى قانون الا مرة واحدة " .

الدستور بصيغة آمرة كما سبق البيان ، بل ان تراخي انشاء المحكمة المذكورة حتى سنة ١٩٧٣ قبل انتقده الفقهاء الى حد وضعه من جانب بعضهم بأنه " مخالفة دستورية " كما عرفناه . فضلا عن ذلك فان عدم وجود المحكمة هو من أسباب عدم اثار الطعون الدستورية ، وكذلك كان قضاء محكمة الاستئناف العليا بعدم حق المحاكم في مراقبة دستورية القوانين في المرحلة التالية للعمل بالدستور سببا هاما آخر . لكل هذه الاعتبارات أقر قانون المحكمة الدستورية ولم يؤجل أكثر مما مضى من تأجيل . ولكن العمل بعد انشاء المحكمة لم يسفر عن كثرة في القضايا الدستورية حتى الآن .

(بند ٠٠٠) - ب - كان الاعتراض الثاني على ادخال عناصر غير قضائية في تشكيل المحكمة :

أشارت المذكرة التفسيرية للمادة ١٧٣ من الدستور ، الى أنه " وفقا لهذه المادة يترك للقانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال اشراك مجلس الأمة بل والحكومة في تشكيلها الى جانب رجال القضاء المالي في الدولة ، وهم الأصل في القيام على وضع التفسير القضائي الصحيح لأحكام القوانين ، وفي مقدمتها الدستور ، قانون القوانين " .

وقد كان الاعتراض ذا شقين : أحدهما يصل الى أن ادخال عناصر غير قضائية في المحكمة لا يجعلها محكمة بل يجب لتكون كذلك - وبمراعاة دقة مهمتها أيضا - أن يكون جميع الأعضاء قضاة ^(١) والثاني يصل الى انكار قوة المذكرة التفسيرية السابق شرحها أخذا بالأصول العامة في شأن المذكرات الشارحة أو الموضحة أو المفسرة لمشروعات القوانين عادة .

وفي الرد على كلا القولين لوحظ خلال المناقشات التي جرت في مجلس الأمة بهذا الخصوص أن المحكمة الدستورية ليست كالمحاكم العادية من حيث وضعها وتكوينها ومهامها . ولذلك لم تضعها بعض الدساتير ضمن السلطة القضائية (كما سبق البيان) ، كما أنه ان صح الاعتراض في مواجهة مشروع عادي فلا يصح في مواجهة الشارع الدستوري صاحب السلطة التأسيسية في تحديد مدلول

=====

(١) - جاء بالمذكرة الايضاحية المرافقة لمشروع الحكومة قولها بهذا الخصوص : " أن تكون الجهة التي تختص برقابة دستورية القوانين جهة قضائية أى جهة تشكل من قضاة " ثم قالت : " اما عن تشكيل المحكمة فاعمالا لحكم المادة ١٧٣ من الدستور التي اوجبت ان تكون الهيئة التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين هيئة قضائية أى تشكل من قضاة ، ونظرا لان ما يعرض على المحكمة من مسائل هو امر من ادق امور القانون لا يقدر عليه الا المتخصصين من رجال القانون وحتى لا تتأثر المسائل القانونية بالثار السياسية اذا ما شكلت المحكمة من غير القضاة . لذلك نص (مشروع الحكومة) على أن تشكل هذه المحكمة من خمسة من مستشاري محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف العليا الكويتيين " .

المادة ١٧٣ منه بل قال : " الجهة القضائية " (١) . وذكر لفظ " محكمة " في المذكرة التفسيرية مع النص على جواز ادخال عناصر غير قضائية فيها هو بالذات تمبير عن النظرية الدستورية الخاصة للمحكمة المذكورة وهي نظرة تأسيسية لا محقبة عليها . ومن ينكر على المذكرة هذه القوة الدستورية لا يصح له أن يتمسك بلفظ " محكمة " الوارد فيها بهذا الخصوص . ولفظ محكمة بالمعنى الواسع يشمل الكثير من الجهات القضائية غير المقصورة على القضاة ، وذلك الى درجة أن اعتبر البعض - حيناً - أن مجلس التأديب محكمة وان قراره حكم . ومع ذلك فالذين سيعينون من خارج رجال القضاء العاملين يصبحون بمجرد تعيينهم قضاة سواء كان ترشيحهم أو اغتيارهم بواسطة الحكومة أو مجلس الأمة أو كليهما ، فالأمر متعلق فقط بطريقة التعيين ، فاذا ما تم صاروا قضاة . والامثلة على هذا التشكيل المختلط له تطبيقاته الكثيرة كما رأينا في تجارب الدول المختلفة ، وله مزاياه الواضحة في هذا المقام بالذات (٢) .

لذلك تم المدول عن تعيين بعض الاعضاء باختيار من مجلس الأمة أو من الحكومة - لا على أساس عدم جواز ذلك دستورياً - وإنما لاستحسان ذلك ، أى من قبيل "الملاءمة" وخشية أن تتسرب الاعتبارات السياسية تسرباً ضاراً الى أعمال المحكمة . وقد رجح الأخذ بهذا الاستحسان أن المذكرة التفسيرية للمادة ١٧٣ المذكورة قد اعتبرت القضاة هم "الأصل" في المحكمة فيمكن التمسك بالأصل دون حاجة لممارسة الاستثناء .

=====

(١) - استظهر هذه الناحية بوضوح الدكتور يحيى الجمل (المرجع السابق ، ص ٤٨ (١٤٩٩)) حيث قال : " عند الدستور الى عبارة " جهة قضائية " ولم يقل " محكمة " لحكمة صهيئة كشف عنها النص وكشفت عنها المذكرة التفسيرية . هذه الحكمة هي الرغبة في أن لا يقتصر تكوين تلك " الجهة القضائية " على القضاة وحدهم ، وإنما يكون تشكيلها من القضاة وغيرهم بشرط أن يكون القضاة هم الذين يشكلون غالبية تلك الهيئة ، والا فقدت وصف كونها جهة قضائية وأصبحت جهة يدغل القضاة في تكوينها فحسب . وعلى أى حال فان هذا المسمى واضح تماماً في المذكرة التفسيرية التي تذهب الى أن رجال القضاء العالي هم الأصل في تكون تلك الجهة . . .

(٢) - يؤثر الدكتور رمزي الشاعر التكوين المختلط للمحكمة الدستورية قائلاً : " لا شك أن هذا الاتجاه الذى يهدف الى مساهمة السلطات القضائية والتشريعية والتنفيذية معا في اعمال الرقابة على دستورية القوانين ، يمثل أفضل الاتجاهات في اختيار أعضاء المحكمة المذكورة ، ان يجمع بين العناصر الفنية والعناصر السياسية . وهو بذلك يتفادى جملة القضاة سلطة فوق سلطة المجالس التشريعية المنتهية . كما أنه يتفادى جعل مجموعة من السياسيين سلطة فوق سلطات الدولة الأخرى . . .

تنظيمها (تشكيلا واجراءات) ثم من حيث اختصاصاتها :

أولا : تنظيم المحكمة الدستورية

(بند ...) - أ - التشكيل : حسبما سبق من قول أصبح تكوين المحكمة كله قضائيا ، وذلك وفقا للمادة الثانية من القانون حيث تقول : " تؤلف المحكمة الدستورية من خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء بالاقتراع السرى ، كما يختار عضوين احتياطيين ، ويشترط أن يكونوا من الكويتيين ، ويصدر بتعيينهم مرسوم .

" وإذا خلا محل أى عضو من الأعضاء الأصليين أو الاحتياطيين اختار مجلس القضاء ، بالاقتراع السرى ، من محل محله ، ويكون تعيينه مرسوم .

