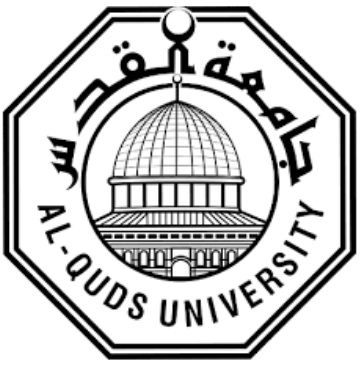
عمادة الدراســـــات العليا

جامعة القدس



سلطات القاضي الدستوري

"دراسة تحليلية"

حسن جميل حسن سليم

رسالة ماجستير

القدس – فلسطين

1438هـ/2017م

سلطات القاضي الدستوري

"دراسة تحليلية"

إعداد :

حسن جميل حسن سليم

بكالوريس: جامعة القدس / فلسطين

المشرف: الدكتور عبد الملك الريماوي

قُدمت هذه الرسالة إستكمالاً للحصول على

درجة الماجستير في القانون العام

كلية الحقوق / جامعة القدس

1438هـ/2017م

جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

برنامج الماجستير في القانون العام

إجازة الرسالة

سلطات القاضي الدستوري

"دراسة تحليلية"

اسم الطالب: حسن جميل حسن سليم

الرقم الجامعي: 21420001

المشرف: د.عبد الملك الريماوي

نوقشت هذه الرسالة، وأجيزت بتاريخ : / / 2017، من أعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم:

1. رئيس لجنة المناقشة: د.عبد الملك الريماوي التوقيع: .....
2. ممتحنا داخلياً: د.رفيق أبو عياش التوقيع: .....
3. ممتحنا خارجياً: د. فراس ملحم التوقيع: .....

القدس – فلسطين

1438هـ/2017

الإهداء :

إلى روح والدي الجميل

الذي أحببت أن أتعطر بتقبيل يده في هذا اليوم

إلى والدتي

أصل الحكاية، وسر بقائي، قوياً، عازماً لتحقيق أحلامي

إلى زوجتي

التي تحملت إنشغالي، وحملت المسؤولية عني بتشجيع وحب

إلى أبنائي

وهم الكنز الذي جمعت، وبهم افخر

إلى وطني الجريح فلسطين

إلى الشهداء الذين تكرموا علينا بالتضحية من أجل أن نبقى على الحياة

إلى حملة رسالة العدل على الأرض

إليهم جميعا أهدي هذا العمل المتواضع

الباحث

إقرار :

أقر أنا معد الرسالة بأنها قُدمت لجامعة القدس، لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الدراسة، أو أي جزء منها، لم يقدم لنيل درجة عليا لأي جامعة أو معهد آخر .

التوقيع :

الاسم :

التاريخ:

الشكر والتقدير :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين، محمد بن عبد الله الأمين، والشكر لله أولاً، من أسمائه العدل، وهو رب المستضعفين.

وكما قال المصطفى " لا يشكر الله من لا يشكر الناس"، ولأنه ليس من طباعي النكران لأصحاب الفضل والمساعدة، فانه لا يسعني إلى أن أتقدم بعظيم الشكر والامتنان لمن تكرموا علي بالعون والمساعدة، وأخص بداية لمن تفضل بالإشراف على رسالتي، وإحاطتي بتوجيهاته ونصحه طيلة إعدادها، أستاذي الفاضل الدكتور عبد الملك الريماوي.

وأجزل بالشكر والعرفان لأعضاء لجنة المناقشة الموقرة، وعظيم الشكر والتقدير لأساتذتي في جامعة القدس، ممثلة برئيسها وهيئتها التدريسية، وعلى وجه الخصوص لكادر كلية الحقوق التي انتمي لها، ممثلة بعميدها الحالي والسابقين، ولهيئتها التدريسية، ولكادرها الإداري، كل بإسمه وصفته، على ما منحوني من علم ومعرفة ومساندة، كانت الركيزة والمكون الرئيس لبناء ما تحصلت عليه.

وللصديق الأستاذ جمال قاش، الذي واكب معي العمل بإعداد الرسالة، ولم يبخل بتجربته وعلمه، وللأصدقاء الذين منحوني التشجيع والدعم.

الباحث

الملخص:

تناولت الدراسة بالتحليل المقارن سلطات القاضي الدستوري الأصلية والتبعية والتقديرية المستندة الى الاختصاصات الواردة في القانون الأساسي (الدستور المؤقت)، وقانون المحكمة الدستورية العليا، وكذلك في الفقه، والقضاء وفقه القضاء، للبحث في مدى التوسع في سلطات القاضي الدستوري.

وتعرض الباحث بالدراسة للسلطات الأصلية القائمة على الاختصاصات الواردة في القانون الأساسي، وهي الرقابة على دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها، وتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، والفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، كما تعرض الباحث للسلطات التبعية التي تقوم للقاضي الدستوري بناءً على إختصاصاته الأصلية والمتمثلة بسلطة التحقق من شرط المصلحة، شرط الصفة، شرط الأهلية، وكذلك سلطة التصدي للنص غير الدستوري أثناء نظره للدعوى.

كما حاول الباحث بيان إمكانية مدى التوسع في سلطات القاضي الدستوري وذلك من خلال دراسة الأنظمة المقارنة، وعلى وجه الخصوص المصري والأردني، مدعمين بالعديد من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الدستورية والآراء الفقهية فيها.

وفي الفصل الثاني تعرضت الدراسة للنظام القانوني لسلطات القاضي، من حيث الشروط العامة الواجب توفرها لتولي القضاء، ولا سيما شرط الجنسية، والسيرة والسمعة، والشروط الخاصة بشخص القاضي الدستوري، ومنها السن، الكفاية القانونية، شرط التفرغ، وما تنتج من آثار على السلطات والأفراد، من حيث طبيعة الأحكام الدستورية، بشكليها الكاشفة بالأثر الرجعي، والمنشئة بالأثر المباشر، بالحجية المطلقة، وبالحجية النسبية، على السلطات كافة وعلى الأفراد.

وخلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، لمعالجة الثغرات في قانون المحكمة الدستورية العليا، رقم (3) لسنة 2006، أهمها: تحديد الاختصاصات للمحكمة الدستورية في القانون الاساسي، ومعالجة النصوص الفضفاضة فيه، منعاً لتغول سلطاتها، إعادة النظر في الشروط المتعلقة بشخص القاضي الدستوري، وعلى وجه الخصوص الشروط الخاصة، لضمان التخصص والكفاية المعرفية اللازمة لوظيفة القضاء الدستوري وتعديل المادة (24) المتعلقة بالبت في أهلية الرئيس لمخالفتها طبيعة الأحكام الدستورية، وتعديل طبيعة الأحكام الدستورية لتكون ذات طبيعة منشئة بأثر مباشر أو مستقبلي بدلاً من طبيعة كاشفة بأثر رجعي.

The Authorities of the Constitutional Judge

By: Hasan Jamil Hasan Salim

Supervised by : Dr. Abedelmalek AL-Rimmawi

Abstract

Using comparative analysis, the study reviewed the essential powers of the constitutional judge based on the statues of the Basic Palestinian Law (Interim Constitution), the law of the Supreme Constitutional Court, as well as jurisprudence and examined the extendibility of such powers.

The researcher studied the original authorities based on the competencies stipulated in the Basic Law, namely, the supervision of the constitutionality of laws, regulations, regulations, etc., interpretation of the provisions of the Basic Law and legislations and the separation of jurisdictions between judicial bodies and administrative bodies with jurisdiction. To the constitutional judge based on his original competences of the authority to verify the interest, status, nationality, and authority of the response.The researcher also looked into the possibility of expanding the powers through the study of comparative systems, especially Egyptian and Jordanian, supported by many judicial rulings issued by the constitutional courts and jurisprudential views.

In the second chapter, the study examined the legal system of the judge's powers, in terms of the general conditions that must be met for the judiciary such as nationality, track record and reputation, as well as the conditions of the person of the constitutional judge such as age, exclusive commitment and implied issues related to the nature of the constitutional provisions, in the form of revealing retrospective, and arising directly impact, absolute authority, and the relative legitimacy, to all authorities and individuals.

The study concluded with a set of conclusions and recommendations to address the gaps in the Supreme Constitutional Court Law No. (3) of 2006, the most important of which is the definition of the powers of the Constitutional Court in the Basic Law and the handling of the broad texts therein, In particular the special conditions, to ensure the necessary specialization and cognitive competence required for the function of the constitutional judiciary and amending article (24) concerning the determination of the president's eligibility for violating the nature of the constitutional provisions; and amending the nature of the constitutional provisions to be of a direct futuristic rather than a retroactive nature

المقدمة:

يقول جورج بيدو[1]:"يعتمد مصير الأمة على عوامل ثلاثة: دستورها، والطريقة التي يُنفذ بها، ومدى الاحترام الذي يبعثه في النفوس".[2]

وتقوم دولة القانون على عدة مقومات تتمثل بوجود الدستور، وهو ما سيشار إليه بالقانون الأساسي، والأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، وخضوع السلطات والأفراد للقانون بمعناه الواسع، وتطبيق مبدأ تدرج القواعد القانونية، ومن خلال الدستور الذي يتبوأ مرتبة الصدارة بين القواعد القانونية، يتم رسم نظام الحكم في الدولة، وتتقرر الحقوق وتُنظم الحريات العامة للأفراد، وتترتب الضمانات الأساسية لحمايتها.

إن الدستور، وهو الناظم للقواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام الدولة، ولأهمية الاستقرار للدولة، وللعلاقة بين سلطاتها من أي تغول إحداها على الأخرى، أو على حقوق الأفراد وحرياتهم، أو تنازع فيما بينها، في الاختصاص، ومن اجل الحفاظ على تراتبية العلاقة للقواعد القانونية، التي تتربع على رأسها أحكام الدستور، كان لا بد من وسيلة لحماية أحكامه.

وقد تتعدد سبل ووسائل الحماية لأحكام الدستور، بين رقابة سياسية ورقابة قضائية، وأخرى مختلطة، كما اختلفت الاختصاصات الممنوحة للهيئات المناط بها الرقابة على دستورية القوانين، لكنها تجمع على ان الهدف المنشود هو الحد من تجاوز النصوص التشريعية والأعمال لأحكام الدستور.

---

[1] جورج بيدو هو سياسي فرنسي، ولد بتاريخ 5 تشرين الأول 1899 في مولان التابعة لاقليم أليي، وتوفي في كامبو لي بان في أقليم بيرينيه الأطلسي بتاريخ 26 كانون الثاني 1983، وكان رئيس الحكومة الفرنسية المؤقتة من 24 حزيران 1946 إلى 16 كانون الأول 1946.

[2] سعدي عبد الله عبد العجيلي ، أطروحة دكتوراه بعنوان التجربة الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية العراق، كلية القانون والسياسية، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، 2011، ص 227.

كما تعتبر الرقابة الدستورية، أحد أهم الضمانات الأساسية لتطبيق أحكام الدستور، والتي من خلالها تتحقق الشرعية الدستورية، ومن ثم المشروعية، بما يتفق مع مبدأ سمو الدستور وقاعدة تدرج القوانين، سواء جاءت هذه الرقابة بشكلها القضائي، من خلال المحكمة الدستورية، اوبشكلها السياسي، من خلال هيئة أو مجلس بصبغة سياسية.

وفي النظام الفلسطيني اوكل المشرع مهمة الرقابة الدستورية كاختصاص أصيل للمحكمة الدستورية العليا بالاضافة الى اختصاص الفصل في المنازعات بين السلطات، وكذلك للتحق من عدم المس بالحقوق والحريات العامة، لتكون قراراتها نهائية وغير قابلة للطعن، وملزمة للسلطات كافة وللأفراد.

وحرصاً من المشرع الفلسطيني، على إقامة القضاء الدستوري، جاء النص على تشكيل المحكمة الدستورية العليا في المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة2003، والخاص بالسلطة القضائية، كمحكمة مختصة، تقع على رأس السلم القضائي الفلسطيني، لتتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها، وأن يكون من إختصاصها الفصل بين تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وكذلك في تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

وحتى لا يتم تفويت الفرصة على المحكمة الدستورية العليا القيام بمهامها، تم توكيل المحكمة العليا مؤقتاً بكل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا، الا أن تشكيل المحكمة الدستورية العليا، قد جاء متأخراً لعشرة سنوات، في الثالث من نيسان عام 2016، بقرار من رئيس دولة فلسطين، رغم صدور قانونها، والذي حمل رقم (3)، في السابع والعشرين من شباط عام 2006.

أهمية الدراسة :

تتجلى أهمية الدراسة، وقيمتها فيما تبحث في مدى توسع سلطات القاضي الدستوري، وآثارها، في ظل الانقسام السياسي والقانوني القائم، وإختلاف المرجعيات التشريعية بين المحافظات الشمالية والجنوبية، وللمهام المناطة به، من رقابة على ما يصدر من تشريعات وقرارات، والبت في مدى دستوريتها.

ولأهمية الدور المناط بالمحكمة الدستورية العليا، وما ينتظرها فلسطينياً من قضايا شائكة وعالقة، لتنظر بها، وتصدر أحكامها، ولكونها حديثة التشكيل، في المنظومة القانونية الفلسطينية، جاءت الدراسة، لتبحث في سلطات القاضي الدستوري على وجه الخصوص، وما يتصل بها، بدءاً من البحث في طبيعتها، والسند القانوني لها، وإنتهاءً بآثارها، مروراً بالشروط، الواجب توفرها فيمن يولى القضاء ويمارس القضاء الدستوري وكذلك البحث في أثار الأحكام الدستورية، من حيث طبيعتها والنطاق الزماني لتطبيقها، ومن حيث حجيتها على السلطات والكافة، ومدى التوسع لتلك السلطات وما ترتب عليها من حيث الحجية والآثار.

وبالرغم من صدور العديد من الدراسات فيما يخص القضاء الدستوري في فلسطين، سواء فيما يتعلق بأثر غياب تشكيلها على النظام القانوني الفلسطيني، أو فيما يتعلق بإختصاصات المحكمة الدستورية العليا، وكيفية تحريك الدعوى الدستورية، إلا أنه لم يسبق الدراسة التحليلية لسلطات القاضي الدستوري بشكل محدد.

أهداف الرسالة:

تهدف الرسالة إلى بيان سلطات القاضي الدستوري، الاصلية والتبعية والتقديرية، المستندة الى الاختصاصات التي جاء النص عليها في القانون الأساسي الفلسطيني، وفي قانون المحكمة الدستورية العليا، وكذلك وفقا لما تم الاعتراف به للقاضي الدستوري من سلطة تقديرية في الفقه والقضاء وفقه القضاء.

كما تهدف الرسالة الى البحث في مدى التوسع في السلطات، وفقا للتشريعات الناظمة لها، ومقارنتها مع بعض التشريعات العربية والاجنبية.

وتهدف الدراسة ايضا الى التعرف على النظام القانوني لسلطات القاضي الدستوري، من حيث شروط ممارسة القاضي الدستوري لسلطاته، وهي المتعلقة بشروط التعيين، وكذلك اثار ممارسة القاضي الدستوري لسلطاته، من خلال البحث في الطبيعة للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية التي أخذ بها المشرع الفلسطيني.

منهجية الدراسة:

إعتمدت الدراسة المنهج التحليلي المقارن، وذلك عن طريق البحث والتحليل في مختلف النصوص المتعلقة بموضوع الدراسة، في التشريع الفلسطيني، والعديد من النظم العربية والغربية.

إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في البحث في:

ما مدى توسع سلطات القاضي الدستوري، وفقا للتشريعات الناظمة لها؟

وما هي آثار التوسع في سلطات القاضي الدستوري، فيما يصدر عنه من أحكام، على السلطات والأفراد؟

إن الأسئلة المثارة كبيرة، وقد يكون من الصعوبة، الإحاطة بها، من كل جوانبها، نظراً لمحدودية المساحة المتاحة في البحث، إلا أن الباحث يعتقد، أن الدراسة تصلح لفتح المجال لنقاش أوسع.

ولمعالجة الإشكالية، وللإجابة على أسئلتها، إرتأى الباحث ان يقسم الدراسة الى فصلين أساسيين، تسبقهما المقدمة، فضلاً عن الخاتمة والنتائج والتوصيات في النهاية، وهما على النحو التالي :

الفصل الأول: طبيعة سلطات القاضي الدستوري

المبحث الأول: السلطة الأصلية والتبعية للقاضي الدستوري

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري

الفصل الثاني: نظام سلطات القاضي الدستوري

المبحث الأول: ممارسة سلطات القاضي الدستوري

المبحث الثاني: آثار سلطات القاضي الدستوري

الفصل الأول

طبيعة سلطات القاضي الدستوري

تعود الخصوصية لسلطات القاضي الدستوري، من حيث الطبيعة والنظام الخاص بها، للدور الذي يقوم به القاضي الدستوري، وللمهمة المناطة به، بحماية للدستور، وحقوق ومصالح الأفراد، وتنظيم العلاقة بين مختلف مكونات المجتمع بما فيها سلطات الدولة، وحماية مبدأ الفصل بين السلطات، على أساس مبدأ إحترام أحكام الدستور، وعدم تجاوز التشريعات لأحكامه، إمتثالاً للشرعية الدستورية.

يستعرض الباحث في المبحث الأول بالدراسة والتحليل السلطة الأصلية والتبعية للقاضي الدستوري، وفق ما جاء النص عليها في القانون الأساسي والتشريع، باحثاً في مدى توسعها.

وفي المبحث الثاني السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، وفق ما جاء النص عليها في التشريع وفي الاجتهاد والفقه وفقه القضاء لدراسة حدودها.

المبحث الأول: السلطة الأصلية، والسلطة التبعية للقاضي الدستوري

مر القضاء الدستوري في مراحل لم تخل من الصعوبة، قبل الاعتراف بدوره وسلطته، ولا سيما ان وظيفته تقوم على محاكمة النصوص التشريعية والأعمال التي يعتقد من أصدرها او قام بها، بأنها غير قابلة للنقض، أو الإبطال.

وبعد الاعتراف بدور القضاء الدستوري، والإقرار بأهمية وظيفته، جاء حرص المشرع على النص على سلطاته في الدساتير، وذلك من باب الحصانة له.

كما أسهم تطور الأنظمة السياسية، وضغط المجتمع المدني والأحزاب، لصالح القضاء الدستوري بإعتباره نصيراً للحقوق والحريات العامة، ومُعززاً لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يُعد أحد أبرز وجوه الديمقراطية، في جعل وجود القضاء الدستوري، والقبول بدوره وسلطاته، وبحجية الأحكام الصادرة عنه، حقيقة واقعة غير متنازع عليها.[3]

ولأهمية وظيفة القضاء الدستوري، وما لمست المجتمعات من فوائد عادت على حقوق أفرادها واستقرار أنظمتها، جاء القضاء الدستوري لضمان التطبيق السليم للقانون، وإمتثال التشريعات لأحكام الدستور، وهذا ما لا يمكن إعتباره، بأي حال من الأحوال إنتقاصاً من السلطات، أو من دورها، أو تناقضاً مع مبدأ الفصل فيما بينها، بل معززاً له، وضامناً لعدم التنازع فيما بينها، أو تغول من قبل أي منها على حقوق الأفراد وحرياته العامة، من خلال إحترام مبدأ التسلسل الهرمي للقواعد القانونية، ضماناً للشرعية الدستورية، كان الحرص على الاعتراف بسلطات القاضي الدستوري في متون الدساتير والتشريعات.[4]

---

[3] سالم الساهل ، دور القاضي الدستوري في الحياة السياسية بين النص والممارسة، نشر في صحراء بريس يوم 03 – 08 – 2011، http://www.maghress.com/wadnon/3153 ، تاريخ الزيارة 2016/11/5، الساعة 8:30 pm

[4] نسرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه– جامعة دمشق، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والاجتماعية، مجلد رقم 27، العدد 1، لسنة 2001،ص (492).

المطلب الأول: السلطة الأصلية للقاضي الدستوري

جاء النص من قبل المشرع الفلسطيني على سلطات القاضي الدستوري، في متن القانون الأساسي، وذلك حرصاً منه على حماية اختصاصاته، ووظيفته الرئيسية في حماية أحكام الدستور من أي تجاوز، أو مخالفة من قبل التشريعات أو الأعمال، محيلاً للقانون ليبين طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجب إتباعها للتشكيل، وليحدد الآثار المترتبة على أحكامها، بعد أن حدد لها اختصاصاتها، على النحو التالي:[5]

أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

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

ولكون المحكمة الدستورية العليا لم تكن قد تشكلت بعد، في حينها، أحال المشرع الفلسطيني وظيفتها، بشكل مؤقت إلى المحكمة العليا.[6]

وإمتثالاً لأحكام القانون الأساسي، جاء إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، والمصادقة عليه، في العام 2006، مؤكداً على ما ورد من سلطات مستمدة من الاختصاصات المحددة بالقانون الأساسي، مبيناً في الباب الثاني تحت عنوان الاختصاصات، بأن المحكمة الدستورية العليا تختص دون غيرها بما يلي:[7]

1- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة.

---

[5] المادة (1/103) ، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

[6] المادة (104)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003: " تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

[7] المادة (24)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006.

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

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

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

5- البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م،[8] ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه، بأغلبية ثلثي عدد أعضائه.

بالنظر للاختصاصات المبينة للمحكمة الدستورية العليا في القانون الأساسي، وفي قانون المحكمة الدستورية العليا، وما أنتجت من سلطات للقاضي الدستوري، يتضح أنه يغلب عليها سمة التوسع، حيث شملت إختصاص الرقابة الدستورية على القوانين، وإختصاصات غير رقابة دستورية القوانين، وهذا ما سيتضح من خلال دراسة هذه السلطات المنصوص عليها في القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية العليا.

أولاً: السلطة المستمدة من اختصاص الرقابة الدستورية

منح المشرع الفلسطيني القاضي الدستوري، وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي، سلطة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها،[9] وجاء بالنص في باب الاختصاصات والإجراءات من

[8] المادة (37)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003:" 1-يعتبر مركز رئيس السلطة الوطنية شاغراً في أي من الحالات الآتية:- أ- الوفاة . ب- الاستقالة المقدمة إلى المجلس التشريعي الفلسطيني إذا قبلت بأغلبية ثلثي أعضائه. ج- فقد الأهلية القانونية وذلك بناء على قرار من المحكمة الدستورية العليا وموافقة المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي أعضائه".

[9] المادة (103)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003

قانون المحكمة الدستورية، أن المحكمة تختص دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة،[10] والتي بموجبها يؤكد أخذ المشرع بنظام الرقابة القضائية المركزية، عندما قصر إختصاص الرقابة الدستورية على المحكمة الدستورية العليا، سواء كان الأمر متعلق بالمخالفات الشكلية للإجراءات المقرة في القانون الأساسي، أو بالمخالفات الموضوعية لأحكامه.

ويتضح أن المشرع وهو يمنح للقاضي الدستوري بنص القانون الأساسي، سلطة الرقابة الدستورية، قد أبقى القائمة مفتوحة، وهو يورد كلمة "وغيرها"، عندما جاء بالنص " تشكل محكمة دستوريه عليا بقانون وتتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها".[11] دون أن يغلق باب الاختصاصات أو يحصرها.

يرى الباحث أن جعل باب ولاية المحكمة الدستورية العليا، مشرعاً، فيما يمكن إيراده من إختصاصات، إنما هو توسع غير مبرر، لكونه يفسح المجال أمام إمكانية تغول السلطة التنفيذية، لمنح المحكمة الدستورية العليا سلطات واسعة، ولا سيما إذا ما كان صدور القانون بتعديل نصوصها في غير أدوار إنعقاد المجلس التشريعي، وكذلك الأمر بالنسبة للسلطة التشريعية، لتعديل اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، إذا كانت فيها الأغلبية من لون سياسي واحد، مع السلطة التنفيذية، وأرادت تغيير مسار عمل المحكمة الدستورية العليا بما يخدم مصالحها، إستناداً الى رخصة التوسع الممنوحة في نص القانون الأساسي.

إن خصوصية وظيفة المحكمة الدستورية، وحساسية عملها، وآثار أحكامها على إستقرار أركان الدولة والمجتمع، والعلاقة بين السلطات، تجعل الأهمية كبيرة، لعدم ترك تحديد اختصاصات المحكمة الدستورية للقانون، ليضيف اليها ما يشاء، وكان من الأفضل تحديدها حصراً في نصوص القانون

[10] المادة (24)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

[11] المادة (103/1/أ)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

الأساسي، شأنها شأن باقي السلطات، بدلاً من منح الرخصة للقانون الناظم لعمل المحكمة ليكون التوسع في اختصاصاتها، مع الاشارة الى انها جاءت ابتداءً موسعة في القانون الأساسي.

يتضح أيضاً، من خلال ما يخضع لسلطة الرقابة الدستورية، وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي، هي القوانين واللوائح، والتي ساوى المشرع فيما بينها، دون أن يأخذ بعين الاعتبار التراتبية والتدرج المنطقي للقواعد القانونية، كما هو في أغلب تشريعات الدول بأن تكون: الدستور، المعاهدات الدولية، القوانين التنظيمية، القوانين العادية، المراسيم بقوانين، ثم اللوائح والقرارات.

