

**دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي
(دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)**

إعداد

د. وليد محمد الشناوي

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

مقدمة

من المسلم به في فقه القانون الدستوري أن النصوص الدستورية يقع بعضها على خط التماس بين دائرة القانون ودائرة السياسة. ولذلك، كان من البدهي أن تقوم الهيئة القضائية التي ناط بها الدستور مهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح بممارسة دورها هذا باعتبارها محكمة قانون وسياسة معاً^(١). ومن ثم، فإن القاضي الدستوري يمارس سلطة تقديرية واسعة حين يستخدم سلطته المقررة في الرقابة على دستورية القوانين، ويرجع اتساع هذه السلطة التقديرية إلى أن نصوص الدساتير نصوص لها طبيعة خاصة تميزها عن سائر النصوص القانونية^(٢)، إذ يقع بعضها على الحدود الفاصلة بين عالم السياسة وعالم القانون، فالنصوص الدستورية التي تعالج أمر سلطات الحكم ورسم الحدود الفاصلة بينهما تحمل بسبب عموميتها تفسيرات متعددة، ومثلها في ذلك النصوص التي ترسم الحدود بين سلطات الدولة

(١) طارق محمود جعفر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين: حدود الاختصاص بالدعوى الدستورية بين القضاء العادي والمحكمة الدستورية العليا، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.tarek61.com/page03.htm#ftn1>

(٢) ولهذا السبب، "تختلف لغة الدستور عن لغة التشريع، فالدستور بحكم تربيعة علي قمة النظام القانوني، يستخدم لغة تعلق في خطابها ومضمونها علي لغة التشريع فلا تلجأ إلي التفصيل حتى تفسح للتشريع سلطة الملاءمة وفقاً للظروف والمقتضيات. وهذا بخلاف لغة التشريع فإنها أكثر تحديداً لما تعبر عنه. كما أن لغة التشريع بدورها يجب أن تعلق في مضمونها علي اللانحة التنفيذية التي تهتم بالتفاصيل الدقيقة من أجل تنفيذ مضمون التشريع. كما تختلف لغة الدستور في تحديد مراميها عن لغة البرامج السياسية للحكومات أو الأحزاب التي تقوم علي العبارات الفضفاضة المعبرة عن السياسات أو الآمال". لمزيد من التفصيل، انظر: د. أحمد فتحي سرور، اللغة العربية في الدستور، مقال منشور بجريدة الأهرام، بتاريخ ٢٥ مارس ٢٠١٠، العدد ٤٥٠٣٤، وهذا المقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/archive/Issues-Views/News/12824.aspx>

المختلفة وحقوق الأفراد والجماعات، فإذا أضفنا إلى ذلك أن النصوص الدستورية العديدة التي تحدد للمشرع ولسائر سلطات الحكم في الدولة تشتمل على توجهات موضوعية عامة في العديد من الشئون السياسية والاجتماعية والاقتصادية. وأن ذلك التحديد يتم عادة من خلال نصوص عامة ينفتح معها الباب لدور إنشائي وإبداعي كبير في تفسيرها وإنزال حكمها الملزم لسلطة التشريع. وإذا ذكرنا هذا كله لاتضح لنا على الفور ما تؤدي إليه هذه الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية من منح القاضي الذي يحاكم النصوص التشريعية إلى نصوص الدستور سلطة تقديرية واسعة يكون له في ظلها تأثير على السياسات العامة للمجتمع في الميادين الاجتماعية والسياسية والاقتصادية^(١).

ويمكن القول إن المحاكم الدستورية، سواء أكانت ممثلة بالمحاكم أو المجالس الدستورية حسب التسميات السائدة في الدول المختلفة، تعد من أهم مفاصل الجهاز القضائي، نظراً إلى أهمية الاختصاصات المنوطة بها، وفي مقدمتها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، مما يجعلها بمثابة الحارس الأمين على مبدأ سمو الدستور الذي يعتبر أحد أهم المبادئ في القانون الدستوري، بحيث لا يجوز أن يخالف أي تشريع أدنى تشريعاً أعلى، سواء أكان التشريع صادراً عن السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، إذ لا يجوز ذلك وفق مبدأ التدرج التشريعي، فإذا خالف التشريع الأدنى التشريع الأعلى، يُقضى بعدم دستوريته أو يُمتنع عن تطبيقه^(٢).

(١) د. أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مجلة الدستورية - العدد الأول، يناير، ٢٠٠٣.

(٢) د. عدنان عاجل عبيد □ ميسون طه حسين، الطبيعة القانونية للقضاء الدستوري، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، (مجلة رسمية تصدر بشكل نصف سنوي عن جامعة بابل)، العدد ٢، ٢٠١٦.

ومن المسلم به أن مهمة القاضي الدستوري تنحصر، في سياق مباشرته لدوره الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، في أحد أمرين: إما الحكم بدستورية القانون المطعون عليه إذا تبين له بعد فحصه أنه لا يخالف الدستور، وإما الحكم بعدم دستوريته إذا تبين له أنه يخالف نصاً في الدستور. ومن ثم، ليس للقاضي الدستوري، في كلتا الحالتين، سلطة تصحيح أو تعديل القانون على النحو الذي يجعله متسقاً أو متطابقاً مع الدستور. بيد أن القاضي الدستوري حين يقوم بهذا الدور لا يقوم به بصورة حرفية. ذلك، أن القضاء الدستوري ليس مجرد قضاء تطبيقي يقوم بإنزال حكم الدستور بشكل آلي أو مجرد على الوقائع المعروضة عليه. لذلك، يتحتم على القاضي الدستوري أن يحاول، دوماً، التوفيق والموازنة بين الشرعية الدستورية وإعلاء حكم الدستور من ناحية، وبين المحافظة على الاستقرار داخل الدولة وتحقيقه من ناحية أخرى. وهو إذ يحاول إقامة هذا التوازن، فإنه يبتكر أو يبتدع من الحلول التي تحقق الاعتبارين معاً، ويأخذ بالتأويلات والتفسيرات التي توصله إلى هدفه، حتى ولو كان بعضها يخالف ظاهر ما يؤدي إليه النص الدستوري. ومن الواضح أن هذه المهمة الدقيقة يفتح معها الباب لدور إنشائي وإبداعي كبير يقوم به القضاء الدستوري. وقد ساعدت النصوص الدستورية ذاتها بما تحمله من عمومية وسعة في خطابها ومرونة في تفسيرها القضاء الدستوري على القيام بهذه المهمة الدقيقة. ولا شك أن تلك التفسيرات لا يمكن أن تنفصل عن الرؤية الخاصة للقاضي الدستوري في كثير من القضايا السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يتعرض لها في حكمه. ويمكن للقاضي الدستوري أن يباشر هذا الدور الإنشائي من خلال وسائل متنوعة، منها ما يُطلق عليه أحكام المبادئ^(١) Arrêts de Principes، وهي تلك الحلول القضائية التي لم ينص

(١) وهذا في مقابل ما يُطلق عليه الأحكام العادية Arrêts Ordinaires، وهي لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق لقواعد القانون على المنازعة المطروحة أمام القضاء، لمزيد من التفصيل، انظر، د. محمد كامل عبيد، نظم الحكم ودستور الإمارات، أكاديمية شرطة، ٢٠٠٣، ص ٨٠.

عليها القانون، أو على الأقل تحسم خلافاً في القانون، وفيها يعمد القاضي إلى إنشاء أو تشييد مبدأ قانوني جديد أو تفسير القاعدة القانونية تفسيراً مغايراً لذلك التفسير المستقر قبله^(١)،^(٢).

وبناءً على ما سبق، نرى أن العدالة الدستورية ليست أبداً عدالة معصوبة العينين. كما أن الرقابة على دستورية القوانين ليست، أبداً، عملية حسابية أو آلية يُوضع بها نص القانون في مواجهة نص الدستور فيظهر على الفور مدى التطابق أو الاتساق بينهما أو مدى مخالفة القانون لنصوص الدستور^(٣). ولذلك، إذا كان الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ليس تشريعاً بالمعنى الاصطلاحي الدقيق للتشريع، لأنه

(١) د. محمد كامل عبيد، نظم الحكم ودستور الإمارات، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٢) وفي هذا المعنى، يذهب الأستاذ الدكتور يحيى الجمل إلى أنه يمكن اعتبار بعض الأحكام من قبيل أحكام المبادئ ذات القيمة الأدبية الكبرى، والتي يمكن أن تُعد بمثابة المصدر التكميلي المقرر لقواعد دستورية تكميلية، ومن أمثلة هذه الأحكام، حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في ١٠ فبراير عام ١٩٤٨ والذي قرر حق المحاكم في بحث دستورية القوانين [محكمة القضاء الإداري، الحكم الصادر بتاريخ ١٠/٢/١٩٤٨ في القضية رقم ٩٦ لسنة ١ ق، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة، السنة الثانية]. وحكم هذه المحكمة أيضاً الصادر في ٢٦ يونيو عام ١٩٥٠، والذي قضى بأن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تفرض من عندياتها ودون نص تشريعي قيوداً على الصحافة على اعتبار أن حرية الصحافة لا تحتل سوى التنظيم القانوني الذي يرد بقانون وليس بأداة أقل منه. وكذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ١٩٥٠، الذي قضى بحق السلطة التنفيذية في أن تضع بعض الإجراءات المنظمةة لحق الإضراب المعترف به دستورياً [Conseil d'État, Assemblée, 7 juillet 1950, Dehaene, Rec. p. 426]. لمزيد من التفصيل، انظر: د. يحيى الجمل، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٤٢.

(٣) د. أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مرجع سابق؛ د. عبد العزيز سالم، رقابة الاغفال في القضاء الدستوري، بحث منشور في المجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد ١٥، السنة السابعة، هذا المقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.startimes.com>

ليس تعبيراً عن إرادة الهيئة النيابية الممثلة لجموع الناخبين في توجهاتهم السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أنه من الصحيح كذلك أن رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين هي قضاء وتشريع في آن واحد، فقاضي المحكمة الدستورية العليا يقضي ويشرع، في حين أن القاضي العادي يقضي ولا يشرع^(١).

ومما يدعم الملاحظات السابقة أن الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها عام ١٩٧٩، وما ورد بهذه الأحكام من حيثيات وما أرسته من مبادئ، تكشف أن دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في مصر لم يكن مجرد عمل "قانوني" يتسم بالحياد والموضوعية في فحص النصوص التشريعية لبيان مدى اتساقها وتوافقها مع الدستور، وإنما تأثر دورها بالواقع السياسي والاقتصادي والاجتماعي وتفاعل معه، بحيث أضحت المحكمة تقوم بدور بارز في وضع وتكريس أسس وضمانات حماية حقوق الإنسان، كما استقر مدلولها في وجدان قضاتها، حتى وإن لم يُنص علي هذه الحقوق صراحة في الدستور. ويكشف هذا التطور أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين أصبحت في تفاعل دائم

(١) د. عادل عامر، ظاهرة الممارسة الرقابية للمحكمة الدستورية العليا في مصر، مقال متاح على الموقع التالي:

<https://almesryoon.com/%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A9-%D9%86%D8%B8%D8%B1/939353-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%85%D8%A7%D8%B1%D8%B3%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%8A%D8%A7%D9%81%D9%8A-%D9%85%D8%B5%D8%B1>

مع الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي يعيشها المجتمع، وصار للمحكمة الدستورية دور "إنشائي" في مجال حقوق الإنسان، وليس مجرد تأكيد وضمن حقوق مكفولة بنصوص الدستور. وليس من نتيجة التطور السابق، بالتأكيد، عدم الالتزام بالقيود القانونية لممارسة القضاء لأعماله، بل يعني في المقام الأول، أن تكون ممارسة القضاء لدوره في الرقابة على الدستورية إعمالاً لمبادئ الشرعية وسيادة القانون، والتصدي للخروج على أحكام الدستور، من جانب الأنظمة السياسية المختلفة، بما يعنيه ذلك من تأكيد مبدأ سمو الدستور وتدرج القوانين^(١). ولعل التطورات القضائية السابقة هي التي دفعت بعض الفقهاء، في القانون الدستوري المقارن، إلى القول إن المحاكم الدستورية أضحت تسهم في ممارسة الوظيفة التشريعية، أو تقوم بدور المشرع الإيجابي^(٢).

وبعد هذه المقدمة التي حاولنا فيها إبراز أهمية الموضوع، سنشير فيما يلي، بإيجاز، إلى أهم محددات الدراسة: موضوعها ومشكلتها وخطتها.

(١) د. عبد الله صالح، المحكمة الدستورية العليا وحقوق الإنسان في مصر، مجلة الديمقراطية، بحث متاح على الموقع التالي:

<http://democracy.ahram.org.eg/UI/Front/InnerPrint.aspx?NewsID=208>

(2) Allan R. Brewer-Carías, Constitutional Courts as Positive Legislators, Cambridge University Press, 2011; Evgeni TANCHEV, Constitutional Review Design and Functions Implications for The Separation of Powers, available at: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU \(2015\) 021-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU (2015) 021-e)

١- موضوع الدراسة: الرقابة القضائية والمشروع السلبي.

بدأ هانز كلسن، منذ ما يقرب من تسعين سنة، في مقاله المشهور "الضمانة القضائية للدستور" *La garantie juridictionnelle de la constitution* (Revue du droit public (العدالة الدستورية)، المنشور في عام ١٩٢٨، في مجلة *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger* عن المحاكم الدستورية "كمشرعين سلبيين" *Negative Legislators*^(١). ونظراً لأن هانز كلسن يعتبر واحداً من أهم أساتذة القانون العام الحديث في القرن العشرين، فإنه يبدو من المستحيل الكتابة عن وجهة نظر مقابلة، عن المحاكم الدستورية، أي باعتبارها "مشرعاً إيجابياً" *Positive Legislator*، دون الإشارة إلى أفكار هانز كلسن بشأن هذا الموضوع^(٢).

(1) Hans. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice constitutionnelle)", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Librairie General de Droit et the Jurisprudence, Paris 1928, pp. 197-257. See also the Spanish text in Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Mexico 2001.

(2) As all the National Reporters, in one way or another, have done in their National Reports for Subject IV.B.2 of the XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July 2010. For the purpose of this General Report, I received the following National Reports: ARGENTINA I: Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, "Constitutional Courts as "Positive Legislators" (Argentina), pp. 18; ARGENTINA II: Nestor Pedro Sagues, "La Corte Suprema Argentina como legislador positivo" (pp 24); AUSTRALIA: Cheryl Saunders, "Interpretation and review" (pp.54 pp.); AUSTRIA:

=

Konrad Lachmayer, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators’” (13 pp.); BELGIUM: Patricia Popelier, “L’activité du juge constitutionnel belge comme législateur” (16 pp.); BRAZIL I: Thomas Bustamante and Evanilda de Godoi Bustamante, “Constitutional Courts as “Negative Legislators:” The Brazilian Case” (29 pp.); BRAZIL II: Marcelo Figueredo, “Judicial remedies aimed to fill the Legislative Gaps resulting from State Omissions under Brazilian Law” (12 pp); BRAZIL III: Luis Roberto Barroso, Thiago Magalhaes and Felipe Drummond, “Notas sobre a questão do Legislador Positivo” (pp.47); CANADA: Kent Roach, “Constitutional Courts as Positive Legislators: Canada Country Report” (25 pp.); COLOMBIA I: German Alfonso Lopez Daza, “Le juge constitutionnel colombien, législateur cadre positif: un gouvernement des juges (16 pp.); COLOMBIA II: Sandra Morelli, “The Colombian Constitutional Court: from Institutional Leadership, to Conceptual Audacity” (20 pp.); COSTA RICA: Ruben Hernandez Valle, “Las Cortes Constitucionales como Legisladores positivos” (43 pp.); CROATIA: Sanja Barić and Petar Bačić, “Constitutional Courts as positive legislators. National Report: Croatia” (29 pp); CZECH REPUBLIC: Zdenek Kuhn, “Czech Constitutional Court as Positive Legislator” (17 pp.); FRANCE: Bertrand Mathieu, “Le Conseil constitutionnel ‘législateur positif. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative”(18 pp.); GERMANY: Ines Hartel, “Constitutional Courts as Positive Legislators” (22 pp); GREECE: Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, “Constitutional Courts as Positive Legislators. Greek National Report” (24 pp.); HUNGARY, Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, “Constitutional Court as Positive Legislator. Hungarian National Report” (7 pp); INDIA: Surya Deva, “Constitutional Courts as ‘Positive Legislators: The Indian Experience, (11 pp.); ITALY: Giampaolo Parodi, “The Italian Constitutional Court as ‘Positive Legislator’(13 pp.); MEXICO: Eduardo Ferrer Mac Gregor, “La Corte Suprema de Justicia como Tribunal Constitucional”

=

وفي مقاله- الذي عرض فيه خبرته بشأن تأسيس وعمل المحكمة الدستورية
النمساوية في عام ١٩٢٠، التي يُنظر إليها باعتبارها جزءاً مهماً داخل النظام المركزي

=

(27 pp.); NETHERLAND: J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. Emmerik, "The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?" (54 pp); NICARAGUA: Sergio J. Cuarezma Teran and Francisco Enriquez Cabistan, "La estructura normativa de la Constitución Política de Nicaragua y sus mecanismos de tutela (55 pp.); NORWAY, Eivind Smith, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators:' Norway" (7 pp.); PERU I: Francisco Eguiguren and Liliana Salome, "Función contra-mayoritaria de la Jurisdicción Constitucional, su legitimidad democrática y los conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Legislador" (18 pp.); PERU II: Fernan Altuve Febres, "El Juez Constitucional como legislador positivo en el Perú" (30 pp); POLAND, Marek Safjan, "The Constitutional Courts as a Positive Legislator" (18 pp.); PORTUGAL: Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, "Constitutional Courts as "Positive Legislators," (Portugal)" (11 pp.); SERBIA: Boško Tripković, "A National Report for Serbia on the topic Constitutional Courts as "Positive Legislators" (19 pp); SLOVAKIA: Jan Svak and Lucia Berdisova, "Constitutional Court of the Slovak Republic as Positive Legislator via Application and Interpretation of the Constitution" (14 pp.); SPAIN: Francisco Fernandez Segado, "El Tribunal Constitucional como Legislador Positivo (Spain)" (48 pp); SWEDEN: Joakim Nergelius, "Human Rights and Judicial Review" (29 pp.); SWITZERLAND, Tobias Jaag, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators:' Switzerland"(23.pp); UNITED KINGDOM: John Bell, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators': United Kingdom" (8 pp.), UNITED STATES: Laurence Claus and Richard S Kay, "Constitutional Courts as 'Positive Legislators' in the United States" (38 pp); VENEZUELA: Daniela Urosa, "Cortes Constitucionales como 'Legisladores Positivos:' La experiencia venezolana" (30 pp.).

للرقابة القضائية، وهو النظام الذي قدمه هانز كلسن، لأول مرة عام ١٩٢٠، في أوروبا^(١). بدأ هانز كلسن في شرح دور مثل هذه الهيئات الدستورية، المنشأة خارج إطار القضاء العادي، ولكنها تتمتع بسلطات قضائية تمكنها من إلغاء التشريعات غير الدستورية.

وقد كان من الواضح أن هذا النظام- الذي تأسس أيضاً في ذات العام في تشيكوسلوفاكيا^(٢) وفقاً لأفكار كلسن^(٣)- يتناقض تناقضاً حاداً مع نظام الرقابة القضائية غير المركزية الذي كان راسخاً ومتطوراً في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث كانت المحاكم الأمريكية والمحكمة العليا قد نجحتا، بالفعل، لما يزيد على قرن من الزمان في تطوير دور بالغ الإيجابية كقضاة دستوريين^(٤).

(1) See in general Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, (reprint of the original book of 1928 with H. Kelsen s Preface), Economica, Paris 1986; Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, p. 1.

(2) See Zdenek Kuhn, *Czech National Report*, op. cit., p. 1

(3) Kelsen called constitutional justice as its more personal work. See Theo Ohlinger, "Hans Kelsen y el derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva critica," in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 5, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2006, pp. 219.

(4) For the purpose of this General Report, the expression "Constitutional Courts" is going to be used in general terms referring not only to "Constitutional Tribunals, Courts or Councils" specifically established in many countries as "Constitutional Jurisdictions" with powers to annul with erga omnes effects unconstitutional statutes, but also to Supreme Courts or Tribunals or High Courts when acting as constitutional judges.

ويلاحظ أن التمييز التقليدي بين أنظمة الرقابة القضائية، في العالم المعاصر، بين النظام المركزي للرقابة القضائية *the concentrated system of judicial review* والنظام غير المركزي للرقابة القضائية *the diffuse systems of judicial review* (١) قد خضع للتطور والتغيير، مما جعل من الصعب، في كثير من الأحيان، تطبيق هذا التمييز بطريقة واضحة ومحددة (٢). والحقيقة أنه قد تم تبني طائفة متنوعة من المبادئ والحلول، بشأن الرقابة القضائية (٣)، تقريباً في كل الأنظمة

- (1) Mauro Cappelletti, *Judicial Review in Contemporary World*, Indianapolis 1971, p.45; Mauro Cappelletti and J.C. Adams, "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations", *Harvard Law Review*, 79, 6, April 1966, p. 1207; Mauro Cappelletti, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61, 1966, p. 28; Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Allan R. Brewer-Carias, *Études de droit public comparé*, Bruilant, Bruxelles 2000, pp. 653 ff.
- (2) Lucio Pegoraro, "Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinamica de los ordenamientos," in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2004, pp. 131 ff.; Alfonse Celotto, "La justicia constitucional en el mundo: formas y modalidad," in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2004, pp. 3 ff.
- (3) Francisco Fernandez Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna 2003, pp. 40 ff.;

الديمقراطية، إلى درجة أنه يمكن القول، في الوقت الحاضر، إنه لا توجد وسائل أو حلول تُطبق بصورة حصرية في هذا النظام أو ذاك^(١). ومع ذلك، فإن صعوبة مثل هذا التمييز لا تجعله خلواً من أي معنى^(٢).

وفي الحقيقة، على الرغم من أوجه النقد الموجهة للتمييز بين الأنظمة المركزية والأنظمة غير المركزية للرقابة القضائية، فإن مثل هذا التمييز مازال يكتسب أهمية كبيرة، لاسيما بالنسبة للتحليل من منظور القانون المقارن، ولذلك لا يمكن اعتبار مثل هذا التمييز مهجوراً^(٣). ويتمثل أساس هذا التمييز- الذي يمكن اعتباره، دائماً،

-
- (1) Louis Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles*, P.U.F., 1986; Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris 1996; D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris 1998.
- (2) Francisco Fernandez Segado, "La obsolescencia de la bipolaridad 'modelo Americano-modelo europeo-kelseniano' como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa," in his book *La Justicia Constitucional: Una visión de derecho comparado*, Tomo I, Ed. Dykinson, Madrid 2009, pp. 129-220; Guillaume Tusseau, *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle: essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, Edition bilingue: français-italien, 2009; Guillaume Tusseau, "Regard critique sur les outils méthodologique du comparatisme. L'exemple des modeles de justice constitutionnelle," in *IUSTEL, Revista General de Derecho Público Comparado*, No 4, Madrid, enero 2009, pp. 1-34.
- (3) In fact, what can be considered obsolete in this matters is the distinction established departing from an erroneous denomination that has been given to the two systems, particularly many in Europe, contrasting the

=

أساساً صحيحاً. في التمييز بين الأنظمة الدستورية التي تعد فيها كل المحاكم قضاة دستوريين وتتمتع بسلطة مراجعة أو رقابة دستورية التشريع لدى فصلها في قضايا ومنازعات معينة مطروحة عليها مع مراعاة أنه من غير الضروري النص على مثل هذه السلطة صراحة في الدستور من ناحية، والأنظمة الدستورية التي يُنشأ فيها قضاء دستوري يُناط الاختصاص بمباشرته إلى محكمة دستورية، أو مجلس أو محكمة عليا. **Constitutional Court, Tribunal or Council or to a Supreme or High Court** - باعتبارها المحكمة الوحيدة المخولة سلطة قضائية لإلغاء التشريعات المخالفة للدستور من ناحية أخرى. وفي مثل هذه الحالات الأخيرة، يكون من الضروري

=

so called “American” and “European” systems, ignoring that the “European” system, which cannot be reduced to the existence of a specialized Constitutional Court, existed in Latin America a few decades before its introduction in the Czechoslovak Constitution; and that the “American” system is not at all endemic of countries with common law systems of Law, having been spread since the 19th century into countries with Roman law traditions. See Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Second Edition, Foundation Press Thomson West 2006, pp.465 ff., 485 ff. On the other hand, as it has been pointed out by Francisco Rubio Llorente, it is impossible to talk about a “European” system, when within Europe there are more differences between the existing systems of judicial review than between any of them and the “American” one. See Francisco Rubio Llorente, “Tendencias actuales de la jurisdiccion constitucional en Europa,” in Manuel Fraga. *Homenaje Académico*, Vol. II, Fundacion Canovas del Castillo, madrid 1997, p. 1.416.

تضمنين الدستور نصاً صريحاً على إنشاء محكمة دستورية أو تخويل سلطة قضائية للمحكمة العليا القائمة لمباشرة الرقابة على دستورية القوانين. وما زال هذا الأساس الجوهري يشكل أرضية للتمييز في القانون المقارن، حتى في الدول التي يعمل فيها النظامان بالتوازي جنباً إلى جنب^(١). وبهذا المعنى، ينبغي فهم الإشارة، بين الحين والآخر، للأنظمة المركزية والأنظمة غير المركزية للرقابة القضائية^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن النموذج المركزي للرقابة القضائية قد تم تبنيه في أوروبا، على إثر إعلان كلسن لأفكاره في هذا الخصوص، في دستوري كل من تشيكوسلوفاكيا والنمسا (١٩٢٠)، استناداً إلى مبدأ السمو أو العلو الدستوري، وضمانة هذا المبدأ المتمثلة في إلغاء أو إمكان إلغاء التشريعات وأعمال الدولة الأخرى التي في مرتبة القانون، إذا كانت هذه التشريعات والأعمال تنطوي على مخالفة للدستور.

(1) As it is for instance the case of Portugal and in a certain way in Greece, also in Canada and in many Latin American countries, like Brazil, Colombia, Dominican Republic, Ecuador, Guatemala, Mexico, Nicaragua, Peru and Venezuela. See Allan R. Brewer-Carias, "La jurisdiccion constitucional en America Latina" en Domingo Garcia Belaunde-Francisco Fernandez Segado (Coordinadores), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Dykinson S.L. (Madrid), Editorial

(2) Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceeding, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 81 ff.

بيد أنه بالنظر إلى التخوف العام من القضاء وسيادة مبدأ "سيادة البرلمانات"، تجسد النظام الذي دعا إليه كلسن في إنشاء محكمة دستورية خاصة تتمتع بسلطة، ليس فقط إعلان عدم دستورية التشريعات التي تنطوي على انتهاك للدستور، ولكن أيضاً إلغاء هذه التشريعات بالنسبة للكافة *erga omnes effects*، أي إزالة هذه التشريعات من النظام القانوني بأكمله.

وقد طورت أفكار كلسن المبدئية من أجل مواجهة المشكلات التي يمكن أن تتور نتيجة وضع مثل هذه السلطات في يد هيئة أو سلطة دستورية مختلفة عن المشرع، وهي تلك المشكلات التي تُثار، عادة، استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات، لاسيما تلك المتعلقة بالوظائف التشريعية. ولكن الحقيقة التي لا مراء فيها هي أن هذا النظام المقترح من جانب الفقيه كلسن - كان في ذلك الوقت ودون حاجة إلى إنشاء محكمة دستورية مستقلة- مطبقاً بالفعل (مع بعض الاتجاهات الموضوعية المشابهة) في بعض دول أمريكا اللاتينية، مثل كولومبيا وفنزويلا، حيث كانت سلطات الإلغاء فيما يتعلق بالتشريعات الدستورية قد مُنحت، منذ عام ١٨٥٨، إلى المحاكم العليا للعدل *Supreme Courts of Justice*^(١).

ومن ناحية أخرى، في الوقت الذي كانت تتم فيه صياغة نظام الرقابة القضائية المركزية في أوروبا، كان هذا النظام يمثل تناقضاً حاداً مع نظام الرقابة القضائية غير

(1) On the origins of the Colombian and Venezuelan systems, see Allan R. Brewer-Carias, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogota 1995. See Sandra Morelli, *Colombian National Report II*, op. cit., p. 2

المركزية الذي تطور في الولايات المتحدة الأمريكية منذ حكم المحكمة العليا الأمريكية الشهر في قضية *Marbury v. Madison* في عام ١٨٠٣^(١). وتجدر الإشارة إلى أن نظام الرقابة القضائية المركزية كان قد انتشر، منذ القرن التاسع عشر، في العديد من دول أمريكا اللاتينية مثل: الأرجنتين، والبرازيل، وكولومبيا، وفنزويلا^(٢)، كما تم تبنيه في بعض الدول الأوروبية مثل النرويج^(٣)، والدنمرك، والسويد، واليونان^(٤).

ومعنى ما تقدم، أنه عندما قام كلسن بصياغة الحجج الداعمة للنظام المركزي للرقابة القضائية في أوروبا، كان ذات النظام مطبقاً، بالفعل، لما يزيد عن ستة عقود في دول أمريكا اللاتينية، بينما كان نظام الرقابة القضائية غير المركزية مطبقاً لما يقرب من قرن من الزمان في شمال وجنوب أمريكا، وفي بعض الدول الأوروبية.

والحقيقة أن الفضل يرجع إلى مقترحات وكتابات كلسن في تطوير الرقابة القضائية في أوروبا، حيث أدت هذه المقترحات والكتابات، في نهاية الأمر، إلى وضع حد لمبدأ سيادة البرلمان *the principle of Parliaments' sovereignty*. ويرجع ذلك إلى أن كلسن لم يكن فقط هو الذي اقترح تبني محكمة دستورية عليا جديدة في

(1) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

(2) Allan R. Brewer-Carias, "La jurisdiccion constitucional en America Latina" en Domingo Garcia Belaunde-Francisco Fernandez Segado (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson S.L. (Madrid), Editorial Juridica Venezolana (Caracas), Ediciones Juridicas (Lima), Editorial Juridica E. Esteva (Uruguay), Madrid 1997, pp. 117-161

(3) Eivind Amith, *Norway National Report*, op. cit., p. 1.

(4) Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, *Greek National Report*, pp. 2-3

دستور النمسا (١٩٢٠)، ولكنه كان أيضاً أحد الأعضاء البارزين لهذه المحكمة لسنوات متعددة، حيث كان يعمل كقاضي مقرر *Judge rapporteur* لهذه المحكمة. ومعنى ذلك، أن كلسن كان مساهماً أساسياً في تطبيق النظام المركزي للرقابة القضائية الذي تطور، في العقود التالية، لاسيما بعد الحرب العالمية الثانية- تطوراً كبيراً في أوروبا. وحتى في فرنسا- المعروفة بالنظام المركزي للرقابة القضائية السابقة^(١)- نُظر إلى قضاء المجلس الدستوري الفرنسي باعتباره "نهاية رمزية لسيادة القانون" **"symbolic end of the sovereignty of the law within the respect of the Constitution"**^(٢).

(١) تجدر الإشارة إلى أنه قد تم توسيع اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨. وكان من بين التعديلات التي تم تبنيها في هذا التاريخ الأخذ بمفهوم الرقابة الدستورية اللاحقة إلى جوار الرقابة السابقة. ويلاحظ أن المزايا التي تحققها رقابة الدستورية السابقة تفسر دون شك الإبقاء عليها في ظل التعديل الدستوري في ٢٣ من يوليو ٢٠٠٨. فالمادة (٦١) من الدستور الخاصة بالرقابة السابقة على القوانين الأساسية والقوانين العادية ظلت دون تعديل، ما عدا إضافة الاقتراحات بالقوانين الاستثنائية للرقابة السابقة الوجيهة. واقتصر التعديل الدستوري على إضافة مادة جديدة برقم ١/٦١ تتناول رقابة الدستورية اللاحقة، التي تُعرف في الفقه الفرنسي باسم "المسألة الأولية *La question préjudicielle*". ووفقاً للمادة ١/٦١ من الدستور، فإنه: "في حالة التمسك أثناء دعوى تنظرها إحدى المحاكم، بأن حكماً تشريعياً يتضمن اعتداءً على الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، فإنه يجوز عرض هذه المسألة على المجلس الدستوري، بناءً على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض، الذي يفصل فيها خلال مدة محددة. ويحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة". لمزيد من التفصيل، انظر: د. محمد محمد عبداللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في ٢٣ من يوليو ٢٠٠٨، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد ٣٤، العدد ٣، ٢٠١٠، ص ١٥.

(2) Bertrand Mathieu, French National Report, op. cit., p. 5.

وقد عبر كلسن عن أفكاره الأساسية بشأن هذا الموضوع في مقاله الموجه إلى القراء غير الألمان تحت عنوان: "الضمانة الدستورية للدستور (العدالة الدستورية)"^(١). وفي هذا المقال، تناول كلسن بالدراسة المشكلة العامة لمشروعية النظام المركزي للرقابة القضائية. وقد حلل كلسن، بصفة خاصة، مدى اتساق النظام المركزي للرقابة القضائية مع مبدأ الفصل بين السلطات، حيث يقوم هذا النظام المركزي للرقابة على أن إحدى سلطات الدولة- غير المشرع- بمقدوره أن يلغي التشريعات المخالفة للدستور، دون أن يعتبر ذلك انتهاكاً للمجال المحجوز للمشرع.

وفي هذا الصدد، بعد الاحتجاج بأن "إلغاء تشريع يعني إرساء قاعدة عامة، لأن إلغاء التشريع له ذات الطابع العام لتبنيه"، وبعد ملاحظة أن إلغاء تشريع معين "مثل تبني هذا التشريع، ولكن بأثر سلبي، ومن ثم يعد، في ذاته، وظيفة تشريعية"، خلص إلى أن المحكمة، التي تتمتع بسلطة إلغاء التشريعات، تعد "أحد أعضاء (أو فروع) السلطة التشريعية"^(٢). ومع ذلك، انتهى كلسن إلى تأكيد أنه على الرغم من أن

(1) Hans Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice constitutionnelle)", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris 1928, pp. 197-257; Hans Kelsen, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution," in *The Journal of Politics*, Vol 4, No 2, May 1942.

(2) "to annul a statute, is to establish a general norm, because the annulment of a statute has the same general character of its adoption," and after considering that to annul a statute is "the same as to adopt it but with a negative sign, and consequently in itself, a legislative function," he considered that the Court that has the power to annul statutes is, consequently, "an organ of the Legislative branch.", See

=

"نشاط القضاء الدستوري هو نشاط يشبه دور المشرع السلبي"، فإن هذا لا يعني أن المحكمة الدستورية تباشر "وظيفة تشريعية"، لأن الوظيفة التشريعية تتسم "بالخلق أو الإنشاء الحر للقواعد" وهو الأمر غير المتوافر في حالة إلغاء التشريعات الذي يعد، على النقيض من ذلك، "وظيفة قضائية" لا يمكن تطبيقها، أساساً، إلا "تنفيذاً لقواعد الدستور"، أي أنها "محددة بصورة مطلقة في الدستور"^(١). وخلص كلسن، في النهاية، إلى أن القضاء الدستوري "يؤدي مهمة قضائية بحتة تتمثل في تفسير الدستور". وتشكل سلطة إلغاء التشريعات غير الدستورية الضمانة الأساسية لعلو أو سمو الدستور^(٢).

=

Hans Kelsen, La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional), Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, p. 54.

- (1) "the "activity of the constitutional jurisdiction" is an "activity of the Negative Legislator," this does not mean that the Constitutional Court exercises a "legislative function" because this is characterized by the "free creation" of norms, which does not exist in the case of the annulment of statutes, which on the contrary is a "jurisdictional function" that can only be "essentially accomplished in application of the norms of the Constitution," that is, "absolutely determined in the Constitution.", Id. pp. 56-57. See Allan R. Brewer-Carias, *Études de Droit Public Comparé*, Bruylant, Bruxelles 2003, p. 682
- (2) purely juridical mission, that of interpreting the Constitution," being the power to annul unconstitutional statutes the principal guaranty of the supremacy of the Constitution.", See Hans Kelsen, La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional), Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, p. 57

وثمة من يذهب من الكتاب إلى أن المحاكم الدستورية لا تقوم، في الحقيقة، لدى رقابتها لتشريع غير دستوري بإلغاء هذا لتشريع، وأن الإلغاء الذي تستطيع أن تنطق به أو تعلنه هذه المحاكم لا يستند على سلطاتها التقديرية، ولكن يستند على المعايير الدستورية والقانونية، من خلال تطبيق قواعد أعلى متجسدة في الدستور. ولذلك، لا يمكن القول إن المحاكم الدستورية تمارس وظيفة تشريعية. ومن ثم، فإن وظيفة المحكمة الدستورية- كما يذهب إلى ذلك كلسن- هي وظيفة قضائية، مثل تلك المسندة إلى المحاكم العادية، ولكنها تعد ضماناً للدستور. وإذا كان صحيحاً أن القضاة الدستوريين يفصلون، في بعض القضايا، في مسائل ذات طبيعة سياسية^(١)، فإنهم

(١) ومن المقرر أن بعض الأمور والمسائل تقتضي، بحسب طبيعتها، النأي بها عن ساحات القضاء نظراً لما يحيط بها من اعتبارات سياسية، وما يحتاجه البت فيها من عناصر تقدير وموازين سريعة وحاسمة لا تغلح في تحقيقها الوسائل القضائية، وهو ما اصطلح على تسميته بالمسائل أو "الأعمال السياسية" Political Acts كما يسميها الفقه الأمريكي، أو "أعمال الدولة" كما تسمى في الفقه الإنكليزي. وكلها أسماء لمضمون واحد، أو لحل مشكلة توجد في كل الدول بلا استثناء، مفادها أن هناك من المسائل ما يجب إبعادها عن رقابة القضاء. وفي فرنسا، يُطلق على هذه التصرفات أعمال السيادة أو أعمال الحكومة Les actes de gouvernement وهي تقتصر فقط على بعض أعمال السلطة التنفيذية أي الأعمال أو القرارات الإدارية، ومن ثم تخرج القوانين من نطاق هذه الأعمال. أما في أمريكا، فإن نظرية "الأعمال السياسية" يمكن أن تشمل أيضاً القوانين الصادرة من السلطة التشريعية وبعض تصرفات رئيس الدولة باعتباره رئيس السلطة التنفيذية. لمزيد من التفصيل، انظر: د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٥٤٧؛ د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٦٠. ويلاحظ أنه يُتمسك عادة أمام المحاكم الدستورية بعدم جواز إخضاع "المسائل السياسية" لرقابتها. من ذلك ما قول المحكمة الدستورية العليا: "وحيث إن الحكومة دفعت بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيساً على أن العدول عن نظام الانتخاب الفردي إلى نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية بموجب القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ المطعون عليه المعدل للقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب هو من المسائل =

يفعلون ذلك استناداً إلى معايير ومن خلال طرق قانونية في عملية إجرائية يبدأها أحد الأطراف الذين يتوافر لهم الحق في مباشرة الدعوى^(١). ولا تستطيع المحاكم الدستورية- فيما عدا المحاكم الدستورية الاستثنائية- أن تبدأ الإجراءات الدستورية أو الدعوى الدستورية بحكم منصبها أو بصورة تلقائية بناءً على مبادرة منها *ex officio*.

وفي نهاية الأمر، لخص كلسن، في ذات المقال، نتيجة الرقابة القضائية وفقاً لنظام الرقابة المركزية، ملقياً الضوء على حقيقة أنه لضمان الدستور، يجب إلغاء التشريع غير الدستوري من خلال حكم تصدره المحكمة الدستورية. ويعد مثل هذا الإلغاء مسألة مبدأ، ويحقق مصلحة الأمن القانوني *legal security*. وفيما يتعلق

=

السياسية إذ يتصل بالنظام السياسي الداخلي الذي أصبح بعد تعديل المادة الخامسة من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ يقوم على أساس تعدد الأحزاب، ومن ثم ينأى هذا العدول عن رقابة المحكمة الدستورية العليا ويخرج عن اختصاصها هو وما استتبعه من تعديل في عدد الدوائر الانتخابية وتنظيم عملية الترشيح وتوزيع الأصوات وتوزيع المقاعد في المجلس النيابي وفقاً لنتيجة الانتخاب. وحيث إن هذا الدفع مرود بأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ بتعديل القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب وقد صدر في شأن يتعلق بحق الترشيح لعضوية مجلس الشعب، وهو الحق الذي غنى الدستور بالنص عليه وعلى كفالاته والذي ينبغي على سلطة التشريع ألا تتنازل عنه وإلا وقع عملها مخالفاً للدستور، فإن القانون المذكور لا يكون قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية على نحو ما ذهبت إليه الحكومة، ويكون الدفع المبدى منها بعدم اختصاص المحكمة قائماً على غير أساس متعيناً رفضه". القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية، المحكمة الدستورية العليا، "دستورية"، بجلسة ١٩٨٧/٥/١٦.

(1) Allan R. Brewer-Carias, *Études de Droit Public Comparé*, Bruylant, Bruxelles 2003, p. 685. See also, A. Perez Gordro, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Barcelona 1982, p. 41. See the comment of Laurence Claus & Richard S. Kay, US National Report, op. cit., pp. 4, 6.

بالآثار غير الرجعية للحكم *ex nunc, pro futuro effects*، فإنه يمكن التخفيف منها، وهذا القرار الذي يمكن إسناده إلى المحكمة الدستورية يكشف، في مثل هذه الحالة، عن "الطابع التشريعي" لوظيفتها *legislative character of its function*⁽¹⁾.

٢- مشكلة الدراسة:

يعكس تنامي ظاهرة تدخل المحاكم الدستورية في مباشرة وظائف ذات طبيعة تشريعية، وكذلك ظاهرة الإغفال التشريعي وسبل معالجتها مشكلات معاصرة في القضاء الدستورية المقارن، لأنها تطرح بصورة مباشرة طبيعة العلاقة بين جهة الرقابة على دستورية القوانين (المحاكم الدستورية) والسلطة التشريعية وحدود الرقابة، وهل يحل القاضي الدستوري محل المشرع عند قيامه برقابة الإغفال خاصة في حالة الإغفال الكلي أو السكوت عن التنظيم، وما هي الوسائل الفنية التي يستطيع القاضي الدستوري عن طريقها أن يراقب مسألة الإغفال التشريعي دون أن يتجاوز حدود وظيفته.

ومن ثم، يُثار التساؤل عن الكيفية التي يمكن من خلالها للمحاكم الدستورية مباشرة سلطة تشريعية أو التأثير في المخرجات التشريعية. ويمكن القول إنه حالما تُطرح مسألة عدم دستورية نص قانوني على المحاكم الدستورية، فإن هذه الأخيرة تلتزم بالفصل في هذه المسألة. ولا ريب أن لأحكام المحاكم الدستورية في هذه الحالة آثاراً تشريعية على الأقل جزئياً. ذلك، أن الحكم الصادر بإبطال نص تشريعي لعدم

(1) Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 200,1 pp. 82-86

دستوريته يعنى أن القاضي الدستوري قد مارس سلطته في الاعتراض على التشريع veto authority، وهذه السلطة وثيقة الصلة بالرقابة على الدستورية. وعندما يتبنى القاضي الدستوري تفسيرات ملزمة قانوناً للنصوص التشريعية، فإن هذا يعنى أن القاضي يعيد كتابة التشريع أو يعدله rewrite or amend the legislation، وذلك بقدر ما يختلف هذا التفسير عن ذلك الذي تتبناه الحكومة أو السلطة التشريعية^(١).

٣- خطة الدراسة:

تستهدف هذه الدراسة تحليل، من وجهة نظر القانون المقارن، المواقف التي تتدخل فيها المحاكم الدستورية، ليس فقط في عمل المشرع ووظائفه التشريعية، ولكن أيضاً في مجال السلطة التأسيسية من خلال القيام، بطريقة أو بأخرى، بدور "المشرع الإيجابي" Positive Legislators. ومن أجل بلوغ هذه الغاية، سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى فصول ستة من أجل بيان التطور المعاصر لوظائف المحاكم الدستورية (الفصل الأول)؛ وتحليل الجوانب العامة للرقابة القضائية لدستورية التشريع التي تمارسها المحاكم الدستورية وعلاقة هذه المحاكم بالمشرع (الفصل الثاني)؛ وبيان الحالات التي تقوم فيها المحاكم الدستورية بالتدخل في مجال السلطة التأسيسية من خلال تبني قواعد دستورية وحتى تعديل الدستور (الفصل الثالث)؛ وتحديد دور المحاكم الدستورية في التدخل في مجال المشرع فيما يتعلق بالتشريع القائم، باعتبارها مساعدة للمشرع، ومكملة للتشريعات، ومضيفة لها بعض البنود من خلال التفسير الدستوري، وأيضاً تحليل الآثار الزمنية للتشريع (الفصل الرابع)؛ دور المحاكم الدستورية في

(1) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 63.

التدخل في مجال المشرع فيما يتعلق بحالات الإغفال التشريعي المطلق والنسبي والعمل في بعض الحالات، باعتبارها مشرعاً مؤقتاً **Provisional Legislators** (الفصل الخامس)؛ وأخيراً، بيان دور المحاكم الدستورية كمشرع في مجال المسائل المتعلقة بالرقابة القضائية (الفصل السادس).

فصل تمهيدي

مذهب النشاط القضائي وتنامي الدور السياسي للمحاكم الدستورية

شهدت سلطات الدولة في العقود الأخيرة توسعاً ملحوظاً نتيجة تطوير نموذجي "الدولة المتدخلية" the interventionist و"الدولة المنظمة"^(١) the

(١) تتميز الدولة المنظمة *Etat Régulateur* بإبشار شكل التدخل التنظيمي في الحياة الاقتصادية، من خلال وضع القواعد القانونية الحاكمة للنشاط الاقتصادي، على غير من أساليب التدخل العام الأخرى. ومن ثم، فالدولة المنظمة هي، بالأحرى، دولة واضحة للقواعد القانونية - *rule making state*، من ناحية، أكثر منها دولة فارضة للضرائب *taxing state* أو دولة مُنفقة *spending state*، ومن ناحية أخرى، فإن وضع القواعد المنظمة لنشاط المشاركين في السوق أكثر أهمية، في نظر هذه الدولة، من إعادة توزيع الدخل *redistribution of income* أو تحقيق الاستقرار من خلال ضبط المؤشرات الاقتصادية الكلية *macroeconomic stabilization*. ومؤدي ذلك أن دائرة الأهداف التي تسعى الدولة المنظمة إلى تحقيقها ضيقة إلى حد بعيد، ومن ثم، فإن هذه الأهداف تكاد تقتصر على تحسين كفاءة الاقتصاد، وضمان احترام قواعد المنافسة وحماية المستهلكين. ومن المسلم به أن تدخل الدولة المنظمة - من خلال قوانين المنافسة وما تنشئه من أجهزة تنظيمية لوضع هذه القوانين موضع التطبيق - لفرض احترام قواعد المنافسة الحرة وحظر إساءة استخدام المراكز المسيطرة يعد من أهم أهداف التدخل التنظيمي. ويبدو واضحاً من ذلك أن تدخل المشرع في المجال الاقتصادي يعد أمراً ضرورياً لأنه يمثل ضماناً دستورياً للتنظيم الاقتصادي للدولة، وهو الأمر الذي ترجمته المادة (٣٤) من دستور ١٩٥٨ في فرنسا حين عهدت إلى المشرع أن يحدد القواعد الخاصة بتأميم المشروعات ونقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص؛ وكذلك حين أوكلت إليه أيضاً تحديد القواعد الخاصة بالضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين من أجل ممارسة الحريات العامة. وإلى جانب هذا "السند الدستوري" لتدخل المشرع في المجال الاقتصادي؛ فإنه توجد أيضاً مبررات من طبيعة عملية تدفع المشرع إلى التدخل، بوجه خاص، في مجال المنافسة. وهذه المبررات أصبحت اليوم أكثر وأشد وطأة من أي وقت مضى، ويمكن ردها إلى مبررين أساسيين.

أما المبرر الأول فهو أن المنافسة أصبحت أحد المقتضيات الأساسية لتحرير الاقتصاد، فلا يمكن أن

=

regulatory State. وفيما يتعلق بالسلطات القضائية على وجه التحديد، يثير هذا التوسع مشكلات عقلانية، سواء على مستوى "الإدارة القضائية" judicial administration (مثل تشكيل المحاكم وتنظيم العمل)، أو على مستوى "النشاط القضائي" judicial activity. وسينصب اهتمامنا، فيما يلي، على البعد المتعلق "بالنشاط القضائي". وبصورة أكثر تحديداً، سينصب اهتمامنا على دور القضاء في

تزدهر حرية المشروعات إلا في ظل منافسة حرة تسودها الشفافية والمساواة. من هنا يبدو تدخل المشرع ضرورياً لتكريس مبدأ المنافسة وتنظيمها على حد سواء. فإذا لم توجد قواعد قانونية تنظم المنافسة، فإن سلوك القائمين بالنشاط الاقتصادي يمكن أن يؤدي إلى تكوين أسواق احتكارية، وقد يتحول هؤلاء إلى سلطة يمكن أن يُطلق عليها وصف "سلطة خاصة" في مواجهة "السلطة العامة"، وحينئذ لن يحصل المستهلكون على كسب نتيجة تطبيق فكرة تخفيف أو الحد من القيود déréglementation على النشاط الاقتصادي. باختصار، وكما يقول الأستاذ Hubrecht إن السوق يمكن أن تهدم نفسها إذا لم تقدم لها السلطة العامة الإطار القانوني، وأن النظام الاقتصادي للسوق يفترض تنظيمًا قانونيًا حتى يمكن المحافظة على أوضاع المنافسة، بما يؤدي إلى تجنب الممارسات الضارة بها.

وأما المبرر الثاني فهو اتجاه الاقتصاد العالمي نحو التدويل والعولمة، وهما من أهم الخصائص المميزة للسياسات الاقتصادية، ويفترضان قبول المنافسة الدولية للمنتجات والخدمات وتحرير رءوس الأموال والاستثمارات. لقد تجلّت هذه الملامح بوضوح في المفاوضات الدولية، وفي الانضمام للمعاهدات الدولية، وفي التزام الدول بإزالة العقبات التي تعترض التبادل والمنافسة. وإذا كان تدخل المشرع يبدو ضرورياً في مجال المنافسة، فإن هذا التدخل يجب أن يتم في إطار المبادئ الدستورية التي يأتي في مقدمتها مبدأ الحرية ومبدأ المساواة. د. محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مرجع سابق.

Tom Christensen and Per Læg Reid, Regulatory Reforms and Agencification, Stein Rokkan Centre for Social Studies - Working Papers, p. 8., available at: <http://bora.uib.no/handle/1956/1337>.

د. مرفت عبد المنعم صادق، الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩.

صنع السياسات أو الدور السياسي للقضاء أو مذهب "النشاط القضائي"^(١) (المبحث الأول).

ويعتقد فريق كبير من فقهاء القانون الدستوري بأن تنامي دور القضاء في صنع السياسات من شأنه أن يخلق تحديات خطيرة للمبدأ الأساسي والشامل للفصل بين السلطات **universal principle of the separation of powers** ومن ثم لمبدأ حكم القانون. ويستند هذا الفريق من الفقه إلى أن تخويل المحاكم سلطات تمكنها من اتخاذ قرارات سياسية يسبب أضراراً بالغة، ليس فقط للأفرع الأخرى للحكومة، ولكن أيضاً لاستقلال وحياد وتكامل القضاء نفسه. وهكذا، تصبح العلاقة بين انخراط القضاء في صنع السياسات والنشاط القضائي بالغة الوضوح (المبحث الثاني).

(١) يلاحظ أحد الكتاب أن العقد الأخير فقط من القرن الماضي شهد الإشارة إلى مصطلحي "النشاط القضائي" **judicial activism** و"القاضي النشط قضائياً" **judicial activist** فيما يقرب من ٣٨١٥ مقالة منشوراً في دوريات أكاديمية:

- Westlaw search ["judicial activist" "judicial activism" "judicial activists" & DA(AFT) 12/31/1989 & BEF 1/1/2000] in "Journals and Law Reviews" database, performed by author on August 19, 2004.

- وفي أول أربع سنوات من القرن العشرين، تمت الإشارة إليهما ما يقرب من ١٨١٧ مقالة منشوراً في دوريات أكاديمية:

- Westlaw search ["judicial activist" "judicial activism" "judicial activists" & DA (AFT) 12/31/1999 & BEF 1/1/2004] in "Journals and Law Reviews" database, performed by author on August 19, 2004.

المبحث الأول

دور القضاء في صنع السياسات

السياسة التشريعية تعنى مسلك أو خطة الجهة المختصة بالتشريع نحو تطبيق السياسة العامة العليا في مجالاتها المتنوعة السياسية والاقتصادية والاجتماعية من خلال التشريعات التي تتبناها. ومن المسلم به أن السياسة العامة العليا للدولة يصعب فرض تطبيقها دون وضعها في تشريع تتميز قواعده القانونية بخصائص تجعل تطبيق هذه السياسة ملزماً. وهذا يعنى أن "التشريع المكتوب" هو الأداة التي بواسطتها يتم تطبيق السياسة العامة العليا في مجالات مختلفة، وأن السياسة التشريعية هي في حقيقتها انعكاس للسياسة العامة العليا، ووجوب أن تكون هذه السياسات العامة تسعى دوماً لتحقيق حقوق وحرريات المواطنين والحفاظ عليها، وهو ما يعنى أن يكون الهدف الأساسي من التشريع هو ذلك الأمر^(١).

والأصل أن المشرع هو الذى يُنَاط به، وفقاً للمبدأ الدستوري للفصل بين السلطات، تحديد السياسات العامة الاقتصادية والاجتماعية وغيرها من خلال التشريعات التي يضعها^(٢).

(١) طارق عبد العال، صناعة القانون في مصر بين سلطتين ١ - ٣، مقال متاح على الموقع التالى:

<http://www.shorouknews.com/columns/view.aspx?cdate=29072016&id=6eb1cefe-eb6e-49d9-ac4f-3cbc32f09de4>

(٢) وتطبيقاً لذلك، تنص المادة (١٠١) من الدستور المصرى الحالى (دستور ٢٠١٤) على أن: "يتولى مجلس النواب سلطة التشريع، وإقرار السياسة العامة للدولة، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، والموازنة العامة للدولة، ويمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وذلك كله على النحو المبين في الدستور".

بيد أن استقراء أحكام القضاء الدستوري المقارن يكشف عن دور متزايد للقضاة الدستوريين في مجال صنع هذه السياسات.