" ويقوم أعضاء المحكمة الأصليين والاحتياطيين بعملهم بها الى جانب عملهم الأصلي بدائرة التمييز أو محكمة الاستئناف العليا " .

ويتشكل المحكمة على هذا النحو لم تعد حاجة للنص على ضمانات الأعضاء وأحكامهم الوظيفية وحالات عدم الجمع وما إليها ، لأن الأعضاء جميعهم قضاة تسرى عليهم الأحكام المقررة في قانون تنظيم القضاء .

القسم : اشترطت المادة السابعة - برغم التشكيل القضائي الكامل - أن يودى رئيس المحكمة الدستورية وأعضاؤها يمينا قانونية خاصة أمام الأمير وبحضور وزير العدل نصها : " أقسم بالله العظيم أن أحترم الدستور ، وأحافظ على دستورية القوانين واللوائح ، وأودى أعمالي بالتجرد والأمانة والصدق " .

=====

كما قال بصدور تشكيل " المحكمة العليا " في مصر (عقب بيان ١٩٦٨/٣/٣٠) :
" قد يقال ان أفضل الطرق هو تشكيل المحكمة الدستورية العليا من قضاة متخصصين ، لأن ذلك سيضمن حيديتها ومحرصها على تطبيق نصوص الدستور تطبيقا سليما . الا أنه يؤخذ على هذه الطريقة انها تجعل لقضاة فنيين سلطة فوق سلطة المجالس التشريعية المنتخبة ، مما يودى الى وجود ما يسمى " بحكومة القضاة " كما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية ... وقد يفضل أن يتم تشكيل المحكمة من رجال سياسيين ، لما يودى اليه ذلك من مرونة المحكمة ومسايرتها للتطورات السياسية في التفسير . الا أنه يؤخذ على هذه الطريقة انها تجعل لمجموعة من السياسيين - أيا كان وزنهم - سلطة فوق سلطات الدولة الاخرى ، وخاصة فوق السلطة التشريعية الممثلة للشعب ، فضلا عن أن ضمان الحيادة والدقة في التفسير تكون محل شك في هذه الصورة .

" وأمام هذه الاعتراضات التي توجه الى الاتجاهين ، نفضل أن تشكل المحكمة بما يجمع بين العناصر الفنية والعناصر السياسية ، حتى نضمن بذلك مزايا كليهما ، ونتفادى الى حد كبير الميوب التي توجه اليهما ... " (المرجع السابق ، ص ٢٤ وما بعدها بالهامش ، ثم ص ٦٢ وما بعدها) . وقد رددت هذه المعاني المذكرة التفسيرية للاقتراح بمشروع قانون الذى تقدم به الأعضاء والسابق ذكره .

(في المادة الثامنة) بحكم ناط بالمحكمة ذاتها مهمة وضع لائحة تتضمن القواعد الخاصة باجراءات التقاضي أمامها ونظام سير العمل فيها وتنفيذ أحكامها ، مشروطا أن تصدر هذه اللائحة " بمرسوم بناء على عرض وزير العدل " . كما نصت المادة المذكورة على أن " تحدد بمرسوم كذلك رسوم التقاضي " ، وعلى أن " تطبق في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص في تلك اللائحة الاحكام المقررة لدى دائرة التمييز ، وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون أو مع طبيعة العمل في المحكمة الدستورية " .

الى جانب ذلك نص قانون المحكمة الدستورية بالذات على بعض الأحكام الخاصة وذلك في المادة الثالثة التي تقول :

" يدعو رئيس المحكمة اعضاءها للانعقاد كلما اقتضت الحاجة ، ويخطرهم بتاريخ الاجتماع ومكانه قبل الموعد المحدد بوقت كاف ، ويجب أن يرفق بكتاب الدعوة جدول الأعمال وما يتعلق به من وثائق .

" ولا يكون انعقاد المحكمة صحيحا الا بحضور جميع أعضائها ، وتصدر الأحكام بأغلبية آراء الحاضرين ^(١) ، ويجب أن يتضمن الحكم أسبابه مفصلة ، مع ارفاق رأى الأقلية أو آرائها وما تستند اليه من أسباب .

" وتنشر الأحكام ومرفقاتها في الجريدة الرسمية خلال اسبوعين من صدورها " . ولقد ثار خلاف اثناء مناقشة هذا النص في مجلس الأمة حول نشر رأى الأقلية أو آراء الأقلية (فقد تتعدد) وما تستند اليه من أسباب . فقد خشي أن يؤدي ذلك الى الحرج وخاصة لأنه يكشف سرية المداولة ويعرض على الناس أوجه الخلاف على الحكم أو على أسبابه ولو اتفق على المنطوق .

ولكن حجة النشر أقوى ، فهو الذي يضاعف الشعور بالمسئولية في ممارسة هذا الاختصاص الخطير الشأن ومن ثم يحفز على المزيد من التدقيق والتحري ووزن كل وجهات النظر أو الاسانيد بأدق الموازين . كل ذلك يضاف الى كون الأمر يتعلق بتشريع صدر في علانية ، وعلى رأى الشعب وسمعه ، والنشر جزء جوهري في اقراره فيجب لكل هذه الاعتبارات أن يكون الحكم بمحدد دستوريته على ذات المستوى أو بمقاربه على الأقل ، ومن أجل ذلك كان نشر الاحكام الانمائية هنا واجبا وواضح الاهداف ، وكان من الواجب كذلك أن يعرف المواطنون مختلف وجهات النظر كما سبق أن مكثوا من متابعتها والتطيرف عليها خلال العمل البرلماني .

=====

(١) - هي الأغلبية المطلقة لأعضاء المحكمة ما دام قد اشترط القانون حضورهم جميعا .

ثانيا - الاختصاصات : (وتشمل : تفسير الدستور ، ومراقبة الدستورية ، والطعون الانتخابية) .

ذكرت هذه الاختصاصات المادة الأولى من القانون بقولها : —

" تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح ، وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم . ويكون حكم المحكمة ملزما للكافة ولسائر المحاكم . "

أما طريقة رفع المنازعات الى المحكمة الدستورية فتكون — وفقا للمادة الرابعة من القانون — باحدى طريقتين ، اولاهما بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء (أى بصورة مبتدأة أصلية) ، والثانية عن طريق المحاكم ، فاذا رأت احدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع جدى تقـدم به أحد أطراف النزاع ، أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة ، توقف نظر القضية وتحيل الأمر الى المحكمة الدستورية للفصل فيه .

" ويجوز لذوى الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع ، وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية ، في خلال شهر من صدور الحكم المذكور ، وتفصل اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الاستعجال . "

واذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الادارية لمخالفتها لقانون نافذ ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر الى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضى . (م ٦)

أما الطعون الانتخابية فخاصة بأعضاء مجلس الأمة (دون الانتخابات المتعلقة بالمجلس البلدى فلها طريقتهما القضائية الخاصة بها وفقا للقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٢ الخاص بالبلدية) . ويكون تقديم هذه الطعون للمحكمة — حسبما تقرره المادة ٥ من القانون — اما مباشرة من الطاعنين ، واما بطريق المجلس المذكور ووفقا للاجراءات المقررة في هذا الشأن .

