



عمادة الدراسات العليا
جامعة القدس

الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة
دراسة مقارنة
مصر - الأردن - فلسطين

إعداد

ناهد جميل أسعد فريته

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

2006 / 1427

عمادة الدراسات العليا
جامعة القدس

الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة
دراسة مقارنة
مصر - الأردن - فلسطين

إعداد
ناهد جميل أسعد فريته

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

2006 / 1427

الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة
دراسة مقارنة
مصر - الأردن - فلسطين

إعداد
ناهد جميل أسعد فريتخ

المشرف الرئيس: أ.د. أحمد مبارك الخالدي.
المشرف المشارك: د. عدنان عمرو.

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير
في القانون من كلية الحقوق في جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا
جامعة القدس
كلية الحقوق

إجازة الرسالة

الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة دراسة مقارنة مصر - الأردن - فلسطين

إعداد: ناهد جميل أسعد فريتهخ
الرقم الجامعي: 20010393

المشرف الرئيس: أ.د. أحمد مبارك الخالدي.
المشرف المشارك: د. عدنان عمرو.

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2006/8/23 من قبل لجنة المناقشة المدرجة أسماءهم وتوقيعهم:

- | | | |
|-----|--|----------|
| 1 - | رئيس لجنة المناقشة: الدكتور عدنان عمرو | التوقيع: |
| 2 - | ممتحنا داخليا: الدكتور رفيق أبو عياش | التوقيع: |
| 3 - | ممتحنا خارجيا: الدكتور محمد شراقة | التوقيع: |

القدس - فلسطين

2006 / 1427

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قال تعالى:

" فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ "

صدق الله العظيم

سورة الأنعام - الآية رقم 145

الإهداء

إلى روح والدي رحمه الله
إلى والدي إحسانا
إلى زوجي الغالي مودة ورحمة
إلى ولدي حنوا
إلى وطني حبا وإجلالا

ناهك

بسم الله الرحمن الرحيم

إقرار:

أقر أنا مقدمة الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تم الإشارة له حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة عليا لأي جامعة أو معهد.

التوقيع:

الطالبة: ناهد جميل أسعد فريتهخ

التاريخ: / /

شكر وتقدير

يطيب لي وقد شارفت هذه الرسالة على الانتهاء، بإذن الله تعالى، وبِعونه، أن أتوجه
بعظيم الشكر والامتنان إلى الأساتذة الأفاضل الذين غمروني بحسن معاملتهم، ومنحوني جزءاً
كبيراً من وقتهم الثمين، وأخص بالذكر المشرفين على هذه الدراسة، الدكتور أحمد مبارك الخالدي،
والدكتور عدنان عمرو، اللذين أنارا لي الطريق، وأفاضا عليّ من جهدهما وعلمهما الكثير.
كما أتقدم بوافر الشكر وجزيل العرفان إلى السيد اسماعيل الصيفي، لجهوده المبذولة في
تنقيح الدراسة، والتدقيق الإملائي واللغوي.
وأقدم شكري إلى كل الذين تعاونوا معي في إعداد هذه الدراسة، وقدموا لي المساعدة
المطلوبة، وأخص بالذكر الزميلة ايمان الشاهد التي قامت بترجمة الملخص للغة الإنجليزية.
وأخيراً يسرني أن أتقدم بالشكر إلى زوجي العزيز الذي هون عليّ المصاعب، وهياً لي
الظروف المناسبة، ووقف إلى جانبي حتى أنهيت هذه الدراسة، فله مني كل الاحترام والتقدير. إلى
كل هؤلاء أقدم شكري وتقديري، راجية الله عز وجل أن يمنحني القدرة على رد الجميل.

ملخص الدراسة

تضمنت هذه الدراسة موضوع الرقابة على دستورية لوائح الضرورة بشكل عام، والرقابة القضائية الدستورية على هذه اللوائح بشكل خاص، علما بأن هذه الدراسة تهدف إلى التعريف على لوائح الضرورة، ووقت وقيود الإصدار، حيث تكرر إصدار رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية مثل هذه اللوائح، دون التقيد بأي شرط أو قيد، كما تنازل المجلس التشريعي السابق عن حقه في الرقابة. ولم ينظر القضاء الدستوري الفلسطيني بأي طعن يتعلق بمثل هذه اللوائح.

اتبعت الباحثة في هذه الدراسة، أسلوب الجمع بين المسائل ذات الطبيعة المشتركة في الدول المقارنة، كلما أمكن ذلك، ودرستها كوحدة واحدة تسهила لعملية المقارنة. ونظرا لكون جمهورية مصر العربية السباقة في الأخذ بالرقابة على الدستورية، في الدول المجاورة، تناولت الباحثة ما قرره المشرع وتعرضت لبعض آراء الفقهاء، بالإضافة إلى السوابق القضائية. ومن ثم تطرقت لما هو موجود في الأردن وفلسطين، وما سلكه المشرع والقضاء في البلدين من مواقف.

وحيث أن موضوع هذه الدراسة هو الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة . تضمنت الدراسة ثلاثة فصول، بالإضافة إلى مقدمة للدراسة، ومبحث تمهيدي، احتوت مقدمة الدراسة مشكلة الدراسة، وأهدافها، بالإضافة إلى مجموعة من الأسئلة المتعلقة بها. أما المبحث التمهيدي فقد تناول التعريف بلوائح الضرورة والتعرض للمختص بإصدارها وزوالها. وضوابط مشروعيتها، كما تطرق لقيمتها القانونية بالنظر للمعيارين الشكلي والموضوعي.

بينما تناول الفصل الأول أساليب الرقابة على الدستورية، وموقف الفقه منها وتقديرها ، وبعض التطبيقات عليها، وذلك من خلال مبحثين، الأول يتحدث عن الرقابة السياسية، مقسمة إلى

الرقابة من خلال هيئة سياسية، أو رقابة من خلال البرلمان. وقد المبحث الثاني الرقابة القضائية على الدستورية، مفهومها، وتقديرها، هذا بالإضافة إلى الرقابة القضائية الإدارية على المشروعية.

أما الفصل الثاني فقد تناولت فيه الباحثة، طبيعة الدعوى الدستورية وتحريكها، وأخيراً حجية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في ثلاثة مباحث متتالية كذلك. وأخيراً الفصل الثالث، فقد تطرق إلى تطبيقات حول الرقابة القضائية على الدستورية في كل من مصر، الأردن، وفلسطين، وذلك من خلال ثلاثة مباحث متتالية.

وختاماً للدراسة قدمت الباحثة مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلت إليها. ومن أبرز

هذه التوصيات:

1. أن يُلزم القانون الأساسي الفلسطيني السلطة التنفيذية، بعرض لوائح الضرورة على المجلس التشريعي في أول اجتماع يعقده، وأن لا تتوانى عن هذا الأمر، وبنفس الوقت أن يعطي القانون الأساسي للسلطة التشريعية حق إلغاء أي لائحة لم يتم عرضها عليه في الوقت المحدد، وأن ينشر أمر الإلغاء في الجريدة الرسمية، وفي صحيفة يومية.
2. على المشرع الدستوري كذلك تحديد مدة محددة لعرض لوائح الضرورة على المجلس التشريعي، وأن يتم دعوة المجلس للانعقاد لنظر هذه اللوائح، لكي يقرر مصيرها بالموافقة عليها وإقرارها، أو بتعديلها، أو برفضها، فهذا التحديد يحقق ضماناً يحول دون تجاوزات السلطة التنفيذية.

3. لا بد من إجراء تعديل على أحكام النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني، لتحديد المقصود بعبارة " فيما بين أدوار انعقاد المجلس "، - التي أشارت لها المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني - تحديداً دقيقاً، وإعطاء المجلس حق المصادقة على لوائح الضرورة، أو تعديلها، أو إلغائها. دون تقييد لحق المجلس في هذا الاختصاص.
4. ضرورة تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، بالإبقاء على اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القرارات والمراسيم، والأعمال الصادرة عن رئيس السلطة. ولا بد من أن يأخذ هذا الموضوع صفة الاستعجال.

Abstract

The study deals with the topic of monitoring the constitutionality of standing orders in general and the constitutional judicial control over such standing orders in particular. The study aims at defining the concept of standing orders and time constraints and restrictions of issuing them since it was noticed that the Palestinian National Authority president made a mistake, repeatedly, in issuing standing orders with no consideration of any constraints or specifications. Besides, the former Palestinian Legislative Council gave up its oversight role. Furthermore, the Palestinian constitutional judiciary didn't look into any appeals in relation to such standing orders.

In the study, the researcher followed the method of combining the issues of mutual nature in some comparative countries and studied them, when possible, as one unit to facilitate the comparison process. Due to the fact that Egypt is considered to have a leading role in monitoring constitutionality, the researcher examined the works of their legislatures, reviewed the opinions of some jurists and the followed judicial procedures. The researcher also reviewed what existed in Jordan and Palestine, and examined the stands of judiciary and legislature in both countries.

As the topic of the study is monitoring the constitutionality of standing orders, the study consists of three chapters in addition to an introduction and a preliminary chapter. The introduction provides the research topic, research problem, aims and research questions in relation to the topic of the study. The preliminary chapter examines the definition of standing orders, the person in charge of issuing or canceling them, their legitimacy criteria, and their legal value in regard to the objective and formal criteria.

Chapter one deals with forms of monitoring the constitutionality, the juristic stand followed by providing some applications. This was clarified through two topics, the first deals with political oversight that was divided to oversight through a political body or through parliament. The second topic introduces the judicial monitoring of constitutionality, its meaning, assessment and the administrative judicial oversight legitimacy.

Chapter two deals with the nature of constitutional lawsuit and the conclusiveness of issued rulings of unconstitutionality, which was clarified through three consecutive discussions.

Chapter three presents some applications of judicial monitoring of constitutionality in Egypt, Jordan and Palestine. This was also clarified through three consecutive discussions. Finally, the researcher reached several findings and recommendations. The main recommendations of the study are:

1. The constitution should obligate the executive authority to submit the standing orders to the parliament in its first meeting without any delay. At the same time, the constitution should grant the legislative authority the right to cancel any standing order that wasn't submitted on time; such cancellation should be published in both the official newspaper and the daily newspaper.
2. The constitutional legislature should specify a limited period of time to present the standing orders to the Palestinian Legislative Council, which will be called to conduct a meeting to look into such standing orders and

decide on whether to approve, amend or cancel them. Such specification will guarantee the prevention of any excess by the executive authority.

3. The provisions of the Palestinian Legislative Council's by law should be amended to specify the period of the Palestinian Legislative Council's absence and grant the PLC the right to approve, amend or cancel the standing orders.
4. There is a necessity to amend the higher constitutional court law by keeping the court's specialization to monitor presidential decisions and decrees. This topic is of high priority and should be dealt with in the very near future

المقدمة

إن من أهم المبادئ التي تهيم على مجالات القانون على وجه العموم ويُعنى بها، هو مبدأ سمو الدستور، المبدأ الذي يضع الدستور، والقواعد الدستورية، على قمة القواعد القانونية في دولة ما لتتمكن على ضوئه معرفة دستورية أعمال السلطات العامة من عدمها، وتبسط بالتالي رقابتها على مشروعيتها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، والاختصاصات . لأن احترام قواعد الدستور وتنفيذ أحكامه بالطريقة الصحيحة، وتطبيقه بالشكل السليم، يتطلب أن يكون هناك نوعٌ من الرقابة التي تمارس ضد الأجهزة والمؤسسات والهيئات القائمة على تنفيذ أحكام الدستور.

أصبحت هذه الرقابة علامةً ومبدأً أساسياً يرتبط بالنظام الديمقراطي، فكل ديمقراطية ناشئة أو قديمة هي في حاجة إلى هذا النوع من الرقابة ، وتزداد فاعليتها إذا اتخذت صورة الرقابة القضائية والتي يكفل لها نظام الدولة الاستقلال والاستقرار . ولا شك أن لمثل هذه الرقابة أهمية كبيرة، منعا لمغالاة بعض الهيئات والأجهزة من استعمال السلطات الممنوحة لها بموجب الدستور وحتى لا يتحول النظام إلى فوضى، وتتمركز الاختصاصات بيد الأقوى، وتكثر فيه التشريعات ، دون أن تجمعها استراتيجية تشريعية، لاسيما وأن إصدار التشريعات لم يعد مقتصرًا على السلطة التشريعية، بل منحت الكثير من دساتير الدول المختلفة للسلطة التنفيذية صلاحية إصدار التشريعات بأنواعها المختلفة وبمبررات شتى. إن مثل هذا التدخل في الاختصاص التشريعي قد يؤدي إلى حصول الفوضى إن لم يتسيطر عليه استراتيجية تشريعية تضبطها مرجعية قانونية عليا هي؛ الدستور.

وتتزايد أهمية الأنظمة واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية في الوقت الحاضر، وذلك

نتيجة اتساع نشاط الدولة وتدخلها في مجالات عدة، مما يحد من إمكانية تدخل السلطة التشريعية

بههدف تنظيم هذه الأنشطة، ويكون من الطبيعي تنازل البرلمان عن جزء من اختصاصاته في التشريع للسلطة التنفيذية، ومن الأدلة الواضحة في هذا السياق، الدستور الفرنسي لسنة 1958، الذي جعل للبرلمان نطاقاً محدداً في مجال التشريع لا يستطيع تجاوزه، في حين منح السلطة التنفيذية الاختصاص العام في مجال التشريع، فأصبح هو الأصل، وما يصدر عن البرلمان هو الاستثناء. فقد حددت المادة (34) من الدستور الفرنسي النطاق التشريعي تحديداً دقيقاً، بينما أكدت المادة (37) من نفس الدستور على أن؛ كل ما لا يختص به التشريع يدخل في اختصاص السلطة اللائحية.

وبرغم كل ذلك، هنالك حدودٌ لا يمكن للسلطة التنفيذية تجاوزها، حيث تبقى السلطة التنفيذية تعمل في حدود الدستور ولا يسمح لها بمخالفته والخروج عن أحكامه، وإذا ما تجاوزت أو حاولت التجاوزَ لهذه الأحكام السامية فإنها تخضع للرقابة بأشكالها المختلفة، التي تمنع هذه السلطة من القيام بأي تجاوز.

وحيث رخص المشرع الدستوري للسلطة التنفيذية صلاحية ممارسة بعض من صلاحيات السلطة التشريعية و من ذلك إصدار لوائح الضرورة، إلا انه ضبط إصدار هذه اللوائح وقيدّها بمجموعة من القيود. فاختصاص السلطة التنفيذية في هذه الحالة هو اختصاص استثنائي ، أجازته الدستور، ينبغي عدم التوسع فيه. فالتشريع هو الوظيفة الأصلية للسلطة التشريعية وليس للتنفيذية، ولكن منح هذه الصلاحية للسلطة التنفيذية ما هو إلا خروجٌ عن القاعدة العامة ، ولعل تقييد المشرع للوائح الضرورة وإصدارها ما هو إلا تحاشي إساءة استعمال السلطة التنفيذية لهذا الحق الذي قد يصبح سبباً للظلم والاستبداد بحجة مواجهة الأخطار والظروف الاستثنائية.

والقيود التي يفرضها المشرع الدستوري، تكون عادة واضحة وصريحة، وتذكر في صريح

النص في الدستور، فهي قيود تتعلق بالزمن الذي تصدر فيه اللوائح، وبظروف هذا الإصدار، أي بتوافر " شرط الضرورة "، ووجوب عرضها على البرلمان فور انعقاده، ويجب كذلك ألا تخالف أحكام الدستور.

وبالنظر لموضوع دراستنا هذه، وهو الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة، نجد من

الأهمية أن نشير إلى أنواع وأساليب الرقابة التي تتوكل في أسلوبيين: الأول هو الرقابة السياسية وأبرزها (الرقابة البرلمانية)، والثاني هو الرقابة القضائية، مع التركيز على هذا الجانب الذي هو موضوع الدراسة. وهو الأسلوب الذي ينظر إلى الجانب الفني في عملية الرقابة، حيث يعهد بها إلى هيئة قضائية تأخذ شكل القضاء الدستوري.

فالقضاء الدستوري هو ذلك النوع المتخصص من الجهاز القضائي في دولة ما يحكم وفق قواعد قانونية محددة، هي قواعد الدستور. ونظراً لسمو الدستور على كافة القواعد القانونية الأخرى، ويعكس ذلك أثره على القضاء الدستوري ويجعله أسمى درجات القضاء، حيث يتم اللجوء إليه لمنازعة السلطات العامة، سواء أكانت السلطة التشريعية عند سنها لقانون ما مخالف للدستور، أو كانت السلطة التنفيذية عند ممارستها لصلاحياتها وإصدارها لوائح فيها مخالفة للدستور.

والقضاء الدستوري كذلك هو قضاء متميز، يحكم وفق قواعد تضع مبادئ عامة وليس مبادئ تفصيلية، أو وفق فلسفة عامة وقيم عامة حسب طبيعة المواد الدستورية وما تتضمنه من أحكام. ويعد القضاء الدستوري كذلك طريقاً مسانداً لتجنب هفوات المشرع العادي، أو السلطة

التنفيذية في أعمالها، وسيلاً هاماً للمواطنين الذين أصابهم ضرر جرّاء قانون أو لائحة غير متفقة مع أحكام الدستور، في مواجهة السلطات العامة.

مشكلة الدراسة

إن ما دفعني إلى اختيار موضوع الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة عنواناً لهذا البحث عدة أسباب منها:

1. اعتبار لوائح الضرورة استثناء على مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يهدف إلى حماية حقوق وحرّيات الأفراد.
2. إن اللجوء إلى لوائح الضرورة لا يتم إلا عند حدوث الظروف الاستثنائية، وبالنظر للوضع الفلسطيني المختلف والمميز عن الدول المجاورة، وإمكان وجود حالة الضرورة التي تستدعي تدخل السلطة التنفيذية، حرصاً منها على معالجة الضرورة بإصدار مراسيم تحمل قوة القانون، على الرغم من احتمال أن تسيء تلك السلطة استخدام هذه الصلاحية.
3. التقلبات والتقلبات التي يعيشها الجهاز القضائي الفلسطيني، وتدخل السلطة التنفيذية في الجهاز وتشكيلاته، مما أدى إلى عدم ثقة الأفراد فيه.
4. وجود الكثير من الأمثلة على لوائح الضرورة في مختلف الدول العربية، مما يؤكد تعرض هذه الدول لظروف طارئة أدت إلى غياب السلطة التشريعية، وتدخل السلطة التنفيذية في التشريع، وحلولها محلها.
5. قلة الخبرة القضائية الفلسطينية في مجال الرقابة على الدستورية، وذلك لعدم وجود محكمة تراقب دستورية التشريعات والقوانين، إلا من وقت قريب.

أهداف الدراسة

يهدف البحث إلى:

1. دراسة لوائح الضرورة، والرقابة القضائية عليها، وأثر هذه الرقابة وأهميتها، ووجوب عدم النص على خلاف ذلك.
2. البحث في صور الرقابة على الدستورية، وأهمية الرقابة البرلمانية على لوائح الضرورة.
3. التعرض لبعض أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية بصفقتها محكمة دستورية ، بالإضافة لمجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا الأردنية، والمحكمة الدستورية العليا المصرية.
4. العمل على تزويد المكتبة القانونية الفلسطينية بشكل خاص، بلبنة أولى في شكل بحث يتناول لوائح الضرورة والرقابة القضائية على دستورتها ، يكون بالإمكان العودة إليه من قبل الباحثين والمهتمين بالدراسات القانونية، لاحتوائه على أمور تتعلق بالرقابة على دستورية القوانين كذلك، ومجموعة من الآراء الفقهية حول الموضوع.

أهمية الدراسة

تأتي أهمية هذه الدراسة في كونها تعالج موضوعاً غايةً في الأهمية، هو لوائح الضرورة (القرارات بقوة القانون)، وهو الموضوع الذي أثار جدلاً كبيراً لدى المشرع الفلسطيني، بسبب إصدار الرئيس الفلسطيني لبعض القرارات بقوة القانون، دون الأخذ بعين الاعتبار توافر شروط الإصدار الخاصة بها.

كما تسعى هذه الدراسة إلى تحليل القوانين المعمول بها في فلسطين، والمتعلقة بالرقابة القضائية، والمحكمة الدستورية العليا. ومن ثم تم التعرف على قوانين أخرى تتعلق بذات الموضوع في دول أخرى، مثل مصر، الأردن، وفرنسا.

مبحث تمهيدى

" ماهية لوائح الضرورة

وطبيعتها القانونية "

المطلب الأول
تعريف لوائح الضرورة، والمختص بإصدارها، وزوالها
الفرع الأول
تعريف لوائح الضرورة

لتحديد ماهية لوائح الضرورة لا بد أولاً من التطرق لتعريفها، ف بمقتضى النظرية القانونية للضرورة في الـساتير؛ كالدستور الفرنسي، يمكن للحكومة في ظروف استثنائية معينة أن تصدر لوائح لها قوة القانون لمواجهة حالة الضرورة، التي تستطيع في ظل تلك الظروف الاستثنائية أن تعدل أو توقف أو تلغي القوانين القائمة، في حال غياب البرلمان أو استحالة انعقاده، مع توفر شروط حالة الضرورة التي لا يمكن معها انتظار دعوة البرلمان للاجتماع، لمواجهة حالة ضرورة كالحرب أو العصيان المسلح وغيرها¹.

بينما نجد أن هناك مجالاً محجوزاً لدائرة عمل القانون، وموضوعات وأعمال أباح المشرع للسلطة التنفيذية أن تنظمها بلوائح. فالبرلمان لا يملك أن يحرم السلطة التنفيذية من إصدار القرارات واللوائح المنصوص عليها في القانون، فإذا لم يحجز الدستور صراحة للسلطة التشريعية تنظيم موضوع معين بقوانين أو بناء على قوانين، وإذا لم ينص صراحة على حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح، فإن للبرلمان التدخل بتنظيم الموضوع المسكوت عنه في القانون، وله كذلك أن يمنع السلطة التنفيذية من أن تتدخل؛ بينما من حق السلطة التنفيذية التدخل بواسطة إصدارها للوائح في الحالات الواردة في صلب الدستور².

¹ جمال الدين، س. (2003): " لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية"، منشأة المعارف / الإسكندرية، ص (21).
² الطماوي، س. (1988): " النظم السياسية والقانون الدستوري"، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة. ص (501).
³ خليل، م. (1982): " القضاء الإداري اللبناني"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية – بيروت، ص (42).

وقد اختلف الفقهاء على الاسم الذي يمكن إطلاقه على اللوائح التي تصدر لمواجهة حالة الضرورة، في غيبة البرلمان، فبعضهم أطلق عليها اسم **اللوائح التشريعية**، والبعض الآخر أطلق عليها اسم **قرارات لائحية**، وآخرون أسموها **تشريعات الضرورة** ³.

ومن التعريفات التي أعطيت للوائح الضرورة : " أنها عبارة عن مراسيم أو لوائح تصدرها السلطة التنفيذية فيما بين أدوار انعقاد البرلمان، أي أثناء عطلة أو في فترة حله، ويكون لهذه المراسيم أو اللوائح قوة القانون، على أن تعرض على البرلمان عند اجتماعه لإقرارها ³.

وهناك من عرفها بأنها : " اللوائح التي يرخص الدستور للسلطة التنفيذية في إصدارها حين يقع أمر يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير عاجلة ومؤقتة، وذلك فقط في فترات غياب البرلمان، فيكون للسلطة التنفيذية أن تشرع القوانين الجديدة، وأن تلغي وأن تعدل القوانين القائمة بدلا من البرلمان ⁴.

وهي لوائح لها قوة القانون بنص الدستور، و من النظم من يقصر سلطة إصدارها على الرئيس وحده، ومن ثم يتمتع على الرئيس تفويض الحكومة أو رئيس الوزراء سلطة إصدارها ⁵.

ووفقا للمعيار الشكلي هي عبارة عن قرارات إدارية، تخضع للرقابة التي ينظمها القانون على مشروعية القرارات الإدارية . حتى وان تم التصديق عليها من المجلس التشريعي، فإنها لا تخرج عن طبيعتها كونها لوائح لها قوة القانون ⁶. إلا إذا تمت المصادقة عليها من قبل المجلس التشريعي بإتباع خطوات إصدار التشريع وإقراره.

³ خليل، م. مرجع السابق، ص (72).

⁴ الجرف، ط. (1964): " القانون الدستوري ومبادئ القانون الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة "، مكتبة القاهرة الحديثة / القاهرة ، ص (373).

⁵ عبد المجيد، م. (2001): " أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين "، منشأة المعارف/ الإسكندرية، ص (119).

⁶ عبد المجيد، م. مرجع سابق، ص (120).

إن لوائح الضرورة هي التي تصدر في ظل ظروف استثنائية حددها القانون، و اشترط

لمشروعيتها أن تصدر في ظل غيبة البرلمان. و تتمثل عملية إصدار لوائح الضرورة في كونها اختصاص تشريعي للسلطة التنفيذية مقيد بضرورة توافر شروط معينة للجوء إليها وبإجراءات أخرى لإصدارها وتطبيقها، والضرورة هنا هي تنظيم قانوني، وه ذا ما يعني على الأقل خضوع الضرورة لرقابة قانونيتها حتى لا تتجاوز حدودها وضوابطها القانونية⁷.

ونظرا لاختلاف المصطلحات والتسميات التي أطلقت على لوائح الضرورة، فقد اختلفت

الداشير

في تسميتها لهذه اللوائح، فالدستور المصري أطلق عليها عبارة : " قرارات لها قوة القانون "، أما الدستور الأردني فيطلق عليها اسم : " القوانين المؤقتة ". وفي لبنان أطلق عليها اسم، " المراسيم الاشتراعية ".

وقد أخذ القانون الأساسي الفلسطيني، بتسمية لوائح الضرورة باسم " قرارات لها قوة القانون "، وجرى أن صدرت سابقا بمسمى : " مرسوم بقانون "، حيث أنها صدرت بمرسوم رئاسي⁸، ونجد كذلك البعض منها وقد صدر حديثا تحت مسمى " قرار بقانون "⁹. فقد منح القانون الأساسي رئيس السلطة الفلسطينية سلطات استثنائية بالإضافة إلى دوره في العملية التشريعية التي يقوم بها من خلال إصداره للقوانين، واقتراحها والاعتراض عليها. وتتمثل السلطات الاستثنائية الممنوحة لرئيس السلطة حسب أحكام القانون الأساسي، بحق الرئيس في إصدار قرارات لها قوة القانون، مشروط

⁷ جمال الدين، س. مرجع سابق، ص (15).

⁸ أنظر المرسوم بقانون رقم (1) لسنة 1998 بشأن سريان قانون السياحة رقم (45) لسنة 1965 على جميع الأراضي الفلسطينية، والمرسوم بقانون رقم (1) لسنة 1999 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (5) لسنة 1998 بشأن دمج ومراقبة المعادن الثمينة.

⁹ أنظر القرار بقانون رقم (2) لسنة 2006 بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية العدد الممتاز بتاريخ 2006/2/14. وكذلك القرار بقانون رقم (4) لسنة 2006 بشأن تعديل قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005.

إصدارها بوجود حالات ضرورة لا تحتتمل التأخير في غير أدوار المجلس التشريعي ، حيث نصت المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 على أنه: " لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في حالات الضرورة التي لا تحتتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات ، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت عل المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون ."

والنص السابق مقتبس عن نص المادة (147) من الدستور المصري دون نظر إلى خصوصية الوضع الفلسطيني والى ضرورة التأكيد على مبدأ الفصل بين السلطات. فقد نصت المادة (147) من الدستور المصري لعام 1971 على أنه: " إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على أثارها بوجه آخر ."

وأما المادة (94) من الدستور الأردني لعام 1952 فقد نصت على أن: " 1- عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحلا يكون لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتتمل التأخير أو تستدعي صرف نفقات مستعجلة

غير قابلة للتأجيل ، ويكون لهذه القوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام هذا الدستور قوة القانون، على أن تعرض على المجلس في أول اجتماع يعقده وللمجلس أن يقر هذه القوانين أو يعدلها، أما إذا رفضها فيجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلانها فوراً ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول مفعولها على أن لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة.

2- يسري مفعول القوانين المؤقتة بالصورة التي يسري فيها مفعول القوانين"

لقد كان المشرع الدستوري موقفاً في آخر نص المادة (94) السابقة، عندما أكد على أن؛ زوال مفعول القانون المؤقت لا يؤثر في العقود والحقوق المكتسبة، وهذا ما لم يؤكد عليه النص في القانون الأساسي الفلسطيني.

إن من الممكن إصدار لوائح الضرورة في الوقت الذي تتوفر فيه الشروط اللازمة لإصدارها، والتأكد من وجود حالة الضرورة التي من شأنها أن توضح حدود استخدام السلطة التنفيذية لصلاحياتها. وينبغي على الحكومة عرض لوائح الضرورة على البرلمان في أول جلسة له للمصادقة عليها وإجازتها، وإذا استحال اجتماع البرلمان لسبب ما، تبقى لوائح الضرورة نافذة، بحيث لا يجوز للمحاكم أن تمتنع عن تطبيقها بدعوى عدم شرعيتها، وتقبل الطعون ضدها بدعوى أنه تجاوز السلطة، أما إذا اجتمع البرلمان ولم تعرض عليه السلطة التنفيذية لوائح الضرورة للتصديق عليها فإنها تسقط من تلقاء نفسها، وتعد بذلك اعتداء على اختصاصات السلطة التشريعية¹⁰.

ولم يحدد المشرع الفلسطيني هنا كما فعل المصري، في حال لم تعرض اللائحة على المجلس التشريعي، فيما إذا ما احتاج إسقاطها إلى قرار بذلك أم لا، سواء من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، أو من مجلس الوزراء. حيث أكد نص المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني

¹⁰ جمال الدين، س. لوائح الضرورة، المرجع السابق، ص (21).

المعدل على وجوب عرض القرارات بقوة القانون على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات، والا زال ما كان لها من قوة القانون. وفي حال رفض البرلمان التصديق على لائحة الضرورة فإنها تعتبر كأن لم تصدر وتلغى من يوم صدورها وليس بالنسبة للمستقبل فقط¹¹؛ بمعنى أن زوالها يكون له أثر رجعي كذلك.

الفرع الثاني

إصدار لوائح الضرورة ونشرها وإعدامها

على الرغم من الأهمية التي تحظى بها اللوائح بشكل عام، والقيمة القانونية التي تتمتع بها. إلا أن لوائح الضرورة كان لها الأهمية الكبرى نظرا لنشأتها في ظل ظروف استثنائية وقيام حالة الضرورة والخطر المحدق الذي يتربص بالدولة، وكل هذا بالإضافة إلى غيبة البرلمان، والتي هي من أهم شروط نشأة هذه اللوائح في النظم الدستورية المختلفة. ويعكس ذلك نصيب أمام جهتين تقومان بالتشريع في نفس الوقت، وهو ما يخالف مبدأ الفصل بين السلطات المؤكد عليه في الدساتير.

فحق إصدار لوائح الضرورة حسب الدستور الأردني مُنح لمجلس الوزراء بموافقة الملك، كما في نص المادة (94)، بينما منح الدستور المصري في المادة (147)، والقانون الأساسي الفلسطيني من خلال نص المادة (43)، هذا الحق لرئيس الدولة دون الإشارة إلى مشاركة مجلس الوزراء فيه. بالرغم من الدور الهام الذي يحتله مجلس الوزراء في رسم سياسات الدولة.

¹¹ انظر المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

واستخدمت عبارة إصدار قرارات في الدستور المصري والقانون الأساسي الفلسطيني، وكأن لوائح الضرورة تصدر مباشرة دون مرحلة اقتراح أو إعداد مشروع لائحة يتم قبل الإصدار. أما في الأردن فإن لوائح الضرورة تعامل معاملة وضع التشريعات المعدة أو المقترحة من قبل مجلس الوزراء. فالأصل أن تتوافر الشروط اللازمة لإصدار لوائح الضرورة، حتى يتقدم الملك أو رئيس الدولة بطلب من مجلس الوزراء القيام بإعداد مشروع لائحة الضرورة والسير فيه وفق الإجراءات القانونية حسب الأصول.

إلا أن مجلس الوزراء في مصر ملزم بإتباع إجراءات معينة، أثناء مرحلة إعداد مشروع لائحة ضرورة، حيث يعرض مجلس الوزراء مشروع لائحة الضرورة على قسم الفتوى والتشريع التابع لمجلس الدولة المصري، وهذا ما أكدته المادة (63) من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 بقولها: " على كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أي قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذي صفة تشريعية أو لائحة أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته، ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات ". يتضح لنا بموجب هذا النص أن قسم التشريع في مجلس الدولة المصري يتولى النظر في صياغة التشريعات قبل إصدارها.

ولا بد من نشر لوائح الضرورة ليتسنى للكافة العلم بها، ويأخذ نشر اللوائح عدة وسائل. وأما إنهاء العمل بلوائح الضرورة من قبل السلطة التنفيذية يثير عدة مسائل ، منها : جواز سحب هذه اللوائح وإلغائها، والجهات التي تملك حق سحبها وإلغائها، والإجراءات الواجب توافرها في السحب والإلغاء.

المطلب الثاني نظرية الضرورة، نشأتها، وأساسها

بداية لابد من الإشارة إلى مدى العلاقة بين كل من مصطلح الضرورة والظروف الاستثنائية، فقد أوضح الفقه الفرنسي بأن: (حالة الضرورة التي أدت إلى مخالفة القانون ، حالة مؤقتة وتستند إلى ظرف طارئ أو قوة قاهرة، إلا أن هذه الضرورات على العكس من ذلك قد تدوم وقتاً طويلاً نتيجة الظروف التي أدت إليها كالحروب والفتن الحرجة، وفي هذه الحالة تسمى ظروف استثنائية)¹².

ويرى البعض بأن هذه التفرقة لا تستند إلى أساس واضح بالقول : إن أساس تمييز حالة الضرورة بأنها حيث تكون الفترة قصيرة وعابرة. ومن جهة أخرى يرى بعض الفقهاء أن الظروف الاستثنائية أكثر شمولية من نظرية الضرورة ، حيث أن الظرف الاستثنائي الذي قيل به لاستبعاد قواعد المشروعية يؤدي عملياً إلى توسعة قواعد المشروعية بالقدر اللازم الذي يمكّن الإدارة من مواجهة مثل هذه الظروف¹³.

وفي فقه القانون الإداري، نظراً لحدثة القانون الإداري نسبياً، كان الاعتداد بهذه النظرية حديثاً، كما أن بعض الفقه ينظر إلى الضرورة والظروف الاستثنائية كمترادفين سلوكهما واحد ،

¹² ساير داير، ع. (1955): " نظرية أعمال السيادة "، رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة ، مصر. ص (97).
¹³ خليل، م. " القضاء الإداري اللبناني "، مرجع سابق، ص (155).

والبعض الآخر يتحدث في كليهما عن نفس مفهوم شروط وأثار نظرية الظروف الاستثنائية والعكس صحيح¹⁴.

ويطلق القضاء الإداري في مصر عليها نظرية الضرورة أو حالة الضرورة¹⁵. وقد سارت على ذات النهج محكمة العدل العليا في الأردن¹⁶. لهذا نجد جانبا من الفقه يطلق على هذه النظرية؛ "نظرية الضرورة"، بينما يسميها فريق آخر "نظرية الظروف الاستثنائية". وأنا مع الرأي القائل باستخدام مصطلح نظرية الضرورة، حيث لا وجود للظرف الاستثنائي بدون حالة الضرورة.

الفرع الأول

أساس نظرية الضرورة

إذا كان النظام القانوني العادي وضع ليحكم حياة الدول في الأوضاع الطبيعية، فإنه قد يعجز في فترات الأخطار والأزمات عن تقديم الحلول المناسبة والحماية اللازمة للحفاظ على حقوق وحرية الأفراد، والمحافظة على ديمومة كيان الدولة وأدائها لوظائفها واختصاصاتها كما حددتها التشريعات للظروف العادية. وقد يؤدي تطبيق القانون في تلك الظروف الاستثنائية إلى تعريض النظام العام للخطر وإعاقة سير مرافق الدولة الأساسية أو تعطيله. لكل هذه الأسباب وجدت نظرية الضرورة، لتواجه هكذا حالات شاذة وظروف استثنائية¹⁷.

¹⁴ عبد القادر، س. ع. (1982): "السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة"، رسالة دكتوراة - جامعة عين شمس، مصر. ص (135).

¹⁵ قضاء إداري رقم 587 لسنة 5 ق - حكم صدر بتاريخ 26 يونيو 1951، ص (1099).

¹⁶ عدل عليا رقم 112 / 1982 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ع (2)، السنة 31- ص (176).

¹⁷ الجمل، ي. (1971): "نظرية الضرورة في القانون الدستوري"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص (3).

إن الدولة وهي تقوم بالواجبات العامة ملزمة بتأمين النظام العام وسير المرافق العادية، حيث أن من مقتضى مبدأ المشروعية، وهو خضوع الدولة للقانون: أن أعمال الهيئات العامة وقراراتها النهائية تكون صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية، كما تكون ملزمة للأفراد بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها، بحيث إذا صدرت مخالفة لهذه القواعد فإنها تكون غير مشروعة، ويكون من حق الأفراد وذوي المصلحة طلب إلغائها والتعويض عنها أمام المحكمة المختصة¹⁸.

لذلك فإن الواجبات العامة التي تقوم بها الإدارة تستمر في القيام بها في الحالات الاستثنائية باختصاصات استثنائية واسعة، وذلك لضمان سير المرافق العامة ومواجهة الحالة الواقعية الخطيرة التي تؤثر على أمن وسلامة الوطن، وإن إلحاح الضرورة في مثل هذه الظروف الاستثنائية قد يبرر خروج الدولة وقتياً وطبقاً لشروط معينة على مبدأ المشروعية حتى تتمكن من مواجهة الأزمة وتلافي الخطر. فما هو أساس نشأة فكرة الضرورة، وكيف تجد نظرية الظروف الاستثنائية أساساً لها في مبدأ سير المرافق العامة بانتظام؟

الفرع الثاني

أساس نشوء فكرة الضرورة

إن أساس "فكرة الضرورة"، توسيع سلطات الإدارة لحفظ النظام وضرورة سير المرافق العامة، وإجازة المشرع للسلطة التنفيذية مد نطاق اختصاصاتها. ذلك هو أساس فكرة الضرورة. ونجد في الشريعة الإسلامية خير مثال على ذلك، حيث أسست الظروف الاستثنائية على فكرة الضرورة في القاعدة الفقهية: "الضرورات تبيح المحظورات"، فقد أباح الإسلام، إذا ما واجهت الشخص حالة الضرورة، أن يلجأ في الظروف الطارئة إلى الاستثناء، وهو المحظور عليه في الظروف العادية، كما

¹⁸ الجرف، ط. (1963): "مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون"، مكتبة القاهرة الحديثة / القاهرة، ص(5).

في أكل الميتة والدم ولحم الخنزير. قال تعالى: " إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفورٌ رحيم" ¹⁹.