وهكذا، سنحاول، في هذا المبحث، تعريف "صنع السياسات بواسطة القضاء" (المطلب الأول)، كما سنحاول إلقاء الضوء على أهم الشروط الواجب توافرها لإمكان تقبل هذه الظاهرة المعاصرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف "صنع السياسات بواسطة القضاء"

يعني "الدور السياسي للقضاء" أو صنع "السياسات بواسطة القضاء" **judicial policy-making** الانخراط أو المساهمة النشطة للقضاء في المسائل ذات الطبيعة السياسية. وبصورة أكثر تحديداً، يُستخدم تعبير "الدور السياسي للقضاء" في سياق وصف القضاء الذي يعمل كفرع سياسي، ويلعب دوراً نشطاً في المسائل السياسية، ويتدخل في عملية اتخاذ القرارات السياسية. ومن الواضح أن مثل هذا "الدور النشط" أو "الدور الإيجابي" للقضاء يأتي على حساب الامتيازات الممنوحة للسلطين التشريعية والتنفيذية والمؤسسات الممثلة للأغلبية **the majoritarian political institutions** في مجال اتخاذ القرارات السياسية.

ويحدث الانخراط المشار إليه آنفاً في النشاط السياسي، عادة، من خلال مباشرة القضاء "الدستوري" لدوره في الرقابة على دستورية القوانين. ذلك، أنه أضحى من الملاحظ، في معظم الدول المعاصرة، أن القضاة الدستوريين يتدخلون، في سياق الرقابة القضائية على دستورية الأنشطة التشريعية والتنفيذية، في المسائل

السياسية على نحو مبالغ فيه، بحيث يمكن أن يؤدي مثل هذا التدخل إلى تقويض قرارات المؤسسات الممثلة للأغلبية.

وفيما يتعلق بتنامي ظاهرة "انخراط القضاء في صنع السياسات"، يمكن التمييز بين هذه الظاهرة في ذاتها من ناحية، وبين مسلك القضاة الذين يخضعون لتأثير توجهاتهم وفلسفاتهم من ناحية أخرى. ذلك، أن ظاهرة "انخراط القضاء في صنع السياسات" في ذاتها يمكن أن يُطلق عليها "صنع السياسات بواسطة القضاء" *judicial policy-making* أو "حكومة القضاة" *government by the judiciary*⁽¹⁾. أما مسلك القضاة، فيمكن أن يُطلق عليها

(1) 'Government by the judiciary' (Boudin) or 'Government by judges' (Chief Justice M. WalternClark). B. Boudin, "Government by Judiciary", (1911), 26, *Political Science Quarterly*, 26, Issue 2, p. 238.

(٢) يصف بعض الكتاب "حكومة القضاة" بالقول: تنشأ «حكومة القضاة» عندما يكون في إمكان القاضي أن يفسر النص القانوني بشكل يتسق مع انحيازاته الفكرية لتحقيق هدف سياسي. ويمكن «لحكومة القضاة» أن تعطل النصوص الدستورية من أجل ما تتصور أنه «مصلحة للدولة». وتنتعش حكومة القضاة أثناء الفترات الانتقالية وعندما يغيب البرلمان الذي يعتبر «عين الشعب في الرقابة على مدى التزام السلطة التنفيذية والقضائية بنصوص الدستور والقانون». ومع اتساع الدور الذي تلعبه «حكومة القضاة» تضعف هيبة الدستور، وتهتز الثقة في العدالة. ويتحول القضاء من «حارس» يضمن التزام أطراف العملية السياسية بالدستور والقانون إلى «طرف» يمكن له تفسيرهما وفقاً لما يتصور أنه مناسب وضروري. ويلاحظ أن الحكومات التي لا تستند إلى شرعية برلمانية ترحب في العادة «بحكومة القضاة»، لأن القضاء يتحمل عنها مسؤولية اتخاذ القرارات الصعبة التي لا تريد هي اتخاذها وتبحث عن من يتخذها نيابة عنها، لتفادي اللوم الشعبي لسياساتها. لمزيد من التفصيل حول مفهوم "حكومة القضاة" من هذا المنظور السلبي، انظر: نجاد البرعي، حكومة القضاة، جريدة الشروق، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.shorouknews.com/columns/view.aspx?cdate=04052015&id=449d12f3-236b-4d09-a366-f596c2785306>

مذهب "النشاط" أو "الإيجابية" activism أو مذهب "النشاط القضائي" judicial activism. ولأغراض التيسير والاختصار، سنشير إلى كلتا الظاهرتين، بصفة عامة، "بالنشاط القضائي"^(١).

ويمكن القول إن التدخل القضائي في مجال صنع السياسات يأخذ، عادة، الشكل التشريعي أو المساهمة في الوظيفة التشريعية lawmaking. ومعنى ذلك، أن "القاضي النشط" هو ذلك القاضي الذي يميل لمباشرة الوظيفة التشريعية. وليس من هدفنا هنا إنكار أن الممارسة القضائية في صورتها الحديثة تتضمن، حتمًا، نوعًا ما من الإبداع القضائي. ولذلك، يلاحظ الأستاذ Cappelletti أن المشكلة في "النشاط القضائي" لا تكمن في خلق القانون بواسطة القضاة، ولكن بالأحرى في درجة هذا الخلق^(٢). ومن ثم، فإن التساؤل الحاسم في هذا السياق هو: بأي قدر وإلى أي مدى يتمتع القضاة بمشروعية لخلق القانون من خلال ممارسة وظيفتهم القضائية؟ وفي هذا

- (1) The term 'judicial activism' was coined by Arthur Schlesinger Jr, in a 1947 article in Fortune magazine.
- (2) Various authors highlight the difficulties in defining 'judicial activism'. See, e.g., Keenan D. Kmiec, The origin and current meanings of 'Judicial Activism'. California Law Review 92. Issue 5. (2004: 1451), Young, Judicial Activism and Conservative Politics. University of Colorado Law Review (2002: 1143-1144), Sowell (1989: 1), Sunstein (2005: 41-43). In any case, judicial activism might be consider both a normative and political phenomenon. Surely not the mere disagreement with particular judicial outcomes. See Young (2002: 1142).
- (3) Cappelletti, Mauro. 1990. Des juges législateurs?. Le pouvoir des juges. Aix-en-Provence/Paris, 1990, pp. 25, 28.

السياق، يمكن القول إن القضاة قد أضحوا يذهبون مدى بعيداً في مباشرة الوظيفة التشريعية في سياق تشكيلهم وتبنيهم لمواقف أو اتجاهات قانونية جديدة، سواء بطريقة إيجابية- من خلال تعمد تأييد التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي على نحو يخالف إرادة الأفرع السياسية الأخرى أو في ظل غياب تلك الإرادة- أو بطريقة سلبية. ومعنى ذلك، أن القضاء يمكن أن يمارس التشريع الإيجابي، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

أما "التشريع الإيجابي المباشر" *Active direct lawmaking* فيتكون من خلق قواعد قانونية جديدة (وهو ما يُطلق عليه النشاط الإبداعي *innovative activism*)، أو تعديل أو إعادة كتابة القواعد القانونية القائمة (وهو ما يُطلق عليه النشاط التصحيحي *corrective activism*). ويمكن القول إن هذا النوع من "النشاط القضائي" يُظهر، في أغلب الحالات، طموحاً سياسياً أو حتى غطرسة سياسية *political arrogance*. وليس معنى ذلك أن القضاة الدستوريين يتمنون أن يصبحوا سياسيين محترفين، لكنهم فقط يرون في أنفسهم فاعلين سياسيين *political actors*. وأي ما كنت نياتهم غير المعلنة، فإن المهم هنا هو أن القضاة الدستوريين يتدخلون في السياسات العامة، فيعملون ضد أو على الأقل بالتنافس مع السلطتين التشريعية والتنفيذية.

أما "التشريع الإيجابي غير المباشر" *Active undirect lawmaking* فيحدث عندما يقود قرار المحكمة إلى رد فعل تشريعي من جانب البرلمان. وكما يلاحظ الأستاذان *Tate, Vallinder*، فإن السلطات التشريعية يمكن أن تغير السياسات

(المرغوبة) استجابة أو استباقاً لأحكام المحاكم الدستورية^(١). والحقيقة أن مجرد وجود المحاكم الدستورية في النظام القانوني يمكن أن يمنع أنواعاً معينة من النشاط التشريعي، ذلك أن السلطة التشريعية تقوم بتشكيل مشروعات القوانين على نحو يأخذ في الاعتبار أحكام القضاء الدستوري.

وبغض النظر عن النشاط التشريعي الإيجابي المشار إليه آنفاً، يمكن أن نشير أيضاً إلى النشاط التشريعي السلبي. ذلك، أنه في بعض الأحيان، يحدث خلق للقانون بواسطة القضاء بصورة غير متعمدة كلية، وذلك بصفة خاصة في حالة "الإبطال الجزئي" لقاعدة ذات آثار قانونية واسعة. وتبعاً لذلك، لا يكون للقاضي الدستوري في مثل هذه الحالة أجندة سياسية مخفية.

وكما تقدم القول، من المهم في سياق معالجة مفهوم "النشاط القضائي التأكيد على عدم وجود صدام مباشر بين "النشاط القضائي" ومباشرة الوظيفة التشريعية بواسطة القضاء أو ما يُطلق عليه "التشريع القضائي". وفي الحقيقة، يمكن للقضاة مباشرة السياسة من خلال مجرد إبطال القواعد القانونية أو حماية الحقوق المكرسة في ظل أو في هوامش ضمانات قانونية خاصة.

(1) Shapiro, Martin, in *The Global Expansion of Judicial Power* (edited by C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder): New York University Press. New York/London, 1995, p. 4.

المطلب الثاني

شروط "النشاط القضائي"

حتى إذا كانت شروط "النشاط القضائي" تختلف من دولة لأخرى، فإن بعض هذه الشروط يمكن أن يفسر التنامي المتزايد للدور السياسي للمحاكم الدستورية وغيرها من المحاكم العليا حول العالم. بل إن هذه الشروط يمكن أن تسهم أيضاً في تفسير ظاهرة "النشاط القضائي" بصورة عامة. وتنقسم هذه الشروط إلى شروط موضوعية وشروط ذاتية. كما أن بعض هذه الشروط محل إجماع، وبعضها الآخر محل خلاف بسبب تبسيطها الزائد.

أولاً: الشروط الموضوعية:

١ - الثقة العامة في القضاء. من الملاحظ أن السلطة القضائية أضحت تحظى، في معظم الدول في الوقت الحاضر، بسمعة أفضل مقارنة بالمؤسسات السياسية الممثلة للأغلبية. وبالفعل، أصبحت المحاكم تتمتع، في العديد من الدول، بشهادة ثقة كبيرة بسبب دعمها لحقوق الإنسان، لاسيما الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وعلى النقيض من ذلك، أضحت قطاعات كبيرة من الناس يفتقدون الثقة في سلطة الأفرع السياسية للحكومة (السلطتين التشريعية والتنفيذية). وفي العديد من الدول، أصبحت قطاعات كبيرة لديهم مشاعر سلبية تجاه قدرة الأعضاء المنتخبين على تبني سياسات عقلانية ورشيدة. ويمكن تفسير ذلك، بأن السياسيين المنتخبين يُنظر إليهم على أنهم يفتقدون للفعالية، ولا يهتمون سوى بمصالحهم الشخصية وفاسدون. بيد أننا نميل إلى أنه من الخطأ تعميم هذه النظرة السلبية إلى أعضاء البرلمانات الوطنية.

٢- تنامي الأخذ بنموذج دولة الرفاه الاجتماعي Welfare State، وما صاحبها من إنفاذ نظام التأمين الاجتماعي الموسع، وتقوية الحقوق الاجتماعية، مثل الحقوق في الطعام والرعاية الصحية والسكن والتأمين الاجتماعي. ذلك، أنه من المعلوم أن معظم الحقوق الاجتماعية ليست قابلة للإنفاذ الذاتي^(١)، وأن إنفاذ مثل هذه الحقوق يعتمد على ما تتنباه السلطة التنفيذية من سياسات وبرامج وأنشطة لضمان تنفيذ وفعالية هذه الحقوق. وفي العديد من الحالات، يخلص القضاة الدستوريون، في سياق رقابة السياسات الاجتماعية، إلى أن المشرع- أو السلطة

(١) من المعلوم أن النصوص الدستورية القابلة للإنفاذ الذاتي هي تلك التي يكون ممكناً تنفيذها بصورة مباشرة دون حاجة لتدخل من المشرع العادي، وعلى النقيض منها تلك النصوص التي لا يكون ممكناً تنفيذها إلا بعد تدخل تشريعي من المشرع العادي. ومن المستقر عليه أنه متى كان النص الدستوري نافذاً بذاته لا يحتاج لنص تشريعي أدنى لتطبيقه كالنصوص الدستورية المتضمنة أوامر ونواهي من المشرع الدستوري فإنه يُعمل بها مباشرة، وقد تضمن الدستور الحالي (دستور ٢٠١٤) نصوصاً حظرت بصفة قطعية بعض الأفعال منها:- المادة (١٢) "ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً"، المادة (١٨) "ويُجرم الامتناع عن تقديم العلاج بأشكاله المختلفة لكل إنسان في حالات الطوارئ أو الخطر على الحياة"، المادة (٤٥) "تلتزم الدولة بحماية بحارها وشواطئها وبحيراتها وممراتها المائية ومحمياتها الطبيعية، ويحظر التعدي عليها"، المادة (٤٩) "تلتزم الدولة بحماية الآثار والحفاظ عليها، ويحظر إهداء أو مبادلة أي شيء منها". المادة (٦٣) "يحظر التهجير القسري التعسفي للمواطنين بجميع صورته وأشكاله، ومخالفة ذلك جريمة لا تسقط بالتقادم"، المادة (٨٩) "يحظر كل صور العبودية والاسترقاق والقهر والاستغلال القسري للإنسان، وتجارة الجنس، وغيرها من أشكال الاتجار في البشر". وبالنظر لتلك النصوص، فإنها لا تحتاج لنص تشريعي أدنى لإعمالها، لأنها بذاتها صالحة للتطبيق بصفة مجردة، وقد ارتأى المشرع أن يوردها بتلك الصيغة والكيفية ليؤكد على عظم وأهمية وقيمة الحق أو الحرية التي يحميها ويحافظ عليها في مواجهة الكافة. من تقرير مفوض الدولة في الطعن رقم ٢٣٦٤ لسنة ٦٢ قضائية عليا، تقرير غير منشور.

(2) For a discussion of the social rights enforcement by the judiciary, see, generally, David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, Volume 53, Number 1, Winter 2012.

التنفيذية- قد فشل في الوفاء بالتزاماته نحو تنفيذ الحقوق الاجتماعية، ومن ثم يرون أنفسهم مضطرين لإنفاذ هذه الحقوق بأنفسهم^(١).

٣- عدم قدرة المؤسسات السياسية الممثلة للأغلبية على حماية حقوق الأغلبية. ووفقاً لوجهة النظر التقليدية، فإن مثل هذه المؤسسات لا تكفل الحماية الكافية لحقوق ومصالح الأقليات. ومن الملاحظ أنه حالما تفشل الأقليات في الحصول على الحماية المطلوبة لحقوقها ومصالحها من خلال العملية السياسية العادية، فإنها تيمم وجهها شطر القضاء، الذي يكرس نفسه، في أغلب الأحيان، لحماية حقوق ومصالح الأقليات في مواجهة "طغيان" الأغلبية^(٢).

٤- عدم فعالية المؤسسات السياسية الممثلة للأغلبية. ويرجع ذلك، عادة، لرأي جانب من الفقهاء يرى بأن تفتت الأحزاب وضعفها يقود إلى ضعف وعدم استقرار السياسات الحكومية، مما يخلق حالة من عدم الرضا عن السياسات الحكومية المتبناة. ولذلك، يزعم بعض الكتاب أنه توجد علاقة عكسية بين النظام الحزبي القوي والنشاط القضائي.

(1) Urbano, Maria Benedita, The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle? Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. LXXXVI, 2010, p. 621.

(2) Luís Pereira Coutinho (Editor), Massimo La Torre (Editor), Steven D. Smith (Editor) Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences, (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice), 2015, p. 164.

٥- وجود قواعد دستورية فضفاضة وعدم اكتمالها *open-texture of constitutional norms and its incompleteness*، لاسيما تلك المتعلقة بمبادئ وحقوق الإنسان^(١). ويلاحظ أنه كلما كانت القواعد الدستورية غير مكتملة وغير مفعمة بالمعاني، كلما منح ذلك فرصة أكبر للقاضي الدستوري للإبداع التشريعي والانخراط في صنع السياسات^(٢). ولعل هذا ما يؤكد ملاحظة القاضي الأمريكي Benjamin Cardozo من أن المحاكم لا تستطيع ممارسة "التشريع" إلا لسد الفجوات أو الفراغات التشريعية. غير أن انخراط المحاكم في مباشرة وظيفة ذات طبيعة تشريعية، في مثل هذا السياق لا يقدم حل مقبولاً تماماً، لاسيما عندما يكون الفراغ الدستوري بالغ الاتساع.

ثانياً: المبررات الشخصية:

يمكن القول إن تنامي دور القضاء في صنع السياسات أو تنامي الدور التشريعي للقضاء، لاسيما الدستوري، لا يرجع فقط إلى المبررات الموضوعية المشار إليها آنفاً، ولكن أيضاً إلى اعتبارات ذاتية خاصة بالقضاة أنفسهم. وفي هذا السياق، يُشار أولاً إلى توجهات القضاة أنفسهم.

(١) وتجدر الإشارة إلى أن من متطلبات "القانون الجيد" أن تتم صياغته بطريقة واضحة ومحددة لتقليل التفسيرات المحتملة له، وذلك تعزيزاً للمبدأ الدستوري للأمن القانوني. لمزيد من التفصيل حول المتطلبات الواجب توافرها في "القانون الجيد": انظر: د. وليد محمد الشناوى، الأمن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥٦)، أكتوبر، ٢٠١٤.

(2) Urbano, Maria Benedita, *The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle?*, op. cit., pp. 628, 629.

ووفقًا للأستاذ Tate، فإنه يصعب تصور تنامي دور القضاء في المجال التشريعي في ظل غياب المبررات الموضوعية المشار إليها آنفًا. ومع ذلك، فإن مجرد توافر هذه المبررات الموضوعية الميسرة لانخراط القضاء في صنع السياسات لا تبدو كافية في ذاتها. ذلك، أن تطور هذا الدور يتوقف على الاتجاهات الشخصية للقضاة. ولذلك، يلاحظ أنه حتى في ظل توافر الشروط الموضوعية الميسرة أو المشجعة لانخراط القضاة في صنع السياسات، فإن القضاة المتحفظين على لعب هذا الدور restraintist judges يُتوقع منهم مقاومة المشاركة في صنع السياسات، ومن ثم يبدون حرصًا شديدًا على عدم ظهور أي صدى لقيمهم أو ميولهم السياسية في أحكامهم. وعلى النقيض من ذلك، سينتهز القضاة النشطون activist judges كل فرصة للتعبير عن قيمهم السياسية، وذلك ما لم يكونوا، بطبيعة الحال، متفقين مع التوجهات الشخصية لممثلي المؤسسات السياسية للأغلبية، أي لصانعي السياسات التقليديين. وثمة من يزعم من الكتاب أن المؤسسات السياسية الممثلة للأغلبية قد تميل للتفويض الضمني أو لترك الخيارات السياسية الأساسية للقضاء⁽¹⁾. ويحدث هذا، عادة، بالنسبة لحسم المسائل بالغة الحساسية بالنسبة للمجتمع، مثل الحقوق الاجتماعية والإجهاض وزواج المثليين، وتبني الأطفال من جانب المثليين والأمهات البديلات

(1) "Allegations have been made that frequently majoritarian institutions implicitly delegate or leave basic political and policy choices to the judiciary. This occurs especially regarding the resolution of highly sensitive issues ", Luís Pereira Coutinho (Editor), Massimo La Torre (Editor), Steven D. Smith (Editor) *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, op. cit., p. 164.

surrogate. ويمكن رد ذلك، في نهاية الأمر، إلى الحسابات السياسية والانتخابية. ذلك، أن التكلفة السياسية والانتخابية لحسم مثل هذه المسائل بالغة الحساسية تبدو باهظة جداً. ولذلك، تبدو جاذبية "التفويض الضمني" للقضاء لحسم هذه المسائل قوية جداً.

ومن ناحية أخرى، فإن تفويض حسم الخيارات السياسية ذات الحساسية العالية إلى القضاء يمكن أن يشير إلى عدم فعالية المؤسسات السياسية الممثلة للأغلبية، لاسيما فيما يتعلق بحسم المسائل الدقيقة والحساسة. وما من شك في أن مثل هذه الاعتبارات تحد من حرية هذه المؤسسات السياسية في التصرف وتقلل من قدرتها على حسم الخيارات السياسية بفعالية^(١).

ومع ذلك، نميل إلى القول إن فكرة التفويض الضمني للسلطة لا تقدم مسوغاً مشروعاً لكي يتجاوز القضاء "الدستوري" حدود دوره الدستورية.

(1) Shapiro, Martin, in *The Global Expansion of Judicial Power* (edited by C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder), op. cit., pp. 32-33.

المبحث الثاني

السلطة القضائية والوظيفة التشريعية

تثير ظاهرة تنامي دور القضاء "الدستوري" في مباشرة الوظيفة التشريعية وتراجع الدور الفعلي للبرلمانات في صناعة التشريعات- لصالح السلطتين التنفيذية والقضائية- منذ نهاية الحرب العالمية الثانية إشكاليات متعددة، لا سيما من منظور المبدأ الدستوري للفصل بين السلطات (المطلب الأول). وقد دفعت الآثار السلبية العديدة لتدخل القضاء "الدستوري" في مباشرة الوظيفة التشريعية بعض الفقهاء إلى اعتبار هذا التدخل ظاهرة "مرّضية" يجب مقاومتها (المطلب الثاني). وفي سبيل مواجهة هذه الظاهرة، اقترحت العديد من الوسائل التي تستهدف الحد من تدخل القضاء في مباشرة الوظائف التشريعية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

النشاط القضائي والفصل بين السلطات

يشكل مبدأ الفصل بين السلطات، تاريخياً، العامل الأول المؤسس لمفهوم دولة القانون^(١). بيد أنه يلاحظ أن توزيع السلطات والتوازن بينها قد خضعا لتحويلات كبيرة خلال العقود الأخيرة. ويمكن القول إن الأثر الأبرز لهذه التحويلات يتمثل في أن "الفرع

(1) Michel Fromont, République Fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit, Revue de droit public (1984), p. 1206.

التشريعي" لم تعد له السيطرة الكاملة على الحكومة. ويتجلى الدليل الأهم على مثل هذا التحول في إعادة الترتيب المؤسسي السياسي الذى يظهر في "إعادة توزيع للوظيفة التشريعية بين السلطتين التشريعية والتنفيذية لصالح الأخيرة"^(١)

(١) لمزيد من التفاصيل حول الدور المتنامى للسلطة التنفيذية في مجال مباشرة الوظيفة التشريعية، لا سيما من خلال دورها في إبرام المعاهدات الدولية، انظر: د. وليد محمد الشناوى، تدويل إجراءات وضع القانون: تقييد أم تمكين السلطة التنفيذية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التى تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥١)، أبريل ٢٠١٢؛ ويرصد أحد الكتاب تنامى دور السلطة التنفيذية في مباشرة الوظيفة التشريعية بالقول: يلاحظ أن البرلمانات يتراجع دورها الفعلى فى صناعة التشريعات منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، وهى ظاهرة عالمية حيث أدت أوضاع وتطورات ما بعد الحرب، ومحاولات إعادة بناء ما تم تدميره إلى بروز دور السلطة التنفيذية فى المبادرة بتقديم مشروعات القوانين إلى البرلمانات، واعتمادها على ظهير وداعم سياسى لها فى البرلمان من خلال أعضاء الحزب أو الائتلاف الحاكم. هذه الظاهرة لا تزال مستمرة فى ظل سياسة الضمانات الاجتماعية وتوسع دور السلطة التنفيذية فى عديد المجالات حتى فى ظل بعض التراجعات فى ظل النيو ليبرالية المعولمة. هذا الدور التشريعي المبادر للسلطة التنفيذية يضبط إيقاعه ويرشده برلمانات يقظة تشريعياً وسياسياً، فى ظل وجود رجال قانون ومستشارين كبار، يقومون بدورهم فى إعداد المشروعات بقوانين قبل تقديمها للبرلمان، أو من خلال دور أعضاء البرلمان ومستشاريهم فى مناقشة ومراجعة نصوص هذه المشروعات بقوانين. ناهيك دور ورقابة الرأى العام والأجهزة الإعلامية المرئية والمكتوبة والمسموعة والرقمية التى تتمدد بقوة هائلة من خلال مواقع التواصل الاجتماعى والجدل السائد فيها حول الأمور التى تمس مصالح الفئات الاجتماعية المختلفة والحقوق والحريات العامة والشخصية المحترمة من قبل سلطات الدولة وأجهزتها". لمزيد من التفصيل، انظر: د. نبيل عبد الفتاح، أزمت دولة القانون فى مراحل الانتقال المضطرب ٣/١، مقال متاح على الموقع التالى:

<http://www.arbynews.com/egypt/641283.html>

ويذهب كاتب آخر إلى القول: " فى بدايات ممارسة البرلمانات لدورها التشريعي كان لما يُسمى اليوم "المبادرة التشريعية للعضو" وزنها الكبير، حتى بالمقارنة مع مشروعات القوانين التى تقدمها الحكومة، ثم تضاعف دور الحكومة تدريجياً بقدر زيادة التعقيد الاجتماعى، حتى أصبح هو الأغلب، وأفرز ظاهرة سلبية تُعرف فى الأدبيات البرلمانية باسم "تغول السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية". لمزيد من التفصيل، انظر: على الصاوى، الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ إطار مقترح للدول العربية، تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، بيروت ٣-٦ شباط/فبراير ٢٠٠٣.

the displacement of lawmaking power from the legislature to the executive. والحقيقة أنه من المسلم به، منذ وقت طويل، أن الفرع التنفيذي للحكومة يسهم بنصيب ما في ممارسة السلطة التشريعية. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق هو: لماذا إذن لا يُعترف، رسمياً، بمنح القضاء نصيباً ما من ممارسة الوظيفة التشريعية، على نحو يعكس توزيعاً للمسؤوليات المختلفة في المجالات الجديدة وفق مفهوم جديد منقح لنظرية الفصل بين السلطات.

ويمكن القول إن تحويل القضاء- أو على الأقل القضاء الدستوري- نصيبه في ممارسة السلطة التشريعية قد تعرض لانتقادات عدة في القانون الدستوري المقارن^(١). وتتلخص هذه الانتقادات في افتقاد القضاة للمشروعية الديمقراطية بسبب عدم انتخابهم، ولافتقادهم للمقدرة على حكم الدولة، وكذلك انتقادات نابعة من فكرة التوازن بين السلطات. ويبدو هذا الوجه الأخير من النقد مرتبطاً بالنطاق الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات. وسنركز فيما يلي على هذا الوجه من النقد.

ويرى العديد من الكتاب أن مسألة "النشاط القضائي" يجب معالجتها في سياق مبدأ الفصل بين السلطات. ذلك، أن قرار القضاء التدخل في عملية اتخاذ القرارات السياسية له نتائج مهمة بالنسبة لدور الفرع الثالث من الحكومة (السلطة القضائية). بل لا نبالغ إذا قلنا إن هذه النتائج تطال كامل نظام الحكومة. ومن منظور استقرار الدولة، يبدو هذا دليلاً على أن تطور الهيكل أو بنيان الحكم المستقر يتطلب

(1) Urbano, Maria Benedita, The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle?, op. cit., pp. 625.

خضوع أي ممارسة لسلطة الدولة لرقابة السلطات الأخرى. بيد أن هذه النتيجة تثير مشكلتين:

- **الأولى:** على الرغم من المشروعية البرلمانية والديمقراطية الحكومية والمساءلة السياسية، فإن مشروعية الأنشطة التشريعية والتنفيذية تتوقف أيضاً على وجود سلطة قضائية قوية ومستقلة. ووفقاً للمفهوم التقليدي الذي يقسم سلطات الحكومة إلى أفرع ثلاثة *tripartite separation of powers*، فإن السلطة القضائية منوط بها مباشرة رقابة فعالة على أنشطة الفرعين التشريعي والتنفيذي للحكومة. وتبدو أهمية هذا الدور "الوصائي" *guardianship* role حاسمة في ضمان عدم الغلو أو الإفراط في ممارسة السلطة على كافة مستويات الحكومة. ومن ثم، يمكن القول إن الفصل الوظيفي بين السلطات *The functional separation of powers* يعكس شكلاً ما من أشكال تقسيم العمل تبعاً للخبرة. وتبدو السلطة القضائية، بالنظر إلى استقلالها وحيادها وعدم تحيزها، هي الأقدر على ممارسة هذه المهمة.

واستناداً إلى التحليل السابق، يخلص بعض الكتاب إلى القول إن الانخراط المباشر أو غير المباشر للقضاة الدستوريين في مباشرة الوظائف السياسية والتشريعية يؤدي إلى تقويض قدرة القضاء على أداء وظائفه بصورة صحيحة، لأن جمعه بين كلا نوعي الوظائف - الرقابية والتشريعية (والسياسية) - يصبح غير ملائم.

- **الثانية:** إن التحول الهيكلي الإجمالي لإعادة ترتيب أو هيكلية السلطات، على نحو يؤدي إلى إعادة توزيع السلطة السياسية ومنح شق منها للسلطة القضائية، سيكون غير متصور بدون تبني نظام جديد للتوازن والرقابة بين السلطات على

نحو يمنع استبداد الفرع القضائي للحكومة. ذلك، أنه من المسلم به لضمان حسن سير النظام السياسي الديمقراطي يجب أن يضمن الترتيب المؤسسي المتبني وجود سلطات متقابلة لضمان التوازن والرقابة المتبادلة فيما بينها. حيث أثبت الواقع العملي في معظم الدول أن السلطات المتقابلة مؤسسياً *Institutional counter-powers* تشكل الأداة الوحيدة القادرة على منع التركيز الخطير وغير الصحي للسلطة على المدى الطويل. ومعنى ذلك، أنه إذا خول القضاء سلطة المشاركة في عملية اتخاذ القرارات السياسية، فإنه يكون من الضروري خضوع سلطته في هذا الخصوص للرقابة مثل تلك الرقابة التي تخضع لها باقي أفرع الحكومة. ومن ثم، يُثار التساؤل بشأن ما هو فرع الحكومة الذي يجب أن يُنَاط به رقابة القضاء حال ممارسته لسلطة سياسية؟ للأسف هذا السؤال لم تتم الإجابة عليه حتى الآن.

المطلب الثاني

"النشاط القضائي" كظاهرة مرصية

ثمة من يذهب من الفقهاء إلى أن "النشاط القضائي" يشكل ظاهرة مرصية، تُلحق أبلغ الضرر بمبدأ الفصل بين السلطات، كما تضر بحكم القانون وبالديمقراطية أكثر مما تنفع^(١). ويعد "النشاط القضائي" ظاهرة مرصية، بمعنى أنه ينطوي على تدخل غير ملائم للقضاء في وظائف السلطتين التشريعية والتنفيذية، على نحو يفضي

(1) Luís Pereira Coutinho (Editor), Massimo La Torre (Editor), Steven D. Smith (Editor) *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, op. cit., p. 167.

في نهاية الأمر إلى دمج لوظائف الدولة المختلفة، ومن ثم تركيز خطير لكل السلطات في يد فرع واحد (أو ما هو أسوأ من ذلك في يد هيئة واحدة: كمحكمة دستورية أو محكمة عليا). ومن الواضح أن مثل هذه الظروف- تكريس القضاء كسلطة عليا **super-power**- لا تخضع لأي رقابة قانونية حقيقية، سواء بواسطة السلطات الأخرى أو بواسطة الناس من خلال انتخابات. وأخيراً، فإن مثل هذا الوضع يمكن أن يقوض الدور الرقابي للقضاء.

وفي المقابل، يذهب بعض الفقه إلى أن "النشاط القضائي"، لا يشكل ظاهرة مرضية إلا من منظور صورة أو نسخة عفا عليها الزمن من نظرية الفصل بين السلطات، أي نسخة لا تأخذ في الحسبان حقائق الواقع المعاصر. بيد أن مثل هذا المنطق يسلم، أيضاً، بأن "النشاط القضائي" لا يلائم الفهم التقليدي للسلطة القضائية. وفوق ذلك، يبدو من المسلم به أن الفصل بين السلطات يشكل أحد المبادئ التي يتأسس عليها المذهب الدستوري الليبرالي المعاصر **principle of liberal constitutionalism**. بيد أننا يجب أن نسلم، أيضاً، بأن مبدأ الفصل بين السلطات تتحدد ملامحه بمجموعة من القيم الراسخة التي لا تعد حكراً على الليبرالية^(١) أو

(١) من المعلوم أن الليبرالية تقوم على عدة أسس ومبادئ نجلها في العناصر التالية التي هي عناصر متكاملة يصب بعضها في بعض ويخدم بعضها بعضاً والتي تتمحور كلها حول معتقد محوري هو الحرية الاقتصادية، وحرية السوق، والحرية السياسية:

١- المحور الأساسي لليبرالية هو مركزية الفرد وأولوية الحريات الفردية. ومن ثم، فإن الحرية الليبرالية هي مجموع حريات: حرية الوعي والضمير، حرية التعبير، والاعتقاد، حرية الاختيار والتبادل، حرية المبادرة، سواء في تصورها النافي أو السلبي (**free from**) أو في بعدها الإيجابي (**free of**).

٢- الحد من سلطة الدولة، لأن لدى السلطة ميلاً عضوياً تلقائياً إلى ابتلاع المجتمع وسحق الفرد وامتصاص الحريات. وقد بلغ هذا المبدأ منتهاه مع الليبرالية المتطرفة المدعوة بالليبرالية-

=

المذهب الليبرالي liberal ideology، ولكنها تمثل ملامح لأي حكومة متوازنة ومستقرة. وتتمثل هذه القيم الراسخة والمستقرة منذ زمن طويل في: تقسيم الوظائف division of functions، الرقابة والتوازن المتبادل checking and counterbalancing. وكل من هذه القيم جدير بالدعم الكامل، لأنهما يشكلان أساساً للفكرة الجوهريّة القائلة بأنه لا توجد سلطة أعلى من الأخرى.

المطلب الثالث

وسائل مواجهة انخراط القضاء في مباشرة الوظائف التشريعية

بالنظر إلى الآثار السلبية العديدة المشار إليها آنفاً لانخراط القضاء في مباشرة الوظائف التشريعية، يقترح بعض الفقه تبنى وسائل متعددة لمواجهة هذه الظاهرة^(١).

١- الفوضوية مع المفكر السياسي الأمريكي موراي روثبارد M.ROTHBARD (١٩٢٦-١٩٩٥) الذي ذهب إلى حد الدعوة إلى خصخصة الدولة والأمن والجيش.

٢- سيادة الشعب عبر ممثليه في إطار نظام دستوري يضمن التعددية السياسية وتوزيع وتداول ومراقبة السلطة.

٣- حياد الدولة تجاه المعتقدات والقيم، أي تجاه ثقافة المجتمع وحرصها على ما أسماه ماكس فيبر بتعددية القيم (polytheisme des valeurs).

٤- وليست الليبرالية مجرد مذهب سياسي بل هي - بتركيزها على مقولة الحرية الفردية- الإيديولوجيا الفكرية والسياسية الموطورة للاقتصاد الرأسمالي. فحرية أو حريات الفرد الفكرية والعقدية والتعبيرية والانتمائية والتملكية... وغيرها هي الصيغة الفكرية الملائمة والمستجيبة لحرية السوق التي هي عماد الاقتصاد الرأسمالي. غير أن قيام أنظمة ليبرالية في الغرب كانت مناسبة تاريخية كافية لتغيير مدى إجرائية وفعالية وحدود مبدأ الحرية هذا. فقد تطورت الليبرالية بالتدرج من الحرية المعتدلة والمتوازنة إلى حرية شرسة تجعل القوي يلتهم الضعيف بمشروعية. لمزيد من التفاصيل حول المذهب الليبرالي، انظر: محمد سبيلا، العدالة والحرية: تعارض أم تكامل؟، مجلة التسامح، العدد ٢٤، ٢٠٠٨، هذا المقال متاح على الموقع التالي:

<http://tasamoh.om/index.php/nums/view/28/560>

(1) Luís Pereira Coutinho (Editor), Massimo La Torre (Editor), Steven D.

وقد لا يكون من الصعب التفكير في بعض هذه الوسائل، لكن يلاحظ أن أغلب هذه الوسائل يبقى من قبيل الأمنيات. وفوق ذلك، يمكن القول إن العديد من هذه المقترحات غير ممكن أو ربما غير واقعي. ومع ذلك، سنشير، فيما يلي، إلى بعض هذه التوصيات أو المقترحات مع علمنا أنها ستكون محل نقد:

١- تعزيز الأخذ بمذهب التقييد القضائي الذاتي *judicial self-restraining*^(١). وقد ذهب القاضي Stone في قضية *United States v. Butler* إلى القول^(٢):

"إن سلطة المحاكم في إعلان عدم دستورية أحد التشريعات تخضع لمبدأين مرشدين لا ينبغي أبداً أن يغيبا عن وعي القاضي: أولهما، أن المحاكم ينبغي أن تُعني فقط بسلطة سن التشريع وليس بملاءمته (أو بالحكمة من وراء تبنيه). وثانيهما، أنه عندما تكون الممارسة غير الدستورية للسلطة من جانب الفرعين التشريعيين والتنفيذي للحكومة محلاً للرقابة القضائية، فلا رقيب على ممارستنا للسلطة (نحن القضاة) سوى إحساسنا بالتقييد الذاتي".

ووفقاً لهذا المعنى الهيكلي للفصل بين السلطات *structural or 'separation of powers sense'*^(٣)، فإن التقييد القضائي الذاتي يشير إلى اتجاه

Smith (Editor) Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences, op. cit., p. 167.

(١) ويلاحظ أن مذهب "التقييد القضائي الذاتي" مفتوح على تفسيرات متعددة كما هو الحال بالنسبة لمذهب "النشاط القضائي".

(2) *United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936).*

(3) *Richard A. Posner, The Federal Courts: Challenge and Reform (Harvard Problematics of Moral and Legal Theory, (Harvard University Press, 1999), p. 332.*

إذعاني *a deferential attitude* في مواجهة الأفرع السياسية للحكومة (ومن ثم في مواجهة الدستور). على أن مثل هذا الاتجاه الإذعاني لا ينبغي الخلط بينه وبين الموقف السلبي للقضاء. ذلك، أن دور القاضي هو تفسير وإنفاذ القانون، وليس سن القانون. ومن ثم، فإن حكم القانون لا ينبغي أن يحل محله قانون القضاة.

٢- تمكين المؤسسات الممثلة للأغلبية إلى حد ما. ويمكن القول إن "النشاط القضائي" يعد، في ذاته، نتاجاً لمشكلات وفشل التنظيم. وبعبارة أخرى، فإن "النشاط القضائي" يُنظر إليه، في الغالب، باعتباره إجراءً علاجياً لأوجه الخلل المفترضة في العملية السياسية العادية، مثل السياسات غير الفعالة وغير الملائمة والخاطئة المتبناة من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم القدرة على مواجهة المشكلات المتعلقة بالناس. ومؤدى ذلك، أن "النشاط القضائي" يجد مبرره في حماية حريات الناس ومصالحهم واحتياجاتهم، ومعالجة غياب التواصل الفعال بين الناس والسلطات السياسية. فإذا رغبت السلطتان التشريعية والتنفيذية أن تحافظان على فعاليتهما وعلى كونهما السلطتين المركزتين في صنع السياسات، فيجب عليهما أن يؤديا وظائفهما الدستورية بفعالية، وأن يتمتعا بالاستجابة السريعة لاحتياجات الناس. كما يجب عليهما تعزيز مقدراتهما التمثيلية، وعدم إثارة المسائل ذات الحساسية البالغة^(١). ومن اليسير توقع أنه إذا نهضت السلطتان التشريعية والتنفيذية بوظائفهما بطريقة فعالة على نحو يرضي طموحات الناس، فلن يكون هناك مجال كبير لانخراط القضاء في صنع السياسات، لاسيما من خلال مباشرة الوظائف التشريعية. وعلى النقيض من ذلك، إذا فشلت السلطات التشريعية

(1) Christine Landfried. In *The Global Expansion of Judicial Power* (edited by C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder): New York University Press. New York/London, p. 307

والتنفيذية في النهوض بالدور المشار إليه آنفاً، فإن رضا الناس عن السياسات التشريعية والتنفيذية سيتراجع بصورة كبيرة، بما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة بالنسبة لمشروعية النظام بأكمله.

٣- فرض قرارات قضائية صادرة بالإجماع أو بما يقارب الإجماع في المسائل الدستورية ذات الحساسية البالغة أو المثيرة للجدل. ذلك أنه لتجنب المضمون السياسي أو الأيدولوجي أو الشخصي للقرارات القضائية، سواء أكان ذلك نتاجاً لدعوة شخصية واعية أو كان ذلك استغلالاً للرقابة السياسية من جانب الأحزاب السياسية، فإنه يجب علينا دراسة فرض قرارات قضائية صادرة بالإجماع أو بما يقرب الإجماع- لحسم دستورية أنشطة السلطتين التشريعية والتنفيذية. ويمكن القول إن مثل هذه القرارات القضائية الصادرة بالإجماع أو بما يقارب الإجماع تكون مشروعة:

أ - فقط بالنسبة للمسائل الدستورية الخلافية والمثيرة للجدل وذات الحساسية البالغة. كما هو الحال بالنسبة للمسائل المتعلقة بالحقوق الاجتماعية والرفاه الاجتماعي، وبصفة عامة المسائل المالية والاقتصادية والمسائل الأخلاقية الكبرى التي يُحتمل في الغالب، أن تغري القضاء بالانخراط فيها.

ب- فيما يتعلق بإبطال القرارات، بمعنى أن إبطال أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية هو فقط الذي يتطلب إجماعاً أو شبه إجماع.

٤- تطبيق أنظمة لاختيار القضايا. فعندما تُدعي المحاكم للفصل في مدى دستورية تشريع، فما يكون محلاً للنزاع يتمثل في الغالب في حالة من الاختلاف السياسي أو عدم رضا قوي عن السياسات أو الخيارات المتبناة من جانب المؤسسات الممثلة للأغلبية. ووجود نظام لاختيار القضايا من شأنه أن يرفع الحرج عن المحكمة الناشئ عن حسم نزاع سياسي.

الفصل الأول

التطور المعاصر لوظائف المحاكم الدستورية

سنحاول، في هذا الفصل، بحث ظاهرة تنامي سلطات خلق القانون وصنع السياسات للمحاكم الدستورية باعتبار أن هذه الظاهرة تشكل أحد جوانب التغييرات العميقة في البيئة القانونية والسياسية، والتي تُوصف عادة "بالتحول نحو الصبغة القضائية للسياسة" *judicialization of politics* (المبحث الأول)^(١). كما سنحاول دراسة العلاقة بين المحاكم الدستورية والسلطات التشريعية، لا سيما من حيث مدى انخراط المحاكم الدستورية في مباشرة وظائف ذات طبيعة تشريعية في جوهرها، وأثر هذا الانخراط على العملية التشريعية ومخرجاتها (المبحث الثاني). وأخيراً، سنتناول دور المحاكم الدستورية في صنع السياسات (المبحث الثالث).

وسنظهر الدراسة، في هذا الفصل، أن الفصل بين سلطات المشرع من ناحية، والمحاكم الدستورية من ناحية أخرى، ليس فقط مسألة توصيف للواقع، ولكنه أيضاً ذو أهمية قاعدية. ومن نافلة القول أن السلطات التشريعية يجب أن تستعيد دورها المركزي وأولويتها الأولى في خلق القانون وصنع السياسات، ولن يتحقق ذلك ما لم تتخل

(1) Torbjörn Vallinder, "When the Courts Go Marching In" in C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, (New York: New York University Press, 1995), 13 cited in Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), 1.

المحاكم الدستورية عن سعيها لإحلال إرادتها محل إرادة المشرع أو تكملة هذه الإرادة بسياسات تضعها بنفسها. وفي سبيل التوفيق بين سلطات خلق القانون وصنع السياسات التي يمارسها كل من المشرع والمحاكم الدستورية، سنعرض للعديد من المناقشات النابعة من القيود المؤسسية والوظيفية الواردة على سلطات هذه الأفرع الحكومية.

المبحث الأول

بزوغ ظاهرة انخراط المحاكم الدستورية في خلق القانون

من المسلم به أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي لا يعد تشريعاً بالمعنى الاصطلاحي الدقيق للتشريع، لأنه ليس تعبيراً عن إرادة الهيئة النيابية الممثلة لجموع الناخبين في توجهاتهم السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أنه من الصحيح أيضاً أن رقابة القاضي الدستوري على دستورية القوانين تنطوي على قضاء وتشريع في آن واحد^(١). ويمكن تفسير هذه الظاهرة بأن ثمة دوراً تشريعياً، بمعنى ما، يرتبط حتماً بجوهر الوظيفة القضائية. وسنحاول، فيما يلي، إلقاء الضوء على تنامي ظاهرة انخراط المحاكم الدستورية في خلق القانون (المطلب الأول)، ثم نتبع ذلك بمناقشة سلطات المحاكم الدستورية في خلق القانون وصنع السياسات في النموذجين الأمريكي والأوروبي للرقابة القضائية (المطلب الثاني).

(١) د. عادل عامر، الممارسة الرقابية للمحكمة الدستورية العليا في مصر، مرجع سابق، مقال متاح على الموقع التالي:

<https://almesryoon.com/%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A9-%D9%86%D8%B8%D8%B1/939353-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%85%D8%A7%D8%B1%D8%B3%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%8A%D8%A7-%D9%81%D9%8A-%D9%85%D8%B5%D8%B1>

المطلب الأول

حتمية ظاهرة انخراط المحاكم الدستورية في خلق القانون

بادئ ذي بدء، يُشار إلى أن مجرد الحديث عن أي دور للقضاء في خلق القانون قد يبدو غريباً بالنسبة لرجال القانون في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون المدني. لكن، يلاحظ أن الوقت الحاضر يشهد تنامياً ملحوظاً لظاهرة انخراط المحاكم الدستورية في مباشرة وظائف ذات طبيعة تشريعية في جوهرها. وتصح هذه الملاحظة، ليس فقط بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية *common law*^(١)، ولكن أيضاً بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام القانون المدني *the civil law countries*^(٢). ويمكن تفسير هذه الظاهرة بأن ثمة دوراً تشريعياً، بمعنى ما، يرتبط حتماً بجوهر الوظيفة القضائية *very nature of the judicial office*^(٣). وتثبت ملاحظة أحكام القضاء الدستوري، في معظم الدول الدستورية المعاصرة، أن مثل هذا الدور لا يمكن تفاديه حتى في الأنظمة القانونية التي تسعى جاهدة للمحافظة على فصل صارم

-
- (1) Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (Chicago: University of Chicago Press, 1981), p. 28.
 - (2) Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, op. cit., pp. 28-29.
 - (3) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 10. See also Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford: Clarendon Press, 1991), pp. 4-9.

بين الوظائف التشريعية والتنفيذية والقضائية^(١). ومن الأمثلة البارزة على ذلك أحكام القضاة الدستوريين الأمريكي والألماني في قضايا الإجهاض^(٢).

ويمكن القول إن حتمية ارتباط الدور التشريعي بجوهر الوظيفة القضائية يرجع لأسباب متعددة، نذكر منها ما يلي:

١- عدم إمكان فصل وظيفة خلق القانون أو وضع القانون law-making عن عملية إيجاد حلول للمنازعات المطروحة على القضاء^(٣). وتفسير ذلك، أن إيجاد مثل هذه الحلول يتطلب، بالضرورة، تفسيراً للقانون، وهذا التفسير يتطلب بدوره إبداعاً تشريعياً^(٤).

-
- (1) Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, op. cit., p. 29.
- (2) Lucia Pápayová, *Legislators or Constitutional Judges? Law and Policy-Making Primacy in Abortion Jurisprudence in the Usa and Germany*, Submitted to Central European University Department of Legal Studies, In partial fulfillment of the requirements for the degree of CCL LL.M., Budapest, Hungary, 2010. p. 13.
- (3) Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, *Comparative Political Studies*, 31, (1999): 147-184, 156-157; Aharon Barak; *Judicial Discretion*, (New Haven: Yale University Press, 1989), pp. 90-91.
- (4) Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, op. cit., p. 5.

٢- قصور أو عدم كفاية القواعد التشريعية الواجب تطبيقها لحسم المنازعات المطروحة على القضاء^(١)، مما يحتم على القضاة الاجتهاد لمعالجة هذا القصور أو النقص على نحو ما.

٣- حتمية الدور التشريعي للقضاء تعد نتيجة طبيعية لممارسة السلطات التقديرية discretionary powers التي يتمتع بها القضاة^(٢).

ويرد الأستاذ Martin Shapiro على الكتاب الذين ينفون وجود أي دور للقضاء في مجال التشريع في دول القانون المدني بإبراز عدد من أوجه التشابه بين الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية والدول التي تأخذ بنظام القانوني المدني. وتمثل هذه الأوجه من التشابه فيما يلي^(٣).

١- ضرورة إيجاد القانون وتفسيره^(٤).

٢- ضرورة حسم المنازعات المطروحة على القضاء بقرارات قضائية^(٥).

٣- السلطة الملزمة (الحجية) التي تتمتع بها الأحكام القضائية^(١).

(1) Martin Shapiro, Courts: A Comparative and Political Analysis, op. cit., pp, 29, 126-127.

(2) Aharon Barak, Judicial Discretion (New Haven: Yale University Press, 1989), p. 91.

(3) Martin Shapiro. Courts: A Comparative and Political Analysis, op. cit., pp. 28, 29, 127, 135, 136.

(4) Martin Shapiro, Courts: A Comparative and Political Analysis, op. cit., pp. 28, 29, 135.

(5) Martin Shapiro, Courts: A Comparative and Political Analysis, op. cit., pp.135, 136.

٤ - الدور الذي يقوم به فقهاء القانون في الدول التي تأخذ بأنظمة القانون المدني^(٢).
 وتُظهر أوجه الشبه السابقة، بين الدول التي تأخذ بالسوابق القضائية والدول التي تأخذ بنظام القانون المدني، أن الدور التشريعي للقضاء أضحى ظاهرة عالمية، وأن هذه الظاهرة لم تعد مقصورة على الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية. وكما تقدم القول، فإن هذه الظاهرة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بجوهر الوظيفة القضائية، ومن ثم لا يمكن للقضاة تفاديها بحال من الأحوال. وما دام القضاة مستمرين في تفسير القانون وتطبيقه على المنازعات المطروحة عليهم، فإنهم ينخرطون، بالضرورة، في مباشرة الوظيفة التشريعية^(٣).

وبطبيعة الحال، فإن المحاكم الدستورية، التي تمارس رقابة على دستورية القوانين، لا تشكل استثناءً في هذا السياق. ومن ثم، تنخرط هذه المحاكم في العملية التشريعية في سياق مباشرتها لوظيفتها في الرقابة القضائية^(٤). ونتيجة لذلك، أضحى

- (1) Ibid, pp 135-136. Sweet Stone notes with respect to constitutional law-making that it is treated as “possessing precedential authority.” Alec Stone Sweet, “The Politics of Constitutional Review in France and Europe,” *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007), pp. 69-92, 72.
- (2) Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, op. cit., 147.
- (3) Alec Stone Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and Europe*, *International Journal of Constitutional Law*, 5 (2007): 69-92, p. 74-76.; Alec Stone Sweet, *Rules, Dispute Resolution, and Judicial Behavior*, *Journal of Theoretical Politics*, 10 (1998), 327-338.
- (4) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., 3, pp. 61-125.

جانب كبير من قواعد القانون الدستوري راجعاً إلى إبداع أو ابتداع المحاكم الدستورية على هامش ممارستها لرقابتها القضائية على القوانين^(١). والحقيقة أن هذه الملاحظة تصح، ليس فقط بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية، ولكن أيضاً بالنسبة للدول التي تأخذ بتقاليد القانون المدني. وهكذا، فإن الاعتراف لقواعد القانون الدستوري، التي ترجع إلى إبداع المحاكم الدستورية، بقيمة السوابق الملزمة *stare decisis* أضحي مسلماً به^(٢)، ليس فقط بواسطة القضاء^(٣)، ولكن أيضاً بواسطة فقهاء القانون الدستوري^(٤). ومن ثم، يمكن القول إن فكرة السابقة القضائية *stare decisis* - على الأقل بالنسبة للمعنى غير الرسمي للكلمة- لم تعد مقصورة على الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية أو القانون العام الإنجليزي *common law*^(٥).

على أن النظر إلى دور المحاكم الدستورية في خلق القانون على النحو السابق باعتباره ظاهرة حتمية لا مناص منها له أيضاً آثار بالغة الأهمية، لاسيما من ناحية علاقة هذا التطور بمبدأ الفصل بين السلطات^(٦)، خصوصاً من حيث العلاقة بين

-
- (1) Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, op. cit., p. 29.
- (2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., 3, p. 146.
- (3) Ibid. 146.
- (4) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 146-147.
- (5) Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, op. cit., p. 136.
- (6) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 125-133.

السلطات التشريعية والمحاكم الدستورية. والاعتراض الأبرز في هذا السياق هو أن مثل هذا التطور يشكل اغتصاباً من جانب القاضي الدستوري لسلطة المشرع الأصلية في خلق التشريع^(١). فإذا جاء انخراط المحاكم الدستورية في ممارسة الوظيفة التشريعية بالموازاة مع أو في سياق مباشرة وظيفتها في حسم المنازعات الدستورية^(٢)، ففي هذه الحال يصبح إعمال مبدأ الفصل الصارم بين سلطات المشرع وسلطات القضاء الدستوري مستحيلاً^(٣)، ولكن أيضاً تصبح الفكرة التقليدية بضرورة عدم تدخل القاضي الدستوري في المجال التشريعي غير ممكن الدفاع عنها^(٤). ومن ثم، يصبح السؤال هنا ليس هل يُقبل هذا الدور للمحاكم الدستورية أم لا؟، ولكن بأي قدر يُسمح للمحاكم الدستورية بمباشرة هذا الدور؟^(٥). وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى قضاء كل من المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية، حيث كان لهاتين المحكمتين الكلمة الأخيرة فيما يتعلق بسياسة الإجهاض. وقد بُرر ذلك بأن هذا الإبداع التشريعي كان نتيجة حتمية لضرورة تفسير النصوص الدستورية ذات الصلة^(٦).

-
- (1) Thomas J. Higgins. *Judicial Review Unmasked* (West Hanover, Mass: Christopher Publishing House, 1981), 43-51.
- (2) Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, *Comparative Political Studies*, 31, (1999), pp. 147-184, 156-157.
- (3) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp., 127-152.
- (4) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., pp. 345.
- (5) Ibid. p. 182.
- (6) In the USA, it was the 14th or the 9th Amendment of the U.S. Constitution, whereas American case is somewhat peculiar because as

ويلاحظ أن المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية لم تتردد في الاستعانة بقضائها السابق^(١). حيث عولت المحكمة على "سابقة قضائية"، كرستها من قبل،

USSC said in Roe 'right to privacy,' where "woman's decision whether or not to terminate her pregnancy" was located by the Court is not explicitly mentioned in the Constitution. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, majority opinion. In the subsequent cases, women's right to seek and obtain abortion was located in the 'substantive' Due Process Clause of the 14th Amendment of the U.S. Constitution. 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, plurality opinion. In Stenberg and Gonzales Court applied the constitutional principles derived from the above-mentioned constitutional provisions as acknowledged in Roe and subsequently reshaped in Casey. 530 U.S. 914, 120 S.Ct. 2597, majority opinion and 550 U.S. 124, 127 S.Ct. 1610, majority opinion. In Germany, it was mainly the Article 2(2)(1) in conjunction with Article 1(1) of the German Basic Law. Donald P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (Durham, N.C.: Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), 336, 350 – 351. See also 88 BverfGE 203, at I. 1-7.