(١) - نعتقد أنه أياً كانت الملاحظات التي يمكن أن ترد على المحكمة الدستورية بصورتها السابق عرضها ، فإن انشاءها يعتبر كسبا يستحق الاشادة والترحيب . حقا ان عدد القضاة — قبل انشائها وبعد انشائها للآن — لا تشعر بأن هذا الانشاء كان ضرورة ملحة من زاوية الرقابة على دستورية القوانين ، ولكنه كان ضرورة ملحة لفرض مزيد من التوعية والتدقيق في وضع التشريعات وصياغتها حتى لا تتعرض للالغاء . وهذه هي الرقابة الذاتية التي يجريها المشرع بذاته على أعماله ، مما يوفر الكثير من العبء الذي ستحملة المحكمة الدستورية عندما يصل اليها النزاع حول دستورية القوانين . فأول مزايا انشاء المحكمة اذن وقائي قبل أن يكون علاجيا .

(٢) - أما الاختصاص الهام الآخر الملح فهو ذلك الخاص بالفصل في الطعون الانتخابية . فلقد جعل التشريع الكويتي للقضاء العادي سلطة الفصل في الطعون الانتخابية الخاصة باعضاء المجلس البلدي المنتخبين ، والطعون البرلمانية أولى بذلك وأحق بهذه الرعاية لأنها تتعلق بممثل الأمة المنوط بهم أخطر وظيفة ، وهي التشريع . وقد مهد الدستور الكويتي السبيل لهذا التطور ، فبعد أن نص — في المادة ٩٥ منه — على أن يختص مجلس الأمة بالفصل في تلك الطعون قال : " ويجوز بقانون أن يعهد بهذا الاختصاص الى جهة قضائية " ، أى أنه يجوز ذلك دون حاجة لتعديل الدستور ودون انتظار للفترة المقررة عدم جواز تعديل الدستور خلالها (وهي السنوات الخمس التالية للعمل به وذلك وفقا لفقرة الأخيرة من المادة ١٧٤ منه) . ومعلوم أن هذا الاختصاص البرلماني قد أثار انتقادات الفقه في البلاد التي أخذت به ، حتى عدل عنه في فرنسا مثالا بدستور سنة ١٩٥٨ وفي بريطانيا منذ سنة ١٨٦٨ ، كما خفف الأمر في مصر بدستور سنة ١٩٦٤ عندما أشرك القضاء في الأمر بجعله يتولى مهمة تحقيق الطعون المذكورة ، وكذلك جاء نص المادة ٩٣ من الدستور المصري الحالي (الصادر سنة ١٩٧١) على ذات النحو من المشاركة ، فعهد الى محكمة النقض (أى التمييز) بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة الى " مجلس الشعب " بعد احالتها اليها من رئيسه ، على أن ينتهي هذا التحقيق خلال تسعين يوما من تاريخ الاحالة .

هذا الاتجاه المستعجب (بنقل هذه المهمة — القضائية في جوهرها — كلها أو جزئيا الى القضاء) قد حققه قانون انشاء المحكمة الدستورية الكويتية ، وبذلك النقل فرض على الانتخابات البرلمانية مزيدا من الحرص على سلامتها وأصبحت أكثر بعدا عن مظنة العيوب التي قد تشوبها مع الزمن ، سواء من جانب السلطة ، أو من جانب المرشحين أو الناخبين (١) .

(٣) - غلب على تشكيل المحكمة — لاعتبارات واقعية — عدم غلبة عنصر التخصص فسي الشئون القانونية الدستورية ، مما كان يرجى أن يكون محل الاعتبار الأول في هذا الشأن الخطير .

(١) - النص بعد " الطعون الانتخابية " على " صحة العضوية " يجعل الاختصاص يشمل صحة عضوية الوزراء .

ميزة من الناحية الفنية البحتة ، إلا أن ذلك قد أفقد المحكمة مزايا اشتراك عناصر يختارها كل من مجلس الأمة والحكومة (على أن تكون هذه العناصر أقلية في المحكمة) ، ومن هذه المزايا ما سبق بشأن تمثيل وجهات النظر للصيقة بالجهتين المذكورتين بصدور التشريع والتي قد تخفي على القضاة غير المتابعين لبواطن العمل السياسي في مجلس الأمة أو في الحكومة . كذلك كان التشكيل المختلط الذي اقترحه مشروع الأعضاء خليقا بأن يجعل السلطتين التشريعية والتنفيذية أكثر استعدادا لتقبل الأحكام التي قد تصدر بالفاء التشريع الذي أسهمتا في وضعه . هذا مع ملاحظة أن القضاة (وهم الأغلبية) ، كانت ستكون لهم الكلمة الفاصلة في الحكم ان أجمعوا عليه ، وان اختلفوا كـان موقف العناصر الأخرى سيكون مجرد ترجيح لأحد رأيين قانونيين على أعلى مستوى قضائي . ولذلك ينبغي عدم الاسراف في التخوف من غزو الاعتبارات السياسية للمحكمة ، بشكل جدي ، يضاف الى كل ذلك ، أن المنتظر في حالة التشكيل المختلط أن يقع اختيار كل من الحكومة والمجلس على اشخاص في مستوى القضاة وربما من سبقت لهم خبرة طويلة في القضاء أو العمل القضائي أو نظائره .

هذا وقد بينا فيما سبق عدم تعارض هذا التشكيل المختلط مع نص المادة ١٧٣ من الدستور ، ودفعنا مثناة عدم دستوريته ، ونود هنا أن نضيف الاستشهاد ، بما سبقتنا اليه المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية من ترجيح لجانب الدستورية وافترضها كقرينة قائمة حتى يثبت عكسها ، بل ان المحكمة تعمل — بصدور دستورية القوانين — على عدم نقض هذه القرينة " الا اذا كان التعارض بين التشريع والدستور واضحا صريحا بحيث لا يمكن التوفيق بينهما ، ولا توجد أية وسيلة مقبولة يمكن بها تفسير القانون حتى يتماشى ويتفق مع الدستور " (١) .

(٥) — في تفسير عبارة " دون غيرها " بالمادة الأولى ، تثار المشاكل التي سبق ذكرها في القانون المصري فيما يتعلق بمراقبة دستورية اللوائح ، فهل يمتد هذا الاختصاص الى " مشروعية " اللائحة ، خصوصا وأن المادة السادسة من قانون المحكمة الكويتية تدل على ذلك بقولها : " اذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية لائحة ، أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الادارية لمغالفتها لقانون نافذ ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر الى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضي " . ونعتقد أن نص هذه المادة السادسة " اجرائي " لم يقصد به أن يخلع على المحكمة اختصاصا مانعا بحيث يسلب المحاكم العادية حقها الجارى فعلا في مراقبة شرعية اللوائح ، بل ان هذا الحق هو الأصل . أما المادة الأولى من قانون المحكمة ، فهي المادة " الموضوعية " التي حددت اختصاصاتهاء وليس فيها بصدور اللوائح الا مراقبة " دستوريتها " . وعليه يمكن التوفيق بين النصين بالقول بأن اختصاص المحكمة الدستورية بنظر " مشروعية اللائحة " يأتي من خلال طعن على دستوريته ، فاذا تبينت المحكمة — بدلا من عدم الدستورية — أن اللائحة غير مشروعة تصدت المحكمة للأمر وحكمت بعدم شرعيتها ، وذلك على سبيل الاستثناء فقط لأن الاختصاص الأصلي في شأن " المشروعية " للمحاكم العادية المختصة .

=====

(١) — الدكتور أحمد كمال أبوالمجد ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ وما بعدها ، والدكتور ليلسة المرجع السابق ، ص ١٧٣ و ١٧٤ بالهامش .