وكان من الملاحظ أيضاً، أنه عندما جاء على تفصيل ما يرد من أعمال تخضع للرقابة الدستورية، في قانون المحكمة الدستورية، لم يأت على ذكر المعاهدات الدولية، الأمر الذي يشكل ثغرة في قانون المحكمة الدستورية، تستوجب المعالجة.[12]

تعتبر المعاهدات الدولية من ضمن الأعمال التي ثار الجدل حولها، إن كانت تصنف أعمالاً سيادية، أم قوانين، تخضع شأنها شأن باقي القوانين للرقابة الدستورية، التي تولد المصادقة عليها والعمل بها أثاراً، سواء كان بالشأن السياسي، أو الحقوقي أو الاقتصادي أو الاجتماعي، الأمر الذي لم تعالجه نصوص القانون الأساسي، أو قانون المحكمة الدستورية العليا، ولم تبين إن كانت تخضع للرقابة الدستورية سواء تعلق الأمر بمضمونها، أو بالإجراءات الشكلية الواجب إتباعها حتى تكون دستورية. دون أن يتم الاتفاق على تعريف أو معيار جامع مانع لأعمال السيادة، بل تُركت للقضاء ليحدد بسلطته التقديرية، ما يصنف من أعمال سيادية.[13]

---

[12] محمد الحاج قاسم، مرجع سابق، ص (244-245).

[13] محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، القاهرة، 1989، ص(144).

كما ثار جدل حول الأعمال فيما تُعرف بأعمال السيادة، التي يتحدد وفقاً لتصنيفها إن كانت تخضع للرقابة الدستورية أم لا، وهذا يعتمد على التكييف القانوني من قبل المحكمة الدستورية، فان صنفتها أعمالاً سيادية استبعدتها من نطاق الرقابة الدستورية.[14]

ولم يعالج المشرع الفلسطيني أيضاً مسألة الفصل في حال مخالفة نظام لأحكام قانون، أو حدث تعارض بين تشريعات متساوية في المرتبة، ومنها النزاع بين القرارات بقانون التي تصدر عن رئيس الدولة، والقوانين التي تصدر عن البرلمان.

يرى الباحث، أن قانون المحكمة الدستورية العليا، يحتاج للتعديل بما يدخل هذا الإختصاص ضمن نطاق رقابتها، بشكل محدد، حتى لا يكون الأمر متروكاً لسلطة تقديرية للقاضي الدستوري، بالرغم من أن ذلك سيمنحها سلطات إضافية، إلا أنه في هذه الحالة بالتحديد، يجب أن تمتد سلطته للنظر في التنازع في الاختصاص بين القوانين من مرتبة واحدة، فلا يُعقل أن تمتد ولاية المحكمة الدستورية للنظر في تعارض القوانين مع الدستور، في حين لا يكون من اختصاصها النظر في تعارض القوانين فيما بينها، علما بأن الأصل في القوانين عدم التعارض فيما بينها، وإلا ثارت فوضى الإختصاص فيما بينها، الأمر الذي يتطلب تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا لتتضمن اختصاصاتها هذا النوع من الإختصاص.

أما فيما يتعلق بطبيعة سلطة الرقابة التي تقوم للقاضي الدستوري، يظهر أن المشرع الفلسطيني قد أخذ بنظام الرقابة القضائية (اللاحقة)، وإن لم يكن قد نص عليها صراحة، لكنها تُفهم من خلال الشروط والإجراءات الواجب إتباعها، للطعن على النصوص التشريعية بعدم دستوريتها.

[14] محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق ، ص(150-151).

كما تعتبر سلطة الرقابة الدستورية التي يباشرها القاضي الدستوري كسلطة أصلية على القوانين العادية، بقصد التأكد من إحترامها لأحكام القواعد في الدستور، وعدم مخالفتها لأحكامه، من أهم الوسائل التي تكفل نفاذ القانون الدستوري وتطبيقه تطبيقاً سليماً، وتسهم في إرساء مبادئ دولة القانون، ويكفل إستقرار المعاملات القضائية.[15]

وحتى يتسنى التأكد من إحترام أحكام الدستور، كان لا بد من وجود هيئة تختص بالرقابة الدستورية على القوانين، وكان من غير المتصور أن يتم إسناد عملية الرقابة على دستورية القوانين إلى الجهة التي تقوم بسنها، الأمر الذي إستلزم وجود هيئة أخرى، تختص بالبت في مدى دستوريتها، وبالتالي الحيلولة دون ترتيب النص التشريعي غير الدستوري لأي آثار أو مراكز قانونية لا تستند الى تشريع دستوري.[16]

رغم تنوع أشكال الرقابة المعمول بها في النظم القانونية المقارنة، بين الرقابة السياسية، والرقابة القضائية، وشكل الرقابة المختلط، إستفاد من كلا الشكلين، في إطار السعي لتقليل نفاذ تشريعات غير دستورية، إلا أن المستقر في عمل الهيئة الرقابية على دستورية القوانين، بغض النظر عن آلية تشكيلها، وشروط عضويتها، بأن تكون هيئة قضائية، تكون أحكامها ملزمة للسلطات والأفراد.

وقد فرضت الرقابة القضائية نفسها، كوسيلة منطقية، بحكم وظيفة القاضي، في استبعاد القانون غير الدستوري، وإنزال حكم الدستور عليه، وذلك ضمانة لسيادة مبدأ سمو الدستور، وترسيخاً لفكرة دولة القانون.

رغم ميزة الرقابة اللاحقة التي أخذ بها المشرع الفلسطيني، والتي تتيح الفرصة للتحقق بشكل عملي، من التشريع، وليس بشكل نظري فقط من العوار الذي قد يصيب القانون، إضافة لما توفره من حماية

---

[15] رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية،القاهرة،2005، ط5، ص(652).

[16] اشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2012-2013،ص (42).

كبيرة، للحقوق، إلا أن الباحث يرى أنها لا ترقى بالحماية لمستوى الإستقرار القانوني، كما لو أخذ المشرع الفلسطيني بالنظام الرقابي المزدوج (الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة).

يرى الباحث أن الأخذ بنظام الرقابة السابقة، كرقابة وقائية بالإضافة للرقابة اللاحقة، سيسهم في الاستقرار القانوني في الدولة، لكون الرقابة السابقة تحول دون إصدار قوانين مخالفة لأحكام الدستور، أو على الأقل تجعل فرصة نفاذها قليلة، في حال لم يتم إحالة كافة مشروعات القوانين للبت في مدى دستوريتها قبل إصدارها، وبذلك تحد من أي أضرار قد تنشأ، بناءً على نص تشريعي صدر مخالفاً لأحكام القانون الأساسي، وتسبب الاستناد إليه في ترتيب مراكز قانونية قد يصعب، أو يستحيل هدمها، وخاصة إذا ما تأـــخر مهاجمة التشريع بعدم الدستورية.

يقول الفقيه (كاريه دى مالبرج) وهو من أنصار الدولة الشرعية، وهو من المنادين بتطبيق نظام الرقابة السابقة، أنه يجب على المشرع عند وضع التشريعات أن يبحث ما إذا كان التشريع مطابقاً للدستور، لتفويت الفرصة لاحقاً على أي ادعاء يمكن أن يُثار، أو فرصة بالرقابة على التشريع، ليبقى التشريع في منزلة تجعله فوق أي جدل يتعلق بدستوريته، وحتى يفوت الفرصة على أي سلطة أو قاض أن يعيد بحث مدى مطابقة التشريع للدستور، لكون التشريع صادر عن البرلمان صاحب السيادة، والقاضي ليس له إلا أن يطبق التشريع باعتبار تلك مهمته.[17]

إن الفقيه (كاريه دى مالبرج) وان لم يُشر صراحة الى الرقابة السابقة كاختصاص لهيئة قضائية، إلا أنه لم يبتعد عنها، وهو يدعو سلطة التشريع بأن تحرص على مراجعة التشريعات، والتأكد من التزامها بأحكام الدستور قبل إصدارها، كاجراء وقائي، قبل مهاجمتها بعدم الدستورية.

[17] أحمد فتحي سرور،الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق،القاهرة، ط1، 1999، ص(141-142).

وكان المشرع البحريني على سبيل المثال لا الحصر، قد أخذ بنظام الرقابة المزدوج، (الرقابة السابقة، الرقابة اللاحقة)، الذي يتم بموجبه عرض مشاريع القوانين على المحكمة الدستورية قبل إصدارها، كإجراء وقائي يقلل من فرص الطعن عليها لاحقاً، وذلك عندما نص الدستور البحريني على أن" للملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور".[18] بما يحد من إثارة الطعن في القانون بعد صدوره، لكون البت فيه قد تم فعلاً، بعد أن نظرته المحكمة صاحبة الاختصاص، وإعتبار التقرير، والحكم ملزماً لجميع سلطات الدولة وللأفراد.[19]

المشرع المصري أيضاً، كان قد أخذ بنظام الرقابة السابقة، وإن كانت بشكل جزئي، وفق ما نصت عليه المادة (177) بأنه "يُعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعات القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور، .... " .[20] إلا أن التعديلات المدخلة على دستور 2012، والتي شملت جميع النصوص تقريبا، جاءت لتلغي الرقابة السابقة، ولتبقى الرقابة اللاحقة وحدها.[21]

في حين جمعت المحكمة الدستورية المغربية بين أسلوبين للرقابة على دستورية القوانين هما، أسلوب الرقابة السابقة، وتتم ممارسته بطريقة الرقابة الوجوبية على القوانين التنظيمية، والأنظمة الداخلية لمجلس النواب ومجلس المستشارين، وبطريقة الرقابة الجوازية أو الاختيارية التي تستهدف مشروعات

---

[18] المادة (106)، الدستور المعَدّل لمملكة البحرين، لسنة2002.

[19] المادة (31)، قانون المحكمة الدستورية لمملكة البحرين، رقم (27)، لسنة 2012 :" أحكام المحكمة وقراراتها الصادرة في المسائل الدستورية تكون ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة، وتنشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها".

[20] المادة (177)، الدستور المصري، لسنة 2012.

[21] عبد العزيز سالمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط2، 2014، ص (11).

القوانين قبل إصدارها، وأما الأسلوب الثاني فهو أسلوب الرقابة اللاحقة التي استحدثها المشرع المغربي في دستوره لسنة 2011، ولم تكن موجودة من قبل.[22]

تعتبر مهمة الرقابة القضائية على القوانين، هي الحاضرة في مختلف الدساتير، وذلك للإعتقاد الذي تولد، بأن التكوين القضائي للقضاة واستقلاليتهم تؤهلهم لمباشرة عملية الرقابة، لكن ذلك لم يمنع من إنقسام الفقه بين مؤيد ومعارض، بشأن إقحام القضاء في مجال الرقابة على القوانين، بذريعة أن ذلك قد يشكل مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات.[23] غير أن ذلك أمر غير متصور، لكون مبدأ الفصل بين السلطات، لا يعني أبداً إجبار القاضي على مخالفة أحكام الدستور، بل إن الرقابة القضائية تشكل عاملاً أساسياً ومهم في حفظ التوازن بين السلطات.[24]

وسواء كانت الرقابة المعمول بها، هي رقابة سابقة، أم رقابة لاحقة، فإنها بلا شك تشعر الفرد بالطمأنينة، وبأنه يعيش في كنف دولة تقوم المنظومة التشريعية فيها على الانسجام، ووحدة التفسير، في ظل إعمال نظام الرقابة القضائية.

ثانياً: السلطة المستمدة من اختصاص تفسير النصوص الدستورية والتشريعات

وفقاً للاختصاص الثاني للمحكمة الدستورية العليا المبين في القانون الأساسي، تقوم سلطة القاضي الدستوري بتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، في حال حدوث جدل بشأن ما هو المراد منها، وما هي مقاصدها.[25]

---

[22] عبد العزيز سالمان، مرجع سابق، ص (105-106).

[23] عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، العدد1، لسنة 2013، ص (64).

[24] عبد العزيز سالمان، مرجع سابق، ص (65).

[25] المادة (1/103/ب)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، لسنة 2003.

لا يثور الخلاف بشأن منح المشرع في متن القانون الأساسي الاختصاص بالتفسير للتشريعات، لكون القاضي الدستوري سيلجأ حتماً لما ورد من نصوص في القانون الأساسي للتفسير، والولوج في بواطنها، لاستنطاق المصلحة المراد منها. لكن ما آثار خلافاً كان المتعلق باختصاص تفسير نصوص القانون الأساسي، للاعتقاد أن الأمر ليس من السهولة القيام به، وذلك لحاجة التفسير الى تقمص شخصية واضعي الدستور، والتحقق من ماذا كانت مقاصده من النصوص.

يتذرع من يعارض منح هذا إختصاص تفسير نصوص القانون الأساسي للمحكمة الدستورية بأن فيه إثقال على كاهلها، وهذا ما عبر عنه رئيس المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية محمد الحاج قاسم، قبل توليه منصبه، وقال انه إختصاص لم يرد في أغلب قوانين المحاكم الدستورية في مختلف الأنظمة السياسية، ويقتصر إختصاص التفسير على نصوص القوانين، الصادرة عن السلطة التشريعية والقرارات بقانون الصادرة عن رئيس الدولة، في حال ثار خلاف بشأن تطبيقها وتستوجب التفسير، ويرى أن تحميل إختصاص تفسير نصوص القانون الأساسي فيما يختص باختصاصات السلطات الثلاث، إنما فيه إثقال على المحكمة الدستورية، وأن المقبول فقط هو الإبقاء على التفسير فيما يخص الحقوق والواجبات للسلطات الثلاث.[26]

يختلف الباحث مع رأي المستشار محمد الحاج قاسم، بأن تفسير نصوص القانون الأساسي فيه إثقال على المحكمة الدستورية، ولا ينبغي أن يكون، ويرى أن المصلحة المتحققة بالتخفيف عن كاهل المحكمة الدستورية، لا تتساوى مع عدم تحديد الجهة المختصة بتفسير نصوص القانون الأساسي، أو إحالة الاختصاص الى جهة أخرى، فالمحكمة الدستورية التي منحها المشرع حصراً الاختصاص بتفسير نصوص القوانين والأنظمة، وتتربع على رأس السلم القضائي، فإنه من غير المتصور أن لا تكون هي الجهة المختصة بتفسير نصوص القانون الأساسي.

[26] محمد الحاج قاسم، مرجع سابق ، ص (251-253).

إن الباحث بالرغم من أنه ليس من أنصار التوسع في سلطات القاضي الدستوري، إلا انه يرى انه ليس هناك من هو أجدر من المحكمة الدستورية العليا، لتكون الجهة المختصة بتفسير نصوص القانون الأساسي، وذلك للصلة الوثيقة بين عملها والقانون الأساسي، بل إن عملها يتمحور حوله، ولكن حتى لا يكون التفسير لنصوص القانون الأساسي مشرعاً، فان ذلك يلزمه وجود ضوابط ومعايير، يستند اليها القاضي الدستوري لممارسة هذا الاختصاص، إذ أنه ليس كبقية النصوص التي تجد في نصوص القانون الأساسي مرجعاً لها للتفسير، وفي سموه معياراً لفحص دستوريتها، ومن تلك المعايير القواعد الأساسية والمبادئ العامة والمذكرات التفسيرية.

وكانت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قد واجهت حالة من الجدل بشان حكمها التفسيري، والمقدم طلبه من وزير العدل لتفسير نصوص مواد من القانون الأساسي، ومن ضمنها المادة (1/53) المتعلقة برفع الحصانة عن عضو المجلس التشريعي،[27] حيث قضت "بأن الرئيس لم يجاوز سلطته في إصدار القرار بقانون لرفع الحصانة عن أي عضو من أعضاء المجلس التشريعي في غير أدوار إنعقاد جلسات المجلس التشريعي"، مسندة حكها التفسيري الى أن الحصانة لا تعتبر امتيازاً شخصياً لعضو المجلس التشريعي وإنما هي مقررة لصالح المجلس التشريعي الممثل الحقيقي للشعب ضمانا لاستقلاله في عمله وحماية لأعضائه، وبالتفسير الضيق فالحصانة سبب قانوني خاص قرره المشرع لمنع عقاب هذا العضو عما يبديه من قول، أو رأي في جلسات المجلس التشريعي، أو عمل خارجه بشرط أن يكون في أطار وظيفته.[28]

---

[27] المادة (1/53)، القانون الأساسي المعدل لسنة 2003: ""لا تجوز مساءلة أعضاء المجلس التشريعي جزائياً أو مدنياً بسبب الآراء التي يبدونها، أو الوقائع التي يوردونها، أو لتصويتهم على نحو معين في جلسات المجلس التشريعي أو في أعمال اللجان، أو لأي عمل يقومون به خارج المجلس التشريعي من أجل تمكينهم من أداء مهامهم النيابية".

[28] القضية رقم 3، لسنة قضائية 2016، طلب تفسير دستوري، الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية)، ديوان الفتوى والتشريع، العدد 126، 2016، ص (183–188).

إن المشرع الذي منح للقاضي الدستوري سلطة تفسير نصوص القانون الأساسي والنصوص التشريعية، بناءً على الاختصاص الذي أورده في القانون الأساسي،[29] وفي قانون المحكمة الدستورية العليا، بالنص على أن المحكمة الدستورية تختص دون غيرها بتفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها إختصاصاتها،[30] قد حدد أصحاب الحق بطلب التفسير، والإجراءات الواجب إتباعها لتقديم طلب التفسير، وجهة الاختصاص المخولة بتقديم الطلب، وما يجب أن يتضمنه طلب التفسير، ليكون على النحو التالي:[31]

1- يُقدم طلب التفسير من وزير العدل بناءً على طلب رئيس السلطة الوطنية، أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس المجلس التشريعي، أو رئيس مجلس القضاء الأعلى، أو ممن أُنتهكت حقوقهم الدستورية.

2- يُبين في طلب التفسير النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى الأهمية التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه.

يُستفاد من خلال ما ورد النص عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا من إختصاص بالتفسير، أن ثمة شروط يجب توفرها، حتى تقوم سلطة القاضي الدستوري بالتفسير للنص التشريعي مثار الخلاف، وهي:

1- أن الجهات التي يجوز لها تقديم طلب التفسير، هي رئيس السلطة الوطنية، أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس المجلس التشريعي، أو رئيس مجلس القضاء الأعلى، أو ممن إنتُهكت حقوقه الدستورية، وبذلك يكون المشرع قد ساوى بين السلطات والأفراد في الحق بالتقدم بطلب التفسير، الأمر الذي يقدم ضمانةً إضافية لحماية الحقوق الدستورية من أي انتهاك.

---

[29] المادة (103)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

[30] المادة (2/24)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006.

[31] المادة (30)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

2- حصر القانون الجهة التي يحق لها التقدم بطلب التفسير من خلال وزير العدل.

3- أن يكون النص التشريعي مثار خلاف في التطبيق، حتى يُصار لطلب التفسير من قبل المحكمة الدستورية.

لكن طلب التفسير حتى يكون محل نظر من قبل المحكمة الدستورية العليا، يتطلب أن يكون النص قد تم تطبيقه فعلاً، وحدث اختلاف بشأن تطبيقه، ولا يكفي أن يكون النص غامضاً، ليكون الطلب بتفسيره مقبولاً، بل يُشترط أن يكون هذا النص قد تم تطبيقه فعلاً، بل أكثر من ذلك، بأنه لا يكفي فقط التطبيق الفعلي للنص مثار الخلاف بالتفسير، بل يُشترط أن تكون التفسيرات متعارضة، وتمس بوحدانية التطبيق.

4- أن يكون للنص التشريعي مثار الخلاف أهميه تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه، وهي سلطة تقديرية للقاضي الدستوري، لا يجب أن تقوم عند تقييمها على أساس المعيار الشخصي، بل يجب أن يكون المعيار موضوعياً، وان يكون للنص أهمية جوهرية، تتحدد بنطاق العلاقات، والمصالح التي ينظم النص جوانبها.

إن شرط الغموض الفعلي فيما ورد من عبارات في النص التشريعي، أمر مُفترض من أجل قيام الاختصاص للمحكمة الدستورية بالتفسير، وإلا كان طلب التفسير غير مبرر، وواجب رده، وهنا يرى الباحث، أن حصر تقديم طلب التفسير من خلال وزير العدل، وهو يمثل السلطة التنفيذية، إنما يشكل عائقاً أمام الأفراد المُنتهكة حقوقهم، من وقف للتعدي عليها، أو على حرياتهم، ولاسيما أن القانون لم يحدد الأجل الذي يلزم وزير العدل أن يقدم طلب التفسير خلاله، وهذا ما يُعد ثغرة تستوجب المعالجة في قانون المحكمة الدستورية العليا، حماية للحقوق، ومنعاً لاستمرار نفاذ نص تشريعي مخالف

للدستور، تُنتهك بموجبه الحقوق أو يقوم بموجبه التنازع في الاختصاصات، مع العلم أن أمر تقديم طلب التفسير من قبل وزير العدل ليس جوازياً، بل وجوبياً، متى إستوفى الشروط المحددة بالقانون.

ويرى الباحث ان المحكمة الدستورية العليا، ولكون جُل عملها ينصب على حماية الحقوق والحريات العامة، فانه لا يتعارض ان يكون الحق لمن يتم انتهاك حقوقهم بتقديم طلبات التفسير من خلال المحامي مباشرة للمحكمة الدستورية العليا، وذلك تسهيلاً على المواطنين بالاتصال بها، دون ان يشكل ذلك عبئاً على كاهل المحكمة، في ظل مرور طلبات التفسير بسلسة من الاجراءات لتحري مدى صوابية طلب التفسير، ووجاهته.

أما وسائل تفسير الدستور التي يتبعها القاضي الدستوري، فتكون إما وسائل داخلية في ذات الدستور، من خلال دلالة الألفاظ على النصوص الدستورية وتراكيبها، لإستخلاص معاني النصوص الدستورية، وإما أن تكون وسائل خارجية عنه، من خلال الإستعانة بالحكمة التشريعية، المتمثلة بالغاية التي يتوخاها المشرع من النص الدستوري.[32] ومعلوم أن المشرع لا يسن أية قاعدة قانونية عشوائيا، وإنما يهدف إلى تحقيق مصلحة تعود على الأفراد والمجتمع، سواء كانت مصلحة اقتصادية، أو اجتماعية، أو سياسية.[33]

ووفقاً للسلطة المُستمدة للقاضي الدستوري بالتفسير، المبينة في الدستور والقانون الناظم لعمل المحكمة الدستورية، فان إختصاص تفسير مواد الدستور، الذي إختلف الفقه بشأنه لا يجب أن يخرج القاضي الدستوري وهو يمارسه عن مقاصد المشرع الحقيقية، وليس ما يتوهمه أو يفترضه، كما لا يجوز

[32] محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، المركز القومي للإصدارات القانونية،القاهرة، ط1، 2013،ص(434-435).

[33] عوض الليمون، الوجيز في النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري، دار وائل للنشر ، عمان /الاردن، ط2، 2016، ص(347).

للقاضي الدستوري حمل النصوص على غير مقاصدها، وإلا كان تفسيره تشويهاً للنص، أو تحايلاً عليه.[34].

إن سلطة القاضي الدستوري لم تكن مُشْرعة، بل جاءت مُقيدة بعدم الخروج عن نطاق ولايتها التفسيرية، بأن لا تتعدى الحدود التالية:

1. البت في أمور غير معروضة عليها في طلب التفسير، وإلا كان التفسير غير حائز على الحجية أمام القضاء صاحب الولاية.
2. إزالة الغموض عن النص التشريعي مثار الخلاف في التطبيق، دون أن تتدخل في تفاصيل المسالة المعروضة أمامها، أو البحث في أسانيد لترجيح موقف على حساب آخر، إلتزاماً منها بأن دورها بالتفسير لقاعدة قانونية مجردة، لا يجب أن تتغير صفتها.

بالتطبيق العملي ومن خلال القضية التي نظرتها المحكمة الدستورية العليا، بشأن الطلب المقدم من وزير العدل،[35] لتفسير المادتين (20،18) من قانون السلطة القضائية الفلسطينية،[36] نجد أن المحكمة قد قبلت طلب التفسير للمواد المشار اليها، دون وجود غموض يستدعي التفسير، لوضوح النصوص وضوح الشمس، ولا تقبل التأويل، كما تضمن نص الحكم دفاعاً عن قرار إداري لما تكن المحكمة الدستورية مضطرة له، وهذا ليس من واجبها، ولا من إختصاصها، وهي تقدم التفسير.

---

[34]شاكر راضي شاكر،اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير ، القاهرة، دارة النهضة العربية،القاهرة، ط1 ، 2005، ص (158-159).

[35]القضية رقم (1) لسنة (1) قضائية تفسير دستوري.

[36]قانون السلطة القضائية الفلسطينية، رقم (1) لسنة 2002: مادة (18)1: يكون شغل الوظائف القضائية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى وفقا لما يلي:- أ- بطريق التعيين ابتداء. ب- الترقية على أساس الأقدمية مع مراعاة الكفاءة. ج- التعيين من النيابة العامة. د- الاستعارة من الدول الشقيقة. 2- يشترط في القاضي المستعار كافة الشروط المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون فيما عدا شرط الجنسية الفلسطينية شريطة أن يكون عربيا. 3- يعتبر التعيين أو الترقية من تاريخ القرار الصادر بخصوص ذلك.