- (1) Donald P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (Durham, N.C.: Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), 338. Sabine Michalowski and Lorna Woods. German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties (Aldershot, Hants, England: Ashgate, 1999), 137 - 138. In Abortion II Case GFCC relied on "essential core" of its decision in Abortion I Case; Donald P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (Durham, N.C.: Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), 349; Sabine Michalowski and Lorna Woods, German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties (Aldershot, Hants, England: Ashgate, 1999), p. 144.

مؤداها أن القواعد الدستورية تتضمن، ليس فقط "حقوقاً دفاعية ذاتية للشخص *individual's subjective defensive rights* في مواجهة الدولة، ولكنها تعكس أيضاً "ترتيباً موضوعياً للقواعد" *objective order of values*. بيد أنه يلاحظ، أيضاً، أن كلتا المحكمتين قد تجاوزتا حدود ما يعد مجرد تفسير للنصوص الدستورية ذات الصلة، وانخرطا في صياغة دقيقة لمبادئ دستورية حاکمة لموضوع الإجهاض^(١).

(1) The USA, in Roe, so-called 'trimester framework' is established, which underlying rationale is that as the human embryo and later on fetus grows in woman's womb, so does State's interest in protecting the prenatal life. Also 'viability' as a decisive point with respect to State's interference in abortion regulation, is introduced. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, majority opinion. In Casey USSC role resembles that of a legislator revisiting and amending its previously drafted law after "time has overtaken some of [its] factual assumptions." 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, plurality opinion. In Stenberg constitutional principles established in the previous case-law, especially 'undue burden' and 'health exception' are refined. 530 U.S. 914, 120 S.Ct. 2597, majority opinion. In Gonzales, USSC revisited the content of its established constitutional principles. 550 U.S. 124, 127 S.Ct. 1610, majority opinion. Thus, in all of these instances, USSC provides for such a detailed and delicate description of newly invented or reshaped constitutional principles that it unambiguously employs a position of a legislator cautiously shaping policy rules. In Germany, GFCC's legislative position was very obvious in its deliberation on what measures ought to be used for effective protection of the 'unborn life' in Abortion I Case. This was subsequently subject to criticism, also by Justices Rupp-von Brünneck and Simon who raised their objections in their dissenting opinion. Donald P.Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (Durham, N.C.:

=

بحيث يبدو أن أغلب ما انتهت إليه المحكمتان يرجع إلى إبداعهما التشريعي legislative creativity، وليس إلى الاستنباط من النصوص الدستورية ذات الصلة. وثمة من يذهب من الكتاب إلى القول إن ممارسة كلتا المحكمتين الأمريكية والألمانية لهذه الدرجة الواضحة من الإبداع التشريعي بشأن سياسات الإجهاض يرجع، في الحقيقة، ليس إلى ضرورة تفسير النصوص الدستورية ذات الصلة، ولكن إلى أن كلتا

=

Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), 340, 343. In Abortion I Case GFCC also introduced ‘unreasonable burden’ standard as to ascertain what can be expected from a woman having a duty to carry a child to term. This position is unambiguously legislative too because it requires GFCC to engage in a delicate ascertainment and consideration of relevant factors. Donald P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (Durham, N.C.: Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), 340. GFCC employed very deliberative position closely resembling a position of a legislator in Abortion II Case with regard to balancing of ‘the right to life’ of the ‘unborn’ and woman’s constitutional right to self-determination, and also with respect to the proper measures of State’s protection of the ‘unborn life,’ or ‘unreasonable burden’ standard. This judicial deliberations subsequently resulted into law-making and in determination and formulation of policy standards. Donald P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (Durham, N.C.: Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), 339, 353; 88 BverfGE 203, at 147, 157, 184, 156–161, and 159–161.

المحكمتين لم تستطعا مقاومة إغراء أن تكون لهما الكلمة النهائية المؤثرة في هذا الموضوع المهم^(١).

المطلب الثاني

سلطات المحاكم الدستورية في خلق القانون وصنع السياسات

في النموذجين الأمريكي والأوروبي للرقابة القضائية

تقدم القول إن القضاة الدستوريين يخرطون في خلق القانون في سياق رقابتهم على دستورية القوانين، وأن هذه الظاهرة ليست مقصورة على الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية، ولكنها موجودة، أيضاً، في الدول التي تأخذ بتقاليد القانون المدني. لكن على الرغم من انخراط القضاة الدستوريين في كلتا الطائفتين من الدول في خلق القانون وصنع السياسات، فإن الظروف التي يعمل فيها القضاة الدستوريون تختلف تبعاً لاختلاف نوع الرقابة القضائية المتبنى. ولكن رغم اختلاف

(1) For USA, see for example in Casey, where USSC's plurality aspires to put an end to the abortion controversy by calling people to "[accept] a common mandate rooted in the Constitution" and Justice Scalia's comment on it. This clearly shows that USSC's perceives itself not only as a participant in the debate, but indeed a very influential one, who aspires to reconcile the opponents. 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, plurality opinion and 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, Justice Scalia, the Chief Justice, Justice White, and Justice Thomas concurring and dissenting in part. For Germany see for example Donald P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (Durham, N.C.: Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), P. 343.

هذه الظروف في كلا النظامين القانونيين- السوابق القضائية والقانون المدني- فإن ثمة تشابهًا واضحًا يتمثل في انخراط القضاة الدستوريين في خلق القانون، انخراطًا جوهريًا، على نحو يجاوز حدود النزاع الموضوعي المطروح عليهم. ومن ثم، سنحاول فيما يلي إلقاء الضوء على آثار الاختلاف بين كلا نموذجي الرقابة القضائية على السياسات التشريعية.

بادئ ذي بدء، يُشار إلى أنه يوجد نظامان للرقابة القضائية على دستورية القوانين في الأنظمة القانونية الغربية هما: النموذج الأمريكي، والنموذج الأوروبي^(١). وتبعًا لذلك، يتم إجراء الرقابة القضائية بطريقة مختلفة في كلا النموذجين. وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى بعض الفروق المؤسسية والإجرائية بين كلا النموذجين فيما يلي:

يتسم النموذج الأمريكي للرقابة القضائية بالسمات التالية:

- ١- الطابع غير "المركزي" للرقابة القضائية decentralized character^(٢).
- ٢- الاقتصار على الرقابة الدستورية "المادية" concrete constitutional review^(٣).

(1) Alec Stone Sweet, Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter, Michigan Law Review ,101 (2003), pp. 2744-2780, 2769.

(2) Norman Dorsen and others, eds. Comparative Constitutionalism: Cases and Materials, (St. Paul, Minn.: West Group, 2003, pp. 113-114; Alec Stone Sweet, Constitutionalism, Rights, and Judicial Power, Comparative Politics. Ed. D. Caramani, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 217-239, 222-223.

وفي مقابل السمات السابقة للنموذج الأمريكي في الرقابة القضائية، يمكن الإشارة إلى بعض سمات النموذج الأوربي:

- ١ - الطابع المركزي للرقابة القضائية centralized character^(٢).
- ٢ - الطابع المجرد^(٣) للرقابة القضائية الدستورية abstract constitutional review^(٤). ومع ذلك، يلاحظ أن كلا النموذجين للرقابة القضائية قد تطورا على نحو أدى إلى تقارب جوهرى بينهما^(٥). بحيث أضحت الدقة تفرض الحديث عن كلا النموذجين باعتبارهما متشابهين تشابهاً جوهرياً^(٦).

ففي الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يؤخذ بالنموذج الأمريكي في الرقابة القضائية، قد يتوقع الشخص عدم ممارسة القضاء الدستوري الأمريكي سوى لرقابة دستورية مادية concrete constitutional review، مرتبطة بنزاع

=

- (1) Alec Stone Sweet, *Constitutionalism, Rights, and Judicial Power, Comparative Politics*, op. cit., pp. 217-239, 222-223.
- (2) Norman Dorsen and others, eds. *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, op. cit., p. 114.
- (٣) الرقابة الدستورية المجردة abstract هي تلك الرقابة التي تقوم بها المحاكم الدستورية على استقلال عن دعاوى موضوعية تنظرها المحاكم.
- (4) Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, *Michigan Law Review*, 101 (2003), pp. 2744-2780, 2770.
- (5) Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, op. cit., 2744-2780.
- (6) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, (Oxford : Oxford University Press, 2002), p. 366.

موضوعي^(١)، أي لا يمكن مباشرة الرقابة الدستورية بصورة مجردة مستقلة عن المنازعات الموضوعية، وذلك تبعاً لحرفية نصوص الدستور الأمريكي التي تقرر أن المحاكم يُنَاطُ بها حسم المنازعات^(٢)(٣). بيد أن هذا لا يعني أن فكرة الرقابة الدستورية المجردة - التي تتم بمعزل عن وجود نزاع موضوعي- غريبة تماماً على القاضي الدستوري الأمريكي. بل إن هذا الأخير يعرف الرقابة الدستورية المجردة في حالات تتمثل فيما يلي^(٤):

١ - الأمر القضائي التمهيدي^(٥) a preliminary injunction

(1) Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: the Constitutional Council in Comparative Perspective*, (New York: Oxford University Press), 1992, p. 226.

(2) US. Const., Art. III. sec. (2).

(3) US. Const., Art. III. sec. (2).

(٤) تجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا الأمريكية قد تمكنت من توسيع رقابتها على دستورية القوانين، بحيث تجاوزت نطاق الدستورية إلى حد الحكم على مدى ملاءمة القوانين، وساعدها في ذلك تطور الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية. ولبلوغ هذه الغاية، استعملت المحكمة العليا عدة وسائل تمكنها من ممارسة رقابتها الجديدة على دستورية القوانين، وذلك عن طريق تفسير الدستور تفسيراً واسعاً حتى لو أدى ذلك إلى الخروج عن حرفية النصوص الدستورية. ومن أهم هذه الوسائل ما يلي: شرط الطريق الواجب قانوناً، ومعيار الملاءمة، ومعيار المعقولية، ومعيار اليقين: لمزيد من التفصيل حول تطور الرقابة على الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية، انظر: الرقابة القضائية الدستورية في الولايات المتحدة، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1841-topic>

(٥) تتمثل طريقة "الأمر القضائي" في أن الفرد يستطيع اللجوء إلى القضاء المختص للحصول منه على أمر إيقاف تنفيذ القانون المطعون عليه بعدم الدستورية، إذا كان تنفيذ هذا القانون يؤدي إلى إلحاق ضرر به، وذلك في حالة عدم وجود دعوى سابقة؛ فإذا تبين للمحكمة أن القانون غير دستوري، أصدرت "أمرًا قضائيًا" إلى الموظف المختص بالامتناع عن تنفيذ ذلك القانون، وعلى الموظف تنفيذ أمر المحكمة إلا اعتبر مرتكباً لجريمة احتقار المحكمة، ومن ثم يتعرض للمسؤولية

٢ - الحكم القضائي التقريري declaratory judgment^(١).

٣ - الطعن المبدئي على نطاق القانون أو درجة غموضه overbreadth and vagueness of a statute^(٢).

ففي الحالات السابقة، على وجه التحديد، يباشر القضاة الدستوريون الأمريكيون الرقابة الدستورية على القوانين بطريقة مجردة مشابهة، إلى حد بعيد، لتلك التي يستخدمها نظراؤهم الأوروبيون^(٣)، بما يعني- كما يذهب إلى ذلك الأستاذ Sweet Stone- أن القضاة الدستوريين "يصدرون حكماً ملزماً مبنياً على توقعهم المستقبلي لمسار هذه القوانين"^(٤). وفوق ذلك، يمكن القول بصفة عامة، إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين أضحت تُطبق بطريقة تميل إلى التجريد بصورة متزايدة^(٥).

الجزائية، وذلك بالإضافة إلى التزامه بالتعويض. ومن أمثلة ذلك، أن القاضي يستطيع أن يأمر أحد موظفي الضرائب بأن لا يحصل ضريبة معينة من الشخص الذي لجأ إلى القضاء، لأن هذه الضريبة فرضها قانون غير دستوري، وحتى إذا حصلها الموظف، فإن القاضي يستطيع أن يأمره بردها إلى من حصلت منه هذه الضريبة، انظر: الرقابة القضائية الدستورية في الولايات المتحدة، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1841-topic>

- (1) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., p. 348.
- (2) Ibid., pp. 349, 351.
- (3) Ibid., p. 364.
- (4) Ibid., p. 364.
- (5) Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, op. cit., pp. 2744-2780, 2772.

وفي المقابل، فإن النموذج الأوربي، الذي يمكن القاضي الدستوري من إجراء رقابة مجردة للقانون "سابقة على تطبيقه في الواقع"^(١)، أضحى يميل، تدريجياً، ليأخذ طابعاً مادياً أو موضوعياً *a more concrete form*^(٢). وذلك عندما يأخذ القاضي الدستوري في اعتباره "السياقات الواقعية والاعتبارات التي أخذتها السلطات العامة في اعتبارها لدى تبني سياساتها"^(٣). وهكذا، تراجعت بصورة ملحوظة الفروق بين كلا النموذجين في الرقابة القضائية، فأضحى النموذج الأوربي أقل تجريداً، وأضحى النموذج الأمريكي أقل ارتباطاً بضرورة وجود منازعات موضوعية.

وهكذا، يبدو واضحاً، مما سبق، أن الرقابة الدستورية في النموذج الأمريكي المرتبط بالنزاعات الموضوعية *concrete review* تبقى، إلى حد كبير، ذات طابع مجردة^(٤). وفي المقابل، تميل "الرقابة المجردة" في النموذج الأوربي، تدريجياً، إلى التركيز على الاعتبارات الأوسع المرتبطة بالسياسات التشريعية محل الرقابة^(٥). ومن ثم، يمكن للقضاة الدستوريين، في كلا نموذجي الرقابة على الدستورية، تجاوز حدود النزاع الدستوري المطروح عليهم^(٦)، ومن ثم "معالجة المسائل الأوسع المرتبطة

(1) Ibid., p. 2744-2780, 2772.

(2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp. 92-150.

(3) Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter, op. cit., pp. 2744-2780, 2772.

(4) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., p. 365.

(5) Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter, op. cit., pp. 2744-2780, 2772.

(6) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., p. 371.

بالسياسات العامة والمصلحة العامة التي لا ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمنازعات الدستورية المثارة أمامهم"^(١). وفوق ذلك، يلاحظ أن الأثر الحقيقي للفصل في منازعة دستورية معينة لا يقتصر فقط على مجرد إيجاد حل للمنازعة الماثلة، ولكن أيضاً على الأثر المستقبلي لهذه الحل باعتباره أضحي يشكل سابقة قضائية^(٢). وهكذا، يؤدي أسلوب الرقابة القضائية على الدستورية- المرتبط بالمنازعات الموضوعية، سواء في الولايات المتحدة الأمريكية أم في غيرها من الدول- إلى معايير مجردة للدستورية abstract standards of constitutionality تشكل أساساً مرجعياً للمنازعات الدستورية اللاحقة^(٣). ونتيجة لذلك، فإن كلا النموذجين للرقابة القضائية على الدستورية بمقدورهما- من خلال محافظتهما على مستوى ما من التجرد وفي ذات الوقت التركيز على بعض جوانب خصوصية المنازعات المطروحة عليهما- التأثير تأثيراً متسارعاً أو جذرياً في النظام القانوني^(٤).

وبإيجاز، يمكن القول إن كلا النموذجين الأمريكي والأوروبي للرقابة القضائية على الدستورية يسمحان، وإن بدرجات متفاوتة، للقضاة الدستوريين بممارسة وظائف تشريعية في طبيعتها، أي وظائف تسمح بأن يأخذ القضاة في حسابهم الاعتبارات الأوسع للمصلحة العامة وللسياسات محل الرقابة، ومن ثم خلق قواعد عامة أو معايير مجردة بالنسبة للمستقبل^(٥).

(1) Ibid. p. 371.

(2) Ibid. p.169.

(3) Ibid. p.168-170.

(4) Ibid. p. 90-112, 369.

(5) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 91.

بيد أنه رغم أوجه التقارب أو التشابه السابق بين النموذجين الأوروبي والأمريكي للرقابة القضائية، فإنه تبقى بينهما فروق مؤسسية وإجرائية متعددة يكون لها آثار مختلفة على السياسات التشريعية. ذلك، أن الرقابة الدستورية المجردة في أوروبا يمكن أن تؤدي، بسهولة، إلى درجة عالية من التسييس *politization* للموضوع المطروح على المحاكم الدستورية، وذلك لأن هذه المحاكم توسع نطاق المعارك السياسية، التي لم يُكتب لها أن تُحسم في البرلمان^(١)، من خلال إضافة "قراءة دستورية جديدة"^(٢) للتشريع المطعون عليه بعدم الدستورية^(٣). وفي المقابل^(٤)، يلاحظ أن الرقابة الدستورية المرتبطة بالمنازعات الموضوعية- المأخوذ بها في الولايات المتحدة الأمريكية- أقل تسييساً، لأن في مثل هذا النوع من الرقابة لا يلتقي المشرع والقاضي الدستوري إلا بصورة غير مباشرة. وفي أوروبا، بصفة خاصة، يمر وقت طويل قبل أن يصل التشريع إلى المحاكم الدستورية^(٥). وأياً ما كان الأمر، فإن كلا النموذجين الأوروبي والأمريكي للرقابة القضائية على الدستورية عرضة للتسييس *politization*^(٦). ومن ثم، فإن كلا النموذجين للرقابة القضائية يفتح الباب، وإن

(1) Ibid. p. 55.

(2) Ibid. p. 50.

(3) Ibid. p. 50.

(4) Ibid. p. 50.

(5) Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, N.C.: Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), 336, 346-349, 355- 356

(6) German experience with regard to shaping abortion policy shows that abstract constitutional review can be easily used as a means of a political battle. It, however, also shows that if GFCC requires from the

=

بدرجات مختلفة، "للتحول نحو صيغ السياسات بالصبغة القضائية"، بمعنى أن ما كان يجب حسمه من خلال المشرع، أضحي يُحسم من خلال القضاة الدستوريين، مما يؤدي إلى زيادة نفوذ القضاة على حساب المشرع.

وفي الولايات المتحدة، "أضحت الرقابة المجردة وسيلة معتادة لتدخل القاضي الدستوري لخلق القانون"، وكان من أبرز الأمثلة على ذلك القضايا المتعلقة بحقوق الإجهاض^(١). ويرجع ذلك، ليس فقط لأن أبرز أحكام القضاء الدستوري الأمريكي بشأن الإجهاض صدرت استناداً إلى التماسات للحصول على "أوامر قضائية تمهيدية" أو "أحكام قضائية تقريرية" أو "طعون مبدئية فيما يتعلق بنطاق تطبيق التشريعات أو

=

legislature too much, not only with respect to constitutionality of the legislative acts, but also to their reasonableness and effectiveness, it might in the future be easily excluded from the debate all together. Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 109-112. See Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, N.C.: Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), 336, 346-349, 355- 356. American system, on the one hand, to some extent eliminates 'political provocativeness' of the constitutional review with respect to bigger political players, but introduces it, on the other hand, with respect to 'ordinary' subjects of the polity by means of a strategic litigation. With regard to shaping abortion policy in the USA this can be easily seen in *Roe*, *Casey*, *Stenberg* and also *Gonzales*. It can be therefore indeed said that both systems are prone to being easily politicized, differing only in who can initiate it.

(1) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, 2002, p. 352.

غموضها"^(١)، ولكن بالأحرى بسبب طبيعة الفحص الذي استخدمته المحكمة العليا الأمريكية في تلك القضايا. ومن ثم، يلاحظ أن تدخل القاضي الدستوري الأمريكي في قضايا الإجهاض لحسم المسائل المتعلقة بالقانون والسياسة جاء متجاوزاً لحدود المسألة محل النزاع المطروح على المحكمة. وكان من بين العناصر التي أخذها القاضي الدستوري في اعتباره:

- ١ - ما إذا كان الدستور الأمريكي يحمي قرار المرأة بإنهاء حملها، وإلى أي مدى توجد مصلحة للدولة في التدخل لتنظيم هذه المسألة^(٢).
- ٢ - هل يوجد إطار دستوري سابق حاكم لهذه المسألة، وأي من أحكام هذا الإطار يجب إعماله في الحالة الماثلة^(٣).
- ٣ - كيفية التوفيق بين حرية المرأة في إنهاء حملها والمصلحة المهمة والمشروعة للدولة في التدخل لحماية الحياة المحتملة للجنين **important and legitimate interest in potential life**^{(٤)(٥)}.

(1) Roe, Casey and Stenberg arose on the basis of a petition for preliminary injunction and declaratory judgment Gonzales arose on the basis of facial challenge with regard to vagueness and overbreadth of a statute. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705; 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791; 530 U.S. 914, 120 S.Ct. 2597 and 550 U.S. 124, 127 S.Ct. 1610.

(2) 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705.

(3) 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791.

(4) 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, plurality opinion.

(5) 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791.

٤ - ما الذي يشكل "عبئاً غير واجب"^(١) عندما تسعى المرأة إلى إجهاض "جنين غير قابل للحياة"^(٢).

٥ - كيف يجب التدخل لحماية صحة المرأة في سياق تنظيم الإجهاض^(٣)؟

٦ - متى وكيف يتم تعزيز "احترام الكرامة الإنسانية"^(٤)، أو "تكامل وأخلاقيات المهنة الطبية" integrity and ethics of the medical profession^(٥).

ويبدو واضحاً أن إثارة القاضي الدستوري لكل هذه التساؤلات أو أخذه في الاعتبار لكل تلك العناصر يعني أنه لم يقتصر على المسألة القانونية محل النزاع، وإنما أخذ في حسبانها أيضاً المسائل الأوسع المرتبطة بالسياسة العامة والمصلحة العامة.

وفي ألمانيا، راقبت المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية التشريع المتعلق بالإجهاض "رقابة مجردة". ومع ذلك، فقد كانت هذه الرقابة صارمة، بحيث أخذت المحكمة في اعتبارها العديد من العناصر، ومنها ما يلي:

١ - كيف يجب على الدولة أن تكفل الحماية "للحياة التي لم تولد بعد" unborn life^(٦) بطريقة فعالة^(٧).

(1) 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791.

(2) 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 279, plurality opinion.

(3) 530 U.S. 914, 120 S.Ct. 2597.

(4) 550 U.S. 124, 127 S.Ct. 1610, majority opinion.

(5) 550 U.S. 124, 127 S.Ct. 1610, majority opinion.

(6) Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, (Durham, N.C.: Duke University Press, 2nd ed., rev. and expanded, 1997), p. 338.

(7) Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., pp. 339-340 and *Abortion II Case in 88*

=

- ٢- متى يكون من الملائم السماح للمرأة بأن تحتفظ بالجنين إلى نهاية مدة الحمل^(١).
- ٣- كيف يمكن تقديم الاستشارة للنساء الحوامل على أفضل وجه ممكن، حتى تحقق هذه الاستشارة غرضها؟ أي استعادة الاحترام للجنين الذي "لم يولد بعد"^(٢)، وتشجيع المرأة، في حالات معينة، على الاحتفاظ بحملها إلى نهاية مدة الحمل^(٣)؟
- ٤- ما هو دور المساعدة الاجتماعية والتأمين الصحي في تجنب الإجهاض^(٤)؟
- ويرى العديد من الكتاب أن أخذ القضاء الدستوري، في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا، لكافة العناصر السابقة في الاعتبار، في سياق مباشرة رقابته الدستورية على تشريعات الإجهاض، قد حول القضاء الدستوري إلى مؤسسة "تشريعية متخصصة ومستقلة" "separate, but specialized, legislative chamber"^(٥)، قادرة على فحص مضمون التشريع المطعون عليه بعدم الدستورية، ومتمتعة بسلطة حقيقية لتغيير هذا المضمون على نحو يتسق مع متطلبات القضاء الدستوري "dictates of constitutional jurisprudence"^(٦).

=

BverfGE 203, at 184 and following.

(1) Ibid, pp. 340-341.

(2) Ibid, p. 342.

(3) Ibid., pp. 341-342 and Abortion II Case in 88 BverfGE 203, at 215 and following.

(4) Abortion II Case in 88 BverfGE 203, at 167 – 168, 303 and following.

(5) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 61-62.

(6) Ibid., p. 1.

وهكذا، تمكن القضاء الدستوري في كلا النظامين القانونيين من أن يجد طريقه للتغلب على القيود المفروضة عليه بحكم وضعه الدستوري، وأن ينخرط في عملية صياغة دقيقة للسياسات المتعلقة بالإجهاض. ويبدو واضحاً، مما سبق، أن المحكمة العليا الأمريكية لم تقصر نفسها على فحص الجوانب وثيقة الصلة بالمسألة المطروحة عليها، وإنما أخذت في اعتبارها أيضاً المسائل الأوسع المرتبطة بالسياسة والمصلحة العامة، كما أن المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية قد انخرطت في بحث المعايير التفصيلية الواجب مراعاتها في سياسات تنظيم الإجهاض.

ولاشك أن عمل المحاكم الدستورية "كهيئة تشريعية متخصصة"، وفقاً لوصف بعض الكتاب، على النحو السابق بيانه، ستكون له آثار عديدة متنوعة. من ذلك، أن مثل هذا التطور في وظائف المحاكم الدستورية يمكن أن يستتبع تغييراً في الإطار القانوني والسياسي نتيجة قضائها^(١)، وتسريعاً في وتيرة التغير التشريعي الصادر من المشرع في حالة موافقة المحاكم الدستورية عليه أو عرقلته في حالة رفضه من جانبها^(٢). ويظهر العرض السابق أن القضاء الدستوري قد تمكن من إعادة صياغة سياسات الإجهاض، بصورة ملحوظة، في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا رغم عمله في ظل نظم مختلفة للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

كما يبين، مما سبق، أن القضاة الدستوريين لدى تصديهم للفصل في المنازعات الدستورية، لاسيما تلك التي تنطوي على ادعاءات بالمساس بالحقوق

(1) For example in the USA especially by Roe.

(2) For example in the USA especially by Gonzales.

الدستورية، يضعون أنفسهم في وضع مشابه، إلى حد بعيد، لوضع المشرع^(١). وأن القضاة الدستوريين بمقدورهم، في سياق مباشرة الرقابة على الدستورية، أن يخرطوا في خلق القانون وصنع السياسات على نحو يحدث تغييرات- قد تكون في بعض الأحيان جذرية- في النظامين القانوني والسياسي^(٢). وإذا كان بعض الكتاب يري أن هذه التطور من شأنه أن يفتح الباب للقضاة الدستوريين لفرض إرادتهم على السلطة التشريعية أو العدوان على اختصاصاتها وأن القيود الذاتية التي تفرضها المحاكم الدستورية على نفسها غير كافية للحد من إسرافها في مباشرة وظيفتها القضائية، فإن البعض الآخر يري أن الدستور هو الذي يحدد للقضاء الدستوري اختصاصاته، وأن المحاكم الدستورية تعمل في إطار نصوص هذا الدستور والقوانين المكمل له، كما أن توجيه النقد للرقابة الذاتية التي تفرضها المحاكم الدستورية على نفسها، بأنها غير كافية للحد من إسرافها في مباشرة وظيفتها القضائية، يغفل حقيقة أن هذه الضوابط تتوافق مع طبيعة الوظيفة القضائية، التي لا يستقيم معها الخضوع لرقابة من إحدى السلطتين التنفيذية أو التشريعية^(٣).

وتشكل أحكام القضاء الدستوري، في الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا، مثلاً واضحاً على هذه الظاهرة الحديثة في القضاء الدستوري المقارن.

(1) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 97-99.

(2) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., pp. 90-112, 369.

(٣) د. عبد الله صالح، المحكمة الدستورية العليا وحقوق الإنسان في مصر، مجلة الديمقراطية، مرجع سابق، بحث متاح على الموقع التالي:

<http://democracy.ahram.org.eg/UI/Front/InnerPrint.aspx?NewsID=208>

المبحث الثاني

الحاكم الدستورية والسلطات التشريعية

تقدم القول أن المحاكم الدستورية أضحت تظهر ميلاً متزايداً نحو التصرف على نحو مشابه لمسلك المشرع، وذلك عن طريق مباشرة وظائف ذات طبيعة تشريعية. ومن هنا يُثار التساؤل بشأن آثار هذا التطور على مسلك السلطة التشريعية (المطلب الأول). وإذا كان انخراط المحاكم الدستورية في مباشرة الوظائف التشريعية، في سياق نهوضها بوظيفتها في رقابة دستورية القوانين، يبدو أمراً حتمياً لا فكاك منه، فإن التساؤل يُثار أيضاً بشأن إلى أي مدى يمكن للقضاة الدستوريين أن ينخرطوا في خلق القانون أو مباشرة هذه الوظائف ذات الطبيعة التشريعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

آثار انخراط المحاكم الدستورية في خلق القانون على السلطة التشريعية

تقدم القول إن القضاة الدستوريين بمقدورهم- سواء في ظل النموذج الأمريكي أو الأوربي للرقابة القضائية الانخراط في خلق القانون، وتوسيع نطاق سلطاتهم الرقابية على العملية التشريعية على نحو يفضي، في نهاية الأمر، إلى خلق قواعد قانونية عامة، ومن ثم صنع للسياسات⁽¹⁾. وفي ظل هذين النموذجين من الرقابة

(1) Alec Stone Sweet, Constitutional Courts and Parliamentary Democracy, op. cit., pp. 77-100, 95.

القضائية على الدستورية، يستطيع القضاة الدستوريون، بسهولة، أن يستخدموا، بلا شك، وظائف ذات طبيعة تشريعية في جوهرها^(١).

ومع ذلك، يلاحظ أن العلاقة بين المحاكم الدستورية والسلطات التشريعية "ليست مقصورة على مسألة استخدام القضاة الدستوريين لوظائف ذات طبيعة تشريعية أو التصرف على نحو مشابه لمسلك المشرع *the legislative-like behaviour*. وتفسير ذلك، أن "التحول نحو صبغ السياسة بالصبغة القضائية" *judicialization of politics*، ليس فقط يضع القاضي الدستوري في وضع مشابه لوضع المشرع كما تقدم القول^(٢)، ولكن- وبالعكس- يتطلب من المشرع أن يفكر ويتصرف بذات الطريقة التي يفكر ويتصرف بها القاضي الدستوري *constitutional judge-like mode of reasoning and behavior*^(٣). وهكذا، قد لا يكون من المبالغة وصف العلاقة بين المحاكم الدستورية والسلطات التشريعية بأنها "علاقة اعتماد متبادل" *inter-dependent*. ولعل هذا ما قصده الأستاذ Sweet Stone بقوله: "إن التحول نحو صبغ السياسة بالصبغة القضائية" يولد أشكالاً جديدة من الممارسة التشريعية^(٤).

(1) Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, *Comparative Political Studies*, 31, (1999), pp. 147-184, 156 - 157.

(2) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., p. 184.

(3) Ibid., p. 184.

(4) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 62.

وهذه الظاهرة من الاستعارة المتبادلة في طريقة التفكير والتصرف **mutual borrowing of methods of reasoning and action** بين القاضي الدستوري والمشرع يُطلق عليها أيضاً "البناء المتسق" **coordinate construction**^(١)، بما يعني حالة تكون فيها السياسات العامة وقواعد القانون الدستوري وليدة تفاعل دائم ومتسق بين المشرع والقاضي الدستوري^(٢).

ويمكن القول إن نتائج ظاهرة "البناء المتسق"، المشار إليها آنفاً، تبدو واضحة في آثار أحكام القضاء الدستوري على الإجراءات والمخرجات التشريعية. ويمكن تصنيف هذه الآثار على النحو التالي:

١- الآثار الفورية المباشرة أو "الرسمية" **immediate, direct, or formal effects**^(٣).

٢- الآثار غير المباشرة "الإرشادية" **pedagogical, indirect, or feedback effects**^(٤).

وتتفاوت الآثار المباشرة لأحكام القضاء الدستوري على التشريع من الإجراءات الأكثر جذرية، وذلك عندما تعلن المحاكم الدستورية عدم دستورية التشريع،

(1) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., p. 184.

(2) Ibid., p. 184.

(3) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 63.

(4) Ibid., p. 63.

ومن ثم إلغاؤه (لاحقاً)^(١)، إلى الإلغاء الجزئي عندما يتم تنقية القانون مما قررت المحاكم الدستورية عدم دستوريته^(٢)، إلى إجراءات أخف عندما تتولى المحاكم الدستورية إعادة كتابة نصوص القانون المطعون عليه، وذلك بتفسيره على نحو معين يتسق مع الدستور، بما يعني تفادي الحكم بعدم دستورية القانون^(٣). ويمكن القول إن الوضع الإشرافي والرقابي للمحاكم الدستورية في مواجهة المشرع يتعزز أكثر بواسطة طائفة من وسائل التأثير غير المباشرة^(٤)، التي تتفاوت من "التقييد الذاتي" autolimitation^(٥)، وذلك عندما يكيف المشرع أداءه التشريعي أو سياساته التشريعية على نحو يتسق مع المتطلبات الدستورية المتوقع تمسك المحاكم الدستورية بها^(٦)، إلى المراجعة أو "التفحيح التصحيحي" corrective revision^(٧)، وذلك عندما يعطي القاضي الدستوري معايير إرشادية للمشرع يكون واجباً عليه، دستورياً، الالتزام بها لدى تبني سياسة معينة أو تنظيم موضوع معين. ويحدث ذلك، عادة، في الأحكام التي تتضمن عدم دستورية التنظيم التشريعي في مجال معين^(٨).

(1) Ibid., pp. 66-70.

(2) Ibid., p. 71.

(3) Ibid., p. 71-73.

(4) Ibid., pp. 73-91.

(5) Alec Stone Sweet, Rules, Dispute Resolution, and Judicial Behavior: Reply to Vanberg, *Journal of Theoretical Politics*, 10, (1998), pp. 327-338, 329.

(6) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 75-79.

(7) Ibid., p. 83.

(8) Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*, (Special Issue on Delegation), *West European Politics*, 25, (2002) pp. 77-100, 94-95.

ويبدو واضحاً، مما سبق، أن الأشكال المتنوعة للتأثير المباشر لأحكام المحاكم الدستورية على مخرجات العملية التشريعية من شأنه أن يمكن القضاة الدستوريين من التصرف، إما كمشرع سلبي **negative legislator**^(١)، وإما كمشرع إيجابي **active legislator**، ومن ثم ممارسة وظائف ذات طبيعة تشريعية في جوهرها^(٢). وقد دفعت هذه السلطات الرقابية والإشرافية **controlling powers**، التي تتمتع بها المحاكم الدستورية في مواجهة المشرع، بعض الكتاب إلى وصف العلاقة بين المحاكم الدستورية والمشرع بأنها "علاقة وصائية" **tutelage**، تمارس فيها المحاكم الدستورية دوراً وصائياً في مواجهة المشرع^(٣). والافتراض المستخدم كمسوغ لمثل هذه العلاقة هو أنه "ليس فقط بمقدور القضاة الدستوريين خلق القانون، ولكن أيضاً بمقدورهم خلق القانون على نحو أفضل من المشرع"^(٤).

وفيما يتعلق بالآثار غير المباشرة لأحكام المحاكم الدستورية على المخرجات التشريعية، يلاحظ أن السلطة التشريعية تتبنى، عمداً، ذات طريقة التفكير والسلوك التي يتبناها القضاة الدستوريون، وذلك في محاولة لتفادي الحكم بعدم دستورية التشريعات

(1) Ibid., pp. 77-100, 93.

(2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 71-73.

(3) Alec Stone Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and Europe*, *International Journal of Constitutional Law*, 5, (2007), pp. 69-92, 75.

(4) Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: the Constitutional Council in Comparative Perspective*, (New York: Oxford University Press, 1992), p. 253.

المتبناة من جانبها^(١). ومعنى ذلك، أن المشرع أضحي يدور في الأطر ويلتزم بالضوابط التي حددها القضاة الدستوريون مسبقاً^(٢)، أو التي يتوقع المشرع أن يتبناها القضاة الدستوريون في المستقبل.

فإذا ما أخذنا الملامح السابقة للعلاقة بين المحاكم الدستورية والمشرع في الاعتبار، مع مراعاة أن السلطة القضائية هي "سلطة مفوضة" a delegated power^(٣)، كان معنى ذلك أن هذه العلاقة- التي يفترض أنها بين أصل (المشرع) a principal وفرع (المحاكم الدستورية) agent - قد انقلبت انقلاباً كاملاً. ولاشك أن مثل هذا الانقلاب أو التحول الجذري يثير العديد من الإشكاليات الدستورية^(٤). ذلك، أنه وفقاً للمبادئ الدستورية، فإن الأصل a principal هو المشرع الذي يمثل مرتبة أسمى، لأنه هو الذي يسيطر على الأدوات التشريعية (القاعدية) normative instruments، وأن القضاة يتمتعون بسلطة مفوضة من المشرع لإنفاذ هذه الأدوات التشريعية. ومن ثم، فإن السلطة القضائية تعمل تحت مظلة المشرع، لأن المشرع هو

-
- (1) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 73.
- (2) Alec Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16.2 (2009), pp. 621-645, 642.
- (3) Alec Stone Sweet and Mark Thatcher, *Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions*, *West European Politics*, 25, (2002), pp. 1-22.
- (4) Alec Stone Sweet, *Constitutionalism, Rights, and Judicial Power*, *Comparative Politics*. Ed. D. Caramani, (Oxford: Oxford University Press), 2008, pp. 217-239, 227.

الذي يحدد شروط وضوابط ممارسة السلطة القضائية لوظيفتها، وهو الذي يعدل هذه الشروط وتلك الضوابط وقتما يشاء^(١). ومع ذلك، فإن القضاة هم المنوط بهم رقابة دستورية هذه الأدوات التشريعية^(٢). ولاشك أن هذه الوظيفة المنوطة بالقضاة الدستوريين تعزز وضعهم الإشرافي والرقابي في مواجهة المشرع^(٣). ومعنى ذلك، أن المشرع أضحي بجد نفسه تحت مظلة أو سلطة القضاة الدستوريين^(٤). وفوق ذلك، لما كانت القواعد المنظمة للمراجعة أو للتعديل الدستوري مقيدة للمشرع^(٥)، فإن "السيطرة المستمرة للقضاة الدستوريين، فيما يتعلق بتفسير القانون الدستوري،" تبقى مصونة^(٦).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، كان لقضاء المحكمة العليا الأمريكية في قضايا الإجهاض آثار مباشرة وغير مباشرة على التشريع. ففي قضية Roe، لم تقتصر المحكمة العليا الأمريكية على منح "قرار المرأة بإجهاض أو عدم إجهاض نفسها" حماية دستورية، ولكنها أعلنت أن سياستها بشأن الإجهاض هي التي تشكل الإطار

(1) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 24.

(٢) د. أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مجلة الدستورية، العدد الأول، السنة الأولى، ٢٠٠٣.

(3) Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)*, op. cit., pp. 77-100, 89.

(4) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 24.

(5) Ibid., pp. 24-25.

(6) Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)*, op. cit., pp. 77-100, 89.

الدستوري الحاكم لهذا الموضوع^(١). وعلى الرغم من تغيير هذا الإطار الدستوري لاحقاً، فقد بقى القضاء الدستوري بشأن سياسة الإجهاض مستلهماً للقضاء السابق^(٢). وبطبيعة الحال، فقد تأثر التشريع الأمريكي، سواء على المستوى الاتحادي أم على مستوى الولايات، بالمتطلبات التي حددها القضاء الدستوري من قبل كإطار حاكم بهذا الموضوع، ويلاحظ أن القضاء الدستوري الأمريكي لم يكتف بإلغاء التشريعات المطعون عليها في هذا السياق^(٣) - سواء جزئياً^(٤) أو كلياً - ولكنه عمل على إحلال سياسته محل هذه التشريعات^(٥).

على أن آثار قضاء المحكمة العليا الأمريكية، في قضايا الإجهاض، على السياسات التشريعية لم يكن مباشراً فقط. ومن ثم، تعترف المحكمة في قضية Casey بأن قضاءها له آثار عميقة على مخرجات العملية التشريعية، وذلك عندما تقول:

(1) 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, majority opinion.

(2) By establishing the so-called 'trimester framework' and determining 'viability' a decisive factor in State's intervention into abortion regulation. 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705.

(3) Like in Roe and Stenberg.

(4) Like in Casey.

(5) Especially in Roe where 'trimester framework' was established (410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, majority opinion) and in Casey where 'trimester framework' was proclaimed "overtaken" and replaced by new framework based on 'viability.' (505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, plurality opinion) In contrast to Germany, USSC's policy directives were proclaimed constitutional law right away. in Germany, Parliament had an option to decide whether it will 'ratify' GFCC's policy standards or not.

"إن الهيئات التشريعية عبر الاتحاد يجب أن يكون لها مرشد في إطار سعيها لتنظيم موضوع الإجهاض على نحو يتسق مع الدستور"^(١).

ومن الواضح أن المحكمة تلمح إلى أن مثل هذا الإرشاد موجود في قضائها. ويمكن القول إن الآثار غير المباشرة للقضاء الدستوري للمحكمة العليا الأمريكية على مخرجات العملية التشريعية كان في أوضح صورة في أعقاب قضية Stenberg. حيث استجاب الكونجرس الأمريكي^(٢) لحكم المحكمة العليا الصادر في القضية السابقة لدى إعداده لسياسته التشريعية التي تحظر "إجهاض الميلاد الجزئي" partial-birth abortion^{(٣)(٤)}. ومعنى ذلك، أن الكونجرس قد قام "بتقييد نفسه"^(١) في سياق إعداد سياسته التشريعية التي تحظر "إجهاض الميلاد الجزئي".

(1) "legislatures throughout the Union must have guidance as they seek to address [abortion regulation] in conformance with the Constitution.", 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, plurality opinion.

(2) 550 U.S. 124, 127 S.Ct. 1610, majority opinion.

(3) 550 U.S. 124, 127 S.Ct. 1610.

(٤) تجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من الإجهاض يتم بين الأحشاء وباب الرحم، وذلك بسحب الطفل إلى قناة الولادة وقتله قبل أن يُولد. وهذه جريمة قتل طفل خارج الأحشاء (Infanticide). ومن المسلم به أن "إجهاض الولادة الجزئي" في الدول الغربية هو احتيال على القانون للأسباب التالية:

١- لا يُقتل الطفل المشرف على الولادة (ما فوق ٢٠ أسبوع من الحمل) داخل الرحم، لأن تقطيعه إلى قطع وعظام قد تجرح رحم الأم وتنزف حتى الموت.

٢- لا يُسحب الطفل المشرف على الولادة كلياً إلى الخارج ويُقتل جراحياً خارج الرحم، لأن القانون يقول أن له الحق بالحياة. ففي هاتين الحالتين من القتل يتعرض المجهض للمحاكمة، لأنه خالف القانون. لهذه الأسباب يُسحب الطفل جزئياً إلى الخارج ليبقى رأس الطفل في عنق الرحم فينقر المجهض رأس الطفل من الخلف ويسحب دماغه بأله شفط كهربائية لتنهال الجمجمة، فيموت الطفل ورأسه في عنق الرحم وجسده خارج الرحم. هذا التعريف متاح على الموقع التالي:

=

وفي ألمانيا، كان لأحكام المحكمة الفيدرالية الدستورية آثار مباشرة وغير مباشرة، أيضاً، على مخرجات العملية التشريعية. ففي القضية الأولى المتعلقة بالإجهاض، لم تكتف المحكمة بإلغاء القانون المحرر للإجهاض^(١)، ولكنها أثرت تأثيراً مباشراً على مخرجات العملية التشريعية، عن طريق صياغة سياستها وتوصياتها الخاصة بتنظيم هذا الموضوع^(٢)،^(٣). ونتيجة لذلك، ورغم بعض المعارضة المبدئية من

=

<http://marcharbel.lilhayat.com/abortion/abortion.htm>

وهكذا، يمكن القول، "إجهاض الميلاد الجزئي" يتم عن طريق إخراج رأس الجنين من رحم الأم لإنهاء الحمل. ويقول الرئيس الأمريكي الأسبق جورج بوش (الابن): "إن إجهاض الميلاد الجزئي يعتبر إجراءً بغضاً يسيء إلى الكرامة الإنسانية". ولذلك، أوصى مجلس الشيوخ بتمرير تشريع لحظره، بيان الرئيس متاح على الموقع التالي:

<http://www.alyaum.com/article/1073210>

- (1) Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy* op. cit., pp.77-100, 94.
- (2) GFCC claimed that German post-Nazi experience makes formal decriminalization of abortion impossible. Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* op. cit., p., 337; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 110.

(٣) وعلى الرغم من أن السماح بالإجهاض قانوناً كان غير ممكن من حيث المبدأ، إلا أن المحكمة قدرت عدم ملائمة العقاب على الإجهاض إذا توافرت الشروط التالية: (١) الاستشارة الإلزامية، (٢) وجود مبرر معقول (مثل الأسباب الصحية أو الطبية أو وجود أعباء جنائية أو اجتماعية). ولذلك، رفضت المحكمة المقترح التشريعي، وعملت، بصورة إيجابية، لاقتراح حل نابع منها:

- Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 341. Sabine Michalowski and Lorna Woods, *German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties*, (Aldershot, Hants, England: Ashgate, 1999), pp. 140-142.

جانب الحكومة، قامت هذه الأخيرة بإضافة أهم توصيات المحكمة الفيدرالية إلى الأجزاء المتبقية من التشريع الملغى^(١). وهكذا، قام البرلمان الألماني، لاحقاً، بمجرد التصديق على الحل الآمن دستورياً، أي الحل المسترشد بتوصيات المحكمة الفيدرالية الدستورية^(٢).

وقد كان لقضاء المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية أثر واضح على السياسات التشريعية المتبنية لتنظيم الإجهاض في أعقاب إعادة توحيد ألمانيا^(٣). وهكذا، يمكن القول إن قضاء المحكمة قد أسهم في تحديد الإطار الدستوري لمشروع القانون الجديد المعد لتنظيم هذا الموضوع^(٤). وعلى الرغم من أن مشروع القانون لم يتضمن كامل توجيهات وتوصيات المحكمة الفيدرالية الدستورية^(٥)، إلا أن أثر هذه التوجيهات والتوصيات يبدو بالغ الوضوح في مشروع القانون الجديد^(٦).

- (1) Such GFCC's proposal that criminal law is a means of effective protection of 'unborn life.', Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., 339-340.
- (2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 110.
- (3) *Ibid.*, pp. 84, 113.
- (4) *Ibid.*, pp. 78, 111.
- (5) *Ibid.*, pp. 78, 111. In *Abortion II Case litigation State of Baden-Württemberg even contested that various aspect of newly drafted bill "do not satisfy the requirements of the Federal Constitutional Court's Judgment of February 25, 1975, (i.e., Abortion I Case decision), 88 BverfGE 203, p. 111.*

(٦) ومن أمثلة التوصيات التي لم يُؤخذ بها في مشروع القانون الجديد، أن المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية كانت تصر على تجريم الإجهاض في جميع مراحل الحمل. بيد أن مشروع القانون الجديد تجاهل الأخذ بهذه التوصية، وشرع الإجهاض الذي يتم في الأسابيع الإثنى عشر الأولى من الحمل:

وعلى الرغم من محاولة المشرع تبني العديد من توصيات المحكمة الفيدرالية الدستورية في التشريع المنظم للإجهاض، إلا أن المحكمة عادت، في القضية الثانية المتعلقة بالإجهاض *Abortion II Case*، وألغت التشريع المنظم للإجهاض للمرة الثانية^(٢). وبالإضافة إلى هذا الإلغاء لعدم الدستورية (نموذج للتشريع السلبي)، فقد عملت المحكمة، أيضاً، "كمشرع إيجابي" *"a positive legislator"*، وذلك عندما أعادت صياغة سياستها بشأن تنظيم موضوع الإجهاض^(٣) من خلال تقديم عدد من

=

- Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 348; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 111.

(١) من ذلك، على سبيل المثال، أن البرلمان الألماني ركز في مشروع القانون الجديد- على نحو يتسق بوضوح مع توصيات المحكمة الفيدرالية الدستورية في القضية الأولى المتعلقة بالإجهاض- على أهمية الاستشارة وتحسين البيئة الاجتماعية للمرأة لتفادي الإجهاض بقدر الإمكان.:

- Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 348; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 111.

(2) 88 BverfGE 203, at I., 1; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 112; Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., pp. 349-356.

(3) 'Social hardship' indication was narrowed and reshaped into 'unreasonable burden' or 'expectability' meaning that abortion will go unpunished if carrying fetus to term would 'force the woman to sacrifice her own existential values to a degree beyond that which can be expected of her.' 88 BverfGE 203, p. 160; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 112; 88 BverfGE 203, at 184 and following.

=

التوصيات والمعايير^(١)، منها بيان المعايير التفصيلية الواجب توافرها في "الاستشارة الإلزامية" *obligatory counseling*. ومع ذلك، فقد امتدحت المحكمة المشرع لمحاولته تحسين سياسته التشريعية، وإن كانت لم تقبل بكل ما جاء به في هذا الخصوص. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية لم تقبل استخدام التأمين الصحي، العام أو الخاص، لتغطية عمليات الإجهاض^(٢). ونتيجة لذلك، أعاد البرلمان الألماني صياغة قانون جديد بشأن الإجهاض، وإن كان لم يأخذ بكل توجيهات وتوصيات المحكمة^(٣). من ذلك، على سبيل المثال، أن المشرع تبنى مقاربة أقل صرامة لمتطلب "الاستشارة الإلزامية" من تلك التي تطلبتها المحكمة. كما ضيق المشرع من نطاق الواجب الذي فرضته المحكمة على عاتق الدولة لحماية المرأة الحامل من الأخطار التي تتعرض لها من أصدقائها وجيرانها. وعلى الرغم من ذلك، يبدو أنه لا توجد إرادة سياسية ألمانية لإعادة تبني "قراءة دستورية جديدة" للموضوع مرة ثانية^(٤)،^(١).

- وفي هذه القضية، يلاحظ أن المحكمة قد تخلت عن إصرارها السابق بضرورة تبني سياسة التجريم باعتبارها الوسيلة المثلى، من وجهة نظر المحكمة "لحماية" الحياة التي لم تولد بعد".

- (1) 88 BverfGE 20, pp. 225–238, 231–238, 239–256 and other; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 112.
- (2) 88 BverfGE 203, p. 303 and following; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 112.
- (3) Donald P. Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., pp. 355-356.
- (4) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, p. 50.

ويظهر جلياً، مما سبق، أن المحكمة الفيدرالية الدستورية الألمانية قد انخرطت، بصورة واضحة، في صياغة السياسة التشريعية للإجهاض، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. حيث تبين أن المحكمة تتطلب من المشرع، ليس فقط أن يتسق مع المتطلبات الدستورية، ولكن أيضاً أن يراعى متطلبات المعقولية والفعالية في السياسات التشريعية التي يتبناها^(٢).

وهكذا، حاولنا أن نعرض، فيما سبق، لأشكال "البناء المتسق" *coordinate construction*^(٣) بين المحاكم الدستورية والمشرع في سياق خلق التشريعات وتبني السياسات. وقد أسفرت هذه المحاولة عن بيان كيف يتم التفاعل بين المحاكم الدستورية والمشرع، سواء بطريقة مباشرة ورسمية أو بطرق غير مباشرة وغير رسمية. وبيجاز، خلصنا إلى أن الأشكال المختلفة للتفاعل بين المحاكم الدستورية والمشرع أضحت أقرب لعلاقة قائمة على الرقابة والسيطرة لصالح المحاكم الدستورية في مواجهة المشرع أكثر من كونها علاقة قائمة على التأثير والتفاعل المتبادل. وقد أسفرت مناقشة بعض الأمثلة من القضاء الدستوري الأمريكي والألماني عن تأكيد هذه الدور المسيطر للمحاكم الدستورية.

=

- (1) Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., p. 356.
- (2) Ibid., pp. 336, 346-349, 355-356.
- (3) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., 184.

المطلب الثاني

مدى انخراط المحاكم الدستورية في خلق القانون

تبين، فيما سبق، أن خلق القانون يعد وظيفة ترتبط برابطة وثيقة لا انفصام لها بالرقابة على دستورية القوانين^(١). ولذلك، يكاد يكون مستحيلًا تجنب هذه الممارسة من جانب المحاكم الدستورية في سياق رقابتها على دستورية القوانين^(٢). كما تقدم بيان أن الرقابة على الدستورية- سواء في صورتها المجردة أم في صورتها المرتبطة بالمنازعات الموضوعية- تضع القضاة الدستوريين في أوضاع تدفعهم إلى مباشرة وظائف ذات طبيعة تشريعية في جوهرها^(٣). وسنحاول، فيما يلي، مناقشة إلى أي مدى يمكن للقضاة الدستوريين أن ينخرطوا في خلق القانون أو مباشرة وظائف ذات طبيعة تشريعية. وعلى الرغم من وجود طائفة من القيود الإجرائية على المحاكم الدستورية في سياق مباشرة هذه الوظائف، إلا أنه لا توجد قيود موضوعية في أغلب الأحيان.

ولاشك أن مسألة تقييد دور المحاكم الدستورية، في مجال مباشرة الوظائف التشريعية، تستمد أهميتها من أثر هذه الممارسة على اللاعبين السياسيين الآخرين، لاسيما المشرع^(٤). ويبرز الأستاذان Shapiro, Stone أهمية هذه المسألة من خلال ملاحظة ما يلي:

- (1) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 31-90.
- (2) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., pp. 162-165.
- (3) *Ibid.*, p. 184.
- (4) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 127, 130-133.

"إذا اختار المشرع أسلوب الحقوق القابلة للإنفاذ عن طريق القضاء- كوسيلة لمعالجة مشكلة أو لممارسة سلطة- فإنه ليس ثمة سبب لكي يشعر القضاة (الدستوريون) بالذنب بسبب ما تفعله المحاكم، من الناحية المؤسسية، وما يجب أن تفعله من أجل تفعيل هذه الوسيلة: خلق طائفة واسعة من قواعد القانون الدستوري في سياق المنازعات المتعلقة بهذه الحقوق. والسؤال الأهم في هذا السياق، ليس هو: "نعم" أو "لا" لهذه الممارسة، ولكن إلى أي مدى الانخراط في مثل هذه الممارسة؟"^(١).

وثمة من يذهب من الكتاب إلى القول إن مسألة انخراط المحاكم الدستورية في خلق القانون أو ممارسة الوظائف ذات الطبيعة التشريعية- من حيث المبدأ- تكتسب أهميتها، ليس لأن خلق القواعد القانونية بهذه الطريقة يعد مجرد خيار متاح للمحاكم الدستورية، ولكن لأنه ضرورة لا فكاك منها تقتضيها طبيعة الرقابة على دستورية القوانين.