اعطاء المحكمة العادية (التي تنظر موضوع الدعوى الأصلية) سلطة تقدير "جديدة" الدفع الذي يقدم لديها بعدم دستورية القانون أو المرسوم بقانون أو اللائحة ، انما يتضمن قدرا ما ، أو صورة ما ، ليست دستورية هذه التشريعات بل ويمكنها من رفض احالة البحث الى المحكمة الدستورية بمقولة ان الدفع غير جدى لكون التشريع (بالمعنى الشامل لللائحة) دستوريا بقدر من الوضوح يجعل الطعن في دستوريته خاليا من الجدية . هذا القدر من الفصل في الدستورية انما يقيد في الحقيقة عبارة "دون غيرها" التي نحن بصدد ها .

على أنه يتمذر علينا هنا — والكوبت لم تمارس طويلا وتوسع دستورية اللوائح والفاءها على غرار القضاء الادارى المصرى السابق عرضه — أن نحاول ولو بجهد كبير القول بجعل مراقبة دستورية اللوائح اختصاصا مشتركا بين المحكمة الدستورية والمحاكم العادية ، بل ان ما قلناه بصدد "القضاء الادارى" (لمجلس الدولة) في مصر كان مبعثه الحرص على تراث الرقابة الموفقة التي مارسها المجلس المذكور طويلا أكثر منه استظهارا للرأى القانوني الخالص المبرأ من هذا الهدف ، ومثل هذا الاستهداف مستساغ من أجل المصلحة العامة في القضاء العام وبخاصة في قضاء دستورية القوانين .

(٦) — روى في تشكيل المحكمة من "كوبيتين" الجانب السياسي في مهمتها والاصدا السياسية التي قد تترتب على أحكامها ، كما يبدو أنه كانت في الأذهان تلك الأزمة التي أعقبت في ليبيا حكم المحكمة العليا الاتحادية (يوم ١٩٥٤/٤/٥) ببطلان الأمر الملكي الصادر في ١٩٥٤/١/١٩ بحل المجلس التشريعي لولاية طرابلس ، وما صاحب تلك الأزمة من اضطرابات سياسية وجماهيرية وتمهيد للعصف ببعض سلطان المحكمة العليا المذكورة بل والفاء النظام الفيدرالى كما سبق أن بينا .

(٧) — قيام أعضاء المحكمة الدستورية (الأصليين والاحتياطيين) بعملهم فيها الى جانب عملهم الأصلى بدائرة التمييز أو محكمة الاستئناف العليا قد جاء نتيجة للشعور بقلّة القضايا التي التي ستثار أمام المحكمة بحيث لزم تحاشى أن يكون جهازها (ان كان متفرغا) غير ذى عمل بعض الوقت وقد يطول ، كما أريد القصد في الانفاق والأجهزة والموظفين ، وهذا أصبح اجتماع المحكمة — بدعوة من رئيسها — " كلما اقتضت الحاجة " .

(٨) — الحق الممطى لمجلس الأمة في رفع المنازعات الى المحكمة الدستورية يقتضى صدور قرار بذلك من المجلس نفسه (لا من رئيسه مثلا أو لجنة من لجانه) ، وبالأغلبية المقررة لاصدار القرارات . واستعمال مجلس الأمة لهذا الحق (المقرر بالبند "أ" من المادة الرابعة) يمكن أن يأخذ صورة طلب تفسير نص دستورى من حيث تقبله أو عدم تقبله لنص قانوني مشكوك في دستوريته . كما يمكن أن يأخذ صورة طعن بعدم دستورية قانون ما ، وان كان قد يجب هذا الطلب أن للمجلس أن يلقى أو يمدل القانون الذى يراه غير دستورى بطريق التشريع العادى بدلا من الالتجاء الى المحكمة ، ولذلك نتوقع أن يظهر أسلوب طلب التفسير الدستورى على أسلوب الطعن بعدم دستورية القوانين في تطبيق البند "أ" المذكور .

(٩) - موذى النص في الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية ، على حق ذوى الشأن في الطعن " لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية " ضد الحكم الذى يصدر من محكمة الموضوع بعدم جديّة الدفع المقدم أمامها بعدم دستورية القانون ، موذى ذلك ضرورة انشغال لجنة (على الأقل) لفحص الطعون بالمحكمة الدستورية ، وبالطبع تكون قليلة العدد حتى تنجز مهمتها المستعجلة في أقرب وقت ، حيث تشترط الفقرة المذكورة أن تفصل في الأمر " على وجه الاستعجال " (١٠) - الملاحظة الأخيرة خاصة بحق الأفراد في الطعن : فلقد اشترطت المادة ١٧٣

من الدستور بوضوح أن " يكفل القانون حق كل من الحكومة وذوى الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح " .

أما الحكومة فقد كفل القانون لها الحق ابتداءً وعلى نحو مباشر وأصيل (وذلك بالبند " أ " من المادة الرابعة الذى أعطى هذا الحق " لمجلس الوزراء " ، وأعطاه فوق ذلك " لمجلس الأمة ") .
أما الأفراد (أو ذوى الشأن) فقد نظم حقهم في الطعن البند " ب " من المادة المذكورة ، حاصرا إياه في أن يبدأ بطريق " الدفع الفرعي " لدى إحدى المحاكم ذات الاختصاص الموضوعي بقضية من القضايا . فهل هذا الأسلوب يتفق مع ما اشترطته المادة ١٧٣ من الدستور وهو " كفاية حق ذوى الشأن في الطعن لدى المحكمة الدستورية " .

نعم ، لأن الدفع ليس إلا دعوى فرعية ، فهو إذن " طعن " ومصيره الاحالة الى المحكمة الدستورية ، خصوصا وأن تقدير المحكمة لجديّة الطعن غير متروك لها وحدها وبصفة نهائية ، وإنما اعطى الفرد حق الطعن مباشرة في الحكم الصادر بعدم الجديّة كما ذكرنا ، وبذلك يكون " حق " ذوى الشأن مكفولا فعلا ، ويكون الوصول الى المحكمة الدستورية بناءً على دفع فرعي لدى المحكمة الموضوعية إنما هو شرط لممارسة هذا الحق ، وقيد ارتأه المشرع لتنظيم هذه الممارسة ، حتى لا يحصل اسراف في الطعون وفي وضع القوانين موضع الجدل وللد الخصومة دون مقتضى (١) .

ومما يزكي قولنا هذا ، أن أمام الأفراد باب الدعوى الموضوعية ، مفتوحا على مصراعيه ، ومن خلاله يتوصلون الى الدفع بعدم الدستورية ، بل ان اصطناع هذه الخصومة الموضوعية بقصد تحريك الرقابة الدستورية لا تكاد تبدو عليه شبهة الاصطناع بحيث يمكن القول بأن اشتراط " الدفع الفرعي " لتحريك الرقابة الدستورية لا يمثل في الواقع قيذا ذا بال على حق ذوى الشأن في الوصول الى المحكمة الدستورية (٢) .

وعليه نرى باطمئنان أن قانون المحكمة المذكورة قد كفل حق الأفراد في الطعن لدى تلك المحكمة من خلال الدفع الفرعي بما لا ينطوى على أية مخالفة لحكم المادة ١٧٣ من الدستور .

=====

- (١) - يلاحظ أنه لا وسيلة لذوى الشأن للطعن لدى المحكمة العليا المصرية في حكم المحكمة الموضوعية بعدم جديّة الدفع بعدم الدستورية .
(٢) - تراجع في التقريب بين طريقي الدعوى الأصلية والدفع الفرعي من الناحية العملية ، مؤلف القانون الدستورى ، للدكتور محمد كامل ليلة ، (١٩٧١ ، ص ١٧٧) .