وتفترض حالة الضرورة قيام خطر جسيم لا يمكن تداركه بالوسائل القانونية العادية، ويترتب على ذلك أن تقوم السلطة التنفيذية بممارسة اختصاصات تشريعية جديدة بالإضافة إلى اختصاصها الأصلي - تعتبر بمثابة العلاج للموقف الاستثنائي - لمواجهة خطر المساس بالمصالح الحيوية للدولة، وعليه تخوّل نظرية الضرورة السلطة القائمة صلاحية مواجهة الأزمات بممارسة اختصاصات إضافية لم تكن تتمتع بها في الظروف العادية، ومما لا شك فيه أن هذه السلطات الاستثنائية تتضمن مخاطر جسيمة تهدد حقوق الأفراد وحررياتهم، مما يستلزم الموازنة بينها لتلافي مغبة إسراف السلطة التنفيذية في استعمال تلك السلطات ²⁰.

وتتسع حالة الضرورة لتشمل الظروف الاستثنائية بكافة تطبيقاتها، كحالة الطوارئ والأحكام العرفية، ولوائح الضبط واللوائح التفويضية، فهي جميعها لها ذات الخصائص وذات التأثير على قواعد المشروعية، بحيث يتم اللجوء إليها في حالات الضرورة.

ولوائح الضبط هي: اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية للمحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة، الأمن العام، الصحة العامة، والسكينة العامة. ويقصد بحفظ النظام العام؛ " حفظ الأمن العام"، وذلك بالعمل على إشاعة الطمأنينة بين الأفراد على أنفسهم وأموالهم، باتخاذ الإجراءات الضرورية لمنع وقوع الحوادث الناجمة عن فعل الإنسان أو الحيوان أو الأشياء. وتعني حماية الصحة العامة؛ اتخاذ الإجراءات الضرورية للوقاية من انتشار الأمراض ومكافحة الأوبئة.

¹⁹ سورة البقرة الآية (173).
²⁰ الطماوي، س. (1979): " مبادئ القانون الإداري"، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث/ دار الفكر العربي، القاهرة. ص (120).

ويكون حفظ السكنية العامة؛ باتخاذ أساليب لمنع الضوضاء، وعلى الأخص في أوقات النوم والراحة²¹.

وتعتبر لوائح الضبط لوائح مستقلة إذ هي لا تستند على قانون سابق، ونصت عليها صراحة المادة (145) من الدستور المصري، حيث أعطت صلاحية إصدارها لرئيس الجمهورية بقولها: " يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط ". ونظرا لأهمية هذه اللوائح لم يعطي فيها الدستور رئيس الجمهورية حق تفويض غيره في إصدارها²².

أما الدستور الأردني فقد خول الملك حق إصدار أنظمة الضبط الإداري بإرادة ملكية تصدر بناء على قرار من مجلس الوزراء، وذلك في الأحوال غير العادية طبقا لنص المادة (124) من الدستور، ويمكن تعريف الضبط الإداري بأنه: " مجموعة الإجراءات القانونية التي تتخذها الإدارة بهدف حفظ النظام العام في الدولة " ²³. إلا أن الجاري والمطبق في الأردن أن السلطة التنفيذية تقوم بإصدار لوائح الضبط في الظروف العادية وغير العادية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن السلطة التنفيذية تتمتع بسلطة تقديرية عند قيامها بنشاط الضبط الإداري إلا أنه من المنفق عليه أيضا أن تصرفاتها تخضع لرقابة القضاء من حيث عدم جواز قيام الإدارة بانتهاك مبدأ المشروعية²⁴.

أما اللوائح التفويضية فهي : تلك التي تخول السلطة التنفيذية سلطة التشريع في بعض

المجالات

²¹ الصالح، ع. (1977): " السلطة اللائحية الإدارية في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء "، مطابع القيس، الكويت. ص (49).
²² شيحا، إ. (2000): " النظم السياسية والقانون الدستوري "، تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف / الإسكندرية. ص (699).
²³ الذنبيات، م. (2003): النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة والدار العلمية الدولية، عمان. ص (260).
²⁴ الذنبيات، م، مرجع سابق. ص (262).

المحجوزة دستوريا للبرلمان بموجب تفويض تشريعي من البرلمان يعطي للسلطة التنفيذية حق التشريع في هذه المجالات. فهي لوائح يكون لها قوة القانون وتصدر عن السلطة التنفيذية، بتفويض من السلطة التشريعية في مسائل تدخل أصلا في وظيفة البرلمان صاحب الاختصاص الأصلي بالتشريع، وكان من المفروض أن يصدر بها قانون من البرلمان²⁵.

ولهذه اللوائح التفويضية قوة القانون، وهي تقوى على تعديل أو إلغاء القانون القائم، ويشترط لإصدارها، تحقق ظروف استثنائية تشكل حالة الضرورة، ويجب أن تحدث هذه الظروف والمجلس التشريعي قائم حتى يتمكن من منح التفويض التشريعي، ومن ثم لا يجوز التفويض فيها في الظروف العادية. وأطلق الفقه الفرنسي عليها اصطلاح " المراسيم بقوانين أو الأوامر"²⁶.
وجدير بالإشارة هنا، أن القانون الأساسي الفلسطيني قد خلا من النص على هذا النوع من اللوائح، إلا أنه جعل من اختصاصات مجلس الوزراء، مسؤولية حفظ النظام العام والأمن الداخلي، دون النص على وجوب توافر حالة الضرورة.

وتفترض الضرورة هنا توافر ظرف استثنائي لا يحدث غالبا في الأوقات العادية والحياة اليومية. فالظرف الاستثنائي يبدو حين تتوافر حالة الخطر غير المألوف، بحيث لا تستطيع الوسائل القانونية العادية مواجهتها ومعالجتها، فيتم اللجوء إلى اللوائح الاستثنائية لصد الخطر. والخطر هنا هو خطر جسيم استثنائي في طبيعته وغير مألوف ولا متوقع²⁷. وقد حدد القضاء الفرنسي لانطباق نظرية الضرورة القائمة على (الظروف الاستثنائية) مجموعة من الشروط على النحو التالي²⁸:

1 - أن تتوفر حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية (غير العادية)، كأن تتعرض البلاد لخطر داهم

²⁵ شبحا، إ. (2000): "النظم السياسية والقانون الدستوري"، تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف /الإسكندرية. ص (713).

²⁶ عبد المجيد، م. مرجع سابق. ص(121).

²⁷ غبريال، و. (1988): "السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية"، منشأة المعارف / الإسكندرية. ص (46).

²⁸ حافظ، م. (1967): "القضاء الإداري"، دار النهضة العربية- القاهرة، ص (19).

بسبب اضطرابات داخلية تخل بالأمن إخلالا شديدا، أو بسبب حدوث فيضان أو انتشار أوبئة

أو

بسبب غزو خارجي.

2- أن تثبت استحالة مواجهة هذه الظروف الاستثنائية بإتباع أحكام وإجراءات القواعد القانونية

القائمة والمقررة للظروف العادية.

3- يجب أن تكون ممارسة السلطات الاستثنائية بقدر ما تتطلبه الضرورة، وفي حدود ما تقتضيه

وحسب.

وعلى الحكومة أن لا تحيد عن مبدأ المشروعية، وإنما تبقى خاضعة لهذه الضوابط، سواء

في ظل الظروف العادية أو الاستثنائية.

كما فسرت محكمة العدل الأردنية في بعض القرارات الصادرة عنها " حالة الضرورة " بأنها،

تتمثل في نشوء خطر جسيم يتعذر مواجهته بالطرق القانونية العادية كالحرب والكوارث والفتن

الداخلية، وأن يكون هذا الخطر أو الأمر الطارئ داهما وملحا وغير متوقع، كالكوارث والفتن التي

تنشأ فجأة، فإذا كانت قائمة من قبل أو متوقعة فلا تعتبر من الأمور الطارئة وبالتالي لا تكون من

حالات الضرورة ويمتنع على السلطة التنفيذية إصدار قوانين مؤقتة لمعالجتها²⁹. ذلك أن حالة

الضرورة تقاس بوجود أحداث مفاجئة تشكل خطرا جسيما.

الفرع الثالث

مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد

²⁹ عدل عليا رقم 97/266 بتاريخ 1998/1/26، والمنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد (1،2) لسنة 1998.

تجد نظرية الضرورة أساسا لها في؛ ضرورة استمرار سير المرافق العامة ودوامها بانتظام واضطراب، وقيام السلطة الإدارية بواجباتها العامة المقررة عليها في كل الظروف، ولذا فمن واجب السلطة الإدارية أن تواجه الظروف الاستثنائية التي من شأنها أن تعرقل سير المرافق العامة إذا سارت وفق النظم المقررة لسير الإدارة في الظروف العادية. ولكن عليها أن تتبع قواعد المشروعية بقدر مواجهة تلك الظروف. ويقوم القضاء بالرقابة على أعمال الإدارة، حيث له أن يقرر مدى التزام الإدارة

بتحقيق أهداف مواجهة الظروف الاستثنائية بإجراءات استثنائية.

مما تقدم نجد أن اللجوء لنظرية الضرورة، يكون في بقاء الدولة بالمحافظة على سلامتها وأمنها ابتغاء الصالح العام، وأن مبدأ المشروعية غايته بقاء أعمال الدولة مشروعة مما يحفظ وجودها واستمرارها، وهو الأساس الذي قرره القضاء في أحكامه.

ويتجه معظم الفقه الحديث في مصر وفرنسا إلى الأخذ بالنظرية القانونية للضرورة، واعتنق المشرع الدستوري المصري بعض تطبيقات هذه النظرية، ومكّن السلطة التنفيذية من إصدار لوائح الضرورة في الوقت الذي تتوافر فيه الشروط اللازمة لإصدارها. وتتمثل هذه الشروط في مجموعة من الضوابط التي من واجب السلطة التنفيذية احترامها والالتزام بها، وهي على النحو التالي:-

1- وجود تهديد بخطر جسيم حال موجه ضد الدولة، بإجماع الفقه والقضاء، ويتم تحديد هذا التهديد بالخطر بتحديد مصدره الذي قد يكون مصدرا طبيعيا كالكوارث الطبيعية، كما قد يكون اقتصاديا كالأخطار العامة، وقد يكون ناتجا عن حرب أو عصيان مسلح على انه يجب أن يخرج التهديد بالخطر عن إطار المخاطر العادية أو المتوقعة.

ولا بد أن يكون الخطر حال، وليس متوقع أن يحصل مستقبلاً، و ألا يكون قد وقع وانتهى، فالمقصود هنا هو الخطر الذي يكون قد بدأ فعلاً أو هو وشيك الوقوع، دون أن يكون قد انتهى ، ولا تجد السلطة التنفيذية أية فرصة للجوء إلى وسيلة أخرى غير إصدار لوائح الضرورة³⁰. وينبغي كذلك تحديد محل أو موضوع التهديد بالخطر.

2- استحالة مواجهة هذا التهديد بالطرق العادية وعن طريق المؤسسات الدستورية المختصة، وهو شرط يجمع عليه الفقه والقضاء. ويعني ، أنه في حال وجود وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع أن تواجه المخاطر التي تهدد سلامة الدولة ف إنه يجب استخدام تلك الوسيلة، أما في حال استحالة وجود الوسيلة، يتم الرجوع إلى تطبيق نظرية الضرورة.

3- يشترط تحقق الارتباط بين لوائح الضرورة والهدف منها، ويجب أن تهدف هذه اللوائح إلى المحافظة على سلامة الدولة لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تهددها، ويقع هنا على عاتق السلطة التنفيذية اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتحقيق هذا الهدف.

4- يجب إنهاء العمل بلوائح الضرورة فور انتهاء أو زوال الظروف الاستثنائية التي دعت إلى تطبيقها³¹. كما تنتهي هذه اللوائح إذا تمت معالجتها بالإلغاء، أو بالإقرار التشريعي لها من خلال القوانين.

واتجه القضاء المصري كذلك، قبل إنشاء مجلس الدولة إلى الاعتداد بالضرورة كسبب يببرر الخروج على أحكام المشروعية العادية في حال طرأ ما يهدد الأمن العام، بحيث يجب العمل على

³⁰ جمال الدين، س. لوائح الضرورة، المرجع السابق، ص (23 وما بعدها).

³¹ جمال الدين، س. المرجع السابق، ص (25).

تلافيه بالسرعة الممكنة مما يفتح الباب أمام السلطة التنفيذية (الحكومة) إلى اتخاذ إجراءات عاجلة لدرء المخاطر.

المطلب الثالث

تحديد القيمة القانونية للوائح الضرورة

تاريخياً قام أرسطو بتقسيم الدولة إلى ثلاثة أنواع: مداولة، وأمر، وقضاء؛ على أن هذا التقسيم لم يصل بأرسطو ولا بغيره من المفكرين القدماء إلى ضرورة الفصل بين هذه السلطات التي تقوم بهذه الوظائف³². وبعد الثورة الفرنسية، خرج مبدأ الفصل بين السلطات إلى حيز الوجود، وعمد رجال الثورة إلى جعله مبدأً مطلقاً، وأيدهم الكثير من الفقهاء حفاظاً منهم على حقوق المواطنين وحررياتهم. إلا أنه اتضح لهم بعد ذلك أن الفصل المطلق بين السلطات يؤدي إلى نتائج عكسية، فنقرر جعله نسبياً قائماً على التنسيق والتداخل بين وظائف السلطات، ولعل من أهم مظاهر التداخل هذه، ممارسة السلطة التنفيذية للوظيفة التشريعية عن طريق إصدار اللوائح³³.

إن اللائحة والقانون لا يختلفان من حيث الطبيعة الموضوعية لكل منهما، باحتوائها على قاعدة عامة مجردة، إلا أنه قيل حول ضرورة تحديد مواضيع ذات أهمية خاصة، كمسائل الحريات العامة والحرب والتجريم، وجعلها من اختصاص البرلمان وحده باعتباره السلطة العليا التي تمثل إرادة الأمة. ومن ناحية أخرى هنالك مسائل لائحية بطبيعتها يجب ترك أمر تنظيمها للسلطة التنفيذية

³² الطماوي، س. النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص (185).

³³ حافظ، م. (1970): "القرار الإداري"، دراسة مقارنة، معيار تمييز القرار الإداري وأنواع القرارات الإدارية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة. ص (182).

كالقواعد التفصيلية ذات الصبغة الفنية التي يصعب على المشرع البتُّ فيها، وهو ما دعا إلى تواجد اللائحة إلى جوار القانون³⁴.

بينما تتمتع الإجراءات الصادرة في حالة الضرورة بذاتية خاصة تميزها عن قواعد المشروعية العادية. فمن ناحية: تعتبر حالة الضرورة سببا لإضفاء قوة القانون على لوائح الضرورة. ومن ثم يجوزُ لهذه اللوائح مخالفة القانون وتعديله وإلغائه³⁵. بغير الطريق العادي للتعديل أو الإلغاء. ومن ناحية أخرى: يجوز في حالة الضرورة اتخاذ إجراءات تقيّد بعض الحقوق والحريات العامة غير الأساسية للأفراد، أما من ناحية ثالثة: تملك لوائح الضرورة تنظيم موضوع من المواضيع التي عجز الدستور عن تنظيمها في الأوقات العادية. وهو ما أقرته المواد (108،147) من الدستور المصري، والمادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني، والمادة (34) من الدستور الفرنسي. أما الدستور الأردني فقد أطلق على مثل هذه اللوائح في المادة (94) مصطلح (القوانين المؤقتة). ويظهر لوائح الضرورة إلى جانب القانون، بوصفها تشريعا لا بد منه اختلف الفقهاء حول معيار محدد للتمييز بين لوائح الضرورة والقانون، فأخذ بعضهم بالمعيار الموضوعي، بينما اعتمد البعض الآخر المعيار الشكلي.

الفرع الأول المعيار الموضوعي

³⁴ الحلوم، م. (1996): " القانون الإداري "، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية. ص (525).
³⁵ يبدو لنا هذا الأمر جليا بالنظر للقوانين المؤقتة الأردنية، فالعديد من هذه القوانين أصدر للإلغاء قانون آخر أو لتعديله، ونذكر منها (قانون معدل لقانون البيئات رقم (37) لسنة 2001، وقانون إلغاء قانون أكاديمية الطيران الملكية الأردنية رقم (76) لسنة 2001. القانون المؤقت المعدل لقانون العقوبات رقم (54) لسنة 2001.

اختلف الفقهاء بالأخذ بالمعيار الموضوعي بعدة اتجاهات، وأخذ الاتجاه الأول بالمبدأ القائل بأن القانون قاعدة عامة، ويعتبر مؤيدوا هذا الاتجاه بأن القانون هو تعبير عن الإرادة العامة، فهو يشتمل على القواعد العامة المجردة التي لا ينصرف حكمها إلى حالة معينة بذاتها، أو شخص معين بذاته، وإنما ينطبق على كل من تتوفر فيه شروط تطبيقها.

بينما أكد معارضوا هذا الاتجاه بأنه من حيث المنطق لا يصلح معيارا لتعريف القانون وتمييزه عن اللائحة، لأن القانون لا يتميز بصفة العمومية فحسب بل يتميز أيضا بطابع الإبداع والابتكار، ولا يخضع القانون إلا للرقابة على الدستورية، وأن هذا ما يميزه عن اللائحة. حيث تضع اللوائح في بعض الأحيان قواعد عامة، كما أن القوانين لا تضع في حالات أخرى قواعد عامة، كقانون الميزانية مثلا³⁶.

طبقا لهذا الاتجاه، يُمَيِّزُ المعيار الموضوعي اللائحة عن القانون بالنظر لموضوع أو محتوى العمل، فإذا كان موضوعه يتعلق بقواعد عامة مجردة فيعتبر ذا طبيعة تشريعية بغض النظر عن سلطة الإصدار.

أما أصحاب الاتجاه الآخر فاعتبروا بأن القانون هو الذي يضع المبادئ، وقالوا بأن التمييز بين القانون واللائحة يعتمد على مضمون كل منهما، على أساس أن القانون يقر المبادئ الأساسية، بينما يقتصر دور اللائحة على إيراد التفاصيل، إلا أن هذا الاتجاه لم يفلح في التمييز بين اللائحة والقانون³⁷. بينما يؤيد فريق من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه "دوجي"؛ المعيار الموضوعي، ويرى بأن

³⁶ حافظ، م. القرار الإداري، مرجع سابق، ص (188).
³⁷ جمال الدين، س. (1982): " اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية. ص (19-20).

مجال التفرقة بين القانون واللائحة يجب أن يرجع فيها إلى موضوع كل منهما. فإذا تمثل العمل في قاعدة عامة مجردة

فأنشأ مركزاً قانونياً عاماً اعتبر عملاً تشريعياً، أما إذا تجسد في قرار فردي يتعلق بفردي، أو مجموعة أفراد بذواتهم، أو تعلق بحالة أو حالات بعينها فأنشأ مركزاً قانونياً خاصاً اعتبر عملاً إدارياً³⁸.

ويرى "دوجي"؛ بأن البناء القانوني للدولة يتكون من مجموعة من المراكز القانونية العامة والفردية، وأن هذا البناء يرتكز على الأعمال القانونية التي تصدرها السلطات المختلفة، التي تولد المراكز القانونية، وبالتالي فهي التي تنشئ أو تعدل أو تلغي المراكز القانونية العامة أو الخاصة³⁹.

ويقصد بالمركز القانوني مجموعة الحقوق والالتزامات التي يمكن أن يتمتع بها شخص

معين، استناداً إلى القانون، وبمعنى آخر : هو الحالة التي يوجد فيها الفرد إزاء القانون. أما بالنسبة للأعمال القانونية: فهي تعبير عن إرادة مُصدر العمل في إحداث أثر قانوني يترتب عليه تعديل في التنظيم القانوني القائم، وتنقسم من حيث آثارها ؛ أي من حيث نوع وطبيعة المراكز القانونية إلى : أعمال مشرعة، أعمال شرطية، وأعمال شخصية. أما الأعمال المشرعة: فهي تلك التي تضع قواعد عامة تؤدي إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة، ومثالها القوانين واللوائح⁴⁰.

وعلى ضوء المعيار الموضوعي، عرّف الفقيه "دوجي" العمل التشريعي بأنه: قاعدة عامة موضوعية، بغض النظر عن صفة الهيئة التي أصدرته، والشكل والإجراءات المتبعة بإصداره، وينطبق هذا على الأعمال المشرعة وهي "القوانين واللوائح". بينما يعتبر العمل إدارياً إذا اتسم

³⁸ الحلو، م. مرجع سابق، ص (399).

³⁹ جمال الدين، س. (2004): "أصول القانون الإداري"، منشأة المعارف، الإسكندرية. ص (397).

⁴⁰ جمال الدين، س. أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص (398).

بطابع الخصوصية أو الفردية، وهذا يصدق على الأعمال الذاتية أو الشخصية وعلى الأعمال
الشرطية⁴¹.

وبالرغم من أن هذا المعيار يتميز بأنه أكثر اتفاقاً مع طبيعة الأشياء وأكثر مساعدة على تفهم
حقيقة أعمال الدولة، إزاء اهتمامه بجوهر العمل وطبيعته الداخلية دون المظهر الخارجي، إلا أنه
يعاب على هذا المعيار شدة تعقيده ودقته مما أثار خلافات فقهية كبيرة، كما أنه من ناحية أخرى؛ لا
يتفق مع المبادئ القانونية التي يقوم عليها القانون الوضعي في فرنسا والدول التي تأثرت بنظمها
القانونية في مصر⁴².

الفرع الثاني المعيار الشكلي

المعيار الشكلي: هو المعيار الذي يُنظر بمقتضاه إلى العمل القانوني من خلال السلطة التي
أصدرته، فإذا صدر العمل القانوني عن السلطة التشريعية يكون عملاً تشريعياً، وإذا صدر عن
السلطة القضائية اعتبر عملاً قضائياً، أما العمل الصادر عن السلطة التنفيذية يعد عملاً إدارياً
بغض النظر عن مضمونه⁴³.

ووفقاً لهذا المعيار تكون العبرة للتمييز بين اللائحة والقانون في الجهة أو الهيئة التي يصدر
عنها كل منهما، وفي الشكل والإجراءات التي اتبعت في إصداره، بصرف النظر عن موضوع
وطبيعة العمل. فالقانون هو الذي يصدر عن السلطة التشريعية، بينما تصدر اللائحة عن السلطة
التنفيذية، علماً بأن كليهما قد يحتوي على قاعدة عامة مجردة. وللعمل بهذا المعيار لا بد من الفصل

⁴¹ حافظ، م. القضاء الإداري، مرجع سابق، ص (393-394).

⁴² جمال الدين، س. أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص (399).

⁴³ عمرو، ع. (2002): مبادئ القانون الإداري الفلسطيني، المطبعة العربية الحديثة، فلسطين. ص (54).

الكامل بين السلطات الثلاث، الأمر الذي من الصعب تحقيقه، خصوصا عند قيام السلطة التنفيذية بممارسة الاختصاص التشريعي من خلال إصدار اللوائح والأنظمة الإدارية، وقيامها كذلك بممارسة اختصاص قضائي من خلال الفصل في المنازعات، كلجان التحقيق واللجان التي تنتظر الاعتراضات وغيرها⁴⁴.

وقد أخذ النظام الدستوري في مصر بمبدأ الفصل بين السلطات⁴⁵، وما يترتب عليه من نتائج، يستلزم الأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين مختلف أعمال السلطات العامة التي قد تتشابه من حيث طبيعتها الداخلية أو مضمونها، ومثالها اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية والتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية⁴⁶.

فإذا كان الأصل هو ممارسة السلطة التشريعية لوظيفة التشريع، على أن تختص السلطة التنفيذية بوظيفة التنفيذ، فإن لهذا الأصل استثناءات، إذ لا تزال كل من الهيئتين التشريعية والتنفيذية تملك سلطة ممارسة بعض مظاهر الوظيفة المخصصة للأخرى. فالسلطة التشريعية تملك أن تأتي أعمالا ذات طبيعة تنفيذية، كقوانين اعتماد الميزانية وعقد القروض⁴⁷.

ويؤكد هذا التداخل ضرورة الأخذ بالمعيار الشكلي، لأن اختلاف الجهة مُصدرة العمل يؤدي إلى اختلاف عناصر الشكل والإجراءات التي يصدر فيها العمل القانوني، وتصبح بالتالي هذه الأشكال هي المميز الوحيد والأساس بين هذه الأعمال.

يتميز هذا المعيار بالبساطة وعدم التعقيد، فيكفي معرفة مصدر العمل القانوني لتحديد نوعه. بينما يعاب على هذا المعيار، بأنه يقوم على أساس الفصل المطلق بين السلطات بحيث تختص كل

⁴⁴ حافظ، م. القضاء الإداري، مرجع سابق، ص (389-390).

⁴⁵ أنظر المواد (86، 137، 141) دستور مصري.

⁴⁶ جمال الدين، س. أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص (399).

⁴⁷ الجرف، ط. مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص (71).

سلطة بإحدى الوظائف التشريعية أو القضائية أو التنفيذية دون غيرها، بينما يشير الواقع إلى وجود تداخلات في هذه الوظائف بين السلطات المختلفة في الدولة واستحالة الفصل المطلق⁴⁸.

وفي فرنسا فقد استحدث دستور سنة 1958، ما يعتبر خروجاً على جميع المبادئ التقليدية، فقد حدد مجالاً معيناً للقانون⁴⁹، وجعل ما عداه من اختصاص اللائحة، وهكذا تم تقييد اختصاص المشرع في فرنسا، وأصبح اختصاص الإدارة في إصدار اللوائح، اختصاصاً عاماً. فقد أكدت المادة (37) من الدستور الفرنسي على أن: " جميع الموضوعات التي لا تندرج في مجال القانون، تعتبر ذات طبيعة لائحية ". أما المشرع المصري فقد نص صراحة على الأخذ بالمعيار الشكلي، في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، باختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر الطعون المتعلقة بالقرارات الصادرة من جهات إدارية ذات اختصاص قضائي. وهناك العديد من الأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة القضاء الإداري تأخذ بالمعيار الشكلي، مع الاستعانة بالمعيار الموضوعي بصفة استثنائية في بعض الحالات⁵⁰.

وقد أخذ كل من الدستور الأردني والقانون الأساسي المعدل للسلطة الوطنية الفلسطينية

بالمعيار

الشكلي في التمييز بين اللائحة والقانون، إذ أخذت بمبدأ الفصل بين السلطات، فأناط الدستور الأردني الوظيفة التشريعية بالسلطة التشريعية التي يتولاها الملك ومجلس الأمة، والسلطة التنفيذية يتولاها الملك بواسطة وزرائه⁵¹. كما أكد القانون الأساسي الفلسطيني بأن المجلس التشريعي يتولى

⁴⁸ جمال الدين، س. أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص (401).

⁴⁹ أنظر المادة (34) من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

⁵⁰ الحلو، م. مرجع سابق، ص (399-401).

⁵¹ المواد (24، 25، 26) دستور أردني.

المهام التشريعية والرقابية، بينما يعتبر مجلس الوزراء الأداة التنفيذية والإدارية العليا التي تضطلع بمسئولية وضع البرنامج الذي تقره السلطة التشريعية موضع التنفيذ⁵².

وعليه فقد اعتبرت محكمة العدل العليا الأردنية بأن القرار الإداري لا بد أن يصدر عن سلطة إدارية لا سلطة قضائية أو تشريعية⁵³. بينما تبنت رأياً آخر بشأن القوانين المؤقتة حيث أكدت في قرار آخر بأن: " القوانين المؤقتة التي تصدرها السلطة التنفيذية تعتبر في الواقع من قبيل الأعمال التشريعية التي لا يمكن الطعن بها بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا"⁵⁴.

كما عرّفت محكمة القضاء الإداري المصرية القرار الإداري بأنه: " إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، ذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"⁵⁵.

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فقد عرّفت القرار الإداري بأنه: " عمل قانوني من جانب واحد يصدر بالإرادة الملزمة لإحدى الجهات الإدارية في الدولة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، في الشكل الذي يتطلبه القانون، بقصد إنشاء وضع قانوني معين ابتغاء مصلحة عامة"⁵⁶.

وتطبيقاً للمعيار الشكلي للتمييز بين الأعمال الإدارية والأعمال التشريعية، قررت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن: " السلطة التشريعية هي التي تقوم أصلاً بالأعمال التشريعية أي بإصدار القوانين باعتبارها قواعد عامة مجردة، كما أن السلطة التنفيذية هي التي تقوم أصلاً بتطبيق وتنفيذ هذه القوانين، وذلك بإصدار قرارات إدارية في شأن الأفراد والحالات التي توافرت لها شروط

⁵² المواد (47، 63، 70) قانون أساسي فلسطيني.

⁵³ عدل عليا رقم 52 / 1953، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ع(2) لسنة 1954، ص (70).

⁵⁴ عدل عليا رقم 105 / 1956، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ع(1) لسنة 1956، ص (1). وكذلك القرار رقم 77/30، ع(9-10)، السنة 1977، ص (1183).

⁵⁵ حكم المحكمة الصادر بتاريخ 1956/2/27، المجموعة س(10)، ص (194).

⁵⁶ حكم المحكمة الصادر بتاريخ 1964/2/29، المجموعة س(9)، ص (448).

تلك القواعد العامة المجردة، كما يجوز الخروج على هذين الأصلين بنص دستوري على نحو ما جرى به الدستور الملغى (دستور سنة 1923)، حيث أباح للسلطة التنفيذية التشريع في بعض الأحيان، كما أعطى السلطة التشريعية حق إتيان أعمال إدارية بعضها يصدر في صورة قانون، كاعتماد ميزانية الدولة، وقانون العفو الشامل، وقيام الأحكام العرفية، وتعيين مخصصات الملك، والقروض العامة، والتزام المرافق العامة وغيرها.

أما الأعمال الإدارية التي يصدرها البرلمان في صورة قوانين، ومنها قانون ربط الميزانية، فتزى المحكمة الأخذ بالرأي الذي يأخذ بالمعيار الشكلي، ومقتضى ذلك ولازمه أن يكون لقانون ربط الميزانية حصانات القوانين العادية، ومن ثم لا يقبل الطعن فيها وطلب إلغائها لعيب مجاوزة السلطة أو الانحراف بها. أما الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية ولو كانت في مقام التشريع كاللوائح وغيرها، فإنها تخضع لرقابة القضاء، وتكون رقابته عليها من حيث الموضوع هي عين رقابته على سائر القرارات الإدارية، ويقبل الطعن عليها بجميع الطعون⁵⁷.

كما قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية كذلك بأن: " إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه ليس من شأن هذا الإقرار في ذاته، أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد⁵⁸."

⁵⁷ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بتاريخ 1952/4/27، المجموعة س(7)، ص (1000).
⁵⁸ دستورية عليا 1985/5/4 طعن 28 لسنة 2 ق - الجريدة الرسمية في 1985/5/16 ع (20).

نخلص إلى القول بأن المعيار الشكلي هو المعيار الذي يتم اللجوء إليه بصفة أساسية، فاللائحة والقانون يضعان قواعد عامة مجردة، وباعتبار السلطة التشريعية تعلق على السلطة التنفيذية لتعبيرها عن إرادة الأمة كونها ممثلة للشعب، فإن اللائحة تبقى في مركز ثانوي بالنسبة للتشريع. فاللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، وإن كانت تعد أعمالاً تشريعية وفقاً للمعيار الموضوعي، إلا أنها تعتبر أعمالاً إدارية وفقاً للمعيار الشكلي المأخوذ به فقها وقضاء في مصر وفرنسا. أما التشريعات واللوائح التي يتم عرضها على البرلمان لإقرارها بقانون، تعد من القوانين استناداً إلى المعيار الشكلي، لأنها تصدر بصورة قانون أقره البرلمان طبقاً للإجراءات التي رسمها الدستور لإصدار القوانين، وتخرج عن نطاق الأعمال الإدارية بالرغم من كونها كذلك وفقاً للمعيار الموضوعي⁵⁹.

أما في حال تم إقرارها من قبل البرلمان كما هي، دون اتخاذ الإجراءات الخاصة بإصدار القوانين، فإنها تبقى لوائح لها قوة القانون.

⁵⁹ جمال الدين، س. (1992): " الرقابة على أعمال الإدارة"، منشأة المعارف، الإسكندرية. ص (234-235).

الفصل الأول

أساليب الرقابة على الدستورية

" مفهومها، تقييدها، تطبيقاتها عليها "

تمهيد:

يقف الدستور على قمة هرم القواعد القانونية⁶⁰، وتحمل القوانين المرتبة التالية له، بينما تأتي اللوائح في مرتبة تلي القوانين . وتتدرج اللوائح فيما بينها في بعض النظم، فاللوائح التي يصدرها رئيس الدولة في النظم التي تعطيه هذه الصلاحية تأتي في درجة أعلى من تلك التي يصدرها مجلس الوزراء والوزراء، وهكذا يجب على كل سلطة احترام اللائحة التي سنتها.

ويُطلقُ مصطلح الدستور على القانون الأساسي في دولة ما؛ ويُعد قمة التنظيم القانوني في أي دولة وهو الذي يتناول تنظيم الدولة باعتبارها مؤسسة المؤسسات السياسية، أو المؤسسة الأم لكل المؤسسات داخل الدولة، ويتناول (تنظيم السلطات العامة وتكوينها واختصاصها، وكيفية مباشرة هذه الاختصاصات، وحدودها ، وضوابطها، وعلاقة سلطات الدولة ببعضها، وبالمواطنين، وحقوق المواطنين في مواجهة السلطات وكيفية حمايتها)⁶¹.

ويأتي موضوع الرقابة على دستورية القوانين واللوائح كنتيجة حتمية لمبدأ تدرج التشريع، وسمو الدستور، والرقابة تمثل أحد الضمانات الأساسية والهامة لضمان تطبيق الدستور، حيث تمثل الرقابة على الدستورية تحقيق المشروعية بما يتفق ومبدأ سمو الدستور وتدرج التشريع.

فالمقصود بمبدأ سمو الدستور، علوه بحيث يتمتع على الدولة بكافة مؤسساتها مخالفتها، بإصدارها لتشريعات وقوانين تتسبب بظلم الأفراد والإضرار بهم. وحتى رئيس الدولة لا يستطيع مخالفة الدستور على الرغم من أن الدستور قد يكون منحة خالصة منه ، وتمتاز الدساتير بهذا سمو

⁶⁰ يعني أن يكون للدستور سمو على ما عداه من تشريعات وأن تكون له مكانة الصدارة عليها، ومن ثم تلتزم جميع السلطات في النظام السياسي في الدولة بوجوب التقيد بنصوصه واحترامه وعدم الخروج على حدوده، والالتزام به كقيد حاكم لها في ممارستها لسلطاتها، ومن بعد يمثل السياج العام للحقوق والحريات العامة. أنظر (درويش، إ. (2004): " القانون الدستوري "، النظرية العامة والرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص (148)).

⁶¹ بدوي، ث. (1971): " القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر "، دار النهضة العربية، القاهرة. ص (95).

على القوانين العادية التي يسنها البرلمان⁶². ولا اعتبار التشريع غير مشروع لا بد أن يكون مخالفاً لتشريع أعلى منه درجة، أو أن يصدر مخالفاً لقاعدة قانونية أقوى منه أي كان مصدرها.

فلا يجوز أبداً أن يتعارض تشريع فرعي أو لائحي أو قرار إداري مع تشريع عادي، أي كانت طبيعته، ولا يجوز مطلقاً أن يتعارض التشريع العادي، ولا التشريع الفرعي مع تشريع دستوري. واقترب مبدأ سمو الدستور بضرورة العمل على ضمان احترامه بإقامة نوع من الرقابة على السلطات العامة عند ممارستها لأنشطتها وبما يضمن احترامها وخضوعها والتزامها بمبدأ المشروعية.

فالدستور ينشئ السلطات الحاكمة ويحدد لها اختصاصاتها، وعلى تلك السلطات ممارسة اختصاصاتها على أنها منشأة من قبل الدستور، لا على أنها حقوق خاصة بها وامتيازات شخصية. ولا يجوز لها بالتالي التنازل عن تلك الاختصاصات للغير أو التفويض بها إلا في الحدود التي يبينها الدستور. ولا تستطيع هذه السلطات مخالفة الدستور، فالسلطة التشريعية لا يمكنها الخروج في مجال التشريع عن أحكام الدستور، أو أن تضع قوانيناً تتعارض معه، لأنه لا يجوز أن يتعارض قانون عادي مع القانون الأعلى. فإذا خالف القانون العادي سند مشروعيته وهو الدستور عد باطلاً، وهذا البطلان أمر طبيعي ونتيجة منطقية مترتبة على مبدأ سمو الدستور، سواء نص الدستور على ذلك أو لم ينص⁶³.

فعندما تتخذ السلطة التنفيذية لنفسها صلاحيات السلطة التشريعية في إصدار القوانين واللوائح فإنها تكون في حالة عدم التزام بالدستور، ولذلك كان لا بد من وجود أساليب رقابة فعالة

⁶²الطماوي، س. "النظم السياسية والقانون الدستوري"، مرجع سابق. ص(377).
⁶³الباز، ع. (1978): "الرقابة على دستورية القوانين في مصر"، دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ص (41).

تضمن تقييد السلطة التنفيذية بمبدأ سيادة القانون، ومنعها من التعسف في استخدام سلطاتها، أو تجاوز حدود صلاحياتها الدستورية.

واختلفت الدول باختلاف أنظمتها من مسألة تنظيم الجزاء على مخالفة التشريع للدستور، بل تعددت الحلول، واختلفت الاتجاهات. والواقع أن الرقابة على دستورية القوانين واللوائح اتخذت صوراً عديدة، واختلفت أنواعها وأساليبها باختلاف النظام السياسي السائد في كل دولة على حدة، والرقابة المفروضة على السلطة التنفيذية في إصدارها للوائح الضرورية تهدف إلى التحقق من مشروعية هذه اللوائح.

ويتمثل مفهوم الرقابة على الدستورية، في تقرير حق الرقابة لجهة ما في أن تفرض رقابتها على إصدارات السلطة التشريعية من قوانين ولوائح، لتحديد مدى انسجامها مع الأحكام الدستورية، ذلك أن القواعد الدستورية تحتل المكانة العليا في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة، فهي تسمو على ما عداها من قوانين وإجراءات تتخذها السلطات العامة بما فيها السلطة التشريعية⁶⁴.

وسأتناول من خلال هذا الفصل الرقابتين ال سياسيه والقضائية. بحيث أتحدث في المبحث الأول عن الرقابة السياسية، وطبيعتها، والانتقادات الفقهية الموجهة لها، مع الإشارة لبعض الدول التي أخذت بها، كما سأتناول الرقابة البرلمانية باعتبارها أبرز أشكال الرقابة السياسية، وأهمها. أما المبحث الثاني فسوف يتبلور الحديث فيه عن الرقابة القضائية بحيث سأتناول فيه الرقابة القضائية على الدستورية، والرقابة القضائية الإدارية على المشروعية. علماً بأن الرقابة القضائية على

⁶⁴ عبد الله، م. بحث بعنوان " المحكمة الدستورية في ضوء أحكام الدستور الجديد ومذكرته التفسيرية "، منشور على الإنترنت، الصفحة الخاصة بـ " جمعية العمل الوطني الديمقراطي "، بتاريخ 2004/12/20.

الدستورية، والتي هي عنوان هذه الدراسة، سيتم الحديث عن مفهومها، وموقف الفقه منها، بالإضافة إلى الإشارة لبعض التطبيقات العملية عليها، من قرارات محكمة دستورية عليا، وعدل عليا وغيرها.