ويمكن القول إن أول القيود التي ترد على ممارسة المحاكم الدستورية في خلق القانون تنبع من القيود التي تمارس السلطة القضائية ووظائفها في ظلها^(٢). وبإحدى ذي بدء، يمكن القول إن القضاء الدستوري قضاء "سلبي إجرائياً" procedurally passive^(٣). بمعنى أن القضاء الدستوري، خلافاً للمشرع الذي يستطيع أن يشرع في

(1) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., p. 182.

(2) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., p. 10.

(3) *Ibid.*, p. 11.

الوقت الذي يختاره، لا يتمتع بهذه المكنة، ولكن يجب أن يُنشط أو يُستثار أولاً من خلال المتقاضين^(١). وثمة قيود إجرائية أخرى، مثل مبدأ المواجهة^(٢) adversary principle الذي يضع قيوداً على المحاكم الدستورية حالما يتم تنشيطها من جانب المتقاضين.

وعلى الرغم من أهمية هذه القيود الإجرائية لتقييد تدخل المحاكم الدستورية في مجال مباشرة الوظائف التشريعية^(٣)، إلا أنه ليس بإمكانها معالجة مشكلة مدى السلطات التشريعية للمحاكم الدستورية في جوهرها. ومن ثم، تظهر الحاجة لمناقشة مدى وجود قيود موضوعية في هذا الخصوص. وفي هذا السياق، يُشار إلى أن الفقيه Hans Kelsen يعتقد بوجود قيد موضوعي على السلطات التشريعية للمحاكم الدستورية حيث كان يُنظر إلى الدور القضائي في خلق القانون باعتباره سلطة مقيدة^(٤)

(1) Ibid., pp. 11-12.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن "مبدأ المواجهة بين الخصوم" يعد من أهم مبادئ التقاضي وضمانات تحقيق العدالة، ولذلك تتضمن قوانين المرافعات، في جميع الدول، نصوصاً أمرت كثيرة تقرر ضرورة المواجهة بين الخصوم وتجعلها واجبة يترتب على مخالفتها بطلان الأحكام وبطلان الإجراءات. ومن ثم، فهو حق أصيل تقرره أنظمة المرافعات وترعاه مبادئ العدالة. ويعنى المبدأ أن تتم جميع إجراءات الخصومة التي يباشرها أحد الخصوم في مواجهة الطرف الآخر بحيث يعلم بها، سواء عن طريق إجرائها في حضوره، أم عن طرق إعلانها بها، أم تمكينه من الاطلاع عليها ومناقشتها. فالخصومة يجب أن تُنظم على أساس المواجهة بين أطرافها، وإعمال حق الدفاع للخصوم باطلاع كل طرف على طلبات خصمه وبياناته والتمكين من الرد عليها والطعن في حجيتها، وأن يحاط الخصوم بكل إجراء يتخذه القاضي لمناقشته والاعتراض عليه إذا أجاز القانون ذلك. ياسر المسند، حق المواجهة وحق المماثلة، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.alhayat.com/Opinion/Writers/643943>

(3) Ibid., p. 10.

constrained power^(١)، وذلك لأن اتخاذ القرارات القضائية يتقيد- ويجب أن يتقيد- "تقييداً مطلقاً بالدستور" **absolutely determined by the constitution**. ومن الواضح أن هذا الفهم للقيود التشريعية على دور القضاء في خلق القانون، بما في ذلك دور المحاكم الدستورية في هذا المجال، يمكن رده إلى مبدأ المشروعية^(٢).

ومع ذلك، كان Hans Kelsen على وعي كامل بأنه حالما تُمنح المحاكم الدستورية سلطة لحماية حقوق الإنسان^(٣)، وعلى نحو ما هي مكرسة في الدستور، فإن التمييز الشهير- وهو التمييز الذي قال به Hans Kelsen نفسه- بين "المشرع الإيجابي"^(٤) و"المشرع السلبي"^(٥) سيتلاشى^(٦). بيد أنه يمكن القول إن تضمين حماية

(1) Alec Stone Sweet. *The Birth of Judicial Politics in France: the Constitutional Council in Comparative Perspective* (New York: Oxford University Press, 1992), 229.

(2) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., p. 11.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن Hans Kelsen كان يطلق على الميثاق أو الإعلان الدستوري للحقوق "قواعد القانون الطبيعي" norms of natural law

- Hans Kelsen, *Revue du Droit Publi*, 1928, c 44: 197 cited in Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: the Constitutional Council in Comparative Perspective*, op. cit., p. 229.

(4) Hans Kelsen, *Revue du droit public*, 1928, pp. 44: 197 cited in Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: the Constitutional Council in Comparative Perspective*, op. cit., p. 229.

(5) *Ibid.*, p. 229.

(6) Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: the Constitutional Council in Comparative Perspective*, op. cit., p. 229; Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*,

=

حقوق الإنسان في الأجندة الدستورية له آثار أكثر اتساعاً من مجرد الدمج بين
المشرعين "الإيجابي" و"السلبى". ولذلك، نتفق مع قول الأستاذ Stone:

"إذا كان القضاة، في سياق ممارسة سلطة الرقابة، لا يفحصون سوى
تكامل أو سلامة الإجراءات البرلمانية، وليس موضوع التشريع، فلن يكون
للقضاة سوى دور محدود نسبياً في مجال صنع السياسات، أي على نحو
قريب من فكرة Hans Kelsen بشأن [المشرع السلبى]. بيد أن الحقيقة
أن القضاة يتمتعون بسلطة لفحص الحقوق التي تعد، بحسب تعريفها، قيوداً
موضوعية على السلطات التشريعية. ذلك، أن الأحزاب السياسية تحول
المشاكل التي لا تجد لها حلاً- مثال ذلك: ما هي طبيعة و غرض النص
الخاص بحقوق معنية؟ وما هي العلاقة القاعدية بين هذا النص وباقي
نصوص الدستور؟- إلى القضاة. وليس من المبالغة القول إن مثل هذا
التحويل يشكل تفويضاً واسعاً ومفتوحاً لسلطة صنع السياسات للقضاة"^(١).

وفي هذا السياق، يمكن القول إن هذه السلطات غير المحدودة لصنع
السياسات- والتي فوضها المشرع للمحاكم الدستورية- تعزز السلطات التشريعية غير
المحدودة التي يتمتع بها القضاة الدستوريون. ولعل هذا ما يفسر الظاهرة الحديثة، في

=

op. cit., p. 34-37; Martin Shapiro and Alec Stone Sweet. On Law,
Politics, and Judicialization, op. cit., p. 147.

(1) Alec Stone Sweet, Constitutional Courts and Parliamentary Democracy,
op. cit., p. 90.

معظم المحاكم الدستورية، وهي قدرة القضاة الدستوريين على تكريس وكفالة حقوق إنسان لم يُنص عليها صراحة في الدستور^(١)،^(٢).

بيد أنه يمكن القول إن أحكام القضاء الدستوري الأمريكي والألماني، في قضايا الإجهاض، تكشف غياب أي قيود موضوعية على السلطات التشريعية وسلطات صنع السياسات التي تتمتع بها المحاكم الدستورية. وفي هذا الصدد، يُلاحظ أن السلطات التشريعية للمحكمة العليا الأمريكية تبدو متحررة من القيود بدرجة أعلى من نظيرتها الألمانية، استناداً إلى "غياب أي قيود منصوص عليها صراحة في الدستور"^(٣). ومع ذلك، فإن الإعداد الدقيق للقواعد المنظمة لإنهاء الحمل يمكن إيجادها بسهولة في كلا النظامين القانونيين.

ويبدو النشاط التشريعي للمحكمة العليا الأمريكية أكثر وضوحاً في قضية Roe، حيث خلصت المحكمة إلى أن "الحق في الخصوصية الشخصية" the right of personal privacy^(٤) المكفول دستورياً، يشمل أيضاً "قرار

(١) لمزيد من التفصيل حول دور القاضى الدستورى فى استنباط حقوق دستورية غير منصوص عليها صراحة فى الدستور اشتقاقاً من نصوص دستورية ذات صلة- كما هو الحال بالنسبة للحق فى بيئة نظيفة- انظر: د. وليد محمد الشناوى، الحماية الدستورية للحقوق البيئية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥٢)، أكتوبر، ٢٠١٢.

(2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 99-100.

(3) 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, majority opinion.

(4) 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, majority opinion.

الخضوع للإجهاض"^(١)، وأن الجنين لا يتمتع بالحماية المكفولة في التعديل الرابع للدستور الأمريكي. وتبعاً لذلك، قررت المحكمة "إطاراً مرحلياً" لكيفية التوفيق بين مصلحة كل من الدولة والمرأة فيما يتعلق "باحتمالية الحياة الإنسانية" *the potentiality of human life*^(٢).

وفي قضية Casey^(٣)، انخرطت المحكمة العليا الأمريكية- من خلال تطبيق معايير السياسة المحددة من جانبها مسبقاً- في مداولات واسعة تشبه، إلى حد بعيد، تلك التي تتم في الهيئات التشريعية. ويلاحظ عدم وجود أي قيود موضوعية على المحكمة العليا الأمريكية في قضائها المتعلق بالإجهاض. ويمكن رد ذلك إلى أن المحكمة هي التي تحدد بنفسها القيود التي ترد على سلطتها التشريعية^(٤).

(1) 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, majority opinion.

(٢) ويتضمن هذا القضاء تناقضاً واضحاً مع القضاء الدستوري الألماني بشأن الإجهاض، فبينما يحرم القضاء الأمريكي "الحياة أو الجنين الذي لم يولد بعد" من الحماية الدستورية استناداً إلى أن الجنين ليس "شخصاً" في مفهوم التعديل الرابع للدستور الأمريكي، نجد أن القضاء الدستوري الألماني يدخل "الحياة التي لم تولد بعد" في إطار الحماية التي يكفلها القانون الأساسي الألماني:

- (410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705);

- Sabine Michalowski and Lorna Woods, *German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties*, (Aldershot, Hants, England: Ashgate, 1999), p. 137.

(3) 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791.

(4) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 1.

المبحث الثالث

دور المحاكم الدستورية في صنع السياسات

تكشف الدراسة المتعمقة لظاهرة الانخراط الحتمى للمحاكم الدستورية في خلق القانون أن هذا الانخراط كان له آثار واضحة على المجال الأوسع للسياسات الاقتصادية والاجتماعية وغيرها من السياسات، وذلك بالنظر إلى أن القانون يعد أداة لتنظيم المصالح الاجتماعية والاقتصادية المتصارعة^(١)، ولتحقيق التوازنات الاجتماعية (المطلب الأول). وإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يعكس توزيعاً للعمل بين السلطات العامة الثلاث تبعاً للخبرات المتوافرة لدى كل منها، فإن التساؤل يُثار بشأن مدى توافر المقدرة المؤسسية للمحاكم الدستورية للنهوض بوظائف ذات طبيعة تشريعية (المطلب الثانى). ونظراً للقيود والمعوقات العديدة التي تحول بين المحاكم الدستورية وبين مباشرة الوظيفة التشريعية على النحو الأمثل، ومن ثم المساهمة في صنع السياسات بكفاءة، فقد دفع ذلك بعض الفقهاء إلى المناداة بضرورة استعادة المشرع لدوره المركزى في مجال مباشرة الوظيفة التشريعية وصنع السياسات (المطلب الثالث).

(١) د. نبيل عبد الفتاح: أزمات دولة القانون في مراحل الانتقال المضطرب ٣/١، مقال متاح على الموقع التالى: <http://www.arbynews.com/egypt/641283.html>

المطلب الأول

أثر انخراط المحاكم الدستورية في خلق القانون على صنع السياسات

تقدم بيان أن الرقابة الدستورية قد حولت المحاكم الدستورية، في سياق مباشرتها لوظيفتها في الرقابة على الدستورية، إلى صانعة مهمة ومؤثرة للسياسات، مما يخلف، حتمًا، آثارًا بالغة الأهمية على السلطة التشريعية وعلى العملية التشريعية برمتها^(١). ومعنى ذلك، أن القضاة الدستوريين أصبحوا يمارسون، في الواقع العملي، وظيفة سياسية أيضًا^(٢). فإذا كانت السياسية التشريعية "يُنظر إليها باعتبارها العملية التي يُفسح المجال فيها للاستماع إلى الآراء المتعارضة بشأن السياسة العامة"^(٣)، فلا شك أن القانون الدستوري، يعكس، أيضًا، "سياسات دستورية" constitutional politics^(٤). على أن تأثير القضاء الدستوري على السياسات التشريعية لا يقتصر على مجرد انخراط القضاة الدستوريين في خلق القانون، ولكن له آثار عميقة، أيضًا، على المجال الأوسع للسياسات.

- (1) Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*, op. cit., pp. 77-100, 89.
- (2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 21-22.
- (3) R. Hodder-Williams, Six notions of 'Political' and the United States Supreme Court, 22 BRIT. J. POL. SCI. 1, (1992), p. 3 cited in Alec Stone Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and Europe*, International Journal of Constitutional Law, 5, (2007), pp. 69-92, 72.
- (4) Alec Stone Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and Europe*, op. cit., pp. 69-92, 72.

وقد أضحى من المسلم به أن ظاهرة النشاط القضائي- بما في ذلك نشاط القضاة الدستوريين في مجال خلق القانون- تتزايد، بوتيرة متسارعة، في النظم الديمقراطية المعاصرة^(١). بيد أنه سيكون من الخطأ النظر إلى هذه الظاهرة باعتبارها مجرد ظاهرة كمية^(٢). ذلك، أن تزايد النشاط القضائي، لاسيما نشاط المحاكم الدستورية، يشمل مجالات جديدة سياسية وقانونية^(٣)، ويولد تغييرات جذرية تتمثل في:

١ - تحول المسئولية^(٤) والمساءلة السياسية *accountability*^(٥) من المشرع.

٢ - تغير فهم وظيفة القانون والقضاء الدستوري.

٣ - التحولات في أشكال ممارسة الوظيفة التشريعية^(٦).

(١) ويجدر بنا ملاحظة أن تنامي ظاهرة "النشاط القضائي"، بما في ذلك النشاط القضائي الدستوري، لا يشكل ظاهرة مستقلة، ولكنه يشكل، بالأحرى، نتيجة لظاهرة أخرى هي توسع النشاط الحكومي بصفة عامة:

- Donald L.Horowitz, *The Courts and Social Policy*, op. cit., pp. 4-9.

(2) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., p. 7.

(3) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 1.

(4) Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, (New Haven: Yale University Press, 1978), pp. 114- 116, 134.

(5) John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Cambridge: Harvard University Press, 1980), p. 134.

(6) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., 12.

ولاشك أن التغييرات السابقة تشكل بعضاً من قائمة مفتوحة لنتائج "التحول نحو صبغ السياسة بالصبغة القضائية". ولما كانت وظيفة إيجاد حلول لمنازعات دستورية معينة أضحت تابعة للدور المتنامي للقضاء في مجال صنع السياسات من أجل إدارة العدالة بصفة عامة دون التقييد بقضية بعينها، فذلك أيضاً تنامت "المسئولية القضائية" بصورة "تتداخل مع مسئوليات الأفرع الأخرى للحكومة"^(١). وفي ظل هذا التطور، يلاحظ أن المحاكم الدستورية تنتج حلولاً سياسية **political solutions**، ليس فقط عندما تنخرط في ممارسة الوظيفة التشريعية، ولكن أيضاً في سياق محاولة معالجة الحلول غير المرضية المتبناة من جانب الأفرع الأخرى للحكومة، بما في ذلك تلك الصادرة من السلطة التشريعية^(٢). ومعنى ذلك، أن "المسئولية الأولى والتقليدية للمشرع في معالجة التغيير المجتمعي"^(٣) قد تأكلت بصورة ملحوظة. ومن ثم، إذا لم ينهض المشرع بهذه المسئولية على نحو مرض، فإن المحاكم الدستورية ستتدخل، لاحقاً، لإعادة صياغة أو إكمال السياسة غير المرضية المتبناة من جانب المشرع^(٤). وبطبيعة الحال، فإن مثل هذه الخسارة للمسئولية السياسية **political responsibility** سيكون لها آثار أيضاً بالنسبة للمساءلة السياسية **political**

(1) Donald L.Horowitz, *The Courts and Social Policy*, (Washington: Brookings Institution, 1977), pp. 8-9.

(2) Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., pp. 114- 116, 134.

(3) William Gangi, *Saving the Constitution from the Courts*, (Norman: University of Oklahoma Press, 1995), p. 265.

(4) Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., pp.114-116.

accountability^(١). ويمكن القول إن مثل هذا الدور "الوصائي" Tutelage^(٢) من جانب المحاكم الدستورية يسير بالموازاة مع:

"الميل المتزايد من جانب المشرع لعدم حسم المسائل السياسية محل الخلاف، وترك هذه المهمة لآخرين يكونون، عادة، غير منتخبين، ولا خاضعين لجهات منتخبة"^{(٣)(٤)}.

وفوق ذلك، لما كانت المحاكم الدستورية قد حظيت بقبول لدورها في حل المشكلات أو المعضلات السياسية problem solvers، لاسيما عندما تفشل أو لا ترى "المؤسسات الممثلة للأغلبية" ملائمة القيام بهذا الدور بنفسها^(٥)، فهذا يعكس

- (1) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., pp. 186-187.
- (2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 1.
- (3) John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Cambridge: Harvard University Press, 1980), p. 134.

(٤) ولذلك، هناك من يرى أنه إذا كانت الديمقراطية تعني سيادة الشعب الذي يختار ممثليه في البرلمان وحكامه ويملك مساءلتهم سياسياً، فإن الرقابة الدستورية التي يضطلع بها قضاة غير مسنولين أمام الشعب، اللهم إلا في حالات وجود دور نشط للجماهير وللرأي العام وهي نادرة ومحدودة، تعد معوقاً رئيسياً لإرادة الأغلبية من خلال قيام القضاة بإحلال أنفسهم محل أعضاء السلطة التشريعية والتغلغل في النوايا السياسية للقائمين بمهمة التشريع، وتأمل الدوافع والانعكاسات المحيطة بالتشريع محل المراقبة، فضلاً عن أن قيام القضاة بتصحيح الأعمال التشريعية عن غير طريق الشعب، يؤدي إلى فقدان الشعب لقدرته علي مساءلة حكامه اعتماداً علي دور القضاء. د. عبد الله صالح، المحكمة الدستورية العليا وحقوق الإنسان في مصر، مجلة الديمقراطية، مرجع سابق، بحث متاح على الموقع التالي:

<http://democracy.ahram.org.eg/UI/Front/InnerPrint.aspx?NewsID=208>

- (5) Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., p.134.

تحولاً في فهم القانون والقضاء الدستوري. ووفقاً لهذا التطور، أضحي يُنظر إلى القانون باعتباره أداة لتعزيز تحقيق التغيرات المجتمعية والسياسية^(١). بما يعني أن القضاء الدستوري أصبح قناة لتغيير السياسات *a channel of policy change*^(٢)، لاسيما إذا أخذ في الاعتبار ما لدور القضاء الدستوري في هذا السياق من مزايا عملية وإستراتيجية^(٣). وقد دفع ذلك بعض الفقهاء إلى القول: "إن المحاكم الدستورية تعد مواقع مميزة إستراتيجياً لخلق القانون" *privileged strategic sites for lawmaking*^(٤).

المطلب الثاني

مدى قدرة المحاكم الدستورية على خلق القانون وصنع السياسات

يمكن القول إنه يوجد تقارب أو تشابه واضح بين المحاكم الدستورية والسلطات التشريعية، في مباشرة الوظائف التشريعية أو خلق القانون *law-making* وصنع السياسات^(٥). بيد أنه في الفترات الأخيرة شهدت

- (1) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., p 7.
- (2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 25.
- (3) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., p 12.
- (4) Alec Stone Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and Europe*, op. cit., pp. 69-92, 75.
- (5) Donald L.Horowitz. *The Courts and Social Policy* (Washington: Brookings Institution, 1977), 20.

"سيادة"^(١) المشرع "وأولويته"^(٢) أو مركزية دوره في مجال مباشرة الوظيفة التشريعية تآكلاً أو تراجعاً عن الاستجابة لحاجات الناس من خلال تبني حلول سياسية، وذلك نتيجة تنامي تدخل القضاء الدستوري في مجال السياسات التشريعية، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة^(٣). ونتيجة لذلك، لم يعد الأمر متروكاً، كلية، للمشرع لتقرير كيف ومتى يتدخل لتبني سياسات تشريعية أو ما إذا كان سيتدخل على الإطلاق^(٤). ومن ثم، فإن القضاة الدستوريين- بسبب التزامهم القانوني بعدم إنكار العدالة^(٥)- يمكن أن يجدوا أنفسهم منخرطين، بسهولة، في خلق القانون أو صياغة سياسات معينة إما بصورة مبتدأة^(٦)، وإما من خلال إعادة صياغة سياسات، متبناة من جانب المشرع، وفقاً لمتطلبات الدستور^(٧).

- (1) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 1.
- (2) William Gangi. *Saving the Constitution from the Courts* (Norman: University of Oklahoma Press, 1995), 265.
- (3) Alec Stone Sweet, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)," *West European Politics* 25 (2002): 77-100, 93-95.
- (4) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., p. 129.
- (5) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 12; Donald L.Horowitz, *The Courts and Social Policy*, op. cit., p. 22.
- (6) *Ibid.*, p. 24.
- (7) Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*, op. cit., pp : 77-100, 93-95.

ومع ذلك، فإن القول بوجود تشابه أو تداخل بين نشاط أو وظائف المحاكم الدستورية والسلطات التشريعية لا يعني عدم أهمية من الذي يتدخل لحسم المسائل وتبني السياسات^(١)، بل على النقيض من ذلك، يمكن القول إن تحديد السلطة المتدخلة لتبني السياسات يحظى بأهمية بالغة، وذلك لأن "الأفرع المختلفة للحكومة تتشكل وتُنظم بطريقة مختلفة"^(٢). وأكثر من ذلك:

"إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يعكس توزيعاً للعمل تبعاً للخبرات، فإن المقدرة المؤسسية لكل سلطة تفيد في تحديد مجالات مباشرة سلطات معينة"^(٣).

ولذلك، يرى الأستاذ Donald L.Horowitz أن تحديد الاختصاصات تحديداً دقيقاً يعد مهماً، ليس فقط لأن الأفرع المختلفة للحكومة يتفاوت استعدادها على النهوض بالوظائف الداخلة في مجال اختصاصها، ولكن أيضاً لأن الواقع العملي يثبت أن استعارة سلطة معينة لاختصاصات أو وسائل أو طرق مباشرة الوظائف من سلطة أخرى ليس أمراً عملياً في أغلب الأحيان^(٤).

وهنا يلاحظ أن صنع السياسات من جانب المحاكم الدستورية يتسم بخصائص مؤسسية معينة ذات آثار بالغة على مدى قدرة هذه المحاكم على النهوض بهذه الوظيفة. وتتمثل هذه الخصائص أو الملامح المؤسسية في فيما يلي:

(1) Donald L.Horowitz, *The Courts and Social Policy*, op. cit., p. 20.

(2) Ibid., p. 20.

(3) Ibid., p. 19.

(4) Ibid., p. 21.

- ١ - ضيق النقطة أو المسألة محل التركيز من جانب المحاكم الدستورية، وتتمثل هذه النقطة، عادة، في بحث مدى دستورية أحد النصوص التشريعية^(١).
- ٢ - محدودية وسائل الإنصاف أو الحلول القضائية المتاحة *judicial remedies* للمحاكم الدستورية^(٢).
- ٣ - الطبيعة الإضافية لسلطة المحاكم الدستورية في صنع السياسات، بمعنى أن انخراطها في مباشرة هذه الوظيفة لا يندرج في عداد وظائفها الأصلية^(٣).
- ٤ - عدم إمكانية تراجع المحاكم الدستورية عن توجهاتها السابقة^(٤)، إما بسبب الاعتراف رسمياً بالحلول السابقة (الحجية القضائية)^(٥)، وإما بصورة غير رسمية (السوابق القضائية)^(٦).
- ٥ - عدم تمثيل الخصوم والمسألة محل النزاع للواقع تمثيلاً كاملاً^(٧).

(1) Donald L.Horowitz, *The Courts and Social Policy*, op. cit., p. 34-35.

(2) *Ibid.*, pp. 7-8.

(3) Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, op. cit., pp. 7-8.

(4) *Ibid.*, pp. 37-38.

(5) Martin Shapiro and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, op. cit., p. 170.

(6) Alec Stone Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and Europe*, *International Journal of Constitutional Law*, 5, (2007), pp. 69-92, 72.

(7) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., p. 12

٦- عدم ملاءمة طريقة الكشف عن الحقائق المتبعة قضائياً في الحصول على المعلومات اللازم توافرها وأخذها في الحسبان قبل تبني السياسات^(١).

٧- الانفصال بين القضاء والبيئة السياسية والاجتماعية يعوق التقدير السليم لنتائج السياسات المتبناة عن طريق القضاء على الحياة الاجتماعية^(٢).

ويبين، مما سبق، أن المحاكم الدستورية قد تكون مؤهلة، من خلال سلطتها في رقابة دستورية التشريعات، لحسم منازعات معينة، ولكن ليس من الملائم انخراطها في حسم المسائل الأوسع ذات الطبيعة السياسية، بل إن ذلك قد يؤدي إلى تبني قرارات غير صائبة متعلقة بالسياسات الاقتصادية والاجتماعية^(٣).

ومع تسليمنا بالنتيجة السابقة التي ترى عدم ملاءمة انخراط القضاء الدستوري في صنع السياسات، فإننا نرى إمكانية التخفيف من حدة هذه الآثار السلبية لهذا التدخل من خلال استعانة القضاة الدستوريين بتقارير محايدة من بعض الخبراء أو من خلال ما يُطلق عليهم أصدقاء المحكمة^(٤). ومن الواضح أن مثل هذه التقارير أو الإفادات تكون غالباً محايدة، ولا تمثل وجهات نظر أطراف النزاع المثار أمام المحكمة.

(1) Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, op. cit., pp. 37-38.

(2) Donald L.Horowitz, *The Courts and Social Policy*, op. cit., pp. 51-56.

(3) Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, op. cit., pp. 35-40.

(4) *Ibid.*, p. 38.

بيد أن نقطة ضعف هذا الحل يكمن في أنه لا يأخذ في الاعتبار وجهات نظر الجمهور بصفة عامة وأصحاب المصالح التي تمسها هذه السياسات بصفة خاصة^(١).

ولاشك أن القضاة الدستوريين في الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا قد واجهوا ذات القيود التي تحد من قدرتهم على معالجة مسائل السياسة الأكثر اتساعاً من مجرد حسم المسائل محل النزاع المطروح عليهم. ومع ذلك، فقد تمكن هؤلاء القضاة من تخفيف حدة هذه القيود من خلال:

١- الاعتماد على طائفة كبيرة من البيانات والأدلة الاجتماعية^(٢)، والطبية^(٣)، وغيرها.

٢- الاستعانة بكثير من الخبراء الذين يمكن أن يُطلق عليهم أصدقاء المحكمة^(٤).

٣- الأخذ في الاعتبار الجوانب الأخلاقية للتشريعات المطعون عليها بعدم الدستورية (كما هو الحال في مسألة الإجهاض). ومع ذلك، يسلم القضاة الدستوريون في الولاية المتحدة الأمريكية أن المشرع في وضع يمكنه من معالجة هذه المسألة

(1) Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 212-214.

(2) Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, op. cit., pp. 337-338.

(3) 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 88 BverfGE 203, at V. and also at 141-144.

(4) Sabine Michalowski and Lorna Woods, *German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties*, (Aldershot, Hants, England: Ashgate, 1999), p. 143.

(تنظيم الإجهاض) على نحو أفضل مقارنة بالمحاكم الدستورية^(١). ولذلك، يبدو مثيراً للدهشة استمرار كل من المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في الانخراط، دون تردد، في صياغة معايير تفصيلية للسياسات.

وتظهر الخبرة الألمانية محدودية المجال المتاح للمناقشات والمشاركين المنخرطين في صنع السياسات دستورياً. حيث يبين طول وتعدد المناقشات، التي شهدها البرلمان الألماني، إلى أي حد كانت صعوبة حسم مسألة الإجهاض. وعلى أي حال، يمكن القول إنه رغم تسليم العديد من المحاكم الدستورية بالقيود التي تحد من قدرتها على صنع السياسات مقارنة بالوضع الأفضل المتاح للمشرع في هذا الخصوص، لاسيما من حيث قدرة المشرع الواضحة على كشف الحقائق وجميع المعلومات وأخذ مختلف الاعتبارات في الحسبان، فإن هذه المحاكم لا تزال لا تردد في الانخراط في صوغ معايير دقيقة للسياسات.

(1) 530 U.S. 914, 120 S.Ct. 2597. In Germany, GFCC implies such in Abortion II Case. 88 BverfGE 203, at 54, 181 and following:

- حيث تعترف المحكمة العليا الأمريكية، صراحة، بأن المحاكم ليست مؤهلة تأهيلاً كافياً لتقييم آثار الإجراءات التشريعية المطعون عليها بعدم الدستورية، وأن المشرع- سواء على المستوى الاتحادي أو مستوى الولايات- أكثر قدرة على إجراء مثل هذا التقييم بما أتيح له من وسائل أكثر تنوعاً وثراءً في جمع المعلومات.

المطلب الثالث

استعادة المشرع لدوره في خلق القانون وصنع السياسات

تقدمت الإشارة إلى العديد من القيود المؤسسية أو المعوقات التي تحول دون ملاءمة انخراط المحاكم الدستورية في معالجة المسائل الأوسع لخلق القانون وصنع السياسات. ولذلك، ثمة من يذهب من الفقهاء، ليس فقط إلى عدم ملاءمة مثل هذا الدور، ولكن أيضاً إلى أنه من المحتمل إساءة استخدام المحاكم لدورها في هذا السياق^(١).

وسنحاول، فيما يلي، تغيير اتجاه المناقشة من مدى مقدرة وكفاءة أفرع الحكومة إلى السياق القاعدي *normative context*، وذلك توصلًا إلى بيان ضرورة استعادة المشرع لدوره المركزي والمحوري في مجال خلق القانون وصنع السياسات. وفي هذا السياق، يجب فهم "مبدأ الفصل بين السلطات" تبعًا لمدى مقدرة وكفاءة هذه السلطات على النهوض بمهامها في ضوء الغاية أو الغرض من هذا المبدأ^(٢). وبيان ذلك، أن التركيز على الغرض من مبدأ الفصل بين السلطات يحول دون اعتبار هذا المبدأ مجرد توصيف لأمر واقع، ولكنه يحظى بالأحرى بقيمة قاعدية

(1) Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, op. cit., pp. 35-40.

(2) Peter A. Gerangelos, *Separation of Powers and Legislative Interference In Judicial Process: Constitutional Principles and Limitations*, (Oxford: Hart, 2009), 29; M. J. C. Vile. *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford: Clarendon Press, 1969), 316.

"تشريعية" normative content^(١). ويذهب الأستاذ M.J.C. Vile إلى أن فهم الغرض من مبدأ الفصل بين السلطات يحظى بأهمية حاسمة لما يلي:

"إن قصر سلطة كل فرع من أفرع الحكومة على جانب معين من جوانب الحكم - أي قصر سلطته على مباشرة وظائف معينة- ينطوي على فرض قيود على سلطة هذا الفرع"^(٢). وهذه الخصيصة الغائية أو الغرضية من التقسيم التقليدي لأفرع الحكومة تبدو مهمة، لأنها تجعل مناقشة تحليل وظائف أفرع الحكومة أكثر من مجرد محاولة لتوصف أمر واقع، بحيث تتضمن بالضرورة مضموناً قاعدياً (تشريعياً)^(٣).

ومن ثم، يمكن القول إن هذا الفصل الغائي أو الوظيفي بين السلطات يحمل معنى قاعدياً، لأنه يمكن من رقابة ممارسة سلطات خلق القانون وصنع السياسات. وبصفة عامة، إذ كان على كل فرع من أفرع الحكومة أن يراقب الأفرع الأخرى، فإن مثل هذه الرقابة لن تكون فعالة إلا من خلال المحافظة على الفروق الوظيفية بين الأفرع المختلفة للحكومة. ولاشك أن عدم وضوح الحدود الفاصلة بين وظائف أفرع الحكومة يحد من فعالية مثل هذه الرقابة. من ذلك، على سبيل المثال، أن الرقابة على سلطة المشرع في وضع القانون وتبني السياسات تتعطل إذا قام فرع آخر من الحكومة- السلطة القضائية- بمباشرة وظائف المشرع أو عرقلة مباشرة هذه الوظائف.

(1) M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, op. cit., p. 317.

(2) Ibid., pp. 316-317.

(3) Ibid., pp. 316-317.

ومن ثم، فإن مقدرة المحاكم الدستورية على صنع السياسات تواجه العديد من الإشكاليات، ليس فقط لأن هذه المحاكم ليست مؤهلة تأهيلاً جيداً للنهوض بهذه المهمة، ولكن أيضاً لأن انخراطها في خلق القانون وصنع السياسات يمكن أن يعرقل أو يحد من فعالية رقابتها على دستورية المخرجات التشريعية. ذلك، أنه إذا قامت المحاكم الدستورية برقابة الحلول أو الخيارات السياسية المتبناة من جانب المشرع عن طريق إحلال سياسات بديلة، فإن الأمر هنا لا يتعلق بمباشرة رقابة، ولكن بالأحرى بمباشرة سلطات بديلة أو تكميلية *substitutive or supplementary powers*. ومن الواضح أن قيام المحاكم الدستورية بخلق القانون وصنع السياسات يعني، في الحقيقة، إفلات هذا القانون وتلك السياسات من الرقابة، لأنه لا توجد سلطة أخرى في الدولة يمكنها، قانوناً، أن تراقب قرارات المحاكم الدستورية. وتزداد خطورة هذا الوضع إذا أخذنا في الاعتبار أن قضاة المحاكم الدستورية ليسوا منتخبين من الشعب^(١)، وليسوا مسؤولين مباشرة أمامه.

وثمة سبب آخر بالغ الأهمية لضرورة المحافظة على الفروق الوظيفية *functional differences* فيما يتعلق بوضع القوانين وصنع السياسات بين المحاكم الدستورية والمشرع يتمثل في تحقيق التكامل بين سلطة خلق القانون وصنع السياسات مع المسؤولية السياسية *political responsibility*^(٢)، والمسئولية

(1) Luc J. Wintgens (Editor), *Legislation in Context: Essays in Jurisprudence, (Applied Legal Philosophy)*, Routledge, 2007, p. 38.

(2) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., pp. 186-187.

accountability^(١). ذلك، أنه ليس بالإمكان فصل سلطة وضع القانون وصنع السياسات عن مبادئ أو ضمانات المساءلة السياسية وشفافية القانون. ومن الواضح أن مثل هذه الضمانات أو المتطلبات لا تتوافر إلا في جانب المشرع^(٢). وهكذا، يكون من المنطقي ألا يمانع القضاء الدستوري في تركيز السلطة السياسية- وضع القانون وصنع السياسات- على عاتق السلطة التي لا تستطيع الانفكاك عن بينتها السياسية والاجتماعية^(٣). وهي السلطة التشريعية، والتي يمكن إخضاعها للمساءلة عن خياراتها وقراراتها السياسية. ولاشك أن تقبل المحاكم الدستورية لمثل هذا التوزيع المنطقي للوظائف يعزز "الاستجابة السياسية" لمحاكم الدستورية في مواجهة المجتمع في عمومها^(٤).

(1) John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, op. cit., pp. 131-134.

(2) Aharon Barak, *Judicial Discretion*, (New Haven: Yale University Press, 1989), pp. 194-195.

- حيث يرى الأستاذ Aharon Barak أنه حالما ينخرط القضاء في خلق القانون، فإنه يجب أن يتحول إلى "هيئة تمثيلية مسنولة أمام الجمهور"، بيد أن مثل هذا النموذج السياسي البحث من القضاء يحمل جرثومة فساد، لأن مثل هذه الوظيفة ذات الطبيعة التشريعية "تدفع القضاء لكي يفقد استقلاله وحياده". وبما أنه لا يجوز أن يكون القضاء مسنولاً أمام الجمهور، فإن الوظيفة التشريعية يجب أن تُمارس من جانب الجهة - الهيئة الممثلة للشعب- المسنولة أمام الشعب.

(3) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., p. 187.

(4) John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, op. cit., pp. 131-134.

وفوق ما تقدم، فإن تركيز سلطة وضع القانون وصنع السياسات على عاتق المشرع يسهم في حل مشكلة التقارب أو التشابه في النشاط بين القضاء الدستوري والسلطة التشريعية من خلال المحافظة على هيكل محدد بصورة دقيقة للسلطات^(١).

في هذا السياق، يذهب الأستاذ M. J. C. Vile إلى القول:

"على الرغم من استحالة تطوير فصل كامل للوظائف من ذلك النوع الذي يتطلبه مبدأ الفصل بين السلطات في صورته البحتة- وحتى إذا كان ذلك ممكناً فإنه غير مرغوب- فإن هذا لا يعني عدم أهمية محاولة تركيز الدور الأكبر فيما يتعلق بأداء وظيفية معينة إلى فرع معين من أفرع الحكومة دون غيره من الأفرع الأخرى. ويكشف كامل تاريخ مبدأ الفصل بين السلطات والنظريات الدستورية المرتبطة به حقيقة أنه لا الفصل الكامل ولا الدمج الكامل لوظائف الحكومة ولا للإجراءات المستخدمة لتنفيذ هذه الوظائف يبدو مقبولاً من جانب الرجال الذي يتمنون رؤية استخدام فعال خاضع للرقابة- لسلطة الحكومة"^(٢).

ومن ثم، فإن إعطاء الأولوية في مباشرة وظيفتي خلق القانون وصنع السياسات، ليس فقط مهماً من منظور متطلبات نظام الهيكل الحكومي structure of the government، ولكن أيضاً ضرورياً لتفادي فكرة تفتت سلطة خلق القانون وصنع السياسات التي قد تؤدي إلى إفلات مباشرة هذه السلطة من كل رقابة. وهكذا،

(1) M. J. C. Vile, Constitutionalism and the separation of powers, op. cit., pp. 316-318.

(2) Ibid., p. 329.

يمكن القول إن ضرورات إخضاع سلطة خلق القانون وصنع السياسات لقيود معقولة يقتضي بالضرورة احترام كل من المشرع والمحاكم الدستورية للقيود الهيكلية **delicate structure of the government** المفروضة عليهما^(١).

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن المحافظة على أولوية سلطة المشرع في مجال خلق القانون وصنع السياسات تسهم في المحافظة على القيم المتضمنة في الإجراءات التشريعية. وفي هذا الصدد، يلاحظ الأستاذ **M. J. C. Vile**:

"أن تطلب مباشرة أو تنظيم مهمة معينة بواسطة (التشريع)، وليس بواسطة إجراء آخر يعكس تصميمًا على سيادة قيم معينة على غيرها في سياق تنظيم المجتمع"^(٢).

ويشير الأستاذ **Richard Bellamy** إلى غياب الحكم التعسفي وعدم السيطرة **non-domination**^(٣)، و"الاهتمام المتساوي" بين مختلف أفرع الحكومة أو السلطات القائمة في ظل النظام السياسي.

(1) Ibid., pp. 315-350.

(2) Ibid., pp. 317-318.

(3) Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, op. cit., pp. 147-154.

الفصل الثاني

تطور أنظمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إن نجاح الدساتير لا يقاس بمدى أناقتها وجاذبية المبادئ التي تضمنتها، وإنما بكيفية تطبيقها في الواقع العملي وطريقة تنفيذ ما احتوت عليه من قواعد. فكم من دستور منمق لم ينل من الحظ سوي المداد الذي كُتب به والورق الذي كُتب عليه، فأنتهكت مبادئه شر انتهاك وفسرت نصوصه بنقيض مفهومها، وكم من دستور مقتضب أو عرفي، لا يثير في ذاته التفاتاً، كان مضرب الأمثال في تطبيقه من حيث الديمقراطية وكفاءة التنظيم^(١). ذلك، أن الدستور ذاته ليس سوى سياج من ورق *La Constitution n'est qu'une barrière de papier*، وقيمه من الناحية العملية تتوقف على سلوك كل من الحاكمين والمحكومين علي السواء، ومسيرته. كما أكد نابليون- ترتبط دائماً بالرجال الذين يطبقونه وبالظروف التي تحيط به^(٢). وقد أثبتت الممارسة الواقعية أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي أكثر الضمانات فعالية لمبدأ سمو الدستور^(٣). ولذلك، يمكن القول إن الرقابة القضائية على دستورية

(١) د ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٤٦١.

(2) André Hauriou [et al.], *Droit constitutionnel et institutions Politiques*, 7e édition, Ed. Montchrestien, Paris, 1980, P. 22.

(٣) ويُقصد بمبدأ سمو الدستور أن يكون للقواعد الدستورية- مكتوبة أو عرفية، مرنة أم جامدة- مكان الصدارة في البنيان القانوني للدولة، بحيث تسمو أو تعلو علي ما عداها من قواعد قانونية، مما يستوجب علي جميع السلطات الحاكمة احترامها والالتزام بحدودها وعدم الخروج علي النطاق الذي ترسمه. وقد تعددت في هذا الصدد المصطلحات التي يستخدمها الفقه الدستوري، فبينما يستعمل بعض الفقه اصطلاح "سيادة حكم الدستور"، يستخدم البعض الآخر اصطلاح "علو الدستور"، في حين نجد فريقاً ثالثاً، يمثل أغلبية الفقه، يفضل اصطلاح "سمو الدستور" ونعتقد =

القوانين تعد ضماناً هامة من ضمانات حقوق الإنسان وإقامة نظام ديمقراطي سليم، ولاسيما فيما يتعلق بمدى تعبير التشريعات التي يصدرها البرلمان - أو اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية- عن إرادة الشعب، الذي هو مصدر جميع السلطات، وعدم خروجها على قواعد وأحكام الدستور، بما يكفل دعائم الدولة القانونية ويصون حقوق الأفراد، باعتبارهما ركيزتين أساسيتين لأي نظام ديمقراطي. ومن أجل تحقيق ذلك، فإنه لا بد من توقيع جزاء على السلطة التشريعية إذا ما خرجت على أحكام وقواعد الدستور التي تسمو على غيرها من القواعد أو اعتدت على حقوق الإنسان التي يكفلها، ويتمثل هذا الجزاء في إبطال أو إلغاء هذه التشريعات الصادرة بالمخالفة للدستور^(١).

وهكذا، سنحاول، في هذا الفصل، إلقاء نظرة عامة موجزة على نظم الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مع بيان أهمية الدور الذي تؤديه المحاكم الدستورية في هذا الخصوص لصون سمو الدستور (المبحث الأول). وبالإضافة للرقابة على دستورية القوانين لفحص مدى مطابقتها للدستور، يلاحظ أن بعض الدساتير تمنح مرتبة دستورية أو فوق قانونية للاتفاقيات الدولية، بما يستلزم السماح، للمحاكم الدستورية، في ظل مباشرتها لوظائفها الدستورية بالرقابة القضائية، بإمكانية ممارسة ما يمكن أن يُطلق "رقابة مدى احترام التشريعات الوطنية للاتفاقيات الدولية" (المبحث الثاني). ومن هنا، تظهر أهمية إلقاء الضوء على مدى الدور الذي يمكن أن تؤديه المحاكم الدستورية في الإصلاحات الدستورية والقانونية من خلال سلطتها في تفسير الدستور (المبحث الثالث). وأخيراً، نتناول ظاهرة تطور دور المحاكم الدستورية لتأخذ شكل "المشرع الإيجابي"، وذلك بالإضافة إلى دورها التقليدي "كمشرع سلبي" (المبحث الرابع).

أن الاصطلاح الأخير أقرب في الدلالة على المكانة التي تحتلها القواعد الدستورية بين مختلف القواعد القانونية في الدولة.

(١) إبراهيم محمد درويش، القانون الدستوري، النظرية العامة، الرقابة الدستورية، أسس النظام الدستوري المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ١٣٥-١٣٦.

المبحث الأول

نظام الرقابة القضائية ودور المحاكم الدستورية

أدت مقترحات كلسن وتطبيقاتها في أوروبا إلى تطوير النظام المركزي للرقابة القضائية *the concentrated system of judicial review* من خلال منح هيئات دستورية منشأة خصيصاً لهذا الغرض - المحاكم الدستورية^(١) - أو المجالس (خارج إطار السلطة القضائية- سلطة إلغاء التشريعات غير الدستورية بأثر ملزم للكافة *egra omnes* ، تماماً مثل النموذج الأول المتبع بعد الحرب العالمية الثانية في

(١) في أيامنا هذه لا يوجد نظام دستوري إلا ويترك مجالاً للرقابة على دستورية القوانين، وفي الحقيقية، إن تاريخ المحاكم الدستورية ليس طويلاً، فقد بدأ في عام ١٩٢٠ مع إنشاء المحكمة الدستورية النمساوية بدستور ١٠-١-١٩٢٠ والمحكمة الدستورية التشيكوسلوفاكية بدستور ٢٩-٢-١٩٢٠، وكذلك أسبانيا الجمهورية كانت قد أنشأت، بدستور عام ١٩٣١، قضاء الضمانات الدستورية الذي استمر حتى مجيء فرانكو للحكم. أما الفئة الثانية من إنشاء المحاكم الدستورية فتأتي بعد الحرب العالمية الثانية، إذ بعد إعادة إنشاء المحكمة الدستورية النمساوية عام ١٩٤٥، أنشأت إيطاليا محكمتها الدستورية عام ١٩٤٨، وكذلك تم إنشاء المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية عام ١٩٤٩، أيضاً يمكننا أن نربط بهذه الفئة إنشاء المحاكم الدستورية في كل من تركيا عام ١٩٦١، ويوغسلافيا عام ١٩٦٣، كما أن إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي عام ١٩٥٩ يدخل ضمن هذه الفئة الثانية على الرغم من أنه ليس له الغاية نفسها. وأخيراً هناك فئة ثالثة ظهرت في أعوام السبعينيات مع إنشاء القضاء الدستوري في كل من البرتغال عام ١٩٧٦ التي طرأ عليها تعديل عام ١٩٨٢- وفي أسبانيا عام ١٩٧٨، والمحكمة الخاصة العليا اليونانية عام ١٩٧٥، كما أن هذه الفئة قد استطلت لتشمل بلجيكا عند إنشائها، لمحكمة التحكيم عام ١٩٨٣، التي كان لها صدى في أوروبا الشرقية كبولونيا عام ١٩٨٥ وهنغاريا عام ١٩٨٩، وكذلك رومانيا وبلغاريا عام ١٩٩١، وألبانيا وجمهورية التشيك عام ١٩٩٢، وليتوانيا عام ١٩٩٣، وسلوفانيا عام ١٩٩٤، وروسيا عام ١٩٩٥، وأخيراً أرمينيا عام ١٩٩٦. لمزيد من التفصيل، انظر: د. نفيس صالح مدانات، المجلس العالي لتفسير الدستور هل هو محكمة دستورية؟، مجلة جامعة دمشق، المجلد ١٩، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص ١١٣.

ألمانيا، وإيطاليا، وأسبانيا، والبرتغال. ويمكن القول إن هذا النظام قد تطور بطريقة ما، كنتيجة للتوفيق بين الحاجة لنظام الرقابة القضائية المستمد من مفهوم السمو أو العلو الدستوري *constitutional supremacy* والمفهوم الأوربي التقليدي للفصل بين السلطات الذي ينكر على المحاكم سلطة إبطال التشريعات.

وقد تقدم القول إنه من غير الصحيح- على الرغم من الإسهامات المهمة لكلسن- النظر إلى النظام المركزي للرقابة القضائية باعتباره نموذجاً واحداً يُطلق عليه "النموذج الأوربي"، وذلك لأنه توجد أيضاً أنظمة مركزية للرقابة القضائية- دون إنشاء محاكم متخصصة- يُمنح فيها الاختصاص القضائي الأصلي والحصري لمحاكم العدل العليا *Supreme Courts of Justice* القائمة على قمة النظام القضائي العادي، كما هو الحال، منذ القرن التاسع عشر، في العديد من دول أمريكا اللاتينية^(١). وبالإضافة إلى ذلك، يُلاحظ أن نظام الرقابة القضائية قد تطور، في العديد من دول

(1) The concentrated system of judicial review has been adopted in Brazil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay and Venezuela. Only in Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala, Peru and Ecuador judicial review is assigned to a special Constitutional Courts or Tribunals. In the other countries it is exercised by the existing Supreme Court. Only in Bolivia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Honduras, Panama, Paraguay and Uruguay, the system remains exclusively concentrated. See Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; and *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009.

أمريكا اللاتينية، كنظام مختلط للرقابة القضائية يجمع بين طرق الرقابة المركزية وطرق الرقابة غير المركزية^(١)، كما هو الحال أيضاً في كل من البرتغال^(٢)، واليونان^(٣)، وكندا^(٤).

ومن ناحية أخرى، قبل أن تتجذر أفكار كلسن في أوروبا، وأيضاً منذ القرن التاسع عشر، تطور النظام الرئيسي الأخر للرقابة القضائية- النظام غير المركزي للرقابة القضائية *the diffuse or decentralized system* - في الولايات المتحدة كنتيجة لذات المبدأ وهو سمو الدستور. ووفقاً لهذا النظام الأخير، يتمتع كل القضاة وكل المحاكم بسلطة العمل كقضاة دستوريين *constitutional judges*، بمعنى أنه لدى تطبيق القانون، يُسمح لهم بالفصل في دستوريته، ومن ثم تكون لهم سلطة الامتناع عن تطبيق قانون يعتبرونه غير دستوري في سياق نظر نزاع معين مطروح عليهم، بما يعني منح الأولوية للدستور. وفي ظل هذا النظام، لا تتمتع المحاكم بسلطة إلغاء التشريع غير الدستوري بصورة رسمية بالنسبة للكافة، وتقتصر آثار هذا الحكم فقط على أطراف النزاع. وعلى الرغم من أن هذا النظام بدأ في التطبيق في الولايات المتحدة الأمريكية، واتبع في العديد من دول القانون العرفي غير المكتوب *common Law*،

(1) As mentioned is the case of Brazil, Colombia, the Dominican Republic, Ecuador, Guatemala, Mexico, Nicaragua, Peru and Venezuela.

(2) See Allan R. Brewer-Ccarias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, Portuguese National Report, p. 1.

(3) See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, pp. 6-7.

(4) See Kent Roach, Canadian National Report, p. 1.

فإنه لا يمكن اعتبار هذا النظام غريباً على أنظمة القانون العرفي غير المكتوب، ومن ثم يُفترض عدم اتساقه مع تقاليد القانون المدني أو الروماني^(١). بل على النقيض من ذلك، لقد وُجد هذا النظام وتطور- كما سبق القول- منذ القرن التاسع عشر في أغلب دول أمريكا اللاتينية^(٢)، التي تنتمي جميعها إلى عائلة النظام القانوني الروماني، وكذلك أيضاً في بعض الدول الأوروبية.

وعلى أي حال، من المهم جداً ملاحظة أنه في ظل الأنظمة غير المركزية للرقابة القضائية، عندما يصل (القرار) النهائي في قضية إلى المحكمة العليا، فإن الآثار العملية لعدم تطبيق التشريع المعلن عدم دستوريته تعد- وفقاً لمبدأ السوابق القضائية *the principle stare decisis*- مشابهة لإلغاء هذا التشريع. وتفسير ذلك، أن هذا التشريع حتى وإن استمر يظهر في الكتب، فإنه يعد، في الواقع العملي، باطلاً وكان لم يكن *null and void* بالنظر إلى إعلان عدم دستوريته من جانب أعلى محكمة. وبالإضافة إلى ذلك، تجدر الإشارة إلى أنه حتى في الدول التي تأخذ بالنظام غير

(1) See Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989 ; Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Second Edition, Foundation PressThmson West 2006, pp.465 ff., 485 ff.

(2) The diffuse system of judicial review has been adopted in Argentina, Brazil, Colombia, Dominican Republic, Ecuador, Guatemala, Mexico, Nicaragua, Peru and Venezuela. Only in Argentina does it remain exclusively diffused. In the other countries the diffused system is combined with the concentrated one. See Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; and *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009.

المركزي للرقابة القضائية والتي لم تطور مبدأ السوابق القضائية، فإن أثار الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا تكون مشابهة في الواقع العملي، وذلك بالنظر إلى السلطة التي يعترف بها المجتمع القانوني والقضائي لقرارات المحكمة العليا.

وينطبق ما سبق على الوضع في هولندا^(١)، وكذلك أيضاً في الأرجنتين، حيث فرضت المحكمة العليا، بصورة متزايدة، مبدأ الآثار الملزمة لقراراتها The doctrine of the binding effects of its decisions^(٢). وفي الأرجنتين، طورت المحكمة العليا، منذ قراراتها المبكرة، مبدأ واقعيًا للسوابق القضائية de facto stare decisis^(٣)، فيما يتعلق بتفسير الدستور والقوانين الفيدرالية، وذلك بهدف منح المتقاضين درجة من اليقين بشأن كيف يجب أن يُفسر القانون. وقد اعتبرت المحكمة العليا الأرجنتينية هذا المتطلب مكرساً في بند المحاكمة المنصفة Due Process Clause الوارد بالدستور. ومن المعلوم أن المحكمة العليا الأرجنتينية قد قررت في عام ١٨٧٠، في قضية García Aguilera، أي فقط بعد ثمان سنوات من إنشائها، أنه:

"يُتطلب من المحاكم الأدنى درجة أن تعدل إجراءاتها وقراراتها على

(1) See in J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, p. 18

(2) Nestor P. Sagues has called the "Argentinean stare decisis." See Nestor P. Sagues, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 345- 347; and Argentinean National Report II, p. 3.

(3) See Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, p. 3.

نحو يتفق مع إجراءات وقرارات المحكمة العليا في القضايا المشابهة"^(١)، ولا يجوز لهذه المحاكم الأدنى درجة أن تعدل عن هذه الإجراءات والقرارات إلا إذا قدمت أسباباً صحيحة لذلك"^(٢).

وفي كل أنظمة الرقابة القضائية- سواء كانت مركزية أو غير مركزية أو مختلطة- يتمثل الدور الرئيس للمحاكم الدستورية في تفسير وتطبيق الدستور من أجل المحافظة على علوه وسموه. وتباشر المحاكم الدستورية هذا الدور من خلال التحقق من دستورية القوانين المطعون عليها أمامها. ومن أجل تحقيق هذا الغرض، يجب أن تعمل المحاكم لدستورية، دائماً في ضوء الدستور، بحيث لا تتمتع هذه المحاكم، من حيث المبدأ، بسلطة تعديل الدستور أو اغتصاب السلطات المخولة لسلطات الدولة الأخرى. ومن ثم، يمكن القول إن الوظيفة الأساسية للمحاكم الدستورية هي ضمان سمو وتكامل الدستور، وذلك من خلال إعلان عدم دستورية أو إلغاء أعمال الدولة التي تمثل انتهاكاً للدستور. وتلتزم المحاكم الدستورية بإطاعة الدستور عن طريق ممارسة السلطات المخولة لها صراحة في الدستور. ويترتب على ذلك نتيجة هامة مؤداها أنه ليس مسموحاً للمحاكم الدستورية أن تتولى أو تمارس سلطات تأسيسية *constituent powers*، أو تصدر قرارات بصورة غير مشروعة تتضمن تعديلاً أو تغييراً للدستور، أو تغتصب السلطات المخولة للهيئات أو السلطات الدستورية الأخرى للدولة، مثل الحكومة أو السلطة التشريعية. أما نقيض ذلك فيشكل انحرافاً عن النهج القويم للرقابة القضائية.