مرسوم لائحة المحكمة الدستورية والمرسوم الخاص برسوم التقاضي :

(بند ٠٠٠) : عرفنا أن المادة (٨) من قانون المحكمة الدستورية قد ناطت بالمحكمة مهمة وضع "لائحة تتضمن القواعد الخاصة بإجراءات التقاضي أمامها ، ومنظما سير العمل فيها ، وتنفيذ أحكامها" على أن تصدر هذه اللائحة بمرسوم . وظاهر وجه المصلحة في أن تتولى المحكمة ذاتها إعداد تلك الأحكام تمهيدا لاستصدار المرسوم المشار إليه . وهذا هو ما تم فعلا ، ومن ثم صدر في ١٦ / ٥ / ١٩٧٤ ذلك المرسوم ، ونشر في الجريدة الرسمية يوم ١٢ / ٥ / ١٩٧٤ على أن يعمل به من تاريخ نشره .

أما الأمر الثاني الخاص برسوم التقاضي فلم تنص المادة المذكورة على إشراك المحكمة الدستورية في إعداد لائحة المحكمة الفنية في هذه المشاركة ، ولذلك نص على أن تصدر " بمرسوم " . وقد صدر هذا المرسوم فعلا بتاريخ ٨ / ٥ / ١٩٧٤ ، ونشر في الجريدة الرسمية يوم ١٢ / ٥ / ١٩٧٤ وهو تاريخ العمل به كذلك (١) .

(أ) الاجراءات

تتلخص أهم أحكام مرسوم الاجراءات فيما يلي :

- ١- بخصوص طلبات التفسير :
اشتطت المادة الاولى أن يتضمن طلب التفسير (الذي يقدمه مجلس الأمة أو مجلس الوزراء) بيان النص الدستوري المراد تفسيره والبررات التي تستدعي التفسير ، ونظمت المادة الثانية الاجراء الذي يتخذه تلم كتاب المحكمة بخصوص قيد هذا الطلب واجراءات نظره .
- ٢- بخصوص طلبات الفصل في الدستورية :

أ- الطلبات المقدمة من مجلس الأمة أو مجلس الوزراء : تنظمها المادتان ٣ و ٤ وتشترط أولاها أن يتضمن الطلب بيان موضوعه وأسائده ، والنص ، وأوجه مخالفته للدستور . ثم ذكرت المادة الرابعة اجراءات قيد الطلب ، وأخطار ذوي الشأن به ، وخطوات نزاله .

ب- الطلبات المخالة من المحاكم بناء على دفع أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها : تكلمت عنها المادتان ٥ و ٦ من المرسوم فيما يتعلق بالقيد والاجراءات وأخطار ذوي الشأن والمذكرات وما الى ذلك .

٣- بخصوص الطعون الخاصة بعدم الجدية :

أي طعن ذي الشأن في حكم المحكمة الموضوعية بعدم جدية الدفع الذي قدمه أمامها بعدم الدستورية . ويتم هذا الطعن (وفقا للمادة ٧ من المرسوم) بصحيفة تعلن للخصم طبقا للأوضاع المقررة في قانون المرافعات . وقد اشتطت المادة المذكورة أن تكون

(١) يراجع نص هذا المرسومين في ملحق هذه الدروس (ص ١٨٤ وما بعدها) .

الصحيفة موقعة من محام، بالإضافة الى البيانات المتعلقة بالخصوم، ومع بيان موضوع الطعن وأسبابه، والنسب محل الدفع وأوجه مخالفته للدستور، وإرفاق صورة رسمية من الحكم الخاص بعدم جدية الدفع. هذا بالإضافة الى اجراءات قيد الصحيفة، والمذكرات، وأسلوب نظر الطعن.

وتشكل لجنة لفحص هذه الطعون (الخاصة بعدم جدية الدفع) من رئيس المحكمة (رئيسا) وأقدم اثنين من مستشاريها. وتسير اللجنة على ذات اجراءات المحكمة الدستورية. وان رأت جدية الدفع بعدم الدستورية قضت بالغاء حكم المحكمة الموضوعية بعدم الجدوى وأحالت الأمر الى المحكمة الدستورية للفصل في موضوع الدفع نهائيا.

٤- الطعون الانتخابية وصحة العضوية :

يقدم الطعن الانتخابي مسببا الى قلم كتاب المحكمة الدستورية مباشرة أو عن طريق الأمانة العامة لمجلس الأمة وذلك خلال خمسة عشر يوما من اعلان نتيجة الانتخاب. ويتفق بهذا النص مع ما قرره قانون الانتخاب رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٢ (في المادة ٤١ منه).

ويجب أن يكون توقيع الطاعن مصدقا عليه لدى مختار المنطقة أو لدى الأمانة العامة لمجلس الأمة أو قلم كتاب المحكمة الدستورية وأن يشفع ذلك بالمستندات المؤيدة له. (مادة ٩). وتتبع أيضا اجراءات القيد، والإعلان، والدفاع، ونظر الطعن حسبما تقرره المادة العاشرة من المرسوم.

ويلاحظ أن المرسوم لم يتطرق لموضوع "صحة العضوية" الذي لا مجال لتطبيقه الا بخصوص الوزراء، (لأنهم أعضاء في المجلس بحكم مناصبهم لا بالانتخاب) والأعضاء المنتخبين (لأسباب غير متعلقة بالعطية الانتخابية). وهنا تطبق ذات الاجراءات بطريق القياس.

٥- نظر الطلبات والطعون وإصدار الأحكام وتنفيذها :

أفرد المرسوم لهذه المسائل الباب الثاني منه متضمنا المواد من ١١ الى ٢٤، شاملة

فيما تشمل - علنية الجلسات (مع جواز سريتها إذا كان ذلك ضروريا لمراعاة المصلحة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة) ، وعدم المرافعة الشفهية (الا لضرورة) ، (م ١١) ،

وحرر المحكمة في اجراء ما تراه من تحقيق أو نذب أحد أعضائها لذلك وحق "طلب أي أوراق

أو بيانات من الحكومة أو أية جهة أخرى للاطلاع عليها" (م ١٤) ، وأن تكلف النيابة العامة

ابداء رأيها في دعاوى عدم الدستورية في المدة التي تحددها المحكمة لذلك (م ١٥) وأن تنشر

في الجريدة الرسمية جميع الأحكام والقرارات مع أسبابها ومرفقاتها خلال أسبوعين من تاريخ

صدورها (م ١٩) ، ويلاحظ أن هذه المرفقات تشمل (بمنى المادة ١٧ من المرسوم والمادة

الثالثة من قانون المحكمة) "رأي الأقلية أو آراءها وما تستند اليه من أسباب".

ونظرا لما لا يخفى من الاهتمام العام بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وسلامة

الانتخابات فقد حرر المرسوم على اجازة اعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم أو القرار لمن

يطلبه "ولو لم يكن له شأن في الطلب أو الطعن أو المنازعة" (م ٢٠)

وقد نصت المادتان ٢٣ و ٢٤ من المرسوم على "الصفحة التنفيذية" التي تذييل بها الأحكام ، على ألا تسلم الصورة التنفيذية للحكم إلا "لصاحب الشأن الذي تعود عليه منفعة من تنفيذه الحكم" . ويبت رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه في التظلم الذي يقدم له في حالة امتناع قلم الكتاب عن اعطاء صورة تنفيذية من الحكم لطالبا .

هذا وتستبر الحكومة من "ذوي الشأن" في الطلبات المتعلقة بدستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة (م ٢٥ باب الأحكام العامة) .