مادة (20) : 1-يشترط فيمن يعين قاضيا بالمحكمة العليا: أ- أن يكون قد شغل لمدة ثلاث سنوات على الأقل وظيفة قاض بمحاكم الاستئناف أو ما يعادلها بالنيابة العامة أو عمل محاميا مدة لا تقل عن عشرة سنوات. 2- يشترط فيمن يعين رئيسا للمحكمة العليا أو نائبا له أن يكون قد جلس للقضاء بدوائر المحكمة العليا مدة لا تقل عن ثلاث سنوات أو عمل محاميا لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة.

تطرقت المحكمة الدستورية العليا في ذات القضية الى أمر غير معروض عليها، وهو المتعلق بالحكم الصادر من المحكمة العليا رقم (2015/130)، بشأن إلغاء تعيين رئيس مجلس القضاء الأعلى، بل طالبت بإعدامه، وهذا ما كان مستغرباً بأن تطالب المحكمة الدستورية جهة أخرى بإعدام قرار أو نص، وهي صاحبة الاختصاص.[37] وهنا يرى الباحث، أن المحكمة الدستورية العليا، ما كان عليها أن تدخل في هذا المسار، سواء بالبحث عن حجج للدفاع عن قرار إداري، أو أن تستدعي أموراً غير معروضة عليها، وهي جميعها لا تتفق وطبيعة عملها، ولا ينسجم مع وظيفتها.

في هذا الشأن كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد قضت بأنه " تتحدد مضامين النصوص القانونية على ضوء ولايتها في مجال تفسيرها، تفسيراً تشريعياً، فذلك حملاً على المعنى المقصود منها ابتداءً، ضماناً لوحدة تطبيقها، ودون إقحام " لعناصر جديدة" على القاعدة القانونية التي تفسرها بما يغير من محتواها الحق، أو يلبسها غير الصورة التي أفرغها المشرع فيها، أو يردها إلى غير الدائرة التي قصد أن تعمل في نطاقها، بل يكون قرارها بتفسير تلك النصوص كاشفاً عن حقيقتها، معتصماً بجوهرها مندمجاً فيها".[38]

---

[37]القضية رقم (1) لسنة (1) قضائية تفسير دستوري رقم 2016/1، العدد12 ممتاز ، الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية)، ديوان الفتوى والتشريع، 2016، ص (2- 6).

[38]الحكم رقم (1) لسنة 17 قضائية تفسير، جلسة رقم(1995/7/3)، الجزء السابع – ص 819، ورد في تعليق المستشار د.عبد العزيز سالمان، تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (1) لسنة 1 قضائية، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، عدد خاص، (50)، 2016.

ثالثاً: السلطة المستمدة من اختصاص الفصل في تنازع الاختصاص

تقوم للقاضي الدستوري السلطة المستمدة من الاختصاص بالفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي،[39] وهو ذات الاختصاص الذي تم التأكيد عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا.[40]

إن التنازع في الاختصاص الذي تقوم له سلطة الفصل للقاضي الدستوري، لا يكون إلا إذا كان بين جهات قضائية وبين جهات إدارية ذات إختصاص قضائي، تدعي كل منها أن النزاع المثار هو من إختصاصها، ولا تتخلى أي منها عن نظرها، وهو ما يُعرف بالتنازع الايجابي، أو أن تمتنع كلا الجهتين عن النظر في الموضوع، بحجة عدم الاختصاص، وهو ما يُعرف بالتنازع السلبي.[41]

يُفهم من خلال النص المتعلق بتنازع الإختصاص، أن الدعوى حتى يتم قبولها موضوعاً، يجب توفر الشروط الشكلية فيها، حتى تكون من ضمن تصنيفات الدعاوى التي تنظرها المحكمة الدستورية العليا، وهي:

1- أن تكون الدعوى مرفوعة أمام جهتين من جهات القضاء، أو أمام الجهة القضائية والجهة الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

بمعنى أنه حتى يكون هناك تنازع إختصاص، يجب أن يكون النزاع (ايجابيا أو سلبيا) أمام جهتين من جهات القضاء، أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وليس أمام جهة واحدة، لأننا نكون حينها أمام دعوى واحدة فقط.[42]

2- أن تقضي كلا الجهتين المرفوعة أمامهما الدعوى، بإختصاصهما في الدعوى.

---

[39] المادة (1/103/ج)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، لسنة 2003.

[40] المادة (3/24)، قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006..

[41] محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص (376-378).

[42] محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص(349).

3- أن يُرفع الموضوع الواحد أمام جهتين من جهات القضاء، أو الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.

4- أن يكون إتحاد في الموضوع والخصوم في الدعويين محل التنازع، حيث أن إختلاف الدعويان في الموضوع، أو في الخصوم يجعل الدعوى غير مقبولة.

5- أن لا يكون قد صدر في موضوع التنازع حكماً عن المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن الأحكام الصادرة عنها قطعية ولا تقبل الطعن عليها.

6- أن تقضي المحكمتان المختلفتان وظيفياً، بإختصاصهما نظر الدعوى، أو بعدم الإختصاص بنظرها.

ولم يشترط القانون لقبول دعوى التنازع حول الاختصاص الوظيفي، أن يكون الحكمان الصادران بالإختصاص، أو بعدمه، نهائيين.

إن ما يتطلب الرعاية من قبل المشرع وهو ينص على هذا الاختصاص في المادة (24) في قانون المحكمة الدستورية العليا، بأن يزيل عنه الغموض، ولا يدعه ناقصاً، بأن يحدد الجهة المختصة من بين جهات القضاء، أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، في حال رُفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها، ولم تتخل إحداها عن نظرها، أو تخلت كلتاهما عنها.[43]

إن ما كان ملفتا، هو ما ورد في نص المادة (24)، بأن ساوى المشرع بين الجهات القضائية وبين الجهات ذات الاختصاص القضائي، ومن ثم تصور النزاع فيما بينها، مما يطرح السؤال، بأنه كيف تتنازع جهة قضائية مع جهة ليست بذات الوزن؟ حيث أن قراراتها وإن كانت تحمل الجهة المصدرة لها صفة القضائية، إلا أنها تبقى جهات إدارية. وغير مُتصور ولا يستقيم تنازع الهيئات ذات

[43] محمد الحاج قاسم، مرجع سابق، ص (258-259).

الاختصاص القضائي، وهي الأصل، مع جهة إدارية ذات اختصاص قضائي، فكيف يستقيم تنازع الأصل مع التابع في الاختصاص؟[44]

رابعاً: السلطة المستمدة من اختصاص الفصل في النزاع بين الأحكام المتناقضة

جاء النص على سلطة القاضي الدستوري بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ الأحكام المتناقضة، بأنه تختص المحكمة دون غيرها بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها،[45] دون أن يرد هذا الاختصاص في القانون الأساسي، والتي تمتد بموجبه سلطة القاضي الدستوري ليس فقط في حال النزاع فيما بين السلطات الثلاث، في حال الاختلاف، أو التناقض، وإنما أيضاً بين الأحكام الصادرة عن السلطة الواحدة.

يُستفاد من النص الوارد في قانون المحكمة الدستورية العليا، أنه حتى تقوم سلطة القاضي الدستوري هذا الاختصاص، بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، فانه يجب توفر أربعة شروط :[46]

1- أن يقوم التنازع أمام جهتين من الجهات القضائية، أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي.

2- أن يكون التناقض مع غير حكم من الأحكام الصادرة عن جهة قضائية، أو عن جهة ذات اختصاص قضائي.

3- أن يكون الحكمان قد حسما النزاع في موضوعه، بشكل نهائي.

---

[44]علي حسين نجيدة،الرقابة على دستورية القوانين،المحكمة الدستورية العليا طبيعتها ومهامها واهم مبادئها، دار الفكر العربي،1988، ص(103).

[45]المادة (24)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

[46]محمد الحاج قاسم، مرجع سابق، ص (260).

4- أن يكون الحكمان متناقضين، تناقضاً من شأنه أن يجعل تنفيذهما معاً متعذراً.

ووفق هذا الاختصاص، فإن دور القاضي الدستوري يقتصر على تبيان الحكم الواجب الأخذ به، إعتماداً على أنه صادر عن المحكمة المختصة، ولها الولاية بالحكم في الدعوى، بعد أن يكون قد تم إتباع الإجراءات الواجبة أصولاً، بدءاً بتقديم الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظرته، وما اتخذته كل منها في شأنه، ويترتب على تقديم الطلب وقف الدعوى المتعلقة به حتى الفصل فيه، مع وجوب إرفاق صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما التنازع، وإلا كان الطلب غير مقبول.[47]

إن الفصل في هذا التنازع يكون عن طريق بيان أي الحكمين صدر عن محكمة مختصة، دون التعرض لما قضى به الحكم من حيث الموضوع، أو من حيث صحته الشكلية، ودون المفاصلة بين الحكمين، ويترتب على صدور الحكم بذلك زوال أمر وقف التنفيذ الصادر من رئيس المحكمة، وسقوط الحكم الصادر من الجهة التي حُكم بعدم ولايتها.[48]

خامسا: السلطة المستمدة من اختصاص البت في الطعن بفقدان الرئيس للأهلية القانونية

نص قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (5/24) على أن المحكمة الدستورية دون غيرها، تختص بالبت في الطعن بفقدان الرئيس للأهلية القانونية، وذلك وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه.[49] الأمر الذي يعتبر بدون شك تعبيراً عن الثقة برأي القضاء الدستوري، لتبت في أهلية رأس النظام السياسي، وهو أمر نادر الحدوث في التشريع المقارن.

---

[47] المادة (29)، قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006

[48] فؤاد عبدالمنعم أحمد، اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور على شبكة الألوكة بتاريخ 10/6/2013 ، تاريخ الزيارة: 2016/11/6 ، الساعة :6:15 pmhttp://www.alukah.net/culture/0/55842/#ixzz4PErlx2Hn

[49] المادة (5/24)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

غير أن ما ورد النص عليه، بالاختصاص بالبت في الطعن في أهليه الرئيس القانونية جاء غير واضح، فيما يخص الطعن المذكور، بل يتناقض مع طبيعة الأحكام الدستورية القطعية النهائية غير القابلة للطعن، كما يثير النص العديد من الأسئلة التي لم تجد إجابات لها في نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا في القانون الأساسي، ولم يُحِلْ القانون الاختصاص للإجابة عليها لقانون آخر، ومن تلك الأسئلة:[50]

1- من الذي يملك الحق بالتقدم بالطعن أمام المحكمة الدستورية العليا، ليدعي بأن رئيس الدولة يُعد فاقداً للأهلية القانونية؟

2- ما هو المقصود بالأهلية القانونية التي يمكن الطعن بفقدان رئيس الدولة لها؟

وهل هي ذاتها الأهلية الواردة في القانون المدني لسنة 1976، بأن يكون قد إعتراه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه؟ أم المقصود قانونية الولاية ودستوريتها ؟

3- معلوم أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا هي أحكام نهائية، وغير قابلة للطعن، فكيف يتم الإشتراط لنفاذ الأحكام التي هي بالأصل ملزمة لسلطات الدولة كافة وللأفراد، الحصول على موافقة المجلس التشريعي بأغلبية الثلثين؟ وهو الأمر الذي يُعد تناقضاً مع ما نص عليه القانون الأساسي، وقانون المحكمة الدستورية العليا بإلزامية الأحكام الصادرة عنها، ومنع الطعن عليها، باعتبارها نهائية.

يرى الباحث أنه ما دامت هذه الثقة قد تولدت لدى المشرع الفلسطيني بالمحكمة الدستورية العليا، ودورها في حماية أحكام الدستور، والمصلحة العامة، فانه كان يجدر بالمشرع أن يمنح رئيس المحكمة الدستورية الحق بإدارة البلاد، بشكل مؤقت، في حال شغور منصب الرئيس، لوجود مانع قانوني أو مادي لتولي رئيس المجلس التشريعي منصب الرئيس (بشكل مؤقت)، الى حين إجراء الانتخابات

[50] محمد الحاج قاسم، مرجع سابق، ص (261).

الرئاسية، ولا سيما أن رئيس المحكمة الدستورية العليا لن يكون أحد المرشحين، ولا يحمل منصبه صبغة سياسية، ويرأس هيئة مؤتمنة على حماية أحكام القانون الأساسي، غير أن القانون الأساسي الفلسطيني قد خلا من هكذا النص.

ان ما يطرحه الباحث فيما يخص شغور منصب الرئيس، وفي حال عدم إمكانية تولي رئيس المجلس التشريعي المنصب بشكل مؤقت، وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي،[51]يجد نصه في الدستور المصري بأنه "عند خلو منصب رئيس الجمهورية للاستقالة، أو الوفاة، أو العجز الدائم عن العمل، يعلن مجلس النواب خلو المنصب، ويكون إعلان خلو المنصب بأغلبية ثلثي الأعضاء على الأقل، إذا كان ذلك لأي سبب آخر، ويُخطر مجلس النواب الهيئة الوطنية للانتخابات، ويباشر رئيس مجلس النواب مؤقتاً سلطات رئيس الجمهورية، وإذا كان مجلس النواب غير قائم، تحل الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا ورئيسها، محل المجلس ورئيسه، فيما تقدم"[52].

وكان المستشار عدلي منصور رئيس المحكمة الدستورية المصرية، قد تولى رئاسة الدولة بشكل مؤقت، لفترة انتقالية،[53]حيث كانت تجربة عملية أثبتت نجاحاً كبيراً، وجنبت الجمهورية المصرية فراغاً دستورياً، ومنعت فوضى كان يمكن أن تعم، بعد حل مجلس الشعب.

---

[51]القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 : مادة (2/37) إذا شغر مركز رئيس السلطة الوطنية في أي من الحالات السابقة يتولى رئيس المجلس التشريعي الفلسطيني مهام رئاسة السلطة الوطنية مؤقتاً لمـــدة لا تزيد عن ستين يوماً تجرى خلالها انتخابات حرة ومباشرة لانتخاب رئيس جديد وفقاً لقانون الانتخابات الفلسطيني.

[52]المادة (160)، الدستور المصري لسنة 2014.

[53]تولى المستشار عدلي منصور، رئاسة الجمهورية المصرية للفترة : 4 تموز 2013 – 8 حزيران 2014،
الصفحة الرسمية للمستشار عدلي منصور، http://adlymansour.bibalex.org/About.aspx تاريخ الزيارة، 2016/11/14 الساعة pm 6:15

المطلب الثاني : السلطة التبعية للقاضي الدستوري

تكون للقاضي الدستوري، بناءً على السلطات الأصلية المستمدة من الاختصاصات التي تحددت له بنص القانون الأساسي، وبنص قانون المحكمة الدستورية العليا، سلطات تبعية سواء تلك التي تقوم قبل النظر في الدعوى الدستورية، أو أثناء الدعوى.

حيث يقوم القاضي الدستوري بالتحقق من جملة من الشروط أوجب القانون توفرها قبل النظر بالدعوى، سواء تلك المتعلقة بقبول الدعوى، أو تلك المتعلقة بالاختصاص لنظر الدعوى، وبدونها لا يتم قبولها.

أولا : السلطة التبعية للتحقق من شرط المصلحة :

إن الدعوى الدستورية، هي دعوى قضائية، وبالتالي فإن شروط قبولها، هي شروط أي دعوى قضائية، مع الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لها، حيث تقول القاعدة العامة في شأن كافة الدعاوى، أنه لا دعوى بلا مصلحة، مع الإختلاف في الدعوى الدستورية وفقا لطريقة تحريكها وبصاحب الحق برفعها، فإذا انتفت المصلحة إنتفى الحق فى تحريك الدعوى وتبين الحكم بعدم قبولها.[54]

إن المصلحة التي أخذ بها المشرع الفلسطيني كشرط لقبول الدعوى، هي المصلحة الشخصية والمباشرة، التي تعني أن يكون من يتقدم بها صاحب حق مراد حمايته، والتي يجب أن تكون محمية بالقانون، أو أن طلب حمايتها يستند الى مركز قانوني، أما المباشرة فلا تعني أن يباشر الدعوى بنفسه، بل بإمكانه أن يوكل من ينوب عنه لمباشرة الدعوى وفق ما حدده القانون.[55]

إن الدعوى واحدة، سواء كانت دستورية، أو مدنية بشقيها القضائية والإدارية، فإنها تشترط توفر المصلحة، حيث انه لا دعوى بلا مصلحة.

---

[54] عباس محمد محمد زيد، الرقابة على دستورية على القوانين في اليمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص(466).

[55] جمال حسن أسعد قاش، المصلحة في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2007.

وقد جاء نص المشرع الفلسطيني على شرط المصلحة، كشرط واجب لقبول الدعوى الدستورية، في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م، الذي أخذ بعين الاعتبار عدم التعارض وطبيعة اختصاص المحكمة الدستورية والأوضاع المقررة أمامها، فانه:

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

3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى"[56].

غير أن المشرع الفلسطيني قد منح القاضي الدستوري سلطة تقدير مدى توفر شرط المصلحة لصاحب الدعوى، إن كان محقا أم لا في إثارة الخصومة مع النص التشريعي المدعى بعدم دستوريته، ومن خلال النصوص التشريعية الناظمة لعمل المحاكم الدستورية، نجد أن المشرع باشتراطه المصلحة المباشرة، وفسحه المجال للمصلحة المحتملة، كان محقاً للتحقق من جدية مهاجمه النصوص بعدم الدستورية، أو بطلب تفسيرها، تجنباً لإهدار وقت القضاء، وتجنبا أن تكون الدعاوى كيدية، وبالتالي فإن عدم توفر شرط المصلحة، يقتضي رفضها، قبل الدخول في الدعوى لإنتفاء شرط المصلحة، وهنا يكون الحكم ذات حجية نسبية، على صاحب الدعوى، ولا تحول دون رفعها من خلال آخرين، أو منه شخصياً، في حال توفر فيه شرط المصلحة.

ثانيا: السلطة التبعية للتحقق من شرط الصفة

من السلطات التبعية للقاضي الدستوري، سلطة التحقق من شرط الصفة، لقبول الدعوى الدستورية، حيث ألزم القانون توافر شرط الصفة فيما يتعلق بأشخاص أطراف أي دعوى، بمعنى أنه يجب أن

[56] المادة (3)، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رقم (2) لسنة 2001.

تكون للمدعي صفة في المطالبة بما يدعيه من حق محمي بالقانون، وأن تكون له صفة في توجيه الدعوى، وهو شرط يجب أن يتوفر أيضاً بالنسبة للمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي، كما يجب توفرها أيضا للمحكمة الدستورية نفسها، في حالة التصدي، أو في حالة أن يكون النص المعروض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصها.[57]

إن الصفة وفقاً لما نص عليه المشرع في قانون المحكمة الدستورية العليا، فيما يخص الأفراد، لمهاجمة النص التشريعي بعدم الدستورية، قد اشترط أن يكونوا ممن:[58]

1- تضرروا بإنتهاك حقوقهم الدستورية، من خلال نص تشريعي، يدعون أنه غير دستوري، فيجوز لهم إقامة الدعوى الأصلية.

2- سيطبق عليهم نص تشريعي، يدعون أنه غير دستوري، أثناء نظر الدعوى، حيث يجوز لهم الدفع بعدم دستوريته، وفي حال رأت محكمة الموضوع ان دفعهم جدي، تؤجل النظر في الدعوى، وتحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز تسعين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا.

وهذا يعني انه حتى تقوم الصفة لصاحب الدعوى، فانه يشترط أنه يكون طرفاً في دعوى منظورة أمام القضاء، وان تثبت جدية الدفع له، ليتم وقف النظر في الدعوى، ومن ثم تحديد موعد للدفع لا يتجاوز التسعين يوما.

ثالثاً: السلطة التبعية للتحقق من شرط الأهلية

يتحقق القاضي الدستوري لقبول الدعوى، من توفر شرط الأهلية، وهو ما ثار بشأنه خلاف في الفقه، بين من إعتبر الأهلية شرط من شروط قبول الدعوى، وبالتالي فإن عدم توفرها، يؤدي الى البطلان، ومن ثم عدم قبول الدعوى، وبين من إعتبرها شرط لمباشرة إجراءاتها أمام القضاء.[59]

---

[57] اشرف عبد القادر قنديل، مرجح سابق، ص (57).

[58] المادة (27)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

غير أن الأهلية، وهذا ما يتفق معه الباحث، تعبتر شرطاً لازماً لانعقاد الخصومة، وليس شرط من شروط قبول الدعوى، وذلك لكون فقدان أحد الخصوم لأهلية التقاضي، أثناء نظر الدعوى لا يؤدي الى وقف إجراءاتها، بل تستمر إجراءات الدعوى من خلال الولي أو الوصي نيابة عن فاقد الأهلية.[60]

رابعاً: السلطة التبعية بالتصدي

منح المشرع الفلسطيني القاضي الدستوري سلطة التصدي والبت في دستورية أي نص يقع تحت سلطته، أثناء فصله في النزاع، وهي سلطة تبعية تقوم للقاضي بناءً على الاختصاص الذي اقره القانون الأساسي وقانون المحكمة، وجاء النص عليه في المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بأنه :" إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول"[61].

لكن يشترط حتى يتم إعمال هذه السلطة للقاضي الدستوري بالفصل في النزاع من تلقاء نفسه:

1. أن تجد المحكمة نصاً غير دستوري لقيام اختصاصها بالتصدي.
2. أن يتصل النص غير الدستوري بشكل فعلي بالنزاع المطروح أمام المحكمة.
3. أن يكون تصديها للنص غير الدستوري، أثناء السير في النزاع، وليس بعد الفصل فيه.

---

[59]عبد الوهاب بوضرسه، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيق، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2006، ص (253) .

[60]جمال حسن أسعد قاش، 2007.

[61]المادة (4/27)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري

تقوم السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، كغير من القضاة، بناءً على نصوص صريحة في القانون، وهو ما لا يثير جدلاً، غير أن المُختلف بشأنه هو حدود السلطة التقديرية القائمة على إجتهاده الشخصي، والتي قد تمتد الى ما هو من غير إختصاصه، أو خارجه.

ورغم أن الأصل في العمل القضائي أن يكون مقيداً، إلا أن السلطة التقديرية، أصبحت تُعد عملاً من صميم عمل القاضي، من أجل تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، بل أصبحت تُعتبر من المسلمات المفترضة، في مجال العمل القضائي، باعتراف المشرع والقضاء والفقه.[62]

وإن كان الإقرار بحقيقة أن المشرع لا يستطيع الإحاطة بكافة الوقائع الممكنة الحدوث، في ظل التطور المتسارع، وبان النقص في تشريع وضعي يُعد منطقياً، إلا أن ما لا يقبل الادعاء أو القبول، هو أن القانون يعتريه النقص، وذلك لما يوفره القانون من ضمانات، ومرجعيات، وآليات للقاضي للبت فيما يُعرض عليه من أقضية، سواء بتفسير صيغة النص، أو باستجلاء مقاصد المشرع، وذلك منعاً لوقوع القاضي في دائرة الإنكار للعدالة، وهو الأمر الذي يجرمه القانون.[63]

وأياً كان نوع القضاء الذي يشغله القاضي، فان السلطة التقديرية للقاضي، كانت ولا زالت من الموضوعات التي تشغل بال المشرعين، وذلك تخوفاً من التوسع في استخدامها، بأن تكون لصالح خصم على حساب آخر، الأمر الذي يجعل إختيار القضاة أمراً ليس بالهين، لضمان النزاهة والعدالة والمساواة بين المتقاضين والخصوم.

لكن المؤكد أن سلطة القاضي وإختصاصاته التي نص عليها المشرع الفلسطيني، سواء في القانون الأساسي، أو في قانون المحكمة الدستورية العليا، لا تجعل من دوره مجرد آلة تنطق بالحكم، وذلك أن

---

[62] احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة،ط1، 1988، ص(20-24).

[63] محمد ماهر ابو العينين، مرجع سابق، ص(371-375)

النطق بالحكم يسبقه العديد من الأعمال التي يقوم بها القاضي، أولها التفسير للقاعدة القانونيـــة، يليـــه التكييف القانوني على الواقعة المنظورة، ثم إنزال حكم القانون عليها، والنطق به.

ورغم التفهم لمنطقية منح القاضي سلطة التقديرية، تتسع وتضيق حسب نوع القضاء، ووفقاً للضوابط التي تحدد وتقيد هذه السلطة، إلا أن الخطورة تكمن في إتساعها، بل خروجها أحيانا عـــن الضـــوابط والمحددات، وكذلك إحتمالية تأثرها بعقيدته، أو بخلفيته السياسية، أو الثقافية، أو الاجتماعية.[64]

إن عقيدة القاضي التي هي بالأصل أمر نفسي، يصعب تعريفها، لكنها كما يعرفها كمال عبـــد الواحـــد الجوهري، بأنها التي تتولد لدى القاضي نتاج عملية ذهنية ومنطقية، تختلج في ضميره، تحت تأثير ما يُعرض عليه من وقائع، ليصل في النهاية الى ما يرتاح له ضميره من حكم،[65] وبالتالي من الصـــعوبة فصلها عن حكمه مهما كانت القيود.

ويمكن اختصار إطار السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، بأنها ضمن حدين: .[66]

الاول: أن للقاضي الدستوري سلطة تقديرية مطلقة في إستبعاد كل تشـــريع يخـــرق مبـــدأ المســـاواة المنصوص عليه صراحة في النص الدستوري، كالتمييز على أساس العرق، أو الجـــنس، أو الـــدين.