(1) "lower courts are required to adjust their proceedings and decisions to those of the Supreme Court in similar cases", Fallos 9:53 (1870). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, p. 4 (footnote 11)

(2) Nestor P. Sagues, Argentinean National Report II, op. cit., p. 3.

ومن ناحية أخرى، يُلاحظ أن المحاكم الدستورية، لدى ممارستها لوظائفها، تفعل ذلك في سياق إجراءات قضائية يبدوها، عادة، طرف ذو مصلحة يتمتع بالحق في مباشرة الدعوى، سواء في قضايا أو منازعات وفقاً للنظام غير المركزي للرقابة القضائية، أو طرف يتمتع بمصلحة خاصة من أجل إقامة دعوى مباشرة بعدم دستورية التشريعات أمام المحاكم الدستورية وفقاً للنظام غير المركزي للرقابة القضائية^(١). وفي هذا السياق، يقول الأستاذ Zdenek Kuhn، في معرض إشارته إلى المحكمة الدستورية لجمهورية التشيك:

"خلافًا لسابقتها التي لم تعمر طويلاً (المحكمة الدستورية لتشيكو سلوفاكيا)، لا تتمتع المحكمة الدستورية لجمهورية التشيك بسلطة تقديم تفسير ملزم بصفة عامة للدستور، وهذا ما ليس له ارتباط لا بالرقابة الدستورية المجردة، ولا بالطعن الدستوري"^(٢).

ولذلك، يمكن القول إنه حتى في الحالات التي تتمتع فيها المحاكم الدستورية بسلطات صريحة لتفسير الدستور بطريقة مجردة دون حاجة لأي عمل أو امتناع أو قرار معين صادر من إحدى هيئات الدولة- حتى في هذه الحالات، يجب أن يكون هناك نزاع واقعي يقوم بين سلطتين أو هيئتين من الهيئات الدستورية بشأن تفسير الدستور. من ذلك، على سبيل المثال، ما تنص عليه صراحة المادة (١٢٨) من دستور سلوفاكيا من أن "المحكمة الدستورية تقدم تفسيراً للدستور أو للقانون الدستوري، إذا كانت المسألة محل نزاع". وقد قضت هذه المحكمة بشأن هذا الاختصاص:

(1) See in general, Richard S. Kay (Ed), *Standing to Raise Constitutional Issues: Comparative Perspectives*, XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Académie Internationale de Droit Comparé, Brisbane 2002, Bruylant, Bruxelles 2005.

(2) See Zdenek Kuhn, "Czech National Report, p. 2.

"بأن المحكمة الدستورية لا تفصل فيها ما إذا كانت إحدى سلطات الدولة قد انتهكت الدستور من خلال التفسير الخاطئ، وكذلك أيضًا لا تفصل في دستورية عمل أو امتناع أو قرار، صادر عن إحدى سلطات الدولة، وأدى إلى نشوب النزاع، ولكن المحكمة تقدم، فقط، تفسيراً للشق محل النزاع من التشريع الدستوري"^(١).

وفي هذه الحالات الخاصة من الالتماسات أو الطلبات التي تقدم من أجل التفسير المجرد **abstract interpretation** للدستور، لا يمكن تقديم هذه الطلبات أو الالتماسات إلا من جانب بعض المسؤولين العموميين أو بعض السلطات العامة^(٢) عندما ينشب نزاع بين سلطتين عامتين تتبني كل منهما وجهة نظر مختلفة بشأن نص

- (1) "Constitutional Court does not decide if the state bodies did break the Constitution by the wrong interpretation" nor decide on the constitutionality "of the action, omission or decision of state body, which led to origination of the dispute. The court only provides the interpretation of the disputed part of a constitutional statute", The Court has also said "It follows that the decisions on interpretation of the Constitutional Court of the Slovak Republic does not have and can not have any legal effects in connection with actions, omissions or decisions of state bodies that led to origination of the dispute alike in the cases of proceeding according to art. 125a and art. 152 of the Constitution." See decision No. II. US 69/99. See in Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovakian National Report, p.3 (footnote 2)
- (2) By at least one fifth of the Members of the National Council of the Slovak Republic, the President of Slovak Republic, the Government of the Slovak Republic, a court, the Attorney General or the Public Defender of Rights.

دستوري معين^(١). ونتيجة لممارسة هذا الاختصاص، تشكل قرارات المحكمة الدستورية تكملة مباشرة للنص القاعدي للدستور **directly complemented the normative text of the Constitution**، وتكون للغة هذه القرارات قوة قانونية مماثلة وأثرًا ملزمًا مثل ذلك الذي يثبت للدستور ذاته^(٢).

وقد استخدمت سلطة الرقابة القضائية هذه، لصورة خاصة، بعد تأسيس الجمهورية السلوفاكية في عام ١٩٩٣، على نحو يؤثر، بصورة كبيرة، على النظام الدستوري للدولة الجديدة، لاسيما بالنسبة للمسائل المتعلقة بوضع وسلطة رئيس جمهورية سلوفاكيا.

وفي كندا، يمكن تفسير الدستور، أيضًا، بصورة مجردة، دون حاجة إلى وجود قضايا أو منازعات موضوعية. ومن السمات المهمة المميزة للنظام الكندي للرقابة القضائية هو ما تتمتع به الحكومة الفيدرالية من سلطات قانونية تمكنها من إحالة أي مسائل قانونية أو دستورية مجردة إلى المحكمة العليا من خلال إجراء للإحالة **reference procedure**. وتتسع هذه المسائل التي يمكن إحالتها إلى المحكمة العليا لتشمل دستورية التشريع. ومن خلال إجراء الإحالة المذكور، قامت المحاكم بتطوير أكثر الدعاوي أهمية باعتبارها مشرعةً إيجابيًا **Positive legislator**، بما في ذلك إدخال تعديلات على الدستور **mutations of the Constitution**^(٣).

(1) "Constitutionally relevant dispute on interpretation of the constitution is a dispute on rights or duties between bodies of the state which have such rights and duties prescribed in the constitution." See decision No. I. US 30/97. See in Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovakian National Report, p.3 (footnote 3)

(2) See in Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovakian National Report, p.3

(3) See Kent Roach, Canadian National Report, pp. 1, 9.

ومع ذلك، فإن إمكانية التفسير المجرد الملزم للدستور الذي تقوم به محكمة عليا، بناءً على طلب من الحكومة، أو أيضاً بناءً على طلب من أي فرد، دون حاجة إلى وجود أي قضية أو نزاع موضوعي- قد طورت بواسطة الدائرة الدستورية في المحكمة العليا في فنزويلا دون أي سند قانوني أو دستوري. حيث أنشأت هذه المحكمة- بدون أي نص دستوري يخولها هذه السلطة- "مكنة اللجوء إليها لطلب التفسير المجرد للدستور" *recourse for the abstract interpretation of the Constitution*. بيد أن الاستخدام غير الرشيد لهذه المكنة أدى إلى نتائج كارثية بالنسبة للديمقراطية. وتفسير ذلك، أن هذا الاستخدام غير السديد قد دفع إلى تبني مسار مؤسسي مناف للديمقراطية وحكم القانون، من خلال دعم المحكمة لحكومة سلطوية تطورت خلال العقد الماضي، وذلك على الرغم من نشأتها الانتخابية في عام (١٩٩٨)^(١). ومن الواضح أن الأمر يتعلق، هنا، بلا شك، بانحراف الرقابة القضائية عن مسارها الصحيح.

ومن ناحية أخرى، تتمتع المحاكم الدستورية، على سبيل الاستثناء، ليس فقط باختصاصات تمكنها من إصدار قرارات لتفسير الدستور بصورة مجردة، ولكن أيضاً باختصاصات تمكنها من أن تعمل من تلقاء ذاتها أو بناءً على مبادرة منها *motu proprio*، أي دون حاجة إلى طلب يُقدم إليها من طرف معين، سواء أكان هذا الطرف فرداً أو إحدى سلطات الدولة. وهذا هو الحال، على سبيل المثال، بالنسبة للمحكمة

(1) See in general, Allan R. Brewer-Carias, in Allan R. Brewer-Carias, "Le Recours'Interpretation Abstrait de la Constitution au Venezuela," in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris 2007, pp. 61-70; and *Crónica de la "In" Justicia Consstitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2007.

الدستورية في كل من كرواتيا وصربيا. وفيما يتعلق بكرواتيا، يُلاحظ أن المحكمة قد أبدت حرصاً على تجنب استخدام هذه السلطة، مظهرة، بصفة عامة، درجة كبيرة من الإذعان، فيما عدا حالات تنظيم مسائل متعلقة بالمحكمة الدستورية ذاتها بطريقة غير دستورية بواسطة قانون غير القانون الدستوري للمحكمة الدستورية^(١).

وفي حالة صربيا، تبدأ المحكمة الدستورية، في الغالب، الإجراءات لرقابة دستورية التشريعات، بناءً على مبادرة منها *ex officio*، مما يؤدي، في الواقع العملي، إلى عدم وضوح الفرق بين الإجراءات التي تبدأ بهذه الطريقة والطلبات التي ترفعها السلطات العامة التي تتمتع بالحق في الدعوى *due standing* طلباً للرقابة القضائية. وبالإضافة إلى ذلك، عندما تبدأ المحكمة الإجراءات بناءً على مبادرة منها، فإنها تقوم، عادة، بإبداء رأيها بشأن دستورية القانون المطعون عليه أو الخاضع لرقابتها. و فقط عندما يتم رفض الدعوى لأسباب شكلية، فإن المحكمة لا تقيم دستورية القانون في تسببها لقرارها. ومع ذلك، تستطيع المحكمة، في أي حالة، تسيير الإجراءات بصورة مستقلة، حتى عندما تكون إجراءات رفع الدعوى معيبة شكلياً^(٢).

وفي بعض الحالات الأخرى، كما هو الحال في فنزويلا، تصدت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا لمباشرة سلطات للرقابة القضائية بحكم منصبها *ex officio*، دون أي تخويل صريح، دستوري أو قانوني، وهو ما يمكن أن يُعتبر، أيضاً، انحرافاً بالرقابة القضائية عن مسارها الصحيح^(٣).

(1) Decision U-I-39/2002, Official Gazette "Narodne novine", no. 10/2002; Sanja Barić and Petar Bačić, Croatian National Report, op. cit., p. 7.

(2) Boško Tripković, Serbian National Report, op. cit., p. 6.

(3) See Allan R. Brewer-Carias, "Regimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela," in Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios

ويُلاحظ أن المبدأ العام هو أنه، في جميع الحالات، عندما تمارس المحاكم الدستورية رقابة قضائية، فإنها لا تعمل كهيئات أو مؤسسات استشارية دون وجود طلب، مقدم من طرف معين، يستند على مصلحة خاصة، حتى إذا كانت دعوى عدم الدستورية يُنظر إليها باعتبارها دعوى شعبية *a popular action*. ولذلك، قضت المحكمة العليا في استراليا في عام ١٩٢١، بأنه:

"ليس بمقدور البرلمان أن يخول إحدى المحاكم سلطة تقديم آراء استشارية، حتى عندما تكون تلك الآراء مقصورة على صحة التشريع الصادر، وعندما يكون قرار المحكمة نهائياً وقاطعاً. ذلك، أنه في ظل مثل هذا الترتيب، لا يكون هناك دعوى في مفهوم الدستور، لأنه لا يوجد حق حال- واجب أو مسئولية، يمكن تقريره بموجب القرار الذي تصدره المحكمة التي تعد ملزمة بإعلان موقف القانون بمعزل عن أي محاولة لإدارة القانون"^(١).

=
Constitucionales, Ano 4, No. 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250.

- (1) "The Parliament could not confer on a court jurisdiction to give advisory opinions even when such opinions were confined to the validity of enacted legislation and when the determination of the court was 'final and conclusive.' Under such an arrangement there was no 'matter' within the meaning of the Constitution, because there was no 'immediate right, duty or liability to be established by the determination of the Court,' which would be obliged to make a 'declaration of the law, divorced from any attempt to administer that law.", See In Re Judiciary and Navigation Acts (Advisory Opinions case) (1921) 29 CLR 257. See Cheryl Saunders, Australian National Report, p. 4.

وفي المجر، أعلنت المحكمة الدستورية في مراحل عملها المبكرة، أيضاً، أنها لا تختص أو لا يقع على عاتقها مهمة الإجابة على تساؤلات دستورية افتراضية *hypothetic constitutional questions*. وفي العديد من قراراتها، أخذت المحكمة في اعتبارها إلى أي حد يجب أن تكون المسألة المطروحة عليها مجردة. فمن ناحية، تفسر المحكمة اختصاصها تفسيراً ضيقاً، بحيث تتطلب وجود صلة وثيقة ضرورية بين الوقائع والنص الدستوري ذي الصلة، وتقدم تفسيراً للدستور فقط بهدف إيجاد حل "لمشكلة دستورية معينة"^(١). وفي ذات الوقت، تتطلب المحكمة، مع ذلك، وجود مسافة معينة، بمعنى أنها تتطلب ألا تكون المسألة المثارة وثيقة الصلة بالقضية، ولا يجوز أن يصبح قرار المحكمة واقعياً^(٢)، لأن المحكمة ليست مستشاراً للبرلمان، ولكنها قاض له *Court is not a counsel but the judge of the Parliament*^(٣).

- (1) The Court refused to make a statement about the possibility to raise the interest rates of housing loan, because it should have meant the interpretation of the "constitutional provision in some abstract way unrelated to any individual problem, or that there is a possibility for unbound interpretation". See Decision 31/1990, in in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, p. 7 Footnote 24).
- (2) Upon this the Court did not interpret whether the petition for the dismissal of the director of the public radio may be considered the violation of freedom of press; it could have given, therefore, statement of fact answer for the dispute of the prime minister and the President of the Republic. See Decision 36/1992, in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, p. 7 (footnote 26).
- (3) See Decision 16/1991, in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, p. 7.

المبحث الثاني

رقابة الدستورية ورقابة احترام الاتفاقيات الدولية

يتمثل الغرض الرئيس لكل طرق الرقابة القضائية، في كل الأنظمة الديمقراطية، في ضمان سمو الدستور. ونتيجة لذلك، عندما تمارس المحاكم الدستورية اختصاصها في الرقابة القضائية، فإنه يقع على عاتقها مهمة رقابة التشريعات أو التشريع الرئيس في ضوء نصوص الدستور. ولذلك، يمكن القول إن ممارسة الرقابة القضائية هي رقابة لدستورية التشريع.

ومع ذلك، يجب ملاحظة أنه في العديد من الدول عندما تعطي الدساتير مرتبة دستورية أو فوق قانونية *supra-legal rank* للاتفاقيات الدولية، فإنها تسمح، أيضاً، للمحاكم الدستورية، في ظل مباشرتها لوظائفها الدستورية بالرقابة القضائية، بإمكانية ممارسة ما يمكن أن يُطلق "رقابة مدى احترام التشريعات الوطنية للاتفاقيات الدولية" *control of conventionality*، بهدف ضمان خضوع التشريعات الرئيسية للاتفاقيات الدولية، لاسيما تلك الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان^(١). وهذا

(1) See for instance, Ernesto Rey Cantor, *El control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Ed. Porrúa, Mexico 2008; Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparacion (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", in *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, Santiago de Chile 2009, pp. 109-128; Fernando Silva Garcia, "El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre Derechos Humanos," in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 5, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

هو الحال، على سبيل المثال، في دول أمريكا اللاتينية، مثل الأرجنتين، وفنزويلا، حيث أعطت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان مرتبة دستورية Constitutional hierarchy^(١).

ففي الأرجنتين، حتى قبل الإصلاح الدستوري في عام ١٩٩٤ الذي كان "يعطي، بصفة رسمية، قيمة أو مرتبة دستورية لسلسلة معدودة من الاتفاقيات الدولية، لاسيما في مسائل حقوق الإنسان (المادتان ٢٢، ٧٥)، اعترفت المحكمة العليا- في قضية Ekmekdjian c. Sofovich Case^(٢) في عام ١٩٩٢ فيما يتعلق بالحق في التصحيح والاستجابة right to rectification and response - أن الاتفاقيات الدولية تتمتع بالأولوية أو الأسبقية precedence over internal legislation على التشريع الداخلي. وقد تواتر إصدار مثل هذه القرارات بعد الإصلاح الدستوري في عام ١٩٩٤، حيث قضت المحكمة بأن الرقابة الدستورية تتسع لتشمل رقابة القوانين واللوائح الداخلية في ضوء الاتفاقيات الدولية، وأن المحكمة تتمتع بسلطة إعلان مثل هذه القوانين واللوائح مخالفة للاتفاقيات الدولية

=
Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2006, pp. 231 ff.

- (1) See Allan R. Brewer-Carias, "La aplicacion de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno", in Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, No. 46, San Jose 2007, pp. 219-271.
- (2) See Fallos 315:1492 (1992). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, p. 14 (footnote 55). See Nestor Pedro Sagues, Argentinean National Report II, p. 19.

unconventional^(١). وفي هذا السياق، قارنت المحكمة، على سبيل المثال، بين النص في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الذي يكفل مبدأ التقاضي على درجتين the two instance due process rule (المادتان ٢، ٨) ونصوص النظام القانوني الجنائي الأرجنتيني الذي يقرر إمكان التقاضي أو المحاكمة على درجة واحدة في بعض القضايا، وذلك عن طريق تقييد رقابة أو مراجعة الأحكام أمام محكمة النقض الجنائية the Penal Cassation Court. ونتيجة لذلك، قضت المحكمة العليا، في قضية Casal في عام ٢٠٠٥، أن الطريقة الوحيدة لجعل المتطلب المنصوص عليه في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان مع النظام القانوني الجنائي الأرجنتيني هو تفسير المادة (٤٥٦) من تفتين الإجراءات الجنائية الأرجنتيني على نحو يسمح برقابة كافية للحكم السابق^(٢).

وفي فنزويلا، لما كانت كل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان تتمتع بقيمة دستورية constitutional hierarchy (المادة ٢٣ من الدستور)، بل وحتى بأولوية في التطبيق على نصوص الدستور، إذا تضمنت نصوصاً أكثر حماية لممارسة حقوق الإنسان، فقد قامت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في مناسبات عدة- خلال السنوات الأولى من تنفيذ دستور ١٩٩٩- بإلغاء العديد من التشريعات، لأنها تتناقض مع الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، على سبيل المثال بالنسبة للمسائل المتعلقة

(1) See Mazzeo, Fallos 330, (2007). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, op. cit., p. 14 (footnote 57).

(2) Fallos, 328: 3399 (2005). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, op. cit., p. 14 (footnote 59)

بالحق في المشاركة السياسية *right to political participation* والحق في التقاضي على درجتين *the due process right to a second judicial instance*^(١). بيد أن الأولوية أو المرتبة الأعلى للاتفاقيات الدولية بشأن حقوق الإنسان تم تأجيلها بناءً على تعديل غير مشروع للدستور تبنته الدائرة الدستورية استجابة لطلب المحامي العام في عام ٢٠٠٨^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية قامت في ٢٠٠٨- القرار رقم ١,٩٣٩ الصادر في ١٨ ديسمبر ٢٠٠٨- برفض أي قيمة فوق

-
- (1) See Decision No 87 of March 13th, 2000. Case: C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. (Procompetencia), in *Revista de Derecho Público*, No 81, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2000, pp. 157 ff. See Carlos Ayala Corao, "Las consecuencias de la jerarquia Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos", in *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Estudios en Homenaje al Profesor Antonio Augusto Cancado Trindade*, Tomo V, Porto Alegre, Brasil, 2005.
- (2) See Decision No. 1.939 of December 18, 2008, Attorney General Office Case, in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html> See the comments in Allan R. Brewer-Carias, "La interrelacion entre los Tribunales Constitucionales de America Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestion de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela," in Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coodinadores), *Direitos Humanos, Democracia e Integracao Jurídica na América do Sul*, umen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701.

دستورية للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وذلك حال نظرها لطلب تفسير قرار recourse of interpretation صادر عن محكمة ما بين الأمريكتين لحقوق الإنسان the Inter-American Court on Human Rights^(١). وهذا الموقف الصادر عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا كان قد اقترح، أيضاً، من جانب "المجلس الرئاسي للإصلاح الدستوري" Presidential Council for the Constitutional Reform في عام ٢٠٠٧^(٢)، بما يعني الإلغاء الكامل لكل قيمة دستورية للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان. بيد أنه يُلاحظ أن ما عجز عن تحقيقه النظام السلطوي من خلال عملية تعديل دستوري رفضه الشعب في نهاية المطاف، تحقق من خلال الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا^(٣).

وفي ذات القرار المشار إليه آنفاً، وخلافاً لذات المادة (المادة ٢٣ من الدستور التي تقرر التطبيق الفوري والمباشر، من جانب المحاكم وباقي سلطات الدولة، للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان)، قررت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا أن تحتفظ لنفسها بسلطة تحديد أي من نصوص هذه الاتفاقيات تكون له الأولوية على

(1) See Case: Gustavo Alvarez Arias and others, in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

(2) See Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, "Modificaciones propuestas." The complete text was published as Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, Editorial Atenea, Caracas July 01- 2007, 146 pp.

(3) See Allan R. Brewer-Carias, Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución. Venezuela 1999- 2009, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

النظام القانوني الداخلي^(١). ويمكن القول إن الدائرة الدستورية قد قامت- بهذا القرار غير الدستوري- بإدخال تعديل غير مشروع على الدستور، لأن سلطة القيام بهذا المسلك لا تقتصر فقط على المحكمة الدستورية، ولكنها متاحة أيضاً لكل المحاكم الجمهورية، لدى عملها كقضاة دستوريين، على سبيل المثال، لدى ممارستها للرقابة غير المركزية على دستورية التشريعات أو لدى فصلها في دعاوي إنفاذ الحقوق الدستورية **amparo** (حق المواطن في مراجعة المحاكم الدستورية).

ومن الواضح أن قصد الدائرة الدستورية تركيز كل إجراءات العدالة الدستورية لا يتفق مع الدستور، ولا مع نظام الرقابة القضائية الذي تنشئه المحكمة.

وعلى أي حال، يُلاحظ أن هذا النوع من الرقابة- رقابة مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية في الدول الديمقراطية- قد تطور في كل الدول الأوربية، لاسيما فيما يتعلق بتمتع القانون الأوربي، وبصفة خاصة الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، بأولوية في التطبيق على القوانين الوطنية الداخلية^(٢). ويمكن الإشارة، في

(1) See Revista de Derecho Público, No 93-96, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2003, pp. 135 ff.

(2) In the case of Poland, as mentioned by Marek Saffjan, "The national court, denying application of a national norm which is contradictory to the European law or interpreting creatively a national norm in the spirit of a European norm de facto applies in the legal system a new, earlier nonexistent, norm, thus becoming in a way a positive legislator on the level of a specific case." See Marek Saffjan, Polish National Report, p.16. Also in the case of Slovakia, according to article 154c of the Constitution, having international treaties, in particular, the European Convention of Human Rights precedence over laws, the courts, including the Constitutional Court, exercise control of conventionality applying the Convention preferable. See Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovak National Report, op. cit., pp. 11, 12

هذا السياق، بصفة خاصة، إلى هولندا، حيث إنه من المعلوم أن الدستور الهولندي لا يسمح برقابة دستورية التشريعات، ومع ذلك فقد تطورت الرقابة القضائية لتأخذ شكل مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية، للتأكد من أن هذه التشريعات تخضع للاتفاقيات الدولية، لاسيما تلك الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان.

وفي الحقيقة، وفقاً للمادة (١٢٠) من الدستور الهولندي "لا يجوز أن تخضع دستورية أعمال البرلمان والاتفاقيات لرقابة المحاكم". ومعنى ذلك، أن الرقابة القضائية للتشريع الرئيسي محظورة، وأن المحاكم محظور عليها، ليس فقط تحديد عدم دستورية التشريعات، ولكن أيضاً إعلان عدم تطابق هذه التشريعات مع ميثاق المملكة^(١). ومع ذلك، تنص المادة (٩٤) من الدستور الهولندي على أن "اللوائح التشريعية السارية في المملكة لا يجوز تطبيقها، إذا كان مثل هذا التطبيق يتعارض مع نصوص الاتفاقيات الملزمة لكل الأشخاص أو مع قرارات المؤسسات الدولية". وقد ترتب على هذا النص تطور ملحوظ في نظام الرقابة القضائية لمدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات، لاسيما تلك المتعلقة بحقوق الإنسان.

ولذلك، يُشار للنظام الهولندي باعتباره نظاماً "لرقابة الحقوق الأساسية الدستورية بواسطة القضاء" *constitutional fundamental rights review by the judiciary* أو "رقابة الحقوق الأساسية للتشريع البرلماني"، وهذا فيما يتعلق بسلطات المحاكم، وبصفة خاصة المحكمة العليا *Hoge Raad*، في رقابة أعمال البرلمان، للتحقق من مدى اتفاق هذه الأعمال مع الحقوق التي تكرسها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وذلك ما دام أن الاتفاقية قد أعلنت، وما دام أن النصوص

(1) J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, op. cit., pp. 2, 5.

الفردية قابلة للتنفيذ الذاتي self-executing^(١). وهذا يعني أن التشريعات يمكن رقابتها في هولندا بواسطة القضاء للتحقق من مدى اتساقها أو تطابقها مع النصوص المكتوبة للقانون الدولي، وبصفة خاصة مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية The UN Covenant on Civil and Political Rights، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية The European Convention on Human Rights (ECHR) التي تعد ميثاقاً للحقوق المدنية الأكثر أهمية في هولندا^(٢).

وقد تطورت مثل هذه الرقابة أيضاً فيما يتعلق بقانون الاتحاد الأوروبي- الذي يضم، أيضاً، حقوقاً أساسية- بمعنى أنه إذا كانت الاتفاقيات الدولية تتمتع بأولوية على القانون الوطني، فإنه يجب على المحاكم أن تفحص ما إذا كان القانون الوطني يتطابق مع قانون الاتحاد الأوروبي. وفي هذه الحالة، إما أن تنتهي المحاكم إلى تفسير القانون الوطني على نحو يتسق مع قانون الاتحاد الأوروبي، وإما أن تقوم بإلغاء القانون إذا تبين أن مثل هذه التفسير مستحيل في ظل القانون الدستوري الوطني^(٣).

وفي اليونان، على الرغم من أن الدستور لا يتضمن نصاً صريحاً يتعلق برقابة مدى اتفاق التشريعات مع الاتفاقيات الدولية، فقد اعتبرت المحاكم أن الاتفاقيات الدولية تتمتع بقيمة فوق تشريعية supra-legislative status [الفقرة الأولى من المادة (٢٨) من الدستور]. وهذا يشكل أساساً كافياً لممارسة الرقابة على مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية، إذا كانت هذه الأخيرة قابلة للتنفيذ الذاتي self-executing، كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وكما هو الحال بالنسبة لرقابة الدستورية، إذا خلصت المحاكم اليونانية إلى أن نصاً تشريعياً ما لا

(1) Idem, pp. 1, 2, 9, 12, 22

(2) Idem, p. 7

(3) Idem, p 2, 31, 32

يتطابق مع القانون الدولي، فإن مثل هذه النص لا يمكن تطبيقه في القضية المنظورة. ومع ذلك، فإن النص المخالف للاتفاقيات الدولية يبقى ساريًا، ومن ثم يمكن تطبيقه في مناسبات مستقبلية^(١).

وفي هذا السياق، يجب الإشارة، أيضًا، إلى الموقف في المملكة المتحدة، حتى ولو كان الدستور البريطاني غير متضمن في وثيقة واحدة مكتوبة، مثل دساتير باقي الدول الديمقراطية المعاصرة. ولذلك، يصعب التمييز، من حيث المبدأ، من الناحية الشكلية، بين التشريع "الدستوري" "constitutional" statute والتشريع العادي ordinary statute. ومع ذلك، يوجد دستور بريطاني بلا شك. ومن الممكن إطلاق وصف "دستوري" على بعض القواعد القانونية^(٢) وغير القانونية non-legal rules^(٣) التي تسمى أعراف الدستور "conventions of the Constitution" التي تعتبر قواعد ملزمة للأخلاق السياسية، ويُطلق عليها، بصفة عامة، "الدستور العرفي غير المكتوب". وتتبلور هذه القواعد في المبادئ القانونية التي تم إرساؤها من وقت لآخر بواسطة القضاة^(٤). ومن الممكن أن نطلق على العملية القضائية التي

(1) Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, op. cit., p. 10.

(2) For instance, the agreement reached by the prime ministers of the British Empire in 1931, that the UK Parliament would not legislate for Dominions without consent of their parliaments. See in John Bell, British National Report, op. cit., p. 1.

(3) One example are the "Nolan principles" (1995) governing standards in public life and introducing a set of values governing the holders of a range of public offices. See in John Bell, British National Report, op. cit., p. 2.

(4) See John Bell, British National Report, op. cit., p. 1.

تستهدف إخضاع التشريعات لهذه الأعراف "بالرقابة الدستورية" a
 "constitutional review"،^(١).

وفي هذا السياق، يذهب الأستاذ John Bell إلى أن:

"بريطانيا ليس لديها نصوص دستورية أو قانونية معينة تخول
 القضاة الدستوريين، من خلال تفسير الدستور، تبني قرارات ملزمة بشأن
 المسائل الدستورية، ولا قرارات محددة بشأن المسائل الدستورية. ذلك، أن
 طبيعة دستور القانون العرفي غير المكتوب أن "قواعد الاعتراف"
 الأساسية ليست متضمنة في التشريع، ولكن في القانون العرفي غير
 المكتوب. فالمبادئ أقرب إلى "المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة
 قوانين الجمهورية في القانون الفرنسي"، وهذه المبادئ لم يرسها
 التشريع، ولكنها محددة أو معترف بها بواسطة القضاء، حتى وإن لم يرقم
 القضاة بإرساء هذه المبادئ بطريقة رسمية. ومع ذلك، تثور مسائل عدة
 يجب أن يتخذ القضاة العاديون قرارات بشأنها، وهذه القرارات تكون ملزمة،
 ويمكن أن تكون دستورية"^(٢).

(1) Idem, p. 2

(2) "Britain has neither 'specific constitutional or statutory provisions that empower constitutional judges, by means of interpreting the Constitution, to adopt obligatory decisions on constitutional matters nor specific decisions on constitutional matters. But this would be too simplistic an approach. The nature of a common law constitution is that the basic 'rules of recognition' (H.L.A. Hart) are not contained in statute, but are in the common law. The principles are rather like the 'fundamental principles recognized by the laws of the Republic' in French law, which are not laid down by statute, but which are

ومن ثم، يكون من الممكن أن نطلق على عملية رقابة الدستورية هذه في سياقها التاريخي، التي تتم في ضوء ما يُطلق عليه أعراف الدستور- "الرقابة القضائية لمدى الاتفاق مع الاتفاقيات الدولية a judicial control of conventionality.

وفيما يتعلق بالمسائل الدستورية الأخرى، من الممكن- لاسيما في ضوء التطور الحديث للدستور البريطاني- التمييز بين سلطات رقابة الدستورية التي تمارسها المحاكم، وحتى المحكمة العليا التي تم إنشاؤها في عام ٢٠٠٩. وهذا هو الحال بالنسبة لمسائل التفويض devolution، فيما يتعلق برقابة مشروعية التشريع الصادر عن المجالس الثلاثة المفوضة devolved assemblies- ويلز، اسكتلندا، أيرلندا الشمالية- وهي المسائل التي يمكن أن تحال إلى المحكمة العليا إما بواسطة سكرتير الدولة البريطاني أو المحامي العام البريطاني أو المحامين العاميين البريطانيين أو المحاكم الوطنية التي تثار المسألة أمامها^(١).

ويمكن القول إن التطورات الحديثة الأكثر أهمية في المملكة المتحدة فيما يتعلق بمسائل الرقابة الدستورية تتعلق بمدى تتطابق التشريعات البريطانية مع قانون الاتحاد الأوروبي، أي رقابة مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية. من ذلك، على سبيل المثال، ما أثير بشأن مدى اتفاق القيود المفروضة على الصيد مع قانون الاتحاد الأوروبي، وقد حُسمت هذه المسألة بواسطة أدنى درجات المحاكم

=

judicially identified, even if formally not created by judges. There do arise a number of issues on which ordinary judges have to take decisions which are binding and which could be characterized as constitutional.”, Idem, p.3

(1) Idem, p. 2.

الجنائية، أي محكمة *the magistrates' court*^(١). بيد أن الأكثر أهمية في هذا السياق- تطور الرقابة الدستورية في المملكة المتحدة- هو ما يتعلق بمسائل حماية وتفسير حقوق الإنسان، لاسيما بعد صدور قانون حقوق الإنسان *the Human Rights Act*، في عام ١٩٩٨، الذي ينفذ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ويعتبر الأستاذ *John Bell* هذا القانون "تشريعاً دستورياً مهماً بشأن الحقوق الأساسية"، ويمكن أن يؤدي هذا التشريع "إما إلى تضيق مجال القانون من خلال التفسير، على نحو يجعل القانون متفقاً مع الاتفاقية، أو إعلان عدم اتفاق القانون مع الاتفاقية، الأمر الذي يخول الوزير سلطة تعديل أو إلغاء النص التشريعي المخالف للاتفاقية"^(٢). وبالإضافة إلى ذلك، يمكن أن تثار مسألة مدى اتفاق التشريعات البريطانية الداخلية مع قانون الاتحاد الأوروبي أمام المحاكم البريطانية، وإذا لم تؤد هذه المسألة إلى صعوبة كبيرة في التفسير، فإن المحكمة بمقدورها أن تطبق القانون الأوروبي تطبيقاً مباشراً، وترفض تطبيق التشريع البريطاني^(٣). ويبدو الأمر هنا متعلقاً بمجال محدود- مدى اتفاق التشريع الوطني البريطاني مع قانون الاتحاد الأوروبي- يتمتع في إطاره قضاة المملكة المتحدة بسلطة إلغاء تشريع صادر عن البرلمان. وتجدر الإشارة إلى أن هذه المقاربة قد تم تبنيها بعد أن قررت محكمة العدل الأوروبية أنه لا يجوز للمحاكم البريطانية أن تطبق قانوناً صادراً عن البرلمان يخالف التشريع الأوروبي^(٤).

(1) *Idem*, p. 3

(2) N. Bamforth, 'Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act 1998' [1998] Public Law 572. See John Bell, *British National Report*, op. cit., p. 3.

(3) Case 283/81, *Srl CILFIT v Minister of Health* [1982] ECR 3415. See in John Bell, *British National Report*, op. cit., p. 3 .

(4) *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd* [1990] 2 AC 85; *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd*

وعلى أي حال، يُلاحظ أن قرار المحكمة في مثل هذه الحالات لا يعني إلغاء القانون. وفي هذا الصدد، يقول الأستاذ John Bell:

"ومن ثم، يجب على الحكومة أن تقرر ما إذا كانت ستقترح تعديلاً للقانون، لكي يتسق هذا القانون مع الاتفاقية، أو ما إذا كانت ستتخذ أي إجراء آخر للإبقاء على هذه الحالة من عدم الاتساق أو المخالفة. من ذلك، على سبيل المثال، تسجيل خروج رسمي، على الاتفاقية. وهذا المسلك يشكل أقرب نموذج يقترب فيه القضاة الإنجليز من رقابة الدستورية".

A (FC) and others v Bingham، في قضية Secretary of State for the Home Department، ما يلي^(١):

"إن الأثر المترتب على إعلان عدم اتساق أو عدم تطابق التشريع مع الاتفاقية ليس، بالطبع، إلغاء السلطة السيادية التشريعية للمملكة في البرلمان، ذلك أنه إذا أعلن عدم اتساق التشريع مع الاتفاقية، فإن مشروعية التشريع لا تُمس (المادة ٦ من القسم ٤)، ويقع عبء إيجاد مخرج من هذا المأزق على عاتق الوزير ذي الصلة (المادة ١٠) الذي يكون مسنولاً أمام البرلمان".

(No.2) [1991] 1 AC 603. R v Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunities Commission [1995] 1 AC 1. See in John Bell, British National Report, op. cit., p. 3 .

(1) "The effect is not, of course, to override the sovereign legislative authority of the Queen in Parliament, since if primary legislation is declared to be incompatible the validity of the legislation is unaffected (section 4(6)) and the remedy lies with the appropriate minister (section 10), who is answerable to Parliament."", See [2004] HL 56. See in John Bell, British National Report, op. cit., p. 5.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس اللوردات البريطاني قد فصل في طعن أقامه عدد من الأفراد في مواجهة اعتقالهم دون محاكمة استناداً إلى اعتبارهم يشكلون خطراً على الأمن الوطني، وفقاً لقانون الأمن والجريمة ومكافحة الإرهاب - the Anti-terrorism, Crime and Security Act الصادر في عام (٢٠٠١). وفي هذه القضية، خلص مجلس اللوردات إلى أن النص المطعون عليه يخالف المادتين [٥)، (١٤)] من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

ويلاحظ أن رقابة "مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية" على هذا النحو - كما هو الحال في هولندا - تشكل إجراء الرقابة على الدستورية الأكثر شيوعاً والأكثر تطوراً في المملكة المتحدة، وقد طبق هذا الإجراء في العديد من القضايا. ويذهب بعض الكتاب إلى أن مثل هذه الرقابة ستشكل الوظيفة الدستورية الأهم التي ستهض بها المحكمة العليا في المستقبل^(١).

وفي السويد، بالنظر إلى طريقة الرقابة القضائية غير المركزية بالغة الضعف للتشريعات التي لم تتطور إلا بعد الإصلاح الدستوري في عام ١٩٧٩، والذي لم يقرر هذه الرقابة إلا بعد أن أصدر البرلمان تشريعاً غير دستوري بسبب كونه مشوباً بعيب ظاهر *a manifest*^(٢)، لم يتطور شكل ما من الرقابة القضائية إلا بعد أن بدأت عملية إسباغ الصفة الأوروبية على القانون السويدي في نهاية التسعينات، وذلك بفضل الإخضاع المتدرج للقانون السويدي للقانون الأوربي، لاسيما للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ولذلك، يمكن القول إن أهم حالات الرقابة القضائية للتشريعات في السويد هي تلك المتعلقة برقابة "مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية". وتنصب

(1) See in John Bell, British National Report, op. cit., p. 6.

(2) Chapter 11, Article 14. of the Instrument of Government. See Joakim Nergelius, Swedish National Report, op. cit., pp. 17-18

أغلب هذه القضايا على طعون بمخالفة بعض نصوص التشريعات الوطنية مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(١).

وأخيراً، تجب الإشارة أيضاً، فيما يتعلق برقابة "مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية" إلى الموقف في فرنسا، وذلك بالنظر إلى تطور هذه الرقابة بفضل محكمة النقض ومجلس الدولة، وذلك بالإضافة إلى الرقابة القضائية السابقة التقليدية للتشريعات التي يباشرها المجلس الدستوري. ففي هذا الخصوص، يشير الأستاذ Bertrand Mathieu إلى أنه بسبب متطلبات القانون الدولي- وبصفة خاصة قانون الاتحاد الأوروبي وقانون الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان- قامت محكمة النقض أولاً، ثم تبعها مجلس الدولة برفض تطبيق "القوانين غير الاتفاقية" *inconventionnelles*، أي المخالفة للاتفاقيات الدولية. ويستند هذا القضاء، ليس فقط على المادة (٥٥) من الدستور التي تمنح المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية، المصدق عليها قانوناً، قيمة أو مرتبة أعلى من القوانين، ولكن أيضاً بسبب رفض المجلس الدستوري فحص مدى "اتفاقية القانون" *conventionalité de la loi*، أي مدى اتفاقية القانون مع الاتفاقيات الدولية، في إطار اختصاصاته المتعلقة برقابة الدستورية.

(1) See Lassagard case, Administrative Court of Appeal of Jonkoping, 1996, in which it was declared that the absence of judicial review in the particular case (agricultural subsidy) was contrary to article 6 of the ECHR; and Lundgren case, Supreme Court 2005, in which the time-extension of a criminal judicial procedure was also considered contrary to article 6 of the ECHR. See Joakim Nergelius, Swedish National Report, op. cit., pp. 21- 29.

وقد يترتب على الموقف السابق تقسيم واضح للمهام: فالرقابة على دستورية القوانين- رقابة مجردة وسابقة- يمارسها المجلس الدستوري بناءً على طلب السلطات السياسية، والرقابة على "مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية" يمارسها كل من القضاء العادي والقضاء الإداري في قضايا ومنازعات معينة، لاسيما فيما يتعلق بالحقوق والحريات الأساسية. ويخلص الأستاذ Bertrand Mathieu إلى وجود تناقض في فرنسا بين النظرية التقليدية والتأكيد الأفلاطوني على علو الدستور من ناحية، والضعف القضائي فيما يتعلق بالنصوص الدستورية من ناحية أخرى^(١).

وفي مصر، تنص المادة (١٥١) من دستور ٢٠١٤ على أن: "يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور". كما تنص المادة (٩٣) من الدستور على أن: "تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة". وتقرر المحكمة الإدارية العليا: "لما كان ذلك وكان مجلس الشعب قد وافق بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٦/٤/١٩٩٥ على قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٢ لسنة ١٩٩٥ الصادر بتاريخ ٢٠/٣/١٩٩٥ بالموافقة على انضمام مصر لمنظمة التجارة العالمية والاتفاقيات التي تضمنتها، ثم صدق عليها رئيس الجمهورية بتاريخ ١٩/٤/١٩٩٥، ونُشر ذلك بعدد الجريدة الرسمية رقم ٢٤ تابع في ١٥/٦/١٩٩٥، ومن ثم تغدو لهذه الاتفاقية قوة القانون، وتُطبق باعتبارها قانوناً مصرياً"^(٢). وقد اتجه أغلب الفقه المصري إلى أن المعاهدات الدولية التي تم إبرامها والتصديق عليها ونشرها تصبح نافذة دون حاجة لإصدارها في شكل تشريع خاص بها

(1) Bertrand Mathieu, French Natinal Report, p. 3.

(٢) المحكمة الإدارية العليا | الطعن رقم : ٦٩٦٥ لسنة : ٤٩ قضائية بتاريخ : ٢٥-١٢-٢٠٠٤.

من البرلمان، أي أنها تصبح في مرتبة القانون الداخلي. ومن ثم، تصبح خاضعة لرقابة الدستورية في ضوء ذلك. ومؤدى ما تقدم أن المعاهدات الدولية بعد تمام إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية تصبح في مرتبة القانون الداخلي، ومن ثم تخضع للرقابة على الدستورية^(١). ويبدو واضحاً من ذلك، أن القاضي عندما يطبق المعاهدات الدولية لا يطبقها على أساس أن الدولة قد التزمت دولياً بتطبيقها، وإنما باعتبارها جزءاً من قوانين الدولة الداخلية متى استوفت الشروط اللازمة لنفاذها بالدولة. أما فكرة الرقابة على التشريعات الوطنية لفحص مدى اتفاقها مع الاتفاقيات الدولية، فلا يبدو أن هناك تطبيقاً لها في مصر.

(١) لمزيد من الفصيل، انظر: د. محمد السيد صالح حجازى، الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية ، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، بدون تاريخ نشر.

المبحث الثالث

تفسير الدستور وتأثير المحاكم الدستورية على

الإصلاحات الدستورية والقانونية

من المسلم به أن لغة الدستور تختلف عن لغة التشريع، فالأول بحكم تربعه على قمة النظام القانوني، يستخدم لغة تعلق في خطابها ومضمونها على لغة التشريع فلا تلجأ إلى التفصيل حتى تفسح للتشريع سلطة الملاءمة وفقاً للظروف والمقتضيات. وهذا بخلاف لغة التشريع فإنها أكثر تحديداً لما تعبر عنه. كما أن لغة التشريع بدورها يجب أن تعلق في مضمونها على اللائحة التنفيذية التي تهتم بالتفاصيل الدقيقة من أجل تنفيذ مضمون التشريع. كما تختلف لغة الدستور في تحديد مراميها عن لغة البرامج السياسية للحكومات أو الأحزاب التي تقوم على العبارات الفضفاضة المعبرة عن السياسات أو الآمال. ومن هنا تظهر أهمية تفسير نصوص الدستور^(١).

ويمكن القول إن الأداة الرئيسة التي تملكها المحاكم الدستورية هي سلطة تفسير الدستور من أجل ضمان تطبيقه، وقابليته للإنفاذ وعلوه، وتعديل الدستور *adapting the Constitution* عندما تفرض المتغيرات والوقت مثل هذه المهمة، وذلك دون أن تنتزع المحاكم الدستورية دور السلطة التأسيسية أو سلطة المشرع. ومعنى ذلك، أن المحاكم الدستورية ليس بمقدورها، على أساس سلطة تقديرية سياسية

(١) د. أحمد فتحي سرور، اللغة العربية في الدستور، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/archive/Issues-Views/News/12824.aspx>

a discretionary political basis، إنشاء قواعد قانونية أو نصوص لا يمكن استنباطها من الدستور ذاته^(١).

ولهذا السبب، تعتبر المحاكم الدستورية، من حيث المبدأ، "مُشرعًا سلبيًا" Negative Legislators، لاسيما لدى تقريرها إلغاء التشريعات^(٢). ولا يمكن أن تعمل المحاكم الدستورية "كمشرع إيجابي" Positive Legislators، بمعنى أن يكون بمقدورها إنشاء أو تبني نصوصاً تشريعية جديدة ex novo pieces of legislation، أو إدخال إصلاحات أو تعديلات على التشريعات السارية.

وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى كلمات الأستاذين Laurence Claus،

:Richard S. Kay

"نحن نعتبر القضاة منخرطين في عملية إيجابية لوضع القانون عندما يبدأون أو يضعون خطة للقانون، وذلك في مقابل مجرد مراجعة أو رفض خطط تشريعية وضعها فاعلون تشريعيون آخرون"، "واعتبار محكمة دستورية معينة مشرعًا إيجابيًا في ظل هذا المعنى الاصطلاحي، يفترض انخراط المحكمة في اقتراح أو وضع خطة للتنظيم استناداً إلى

(1) Jorge Carpizo, El Tribunal Constitucional y sus límites, Grijley, Lima 2009, pp. 56, 68.

(2) In this sense, in some countries like Chile, it has been said that the Constitutional Tribunal can only act as "Negative Legislator." See Francisco Zuniga Urbina, Control de constitucionalidad y sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, No. 34, Santiago de Chile 2006, pp. 107, 109.

مفهومها الخاص^(١).

ومعنى ما تقدم أن المحاكم الدستورية ليس بمقدورها أن تتبدع جديداً في النظام القانوني بطريقة تقديرية، كما أنها لا تتمتع بسلطة الإنشاء قانون جديد^(٢). وقد أوضحت هذا المعنى المحكمة الدستورية الفيدرالية البرازيلية في إشارتها لقرارات المحاكم الدستورية التي تتضمن إلغاءً للتشريعات:

"تعمل المحكمة الفيدرالية- حال ممارستها لسلطتها في الرقابة القضائية المجردة. للقانون الموضوعي المكرس في دستور الجمهورية- كمشروع سلبي افتراضي. ولذلك. فإن إعلان المحكمة عدم الدستورية يعني ممارسة لرقابة الاستبعاد التي تتكون من- استناداً إلى الاختصاصات المخولة للمحكمة- إزالة النص غير المشروع من النظام القانوني الإيجابي، لأنه لا

- (1) "We treat judges as engaged in positive lawmaking when they originate a scheme of law as opposed to merely considering, revising or rejecting schemes conceived by other legislative actors" or "for a constitutional court to be positive lawmaker under this terminology would involve the court in considering, propounding, and creating a scheme of regulation of its own conception", See Laurence Claus & Richard S. Kay, U.S. National Report, pp. 3, 5.
- (2) See Luis Roberto Barroso et al, "Notas sobre a questao do Legislador Positivo," Brazilian Nacional Report III, pp. 19-20; Nestor Pedro Sagues, has mentioned that Constitutional Jurisdiction transformed itself into Positive legislator, when it generates infraconstitutional provisions ompatibles with the Constitution, with the excuse of controlling the constitutionality of the legal order, in Argenina National Report II, p. 3.

يتسق مع النموذج المتضمن في قوانين الجمهورية"^(١).

وفي قضية أخرى، ذهبت المحكمة الدستورية الفيدرالية البرازيلية- لدى ممارستها لرقابتها على قانون الانتخابات (Lei No. 9.504/97) فيما يتعلق بالاستخدام الحر لبرامج الإذاعة والتلفزيون من جانب الأحزاب السياسية، والذي اعتبر مناقضاً لمبدأ المساواة- إلى أن:

" إعلان عدم الدستورية بالطريقة التي طلبت من شأنه أن يعدل النظام القانوني ويغير معناه، وهذا ما يعتبر مستحيلًا قانونًا. ويرجع ذلك إلى أن السلطة القضائية لا تعمل- حال ممارستها لرقابة دستورية الأعمال التشريعية إلا كمشرع سلبي، وليس كمشرع إيجابي"^(٢).

- (1) "The Federal Supreme Tribunal, when exercising the abstract judicial review of objective law positivized in the Constitution of the Republic, act as a virtual Negative Legislator, so its declaration of unconstitutionality comprise an exclusion judgment of control that, based on the attributions assigned to the Tribunal, consists in removing from the positive legal order, the State invalid expression non conformed with the model included in the Costitution of the Republic.", STF, DJ 18.jun.1993, Rcl 385 QO/MA, Rel. Min. Celso de Mello, in Luis Roberto Barroso et al, "Notas sobre a questao do Legislador Positivo," Brazilian National Report III, p. 9.
- (2) "The declaration of unconstitutionality in the way it was requested, would modify the system of the law, altering it sense, which is a legal impossibility, because the Judicial Power, when controlling the constitutionality of normative acts, only acts as negative legislator and not as positive legislator.", See STF, DJ 10.dez.1999, ADI 1.822/DF, Rel. Min. Moreira Alves. See in Luis Roberto Barroso et al, "Notas sobre a questao do Legislador Positivo," Brazilian National Report III, pp. 15.

وتتمثل نتائج هذه المقاربة التقليدية التي تعتبر المحاكم الدستورية مشرعين سلبيين في أنه يجب على المشرع أن يتدخل لإجراء تعديل على التشريع أو تبني نصوص تشريعية جديدة استجابة للقرارات الصادرة باستبعاد بعض النصوص التشريعية من النظام القانوني، وذلك من أجل استيفاء المعايير أو المتطلبات التي تحددها المحاكم الدستورية في قراراتها الدستورية في قراراتها الصادرة باستبعاد بعض النصوص التشريعية^(١). كما يلجأ، في بعض الأحيان، إلى تبني تعديلات دستورية جديدة على أثر صدور قرارات من المحاكم الدستورية ترسي مبادئ جديدة. من ذلك، على سبيل المثال، أنه تم تبني القانون (the Law 26,025) في الأرجنتين الذي يتضمن إدخال تعديلات جديدة على الاختصاص القضائي الاستئنافي للمحكمة العليا (المادة ١١٧ من الدستور)، وذلك بعد أن قضت المحكمة العليا بعدم دستورية التشريع السابق. وقد كان هذا التشريع الأخير ينص على أن كل القضايا التي تتضمن أمراً للحكومة بأن تدفع مزايا التأمين الاجتماعي يجب استئنافها أمام المحكمة العليا، مما كان يترتب عليه تأخير دفع هذه المزايا إلى كبار السن. حيث قضت المحكمة العليا، في قضية *Itzcovich case Fallos* في عام ٢٠٠٥، بأن إجراء الاستئناف يعتبر غير دستوري لأنه يؤثر على حق الطاعنين في محاكمة عادلة *right to a speedy trial*.

(1) For instance in the Netherlands, legislation was issued after the Dutch Citizenship Case (Supreme Court judgment of October 12, 1984, NJ 1985/230). See J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, p. 21.

وقد وقع شيء مماثل في مجال قانون الزواج: ذلك، أنه على الرغم من أن الدستور الأرجنتيني يعترف بالحق في الزواج، فإن التقنين المدني الأرجنتيني كان يقرر أن الطلاق لا يرتب حقاً في زواج جديد، وقد تأيدت دستورية هذا النص الوارد في التقنين المدني في مرات عديدة^(١). ومع ذلك، فقد طبقت المحكمة العليا الأرجنتينية. في عام ١٩٨٦، مقارنة ديناميكية- أو ما يُطلق عليه الدستور الحي – "dynamic" a living constitution- في قضية Sejean Case^(٢). حيث اعتبرت المحكمة أن من شأن التغيرات الواردة على الإدراك الاجتماعي إعطاء بعد أو مفهوم جديد للحق في الكرامة الإنسانية. وقد ترتب على تبني هذه المقاربة القضاء بعدم دستورية التشريع الذي ظل سارياً لمدة طويلة تقارب قرناً من الزمان. وقد كان هذا القرار الصادر من المحكمة العليا الأرجنتينية مقدمة لتعديل قانون الزواج المدني على نحو يفسح المجال لإمكان الزواج اللاحق^(٣).

وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى ملاحظة الأستاذ Joaquim de Sousa Ribeiro فيما يتعلق بالوضع في البرتغال، التي يقرر فيها أنه "على الرغم من أن المحكمة الدستورية لا تؤدي دوراً في إجراءات سن القانون، إلا أن العديد من التعديلات

(1) See Fallos: 328:566 (2005). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, pp. 13-14.

(2) See Fallos 308:2268 (1986). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, p. 15. (footnote 61).

(3) Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, op. cit., p.510

التي أدخلت على التشريعات السارية كانت نتيجة لأحكام صادرة عن المحكمة الدستورية، إما لتكريس المبادئ التي قررتها هذه الأحكام، وإما لاستبعادها بشأن الموضوع المثار"^(١).

وفى مصر، استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مقام تفسير الدستور علي أن نصوص الدستور متكاملة مترابطة تعمل في إطار وحدة عضوية، وأن تفسير المبادئ والقواعد الدستورية يجب أن يتم في ضوء الغاية منها، باعتبار أن الدستور وثيقة تقديمية يجب دومًا ألا ترتد مفاهيمها إلي حقبة ماضية وأن تمثل انطلاقة إلي تغيير لا يصد عن التطور. وتطبيقًا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا بدستورية سياسات الخصخصة التي تبنتها الدولة في بداية العقد الأخير من القرن الماضى، وذلك رغم غلبة الطابع الاشتراكي على دستور ١٩٧١^(٢). وقد اختلف الفقه المصرى بشأن حكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الخصوص. حيث أيد جانب من الفقه المصرى الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، في فبراير ١٩٩٧، بشأن دستورية قانون قطاع الأعمال، بل ورأى، في هذا الحكم، فهمًا متميزًا، من جانب المحكمة، لدور الدولة الاقتصادية، وبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأنه لو تبنت المحكمة موقفًا مخالفًا لحدثت

(1) "even though the Constitutional Court does not play a part in the law making process, many amendments made to existing legislation are the result of its ruling, either to incorporate or to set aside the Court's ruling on the subject.", See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, Portuguese National Report, op. cit., p. 9.