(ب) المرسوم

قرر المرسوم الخاص بذلك (في مادته الاولى) أن تقصر الرسوم على الطعون الخاصة بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية السابق الكلام عنها (وجعل الرسم ثابتا مقداره خمسون دينارا وتحصل عند تقديم صحيفة الطعن ولا يجوز الاعفاء منه) . وفي هذا يسألج ما يخشى أن يحدث من اسراف الافراد في الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الموضوع بعدم الجدية . وبخاصة اذا لوحظ أن الحكم بعدم الجدية قرينة قوية - ولكن غير قاطعة طبعاً - على الدستورية ولذلك على من يخالف هذه القرينة ويعر على تعطيل الدعوى الأصلية وإشغال المحكمة الدستورية بالطعن (دائرة فحص الطعون) أن يدفع رسماً يجعله يترتب قبل الاقدام على هذا الطعن .

هذا وقد جاء منطقياً النص على أن "لا تستحق رسوم على غير ذلك من الطلبات والمنازعات والطعون التي ترفع للمحكمة الدستورية" ، وذلك لأن هذه الطلبات إما أنها مقدمة من مجلس الأمة أو مجلس الوزراء ، فلا محل لفرض رسوم عليها ، وإما أنها طعون انتخابية مقدمة ممن المواطنين ضماناً لصحة الانتخابات فلا تفرض رسوم عليها كذلك .

ويلاحظ في النهاية أن المرسوم لم يورد إلا نساً موضوعياً واحداً (شوا المادة الاولى) ثم أحال في مادته الثانية الى بعض مواد القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٣ (الخاص بالرسوم القضائية) وذلك فيما لا تشمله المادة الاولى السالفة الذكر .

ويصدر المرسومين المذكورين (بخصوص الاجراءات ورسوم التقاضي) تكون المحكمة الدستورية الكويتية قد استكملت الأحكام اللازمة لأداء رسالتها . .

خاتمة

هنا نقف عند ختام هذه الدراسة ، التي طوفت بالجانبين النظري والتطبيقي لمشكلة " دستورية القوانين " ، والتي مرت من خلال التجارب العالمية في هذا المضمار لتنتهي بدراسة المشكلة في القانون الكويتي ، ولما كانت التجربة الكويتية بهذا الخصوص قد أرسيت قواعدها منذ عهد قريب جدا بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ المنشىء للمحكمة الدستورية ، فقد كانت دراستها فقهية فقط دون التحليل القضائي الذى عرفناه في أغلب التجارب الأخرى ، إذ لم تصدر حتى هذه اللحظة أية أحكام من المحكمة المذكورة وان غدا لناظره قريب ...

أزاء ذلك نكتفي بالرجاء - مع الأمل الوطيد - أن تحقق المحكمة الجديدة الآمال الكبار التي علقها الجميع عليها ، وأن يكون لوجودها صداه في نوعية التشريع ، وفي مجرى الانتخابات البرلمانية ، وفي مسيرة الحكم الديمقراطي كله ...

والله الموفق ...

وله سبحانه الحمد والشكر ، في البدء وفي الختام ،،،

عثمان خليل عثمان

الكويت / مايو/أيار سنة ١٩٧٤

ملحق

- ١- قانون المحكمة الدستورية الكويتية
- ٢- مرسوم بلائحة الاجراءات
- ٣- مرسوم بشأن رسوم التقاضي

القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣
بإنشاء المحكمة الدستورية

نحن صباح السالم الصباح أمير الكويت

بعد الاطلاع على الدستور ، وخاصة على المواد ٩٥ و ١٦٤ و ١٧٣ منه ،
وعلى المرسوم الأميري رقم ١٦ لسنة ١٩٥٦ بقانون تنظيم القضاء والقوانين المعدلة له ،
وعلى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ والقوانين المعدلة له ،
وافق مجلس الأمة على القانون الآتي نصه وقد صدقنا عليه وأصدرناه .

الباب الأول

تشكيل المحكمة الدستورية واختصاصاتها

مادة أولى

تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم . ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم .

مادة ثانية

تؤلف المحكمة الدستورية من خمسة مستشارين يختارهم مجلس القضاء
السري ، كما يختار عضوين احتياطيين ، ويشترط أن يكونوا من الكويتيين ويصدر بتعيينهم مرسوم .
وإذا خلا محل أى عضو من الأعضاء الأصليين أو الاحتياطيين اختار مجلس القضاء
بالاقتراع السري - من يحل محله ويكون تعيينه بمرسوم .

ويقوم أعضاء المحكمة الأصليون والاحتياطيون بعملهم بناءً الى جانب عملهم الأصلي
بدائرة التمييز أو محكمة الاستئناف العليا .

مادة ثالثة

يدعو رئيس المحكمة أعضائها للانعقاد كلما اقتضت الحاجة ويخطرهم بتاريخ الاجتماع
ومكانه قبل الموعد المحدد بوقت كاف ويجب أن يرفق بكتاب الدعوة جدول الاعمال وما يتعلق به
من وثائق .

ولا يكون انعقاد المحكمة صحيحاً الا بحضور جميع أعضائها وتصدر الأحكام بأغلبية آراء
الحاضرين ، ويجب أن يتضمن أسبابه مفصلة ، مع ارفاق رأى الأقلية أو آرائها وما تستند اليه
من أسباب . وتُنشر الأحكام ومرفقاتها في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من صدورها .

مادة رابعة

ترفع المنازعات الى المحكمة الدستورية باحدى الطريقتين الآتيتين : -

أ - بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء .

ب - اذا رأت احدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع جدي تقدم به أحد أطراف النزاع ، أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة توقف نيل القضية وتحويل الامر الى المحكمة الدستورية للفصل فيه .

ويجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في خلال شهر من صدور الحكم المذكور وتفصل اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الاستعجال .

مادة خامسة

تقدم الطعون الانتخابية الخاصة بمجلس الأمة الى المحكمة مباشرة أو بطريق المجلس المذكور وفقا للاجراءات المقررة لديه في هذا الشأن .

مادة سادسة

اذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الادارية لمخالفتها لقانون نافذ ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر الى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات ، وتسوية آثارها بالنسبة للماضي .

الباب الثاني

أحكام عامة

مادة سابعة

يؤدي رئيس المحكمة وأعضاءها أمام الامير وبحضور وزير العدل اليمين الآتي نصها : -
" أقسم بالله العظيم أن أحترم الدستور ، وأحافظ على دستورية القوانين واللوائح وأؤدي أعمالي بالتجرد والأمانة والصدق .

مادة ثامنة

تضع المحكمة لائحة تتضمن القواعد الخاصة بإجراءات التقاضي أمامها وينتظام سير العمل فيها ، وتنفيذ أحكامها وتصدر هذه اللائحة بمرسوم ، بناء على عرض وزير العدل . وتحدد بمرسوم كذلك رسوم التقاضي .

وتطبق في كل مالم يرد بشأنه نص خاص في تلك اللائحة الأحكام المقررة لدى دائرة التمييز وذلك فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون أو مع طبيعة العمل في المحكمة الدستورية .

مادة تاسعة

على رئيس مجلس الوزراء والوزراء ، كل فيما يخصه ، تنفيذ هذا القانون ويعمل به بعد أربعة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، ويصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذه .

أمير الكويت
صباح السالم الصباح

صدر في قصر السيف في : ٨ جمادى الاولى ١٣٩٣ هـ
الموافق : ٩ يونيو ١٩٧٣ .

مرسوم

بإصدار لائحة المحكمة الدستورية

نحن صباح السالم الصباح أمير الكويت

بعد الاطلاع على المادة ٧٢ من الدستور

وعلى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية

وعلى المرسوم الأميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بقانون تنظيم القضاء والقوانين المعدلة له .