المبحث الأول الرقابة السياسية على الدستورية

تتميز الرقابة السياسية على الدستورية، بأنها من الرقابة الوقائية والسابقة على صدور القانون أو اللائحة، فتتصب على القانون قبل صدوره، للتخلص من مشاريع القوانين المخالفة للدستور، ومعنى ذلك؛ أن القانون المراد تشريعه لن يتم إصداره إذا كان مخالفا للدستور لذلك فهي تمنع حدوث الآثار التي قد تحدث لو كانت الرقابة بعد نفاذ القانون. وتفترض وجود هيئة أنشأها الدستور تكون مهمتها التحقق من مطابقة أعمال السلطة التشريعية لأحكام الدستور⁶⁵.

ويختلف الأمر في بعض النظم فقد أكد الدستور السوري لسنة 1973 على الرقابة السابقة على دستورية التشريع قبل صدوره من خلال المحكمة الدستورية العليا حيث ورد نص المادة (145) من الدستور المذكور على أن: " تنظر المحكمة الدستورية العليا وتبت في دستورية القوانين وفقا لما يلي: 1- إذا اعترض رئيس الجمهورية أو ربع أعضاء مجلس الشعب على دستورية قانون قبل إصداره يوقف إصداره إلى أن تبت المحكمة فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها، وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة الدستورية أن تبت فيه خلال سبعة أيام ."

المطلب الأول مفهوم الرقابة السياسية وتقديرها

⁶⁵ بدوي، ث. مرجع سابق، ص(118).
² العلكلي، ر. بحث بعنوان " الرقابة على دستورية القوانين "، منشور على الإنترنت، الصفحة الخاصة بجريدة الصباح الجديد / بتاريخ 2005/2/6.

ترمز الرقابة السياسية إلى الجهة التي تباشرها، أي الجهة المنوط بها ممارستها. فهي الرقابة التي يُعهد بها إلى هيئة سياسية سلطة التحقق من مطابقة أحكام التشريع للدستور، وقد تشكل هذه الهيئة بإحدى

صورتين، الانتخاب أو التعيين، وهي رقابة وقائية سابقة تنصب على القانون قبل صدوره (مشاريع القوانين)، للتخلص من المشاريع المخالفة للنصوص الدستورية². وتتحدد الطبيعة السياسية لهذه الرقابة استنادا على أمرين:

الأمر الأول: تشكيل الهيئة:

يؤخذ بعين الاعتبار في التشكيل مجموعة من العناصر الدستورية التي تتدرج في هذه الهيئة، وهي غالبا عناصر تمتاز بخبرات سياسية أو اقتصادية أو قانونية، ويشارك في اختيار أعضاء الهيئة كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية، كما قد يتم اختيارهم عن طريق الانتخاب من قبل الشعب، أو عن طريق الاختيار الذاتي لأعضائها، وتفقر للعنصر القضائي بين الأعضاء⁶⁶. فمن الدول من جعل الرقابة الدستورية من اختصاص الهيئة التشريعية، مثل دستور جمهوريات الاتحاد السوفييتي سنة 1977 قبل انهياره⁶⁷.

وقد تبنت بعض الدول أسلوب الرقابة السياسية، بعد الحرب العالمية الثانية، ولا سيما الدول الاشتراكية، إلا أن كثيرا من الدول التي أخذت بهذا الأسلوب من الرقابة قد عدلت عنه في خضم التغييرات التي حدثت في مجتمعاتها في السنوات العشر الماضية، إلى أن انتهت منه تماما، كما هو الحال في ألمانيا. ومن الدول التي ما زالت تعتنق أسلوب الرقابة السياسية الصين الشعبية، حيث

⁶⁶ الشريف، ع. (1995): "دراسة في الرقابة على التشريع"، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ص (59).
⁶⁷ درويش، إ. مرجع سابق، ص (188).

نص دستورها الصادر في سنة 1978 على اختصاص المجلس الوطني لنواب الشعب بمراقبة تطبيق الدستور والقوانين⁶⁸.

الأمر الثاني: زمن ممارسة الهيئة للرقابة:

فكما أشرنا، تعدُّ الرقابة السياسية رقابة وقائية سابقة على صدور القانون، ومهمة الهيئة هنا هي التحقق من مطابقة الأعمال التشريعية لأحكام الدستور قبل إصدارها.

ويمكننا الحديث عن أسلوبين رئيسيين من أساليب ممارسة الرقابة السياسية⁶⁹، هما:

- 1- أسلوب يعتمد على تشكيل هيئة سياسية، وهي ما تدعى بالرقابة السياسية.
- 2- أسلوب يُتبع في الدول التي يعتبر فيها البرلمان هو السيد من الناحية العملية، وتدعى بالرقابة البرلمانية.

الفرع الأول

الرقابة السياسية

أولاً: مفهوم الرقابة السياسية:

يعتمد هذا الأسلوب على تشكيل هيئة سياسية مهمتها التحقق من أن النص القانوني مطابق للدستور وهو ما اعتمده الدساتير الفرنسية المتعاقبة، حيث ظهرت فكرة هيئة المحلفين الدستوريين إلى الوجود في دستور السنة الثامنة للثورة، تحت مسمى " مجلس الشيوخ الحامي للدستور ". وكان

⁶⁸ درويش، إ. المرجع السابق. ص (189).

⁶⁹ سالم، ع. (2000): " نظم الرقابة على دستورية القوانين " ، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة. ص (25-36).

من صلاحياته ممارسة الرقابة على دستورية القوانين قبل إصدارها، كما يملك إلغاء القوانين غير الدستورية في مواجهة الكافة. إلا أن هذا المجلس لم يكتب له النجاح. وظهرت هيئات سياسية بموجب الدساتير الفرنسية المتعاقبة، منها " اللجنة الدستورية " بموجب دستور سنة 1946⁷⁰، إلى أن تطور هذا الأسلوب من الرقابة بصدر دستور (1958) فنص على تشكيل " مجلس دستوري " يقوم بالرقابة على دستورية القانون المحال إليه ويُصدر المجلس قراره بشأنه خلال شهر من تاريخ الإحالة.

ونجد التجربة الفرنسية أقرب مثال لهذا الأسلوب، فقد عمل دستور فرنسا الحالي الصادر في 4 أكتوبر عام 1958 على تنظيم موضوع الرقابة على الدستورية بإنشائه " مجلسا دستوريا "، يتكون من تسعة أعضاء، ويعد الدستور الفرنسي من أهم الدساتير التي أخذت بهذا النوع من الرقابة، وعهد بها إلى المجلس الدستوري، الذي يمارس اختصاصات متعددة من ضمنها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

ويتكون هذا المجلس حسب نص المادة (56) من الدستور الفرنسي من تسعة أعضاء معينين، تستمر عضويتهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد ، ثلاثة منهم يعينهم رئيس الجمهورية، ويعين رئيس الجمعية الوطنية ثلاثة آخرين، كما يعين رئيس مجلس الشيوخ الثلاثة الباقين. ويتجدد ثلث أعضائه كل ثلاث سنوات، ويكون رؤساء الجمهورية السابقون بحكم الدستور أعضاء لمدى الحياة في المجلس الدستوري بالإضافة إلى الأعضاء التسعة الآخرين.

ويمارس المجلس الدستوري رقابته على دستورية القوانين العادية بناء على طلب مقدم من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو ستين

⁷⁰ درويش، إ. مرجع سابق، ص (172 وما بعدها).

نائبا أو ستين شيخا. ويقوم المجلس الدستوري من تلقاء نفسه بمراقبة القوانين النظامية قبل إصدارها، وكذلك لوائح مجلسي البرلمان قبل وضعها موضع التطبيق⁷¹.

وإذا وجد المجلس الدستوري أن القانون المعروض عليه لا يخالف الدستور قضى بدستوريته، وتستمر بذلك عملية إصداره، أما إذا وجده يخالف الدستور، فيقضي بعدم دستوريته ويتعذر الاستمرار في تشريعه وإصداره. وتتمتع قرارات المجلس بقوة ملزمة في مواجهة السلطات العامة وكافة السلطات الإدارية والقضائية، ولا يمكن الطعن بها بأي شكل من الأشكال⁷².

وفي الدولة التي تأخذ بهذا الأسلوب الرقابي يتعذر على القضاء البحث في دستورية القوانين، وتكون وظيفته تطبيق القانون حتى وإن كان مخالفا للدستور.

ثانيا: تقدير أسلوب الرقابة السياسية:

على الرغم من المآخذ الموجهة لهذا الأسلوب الرقابي فإنه ما زال مطبقا في فرنسا إلى يومنا هذا، في حين أن الغالبية العظمى من الأنظمة السياسية الحديثة تبنت أسلوب الرقابة القضائية وجعلتها من اختصاص هيئة قضائية مختصة⁷³.

• وأشار الفقه الدستوري إلى مجموعة من المزايا التي تتمتع فيها الرقابة السياسية، وهي:

1- إن مثل هذه الرقابة تتم قبل صدور القانون ولذلك أطلق عليها بالرقابة السابقة (الوقائية) وهي

بالتالي أكثر نفعاً وفائدة وفعالية من الرقابة اللاحقة على صدور القانون⁷⁴.

⁷¹ راجع المادة (61) من الدستور الفرنسي.

⁷² راجع كذلك المادة (62) من الدستور الفرنسي.

⁷³ المجذوب، د. محمد. (2002): " القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. ص (92).

⁷⁴ الذنبيات، م. مرجع سابق، ص(189).

⁴ الشريف، ع. مرجع سابق، ص (60).

2- إن طبيعة ومهام هيئة الرقابة على الدستورية هي من المهام السياسية، إذ يضيف دورها الرقابي عليها مكانة عليا بالنسبة للسلطات صاحبة الاختصاص التشريعي التي ستخضع لرقابتها ويكون لها بذلك الكلمة العليا على أعمالها، ويكون من المنطقي تشكيلها تشكيلا سياسيا يجعلها أكثر قبولا لدى السلطات العامة مما هي عليه الرقابة القضائية⁷⁴.

• أما النقد الموجه للرقابة السياسية فيمكن في عدة نقاط على النحو التالي:

- 1- احتياج هذا النوع من الرقابة للكفاءات والمؤهلات والخبرات القانونية ذات المستوى العالي. وإن الرقابة السياسية قد تكون بأيدي أشخاص من غير ذوي الاختصاص بل هم رجال سياسة فقط. ويعيب هذا النظام أنه يؤدي إلى رقابة القوانين من وجهة نظر سياسية بحتة، كما يسمح بمرور الكثير من القوانين العادية دون البحث والتأكد من دستورتها إلا بتقديمها للمجلس الدستوري من خلال الجهات التي حددها الدستور، ولا يمكن البحث في دستورتها بعد ذلك⁷⁵.
- 2- تؤثر هذه الرقابة على صلاحيات السلطة التشريعية وتتحكم بأدائها، باعتبارها تقييد عمل البرلمان لمصلحة الصلاحيات التنظيمية التي تختص بها الحكومة⁷⁶.
- 3- قد تصبح مهمة الرقابة خاضعة لأهواء رجالات السياسة، وتتقاطع مع تيارات سياسية وحزبية تعرقل مهمة الرقابة على التشريعات والقوانين. لأن تحريك موضوع البحث في الدستورية يأتي من السلطات العامة، ولأن تكوين مجلس الرقابة الدستورية يكون ذا طابع سياسي يخل بضمانة الاستقلال والحياد اللازمين للقيام بالدور الرقابي المطلوب.

⁷⁵ Charles Cadoux ,Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Ed. Paris 1980 , p (135).

⁷⁶ Jacques Cadart, institutions politiques et droit constitutionnel, 3eme edition. P 1296.

4- إن تشكيل هيئة لمراقبة دستورية القوانين يجب أن يتم بشكل مستقل تماما وبوحدة وموضوعية وليس داخل البرلمان أو السلطة التنفيذية، ولا يخضع كذلك لسيطرة جهة معينة، وهو ما لا يتوفر في الرقابة السياسية⁷⁷.

5- لعل من أهم العيوب التي تعترى هذا الأسلوب الرقابي، هو أن الرقابة السياسية تحرم الأفراد حق الطعن بدستورية القوانين مما يؤدي إلى التقليل من أهميتها كضمانة لاحترام نصوص الدستور خصوصا تلك المتعلقة بحقوق الأفراد وحيرياتهم، فهي رقابة مخصصة لحماية السلطات العامة وليس لحماية المواطنين وحقوقهم وحيرياتهم⁷⁸.

6- وقيل كذلك بأن الرقابة على الدستورية ما هي إلا رقابة سياسية، فهي تتفاعل وتتأثر بالاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة. ولذا تكون معرضة للانحراف السياسي الذي يرافق هذا النوع من الرقابة مما يؤثر في أساسها المنطقي⁷⁹.

7- اعترض بعض الفقهاء على مبدأ الرقابة، لأن من مقتضاه التسليم بأن تصبح الهيئة المختصة به وحدها صاحبة الحق في إقرار صحة القوانين. فإذا كان التشريع في حقيقته ما هو إلا أداة لتحقيق سياسة معينة، فإن منطق الرقابة سيؤدي إلى السماح للهيئة المختصة بالرقابة، أن تباشر وحدها رسم السياسة والحكم. ومعنى ذلك أن تصبح هيئة الرقابة هي الهيئة العليا في الدولة. وأمكن الرد على هذا الاتجاه بأنه لا خطورة من اعتبار هيئة الرقابة هي الهيئة العليا في الدولة ما دامت هي التي تستند إلى إرادة الأمة التي عبرت عنها السلطة التأسيسية في الدستور⁸⁰.

⁷⁷ الباز، ع. مرجع سابق، ص (99 وما بعدها).

⁷⁸ العكاوي، ر. بحث مشار إليه سابقا.

⁷⁹ أشارت له، الشريف، ع. المرجع السابق، ص (55). وكذلك، الجرف، ط. (1960): "موجز القانون الدستوري"، دار الفكر العربي، القاهرة. ص (142).

⁸⁰ الجرف، ط. مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مرجع سابق، ص (176-177).

الفرع الثاني الرقابة البرلمانية

إحدى أساليب الرقابة السياسية، وتُتبع في الدول التي يعتبر فيها البرلمان هو السيد من الناحية العملية. وقد تختص بها السلطة التشريعية بكامل هيئتها، أو بواسطة بعض أعضائها في شكل لجنة رقابة. كما قد تمارس بواسطة رئيس السلطة التشريعية، ومفاد هذه الطريقة، أن من حق رئيس المجلس التشريعي أثناء المداولات حول مشروع قانون ما أن يقرر عدم فتح باب المناقشة لعدم دستورية القانون. وتعتمد هذه الطريقة على التساؤل المطروح حول دستورية القانون المعروض للمناقشة، أو عدم دستوريته، ومثال على ذلك القانون الدستوري القديم الصادر في السويد سنة 1806، حيث نص على حق رئيس المجلس النيابي في منع التصويت على مشروع قانون غير دستوري⁸¹.

ويعتبر النظام الفلسطيني من النظم التي منحت البرلمان حقاً في الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، فقد منح القانون الأساسي الفلسطيني للمجلس التشريعي حق القيام بمهامه التشريعية والرقابية على الوجه المبين في نظامه الداخلي⁸². كما أوجب عرض لوائح الضرورة على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور اللائحة للمصادقة عليها أو رفضها. وهنا تتحقق رقابة البرلمان على أعمال السلطة التنفيذية التي تدخل في وظيفة التشريع، وتمارس هذه الرقابة كذلك في العلاقات اليومية بين البرلمان والحكومة بمناسبة مناقشة لوائح الضرورة.

⁸¹ مادة (61) من دستور السويد لسنة 1806، أشار لها، السناري، م. " القانون الدستوري "، ونظرية الدولة والحكومة، دراسة مقارنة، مطبعة الإسراء، حلوان، ص (237).

⁸² مادة (47) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

وفي هذا السياق ، نعود فنذكر بأن البرلمان هو صاحب الصلاحية بعملية التشريع ، ومُنحت السلطة التنفيذية صلاحية القيام بهذه العملية كإجراء استثنائي نتيجة حدوث ظروف طارئة واستثنائية، شرط غياب البرلمان. وكما علمنا يُطلق الفقه الدستوري على القرارات بالقوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الضرورة في غيبة البرلمان مصطلح " لوائح الضرورة " . حتى وإن كان الفقه والقضاء قد اتفقا على أنّ تقدير الضرورة أمر متروك للسلطة التنفيذية، إلا أن هذه الصلاحية والتقدير تقامس تحت رقابة البرلمان، فالسلطة ليست مطلقة . وعلى القضاء مراقبة توفر الشروط الخاصة بإصدار هذه اللوائح، في حدود الزمن وفي حدود الموضوع، وبوجود الظروف الطارئ، فلا يجوز استعمالها كوسيلة لتنظيم موضوعات يختص بها التشريع العادي⁸³ .

ويجب عرض لوائح الضرورة على البرلمان خلال مدة زمنية معينة حددها الدستور، إذا كان قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته.

وبالحديث عن الرقابة البرلمانية فإننا نتناول من خلال هذا الفرع مفهوم الرقابة البرلمانية على لوائح الضرورة، ومراعاة مدى تطابقها مع أحكام الدستور، وبالتالي إما أن تتم المصادقة عليها من قبل البرلمان أو يتم إلغاؤها وإبطالها لمخالفتها أحكام الدستور .

أولاً: مفهوم الرقابة البرلمانية:

على الدولة القانونية الالتزام بمبدأ المشروعية، ولا يجوز للسلطة التنفيذية التعدي على القانون، وإذا ما حصل ذلك، عليها أن تدفع بوجود حالة الضرورة، ومن الضروري التحقق من توفر هذه الحالة بالرقابة عليها وبالسرية الممكنة، واختيار الجهاز القادر على هذه الرقابة، والقادر كذلك

⁸³ عدل عليا أردني، قرار رقم (97/226) بتاريخ 1998/1/26.

على فحص كل ما يعرض عليه بشأن استخدام السلطة التنفيذية للاختصاصات الاستثنائية وممارستها بإصدار لوائح الضرورة. حتى وإن كانت السلطة القضائية تستطيع تحقيق الرقابة على نحو أفضل، إلا أن السلطة التشريعية (البرلمان)، - مهما كانت تسميتها - تجمع من الصفات ما يجعلها قادرة على تحقيق رقابة جيدة كذلك.

ولعل من صميم صلاحية السلطة التشريعية في الدول الديمقراطية النيابية، فرض الرقابة

البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية من سياسية وإدارية ومالية، إلى جانب إصدار وسن التشريعات. ويعتبر البرلمان من أهم أجهزة الدولة المؤهل للقيام بالدور الرقابي نظرا لطبيعته السياسية الغالبة، وعليه أن يمارس رقابة حقيقية على لوائح الضرورة الصادرة عن السلطة التنفيذية في فترات الضرورة وغيبة البرلمان.

ويمارس البرلمان دوره الرقابي العادي على أعمال الحكومة، عن طريق الأسئلة والاستجواب وطرح الثقة، ولجان التحقيق البرلمانية⁸⁴. وجميعها أساليب بعيدة عن الدور الرقابي الذي يمارسه البرلمان في الظروف الاستثنائية، التي تستخدم فيها الحكومة سلطاتها الاستثنائية وتقوم بإصدار لوائح استثنائية ولا سيما لوائح الضرورة. ولذلك تحرص بعض الدساتير على أن تحقق الرقابة البرلمانية فعاليتها المطلوبة، وذلك بإتباع أحد أسلوبيين⁸⁵:

الأسلوب الأول: أن يمارس البرلمان وظيفته التشريعية برقابته على لوائح الضرورة، ويكون ذلك بإقراره قوانين تتضمن أحكام هذه اللوائح، مع تعديل أو إلغاء بعضها. ويعتبر هذا الأسلوب عديم

Bernard Chantebout. Droit constitutionnel et science politique, a jour de la constitutionnel de 1995, 12⁸⁴ edition. P (601).

⁸⁵ جمال الدين، س. لوائح الضرورة، مرجع سابق، ص (45 وما بعدها).

الجدوى، وذلك لصدور لوائح الضرورة في الظروف الاستثنائية الطارئة وغيبة البرلمان، لمعالجة حالة معينة لا تحتل التأخير.

الأسلوب الثاني: أن يصادق البرلمان على لوائح الضرورة من خلال ممارسته لدوره الرقابي على تدابير الضرورة. وفي حال رفض البرلمان التصديق على لوائح الضرورة، فإنها تعتبر ملغاة من يوم صدورها، إلا أنّ هذا الإلغاء لا يمنع من بقاء بعض الآثار من الناحية العملية التي من المستحيل محوها مادياً. وتشبه هذه الحالة هنا، صدور حكم قضائي بإلغاء القرار الإداري.

كما قد يُدخِل البرلمان بعض التعديلات على لوائح الضرورة، ويتحقق ذلك عندما يحدد البرلمان مدة سريان هذه اللوائح فيقوم بتخفيض هذه المدة بالنسبة للماضي في حال وجد أن اللائحة استمرت بالسريان أكثر مما تتطلبه حالة الضرورة، وبناء عليه يقوم بتخفيض آثار اللائحة إلى الحد الذي يرى أنه من الواجب انتهاءها عنده بمقتضى الظروف⁸⁶.

فالبرلمان يملك سلطة الرقابة على أعمال الحكومة، وتبرز هذه الصورة في الحالات التي يصادق فيها البرلمان على أعمال وتصرفات السلطة التنفيذية. وهو ما يحدث غالباً في أحوال لوائح الضرورة وإعلان حالة الطوارئ، حيث يجب عرض هذه اللوائح على البرلمان في أول اجتماع له ليقراها، أو يعدلها أو يرفضها، ويتعين على السلطة التنفيذية إلغاؤها بمجرد رفض البرلمان لها، أما في الأردن يتوجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك إعلان بطلان القانون المؤقت فوراً عند رفض البرلمان له⁸⁷.

⁸⁶ جمال الدين، س. الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص (167).
⁸⁷ الجرف، ط. مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص (263).

وفي الأردن وَضَعَ الدستورُ تحت تصرف البرلمان العديدَ من الوسائل القانونية⁸⁸ التي يلجأ إليها لإجبار السلطة التنفيذية على احترام مبدأ المشروعية، فقد تبنى الدستور الأردني لعام 1952 مبدأ الفصل المرن بين السلطات، وأوجد تعاوناً بينها، وجعل البرلمان يملك حق اللجوء إلى إحدى الوسائل الدستورية لإجبار الحكومة على احترام مبدأ المشروعية⁸⁹.

والحال كذلك في فلسطين، فقد منح القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 المجلس التشريعي صلاحيات الرقابة على أعمال الحكومة ومساءلتها والمصادقة على أعمالها، وطرح الثقة بها، لإجبارها على احترام قواعد المشروعية وأحكام الدستور.

ثانياً: تقدير الرقابة البرلمانية:

تتبلور الرقابة البرلمانية في مواجهة لوائح الضرورة في التصديق الصريح عليها، وتظهر أهمية هذه الرقابة في تعدد وسائلها وخطورة نتائجها التي قد تصل إلى حد سحب الثقة من الوزارة. وقد تعرضت الرقابة البرلمانية لهجوم بعض الفقهاء ونقدهم على النحو التالي:

1- بالنسبة لعلاقة البرلمان بالسلطة التنفيذية: نجد أنه في بعض الدول يمكن للسلطة التنفيذية إعاقه رقابة البرلمان على الوجه الأكمل، وذلك لإمكانية تدخلها في تحديد جدول أعمال البرلمان ومنعه من إدراج العديد من مشروعات القوانين على هذا الجدول. ففي الأردن مثلاً، نجد تعيين أعضاء مجلس الأعيان يتم بواسطة السلطة التنفيذية، أضف إلى ذلك أن السلطة التنفيذية لا تقوم بتعيين

⁸⁸ أنظر المادة (96) من الدستور الأردني.

⁸⁹ شطناوي، ع. (2004): "موسوعة القضاء الإداري"، ج(1)، دار الثقافة للنشر والتوزيع/ عمان. ص(138).

أعياننا عُرفوا بمعارضتهم للنظام والحكومة، بل الولاء هو أساس التعيين، وللسلطة التنفيذية كذلك الحق في حل المجلس وكذلك الأمر بالنسبة لمجلس النواب⁹⁰.

2- إن الرقابة لا تحقق هدفها ولا تكون فعالة ما لم تكن من اختصاص هيئة قضائية تتمتع بالحيدة والاستقلال اللازمين لضمان عدم تأثرها بالتيارات السياسية والحزبية، ويكون في التكوين القانوني لأعضائها ما يكفل لهم فهماً سليماً للمشكلة الدستورية وإدراكاً واعياً لنصوص الدستور وأحكامه⁹¹.

3- إن الرقابة البرلمانية ما هي إلا رقابة سياسية، ليس لها أي مدى عملي، ولا يمكن أن تترك الرقابة على سلطات الضرورة لضمير وأهواء النواب⁹².

4- إن الرقابة البرلمانية غير مجدية لاعتمادها على نوعية أعضاء البرلمان ومدى امتلاكهم للشجاعة الكافية في إبداء الرأي بكامل الحرية، دون أية قيود، ومن ثم إصدارهم للقرار تبعاً لقناعتهم الشخصية أولاً وقبل أي شيء، ولا شك أن هذه الركيزة تساعد على هدم الرقابة البرلمانية وبالتالي عدم فعاليتها، وذلك نتيجة للاعتبارات الحزبية التي تفرض على النائب الالتزام برأي الحزب، وإما نتيجة الاعتبارات التي يتمتع بها رئيس الدولة أو نظام الحزب الواحد الذي يتمتع دائماً بسلطة الضرورة لنفسه⁹³.

5- ومن الفقه من يرى أن للبرلمان حق رقابة لوائح الضرورة، من حيث جميع الشروط الواجب

⁹⁰ الحباري، ع. " القوانين المؤقتة في الأردن "، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين/ ملحق خاص رقم (1) لسنة 1977، ص (37-38).

⁹¹ بدوي، ث. مرجع سابق، ص(127).

⁹² جمال الدين، س. لوائح الضرورة، مرجع سابق، ص (52-53).

⁹³ جمال الدين، س. الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص (168). كذلك، حافظ، م. (1993): " القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن "، دار النهضة العربية، القاهرة. ص (75).

توافرها، حتى يقوم حق السلطة التنفيذية بإصدار تلك اللوائح، بما في ذلك رقابة حالة الظروف الاستثنائية التي تمت في ظلها عملية إصدار لائحة الضرورة⁹⁴. إذ أن ذلك توجبه طبيعة العلاقة بين السلطين التشريعية والتنفيذية، لأن إصدار لوائح الضرورة دون توافر شرط الضرورة يتضمن اعتداءً صارخاً على اختصاص السلطة التشريعية. وللبرلمان الحق في مراقبة ما أصدرته السلطة التنفيذية أثناء غيابه، كما يُترك أمر تقدير مسألة الضرورة للبرلمان لأن هذا الأمر تحتمه الضرورة والاعتبارات العملية⁹⁵.

وأرى هنا أنه يجب منح البرلمان الحق في مراقبة شروط إصدار لوائح الضرورة، وأن لا تمتلك السلطة التنفيذية سلطة تقديرية مطلقة في هذا الجانب، وتعتبر هذه السلطة في هذه الحالة تعدّ صارخ على الاختصاص التشريعي للبرلمان. أما في حال عدم امتلاك البرلمان لهذا الحق وعدم تمكنه من مراجعتها، يحال الأمر للقضاء من أصحاب المصلحة والمتضررين من هذه اللوائح، للبحث في مدى دستوريتها.

6- ومن الفقه من يرى أنه ليس للبرلمان الحق في مراقبة شرط الضرورة، فلا يحق له التدقيق في الأسباب والمبررات والظروف التي أدت إلى إصدار لوائح الضرورة. لأن هذا الحق يعود للسلطة التنفيذية نفسها. بينما من حق البرلمان اللجوء إلى تحريك المسؤولية الوزارية وحجب الثقة عن السلطة التنفيذية إذا أساءت استخدام هذه الصلاحية⁹⁶.

⁹⁴ الطماوي، س. (1961): " النظرية العامة للقرارات الإدارية "، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة. ص (438-439).

⁹⁵ الحباري، ع. المرجع السابق، ص (33).

⁹⁶ ليلة، م. (1967): " القانون الدستوري "، دار الفكر العربي، القاهرة. ص (435).

7 - بينما يرى البعض الآخر بأن رقابة البرلمان وحدها لا تكفي، بل يجب إخضاع تقدير السلطة التنفيذية بشأن توافر عنصر الضرورة إلى جانب الرقابة البرلمانية لرقابة القضاء⁹⁷، بحيث تكون رقابة كاملة شاملة وتمتد إلى تقدير درجة خطورة الضرورة. وتعتبر الرقابة البرلمانية للضرورة تقديرية ولا تتعارض مع الرقابة القضائية ولا تخرج عن نطاقها.

وبرأيي لا بد من وجود الرقابة القضائية جنباً إلى جنب مع الرقابة البرلمانية، للبحث في توافر عنصر الضرورة، وأن لا يترك الأمر للسلطة التنفيذية وحدها.

المطلب الثاني تطبيقات على الرقابة البرلمانية

أنط الدستور المصري السلطة التشريعية بمجلس الشعب، أما الدستور الأردني فأناطها بالبرلمان، وأعطى القانون الأساسي الفلسطيني الاختصاص التشريعي للمجلس التشريعي. وعليه لا تملك السلطة التنفيذية صلاحية إصدار لوائح الضرورة في أوقات انعقاد البرلمان، لأنه في هذه الحالة يتولى عملية التشريع بنفسه. فإذا قامت السلطة التنفيذية وخلال أوقات انعقاد البرلمان بإصدار هذه اللوائح، كانت اللائحة غير دستورية.

ومن المعروف في فقه القانون الدستوري أن لوائح الضرورة (القرارات بقوة القانون)، أو المراسيم بقوة القانون كما جرى العمل عليه في فلسطين في وقت سابق، التي تصدر بصفة استثنائية، هي سلطة معقودة لرئيس الدولة، أو لمجلس الوزراء بموافقة رئيس الدولة أو الملك في نظم أخرى -

⁹⁷ الزعبي، خ. (1999): "القرار الإداري بين النظرية والتطبيق"، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان. ص (153).

النظام الأردني على سبيل المثال - إذا طرأ ما لا يحتمل التأخير فيما بين أدوار انعقاد البرلمان (المجلس التشريعي)، أو أثناء فترة حله، شريطة عرض هذه اللوائح على البرلمان ليبدلي برأيه فيها. وفي الحديث عن الرقابة البرلمانية على لوائح الضرورة، أوجبت النصوص الخاصة بإصدار لوائح الضرورة في دساتير بعض الدول العربية على ضرورة عرض هذه اللوائح على البرلمان خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته من أجل المصادقة عليها، أو رفضها لعدم دستورتيتها، واعتبر عدم عرض هذه اللوائح على البرلمان من الأمور المحسومة لبطلان لوائح الضرورة وإلغائها، واعتبارها كأن لم تكن. وأكدت النصوص الدستورية كذلك على ضرورة " غيبة البرلمان "، لإمكان إصدار لوائح الضرورة، وهو مصطلح واسع يشمل حالات مختلفة للغيبة وحالات عدم الانعقاد، سواء بين أدوار الانعقاد، أو العطلة البرلمانية، وفترة ما بين الفصلين التشريعيين التي يجري خلالها انتخاب المجلس طبقاً للدستور. وتعتبر من حالات غيبة المجلس فترة وقف جلسات المجلس. وإذا أُصدرت اللوائح في غير هذه الفترة الزمنية تصاب بعيب عدم الدستورية، لأن السلطة التنفيذية تكون قد اعتدت على اختصاص البرلمان دون ميرر.

ومن الدول التي نصت على الرقابة البرلمانية على لوائح الضرورة، مصر والأردن وفلسطين، وهو ما أكدته المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني، والمادة (94) من الدستور الأردني، وكذلك المادة (147) دستور مصري.

جاء نص المادة (147) من الدستور المصري لسنة 1971 على أنه: " إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن

يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر".

إن المادة (147) السابقة توجب عرض القرارات الحائزة لقوة القانون على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته. فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية آثارها بوجه آخر.

وقد بسط مجلس الأمة في الأردن رقابته على توافر شرط الضرورة أو عدم توافره، وأبطل بعض القوانين المؤقتة لعدم توافر شرط الضرورة إبان إصدارها من السلطة التنفيذية. ولكن هذا المجلس لم يراقب توافر شرط الضرورة على نطاق واسع، فقد صادق على مجموعة كبيرة من القوانين المؤقتة على الرغم من افتقارها لعنصر الضرورة المقصود في المادة (94) من الدستور⁹⁸.

وأما المشرع الفلسطيني فقد أكد من خلال نص المادة (43) من القانون الأساسي، على وجوب عرض القرارات بقوة القانون (لوائح الضرورة)، على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات، والا زال ما كان لها من قوة القانون، ومثل هذه القرارات لا تصدر إلا في غير أحوال انعقاد المجلس التشريعي. وللأسف نجد بعض المراسيم بقوة القانون لم يتم عرضها على

⁹⁸ الحياوي، ع. مرجع سابق، ص (36).

المجلس التشريعي، وفي الوقت نفسه يجري العمل بها، ولم يتخذ المجلس التشريعي بحقها ولا بحق السلطة التنفيذية أية إجراءات.

وحددت المادة (16) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني دورات انعقاد المجلس، حيث نصت على أن: " يعقد المجلس بدعوة من رئيس السلطة الوطنية دورته العادية السنوية على فترتين ، مدة كل منها أربعة أشهر ، تبدأ الأولى في الأسبوع الأول من شهر آذار (مارس)، والثانية في الأسبوع الأول من شهر أيلول، أو في دورات غير عادية بدعوة من رئيسه بناء على طلب من مجلس الوزراء أو من ربع عدد أعضاء المجلس فإذا لم يدعُ رئيس المجلس إلى مثل هذا الاجتماع يعتبر الاجتماع منعقدا حكما بالمكان والزمان المحددين في طلب أعضائه أو طلب مجلس الوزراء ."

فقد نصت هذه المادة على دورتين عاديتين للمجلس التشريعي، تبدأ الأولى في الأول من آذار لمدة أربعة أشهر، وتنتهي في الأسبوع الأول من تموز، ويبقى لدينا فترة عدم انعقاد للمجلس التشريعي من بداية تموز وحتى بداية الدورة الثانية للانعقاد في الأسبوع الأول من شهر أيلول ولمدة أربعة اشهر، وتنتهي في الأسبوع الأول من كانون ثاني. إلا إذا تم انعقاد المجلس في دورة غير عادية خلال فترة الغيبة، إذا كان بالإمكان اعتبارها كذلك.

هذا ما أكدته النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني، في الوقت الذي نجد فيه المجلس في انعقاد مستمر في فترتي الانعقاد وخلال فترات الإجازة، ويمارس دوره التشريعي طوال أشهر السنة دون أي غيبة أو إجازة. كما لم يشر القانون الأساسي الفلسطيني إلى حق رئيس السلطة في حل المجلس التشريعي أو وقف أعماله.

وعليه فإننا هنا أمام معضلة تشريعية تؤكد على عدم جواز إصدار لوائح الضرورة لعدم توافر

أهم شرط لها وهو غيبة البرلمان. فما المقصود هنا من عبارة " في غير أدوار انعقاد المجلس

التشريعي " المنصوص عليها في المادة (43) من القانون الأساسي؟

نجد أن المقصود بذلك؛ هي الفترة من الزمن التي تفصل بين دورتين من أدوار انعقاد

المجلس، أي العطلة البرلمانية. كما لم يذكر القانون الأساسي الفلسطيني شيئاً عن إمكانية حل

المجلس التشريعي، أو تأجيل جلساته، من قبل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، وعليه تبقى إمكانية

إصدار القرارات بقوة القانون فيما بين أدوار انعقاد المجلس وحدها القائمة، مع توافر شروط الإصدار

الأخرى لهذه القرارات، المتمثلة بتوافر حالة الضرورة التي لا تحتتمل التأخير، وعرض هذه القرارات

على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات.

ويمكننا القول بعدم وجود حالة ما يسمى بالغيبة للمجلس التشريعي من نص المادة (16) من

النظام الداخلي للمجلس التشريعي، المذكورة آنفاً، وذلك بوجود ما يسمى بالدورة غير العادية للمجلس

التشريعي.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المراسيم بقوانين لم تقم السلطة التنفيذية بعرضها على المجلس

التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد إصدار هذه المراسيم، أو بعد انتهاء مدة الإجازة المزعومة؛

وبالتالي جاءت مخالفة السلطة التنفيذية لأحكام القانون الأساسي واضحة للعيان. فعلى سبيل المثال

نصت ديباجة المرسوم بقانون رقم (1) لسنة 1998 بشأن سريان قانون السياحة رقم 45 لسنة 1965

على جميع الأراضي الفلسطينية على أن: " رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس

السلطة الوطنية الفلسطينية بعد الإطلاع على قانون السياحة رقم 45 لسنة 1965 والأنظمة الصادرة

بمقتضاه السارية المفعول في محافظات الضفة الغربية، وعلى القانون رقم 12 لسنة 1962 بشأن

تنظيم شركات ومكاتب ووكالات السفر والسياحة الساري المفعول في محافظات غزة، وبناء على

مقتضيات المصلحة العامة، ونظرا لعدم انعقاد المجلس التشريعي لكونه في إجازة، وعلى ما عرضه

وزير السياحة والآثار، وعلى موافقة مجلس الوزراء، أصدرنا المرسوم بقانون التالي....⁹⁹.

وبالنظر لتاريخ إصدار هذا المرسوم وهو 1998/9/21، أي في نهاية الأسبوع الثالث من

شهر أيلول علما بأن الدورة التشريعية تبدأ في الأسبوع الأول من شهر أيلول، كما أشرنا من قبل. أي

أنه من المتوقع أن المجلس التشريعي كان في حالة انعقاد وليس إجازة، إن صح التعبير هي عطلة

برلمانية ما بين أدوار الانعقاد. وعلى فرض أن المجلس التشريعي كان في حالة إجازة، فما هي حالة

الضرورة التي تستدعي إصدار مراسيم لها قوة القانون. فكان بإمكان السلطة التنفيذية متمثلة برئيس

الدولة انتظار انعقاد المجلس التشريعي، واقتراح مشاريع قوانين عليه لإصدارها حسب الأصول

القانونية.

وأما الأمر الآخر باعتقادي أن حالة الضرورة لم تكن متوفرة لإصدار المرسوم بقانون. وأخيرا

وهو الأهم أن هذه المراسيم وغيرها من المراسيم التي تحمل طابعا تشريعيًا لم يتم عرضها على

المجلس التشريعي، وتم نشرها في مجلة الوقائع الفلسطينية ويجري العمل بها في الجهات المختصة.

وأرى أن عدم عرضها على المجلس التشريعي بحد ذاته يحول دون جعلها مراسيمًا دستورية،

لمخالفتها الصريحة لأحكام نص المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني. وتعتبر بالتالي كأن لم

تكن.

⁹⁹ أنظر كذلك المرسوم بقانون رقم (1) لسنة 1999م، بتعديل بعض أحكام القانون رقم (5) لسنة 1998م، بشأن دمج ومراقبة المعادن الثمينة.