الثاني: بان للقاضي الدستوري سلطة تقديرية نسبية، يدخل في تكوينها عدة عوامل أهمها مدى التناقض بين قاعدتين قانونيتين بالدرجة الأولى وتحقيق المصلحة العامة بالدرجة الثانية، على المصلحة الخاصة (الفردية) مع التأكيد أن سلطة التقدير للقاضي نسبية، وتختلف من قاض إلى آخر.

---

[64] امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون،المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس–لبنان،2002، ص(28).

[65] كمال عبد الواحد الجوهري،ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، 2015 ، ص (27)

[66] أمين عاطف صليبا، مرجع سابق، ص (401).

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في التشريع

وجدت السلطة التقديرية للقاضي، والمقصود بها مساحة الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحةً، أو ضمناً، مجالاً لإعمالها من أجل اختيار الحل الأنسب والأقرب إلى الصواب من بين حلول أخرى"، وفقاً لنص يرد في القانون، كأن يرد في النص القانوني، كلمات مثل :" يمكن "، "يحق"، أو عبارة " يتعين للقاضي أن .... ".[67]

وتتمثل السلطة التقديرية، فيما يُعين للقاضي، سواء بصفة نظرية أو عملية، رئيسية أو تابعة، خلال أي من مراحل الدعوى، وهي جوهر العمل القضائي.[68] وقد وجدت لها ما يسندها من نصوص في التشريعات، وتعتبر السلطة التقديرية تكليفاً ومسؤوليةً يلتزم القاضي من خلال استعمالها بتحقيق إرادة المشرع من خلال تطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة عليه، لكون القاضي في نهاية المطاف مطالب بتطبيق وإحترام القانون، وعليه أن يضمن في الحكم فهمه، وتأويله للنص القانوني، واقتناعه بأن ما توصل إليه، يمثل إرادة المشرع فعلاً وليس توهماً.[69]

إن السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي، لم تكن أبداً على إطلاقها، بل كانت دوماً في كافة الأنظمة القانونية مشروطة بتحقيق العدالة، والوصول إلى عين الحقيقة، وفي حالة القاضي الدستوري، فإن عينه دوماً مصوبة نحو ضمان الشرعية الدستورية للنصوص القانونية، من أي إنحراف عن مسار الدستور.

---

[67] لبياض محمد عبد الفتاح، مدونة عبد الفتاح لبياض، http://labyadd.blogspot.com/2011/03/blog-post_549.html، تاريخ الزيارة 2016/10/20الساعة 6:30pm .

[68] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،ط1، 2007، ص(97-98).

[69] لبياض محمد عبد الفتاح، مرجع سابق .

وبالنظر الى المواقع التي وجدت السلطة التقديرية سنداً لها في التشريع، نجدها ترد في تقدير جدية الدفع، وخلال مرحلة إدارة الدعوى، باختيار منهج التفسير، بتقدير الغموض للنص التشريعي المطعون عليه، وأثناء الفصل فيها.

أولاً: السلطة التقديرية بجدية الدفع

إن المحاكم وعلى إختلاف درجاتها، وليست المحكمة الدستورية العليا فقط، تملك سلطة تقدير جدية الدفع المقدم لها بعدم الدستورية، حيث أن أمر تقدير الجدية بالدفع هو سلطة تقديرية للقاضي، وليس نهائي، وهو إستثناء على الأحكام النهائية التي يجوز فيها لأطراف النزاع بشأن دستورية التشريع المطعون عليه، ويكون التوجه للجنة الطعون في المحكمة الدستورية خلال شهر من تاريخه صدور الحكم بعدم الجدية.[70]

ويعتبر أمر جدية الدفع بدون شك، أمر بالغ الأهمية، بل هو أمر من النظام العام، لكن المستغرب هو عدم الاكتفاء بتقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع، ليخضع مرة أخرى لسلطة القاضي الدستوري، بذريعة حماية المحكمة الدستورية من الإغراق بسيل من الطعون، الأمر الذي سيحد من الاتصال بالمحكمة الدستورية.[71]

كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد قالت في اعتماد جدية الدفع، كشرط لقبول الدعوى، "أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن ولايتها في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى إتصالاً صحيحاً مطابقاً للأوضاع المقررة، ... وقدرت محكمة الموضوع جدية الدفع،

[70] حميد ابراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات المتحدة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1 ،2011، ص(266).

[71] عباس محمد محمد زيد، مرجع سابق، ص(458).

فرخصت له في رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية".[72]

وتنصرف جدية الدفع إلى مسألتين أساسيتين:[73]

المسألة الأولى: بأن يكون الفصل في المسالة الدستورية منتجاً، وهي مسالة يتم تقديرها أثناء النظر في الدعوى محل النزاع، إن كان النص التشريعي المطعون عليه ذا علاقة بموضوع النزاع.

المسالة الثانية: تتعلق بالشك بمدى تطابق النص المطعون عليه مع الدستور، ليكون النص يحتمل أكثر من وجهة نظر، فيطلب قاضي الدعوى الأصلية، من الخصوم رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية.

ثانياً: السلطة التقديرية بإدارة الدعوى :

نصت المادة (36) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: " تحكم المحكمة في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها تدقيقاً بغير مرافعة، فإذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية، فلها سماع الخصوم، وفي هذه الحالة لا يُؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم، وللمحكمة طلب ما يلزم من بيانات أو أوراق ولها دعوة ذوي الشأن لاستيضاحهم عما ترى من وقائع وتكليفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات في الأجل الذي تحدده.[74]

يتبين من خلال ما ورد في نص المادة (36)، أن للقاضي الدستوري سلطة تقديرية أثناء مراحل الدعوى، تتلخص في:

1. منح الخصوم المرافعة الشفوية، بحضور المحامي الممثل لهم.
2. الطلب ما يلزم من بيانات، أو أوراق.
3. أن تدعو ذوي الشأن لاستيضاحهم عما ترى من وقائع وتكليفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية.

---

[72] مجدي المتولي، مرجع سابق ، ص (83).

[73] اشرف عبد القادر قنديل، مرجع سابق، (103-104).

[74] المادة (36)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

4. تحديد الإجراءات والآجال التي تستلزمها مجريات الدعوى.

غير أن الباحث يرى أن غياب المعايير والضوابط التي تحدد إدارة الدعوى، فيما يخص السلطة التقديرية للمحكمة في منح الخصوم المرافعة الشفوية، أو بتقديم المزيد من البينات والمذكرات التكميلية التي قد تستجد، قد يشكل إجحافا بحق البعض الذين لا يتم منحهم هذه الفرصة أسوة بغيرهم، الأمر الذي يستوجب تحديد معايير واضحة، عنوانها المساواة بين للجميع، وهو حق دستوري مكفول بنص القانون الأساسي.[75]

ثالثاً: السلطة التقديرية في تحديد منهج التفسير

لم يحدد المشرع الفلسطيني بشكل واضح وصريح الطريق الواجب إتباعه لتفسير النصوص، وإن كان المشرع قد حدد الإجراءات الواجب إتباعها لتقديم طلب التفسير، والنصوص القانونية التي يقوم إختصاص التفسير لها، وهي نصوص القانون الأساسي والقوانين في حل ثار تنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها وإختصاصاتها، كاختصاص أصيل وحصري للمحكمة الدستورية العليا.[76]

إن السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي الدستوري فيما يخص إختصاص التفسير، تتسع وتضيق وفقاً لمنهج التفسير الذي يتخذه، بقبول طلب التفسير أولاً، وإعتبار النص غامضاً مما يستدعي تفسيره، ومن ثم إصدار حكمه من خلال تحديد ما تضمنته القاعدة القانونية من أحكام، وتحديد المعنى الذي تضمنته تلك القاعدة وتحديد نطاقها، ليتم تطبيقها على الظروف الواقعية المثار بصددها تطبيق القاعدة.[77]

---

[75] المادة (9)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 : " الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".

[76] المادة (2/24)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006.

[77] شاكر راضي شاكر،مرجع سابق، ص (18-21).

وقد تعددت مذاهب ونظريات التفسير إلى ثلاثة، وتتمثل في المدرسة الواقعية، المدرسة العلمية، وفي مدرسة الشرح على المتون، التي يتبناها النظام القانوني الفلسطيني، والعديد من الأنظمة القانونية، كما هو المصري والأردني، التي ترى أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وأن مهمة القاضي يجب أن لا تخرج عن إطار التفسير لنصوص التشريع، الأمر الذي يوضح أن تلك المدرسة قائمة على التزام حدود النصوص القانونية، إعلاءً لإرادة المشرع، وتأكيداً على احتكار المشرع للتشريع.[78]

ووفقاً لمدرسة الشرح على المتون التي يأخذ بها المشرع الفلسطيني، فإن القاضي قد لا يواجه إشكالية كبيرة في التفسير، حتى وإن كان النص غامضاً، لكن في حال عدم وجود نص، فان القاضي سيسلك مساراً ليبحث عن إرادة المشرع المفترضة عندما وضع النص، ويستعين بوسائل القياس والاستنتاج من مفهوم المخالفة، وإذا لم يتمكن، فله أن يتصور الحل وقت سن التشريع، كما يستطيع أن يستخرج بعض المبادئ والنظريات من نصوص التشريع، ونسبها إلى إرادة المشرع، ثم يقوم باستخدامها في إستخراج الحلول للمسائل الفرعية.[79]

يرى الباحث أن أخذ القضاء الدستوري الفلسطيني بمدرسة الشرح على المتون، إنما يمنح القاضي الدستوري سلطة تقدير في التفسير، يتقمص فيها القاضي إرادة المشرع، ويصبغ رأيه وكأنها حقيقة ما أراده المشرع، بعد أن يلبس النصوص التشريعية ثوب تفسيره قصراً، تحت مسمى أنها ما أراده المشرع، وقد تكون في الحقيقة على غير ذلك.

من خلال المراجعة لقرارات المحكمة العليا التي كانت تنعقد بصفتها الدستورية، كان مُلاحظاً أنها ضيقت بشكل كبير من حدود إختصاصاتها فيما يخص الرقابة القضائية، من خلال رد أغلب الطعون الدستورية المعروضة عليها، ولا سيما على القرارات بقانون التي يصدرها رئيس السلطة الوطنية،

---

[78] شاكر راضي شاكر،مرجع سابق، ص (33-35).

[79] شاكر راضي شاكر، مرجع سابق، ص (42).

استنادا للمادة (43)[80] من القانون الأساسي، في حالة الضرورة، في غير ادوار انعقاد المجلس التشريعي، التي تمكن رئيس السلطة الوطنية من إصدارات تشريعات لها قوة القانون.

رابعاً: السلطة التقديرية في تقدير الغموض في النص التشريعي الذي يستوجب التفسير

رغم أن المشرع منح اختصاص التفسير للمحكمة الدستورية العليا، كسلطة أصلية، ضماناً لوحدة التطبيق القضائي، وحدد شروطاً لقبول التفسير، إلا أن أمر تقدير الغموض في النص التشريعي الواجب التفسير، يبقى سلطة تقديرية للقاضي.

في تطبيق عملي لهذا الرأي، يتضح أن السلطة التقديرية للقاضي الدستوري قد توسعت عندما نظرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قضية رقم (1) لسنة (1) قضائية تفسير، طلب التفسير الدستوري المقدم من وزير العدل لتفسير نص المادتين (18،20) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2001،[81] على أثر خلاف في التفسير بشأن تسمية " النائب الأول لرئيس مجلس القضاء ولرئيس المحكمة العليا"، وكان الخلاف إن كانت التسمية المذكورة تعتبر استحداثا لمنصب جديد، ام هي ذاتها المنصب المسمى بالقانون " أقدم النواب"، ولهذا قام الطعن بأنه لا يوجد في قانون السلطة القضائية ما يشير إلى وجود هذا المنصب، وأن القانون قد نص على أن أقدم قضاة المحكمة العليا يكون نائبا لرئيس المحكمة العليا، وعليه صدور قرار رئيس دولة فلسطين، بتعيين نائب أول لرئيس المحكمة ليس في

---

[80] القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003، المادة (43) :" 1- 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".

[81] قانون السلطة القضائية الفلسطينية رقم (1) لسنة 2001، المادة (18): 1- يكون شغل الوظائف القضائية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى وفقا لما يلي:- أ- بطريق التعيين ابتداء. ب- الترقية على أساس الأقدمية مع مراعاة الكفاءة. ج- التعيين من النيابة العامة. د- الاستعارة من الدول الشقيقة. 2- يشترط في القاضي المستعار كافة الشروط المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون فيما عدا شرط الجنسية الفلسطينية شريطة أن يكون عربيا. 3- يعتبر التعيين أو الترقية من تاريخ القرار الصادر بخصوص ذلك. مادة (20) : 1-يشترط فيمن يعين قاضيا بالمحكمة العليا: أ- أن يكون قد شغل لمدة ثلاث سنوات على الأقل وظيفة قاض بمحاكم الاستئناف أو ما يعادلها بالنيابة العامة أو عمل محاميا مدة لا تقل عن عشرة سنوات. 2- يشترط فيمن يعين رئيسا للمحكمة العليا أو نائبا له أن يكون قد جلس للقضاء بدوائر المحكمة العليا مدة لا تقل عن ثلاث سنوات أو عمل محاميا لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة

محله. إلا أن رأي المحكمة الدستورية جاء ليؤكد على صحة قرار رئيس السلطة الوطنية بان مصطلح نائب أول لرئيس المحكمة جاري استخدامه، وبأن قرار الرئيس هو قرار كاشف، وليس منشئ.[82]

يتضح من نص الحكم التفسيري أن سلطة القاضي الدستوري قد توسعت عندما ذهبت إلى أبعد من مجرد تفسير النص مثار الطلب، عندما خاضت بالتفاصيل في الحكم، متعرضة للظروف وتناول الأسماء وأحكام لا صلة لها بالنصوص المطلوب تفسيرها، وذلك عندما جاءت على ذكر حيثيات الحكم الخاص بقرار المحكمة العليا (2015/130) الخاص بقرار تعيين رئيس مجلس القضاء الأعلى السابق، لتطلب إعدام القرار وعدم الاستشهاد به، وبذلك تكون قد نظرت بما هو غير معروض عليها، ولا مطلوب منها.

وكانت سلطة القاضي الدستوري قد إمتدت إلى ما هو أبعد من حدود السلطة التقديرية، لتتجاوز حدودها واختصاصها، وذلك عندما قررت الحد من نطاق اختصاصه بنظر الطعون الدستورية، وتقليص خيارات المواطنين في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا، وفقا لما ورد في منطوق الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم 2016/5 الصادر بتاريخ 2016/9/18، حيث أورد القاضي الدستوري ما هو متعارض مع قانون المحكمة ذاتها فيما يخص طرق الاتصال بالمحكمة الدستورية، عندما حصرها بالنسبة للأفراد بطريق الدفع الفرعي وقال "باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي يملك بموجبها الأفراد تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي"،[83] في حين أن حق الأفراد بتحريك الدعوى الأصلية المباشرة حق مكفول، ورد النص عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا.[84]

---

[82]ا قضية رقم (1) لسنة 1 قضائية تفسير، طلب تفسير دستوري رقم (1) لسنة 2001. لعدد (12)، الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية)، ديوان الفتوى والتشريع، 2016، ص (2- 6).

[83]داوود درعاوي، تعقيبا على قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 2016/5.

[84]المادة(27)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006: " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي:1- بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون".

خامساً: السلطة التقديرية بالتصدي

منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي الدستوري سلطة تقديرية بالتصدي من تلقاء نفسها بالفصل في عدم دستورية نص غير دستوري متصل للنزاع، عندما نص في المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا، على أنه :"إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول"[85].

يتضح من خلال ما ورد النص عليه، أن سلطة تقديرية تقوم للقاضي الدستوري بالفصل في النزاع، في حال كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً، دون أن يكون ذلك بناءً على طلب من قبل أي من الخصوم، بل الأمر بتعلق بتقدير القاضي.

يرى الباحث أن حق التصدي للقاضي الدستوري للنص غير التشريعي، بأن يكون سلطة تقديرية، وبالتالي امكانية عدم إعمالها، لا يتفق ووظيفته الرقابية على دستورية القوانين، وحماية أحكام الدستور من نفاذ أي نص تشريعي غير دستوري، كلما وقع تحت سلطتها، دون أن ينتظر قيام نزاع بشأنه، بل إنه من غير المتصور أن يمر القاضي الدستوري عن نص غير دستوري مرور الكرام، دون أن يفصل فيه، ويبطله، بالتالي فان أمر الفصل في النص غير التشريعي حال وقع تحت سلطة القاضي الدستوري، وإبطاله، لا بد أن يكون أمراً وجوبياً، وليس جوازياً.

[85] المادة (4/27)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في الاجتهاد والفقه وفقه القضاء

لم تكن السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في البداية، محل اتفاق بين الفقهاء، إلا أن النظم الحديثة سلمت بمنح القاضي سلطة الاجتهاد والتقدير، ومن تلك الأنظمة، النظام الأنجلو ساكسوني، بل تجاوز مجرد الاعتراف بهذه السلطة، الى إعتبار ما يصدر عن القاضي من نشاط تقديري بأنه سوابق قضائية، فيما اكتفى النظام اللاتيني بالاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الدستوري دون أن يعترف بان ما يصدر عنه قاعدة قانونية.[86]

من بين الاتجاهات الذي كان رافضاً لمنح القاضي سلطة الاجتهاد، كان الفقيه (روبسير)[87]، الذي قال بأن كلمة إجتهاد يجب ان تُمحى من لغتنا، وكذلك المفكر الفرنسي مونتسكيو (صاحب نظرية الفصل بين السلطات)، الذي كان موقفه بأن القاضي أبعد ما يكون عن مهمة التشريع، وأن أقصى ما يجب أن يقوم به هو إزالة الغموض عن القوانين الموجودة، وكشفها للعيان، وأن دور القضاة:" أن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق كلمات التشريع".[88]

وفقاً للاتجاه الرافض لمنح القاضي سلطة تقديرية، فإن التبرير لرفضهم يقوم على أن دور القاضي ينحصر في التطبيق القضائي للقانون، وأن المفترض في القانون أن يتسم بالكمال، دون نقص يعتريه، في ظل اكتمال النصوص التشريعية، وما وصل إليه الفكر الوضعي من تطور وصل الى درجة الكمال، وبالتالي أصبح دور القاضي محصوراً في البحث عما تضمنه القانون ذاته، دون أن يلجأ إلى

---

[86]أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية– قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، 2011، ص (29).

[87]ولد روبسبير عام 1758 فى مقاطعة آراس، واتعلم فى باريس فى كلية الحقوق، ودرس النظريات السياسيه و بقى متعصب لافكار الفيلسوف جان جاك روسو، وهو محامى فرنساوى و زعيم سياسى، كان واحداً من اكبر الشخصيات المؤثرة و زعيماً من زعما الثوره الفرنسيه وحزب الجاكوبيين الثورى المتطرف، وتوفي عام 1794.

[88]موقع الموسوعة القانونية –الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القانون، https://elawpedia.com/print/200، تاريخ الزيارة ، 2016/11/28 ، الساعة 11:30 am

الخلفيات الاجتماعية، أو الاقتصادية، أو السياسية للقاعدة القانونية، ملتزماً في ذلك الحيدة، متجرداً من التأثر بالمصالح، أو العواطف الشخصية.[89]

إتجه غالبية الفقه الحديث إلى الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي، باعتبارها ملازمة للسلطة القضائية، مستندين بإعترافهم إلى أن التشريع يضع مبادئ عامة، ولا يستطيع أن يحيط بكل ما يمكن أن يستجد، الأمر الذي يتطلب من القاضي الاجتهاد، في بعض الوقائع، حتى يستقي القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق، دون أن يخلقها، بل يكون دوره منصباً على تبيان واستيضاح إرادة المشرع، دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، وحتى لا يكون يوماً أمام موقف إنكار العدالة.[90]

تأتي الدعوة للاعتراف للقاضي الدستوري بالسلطة التقديرية من باب أن المشرع لا يستطيع مسبقاً، وضع كل القواعد القانونية الصالحة للفصل في كل منازعة قد تحدث مستقبلاً، وفي ذات الوقت لا يستطيع القاضي أن يمتنع عن الفصل في الدعوى المنظورة أمامه، بل واجب عليه أن يتدرج في بحثه عن مصادر القانون في حال عدم وجود نص في التشريع بما يؤدي الى الفصل في الدعوى.[91]

إن القاضي وهو يوازن بين نصوص القانون ونصوص الدستور، غير مستبعد أن يتأثر بالاعتبارات السياسية، فيتعدى دوره وظيفة المقارنة بين النصوص، إلى البحث في نوايا واضعي الدستور والتشريع، والموازنة بينهما، مستخلصاً آثار القانون، متخيلاً صداه، متقمصاً ذلك الدور، وهنا يكون قد تعدى وظيفة المقارنة بين النصوص، بل تعدى وظيفة القاضي، ليتحول إلى رجل سياسة، لكون الدستور يتضمن قواعد عامة في الكثير من نصوصه.[92]

---

[89] احمد محمود سعد، مرجع سابق، ص(25).

[90] أسمهان عفيف، مرجع سابق، ص (30).

[91] محمد ماهر ابو العينين، مرجع سابق، ص (374-376).

[92] محمد ماهر ابو العينين، مرجع سابق ،ص (533)

وفقاً للفقيه (D.Rousseau)، فان سلطة تقدير القاضي الدستوري "تندرج ضمن نطاق آلية معقدة من العلاقات مع السلطات الدستورية الأخرى، أو مع أهل الفقه، أو مع أهل السياسة، بحيث تتولد التشابكات في تقليص هامش المناورة التي يسعى إليها القاضي الدستوري، بهدف تبرير تقدير الانتهاكات التي مست مبدأ المساواة"، مما يلزم القاضي الدستوري بأن يأخذ بعين الاعتبار تأثير الأجواء الاجتماعية، والسياسية، والرأي العام السائد في الزمن، الذي صدر فيه القانون.[93]

يقول الفقيه (ديجي)، أنه يجب عدم تعارض التشريعات مع ما يمس ضمير الأمة والجماعة، بغض النظر عن مدى تطابقها مع نصوص الدستور المكتوب، وهذا يعطي القاضي مساحة اكبر، وسلطة تقديرية أوسع، من تلك التي قيدها القانون، ويرى (ديجي) أن القضاء يملك الحق، بالامتناع عن تطبيق التشريعات التي قد لا تخالف نصاً دستورياً مكتوباً، لكنها تتعارض مع مبدأ من مبادئ القانون الأعلى غير المكتوبة، وهو مبدأ يمس ضمير الجماعة، ويعطي إحساساً قوياً بأنه ملزم للدولة.[94]

إن السياسة التي يتبعها القاضي الدستوري، والأسلوب الذي ينتهجه في رقابته على دستورية القوانين، ينبع من اعتبارات عملية سواء كانت سياسية، أو اقتصادية، أو اجتماعية، وهذا ما يدلل عليه الواقع العملي لعمل وأحكام القضاء الدستوري، الذي يلجأ إلى تجنيب المجتمع المخاطر والأزمات، ليتضح أنه لا يقوم بعمل قضائي فقط، بل يقوم بدور سياسي، وهذا يعود إلى أن التشريعات واللوائح الخاضعة لرقابته هي من نتاج سياسة عامة للحكومة بمعناها الواسع، الذي يشمل السلطتين التشريعية والتنفيذية.[95]

---

[93] امين عاطف صليبا، مرجع سابق، ص(402).

[94] محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص(422).

[95] يوسف عيسى الهاشمي، رقابة دستورية القوانين و اللوائح وتطبيقاتها في مملكة البحرين والدول العربية والأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015، ط2، ص(115-116).

وحتى لا يكون الباب مشرعاً أمام القاضي الممنوح سلطة التقدير أو الاجتهاد، وفقاً لبعض الأنظمة، فان ذلك يكون محصوراً في حالتين:[96]

الأولى: في حال غموض النص، بمعنى عدم وضوحه بشكل محدد، ويحتمل التأويل، ما يستلزم من القاضي الاجتهاد في فهم النص، وتحديد معناه، وهنا سيظهر الاختلاف في الاجتهاد تبعاً لفهم القاضي.

الثانية: في حال النقص في النص، أو السكوت عن بعض المسائل، الأمر الذي يتطلب من القاضي أن يستخلص من التشريع النافذ الحلول المناسبة، وهنا قد يتغير المعنى للنصوص، وأحكامها نتيجة لذلك الاستخلاص

غير أن الصفة التقديرية في سلطة القاضي، يجب أن تنجم من حالة قانونية معينة يكون مصدرها قانوني، بما يعني أن السلطة التقديرية يجب أن لا تظهر إلا في ظل نظام دولة القانون، التي تتحدد ضوابطها فيه.[97]

وإعتماداً على ما ورد من محاذير لاستخدام السلطة التقديرية بتوسع، يؤيد الباحث الرأي الذي يتشدد في تقييد سلطة القاضي الدستوري، على وجه الخصوص، نظراً لإمكانية أن يتأثر حكمه بعقيدته وخلفيته السياسية، ولكن حتى لا يكون يوماً في موقف المنكر للعدالة، فان الأوجب أن يتم ملائمة التشريع بما يمكنه من الإحاطة بطبيعة عمل القاضي الدستوري، والاختصاصات الموكلة له بالرقابة الدستورية والتفسير والبت في حال حدوث نزاع الاختصاص، أو تناقض في الأحكام، لضمان أن تكون أحكامه منضبطة، مضيقة بذلك مجال الاجتهاد.