(٢) حكم المحكمة فى ١٩٩٧/٢/١، ق٧، س١٦، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا- الجزء الثامن، قاعدة رقم ٢٣، ص ٣٤٤.

كارثة اقتصادية، إذ ستصبح البيوع التي تمت لشركات قطاع الأعمال باطلة بما يؤدي لمشاكل كبيرة.

والواقع من الأمر أننا- رغم اعترافنا بأن التوجه نحو الخصخصة أصبح أمراً واقعاً يصعب جداً النكول عنه- لا نقر الاتجاه السابق المؤيد للحكم بدستورية قانون قطاع الأعمال العام، لأن الحل المنطقي والقانوني والبسيط لهذه المشكلة يتمثل في إدخال تعديل على نصوص الدستور لتجيز الخصخصة دون لبس أو غموض، فإن تعذر هذا الحل، لسبب أو آخر، فلا يجوز لى عنق النصوص الدستورية للقول بأن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقانقتها، وذلك لما يلي:

١- إن السلطة المختصة بإجراء التعديل الدستوري هي المنوط بها التوفيق بين النصوص الدستورية والفكرة القانونية الساندة في المجتمع السياسي، عن طريق تعديل النصوص الدستورية التي لم تعد مطابقة للواقع لتجعلها متفقة مع إرادة المجتمع. لكن إذا كان هذا الأمر غير متيسر، لسبب أو لآخر، فهل يمكن أن يُخول القضاء الدستوري الحق في تحديد علاقة القانون بالدستور على أساس الفكرة القانونية الساندة في المجتمع السياسي، فيراقب القوانين في مدى موافقتها للفكرة القانونية التي يعتنقها الدستور، ويراقب الدستور في مدى توافقه مع الفكرة القانونية الساندة في المجتمع، فيكون دور القاضي الدستوري هنا مضاعفاً؟ بمعنى اعتبار الرقابة الدستورية ليست فقط عملاً متمثلاً في البحث عن مدى اتفاق أو عدم اتفاق القانون مع أحكام الدستور، بل تمتد أيضاً إلى معرفة مدى اتفاق القوانين، بما فيها الدستور، مع الفكرة الساندة في المجتمع السياسي. فإذا تصورنا هذا الحل

ممكناً، وأعطينا المحكمة الدستورية الحق في مراقبة القوانين، بما فيها الدستور، وفقاً للفكرة القانونية السائدة، ألا يؤدي ذلك إلى الاضطراب وعدم الاستقرار؟ ألا يعد ذلك خروجاً بالمحكمة عن وظيفتها، إذ كيف يُسمح للمحكمة الدستورية بمراقبة الدستور مع أن الدستور هو الذى أوجدها؟^(١)

٢- إننا إذا أهدرنا نصوص الدستور، فقد غدا كل شيء مباحاً، ذلك أن احترام أحكام الدستور هو العاصم من الطغيان والفوضى. وإذا كانت أحكام الدستور قد تجاوزها الزمن، أفيكون الحل بالخروج على هذه الأحكام وعدم احترامها؟ إن الإحجام عن تعديل الدستور، من جانب السلطة المختصة، لا يمكن أن يكون مسوغاً للمحكمة الدستورية لمخالفة الدستور^(٢).

على أن ثمة جانباً من الفقه المصرى يذهب إلى أن دستور ١٩٧١ لم يتضمن نصاً يرفض الخصخصة، ومن ثم لا تكون هذه الأخيرة مخالفة لنصوص هذا الدستور؛ لأنه لا يحظرها صراحة، والقاعدة العامة هي أن كل ما لم يحظره الدستور فهو جائز، ذلك أن القاعدة، في القانون المقارن، هي أن المشرع يملك سلطة تقديرية في تقدير ملائمة خصخصة مشروعات القطاع العام، ولا يُمارس القضاء الدستوري رقابة، على هذه الملائمة، إلا في حالة الخطأ البين في التقدير. ومع ذلك، يوجه هذا الفقه النقد

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ، الرقابة على الدستورية والفكرة القانونية السائدة فى المجتمع السياسى، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان تحت عنوان : دور المحكمة الدستورية العليا فى النظام القانونى المصرى، مجموعة بحوث المؤتمر، ١٩٩٨، ص ٥٤٩.

(٢) د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية فى حماية الحقوق والحريات، بدون دار نشر، ٢٠٠٤، ص ٩٥١، ٩٥٠.

للقضاء الدستوري المصري لإجازته المخصصة دون أى إشارة لما يجب أن يقترن بها من قيود ضماناً لعدم مخالفة المبادئ الاقتصادية ذات الطابع الاشتراكي التي يقوم عليها دستور ١٩٧١^(١).

(١) د. محمد محمد عبد اللطيف، الرقابة على دستورية قوانين المخصصة. بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان تحت عنوان: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، مجموعة بحوث المؤتمر، ١٩٩٨، ص ١٣١ وما بعدها.

المبحث الرابع

بزوغ دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي

يمكن القول، على أي حال، إن الحقيقة الواضحة في العالم المعاصر، هي أن الرقابة القضائية قد بزغت تدريجياً على نحو يجاوز الطابع الجامد السابق للمحاكم الدستورية باعتبارها مشرعاً سلبياً Negative Legislators^(١). ويرجع ذلك إلى تطور مبادئ جديدة لم تكن- وقت صياغة كلسن لأفكاره- مطروحة على جدول أعمال المحاكم الدستورية والقضاة^(٢).

ولذلك، أضحت المحكمة العليا الفيدرالية البرازيلية، على سبيل المثال، تعتبر مفهوم "المشرع السلبي"- الذي طالما دافعت عنه في الماضي في قرارات متعددة- مبدأ قديماً^(٣).

- (1) Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 195.
- (2) That is why, Francisco Javier Diaz Revorio, referring to the European system of Judicial review has said "We are debtors of Kelsen, but not 'slaves' of his ideas," in Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 305,
- (3) Luis Roberto Barroso et al, "Notas sobre a questao do Legislador Positivo," Brazilian Nacional Report III, p. 22.

ونتيجة لذلك، تطورت مبادئ عدة في مجال الرقابة على دستورية القوانين. من ذلك، على سبيل المثال، مبدأ المحافظة على التشريعات استناداً إلى قرينة الدستورية *principle of conservation of statutes due to their presumption of constitutionality*. ومؤدى قرينة الدستورية أن الأصل هو سلامة التشريع، وأن القانون يصبح، مع هذه القرينة، محمولاً على الصحة إلى أن تقضي المحكمة الدستورية بعدم دستوريته^(١). وهذه القرينة تبنتها في مصر المحكمة العليا التي أنشئت بالقانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩ لرقابة دستورية القوانين، حيث يقول أول رئيس لها المستشار بدوي حمودة، في تقديمه الجزء الأول من مجموعة أحكام هذه المحكمة، إن "رقابة دستورية القوانين التزمت بالأصول والضوابط التي استقرت في أعرق الأمم وأسبقها إلى الأخذ بهذا النظام وأول هذه الضوابط قرينة الدستورية لمصلحة القوانين". ويقول د. فتحي عبد الصبور أحد رؤساء المحكمة الدستورية العليا، في تقديمه الجزء الثاني من مجموعة أحكامها، "إن الأصل في القضاء الدستوري هو قرينة الدستورية بمعنى أن الأصل أن التشريعات إنما تأتي متفقة مع الدستور ما لم يثبت العكس بجلاء بحكم تصدره المحكمة الدستورية".

ويلاحظ أن "الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية لافتراض مطابقتها للدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخياً بل يكون إنقاذها اعتباراً من تاريخ العمل بها لزاماً، ولا يكون بالتالي مجرد الطعن عليها موقفاً لأحكامها أو مانعاً من فرضها على المخاطبين بها، وأن إبطالها لا يكون إلا بقرار من

(١) لمزيد من التفاصيل بشأن قرينة الدستورية، انظر: د. عيد أحمد الحسين، *قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري*، مجلة الشريعة والقانون، العدد (٤٨) أكتوبر ٢٠١١ / جامعة الإمارات العربية المتحدة، الصفحات (١٦٧-٢٢٧).

المحكمة الدستورية، إذا ما قام الدليل عليها على مخالفتها للدستور فإنها انتهت إلى برأتها من العيوب الشكلية والموضعية، وكان ذلك اصطحاباً لأصل صحتها لزوال الشبه التي كانت عالقة بها، وذلك أن النصوص الشرعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا لا يجوز بحال وقف تنفيذها، بل يجب إعمال أثرها كاملة دون انقطاع بوقف تشكيلها وإلا عاد ذلك عنواناً على الولاية التي أثبتتها الدستور للسلطة التشريعية^(١).

وتقرر المحكمة الدستورية الكويتية، وهي بصدد تحديد كيفية التوصل إلى الحكم بعدم دستورية التشريع، "أنه غني عن البيان أن هذه المحكمة في مجال إعمال ولايتها وبسط رقابتها على النص التشريعي المختص للتحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للدستور تتخذ من ظاهر النص أساساً لفحص مدى دستوريته، وأن قرينة الدستورية تصاحبه بحسبان أن الأصل في القوانين هو مطابقتها لأحكام الدستور ما لم تنقض هذه القرينة بدليل قطعي يكون بذاته نافياً على وجه الجزم لدستورية النص المطعون فيه، ويكون التعارض بين هذا النص وبين الدستور واضحاً جلياً، قاطعاً صريحاً"^(٢).

(١) تقرير هيئة المفوضين (غير منشور)، بالنسبة للدعوة المقامة لطلب وقف تنفيذ العمل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٢ بشأن معايير انتخابات أعضاء الجمعية التأسيسية لإعداد مشروع الدستور الجديد.

(٢) المحكمة الدستورية الكويتية، الحكم الصادر في الطعن رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٦ دستوري بتاريخ ١٢ يونيو ٢٠٠٧).

وتجدر الإشارة إلى أن هذه القرينة تخول المحاكم الدستورية سلطة تفسير التشريعات على نحو يتسق مع الدستور^(١)، وذلك لتفادي أي فراغ تشريعي أو لتفادي إعلان عدم دستورية هذه التشريعات. وقد أضحت هذه القرينة، في الوقت الحاضر، الأداة الرئيسية في أيدي المحاكم الدستورية لتفسير الدستور، كما أضحت أداة، في بعض الحالات، لملء الفراغات، سواء بصورة دائمة أو مؤقتة، التي يمكن أن تنشأ عن إلغاء هذه التشريعات نتيجة الحكم بعدم دستورتها.

وثمة دور مهم آخر للمحاكم الدستورية تطور بصورة متدرجة في العقود الأخيرة- بعيداً عن دورها في إعلان إلغاء التشريعات غير الدستورية- يتمثل في سلطة هذه المحاكم في مباشرة الرقابة القضائية، ليس فيما يتعلق بالتشريع النافذ بالفعل، ولكن فيما يتعلق بعدم وجود التشريعات أو حالات إغفال المشرع التدخل أو إجماعه عن التشريع، وذلك لدى مجازاة المحاكم الدستورية للتشريعات الخاضعة لرقابتها^(٢). ومعنى ذلك، أن المحاكم الدستورية تراقب، أيضاً، حالات إغفال المشرع التدخل، وذلك من أجل دفع المشرع إلى وضع التشريع الذي يقع عليه واجب دستوري بتبنيه. ويلاحظ أن هذه الحالات من الإغفال التشريعي يمكن أن تكون مطلقة أو نسبية. وقد أسهمت الرقابة

(1) Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 288; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, *Portuguese National Report*, op. cit., p. 7.

(2) These judicial review powers do not correspond with the Kelsen's pattern of judicial review as negative legislation. See Francisco Javier Dias Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p.278.

القضائية، في كلتا الحالتين، في تطوير اتجاهات جديدة بشأن رقابة دستورية التشريعات على نحو يقارب بين المحاكم الدستورية والمشرعين، مما يمكن القول معه إن المحاكم الدستورية قد تحولت على نحو يجعلها تشغل مركز المساعد التشريعي Legislative assistant. ومع ذلك، يُلاحظ أن الرقابة القضائية لحالات الإغفال التشريعي لم تتطور، في أغلب الأحيان، بدرجة كافية. ولذلك، قد لا تكون الرقابة القضائية للإغفال التشريعي ممكنة إلا بطريق غير مباشر، أي من خلال ادعاء مسئولية الدولة عن غياب التشريع^(١).

ومن ناحية أخرى، ثار ذات التحدي المتعلق بمدى الرقابة القضائية بالنسبة للأنظمة غير المركزية للرقابة القضائية. "ففي تلك الأنظمة تحولت المحاكم العليا (الدستورية) - التي كانت من قبل سلطة قضائية متميزة، بصورة أساسية، عن السلطة التشريعية- إلى مجرد شكل من أشكال التنوع على السلطة التشريعية. وعلى الرغم من أن المحكمة لم تعلن ذلك قط، لأسباب تتعلق بالمهنة القانونية، فإن الرقابة القضائية تعد، بحسب الأصل، نشاطاً تشريعياً. ويثور النزاع فقط بشأن ما إذا كانت هذه السلطة يجب أن تُمارس بصورة إيجابية أم مقيدة"^(٢).

(1) This is what has been envisaged in Greece. See See in Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos- Ioannis G. Koutna, Greek National Report, op. cit., p. 5.

(2) Christopher Wolfe, The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law, Basic Books, New York 1986, p.3; La transformación de la interpretación constitucional, Civitas, Madrid 1991, 15.

ولذلك، يكون من الصعب، في بعض الأحيان، من وجهة نظر رجال القانون غير الأمريكيين، فهم المدى الدقيق للتعبير العكسي المتمثل في أن أي مرشح يشغل منصب قاضي في المحكمة العليا الأمريكية يجب أن يكرره مرات ومرات في جلسات الاستماع أمام مجلس الشيوخ، وذلك تأكيداً على أن "وظيفة القاضي ليست وضع القانون، ولكن تطبيق القانون"^(١). بيد أن هذا الموقف قد اعتبر من قبيل "الأسطورة" التي يجب تفنيدها قبل أن يثور نقاش جدي بشأن الدور الصحيح للقضاة الأمريكيين. وفي هذا السياق، يذهب الأستاذ Geoffrey R. Stone إلى أن:

"تطبيق نص دستورنا الخاص بالقرنين الثامن عشر والتاسع عشر على مشكلات القرن الحادي والعشرين يتطلب، ليس فقط الانتباه الدقيق للنص، والإخلاص لأهداف الآباء المؤسسين، واحترام السوابق، ولكن أيضاً الوعي بالحقائق العملية للحاضر. ذلك، أنه يمكن للقضاة، فقط، من خلال هذا الوعي، أن يأملوا في المحافظة على وفائهم لقانوننا الأعلى في ظل مجتمع دائم التغيير. على أن ذلك لا يعني أن القضاة بمقدورهم أن ينشئوا أو يخلقوا القانون، ولكن يعني أن القانون الدستوري ليس مجرد ممارسة آلية تتمثل في تطبيق القانون"^(٢).

(1) "the task of a judge is not to make law, it is to apply the law", This was what Judge Sonia Sotomayor said in the confirmation hearing before the Senate on July 13, 2009. See in The New York Times, July 14, 2009, p. A15.

(2) "Faithfully applying our Constitution's 18th- and 19th- century text to 21st- century problems requires not only careful attention to the text, fidelity to the framers' goals and respect for precedents, but also

=

وعلى أي حال، يمكن القول إنه من الحقائق الظاهرة في العالم المعاصر أن المحاكم الدستورية قد نهضت، بصورة متزايدة، بدور كبير في مساعدة المشرع في أداء وظائفه. بل إن المحاكم الدستورية قد ذهبت إلى حد إنشاء أو خلق القواعد التي يكون بمقدورها استنباطها من الدستور **creating norms that they can deduct from the Constitution**⁽¹⁾. وفي بعض الحالات، تجاوزت المحاكم الدستورية مجرد كونها مساعدة للمشرع، وأحلت نفسها مكانه، من خلال القيام "بدور المشرع الإيجابي"، وإصدار قواعد مؤقتة **temporary or provisional rules** تطبق في مسائل معينة. وقد حدث ذلك، في العديد من الحالات، من خلال تطبيق مبدأ تعزيز تقدمية وألوية الحقوق الأساسية **the principle of progressiveness** and **prevalence of fundamental rights**، مثل الحق في المساواة وعدم التمييز بهدف حماية حقوق وضمانات المواطنين. وقد اعتبر تدخل المحاكم الدستورية في الوظيفة التشريعية، في مثل هذه الحالات، تدخلاً مشروعاً ومتفقاً مع المبادئ والقيم الدستورية.

=
awareness of the practical realities of the present. Only with such awareness can judges, in a constantly changing society, hope to keep faith with our highest law. This does not mean judges are free to make up the law as they go along. But it does mean that constitutional law is not a mechanical exercise of just 'applying the law', See Geoffrey R. Stone, "Our Fill-in-the Blank Constitution," (Op-Ed) in The New York Times, April 14, 2010, p. A27

(1) Ivan Escobar Fornos, "Las Sentencias Constitucionales" in Estudios Jurídicos, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 489.

ومع ذلك، يُلاحظ أن "الأجندة التشريعية" للمحاكم الدستورية قد اتسعت لتشمل أيضاً مجالات أخرى من "الإيجابية القضائية" أو النشاط القضائي *judicial activism*^(١)، وذلك بغرض تحقيق بعض الأهداف الاجتماعية. وقد حاولت المحاكم الدستورية التحلي بهذه الدرجة من الإيجابية القضائية- كما حدث ذلك بالفعل في الدول الاشتراكية السابقة في أوروبا الشرقية- من أجل تطبيق وتطوير وترسيخ الدستور، وبصفة خاصة من أجل تعزيز النظام الديمقراطي المتبنى حديثاً ومبادئ حكم القانون^(٢).

ولكن في الدول الأخرى، وبعيداً تماماً عن حماية الحقوق الأساسية أو عن ترسيخ المبادئ الديمقراطية، فإن خطر تغول القضاء على السلطة التشريعية على نحو يؤدي إلى زعزعة مبدأ الفصل بين السلطات ليس مجرد "شبح" أو أمراً مستبعداً، كما أشار إلى ذلك **Hamilton** منذ قرنين من الزمان^(٣). وعلى النقيض من ذلك، قد يكون

(١) تقدمت الإشارة إلى أن مذهب "النشاط القضائي" يعنى رغبة القاضي أو ميله لإدخال قيمه الشخصية بالنسبة لما هو صالح أو سيء في السياسة العامة. كما يُعرف هذا المذهب، أيضاً، بأنه يعنى التفسير الواسع للدستور (الأمريكي) استناداً إلى أن روح العصر واحتياجات الأمة تمثلان أساساً مشروغاً للتأثير في الأحكام القضائية، انظر الموقع التالي:

<http://www.thefreedictionary.com/judicial+activism>

- (2) For instance in the process of transformation of the former Socialist States into contemporary democratic States subjected to the rule of law. See for instance, Marek Safjan, Polish Natuonal Report, pp. 7, 10; Sanja Barić and Petar Bačić, Croatian National Report, pp. 18, 21, 28; Boško Tripković, Serbian National Report, pp. 1, 14.
- (3) He said in Paper No. 81 of The Federalist on "The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judiciary Authority", that "It may in the last place be observed that the supposed danger of judiciary encroachments on the legislative authority, which has been upon many occasions reiterated, is in reality a phantom.". See in Clinton Rossiter (Ed.), The Federalist Papers, Penguin Books, New York 2003, pp. 483-484.

هذا التوجه من جانب المحاكم الدستورية مأساويًا، لاسيما في الدول التي تخضع لحكومات سلطوية. ففي بعض الدول، نهضت المحاكم الدستورية، في ظل هذا الاتجاه، بمهمة تدعيم وإسباغ المشروعية على التشريعات والأعمال الحكومية غير الدستورية. بل يمكن القول، أيضًا، إن المحاكم الدستورية قد اغتصبت، في بعض الحالات، السلطات التأسيسية والتشريعية *Constituent and Legislative powers*، وذلك بغض النظر عن قرارات القضاء التي يُفترض اتخاذها بهدف تحقيق أفضل مصلحة للدولة وخير الأمة^(١).

ويجب ملاحظة أن الأمر السيئ في الحالات السابقة ليس "اعتبار القاضي مشرعًا في سبيل رفاهية المجتمع"^(٢) *The Judge as Legislator for Social Welfare* - كما كان الحال في الولايات المتحدة الأمريكية في بداية القرن العشرين، وهو ما اعتبره الفقيه الأمريكي Benjamin Cardozo ضرورة^(٣) - ولكن أن تكون المحكمة أداة لدعم حكومة سلطوية *Authoritarian government*^(٤)، أو أن تعمل من أجل تقييد الحريات الدستورية، فهذا ما لا يمكن قبوله على الإطلاق. وقد وقع

(1) Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Basic Books, New York 1986, p.101; *La transformación de la interpretación constiucional*, Civitas, Madrid 1991, p.144.

(2) *Idem* pp. 223 ff. and 305 ff.

(3) Benjamin Cardozo recognized "without hesitation that judges must and do legislate, although "only between gaps" of the law. See Benjamin Cardozo, *The nature of the Judicial process*, new haven, Yale University Press, 1921, pp.10, 113, 165. See the references in Christopher Wolfe, *op. cit.*, pp. 230,231 and 315, 316.

(4) See the comments regarding the most relevant Constitutional Chamber decision in Allan R. Brewer-Carias, *Crónica de la "In" Justicia*

من أجل تقييد الحريات الدستورية، فهذا ما لا يمكن قبوله على الإطلاق. وقد وقع شيء من ذلك، على سبيل المثال، في فنزويلا في عام ٢٠٠١ فيما يتعلق بحرية التعبير، عندما استغلت المحكمة الدستورية اختصاصاتها المخولة لها قانوناً في تقييد حق المواطنين في الاستجابة والتصحيح بشأن تصريحات الرئيس في وسائل الإعلام^(١).

وعلى أي حال، يُلاحظ أنه قد ثارت مناقشات عديدة، في كل الدول التي طورت أنظمة للرقابة على دستورية القوانين، بشأن حدود الرقابة القضائية؛ ومدى آثار قرارات المحاكم الدستورية، ودرجة التدخل المسموح بها، في الدول الدستورية، للمحاكم الدستورية في الوظائف التشريعية. وقد كانت هذه المناقشات المحتملة موجودة دائماً، وستظل موجودة أبداً. ومن الملاحظ أن هذه المناقشات قد بدأت في كل الدول منذ تبنيتها الرقابة القضائية للتشريعات، كما أنها ستستمر في ظل اعتبار المحاكم الدستورية، ليس فقط السلطة المختصة بإلغاء التشريعات غير الدستورية، ولكن أيضاً

=
Constitucional. La Sala Constitucional y el Autoritarismo en Venezuela, Caracas 2007.

- (1) Decision No. 1013 of June 12, 2001, Elías Santana Case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1013-120601-00-2760%20.htm> . See the comments in Allan R. Brewer-Carias et al, La libertad de expresión amenazada (Sentencia 1013), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Juridica Venezolana, Caracas-San Jose 2001; and in “El juez constitucional vs. la libertad de expresion: la libertad de expresion del pensamiento y el derecho a la informacion y su violacion por la Sala Constitucional,” in Allan R. Brewer-Carias, Crónica de la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el Autoritarismo en Venezuela, Caracas 2007, pp. 419-468. See also in Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, op. cit., pp. 16-17.

المفسر الأعلى والنهائي للدستور، وصاحبة السلطة في ضمان علو الدستور وتفسير التشريعات طبقاً لنصوص الدستور، وضمان إنفاذ الحقوق الدستورية الأساسية، وحل المنازعات التي تثور بين الهيئات الدستورية المختلفة في الدولة.

وقد سبق القول إن الدساتير المعاصرة قد منحت المحاكم الدستورية، حال نهوضها بدورها باعتبارها الضامن والمفسر الأعلى للدستور، سلطات جديدة وموسعة للرقابة القضائية أبعد كثيراً من مجرد إعلان عدم دستورية أو إلغاء التشريعات المخالفة للدستور. كما يُلاحظ ميل متزايد من المحاكم الدستورية نحو القيام بدور أكثر إيجابية لدى رقابة الأعمال التشريعية ومراجعة هذه الأعمال في ضوء الدستور.

ومع ذلك، يجب ملاحظة أن المحاكم الدستورية تخضع - حتى حال قيامها بهذه الأدوار الجديدة وتمتعها بهذه السلطات الموسعة - للدستور، وهي بهذه المثابة تندرج في عداد الهيئات أو السلطات الدستورية في الدولة^(١). ومعنى ذلك أن المحاكم الدستورية لا تفلت من الخضوع لمبدأ الفصل بين السلطات. ونتيجة لذلك، لا تعد المحاكم الدستورية مشرعاً، لأن الوظيفة التشريعية تسندها الدساتير للسلطات أو الهيئات التشريعية. ومن ثم، يمكن للمحاكم الدستورية أن تساعد المشرع في أداء

(1) As was stated by the Constitutional Tribunal of Peru: “the fact of the Constitutional Tribunal being the supreme interpreter of the Constitution, does not change its character of constituted power, and as all of them, subjected to the limits established in the Constitution.” Decision of February 2, 2006. STC 0030-2005. See in Fernan Altuve Febres, Peruvian National Report II, pp. 27-28. See also, Ruben Hernandez Valle, Costa Rican National Report, p. 43.

وظائفه التشريعية، ولكن لا يجوز لها أن تحل محله وأن تسن التشريعات^(١). ذلك، أن الهيئات التشريعية للدولة تحتكر سلطة التشريع في الديمقراطية المعاصرة. وتوضع سلطة التشريع في يد الهيئات النيابية المنتخبة من خلال اقتراع عام. ويكون على هذه الهيئات ممارسة الوظيفة التشريعية من خلال اقتراع عام. ويكون على هذه الهيئات ممارسة الوظيفة التشريعية من خلال إجراءات محددة دستورياً، كما تخضع للمساءلة السياسية *political accountability* أمام الناخبين. ولا يمكن للمحاكم الدستورية أن تحل محل هذا الإطار التشريعي لنشاط الدولة، من خلال قيامها بالتشريع بدلاً عن المشرع^(٢). فإذا ما تصدت المحاكم الدستورية لاغتصاب وظيفة التشريع، فإنها تخاطر بأن تصبح "حكم أقلية غير مشروع *illegitimate oligarchies*"^(٣).

- (1) Humberto Nogueira Alcalá, "La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 315.
- (2) As mentioned by Ruben Herandez Valle, "the activity of the courts is not to create law, but to interpret law. Consequently, Constitutional Courts cannot substitute the Legislator will, because constitutional interpretation, in spite of being conditioned by evident political components, is always juridical interpretation." See in Ruben Herandez Valle, *Costa Rican National Report*, p. 42.
- (3) P. Martens, "Les cours constitutionnelles: des oligarchies illegitimes?," in *La Republic des judges*, Actes du colloque organize par le Jeune Barreau de Liege le 7 fevries 1997, pp. 53-72, quoted by Chirstian Behrendt, "L'activite du judge constitutionnel comme legislateur-cadre positif", *Resume de la these destinee a la publication par la Revue europeenne de droit public*, 2010, p16, footnote, p 16.

ولذلك، ليس غريباً أن تقوم بعض المحاكم الدستورية، بنفسها، ببيان الحدود المفروضة على سلطاتها واختصاصاتها. من ذلك، على سبيل المثال، ما ذهبت إليه المحكمة العليا الفيدرالية في البرازيل- حال نظرها دعوى مباشرة بشأن عدم دستورية الفقرة (١) من المادة (٤٥) من الدستور التي ترسى مبدأ "تكامل مجلس النواب"- من أن الهيئة الوحيدة في الدولة التي يمكنها تحديد عدد النواب الفيدراليين الممثلين لأعضاء الاتحاد الفيدرالي هي مجلس الجمعية الوطنية National Congress من خلال التشريع ذي الصلة:

"إن غياب القانون التكميلي- الفراغ التشريعي- الذي يشكل الأداة القاعدية الضرورية، لا يمكن ملؤه بواسطة أي عمل آخر من أعمال الدولة- لاسيما من خلال عمل ذي طبيعة قضائية مثل ذلك الذي يصدر من هذه المحكمة. ذلك، أن الاعتراف بهذه الإمكانية يعني تحويل المحكمة العليا الفيدرالية، لدى ممارستها للرقابة المركزية على الدستورية، إلى مشروع إيجابي، وهذا دور ترفض المحكمة ذاتها القيام به"^(١).

(1) "the absence of a complementary law (vacum juris) that constitutes the necessary normative instrument cannot be filled by any other State act, specially one with jurisdictional character like this Court. The admission of such possibility would imply to transform the Federal Supreme Tribunal, when exercising the concentrated control of constitutionality, into a positive legislator, a role that the Court refuses itself to assume". See STF, DJ 19.maio.1995, ADI 267 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. See in Luis Roberto Barroso et al, "Notas sobre a questao do Legislador Positivo", Brazilian Nacional Report III, pp. 14. In another case, the Federal Supreme Tribunal reviewing the Electoral Law, (Lei No. 9.504/97).

ولكن في مقابل هذه المقاربة التي يمكن أن يُطلق عليها التقييد الذاتي self restraint، يمكن أن نقابل في بعض الدول الأخرى ما سبق أن أطلقنا عليه "الأقليات الحاكمة غير الشرعية" illegitimate oligarchies. ومن ذلك، على سبيل المثال، أن الدائرة الدستورية بالمحكمة الفنزويلية منحت نفسها، أو بالأحرى اعترفت لنفسها، بسلطة عامة يُطلق عليها "الاختصاص القاعدي" normative jurisdiction. ووفقاً لهذا الاختصاص:

"تقوم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، في بعض الحالات التي تتور فيها مخالفة دستورية، بممارسة اختصاصها بطريقة قاعدية (تشريعية)، على نحو يعطي نفاذاً حالاً ومباشراً للنصوص الدستورية. وتحدد المحكمة، بنفسها، مدى هذه السلطة وطرق ممارستها، حتى في حالة غياب التشريعات التي تبين كيفية تطبيق هذه النصوص الدستورية"^(١).

وإذا كان من الصحيح أن مثل هذا "الاختصاص القاعدي أو التشريعي" قد استُخدم، بصفة رئيسة، فيما يتعلق بالنصوص الدستورية البرمجية أو النصوص المتضمنة لبرامج معينة للعمل constitutional "programmatic"

(1) "in specific cases where a constitutional infraction arises, the Chamber has exercised jurisdiction in a normative way, giving immediate enforcement to constitutional provisions, establishing its scope or ways of exercise, even in the absence of statutes directly developing them", See Decision No. 1571 of August 22m 2001, Case Asodeviprilara. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm> See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, p. 3.

provisions ذات صلة بالحقوق الأساسية، وذلك بهدف السماح بالإفاد المباشر لهذه النصوص، فإنها قد استُخدمت، أيضاً، لسوء الحظ، لتحقيق بعض أغراض الحكومة السلطوية التي قامت في فنزويلا منذ عام ١٩٩٩^(١).

وعلى أي حال، يُلاحظ أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في فنزويلا أقامت "اختصاصها القاعدي أو التشريعي" على المادة (٣٣٥) من الدستور التي تمنح المحكمة سلطة القيام بدور ضمان سمو وفعالية النصوص والمبادئ الدستورية، وإصدار تفسيرات ملزمة لهذه النصوص والمبادئ. وقد قدرت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية أن هذا النص من الدستور:

"يسمح بالاختصاص القاعدي أو التشريعي، لاسيما فيما يتعلق بنصوص البرامج التي توجد في الدستور، ويبقى أثرها معلقاً إلى أن يتعطف المشرع ويتدخل لتطويرها"^(٢).

(1) See in general Allan R. Brewer-Carias, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experience 1999-2009*, Cambridge University Press, New York [2010].

(2) "allows the normative jurisdiction particularly regarding programmatic provisions that exists in the Constitution, which would be timely suspended up to when the Legislator could be so kind to develop them, remaining in the meantime without effects". See Decision No. 1571 of August 22m 2001, Case Asodeviprilara. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1571-220801-01-1274%20.htm> See Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 3-4

وتحقيقًا لهذا الغرض من ممارسة "الاختصاص القاعدي أو التشريعي" - الذي يعد بمعناه الواسع نموذجًا لانحراف الرقابة القضائية عن مسارها الصحيح *the pathology of judicial review* - رفضت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية أحد المبادئ العامة للقانون الإجرائي التي تفرض على المحاكم ألا تعمل إلا بناءً على طلب أحد الأطراف الذي يتوافر في حقه شرط المصلحة *standing*. ولذلك، قضت المحكمة بأنها تستطيع أن تعمل من تلقاء نفسها، أي بحكم اختصاصها *ex officio* - دون حاجة إلى طلب يُقدم إليها من طرف معين أو نزاع قضائي بشأن المسألة التي تفصل فيها^(١).

وكما هو الحال بالنسبة لأي سلطة تُمنح لإحدى هيئات الدولة دون أن تخضع هذه الهيئة لأي رقابة، فإن الرقابة القضائية المخولة للمحاكم الدستورية يمكن أن تُشوه أو تتعرض للانحراف عن مسارها الصحيح، دون أن يملك المواطنون أو السلطات الدستورية الأخرى وسيلة لرقابة هذه السلطة، أو لمنع هذا الانحراف.

والسؤال الذي يُثار هنا هو: من يحرس الحارس؟ هذا هو السؤال الذي سيبقى، دائمًا، يُطرح في مجال إساءة استخدام اختصاصات القضاء الدستوري. ورغم أهمية هذا السؤال، فإنه مازال بلا إجابة^(٢)، لأنه لا توجد سلطة في الدولة بمقدورها أن تراقب

(1) Allan R. Brewer-Carias, "Regimen y alcance de la actuacion judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela", in *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, No. 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250. See in Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, pp. 4, 5, 22.

(2) Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Grijley Ed., Lima 2009, pp. 44, 47, 51; Allan R. Brewer-Carias, "Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretacion constitucional a la

القضاء الدستوري. ويصل الأمر إلى أن المواطنين أنفسهم لا يمكنهم ذلك من خلال العملية الانتخابية.

ولذلك، يمكن القول إن القضاء الدستوري هو السلطة الوحيدة في الدولة المعاصرة التي لا تخضع لمبدأ "الرقابة والتوازن"^(١) check and balance أو لأي نوع آخر من الرقابة. ومعنى ذلك، أن إساءة استعمال القضاء الدستوري لوظائفه تبقى خارج مجال أعمال النصوص الدستورية. ولعل هذا ما دفع الأستاذ George Jellinek إلى القول إن الضمانة الوحيدة المتعلقة "بحارس الدستور" - القضاء الدستوري - تكمن في الضمير الأخلاقي للقضاة moral conscience^(٢).

=

inconstitucionalidad de la interpretacion", in Revista de Derecho Público, No 105, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27; and in VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489.

(١) لا يُفترض أن تكون أي سلطة في الدولة مطلقة، لأن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة. ولذلك، تظهر أهمية مبدأ "الرقابة والتوازن". وينبع هذا المبدأ من حقيقة توزيع السلطات في الولايات المتحدة الأميركية بين سلطة تنفيذية، وثانية تشريعية، وثالثة قضائية، تتمتع كل منها باستقلال واضح، وتمارس كل منها دوراً رقابياً على السلطتين الأخرتين فيما يُعرف في النظام الأميركي بمبدأ التوازن (Check and Balance).

(2) See George Jellinek, Ein Verfassungsgerichtshof fur Österreich, Alfred Holder, Wien 1885, quoted by Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 196.

وقد كان الأستاذ Alexis de Tocqueville دقيقاً في ملاحظته، لدى تحليل

الدستور الفيدرالي الأمريكي، عندما قال:

"إن سلام وازدهار ومجرد وجود الاتحاد موضوع في أيدي سبعة من القضاة. وبدون هؤلاء القضاة سيصبح الدستور خطاباً ميتاً. ولا يجب فقط أن يكون القضاة الفيدراليون مواطنين صالحين، وأن يتمتعوا بالخبرة والتكامل اللذين لا غنى عنهما لكل القضاة، بل يجب أن يكونوا، أيضاً، رجال دولة قادرين على تبين ملامح العصر، غير متهيئين لاجتياز العقبات ولا متباطئين للتحويل عن الاتجاه الحالي إذا كان يهددهم بالاكتماس. فالرئيس، الذي يمارس سلطة محدودة، يمكن أن يخطئ دون أن يسبب مشكلة كبيرة في الدولة. والكونجرس يمكن أن يصدر قراراً خاطئاً دون أن يسفر ذلك عن تدمير الاتحاد، لأن هيئة الناخبين التي يستند عليها الكونجرس يمكن أن تدفع الكونجرس للتراجع عن هذا القرار من خلال تغيير أعضائه. ولكن إذا ما قدر للمحكمة العليا أن تتشكل من رجال سيئين أو لا يتمتعون بالحكمة، فإن هذا سيعني سقوط الاتحاد في الفوضى أو الانزلاق إلى حرب أهلية"^(١).

(1) "The peace, the prosperity, and the very existence of the Union are vested in the hands of the seven Federal judges. Without them the Constitution would be a dead letter:...., Not only must the Federal judges be good citizens, and men of that information and integrity which are indispensable to all magistrates, but they must be statesmen, wise to discern the signs of the times, not afraid to brave the obstacles that can be subdued, nor slow to turn away from the current when it threatens to sweep them off, and the supremacy of the Union and the obedience due to the laws along with them. The President, who

وفي ذات الاتجاه، يحذر Alexander Hamilton من سلطة "المحكمة العليا المقترحة للولايات المتحدة الأمريكية"، وبصفة خاصة من أن:

"سلطتها في تفسير القوانين وفقاً لروح الدستور ستتمكنها من إعطاء الشكل الذي تراه صحيحاً للقوانين، لاسيما وأن قرارات المحكمة لا تخضع من أي ناحية، للمراجعة أو التصحيح من جانب السلطة التشريعية".

وخلص Alexander Hamilton إلى أن:

"الهيئات التشريعية للولايات بمقدورها، في أي وقت أن تصحح- من خلال القوانين التي تصدرها- القرارات الشاذة الصادرة عن المحاكم في تلك الولايات. ولكن الأخطاء وحالات اغتصاب السلطة التي تصدر من المحكمة العليا تبقى بلا رقابة ولا تعويض عنها"⁽¹⁾.

exercises a limited power, may err without causing great mischief in the state. Congress may decide amiss without destroying the Union, because the electoral body in which the Congress originates may cause it to retract its decision by changing its members. But if the Supreme Court is ever composed of imprudent or bad men, the Union may be plunged into anarchy or civil war", See Alexis de Tocqueville, Democracy in America, Chapter VIII "The Federal Constitution," from the Henry Reeve Translation, revised and corrected, 1899, in: http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/1_ch08.htm See also in Jorge Carpizo, El Tribunal Constitucional y sus límites, Grijley Ed., Lima 2009, pp. 46-48.

- (1) "the legislatures of the several States, can at any time rectify, by law, the exceptionable decisions of their respective courts. But the errors and usurpations of the Supreme Court of the United States will be uncontrollable and remediless". See Alexander Hamilton, Paper No.

وتبدو الملاحظات السابقة بالغة الأهمية، لاسيما في الأنظمة الديمقراطية، حيث يشكل تحول المحاكم الدستوري إلى مشرع انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ويجعل من هذه المحاكم سلطة لا تخضع لأي مسئولية سياسية *political liability*. وبعبارة أخرى، يمكن القول إن عدم وضوح الحدود الفاصلة بين التفسير "والاختصاص القاعدي أو التشريعي" يمكن أن يحول حارس الدستور- المحاكم الدستورية- إلى سلطة ذات سيادة"^(١).

والحقيقة أنه بالنظر إلى النظام السياسي أو شروط أعضاء المحاكم الدستورية، يمكن أن تتحول هذه الأدوات المهمة- المحاكم الدستورية- المصممة من أجل ضمان سمو الدستور، وإنفاذ الحقوق الأساسية وعمل النظام الديمقراطي، إلى أدوات شريرة في أيدي الأنظمة السلطوية القمعية بهدف إسباغ المشروعية على الأعمال الصادرة عن الأفرع الأخرى للحكومة، وذلك رغم تعارض هذه الأعمال مع الدستور"^(٢). وفي مثل هذه الحالات التي تتعايش فيها المحاكم الدستورية مع الأنظمة

81 of The Federalist on "The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judiciary Authority." See in Clinton Rossiter (Ed.), The Federalist Papers, Penguin Books, New York 2003, pp. 480. See also in Laurence Claus & Richard S. Kay, US National Report, p. 10.

(1) "could transform the guardian of the Constitution into sovereign". See Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas esterotipadas vinculadas a ellas," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 161.

(2) Nestor Pedro Sagues, La interpretación judicial de la Constitución, LexisNexis, Buenos Aires 2006, p. 31

السُّلْطوية وتخضع لرغباتها- ربما بمحض إرادتها في بعض الأحيان- يحدث عكس ما لاحظته الأستاذ Mauro Cappelletti منذ عقود، عندما أكد أن الرقابة القضائية لا تتناغم مع الأنظمة السلطوية، حيث إن هذه الأخيرة- باعتبارها عدوة للحرية^(١)- لا تتحمل فكرة الرقابة القضائية. ويظهر هذا العوار في الرقابة القضائية عندما تقوم المحاكم الدستورية- باعتبارها مجرد أدوات في أيدي الحكومات السلطوية- بدور المشرع واغتصاب سلطاته ووظائفه، بل يصبح الأمر أسوأ عندما تغتصب هذه المحاكم سلطات الجمعية التأسيسية، وتعديل الدستور بطريقة غير مشروعة. ومما يُؤسف له أن هذا يحدث عندما تقبل المحاكم الدستورية أن تعمل في خدمة الأنظمة السلطوية وأن تكون مجرد أدوات في أيديها. ومن الأمثلة على هذا النموذج من المحاكم الدستورية الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في فنزويلا طوال العقد الذي خضعت فيها هذه الدولة لحكومة سلطوية مستبدة، حيث تُظهر قرارات هذه الدائرة الدستورية بشاعة وخطورة المرض الذي يمكن أن يصيب القضاء الدستوري- الخضوع للأنظمة السلطوية- على نحو يحولُه من "عدالة دستورية" إلى "لا عدالة دستورية" أو "ظلم دستوري"^(٢).

(1) Mauro Capelletti, "Renegar de Montesquieu? La expansion y legitimidad de la justicia constitucional," in Revista Espanola de Derecho Constituiconal, Ano 6, No. 17, Madrid 1986, p. 17. See Francisco Eguiguren and Liliana Salome, Peruvian National Report I, p. 7.

(2) See in general, Allan R. Brewer-Carias, Crónica de la "In" Justicia Constitutional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2007.

الفصل الثالث

دور المحاكم الدستورية المتداخل مع السلطة التأسيسية

تتداخل المحاكم الدستورية في العديد من الحالات- باعتبارها هيئات أو سلطات دستورية- ليس فقط مع المشرع العادي، ولكن أيضاً مع "المشرع الدستوري"، أي مع "السلطة التأسيسية" التي تضع القواعد الدستورية، لدى حل المنازعات الدستورية بين هيئات أو سلطات الدولة المختلفة، على نحو قد يفضى إلى تعديل نصوص الدساتير، وإعطائها معانٍ معينة (المبحث الأول).

وفى هذا السياق، يُثار التساؤل بشأن ما إذا كان بإمكان المحاكم الدستورية أن تقوم بالمهمة السابقة في الحالات التي يكون متاحاً لها فيها "رقابة دستورية النصوص الدستورية ذاتها" (المبحث الثاني).

كما يُثار التساؤل أيضاً عن مدى إمكانية قيام المحاكم الدستورية بتعديل الدستور من خلال دورها في تفسيره، ومدى دستورية هذا التعديل (المبحث الثالث).

بيد أن السلطات الواسعة السابقة للمحاكم الدستورية قد يحولها، في بعض الحالات، من حارسة للدستور إلى الأداة الأكثر عدوانية وشراسة في يد الأنظمة السياسية الشمولية السلطوية، مما يتطلب إلقاء الضوء على مشكلة التعديلات غير المشروعة للدستور (المبحث الرابع).

المبحث الأول

دور المحاكم الدستورية في حل المنازعات الدستورية

ووضع القواعد الدستورية

يتضمن مبدأ سمو الدستور *supremacy of the Constitution* ، لاسيما فيما يتعلق بالدساتير الجامدة، أن الدستور وكل القواعد الدستورية لا يمكن وضعها إلا من جانب السلطات التأسيسية المنشأة والمنظمة في الدستور ذاته. وهذه السلطة التأسيسية قد تتمثل في الشعب الذي يعبر عن إرادته مباشرة، على سبيل المثال، من خلال استفتاء *a referendum* أو إحدى هيئات الدولة التي تعمل كسلطة تأسيسية مشتقة *derived Constituent Power*. ويترتب على هذه النصوص أنه ليس ثمة سلطة تأسيسية بمقدورها أن تقوم، بنفسها، بوضع القواعد الدستورية، إلا إذا كان الدستور يخولها، صراحة، سلطة المشاركة في عملية وضع الدستور *a constitution-making process*.

ومع ذلك، من الممكن أن تكون هناك، في ظل القانون الدستوري المعاصر، بعض الحالات التي تكون فيها بعض هيئات أو سلطات الدولة مخولة في الدساتير بطريقة استثنائية وغير مباشرة، سلطة وضع قواعد دستورية. من ذلك، على سبيل المثال، البرلمانات، لاسيما في الحالات التي تمنح فيها الدساتير البرلمانات سلطة تبني قواعد ذات قيمة أو مرتبة دستورية، وهي ما يُطلق عليه القوانين الدستورية *Constitutional laws*. وفي بعض الحالات الأخرى، تمنح الدساتير المحاكم الدستورية، صراحة، سلطة وضع قواعد دستورية لدى الفصل في المنازعات

الدستورية المتعلقة باختصاصات هيئات الدولة، كما هو الحال، على سبيل المثال، بالنسبة لمسائل اللامركزية السياسية **Political decentralization**. ويبدو هذا صحيحاً، بصفة خاصة، في الدول الفيدرالية (الاتحادية) التي تكون قائمة، دائماً، على نظام دستوري من توزيع السلطات على أساس إقليمي بين المستوى الفيدرالي (الوطني أو الاتحادي) ومستوى الولايات **States level**، وفي بعض الحالات بالنسبة للمستوى المحلي **a Municipal level**.

وتقوم المحاكم الدستورية، بلا شك، بوضع قواعد دستورية لدى حلها لمنازعات الاختصاص التي تثور بين الهيئات أو السلطات الدستورية المختلفة. وفي هذا السياق، يلاحظ الأستاذ **Konrad Lachmayer**، فيما يتعلق بالنمسا، أن الفقرة (٢) من المادة (١٣٨) من الدستور تخول المحكمة الدستورية، منذ عام ١٩٢٥، أن تعمل "كمشرع إيجابي" **a positive legislator**، وذلك لأن هذه المادة تعطي "سلطات إيجابية" للمحكمة في ذلك المجال ذي الحساسية البالغة المتعلق بتوزيع الاختصاصات بين الاتحاد **Federation** والولايات **Länder**.

وقد كان نص هذه الفقرة يجري على النحو التالي: "وتقرر المحكمة الدستورية، بناءً على طلب الحكومة الاتحادية أو إحدى الولايات، ما إذا كان العمل التشريعي أو التنفيذي يشكل جزءاً من اختصاص الاتحاد أو الولايات". ومعنى ذلك، أن المحكمة الدستورية لها الكلمة الأخيرة بشأن ما إذا كانت السلطة العليا تدخل في اختصاص الاتحاد أم الولايات.

ونظراً لأن المفهوم النمساوي للدولة الاتحادية لا يعرف الاختصاصات المشتركة **Concurring competences** بين المستوى الاتحادي للحكومة

وحكومات الولايات، فإنه لا يوجد سوى اختصاصات حصرية وفقاً لنظام فصل صارم بين السلطات. ومن نتيجة ذلك، تعد قرارات المحكمة الدستورية، التي تصدر في ظل الفقرة (٢) من المادة (١٣٨) من الدستور، من قبيل التفسير الأصيل للدستور. ومعنى ذلك، أن المحكمة الدستورية النمساوية تصدر "قوانين دستورية" enacts constitutional law لدى مباشرتها لاختصاصاتها في الفصل بين الهيئات والسلطات الدستورية^(١).

وفي الدول الاتحادية الأخرى ذات النظام المركزي للرقابة القضائية مثل النموذج النمساوي، تتمتع المحاكم الدستورية، أيضاً، بسلطة الفصل في المنازعات التي تثور بين الاتحاد والولايات المكونة له. ومن ثم، تختص المحاكم الدستورية بتحديد المستوى - الاتحادي أو المحلي (حكومات الولايات) - الذي يتمتع بالاختصاص محل النزاع. وهذا هو الحال، أيضاً، على سبيل المثال، بالنسبة لفرنزويلا، حيث تتمتع الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بسلطة الفصل في المنازعات الدستورية التي تثور بين الهيئات الوطنية، والولايات، والمحلية (الفقرة ٩ من المادة ٣٣٦)^(٢)، في ظل نظام توجد فيه اختصاصات مشتركة بين هذه المستويات الثلاثة، وذلك بالإضافة إلى الاختصاصات الحصرية الذي تتمتع بها كل من هذه المستويات. وليس ثمة شك، في أن قرار الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، لدى تحديدها لمستوى الحكومة الذي يتمتع

(1) Konrad Lachmayer, Austrian National Report, pp. 1-2.

(2) For instance, decision No 2401 of October 8, 2004, Gobernador del Estado Carabobo vs. Poder Ejecutivo Nacional Case, in Revista de Derecho Público, No. 99-100, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2004, p. 317.

بالاختصاص محل النزاع، يكتسب قيمة أو مرتبة دستورية، بما يعني تكريس قواعد دستورية تسهم في تحديد الإطار الاتحادي (الفيدرالي) للدولة. وقد حدث- بصفة خاصة، بشأن توزيع الاختصاصات بين المستويات المختلفة- المحليات، والولايات، والحكومة الوطنية- والذي لا يمكن تعديله إلا من خلال تعديل أو إصلاح دستوري^(١)، وعلى وجه التحديد فيما يتعلق بالاختصاص المحافظة على إدارة واستخدام الطرق، والطرق السريعة الوطنية، والموانئ والمطارات الوطنية ذات الاستخدام التجاري، والذي كان ممنوحًا، بصورة حصرية، للولايات (الفقرة ١٠ من المادة ١٦٤ من الدستور- أن اقترحت السلطة التنفيذية الوطنية جعل هذا الاختصاص مركزياً من خلال اقتراح بإجراء تعديل دستوري في هذا الخصوص^(٢). بيد أن الشعب رفض هذا المقترح في الاستفتاء

(1) Allan R. Brewer-Carias, "Consideraciones sobre el regimen de distribucion de competencias del Poder Publico en la Constitucion de 1999," in Fernando Parra Aranguren and Armando Rodriguez Garcia (Editors), Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, pp. 107-136.

(2) Allan R. Brewer-Carias, Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2007, pp. 41 ff.; and La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007), Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2007, pp. 72 ff.

الشعبي الذي أجري لهذا الغرض. وما يُلاحظ في هذا الخصوص أن ما رفضه الشعب في الاستفتاء أخذت به الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في قرارها رقم (٥٦٥) الصادر في ١٥ أبريل ٢٠٠٨^(١).

وقد أصدرت الدائرة الدستورية هذا القرار في إطار فصلها في طلب مستقل an *autonomous recourse* للتفسير الدستوري قدمه المحامي العام. ففي هذا القرار، حُول الاختصاص الحصري للولايات"، المذكور آنفًا، إلى "اختصاص مشترك" *concurrent competency*، ومن ثم يمكن للحكومة الوطنية أن تجذبه لصالحها. والحقيقة أن الدائرة الدستورية قد قامت، بصورة غير مشروعة، من خلال هذا التفسير، بإدخال تعديل على الدستور، واغتصاب السيادة الشعبية، وتغيير الشكل الفيدرالي للدولة من خلال تغيير نظام توزيع السلطات بين السلطة الوطنية والولايات،

(1) Decision of the Constitutional Chamber, N° 565 of April 15, 2008, Case: Attorney General of the Republic, interpretation recourse of article 164, 10 of the 1999 Constitution of 1999, in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm> See also in Daniela Urosa Maggi, Venezuelan Nacional Report, pp. 15-16. See the comments in Allan R. Brewer-Carias, "La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la "reforma" de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional," in Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1 , pp. 29-51.

وبصفة خاصة عن طريق منح سلطة- حولها الدستور، صراحة وبصورة حصرية، إلى الولايات- إلى السلطة المركزية.

ولكن بالإضافة إلى الحالة السابقة التي تندرج في عداد انحرافات الرقابة القضائية عن مسارها الصحيح فيما يتعلق بدور المحاكم الدستورية الذي يسهم في تحديد الشكل الاتحادي للدول الاتحادية، يمكن الإشارة، أيضاً، إلى دور المحكمة العليا الأمريكية المتعلق بتحديد سلطات الحكومة الفيدرالية في إطار علاقاتها بالولايات. وفي هذا السياق، يُلاحظ أن المحكمة العليا الأمريكية قد طورت تفسيراً دستورياً موسعاً فيما يتعلق بسلطة الكونجرس، على نحو يمنح الكونجرس سلطة موسعة للتنظيم **broad authority to regulate commerce clause**. وتنص الفقرة (٨) من المادة الأولى على أن "الكونجرس يتمتع بسلطة تنظيم التجارة مع الأمم الأجنبية، وبين الولايات، ومع القبائل الهندية". وقد فُسر هذا النص، في بادئ الأمر، في قضية ^(١) *Gibbon v. Ogden*، حيث عرف القاضي *John Marshall* كلمة "تجارة" *Commerce* بأنها تشمل كل مراحل الأعمال **all phases of business**، وكلمة "بين الولايات" على أنها تشير إلى الآثار البيئية (أي التي تؤثر على ولايات متعددة)، وإن كانت التجارة ذاتها تدور في إطار ولاية واحدة. والحقيقة أن "بند التجارة" كان محل تركيز العديد من قرارات المحكمة العليا الأمريكية التي تتعلق بسلطات الكونجرس والاتحاد"^(٢)، مما أدى، في

(1) *Gibbon v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat) I (1824).

(2) *Erwin Chemerinsky, Constitutional Law. Principles and Policies*, Aspen Publishers, New York, 2006, pp. 243 ff.

نهاية الأمر، إلى تبني العديد من القرارات المهمة، من جانب المحكمة العليا، التي أبطلت فيها أجزاء مهمة من تشريع العهد الجديد *New Deal legislation*^(١).