وقد وضع المجلس التشريعي الحالي، على جدول أعمال أول جلسة عقدها، القرار بقانون رقم 3 لسنة 2006، بشأن تعديل قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964، والقرار بقانون، بشأن الهيئة الفلسطينية لتنظيم قطاع الاتصالات. وناقش المجلس مثل هذه القرارات وأكد أنها تفتقر لشروط إصدارها، مثل شرط الضرورة التي لا تحتتمل التأخير، وأن المجلس التشريعي السابق لا زال قائماً، ويمارس عمله التشريعي.

علماً بأن هذه القرارات بقانون، وغيرها من القرارات بقانون الأخرى وهي، القرار بقانون رقم 4 لسنة 2006 بشأن تعديل قانون الانتخابات رقم 9 لسنة 2005، والقرار بقانون رقم 2 لسنة 2006 بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002. قد تم نشرها في مجلة الوقائع الفلسطينية العدد الممتاز بتاريخ 2006/2/14، أي بعد تاريخ انعقاد الجلسة الأخيرة للمجلس التشريعي السابق. كما اعتبر المجلس التشريعي السابق نفسه في حالة انعقاد لغاية تاريخ 2006/2/18، أي تاريخ تنصيب المجلس التشريعي الجديد، وهو أكدته المادة (47) مكرر من القانون الأساسي الفلسطيني بقولها: "تنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستورية". فأين هي أدوار الانعقاد بالنسبة للمجلس السابق وأين انتهت؟ ومتى يمكن للرئيس الفلسطيني مزاولة اختصاصه بإصدار قرارات لها قوة القانون، دون إمكانية الطعن فيها، إذا كانت غير دستورية؟

نجد أن الرئيس الفلسطيني قد قام بإصدار مراسيم بقانون، وأخرى مراسيم تحمل طابعاً تشريعياً بحتاً، إلا أنها لا تحمل اسم مرسوم بقانون، أو قرار بقوة القانون، بينما يكون مضمونها عبارة عن قواعد عامة مجردة. وأشار هنا إلى أن القانون الأساسي الفلسطيني، لم يمنح رئيس السلطة

الوطنية الفلسطينية الحق بإصدار أي نوع من أنواع القرارات والمراسيم واللوائح، وحدد صلاحياته التشريعية على سبيل الحصر من خلال المادة (43)، التي تنص على حق الرئيس بإصدار القرارات بقوة القانون بشروط معينة كما ذكرنا، والأخرى هي المادة (1/110) التي أعطت للرئيس الحق بإصدار مرسوم إعلان الطوارئ، عند وجود تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية، ولمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً.

وخلاصة الأمر برأيي، إن الظروف التي تستدعي منح السلطة التنفيذية استثناءً حق إصدار لوائح الضرورة، هي: إصدارها في فترة زمنية محددة وفي ظروف معينة، فالضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز التوسع فيها. وينبغي على ذلك أن السلطة التنفيذية ليست صاحبة سلطة تقديرية بوضع لوائح الضرورة متى تشاء وكيفما تشاء. طالما أنها مقيدة بزمن معين وفي ظروف معينة، ولو كانت السلطة التنفيذية تتمتع بهذه الصلاحية لما نصت النظم الدستورية على هذه الشروط ولما أعطت للمحكمة حق الرقابة القضائية على هذه اللوائح. وأما عن وجوب عرض لوائح الضرورة على البرلمان عند انعقاده للمصادقة عليها، فهو تحصيل حاصل، كي تمنح هذه اللوائح المشروعية.

المبحث الثاني
الرقابة القضائية على الدستورية
" مفهومها، الموقف منها، تطبيقات عليها "

يتطلب مبدأ المشروعية أن يكون هنالك توافقاً ما بين تصرفات الإدارة وأحكام القانون، تأسيساً على: حيثما تكون السلطة تكون المسؤولية. ولذلك لابد من إيجاد التوازن بين السلطة وبين المسؤولية، فجاءت الرقابة القضائية إلى جانب الرقابة السياسية والرقابة الإدارية بهدف المحافظة على هذا التوازن.

سأتناول من خلال هذا المبحث الحديث عن نوعين من الرقابة القضائية، ففي المطلب الأول سأعرض لتعريف الرقابة القضائية على الدستورية، والنقد الفقهي الموجه لها، بالإضافة إلى التطرق لبعض الدول التي قامت بتطبيقها. وأما المطلب الثاني، فسوف يتناول أسلوب الرقابة القضائية الإدارية، من حيث مفهومها، والطعن بإلغاء لوائح الضرورة أمام المحاكم الإدارية، وأثر عرض لوائح الضرورة على البرلمان للطعن بإلغائها.

المطلب الأول
الرقابة القضائية على الدستورية
الفرع الأول
مفهوم الرقابة القضائية على الدستورية وتقديرها

أولاً: مفهوم الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة:

الأصل في الرقابة القضائية أنها تقوم على أساس تدخل القاضي، فهو يقوم أثناء عمله بتطبيق القانون على ما يعرض أمامه من منازعات، ويكون ملزماً باستبعاد القانون العادي المخالف للدستور وإنزال حكم الدستور، وذلك إعمالاً للمبدأ العام الذي يحكم تنازع القوانين وتعارضها أمام القاضي الذي يلتزم بمقتضاه عندما تتعارض أمامه قاعدتان قانونيتان ولا يستطيع التوفيق بينهما أن يعطى بحكم القاعدة الأعلى وإهدار القاعدة الأدنى¹⁰⁰.

أما الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة فتعني: الرقابة على القيود والشروط التي وضعها الدستور لممارسة التشريع الاستثنائي، ونحن نعلم أن لوائح الضرورة لها قوة القانون، وكل ما يشترط فيها احترام القيود التي أوردها الدستور¹⁰¹.

وقد اختلفت دساتير الدول تبعاً لاختلاف نظمها الدستورية في تحديد الجهة التي تتولى الرقابة على دستورية لوائح الضرورة، ففي حين جعل الدستور المصري هذه الرقابة من اختصاص المحكمة الدستورية العليا، لم يتعرض الدستور الأردني لذكر الجهة التي تتولى الرقابة القضائية على هذه اللوائح، أما القانون الأساسي الفلسطيني فقد نص على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا النظر في دستورية القوانين واللوائح والنظم وغيرها، على أن تتولى المحكمة العليا النظر لحين تشكيلها بقانون¹⁰². ولم يتطرق القانون الأساسي للرقابة على المراسيم الرئاسية والقرارات بقوة القانون بشكل مباشر. كما لم يتطرق على الإطلاق لتنظيم سلطة الرئيس في إصدار مراسيم، وإنما

¹⁰⁰ سالمان، ع. مرجع سابق، ص (58).

¹⁰¹ آل بن علي، م. (1992): "لوائح الضرورة"، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن. ص (165).

¹⁰² مادة (104)، من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل.

منحه على سبيل الحصر حق إصدار قرارات لها قوة القانون، في حالة الضرورة، وإصدار مرسوم إعلان حالة الطوارئ محددًا بمدة زمنية معينة¹⁰³.

ويرى جانب من الفقه أن جدية الرقابة تستلزم مباشرتها عن طريق السلطة القضائية، وأن القاضي وحده هو الذي يعطي الضمانة الجادة بشأن الرقابة¹⁰⁴.

والرقابة القضائية هنا تتسم بالطابع القانوني بصورها عن أشخاص صفتهم الحيادة والنزاهة وتهدف بشكل أساسي إلى رقابة أي تجاوز على مبدأ المشروعية. ولا شك أن مثل هذه الرقابة تجعل الحكومة حريصة كل الحرص على الالتزام بأحكام الدستور، فلا تخالفه ولا تعدي بالتالي على حقوق وحريات الأفراد التي كفلها لهم الدستور.

ومن الجدير بالذكر أنه في حالات الضرورة التي تتعرض لها الدولة وجب على مختلف السلطات في الدولة التكاتف معاً من أجل مواجهة الظروف الاستثنائية، والتزام كل منها بحدود سلطاتها بدقة، وأن تؤدي اختصاصاتها على أكمل وجه، ولا شك أن خضوع لوائح الضرورة للرقابة البرلمانية على ملاءمتها، والرقابة القضائية على مشروعيتها ودستوريتها، من شأنه أن يحقق التوازن المطلوب بين مقتضيات الضرورة ومبدأ المشروعية على أكمل وجه¹⁰⁵. بل ومن النظم من يمد الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للسلطة التنفيذية.

كما هو الحال في مصر راقبت المحكمة الدستورية العليا في مصر السلطة التقديرية لرخصة التشريع الاستثنائي الممنوحة لرئيس الدولة في حالة الضرورة، وقضت بأن: " مجرد الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها، رغم ما استجد من تغييرات في نواحي

¹⁰³ مادة (1/110) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل.

¹⁰⁴ جمال الدين، س. الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص (170).

¹⁰⁵ جمال الدين، س. الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص (173).

المجتمع... وأن الأسر المصرية تنتظر هذا الإصلاح منذ سنة 1905... وإن جاز أن يتدرج في مجال البواعث والأهداف التي تدعو إلى سلطة التشريع الأصلية (المجلس النيابي) إلى سن قوانين جديدة. أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور، إلا أنه لا يتحقق بها الضوابط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (147) من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب تفيد أنه لم يطرأ خلال غيبة المجلس ظرف معين يمكن أن يتوفر معه تلك الحالة التي تحل رخصة التشريع الاستثنائية، التي حولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة (147) من الدستور، أو تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتل التأخير لحين انعقاد مجلس الشعب. وإقرار مجلس الشعب لهذا القرار بقانون (رقابة برلمانية أو سياسية) لا يحول دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره.

ولما كان القرار المطعون فيه قد استهدف بتنظيمه التشريعي المترابط موضوعا واحدا قصد به معالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة، وكان العيب الذي شابته قد عمه بتمامه لتخلف سند إصداره¹⁰⁶.

ثانيا: تقدير أسلوب الرقابة القضائية:

جاء موقف الفقه من الرقابة القضائية على الدستورية متباينا بين مؤيد ومعارض، فقد ازدهرت فكرة الرقابة الدستورية، بعد الحرب العالمية الثانية، وشملت معظم دساتير العالم. واستبعد دستور فرنسا لسنة 1946 كل رقابة قضائية لدستورية القوانين، وجعلها منوطة بلجنة خاصة ينتخبها

¹⁰⁶ دستورية عليا مصرية، قرار رقم 28 لسنة (2) ق. مجموعة (3)، ص (195).

البرلمان تسمى اللجنة الدستورية (Le comite constitutionnel)، ومهمتها البحث في تعارض القوانين مع الدستور¹⁰⁷.

قديمًا؛ اختلفت الدول في تنظيم الرقابة على دستورية القوانين، فبعض الدول تمنع هذه الرقابة بشكل صريح، مثال على ذلك الدستور البلجيكي لسنة 1831، والدستور البولوني لسنة 1921، وكذلك الأمر في بريطانيا، حيث يقوم نظامها على مبدأ سيادة البرلمان، ومن ثم يتعذر تقييد سلطته أو إقرار أية رقابة على ما يصدره من تشريعات¹⁰⁸. وحصل خلاف بين الفقهاء حول الرقابة على الدستورية، بين رافض ومعارض لها وبين مؤيد وداعم، وسأتناول حجج الرفض أو المعارضة وكذا التأييد أو الدعم لكل شريحة من هذه الشرائح:

أولاً: انتقد البعض رقابة الدستورية تأسيساً على أنها تخنق خيال رجال السياسة، وتكسر حيوية المشرع، وذلك لأن النصوص الدستورية تبدو ميتة إلى أن تأتي السياسة فتبعث فيها الحياة. وردد مؤيدو الرقابة على الدستورية بأن القول بمصادرة القضاء الدستوري لخيال رجال السياسة مردود، لأن المبادئ الدستورية مملوءة بالرغبة والأمل. ويأتي هذا القضاء لكي يحقق معايشة التطور الاجتماعي باسم الدستور وباسم الوعود التي عبر عنها¹⁰⁹.

ثانياً: أكد جانب آخر من الفقهاء بأن الرقابة على الدستورية تؤدي إلى حسم النزاع بين الاتجاهات السياسية المختلفة حول مضمون بعض القوانين. بحيث تؤدي هذه الرقابة إلى تجنب الاضطراب التشريعي والمساس بالقوانين. كما تسهم في حسم المنازعات حول الحقوق والمراكز

¹⁰⁷ الطماوي، س. النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص (381).

¹⁰⁸ شيخاني، د. " الرقابة على دستورية القوانين"، بحث منشور عبر الإنترنت على الصفحة www.Dasin.org بتاريخ 2005/9/4.

¹⁰⁹ سرور، أ. (2000): " الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، دار الشروق، القاهرة. ص (162).

القانونية التي تنشأ عن طريق القانون، وينفرد القضاء الدستوري كذلك بتحديد معاني الدستور، ويحافظ على الاستقرار القانوني القائم على سيادة الدستور. كما أكدوا كذلك بلبن الرقابة على دستورية القوانين لا تنتهي، بسمو الدستور على قمة الهرم للنظام القانوني، بل تعمل على وحدته، وتكفل وحدة النظام القانوني على يد الدستور، فتسهم بذلك في تحقيق الاستقرار القانوني¹¹⁰.

ثالثاً: ولعل أبرز الحجج التي قال بها الاتجاه الرافض للرقابة على الدستورية تلك المستندة إلى مبدأ الفصل بين السلطات. فمن وجهة نظر هذا الاتجاه، يعني الفصل بين السلطات اختصاص كل سلطة بما أناط به الدستور لها من مهام دون أن تتعدى على اختصاصات السلطة الأخرى. وبالتالي إن من شأن الرقابة على دستورية القوانين تدخّل السلطة صاحبة اختصاص الرقابة في أعمال المشرع مما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات.

ويُرد على ذلك بأن مباشرة الرقابة على القانون ما هو إلا توزيع للمهام التشريعية بين هيئتين، الأولى من أقرت القانون والثانية التي ألغت القانون أو أوقفت العمل به، لأن عملها هذا لا يخرج عن كونه وضعاً لقاعدة تشريعية جديدة عكس القاعدة الملغاة¹¹¹.

رابعاً: غلبت فكرة رفض الرقابة على الدستورية في أوروبا قبل الحرب العالمية الثانية⁴، واستندوا في رأيهم على مجموعة من الأسانيد أهمها:

1- استند الألمان إلى أن إصدار الرئيس الأعلى للقانون يجعله محصناً من فحص الدستورية، لأنه بمثابة حكم (jugement) يقضي بدستورية القانون من حيث الشكل والموضوع معاً.

¹¹⁰ سرور، أ. المرجع السابق، ص (163، 164).
¹¹¹ الشريف، ع. مرجع سابق، ص (55). وكذلك، الجرف، ط. مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون"، مرجع سابق، ص (276).
⁴ الطماوي، س. النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص (378-380).

2- أما في فرنسا، فقد تم الاستناد إلى بعض النصوص التشريعية التي تمنع القضاء من التدخل في أعمال السلطة التشريعية، وبذلك تتعارض مع رقابة القضاء لدستورية القوانين.

3- واستند بعض الفقهاء كذلك إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك لأن وظيفة القضاء مقصورة على تطبيق القانون دون فحص دستوريته، فللمحاكم أن تفسر القوانين العادية وليس لها أن تفسر الدستور، وعليه اعتبر تدخل القضاء في بحث دستورية القوانين اعتداء على نطاق عمل السلطة التشريعية وانتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

4- أما القضاء الفرنسي احترام تلك القاعدة، واستقر عليها بالحكم الشهير الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بهذا الصدد في 11 أيار سنة 1833، كما تأثر رجال الثورة بالرغبة في إنكار أي اختصاص يمهد للقاضي سبيل القيام بدور سياسي في الدولة وبالرغبة في تحرير إرادة المشرع من كل رقابة قضائية.

خامساً: اعتبر آخرون الرقابة من الوظائف الفنية القضائية عندما يقوم بها قضاة متخصصون قادرون على كفاءة الرقابة على القوانين، وتعد من الوظائف الإبداعية وتبعد كل البعد عن الوظائف القضائية التقليدية. حيث ينتهج القضاء الدستوري في تفسير الدستور منهجاً مختلفاً عن منهج تفسير القوانين العادية. إلا أن البعض قد عاب على القضاء الدستوري حريته الواسعة في التقدير في ضوء صياغة النص الدستوري مما يخشى معه أن تحل أحكامه محل الدستور¹¹².

¹¹² سرور، أ. مرجع سابق، ص (161).

سادسا: والحال كذلك في مصر، فقد اختلف الفقهاء بين رأيين، الأول يقول بعدم امتلاك المحاكم لحق الرقابة على الدستورية، بينما ذهب الرأي الثاني إلى الإقرار للمحاكم بهذا الحق¹¹³. واستند الرأي الأول بعدم اختصاص المحاكم بالرقابة على الدستورية إلى خضوع القضاء المصريين للسلطة التنفيذية في تعيينهم ونقلهم، وبالتالي عدم استقلالهم. أما الرأي الثاني فقد انعقد على الإقرار للمحاكم بحق الرقابة على الدستورية، والامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لأحكام الدستور، وقد استند هذا الرأي على ناحيتين:

الأولى: تتعلق بمبدأ المشروعية، فقد أكد هذا الجانب من الفقه بأن حرمان القضاء من حق مباشرة الرقابة على دستورية القوانين يعد مخالفا لمبدأ المشروعية، ويتعارض مع مبدأ الحكومة الشرعية.

والناحية الثانية: إن الرقابة على الدستورية هي من طبيعة عمل القاضي ووظيفته، وقد رأى هذا الجانب من الفقه أن من صميم عمل القاضي فض النزاع والتعارض بين قانونين أحدهما يعلو الآخر مرتبة، وعلى القاضي عند نظر الدعوى أن يغلب القانون الأعلى وهو الدستور.

وتطورت النظرة للرقابة على الدستورية، حيث شهدت نهاية القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التاسع عشر مولد الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية. كما تتمثل الجذور الأولى لفكرة الرقابة على الدستورية، في التقاليد القضائية الإنجليزية التي لا تسمح بأن يصدر قانون من البرلمان مخالف لقواعد القانون الإنجليزي¹¹⁴. أما بولندا، فقد عرفت القضاء الدستوري منذ سنة 1985 بمقتضى التعديل الدستوري الذي حدث سنة 1982، وظل هذا القانون مطبقاً إلى أن صدر

¹¹³ شيجا، إبراهيم عبد العزيز. مرجع سابق، ص (745 وما بعدها).

¹¹⁴ سرور، أ. مرجع سابق، ص (142).

الدستور الجديد في العام 1997، متضمناً نصوصاً تتعلق بالمحكمة الدستورية العليا. كما امتد تطور الرقابة على الدستورية إلى خارج أوروبا، والدول الإفريقية.

الفرع الثاني

تطبيقات الرقابة القضائية على الدستورية

اختلفت الأنظمة الدستورية للدول التي تأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين بين العمل بنظام مركزية، أو لامركزية الرقابة الدستورية. ويعد النظام الرقابي مركزياً عندما تُعهد مهمة الرقابة إلى هيئة قضائية واحدة، تكون لها الكلمة الأولى والأخيرة في موضوع الدستورية. أما نظام اللامركزية فيتحقق عندما تتولى الرقابة على الدستورية جميع المحاكم في الدولة. فتكون الرقابة القضائية مركزية عندما تسن مهمة الرقابة في الدولة إلى جهة قضائية واحدة، ومن ميزات هذا الأسلوب:

1- أنه يعمل على توحيد الكلمة في مسألة دستورية القانون للفصل في هذا الموضوع بصفة نهائية يتحقق بها الاستقرار القانوني.

2- أنه قد يسمح باشتراك عناصر ذات خبرة سياسية أو خبرة بالشئون العامة المختلفة في الدولة إلى جانب القانونيين الذين يشاركون في هذه المهمة القضائية الرفيعة¹¹⁵.

ومن أبرز الدول العربية التي أخذت بهذا النظام، ليبيا، الصومال، والسودان، حيث عهدت

إلى محكمة النقض أو التمييز مباشرة الرقابة على الدستورية إلى جانب اختصاصاتها الأصلية

¹¹⁵ الشريف، ع. مرجع سابق، ص (106).

الأخرى. وكذلك الأمر في الأردن، أما في مصر والكويت فقد عهد بمهمة الرقابة إلى محكمة متخصصة وهي المحكمة الدستورية العليا، وقد أخذ المشرع الفلسطيني كذلك بهذا الأسلوب.

بينما يعتبر النظام الدستوري الأمريكي أفضل مثال على الدول التي أخذت بنظام اللامركزية، بحيث سمحت بالرقابة على دستورية القوانين وجعلتها من اختصاص جميع المحاكم، فأبي محكمة مهما كانت درجتها لها حق النظر في دستورية القوانين التي تقوم بتطبيقها.

وفي رأبي؛ يعاب على هذا النظام أنه يتسبب في إشاعة القلق والاضطراب في التنظيم القانوني، إذا ما حدث تعارض أو تضارب بين الأحكام القضائية الصادرة من محاكم مختلفة تعرضت لنفس النص القانوني، وذلك عندما تقرر إحدى المحاكم دستورية النص القانوني وتعمل به، بينما تقرر محكمة أخرى عدم دستوريته وتمتنع عن تطبيقه.

وتأخذ الرقابة القضائية على الدستورية أحد صورتين، فبعض الدول تتبع في قضائها طريق الدعوى الأصلية (المباشرة)، بحيث لا يتطلب ذلك وجود دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم بل يمكن الطعن بعدم الدستورية للقانون أو اللائحة أو النظام مباشرة. والبعض الآخر من الدول لا تسمح بالطعن بعدم الدستورية باستخدام طريق الدعوى الأصلية بل لا بد أن تكون نتيجة لدفع يبدى في دعوى مرفوعة أمام القضاء العادي ، ويكون مضمون الدفع هنا هو عدم دستورية القانون المراد تطبيقه على هذه الخصومة. وفي هذه الحالة إما أن تبت المحكمة في هذا الدفع إن كانت تملك ذلك أو أن تحيل مثل هذا الدفع إلى المحكمة العليا في الدولة. بينما إن كان هنالك محكمة دستورية فإنها تؤجل أو توقف الفصل في الدعوى إلى حين صدور الحكم من هذه المحكمة وهو ما يسمى (بالدفع الفرعي).

• وأما بالنسبة لما يملكه القضاء عند النظر في الطعن:

أولاً: إن بعض الدول تمنح قضاءها حق إلغاء أو إبطال القانون المخالف للدستور، ويبدو هذا الأثر واضحاً في الدول التي تنص صراحة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. حيث تقوم بتشكيل جهة قضائية خاصة أو محكمة خاصة مهمتها مراقبة الدستورية، وتعتبر دعوى الإلغاء وسيلة من وسائل الرقابة على مشروعية القوانين واللوائح (القرارات). أما من حيث توقيت رقابة الإلغاء فهي إما أن تكون:

1- سابقة على صدور التشريع:

حيث تحال التشريعات إلى محكمة عليا لفحصها من الناحية الدستورية، فإذا قررت عدم دستوريته، أعيد إلى الهيئة التشريعية لتعديله في حدود أحكام الدستور. والنظام السوري خير دليل على هذا النوع من الرقابة، حيث تنتظر المحكمة الدستورية العليا السورية وتبت في دستورية القوانين، في حال اعترض رئيس الجمهورية أو ربع أعضاء مجلس الشعب على دستورية قانون ما قبل إصداره¹¹⁶. ونجد المجلس الدستوري الفرنسي قد انتهج الرقابة السابقة على صدور التشريع، فقد أنشئ هذا المجلس لجعل البرلمان يلتزم بمزاولة اختصاصاته وفقاً للدستور، وعلى الرغم من أن المجلس

¹¹⁶ أنظر المادة (145) من الدستور السوري لسنة 1973.

الدستوري ليس جهة قضائية، إلا أنه يقوم بوظيفة قضائية مفادها التحقق من دستورية القرارات الصادرة من البرلمان¹¹⁷.

2- لاحقة على صدور التشريع:

في هذه الحالة تقوم المحكمة الدستورية المختصة بالتعرض لتشريعات صدرت بالفعل، وليس كما في الرقابة السابقة، وتتم إثارة عدم الدستورية في هذه الحالة عن طريق دعوى قضائية يقيمها صاحب المصلحة أمام المحكمة الدستورية.

ويمكننا القول بأن الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في مصر هي أقرب ما تكون رقابة إلغاء وليست رقابة امتناع، حيث نص الدستور صراحة على وجود محكمة دستورية عليا صاحبة الاختصاص للنظر في الدستورية، فالأصل أن المحاكم العادية لا تختص بالحكم بإلغاء التشريع المخالف للدستور. فلا تستطيع أية محكمة عادية الامتناع عن تطبيق قانون ما لمخالفته لأحكام الدستور وإنما عليها إحالة التشريع المطعون في دستوريته للمحكمة الدستورية العليا للحكم فيه، وتعد الرقابة على الدستورية في مصر كذلك رقابة لاحقة¹¹⁸ على صدور التشريع وليست سابقة¹¹⁹، أي أنها تطبق على نص تشريعي صدر بالفعل وليس على مشروعات قوانين¹²⁰.

وتفترض رقابة الإلغاء أن هناك قانوناً قد صدر وأصبح نافذاً أو مطبقاً على الأشخاص، وأن تطبيق هذا القانون سيلحق الضرر بهم إن لم يطعنوا بصحته. علماً بأن الحق في رفع دعوى الإلغاء

¹¹⁷ Francois luchaire, Le consiel constitutionnel, Economica, 20 edition refondue, Tome I, 1997, p 21-31.

¹¹⁸ الرقابة اللاحقة: وهذا النوع من الرقابة الذي أخذ به القضاء المصري، وفيه تتعامل المحكمة مع نص قانوني، ويكون للمحكمة أن تقضي بعدم دستورية النص إن رأت لذلك وجهاً، إذا ما طعن أمامها بعدم دستوريته، أو تقوم المحكمة برفض الدعوى.

¹¹⁹ الرقابة السابقة: هي التي تتعامل المحكمة من خلالها مع مشروعات القوانين، حيث يعرض النص على المحكمة قبل إصداره، لتتظر في دستوريته، فإن وجدته غير دستوري أعادته للجهة التي اقترحتة مرة أخرى. وإن وجدته دستوري أرسلته إلى السلطة المختصة لإصداره، ويصبح بذلك نصاً دستورياً لا يمكن الطعن فيه لعدم الدستورية.

¹²⁰ الديناصوري، ع. و الشواربي، ع. (2002): " الدعوى الدستورية"، منشأة المعارف، الإسكندرية. ص (25).

لا يكون لجميع الأفراد دون قيد بل يجب أن يتوفر في رافع هذه الدعوى شرط المصلحة، أي أن يكون قد أصابه ضرر أو يحتمل ذلك فيما لو طبق عليه¹²¹.

والأصل في رقابة الإلغاء أن يكون من حق القضاء إذا ما رفع إليه الأمر للفصل في شأن دستورية قانون معين، أن يحكم بإلغائه متى تبين أنه مخالف للدستور، ويترتب على الحكم بطلان ذلك التشريع واعتباره كأن لم يكن. إلا أن المحاكم العادية لا تختص بالحكم بإلغاء التشريع المخالف للدستور، وإنما يكون ذلك منوط بمحكمة دستورية خاصة تنشأ لهذا الغرض، ويكون لحكمها بالإلغاء حجية مطلقة قبل سائر المحاكم والهيئات المختلفة في الدولة.

وقد انتهجت المحكمة العليا بهيئتها المنعقدة بغزة بصفتها محكمة دستورية عليا أسلوب إلغاء القوانين المخالفة لأحكام الدستور فجاء في قرار لها بأنه: " وحيث أنه متى كان ما تقدم وكانت المحكمة- بوصفها الجهة التي حملها الدستور أمانة صون أحكامه- وقد ثبت أن قانون السلطة القضائية رقم 15 لسنة 2005 هو بمجملة قانون غير دستوري لمخالفته بصفة أصلية نص المادة 100 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 ولاحتوائه على نصوص قانونية مخالفة للدستور مما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته واعتباره كأن لم يكن¹²².

ثانياً: وأما الدول التي لا تنص صراحة على الرقابة القضائية، فإنها تمنح جهات القضاء **حق الامتناع** عن تطبيق القانون أو وقف العمل به، دون أن يترتب على ذلك إلغاء أو بطلان هذا القانون. ونجد النظام الدستوري الأردني قد منح محكمة العدل العليا حق وقف العمل بالقانون المؤقت المخالف للدستور، وليس بالإلغاء.

¹²¹ الخطيب، ن. (2004): " الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص (555).
¹²² دستورية عليا رقم 2005/5 بتاريخ 2005/11/27، وتم نشره في جريدة الأيام بتاريخ 2005/11/28.

إن رقابة الامتثال أو " الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية "، تعني امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة أو بمبادرة منها، لتغليب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى حسب سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني¹²³.

وبمعنى آخر، هي وسيلة دفاعية، تفترض وجود دعوى أمام محكمة (مدنية أو جزائية أو إدارية) يراد فيها تطبيق قانون معين، فيدفع صاحب الشأن بعدم دستورية هذا القانون لمخالفته للدستور، ويطلب بعدم تطبيقه في الدعوى المطروحة. فالطعن هنا بالقانون لا يثار إلا بمناسبة دعوى أمام القضاء يطلب فيها تطبيق قانون ما، ويقوم القاضي بفحص القانون والتدقيق فيه، فإن وجد مخالفًا للدستور امتنع عن تطبيقه وإن تبين له أن القانون غير مخالف للدستور طبقه في الدعوى. فالقاضي هنا لا يقضي بإلغاء القانون المخالف، بل يقضي فقط باستبعاده والامتناع عن تطبيقه في هذه الدعوى فقط.

وعليه فإن رقابة الامتناع تفترض وجود دعوى منظورة أمام المحكمة أيا كانت طبيعتها، بهدف الحصول على حق معين عن طريق تطبيق القانون، فيدفع صاحب الشأن بعدم دستورية ذلك القانون لمخالفته للدستور، لمنع المحكمة من تطبيقه على الدعوى المنظورة أمامها¹²⁴. فهذه الدعوى تهدف إلى عدم تطبيق القانون المخالف للدستور على موضوع النزاع المنظور أمام محكمة معينة، وبناء عليه فإن المحكمة بامتناعها عن تطبيق قانون معين مخالفًا لأحكام الدستور، لا تلغي ذلك القانون، فلا يقيد قرارها أية محكمة أخرى ولا يكون حجة عليها، كما لا يقيد نفسها في قضية أخرى.

¹²³ بدوي، ث. مرجع سابق، ص (137). وأنظر كذلك، الخطيب، ن. مرجع سابق، ص (564).

¹²⁴ الباز، ع. مرجع سابق، ص (330).

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية النموذج التقليدي في إتباع أسلوب رقابة الامتتاع، حيث جاء نص المادة (3) من الدستور الأمريكي على تخويل السلطة القضائية لمحكمة عليا واحدة ومحاكم أدنى. وجاء أول تطبيق لهذه الرقابة على يد القاضي الأمريكي الاتحادي " مارشال " في حكمه الشهير في قضية (مايبيري ضد ماديسون) Marbury V. Madison، والذي استبعد فيه للمرة الأولى تطبيق قانون اتحادي مخالف للدستور الاتحادي الأمريكي، وأكد القاضي مارشال في قراره أن قواعد الدستور تسمو على كل أعمال السلطات الحكومية بما فيها الكونغرس¹²⁵.

وتمارس هذا الحق جميع المحاكم أيا كانت درجتها، ويمكن للفرد أن يحتج أمام المحاكم الاتحادية للخلاف بين القانون الاتحادي والدستور الاتحادي، وأمام المحاكم المحلية بالتناقض بين قانون محلي والدستور المحلي أو الدستور الاتحادي. وبحكم المحكمة بعدم دستورية القانون تمتنع عن تطبيقه ولا تلغيه، ويظل القانون قائما رغم ذلك ولأي محكمة أخرى تطبيقه في أي نزاع مطروح أمامها على أنه دستوري¹²⁶.

وعليه فليق هذا النوع من الرقابة، كما يذهب إليه غالبية الفقه هو من صميم عمل القاضي، وواجب عليه بحكم وظيفته، وهي رقابة ممنوحة لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها¹²⁷.

وكذلك إن إثارة موضوع عدم الدستورية في هذا النوع من الرقابة لا تتقيد بمدة معينة، فالدفع بعدم الدستورية يمكن اللجوء إليه كلما سنحت المناسبة لذلك.

¹²⁵ غوردون، ر. " تعليم القانون في الولايات المتحدة "، مقال منشور على صفحة الإنترنت <http://usinfo.state.gov/>.
¹²⁶ علوان، ع. (2001): " النظم السياسية والقانون الدستوري "، المكتبة العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان. ص (319) والهامش.

¹²⁷ الخطيب، ن. مرجع سابق، ص (565).

المطلب الثاني
الرقابة القضائية الإدارية
والطعن بإلغاء لوائح الضرورة
الفرع الأول
مفهوم الرقابة القضائية الإدارية

كنا قد ذكرنا بأن لوائح الضرورة تعتبر قبل إقرارها من البرلمان عملاً إدارياً، وما دامت كذلك فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري ويمكن الطعن بها أمامه. فللرقابة القضائية التي تمارسها المحاكم على أعمال الإدارة وفقاً للنظام القضائي المتبع في كل دولة، تعد الضمانة الفعالة للأفراد من تجاوز وتعسف السلطة التنفيذية في استخدامها لسلطتها، وخروجها عن مبدأ المشروعية، لما ينطوي عليه القضاء من خبرة ونزاهة واستقلال عن أطراف النزاع. وقد تتولى الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية المحاكم العادية، كما قد يعهد بها إلى محكمة مختصة تقوم إلى جانب القضاء العادي للفصل في المنازعات الإدارية أو لبحث دستورية القوانين واللوائح¹²⁸.

فالأصل كما ذكرنا أن الإدارة مسئولة عن تصرفاتها، وأن كل ما يصدر عن هذه الإدارة من أعمال يجب أن يخضع لرقابة القضاء، صونا وحماية لمبدأ المشروعية الذي يعتبر الدعامة الأساسية للحفاظ على كيان الدولة وعلى مرافقها، فكما أن الحكومة تتمتع بمزايا هامة وصلاحيات استثنائية خطيرة وحيث أن أفراد الشعب قبلوا بذلك واعترفوا للحكومة بممارسة هذه السلطات، فمن الأهمية أن تخضع تصرفاتها للرقابة بغض النظر عن ماهية هذه الرقابة، سياسية كانت من خلال البرلمان أم قضائية من خلال القضاء، أم أنه يتم الجمع بين الرقابتين في آن واحد.

¹²⁸الحلو، م. مرجع سابق، ص (73).

إن الرأي السائد في فرنسا هو، تحول اللائحة إلى قانون بمجرد إقرار البرلمان لها، وهو ما يؤدي إلى عدم خضوع اللائحة للرقابة القضائية. أما في مصر، وبخضوع القوانين واللوائح لرقابة المحكمة الدستورية العليا، فإن كون لوائح الضرورة تحمل القوة القانونية لا يمنع من خضوعها للرقابة على الدستورية كما هو حال القوانين، كما يسقط حق الطعن بالإلغاء فيها بعد إقرارها. حيث أنها قبل الإقرار تبقى محتفظة بالطابع الإداري، ويجوز رفع دعوى الإلغاء بشأنها طوال الفترة السابقة لإقرار البرلمان لها¹²⁹.

وبالرجوع للمعيار الشكلي الراجح فقهاً وقضاءً فإن لوائح الضرورة تخضع لرقابة القضاء الإداري باعتبارها عملاً إدارياً يقبل الطعن بالإلغاء، إلى جانب الدفع بعدم المشروعية، ويكون للقاضي الإداري فحص الجوانب المختلفة لللائحة من حيث الشكل والسبب والاختصاص والمحل والغاية ليقرر مشروعيتها أو عدم المشروعية، كل ذلك إلى جانب الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك اللوائح، وتؤثر بالتالي على بعض هذه الجوانب، إلا أنه إزاء تمتع لوائح الضرورة بقوة القانون، فإن بمقدورها مخالفة بعض أحكام القوانين أو تعديلها أو إلغائها. ويترتب على ذلك مشروعية هذه المخالفة¹³⁰.

وعند الأخذ بالمعيار الموضوعي، فإن لوائح الضرورة باعتبارها قانوناً من حيث طبيعتها لا تخضع لرقابة الإلغاء أمام القضاء الإداري. ونجدها تخضع للرقابة على الدستورية من خلال محكمة مختصة وهو ما جرى العمل عليه في مصر.

¹²⁹ جمال الدين، س. أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص (455).

¹³⁰ جمال الدين، س. الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص (171).

ويختص القضاء الإداري دون غيره بإلغاء القرارات الإدارية فردية كانت أم تنظيمية في حال ثبوت عدم مشروعيتها، وذلك في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، ومما لا شك فيه أن اللائحة التي تخالف الدستور هي لائحة غير مشروعة. ونجد هذا الوضع مطبقاً في مصر والأردن وفلسطين باعتبارها دول تأخذ بالقضاء المزدوج. كما أن من حق من لحق به ضرر من جراء تطبيق قرارات الإدارة غير المشروعة، أن يحصل على تعويض مقابل الضرر الذي لحق به من جراء هذه القرارات، ما لم يوجد أي مانع قانوني يحول دون هذا التعويض، كأن ينص المشرع على عدم مسؤولية السلطة التنفيذية عن أعمالها.

ولا بد لنا من أن نتعرف بداية على ماهية السلطة الإدارية، والتعريف بقضاء الإلغاء، قبل الدخول في الموضوع. وكنا قد انتهينا سابقاً إلى تحديد طبيعة لوائح الضرورة على وجه الدقة أخذاً بالمعيار الشكلي والموضوعي لها.

تشمل السلطة الإدارية كافة الهيئات والمنظمات والأجهزة التي تتولى مباشرة الوظيفة الإدارية، وبذلك ينصرف مدلول السلطة الإدارية على أجهزة الإدارة العامة في الدولة، كما ينصرف كذلك هذا المدلول إلى السلطة التنفيذية وحدها دون غيرها من السلطات العامة الأخرى؛ باعتبارها السلطة المخولة دستورياً بمباشرة الوظيفة الإدارية¹³¹.

أما **قضاء الإلغاء فهو**: القضاء الذي يستطيع القاضي بمقتضاه فحص الطلبات المقدمة إليه ضد قرار إداري معين سواء فردي أو لائحي، بقصد إلغائه لعدم المشروعية. ويقتصر اختصاص

¹³¹ جمال الدين، س. المرجع السابق، ص (403).

القاضي على التحقق من مشروعية القرار المطعون فيه أو عدم مشروعيته، دون أن يمتد اختصاصه لأكثر من ذلك¹³².

ومن حيث حجية الحكم والتعويض عن الأضرار، فإن الحكم الصادر بالإلغاء له حجية مطلقة، بمعنى أن إلغاء اللائحة لا يتحقق في مواجهة الطاعن فحسب بل يمتد إلى الجميع كذلك. ولرافع الإلغاء طلب التعويض عن الأضرار التي أصابته في نفس صحيفة الدعوى¹³³.