---

[96] عن موقع بيان اليوم، الموسوعة العربية ، تاريخ الزيارة : 29-11-2016 ، الساعة : 5:30 pm
http://www.bayanealyaoume.press.ma/index.php?option=com_content&view=article&id=21494:2011-09-27-13-06-32&catid=69:2010-03-30-15-19-19&Itemid=144#disqus_thread

[97] احمد محمود سعد، مرجع سابق ، ص(35).

الفصل الثاني

نظام سلطات القاضي الدستوري

نسنعرض في هذا الفصل النظام الذي حدده المشرع الفلسطيني، والذي تقوم وتعمل به سلطات القاضي الدستوري، والذي يختلف مستوى التوسع والعمومية في بعض نصوصه، وكذلك التشدد والتضييق في مواطن أخرى، وذلك في المبحث الاول بدراسة الشروط الواجب توفرها لممارسة الشخص للقضاء الدستوري، سواء كانت الشروط العامة، التي جاء النص عليها في قانون السلطة القضائية، أو الشروط الخاصة في قانون المحكمة الدستورية العليا.

وفي المبحث الثاني من هذا الفصل يتطرق الباحث الى ما حدده المشرع من آثار لتترتب على الحكم الدستوري، من حيث الطبيعة للأحكام الدستورية والنطاق الزماني الذي تسري فيه الأحكام، ومن حيث الحجية لتلك الأحكام على السلطات والأفراد، وما تنتج من آثار.

المبحث الأول: ممارسة القاضي الدستوري لسلطاته

ان وظيفة القضاء وما يختص به من دور في ترسيخ مبدأ العدالة ودولة القانون، وحماية الحقوق تجعل المشرع حريصاً فيما يخص الشروط الواجب توفرها فيمن يشغل وظيفة القضاء.

ولما كان الامر يتعلق بالقضاء الدستوري، جاء التخصيص اكثر لزوماً، وهذا لا يعني بالضرورة التشدد السلبي، بقدر ما هو مطلوب ان يراعي المشرع وهو يحدد الشروط طبيعة الدور المناط بقضاة المحكمة الدستورية.

وقد حرص المشرع الفلسطيني كغيره من المشرعين على النص على الشروط والمواصفات الواجب توفرها فيمن يولى القضاء، كالحكمة، والحنكة، والحياد، والاستقلالية، والتأهيل بالقدر الكافي لإشغال وظيفة القضاء، حسب ما جاء النص عليه في قانون السلطة القضائية.

لكن ولطبيعة القضاء الدستوري، الذي يحتل مكانة خاصة، للدور الذي يلعبه في حماية الحقوق والحريات العامة، وفي ضمان إحترام الشرعية الدستورية، والفصل بين السلطات الثلاث، جاء المشرع أكثر تشدداً في مواصفات قضاته، والشروط الواجب توفرها فيهم،[98] وإن وردت بعض النصوص عامة، وكانت تتطلب الى تخصيص أكثر.

المطلب الأول: الشروط العامة لشخص القاضي الدستوري

أحال المشرع الفلسطيني وفقاً لما جاء النص عليه في القانون الأساسي تشكيل وتنظيم عمل السلطة القضائية، ومن ضمنها تعيين القضاة، الى قانون السلطة القضائية[99] والذي جاء موضحاً ماهية الشروط الواجب توفرها فيمن يشغل وظيفة القضاء.

---

[98] احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص (29–30) .

[99] المادة (97،99)، القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

وقد إشترط المشرع الفلسطيني في قانون السلطة القضائية، ستة شروط واجب توفرها فيمن يولى القضاء بشكل عام، بما فيهم قضاة المحكمة الدستورية العليا، وهي:[100]

1- أن يكون متمتعاً بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية.

2- أن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها.

3- ألا يكون قد حُكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه إعتباره أو شمله عفو عام.

4- أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة، ولائقاً طبياً لشغل الوظيفة.

5- أن ينهي عضويته عند تعيينه بأي حزب، أو تنظيم سياسي.

6- أن يتقن اللغة العربية.

وقد اختار الباحث من بينها شرطي الجنسية، وشرط محمود السيرة وحسن السمعة، وذلك لما يثير ورودها من جدل لنقاشها:

أولاً: شرط الجنسية

إشترط المشرع الفلسطيني الجنسية الفلسطينية فيمن يُولى القضاء، لكنه عاد واستدرك الشرط، مستثنياً من يولى القضاء، أن يكون فلسطينياً، شريطة أن يكون عربياً، عندما جاء بالنص انه "يشترط في القاضي المستعار كافة الشروط المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون فيما عدا شرط الجنسية الفلسطينية شريطة أن يكون عربيا".[101] متيحاً بذلك إمكانية الاستفادة بالخبرات العربية في

[100] المادة (16)، قانون السلطة القضائية الفلسطينية، رقم (1) لسنة 2002.

[101] المادة (2/18)، قانون السلطة القضائية الفلسطينية، رقم (1) لسنة 2002:"يشترط في القاضي المستعار كافة الشروط المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون فيما عدا شرط الجنسية الفلسطينية شريطة أن يكون عربيا".

مجال القضاء، من خلال إستعارة ذوي الكفاءة لرفد سلك القضاء، ومنه القضاء الدستوري، الذي يستند التعيين فيه الى قانون السلطة القضائية، فيما يخص الشروط العامة.

وهذا ما أخذ به أيضا قانون الخدمة المدنية الفلسطيني،[102]عندما لم يشترط المشرع في قانون الخدمة المدنية للوظيفة العمومية، الجنسية الفلسطينية، فيمن يُعين بالوظيفة العمومية، بل سمح لغير الفلسطينيين من العرب، أن يشغلوا الوظيفة العامة.

في التطبيق العملي لم يتم الاستفادة من تلك الرخصة باستعارة القضاة من ذوي الخبرة في مجال القضاء الدستوري، ويرى الباحث، انه لخصوصية التجربة الفلسطينية في مجال القضاء الدستوري، وحداثه تجربته، كان من المفترض على الأقل خلال التشكيل الأول، أن يستفيد من التجربة والخبرة العربية لإغناء تجربة القضاء الدستوري الفلسطيني، ولا سيما أن ذلك لا يتعارض مع القانون.

ثانياً: شرط محمود السيرة وحسن السمعة

لا شك أن إشتراط أن يكون من يُولى القضاء "محمود السيرة وحسن السمعة"[103]، أمر جوهري، ومهم، وذلك لمكانة وخصوصية وظيفة القضاء، التي تتطلب إحتراماً وثقة من قبل المتخاصمين والمجتمع عامة، برأي القضاء وحكمه، لكن السؤال الذي يثور حول كيفية التحقق من هذا الشرط، وكيف يمكن التثبت منه، ولا سيما أنه يخضع لاختلاف الآراء والثقافات بين الناس.

إن مفهوم السمعة مفهوم واسع، ويختلف الحكم بشأنه، وليس من ضوابط أو معايير محددة تحكمه لقياسها، ووزنها، إضافة لإشكالية تحديد الجهة المخولة بمنح الشهادة بشأنها، والقبول بحكمها، ومن هو المكلف بعبء الإثبات إن كان حسن السيرة والسلوك، السلطة التنفيذية، أم المواطن المفترض أنه

[102]المادة (24)، قانون الخدمة المدنية الفلسطيني، رقم (4) لسنة 1998.

[103]المادة (16)، قانون السلطة القضائية الفلسطينية، رقم (1) لسنة 2002.

بريء؟ وفقا لقرينة البراءة، وبالقياس عليها فان المواطن بالأصل هو حسن السيرة والسلوك، ما لم يثبت خلاف ذلك.

يرى الباحث في وضع هذا الشرط سلاحاً بيد السلطة التنفيذية، بل تغولاً منها في بعض الأحيان على مبدأ البراءة للمواطن، وأداة لا يقتصر استخدامها لاختيار الأفضل سمعة وسيرة، بل رخصة لها من أجل أن يتم إستبعاد آخرين، وهو شرط شبيه لشرط درج استخدامه لسنوات طويلة في الوظيفة العمومية، تحت مسمى شرط السلامة الأمنية، الذي كان يصدر عن الجهات الأمنية.

يتساءل الباحث كيف لسلطة قضائية أن تقبل أن يكون معيار اختيار أعضائها، غير قابل للتحقق، ولماذا لم تأخذ بمعايير قانونية فقط، كاشتراط عدم محكوميته على جرائم مخلة بالشرف والأمانة، التي يعتقد الباحث أنها كانت كافية أن ترد كشرط قابل للتحقق منه، وان يتم حذف الشرط المتعلق بالسمعة.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لشخص القاضي الدستوري

حدد المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية العليا شروطاً خاصة، أوجب توفرها فيمن يولى القضاء الدستوري، إضافة للشروط العامة التي وردت في قانون السلطة القضائية، محدداً السن والفئات التي يكون قضاة المحكمة الدستورية من بينها، بأن لا يقل عمره عن 40 عاماً، ويكون من بين الفئات الآتية: :[104]

1- أعضاء المحكمة العليا الحاليون والسابقون ممن أمضوا في وظائفهم خمس سنوات متصلة على الأقل.

2- رؤساء محاكم الاستئناف الحاليون ممن أمضوا في وظائفهم سبع سنوات متصلة.

[104] المادة (4)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006.

3- أساتذة القانون الحاليون أو السابقون بالجامعات الفلسطينية أو الجامعات المعترف بها في فلسطين ممن أمضوا في وظيفة أستاذ خمس سنوات متصلة على الأقل، أو أستاذ مشارك أمضى عشر سنوات متصلة على الأقل.

4- المحامون الذين مارسوا مهنة المحاماة خمس عشرة سنة متصلة على الأقل.

بالنظر الى ما ورد من شروط خاصة، فيمن يولى القضاء الدستوري، بشأن فئة أساتذة القانون، وفئة المحامين، يرى الباحث أنها لا ترقى الى تصنيف الشروط الخاصة، حيث يغيب عنها التخصيص.

ففيما يتعلق بفئة أساتذة القانون، يتساءل الباحث لماذا لم يشترط أن تكون الخبرة الأكاديمية لأستاذة القانون، في مجال القانون الدستوري، لكون هذا المجال هو المُبتغى أن يقدم خبرته فيه، وإلا ما هي القيمة العلمية المرجوة لمن أمضى عشرة سنوات في التدريس الجامعي، دون أن يكون له أي دراسات وأبحاث محكمة مختصة بالقانون الدستوري، وليس فقط في مجال القانون، أو بالقضاء الدستوري.

وكذلك الأمر بالنسبة للمحامين، والذي اكتفى المشرع بشأنهم، بشرط ممارسة مهنة المحاماة لخمسة عشر عاما متصلة، حتى يكون مؤهلاً لعضوية هيئة المحكمة الدستورية العليا، وهنا يتساءل الباحث، هل فترة العمل هي المعيار، أم نوعية العمل؟ ويرى الباحث أن الفترة التي اشترطها المشرع قد لا تكون ذي علاقة، بالقضاء الدستوري، أو لا يكون أصلا قد مارسها من ناحية عملية، بل فقط مسجلاً لدى نقابة المحامين، وكان الأولى ربط شرط الخبرة العملية بأن تكون في مجال القضاء الدستوري، أو أن يكون قد ترافع أمام المحكمة العليا لفترة معينة، على سبيل المثال، بما يفيد بخبرته المتخصصة. وهذا ما أخذ به المشرع المصري، عندما اشترط فيما يخص فئة المحامين، أن يكونوا ممن اشتغلوا أمام محكمة النقض، والمحكمة الإدارية العليا، عشرة سنوات متصلة على الأقل.[105]

[105] المادة (4) قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم (48) لسنة 1979.

وبالعودة على ما ورد من شروط خاصة فيمن يولى القضاء الدستوري، يرى الباحث أن الشروط التي حددها المشرع، وما دام المشرع قد أصر على الأخذ بشرط الكفاية القانونية كان يجب أن تكون الشروط أكثر دقة، وتخصيص، وهو يحدد مواصفات أعضاء المحكمة الدستورية العليا، ولا سيما فيما يخص أساتذة القانون، والمحامين.

أولا: شرط السن

حاول المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية العليا أن يعالج ما غفل عن ذكره في قانون السلطة القضائية بشأن قضاة المحكمة الدستورية، بتحديد السن الواجب أن لا يقل عنه من يشغل وظيفة القضاء، فجاء على ذكره في بداية النص قبل أن يدخل بحصر الفئات، بأنه " يشترط فيمن يعين عضواً بالمحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، على ألا يقل عمره عن 40 عاماً"[106]

إن المشرع وهو يحاول معالجة شرط السن، بتحديد سن الأربعين لمن يشغل وظيفة القضاء الدستوري، الذي يختص بقضايا مصيرية، كان من الأفضل له لو رفعها الى سن الخمس وأربعين، لما تتطلب الوظيفة من خبرة، ولخصوصية وظيفة القضاء الدستوري وتبعات أحكامه، وعدم إمكانية الطعن عليها، الأمر الذي يتطلب العناية الفائقة في إصدارها، وذلك أسوة بالمشرع المصري الذي اشترط أن لا يقل عن خمس وأربعين سنة ميلادية[107]، رغم توافر التجربة العريقة بالقضاء الدستوري.

ثانيا: شرط الكفاية القانونية

لم يوضح القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (103) طبيعة الهيئة التي تتشكل منها المحكمة الدستورية، إن كانت قضائية تشترط الكفاية القانونية، أم يمكن إشراك العنصر السياسي فيها، وترك

---

[106] المادة (4)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006.

[107] المادة (4)، قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية ، رقم (48) لسنة 1979.

أمر تحديد شكل هيئة المحكمة وكيفية تشكيلها ومواصفات أعضائها الى القانون.[108] وان كان ضمناً، قد أخذ بنظام الهيئة القضائية، من خلال توكيل المحكمة العليا بمهام واختصاصات المحكمة الدستورية الى حين تشكيلها.

لكن التأكيد على طبيعة هيئة المحكمة الدستورية العليا، بأنها "هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها "[109]، ظهر عندما ورد بالنص إشتراط الكفاية القانونية لقضاتها، طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية،[110]وبحصرهم بأن يكونوا من بين فئات القضاة الحاليون والسابقون، وأساتذه القانون الحاليون أو السابقون بالجامعات المعترف بها، من حملة درجة الأستاذية، والمحامون:[111]

يتضح أيضاً مما ورد من شروط، أن المشرع الفلسطيني في نصه على تشكيل المحكمة الدستورية العليا قد استبعد العنصر السياسي لمن يتم تعيينهم قضاة للمحكمة الدستورية، عندما قصر تشكيل المحكمة الدستورية العليا على القضاة العاملين، والسابقين، وممن يحملون درجة الأستاذية في القانون، وكبار المحامين، مع تحديد الشروط الخاصة بكل فئة من تلك الفئات.[112]

إن البحث في مسألة الكفاية القانونية لأعضاء المحكمة الدستورية، يقوم على أساس السؤال عن طبيعة الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية، إن كانت رقابة قضائية أم رقابة سياسية، أم الاثنين معاً ؟ وهو سؤال طالما أثار خلافاً لا زال قائماً بشأن طبيعة الرقابة التي تمارسها المحكمة.

---

[108]المادة (2/103)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدلة لسنة 2003: " يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإتباع، والآثار المترتبة على أحكامها".

[109]المادة (1)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006.

[110]المادة (16)، قانون السلطة القضائية ، رقم (1) لسنة 2002: يشترط فيمن يولى القضاء: 1- أن يكون متمتعا بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية. 2- أن يكون حاصلا على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها. 3- ألا يكون قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام. 4- أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة ولائقا طبيا لشغل الوظيفة. 5- أن ينهي عضويته عند تعيينه بأي حزب أو تنظيم سياسي. 6- أن يتقن اللغة العربية.

[111]المادة (4)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006.

[112]فتحي الوحيدي، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، سلسلة التقارير القانونية (60)،رام الله- فلسطين، 2005، ص(11).

تختلف أشكال الرقابة على القوانين والأنظمة، من نظام منح المحكمة الدستورية العليا إختصاص الرقابة القانونية الخالصة، وإشترط لأجلها الكفاية القانونية لأعضاء المحكمة الدستورية، ومنها النظام الفلسطيني، مبرراً موقفه بأن التشريعات تصدر عن جهة سياسية، وهم النواب، وبذلك فإن المطلوب هو فحص ضمان التزام التشريعات بالدستور، وبين أنظمة أخرى أخذت بنظام الرقابة السياسية، كالمحكمة العليا الأميركية، الذي يعتقد أن الجهة المصدرة للتشريع لا يمكن أن تكون بهذه السذاجة، وتصدر تشريعات مخالفة لأحكام الدستور، وحتى لو كانت كذلك، فإنها تستطيع إخفاءها.[113]

تتميز الرقابة السياسية بأنها وقائية لمخالفة دستورية ستقع حال تطبيق النص التشريعي المخالف للدستور، وفي نظر مؤيديها بأنها الأكثر فاعلية لتفادي أي آثار من جراء الحكم بعدم الدستورية في حال كانت الرقابة لاحقة، فيما كانت الانتقادات كثيرة موجهة للرقابة القضائية، ومنها أنها تتعارض مع مبدأ فصل السلطات، ومبدأ سيادة الأمة، وتعطل عمل الديمقراطية، وتجر القاضي الى حقل السياسة، إلا أنها أثبتت قدرتها على حماية الشرعية الدستورية، واستقرار قدسية الأحكام الدستورية في الضمير والوجدان.[114]

يعتقد الباحث أن رقابة المحكمة الدستورية هي رقابة قضائية وسياسية معاً، الأمر الذي يستدعي ضم العنصر السياسي لهيئة المحكمة، وعدم الإبقاء على شرط الكفاية القانونية، ولاسيما أن المستهدف الأكبر لأحكام المحكمة الدستورية، هي الحقوق والحريات العامة للأفراد، وغالباً ما تكون سياسية.

ويرى الباحث أن مهمة رقابة دستورية للقوانين، والهدف الذي من أجله تم تشكيل المحكمة الدستورية العليا، بأن تصون الحقوق وتحمي الحريات العامة، وتضمن عدم تغول أي من السلطات الثلاث على حقوق الأفراد، ومن أجل حماية الدستور، ولكون الأمر لا يقتصر فقط على نصوص جامدة، فان

---

[113] عبد العزيز سالمان، مرجع سابق، ص (219-221).

[114] عبد العزيز سالمان، مرجع سابق، ص (231-239).

التكوين الخاص للمحكمة الدستورية ينبغي ألا يهمل العنصر السياسي، الذي يجيد قراءة بواطن النصوص، وما كانت ترمي إليه عندما تم إقرارها، وما هي مقاصدها.

ويعتقد الباحث أيضاً أن وجود العنصر السياسي في هيئة المحكمة الدستورية يشكل دعامة مهمة للفئة صاحبة الكفاية القانونية، لما يتمتع من معارف سياسية، وخبرات لا تقل أهمية عن المعرفة القانونية المتطلبة، والتي تعتبر ذات دور أساسي في الوصول إلى الحكم المنشود، الحافظ للاستقرار، وللمصلحة العامة التي تُعتبر هدفاً رئيسياً للدستور.

كما تختلط في الرقابة الدستورية الاعتبارات القانونية بالاعتبارات السياسية، الأمر الذي يتطلب إدراكاً خاصاً وفهماً للمسألة الدستورية، وتقديراً لمختلف الاعتبارات التي تكتنف وضع التشريع سواء من الناحية القانونية، أو من ناحية البواعث التي قد لا تتضح للقضاة غير المتابعين للعمل السياسي، وهذا لا يتقنه إلا المتخصص والممارس في الدراسات الدستورية.[115]

إن ما يطرحه الباحث من فكرة إدخال العنصر السياسي لا يعني بالضرورة أن لا يكون أعضاء المحكمة الدستورية من غير الدارسين للقانون، ولكن يمكن أن لا تنطبق عليهم الشروط التي ورد ذكرها، ولكنهم من ذوي الخبرة السياسية التي تحتاجها هيئة المحكمة، وهي تمارس وظيفتها الرقابية على دستورية القوانين، وفحص مدى احترامها للحقوق والحريات، وما ورد النص عليه من مبادئ وقيم في ديباجة القانون الأساسي، وكذلك قراءة بواطن النصوص، ومقاصد المشرع.

وكان المشرع الأردني رغم أخذه بنظام الهيئة القضائية، إلا أنه أدخل العنصر السياسي، عندما إشترط أن يضم تشكيل المحكمة الدستورية أحد أعضاء مجلس الأعيان، الذين اسماهم بالمختصين الذين تنطبق عليهم شروط العضوية في مجلس الأعيان.[116]

---

[115] محمد الحاج قاسم، مرجع سابق، ص (266).

[116] نعمان احمد الخطيب، البسيط في النظام الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان– الأردن، ط1، 2014، ص(296).

وكذلك المشرع الصومالي كان من السباقين بين أقرانه في الأنظمة المقارنة، عندما تبنى في دستوره الاتجاه القاضي بالأخذ بالعنصر السياسي في تشكيله للمحكمة الدستورية، عندما نص على أن يصدر القرار في مسألة دستورية القانون من المحكمة العليا مشكلة من المحكمة الدستورية مع عضوين إضافيين، يصدر بتعيينهما قرار من رئيس الجمهورية، بناءً على اقتراح من مجلس الوزراء لمدة ثلاث سنوات، وعضويين آخرين ينتخبهما المجلس الوطني بالأغلبية المطلقة لنفس المدة.[117]

وكانت قد أخذت العديد من الدول الاتجاه القاضي بادخال العنصر السياسي في هيئات المحاكم الدستورية، ومنها تشيكوسلوفاكيا، حيث نصت في دستورها الصادر عام 1920 على تشكيل المحكمة الدستورية من سبعة أعضاء من المختصين في مجال القانون، يتم تعيين عضوين منهم من قبل المحكمة الإدارية العليا، وعضوين آخرين من قبل محكمة التمييز، بينما يعين رئيس الجمهورية رئيس المحكمة، بالإضافة لعضوين آخرين.

وكذلك دستور النمسا الصادر عام 1919 الذي نص على أن المحكمة الدستورية تتشكل بقرار من رئيس الجمهورية بناءً على ترشيح الحكومة لنصف الأعضاء، والنصف الآخر بترشيح من البرلمان، فيما أعطى الدستور الألماني الصادر عام 1949 صلاحية اختيار أعضاء المحكمة للبرلمان.[118] فيما حدد المشرع الأميركي خمسة طرق أساسية لإختيار القضاة على مستوى الدولة: الجدارة، الانتخابات غير الحزبية، والانتخابات الحزبية، وتعيين الحاكم، وتعيين التشريعي.[119]

وبعد ثورة تونس ومصادقة برلمانها على دستوره الجديد، جاء النص فيه على أن المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من إثني عشر عضواً، من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين

---

[117] المادة (99) دستور جمهورية الصومال الديمقراطية لسنة 1960.

[118] عادل طالب الطبطبائي، الطبيعة القانونية للمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي وعلاقتها بتكوين المحكمة الدستورية، جامعة الكويت،الكويت،1984،ص(126-127)

[119] Fiona O'Connell & Ray McCaffrey, Judicial Appointments in Germany and the United States, Northern Ireland Assembly,2012, p.4.

بالقانون، الذي لا تقل خبرتهم عن عشرين سنة، يعين كل من رئيس الجمهورية ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء أربعة أعضاء.[120]

يتضح مما سبق أن إدخال العنصر السياسي في تكوين هيئة المحكمة الدستورية، من خلال إشراك كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية باختيار هذا العنصر، دون أن يؤثر ذلك على إستقلال المحكمة، أو يجعلها تابعة للجهات التي تساهم في اختيار أعضائها، ليس بالأمر الجديد، أو الغريب.[121]

ثالثا: شرط التفرغ

جاء المشرع الفلسطيني بنصه على التفرغ للقاضي الدستوري على إطلاقه، عندما حظر على عضو المحكمة الدستورية العليا أن يتولى أي وظيفة أخرى، عندما نص :"أنه لا يجوز لعضو المحكمة الدستورية أن يتولى أي وظيفة أخرى، أو أن يمارس نشاطاً تجارياً، أو سياسياً، أو حزبياً"، بل حظر عليه أيضا ممارسة أي نشاط سياسي، عندما أوجب إذا كان منتمياً لأي حزب الاستقالة قبل حلف اليمين القانونية.[122]

يعتقد الباحث أن المشرع الفلسطيني وهو يشترط التفرغ الكامل للقاضي الدستوري، قد وافقه الصواب لعديد من الأسباب، وفي مقدمتها ما يتعلق بسمو المهمة المناطه بالقاضي الدستوري، وما يتطلب منه، من دوام المثابرة في الدراسة، والبحث الدائم في القانون والقانون المقارن، الأمر الذي يتطلب تشجيعه على التفرغ لوظيفة القضاء، دون الانشغال عنها بأية أعمال أخرى، ولا سيما أن التكاليف المادية اللازم توفيرها لتفرغ القاضي الدستوري، ولهذا الجسم المهم والحساس في الدولة، لن يثقل على خزينة الدولة.

---

[120] كامل السعيد، مرجع سابق ، ص (87).

[121] عادل طالب الطبطبائي، مرجع سابق، ص(129).

[122] المادة (6)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

حيث أن القاضي الدستوري وما يقوم به من وظيفة حساسة، لا ينبغي أن يكون مرتبطاً بأي مصالح، أو تأثيرات اقتصادية تنال من حكمه أو تؤثر عليه.