وعلى المرسوم الأميري رقم ٦ لسنة ١٩٦٠ بقانون إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المعدلة له

وعلى القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ بشأن حالات الطعن بالتمييز واجراءاته

وعلى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٢ في شأن انتخابات أعضاء مجلس الأمة والقوانين المعدلة له .

وعلى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣ في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة

وعلى مشروع اللائحة الذي وضعته المحكمة الدستورية

وبعد موافقة مجلس الوزراء رسمنا بالآتي

بالباب الأول

تقديم الطلبات والطعون

الفصل الأول

طلبات تفسير النصوص الدستورية

مادة ١

الطلب الذي يقدم من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء بشأن تفسير النصوص الدستورية

يجب أن يتضمن النص الدستوري المراد تفسيره والمبررات التي تستدعي التفسير .

مادة ٢

يقيد قلم كتاب المحكمة بالطلب يوم وروده في السجل المعد لذلك ويقوم بعرضه على

رئيس المحكمة لتحديد تاريخ الاجتماع الذي ينظر فيه الطلب ومكانه ، وتخطر البجته طالبة

التفسير بذلك بكتاب مسجل قبل تاريخ الاجتماع بأسبوع على الأقل .

الفصل الثاني

طلبات الفصل في المنازعات الدستورية

المقدمة من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء

مادة ٣

ترفع منازعات الفصل في دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح المقدمة من مجلس

الأمة أو من مجلس الوزراء بطلب يودع قلم كتاب المحكمة يتضمن بيان موضوعه وأسانيده ، والنص محل

الطلب ، وأوجه مخالفته للدستور .

مادة ٤

يقيد قلم كتاب المحكمة بالطلب يوم وروده في السجل الممدد لذلك ويخطر ذوى الشأن بصورة الطلب بكتاب مسجل ، ولكل منزم ان يودع خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره مذكرة بوجهة نذره مشفوعة بالمستندات التي يرى تقديمها .

وبعد انقضاء الميعاد المذكور يعرض قلم الكتاب الاوراق على رئيس المحكمة لتحديد تاريخ الاجتماع الذي تنظر فيه المنازعة . ومكانه وعلى قلم الكتاب اخطار ذوى الشأن بذلك بكتاب مسجل قبل تاريخ الاجتماع بسبعة ايام على الأقل .

الفصل الثالث

المنازعات المتعلقة بالدستورية المعالة من المحاكم

مادة ٥

اذا احوالت احدى المحاكم منازعة الى المحكمة الدستورية بناء على دفع أحد الخصم أمامها بعدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة . فعلى قلم الكتاب قيد أوراق المنازعة يوم ورودها في السجل الممدد لذلك * واخطار ذوى الشأن بكتاب مسجل . وعلى مقدم الدفع خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بال قيد ان يودع قلم الكتاب مذكرة بموضوع دفعه وأسائده والنص محل الدفع ، وأوجه مخالفته للدستور .

ويقوم قلم الكتاب باخطار ذوى الشأن بكتاب مسجل بصورة من هذه المذكرة . ولكل منهم ان يودع خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره مذكرة بدفاعه مشفوعة بالمستندات التي يرى تقديمها .

وبعد انقضاء المواعيد السابقة يعرض قلم الكتاب الاوراق على رئيس المحكمة لتحديد تاريخ الاجتماع الذي تنظر فيه المنازعة ومكانه ، وعلى قلم الكتاب اخطار ذوى الشأن بذلك بكتاب مسجل قبل تاريخ الاجتماع بسبعة ايام على الأقل .

مادة ٦

اذا احوالت احدى المحاكم — من تلقاء نفسها — الى المحكمة الدستورية أمر الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة ، وفتتبع الاجراءات والمواعيد المنصوص عليها في المادة السابقة ، ويعتبر من يتمسك بعدم الدستورية أنه مقدم الدفع .

الفصل الرابع

الظعن في الاحكام الصادرة من المحاكم
بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية

مادة ٧

يرفع الظعن في الاحكام التي تصدرها المحاكم بعدم جدية الدفع الذي يتقدم به أحد اطراف النزاع بشأن دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة بحقيقة تحمل للخصم طبقا

للاوضاع المقررة في قانون المرافعات . ويجب أن يوقع عليها محام وأن تشتمل علاوة على البيانات العامة المتعلقة باسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم على بيان موضوع الطعن وأسبابه والنص محل الدفع وأوجه مخالفته للدستور ويرفق بهذا صورة رسمية من الحكم .

وعلى قلم الكتاب عند تسلمه الصحيفة أن يقيدها في السجل المعد لذلك . وللمطعون ضده أن يودع قلم الكتاب خلال اسبوع من تاريخ اعلانه بصحيفة الطعن مذكرة بدفاعه مؤيدة بالمستندات التي يرى تقديمها .

وبعد انقضاء الميعاد المذكور يعرض قلم الكتاب الطعن على رئيس المحكمة لتحديد تاريخ انعقاد لجنة فحص الطعون ومكانه ، ويقوم قلم الكتاب باخطار الخصوم بذلك بكتاب مسجل قبل تاريخ الاجتماع بثلاثة أيام على الأقل .

مادة ٨

تشكل لجنة فحص الطعون برئاسة رئيس المحكمة وعضوية اقدم مستشارين بالمحكمة ويتبع أمامها الاجراءات المقررة أمام المحكمة الدستورية .

وانا قضت اللجنة بالفناء الحكم المطعون فيه أحالت النزاع الى المحكمة الدستورية وحددت للخصوم تاريخ الاجتماع الذي يحضرون فيه أمام المحكمة ومكانه . وعلى قلم الكتاب اخطار الخصوم ونذرى الشأن بذلك بكتاب مسجل قبل تاريخ الاجتماع بأسبوع على الأقل ، وقيد الاوراق في السجل المعد لذلك .

الفصل الخامس

الطعون الخاتمة بانتخاب أعضاء مجلس الامة

وبصحة عضويته

مادة ٩

يرفع الطعن بطلب يقدم الى قلم كتاب المحكمة الدستورية أو الامانة العامة لمجلس الامة خلال خمسة عشر يوما من اعلان نتيجة الانتخاب .

ويجب ان يشتمل الطلب على بيان أسباب الطعن ، وأن يشفع بالمستندات المؤيدة له .

ويقدم الطلب مصدقا على التوقيع فيه لدى مختار المنطقة أو لدى قلم كتاب المحكمة أو لدى الامانة العامة لمجلس الامة في الميعاد المشار اليه .

وفي حالة التقدم بالطلب الى مجلس الامة تقوم الامانة العامة للمجلس بالتأشير عليه بتاريخ تقديمه ويحال الى المحكمة الدستورية .

مادة ١٠

يقيده قلم الكتاب الطعن يوم وروده في السجل المشار بذلك ويرسل صورة منه الى العضو المطعون في صحة عضويته بكتاب مسجل . وللعضو المطعون في صحة عضويته ان يطلع على

المستندات المقدمة من الطاعن وأن يقدم أوجه دفاعه كتابة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره بالطعن .

وبعد انقضاء هذا الميعاد يعرض قلم الكتاب الطعن على رئيس المحكمة لتحديد تاريخ اجتماع المحكمة ومكانه .

ويقوم قلم الكتاب بإخطار أطراف الطعن بذلك بكتاب مسجل قبل تاريخ الاجتماع بسبعة أيام على الأقل .

الباب الثاني

الفصل في الطلبات والطعون وتنفيذ الأحكام

والقرارات

الفصل الأول

نظر الطلب أو الطعن أمام المحكمة

مادة ١١

تتدار المحكمة المنازعات والطعون في جلسة علنية ، إلا إذا قررت أن تكون الجلسة سرية إذا كان ذلك ضروريا مراعاة للمصلحة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة .

ويحكم في المنازعة أو الطعن بخير مرافعة شفوية إلا إذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع أطراف النزاع وذوي الشأن أو محاميهم ، ولها أن تطلب مذكرات في الميعاد الذي تحدده .

مادة ١٢

تفصل المحكمة في جميع المسائل الفرعية .

مادة ١٣

تتدار المحكمة في المنازعة أو الطعن حتى ولو لم يحضر أمامها الخصوم ، وذلك بعد أن تتحقق من صحة إعلانهم بتاريخ اجتماع المحكمة ومكانه .

مادة ١٤

للمحكمة أن تجري ما تراه من تحقيق في المنازعات المعروضة عليها أو تندب لذلك أحد أعضائها . ولها طلب أي أوراق أو بيانات من الحكومة أو أية جهة أخرى للاطلاع عليها .

مادة ١٥

للمحكمة أن تالف النيابة العامة ابداء رأيها إذا كان الطلب متعلقا بالفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة جزائية . وعلى النيابة العامة ابداء رأيها بمذكرة في خلال المدة التي تحددها المحكمة .

الفصل الثانى

اصدار الاحكام والقرارات

مادة ١٦

تصدر احكام المحكمة وقراراتها باسم الامير فى جلسة علنية حتى ولو دارت المنازعة
أو الطعن فى جلسة سرية .

مادة ١٧

عند النطق بالحكم أو القرار يجب أن تودع مسودته مشتملة على أسبابه فان لم يكن الحكم
بالاجماع أرفق مدعيا رأي الاقلية أو آراءها وما تستند اليه من أسباب . ويجب أن تكون موقعة
من الرئيس وأعضاء المحكمة ، ولا يوصف حكم المحكمة بأنه حضورى أو غيابى .

مادة ١٨

يوقع رئيس المحكمة وكتابها النسخة الاصلية من الحكم أو القرار المشتملة على أسبابه
ومنطوقه وتحفظ فى الملف .

مادة ١٩

تنشر فى الجريدة الرسمية جميع الاحكام والقرارات التى تصدر من المحكمة مشتملة على
أسبابها ومرفقاتها خلال أسبوعين من تاريخ صدورها .

مادة ٢٠

يجوز اعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم أو القرار لمن يطلبه ولو لم يكن له شأن
فى الطلب أو الطعن أو المنازعة .

الفصل الثالث

المصروفات

مادة ٢١

تقضى المحكمة فى مصروفات الدعوى عند اصدار الحكم بما فى ذلك مقابل اتعاب المحاماة
على الخصم المحكوم عليه .
وإذا تعدد المحكوم عليهم جاز الحكم بقسمة المصروفات بينهم بالتساوى أو بنسبة مصلحة
كل منهم فى المنازعة على حسب ما تقدره المحكمة .

مادة ٢٢

تقدر مصروفات الدعوى فى الحكم ان أمكن والا تقدرها رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه
بأمر - غير قابل للطعن - على عريضة يقدمها المحكوم له .

الفصل الرابع تنفيذ الاحكام والقـــرارات

مادة ٢٣

تختتم صورة الحكم التي يكون التنفيذ بموجبها بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب المختص بعد أن يدلها بالصيغة التنفيذية الآتية :
"على الجهة التي يناط بها التنفيذ أن تبادر اليه متى طلب منها وعلى السلطات المختصة أن تعين على اجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب منها ذلك " .
ولا تسلم هذه الصورة الا لصاحب الشأن الذي تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم .

مادة ٢٤

إذا امتنع قلم الكاتب عن اعطاء صورة تنفيذية من الحكم جاز لطالبا أن يقدم عرضة بتأليه الى رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه يصدر أمره فيه ، ويكون هذا الامر غير قابل لأي طعن .

الباب الثالث

أحكام عامة

مادة ٢٥

تعتبر الحكومة من " ذوى الشأن " إذا كان الطلب متعلقا بالنصل فى دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة .

مادة ٢٦

يجب أن ترفق الطلبات والمذكرات المشار اليها فى هذه اللائحة بعدد كاف من صورها .

مادة ٢٧

يدعو رئيس المحكمة أعضائها للاجتماع قبل التاريخ المحدد له بأسبوع على الأقل بكتاب يوضح فيه تاريخ الاجتماع ومكانه . ويرفق به جدول الاعمال وما يتعلق به من وثائق .

مادة ٢٨

يجوز لرئيس المحكمة فى أحوال الاستعجال أن يصدر أمرا غير قابل للطعن بتقصير المواعيد المتعلقة بايداع المذكرات ويعلن الامر الى ذوى الشأن خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ صدوره . ويسرى الميعاد المقرر من تاريخ اعلانه .

مادة ٢٩

يلحق بالمحكمة مكتب فنى يؤلف من عدد كاف من رجال القضاء يندبون بقرار من وزير العدل بناء على ترشيح رئيس المحكمة ، ويقودون بممثلهم الى جانب ممثلهم الاصلى ويلحق بالمكتب عدد كاف من المؤلفين .

ويختص المكتب الفني باستخلاص المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة فيما تصدره من أحكام وقرارات وتبويبها ومراقبة نشرها بعد عرضها على رئيس المحكمة • وإصدار محرمات الأحكام والإشراف على أعمال المكتبة وإعداد البحوث الفنية وسائر المسائل التي يطلب اليه رئيس المحكمة القيام بها •

مادة ٣٠

إلى أن يتم تشكيل قلم كتاب خاص بالمحكمة ، يتولى قلم كتاب محكمة الاستئناف السليا مباشرة أعماله ، ويكون هو الجهة المختصة بممارسة اختصاصات قلم كتاب المحكمة المبينة في هذه اللائحة •

مادة ٣١

على وزير العدل تنفيذ هذا المرسوم ، ويعمل به اعتبارا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية

أمير الكويت

صباح السالم الصباح

رئيس مجلس الوزراء

جابر الأحمد الجابر الصباح

وزير العدل

محمد أحمد عبد اللطيف الحمد

صدر في قصر السيف في : ١٤ ربيع الثاني ١٣٩٤ هـ

الموافق : ٦ مايو ١٩٧٤ م

مرسوم
بشأن رسوم التقاضي أمام المحكمة الدستورية

نحن صباح السالم الصباح أمير الكويت

بعد الاطلاع على المادتين ٧٢ و ١٣٤ من الدستور
وعلى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية
وعلى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٣ في الرسوم القضائية
وبناءً على عرض وزير العدل
وبعد وافقة مجلس الوزراء

رسماً بالآتى
مادة أولى

يفرض على الطعن فى الحكم الصادر بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية
رسم ثابت مقداره خمسون دينارا • ويحصل عند تقديم صحيفة الطعن •
ولا يجوز الاعفاء منه •
ولا تستحق رسوم على غير ذلك من الطلبات والمنازعات والطعون التى ترفع
للمحكمة الدستورية •

مادة ثانية

تسرى بالنسبة لما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا المرسوم أحكام المواد
١٣ فقرة ب و ١٩ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٣ المشار
اليه •

مادة ثالثة

على وزير العدل تنفيذ هذا المرسوم • ويحمل به من تاريخ نشره فى
الجريدة الرسمية •

أمير الكويت
صباح السالم الصباح

رئيس مجلس الوزراء
جابر الأحمد الجابر الصباح

وزير العدل
محمد أحمد عبد اللطيف الحمد

صدر فى قصر السيف فى ١٦ ربيع الثانى ١٣٩٤ هـ
الموافق ٨ مايو ١٩٧٤ م