وتمر رقابة القضاء الإداري على لوائح الضرورة بمرحلتين: مرحلة ما قبل موافقة البرلمان عليها، وتعامل معاملة القرارات الإدارية، ومرحلة ما بعد موافقة البرلمان وتصديقه لها، إذ تصبح بمثابة قوانين وتعامل على هذا الأساس⁴.

وتبقى لوائح الضرورة الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية أعمالاً إدارية، وتخضع لرقابة القضاء الإداري على مشروعيتها، بصفته الجهة الإدارية المختصة بنظر الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية، بغض النظر عن القوة الإلزامية لللائحة، المتمثلة في قوة العمل الإداري، وتكون في ذات قوة القوانين في تدرج القواعد القانونية¹³⁴.

ومهما اختلفت مرتبة لوائح الضرورة، فإنها تعتبر بمثابة قوانين من حيث الموضوع، إذ تفرض قواعد قانونية عامة مجردة، فاللائحة والقانون لا يختلفان من حيث الطبيعة الموضوعية، كون كل منهما يتمثل في قاعدة عامة مجردة¹³⁵.

¹³² الباز، د. (1995): " الوجيز في قضاء الإلغاء"، دار النهضة العربية، القاهرة. ص (3).
¹³³ فكري، ف. (2003-2004): " وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء"، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ص (13).
⁴ الطماوي، س. النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص (484).
¹³⁴ جمال الدين، س. الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص (69).
¹³⁵ الحلو، م. المرجع السابق، ص (525).

فما هو وضع لوائح الضرورة قبل عرضها على البرلمان وإمكان الطعن فيها بالإلغاء؟ وهل يتغير الرأي عقب العرض على البرلمان وإقراره لها؟ وما هو الحكم في حال عدم التزام السلطة التنفيذية بعرض هذه اللوائح على البرلمان؟

الفرع الثاني

أثر عرض لوائح الضرورة على البرلمان في الطعن بالإلغاء

أولاً: الطعن بالإلغاء لوائح الضرورة قبل عرضها على البرلمان:

استقر الفقه المصري على الرأي القائل: إن لوائح الضرورة وإن أنتجت آثارها بحكم الدستور كما لو كانت قوانين، فإنها وبحكم مصدرها تعد أعمالاً إدارية من حيث طبيعتها القانونية، وفقاً للمعيار الشكلي ولصدورها عن السلطة التنفيذية، حيث أن رئيس الدولة لا يصدر قوانين وإنما يصدر داخل حدود سلطته قرارات ومراسيم، وإن كان لها قوة القانون، هي في حقيقة الأمر ليست قانوناً، إذ أنها لم تصدر عن السلطة التشريعية، بل صدرت نتيجة لظرف طارئ في ظل غيبة البرلمان¹³⁶. وتخضع بالتالي لرقابة البرلمان عليها ويمنحه الدستور سلطة إقرار أو عدم إقرار هذه اللائحة أو تعديلها.

فقد أكد الفقه والقضاء الإداري في مصر وفرنسا، على أن لوائح الضرورة قرارات إدارية عادية لحين مصادقة مجلس الأمة عليها، ويجوز بالتالي إلغاؤها أمام محاكم القضاء الإداري إذا كانت غير مشروعة¹³⁷.

¹³⁶ جمال الدين، س. أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص (452).

¹³⁷ الطماوي، س. النظرية العامة للقرارات الإدارية. مرجع سابق، ص (444).

وبناءً عليه تعتبر لوائح الضرورة قرارات إدارية من لحظة صدورها عن السلطة التنفيذية ولحين عرضها على البرلمان، وتأكيداً على ذلك قضت محكمة القضاء الإداري لسنة 1954 بأن: " السلطة التنفيذية قد تقوم بأعمال هي أصلاً من اختصاص السلطة التشريعية. ومن تلك الأعمال، اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية، - وهي في الأصل من اختصاصات السلطة التشريعية - اللوائح التكميلية أو التنفيذية، واللوائح المستقلة واللوائح التفويضية ". وانتهت المحكمة إلى أن: " إخضاع اللوائح المتقدمة الذكر بأنواعها إلى اختصاص القضاء أخذاً بالمعيار الشكلي في التفرقة بين القرارات التشريعية والقرارات الإدارية. وما دام أن القرار صادر من السلطة التنفيذية، فهو قرار إداري جائز الطعن فيه أمام هذه المحكمة¹³⁸ .

وأتفق هنا مع الرأي القائل بأن ما ينطبق على اللوائح المذكورة في القرار السابق، ينطبق على لوائح الضرورة؛ فجميعها لوائح تم تقييدها بقيود حددها البرلمان. ولا شك أن مثل هذه اللوائح تخضع للطعن بالإلغاء إذا حادت عن القيود المصاغة برلمانياً، (عدم المشروعية).

ثانياً: أثر إقرار البرلمان للوائح الضرورة على الطعن بالإلغاء:

يثور التساؤل هنا عن مدى تأثير إقرار البرلمان أو عدم إقراره على الطبيعة القانونية للوائح الضرورة، وبالتالي إمكانية، أو عدم إمكانية الطعن فيها بالإلغاء؟ حيث اختلف الفقه على طبيعة وتكييف لوائح الضرورة، وذلك في مرحلة ما بعد إقرارها أو التصديق عليها من البرلمان بعد أن تقوم السلطة التنفيذية بعرض هذه اللوائح على البرلمان.

¹³⁸ قضاء إداري 1954/12/20 - م (9)، ص (152). أشار له، فكري، ف. مرجع سابق، ص (46 و47).

وأكد جانب من الفقه، بأن لوائح الضرورة بعد عرضها على البرلمان وموافقته وإقراره لها تتحول إلى قوانين، وتصبح في حكمها، ولا يجوز الطعن ضدها بالإلغاء بعد أن كان هذا الطعن جائزا قبل إقرارها من البرلمان، إذ كانت عبارة عن قرارات إدارية تخضع لرقابة الإلغاء¹³⁹. وهذا لا يمنع من أن يبسط القضاء رقابته عليها من حيث الدستورية، شأنها في ذلك شأن القوانين، في ظل النظم التي تخضع القوانين لتلك الرقابة.

وبرأيي، إن لوائح الضرورة لا تكتسب بعد إقرارها من البرلمان طبيعة القانون، وهو ما توجه إليه الكثير من الفقهاء، إذ أن طبيعة العمل الصادر عن رئيس الدولة لا يتغير بمجرد إقرار البرلمان له أو عدم إقراره. إلا أن تدخل البرلمان هنا يؤكد فقط القوة القانونية لهذه اللوائح أو يزيلها. إلا إذا تم إقرارها والمصادقة عليها بإتباع الإجراءات الخاصة بإصدار التشريع.

وكما أشرنا سابقا فإنه وفقا للمعيار الشكلي، فإن القرارات الصادرة عن رئيس الدولة بصفته سلطة تنفيذية تكتسب طبيعة الأعمال الإدارية، بينما تكتسب الأعمال الصادرة عن البرلمان الطبيعة القانونية. وعليه فإن البرلمان لا يغير من الطبيعة الإدارية للوائح الضرورة فتبقى مجرد لوائح تتمتع بقوة القانون؛ وتظل خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها ودستوريتها.

وبالتالي يعد تصديق البرلمان للوائح الضرورة عملا رقابيا يقوم به نتيجة ممارسته لوظيفته السياسية بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وليس من أثر للتصديق سوى تأكيد القوة القانونية لهذه اللوائح دون أن يعدل من طبيعتها، فتبقى لوائح تتمتع بقوة القانون².

¹³⁹ جمال الدين، س. أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص (453-454).
2 جمال الدين، س. لوائح الضرورة، مرجع سابق، ص (97).

وفي حال سن البرلمان لقانون يحتوي أحكام اللائحة، فإن هذا القانون يكون نافذاً وواجب التطبيق بما يحتويه من قواعد وأحكام، وتسقط اللائحة وتتوقف آثارها بمجرد إقرار البرلمان للقانون الذي تضمن أحكامها. وتبقى خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها، طوال فترة نفاذها، قبل سريان ونفاذ القانون الذي أقره البرلمان¹⁴⁰.

ثالثاً: عدم عرض لوائح الضرورة على البرلمان وإمكان الطعن بإلغائها:

إن عدم عرض لوائح الضرورة على البرلمان، أو عرضها وعدم موافقته عليها، يزيل عنها قوة القانون بالنسبة للمستقبل وتعد بذلك لوائح عادية من حيث الطبيعة والأثر ويؤكد إمكانية الطعن بإلغائها.

1 - حالة عدم عرض اللوائح على البرلمان:

لم يتعرض المشرع الدستوري الأردني إلى حالة عدم عرض لوائح الضرورة على البرلمان، كما فعل المشرع الدستوري المصري، حيث أكد هذا الأخير على أن عدم العرض يزيل ما يكون للائحة الضرورة من قوة القانون بأثر رجعي دون الحاجة إلى إصدار قرار بذلك. أما المشرع الدستوري الفلسطيني، فقد أوجب عرض القرارات بقوة القانون (لوائح الضرورة) على المجلس التشريعي " وإلا " زال ما كان لها من قوة القانون. بينما لم يوضح مدى الحاجة إلى صدور قرار بذلك من عدمه كما فعل المشرع المصري.

¹⁴⁰ جمال الدين، س. أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص (455).

فالعرض على المجلس وجوبي وإلزامي، وإذا لم تلتزم السلطة التنفيذية بهذا القيد يترتب على ذلك أثر وهو؛ بطلان لائحة الضرورة، ويختلف هذا الأثر في الدستور الأردني عنه في الدستور المصري والقانون الأساسي الفلسطيني.

2 - حالة عرض لوائح الضرورة على البرلمان ورفضه لها:

تشبه هذه الحالة حالة عدم عرض اللوائح على البرلمان، ويترتب عليها البطلان، حيث أكد المشرع الدستوري الفلسطيني، على أنه إذا لم يقر المجلس التشريعي القرارات بقوة القانون بعد عرضها عليه، زال ما يكون لها من قوة القانون، وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع الدستوري المصري. أما المشرع الدستوري الأردني فقد أوجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك إعلان بطلان القانون المؤقت فوراً إذا رفضها مجلس الأمة، ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول مفعولها على أن لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة. وحبذا لو أن المشرع الدستوري الأردني قد جعل تاريخ البطلان هو تاريخ رفض المجلس لها وليس تاريخ إعلان مجلس الوزراء.

3 - حالة عرض اللوائح على البرلمان وسكوته عنها:

إن سكوت البرلمان عن إقرار أو رفض لوائح الضرورة لا يعتبر رفضاً أو قبولا، إلا باتخاذ البرلمان للرأي الصريح بذلك، ولا بد أن يتم النص على هذه الحالة في الدستور، وتحديد مدة زمنية معينة وعدم ترك الأمر للبرلمان من أجل إبداء الرأي في لوائح الضرورة.

الفرع الثالث

تطبيقات على الطعن بإلغاء لوائح الضرورة

أولاً: لوائح الضرورة في مصر وإمكانية الطعن فيها بالإلغاء:

إن اعتبار لوائح الضرورة قرارات صادرة عن السلطة التنفيذية يفتح المجال واسعا للطعن بها أمام المحكمة بدعوى الإلغاء. وكذلك الحال يمكن الطعن بلوائح الضرورة قبل عرضها على مجلس الدولة المصري، باعتبارها قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية، إلا أن الطعون التي تصب على هذه القرارات تتعلق بدستوريتها وليس بشرعيتها. وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكم لها عام 1979 أعلنت فيه أن: "القرار المطعون فيه وهو القرار الجمهوري رقم 23 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب هذا القرار الجمهوري وإن كانت السوابق القضائية تؤيد القول بأن القرارات الجمهورية بقوانين هي قرارات إدارية يجوز الطعن بها أمام مجلس الدولة لحين عرضها على البرلمان ، إلا أن الرقابة القضائية على هذه القرارات بقوانين لا تبحث في مدى مطابقة أو عدم مطابقة القرار للقوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية.

وحيث أن هذه القرارات لها قوة القانون فإنها تكون قادرة على تعديل القوانين العادية ومخالفتها، وعليه تنحصر الرقابة عليها في التأكيد على مدى التزامها بإحكام الدستور وتكون رقابة دستورية مباشرة. وفي مصر كانت مثل هذه الرقابة تباشر في محاكم القضاء الإداري قبل النص على محكمة دستورية متخصصة في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وبذلك خرجت مثل هذه الرقابة عن اختصاص محكمة القضاء الإداري¹⁴¹.

¹⁴¹ فكري، ف. المرجع السابق، ص (51).

وتنظر المحكمة المختصة وصاحبة الصلاحية في نظر هذه الطعون المقدمة ضد لوائح الضرورة قبل المصادقة عليها من البرلمان هي ذات المحكمة صاحبة الاختصاص للنظر في الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة العامة، وهي محكمة العدل العليا.

ثانياً: موقف القضاء الأردني تجاه القوانين المؤقتة:

اعتبر القضاء الأردني القوانين المؤقتة من قبيل الأعمال التشريعية، وليس من قبيل القرارات الإدارية، مما شجع السلطة التنفيذية على التمادي في اللجوء إلى إصدار القوانين المؤقتة. فقد ذهبت محكمة العدل العليا في حكم لها إلى اعتبار: " القوانين المؤقتة التي تصدرها السلطة التنفيذية وبصفتها سلطة مشرعة، بغياب البرلمان، أعمالاً تشريعية لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء بصورة مباشرة أمام محكمة العدل العليا ¹⁴² .

إن ما قالت به محكمة العدل العليا، أثار الكثير من الجدل في المحيط القانوني، فهو ادعاء لا يستند إلى أساس من القانون إذ أن المادة (94) من الدستور الأردني أجازت لمجلس الوزراء وضع قوانين مؤقتة بموافقة الملك، عندما يكون مجلس الأمة غير منعقدٍ أو منحل، وذلك في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية أو تستدعي صرف نفقات مستعجلة، ويتضح لنا أن محكمة العدل العليا تعتبر القوانين المؤقتة تشريعات لا يجوز الطعن بعدم مشروعيتها.

ويرى جانب من الفقه بأن محكمة العدل العليا قد لجأت إلى المعيار الموضوعي لإضفاء صفة التشريع على القوانين المؤقتة ¹⁴³ . هذا بنفس الوقت الذي اعترفت به المحكمة العليا بالمعيار

¹⁴² عدل عليا رقم 77/30، ع(9،10)، سنة 1977 – مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ص (1183).

¹⁴³ الشطناوي، ع. مرجع سابق، ص (323).

الشكلي لتميز القرار الإداري عن غيره من الأعمال فجاء بقرار لها: " إن الشرط الأساسي لاعتبار القرار قرارا إداريا أن يصدر عن سلطة إدارية لا سلطة قضائية أو تشريعية"¹⁴⁴.

وفي قرار آخر لمحكمة العدل العليا شرحت فيه نص المادة (94) من الدستور الأردني بقولها: " من هذا النص يتضح أنه في الأوقات التي يكون فيها مجلس الأمة غير منعقدٍ أو منحلٍ، يختفي مبدأ الفصل بين السلطات مؤقتا وتجمع السلطة التنفيذية إلى جانب مهام الإدارة وظيفية التشريع، ولهذا فإن القوانين المؤقتة التي تصدرها هذه السلطة تعتبر في الواقع من قبيل الأعمال التشريعية التي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام هذه المحكمة"¹⁴⁵.

وأرى، أنه بالرغم من نعت القوانين المؤقتة بالصيغة التشريعية، إلا أنها لا تخرج عن كونها قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء بالدعوى المباشرة.

¹⁴⁴ عدل عليا رقم 53/59، ع(2)، السنة (2)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ص(70).

¹⁴⁵ عدل عليا رقم 63/41، ع(4)، السنة (11) – مجلة نقابة المحامين، ص (271-272).

الفصل الثاني

" منط الدعوى الدستورية على لوائح الضرورة
وتحريكها وحبية الأحكام الصادرة فيما "

المبحث الأول طبيعة الدعوى الدستورية والمصلحة فيها

المطلب الأول الطبيعة العينية للدعوى الدستورية واستقلالها

تُعتبر الدعوى الدستورية، دعوى عينية بطبيعتها بحيث توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري. كما تُعد دعوى مستقلة عن دعوى الموضوع، فمتى رفعت أمام المحكمة الدستورية العليا، فإنها تستقل عن دعوى الموضوع، حيث أنها تعالج موضوعا مختلفا عن موضوع الدعوى الأصلية، الذي يتصل به الدفع بالعييب الدستوري¹⁴⁶.

البند الأول: الطبيعة العينية للدعوى الدستورية

الدعوى العينية؛ هي التي يكون الغرض منها أو التي تستند إلى طلب تقرير حق عيني أو حالة قانونية، بخلاف الدعوى الشخصية التي يكون الغرض منها أو التي تستند إلى طلب تقرير حق شخصي، وبمعنى آخر (رابطة بين شخصين). والدعوى العينية تلك المتعلقة بالمراكز القانونية العامة أو الموضوعية والتي ينحصر ادعاء المدعي فيها في وقوع مخالفة لأحكام القانون أو المساس بمزية يخولها مركز قانوني عام، والمنازعات الشخصية تلك المتعلقة بالمراكز القانونية الشخصية

¹⁴⁶ المنجي، م. (2002): " دعوى عدم الدستورية "، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية. ص (99).

والتي يتمسك بها المدعي بحقوق شخصية تكوّن عناصر مركز قانوني شخصي يكون عليه المدعي¹⁴⁷.

فالدعوى الدستورية هي عينية بطبيعتها بحيث توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري، وتكون آثارها ذات حجية مطلقة تنطبق على كافة. سواء أكانوا مخاطبين بالنص التشريعي الذي تعلق به قضاء المحكمة أم كانوا من غيرهم. كما تلتزم به كافة الجهات القضائية، بغض النظر عن قرارها بدستوريتها أو بعدم الدستورية، ويختلف شأن الدعوى الدستورية عن الدعوى العادية، لأن الخصومة فيها عينية تستهدف الطعن في النص القانوني، للحصول على حكم بعدم دستوريتها¹⁴⁸.

البند الثاني: الدعوى الدستورية دعوى مستقلة

أي أن الدعوى الدستورية ليست دعوى فرعية أو عارضة، بل هي دعوى مستقلة عن دعوى الموضوع. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية بقرار لها جاء فيه: "..... متى رفعت الدعوى إلى هذه المحكمة فإنها تستقل عن دعوى الموضوع، لأنها تعالج موضوعا مغايرا لموضوع الدعوى الأصلية، الذي يتصل به الدفع بعدم الاختصاص، ومن ثم تكون محكمة الموضوع - دون المحكمة الدستورية العليا - هي صاحبة الولاية في الفصل فيه¹⁴⁹."

المطلب الثاني

المصلحة في الدعوى الدستورية

¹⁴⁷ أبو الوفا، أ. (1990): " المرافعات المدنية والتجارية "، ط 15. ص (138).

¹⁴⁸ المنجي، م. المرجع سابق، ص (101).

¹⁴⁹ دستورية عليا مصرية رقم 47 لسنة 3 ق. المنشور في الجريدة الرسمية عدد (25)، بتاريخ 1983/6/23.

الفرع الأول مفهوم المصلحة

يقصد بالمصلحة؛ الفائدة العملية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلباته. ويعتبر شرط المصلحة الشخصية المباشرة من شروط قبول الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا. ويشترط لقبول الدعوى الدستورية توافر المصلحة فيها، إذ لا دعوى بلا مصلحة ومناطقها هنا؛ وجود ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وأن يكون من شأن الحكم في الدعوى الدستورية أن يؤثر فيما أبدى من طلبات في دعوى الموضوع¹⁵⁰.

وأكدت محكمة العدل العليا الأردنية على أنها تختص بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور¹⁵¹. فالمصلحة هي مناط الدعوى وانتفاء المصلحة يستوجب رد الدعوى¹⁵². وفي قرار آخر اعتبرت نفس المحكمة قيام المصلحة شرط أساسي لقبول الدعوى، ويتعين أن يظل هذا الشرط قائماً حتى الفصل فيها¹⁵³.

وقررت المحكمة العليا بغزة بصفتها محكمة دستورية عليا، برفض الدعوى رقم 2003/1 لعدم توفر المصلحة، وجاء القرار على النحو التالي: " وحيث أنه بالنسبة للموضوع فإنه يشترط للطعن في شرعية تطبيق القانون أن يكون قد ترتب أثراً قانونياً بالنسبة إلى الطاعن تحقق بناء عليه مصلحة شخصية ومباشرة في إبطاله. وحيث أن الطاعن لم يقدم الدليل على ترتب أي أثر قانوني

¹⁵⁰ الدناصوري، ع، و الشواربي، ع. مرجع سابق، ص (43).

¹⁵¹ أنظر عدل عليا رقم 2003/80، المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (3،2،1) لسنة 2004، ص (177).

¹⁵² عدل عليا أردني رقم 94/113 بتاريخ 1994/5/14، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد (12،11) لسنة 1995، ص (3180).

¹⁵³ عدل عليا أردني رقم 95/389، منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد (3) لسنة 1997، ص (1052).

بالنسبة له أثناء تنفيذ القانون رقم 1966/11 على محافظات قطاع غزة قبل إلغائه مما ينتقي معه أي مصلحة قائمة يعتبرها القانون تجيز له إقامة دعواه الراهنة مما ترى معه المحكمة رفضها¹⁵⁴.

وجرى قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية كذلك على أن: " مفهوم المصلحة المباشرة

- وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - إنما يتحدد على ضوء عنصرين أوليين يحددان معا مضمونها ولا يتداخل أحدهما مع الآخر أو يندمج فيه، وإن كان استقلالهما عن بعضهما البعض لا ينفي تكاملهما، وبدونهما مجتمعين لا يجوز لهذه المحكمة أن تباشر رقابتها على دستورية القوانين واللوائح؛ **أولهما**: أن يقيم المدعي - وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون عليه - الدليل على أن ضررا واقعا - اقتصاديا أو غيره - قد لحق به، ويجب أن يكون هذا الضرر مباشرا مستقلا بعناصره ممكنا إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية، وليس ضررا متوهما أو نظريا أو مجهلا، بما مؤداه أن الرقابة الدستورية يجب أن تكون موطئا لمواجهة أضرار واقعية بغية صدها وتصفية آثارها القانونية، ولا يتصور أن تقوم المصلحة الشخصية المباشرة إلا مرتبطة بهدفها.

ثانيهما: أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه، فإذا لم يكن هذا النص قد طبق على المدعي أصلا، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه أو كان قد أفاد من مزياه أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتفية، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها¹⁵⁵.

¹⁵⁴ قرار رقم 2003/1 صدر بتاريخ 2003/10/30، عن المحكمة الدستورية العليا بغزة.
¹⁵⁵ حسنين، إ. (2000): " الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء"، دار النهضة العربية، القاهرة. ص (187)، وقرار محكمة دستورية عليا مصرية رقم 10 لسنة 13 ق جلسة 1994/5/7.

الفرع الثاني مناط شرط المصلحة الشخصية المباشرة

المصلحة في الدعوى هي: " الباعث على رفع الدعوى "، وهي الغاية المقصودة منها؛ وإليها تتجه غاية الداعي، وعليه لا بد من التلازم ما بين الدعوى والمصلحة، فلا دعوى بغير مصلحة. وقد استوجب قانون مجلس الدولة المصري بنص المادة (12/أ) منه، عدم قبول الطلبات المقدمة من أشخاص ليس لهم فيها مصلحة. فقد قضت المحكمة العليا المصرية بقرار لها بأنه: " يتعين لقبول الدفوع أن تكون لمن يقدمها مصلحة قائمة في تقديمها يقرها القانون شأنها في ذلك شأن الدعاوى¹⁵⁶ ". وتتصدى المحكمة الدستورية وحدها للتحقق من توافر شرط المصلحة من تلقاء نفسها، حتى وإن لم يتمسك به أحد أمامها.

فمن المقرر قانوناً، أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، ومناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها المطروحة على محكمة الموضوع.... فإذا لم يكن لها بها من صلة كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة¹⁵⁷.

وعليه، فإذا كانت الدعويين الدستورية والموضوعية تستقل كل منهما بكيانها عن الأخرى، إلا أن شرط المصلحة يمثل نقطة التلاقي بينهما، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية بقولها: " إن الدعوى الدستورية وإن كانت تستقل بموضوعها عن الدعوى الموضوعية، باعتبار أن أولاهما تتوخى الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي وقاعدة في الدستور، في حين

¹⁵⁶ محكمة عليا رقم 2 ق ع، دستورية، بتاريخ 1975/3/1، المجموعة ج 1، ق 22، ص (220).
¹⁵⁷ دستورية عليا رقم 45 لسنة 13 ق، بتاريخ 1993/3/20.

تطرح ثانيتهما - في صورها الأغلب وقوعا - الحقوق المدعى بها في نزاع موضوعي يدور حول إثباتها أو نفيها، إلا أن هاتين الدعويتين لا تتفكان عن بعضهما من زاويتين؛ **أولاهما**: أن المصلحة في الدعوى الدستورية - وهي شرط لقبولها - مناطها ارتباطها بالمصلحة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسائل الدستورية مؤثرا في الطلب الموضوعي المرتبط بها، **ثانيتهما**: أن الفصل في الدعوى الموضوعية متوقف دوما على الفصل في الدعوى الدستورية¹⁵⁸.

علما بأن الترابط بين الدعويتين الدستورية والموضوعية وما يقيمه من علاقة لزوم الفصل في أحدهما على الفصل في الأخرى، يفترض بدهاء ازدواجية لا كياناً واحداً، حيث أن توافر شرط المصلحة يعني؛ وجود دعوى موضوعية مستقلّة بطلباتها عن الدعوى الدستورية لتستقبل مردود الفصل في هذه الأخيرة ما دام عليه متوقف الفصل فيها؛ ويكسب المصلحة في الدعوى الدستورية طابعها العملي ومفهومها الشخصي المباشر¹⁵⁹.

فيجب بداءة أن تكون هناك دعوى موضوعية¹⁶⁰ قائمة أمام محكمة الموضوع، وأن الدعوى الموضوعية المرفوعة أمام القضاء العادي يتم من خلالها ويمناسبتها، اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية، بطريقتي الإحالة والرفع.

¹⁵⁸ دستورية عليا رقم 93 لسنة 12 ق، بتاريخ 1994/3/5.

¹⁵⁹ عبد الباسط، م. (2002): " ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية"، منشأة المعارف. الإسكندرية. ص (650).

¹⁶⁰ يقصد بالدعوى الموضوعية؛ الدعوى بمجمل طلباتها، الأصلية والإضافية، حتى وإن كان الإضافي منها قد قدم أمام محكمة الموضوع بعد رفع الدعوى الدستورية فعلا. ما دامت هذه الطلبات يجمعها بالطلبات الأصلية الارتباط بذات المسألة محل الطعن المقبول بعدم الدستورية. أشار له، عبد الباسط، م. المرجع المشار له سابقا، ص (651).

المبحث الثاني

أساليب تحريك الدعوى الدستورية

على لوائح الضرورة

تتنوع أساليب تحريك الدعوى بعدم دستورية لائحة الضرورة في النظم الدستورية المقارنة، ففي مصر تتعدّد الخصومة الدستورية، يرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، حيث حدد قانون المحكمة الدستورية العليا أوضاع وإجراءات رفع الدعوى الدستورية ومسارها بنصوص صريحة¹⁶¹. وتقوم الخصومة الدستورية باتصالها بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً قانونياً صحيحاً، مما يلزم إتباع الإجراءات القانونية اللازمة لرفع الدعوى الدستورية وأهمها ، أن ترفع الدعوى من ذي صفة، وأن تتبع الطرق المرسومة لها. وتعتبر الحكومة من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية التي تستهدف الطعن في القوانين واللوائح. ويلزم أن يكون الخصوم في الدعوى الدستورية خصوماً أمام محكمة الموضوع.

إن الطريق الذي اعتنقه المشرع المصري كما تبينه هذه النصوص، هو طريق الدفع الفرعي لإثارة اختصاص المحكمة الدستورية العليا، ولم يأخذ المشرع المصري بطريق الدعوى الأصلية. فقد حرم المشرع المصري الأفراد من فرصة إقامة دعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا للطعن بدستورية نص قانوني أو لائحة قد يتضررون منها، وسمح لهم بالدفع بعدم الدستورية فقط عند وجود دعوى منظورة أمام محكمة الموضوع، أو حتى تقتنع المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بإحالة الأوراق من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا.

¹⁶¹ المادة 28 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري.

ويرأى هذه الطرق وحدها لا تكفي، فكان حرياً بالمشرع المصري منح الأفراد حق الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا بلائحة الضرورة إذا أصابه أي ضرر منها. فالدعوى الأصلية بعدم الدستورية، يتضمن موضوعها طلب إلغاء القانون غير الدستوري، وإمكانها لا بد من النص عليها في الدستور.

وعليه تتولى المحكمة الدستورية العليا في مصر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح على الوجه الآتي¹⁶²:

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

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

وفي جميع الحالات يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، أو صحيفة الدعوى المرفوعة أمامها، أو الدعوى المرفوعة إليها، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة¹⁶³.

¹⁶² المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري.
¹⁶³ المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري.

وعليه فإن الرقابة على الدستورية في مصر تثار بإحدى ثلاث طرق حددها قانون المحكمة

الدستورية العليا على سبيل الحصر في المادتين (27،29):

- طريق الدفع من الأفراد أمام محكمة الموضوع في الدعوى الموضوعية.
- طريق إعمال المحكمة الدستورية العليا لحقها في التصدي.
- طريق الإحالة المباشرة من محكمة الموضوع.

وأضاف قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني إلى هذه الطرق الثلاث، طريقاً آخر هو:

الدعوى الأصلية المباشرة من الأفراد¹⁶⁴. وهو ما يجري العمل به في الأردن أمام محكمة العدل العليا.

المطلب الأول

الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية

تكون الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، بأن يقوم صاحب الشأن المتضرر من القانون بالطعن به أمام المحكمة المختصة ابتداءً، دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه، متقدماً بطلب الحكم بإلغاء ذلك القانون لمخالفته أحكام الدستور¹⁶⁵. وتأخذ معظم الدساتير المعاصرة بهذا النوع من الرقابة ومن الأمثلة على ذلك، دستور ألمانيا الاتحادية سنة 1949، والدستور الإيطالي سنة 1947¹⁶⁶.

وكذلك أكد قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني، في المادة (1/27) على أن: " تتولى

المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: 1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة

¹⁶⁴ مادة (1/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

¹⁶⁵ الخطيب، ن. المرجع السابق، ص (555).

¹⁶⁶ الذنبيات، م. مرجع سابق، ص (190).

التي يقيمها المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون ". حيث نصت المادة (24) بدورها على الاختصاصات التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا.

وأشير هنا إلى طلب رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بتعديل المادة (24)، قبل إقرار القانون بالقراءة الثالثة من قبل المجلس التشريعي، وذلك بحذف الفقرات التي تشير إلى حق المحكمة بالرقابة على دستورية اللوائح والقرارات والمراسيم.

يتحقق هذا النوع من الرقابة برفع دعوى أصلية أمام محكمة دستورية متخصصة بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، تسمى محكمة دستورية عليا بحيث يتمتع على المحاكم القضائية الأخرى فحص الدستورية، ويطلب بذلك من المحكمة الدستورية العليا الحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور، فإذا قضت تلك المحكمة بمخالفة النص التشريعي أو اللائحة المطعون بدستوريتها، يتحقق إعدام القانون من الوجود، ويحوز هذا الحكم حجية مطلقة يحتج بها على الكافة، ويؤدي استخدام هذا النوع من أنواع الرقابة إلى حل مشكلة النص التشريعي حلاً نهائياً وحاسماً.

بينما نجد أن قانون المحكمة الدستورية العليا قد أكد من خلال نص المادة (2/25) على

أنه: " عند الحكم بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار جزئياً أو كلياً

على السلطة التشريعية أو الجهة ذات الاختصاص تعديل ذلك القانون أو المرسوم أو اللائحة أو النظام أو القرار بما يتفق وأحكام القانون الأساسي والقانون ". وأكدت الفقرة (3) من نفس المادة على

أنه: " عند الحكم بعدم دستورية أي عمل يعتبر محذور التطبيق، وعلى الجهة التي قامت به

تصويب الوضع وفقاً لأحكام القانون الأساسي والقانون، ورد الحق للمتظلم أو تعويضه عن الضرر

أو كلاهما معاً ".

حظر المشرع الفلسطيني من خلال النص المتقدم، تطبيق أي نص أو قانون أو مرسوم أو لائحة، صدر حكم بعدم دستوريته من قبل المحكمة الدستورية العليا، لحين تعديلها وفقا لأحكام القانون الأساسي من الجهة صاحبة الاختصاص. وهو ما أجده يتعارض مع نص المادة (24) من نفس القانون والتي أكدت على اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة. ومنح قانون محكمة العدل العليا الأردني في المادة (7/أ/9)، للمحكمة صلاحية النظر في الطعون التي يقدمها أي متضرر لطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور، وبذلك تكون هذه المادة قد أخضعت القانون المؤقت للرقابة القضائية من حيث مخالفة الدستور¹⁶⁷. فالقانون بذلك قد نص على الدعوى الأصلية وبنفس الوقت على وقف العمل بالقانون المؤقت المخالف وليس إلغاءه.

هذا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية في قرار لها جاء فيه: " تقام الدعوى لدى محكمة العدل العليا خلال سنتين يوما من تاريخ تبليغ القرار الإداري المشكو منه للمستدعي أو من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ويتوجب رد دعوى الوقف بالقانون المؤقت المقدمة بعد المدة القانونية¹⁶⁸ .

المطلب الثاني

تحريك الرقابة بالدفع أو بالإحالة

الفرع الأول

الدعوى عن طريق الدفع من الأفراد

¹⁶⁷ محكمة العدل العليا الأردنية رقم 97/226، بتاريخ 1998/1/26. المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد (1،2) لسنة 1998. ¹⁶⁸ عدل عليا رقم 2003/359 المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (3،2،1) لسنة 2004، ص (107).

تتحقق صورة الرقابة عن طريق الدفع من الأفراد عندما يكون هناك نزاع مطروح على إحدى محاكم القضاء العادي أو الإداري ، ويكون هناك نص تشريعي أو لائحة ، فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية النص القانوني، فتتظر المحكمة في جدية الدفع، فإذا ثبت لها جديته أوقفت الدعوى المنظورة أمامها وحددت لمثير الدفع أجلا مدته ثلاثة أشهر، يرفع خلالها دعوى عدم دستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا انقضى الأجل دون أن ترفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا اعتبر الدفع لئلا لم يكن، وتستمر محكمة الموضوع في نظر الدعوى.

وتطلبت المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري أن تتضمن صحيفة الدعوى المقامة أمام المحكمة الدستورية العليا بيان النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى مخالفته وأوجه المخالفة. وهو ما أكدته المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

كما نصت المادة (29/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري بأن: " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي: ب- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي ، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا. فإذا لم تُرفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن " .

نجد أن المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري قد حددت جهات القضاء بأنها المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا

المصرية بأن: " من المقرر ... على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا إنّ جهة القضاء أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي هي تلك التي تستمد ولايتها من قانون محدد لاختصاصها، مبيّن لإجراءات نظر الخصومة أمامها، مفصل لضماناتها القضائية¹⁶⁹ .

وهو ما أكدته كذلك المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني بقولها: " تتولى المحكمة الرقابة على الدستورية على الوجه التالي: 2- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز تسعين يوما لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن ."

وحبذا لو أوضح المشرع الفلسطيني، المقصود بمصطلح نظام المذكور في المادة أعلاه، هل هو النظام الداخلي مثلاً لأية مؤسسة أو وزارة أو هيئة أو غيرها. أم المقصود بها الأنظمة الصادرة عن مجلس الوزراء، أم ماذا؟

وإعمالاً لنص المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه: " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها مناطها اتصالاً بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة (29) من قانونها وذلك إما بإحالة هذه المسألة إليها مباشرة من محكمة الموضوع لتقول كلمتها فيها، وإما من خلال دفع بعدم دستورية نص قانوني يبيده خصم أثناء نظر نزاع موضوعي، وتقدر محكمة الموضوع جديته لترخص بعدئذ لهذا الخصم وخلال أجل لا يتجاوز الثلاثة أشهر برفع دعواه

¹⁶⁹ عبد الباسط، م. مرجع سابق، ص (427).

الدستورية في شأن ما تعلق منها بطريقة رفع الدعوى أو بميعاد رفعها - تعد من النظام العام - باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي تغايبها المشرع مصلحة عامة حتى ينظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده¹⁷⁰.

ويتضح من نص المادة (29) أن المحكمة الدستورية العليا هي جهة قضائية ذات اختصاص أصيل حدده قانون إنشائها، ويترتب على ذلك أن هذه المحكمة ليست محكمة موضوع، وليست جهة طعن بالنسبة إلى محكمة الموضوع، وأن الدعوى الدستورية متى رفعت، تستقل عن دعوى الموضوع لأنها تعالج موضوعا مغايرا لموضوع الدعوى الأصلية. وتقول المحكمة الدستورية العليا المصرية بهذا الصدد: " إن الدعوى الدستورية لا ترفع إلا بطريق الإحالة إليها من محكمة الموضوع، إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازما للفصل في النزاع، أو بناء على دفع يثار أمام محكمة الموضوع، تقدر المحكمة المذكورة جديته للفصل في المسألة الدستورية، ومن ثم فإن الدعوى الدستورية إذا وردت إلى هذه المحكمة للفصل في موضوعها، فإنها لا تكون قد اتصلت بالمحكمة اتصالا مطابقا للأوضاع القانونية، وبالتالي تكون غير مقبولة¹⁷¹.

ويظهر من أحكام القضاء الدستوري المعرّفة بالجهة القانونية والمحددة لها، انه يعتمد في تحديد الجهة القضائية المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي، بحيث يتعين أن يكون موضوع عملها متوافرة له خصائص ومواصفات العمل القضائي، وعليه لا يكفي أن تكون هذه الجهة في ذاتها من مكونات السلطة القضائية التي أناط بها القانون ولاية القضاء¹⁷². وقد أكدت المحكمة العليا المصرية

¹⁷⁰ دستورية عليا رقم 126 لسنة 19 ق، جلسة 1999/6/5. نشر في الجريدة الرسمية ع (24) بتاريخ 1999/6/17، ص (1835).

¹⁷¹ دستورية عليا رقم 40 لسنة 7 ق، بتاريخ 1987/1/3. منشور في الجريدة الرسمية ع (3)، بتاريخ 1987/1/15.

¹⁷² عبد الباسط، م. مرجع سابق، ص (429).

في قرار لها بأن: " الهيئة ذات الاختصاص القضائي: هي كل هيئة حولها المشرع سلطة الفصل في خصومة بحكم تصدره بعد إتباع الإجراءات القضائية التي يحددها القانون¹⁷³.