المشرع الأردني أيضا جاءت نصوصه متشددة أكثر من المشرع الفلسطيني، عندما جاء نصه تفصيلياً، محاولاً فيها أن تشتمل على كافة الوظائف والأعمال، لدرجة أنه بالغ بتعداد الأنشطة والوظائف التي يُحظر على قاضي المحكمة الدستورية ممارستها إلى جانب وظيفته.[123]

وفي موقف وسطي كان موقف المشرع الكويتي الذي جمع بين شرط التفرغ وبين حظر ممارسة أي وظيفة أخرى غير القضاء على أعضاء المحكمة الدستورية، وذلك عندما جعل وظيفتهم في المحكمة الدستورية إلى جانب وظيفتهم الأصلية، التي حصرها بأن تكون إما في محاكم التمييز، أو في محاكم الاستئناف العليا، عندما نص على: "ويقوم أعضاء المحكمة الأصليون والاحتياطيون بعملهم بها إلى جانب عملهم الأصلي بدائرة التمييز، أو محكمة الاستئناف العليا ".[124]

[123] المادة (8)، قانون المحكمة الدستورية الأردنية، لسنة 2012 : "على العضو التفرغ الكامل لأعمال المحكمة، ولا يجوز له أن يكون موظفا في القطاع العام، أو الخاص، أو إشغال أي منصب لدى أي منهما، أو ممارسة أي عمل أو نشاط تجاري، كما لا يجوز له أن يكون عضواً في مجلس إدارة أي شركة، أو هيئة مديريها، أو رئيسا، أو عضواً في مجلس إدارة، أو مجلس أمناء أي مؤسسة عامة أو خاصة، أو أن يقوم بأي عمل لصالح أي جهة، مهما كانت صفتها، أو أن يكون منتسباً لأي حزب".

[124] المادة (2)، قانون المحكمة الدستورية الكويتية رقم (14) لسنة 1973.

المبحث الثاني: آثار سلطات القاضي الدستوري

تختلف الأنظمة القانونية في تحديد طبيعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، حيث أخذ بعضها بالطبيعة الكاشفة وبالتالي بالأثر الرجعي للأحكام، وذلك إعتماداً على أن الحكم الدستوري يكشف عن العيب الذي لحق بالنص التشريعي منذ ولادته، وبالتالي فانه لا يجوز التمسك بما بُني عليه، وما رتب من مراكز قانونية وبالتالي يتم التعامل معه كأنه لم يكن.

فيما أخذت أنظمة أخرى بالطبيعة المنشئة، والتي ترتب الأثر المباشر المستقبلي للأحكام الدستورية، على أساس أن المراكز القانونية التي قامت، كانت بناءً على أساس قانوني، وبالتالي فان الإبطال للنص التشريعي بعد الحكم بعدم دستوريته يجب أن يكون منذ تاريخ النشر، وليس بأثر رجعي.

في المطلب الأول سيتم دراسة طبيعة الحكم الدستوري التي اخذ بها المشرع الفلسطيني، وما أنتجت من توسع في سلطات القاضي الدستوري، وكذلك حجيتها على السلطات كافة والأفراد، في الطلب الثاني.

المطلب الأول: طبيعة الحكم الدستوري

أخذ المشرع الفلسطيني بالاتجاه الذي يقول بأن الحكم الدستوري، هو ذات طبيعة كاشفة، وليس منشئه، الأمر الذي إنعكس تلقائيا على النطاق الزماني لسريان الحكم الدستوري، ووفق ما جاء النص عليه في المادة (3/25) قانون المحكمة الدستورية العليا، بأنه "عند الحكم بعدم دستورية أي عمل يعتبر محظور التطبيق، وعلى الجهة التي قامت به تصويب الوضع وفقاً لأحكام القانون الأساسي والقانون ورد الحق للمتظلم أو تعويضه عن الضرر أو كلاهما معاً".[125]

[125] المادة (3/25)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3)، لسنة 2006.

يتضح من خلال ما ورد في المادة (3/25)، أن المشرع الفلسطيني وهو يمنح اختصاص الرقابة الدستورية للمحكمة الدستورية العليا، قد وسع من سلطات القاضي الدستوري في تحديد نطاق سريان تنفيذ الحكم الدستوري، غير مكتفٍ بمنحه اختصاص الكشف عن عدم الدستورية، وإبطال النص المحكوم بعدم دستوريته، بل توسع ليصل النطاق الزماني لسريان الحكم بأثر رجعي الى تاريخ صدور النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته، ومطالبة المتسبب بالضرر أن يعيد الحق للمتظلم.

رغم أن القاعدة العامة تقضي بأن الأحكام القضائية تسري أثارها الى المستقبل، إلا أن المشرع الفلسطيني أخذ بالاستثناء عليها، عندما أخذ بالطبيعة الكاشفة، وبالأثر الرجعي للأحكام بعدم الدستورية، ويرى الباحث في ذلك توسعاً غير محمود، وما كان ينبغي عليه أن يتعدى حدود الأثر المباشر(المستقبلي) للحكم الدستوري، ولا يعود بأثر رجعي كنطاق لحكمه.

يرى الباحث أيضا فيما أورده المشرع من نص يحدد أثار الحكم بعدم الدستورية "لتصويب الوضع وفقاً لأحكام القانون الأساسي والقانون ورد الحق للمتظلم أو تعويضه عن الضرر أو كلاهما معا"[126]، بأن النص جاء مرتبكاً، وهو يحاول من خلاله تبني نظام الأثر الرجعي للحكم الدستوري، أن يحافظ على حقوق الأفراد، لكنه بذات النص أبقى تحديد مسألة رد الحق أو التعويض عن الضرر سلطة تقديرية للقاضي.

إن الإشكالية فيما أخذ به المشرع الفلسطيني، تكمن فيما أخذ به من نظام الرجعية لأحكامه، وهو أمر ليس من السهولة تطبيقه أو تحقيقه، رغم كل ما يعكس من عدالة في ظاهره للمضرور، حيث أن العودة بالحكم الدستوري بأثر رجعي سيظهر أن حقوقاً كثيرة قد يتم المساس بها لسريان ذلك التشريع

[126] المادة (3/25)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3)، لسنة 2006.

المعيب، الذي تم الاستناد إليه كنص تشريعي دستوري في حينه، ولكنها اليوم تتعرض للهدم، بعد زمن طويل من قيامها، ولم تتحرك طيلة الوقت الرقابة اللاحقة لمهاجمته.[127]

وفيما يتعلق بالأحكام الجنائية، فان الحكم بعدم الدستورية لا يكون تطبيقه إلا بطريقة وقف التنفيذ للعقوبة، ولن يكون بالإمكان العودة بالحكم بأثر رجعي، وذلك لإستحالة إعادة حاله المتضرر كما كانت عليه، لكون الأمر يتعلق بحجز الحرية.[128]

ورغم أن قانون المحكمة الدستورية العليا يعتبر الى حد كبير ناسخاً لقانون المحكمة الدستورية المصرية، إلا إنه إختلف معه في طبيعة الأثر للحكم الدستوري، حيث أخذ المشرع المصري بالأثر المباشر عندما نص على " يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر أسبق"[129]

يتساءل الباحث عن امتناع المشرع الفلسطيني من الاستفادة من حكمة المشرع المصري، الذي أخذ بعين الاعتبار مخاطر العودة للأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وفي ذات الوقت أبقى المجال أمام المحكمة لتحديد تاريخ أسبق يمكن أن يعود بأثر رجعي، كلما كان ذلك ممكن التحقق.

أوضح التطبيق العملي أن الأخذ بالأثر المباشر للحكم الدستوري، من قبل العديد من الأنظمة، ومنها المصري، جاء لكون قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم دستوريته، لا يمكن أن تنطبق على جميع الحالات، وذلك لاصطدامها باعتبارات واقعية تمنعه، ولما يمكن أن يلحق تطبيق الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية من أضراراً مادية ومعنوية، ويتسبب بإشكالات قانونية، أكبر من ما يمكن تحقيقه من فائدة، أو مصلحة، ولا سيما إذا ما كانت إثارة عدم الدستورية قد طُرحت بعد سنوات من دخول

---

[127] يوسف عيسى الهاشمي، مرجع سابق ، ص(501).

[128] اشرف عبد القادر قنديل، مرجع سابق ،ص (207-208).

[129] المادة (49)، قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية، رقم 48 لسنة 1979.

التشريع حيز النفاذ، وتكون قد ترتبت للأفراد والمؤسسات مراكز قانونية، يصعب هدمها، والعودة بها إلى تاريخ بدء العمل بالقانون المحكومة بعدم دستوريته.[130]

الفقيه النمساوي كلسن[131]، رأى بشأن الأخذ بالأثر المباشر، ومفاده أن النظام القانوني من وجهة نظره، هو نظام اختصاصات مستمدة جميعها من مصدر واحد تقوم على أساسه صحيحة كل القواعد، لضمان سلامتها ووحدتها المنطقية.[132]

إن القواعد التي تشكل النظام القانوني لا يمكن أن تكون باطلة منذ قيامها، لكن يمكن ان تكون قابلة للإلغاء، أو الإبطال مستقبلاً، وبالتالي فان الحكم بعدم دستوريتها يكون حكما منشئاً، وليس تقريرياً، دون أن يمنع المحكمة أن تقرر إستثناءً على الأصل، بتقرير اثر رجعي في حالات معينة.[133]

إن تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وإن كان يحقق مصلحة المدعي، للاستفادة من الحكم، إلا أن التسليم بإطلاقه من شأنه أن يؤثر على الحقوق المكتسبة، والمراكز القانونية، التي إستقرت في ظل القانون الذي لم يكن محكوماً بعد بعدم دستوريته، الأمر الذي يتسبب في حدوث إشكالات قانونية أكثر من مما قد يؤدي إليه بقاء آثار القانون المخالف للدستور، وبالتالي المساس بالأوضاع والحقوق والمراكز التي ترتبت عليه أو تلت صدوره طيلة السنوات الماضية، ولا سيما إذا ما تراخت الإثارة للمسألة الدستورية لسنوات طويلة بعد تنفيذ القانون المعيب.[134]

وكان الفقه قد آثار تساؤلاً حول مدى جواز تقييد الأثر الرجعي في الحكم بعدم الدستورية، إستناداً إلى المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، وهو ما قد تم تسميته بمبدأ الأمن القانوني، حيث ذهب جانب من الفقه إلى اقتراح أن تأخذ السلطات العامة المختصة، وهي تعمل الأثر الرجعي للحكم بعدم دستوريته

---

[130] يوسف عيسى الهاشمي، مرجع سابق ، ص(523).

[131] الفقيه لنمساوي هانز كالسن Hans Kelsen هو مؤسس نظرية التدرج الهرمي للقواعد القانونية..

[132] رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مطبعة أوال، 2003، ص (430).

[133] رمزي الشاعر، مرجع سابق، ص (431).

[134] يوسف عيسى الهاشمي، مرجع سابق ، ص(496).

بالضوابط التي أقرتها المحكمة الدستورية العليا في مصر لتقييد الأثر الرجعي، والتي تتمثل في أن يُستثنى من الأثر الرجعي للحكم بعدم دستوريته، الحقوق والمراكز التي تكون قد إستقرت عند صدور الحكم، لكونه قد حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة التقادم، وذلك فيما عدا الأحكام الجنائية التي قد صدرت بالإدانة إستناداً إلى النص المقضي بعدم دستوريته، التي تعتبره كأن لم يكن، حتى لو حاز قوة الأمر المقضي.[135]

وفقاً للاتجاه الآخذ بالطبيعة المنشئة، فان سلطة الحكم بعدم الدستورية تطال النص التشريعي المطعون عليه، بالإلغاء من تاريخ نشر الحكم، دون أن تمس الآثار التي ترتبت بناءً عليه، خلال الفترة السابقة التي ترتبت منذ صدوره، بل يبقي على المراكز التي نشأت خلال تلك الفترة، واعتبارها صحيحة.[136] إن عدم المساس بالآثار التي ترتبت في فترة سريان النص التشريعي المحكوم بعدم الدستورية، إنما يحقق الأمن القانوني، ويضمن الاستقرار للمراكز القانونية، ولا يتسبب بزعزعة الاستقرار القانوني، الأمر الذي يستوجب بقاء تطبيقات القانون غير الدستوري بالنسبة للماضي، حيث أن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون عليه، لا يجب أن تنتقص من حقوق آخرين ما لم تكن محكومة بعد بعدم دستوريتها، ويتمتع أصحابها بمراكز قانونية، لا ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية.[137]

يرى الباحث أن مبدأ الأمن القانوني كان يجب أن يبقى حاضراً فيما سلكه المشرع من تشريع للمحكمة الدستورية العليا، آخذاً بعين الإعتبار نتيجة أحكامها وآثارها، فيما يخص إلغاء أي من النصوص التشريعية، أو إبطال أي من تصرفات سلطات الدولة.

---

[135] يوسف عيسى الهاشمي، مرجع سابق، ص (509-510).

[136] مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودورة في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد،2009، ص (91-94)

[137] أحمد فتحي سرور، مرجع سابق ، ص(318).

إن مبدأ الأمن القانوني يعتبر أحد الشروط التي تحقق قيام وإستقرار دولة القانون، وهذا يعني بالضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة، بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، من أشخاص قانونية عامة وخاصة،[138] ولكن حتى يتحقق هذا المبدأ، فان أحد شروطه الرئيسة، هو عدم رجعية القوانين من حيث النطاق الزمني لتطبيقها.[139]

بالرغم من أهمية إعمال مبدأ المساواة أمام القانون، يرى الباحث أن الأخذ بمبدأ الأثر الرجعي على إطلاقه، لإزالة ما ترتب على أساس نصوص تشريعية تم الحكم عليها بعدم الدستورية، إنما يهدد مبدأ الأمن القانوني، والسلم المجتمعي، ويتعارض مع القاعدة الفقهية "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"، ولا سيما أن التصرفات عندما قامت كانت وفق القانون.

يعود الموقف في عدم صوابية إطلاق الأثر الرجعي على الأحكام الدستورية، بأن العيب بعدم الدستورية يمكن أن لا يكون فقط ناشئ عن مخالفة النص التشريعي للدستور عند صدوره (العيب الأصلي)، بل يمكن أن يكون العيب بعدم الدستورية قد لحق به بسبب مخالفته لأحكام دستور جديد، أو للتعديلات التي وردت على الدستور القائم، وهو ما يُسمى بعيب الدستورية الطارئ، الأمر الذي يستدعي تحديد الوقت الذي يبدأ منه إعمالاً للأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية للنص التشريعي.[140]

---

[138] يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد3، السنة الاولى، تموز 2003 ،ص(51-52.)

[139] مصطفى بن شريف، الأمن القانوني والأمن القضائي، مقال منشور على موقع هيبريس، http://www.hespress.com/writers/74156.html تاريخ الزيارة 2016/11/5، الساعة 6:40 PM

[140] رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص (858- 859).

المطلب الثاني: حجية الحكم الدستوري

تحوز الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا حجية مطلقة، وفقاً للنظام القانوني الفلسطيني، وهي أحكام نهائية وغير قابلة للطعن،[141] ومُلزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة، ويحتج بها في مواجهة الكافة.

المشرع الفلسطيني وفق ما نص عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا، أوضح بشأن الحجية للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية، بأن أحكامها وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن، وأحكامها وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة، وفي حال قررت المحكمة الدستورية أن النص موضوع المراجعة مشوب كلياً أو جزئياً بعيب عدم الدستورية توضح ذلك بقرار مُعلل يرسم حدود عدم الدستورية، والنص الذي تقرر عدم دستوريته يُعتبر في حدود قرار المحكمة الدستورية محظور التطبيق، وإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جزائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة إستناداً إلى ذلك النص محظورة التطبيق، ويقوم رئيس المحكمة بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء المقتضى القانوني اللازم.[142]

يتبين من خلال ما نص عليه المشرع الفلسطيني، فيما يخص حجية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية :

1- أن الحكم بعدم الدستورية هو ذو حجية عامة ومطلقة على جميع سلطات الدولة (التشريعية، التنفيذية، والقضائية)، وعلى الكافة.

---

[141] المادة (40)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3)، لسنة 2006.

[142] أنظر المواد (40،41،42،43)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3)، لسنة 2006.

2- أن المشرع قد حسم أمر عدم جواز إثارة النزاع من جديد في المستقبل، فيما يتعلق بالقضية المثارة ويحكمها ذلك القانون، حاسماً الخصومة حسماً قاطعاً، مانعاً من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنها.

3- أن الحكم بعدم الدستورية يجب أن يبين الحدود لعدم الدستورية في النص.

4- أن الحكم يجب أن يكون مُسبباً.

5- في حال تعلق الحكم بعدم الدستورية بنص جزائي، تُعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص محظورة التطبيق.

ليست المحكمة الدستورية فقط، بل المحاكم بكافة أنواعها ودرجاتها، لا تباشر الفصل في الدعوى المقدمة إليها، قبل أن تتأكد من الشروط الشكلية في الدعوى، ثم لتتأكد أن كانت تندرج ضمن اختصاصها أم لا، ليكون قرارها في النهاية، واحداً من الاحتمالات التالية:[143]

1- الحكم برد الدعوى شكلاً: ويكون ذلك عندما تفتقر الدعوى لأحد الشروط الواجب توفرها، كالصفة، أو المصلحة، أو الميعاد.

2- الحكم بعدم الاختصاص: بأن تقدم للمحكمة دعوى ليس من اختصاص المحكمة النظر فيها، وفقا لما حددها المشرع في قانونها.

3- الحكم برد الدعوى لتقرر دستورية النص محل الطعن: ترد المحكمة الدعوى في حال إن كانت قد فصلت في النص المطعون عليه موضوعا، في وقت سابق، وقضت بشأنه، انه نص دستوري.

4- الحكم بقبول الدعوى والفصل فيها، إن وجدت أن النص المطعون عليه غير دستوري.

[143] ازهار هاشم احمد الزهيري، مرجع سابق، ص(252-254).

لكن ونحن نبحث في الحجية للأحكام الدستورية ينبغي التمييز بين الأحكام بعدم الدستورية، التي تتمتع بحجية مطلقة، وملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة، وبين الأحكام الصادرة بتقرير الدستورية للنص المطعون عليه، التي تتمتع بحجية نسبية قاصرة على أطرافها، بما يمكن جواز إعادة إثارة المسألة الدستورية، وسبق الفصل فيها بين خصوم آخرين.[144]

الفرع الأول: حجية الحكم الدستوري على السلطات

نص المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية العليا، صراحة على الإلزام لجميع السلطات، بما يصدر عن المحكمة الدستورية العليا من أحكام،[145] إنتظاماً ودورها في حماية مبدأ الشرعية الدستورية في الدولة، ولضمان العمل بقاعدة تراتبية القواعد القانونية، التزاماً ونظرية السمو، ونص المشرع أيضا على أن أحكامها نهائية، وغير قابلة للطعن فيها،[146] بأي من طرق الطعن، الأمر الذي يرتب أثراً لأحكامها، بما يقضي بالحجية المطلقة، ليجعل النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته، كأن لم يكن، بعد أن يتم وقف العمل به، وكذلك أي أعمال صدرت بشكل مخالف لأحكام القانون الأساسي، تصبح محظورة التطبيق.

1- حجية الحكم الدستوري على السلطة التشريعية

تحوز حجية الحكم الدستوري على السلطة التشريعية حجية مطلقة، وذلك وفقاً لطبيعة الأحكام الدستورية، بأنها نهائية لا تقبل الطعن عليها، ونتيجة للحكم بعدم الدستورية، تغدو القوانين الصادرة عنه غير قانونية.

---

[144] عبد الله ناصيف، حجية وأثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص(32).

[145] المادة (41) ، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

[146] المادة (40) ، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

تعتبر الحجية المطلقة للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، نتيجة منطقية، وذلك للطبيعة العينية لدعوى الدستورية، والتي يتم من خلالها مهاجمة النص المطعون عليه بعدم الدستورية، ولهذا تأتي الأحكام الصادرة بعدم الدستورية، ملزمة للمحكمة الدستورية ذاتها، ومن ثم لجميع السلطات، ومنها السلطة التشريعية.

إن السلطة التشريعية وهي واحدة من السلطات الثلاث، محكومة بعملها وتصرفاتها، لأحكام الدستور، التزاماً بمبدأ الشرعية الدستورية، وهذا ما يقتضي أن تلتزم السلطة التشريعية بكل ما يصدر عنها بما لا يتعارض مع الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية.[147] بما يعني أن تكون النصوص التشريعية الصادرة عنها، والمحكومة بعدم الدستورية، كأنها لم تكن، وتُنزع عنها أي صفة قانونية.

إن المشرع عندما منح السلطة التشريعية إختصاص التشريع، لم يكن ذلك مطلقاً، دون رقابة، أو ضوابط، بل وضع لها جهة رقابية تتمثل بالمحكمة الدستورية، التي يقوم لها الاختصاص بحماية الدستور من أي مخالفة لأحكامه، انطلاقا من قاعدة السمو للدستور، بإبطالها، دون أن يبحث في أي من منافع، أو مضار التشريع.[148]

ولا ينحصر دور القاضي الدستوري في إبطال التشريعات في حال مخالفة نصوصها للقيود الموضوعية، ولمجاوزتها حرفية النصوص الدستورية، بل قد يتم إبطالها، في حال خروجها على نطاق التشريع كله، إلى نطاق آخر جعله الدستور لسلطة أخرى.[149] كما يقع باطلاً في حال خروج المشرع عن مبدأ الهرمية، بتجاوزه للإجراءات والمرجعيات الواجب الالتزام بها أثناء إصداره للتشريعات، بمعنى أن رقابة القاضي الدستوري على ما يصدر من قوانين، لا تقتصر على مضمونها فقط، ومدى

---

[147] احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص(29) .

[148] المادة (47)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

[149] رمزي طه الشاعر، مرجع سابق ،ص (728) .

احترامها للدستور، وتطبيقها لمبدأ الهرمية المحكوم بالدستور، بل تمتد أيضاً الرقابة الدستورية أيضا إلى البيئة القانونية التي تصدر فيها القوانين، من حيث الإجراءات التي اشترطها القانون للمرور بها، وأوجب على المشرع الالتزام بها.

المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية، كانت في تطبيق عملي على حجية الأحكام بعدم الدستورية، على السلطة التشريعية، قد قضت بعدم دستورية قانون السلطة القضائية، رقم (15) لسنة2005، المنشور في العدد (60) من الوقائع الفلسطينية، والمطعون عليه من قبل جمعية المحامين العرب من أجل حقوق الإنسان، وجاء في حيثيات الحكم، "أن القانون المطعون به، جاء مخالفاً لنص المادة (100) من القانون الأساسي والتي نصت على أن ينشأ مجلس القضاء، ويبين القانون طريقة تشكيله واختصاصه، وقواعد سير العمل فيه، ويُؤخذ رأيه في مشروعات القوانين، التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية، بما في ذلك النيابة العامة، إلا أن المجلس التشريعي قام بمناقشة القانون، وإقراره بالقراءات الثلاث، دون أن يأخذ رأي مجلس القضاء الأعلى فيه".[150]

وقالت المحكمة في حكمها أن السلطة القضائية تبقى في حماية القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، وقانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، وأن ما صدر من قانون يحمل رقم (15) لسنة 2005، هو بمجمله قانون غير دستوري، لمخالفته بصفة أصلية نص المادة (100)،[151] من القانون الأساسي لسنة 2003، ولإحتوائه على نصوص قانونية مخالفة لأحكام الدستور، مما يتعين القضاء بعدم دستوريته وإعتباره كأن لم يكن.[152]

---

[150]منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي)، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، تاريخ الزيارة 2016/10/31، الساعة :11:00 AM، http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ShowDoc.aspx?ID=52113

[151]المادة (100)، القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 : "ينشأ مجلس أعلى للقضاء ويبين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته، وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية بما في ذلك النيابة العامة".

[152]منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي)، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، تاريخ الزيارة 2016/10/31، الساعة :11:00 AM، http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ShowDoc.aspx?ID=52113

من خلال ما ورد في حكم المحكمة العليا بصفتها الدستورية، فانه بالإضافة لما ورد من مخالفة نصوص القانون الذي تم إبطاله، وحتى لو لم ترد تلك المخالفات، فان القانون المذكور قد خالف القواعد الإجرائية التي أحاط بها إقرار القانون، والتي عينها القانون الأساسي لأخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية، وهي مجلس القضاء الأعلى.

بالتالي فان دور القاضي الدستوري لا يقتصر على تفحص مطابقة مضمون النص التشريعي مع أحكام الدستور، بل يتفحص أيضا ما إذا كان هذا القانون قد مر بالإجراءات والمراحل التي اشترطها والمتعلقة بآلية التشريع، وهو ما اصطلح على تسميته بالرقابة الدستورية الخارجية للقوانين.[153] حيث أن القانون يكون محل إبطال، أو إلغاء لمخالفه شكلية، كعيب الاختصاص، أو الإجراءات الواجب إتباعها أثناء إصدار التشريعات، لتصبح قانوناً صحيحاً.