ففي القرارات السابقة، توقفت المحكمة العليا الأمريكية عن التمييز بين التجارة والمراحل الأخرى للعمل، مثل أعمال المناجم، والتصنيع، والإنتاج، بما يمكن أن يكون له تأثير على التجارة بين الولايات دون تمييز بين الآثار المباشرة والآثار غير المباشرة لهذه التجارة، كما توقفت المحكمة عن اعتبار التعديل العاشر يشكل قيداً على سلطة الكونجرس. وفي ظل هذا الاختبار، أضحي من الصعب، كما يشير إلى ذلك الأستاذ *Erwin Chemerinsky*، تصور شيء معين لا يستطيع الكونجرس أن ينظمه في ظل بند التجارة، مادام أنه، لا يشكل انتهاكاً لنص دستوري آخر^(٢). ولاشك أن المحكمة العليا الأمريكية قد تمكنت من خلال هذه القرارات- المرتبطة بمسائل الدولة الفيدرالية- أن ترسي قواعد ذات قيمة أو مرتبة دستورية.

ولكن يلاحظ أنه إلى جانب هذه الحالات التي تتبنى فيها المحاكم الدستورية قواعد لدى الفصل في المنازعات الدستورية المتعلقة بالتوزيع الدستوري للسلطات في الدول الفيدرالية، فإنها ليست مخولة مكنة إصدار قواعد دستورية. ولاشك أن إضفاء المحاكم الدستورية قيمة دستورية على القواعد الصادرة من السلطات الأخرى يشكل انتهاكاً للدستور. ومع ذلك، فقد وقعت هذه المخالفة في فنزويلا، حيث منحت الدائرة

(1) For example : *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), *United States V. Darby* 312 U.S. 199 (1941), and *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

(2) *Idem*, pp. 259-260.

الدستورية بالمحكمة العليا قيمة دستورية- بل أيضاً فوق دستورية *supra constitutional rank*- لنصوص رفضها الشعب في استفتاء شعبي. وبيان ذلك، أنه بعد الموافقة الشعبية على دستور ١٩٩٩، تبنت الجمعية التأسيسية الوطنية "مجموعة من النصوص الدستورية الانتقالية"، من خلال "نظام لانتقال السلطة العامة" *Regime of Transition of the Public Power*^(١). بيد أن الشعب لم يوافق على هذا المرسوم. ومن خلال هذا المرسوم، عزلت الجمعية التأسيسية كل رؤساء الأفرع المختلفة للحكومة، بما في ذلك أعضاء المحكمة العليا، وعينت أعضاء جددًا. ومعنى ذلك، أن هذا المرسوم كان يتضمن أحكاماً انتقالية تختلف عن النصوص الانتقالية الحقيقية الواردة في نص الدستور. وقد طعن على هذا النظام الانتقالي استناداً إلى عدم دستوريته، إلا أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا للعدل اعتبرت، في قرارها رقم (٦) الصادر في ٢٧ يناير في عام ٢٠٠٠^(٢)، أن الجمعية التأسيسية الوطنية تحوز "سلطة فوق دستورية" لوضع "نصوص دستورية"- "*supra-constitutional*" "power to create constitutional provisions"- دون حاجة إلى موافقة شعبية. ومعنى ذلك، أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا قد اعترفت بوجود نظامين دستوريين انتقاليين متوازيين: ذلك المتضمن في النصوص الانتقالية الواردة بالدستور الذي وافق عليه الشعب، والأخر موجود بالنصوص الانتقالية التي وافقت عليها

(1) Gaceta Oficial No 36.859, December 29, 1999.

(2) Milagros Gómez y otros Case. See in Revista de Derecho Público, No 81, Editorial Juridica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 81 ff. and in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/06-270100-000011.htm>, See also in Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, p. 14.

الجمعية التأسيسية الوطنية دون موافقة شعبية. وبهذه الطريقة، يمكن القول إن المحكمة قد سمحت بتعديل الدستور بطريقة غير مشروعة، على نحو يشكل انتهاكاً للسيادة الشعبية، ويفسح المجال لفترة طويلة من عدم الاستقرار الدستوري، تجاوزت العشر سنوات. وقد صادقت الدائرة الدستورية ذاتها على هذا التعديل الدستوري في قرارها رقم (١٨٠) الصادر في ١٨ مارس ٢٠٠٠^(١).

(1) Allan Brewer-Carías y otros Case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/180-280300-00-0737%20.htm>, See the the comments in Allan R. Brewer-Carias, Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Mexico 2002, pp.367 ff.; and in “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutacion de la Constitucion: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, in Revista de Administración Pública, No. 180, Madrid 2009, pp. 383-418. See also Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, p. 14.

المبحث الثاني

دور المحاكم الدستورية في الرقابة القضائية على النصوص

وإصلاحات الدستورية

ثمة طريقة أخرى، يمكن للمحاكم الدستورية أن تساهم من خلالها في إصدار القواعد الدستورية، وذلك عندما تكون هذه المحاكم مخولة سلطة رقابة الدستور ذاته. ويمكن أن نجد نموذجًا لهذه الطريقة في النمسا، حيث تُخول المحكمة الدستورية سلطة رقابة نصوص الدستور في ضوء المبادئ الأساسية، مثل مبدأ الديمقراطية principle of democracy، والدولة الفيدرالية أو الاتحادية the federal state، وحكم القانون the rule of law، والفصل بين السلطات separation of powers، والنظام العام لحقوق الإنسان the general system of human rights. وفي عام ٢٠٠١، خلصت المحكمة الدستورية، حال ممارستها لهذه السلطة، إلى إعلان عدم دستورية قانون دستوري، ومن ثم إلغاء بعض النصوص الدستورية^(١). وقد كان سبب هذا القرار هو السياسة الدائمة للمشرع النمساوي الذي دأب، بصورة غير مباشرة، على إضفاء مشروعية على نصوص غير دستورية من خلال تبني نصوص دستورية جديدة تعكس ذات مضامين النصوص الدستورية القديمة التي تؤكد من عدم دستورتها. وفي هذه القضية، أعلنت المحكمة الدستورية بطلان أحد النصوص الدستورية الذي

(1) See for instance decision of the Constitutional Court VfSlg 16.327/2001. See in Konrad Lachmayer, Austrian National Report, p. 6 (footnote 20).

يستثنى بعض أجزاء قانون الشراء العام *the Public Procurement Act* من الخضوع لأحكام الدستور.

وتجدر الإشارة إلى أن مدى الرقابة القضائية التي مارستها المحكمة الدستورية كان مقصوراً على المبادئ الأساسية للدستور، حيث قررت المحكمة أن بعض المبادئ الدستورية- مثل المبدأ الديمقراطي *the democracy-principle* ومبدأ الدولة القانونية *the Rechtsstaat-principle*- قد تعرضت للانتهاك، نتيجة استثناء أو استبعاد بعض أجزاء قانون الشراء العام من الامتثال لأحكام الدستور^(١).

وفي ذات الاتجاه، يمكن للمحاكم الدستورية أن تصدر قواعد دستورية، أيضاً، لدى ممارسة رقابة قضائية على التعديلات الدستورية. من ذلك، على سبيل المثال، أن كل إجراءات الرقابة أو المراجعة الدستورية، بما في ذلك إجراء استفتاء شعبي أو اجتماع الجمعيات التأسيسية يمكن- وفقاً للمادة (٣٧٩) من دستور كولومبيا- إخضاعها للرقابة القضائية بواسطة المحكمة الدستورية التي يكون بمقدورها إعلان عدم دستورية هذه الإجراءات إذا تضمنت مخالفة للقواعد الإجرائية^(٢). ويمكن الإشارة، أيضاً، إلى المادة (٤٣٣) من دستور الإكوادور التي تخول المحكمة الدستورية سلطة تحديد أي إجراءات المراجعة الدستورية (إصلاح أو تعديل) يجب تطبيقه.

(1) *Idem*, p. 9.

(2) See Mario Alberto Cajas Sarria, "Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia," in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 7, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2007, pp. 19 ff.

ويخول دستور بوليفيا المحكمة الدستورية سلطة الفصل في دعاوى عدم الدستورية- التي تُرفع في مواجهة إجراء الإصلاح الجزئي للدستور partial reform of the Constitution^(١).

وفي اليونان، تؤكد المحاكم سلطتها في مباشرة رقابة قضائية على التعديلات الدستورية، وذلك رغم عدم بيانها للأساس الدستوري الذي تستند عليه في مباشرة هذه السلطة^(٢).

ويختلف الموقف، تمامًا، في الحالات، التي تُجري فيها المحاكم الدستورية رقابة قضائية على الإصلاحات أو التعديلات الدستورية من الناحية الموضوعية on their merits، وليس فقط من الناحية الإجرائية. من ذلك، على سبيل المثال، عندما تتناول هذه الإصلاحات تعديل بنود دستورية يحظر الدستور، صراحة، تعديلها cláusulas pétreas. من ذلك، أن دستور البرازيل ينص على أنه: "لا يجوز النظر في أي اقتراح بالتعديل، إذا كان يستهدف إلغاء: "١- الشكل الفيدرالي للدولة،

(1) Allan R. Brewer-Carias, *Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución*. Venezuela 1999-2009, Academia e Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 78 ff.; and "La reforma constitucional en America Latina y el control de constitucionalidad", in *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Congreso Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá Colombia, junio 14 al 17 de 2005, Bogota, 2005, pp. 108-159.

(2) See Supreme Special Court judgement no. 11/2003, DtA 2009, 553 (555-556). See in Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, *Greek National Report*, p. 11 (footnote 85).

٢- التصويت الدوري السري، المباشر، ٣- الفصل بين السلطة الحكومية، ٤- الحقوق والضمانات الفردية (الفقرة ٤ من المادة ٦٤)^(١).

ومع ذلك، فإن سلطات المحكمة الدستورية في ممارسة رقابة قضائية فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية *the merits* للإصلاحات أو التعديلات الدستورية. حتى في تلك الحالات المتعلقة ببند لا يمكن تعديلها. يجب أن يكون معترفاً بها، صراحة، في الاختصاصات المخولة لها، تماماً كما اعترف بذلك صراحة في بعض الدول فيما يتعلق برقابة المسائل الإجرائية للإصلاحات أو التعديلات الدستورية. وعلى النقيض من ذلك، فإن ممارسة المحكمة الدستورية لسلطات للرقابة القضائية. ليست مخولة لها في الدستور. فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية للإصلاحات أو التعديلات الدستورية، سينتهي بالمحكمة الدستورية، في نهاية المطاف، إلى أن تُحل نفسها محل السلطة التأسيسية. وهذا ما حدث، على سبيل المثال، في كولومبيا في القرار الذي أصدرته المحكمة الدستورية في ٢٦ فبراير ٢٠١٠، عندما ألغت المحكمة القرار رقم (١،٣٤٥) لعام ٢٠٠٩ الذي ينص على إجراء استفتاء للموافقة على تعديل المادة (١٩٧) من الدستور من أجل السماح بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية لفترة ثالثة^(٢). ففي هذه القضية، أخذت المحكمة في اعتبارها. وذلك بالإضافة إلى العيوب الإجرائية المتنوعة

- (1) "No proposal of amendment shall be considered which is aimed at abolishing: I. The federative form of State; II. The direct, secret, universal and periodic vote; III. The separation of the Government Powers; IV. Individual rights and guarantees" (Article 64, para. 4)."
- (2) The Decision up to June 2010, has not yet been published. Nonetheless the Court published a Communique No 9, February 26, 2010, containing the basic ruling. See in www.corteconstitucional.com See also in Sandra Morelli, Colombian National Report, pp. 13-16. See also German Alfonso Lopez Daza, Colombian National Report I, p.6.

التي تؤثر على المبادرة الشعبية بهذا التشريع والعملية التشريعية التي انتهت إلى الموافقة على هذا القانون- وجود عيوب أو أوجه من الإفراط" في ممارسة سلطة الإصلاح أو التعديل الدستوري " vices or excesses in the exercise of the power of constitutional reform، وأشارت المحكمة إلى قضاء مستقر منذ عام ٢٠٠٣ تحت اسم "نظرية الإحلال" the theory of substitution، وأكدت المحكمة أنه "ليس من الممكن إجراء أي تعديل دستوري يتجاهل المبادئ الأساسية أو العناصر المحددة لدستور ١٩٩١"، وخلصت المحكمة إلى تأكيد سلطتها في ممارسة رقابة قضائية، حتى فيما يتعلق بالقانون الذي ينص على إجراء استفتاء بشأن التعديل الدستوري.

وفيما يتعلق بالقانون رقم (١,٣٥٤) لسنة ٢٠٠٩، خلصت المحكمة إلى أن هذا القانون:

"يتجاهل بعض المحاور الأساسية للدستور السياسي مثل مبدأ الفصل بين السلطات ونظام المراجعة والتوازن، وقاعدة تدول السلطة، والفترات الرئاسية، والحق في المساواة، والطبيعة العامة والمجردة للقوانين"^(١).

وقد تمثلت النتيجة العامة التي استخلصتها المحكمة، في قرارها الصادر في عام ٢٠١٠ من أجل إعلان عدم دستورية وإلغاء القانون رقم (١,٣٥٤) الذي ينص على إجراء استفتاء بشأن التعديل الدستوري، في أن الأمر لا يتعلق فقط:

"بمجرد عيوب إجرائية، ولكن أيضاً بانتهاكات موضوعية للمبدأ

(1) "found that it ignores some structural axes of the Political Constitution like the principle of separation of powers and the system of checks and balances, the rule of alternation and presidential terms, the right to equality and the general and abstract nature of the laws.", Id. p. 19.

الديمقراطي، الذي يعد من بين مكوناته الأساسية احترام الأشكال المنصوص عليها، من أجل أن يتمكن الشعب من التعبير عن نفسه"^(١).

وفيما يتعلق بهذا القرار الصادر من المحكمة الدستورية الكولومبية، اعتبرت الأستاذة Sandra Morelli أنه "لا شيء أقل إدهاشاً من أن نجد الهيئة الوطنية المسئولة عن ضمان سمو الدستور والمحافظة عليه- المحكمة الدستورية - في تناقض حاد مع مضمون المادة (٢٤٧) من الدستور التي تقصر اختصاصها على نظر العيوب الإجرائية لدى ممارسة رقابتها على دستورية القوانين، التي تنص على إجراء استفتاء دستوري، وهذا ما يثير مسألة أن التعديل الدستوري المقترح سيشكل إحلالاً للنظام الدستوري بطريقة لا تملكها سوى السلطة التأسيسية الأصلية". وترى الأستاذة Sandra Morelli أن إثارة المحكمة الدستورية لمفهوم السلطة التأسيسية، الأصلية المنوط بها تبني تعديلات تنطوي على إحلال substitution or subrogation للدستور يمثل تقييداً لسلطات "السلطة التأسيسية المشتقة" في إدخال تعديلات على الدستور".

ويلاحظ أن المحكمة قد أشارت، أيضاً، إلى السلطات الدستورية شبه الواقعية the de facto extra- constitutional powers، وتحولات الدستور mutations of the Constitution^(٢).

(1) "a matter of mere procedural irregularities but of substantial violations of the democratic principle, one of whose essential components is the respect of the forms provided so that the people can express itself.", Id. p. 20

(2) Id. p. 22.

المبحث الثالث

دور المحاكم الدستورية في تعديل الدستور
والتعديلات الدستورية المشروعة

ثمة موقف مختلف يظهر عندما تقوم المحاكم الدستورية بتعديل النصوص الدستورية من خلال التفسير الدستوري. وليس ثمة شك في أن واحداً من الأدوار الرئيسية للمحاكم الدستورية، لدى ممارستها لسلطتها في الرقابة القضائية على التشريعات، يتمثل في تفسير الدستور، وتكييف نصوصه وفقاً للمبادئ والقيم الدستورية، لا سيما في المسائل المتعلقة بحماية الحقوق الأساسية. ففي مثل هذه الحالات، تنخرط المحاكم الدستورية- كما يقول الأستاذان Laurence Claus وRichard S. Kay- في "وضع القانون الدستوري بصورة إيجابية"، وبصفة خاصة، عندما يشكل الحكم "إنشاء لواجبات عامة إيجابية"^(١). ونتيجة لذلك، يكون من الممكن قبول "التعديلات الدستورية التي تكون من عمل القضاء judge-made constitutional mutations". وهذا التعبير يعني "تغييراً في تفسير أحد النصوص الدستورية على الرغم من المحافظة على ذات الصياغة الواردة في الدستور"^(٢). ولكن تثور بعض المخاطر حال قيام المحاكم الدستورية بهذا الدور، وذلك

(1) "engage in positive constitutional lawmaking" particularly when the rule they "formulate, creates 'affirmative' public duties". See Laurence Claus & Richard S. Kay, U.S. National Report, p. 6.

(2) "as a change in the interpretation of a constitutional provision, the meaning of which is altered in spite of the maintenance of the same wording of the Constitution". See Salvador O. Nava Gomar,

لأنه إذا كان من الصحيح أن المحاكم الدستورية يمكن اعتبارها أداة استثنائية لتعديل الدستور، وتدعيم حكم القانون، فإنه من الصحيح أيضاً أن المحاكم الدستورية يمكن أن تكون أداة شيطانية للديكتاتورية الدستورية، التي لا تخضع للرقابة عندما تضيف مشروعية على الانتهاكات الدستورية التي ترتكبها الأنظمة القمعية، أو عندما لا يكفل مبدأ الفصل بين السلطات^(١).

وهذه التعديلات الدستورية، عندما تدعم حكم القانون، تقع، بصفة عامة، كنتيجة لإنفاذ القيم والمبادئ الأساسية للدستور، لاسيما فيما يتعلق بحماية الحقوق

=

“Interpretacion, mutacion y reforma de la Constitucion. Tres extractos” in Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), Interpretación Constitucional, Tomo II, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Mexico 2005, pp. 804 ff. See also Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, Brazil National Report, p. 28. See in general, on the subject, Konrad Hesse, “Limites a la mutacion constitucional,” in Escritos de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

- (1) “Constitutional Courts, certainly, can be considered as a phenomenal instrument for the adaptation of the Constitution, and the reinforcement of the rule of law;” it is also true that “they can also be a diabolic instrument of constitutional dictatorship, not subjected to control, when they validate constitutional violations made by authoritarian regimes or when separation of powers is not assured”. See Allan R. Brewer-Carias, “La reforma constitucional en America Latina y el control de constitucionalidad”, en Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Congreso Internacional junio 14 al 17 de 2005), Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, 2005, pp. 108-159

الأساسية وترسيخ دعائم الحكم الديمقراطي. ومع ذلك، يُلاحظ أن هذه التعديلات يمكن أن تقع، أيضاً، في سياق المسائل الدستورية الأخرى المرتبطة بالتنظيم العام للدولة. ما من ريب في أن واحداً من الأدوار الرئيسية للمحاكم الدستورية، لدى ممارستها لسلطتها في الرقابة القضائية على القوانين، يتمثل في تفسير الدستور، وتكييف نصوصه وفقاً للمبادئ والقيم الدستورية. وهنا يُثار التساؤل بشأن مدى مشروعية استخدام المحاكم الدستورية لهذه المكنة المخولة لها لإدخال تعديلات على الدستور (المطلب الأول). وإذا قبل هذا الدور من جانب المحاكم الدستورية في مجال الحقوق الأساسية تحت ذريعة تعزيز الحماية المكفولة لهذه الحقوق، فهل يُقبل ذلك أيضاً بالنسبة لبعض المسائل الدستورية الأساسية المرتبطة بتنظيم وعمل الدولة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعديل الدستور في مجال ضمان الحقوق الأساسية

فيما يتعلق بمجال الحقوق الأساسية، يُلاحظ أن تعديل الدستور جاء، في العديد من الدول، نتيجة لكشف المحاكم الدستورية عن حقوق أساسية لم تكن مدرجة، صراحة، في الدستور، وذلك من خلال توسيع مجال أو نطاق تطبيق نصوص الدستور. وفي هذا السياق، يمكن القول إن المحاكم الدستورية يقع على عاتقها واجب إضافي، مقارنة بالقاضي العادي. ويظهر هذا الواجب في أن المحاكم الدستورية يجب عليها أن تدافع عن الدستور، لاسيما القيم التي تعكس جوهر المبادئ الدستورية في وقت معين. ومن بين هذه القيم الحقوق الأساسية، والقيم الديمقراطية، وحكم القانون، وهي القيم

والمبادئ التي تسوغ الرقابة على دستورية التشريعات^(١).

ولذلك، يعتبر مشروعاً قيام المحاكم الدستورية، في سياق نهوضها بدورها في تفسير الدستور، بجعل الدستور متلائماً مع القيم المعاصرة للمجتمع والنظام السياسي، وذلك بهدف "ضمان بقاء الدستور حياً" *"to keep the constitution alive"*^(٢). ولبلوغ هذه الغاية، يجب على المحاكم الدستورية، بلا شك، وذلك لأنه لا يمكن النظر إلى الدستور، في الحقيقة، على أنه وثيقة ساكنة- أن تقوم بنشاط إبداعي من أجل السماح بالتطبيق المعاصر والفعال للدساتير- التي يمكن أن تكون قد كتبت منذ القرن التاسع عشر- بهدف رقابة دستورية التشريع. ومن الواضح أن مثل هذا النشاط الإبداعي يستهدف، في المقام الأول، جعل الدساتير قادرة على تلبية الاحتياجات الاجتماعية المتطورة والمؤسسات المختلفة.

وفي مصر، قامت المحكمة الدستورية العليا بمثل هذا الدور الإبداعي، الذي يفسر نصوص الدستور تفسيراً يتسق مع القيم المعاصرة للمجتمع والنظام السياسي،

(1) This has been particularly true, for instance, in the process of the transformation of the former Socialist States of Eastern Europe, into contemporary democratic States subjected to the rule of law. See for instance, Marek Safjan, Polish National Report, pp. 7, 10; Sanja Barić and Petar Bačić, Croatian National Report, pp. 18, 21, 28; Boško Tripković, Serbian National Report, op. cit., pp. 1, 14.

(2) See Mauro Cappelletti, "El formidable problema del control judicial y la contribucion del analisis comparado," in Revista de estudios políticos, 13, Madrid 1980, p. 78; "The Mighty Problem" of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis, in Southern California Law Review, 1980, p. 409.

عندما قضت بدستورية قانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ الذي فتح الباب لخصخصة مشروعات القطاع العام. وقد اختلف الفقه المصري في مدى دستورية هذا التوجه الجديد نظراً لتعارضه الظاهر مع المبادئ الدستورية التي تُكرس لاقتصاد ذي طابع اشتراكي^(١)، إلا أن القضاء الدستوري المصري قد حسم هذا الجدل عندما قضى بدستورية هذا القانون^(١).

(١) وقد أيد جانب من الفقه المصري الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في فبراير ١٩٩٧ بشأن دستورية قانون قطاع الأعمال، بل ورأى، في هذا الحكم، فهماً متميزاً، من جانب المحكمة، لدور الدولة الاقتصادي، وبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأنه لو تبنت المحكمة موقفاً مخالفاً لحدثت كارثة اقتصادية، إذ ستصبح البيوع التي تمت لشركات قطاع الأعمال باطلة بما يؤدي لمشاكل كبيرة.

- والواقع من الأمر أننا- رغم اعترافنا بأن التوجه نحو الخصخصة أصبح أمراً واقعاً يصعب جداً النكول عنه- لا نقر الاتجاه السابق المؤيد للحكم بدستورية قانون قطاع الأعمال العام، لأن الحل المنطقي والقانوني والبسيط لهذه المشكلة كان يتمثل في إدخال تعديل على نصوص الدستور لتجيز الخصخصة دون لبس أو غموض، فإن تعذر هذا الحل، لسبب أو آخر، فلا يجوز لي عنق النصوص الدستورية للقول بأن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقانقتها، وذلك لما يلي:

- إن السلطة المختصة بإجراء التعديل الدستوري هي المنوط بها التوفيق بين النصوص الدستورية والفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي، عن طريق تعديل النصوص الدستورية التي لم تعد مطابقة للواقع لتجعلها متفقة مع إرادة المجتمع. لكن إذا كان هذا الأمر غير متيسر، لسبب أو لآخر، فهل يمكن أن يُخول القضاء الدستوري الحق في تحديد علاقة القانون بالدستور على أساس الفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي، فيراقب القوانين في مدى موافقتها للفكرة القانونية التي يعتنقها الدستور، ويراقب الدستور في مدى توافقه مع الفكرة القانونية السائدة في المجتمع، فيكون دور القاضي الدستوري هنا مضاعفاً؟ بمعنى اعتبار الرقابة الدستورية ليست فقط عملاً متمثلاً في البحث عن مدى اتفاق أو عدم اتفاق القانون مع أحكام الدستور، بل تمتد أيضاً إلى معرفة مدى اتفاق القوانين، بما فيها الدستور، مع الفكرة السائدة في المجتمع السياسي. فإذا تصورنا هذا الحل ممكناً، وأعطينا المحكمة الدستورية الحق في مراقبة القوانين، بما فيها الدستور، وفقاً للفكرة القانونية السائدة، ألا يؤدي ذلك إلى الاضطراب وعدم الاستقرار؟ ألا يعد ذلك خروجاً بالمحكمة عن وظيفتها، إذ كيف يُسمح للمحكمة الدستورية بمراقبة الدستور مع أن الدستور هو الذي أوجدها؟

=

ويلاحظ أن الحقوق الأساسية تكون مكتوبة في أغلب الأحيان، حتى في الدساتير الأكثر حداثة، بطريقة تركيبية، وغامضة، ومتفلتة. وتجد هذه الحقوق تكريساً لها في الدساتير من خلال بنود أو نصوص غامضة بصفة عامة. ومن بين هذه الحقوق، يمكن الإشارة إلى الحرية، والديمقراطية، والعدالة، والكرامة، والمساواة، والوظيفة الاجتماعية، والمصالح العامة^(١). وقد أدى هذا إلى الحاجة إلى قيام القضاة

(د. عصمت عبد الله الشيخ، الرقابة على الدستورية والفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان تحت عنوان: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، مجموعة بحوث المؤتمر، ١٩٩٨، ص ٥٤٩).

- إننا إذا أهدرنا نصوص الدستور، فقد غدا كل شيء مباحاً، ذلك أن احترام أحكام الدستور هو العاصم من الطغيان والفوضى. وإذا كانت أحكام الدستور قد تجاوزها الزمن، أفيكون الحل بالخروج على هذه الأحكام وعدم احترامها؟ إن الإحجام عن تعديل الدستور، من جانب السلطة المختصة، لا يمكن أن يكون مسوغاً للمحكمة الدستورية لمخالفة الدستور. (د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، بدون دار نشر، ٢٠٠٤، ص ٩٥١، ٩٥٠).

- على أن ثمة جانباً من الفقه المصري يذهب إلى أن دستور ١٩٧١ لم يتضمن نصاً يرفض الخصخصة، ومن ثم لا تكون هذه الأخيرة مخالفة لنصوص هذا الدستور؛ لأنه لا يحظرها صراحة، والقاعدة العامة هي أن كل ما لم يحظره الدستور فهو جائز، ذلك أن القاعدة، في القانون المقارن، هي أن المشرع يملك سلطة تقديرية في تقدير ملاءمة خصخصة مشروعات القطاع العام، ولا يُمارس القضاء الدستوري رقابة، على هذه الملاءمة، إلا في حالة الخطأ البين في التقدير. ومع ذلك، يوجه هذا الفقه النقد للقضاء الدستوري المصري لإجازته الخصخصة دون أي إشارة لما يجب أن يقترن بها من قيود ضمانة لعدم مخالفة المبادئ الاقتصادية ذات الطابع الاشتراكي التي يقوم عليها دستور ١٩٧١. (د. محمد محمد عبد اللطيف، الرقابة على دستورية قوانين الخصخصة. بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان تحت عنوان: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، مجموعة بحوث المؤتمر، ١٩٩٨، ص ١٣١ وما بعدها).

(١) حكم المحكمة في ١٩٩٧/٢/١، ق٧، س١٦، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا- الجزء الثامن، قاعدة رقم ٢٣، ص ٣٤٤.

(2) Mauro Cappelletti, "Necessite et legitime de la justice

بدور إيجابي أو إبداعي an active role لدى تفسير ما أطلق عليه "الغموض الثمين" precious ambiguities^(١) أو "العموميات السحرية" majestic generalities^(٢) التي استخدمت في صياغة الدساتير.

ففي مثل هذه الحالات وأمثالها، قدمت تفسيرات المحكمة العليا الأمريكية للمبادئ والقيم الدستورية. كما يذكر ذلك الأستاذان Richard Laurence Claus و S. Kay. ربما أهم الأمثلة على الدور الإيجابي للمحكمة العليا الأمريكية في مجال مباشرة الوظيفة التشريعية positive lawmaking في سياق القضاء الدستوري الأمريكي. من ذلك، على سبيل المثال، عندما قامت المحكمة العليا الأمريكية بتفسير بند "الحماية المتساوية" "equal protection" الوارد في التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي من أجل بيان طبيعة المساواة، أو عندما ثار الجدل بشأن الضمانة

=
constitutionnelle" in Louis Favoreu (ed.), Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux, Paris 1982, p. 474

- (1) "If it is true that precision has a place of honor in the writing of a governmental decision, it is mortal when it refers to a constitution which wants to be a lively body." S.M. Hufstedles, "In the Name of Justice", in Stanford Lawyers, 14, (1), 1979, p. 3-4 quoted by Mauro Cappelletti, "Necessite et legitimite de la justice constitutionnelle," in Louis Favoreu (ed.), Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux, Paris 1982, p. 474; L. Favoreu, Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe Occidentale, Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d'Uppsala 1984, (mineo), p. 32.
- (2) W. Va. State Bd. Of Educ. V. Barnette, 319 U.S. 624, 639 (1943). See in Laurence Claus & Richard S. Kay, US. National Report, p. 12 (footnote 33).

الدستورية "للإجراءات السلمية قانوناً" due process (التعديلان الخامس والرابع عشر) أو البند المفتوح للتعديل التاسع من أجل تفسير معنى "الحرية"^(١). وفي هذا السياق، يشير الأستاذ Geoffrey R. Stone فيما يتعلق بالدستور الأمريكي إلى أن هذا الدستور:

"يحدد حقوقنا الأساسية وأوجه الحماية المكفولة من خلال نصوص مفتوحة الطرفين، كما هو الحال بالنسبة: "الحرية الكلام"، "الحماية المتساوية للقوانين"، "إجراءات التفتيش والقبض غير المعقولة"، "الممارسة الحرة للدين"، "العقوبة القاسية وغير العادية". ذلك أن مثل هذه المبادئ لا تنطوي على تعريف ذاتي، كما أنها ليست ذات معان واضحة، حتى بالنسبة للذين صاغوها"^(٢). وقد كانوا واضعو الدستور على وعي كامل بأنهم يتركون للأجيال المستقبلية استخدام ذكائهم وتقديرهم وخبراتهم في

- (1) See in Laurence Claus & Richard S. Kay, US. National Report, pp. 12-13.
- (2) "It defines our most fundamental rights and protections in an openended terms: 'freedom of speech,' for example, and 'equal protection of laws,' 'due process of law,' 'unreasonable search and seizures,' 'free exercise' of religion and 'cruel and unusual punishment.' These terms are not self-defining; they did not have clear meaning even to the people who drafted them. The framers fully understood that they were leaving it to future generations to use their intelligence, judgment and experience to give concrete meaning to the expressed aspirations". See Geoffrey R. Stone, "Our Fill-in-the Blank Constitution," (Op-Ed) in The New York Times, April 14, 2010, p. A27.

إعطاء معنى واقعي معين للطموحات المعبر عنها في الدستور"^(١).

وقد بدأت هذه العملية لتكييف الدستور مع متطلبات الواقع المعاصر، بصفة خاصة في قضية *Brown v. Board of Education of Topeka*^(٢)، لاسيما فيما يتعلق بالحقوق السياسية، مع الأخذ في الاعتبار أن الدستور الأمريكي الصادر عام ١٧٨٩ وتعديلاته عام ١٧٩١ لم ترس مبدأ المساواة، وأن تعديلات (XIV Amendment) (١٨٦٨) هي، فقط، التي كرست بند الحماية المتساوية *an equal protection clause*، الذي بقي يحمل معانٍ مختلفة حتى خمسينيات القرن العشرين. وقد حولت هذه العملية- كما يشير إلى ذلك الأستاذان *Laurence Claus* و *Richard S. Kay*- المحكمة العليا الأمريكية إلى "واضع القانون الأكثر قوة في الأمة"^(٣). ولبلوغ هذه الغاية، استخدمت المحكمة وسائل قديمة متجددة من الإنصاف، لاسيما وسائل العدالة والإنصاف *equitable remedies*، للتحويل من وسائل الإنصاف القائمة على الحظر *prohibitory relief* إلى وسائل الإنصاف القائمة على الإلزام *mandatory relief* باعتبار ذلك واحداً من أكثر التطورات أهمية في القانون

(1) Geoffrey R. Stone, "Our Fill-in-the Blank Constitution," (Op-Ed) in *The New York Times*, April 14, 2010, p. A27.

(2) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

(3) "the most powerful sitting lawmaker in the nation". See Laurence Claus & Richard S. Kay, U.S. National Report, p 20. See on the different stages in the process of law expounding regarding those clauses, *Idem*, pp. 13-14. They argue that eventually, "the law of liberty and equality in America is now, in large measure, ultimately created and shaped by the Supreme Court." P. 14.

الدستوري الحديث، مما أسفر عن حدوث تغييرات كان من المستحيل تصورها قبل سنوات قليلة. وقد استخدمت هذه الوسائل على نطاق واسع في قضية *Brown v. Board of Education of Topeka*^(١)، التي قضت فيها المحكمة العليا الأمريكية بأن الفصل العنصري في التعليم العام يشكل إنكاراً "للحماية المتساوية للقوانين" "equal protection of the laws"، وهي الضمانة التي يقرها التعديل الرابع عشر للدستور، والتي لا يجوز لأي ولاية حرمان أي شخص منها في دائرة اختصاصها. وقد كان على المحكمة العليا الأمريكية، من أجل إمكان تبني مثل هذا القرار، أن تجيب على عدد من الأسئلة، من ذلك، على سبيل المثال، ما إذا كان الحكم القضائي الذي ستصدره المحكمة سيسمح للأطفال الأفارقة الأمريكيين بأن يلتحقوا بمدارس من اختيارهم" أم أن المحكمة ستسمح، من خلال ممارستها لسلطات الإنصاف *equity powers* "بتبني تعديلات تدريجية فعالة" *an effective gradual adjustment* على الأنظمة الموحدة^(٢). وقد قادت هذه التساؤلات المحكمة العليا الأمريكية، في مايو عام ١٩٥٤، إلى إعلان أن التمييز أو الفصل العرقي *racial segregation* لا يتطابق مع التعديل الرابع عشر للدستور، مصدرة القرار الأخير في هذه القضية في مايو ١٩٥٤.^(٣)

(1) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

(2) *Brown v. Bd. of Educ.*, 345 U.S. 972, 972 (1953). See in Laurence Claus & Richard S. Kay, US. National Report, op. cit., p 26 (footnote 89).

(3) *Brown v. Bd. of Educ.*, 345 U.S. 972, 972 (1953). See in Laurence Claus & Richard S. Kay, US. National Report, op. cit., p 27 (footnote 91).

وقد كانت نتيجة عملية التغيير فيما يتعلق بالتمييز في النظام التعليمي تغييراً، بصفة أساسية في معنى التعديل الرابع عشر. وقد أشار رئيس المحكمة Warren، فيما يتعلق بهذا التعديل، في قضية *Brown v. Board of Education of Topeka* إلى أنه:

"في مقارنة هذه المشكلة، ليس بمقدورنا أن نعيد عقارب الساعة إلى عام ١٨٦٨، عندما تم تبني هذا التعديل، أو حتى إلى عام ١٨٩٦ عندما صدر الحكم في قضية *Plessy v. Ferguson*، بل يجب علينا أن نأخذ في الاعتبار التعليم العام في ضوء تطوره الكامل ومكانه الحالي في الحياة الأمريكية عبر الأمة. ذلك، أنه يمكن، من خلال هذه الطريقة، وحدها تقرير ما إذا كان التمييز في المدارس العامة يحرم المدعين من الحماية المتساوية للمتقاضين".

وقد دفع التأكيد السابق رئيس المحكمة القاضي Warren إلى استخلاص

النتائج التالية:

"لم يعد ثمة مجال، في إطار التعليم العام، لإعمال مبدأ (منفصل ولكن متساو). ذلك، أن المرافق التعليمية المستقلة أو المنفصلة تعتبر، بطبيعتها، غير متساوية. ولذلك، نرى أن المدعين- وغيرهم ممن هم في مراكز متشابهة والذين رفضوا دعاوى أمام المحكمة- قد حرّموا، بسبب التمييز الذي مورس في مواجهته من الحماية المتساوية للقوانين التي يكفلها التعديل الرابع عشر"^(١).

(1) "That in the field of public education the doctrine of "separate but

وفي سياقات أخرى، وبصفة خاصة فيما يتعلق بدولة مثل فرنسا، حيث لا يتضمن الدستور إعلاناً للحقوق الأساسية، يجب، أيضاً، إلقاء الضوء على دور المجلس الدستوري الفرنسي خلال العقود السابقة، فيما يتعلق بعملية تطويع أو تعديل الدستور، بدءاً من القرار المهم للمجلس، الصادر في ١٦ يوليو ١٩٧١، الخاص بحرية الجمعيات *freedom of association*^(١). ففي هذه القضية، قبل المجلس الدستوري الفرنسي القيمة القانونية الوضعية *Positive legal value* لمقدمة دستور ١٩٥٨ بكل ما يترتب على ذلك من نتائج^(٢) مشكلاً بذلك، ما أطلق عليه الفقيه *Louis Favoreu* الكتلة الدستورية *bloc de constitutionnalité*^(٣).

=

equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs, and others similarly situated from whom the actions have been brought are by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment”. See in L. Favoreu and L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris 1984, p. 222-237. See Bertrand Mathieu, *French National Report*, op. cit., p.2.

- (1) L. Favoreu and L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris 1984, p. 222-237. See Bertrand Mathieu, *French National Report*, op. cit., p.2.
- (2) L. Favoreu, “Rapport general introductif,” in L. Favoreu (ed.), *Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux*, Aix-en-Provence 1982, p. 45-46.
- (3) L. Favoreu, “Le principe de Constitutionnalité. Essai de definition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, *Recueil d'étude en Hommage a Charles Eisenman*, Paris 1977, p. 34. See also in comparative law, Francisco Zuniga Urbina, *Control de Constitucionalidad y sentencia*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, No. 34, Santiago de Chile 2006, pp. 46-68.

ونتيجة لذلك، اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في هذه القضية- لاسيما فيما يتعلق بالقانون الذي يحدد إجراءات اكتساب الجمعيات للأهلية القانونية- أن هذا القانون يمثل انتهاكاً للدستور^(١). وقد استند المجلس في حكمه هذا إلى أن مقدمة دستور ١٩٤٦ قد أشارت إلى "المبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية"، ومن بين هذه المبادئ مبدأ حرية الجمعيات. واتساقاً مع هذا المبدأ الأخير، اعتبر المجلس الدستوري بأن تكوين الجمعيات يجب أن يتم بحرية، وأن يكون بمقدور هذه الجمعيات أن تطور أنشطتها، مع الخضوع لشرط واحد فقط هو الإخطار السابق، وأن هذا الإخطار لا يمكن أن يخضع لأي تدخل سابق، سواء من جانب السلطات الإدارية أو القضائية. ولذلك، خلص المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن المبادئ الدستورية الأساسية توجد، ليس فقط في مقدمة دستور ١٩٥٨، ولكن أيضاً- من خلال الإشارة الواردة في مقدمة دستور ١٩٥٨- في مقدمة دستور ١٩٤٦، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩. وبناءً على ذلك، اعتبر المجلس الدستوري أن مشروع القانون المقترح،

(1) See the Constitutional Council decision in L. Favoreu and J. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, cit., p. 222. See the comments of the 16 July 1971 decisions in J. Rivero, "Note", *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1971, p. 537; J. Rivero, "Principles fondamentaux reconnus par les lois de la République; une nouvelle catégorie constitutionnelle?", *Dalloz* 1974, *Chroniques*, p. 265; and J.E. Bradsley, "The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France", *The American Journal of Comparative Law*, 20, (3), 1972, p. 43; B. Nicholas, "Fundamental Rights and Judicial Review in France", *Public Law*, 1978, p. 83.

الذي يقرر إجراء رقابة قضائية سابقة على الإخطار المذكور، غير دستوري. وفي هذا الصدد، يقول الفقيه Jean Rivero:

"إن حرية الجمعيات، غير المكرسة صراحة، في إعلان حقوق الإنسان والمواطن، أو المبادئ التي يحتاجها عصرنا، والتي لم يُعترف بها إلا بواسطة قانون ١ يوليو ١٩٠١، قد اعترف بها المجلس الدستوري؛ باعتبارها ذات قيمة دستورية، ليس فقط من حيث المبدأ، ولكن أيضاً بالنظر إلى وسائل ممارسة هذه الحرية"^(١).

وهذا النوع من عملية تطويع الدستور الفرنسي طورها المجلس الدستوري، أيضاً، في القضية المشهورة المتعلقة بالتأميم في عام ١٩٨٢^(٢). ففي هذه القضية، طبق المجلس المادة المتعلقة بالحق في الملكية والواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، وخلص المجلس إلى أن الحق في الملكية يتمتع بقوة إلزام دستورية.

وهكذا، قرر المجلس الدستوري، في قراره الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢ - وذلك على الرغم من أن المادة الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن والمتعلقة

(1) J. Rivero, "Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français," in IX Journées Juridiques Franco-Latino Américaines, Bayonne 21-23 mai 1976, (mimeo), p. 11.

(2) Conseil Constitutionnel, n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, Loi relative aux nationalisations, Rec, 18 ; L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 15ième éd., 2009, Dalloz, n° 23, p. 357 s.

بحقوق الملكية كانت تعتبر مهجورة، وأن تفسيرها لا يمكن أن يفسح المجال لمعنى مختلف تماماً عن ذلك المحدد في عام ١٧٨٩ - أن^(١):

"مع الأخذ في الاعتبار أنه من الصحيح أنه بعد عام ١٧٨٩ وحتى الوقت الحاضر، خضعت أهداف وشروط ممارسة الحق في الملكية لتطور تميز بتوسع في مجال تطبيق هذا الحق ليشمل مجالات فردية جديدة، وكذلك بتطور في القيود المفروضة على هذه الممارسة والتي تملئها المصالح العامة، فإن المبادئ ذاتها المعبر عنها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن تتمتع بقيمة دستورية كاملة- لاسيما فيما يتعلق بالطابع الأساسي للحق في الملكية- وتشكل المحافظة على هذه القيمة الدستورية أحد أهداف المجتمع السياسي، وتشغل ذات مرتبة الحرية، والأمن، ومقاومة الظلم، وكذلك الحال فيما يتعلق بالضمانات الممنوحة لحائزي هذا الحق، وامتيازات السلطة العامة"^(٢).

-
- (1) L. Favoreu, Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe Occidentale, Association Internationale des Sciences Juridiques, Colloque d'Uppsala 1984, (mineo), p. 32.
- (2) L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel", Paris 1984, p. 526 ; L Favoreu, "Les decisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations,"Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, T. XCVIII, no 2, Paris 1982, p. 406.

وبهذه الطريقة، تمكن المجلس الدستوري الفرنسي، ليس فقط من "ابتداع" حق دستوري عن طريق إعطاء قيمة دستورية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، ولكن أيضاً تطويع الحق "المقدس" في الملكية المكرس منذ قرنين من الزمان، ليأخذ شكل "حق قابل للتقييد" على نحو يتلاءم مع متطلبات العصر الحاضر، وبذلك تمكن المجلس الدستوري من القضاء بعدم دستورية بعض مواد قانون التأميم.

ويلاحظ أن دور المحاكم الدستورية في تطويع الدساتير من أجل ضمان الحقوق الأساسية- حتى في حالة غياب بنود دستورية صريحة مثل التعديل التاسع للدستور الأمريكي- أضحى مقبولاً على نطاق واسع، لاسيما بسبب مبدأ التطور المتدرج principle of progressiveness فيما يتعلق بحماية الحقوق الأساسية^(١).

وفي سويسرا، كانت المحكمة العليا السويسرية- قبل التعديل الدستوري الذي تم في عام ١٩٩٩ والذي سمح بتبني إعلان موسع للحقوق الأساسية- تفسر دستور ١٨٧٤ على نحو يسمح باستنباط طائفة مهمة من الحقوق الأساسية غير المكتوبة. من ذلك، أن المحكمة العليا الفيدرالية اعترفت، على سبيل المثال، بأن الحقوق والحريات التالية، تدرج في إطار الحقوق الأساسية غير المكتوبة: ضمانات الملكية the

(1) Pedro Nikken, La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid 1987; Monica Pinto, "El principio pro homine. Criterio hermeneutico y pautas para la regulacion de los derechos humanos," in La aplicación de los tratados sobre derechos Humanos por los tribunales locales, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, p. 163.

the freedom of expression (١٩٦٠)^(١)، وحرية التعبير
 expression (١٩٦١)^(٢)، والحق في الحرية الشخصية بمعنى الحق في التكامل
 الجسدي والعقلي a right to physical and mental integrity (١٩٦٣)^(٣)،
 وحرية اللغة (١٩٦٥)^(٤) والحق في الوجود والرعاية
 and care الذي يشمل حدًا أدنى من المساعدة الحكومية في حالة الحاجة
 (١٩٩٥)^(٥)، وحرية التجمع مقرونة بحرية التعبير وبما يشمل أيضًا الحق في القيام
 بالمظاهرات العامة (١٩٧٠)^(٦)، وحرية التظاهر
 right to hold public demonstrations^(٧). وفي مجال الحقوق السياسية، اعترفت المحكمة العليا
 الفيدرالية السويسرية، قبل الإصلاح الدستوري الذي تم في عام ١٩٩٩، بحرية

-
- (1) See Supreme Court, in ZBI 62/1961, 69, 72. See in Tobias Jaag, Swiss National Report, op. cit., p 11 (footnote 49).
- (2) See BGE 87 I 114, 117, See in Tobias Jaag, Swiss National Report, op. cit., p 11 (footnote 51).
- (3) See BGE 89 I 92, 97 ff.. See in Tobias Jaag, Swiss National Report, op. cit., p 11 (footnote 56).
- (4) See BGE 91 I 480, 485 ff.. This includes the right to use one's native language. See in Tobias Jaag, Swiss National Report, op. cit., p 12 (footnotes 59)
- (5) See BGE 121 I 367, 370 ff.. See in Tobias Jaag, Swiss National Report, op. cit., p 12 (footnote 61).
- (6) See BGE 96 I 219, 223 ff. See in Tobias Jaag, Swiss National Report, op. cit., p 11 (footnote 52).
- (7) See BGE 100 Ia 392, 400 ff. See in Tobias Jaag, Swiss National Report, op. cit., p 11 (footnote 53).

الانتخاب والتصويت كحق دستوري^(١). والأكثر أهمية في هذا السياق هو أن المحكمة أنفذت حق النساء في المشاركة في جمعية المواطنين (Landsgemeinde) باعتبارها الهيئة التشريعية الأعلى في كانتون Appenzell-Innerrhoden^(٢). وذلك على الرغم من أن دستور هذا الكانتون ينص على أن الرجال هم فقط الذين بمقدورهم المشاركة في هذه الجمعية.

وفي ألمانيا، طورت المحكمة الدستورية الفيدرالية عملية مهمة للتطبيع الدستوري في المسائل المتعلقة بحماية حقوق الإنسان. وفي هذا السياق، يشير الأستاذ Ines Hartel إلى القرار الذي تبنته المحكمة في عام ٢٠٠٨ فيما يتعلق بما يُطلق عليه تقنية البحث في أجهزة الكمبيوتر من خلال شبكة الإنترنت Online searches of computers، وهو القرار الذي طورت فيه المحكمة الدستورية الفيدرالية المبدأ الصارم أو المشدد للحقوق الأساسية. ففي هذا القرار، فصلت المحكمة في حماية الحقوق الشخصية العامة general personal rights المكرسة في الفقرة الأولى من المادة الثانية بالتصاف مع الفقرة الأولى من المادة الأولى من الدستور^(٣). وبصفة خاصة، فصلت المحكمة في التناقض أو التوتر الذي يثور بين الحرية والأمن والذي

(1) See Cf. BGE 121 I 138, 141 ff.. See in Tobias Jaag, Swiss National Report, op. cit., p 12 (footnote 64).

(2) See BGE 116 Ia 359 ff. See in Tobias Jaag, Swiss National Report, p 13 (footnote 66).

(3) See BVerfG, reference number: 1 BvR 370/07 from 2008-2-27, available under the following URL: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html. See in I. Hartel, German National Report, op. cit., p. 12.

يؤثر على معالجة أو التعامل مع البيانات والمعلومات الشخصية. وفي إطار الرقابة القضائية لنص في قانون صادر عن ولاية شمال الراين-وستفاليا a North Rhine-Westphalian Law فيما يتعلق بتغيير التشريع بواسطة المكتب الفيدرالي لحماية الدستور Federal Office for the Protection of the Constitution، أنشئت المحكمة الدستورية الفيدرالية. كما يشير إلى ذلك الأستاذ Ines Hartel - حفاً أساسياً جديداً هو "ضمان السرية والتكامل في أنظمة تكنولوجيا المعلومات" warranty of confidentiality and integrity in information technology systems⁽¹⁾.

وفي بولندا، طورت المحكمة الدستورية، أيضاً، درجة عالية من النشاط أو الإيجابية القضائية judicial activism فيما يتعلق بتعزيز حقوق الإنسان، لاسيما بعد عام ١٩٨٩. وقد أسهم في ذلك السياق التاريخي المرتبط بسقوط النظام الشمولي والحاجة الماسة لبناء هيكل دولة القانون الديمقراطية democratic state of law. وفي ظل هذا السياق، وجدت المحكمة الدستورية البولندية نفسها مدفوعة لتحديد معايير الحقوق والحريات التي لم يُنص عليها صراحة في الدستور وفقاً للنظام والقيم الديمقراطية الجديدة المكملة للنصوص الدستورية السارية. ونتيجة لهذه المقاربة، اشتقت المحكمة، من مبدأ "حكم دولة القانون الديمقراطية" rule of democratic state of law طائفة من الحقوق، مثل "الحق في حماية الحياة الإنسانية قبل الميلاد" the right to the protection of human life before

(1) See BVerfG, reference number: 1 BvR 370/07 from 2008-2-27, section number 171. See I. Hartel, German National Report, op. cit., p. 12.

birth^(١)، "الحق في المحاكمة" the right to trial^(٢) "الحق في حماية الخصوصية" the right to the protection of privacy^(٣)، "حظر الرجعية" the rule of "حماية الحقوق المكتسبة وفقاً للقانون"^(٤) ban on retroaction decent "التشريع الملانم"^(٥) protection of duly acquired rights legislation^(٦)، "حماية الأعمال الجارية والأمن القانوني" legal security^(٧)، ومبدأ التناسب^(٨).

وفي بعض الحالات الأخرى، كان الأمر يتعلق بإعطاء معنى أو مضمون محدد لبنود البرامج الواردة بالدستور programmatic clauses، كما كان الحال في

-
- (1) Decision of 28 May 1997, K 26/96, OTK ZU 1997/2/19. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 9 (footnote 22).
 - (2) Decision of 7 January 1992K8/91, OTK ZU 1992, part I, p. 76-84; of 27 June 1995 K4/94, OTK 1993, part II, p. 297-310. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 9 (footnote 23).
 - (3) Decision of 24 June 1997, K21797, OTK ZU 1997/12/23. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 9 (footnote 24).
 - (4) Decision of 22 August 1990 K7/90, OTK 1990, p. 42-58. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 9 (footnote 25).
 - (5) Decision of 25 February 1992 K3/9, OTK 1992, part 1, item 1. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 9 (footnote 26).
 - (6) Decision of 15 December 2008 P57/07, OTK ZU 2008/10A/178. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 9 (footnote 27).
 - (7) Decision of 15 July 1996, K5/96, OTK ZU 1996, part II, p. 16-28. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 9 (footnote 28).
 - (8) Decision of 26 April 1995 K11/94, OTK 1995, part I, item12. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 9 (footnote 29).

بولندا في مرحلة تحولها من دولة شمولية سلطوية اشتراكية إلى حكم ديمقراطي في ظل دولة القانون. وفي إطار قيامها بهذه المهمة، أكملت المحكمة الدستورية البولندية القائمة الموسعة للقواعد العامة، الواردة بالدستور، والمتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية وتعريف النظام الاقتصادي باعتباره نظاماً يحقق حكم "اقتصاد السوق الاجتماعي" social market economy (المادة ٢٠ من الدستور). وفيما يتعلق بهذه القواعد، يقول القاضي Marek Safjan:

"إذا كان لا يجوز أن تبقى هذه القواعد تعبيراً عن مذهبية بحتة ومجرد زينة دستورية تعبر عن فكر واضعي الدستور- القائم على الأمانى- فإن المحكمة الدستورية، بتحويلها هذه القواعد إلى معايير وبحثها عن حد أدنى من المضمون القاعدي لبنود البرامج، تقوم، في الحقيقة، بممارسة تأثير قوي على توجهات سياسة الدولة في هذه الأبعاد"^(١).

وهكذا، تسهم المحكمة الدستورية في بيان حدود هذه المفاهيم وتحديد مضامينها من خلال استخدام القيم العليا التي يحددها الدستور. وفي هذا المعنى، يقول القاضي Marek Safjan:

(1) Marek Safjan, Polish National Report, p. 12. See regarding decisions establishing positive normative content from the so called programme norms, for example, regarding the National Health Fund of 7 January 2004K14703, OTK ZU 2004/1A/1; the protection of consumer (bio-fuels) of 21 April 2004 K33/03, OTK ZU 2004/4A/31, the protection of tenants judgments of 12 January 2001 P11/98, OTK ZU2000/1/3, and of 19 April 2005, K 4/05, OTK ZU 2005/4A/37; and the social market economy of 29 January 2007 P5/05, 2007/1A/1. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 12 (footnote 37).

"من السمات المميزة لكل دستور استخدام عدد كبير من القواعد (المفتوحة) ذات المدى القاعدي غير المحدد، بما يعبر عن القيم القانونية الأساسية ويحدد نظرة الدستور لهذه القيم. وهذا البحث عن المضمون القاعدي المخفي في التعبيرات الدستورية العامة وغير المحددة، وكذلك أيضاً تحديد القواعد- الأكثر دقة- التي تُستخلص من هذه التعبيرات، وبيان حدود تطبيق القواعد، وإرساء نوع من التدرج بين القواعد والقيم المتصادمة يكمن في جوهر طبيعة تفسير الدستور، ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بجوهر وظيفة كل محكمة دستورية"^(١).