وتعتبر المحكمة الدستورية العليا المصرية هي الجهة القضائية العليا التي اختصها كلاً من الدستور والمشرع بولاية الفصل في المسائل الدستورية، وليس ثمة جهة أخرى يمكن أن تتنازعها هذا الاختصاص، أو أن تنتحلها لنفسها، فإن الفصل في المخالفة الدستورية المدعى بها إنما يعود إلى هذه المحكمة دون غيرها¹⁷⁴.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا في قرار لها بأن لها وحدها ولاية الرقابة على دستورية القوانين واللوائح حيث قضت بأنه: " لما كانت هذه المحكمة الدستورية إعمالاً للمادة (175) من الدستور والمادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 اللتين عقدتا لها دون غيرها ولاية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح بما يؤكد انه المختصة وحدها بالنظر إلى طعون بمخالفة القوانين أو اللوائح للدستور¹⁷⁵.

واشترط نص المادة (29) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري؛ أن يكون الدفع أمام محكمة الموضوع جدياً، وهو ما أكدته نص المادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

¹⁷³ محكمة عليا، قضية رقم 5 لسنة 4 ق، ع، تنازع، جلسة 1975/12/6.

¹⁷⁴ دستورية عليا رقم 3 لسنة 12 ق، جلسة 1993/1/2. وكذلك قضية رقم 35 لسنة 11 ق، جلسة 1992/2/1.

¹⁷⁵ دستورية عليا رقم 99 لسنة 4 ق، جلسة 1988/6/4.

وذهب اتجاه من الفقه بأنه **يقصد بالدفع الجدي**، الدفع الذي لا يستهدف إطالة أمد الدعوى الموضوعية، حيث أن الدفع الذي يستهدف التسوية يعد غير جدي، وأيضاً يعد كذلك الذي يبدو أنه غير مؤثر في الدعوى¹⁷⁶.

ويرى اتجاه آخر؛ ان المقصود بالدفع الجدي، هو أن يكون الفصل في مسألة الدستورية منتجا، أي أن تكون اللائحة المطعون في دستورتها متصلة بموضوع النزاع¹⁷⁷. وعلى ذلك يناط أمر جدية الدفع بأن يكون الفصل في الدفع ذا تأثير على الفصل في الدعوى الموضوعية، أو أن يولد الدفع لدى قاضي الموضوع شكوكا حول المسألة الدستورية المثارة. وإذا رُفض هذا الدفع من قبل محكمة الموضوع فيكون الطعن فيه أمام محكمة ثاني درجة¹⁷⁸ وليس أمام المحكمة الدستورية العليا، حيث أنها لا تعد جهة طعن بالنسبة للأحكام الصادرة عن محكمة الموضوع¹⁷⁹. بينما يرى آخرون أنه يقصد بجدية الدفع، أن يتحقق قاضي الموضوع من أن الدفع لا يقصد منه الكيد أو إطالة أمد القضية¹⁸⁰.

ويكون تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع وتصريحها ترتيبا على ذلك برفع الدعوى الدستورية متحققا بإثباتات ودلائل كافية ومثبتة لإرادة المحكمة بهذا الخصوص؛ وبذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه: " إذا لم تقل محكمة الموضوع كلمتها في شأن جديتها (ادعاءات عدم الدستورية)، دل ذلك على نفيها تلك الجدية التي يعد تسليمها بها شرحا أوليا لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، ومؤدى ذلك أنه كلما قام الدليل على أن محكمة الموضوع لم

¹⁷⁶الباز، ع. المرجع السابق، ص (134).

¹⁷⁷الشاعر، ر. (1983): " النظرية العامة للقانون الدستوري"، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة. ص(580).

¹⁷⁸المقصود بمحكمة ثاني درجة هنا، محكمة الاستئناف أو النقض.

¹⁷⁹فوزي، ص. (1993): " الدعوى الدستورية"، دار النهضة العربية، القاهرة. ص (92) وما بعدها.

¹⁸⁰سالمان، ع. مرجع سابق، ص(180).

تفصل في جدية الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها ولم تصرح لمن أبداه بإقامة الدعوى الدستورية.... فإن دعواه تكون منطوية من ثم على طعن مباشر في النصوص التي يدعى مخالفتها للدستور، بما يناقض المادة (29) من قانون هذه المحكمة للتداعي فيما يطرح عليها من مسائل دستورية؛ ولا تكون قد اتصلت بالمحكمة وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، وبالتالي يكون الحكم بعدم قبولها متعيناً¹⁸¹.

ولا يلزم أن يكون إفصاح المحكمة عن إرادتها بشأن الدفع بعدم الدستورية صريحاً، بل قد يكون ضمنياً. ومرجع ذلك أن محكمة الموضوع في تقديرها لجدية الدفع بعدم الدستورية تقف عند مجرد الشبهة المرجحة لها بعدم الدستورية دون التعمق في بحث مسألة الدستورية وبغير حسم لموضوعها¹⁸².

كما يعد إيقاف الفصل في الدعوى الموضوعية وليس فقط تأجيلها، لحين البت في الدعوى الدستورية من دلالات التقدير الضمني لجدية الدفع بعدم الدستورية؛ وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في قرار لها بأن: " تقدير محكمة الموضوع جدية المطاعن الدستورية المثارة أمامها ليس لازماً أن يكون صريحاً، بل حسبها أن يكون قرارها في هذا الشأن ضمنياً. ويعتبر كذلك تعليقها الفصل في النزاع لحين البت في المسائل الدستورية التي اتصل بها¹⁸³.

فإذا تبين لمحكمة الموضوع جدية الدفع فإنها تؤجل نظر الدعوى كما قد توقفها، وتحدد لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز الثلاثة أشهر لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية، وإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد يعتبر الدفع كأن لم يكن. علماً بأن قبول الدفع أو عدمه أمر يعود تقديره لمحكمة

¹⁸¹ دستورية عليا رقم 38 لسنة 19 ق ، بتاريخ 1999/6/5. نشر في الجريدة الرسمية، ع (24)، بتاريخ 1999/6/17، ص (1831-1832).

¹⁸² عبد الباسط، م. مرجع سابق، ص (501).

¹⁸³ دستورية عليا رقم 65 لسنة 17 ق ، بتاريخ 1997/2/1. نشر في الجريدة الرسمية، ع (7)، بتاريخ 1997/2/13، ص (24).

الموضوع، إلا أنه في حالة رفض الدفع يجوز لصاحب الشأن الطعن في حكم المحكمة التي أبدى الدفع أمامها ورفضته أمام محكمة الاستئناف. وفي حال كانت المحكمة التي رفضت الدفع هي إحدى المحاكم التي لا يجوز الطعن بأحكامها كالمحكمة العليا، يفقد مبدى الدفع حقه في الطعن

184.

إنَّ منحَ محكمة الموضوع للمدعي أجلا لرفع دعواه الدستورية؛ هو التزامٌ عليها¹⁸⁵، ويمكنها تحديد ميعاد لرفع الدعوى في غضون الثلاثة أشهر، أي أقل من الحد الأقصى حسبما تراه مناسباً. وإذا رفعت الدعوى الدستورية بعد انقضاء الميعاد المقرر لرفعها، سقط الدفع بعدم الدستورية، واعتبر كأن لم يكن. ويمتنع على المحكمة الدستورية قبول الدعوى الدستورية أمامها؛ لعدم اتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها¹⁸⁶.

وحول الميعاد المقرر لرفع الدعوى الدستورية؛ فإذا كانت المدة الزمنية الممنوحة من قبل محكمة الموضوع هي الثلاثة أشهر أو جاوزتها، تنزل إلى الحد الأقصى وهو الثلاثة أشهر، وتستنفذ هنا محكمة الموضوع ولايتها في هذا الخصوص لامتناع تجاوز المدة القانونية. وعليه فقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن: "اعتداد المحكمة الدستورية العليا بالمهلة الجديدة التي تضيفها محكمة الموضوع إلى مدة سابقة عليها كانت قد عينتها لرفع الدعوى الدستورية، مشروطاً ألا يكون الميعاد الأول زائداً عن الأشهر الثلاثة التي ضربها قانون المحكمة الدستورية العليا ليقوم المدعي خلالها دعواه الدستورية؛ فإذا جاوزها، فلا يتصور أن تتصل بمدة جديدة أياً كان زمنها"¹⁸⁷.

¹⁸⁴ فوزي، ص. المرجع السابق، ص (95).

¹⁸⁵ عبد الباسط، د. م. مرجع سابق، ص (513).

¹⁸⁶ أنظر قرار المحكمة الدستورية عليا رقم 27 لسنة 20 ق، بتاريخ 1999/8/1. نشر في الجريدة الرسمية، ع (32)، بتاريخ 1999/8/12، ص (2257).

¹⁸⁷ أنظر قرار المحكمة الدستورية عليا رقم 2 لسنة 18 ق، بتاريخ 1999/2/6. نشر في الجريدة الرسمية، ع (7)، بتاريخ 1999/2/18، ص (488).

الفرع الثاني

تصدي المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها أو بالإحالة المباشرة للطعن

أولاً: الإحالة عن طريق الدفع المقترن بدعوى عدم الدستورية:

سعت بعض الدساتير إلى الجمع بين الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، وطريق الدفع الفرعي، عند التعرض لدستورية التشريع. و تجيز هذه الدساتير الطعن في دستورية القوانين خلال النظر في الدعوى وفحص جدية الطعن ثم إحالته إلى محكمة أخرى ينص عليها الدستور وتختص وحدها بالفصل في دستورية القوانين. وقد انتهجت المحكمة الدستورية العليا المصرية طريق الجمع ما بين الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية وطريق الدفع الفرعي. كما يمكن اللجوء لهذا الطريق من طرق الرقابة لبحث دستورية لوائح الضرورة، وذلك في الفترة ما بين إصدار اللائحة وقبل عرضها على البرلمان للمصادقة عليها وإقرارها، وبث الشرعية فيها.

فقد نصت المادة (29/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري على أن: " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ... إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية ". ونصت المادة (27/2) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني على أن: " تتولى المحكمة الرقابة على الدستورية على الوجه التالي: 2- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو

مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية".

وحسب النص المذكور أعلاه يعتبر أمر الإحالة مقرر لأية محكمة، سواء في المحاكم العادية أو الإدارية أو العسكرية، وبغض النظر عن درجة المحكمة. وقد ربط المشرع الدستوري أعمال هذا الاختصاص بأن يكون النص القانوني أو اللائحي لازمًا للفصل في النزاع المطروح على محكمة الموضوع.

- وعليه يمكن الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر بإحدى الحالات التالية:

1- وجود دعوى أمام المحاكم

إذا دفع أحد الخصوم بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه، وقدرت المحكمة أن الدفع جدي، أجلت النظر في الدعوى وحددت ميعادا لمن أثار الدفع لا يتجاوز الثلاثة أشهر لإقامة دعوى دستورية أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا انقضى الميعاد ولم يتم رفع الدعوى الدستورية، اعتبر الدفع كأن لم يكن¹⁸⁸.

2- نظر إحدى المحاكم في إحدى الدعاوى

إذا تراءى للمحكمة العادية أثناء نظر الدعوى أن هناك نص قانوني مخالف للدستور ولكنه ضروري للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الملف بدون رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا

¹⁸⁸ المادة (29/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، والمادة (3/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

للفصل في المسألة الدستورية، فالإحالة هنا تتم بمبادرة من المحكمة ذاتها وليس بناء على دفع مقدم من أحد الخصوم¹⁸⁹.

وفي كل الحالات السابقة يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة¹⁹⁰.

ثانياً: التصدي من قبل المحكمة الدستورية العليا:

تكون هذه الحالة عندما تقضي المحكمة الدستورية العليا بمخالفة قانون ما لأحكام الدستور، خلال ممارستها لأحد اختصاصاتها الأخرى كتفسير القانون مثلاً، فإذا اكتشفت وهي تقوم بالاختصاص التفسيري للنصوص أن التشريع الذي تسعى لتفسيره مخالف للدستور، فإن بإمكانها من تلقاء نفسها إصدار حكم بعدم الدستورية¹⁹¹.

أجازت المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري للمحكمة، القضاء بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة بقولها: " يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية ".

وفي فلسطين؛ يتجه المشرع إلى الأخذ بهذا الأسلوب حيث أكدت المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني على أن: " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على

¹⁸⁹ مادة (1/29) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، والمادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

¹⁹⁰ مادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري. والمادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

¹⁹¹ مادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، والمادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

الوجه التالي: 4- إذا كانت المحكمة تناقش نزاعا معروضا عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلا فعلا بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول ". اشترط هذا النص لإمكان تصدي المحكمة الدستورية للنص المخالف لأحكام الدستور، من تلقاء نفسها، أن يكون النص متصلا بالمنازعة المطروحة أمامها اتصالا فعليا، وعند ذلك بإمكانها ممارسة حق التصدي الممنوح لها بالقانون.

ولا بد لنا من التطرق إلى الضوابط التي يخضع لها تصدي المحكمة وهي على النحو

الآتي¹⁹² :

- 1- تتصدى المحكمة الدستورية العليا للنص، أثناء ممارستها لاختصاصاتها، سواء كان ذلك أثناء نظرها لدعوى دستورية أو لدعوى تنازع أم لتفسير.
- 2- أن يكون النص الذي تتصدى له المحكمة ذا صلة بالنزاع المطروح على المحكمة.
- 3- يتعين على المحكمة إحالة الموضوع إلى هيئة المفوضين لاتخاذ إجراءات تحضير الدعوى بشأنه.
- 4- إن تصدي المحكمة للنص لا يعدو أن يكونَ وجهةَ نظرَ مبدئيةَ بعدم دستوريته، وبالتالي لا تنقيد المحكمة بوجهة النظر هذه عند نظر الدعوى.
- 5- لا يشترط أن يكون النص المتصدى له لازما للفصل في النزاع المطروح على المحكمة.

¹⁹² فوزي، ص. مرجع سابق، ص (97).

6- إذا قضت المحكمة بعدم دستورية نص معروض عليها وكانت هناك نصوص أخرى مرتبطة بهذا

النص ارتباطا لا يقبل الانفصال أو التجزئة فإنها تقضي تلقائيا وفي ذات الدعوى بعدم دستورية

تلك النصوص المرتبطة.

المبحث الثالث

حجية أحكام المحكمة الدستورية

اختلفت طبيعة الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية باختلاف النظم الدستورية المتبعة وطبيعة الدعوى نفسها، فعلى سبيل المثال نجد النظام المطبق في الولايات المتحدة الأمريكية يقضي بالامتناع عن تطبيق القانون المقضي بعدم دستوريته، ويكون الحكم الصادر بعدم الدستورية ذا حجية نسبية، ويحوز قوة الأمر المقضي التي يقتصر أثرها على المنازعة ذاتها، وعلى أطراف الدعوى دون غيرهم¹⁹³. أما بالنسبة للآخرين فلا يتعدى أثر هذه الحجية عن اعتبار الحكم سابقة قضائية للاستدلال بها في المحاكم والقضايا المماثلة¹⁹⁴.

أما في فرنسا وحيث أنط الدستور بالمجلس الدستوري مهمة الرقابة على دستورية القوانين، فإنه إذا أصدر المجلس الدستوري قراراً في أي اختصاص من اختصاصاته، فإنه يكون غير قابل للطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن¹⁹⁵.

وفي الأردن استقر قضاء محكمة العدل العليا ومن قبلها محكمة التمييز على الأخذ بشكل الامتناع عن تطبيق القانون المؤقت المخالف للدستور، والمحكمة في هذه الحالة لا تقضي ببطان التشريع أو إلغائه، وإنما تقف عند حد إهمال القاضي لحكم القانون غير الدستوري، والامتناع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه، وحكم المحكمة في هذه الحالة يحوز حجية نسبية مقصورة على النزاع القائم ولا يقيد المحاكم الأخرى التي لها الأخذ بالتشريع إذا وجدته غير مخالف للدستور¹⁹⁶.

193 سرور، أ. مرجع سابق، ص(304).

194 سالم، ع. مرجع سابق، ص (87).

195 سالم، ع. المرجع السابق، ص(38).

196 الكايد، ز. (2000): " القوانين المؤقتة في النظام القانوني الأردني"، الجامعة الأردنية، الأردن، رسالة ماجستير غير منشورة، ص (156).

بينما تعتبر الكثير من النظم الدستورية التي حرصت على وجود محكمة دستورية عليا للرقابة على دستورية التشريعات، أن للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة، كما هو الحال في ألمانيا، إسبانيا، والنظام الدستوري المصري، وجعلت الحكم ملزماً للكافة سواء الأفراد في الدولة أو المؤسسات العامة¹⁹⁷. ويكون شكل الرقابة على الدستورية هنا رقابة إلغاء لا رقابة امتناع. ومثالها كذلك النظام الدستوري الفلسطيني، فقد حرص المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، بالنص على تشكيل محكمة دستورية عليا تتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح.

وقد جمع المشرع المصري في نظام الرقابة على الدستورية بين خصائص طريقي الدعوى الأصلية والدفع الفرعي، ففي الوقت الذي ينسب للدعوى الأصلية بأنها غالباً ما تكون رقابة إلغاء بحجية مطلقة، ولرقابة الدفع الفرعي أنها رقابة امتناع بحجية نسبية؛ فالرقابة في النظام المصري ورغم أنها رقابة دفع إلا أنها رقابة إلغاء وبحجية مطلقة. وتقوم بالرقابة على الدستورية محكمة واحدة هي المحكمة الدستورية العليا¹⁹⁸.

كما توجه المشرع الفلسطيني من خلال قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني، إلى اعتبار قرارات المحكمة بالتحكيم وأحكامها ملزمة لجميع سلطات الدولة وللحكومة¹⁹⁹.
علماً بأن هذا القانون لا يختلف في جوهره عن قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، وعليه فإن ما ينطبق على حجية الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية في فلسطين؛ لا يختلف عنه في مصر، وبناء عليه تناولت طبيعة وحجية الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية في مصر.

197 سالم، ع. المرجع السابق، ص(88).

198 عبد الباسط، د. محمد فؤاد. (2002): "ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية"، منشأة المعارف، الإسكندرية. ص (417) من الهامش.

199 مادة رقم (1/41) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

المطلب الأول

أنواع الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية وطبيعتها

البند الأول: أنواع الأحكام

يجب على المحكمة أن تفصل في الدعوى المرفوعة أمامها بحكم قضائي ، ونجد أن حكم

المحكمة الدستورية العليا لا يخرج عما يلي:-

1- الحكم بعدم الاختصاص:

إن أول مسألة ينظر فيها القاضي في الدعوى المرفوعة أمامه فيما إذا كانت تتعلق

بالاختصاص بحيث يبحث في اختصاصه بنظر النزاع فإن وجد نفسه مختصا نظر بها ، وإن لم

يجد نفسه مختصا يحكم بعدم الاختصاص.

2- عدم جواز نظر الدعوى:

عندما ترى المحكمة أن النص المطعون بدستوريته قد سبق لها الفصل فيه أو سبق لها

رفض الدعوى بين ذات الخصوم وعن ذات الموضوع لا تنتظر في الدعوى. فتقرر عدم جواز نظر

الدعوى لسبق الفصل فيها.

3- عدم قبول الدعوى:

إذا وجدت المحكمة أن الدعوى قد رفعت لها بغير الطرق التي حددها القانون تعين عليها

القضاء بعدم قبول الدعوى.

4- حكم موضوعي بعدم الدستورية أو برفض الدعوى:

إذا وجدت المحكمة أنها مختصة بنظر الدعوى يتعين عليها أن تنتقل لبحث الموضوع ،
بحيث تنتهي إلى:-

1. الحكم بعدم دستورية النص موضوع الدعوى.
2. الحكم برفض الدعوى، وبالتالي يكتسب حكمها في هذه الحالة حجياً تمنع من إعادة طرح الدعوى عليها من ذات الخصوم وعن ذات الموضوع ولنفس الأسباب.

البند الثاني: طبيعة الأحكام

تكتسب الدعوى الدستورية طابعاً عينيّاً، ويكون الحكم فيها ذا أثر يمس القاعدة القانونية محل الرقابة، والحال في الحكم الصادر في الدعاوى الدستورية كما هو في " نظام الدعوى المباشرة من الأفراد "، الذي تبحث فيه المحكمة مدى توافق القاعدة القانونية محل الطعن، مع الدستور، وبالتالي عدم مخالفتها لأحكامه²⁰⁰.

واستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على اعتبار الدعوى الدستورية من الدعاوى العينية، وتعد آثار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لقانون أو لائحة، أحكاماً ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في قرار لها بأن: " الدعاوى الدستورية عينية بطبيعتها، الأحكام الصادرة فيها لها حجية مطلقة قبل الكافة، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة سواء كانت قد انتهت إلى عدم دستورية النص المطعون عليه أم إلى دستوريته " ²⁰¹.

200 سرور، أ. مرجع سابق، ص (305).

201 دستورية عليا رقم 39- السنة القضائية 2 - تاريخ الجلسة 1982/2/6. ونصت المادة (34 فقرة 1) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني على أن: أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة.

وتكتسب الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا حجية الشيء المقضي فيه، فهي تعتبر أحكاماً نهائية وغير قابلة للطعن²⁰²، ولها حجية مطلقة وليست نسبية²⁰³، بحيث يكون الحكم الصادر في الدعوى ملزماً للجميع، وتمنع الحجية المطلقة نظر أية دعوى أخرى تتعلق بذات الموضوع الذي صدر فيه الحكم²⁰⁴. وهو ما أكده قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني الذي جعل أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية نهائية وغير قابلة للطعن²⁰⁵، وملزمة لجميع سلطات الدولة.

كما أكدت الفقرة الأولى من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم 48 لسنة 1979 على أن: " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة ".

ومؤدى ذلك أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية، وهي بطبيعتها عينية، توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى الدستورية التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس، ولأن الرقابة على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا المصرية دون غيرها هي رقابة شاملة

202 وأنظر المنجي، م. المرجع السابق، ص(374).
203 أنظر، دستورية عليا رقم 18 - السنة القضائية 6 تاريخ الجلسة 1985/12/21. والحجبة النسبية هي التي لا تتعدى أطراف الدعوى.
204 ببيوني، د.ع. (1997): "النظم السياسية والقانون الدستوري"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص(814).
205 المادة (40)، من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه، أو إلى دستوريته، وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان²⁰⁶.

يتبين لنا أن أحكام المحكمة الدستورية العليا ملزمة بالنسبة لجميع السلطات في الدولة، وللکافة، ويظهر التزام السلطة التشريعية بالحكم من خلال قيامها بإلغاء النص التشريعي الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته، وبالتالي تعديل جميع تشريعاتها الأخرى النافذة في ضوء قضاء المحكمة، وعليها مستقبلاً مراعاة حكم المحكمة فيما تسنه من تشريعات. أما السلطة التنفيذية فإن التزامها بتنفيذ حكم المحكمة الدستورية يكون من خلال إلغاء النص غير الدستوري من اللائحة، وتعديل باقي اللوائح في ضوء قضاء المحكمة. كما يتعين على السلطة التنفيذية عدم تنفيذ أحكام النصوص التي قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورتها. كما تلتزم السلطة القضائية كذلك بالامتناع عن تطبيق النص القانوني الذي قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته في جميع القضايا المعروضة أمامها والمراد تطبيق النص عليها، وفي جميع القضايا التي ستعرض عليها مستقبلاً²⁰⁷.

نخلص إلى أن؛ أحكام القضاء الدستوري ذات حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وذلك في النظم التي تأخذ بأسلوب الرقابة القضائية على الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية، ويكون حكمها فاصلاً في موضوع الدعوى الدستورية برفضها أو بعدم دستورية تشريع معين، وغير ذلك من القرارات أو النصوص القانونية. غير أن المشرع المصري قد أقر هذه الحجية المطلقة كما أسلفنا، وذلك بجمعه بين خصائص الرقابة بالدعوى الأصلية، والدفع الفرعي.

206 دستورية عليا مصرية، رقم 16- السنة القضائية 5 - تاريخ الجلسة 1985/2/16.

207 شبحاء، مرجع ص (781-780).

ونخلص كذلك إلى أن الأحكام التي تحوز قوة الأمر المقضي، تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق. أما الأحكام التي تصدر عن المحكمة الدستورية بشأن دستورية أو عدم دستورية تشريع، فهي تفصل في مسائل محض قانونية إما ببطان تشريع لمخالفته الدستور، وإما بعدم مخالفته للدستور²⁰⁸. وإن هذه الأحكام تحوز حجية مطلقة بالنسبة لجميع سلطات الدولة وفي مواجهة كافة. أما الحكم بالإلغاء فإن حجيته تتعلق بالنظام العام. وهو ذو حجية مطلقة في مواجهة كافة، وهذا يعني أنه ملزم للمحاكم القضائية العادية، سواء أكانت مدنية أم جنائية²⁰⁹.

المطلب الثاني

آثار الحكم بعدم الدستورية

الفرع الأول

نشر الحكم والأثر الرجعي

الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديدا ولا تتطلب مركزا أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل، بل تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء، وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفي حدوده المقررة شكلا وموضوعا، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه،

208 سليم، ع. (2000). 11 موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون 11، منشأة المعارف/ الإسكندرية، ص (11).
209 دستورية عليا رقم 39- السنة القضائية 2 - تاريخ الجلسة 1982/2/6. وكذلك، سليم، ع. المرجع السابق، ص (24).

أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتندعم قيمته بأثرٍ ينسحب إلى يوم صدوره²¹⁰.

ويجب كذلك نشرُ الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها.

كما نصت المادة (53) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني على أن: " تنشر

قرارات المحكمة ونظامها الداخلي واللوائح الصادرة بمقتضى أحكام هذا القانون في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها²¹¹.

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم

التالي لنشر الحكم²¹²، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي

صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه²¹³.

وتعني الأحكام الصادرة بعدم الدستورية من الناحية العملية إلغاء القانون أو النص المخالف

وانعدام كل قيمة لها، على الرغم من أن حكم المحكمة الدستورية يقضي بعدم الدستورية فقط - ذلك

أن سلطة الإلغاء لا تكون إلا للسلطة التي تملك الإنشاء. والحكم بعدم دستورية القرار بقانون (لائحة

الضرورة) في مجمل أحكامه، كما أكدت المحكمة الدستورية العليا، يعني تجريدها من قوة نفاذها

210 دستوراً علياً مصرية، رقم 37 لسنة 9 ق، تاريخ الجلسة 1990/5/19.

211 أنظر المادة (178) من الدستور المصري التي نصت على أنه: " تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم الدستورية نص تشريعي من آثاره ". وعليه فقد فوض الدستور للقانون تحديد الآثار الناجمة عن الحكم بعدم الدستورية حسب نص المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا.

212 مادة (49 فقرة 2)؛ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، تنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة، في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها. 3- يترتب على الحكم بعدم دستورية نص أو لائحة أو نظام، عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم.

213 مادة (49 الفقرة الأخيرة) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري. والمادة (3/41) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

وزوال آثارها القانونية التي رتبها، لتؤول عدما، فلا تولد حقا لأحد، ولا يقوم بها مركز قانوني لا للمدعي ولا لغيره، ولتفقد الحقوق المالية- محل دعواه الموضوعية دعامتها²¹⁴.

وأوجب القانون نشر الحكم بعدم الدستورية، وهو ما يترتب عليه أنه إذا صدر حكم من إحدى المحاكم بناء على النص القانوني أو اللائحي الذي قضى بعدم دستوريته من المحكمة الدستورية العليا، وكان باب الطعن مفتوحا جاز لأصحاب الشأن الطعن فيه بالاستئناف أو التمييز. أما إذا كان الحكم قد صار نهائيا، يكون هذا الحكم واجب النفاذ على الرغم من استناده على نص قضى بعدم دستوريته²¹⁵.

وجرى الأمر على أن يكون لأحكام عدم الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية أثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها، لأن هذه النصوص تعتبر مخالفة للدستور منذ صدورها، وذلك أن إبطال النصوص القانونية المخالفة للدستور يعتمد تقريرا لزوالها منذ نشأتها. وتكون للنصوص المقضي بعدم دستورتها حجية مطلقة ينصرف أثرها إلى الكافة، وإلى جميع سلطات الدولة التشريعية كانت أم تنفيذية أم قضائية²¹⁶. ويلاحظ أن وجود النص المقضي بعدم دستوريته، يعتبر مانعا قانونيا يتعذر معه المطالبة، وبالتالي يُوقف سريان التقادم، ومن ثم فلا يسري التقادم إلا من يوم زوال هذا المانع، وهو اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية. تم تعديل الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، بموجب

القرار بقانون رقم 168 لسنة 1998، الذي أجاز للمحكمة أن تجعل لحكمها أثرا رجعيا في جميع الدعاوى الدستورية عدا تلك المتعلقة بالمواد الضريبية، على النحو التالي: " ويترتب على الحكم بعدم

²¹⁴ دستورية عليا مصرية رقم 19 لسنة 14ق، بتاريخ 1995/4/8.

²¹⁵ شيجا، إ. مرجع سابق، ص (782).

²¹⁶ عبد المجيد، م. مرجع سابق، ص (304-307).

دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر أسبق، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص ".
خول هذا التعديل المحكمة في بعض الحالات سلطة تحديد نطاق سريان حكمها من حيث الزمان، فمنحها المشرع سلطة إلغاء الأثر الرجعي لحكمها على ضوء الظروف المحيطة بالدعوى وخطورة الأثر الرجعي. علماً بأن تعديل المادة (49) لا ينفي الأثر الرجعي، فهناك أحكام تصدر بأثر رجعي لها حجية مطلقة من تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته، فإذا حددت المحكمة تاريخاً لسريان حكمها، فإنه يتمتع بحجية مطلقة بالنسبة للغير اعتباراً من التاريخ الذي حددته المحكمة.

الفرع الثاني

أثر الحكم بعدم الدستورية على قضاء الموضوع

أولاً: ماهية الحكم بعدم الدستورية²¹⁷:

1 - الحكم بعدم الدستورية هو حكم قضائي:

استقر الفقه والقضاء على أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تتم مباشرةً عن طريق دعوى قضائية، هي بطبيعتها من الدعاوى العينية، حيث توجه فيها الخصومة للنص

217 سليم ع. المرجع السابق، ص (40).

التشريعي المدعى بمخالفته للدستور. ومن ثم فإن قضاء المحكمة الدستورية فيها يحوز حجية مطلقة قبل الكافة.

2- الحكم بعدم الدستورية بإبطال تشريع أو قاعدة تشريعية:

تبقى النصوص القانونية صحيحة إلى أن يصدر حكم قضائي بعدم دستورتها، ويؤدي ذلك إلى بطلانها وزوالها واعتبارها كأن لم تكن. ويكون التشريع باطلا في حال مخالفته للدستور، مخالفة موضوعية أو مخالفة شكلية. إنَّ المخالفة الشكلية للدستور مؤداها أن يكون التشريع مخالفاً للأوضاع الإجرائية، التي تطلبها الدستور، سواء ما اتصل باقتراحها، أو إقرارها أو إصدارها وغيرها من الشروط الأخرى.

علما بأن العيب الدستوري الشكلي يشوب التشريع بأكمله، ومن ثم لا بد للمحكمة أن تحكم بعدم دستورية التشريع برمته، وهو ما يعد إبطالا لكامل نصوص التشريع. وأكدت المحكمة الدستورية العليا بقرار لها بأن: " العيوب الشكلية التي تلحق التشريع مبناهم مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور، سواء ما كان منها متصلا باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها منصرفا إلى الشروط التي يفرضها القانون لمباشرة الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية أو بتفويض منها- قضاء المحكمة الدستورية العليا في المطاعن الشكلية، ينسحب إليها وحدها، ولا يعتبر حكمها برفضها مطهرا للنصوص التشريعية من عيوبها الموضوعية أو مانعا كل ذي مصلحة من طرحها عليها²¹⁸.

ثانيا: أثر إعمال الحكم بعدم الدستورية على قضاء الموضوع:

تعمل محكمة الموضوع بأثر الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا، على النزاع المعروف عليها، وهو ما يدخل في ولايتها باعتبار أنها تختص دون غيرها بإعمال آثار الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، في المسائل الدستورية على النزاع الموضوعي المطروح عليها²¹⁹. ويُلزم الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليها. وعليه وجب على السلطتين التشريعية والتنفيذية تعديل التشريعات واللوائح، كل حسب اختصاصه، على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النص، ومراعاة هذا الحكم فيما تسنه كل من السلطتين من تشريعات أو لوائح مستقبلا، والتأكد من عدم مخالفتها للدستور²²⁰.

ويمتنع على أصحاب الشأن مناقشة حجية حكم صدر عن محكمة الموضوع استنادا إلى نص مقضي بعدم دستوريته، سواء أكان قانونا أم لائحة وأصبح هذا الحكم نهائيا حائزا لقوة الأمر المقضي به. ويعد الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية جريمة يعاقب عليها القانون.

ثالثا: الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى الدستورية لا تحوز الحجية:

إن الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع هي كل حكم يصدر من دفع من الدفوع بعدم قبول الدعوى، سواء أكان حكما صادرا بقبول الدعوى أم بعدم قبولها - مثالها - الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها. أما الحكم القطعي في مسألة إجرائية، فلا يحوز حجية الشيء المقضي به، لأنه لا يوجد موضوع حَسَمَهُ هذا الحكم حسما كلياً أو جزئياً، وكذلك الحكم بعدم قبول الدعوى لا

219 دستورية عليا مصرية رقم 93 لسنة 12 ق، تاريخ الجلسة 1994/3/5.

220 عبد المجيد، م. المرجع السابق، ص (316).

يحوز حجية الشيء المقضي به، فيكون فيها استنفاداً لولاية القاضي، فلا يستطيع الرجوع عنه أو التعديل فيه²²¹.

إن ما يصدر من المحكمة الدستورية من أحكام بعدم قبول الدعوى الدستورية، مثل ذلك الحكم بعدم قبول الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، فهو من الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى الدستورية، فهو لا يحوز حجية الشيء المقضي به، وتستنفذ به المحكمة الدستورية ولايتها في الخصومة في الدعوى الدستورية المرفوعة إليه. ومن الأمثلة الأخرى على هذه الأحكام، تلك التي تستنفذ بها المحكمة الدستورية ولايتها في نظر الدعوى الدستورية المرفوعة إليها، ومن أبرزها الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية المطعون فيها على نص تشريعي سبق للمحكمة الحكم بعدم دستوريته أو بدستوريته وموافقته للدستور²²².

رابعاً: حجية الأحكام محل الطعن:

رغم أن الرقابة الدستورية هي رقابة قانونية، إلا أن المحكمة وبما لها من ولاية إنما تتطرق إلى أمور سياسية بحتة، وتكون ذات تأثير مباشر على المسائل السياسية.

إن الحجية التي تتمتع بها أحكام المحكمة الدستورية، يقتصر نطاقها على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستوريته وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً بقضائها أما ما لم يكن مطروحاً على المحكمة ولم تفصل به فعلاً فلا يحوز قوة الأمر المقضي. ومتى قضت المحكمة الدستورية العليا في موضوع الطعن، خرج النزاع برمته من ولايتها، ولا يتبقى لها سوى

221 سليم، ع. المرجع السابق ص (25-26).

222 سليم، ع. المرجع السابق، ص (27 و 28).

الولاية التكميلية مثل تفسير الحكم، وتصحيح الأخطاء المادية، والحكم في الطلبات التي تم

إغفالها²²³.

خامسا: حجية الأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم الدستورية:

اختلفت اتجاهات القضاء الدستوري بشأن حجية الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية،

فالأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم الدستورية، لا تمس التشريع المطعون فيه، ولا يكون لهذه

الأحكام سوى حجية نسبية بين أطرافها، ولذلك تنتفي الحكمة من التزام جميع جهات القضاء بها.

ويُعد نشرها في الجريدة الرسمية إعلانا لمنهج المحكمة في رقابتها على الدستورية، والتعريف بهذا

النوع من القضاء، ولا يترتب عليه أن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء²²⁴.

وقد يقتصر أثر الحجية على الخصوم في الدعوى التي صدر بشأنها الحكم وعلى ذات

النزاع الذي فصل فيه محلا وسببا، وعندها يطلق عليها الحجية النسبية، ويشترط فيها اتحاد الخصوم

واتحاد الموضوع واتحاد السبب.

وعلى العكس منها الحجية المطلقة، التي لا يخضع إعمالها لأي شرط من هذه الشروط

بحيث يمت أثرها إلى الكافة وتنصرف إلى كل ما لم يكن ممثلا في الخصومة، ويكون للمحكوم له

مصلحة في التمسك بالحكم في مواجهته، وعليه فإن الحكم الصادر يحق التمسك به في أية دعوى

ولو اختلفت في سببها عن الدعوى التي صدر في شأنها الحكم الحائز للحجية المطلقة²²⁵.

²²³ عبد المجيد، م. المرجع السابق، ص (315).

²²⁴ المنجي، م. المرجع السابق، ص (373).

²²⁵ الشريف، ع. المرجع السابق، ص (192).

وفي مصر اختلف الفقه كذلك في شأن هذه الأحكام، فذهب البعض إلى أن الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية هو حكم ذو حجية نسبية، لا تحول دون إعادة طرح المسألة الدستورية مرة أخرى على المحكمة الدستورية بمناسبة نزاعات أخرى ولو كانت بين نفس الخصوم²²⁶.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تأخذ بهذا الاتجاه، واستقر قضاؤها على اعتبار الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية لها حجية مطلقة قبل الكافة، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء كانت قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه، أم إلى دستوريته⁴.

كما أكدت كذلك المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن: " قضاء هذه المحكمة، إنما يحوز حجية مطلقة تحول بذاتها دون المجادلة فيها أو إعادة طرحها من جديد أمام هذه المحكمة لمراجعتها. وذلك أن الخصومة الدستورية؛ وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية، إنما توجه إلى النصوص المدعى مخالفتها للدستور، ولا يعتبر قضاء المحكمة باستيفاء النص التشريعي لأوضاعه التي يتطلبها الدستور، أو بتوافقه أو بتعارضه مع الأحكام الموضوعية في الدستور منصرفاً فحسب إلى الخصوم في الدعوى التي صدر فيها، بل متعدياً إلى الكافة ومنسحباً إلى كل سلطة في الدولة بما يردها من التحلل منه أو مجاوزة مضمونه²²⁷.

نخلص إلى أنه لا يمكن الطعن أمام المحكمة الدستورية العليا، بدعوى عدم دستورية نص تشريعي، كان قد صدر فيه حكم من المحكمة الدستورية، سواء أكان الحكم يقضي بدستورية أو عدم دستورية النص التشريعي، ولو اختلف الخصوم.

226 سرور، أ. مرجع سابق، ص (312).

4 دستورية عليا رقم 1- السنة القضائية 19 - تاريخ الجلسة 1998/10/3.

227 دستورية عليا مصرية رقم 9- السنة القضائية 12 - تاريخ الجلسة 1992/11/7.

الفصل الثالث

تطبيقات حول

الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة

(مقارنة بين مصر، الأردن، وفلسطين)

المبحث الأول

تطور الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة في مصر

يقترب نظام الرقابة الدستورية في فلسطين من النظام الرقابي المصري، حيث توجه المشرع الفلسطيني إلى الأخذ بنفس نظام الرقابة المصري، وعليه فإنني سأقدم من خلال هذا المبحث دراسة تاريخية لهذا النظام.