وكانت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد قالت في حكم لها بشأن الرقابة الدستورية على النصوص التشريعية، "أن الأصل في الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص التشريعية، أنها رقابة شاملة، تتناول كافة المطاعن الموجهة إليها أياً كانت طبيعتها، وأنها بالتالي لا تقتصر على العيوب الموضوعية التي تقوم على مخالفة نص تشريعي لقاعدة واردة في الدستور، وإنما تمتد هذه الرقابة وبوصفها رقابة مركزية قصرها الدستور والمشرع كلاهما على هذه المحكمة إلى المطاعن الشكلية التي تقوم في مبناها على مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور، سواء في ذلك ما كان منها متصلاً باقتراح النصوص التشريعية، أو إقرارها أو إصدارها، حال انعقاد السلطة التشريعية".[154]

---

[153] أمين عاطف صليبا ، مرجع سابق ، ص(268)

[154] مجدي المتولي، مرجع سابق، ص (21–22).

لكن ما كان مختلفاً في التشريع الفلسطيني في نطاق توسيع سلطات القاضي الدستوري، ما جاء بالنص عليه في قانون المحكمة الدستورية "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".[155] وهو بذلك يجاوز سلطته المعتادة في مختلف التشريعات في القانون المقارن، من النظر والبت في النصوص التشريعية الى ما هو واجب على السلطات.

يرى الباحث أن مطالبة القاضي الدستوري لجهة الاختصاص، سواء كانت السلطة التشريعية، أو أي جهة ذات اختصاص تشريعي بتعديل ما صدر عنها من تشريع، ليكون وفقاً لأحكام القانون الأساسي، وفقا للنص الوارد في قانون المحكمة الدستورية بأنه "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"[156] إنما يعتبر مظهراً من مظاهر التوسع في الآثار الناتجة عن سلطات القاضي الدستوري.

يرى الباحث أن توسيع سلطة القاضي الدستوري، بإيراد هذا الاختصاص يعتبر تدخلاً في صلب عمل جهة الاختصاص بالتشريع، وكان يكفي وفقا لاختصاص القضاء الدستوري، الحكم بعدم الدستورية للنص التشريعي المخالف لأحكام القانون الأساسي، والذي يكون من الناحية العملية غير قائم، بسبب حظر تطبيقه، ولن يكون له أي صفة قانونية تمنحه قوة النفاذ، أو تسمح لأي من السلطات أو الأفراد بالاستناد إليه.

---

[155] المادة (25) فقرة (2) ، قانون المحكمة الدستورية العليا لفلسطينية رقم (3) لسنة 2006.

[156] المادة (2/25)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3)، لسنة 2006.

إن الطبيعي والمنطقي، ووفقا لوظيفة جهة التشريع، أنها لا تستطيع الإبقاء على فراغ تشريعي، بالتالي ستقوم تلقائياً، إما بتعديل القانون المعيب، لإصلاح ما أصاب نصوصه، أو بإصدار قانون جديد، وفقا لأحكام القانون الأساسي، آخذاً بعين الاعتبار ما صدر من حكم من قبل المحكمة الدستورية.

إن المحكمة الدستورية العليا وإن كان لها الاختصاص بالرقابة الدستورية على النصوص التشريعية، والحكم بعدم دستوريتها، في مخالفتها لأحكام الدستور، إلا أن ذلك لا يصل لحد إلغاء النص المحكوم بعدم دستوريته، وإن كان هذا النص من الناحية العملية، قد أصبح معطلاً بسبب فقدانه للصفة القانونية، ولامتناع السلطات عن تطبيقه والأفراد بالإستناد إليه، إلا أن صلاحية إلغائه أو تعديله، تبقى لجهة الاختصاص، وليس للمحكمة.

لكن السؤال الذي يثور بشأن حجية الأحكام الدستورية على السلطة التشريعية، فيما يصدر عنها من قوانين، وعن الكيفية التي يمكن بها، إلزام السلطة التشريعية، بما يصدر عن المحكمة الدستورية من أحكام؟ حيث أن المشرع لم يوضح ذلك، مع الإشارة أن عدم الالتزام من جانب السلطة التشريعية من شأنه أن يتسبب بأزمة مع السلطة القضائية، ممثلة بالمحكمة الدستورية.

وقد يكون الحكم بعدم الدستورية لا يشمل جميع مواد القانون، حيث أنه ليس بالضرورة أن تكون كامل النصوص غير دستورية، فقد يقتصر الأمر على مادة، أو مواد من القانون، بالتالي فان الحجية هنا تقتصر على المواد المطعون عليها، والمحكومة بعدم الدستورية، ويكون الإبطال لتلك النصوص دون غيرها من المواد التي اشتمل عليها القانون أو اللائحة[157]، وبالتالي فان للمحكمة الدستورية أن تصدر حكمها بعدم دستورية التشريع كاملاً، فقد يقتصر ذلك فقط على بعض النصوص الواردة في

[157] فتحي الوحيدي، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، سلسلة التقارير القانونية (60)،رام الله– فلسطين، 2005، ص(53)

القانون المطعون عليه، وذلك متى كانت هذه النصوص لا تمس جوهر القانون أو المرسوم أو اللائحة.[158]

فإذا كانت بعض نصوص القانون المطعون عليها غير دستورية، وليس كافة النصوص، فإنه في هذه الحالة لا يمكن إسقاط عدم الدستورية على النص كاملا، حيث لا تملك المحكمة صلاحية نزع الدستورية عن نص دستوري ورد مع نصوص أخرى غير دستورية في قانون واحد، إلا في حالة إن كان من المستحيل جعل النص المتبقي قادراً على إنتاج أثر قانوني لوحده.[159] وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية في القرار بقانون رقم (163) لسنة1964، بأنه إذا كانت النصوص المقضي بعدم دستوريتها، مرتبطة مع باقي النصوص ارتباطاً لا يقبل التجزئة، ويجعل العمل بها مجتزأة مستحيلاً، هنا يستوجب الحكم بعدم دستورية القانون برمته.[160]

إن ما تقوم به المحكمة الدستورية وهي تتحري أمر الارتباط أو الاستقلال بين فقرات النص أو النصوص التشريعية، فإنها تعتمد على معيار ذو وجهين، الأول موضوعي محوره نصوص التشريع ذاته، والثاني ذاتي محوره نية المشرع وموقفه.[161] وهنا يرى الباحث أن سلوك القاضي الدستوري، فيما يخص بحث القاضي في نية المشرع من خلال تقمص شخصيته، إنما يوسع من سلطته التقديرية، غير القائمة على معايير يمكن التثبت من صوابها.

---

[158] رمزي طه الشاعر، مرجع سابق ، ص(907).

[159] مها بهجت يونس الصالحي، مرجع سابق ،ص (47-48).

[160] اشرف عبد القادر قنديل، مرجع سابق ، ص (196).

[161] علي حسين نجيدة، مرجع سابق ،ص(227).

وحتى يتم إعمال الحجية النسبية، فإن الأمر يستلزم وحدة الخصوم، والموضوع، والسبب، بخلاف الحجية المطلقة التي لا يخضع أعمالها لأي شرط من هذه الشروط، إذ تُعمِل أثرها في مواجهة الكافة وفي أية دعوى، ولو إختلفت موضوعاً، وسبباً عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم.[162]

كان رأي فقهي قد قال بشأن حجية الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية، أن المنازعة في دستورية قانون ما، ليست إلا منازعة ذاتية وليست عينية، بمعنى أنها منازعة نسبية الأثر، وانه كلما تجدد نزاع في صدور قانون ما، سبق الحكم بعدم دستوريته، إستلزم الأمر بإحالة النزاع من جديد إلى المحكمة العليا.[163]

غير أن المحكمة الدستورية العليا المصرية، كانت قد إتجهت إلى أن الحجية المطلقة للحكم في الدعوى الدستورية لا تحوزها إلا الأحكام الصادرة بعدم الدستورية، دون الأحكام الصادرة برفض الدعوى، وبالتالي بدستورية النص التشريعي المطعون عليه، أما أحكامها برفض الطعن فإنها لا تحوز إلا حجية نسبية، وليس هناك ما يمنع من إثارة المسألة الدستورية التي تضمنتها، ولو من ذات الخصوم في نزاع آخر يكون بينهم.[164]

لا يثور الخلاف بشأن الحجية المطلقة، بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي، لكن المسألة التي ثار الخلاف حولها تلك المتعلقة بالأحكام الصادرة برفض الطعن في الدستورية، فيما إذا كانت هذه الأحكام الصادرة بالرفض تتمتع بالحجية المطلقة، أم أن الحجية بالنسبة لها حجية نسبية فقط؟ غير أن صوراً عديدة من صور الأحكام الصادرة بالرفض لا يجب ان تثير خلافا، وهي التي لا تتعلق بحسم النزاع حول الدستورية من عدمها، أي الصادرة بعدم القبول للدعوى بسبب إنقضاء

---

[162] رمزي طه الشاعر، مرجع سابق ، ص(840).

[163] رمزي طه الشاعر، مرجع سابق ، ص(779).

[164] عادل عمر شريف، مرجع سابق، ص(463).

الميعاد المقرر لرفعها، أو لانتفاء المصلحة فيها، أو لبطلان صحف الدعوى، الأمر الذي يجعل الحجية في تلك الحالات نسبية، وليست مطلقة.[165]

وفيما يتعلق بوحدة الأساس الذي يقوم عليه الطعن بعدم الدستورية، فإن الأساس الذي تم بحثه، وإنتهى إلى رفض الطعن بناءً عليه، تكون الحجية في هذه الحالة قاصرة عليه، أما في حال تغير أساس الطعن، فلا وجه للاحتجاج بالرفض السابق القائم على أساس آخر.[166]

2- حجية الحكم الدستوري على السلطة التنفيذية

لا يقتصر دور القاضي الدستوري على مواجهة المشرع وعمله، في حال إنحرافه عن الشرعية الدستورية، من خلال الرقابة على القوانين، بل تمتد سلطته الى مواجهة السلطة المكلفة بتطبيق القانون، لأن من مهامه أيضا، إدخال القيم التي يعلنها الدستور في الحياة اليومية للدولة، وفي تصرفات الإدارة، أو بصدد القيام بالمهام القضائية، وفي مجال حقوق الإنسان وحرياته، وضمان عدم التغول عليها من قبل أي من السلطات.[167]

إن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ملزمة للسلطة التنفيذية، الامر الذي يوجب عدم تطبيق النصوص التشريعية، المقضي بعدم دستوريتها، وكذلك إلغاء الأنظمة التي شرعتها، وتم الحكم بعدم دستوريتها.

إن المشرع قد أوجب على السلطة التنفيذية، الالتزام بما يصدر عن المحكمة الدستورية العليا، من أحكام، وتنفيذها، سواء بتطبيق النص القانوني المقرر دستوريته، أو بالإمتناع عن تطبيق النص المقضي بإبطاله، بعد الإعلان عن عدم دستوريته، بل تعدى الأمر الى الطلب بتصويب الوضع الذي

---

[165] رمزي طه الشاعر، مرجع سابق ، ص (842).

[166] ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1995، ص (319) .

[167] هايل نصر، في القضاء الدستوري، الحوار المتمدن، العدد 2298، 2008، تاريخ الزيارة 2016/10/5
http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=136321

قام وفقاً لنص مخالف لأحكام الدستور، حسب ما جاء النص عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا، بأنه "عند الحكم بعدم دستورية أي عمل يعتبر محظور التطبيق، وعلى الجهة التي قامت به تصويب الوضع، وفقاً لأحكام القانون الأساسي والقانون، ورد الحق للمتظلم، أو تعويضه عن الضرر أو كلاهما معاً.[168]

وفي حال صدور الحكم أو التفسير الذي يظهر عيب في قرار إداري، أو لائحة صادرة عن السلطة التنفيذية، فانه يلزم السلطة التنفيذية بتصويبه، إذا ما تم الطعن عليه بعدم الدستورية وتم الحكم بذلك، وإذا لم تكن المدة المقررة للطعن قد انتهت، تقوم الإدارة بسحب القرار إحتراماً منها لمبدأ المشروعية، وبذلك تزيل آثار القرار بأثر رجعي، في حين إنه إذا انتهت فترة الطعن قبل صدور حكم المحكمة، فان البعض يرى أن ميعاد الطعن يُفتح من جديد.[169]

وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية المادتين (2)،(3) من القرار بقانون رقم (61) لسنة 2010، بشأن تحديد الراتب والحقوق المالية لرئيس ديوان الرقابة المالية والإدارية، من قبل رئيس الدولة، وبناءً عليه أصبحت السلطة التنفيذية ملزمة بوقف العمل بالقرار بقانون، كما حظرت عليها العودة للاستناد إليه في عملها.[170]

بموجب ما أقرته المحكمة الدستورية العليا، وفقاً لمواد قانونها، من وجوب التزام السلطة التنفيذية بما يصدر عنها من أحكام، فان قوانين أخرى تسند هذا الاتجاه، جاءت لتجرم فعل الامتناع عن التنفيذ، وعلى رأس تلك المنظومة، كان القانون الأساسي الفلسطيني، الذي نص على أن الأحكام القضائية واجبة التنفيذ، والامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها، على أي نحو، جريمة يعاقب عليها بالحبس،

---

[168] المادة (3/25)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006.

[169] احمد سلامة بدر، دور المحكمة الدستورية في تفسير النصوص القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص(122).

[170] قضية رقم (1) لسنة (2) قضائية،طلب تفسير دستوري رقم (5) لسنة 2016، ديوان الفتوى والتشريع، صحيفة الوقائع العدد129، 2017.

والعزل من الوظيفة إذا كان المتهم موظفاً عاماً، أو مكلفاً بخدمة عامة، وللمحكوم له الحق في رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة المختصة، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً كاملاً له.[171] وهذا ما نص عليه قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 الساري في فلسطين.

بالمقابل تكون الحجية للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية نسبية على السلطة التنفيذية، في حال الرفض لطلبها بالتفسير، سواء لعدم توفر الشروط الشكلية، كعدم تقديم الطلب من خلال جهة الاختصاص وهو وزير العدل، أو لشرط موضوعي لوضوح النص المطلوب تفسيره، وعدم حاجته للتفسير.

كما أن مجرد الطعن في النص التشريعي بعدم الدستورية، وقبل صدور حكم بشأنه بعدم الدستورية، لا يعني أبداً عدم تطبيقه، وذلك أن قبول الدعوى بالطعن بعدم الدستورية لا تعني بالضرورة أن المحكمة الدستورية ستذهب بنفس اتجاه إدعاء الطعن، فقد تكون مقبولة شكلا، لكن يمكن أن ترد موضوعا، أو يتم الحكم بدستورية النص المطعون عليه.[172]

3- حجية الحكم الدستوري على السلطة القضائية

تقوم الحجية مطلقة للأحكام الدستورية على السلطة القضائية، في الأحكام الصادرة عنها، شأنها شأن باقي السلطات العامة التي خصها القانون بالانتظام لأحكام المحكمة الدستورية العليا، وقد حظر عليها تطبيق القوانين التي يقضي حكم الأخيرة بأنها غير دستورية، عندما جاء بالنص بأنه :" عند الحكم بعدم دستورية أي عمل يعتبر محظور التطبيق ... ".[173] وبناءً على الحكم بعدم الدستورية للنص التشريعي،

---

[171] المادة (106)، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

[172] عاصم خليل، دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني، 2013، ص (116) .

[173] المادة (25 /3)، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006.

فانه يصبح محظوراً على كافة المحاكم تطبيق القانون، أو النصوص التشريعية المقضي بعدم دستوريتها، ابتداء من اليوم التالي لنشر الحكم، وإلا كانت القرارات التي تصدرها باطلة.[174]

يُستفاد مما نص عليه القانون فيما يخص حجية الأحكام بعدم الدستورية على السلطة القضائية، بجميع درجات المحاكم، إلزامها بالامتناع عن تطبيق النصوص التشريعية المقضي بعدم دستوريتها، على جميع القضايا المعروضة عليها، وكان من المقرر تطبيق تلك النصوص عليها.

رغم ما ذهب إليه رأي في الفقه، سواء في عهد المحكمة العليا المصرية، أو في ظل المحكمة الدستورية العليا المصرية، بأن الحكم بعدم الدستورية يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن التطبيق للنص التشريعي المقضي بعدم دستوريته، دون أن يلغيه، إلا أن النتيجة العملية هي إلغاء النص، بعد أن سقط من مجال التطبيق العملي، بعد امتناع المحاكم عن تطبيقه، التزاماً بما قضت به المحكمة الدستورية، بعدم دستوريته.[175] بل يمكن إعتباره ساقطاً من تشريعات الدولة، بعد أن تم حظر تطبيقه.[176]

وهنا يثور السؤال إن كان القضاء الدستوري، هو قضاء إلغاء أم قضاء امتناع ؟ حيث يرى الباحث أن القضاء الدستوري هو قضاء امتناع، وقد جاء ليمارس دوره ووظيفته في حماية مبدأ احترام الدستور، بعد السماح لآي من السلطات بإصدار تشريعات مخالفه لأحكام الدستور، أو تتجاوز في ممارسة اختصاصاتها بالتشريع للقواعد المحددة لها بممارسة اختصاص التشريع.

وبذلك تصبح حجية الحكم الدستوري، حقيقة قانونية في مواجهة السلطات كافة والأفراد، دون أن تقبل المجادلة القضائية بشأنها، من خلال طعن آخر على الحكم أو إثارة الموضوع الذي فصل فيه الحكم بدعوى جديدة.[177]

---

[174] يوسف عيسى الهاشمي، مرجع سابق ، ص(505).

[175] عادل عمر شريف، مرجع سابق، ص(469-470).

[176] المادة (49)، قانون المحكمة الدستورية رقم (3)، لسنة 2006.

[177] احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص(289) .

من القوانين التي حُكم بعدم دستوريتها، وغدت كأنها لم تكن، قانون السلطة القضائية، رقم (15) لسنة2005، المنشور في العدد (60) من الوقائع الفلسطينية، والذي تم الطعن عليه من قبل جمعية المحامين العرب من أجل حقوق الإنسان، بعدم الدستورية، وقضت المحكمة العليا بصفتها الدستورية ، بأنه يتعين القضاء بعدم دستوريته لمخالفته أحكام القانون الأساسي، وكأنه لم يكن، وبالتالي حظر التعامل وفقا لنصوصه، أو الاستناد اليها.

إن كان من غير المختلف عليه، أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية وقراراتها، ملزمة لجميع سلطات الدولة، بما فيها السلطة القضائية، إلا أن هذا الإلزام حتى يكون واجباً، وذات حجية مطلقة، يلزم أن تكون قد صدرت الأحكام صحيحة، ومن ضمن الاختصاصات الممنوحة لها.

وكذلك الأمر إذا ما قضت المحكمة الدستورية بما هو ليس معروضاً عليها، أو مثار نزاع، وفصلت فيها، وفي ذلك قالت المحكمة الدستورية العليا المصرية، " أن الحجية المطلقة للأحكام الدستورية في الدعاوى الدستورية والمانعة من نظر أي طعن دستوري جديد يقتصر نطاقها على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستوريتها، وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً بقضائها، أما ما لم يكن مطروحاً على المحكمة، ولم يكن مثاراً للنزاع أمامها، ولم تفصل به بالفعل، فلا يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضي، ومن ثم لا تمتد إليه الحجية المطلقة للحكم الصادر في الدعوى الدستورية السابقة"،[178] بل تبقى الحجية النسبية على النصوص مثار المنازعة.

لكن ماذا لو تعرضت المحكمة الدستورية لأمر غير مطروح عليها، بل وفصلت به فصلاً حاسماً؟

في تعليق للمستشار عبد العزيز سالمان نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية على حكم للمحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (1) لسنة 1 قضائية –تفسير دستورية، قال انه حتى يتحقق

[178] مجدي المتولي، مرجع سابق، ص (88).

الإلزام لكافة سلطات الدولة، يجب أن تحترم المحكمة في قرارها قواعد التفسير وأسسه، وإذا لم تفعل، " فان المحاكم القضائية تملك صلاحية تقدير مدى إحترام القواعد والمبادئ، فيمكنها إهمال وتجاهل تفسيرها، إذا جاء التفسير بقواعد عديدة أو انطوى على تعديل للنص الدستوري،...، ولهذا يكون حكمها (حكم المحكمة الدستورية) واجب الإهمال، ...، لتعديها على إختصاص القضاء بما ينال من هيبته وإستقلاله".[179]

الفرع الثاني: حجية الحكم الدستوري على الأفراد

تقوم الحجية للأحكام الدستورية على الأفراد، شأنهم شأن كافة السلطات، التي ألزمها المشرع بالالتزام بما يصدر عن المحكمة الدستورية من أحكام، والعمل بها، وعدم مخالفة منطوقها، مع الاختلاف أنهم غير مطالبين بتعديل النصوص التشريعية المقضي بعدم دستوريتها، ولا تطبيقها على الغير، كونهم جهة متأثرة بالأحكام الدستورية، تعود عليهم آثاره، سلباً أو إيجاباً.

ومثلما يترتب على الحكم بعدم الدستورية وجوب إمتناع المحاكم عن تطبيق القانون، أو النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها، فانه يترتب أيضاً على الأفراد أن يمتنعوا منذ اليوم التالي للنشر أن يتمسكوا بها، أو يستندوا إليها في تصرفاتهم ومعاملاتهم، وإلا كانت تلك تصرفاتهم باطلة.[180]

إن تقدم الأفراد بدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، بالطعن على نص تشريعي بعدم الدستورية، ورده من قبل المحكمة، لشأن يتعلق بالشروط الشكلية للقبول، مثل: الصفة، المصلحة، أو الميعاد، فإن المحكمة الدستورية العليا في مثل هذه الحالات يكون بحثها قد إقتصر على الشكل، دون أن يتطرق لموضوع النص التشريعي المطعون عليه، وتكون حينها الحجية نسبية للحكم بعدم الدستورية، بما يفيد

---

[179] المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، عدد خاص، (50)، 2016 ، ص (73).

[180] يوسف عيسى الهاشمي مرجع سابق ، ص(505).

أنه ليس هناك ما يمنع من إعادة طرح النزاع مرة أخرى أمام المحكمة الدستورية، حول ذات النص المطعون عليه، سواء كان ذلك الطرح من ذات الخصوم، أو من قبل خصوم آخرين، بشرط أن تتوفر الشروط الشكلية اللازمة له.

إن الحكم برد الدعوى الدستورية، لأسباب شكلية، يكون حينها قاصراً على الطاعن، دون أن يمتد لغيره، سواء من الأفراد، أو السلطات، الأمر الذي يجيز لكل ذي مصلحة إعادة الطعن على النص المدعى بعدم دستوريته، دون التأثر برد المحكمة للدعوى.

وفي ذلك قالت المحكمة الدستورية العليا المصرية " ومن ثم تفرض العيوب الشكلية نفسها على المحكمة دوماً،...، حين يكون نطاق الطعن منحصراً في المطاعن الشكلية، إذ يكون قرار المحكمة بشأنها متعلقاً بها وحدها، ولا يعتبر حكمها برفض المطاعن مُطهراً للنصوص المطعون عليها، أو مانعاً كل ذي مصلحة من طرحها على المحكمة وفقاً لقانونها".[181]

المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، كانت قد ردت طلب تفسير[182] مقدم من قبل وزير العدل لتفسير المادة (136)، من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، دون أن تنظر إلى مضمون المادة، بل استندت إلى أن طلب التفسير مقدم من محامي لا تنطبق عليه أحكام المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية، وفقاً لرأي المحكمة[183]

---

[181] مجدي المتولي، مرجع سابق ، ص (23).

[182] طلب رقم 2 لسنة 2016 قضائية– تفسير، الجلسة المنعقدة يوم 2016/11/2.

[183] قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية، رقم 3 لسنة 2006:المادة (31) : " لا يجوز مباشرة الإجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا الدولة، أو بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة، ويعين رئيس المحكمة محامياً للمدعي الذي يثبت إعساره".

ووفقا لنص الحكم، فان الرد للطلب تقتصر حجيته على مقدمه، ولا يمنع أن تعاود الجهة التي طلبت التفسير تقديم الطلب مرة أخرى من خلال وزير العدل، كونه الجهة المخولة قانوناً بتقديم الطلب، بعد معالجة سبب الرد، المتمثل بشرط الخبرة الواجب توفرها لدى المحامي.

لكن السؤال الذي يثور أنه في حال لم يلتزم الأفراد بما صدر من أحكام وقواعد قانونية، سيتم إيقاع الجزاء عليه، لكن ماذا عن الجزاء في حال أن سلطات الدولة خالفت الأحكام الدستورية، المرتكزة منذ نشوئها على القواعد القانونية الدستورية، كيف يمكن إيقاع الجزاء عليها ؟ ولاسيما أن خضوع الدولة، بسلطاتها كافة أصلا، أياً كان شأنها، وظيفتها، أو اختصاصها، ونزولاً لقواعد الدستور ومبادئه، والتزام حدوده وقيوده، يُعد أمراً واجباً، وفي حال مخالفتها، أو تجاوزها، يُعد عملها معيبا بعيب عدم الدستورية.[184]

وقد ذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه جون أوستن، الى أن الجزاء يكون مادياً ويأخذ مظهراً خارجياً، ويتمثل بالعقوبة التي تقع على من يخالف القاعدة القانونية.[185] غير أنه في حال كانت الدولة من خلال سلطاتها، هي المخالفة، وهي ذاتها المكلفة بإيقاع العقوبة، فكيف ستوقع على نفسها، وهو أــمر غير متصور الحدوث، وبالتالي، وفق أنصار هذا الرأي ومنهم الفقيه عثمان خليل عثمان، فان القاعدة الدستورية، ليست أكثر من مجرد توجيهات سياسية ذات قيمة أدبية، ولا تعتبر قاعدة قانونية بالمفهوم الصحيح، وذلك لعدم توفر ركن الجزاء فيها.[186]

يرى أصحاب الإتجاه المقابل بالرأي ويتزعمه الفقيه (ديجي)، أن القاعدة الدستورية كغيرها من القواعد القانونية الأخرى يتوافر فيها جميع خصائص ومقومات القاعدة القانونية، أما الجزاء المترتب على

---

[184]حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري والنظرية العامة، ط 1، 2009، ص(9).