فيما عدا دستور عام 1971 جاءت الدساتير المصرية المتعاقبة السابقة له، خالية من أي تنظيم دستوري لرقابة دستورية القوانين، إلا أن هنالك عدة محاولات جرت لتنظيم مثل هذه الرقابة، ومن أهم هذه المحاولات، مشروع لجنة دستور سنة 1956، ودستور الجمهورية العربية المتحدة سنة 1958، وميثاق العمل الوطني الصادر في سنة 1962، وفي العام 1967 تم تشكيل لجنة تحضيرية لوضع دستور جديد، قامت تلك اللجنة بوضع مشروع دستور تضمنته النص على إنشاء محكمة دستورية عليا، علما بأنه سبق إنشاء المحكمة الدستورية العليا والتي تعنى بالرقابة على القوانين واللوائح إنشاء المحكمة العليا، بقرار بقوة القانون رقم 81 لسنة 1969 الصادر عن رئيس الجمهورية.

المطلب الأول

الرقابة على الدستورية في ظل قانون المحكمة العليا المصري

صدر في العام 1969 القرار بتشكيل المحكمة العليا، إلى أن صدر بعد ذلك القانون رقم 66 لسنة 1970 الخاص بالإجراءات والرسوم أمام المحاكم العليا، وياشرت المحكمة بالتالي عملها في

البند الأول: تشكيل المحكمة العليا

حسب نص المادة الثالثة من قانون المحكمة العليا: "تؤلف المحكمة العليا من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس، وعدد كاف من المستشارين، وتصدر أحكامها من سبعة مستشارين". أما المادة السادسة من نفس القانون فقد تناولت الشروط الواجب توافرها فيمن يعين مستشارا لدى المحكمة العليا. بأن تتوفر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء، طبقا لأحكام قانون السلطة القضائية.

بينما حددت المادة السابعة من ذات القانون بأن يكون تعيين رئيس المحكمة ونوابه والمستشارين بقرار من رئيس الجمهورية، ويشترط موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية بخصوص تعيين النواب والمستشارين، ويكون التعيين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

البند الثاني: اختصاصات المحكمة العليا

تختص المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، إلى جانب اختصاصاتها الأخرى، إذا ما دفع بعدم الدستورية أمام إحدى المحاكم، وتحدد المحكمة التي أمامها الدفع ميعادا للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا، وتوقف النظر في الدعوى الأصلية لحين البت في الدفع. وترجع أهمية جعل الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين للمحكمة العليا دون غيرها، لما يترتب على هذه المسألة الخطورة من أن تقوم المحاكم بالفصل في الدستورية كل على حدة، وتتباين بذلك الآراء. حيث كانت هناك محاكم تقضي بدستورية قانون معين بينما تقضي أخرى بعدم دستوريته²²⁸.

²²⁸ السناري، م. " النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة"، مطبعة الإسراء، حلوان، ص (252-255).

وقيل في تبرير إسناد الرقابة على الدستورية للمحكمة العليا، بأن هذا هو الوضع الطبيعي للأمور، فالقضاء هو المختص أصلاً بالرقابة على الدستورية، وقيام المحكمة العليا بالرقابة هو نوع من التنظيم القضائي العادي، كما أن الاكتفاء بالمحكمة العليا يؤدي إلى عدم إثارة حساسية المشرع عند قيام المحكمة العليا بالحكم بإلغاء القوانين غير الدستورية²²⁹.

وأوضح قانون المحكمة العليا بأن اختصاص المحكمة هو عن طريق الدفع الفرعي وليس عن طريق الدعوى الأصلية. حيث نصت المادة (1/4) من نفس القانون بأن تختص المحكمة العليا بما يأتي: " الفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم. وتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعاداً 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 ".

وبسطة المحكمة العليا رقابتها على كافة التشريعات على اختلاف أنواعها ومراتبها من قوانين ولوائح، حيث جاء في قرار لها بأن: " رقابتها تنبسط على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها سواء كانت تشريعات أصلية صادرة عن الهيئة التشريعية أم كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية، إذ أن التشريعات كاللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية²³⁰."

والجدير بالإشارة هنا، أن المادة (13) من قانون المحكمة العليا المصري، قد أكدت على أن أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن. كما نصت

²²⁹الباز، ع. مرجع سابق، ص (360-361).

²³⁰ قرار المحكمة العليا في القضية رقم (14) لسنة (4) قضائية عليا (دستورية)، بتاريخ 1976/4/3.

المادة (31) من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا رقم 66 لسنة 1970 على أن: " تنشر في الجريدة الرسمية قرارات تفسير النصوص القانونية وكذلك منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين، وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ".
ومن ثم فإن حكم المحكمة العليا الصادر بتقرير عدم دستورية قانون معين يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق هذا القانون، ويبقى هذا القانون قائماً من الناحية النظرية إلى أن يلغيه المشرع، إلا أنه يفقد قيمته التطبيقية أمام المحاكم كافة لأنها ستمتنع عن تطبيقه.

المطلب الثاني

الرقابة على الدستورية في ظل قانون المحكمة الدستورية العليا المصري

• مزايا إسناد الرقابة الدستورية لمحكمة متخصصة

يرى بعض الفقهاء أن من مزايا إسناد الرقابة لمحكمة دستورية متخصصة، فيه عدم الخروج على مبدأ الفصل بين السلطات على اعتبار أن المحكمة الدستورية تعد هيئة قضائية خاصة ينشئها الدستور إلى جانب السلطات الثلاث، وليس كما يحدث عادة بتصدي المحاكم العادية لأعمال السلطة التشريعية. ومن جهة أخرى يرى البعض الآخر من أمثال دوجي (Duguit) وهوريو (Hauriou) وجيز (Jeze)، أن ممارسة القضاء العادي للرقابة على الدستورية لا يعتبر تدخلا في

عمل السلطة التشريعية، ويعتبرون أن قيام هيئة خاصة كالمحكمة الدستورية يعد تدخلا في العمل السياسي²³¹.

وأتفق مع الرأي القائل: بأن الرقابة على دستورية القوانين لا يعد خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات، فليس في إلغاء قانون مخالف للدستور أيُّ اعتداءٍ على مبدأ الفصل بين السلطات، أو تدخلٍ في العمل التشريعي، سواء أكان الحكم بالإلغاء صادراً عن محاكم القضاء العادي أو من محكمة دستورية متخصصة. ونص الدستور على تشكيل محكمة متخصصة لمراقبة دستورية القوانين واللوائح، لا يعد خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات، ولا تدخلا بالعمل التشريعي، بل هو رقابة على دستورية القوانين واللوائح، منعا لمخالفة الدستور.

إن دور الرقابة على دستورية القوانين هو في إلزام السلطة التشريعية بالحدود الدستورية، وذلك بإبطال أية قوانين تكون مخالفة للدستور. ويؤدي ذلك إلى تحقيق هدف منع انحراف السلطات، وعدم تركيز السلطة في يد واحدة، ويؤدي بالتالي إلى الحد من ظاهرة انحراف السلطة التشريعية، وخروجها عن حدود الدستورية²³².

علماً بأن بعض النظم الدستورية تسند الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين المثارة بواسطة دعوى الإلغاء إلى المحكمة العليا، بينما يسند البعض الآخر ذلك الاختصاص إلى محكمة دستورية متخصصة، والفرق بين الحالتين أنه في الحالة الثانية ينص الدستور على إنشاء مثل هذه المحاكم المتخصصة ويسند إليها أمر الفصل في دستورية القوانين بالرغم من وجود المحاكم العليا.

²³¹ الباز، ع. المرجع السابق، ص (371).

²³² الباز، ع. المرجع السابق، ص (691).

إن جعل الرقابة على دستورية القوانين واللوائح من اختصاص محكمة دستورية متخصصة يسمى بنظام (مركزية الرقابة)، وفيه تتركز الرقابة في محكمة واحدة ينشئها الدستور لهذا الغرض. وبالتالي تقتصر هذه الحالة على الدعوى التي ترفع فيها دعوى عدم الدستورية ابتداء أمام المحكمة الدستورية وتكون نتيجتها أن تقوم المحكمة الدستورية بإلغاء القوانين غير الدستورية.

الفرع الأول تشكيل المحكمة الدستورية العليا المصرية و ضمانات أعضائها

أولاً: تشكيل المحكمة:

نصت المادة (3) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري على أن: "تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء. وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها، وعند خلو منصب الرئيس أو غيابه أو وجود مانع لديه يقوم مقامه الأقدم فالأقدم من أعضائها في جميع اختصاصاته"²³³.

لم يحدد المشرع في المادة السابقة عدد أعضاء المحكمة، بل اكتفى بالنص على وجود عدد كاف وأن تصدر قراراتها وأحكامها من سبعة أعضاء. مما يجعل احتمال تدخل السلطة السياسية (رئيس الجمهورية) في تعيين أعضاء جدد في المحكمة من طرفها للتدخل في إصدار القرارات، وكان من الأجدى بالمشرع المصري أن يحدد عدداً معيناً لأعضاء المحكمة.

²³³ أنظر المادة (2)، والمادة (3) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

كما بينت المادة (4) من نفس القانون²³⁴، الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة، فتطلبت فيمن يعين عضوا في المحكمة الدستورية العليا أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقا لأحكام قانون السلطة القضائية، وألا يقل سنه عن 45 سنة ميلادية، وأن يكون من بين الفئات التالية: * أعضاء المحكمة العليا الحاليين²³⁵.

* أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل.

* أساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثماني سنوات متصلة على الأقل.

* المحامون الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل.

أما عن تعيين رئيس المحكمة والأعضاء فقد تناولته المادة (5) من القانون بنصها على أن: " يعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الآخر رئيس المحكمة. * ويجب أن يكون ثلثا أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية. * ويحدد قرار التعيين وظيفة العضو وأقدميته بها ".

²³⁴ تقابلها المادة (4) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.
²³⁵ وقت صدور قانون المحكمة الدستورية العليا المصري.

نجد أن هذه المادة فرقت بين تعيين الرئيس والذي ينفرد به رئيس الجمهورية وبين تعيين الأعضاء والذي لا بد فيه من ضرورة أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية قبل صدور قرار رئيس الجمهورية، وكان من الأفضل أن يتم تعيين رئيس المحكمة بنفس طريقة تعيين الأعضاء.

ثانيا: ضمانات أعضاء المحكمة:

تضمنت نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا أحكاما تتعلق بالعديد من الضمانات للمحكمة الدستورية وأعضائها؛ فنصت المادة الأولى من القانون المذكور على أن: " المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة بذاتها ". وأن أعضاء المحكمة الدستورية العليا غير قابلين للعزل ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم²³⁶.

وقضت المادة (13) من نفس القانون بأنه: " لا يجوز نذب أو إعاة أعضاء المحكمة إلا للأعمال القانونية بالهيئات الدولية أو الدول الأجنبيةة أو للقيام بمهام علمية ". وفي ذلك مراعاة لتفرغهم للعمل الرقابي، وعدم التأثير عليهم.

أما المادتان (14و15) فقد نظمتا ما يتعلق بحقوق الأعضاء وواجباتهم، وما يتعلق بالتقاعد والرد والمخاصمة على نسق ما يجري لمستشاري محكمة النقض. وجعل القانون للمحكمة الدستورية العليا الحق في الفصل في طلب الرد، ودعوى المخاصمة بكامل أعضائها عدا العضو المشار إليه، مع استبعاد أحدث الأعضاء.

²³⁶ المادة 11 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري. ونص المادة 177 من الدستور المصري التي جاء فيها: " أعضاء المحكمة الدستورية غير قابلين للعزل وتتولى المحكمة مساءلة أعضائها على الوجه المبين بالقانون ".

كما أكدت المادة (19) من نفس القانون على أنه: " إذا نسب إلى أحد أعضاء المحكمة أمر من شأنه المساس بالثقة أو الاعتبار أو الإخلال الجسيم بواجبات أو مقتضيات وظيفته يتولى رئيس المحكمة عرض الأمر على لجنة الشئون الوقتية بالمحكمة. فإذا قررت اللجنة - بعد دعوة العضو لسماع أقواله - أن هناك محلاً للسير في الإجراءات نذبت أحد أعضائها أو لجنة من ثلاثة منهم للتحقيق، ويعتبر العضو المحال إلى التحقيق في إجازة بمرتب كامل من تاريخ هذا القرار²³⁷. ويعرض التحقيق بعد انتهائه على الجمعية العامة المنعقدة في هيئة محكمة تأديبية فيما عدا من شارك من أعضائها في التحقيق أو الاتهام لتصدر - بعد سماع دفاع العضو وتحقيق دفاعه - حكمها بالبراءة أو بإحالة العضو إلى التقاعد من تاريخ صدور الحكم المذكور. ويكون الحكم نهائياً غير قابل للطعن بأي طريق ".

ومنح القانون المحكمة الدستورية العليا الاختصاص دون غيرها بالفصل في الطلبات الخاصة بالمرتبات والمكافآت والمعاشات بالنسبة لأعضائها والمستحقين منهم²³⁸. كما أكدت المادة (56) من قانون المحكمة على استقلالية المحكمة الدستورية العليا إذ جعلت للمحكمة موازنة خاصة مستقلة تُعد على نمط الموازنة العامة للدولة، وتبدأ ببداية السنة المالية وتنتهي بنهايتها²³⁹. وتباشر الجمعية العامة للمحكمة السلطات المخولة لوزير المالية في القوانين واللوائح؛ كما يباشر رئيس المحكمة السلطات المخولة لوزير التنمية الإدارية، ولرئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة بخصوص الموازنة.

²³⁷ تقابلها المادة (16) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

²³⁸ المادة (16) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري.

²³⁹ تقابلها المادة (48) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني.

بالإضافة إلى كل الضمانات المذكورة، نص القانون على ضمانة عامة، وهي أن تسري في شأن أعضاء المحكمة جميع الضمانات والمزايا والحقوق والواجبات المقررة بالنسبة لمستشاري محكمة النقض وفقا لقانون السلطة القضائية. إن جميع الضمانات التي نص عليها قانون المحكمة الدستورية العليا لتؤكد على استقلال المحكمة بجميع أعضائها والعاملين فيها من جميع النواحي، العملية والفنية والمالية.

الفرع الثاني
ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا المصرية
في الرقابة على دستورية لوائح الضرورة

أولاً: اختصاصات المحكمة:

على الرغم من وضوح ودقة الشروط الدستورية لإصدار لوائح الضرورة ، إلا أنها لم تُحترم بشكل كامل من قبل السلطة التنفيذية ، ويتم تجاوزها باستمرار. والأمثلة على إصدار قرارات بقوة القانون كثيرة وشاملة لحالات قانونية وسياسية عديدة.

وتعتبر الرقابة على دستورية لوائح الضرورة أحد الاختصاصات التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في مصر، وقد ورد تبرير هذا الاختصاص في المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في البند السادس.

ونصت المادة (175) من دستور سنة 1971 على أن: " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها ". وصدور قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 حدد في المادتين (25 ، 26) اختصاصات المحكمة الدستورية العليا والتي تتمثل في الرقابة - دون غيرها - على دستورية القوانين واللوائح.

وقضت المحكمة الدستورية العليا في هذا الموضوع بقولها: " إن الاستفادة من هذا النص أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصا في إصدار قرارات يكون لها قوة القانون في غيبة

مجلس الشعب، إلا انه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدودا ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية ومنها ما يتعلق بشروط ممارسته، ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استنادا إليه، فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائي أن يكون مجلس الشعب غائبا، وأن تنتهياً خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوُّغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب، باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها. وإذا كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعي الاستثنائي، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليها للتحقق من قيامهما. باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات، شأنهما في ذلك شأن الشروط الأخرى التي حددتها المادة (147) ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استنادا إليها على مجلس الشعب للنظر في إقرارها أو علاج آثارها²⁴⁰.

وأخذت المحكمة الدستورية العليا بنظام الرقابة المركزية، المواد (25،27،29)، عملاً بأحكام المادة (175) من الدستور. مما يعني أن المشرع الدستوري قد أخذ بقاعدة مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. واختص بها هيئة قضائية مستقلة هي المحكمة الدستورية العليا دون غيرها من الجهات القضائية الأخرى. وجعله اختصاص عام شامل لمختلف الطعون الدستورية، سواء ما كان منها مخالفة شكلية للإجراءات، أو مخالفة موضوعية لأحكام الدستور. والنتيجة الحتمية لهذه النصوص، أن الجهات القضائية العادية لا تملك التعرض للدستورية أو الرقابة على الدستورية بالنسبة للقوانين واللوائح، مما يحقق الاستقرار القضائي والوحدة والانسجام في تطبيق القوانين والقواعد الدستورية.

²⁴⁰ دستورية عليا مصرية رقم 28 لسنة 2 ق، جلسة بتاريخ 1985/5/4.

كما تختص المحكمة الدستورية العليا أيضا بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوة القانون الصادرة عن رئيس الجمهورية وذلك عند إثارتها خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يستدعي التوحيد في التفسير²⁴¹.

ثانيا: ضوابط اختصاص المحكمة:

تشبه اللائحة القانون من الناحية الموضوعية، فكلاهما يتضمن قواعد عامة مجردة. وأحكام اللائحة تفسر وتطبق بنفس طريقة تفسير وتطبيق أحكام القانون، وإذا أخطأ القاضي في تفسير وتطبيق اللائحة كان حكمه معيبا بعبء مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتأويله، ومن ثم كان حكمه قابلا للطعن بالنقض أو الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا²⁴². وتتفق اللائحة مع القانون كذلك في وجوب الخضوع للدستور، فمن واجب السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية إتباع أحكام الدستور عند وضعها للتشريعات واللوائح.

- تتمثل ضوابط المحكمة الدستورية العليا في رقابة دستورية اللوائح بما يلي:

1- تختص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية اللوائح:

إن اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة على الدستورية، منحصر في النصوص التشريعية أيا كان موضوعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، وعليه فإن محل الرقابة هو قواعد القانون الموضوعية، محددًا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية، سواء وردت هذه النصوص في التشريعات الأصلية، التي تقرها السلطة

²⁴¹ المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، والمادة (175) من الدستور المصري.

²⁴² السناري، م. مرجع سابق، ص (299).

التشريعية أم التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية، في حدود صلاحياتها التي أناطها بها الدستور²⁴³. وتعتبر لوائح الضرورة من اللوائح التي تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا.

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا الدور الذي منحه الدستور

للمحكمة بقولها في البند السادس: " تأكيداً لأهمية الدور الذي أسبغه الدستور على المحكمة

الدستورية العليا لتحقيق الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح مع توحيد مفهوم نصوص

الدستور بما يحقق استقرار الحقوق، حرص القانون على أن يكون لهذه المحكمة دون غيرها القول

الفصل فيما يثور من منازعات حول دستورية القوانين واللوائح سواء أكانت قوانين عادية صادرة من

السلطة التشريعية أم تشريعات لائحية فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها

الدستوري، وسواء أكانت هذه اللوائح عادية أم لوائح لها قوة القانون ".

وقد جعل نص المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا، اختصاص المحكمة برقابة

الدستورية شاملاً لكافة أنواع اللوائح، سواء ما صدر منها في الأوقات العادية (اللوائح التنفيذية،

اللوائح المستقلة)، أو التي تصدر في الأوقات الاستثنائية (اللوائح التفويضية، اللوائح التي تصدر في

حالة الطوارئ، ولوائح الضرورة). بينما أكدت المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا على

اختصاص المحكمة الدستورية العليا في شأن تفسير اللوائح " القرارات بقوانين " الصادرة عن رئيس

الجمهورية فقط.

2- تختص المحكمة الدستورية العليا برقابة مخالفة اللوائح للدستور:

²⁴³ الدناصوري، ع. و الشواربي، ع. مرجع سابق، ص (30).

تأخذ مخالفة اللائحة للدستور صورا عدة؛ فقد تخالف اللائحة الدستور مباشرة، وهي الحالة التي تدخل في نطاق اختصاص المحكمة الدستورية العليا. كما قد يتوسط القانون بين اللائحة والدستور، وتكون المخالفة هنا باستناد اللائحة إلى قانون غير دستوري، أو بمخالفتها للقانون والدستور معا. ولا تقع هذه الحالة ضمن نطاق اختصاص المحكمة الدستورية العليا.

ففي حالة استناد اللائحة لقانون مخالف للدستور، يتعلق الأمر هنا بعدم دستورية القانون لا اللائحة، إذ أن مخالفة اللائحة جاء بسبب استنادها إلى القانون غير الدستوري، وعلى ذلك فالطعن في اللائحة سوف يثير موضوع عدم دستورية القانون الذي تستند إليه. فإذا وجد قاضي الموضوع أن اللائحة المخالفة للدستور، يرجع سببها إلى مخالفة القانون الذي تستند إليه للدستور، يقوم بإحالة هذا القانون إلى المحكمة الدستورية العليا لبحث دستوريته، فإذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية القانون وبطلانه تبطل بالتالي اللائحة التي تستند إليه، والمراد تطبيقها على وقائع الدعوى الموضوعية²⁴⁴.

أما في حالة مخالفة اللائحة للقانون والدستور معا، فإن الرقابة على اللائحة في هذه الحالة تكون على شرعيتها، أي رقابة على مخالفتها للتشريع العادي.

ومما لا شك فيه أن الدستور هو الذي يمد المحكمة الدستورية بالمناط الذي تتخذه معيارا مرجعيا لرقابتها الدستورية. ومن الطبيعي أن تتحدد الرقابة على الشرعية الدستورية بالنظر إلى قواعد الدستور بحكم مرتبتها الأعلى وسموها بين القواعد القانونية الأخرى على اختلافها. وبناء على ما تقدم فإن التحقق من كون العمل التشريعي مطابقا للدستور هو الأساس المنطقي لاختصاص

²⁴⁴السناري، م. مرجع سابق، ص (302).

المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية التشريعات، وتحدد المرجعية التي تعتمد عليها هذه المحكمة في ممارسة اختصاصها وهو الدستور²⁴⁵.

إن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على الشرعية الدستورية تنصب على التعارض بين القواعد القانونية الواردة في كل من النصوص الدستورية والنصوص التشريعية - بما فيها اللوائح - المطعون ضدها. فإن مناطها هو؛ الفصل فيما يدعى به من مخالفة النصوص القانونية أيا كانت الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، لنصوص الدستور²⁴⁶.

²⁴⁵ سرور، أ. مرجع سابق، ص (251).

²⁴⁶ سرور، أ. المرجع سابق، ص (238).

المبحث الثاني الرقابة القضائية على دستورية القوانين المؤقتة في الأردن

نتيجة لعدم وجود النص الدستوري الصريح على حق الرقابة على القوانين العادية، فإننا نلاحظ أن نظام الرقابة في الأردن قد اتخذ صورة الامتناع عن تطبيق القانون العادي المخالف للدستور، وهذا يعني عدم تطبيق القانون بالنسبة للدعوى التي رفعت أمام المحكمة، حيث أن المحكمة في هذه الحالة لا تملك إلغاء القانون أو بطلانه ولا حتى وقف العمل به. ولا شك أن الرقابة التي مارسها القضاء في الأردن قبل صدور قانون محكمة العدل العليا، والمتمثلة بالامتناع عن تطبيق القانون، هي رقابة ناقصة لأن الامتناع عن تطبيق القانون يبقيه موجوداً رغم مخالفته للدستور وتسري آثاره بالنسبة للكافة.

كان من الأولى بالقضاء الأردني أن يمارس رقابته بشكل آخر، عن طريق إلغاء القانون مثلاً. لأن القضاء وإن كان لا يقوم بتطبيق القانون المؤقت غير الدستوري في القضية التي تعرض عليه، إلا أن هذا القانون يبقى ساري المفعول ونافذ حكماً في غير هذه القضية، ولا يملك الأفراد بناء عليه الطعن بعدم دستورية القانون المؤقت بدعوى أصلية مباشرة، حيث لا بد من التأييد إلى أن يتم تطبيق القانون المؤقت في قضية موضوعية، ثم يتم الطعن بعدم مشروعية الإجراء لأنه صدر استناداً لقانون مؤقت مخالف لأحكام الدستور.

أما بعد صدور قانون محكمة العدل العليا، وبسط رقابتها على دستورية القوانين المؤقتة، نجدها تقرر وقف العمل بالقانون المؤقت المخالف للدستور، ويبقى بالنسبة لنا وقف العمل بالقانون

أكثر فعالية وديمقراطية من الامتناع عن تطبيق القانون، وإن كان وقف العمل هنا لا يصل إلى مرحلة إلغاء القانون المؤقت المخالف للدستور، بل يعني عدم إمكانية تطبيقه وعدم سريان مفعوله في أي قضية قد تعرض على القضاء ولكن مع الإبقاء على القانون المؤقت، حيث يتم تجميده، فلا ينتج أي أثر قانوني في المستقبل إلى حين عرضه على مجلس الأمة. وتختلف هذه المسألة عن إبطال أو إلغاء القانون المؤقت، لأن الإبطال أو الإلغاء يعني؛ إعدام وإنهاء القانون المؤقت، ثم إزالته من الوجود واعتباره كأن فلم يكن منذ صدوره.

وإذا كنتُ من مناصري رقابة الإلغاء فذلك لأن هذا الأسلوب يتميز بنتيجته الحاسمة، حيث يبين الحكم الصادر ما إذا كان القانون دستورياً فيبقى، أو غير دستوري فيلغى، فنضمن بالتالي عنصر الحسم في مثل هذه الإشكالات الدستورية.

المطلب الأول

الرقابة القضائية على الدستورية قبل إصدار قانون محكمة العدل العليا الأردني

قامت محكمة العدل العليا بتكليف القوانين المؤقتة بأنها أعمالٌ تشريعية، وليست من قبيل القرارات الإدارية، ويتوجب على السلطة التنفيذية عند إصدارها احترام أحكام الدستور، بحيث يتعين عليها عدم مخالفة هذه الأحكام، وهو ما أكدته نص المادة (94) من الدستور الأردني. الأمر الذي شجع السلطة التنفيذية على التماس في اللجوء إلى إصدار القوانين المؤقتة غير مراعية لحالة الضرورة.

إلا أن الدساتير الأردنية المتعاقبة لم تفرد نصوصا تتعلق بحق القضاء في الرقابة على التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان. وإنما ترك الأمر لتقدير القضاء، ودفع الفقه باتجاه ضرورة بسط رقابة قضائية على القوانين المؤقتة. إلى أن حسم الأمر في قانون محكمة العدل العليا رقم 12 لسنة 1992، حيث أفرد القانون نصا خاصا سمح فيه للقضاء بالرقابة على دستورية القوانين المؤقتة.

وقد طبق القضاء الأردني ممثلا بمحكمة التمييز ومحكمة العدل العليا الرقابة على دستورية القوانين عن طريق وقف العمل بالقانون المؤقت المخالف للدستور. وهو ما أكدته محكمة العدل العليا في قرار لها جاء فيه: " إن ما ورد في الفقرة (ج) من قانون الانتخاب المؤقت لمجلس النواب رقم 24 لسنة 60 من أنه يشترط في المرشح أن يكون قد أتم الثلاثين من عمره وفي أول كانون ثاني من السنة التي يجري فيها الانتخاب، فهو مخالف للدستور، إذ أن المادة (70) من الدستور لم تشترط أن يكون المرشح قد أتم الثلاثين من عمره في أول كانون ثاني من السنة التي يجري فيها الانتخاب. وإنما جاء النص مطلقا وهو يجري على إطلاقه بحيث يقبل للترشيح. وحيث أن قانون الانتخاب المشار إليه هو قانون مؤقت وقد نصت المادة (94) من الدستور على أنه يجب أن لا يخالف القانون المؤقت أحكام الدستور فإن الاشتراط الوارد في الفقرة (ج) سالف الذكر لا يعمل به²⁴⁷.

وكانت محكمة العدل العليا قد نفت رقابتها على التشريعات الصادرة عن السلطة التنفيذية، حيث قررت بأن مجرد إقدام السلطة التنفيذية على إصدار تشريع جديد يعفي مجلس الوزراء من بيان الأسباب التي دعت لإصدار ذلك التشريع، ما دام أن السلطة التنفيذية بما لها من صلاحية التشريع بمقتضى الدستور قد رأت أن المصلحة العامة تقتضي إدخال تعديل على قانون ما. وما دام أن

²⁴⁷ عدل عليا أردنية رقم (75/67)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (4)، السنة 15، ص (389).

تقدير ملائمة إصدار التشريع من عدمها أمر يعود للسلطة التشريعية فلا رقابة عليها من

القضاء²⁴⁸.

ونلاحظ هنا أن محكمة العدل العليا ترفض بسط رقابتها على دستورية هذا القانون وترفض

أن تبحث في الدوافع من وراء إصداره، ومن ثم لا تقر بحق رقابتها على شرط الضرورة وهو أحد

الشروط التي نص عليها الدستور لإصدار القوانين المؤقتة.

ومن الأحكام الأخرى كذلك ما قضت به المحكمة العليا بأنه: " من نص المادة (94) يتضح

أنه في الأوقات التي يكون فيها مجلس الأمة غير منعقد أو منحلا يختفي مبدأ الفصل بين السلطات

مؤقتا وتجمع السلطة التنفيذية إلى جانب مهام الإدارة وظيفية التشريع ولهذا فإن القوانين المؤقتة التي

تصدرها هذه السلطة تعتبر في الواقع من قبيل الأعمال التشريعية التي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء

أمام هذه المحكمة²⁴⁹.

يلاحظ هنا أيضا رفض المحكمة بسط رقابتها لأنها تعتبر القوانين المؤقتة أعمالا تشريعية

وليست قرارات إدارية، وهي لا تراقب الدستورية على الأعمال التشريعية. وقد أدى هذا القرار إلى عدم

قبول محكمة العدل العليا الدعوى المباشرة بإلغاء أي قانون مؤقت، مما أتاح للسلطة التنفيذية

استغلال صلاحيتها المخولة لها بموجب نص المادة (94) من الدستور.

وتناقضت أحكام محكمة العدل العليا في بعض قراراتها، حيث أكدت في قرار لها بعد أن

ردت دعوى المستدعي بعدم دستورية قانون مؤقت لعدم الاختصاص فقضت بأن: " مناقشة القانون

²⁴⁸ أنظر قرار محكمة عدل عليا أردنية رقم 61/88 – مجلة نقابة المحامين، ع (1) لسنة 1962، ص (707).

²⁴⁹ محكمة عدل عليا أردنية رقم 63/41 عدد (4) السنة الحادية عشرة من مجلة نقابة المحامين الأردنيين ص (271 – 272).

المؤقت في كونه مخالفا للدستور أو غير مخالف له هو دخول في الموضوع لا تختص محكمة العدل العليا في النظر به²⁵⁰.

ولا يوجد أي سبب يجعل محكمة العدل العليا تستبعد رقابتها على القوانين المؤقتة من حيث الموضوع، فما هي الرقابة التي مارستها قبل ذلك وادعتها!

وعادت محكمة العدل العليا لتؤكد مرة أخرى الاتجاه الخاطئ الذي انتهجته في حكم آخر جاء فيه: " إن وكيل المستدعي أورد هذا الطعن المباشر ضد ما أسماه إجراء وهو القانون المؤقت رقم 3 لسنة 1977، القانون المعدل لقانون النقل على الطرق الصادر عن المستدعي ضده الأول مجلس الوزراء معتبرا أن هذا القانون بمثابة قرار إداري لصدوره عن السلطة التنفيذية وليس عن السلطة التشريعية ويخضع لرقابة محكمة العدل العليا بدعوى مباشرة ولأنه قد صادر الحقوق المكتسبة التي ترتبت لموكله بمقتضى القانون الأصلي خلافا لأحكام الدستور فإنه يطلب إلغائه. ونرى أن هذا الادعاء لا يستند إلى أساس من القانون ذلك لأن المادة (94) من الدستور أجازت لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحلا وذلك في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية أو تستدعي نفقات مستعجلة وبما أنه في الأوقات التي يكون فيها مجلس الأمة غير منعقد أو منحلا يختفي مبدأ الفصل بين السلطات مؤقتا وتجمع السلطة التنفيذية إلى جانب مهام الإدارة مهام التشريع، أي أن السلطة التنفيذية هي سلطة مشرعة فإن القوانين الصادرة عنها بهذه الصفة لا تعتبر قرارات إدارية بل عملا تشريعيا ولا تختص محكمة العدل العليا بإلغائها بدعوى مباشرة²⁵¹.

²⁵⁰ محكمة عدل عليا أردنية رقم 74/40 عدد (6،5) لسنة 1974، ص (588).
²⁵¹ أنظر عدل عليا أردنية رقم 77/30 – مجلة نقابة المحامين العدد (8-7)، لسنة 1977، ص (1183).

المطلب الثاني
الرقابة القضائية على الدستورية
في ظل قانون محكمة العدل العليا الأردني

نصت المادة (7/أ/9) من قانون محكمة العدل العليا رقم 12 لسنة 1992 على أنه: " تختص المحكمة دون غيرها بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة والمتعلقة بالطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور " .

وبدأت محكمة العدل العليا بعد ذلك ببسط رقابتها على القوانين المؤقتة، وتؤكد هذا الحق بعد أن نص قانون محكمة العدل العليا رقم 12 لسنة 1992 صراحة على حق المحكمة بوقف العمل بأي قانون مؤقت يخالف الدستور، فبدأت بعد ذلك المحكمة بممارسة رقابتها على دستورية القوانين المؤقتة عن طريق الدعوى الأصلية، وبموجب ذلك فإن محكمة العدل العليا تستطيع وقف العمل بالقانون المؤقت المخالف للدستور.

ومرة أخرى عادت محكمة العدل العليا لتصوب أوضاعها وتغيير موقفها السابق فجاء في قرار لها: " أخضع قانون محكمة العدل العليا القوانين المؤقتة للرقابة القضائية ولها وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور لأن سلطة إصدار القوانين المؤقتة شرعت لمجابهة ظرف طارئ ولا يجوز استعمالها وسيلة لتنظيم موضوعات يختص التشريع العادي بها، وعلى القضاء أن يراقب توفر شروط إصدار القانون المؤقت في حدود الزمن وفي حدود الموضوع²⁵² .

²⁵² عدل عليا أردنية رقم 97/226 – عدد (2،1) لسنة 1998، ص (389).

وأكدت المحكمة في قرار آخر على اختصاصها بالرقابة على الدستورية بقولها: " تختص محكمة العدل العليا بنظر وقف العمل بالقانون المؤقت أو بالنص المخالف فيه للدستور عملاً بأحكام المادة (7/أ/9) من قانونها رقم 12 لسنة 1992 التي أنطت بمحكمة العدل الرقابة القضائية على دستورية القوانين المؤقتة ولم يقصد المشرع أن يشمل الاختصاص التشريع اللاحقة لصدوره فقط، وإنما أراد أن تنسحب هذه الرقابة على القوانين المؤقتة السابق صدورها لصدور قانون محكمة العدل العليا المذكور، بالإضافة إلى أن النص المذكور ورد مطلقاً ليشمل القوانين المؤقتة السابقة واللاحقة إعمالاً لقاعدة المطلق يجري على إطلاقه، وعليه فإن محكمة العدل العليا تكون مختصة بنظر طلب وقف العمل بأحكام قانون المالكين والمستأجرين المؤقت رقم 1982/29 بحجة مخالفته للدستور

253»

نلاحظ أن محكمة العدل العليا قد أوجدت لنفسها سنداً قانونياً تبرر فيه حقها في الرقابة على دستورية القوانين المؤقتة، ولم يعد هنالك أي حجج للقضاء الأردني للتهرب من الرقابة على دستورية القوانين المؤقتة، ما كان منها قد صدر قبل صدور قانون محكمة العدل العليا أو بعده. واتفق هنا مع اجتهاد محكمة العدل العليا في إخضاعها القوانين المؤقتة السابقة على صدور قانون محكمة العدل العليا لرقابتها على الدستورية، وقد كان الأجدى بها ممارسة هذه الرقابة قبل صدور القانون المذكور، وذلك عن طريق ممارستها لأسلوب رقابة الامتناع، لأن حق الرقابة للقضاء مفترض وموجود حتى وإن لم ينص عليه صراحة، كما أن من حق أي شخص أن يطعن في دستورية أي قانون مؤقت يجده مخالفاً لأحكام الدستور وإن كان سابقاً لصدور قانون محكمة العدل العليا.

وبعد صدور قانون محكمة العدل العليا، فرضت المحكمة رقابتها على جميع الشروط التي نصت عليها المادة (94) من الدستور بقولها: " أما القول بأن لا رقابة لمحكمة العدل العليا على حالة الضرورة والاستعجال بداعي أن تقدير حالة الضرورة والاستعجال الداعية لإصدار القانون المؤقت يعود للسلطة التنفيذية؛ فقول غير سديد لأن المادة (7/أ/9) من قانون محكمة العدل العليا أناطت بمحكمة العدل العليا صلاحية النظر في الطعون التي يقدمها أي متضرر يطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور، فهذا النص أخضع القانون المؤقت للرقابة القضائية من حيث مخالفته للدستور لأن على القضاء أن يراقب توافر الشروط المار ذكرها في حدود الموضوع ، وبما أن سلطة إصدار القوانين المؤقتة قد شرعت لمجابهة ظرف طارئ فلا يجوز استعمالها وسيلة لتنظيم موضوعات يختص بها التشريع العادي²⁵⁴.

يتضح لنا من مجموعة الأحكام السابقة بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين المؤقتة قد تطورت وأصبحت أمرا واقعا في القضاء الأردني، رغم عدم استقرار محكمة العدل العليا على رأي ثابت وأكد في شأن الرقابة.

²⁵⁴ عدل عليا أردنية رقم 97/226 - عدد (2-1)، لسنة 1998، ص (389).

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على دستورية المراسيم والقرارات بقوة القانون في فلسطين

تقتضي الضرورة استثناء السماح للسلطة التنفيذية بممارسة بعضاً من الوظيفة التشريعية، لمواجهة قصور، أو أزمة تطبيق القواعد القانونية الموضوعية لتنظيم سير الأمور العامة في الظروف العادية ولذلك فهذا الاستثناء يتعلق بموضوع الأزمة فقط. وممارستها للوظيفة التشريعية لا يعني بالضرورة سلب البرلمان (السلطة التشريعية) اختصاصه بوصفه الجهاز المنوط به التشريع.

ونلاحظ هنا أن الضرورات تبيح المحظورات، في حدود مواجهة المستجدات التي تفرضها الضرورة إذ لا بد من مواجهة الحاجة إلى تشريع في الظروف العسبية، وبما أن هذا التشريع يحتاج إصداره إلى سرعة لمعالجة الظرف الاستثنائي، وليس بمقدور السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل القيام بذلك بسبب غيابها، ولتوفر حالة الضرورة التي لا تحتل التأخير، فإنه لا بد في مثل هذه الحالة منح السلطة التنفيذية صلاحية مواجهة هذه الظروف، وإصدار لوائح الضرورة.

ولم تعرف النظم التشريعية القواعد المنظمة لحالة الضرورة دفعة واحدة وإنما عبر تطور تاريخي، ولذلك سأتناول في هذا المبحث من خلال المطلب الأول، التطور التاريخي للوائح الضرورة في فلسطين، وهي التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية عند غياب المجلس التشريعي، وبعد ذلك سأطرق للحديث عن تطور الرقابة القضائية على الدستورية في فلسطين.

المطلب الأول التطور التاريخي للوائح الضرورة في فلسطين

عاشت فلسطين تحت سلسلة من الحكم الأجنبي والاحتلال الذي تعاقبت عليه عدة دول، ولذلك فإن للسلطة التنفيذية صلاحيات أوسع في مجال التشريع. فقد كانت فلسطين تُعد قبل العام 1917 جزءاً من الدولة العثمانية، حيث كانت القوانين العثمانية هي المعمول بها آنذاك في فلسطين، وكانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريعات.

وفي العام 1917 دخلت بريطانيا فلسطين وأعلن الانتداب البريطاني عليها رسمياً بواسطة عصبة الأمم. وفي الفترة الممتدة من العام 1917-1922 ساد نظام الحكم العسكري على فلسطين، حيث كان القائد العام يصدر التشريعات والأوامر، التي تهتم بالدرجة الأولى بالمحافظة على أمن القوات البريطانية. وانتهت هذه الفترة بصدور مرسوم دستور فلسطين سنة 1922.

وانتهت الفترة الممتدة بعد ذلك بتاريخ انتهاء الاحتلال البريطاني على فلسطين في 1948/5/15، وشهدت هذه الفترة إصدار مجموعة من التشريعات عن المندوب السامي البريطاني بعد عرضها على المجلس التنفيذي الذي ضم رؤساء الدوائر الرسمية في البلاد ومعظمهم من البريطانيين. وأعتقد أن بإمكاننا هنا اعتبار القوانين التي صدرت عن المندوب السامي قوانين مؤقتة (لوائح ضرورة)، جاءت لمصلحة الدولة المحتلة ممثلة بحكومتها.

وبعد انتهاء الاحتلال البريطاني على فلسطين، تم وضع الجزء المتبقي منها بعد الاحتلال الإسرائيلي لأكثر من نصف مساحة فلسطين تحت الإدارتين المصرية في قطاع غزة، والأردنية في

الضفة الغربية والقدس الشرقية، حيث خضعت الضفة الغربية للإدارة الأردنية، بينما خضع قطاع غزة للإدارة المصرية.

البند الأول: لوائح الضرورة في ظل السيادة الأردنية

أعلنت الأردن في سنة 1952 ضمها للضفة الغربية لتصبح جزءا من المملكة الأردنية الهاشمية، وأعدت بذلك صياغة القوانين وإصدار قوانين جديدة، كما عدلت من القوانين الموجودة بمصادقة من الملك. وفي الحديث عن هذه الحقبة حيث طبقت القوانين الأردنية على الضفة الغربية، طبقت كذلك نص المادة (94) من الدستور الأردني لعام 1952، والمعدلة بالمادة (94) من دستور 1958. وكنا قد أشرنا سابقا لهذه المواد، ومنعا للتكرار نكتفي بما قدمناه.

البند الثاني: لوائح الضرورة في ظل السيادة المصرية

وضعت مصر يدها على قطاع غزة بعد تاريخ 15/5/1948، وتم العمل بالقوانين والأنظمة واللوائح التي وجدت من زمن الانتداب البريطاني، وذلك بأمر من الحاكم العسكري المصري حتى العام 1955. وفي العام 1955 صدر القانون الأساسي رقم (255)²⁵⁵، والذي استمر العمل به حتى صدور الإعلان الدستوري لقطاع غزة في العام 1962، وتناولت المادة (28) من هذا الإعلان الدستوري لوائح الضرورة حيث نصت على أنه: "إذا اقتضت الأحوال اتخاذ تدابير عاجلة لا تحتمل التأخير، فللمجلس التنفيذي أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرضها على المجلس التشريعي عند انعقاده. وتظل نافذة ما لم يقرر المجلس التشريعي إلغاؤها".

²⁵⁵ نصت المادة (21) من القانون الأساسي على أنه: "إذا طرأت أحوال غير عادية تتعلق بالأمن العام أو النظام وتتطلب اتخاذ تدابير عاجلة فللمجلس التنفيذي أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون على ألا تكون مخالفة لهذا القانون الأساسي وينتهي العمل بهذه القرارات بقرار يصدر من المجلس التنفيذي".

أناطت المادة المذكورة صلاحية إصدار القرارات بقوة القانون بالمجلس التنفيذي²⁵⁶، إلا أنه

لم يشترط غياب المجلس التشريعي لإمكان إصدار مثل هذه القرارات. وأكدت المادة كذلك على ضرورة عرض القرارات على المجلس التشريعي عند انعقاده. ولا نفهم هنا من عبارة عند الانعقاد إن كانت هذه القرارات تصدر بين أدوار عدم انعقاد المجلس التشريعي، أم أنها قد تصدر عن المجلس التنفيذي في أي وقت من أوقات انعقاد المجلس التشريعي.

أعطى المشرع كذلك للمجلس التشريعي صلاحية إلغاء القرارات بقوة القانون، ولكنه لم يحدد مدة زمنية معينة لإقرار المجلس لهذه القرارات، ولم يتطلب أصلاً هذا الإقرار، واعتبر مجرد عرضها عليه إقراراً لها.

البند الثالث: اغتصاب سلطة التشريع في عهد الاحتلال الإسرائيلي

بدأ زمن الاحتلال الإسرائيلي في 1967/6/5 بالمخالفة لأحكام القانون الدولي، وعملت سلطة الاحتلال بعد ذلك على وضع الأوامر العسكرية، وأصدرت القرار رقم (2) لسنة 1967، الذي يؤكد سريان جميع القوانين والقرارات الأردنية والمصرية المعمول بها وقتئذٍ، ما لم يتم تعديلها أو إلغاؤها. وظلت سلطة الاحتلال تصدر الأوامر العسكرية على مدى سبع وعشرين عاماً متواصلة من الاحتلال، أي حتى العام 1994.

البند الرابع: لوائح الضرورة في ظل السلطة الوطنية الفلسطينية

²⁵⁶ نصت المادة 24 من الإعلان الدستوري لقطاع غزة في العام 1962 على أن: "يؤلف المجلس التنفيذي من: 1- الحاكم العام رئيساً. 2- نائب الحاكم العام (إن وجد). 3- مدير الشؤون القانونية. 4- مدير الداخلية والأمن العام. 5- مدير المالية والاقتصاد أعضاء. 6- مدير التعليم والثقافة. 7- مدير الصحة. 8- مدير الأشغال. 9- مدير الشؤون البلدية. 10- مدير الشؤون الاجتماعية. 11- مدير الشؤون المدنية. ويعين المديرين ونائب الحاكم العام، إذا اقتضى الأمر تعيينهم، بقرار من وزير الحربية للجمهورية العربية المتحدة.

أقامت السلطة الوطنية الفلسطينية حكمها الذاتي في غزة وأريحا في العام 1994، بموجب اتفاقية أوسلو. وبدأت بعد ذلك عملية إعادة الانتشار لقوات الاحتلال الإسرائيلية في العام 1996. وبما يتعلق بالتشريعات والقوانين، قام ديوان الفتوى والتشريع بوضع القرارات والقوانين إلى تم إجراء انتخابات المجلس التشريعي في العشرين من كانون الثاني، من العام 1996، والذي هو صاحب الاختصاص الأصيل بوضع التشريعات والقوانين في فلسطين كما هو الحال في برلمانات العالم. وبقي ديوان الفتوى والتشريع تابعا للسلطة التنفيذية، وداعما للمجلس التشريعي في إعداد مشاريع القوانين التي يقوم الأخير بالمصادقة عليها وإقرارها، أو تعديلها، أو رفضها. وعلى الرغم من قيام المجلس التشريعي الفلسطيني، وبدء عمله الأساسي بوضع القوانين والتشريعات الفلسطينية الموحدة للقوانين في شقّي الوطن، الضفة الغربية وقطاع غزة، قام رئيس السلطة الفلسطينية بإصدار العديد من القرارات والمراسيم ذات الطابع التشريعي، كما أصدر مراسيم بقوة القانون، تضمنت هذه المراسيم لإضفاء الشرعية عليها عبارة، " لمقتضيات المصلحة العامة "، و " نظرا لعدم انعقاد المجلس التشريعي في إجازته العادية "، وعبارة " بعد موافقة مجلس الوزراء ". وقد يكون إصدار مثل هذه القرارات قد تم في الوقت الذي كان فيه الدستور الأردني لسنة 1952 هو الساري المفعول في الضفة الغربية، والإعلان الدستوري لقطاع غزة في العام 1962، المصري هو المطبق في قطاع غزة؛ لحين تم إصدار القانون الأساسي فلسطيني في العام 2003. وعليه فإن الدستور الأردني، والإعلان الدستوري لقطاع غزة، ينصان صراحة على حق السلطة التنفيذية بإصدار لوائح الضرورة، مع ضرورة عرضها على المجلس التشريعي عند انعقاده. على أن يكون الإصدار في حالات الضرورة التي لا تحتل التأخير.

كما لوحظ أن بعض المراسيم بقوانين التي أصدرها رئيس السلطة الفلسطينية، يتم العمل بها من تاريخ صدورها، ونشرها في الجريدة الرسمية، وأما البعض الآخر استلزم للعمل بها مرور ثلاثين يوماً من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية²⁵⁷.

وتم إصدار القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2002 ونُشر في مجلة الوقائع الفلسطينية (العدد الممتاز) في 2002/7/7 وتم العمل به من تاريخ النشر. وجرى تعديله بموجب القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 الذي تم نشره في مجلة الوقائع الفلسطينية (العدد الممتاز) بتاريخ 2003/3/19، وتم العمل به كذلك من تاريخ النشر، ومنح هذا القانون رئيس الدولة سلطة إصدار قرارات بقوة القانون (لوائح الضرورة).

حيث نصت المادة (43) من القانون الأساسي المعدل على أنه: " لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون ".

نلاحظ من هذا النص أن المشرع منح رئيس الدولة سلطة إصدار قرارات لها قوة القانون، بشرط توافر حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير، كما قيدت هذه القرارات بوجود عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدورها، وإلا زال ما لها من قوة القانون وكذلك الأمر إذا لم تعرض على المجلس، يزول ما يكون لها من قوة القانون.

²⁵⁷ أنظر المرسوم بقانون رقم رقم (1) لسنة 1998 بشأن سريان قانون السياحة رقم 45 لسنة 1965 على جميع الأراضي الفلسطينية. وكذلك المرسوم بقانون رقم (1) لسنة 1999 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (5) لسنة 1998 بشأن دمج ومراقبة المعادن الثمينة.

المطلب الثاني تطور الرقابة القضائية على الدستورية في فلسطين

أشار مرسوم دستور فلسطين لعام 1922 إلى محكمة العدل العليا، واستمر العمل به في المحاكم الفلسطينية في ظل الإدارة المصرية بينما ألغي العمل به في الضفة الغربية التي خضعت للنظام القانوني والقضائي الأردني. وظلت محكمة الاستئناف الموجودة في رام الله تتعقد بصفتها محكمة عدل عليا؛ إلى أن تم تشكيل هذه المحكمة في ظل السلطة الفلسطينية، في العام 2001. بينما لا وجود لمحكمة دستورية عليا فلسطينية، في الوقت الذي نص فيه قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 على هذه المحكمة واعتبرها من مجموعة المحاكم الفلسطينية²⁵⁸. وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المعدل للقانون الأساسي الذي نص على هذه المحكمة صراحة في المادة (103) منه والتي جاء

ذفيها: " 1- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في:-

* دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

* تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

* الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص

القضائي.

²⁵⁸ المادة (6) من قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002. المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2002/5/18.

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

وأكدت المادة (104) من نفس القانون على أن: " تتولى المحكمة العليا مؤقتا كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقا للقوانين النافذة ."

لا شك أن القانون الأساسي وقانون السلطة القضائية الذي سبقه بالصدور والنشر، قد حققا بالنص على إنشاء المحكمة الدستورية الكثير من الإفادة للأفراد بمنحهم حق اللجوء إلى القضاء للطعن بعدم دستورية نص، أو قرار، أو قانون جاء مخالفا لأحكام الدستور مما تسبب معه وقوع الضرر، هذا من جهة، و من جهة أخرى حقق تطورا للجهاز القضائي الفلسطيني يقوم على أساس العدالة وحفظ الحريات للأفراد. ولا يمكن لأحد أن ينكر أن وجود محكمة عليا يحل الكثير من الأزمات الدستورية والتعارض بين التشريعات وأحكام الدستور. وبالنظر للجهاز القضائي الفلسطيني يبدو لنا افتقاره لنظام الرقابة؛ لعل السبب يعود للحياة السياسية المميزة في فلسطين، التي تعيشها الحكومة الفلسطينية والأفراد، وقد ملئت الشرعية بالثغرات العديدة.

وقامت المحكمة العليا الفلسطينية بصلاحيات المحكمة الدستورية العليا، قبل صدور قانون المحكمة الدستورية العليا. واتبعت في ذلك الإجراءات الخاصة بها لعدم وجود النص والحكم القانوني على الإجراءات الواجبة الاتباع أمام المحكمة العليا بصفتها محكمة دستورية. فهل يجب إتباع نفس الإجراءات أم عليها اتخاذ إجراءات أخرى، لإمكان النظر في الطعن الدستوري المثار أمامها..؟

وأود الإشارة هنا إلى أنه بدأ أصحاب المصلحة بتقديم الطعون بعدم دستورية مجموعة من القوانين أمام المحكمة العليا بصفقتها محكمة دستورية، وكان لغزة الأسبقية في هذه الطعون أما في الضفة لم يتقدم أحد بأي طعن قبل العام 2005.

وبناء على هذه الطعون يقوم رئيس المحكمة العليا بتشكيل المحكمة الدستورية من ثمانية أعضاء منهم عضو احتياط، على أن يكون رئيس المحكمة العليا رئيساً، ويأتي كل تشكيل مختلفاً عن الآخر حسب القرار الصادر عن رئيس المحكمة العليا بهذا الشأن. ويرى بعض قضاة محكمة العدل العليا أن مثل هذه القرارات والتشكيلات غير دستورية ويمكن الطعن بها مستقبلاً²⁵⁹.

وبالرغم من الطعون المقدمة أمام المحكمة العليا بصفقتها محكمة دستورية عليا، فقد بدأت المحكمة بإصدار قراراتها في الطعون الدستورية المقدمة إليها، ونذكر منها قراراً قد صدر عنها وجاء فيه: " وحيث أنه عن الدفع الذي أثاره رئيس النيابة العامة فإنه، لما كان المشرع قد نص في الفقرة الأولى من المادة (103) من القانون الأساسي المعدل على تشكيل محكمة دستورية عليا وحدد اختصاصاتها في البنود (أ، ب، ج) من هذه الفقرة. وبين القانون طريقة تشكيل هذه المحكمة والإجراءات الواجبة الاتباع والآثار التي تترتب على أحكامها في الفقرة الثانية من نفس المادة. فإنه لحين تشكيل هذه المحكمة وإصدار قانونها، أناط المشرع بالمحكمة العليا في المادة (104) من القانون الأساسي المعدل والمادة (37) من قانون تشكيل المحاكم النظامية لسنة 2001 الصلاحية في أن تتولى هذه المحكمة مؤقتاً كل المهام المسندة إليها وفقاً للإجراءات السارية أمامها. الأمر الذي يكون ما أثاره رئيس النيابة العامة في غير محله²⁶⁰.

²⁵⁹ أبو شرار، عيسى. مقابلة شخصية أجريت معه بتاريخ 2005/11/19.
²⁶⁰ دستورية عليا، قرار رقم 2003/1، صدر بتاريخ 2003/10/30، غزة. (لم ينشر).

نجد أن هذا القرار قد منح المحكمة العليا حق إتباع الإجراءات السارية أمامها، وأن تتولى كامل المهام المسندة إليها بموجب القانون الأساسي. أن تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة إليها.

وقد أقر المجلس التشريعي الفلسطيني، قانون المحكمة الدستورية العليا بالقراءة الثانية بتاريخ 2005/12/7، وأحاله للرئيس الفلسطيني من أجل المصادقة عليه، وتمت إعادة القانون المذكور من أجل إجراء بعض التعديلات عليه، وأشارت أحكام القانون إلى تشكيل المحكمة²⁶¹ وكيفية انعقادها²⁶²، والشروط الواجب توافرها في عضو المحكمة²⁶³.

وأشير هنا إلى أن المشرع الدستوري الفلسطيني ومن خلال قانون المحكمة الدستورية العليا، الذي تم إقراره في القراءة الثانية، جعل من اختصاص المحكمة الرقابة على دستورية القوانين والمراسيم والقرارات الرئاسية والوزارية واللوائح أو الأنظمة في المواد (24،25)، وبإمكاننا القول بأن المشرع قد شمل لوائح الضرورة، أو ما تعرف في فلسطين باسم المراسيم بقانون، بنصه على (المراسيم والقرارات الرئاسية)، فنحن كما نعلم لا تصدر لوائح الضرورة إلا عن رئيس السلطة الفلسطينية، حسب نص المادة (43) من القانون الأساسي المعدل، وبموجب مرسوم.

وتم إقرار المشرع الفلسطيني للتعديلات المقترحة من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في القراءة الثالثة للقانون، التي تمت في آخر جلسة للمجلس التشريعي السابق بتاريخ 2006/2/13، وبناءً على هذه التعديلات، تم إخراج القرارات والمراسيم الرئاسية من الرقابة القضائية على دستورتها، وجعل اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة فقط.

²⁶¹ المادة (2) من مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا.

²⁶² المادة (3) من مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا.

²⁶³ المادة (4) من مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا.

علماً بأن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل قد نص صراحة في المادة (2/30) على أنه: " يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء ".

وهنا نجد المشرع الفلسطيني قد أخطأ في إقراره للتعديل المشار إليه في الفقرة أعلاه، حيث أن رئيس السلطة غير معصوم عن الخطأ في قراراته، وما يصدر عنه من مراسيم، وإن العمل على عدم امتداد الرقابة الدستورية إلى القرارات الرئاسية بكافة أنواعها، فيه إجحاف ومخالفة صريحة لأحكام مبدأ المشروعية، وسمو الدستور. فهل من الصحيح أن لا يطعن بعدم دستورية قرار صادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، حتى وإن كان مخالفاً لأحكام القانون الأساسي الفلسطيني؟

وصدر قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لسنة 2006، ونشر في مجلة الوقائع الفلسطينية السنة 2006/13، العدد (62)، بتاريخ 2006/3/25. وجاء هذا القانون بمجموعة من الإجراءات، الواجب إتباعها أمام هذه المحكمة، وذلك من خلال الفصل الثاني من الباب الثاني من القانون. وأكد في المادة الثانية منه كذلك على أن هيئة المحكمة تتعقد من رئيس وستة قضاة على الأقل، وتصدر قراراتها بالأغلبية.

ويرأي لا بد من إعادة النظر بقانون المحكمة الدستورية العليا، وإضافة الرقابة القضائية على دستورية المراسيم والقرارات الرئاسية والوزارية واللوائح، إلى جانب القوانين والأنظمة. وهنا أقول قد فعل خيرا المشرع الفلسطيني متمثلاً بالمجلس التشريعي الحالي، إذ قرر من خلال جلسته الأولى المنعقدة بتاريخ 2006/3/6، التي جاءت مكتملة لجلسة تنصيب المجلس والقسم بتاريخ 2006/2/18، على أن: " يقرر أن قرارات ومحضر الجلسة السابقة بتاريخ 2006/2/13 غير مقرة

باعتراض أعضاء المجلس عليها بالأغلبية المطلقة " . علما بأن مثل هذا القرار لا بد من إجراء المصادقة عليه في الجلسة التالية لتاريخ القرار .

علما بأن هنالك قضية لا تزال منظورة أمام المحكمة الدستورية العليا من رئيس وأحد أعضاء المجلس التشريعي السابق، تطعن بعدم دستورية الإجراءات التي اتبعتها المجلس التشريعي الحالي، في عدم إقرار ما تمت المصادقة عليه من قوانين وقرارات صدرت عن المجلس التشريعي السابق في آخر جلسة عقدها بتاريخ 2006/2/13.

الخاتمة والتوصيات

وُضع النظام القانوني العادي ليحكم حياة الدول في أوضاعها الطبيعية العادية. وقد يعجز هذا النظام في فترات الأخطار والأزمات عن تقديم الحلول المناسبة والحماية اللازمة للحفاظ على كيان الدولة. ووجدت نظرية الضرورة التي تخول السلطة التنفيذية على مواجهة الأزمات اختصاصات إضافية لم تكن تتمتع بها في الظروف العادية. ومما لا شك فيه أن هذه السلطات الاستثنائية تتضمن مخاطر جسيمة تهدد حقوق الأفراد وحررياتهم، والقول بضرورة التمسك باحترام القواعد القانونية المطبقة في الأحوال العادية، رغم الأزمات والأخطار قد يقضي على بقاء الدولة.

وعرّفت السلطة الوطنية الفلسطينية لوائح الضرورة كباقي الدول المجاورة، والذي يقوم بإصدارها هو رئيس الدولة، كما هو الأمر في مصر، أما في الأردن فتعود صلاحية إصدارها لمجلس الوزراء بموافقة الملك. وقد أورد المشرع الدستوري عدة شروط لإصدار لوائح الضرورة هي:

القيّد الزمني، الذي يعني الفترة التي تعد فيها السلطة التشريعية في غير أدوار الانعقاد، و**قيّد الظروف الاستثنائية**، الذي يتمثل في عدم مخالفة الدستور، وكذلك **قيّد العرض على البرلمان** في أول اجتماع يعقده بعد غيابه.

ويُمارس نوعين من الرقابة على لوائح الضرورة، هما: الرقابة البرلمانية، والرقابة القضائية. فالبرلمان يستطيع بما يراه مناسباً، أن يلغي، أو يعدل، أو يقر لوائح الضرورة. كما أن السلطة القضائية ممثلة بمحكمة العدل العليا في الأردن، والمحكمة الدستورية العليا في مصر، وفلسطين، تستطيع إبقاء العمل بلوائح الضرورة أو إيقاف العمل باللوائح المخالفة لأحكام الدستور.

علماً بأن قانون المحكمة الدستورية العليا قد حرم هذه المحكمة من الرقابة على دستورية القرارات، والمراسيم، والأعمال الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية.

بعد أن نقت دراسة لوائح الضرورة والرقابة عليها، أجابت هذه الدراسة عن مجموعة من الأسئلة أهمها:

- 1- ما هي لوائح الضرورة، وما هي شروط إصدارها ؟
- 2- متى يمكننا اعتبار لوائح الضرورة، قرارات إدارية ؟
- 3- ما أثر عرض لوائح الضرورة على البرلمان، وما هو أثر عدم العرض ؟
- 4- ما أهمية وجود محكمة دستورية عليا تراقب مدى تطابق التشريع للدستور ؟
- 5- ما هو رأي الفقه من الرقابة على الدستورية بصورها المختلفة ؟
- 6- ما هي أساليب تحريك الرقابة على الدستورية ؟
- 7- ما هي حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا ؟

وخرجت بعدة توصيات واقتراحات، من الأهمية ذكرها للمشرع الفلسطيني، والسلطة التنفيذية، وهي:

5. أن يُلزم القانون الأساسي السلطة التنفيذية، بنشر لوائح الضرورة في الجريدة الرسمية، قبل عرضها على المجلس التشريعي، ليتسنى للأفراد الإطلاع عليها. وأن يتم نشرها كذلك في الصحف اليومية التي يتابعها المواطن العادي، تحقيقاً للغاية من النشر في الجريدة الرسمية.
6. أن يُلزم القانون الأساسي السلطة التنفيذية، بعرض لوائح الضرورة على المجلس التشريعي في أول اجتماع يعقده، وأن لا تتوانى عن هذا الأمر، وبنفس الوقت أن يعطي الدستور

للسلطة التشريعية حق إلغاء أي لائحة لم يتم عرضها عليه في الوقت المحدد، وأن ينشر أمر الإلغاء في الجريدة الرسمية، وفي صحيفة يومية. علماً بأن القانون الأساسي قد نص صراحة على زوال ما كان للقرارات من قوة القانون إذا لم تعرض على المجلس التشريعي في أول اجتماع له بعد صدورها.

7. على المشرع الدستوري كذلك تحديد مدة محددة لعرض لوائح الضرورة على المجلس التشريعي، وأن يتم دعوة المجلس للانعقاد لنظر هذه اللوائح، والحكمة من هذا التحديد هي، ألا تبقى لوائح الضرورة وهي عبارة عن تشريعات استثنائية فترة طويلة قبل أن تُعرض على المجلس التشريعي، صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع، لكي يقرر مصيرها بالموافقة عليها وإقرارها، أو بتعديلها، أو برفضها، فهذا التحديد يحقق ضماناً يحول دون تجاوزات السلطة التنفيذية.

8. أن يُلزم القانون الأساسي؛ السلطة التنفيذية بنشر أمر إلغاء لائحة الضرورة التي لم يتم عرضها على المجلس التشريعي، فاللائحة التي لم تعرض على المجلس التشريعي تعتبر لاغية، وتزول عنها قوة القانون، لذلك كان لا بد أن تقوم السلطة التنفيذية بنشر أمر الإلغاء، كما قامت بنشر اللائحة بداية، وذلك كي يتسنى للفرد معرفة اللوائح التي أبطلت أو زالت عنها قوة القانون، وتحديد موقفه وفقاً لهذا الوضع.

9. لا بد من إجراء تعديل على أحكام النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني، لتحديد فترة غيبة المجلس، أو المعنى المقصود من عبارة " في غير أدوار الانعقاد " منعاً لأي لبس،

وإعطاء المجلس حق المصادقة على لوائح الضرورة، أو تعديلها، أو إلغائها؛ دون تقييد لحق المجلس في هذا الاختصاص.

10. ضرورة الإسراع بإجراء تعديل على قانون المحكمة الدستورية العليا، وإنشاء المحكمة مباشرة لتتولى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح بمختلف أنواعها ومراتبها، وأن تتمتع الأحكام الصادرة عنها بالحجية المطلقة، وأن لا تقتصر صلاحياتها على إبطال القوانين والنظم غير الدستورية، بل تمتد إلى الرقابة على دستورية القرارات والمراسيم والأعمال الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية؛ عملاً بأحكام المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني.

11. أتمنى على المحكمة الدستورية العليا أن تبسط رقابتها على قيود إصدار لوائح الضرورة، وأخص بالذكر قيد **شرط الضرورة**، الذي اشترطته المادة (43) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، ما دام أن المحكمة تملك حق الرقابة على هذه اللوائح، فالرقابة على الدستورية تعني التأكد من احترام مواد الدستور جميعها دون استثناء.

12. أرى أنه لا بد من تعديل مسمى لوائح الضرورة في القانون الأساسي الفلسطيني، من قرارات لها قوة القانون، إلى المصطلح المتعارف عليه، " مرسوم بقوة القانون "، وذلك منعا لأي خلاف عن تطابق أو اختلاف معنى المصطلحين.

13. على المشرع الفلسطيني، أن يقوم بتعديل النظام الداخلي للمجلس التشريعي، لتحديد آلية معينة لإقرار المراسيم والقرارات بقوة القانون أو الاعتراض، بنفس الطريقة التي عالج فيها عملية إقرار مشاريع القوانين، والمصادقة عليها، أو رفضها.

المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المراجع:

1. أبو الوفا، أحمد (1990): المرافعات المدنية والتجارية، ط 15.
2. الباز، داود (1995): الوجيز في قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة.
3. الباز، علي (1978): الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية.
4. بدوي، ثروت (1971): القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة.
5. بسيوني، عبد الغني (1997): النظم السياسية والقانون الدستوري، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية.
6. الجرف، طعيمة (1960): موجز القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة.
7. الجرف، طعيمة (1963): مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة.
8. الجرف، طعيمة (1964): القانون الدستوري ومبادئ القانون الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة.
9. جمال الدين، سامي (1982): اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

10. جمال الدين، سامي (1992): الرقابة على أعمال الإدارة، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف.
11. جمال الدين، سامي (2003): لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
12. جمال الدين، سامي (2004): أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية.
13. الجمل، يحيى (1971): نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.
14. حافظ، محمود (1967): القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.
15. حافظ، محمود (1970): القرار الإداري، دراسة مقارنة، معيار تمييز القرار الإداري وأنواع القرارات الإدارية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة.
16. حافظ، محمود (1993): القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة.
17. حسنين، إبراهيم (2000): الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة.
18. الحلو، ماجد (1996): القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
19. الخطيب، نعمان (2004): الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
20. خليل، محسن (1982): القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت.

21. درويش، إبراهيم (2004): القانون الدستوري، النظرية العامة والرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة.

22. الدناصوري، عز الدين، والشواربي عبد الحميد (2002): الدعوى الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

23. الذنيبات، محمد جمال (2003): النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة والدار العلمية الدولية، عمان.

24. الزعبي، خالد (1999): القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

25. سالماني، عبد العزيز (2000): نظم الرقابة على دستورية القوانين، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة.

26. سرور، أحمد (2000): الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة.

27. سليم، عصام (2000): موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف الإسكندرية.

28. السناري، محمد عبد العال: النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، دراسة مقارنة، مطبعة الإسراء. حلوان. دون الإشارة لسنة الإصدار.

29. السناري، محمد عبد العال: القانون الدستوري ونظرية الدولة والحكومة، دراسة مقارنة، مطبعة الإسراء. حلوان. دون الإشارة لسنة الإصدار.

30. الشاعر، رمزي (1983): النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة 3، دار النهضة العربية، القاهرة.
31. الشريف، عزيزة (1995): دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت/ الكويت.
32. شطناوي، علي خطار (2004): موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
33. شيحا، إبراهيم (2000): النظم السياسية والقانون الدستوري، تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية.
34. الصالح، عثمان (1977): السلطة اللاتحوية الإدارية في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء، مطابع القبس، الكويت.
35. الطماوي، سليمان (1961): النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة.
36. الطماوي، سليمان (1979): مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثالث، دار الفكر العربي، القاهرة.
37. الطماوي، سليمان (1988): النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة.
38. عبد الباسط، محمد فؤاد (2002): ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

39. عبد المجيد، منير (2001): أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية.
40. علوان، عبد الكريم (2001): النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان.
41. عمرو، عدنان (2002): مبادئ القانون الإداري الفلسطيني، المطبعة العربية الحديثة.
42. غبريال، وجدي (1988): السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
43. الغزوي، محمد سليم (1996): الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري للمملكة الأردنية الهاشمية، ط 5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
44. فكري، فتحي (2003-2004): وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، شركة ناس للطباعة، القاهرة.
45. فوزي، صلاح الدين (1993): الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة.
46. ليلة، محمد كامل (1967): القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة.
47. المجذوب، محمد (2002): القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
48. المنجي، محمد (2002): دعوى عدم الدستورية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية.

ثالثاً: المراجع الأجنبية:

- 1- Bernard Chantebout. Droit constitutionnel et science politique, a jour de la constitutionnel de 1995, 12 edition.
- 2- Charles Cadoux ,Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Ed. Paris 1980.
- 3- Francois Luchaire, Le conseil constitutionnel, Economica, 20 edition refondue, Tome I, 1997.
- 4- Jacques Cadart, institutions politiques et droit constitutionnel, 3eme edition.

رابعاً: القوانين:

1. القانون المعدل للقانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003.
2. مجلة الوقائع الفلسطينية.
3. منظومة القضاء والتشريع في فلسطين " المقتفي "، معهد الحقوق/ جامعة بيرزيت.
4. دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة 1952.
5. قانون محكمة العدل العليا (الأردني) رقم 12 لسنة 1992.
6. دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971.
7. القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969 بإصدار قانون المحكمة العليا (المصري).
8. قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم 3 لسنة 2006.
9. قانون رقم 66 لسنة 1970 بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا (المصري).
10. قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979، والمذكرة الإيضاحية له (المصري).

11. قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

12. الدستور الفرنسي 1958 / La constitution Francaise

13. أجزاء من الدستور الأمريكي، المنشور على صفحة المنتدى القضائي العربي الالكترونية.

www.arabjudicialforum.org

14. الدستور السوري لعام 1973.

خامسا: الأنظمة:

1. النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني.

سادسا: الرسائل العلمية المتخصصة:

1. آل بن علي، محمد أحمد (1992): لوائح الضرورة، دراسة مقارنة، الجامعة الأردنية،

الأردن. (رسالة ماجستير غير منشورة).

2. الكايد، زياد علي (2000): القوانين المؤقتة في النظام القانوني الأردني، الجامعة الأردنية،

الأردن. (رسالة ماجستير، غير منشورة).

3. ساير داير، عبد الفتاح (1955): نظرية أعمال السيادة، جامعة القاهرة، مصر. رسالة

دكتوراة، منشورة).

4. عبد القادر، سمير علي (1982): السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة، جامعة عين شمس،

مصر. (رسالة دكتوراة، غير منشورة).

سابعا: مجموعات الأحكام القضائية:

1. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة التمييز الأردنية، المنشورة في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عمان.
2. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا منذ بداية سنة 1953 وحتى سنة 1993، المنشورة في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عمان.
3. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة العدل العليا والمنشورة في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عمان.
4. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الدستورية العليا، موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثامنا: الأبحاث والمقالات والتعليقات:

1. الحياوي، عادل. " القوانين المؤقتة في الأردن "، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ملحق رقم (1)، السنة 25، 1977.
2. شيخاني، ديندار. بحث بعنوان " الرقابة على دستورية القوانين "، منشور على صفحة www.dasin.org بتاريخ 2005/9/4.
3. عبد الله، محمد أحمد . بحث بعنوان " المحكمة الدستورية في ضوء أحكام الدستور الجديد ومذكرته التفسيرية "، منشور على الإنترنت، الصفحة الخاصة بـ " جمعية العمل الوطني الديمقراطي "، بتاريخ 2004/12/20.
4. العكليكي، رحيم حسن . " الرقابة على دستورية القوانين "، بحث منشور على الصفحة الخاصة بجريدة الصباح الجديد، الإنترنت، بتاريخ 2005/2/6.

5. غوردون، روبرت، " تعليم القانون في الولايات المتحدة "، مقال منشور على صفحة الإنترنت

.www.usinfo.state.gov

تاسعا: اللقاءات والاتصالات الشخصية:

1- أبو شرار، عيسى. (تشرين ثاني 2005): الإجراءات المتبعة أمام المحكمة العليا بصفتها

محكمة دستورية عليا، مقابلة شخصية.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
	أعضاء لجنة المناقشة.
	الإهداء.
أ	الإقرار.
ب	شكر وتقدير.
ج	الملخص باللغة العربية.
و	الملخص باللغة الإنجليزية. (Abstract)
ط	المحتويات.
1	المقدمة.

- 6 مبحث التمهيدي: ماهية لوائح الضرورة، وقيمتها القانونية.
- 7 المطلب الأول: تعريف لوائح الضرورة والمختص بإصدارها وزوالها.
- 7 الفرع الأول: تعريف لوائح الضرورة.
- 11 الفرع الثاني: إصدار لوائح الضرورة ونشرها وإعدامها.
- 13 المطلب الثاني: نظرية الضرورة، نشأتها وأساسها.
- 14 الفرع الأول: أساس نظرية الضرورة.
- 15 الفرع الثاني: أساس نشوء فكرة الضرورة.
- 18 الفرع الثالث: مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.
- 20 المطلب الثالث: تحديد القيمة القانونية للوائح الضرورة.
- 22 الفرع الأول: المعيار الموضوعي.
- 24 الفرع الثاني: المعيار الشكلي.

" مفهومها، تقديرها، تطبيقات عليها "

تمهيد:

المبحث الأول: الرقابة السياسية على الدستورية.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة السياسية وتقديرها.

الفرع الأول: الرقابة السياسية.

الفرع الثاني: الرقابة البرلمانية.

المطلب الثاني: تطبيقات على الرقابة البرلمانية.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الدستورية.

مفهومها، الموقف منها، تطبيقات عليها.

المطلب الأول: الرقابة القضائية على الدستورية.

الفرع الأول: مفهوم الرقابة القضائية على الدستورية وتقديرها.

- 59 الفرع الثاني: تطبيقات الرقابة القضائية على الدستورية.
- 65 المطلب الثاني: الرقابة القضائية الإدارية، والطعن بإلغاء
لوائح الضرورة.
- 65 الفرع الأول: مفهوم الرقابة القضائية الإدارية.
- 68 الفرع الثاني: أثر عرض لوائح الضرورة على البرلمان في
الطعن بالإلغاء.
- 72 الفرع الثالث: تطبيقات على الطعن بإلغاء لوائح الضرورة.
- 75 الفصل الثاني: مناط الدعوى الدستورية على لوائح الضرورة
وتحريكها، وحجية الأحكام الصادرة فيها.
- 76 المبحث الأول: طبيعة الدعوى الدستورية والمصلحة فيها.
- 76 المطلب الأول: الطبيعة العينية للدعوى الدستورية،

واستقلالها.

77 المطلب الثاني: المصلحة في الدعوى الدستورية.

77 الفرع الأول: مفهوم المصلحة.

79 الفرع الثاني: مناط شرط المصلحة الشخصية المباشرة.

81 المبحث الثاني: أساليب تحريك الدعوى الدستورية على لوائح

الضرورة.

83 المطلب الأول: الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية.

85 المطلب الثاني: تحريك الرقابة بالدفع أو بالإحالة.

85 الفرع الأول: الدعوى عن طريق الدفع من الأفراد.

91 الفرع الثاني: تصدي المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها أو

بالإحالة المباشرة للطعن.

95 المبحث الثالث حجية أحكام المحكمة الدستورية.

96 المطلب الأول: أنواع الأحكام التي صادرة عن المحكمة

الدستورية، وطبيعتها.

100 المطلب الثاني: آثار الحكم بعدم الدستورية.

100 الفرع الأول: نشر الحكم والآخر الرجعي.

103 الفرع الثاني: أثر الحكم بعدم الدستورية على قضاء

الموضوع.

108 الفصل الثالث: تطبيقات حول الرقابة القضائية على

دستورية لوائح الضرورة، مقارنة بين (مصر، الأردن، وفلسطين)

109 المبحث الأول: تطور الرقابة القضائية على دستورية لوائح

الضرورة في مصر.

109 المطلب الأول: الرقابة على الدستورية في ظل قانون المحكمة

العليا المصري.

- 109 البند الأول: تشكيل المحكمة العليا.
- 110 البند الثاني: اختصاصات المحكمة العليا.
- 112 المطلب الثاني: الرقابة على الدستورية في ظل قانون
المحكمة الدستورية العليا المصري.
- 113 الفرع الأول: تشكيل المحكمة الدستورية العليا المصرية
و ضمانات أعضائها.
- 113 أولاً: تشكيل المحكمة.
- 115 ثانياً: ضمانات أعضاء المحكمة.
- 117 الفرع الثاني: ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا
المصرية في الرقابة على دستورية لوائح الضرورة.
- 117 أولاً: اختصاصات المحكمة.
- 119 ثانياً: ضوابط اختصاص المحكمة.
- 122 المبحث الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين

134

المطلب الثاني: تطور الرقابة القضائية على الدستورية في

فلسطين.

139

الخاتمة والتوصيات.

143

المصادر