[185]Austin, John; Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive, Law by Robert Campbell, London, 1869, PP,88-95 . مشار اليه في كتاب حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، ط1، 2009، ص (28) .

[186]عوض الليمون، مرجع سابق، ص(263) .

مخالفة تلك القواعد، فانه لا يجب أن يُنظر إليه في إطاره الضيق، وإنما يجب النظر إليه نظرة أكثر إتساعاً، وأكثر عمقاً، من أنه مجرد تعبير عن القهر المادي الذي تفرضه السلطات العامة.[187]

أيد الاتجاه الذي يتزعمه الفقيه (ديجي)، المستشار عبد العزيز محمد سالمان، ويتفق معه الباحث في رأيه، بـــأنه يمكن إيقاع الجزاء في حال عدم احترام الدستور، من خلال عدم نفاذ التصرف المخالف، أو بطلانه، حيث أن سمو أحكام الدستور يغدو بدون قيمة، إذا أمكن مخالفتها من جانب أجهزة الدولة، بلا جزاء، وفقاً للفقيه الفرنسي (بيردو)، وانه لا بد من إيقاع الجزاء، وخصوصاً على السلطة التشريعية.[188]

أما القضاء الدستوري المصري فقد إستقام فيما يخص الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، على أن الخصومة في الدعوى الدستورية هي خصومة عينية توجه إلى النص المطعون عليه ذاته، طلباً للحكم بعدم دستوريته، مما يقتضي بأن يحوز الحكم الصادر في هذه الدعوى حجية مطلقة يسري أثرها على السلطات والكافة، لا حجية نسبية يقتصر أثرها على أطراف النزاع.[189]

إن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية، كدعوى الإلغاء في القضاء الإداري، والحكم الصادر فيها يكون إما بالرفض للطعن الموجه للنص، ومن ثم الإقرار بدستوريته، وإما بقبول الطعن والقضاء بعدم دستوريته.[190]

لكن ثمة حالة تمثل إستثناءً على الحجية المطلقة للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية، تجيز إعادة عرض المسألة على المحكمة، وذلك عند صدور دستور جديد، أو تعديل الدستور القائم في بعض

---

[187] عوض الليمون، مرجع سابق، ص(262) .

[188] عبد العزيز سالمان، مرجع سابق ، ص (13).

[189] عادل عمر شريف، مرجع سابق، ص(459).

[190] يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3 ، 2011، ص(272).

نصوصه ومبادئه، ويصبح النص التشريعي الذي سبق للمحكمة أن قررت دستوريته، أو عدم دستوريته، مخالفا للدستور الجديد، أو تعديلاته المستحدثة.[191]

يتفق هذا الاستثناء بجواز إعادة عرض المسألة على المحكمة الدستورية ومبدأ الرقابة الدستورية، التي تتخذ من الدستور ومبادئه ميزاناً لوزن النصوص التشريعية، وفحص مدى إتفاقها ونصوص الدستور، وفي حال تغير، أو تعديل القاعدة الدستورية، فانه من الطبيعي إعادة فحص مدى دستورية النصوص التشريعية القائمة، حيث أن ما كان دستورياً في السابق، قد يفقد دستوريته بعد التعديل لمواد الدستور، وما كان مقضي بعدم دستوريته قد يصبح دستورياً بعد التعديل.

وقالت في هذا الشأن المحكمة الدستورية العليا المصرية، في حكم تفسيري لها، أن استمرار نفاذ القوانين واللوائح السابقة على الدستور المعدل، أو الجديد لا يطهرها مما قد يشوبها من عيوب ولا يحصنها من الطعن عليها، بعدم الدستورية، شأنها شأن كافة التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم، بما يعني أن القوانين التي صدرت في ظل الدستور السابق، وكانت مخالفة لأحكام الدستور الجديد، فإنها تعتبر غير دستورية، حتى وان كانت قد صدرت موافقة للدستور السابق.[192]

[191] عباس محمد محمد زيد، مرجع سابق ، ص(559)

[192] محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق ، ص(137).

الخاتمة :

تناول الباحث بمنهجية التحليل المقارن النصوص التشريعية في القانون الأساسي الفلسطيني، قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، وقانون السلطة القضائية، المتعلقة بسلطات القاضي الدستوري، من حيث الإطار القانوني، الذي حدد طبيعتها، ونظامها بما يشمل الشروط الواجب توفرها في شخص القاضي لقيام سلطاته، وما يترتب من أثار لسلطاته على السلطات وعلى الأفراد، باحثاً في مدى التوسع في سلطات القاضي الدستوري، وآثار هذا التوسع فيما يصدر عنه من أحكام على السلطات والأفراد.

كما بحث الباحث في التشريعات ذات العلاقة، مثل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وكذلك بعض التشريعات العربية والغربية الناظمة لعمل المحاكم الدستورية.

توصل الباحث من خلال دراسته، الى أن عمومية النصوص التشريعية، ونصوصها الفضفاضة في مواطن أخرى، بسبب عدم تحديدها، ولا سيما ما ورد منها في القانون الأساسي قد أتاحت الفرصة لجهة الاختصاص بالتشريع بالتوسع في سلطات القاضي الدستوري، فيما جاءت النصوص التشريعية الناظمة لاختصاصات المحكمة الدستورية في مواطن أخرى قاصرة عن جعل سلطات القاضي الدستوري تبت في مدى دستورية نصوص وأعمال تستوجب البت في دستوريتها.

كما توصل الباحث في دراسته الى ان النظام القانوني لسلطات القاضي الدستوري، فيما يتعلق بالشروط الواجب توفرها فيمن يشغلون وظيفة القضاء، وعلى وجه الخصوص القضاء الدستوري، بأنه لم يأخذ بعين الاعتبار خصوصية التجربة الفلسطينية، وكذلك الامر فيما يتعلق بطبيعة الاثر للاحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية التي أخذ بها المشرع الفلسطيني(الاثر الكاشف)، بأنها لا تخدم الاستقرار القانوني في الدولة.

النتائج والتوصيات :

خلصت الدراسة والبحث في سلطات القاضي الدستوري إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، وهي:

النتائج :

1) إن تشكيل المحكمة الدستورية، يعتبر ضمانة مهمة للحقوق والحريات، وأخذ النظام السياسي بها، يعتبر تقدما في المنظومة القانونية، وتأكيداً على السمو للدستور.
2) إشترط المشرع فيمن يولى القضاء، أن تنطبق عليهم الشروط العامة الواردة في قانون السلطة القضائية، إضافة لشروط خاصة، إلا أن بعض الشروط جاءت على شكل نصوص فضفاضة، وفي بعضها متشددة لا تتلاءم والحالة الفلسطينية .
3) إن الرقابة القضائية (اللاحقة) تلعب دوراً فعالاً في حماية القانون الأساسي من مخالفة أي من التشريعات لنصوص، إلا أن الرقابة الوقائية (السابقة) لا تقل أهميتها عن دور الرقابة القضائية (اللاحقة)، بل إن العمل بها يشكل حماية إضافية للدستور، ويقلل من فرصة نفاذ تشريعات غير دستورية.
4) من ضمن اختصاصات المحكمة الدستورية الفلسطينية، كان الاختصاص بالبت بالطعن في الأهلية القانونية لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، متناقضا مع السمة الأساسية للأحكام الصادرة بأنها نهائية، وغير قابلة للطعن، حيث اشترط القانون لنفاذ حكمها موافقة الثلثين من أعضاء المجلس التشريعي.
5) لم يوضح المشرع الفلسطيني طبيعة الأهلية التي جاء النص عليها بأن الاختصاص بالبت فيها هي اختصاص المحكمة الدستورية العليا البت فيها، إن كانت هي ذاتها عوارض الأهلية، أم المقصود فيها الأهلية القانونية المتعلقة بقانونية الولاية.

6) لم يحدد المشرع من يحق له الطعن في أهلية رئيس السلطة الوطنية.

7) إن أخذ المشرع الفلسطيني بمبدأ الدعوى الأصلية المباشرة للشخص المتضرر، في مهاجمة النصوص المطعون عليها، يعتبر تقدماً في التشريع المقارن، لما يوفره من ضمانة إضافية للحقوق والحريات، كوسيلة إضافية للدفع الفرعي.

8) اشتراط المشرع الفلسطيني للتصدي لنص تشريعي غير دستوري بأن يكون متصلاً بالنزاع، إستناداً لسلطة تقديرية للقاضي، إنما يوفر الفرصة لنص تشريعي غير دستوري من النفاذ والسريان، رغم إمكانية إبطاله لوقوعه تحت سلطة القاضي الدستوري أثناء نظره للدعوى.

9) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية لم يأت على ذكر اختصاصها بالبت في حال تنازع القوانين من المرتبة الواحدة، وهذا ما يولد فرصة للاختلاف فيما بينها لتحديد المحكمة المختصة بالبت فيها، أو في حال بتت محكمة أخرى في هذا التنازع.

10) لم يُشر المشرع في قانون المحكمة الدستورية العليا الى المعاهدات الدولية، وسبل البت في دستوريتها.

11) حصر المشرع أعضاء المحكمة الدستورية بأن يكونوا من أصحاب الكفاية القانونية، مستثنياً العنصر السياسي، التي يجيد قراءة بواطن النصوص، وما كانت ترمي إليه عندما تم إقرارها، وكان من المفيد الاستعانة به، ولو بنسبة لا تزيد عن الثلث، ولا سيما إن هذا النموذج قد تم تطبيقه في غير دولة، ومؤخراً تعمل الجمهورية التونسية على إعماله.

12) أخذ المشرع الفلسطيني بالأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، على إطلاقها، وفي ذلك مخاطرة كبيرة، لما فيه من تهديد لمراكز قانونية تكون قد ترتبت لأصحابها، اعتقاداً منهم أنها تمت وفقا للقانون – وهم غير ملومين– وكان بإمكان المشرع الأخذ بالأثر المباشر،

وللمحكمة أن تحدد النطاق الزماني الذي يمتد إليه اثر الحكم، دون أن يتسبب الحكم بزعزعة النظام العام، أو يمس الاستقرار القانوني.

التوصيات :

1) تعديل المادة (4) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، والمتعلقة بالشروط فيمن يولى القضاء، لمعالجة شرط: محمود السمعة بحذفه، السن برفعه الى 45 سنة، والكفاية القانونية بما يسمح بإشراك العنصر السياسي، وتعديل الشرط المتعلق بالمحامين بما يضمن التخصص.
2) الأخذ بالرقابة السابقة إضافة للرقابة اللاحقة، من خلال منح رئيس الدولة الحق بإحالة مشروعات القوانين الى المحكمة الدستورية، قبل المصادقة عليها، للتحقق من مدى دستوريتها، وذلك للحد من صدور تشريعات غير دستورية، قد يتأخر الطعن عليها، وبالتالي سيكون قد نشأ على أساسها مراكز غير قانونية، بغير وجه حق، قد لا يكون من السهولة معالجتها.
3) تعديل المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، بشأن البت في أهلية رئيس السلطة الوطنية، بأن يكون قرار المحكمة هو النهائي، وليس المنتظر لموافقة ثلثي أعضاء المجلس التشريعي، أو إلغاء الفقرة (37/ج) من نصوص القانون الأساسي الفلسطيني، والبند (5/24) من قانون المحكمة الدستورية، وذلك لوجود تعارض بين أمكانية تنفيذ الاختصاص وبين طبيعة الأحكام الدستورية.
4) تعديل المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا، رقم (3) لسنة 2006، بما يلزم المحكمة بالتصدي للنص غير الدستوري، دون إشتراط أن يكون متصلاً بالنزاع المعروض عليها.

5) تعديل المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا، رقم (3) لسنة 2006، بما يتيح تقديم طلب التفسير لمن أُنتُهكت حقوقهم الدستورية بوساطة محام وفق الأصول، دون حصر الأمر فقط بوزير العدل.

6) إضافة مادة في قانون المحكمة الدستورية العليا، تحدد السقف الزمني لوزير العدل بتقديم طلب التفسير المقدم له من قبل رئيس السلطة الوطنية، أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس المجلس التشريعي، أو رئيس مجلس القضاء الأعلى، وعدم ترك الأمر لتقديره، وذلك حماية للحقوق، واختصاراً للوقت.

7) تعديل المادة (4) بشان شروط قضاة المحكمة الدستورية، بأن لا يكون ملزماً بقانون السلطة القضائية، بما يسمح بإدخال العنصر السياسي لهيئة المحكمة الدستورية العليا، بما لا يزيد عن ثلث أعضاء الهيئة.

8) تعديل المادة (2/25) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، بما يضمن التراتبية للقواعد القانونية، وإدراج المعاهدات الدولية، من بين القوانين التي يحق المحكمة الدستورية العليا أن تبت في مدى دستوريتها.

9) تعديل المادة (3/25) بشأن الرجعية في تنفيذ الأحكام، حيث أن مصالح ومراكز قانونية قد تكون قد تشكلت لا يمكن هدمها، أو التعويض عنها، بالتالي فان المقترح بأن يكون الأثر مباشراً، والاستثناء هو الرجعية في حال قابلية الرجعية.

10) تعديل المادة (24) بشان اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، بإضافة الاختصاص لها بالبت في حال التنازع بين القوانين من المرتبة الواحدة.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر :

1. ديوان الفتوى والتشريع ،الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية).
2. منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي).

المراجع :

أولا: القوانين

1. القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، لسنة 2003.
2. الدستور المصري، لسنة 2012.
3. الدستور المعَدّل لمملكة البحرين، لسنة 2002م.
4. الدستور الكويتي، لسنة 1962.
5. دستور جمهورية الصومال الديمقراطية، لسنة 1960.
6. قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم (3)، لسنة 2006.
7. قانون المحكمة الدستورية المصرية العليا، رقم (48)، لسنة 1979.
8. قانون المحكمة الدستورية لمملكة البحرين، رقم (27)، لسنة 2012.
9. قانون المحكمة الدستورية الأردنية، لسنة 2012.
10. قانون المحكمة الدستورية الكويتية، رقم (14)، لسنة 1973.
11. قانون السلطة القضائية الفلسطينية، رقم (1)، لسنة 2002 .
12. النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني، لسنة 2000.
13. قانون الخدمة المدنية الفلسطيني، رقم (4)، لسنة 1998.

ثانيا : المراجع القانونية المتخصصة :

1. أبو العينين، محمد ماهر، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2013.
2. بدر، أحمد سلامة، دور المحكمة في تفسير النصوص القانونية، القاهرة ، دار النهضة العربية، 2016.
3. بركات، محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2007.
4. بوصنوبرة، خليل، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، 2010 .
5. بوضرسه، عبد الوهاب، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيق، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2006 .
6. جمل، يحيى، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2011.
7. جوهري، كمال عبد الواحد، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2015.
8. حلو، ماجد راغب، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
9. حمادي، صلاح الدين، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات المتحدة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2011.
10. خطيب، نعمان احمد، البسيط في النظام الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط1، 2014.

11. خليل، عاصم، دراسات في النظام الدستوري الفلسطيني، 2013.

12. درويش، محمد إبراهيم، الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2016.

13. زهيري، أزهار هاشم احمد، الرقابة على دستورية الأنظمة والقرارات الإدارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2017.

14. زيد، عباس محمد محمد، الرقابة على دستورية على القوانين في اليمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

15. سالمان، عبد العزيز، نظم الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط2، 2014.

16. سرور، أحمد فتحي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1999.

17. سعد، أحمد محمود، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1988.

18. سعيد، كامل ، النظرية العامة للقضاء الدستوري، دار الثقافة، عمان، ط1، 2017.

19. شاعر، رمزي ، القانون الدستوري، النظرية العامة والنظام الدستوري المصري، مطبعة جامعة عين شمس، جامعة عين شمس،1997.

20. شاعر، رمزي ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مطبعة أوال، 2003،

21. شاعر، رمزي طه، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، 2005.

22. شاكر، راضي شاكر،اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم، القاهرة، دارة النهضة، ط1، 2005.

23. شريف عادل عمر، قضاء الدستورية، القاهرة، دار الشعب، 1998.

24. صالحي، مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودورة في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد،2009.

25. صليبا، أمين عاطف، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس–لبنان، 2002.

26. طبطبائي، عادل طالب، الطبيعة القانونية للمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي وعلاقتها بتكوين المحكمة الدستورية، جامعة الكويت،الكويت، 1984.

27. عباس، عمار، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري، العدد1، لسنة 2013.

28. قنديل، اشرف عبد القادر، الرقابة على دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012–2013.

29. كامل، محمد نصر الدين، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، القاهرة، 1989.

30. ليمون، عوض، الوجيز في النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري، دار وائل للنشر، عمان /الأردن، ط2، 2016.

31. متولي، مجدي، مبادئ القضاء المصري، الهيئة العامة للكتاب، 1996.

32. محمد، صبري محمد السنوسي، أثار الحكم بعدم الدستورية، دار النهضة، القاهرة، ط2، 2016.

33. ناصيف، عبد الله، حجية وأثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة، القاهرة، 1998.

34. نجيده، علي حسين، الرقابة على دستورية القوانين، المحكمة الدستورية العليا طبيعتها ومهامها واهم مبادئها، دار الفكر العربي، 1988.

35. هاشمي، يوسف عيسى، رقابة دستورية القوانين واللوائح وتطبيقاتها في مملكة البحرين والدول العربية والأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط2، 2015.

ثالثا: الرسائل العلمية:

1. أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، 2011.

2. جمال حسن أسعد قاش، المصلحة في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2007.

3. سعدي عبد الله عبد العجيلي، أطروحة دكتوراه بعنوان التجربة الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية العراق، كلية القانون والسياسية، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، 2011.

4. عبد الله سليم يوسف ابو زيد، مدى تأثير غياب المحكمة الدستورية على النظام القانوني في فلسطين أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية، الاردن- عمان، 2015.

5. نسرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه- جامعة دمشق، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والاجتماعية، مجلد رقم (27)، العدد 1، لسنة 2001.

رابعا: المجموعات والمجلات والدوريات :

1. عبد العزيز سالمان، تعليق على حكم المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم (1) لسنة 1 قضائية، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، عدد خاص، (50)، 2016.
2. فتحي الوحيدي، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، سلسلة التقارير القانونية (60)، رام الله- فلسطين، 2005.
3. محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين، مجلة العدالة والقانون، مركز المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء – مساواة،عدد(8)، 2008.
4. محمد خضر، التنظيم الدستوري في فلسطين، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء.
5. المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، عدد خاص، (50)، 2016، ص (73).
6. هاني الدرديري، المصلحة والصفة في الدعوى الإدارية، مجلة العدالة والقانون، مركز المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء – مساواة،عدد(8)، 2008.
7. يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد(3)، السنة الأولى، تموز 2003.

الأبحاث والمقالات المنشورة في المواقع الالكترونية والمنتديات:

1. http://www.bayanealyaoume.press.ma/index.php?option=com_content&view=article&id=21494:2011-09-27-13-06-32&catid=69:2010-03-30-15-19-19&Itemid=144#disqus_thread.

2. سالم الساهل، دور القاضي الدستوري في الحياة السياسية بين النص والممارسة، نشر في صحراء بريس يوم 03 – 08 – 2011، http://www.maghress.com/wadnon/3153 ، تاريخ الزيارة 2016/11/5، الساعة 8:30 pm

3. الصفحة الرسمية للمستشار عدلي منصور، http://adlymansour.bibalex.org/About.aspx تاريخ الزيارة، 2016/11/14 الساعة 6:15 pm.

4. طارق محمود محمد جعفر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، http://www.tarek61.com/page04.htm تاريخ الزيارة :2016/11/3 الساعة 9:30 am.

5. عمر النعاس، مقالة بعنوان المبدأ هو: القاضي يحكم بعقيدته، ليبيا المستقبل، تاريخ النشر 2016/9/4، تاريخ الزيارة 2016/10/5 http://www.libya-al-mostakbal.org/95/5673/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A8%D8%AF%D8%A3-%D9%87%D9%88-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A-%D9%8A%D8%AD%D9%83%D9%85-%D8%A8%D8%B9%D9%82%D9%8A%D8%AF%D8%AA%D9%87.html

6. فؤاد عبد المنعم أحمد، اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، منشور على شبكة الألوكة بتاريخ 10/6/2013 ، تاريخ الزيارة: 2016/11/6، الساعة 6:15 .pmpmhttp://www.alukah.net/culture/0/55842/#ixzz4PErlx2Hn

7. لبياض محمد عبد الفتاح، مدونة عبد الفتاح لبياض، تاريخ الزيارة 2016/10/20الساعة 6:30 .pm،http://labyadd.blogspot.com/2011/03/blog-post_549.html

8. محمد الحاج قاسم، بعنوان : رفع الحصانة عن النائب دحلان إجراء قانوني سليم

http://www.alsbah.net/new1/modules.php?name=News&file=article&sid=1739

3، تاريخ الزيارة: 2017/2/8، الساعة: 6:45 pm

9. مصطفى بن شريف، الأمن القانوني والأمن القضائي، مقال منشور على موقع هيبريس، تاريخ الزيارة 2016/11/5، الساعة 6:40 pm

http://www.hespress.com/writers/74156.html

10. موقع الموسوعة القانونية –الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القانون، https://elawpedia.com/print/200، تاريخ الزيارة ، 2016/11/28 ، الساعة 11:30 am.

11. موقع بيان اليوم، الموسوعة العربية، تاريخ الزيارة:29-11-2016،الساعة: 5:30 pm

12. هايل نصر، في القضاء الدستوري، الحوار المتمدن، العدد 2298، 2008، تاريخ الزيارة 2016/10/5 http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=136321

13. هايل نصر، موقع الحوار المتمدن، تاريخ الزيارة 2016/11/1، الساعة 4:30 pm ، http://www.m.ahewar.org/s.asp?aid=136321&r=0

المراجع الأجنبية :

1. .Austin, John; Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive, Law by Robert Campbell, London, 1869
2. Fiona O'Connell & Ray McCaffrey, Judicial Appointments in Germany and the United States, Northern Ireland Assembly,2012.

فهرس المحتويات

إقرار : .....أ

الشكر والتقدير : .....ب

الملخص: .....ج

Abstract.....ه

المقدمة:.....و

الفصل الأول : طبيعة سلطات القاضي الدستوري.....11

المبحث الأول: السلطة الأصلية، والسلطة التبعية للقاضي الدستوري.....12

المطلب الأول: السلطة الأصلية للقاضي الدستوري 13

أولاً: السلطة المستمدة من اختصاص الرقابة الدستورية 14

ثانياً: السلطة المستمدة من اختصاص تفسير النصوص الدستورية والتشريعات 21

ثالثاً: السلطة المستمدة من اختصاص الفصل في تنازع الاختصاص.....29

رابعاً: السلطة المستمدة من اختصاص الفصل في النزاع بين الأحكام المتناقضة.....31

خامسا: السلطة المستمدة من اختصاص البت في الطعن بفقدان الرئيس للأهلية القانونية 32

المطلب الثاني : السلطة التبعية للقاضي الدستوري 35

أولا : السلطة التبعية للتحقق من شرط المصلحة : 35

ثانيا: السلطة التبعية للتحقق من شرط الصفة : 36

ثالثاً: السلطة التبعية للتحقق من شرط الأهلية.....37

رابعاً: السلطة التبعية بالتصدي 38

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري.....39

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في التشريع 41

أولاً: السلطة التقديرية بجدية الدفع.....42

ثانياً: السلطة التقديرية بإدارة الدعوى : 43

ثالثاً: السلطة التقديرية في تحديد منهج التفسير 44

رابعاً: السلطة التقديرية في تقدير الغموض في النص التشريعي الذي يستوجب التفسير:.....46

خامساً: السلطة التقديرية بالتصدي 48

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في الاجتهاد والفقه وفقه القضاء 49

الفصل الثاني : نظام سلطات القاضي الدستوري 53

المبحث الأول: ممارسة القاضي الدستوري لسلطاته 54

المطلب الأول: الشروط العامة لشخص القاضي الدستوري 54

أولاً: شرط الجنسية 55

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لشخص القاضي الدستوري.....57

أولا: شرط السن.....59

ثانيا: شرط الكفاية القانونية 59

المبحث الثاني: آثار سلطات القاضي الدستوري.....66

المطلب الأول: طبيعة الحكم الدستوري.....66

المطلب الثاني: حجية الحكم الدستوري 72

الفرع الأول: حجية الحكم الدستوري على السلطات 74

الفرع الثاني: حجية الحكم الدستوري على الأفراد 87

الخاتمة : 92

النتائج والتوصيات :.....93

النتائج :.....93

التوصيات :.....95

قائمة المصادر والمراجع.....97

فهرس المحتويات 106