وفيما يتعلق بمبدأ التناسب، فقد طوره المحكمة الدستورية في كرواتيا من خلال بيان أن هذا المبدأ يتطلب من الدولة أن تصوغ التشريع المرتبط بتنظيم الحقوق والحريات الفردية على نحو يكفل استخدام وسائل متناسبة ومتلائمة. ويشير الدستور الكرواتي، الصادر عام ١٩٩٠، إلى مبدأ التناسب، في المادة (١٧) المتعلقة بتقييد الحقوق والحريات أثناء إعلان حالة الطوارئ، أي دون النص على التناسب باعتباره أحد المبادئ العامة الصريحة للقانون الدستوري الكرواتي. ونتيجة لذلك، يُطبق نص آخر في ظل الظروف العادية (المادة ١٦ من الدستور). ووفقاً للمادة (١٦) من الدستور، لا يمكن تقييد الحقوق والحريات إلا "بقانون من أجل حماية حقوق وحريات الآخرين، والنظام العام، والأخلاق العامة، والصحة"^(٢). ونظراً لأن المشرع الكرواتي

(1) Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 7.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن التعديل الذي أدخل على الدستور اليوناني سنة ٢٠٠٠ قد تضمن تكريساً دستورياً لمبدأ التناسب في المادة (١٧) من الدستور. وتنص هذه المادة على أن: "كل تقييد للحريات أو الحقوق يجب أن يكون متناسباً مع طبيعة ضرورة التقييد في كل حالة على حدة":

دأب على إبداء نوع من عدم الاعتدال السياسي من خلال استخدام قيود غير متناسبة للحقوق والحريات، فقد بدأت المحكمة الدستورية الكرواتية، تدريجياً، في تطبيق مبدأ التناسب في كل المجالات، معطية بذلك مؤشرات واضحة للمشرع بشأن ضوابط تقييد الحقوق والحريات من أجل حماية الرفاهية العامة للأفراد ومجتمعاتهم^(١).

وفي اليونان، اعترف مجلس الدولة اليوناني، في سياق مباشرته لاختصاصه بالرقابة القضائية، بالمرتبة أو القيمة الدستورية لمبدأ التناسب باعتباره نتيجة طبيعية لمبدأ حكم القانون^(٢). ومن ناحية أخرى، أضحي مجلس الدولة اليوناني، منذ عام ١٩٩٨، يفسر المبدأ الدستوري، للمساواة بين الجنسين *gender equality* باعتباره يسمح باتخاذ كل الإجراءات الإيجابية التي تستهدف إقامة مساواة فعلية بين الرجال والنساء^(٣). وبعد جدل مطول بين فقهاء القانون الدستوري والمحاكم، اتبع المجلس،

=

- “Every restriction of freedoms or rights shall be proportional to the nature of the necessity for restriction in each individual case.”
- Ioannis A. Tassopoulos, *New Trends in Greek Contemporary Constitutional Theory: A Comment on the Interplay Between Reason and Will*, *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 10, 1999, p. 223-247.

(1) Sanja Barić and Petar Bačić, *Croatian National Report*, op. cit., p. 23 ff..

(2) See Council of State judgement no. 2112/1984, ToS 1985, 63 (64). See in See Julia Iliopoulos- Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, *Greek National Report*, p op. cit.. 14.

(3) See Council of State (Full Bench) judgement no. 1933/1998, ToS 1998, 792 (793). After the 2001 amendments the Constitution explicitly allows the “adoption of positive measures for promoting equality between men

=

في نهاية الأمر، موقف المحكمة العليا areios pagos الذي يوسع مجال تطبيق نص تشريعي معين ليشمل طوائف من الأشخاص كانت مستبعدة من قبل، بصورة غير دستورية، من نطاق تطبيق هذا النص. وبالإضافة إلى ذلك، استنبط مجلس الدولة اليوناني، من نصوص الدستور اليوناني المتعلقة بالبيئة (المادة ٢٤) بالتضافر مع قانون الاتحاد الأوروبي، مبدأ التنمية المستدامة the principle of sustainable development. واستناداً إلى ذلك، أكد مجلس الدولة اليوناني أن الشكل الوحيد للتنمية الاقتصادية المسموح به دستورياً هو التنمية المستدامة التي تأخذ في الاعتبار احتياجات الأجيال المستقبلية. وتجدر الإشارة إلى أن التعديلات الدستورية التي تمت في عام ٢٠٠١ كرس، صراحة، مبدأ التنمية المستدامة (المادة 24,1,1)^(١).

وفي حال الإشارة إلى دور المحاكم الدستورية في تطوير الدساتير، لاسيما في المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان أو الحقوق الأساسية، يمكن الإلماح أيضاً، إلى قرار المحكمة الدستورية البرتغالية- القرار رقم ٤٧٤/٩٥ - الذي قضت فيه بأنه رغم أن صياغة المادة (٣٣) من الدستور تحظر فقط تسليم المجرمين بالنسبة للجرائم التي يكون الإعدام فيها عقوبة محتملة قانوناً، فإن مبادئ الدستور تحظر، أيضاً، التسليم بالنسبة للجرائم التي يكون معاقبها عليها بالسجن لمدى الحياة. وفوق ذلك، بين حكم المحكمة في هذا السياق، الأساس الذي يستند عليه تفسير الشروط الواجب توافرها من

and women”, (Art. 116 § 2 Const.). See Julia Iliopoulos- Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, op. cit., p. 16 (footnote 123).

(1) Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, op. cit., p. 22.

أجل السماح بتسليم الأشخاص المتهمين بجرائم يكون مفروضاً فيها الحكم بالإعدام أو السجن المؤبد^(١). وقد كان من نتيجة هذا التطوير أو التفسير الدستوري، التعديل اللاحق للدستور، المتبني في عام ١٩٩٧، فيما يتعلق بصياغة الفقرة (٤) من المادة (٣٣) من الدستور الخاصة بالتسليم بالنسبة للجرائم المعاقب عليها، في ظل قانون دولة الطاعن، بحكم أو إجراء أمني يحرم من أو يقيد الحرية لمدة غير محددة.

وذاًت الظاهرة من التطور الدستوري في المسائل المتعلقة بالحقوق الأساسية يمكن، أيضاً، ملاحظتها في الهند، حيث تبنت المحكمة العليا الهندية تفسيرات أسفرت عن تغييرات أو تحولات مهمة للدستور، لاسيما من خلال توسيع مجال الحقوق الأساسية. من ذلك، على سبيل المثال، أن المادة (٢١) من الدستور الهندي تنص على أنه: "لا يجوز حرمان أي شخص من حياته أو حريته الشخصية إلا وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون". وقد قضت المحكمة العليا في عام ١٩٧٠، خلافاً لاتجاهاتها السابقة، أن تعبير "إجراء يحدده القانون" *procedure established by law* الوارد بهذه المادة يعني أن الإجراء يجب أن يكون "صحيحاً وعادلاً" *right, just and fair*. ومعنى ذلك، أن المحكمة منحت نفسها سلطة تقدير ما إذا كان الإجراء الذي حدده المشرع يتسق مع مبادئ العدالة الطبيعية *the principles of natural justice*^(٢). ويبدو هذا الموقف مهماً، لاسيما مع الأخذ في الاعتبار أن الجمعية

(1) See Ruling n.o 384/05 which summary can be found in Bulletin on Constitutional Case-Law, Venice Commission, Edition 2005, 2, 269/271, in See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, Portuguese National Report, op. cit., pp. 9-10.

(2) Maneka Gandhi v Union of India AIR 1879 SC 597. See Surya Deva, Indian National Report, op. cit., p. 4 (footnote 24).

التأسيسية رفضت، بعد جدل طويل، بند الإجراءات السلمية قانوناً *the due process clause*^(١).

ومن ناحية أخرى، فيما يتعلق بالحق في الحياة المكرس في المادة (٢١) من الدستور الهندي، فسرت المحكمة العليا الهندية هذا الحق على نحو يجعله يشمل الحق في الصحة^(٢)، والحق في سبل العيش أو في مستوى معيشي ملائم *the right to livelihood*^(٣)، والحق في التعليم الحر والإلزامي حتى بلوغ سن الرابعة عشرة^(٤)، والحق في بيئة غير ملوثة *the right to unpolluted environment*^(٥). وفي مياه شرب نظيفة *to clean drinking water*^(٦)، والحق في المأوى *the right*

(1) Surya Deva, Indian National Report, op. cit., p. 4.

(2) Parmanand Kataria v Union of India AIR 1989 SC 2039; Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v State of West Bengal (1996) 4 SCC 37. See in Surya Deva, Indian National Report, op. cit., p. 5 (footnote 28).

(3) See Olga Tellis v Bombay Municipal Corporation AIR 1986 SC 180; DTC Corporation v DTC Mazdoor Congress AIR 1991 SC 101. In Idem, p. 5 (footnote 29).

(4) Unni Krishnan v State of AP (1993) 1 SCC 645. In Idem p.5 (footnote 30).

(5) See for example, Indian Council for Enviro Legal Action v Union of India (1996) 3 SCC 212; M C Mehta v Union of India (1996) 6 SCC 750; Vellore Citizens Welfare Forum v Union of India (1996) 5 SCC 647; Narmada Bachao Andolan v Union of India (2000) 10 SCC 664. In Idem, p. 5 (footnote 31).

(6) A P Pollution Control Board II v M V Nayudu (2001) 2 SCC 62. In Idem, p. 5, (footnote 33).

to shelter^(١)، والحق في الخصوصية the right to privacy^(٢)، والحق في المساعدة القانونية the right to legal aid^(٣)، والحق في محاكمة عاجلة the right to speedy trial^(٤)، وغير ذلك الكثير من الحقوق المتنوعة للأشخاص الخاضعين للمحاكمة والمتهمين والسجناء^(٥). وقد تحقق هذا التوسع في معنى الحياة من خلال- من بين أمور أخرى- قراءة المبادئ التوجيهية لسياسة الدولة غير القابلة للتقاضي باعتبارها من قبيل المبادئ الأساسية non-justiciable directive

- (1) Gauri Shankar v Union of India (1994) 6 SCC 349. In Idem, p. 5 (footnote 32).
- (2) See Kharak Singh v State of UP AIR 1963 SC 1295; Govind v State of MP AIR 1975 SC 1378; R Raj Gopal v State of Tamil Nadu (1994) 6 SCC 632; PUCL v Union of India AIR 1997 SC 568; 'X' v Hospital Z (1998) 8 SCC 296. In Idem, p. 5 (footnote 34).
- (3) M H Hoskot v State of Maharashtra AIR 1978 SC 1548; Hussainara Khatoon v State of Bihar AIR 1979 SC 1369; Khatri v State of Bihar AIR 1981 SC 928; Suk Das v Union Territory of Arunachal Pradesh AIR 1986 SC 991. In Idem, p. 5 (footnote 35).
- (4) See Hussainara Khatoon (I) to (VI) v Home Secretary, Bihar (1980) 1 SCC 81; Kadra Pahadiya v State of Bihar AIR 1982 SC 1167; Common Cause v Union of India (1996) 4 SCC 33 and (1996) 6 SCC 775; Rajdeo Sharma v State of Bihar (1998) 7 SCC 507 and (1999) 7 SCC 604. In Idem, p. 5 (footnote 36).
- (5) Sunil Batra v Delhi Administration AIR 1978 SC 1675; Prem Shankar v Delhi Administration AIR 1980 SC 1535; Munna v State of UP AIR 1982 SC 806; Sheela Barse v Union of India AIR 1986 SC 1773. In Idem, p. 5 (footnote 37).

principles of State policy. وقد كان لمثل هذا التوسيع القضائي للحقوق الأساسية- كما يؤكد ذلك الأستاذ Surya Deva - أثر مباشر على سلطة الرقابة القضائية: فكلما زاد الاعتراف بالحقوق الأساسية، كلما زاد مجال الرقابة القضائية^(١). وفي سلوفاكيا، نهضت المحكمة الدستورية بدور بالغ الأهمية في تطوير وإكمال الدستور من أجل ضمان حماية الحقوق الأساسية. وقد تحقق ذلك، على سبيل المثال، في المسائل المتعلقة بالحق في الحرية الشخصية والتكامل الجسدي في إطار توسيع مدد الاعتقال السابقة على المحاكمة دون الاستناد إلى قرار قضائي صادر عن المحكمة^(٢)، والمسائل المتعلقة بالحق في دخول ومغادرة إقليم جمهورية سلوفاكيا بحرية المكفول دستورياً. وفي هذه الحالة الأخيرة، فسرت المحكمة الدستورية هذا الحق على نحو مكنها من استنباط التزام يوجب على سلطات الدولة المختلفة أن تعمل بطريقة إيجابية، لحماية هذا الحق. ووفقاً للمحكمة الدستورية السلوفاكية، فإن النص الدستوري لا يعني فقط أن سلطات الدولة ليس مسموحاً لها بأن تضع العراقيل في سبيل حرية عودة أحد المواطنين إلى إقليم الدولة، ولكن أيضاً يلقى على هذه السلطات واجب إيجابي بأن تساعد المواطنين في العودة إلى إقليم بلدهم. ومؤدى ذلك، أن سلطات جمهورية سلوفاكيا- وزارة الشؤون الخارجية، على سبيل المثال- يقع علي عاتقها التزام إيجابي بأن تساعد المواطنين في العودة إلى جمهورية سلوفاكيا، إذا تم احتجازهم في الخارج رغماً عن إرادتهم، حتى ولو كان هذا الالتزام لم يُنص عليه

(1) Surya Deva, Indian National Report, op. cit., p.5.

(2) Decisions I. US 6/02, I. US 100/04, II. US 111/08, II. US 8/96. See in See in Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovak National Report, op. cit., pp. 12-13.

قانوناً، وحتى ولو لم تكن هذه السلطات تتمتع بسلطة صريحة للقيام بهذه المهمة^(١). وبطبيعة الحال، فقد اعتُبرت كل هذه التطورات الدستورية مشروعة، لأنها تبنّت المبدأ الأساسي للتطور المتدرج *progressiveness* فيما يتعلق بحماية حقوق الإنسان.

وعلى النقيض مما سبق، تعكس هذه التطورات أو التحولات انحرافاً أو تدخلاً في الوظيفة التشريعية غير مشروع، عندما تبتاها المحاكم الدستورية بهدف تقليص مجال حماية الحقوق الأساسية. وقد حدث ذلك، على سبيل المثال، في فنزويلا، عندما تجاهلت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية *The Constitutional Chamber of Venezuela's Supreme Court* في قرارها رقم (No 1939) الصادر في ١٨ ديسمبر ٢٠٠٨^(٢). أشار القرار الصادر من محكمة ما بين الأمريكتين لحقوق الإنسان *the Inter-American Court on Human Rights*، وذلك عندما أعلنت هذه الدائرة أن أحكام محكمة ما بين الأمريكتين لحقوق الإنسان التي تتضمن إدانة لفنزويلا غير نافذة في هذه الدولة. ومن أمثلة ذلك عدم الاعتراف بقرار محكمة ما بين الأمريكتين لحقوق الإنسان الصادر في ٥ أغسطس ٢٠٠٨ بشأن إدانة عزل القضاة السابقين في المحكمة الابتدائية للمنازعات الإدارية

(1) See decision No. II. US 8/96. See in Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovak National Report, op. cit., pp. 12.

(2) See Gustavo Álvarez Arias and others Case. In fact the case could be identified as “Venezuelan Government vs. Inter-American Court on Human Rights.” See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. See the comments in Allan R. Brewer-Carias, Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución (1999- 2009), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, caracas 2009, pp. 253 ff.

the First Court on Contentious Administrative الذين تم عزلهم دون مراعاة أي ضمانات قضائية مقررة للقضاة المعزولين^(١). وقد اتهمت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية محكمة ما بين الأمريكتين لحقوق الإنسان باغتصاب سلطتها^(٢). ومن الواضح أن قرار الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية في هذه الحالة، يتناقض مع المادة (٣١) من الدستور التي تكرس حق كل شخص في طلب الحماية الدولية في المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان، مع التزام الدولة بتنفيذ قرار الهيئات الدولية. بيد أن المحكمة العليا الفنزويلية لم تتوقف عند هذا الحد، ولكنها مضت قدماً في اغتصاب صريح للسلطات. في "مطالبة السلطة التنفيذية برفض الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في ضوء الاغتصاب الصريح للوظائف من جانب محكمة ما بين الأمريكتين لحقوق الإنسان والذي تجلى في هذه القضية". وهكذا، استمرت الحكومة الفنزويلية في التباعد عن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وعن

-
- (1) Case Apitz Barbera and others (First Court on Contentious Administrative matters) vs. Venezuela, See www.corteidh.or.cr. Excepcion Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No 182.
- (2) The issue had been affirmed by the Constitutional Chamber in its known decision No 1.942 of July 15, 2003 in which, when referring to the International Courts, began stating that in Venezuela, "above the Supreme Court of Justice and according to article 7 of the Constitution, there is no jurisdictional body, unless stated otherwise by the Constitution or the law, and even in this last possible case, any decision contradicting the Venezuelan constitutional order, lacks of application in the country." See Impugnación de artículos del Código Penal, Leyes de desacato Case, in Revista de Derecho Público, No 93-96, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ff.

الاختصاص القضائي لمحكمة ما بين الأمريكتين لحقوق الإنسان، مستندة لقضاء محكمتها العليا لبلوغ هذه الغاية.

وثمة حالة أخرى، قامت فيها الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في فنزويلا بتغيير نصوص الدستور التي تؤثر على الحقوق الأساسية، وبصفة خاصة الحق السياسي في المشاركة من خلال استفتاء شعبي *the political right to participation by means of referendum* - وهو الحق المكرس في المادة (٧٢) من دستور ١٩٩٩ - باعتبار ذلك حقًا سياسيًا للشعب في إلغاء التفويض الممنوح للموظفين المنتخبين شعبيًا. ووفقًا لهذه المادة، يجب أن يكون طلب مثل هذا الاستفتاء بناءً على مبادرة أو اقتراح شعبي، ويتم إلغاء التفويض الممنوح للموظف أو المسئول المنتخب عندما يصوت عدد أعلى أو مساو على الأقل لعدد الذين انتخبوا الموظف، لصالح إنهاء تفويضه^(١). ومع ذلك، فقد قررت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية - في قرارها رقم ٢٧٥٠ الصادر في ٢١ أكتوبر ٢٠٠٣^(٢) - في إطار

(1) This was ratified by the Constitutional Chamber in several decisions: decision No 2750 of October 21, 2003, Case: Carlos Enrique Herrera Mendoza, (Interpretación del artículo 72 de la Constitución (Exp. 03-1989) in Revista de Derecho Público, No. 93-96, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2003; and decision No 1139 of June 5, 2002, Case: Sergio Omar Calderón Duque and William Dávila Barrios. See in Revista de Derecho Público, No 89-92, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2002, p. 171. The same criterion was followed in decision No 137 of February 13, 2003, Case: Freddy Lepage Scribani et al. (Exp. 03-0287).

(2) See Case: Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución. See in Revista de Derecho Público, No. 93-96, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2003.

تفسيرها، بطريقة مجردة، للمادة (٧٢) من الدستور- تأييد قرار المجلس الانتخابي الوطني **the National Electoral Council** [القرار رقم 030925-465 (No الصادر في ٢٥ ديسمبر ٢٠٠٣] المتبني بطريقة تخالف الدستور، لأنه أضاف أن إلغاء التفويض يتم فقط، إذا كانت الأصوات لصالح الإلغاء "ليست أدنى من عدد الناخبين الذين صوتوا ضد الإلغاء". وقد اعتبرت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا وفيما يتعلق بالموظف العام (المقال) أنه "إذا كان خيار بقاءه في منصبه قد حصل على أصوات أعلى في الاستفتاء، فإنه يجب أن يبقى في منصبه". وهكذا، غيرت الدائرة الدستورية، بطريقة غير مشروعة، طبيعة استفتاء إنهاء التفويض محولة هذا الاستفتاء إلى "استفتاء للتصديق على التفويض" "ratifying" a referendum⁽¹⁾.

ومن الواضح أن موقف المحكمة الدستورية الفنزويلية في مواجهة الدستور يتناقض، بصفة عامة، مع المقاربة الداعمة والمعززة لحقوق الإنسان التي يجب أن تتبناها المحاكم الدستورية في هذا الخصوص. وبصورة أكثر تحديداً، يمكن القول إنه لا يجوز للمحاكم الدستورية أن تُحل إرادتها محل إرادة السلطة التأسيسية، من خلال

(1) See El Nacional, Caracas, 08-28-2004, pp A-1 and A-2. See the comments in Allan R. Brewer-Carias, "La Sala Constitucional vs. El derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares o de como un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un "refrendo ratificatorio," in Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Coleccion Instituto de Derecho Publico, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2007, pp. 350 ff..

استنباط مفاهيم يمكن أن تتناقض مع ما هو مكتوب في الدستور، كما لا يجوز لهذه المحاكم أن تفسر الدستور بطريقة ملفقة من أجل الوصول إلى نتائج تتناقض مع نصوص الدستور وقيمه الأساسية. وفي هذا السياق، يشير الأستاذ Jorge Carpizo إلى أنه:

"لا يجوز للمحاكم الدستورية أن تغتصب وظائف السلطة التأسيسية، ومن ثم لا يجوز لهذه المحاكم أن تخلق نصوصاً أو مبادئ لا يمكن ردها إلى الدستور. وفي المقابل، يمكن لهذه المحاكم أن تستنبط من النصوص الصريحة مبادئ ضمنية، مثل الكرامة الإنسانية، والحرية، والمساواة والأمن القانوني، والعدالة الاجتماعية، ودولة الرفاهية^(١).

وفي ذات الاتجاه، تشير الأستاذة، Sandra Morelli، إلى أنه لا يجوز للمحاكم الدستورية أن تضع نفسها فوق الدستور، ولا أن تُخضع الدستور لمحض إرادتها بطريقة ملفقة على نحو يجعلها تغزو المجال المحجوز للمشرع أو السلطة التأسيسية. والقول بغير ذلك، سيفتح الباب "لشمولية قضائية غير مسؤولة" irresponsible judicial totalitarianism^(٢).

(1) Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus Límites*, Grijesly Ed., Lima 2009, pp. 56, 68.

(2) Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: un papel por definir*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002; Colombian National Report II, op. cit., p. 3.

المطلب الثاني

التحولات الدستورية في المسائل المؤسسية

يُلاحظ أن دور المحاكم الدستورية في تعديل الدساتير لم يبق مقصوراً على مجال الحقوق الأساسية من أجل ضمان الحماية المتدرجة والموسعة لهذه الحقوق، ولكن اتسع هذا الدور ليشمل، أيضاً، بعض المسائل الدستورية الأساسية المرتبطة بتنظيم وعمل الدولة. وفي هذا السياق، يمكن الإشارة، على سبيل المثال، إلى قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الذي أسفر عن تعديل أو تحول في الدستور، في قضية *AWACS-Urteil*، التي صدر الحكم فيها في ١٢ يوليو ١٩٩٤^(١). ففي هذه القضية، راقبت المحكمة الدستورية الفيدرالية مدى دستورية قيام القوات المسلحة الألمانية، في أوقات السلم، بمهام في الدول الأجنبية. وقد خلصت المحكمة - بعد الإشارة إلى أشكال نشر القوات المسلحة في الدول الأجنبية - إلى أن نشر القوات المسلحة في الدول الأجنبية يحتاج إلى موافقة السلطة التشريعية. وعلى الرغم من أن المحكمة اعتبرت أن معقولة هذا التأكيد أو هذه النتيجة "تعد متطلباً ينبع، بصورة مباشرة، من الدستور"، فالحقيقة أن هذا المتطلب لم ترد إشارة صريحة إليه في الدستور. ولم يحدث قط أن أجرى المشرع أي تطور تشريعي بشأن هذه المسألة. وفي هذه القضية، يلاحظ أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية لم تعدل الدستور فقط، ولكنها تبنت تشريعاً تفصيلياً بديلاً - بمثابة إجراءات مؤقتة - متضمناً في قرارها، يلزم السلطتين التشريعية

(1) BVferG, July 12, 1994, BVEffGE 90, 585-603. See in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 352-356. See in I. Hartel, *German Report*, op. cit., p. 20.

والتنفيذية أن تعمل وفقاً له إلى حين تبني تشريع يحدد، بالتفصيل، "المشاركة الرسمية للمشرع في تبني القرارات المرتبطة باستخدام القوات المسلحة الألمانية في مهام عسكرية"^(١).

وفي النمسا، أعطت المحكمة الدستورية النمساوية المبادئ الأساسية للدستور، التي تشكل جوهره، مضامين محددة. وفي هذا السياق، يُشار إلى أن للمحكمة الدستورية النمساوية تأثير كبير على تفسير القانون الدستوري النمساوي^(٢). ومن بين هذه المبادئ، يحظى مبدأ "حكم القانون" (Rechtsstaat (rule of law) بالأهمية القصوى. ذلك، أن هذا المبدأ تُستنبط منه مفاهيم متعددة مثل مبدأ المشروعية (the principle of legality)، ومن هذا المبدأ الأخير، يُشتق مبدأ الوضوح (the principle of clarity) الذي يلزم المشرع بأن يصوغ التشريع في نصوص تفصيلية واضحة، ومبدأ قابلية الأعمال التشريعية للفهم والإدراك (the comprehensibility of legislative acts)^(٣)، ومبدأ الحماية القانونية الفعالة (the principle of effective legal protection)، الذي يلزم البرلمان أن يكفل للأفراد حماية قانونية ملائمة وفعالة. ومن خلال هذه التفسيرات، تمكنت المحكمة الدستورية النمساوية من ابتداء قيود دستورية جديدة على البرلمان، الذي يجب عليه أن يعدل العديد من التشريعات لتلبي هذه المعايير الجديدة التي حددتها المحكمة الدستورية.

(1) BVferG, July 12, 1994, BVEffGE 90, 286 (390), in Christian Behrendt, Le judge

constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 354.

(2) Konrad Lachmayer, Austrian National Report, op. cit., p. 8.

(3) VfSlg 12.420/1990. See in Konrad Lachmayer, Austrian National Report, op. cit., p. 8 (footnote 24).

وفي ذات الاتجاه، ذهبت المحكمة الدستورية في النمسا، في بعض القضايا، إلى حد إنشاء إطار دستوري جديد constitutional framework، يجب على البرلمان إتباعه لدى وضع التشريع، في مجالات لم يُنص عليها صراحة في الدستور، كما هو الحال بالنسبة لعملية الخصخصة. ففي أحكام أربعة رئيسة، أقامت المحكمة الدستورية النمساوية إطاراً ملزماً لخصخصة وظائف الدولة التي تمارسها هيئات معينة، بما يعني التدخل في الوظيفة التشريعية والسياسة الحكومية، وتعريف وظائف ومهام الدولة ذاتها. وقد اشتقت المحكمة القواعد التي طبقتها في هذه المجالات من النصوص المختلفة للدستور. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة تطلبت أن يُطبق على كل إجراءات الخصخصة مبادئ المعقولية rationality، والكفاءة efficiency، والمشروعية legality، وكذلك أيضاً مبدأ تدرج بنيان الإدارة the principle of the hierarchical structure of the administration. ومن ناحية أخرى، وفقاً لهذه القواعد، لا يجوز للدولة أن تُخضع لإجراءات الخصخصة سوى بعض المهام المتفردة، وليس مجالاً بكامله من مجالات وظائف أو مهام الدولة. وفي جميع الحالات، يجب على الدولة أن تكفل وجود آليات رقابة فعالة على الهيئات أو المنظمات الخاصة التي تتولى القيام بمهام سلطات الدولة بعد الخصخصة. وأخيراً، حددت الدولة المجالات الجوهرية لوظائف الدولة التي لا يجوز خصصتها على الإطلاق، وتشمل هذه المجالات الشؤون الخارجية، والشؤون الداخلية، والنظام القضائي، والقانون الجنائي. ويمكن القول إن المحكمة الدستورية قد قامت، بهذه الطريقة، بتبني فهم جديد للدستور، وفرض هذا الفهم على كل سلطات الدولة^(١).

(1) See “Austro Control” decision VfSlg 14.473/1996, “Bundeswertpapieraufsicht” (Federal Bond Authority) decision VfSlg 16.400/2001, “E-Control” decision VfSlg 16.995/2003, “Zivildienst- GmbH” (Compulsory community service Ltd) decision VfSlg 17.341/2004. See

وفيما يتعلق أيضاً بالقيود الواجب فرضها على عملية الخصخصة، قضى مجلس الدولة اليوناني بأن مبادئ السيادة الشعبية والفصل بين السلطات لا تسمح بمنح سلطات الضبط الإداري للكيانات الخاصة^(١).

وفيما يتعلق بجمهورية سلوفاكيا، بالنظر إلى أن المحكمة الدستورية تتمتع باختصاص استثنائي في مجال التفسير المجرد للدستور في حالة وجود نزاعات بين هينتين من هيئات الدولة تتبنى كل منهما تفسيراً مختلفاً لنصوص الدستور، فقد أصدرت هذه المحكمة قرارات مهمة كان من شأنها تعديل وإكمال الدستور. وقد حدث هذا، على سبيل المثال، فيما يتعلق بمركز وسلطة رئيس الجمهورية داخل إطار التنظيم العام للدولة. ففي النص الأصلي للدستور في جمهورية سلوفاكيا الذي كان يستلهم الشكل البرلماني التقليدي للحكومة، كان رئيس الدولة يشغل مركزاً ضعيفاً نسبياً. وهكذا، كانت المحكمة الدستورية هي التي قامت، بصورة مباشرة، بتدعيم مركز رئيس الجمهورية من خلال تفسير الدستور، وتأكيد أنه "حتى إذا كانت الحكومة هي الهيئة التنفيذية الأعلى (المادة ١٠٨/٢)، فإن المركز الدستوري لرئيس جمهورية سلوفاكيا يعتبر في الحقيقة سيادياً في مواجهة المركز الدستوري للحكومة"^(٢).

وقد كانت المسألة محل النزاع المطروحة على المحكمة هي ما إذا كان رئيس الجمهورية يتمتع بالحق في أو يقع عليه التزام دستوري بتعيين أعضاء الحكومة بناءً

Konrad Lachmayer, Austrian National Report, op. cit., p. 11 (footnote 31).

(1) See Council of State (Full Bench) judgement no. 1934/1998, ToS 1998, 598 (602-603) (concerning enforcement of no-parking zones). See in See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos- Ioannis G. Koutna, Greek National Report, op. cit., p. 16 (footnote 125).

(2) See decision No. I. US 39/93. See in Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovak National Report, op. cit., p. 4.

على اقتراح رئيس الوزراء. وقد أضافت المحكمة الدستورية "من أجل إقامة توازن داخلي في إطار السلطة التنفيذية، فإن دستور جمهورية سلوفاكيا "يحول" رئيس الجمهورية فقط التعامل مع اقتراح رئيس الوزراء، ولا يقع عليه التزام بقبول هذا الاقتراح"^(١). وقد كان لهذا القرار الصادر من المحكمة الدستورية النمساوية نتائج بالغة الأهمية على النظام الدستوري في جمهورية سلوفاكيا، لأنها عززت مركز رئيس الجمهورية، مما رسخ الدور المنشئ للمحكمة الدستورية في النظام الدستوري في جمهورية سلوفاكيا^(٢).

وقد تأكد هذا التحول الدستوري لاحقاً، في مسألة الاختصاص بتعيين قائد الجيش، وهو الاختصاص الذي كان القانون يمنحه للحكومة. ومع ذلك، بالنظر إلى أن المادة (١٠٢) من الدستور تنص على منح رئيس الجمهورية الاختصاص بتعيين وعزل الموظفين من "شاغلي الوظائف العليا"، فقد فسرت المحكمة الدستورية هذه الإشارة إلى "شاغلي الوظائف العليا" بأنه ليس ثمة ما يحول بين الرئيس وبين ممارسة اختصاصه في مواجهة قائد الجيش باعتباره من "شاغلي الوظائف العليا"^(٣). وقد اعتُبر هذا القرار الذي أصدرته المحكمة الدستورية النمساوية في إطار مباشرتها لاختصاصها بالتفسير - "تعديلاً واقعياً للشكل البرلماني التقليدي للحكومة إلى شكل شبه رئاسي، وذلك دون إدخال تعديل على نصوص القواعد الدستورية"^(٤).

(1) Idem

(2) Idem

(3) See decision No. PL. US 32/95. See in Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovak National Report, p. op. cit., 5.

(4) Idem.

وفي كندا، حيث تملك المحكمة العليا سلطات استثنائية لإصدار "أحكام مرجعية" *reference judgments* بناءً على طلب موظفين عموميين أو سلطات الدولة، قامت هذه المحكمة بتبني وإصدار قواعد دستورية مهمة. وفي هذا السياق، يمكن الإشارة بصفة خاصة إلى قضية *Patriation Reference*، حيث أرست المحكمة القواعد الأساسية المتعلقة^(١) باستعادة سلطة تعديل الدستور من برلمان المملكة المتحدة. وهي السلطة التي كان يتمتع بها البرلمان البريطاني منذ رابطة الاحتلال السابقة. ومنحها إلى الهيئات التشريعية الفيدرالية والإقليمية الكندية. وكذلك قضية *Quebec Secession Reference*^(٢)، حيث تعاملت المحكمة في هذه القضية مع الانسحاب المحتمل لإقليم *Quebec* من الاتحاد الكندي. وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا الكندية قد تصدت للفصل في هاتين القضيتين بناءً على طلب الحكومة الفيدرالية التي تتمتع بسلطات قانونية تتيح لها إحالة بعض مسائل القانون *questions of law* - بما في ذلك تلك التي تثير دستورية التشريعات - بطريقة مباشرة إلى المحكمة العليا^(٣).

وفي القضيتين السابقتين، يلاحظ أن المحكمة العليا الكندية قد أرست طائفة من القواعد الدستورية الأساسية التي تنطوي على تحديد للمعايير المرشدة للتعديل الدستوري ولتفادي الأزمات الدستورية المحتملة التي يمكن أن تنشأ نتيجة التشريعات الدستورية المثيرة للجدل، مثل محاولة الحكومة الفيدرالية إدخال تعديل على سلطات

(1) [1981] 1 S.C.R. 753; Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 9.

(2) [1998] 2 S.C.R. 217; Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 9.

(3) Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 9.

الهيئات التشريعية الإقليمية دون موافقتها، أو القرار الأحادي الصادر من الهيئة التشريعية في إقليم Quebec بإعلان سيادة هذا الإقليم والانسحاب من كندا.

وفي الهند، يمكن القول إن المحكمة العليا قد أدخلت تعديلاً على الدستور في المسائل المتعلقة بالتعديلات الدستورية **Constitutional Amendments**. وتفصيل ذلك، أنه رغم أن المادة (٣٦٨) من الدستور المتعلقة بتعديل الدستور لم تضع أي قيود موضوعية على سلطة البرلمان في تعديل الدستور، فقد استخلصت المحكمة، في قضية **Kesvananda Bharti v State of Kerala**، قيداً ضمناً يرد على سلطة البرلمان في إجراء هذا التعديل. ومؤدى هذا القيد أنه لا يجوز للبرلمان أن يدخل تعديلاً على "الملاحم الأساسية" للدستور أو "البنيان الأساسي" للدستور **basic features or basic structure of the Constitution**^(١). وتبعاً لذلك، أعلنت المحكمة العليا الهندية في قضية **Kesvananda Bharti** - في سياق تطبيقها لمبدأ "البنيان الأساسي" للدستور أو "الملاحم الأساسية" للدستور - أن "الرقابة القضائية" تشكل أحد "الملاحم الأساسية" للدستور^(٢)، بما يعني أن سلطة الرقابة القضائية لا يمكن استبعادها حتى بموجب تعديل دستوري. وقد دفع هذا القضاء بعض الكتاب إلى القول إن هذا القضاء يحول المحكمة العليا الهندية إلى "أقوى محكمة في أي ديمقراطية"^(٣).

(1) Surya Deva, Indian National Report, op. cit., pp.5-6.

(2) Waman Rao v Union of India AIR 1981 SC 271; S P Sampath Kumar v Union of India AIR 1987 SC 386; L Chandra Kumar v Union of India AIR 1997 SC 1125. See in Surya a Deva, Indian National Report, op. cit., p. 6 (footnote 41).

(3) Surya Deva, Indian National Report, op. cit., p. 6.

المبحث الرابع

مشكلة التعديلات غير الشرعية للدستور

إذا كانت الدساتير هي القوانين الأساسية التي تدعم مشروعية النظام القانوني، فإن أحد الحلول المؤسسية التي تضمن إنفاذها يتمثل في وجود محكمة دستورية تعمل كحارس لهذه الدساتير، ذلك أن كل سلطات الدولة الحديثة من تشريعية وتنفيذية وقضائية تخضع للدستور بحسبانه سند وجود هذه السلطات جميعاً وهو مصدر شرعيتها، فإذا كان ذلك كذلك فإنه لا يُتصور أن يصدر عن السلطات التشريعية قانون يخالف الدستور، وكذلك أيضاً لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تصدر قرارات مخالفة للدستور الذي هو سند وجود هذه السلطة وهو الذي أعطاها ما تمارسه من اختصاصات. وتتمتع المحاكم الدستورية بسلطات تمكنها من إلغاء أو إعلان عدم دستورية ما يصدر من تشريعات مخالفة للدستور، تكريساً لمبدأ سمو الدستور.

وفي الدول الديمقراطية، كانت المحاكم الدستورية، دائماً، هي الضمانة المؤسسية الرئيسية للحرية ولحكم القانون. ومادام أن المحاكم الدستورية هي الضامنة للدستور، فإن خضوع هذه المحاكم للدستور- في ظل أي نظام قائم على حكم القانون- يعد مفترضاً أساسياً مسلماً به تسليمًا مطلقاً، ولا يثور بشأن خضوع هذه المحاكم للدستور أي خلاف^(١). ويرجع ذلك إلى أنه من غير المتصور أن يقدم القاضي

(1) Nestor Pedro Sagues, La interpretación judicial de la Constitución, LexisNexis, Buenos Aires 2006, p 32; In article 204 of the Portuguese Constitution it is expressly set forth that “in matters brought before them for decision, the courts shall not apply any rules that contravene the provisions of this Constitution or the principles contained there.”

الدستوري على انتهاك الدستور في الوقت الذي يكون فيه مدعواً لتطبيقه واحترامه. ومن حيث المبدأ، من الممكن تصور وقوع انتهاك للدستور من جانب بعض هيئات ومؤسسات الدولة الأخرى- مثل البرلمان- ولكن لا يمكن تصور حدوث هذا الانتهاك من القاضي الدستوري الذي هو حارس الدستور. ومن أجل تفادي هذا الخطر- انتهاك القاضي الدستوري للدستور- يُكفل للمحاكم الدستورية أعلى درجات الاستقلال. بيد أن هذه المحاكم قد تتحول من حارسة للدستور إلى الأداة الأكثر عدوانية وشراسة في يد الأنظمة السياسية الشمولية السلطوية. ولذلك، يمكن القول إن أحسن نظام للعدالة الدستورية- في يد قاضي يخضع لإرادة السلطة السياسية- لا يعدو أن يكون خطاباً سيئاً للأفراد وأداة للخداع والتدليس باسم الدستور.

ويلاحظ أن الخطر المشار إليه آنفاً حدث بالفعل في العديد من الدول. من ذلك، على سبيل المثال، ما حدث في فنزويلا منذ عام ٢٠٠٠، حيث قامت الدائرة الدستورية في المحكمة العليا بالعمل بعيداً عن السلطات المخولة لها، وذلك عندما تبنت طائفة من القرارات التي تضمنت تفسيرات دستورية غير دستورية^(١)، ليس فقط فيما يتعلق

(1) Allan R. Brewer-Carias, "Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretacion constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretacion," in VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, September 2005, pp 463-489; and in Revista de Derecho Público, No 105, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2006, pp 7-27. See also, Allan R. Brewer-Carias, Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2007; and Reforma Constitucional y Fraude a la Constitución, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009.

بسلطاتها في الرقابة القضائية، ولكن أيضاً في بعض المسائل الموضوعية، من خلال تغيير أو تعديل بعض النصوص الدستورية في العديد من القضايا من أجل إضفاء المشروعية على دعائم الدولة الشمولية. وفي الحقيقة، لقد قامت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في فنزويلا بتشويه مضمون الدستور من خلال ما أدخلته المحكمة من تعديلات وما تبنته من تفسيرات غير مشروعة، قائمة على الخداع والتدليس. وقد انطوت هذه التعديلات والتفسيرات على حلول كان الشعب قد رفضها في استفتاءات شعبية سابقة^(١).

وقد كان من أهم الأدوات التي استُخدمت لإجراء هذه التعديلات الدستورية هي استحداث طريقة للجوء إلى المحكمة الدستورية لطلب التفسير المجرد للدستور. ووفقاً لهذه الوسيلة، يقوم القاضي الدستوري بتفسير بعض نصوص الدستور، ليس في سياق الفصل في نزاع معين بشأن دستورية أحد نصوص الدستور أو وسيلة أخرى من وسائل الرقابة الدستورية، ولكن بطريقة مجردة، حيث يفصل القاضي الدستوري في طلب مستقل للتفسير يُرفع إليه من إحدى سلطات الدولة- من خلال المحامي العام- بهدف ترسيخ دعائم الحكم الشمولي.

(١) يلاحظ أن التحول الدستوري يحدث عندما يتم تعديل مضمون أحد المعايير الدستورية بطريقة يترتب عليها تغيير في معناه:

- Nestor Pedro Sagues, La interpretación judicial de la Constitución, LexisNexis, Buenos Aires 2006, pp 56-59, 80-81, 165 ff.

وقد تقدمت الإشارة إلى عدد من القضايا التي أدت فيها الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية هذا الدور الداعم لشمولية وسلطوية النظام السياسي الحاكم. وبالإضافة على الحالات السابقة، يمكن الإشارة إلى القضايا التالية:

- أولاً: قرارات المادة (٦) من الدستور التي ترسي المبادئ الأساسية للشكل الجمهوري للحكومة- وهي المبادئ غير القابلة للتعديل- التي تشمل، صراحة، الطابع الديمقراطي والانتخابي والتداولي للحكومة *the democratic, elective and alternate character*، وهي المبادئ التي أدرجت في دستور الدولة منذ عام ١٨٣٠. وبصفة خاصة، مبدأ تغير الحكومات أو تداول السلطة *"the principle of alternation"* كما أشارت إليه الدائرة الانتخابية في محكمة العدل العليا في قرارها رقم (٥١) الصادر في ١٨ مارس ٢٠٠٢^(١)- الذي يعني "شغل المنصب بصورة متعاقبة من جانب أشخاص مختلفين، سواء أكانوا ينتمون لحزب واحد أم لا"، وهو المبدأ الذي يُنظر إليه باعتباره ضماناً ضرورياً لمواجهة الرغبة في البقاء الدائم في السلطة. ورغم وضوح هذا المبدأ بالمعنى السابق، إلا أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا خلطت في قرارها الصادر في ٣ فبراير ٢٠٠٩- بين "الحكومة المتغيرة" *alternate government* "والحكومة، المنتخبة" *elective government* على نحو جعل المحكمة تخلص إلى معنى مناقض للمعنى المشار إليه آنفاً. ووفقاً للمعنى الذي تبنته المحكمة، فإن معنى تغير الحكومات أو تداول السلطة يعني فقط "الإمكانية الدورية لاختيار موظفي

(1) Allan R. Brewer-Carias, "El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reeleccion continua e indefinida), in Revista de Derecho Público, No. 117, (enero-marzo 209), Caracas 2009, pp. 205-211.

الحكومة أو النواب " the periodical possibility to choose government officials or representatives. وقد كان من نتيجة هذا القضاء، ليس فقط تعديل الدستور على نحو يزيل مبدأ الطابع "التداولي" للحكومة، ولكن أيضاً السماح بإجراء استفتاء، في ١٥ فبراير ٢٠٠٩، من أجل التصويت على "تعديل دستوري" يسمح بإمكانية إعادة الانتخاب بصورة دائمة للمناصب التي تُشغل بطريقة الانتخاب. وقد تمت الموافقة على التعديل في الاستفتاء الذي أُجري في عام ٢٠٠٩.

وتجدر الإشارة إلى أنه بعد التعديل غير المشروع الذي أجرته الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، تم تعديل الدستور، رسمياً، على نحو يزيل آثار مبدأ "تغيير الحكومة" أو تداول السلطة، وهو المبدأ الذي بقي بدون أي أثر في الواقع^(١).

- ثانياً: فيما يتعلق بالمادة (٦٧) من دستور (١٩٩٩) التي كانت تنص، صراحة على أن "تمويل الجماعات السياسية تمويلاً حكومياً غير جائز"، وهو النص الذي غير، بطريقة جذرية، النظام السابق للتمويل العام للأحزاب السياسية^(٢). وقد كان هذا الحظر

(1) Id.

(2) As was established in article 230 of the Organic Law of Suffrage and Political Participation of 1998. See Allan R. Brewer-Carias, "Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela," in *Financiamiento y democratización interna de partidos políticos. Memoria del IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, San Jose, Costa Rica, 1991, pp. 121 to 139; and "Regulacion juridica de los partidos politicos en Venezuela" in *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*, Cuadernos de la Catedra Fundacional Allan R. Brewer Carias de Derecho Publico, Universidad Catolica del Tachira, No 9, Editorial Juridica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 655-686.

الدستوري الصريح فيما يتعلق بالتمويل العام للأحزاب السياسية واحداً من المسائل المطروحة في الإصلاح الدستوري^(١) الذي رفضه الشعب في عام ٢٠٠٧. وقد كان هذا الإصلاح الدستوري يتضمن اقتراحاً بتعديل المادة (٦٧) المذكورة، بحث تتضمن حكماً مناقضاً تماماً للحكم الأصلي، وكان التعديل المقترح ينص على ما يلي: "تكون الدولة قادرة على تمويل الأنشطة الانتخابية". وعلى الرغم من أن هذا الإصلاح الدستوري قد رفض في الاستفتاء الشعبي الذي أجري في ٢ ديسمبر ٢٠٠٧^(٢)، إلا أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا قامت، بصورة غير مشروعة، بتعديل الدستور على نحو يناقض الإرادة الشعبية المعبر عنها في الاستفتاء المذكور. ووفقاً لهذا التعديل الدستوري غير المشروع من جانب المحكمة، فإن الحظر الدستوري "يقتصر فقط على إمكانية تقديم موارد للنفقات الداخلية للأشكال المختلفة من الجماعات السياسية، ولكن هذا الحظر لا يمتد ليشمل الحملات الانتخابية باعتبارها إحدى المراحل الأساسية للعملية الانتخابية". ومعنى ذلك، أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية قد قامت،

(1) Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007; Proyecto de Reforma Constitucional. Prepared by the President of the Bolivarian Republic of Venezuela, Hugo Chávez Frías, Editorial Atenea, Caracas August 2007, p. 19. See Allan R. Brewer-Carias, "La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario," in Anuario de Derecho Público 2007, Universidad Monteavila, Caracas 2008.

(2) Allan R. Brewer-Carias, "La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario," in Anuario de Derecho Público 2007, Universidad Monteavila, Caracas 2008.

ثانية، باغتصاب السلطة التأسيسية، وأحلت إرادتها محل إرادة الشعب، وأدخلت تعديلاً على النص الدستوري، من خلال مباشرة سلطتها في التفسير المجرد، ينطوي على ذات المعنى الذي كان مقترحاً في الإصلاح الدستوري الذي رفضه الشعب. وكان من مؤدى التفسير، المتبنى من جانب الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، إتاحة التمويل الحكومي للأنشطة الانتخابية للأحزاب والمنظمات السياسية، أي أن المحكمة تبنت تفسيراً يخالف، تماماً، المعنى المقصود في الدستور.

- وأخيراً، يمكن الإشارة إلى حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية الذي تضمن تعديلاً للمادة (٢٠٣) من الدستور. وتظهر أهمية هذا الحكم، بصفة خاصة، في أنه عدل قاعدة دستورية إجرائية متعلقة بالموافقة على القوانين العضوية (الأساسية) Organic Laws. وتجدر الإشارة إلى أن المادة (٢٠٣) من الدستور تحدد المراحل المختلفة للقوانين العضوية. ووفقاً لهذه المادة يلزم- من أجل تعديل أحد القوانين العضوية- توافر أغلبية خاصة (أغلبية الثلثين) من أصوات أعضاء الجمعية الوطنية. بيد أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا قضت- في قرارها الصادر في ٢٦ يناير ٢٠٠٤^(١)- أن مثل هذه الأغلبية الخاصة ليست ضرورية لبدء مناقشة إدخال تعديلات على القوانين العضوية السارية. ومعنى هذا القضاء أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا قد قامت بإدخال تعديل غير مشروع على الإجراءات اللازمة للموافقة على التشريعات العضوية.

(1) Vestalia Araujo Case, Interpretation of article 203 of the Constitution. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/34-260104-03-2109%20.htm>, Daniela Urosa Maggi, Venezuelan Nacional Report, op. cit., p. 14.

وبالإضافة إلى ما سبق، يُلاحظ أن التعديلات الدستورية قد تمت من خلال الأحكام القضائية في عدد من الدول الأخرى، لاسيما في المسائل المتعلقة بإعادة الانتخابات الرئاسية **presidential re-elections**، وهي المسائل التي أثارت كثيراً من المنازعات في التاريخ الدستوري في دول أمريكا اللاتينية بسبب الحظر العام المفروض على إعادة الانتخاب. وفي بعض الأحيان، كان هذا الحظر وراثياً في نصوص يُنظر إليها باعتبارها غير قابلة للتعديل **immutable** كما هو الحال، على سبيل المثال، في هندوراس. ففي هذه الدولة أثارت محاولة الرئيس السابق **Manuel Zelaya**، في عام ٢٠٠٩، تغيير الحظر الدستوري المفروض على إعادة الانتخاب واحدة من أشد المنازعات السياسية مرارة في المنطقة في العقود الماضية^(١).

وثمة نص دستوري مشابه يحظر إعادة الانتخاب لرئيس الجمهورية بصورة متكررة مكرس، أيضاً، في المادة (١٤٧) من دستور نيكارجوا. ورغم هذا الحظر المفروض على تجديد انتخاب رئيس الجمهورية بصورة مستمرة، فقد خضع النص الدستوري المتضمن لهذا الحظر للتعديل **reformed** من جانب المحكمة العليا، بطريقة غير مباشرة، لدى فصلها في "دعوى شعبية" **an amparo action**، وهي الدعوى التي رُفعت في مواجهة قرار المجلس الانتخابي الأعلى **the Supreme Electoral Council**، الذي يرفض تطبيق مبدأ المساواة على كل الموظفين العموميين في

(1) Allan R. Brewer-Carias, "Reforma constitucional, asamblea nacional constituyente y control judicial contencioso administrativo: El caso de Honduras (2009) y el precedente venezolano (1999)", in Revista Aragonesa de Administración Pública, No.34, (junio 2009), Gobierno de Aragón, Zaragoza 2009, pp. 481-529.

المسائل المتعلقة بالانتخاب. ولم يكن نزاع محدد مطروحاً أو مرشح معين منخرطاً في هذه القضية، وعلى أي حال، فقد صدر القرار بالرفض لعدم اختصاص المجلس الانتخابي الأعلى بالفصل في هذه المسألة. بيد أن المحكمة العليا قامت بطريقة غير مفهومة لدى فصلها في هذه الدعوى، - في القرار رقم (٥٠٤) الصادر في ١٩ أكتوبر، ٢٠٠٩ - بإعلان أن المادة (١٤٧) من الدستور "غير قابلة للتطبيق" *inapplicable*. ولاشك أن مثل هذا القرار يتضمن تعديلاً غير مشروع للدستور، لأنه يزيل من نصوص الدستور الحظر المفروض على إعادة الانتخاب^(١).

(1) Sergio J. Cuarezma Teran and Francisco Enriquez Cabistan, Nicaragua National Report, op. cit., p. 43.

الفصل الرابع

دور المحاكم الدستورية في مواجهة التشريعات القائمة

يجب على المشرع أن يكون على علم كاف بالقواعد الدستورية والحقوقية الثابتة، وأن لا يعمد إلى مخالفتها، ويجب عليه البعد عن الغموض في صياغة النصوص التشريعية وبشكل خاص العقابية منها. ويجب عليه أن يستهدف مصالح المواطنين حين استصدار أي قانون، ولا يكون الغرض من التشريع غير ذلك. وبصفة خاصة، يجب أن يكون المشرع مدركاً لموضوع التشريع وملماً به إلماماً كافياً، وأن يلجأ لاستشارة المتخصصين في كل أمر على حدة، ويجب عليه من حيث الأصل أن يلجأ للمخاطبين بأحكام القانون محل الإصدار، فيما يسمى بالجلسات الاستشارية، وجلسات سماع للرأي، أو ما إلى ذلك. كما يجب على المشرع تعزيز "القدرة التنافسية للتشريع"، بمعنى اطلاع المشرع على تشريعات الدول المختلفة، والعمل على أن يكون تشريعه أكثر توافقاً مع هذه التشريعات، بل على العكس أكثر رقياً عنها، وهو ما يمثل إطالة لعمر هذه التشريعات، وجعلها مميزة بين تشريعات دول العالم^(١).

بيد أن الممارسة العملية للسلطات التشريعية، في الكثير من الدول المعاصرة، لا ترقى إلى تلبية المتطلبات السابقة- التي قد يكتسب بعضها قيمة دستورية- مما يفتح

(١) طارق عبد العال، صناعة القانون في مصر بين سلطتين «٣-٣»، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.shorouknews.com/columns/view.aspx?cdate=26082016&iid=02b0ff3b-1abf-4b6c-95dc-669f199e4c85>

الباب للقضاة الدستوريين للقيام بدور أكثر إيجابية في المجال التشريعي، وذلك في سياق مباشرة دورهم في رقابة دستورية القوانين.

ومن ثم، بالإضافة إلى العلاقة بين المحاكم الدستورية والسلطة التأسيسية للدستور، يلاحظ أن الدور الأكثر أهمية والأكثر شيوعاً لهذه المحاكم قد تطور في مواجهة التشريعات القائمة. وتمارس المحاكم الدستورية هذا الدور، ليس باعتبارها مشرعاً "سلبياً" "Negative" Legislator" تقليدياً، ولكنها باعتبارها عضواً أو هيئة قضائية في الدولة مصممة لإكمال أو مساعدة الهيئات التشريعية في وظيفتهم الرئيسية المتمثلة في تبني القواعد القانونية الملزمة.

وقد تطور هذا الدور للمحاكم الدستورية في مواجهة التشريعات القائمة بالنظر إلى أن المفهوم المبدئي للنظام غير المركزي للرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية يسمح للمحاكم بالامتناع عن تطبيق التشريعات إذا اعتُبرت مخالفة للدستور استناداً إلى تمتع هذا الأخير بأولية التطبيق، أو النظام المركزي للرقابة القضائية- الذي اتسع نطاق تطبيقه في العالم في القرن الأخير- الذي مُنحت في ظلّه سلطة إلغاء مثل هذه التشريعات غير الدستورية وإزالتها من التشريعات القائمة للمحاكم الدستورية. ففي كلا النظامين للرقابة القضائية على دستورية التشريعات، كانت المحاكم الدستورية، دائماً، تساعد المشرع بطريقة ما. ففي بادئ الأمر، كانت المحاكم الدستورية تقوم، بطريقة محدودة، بإلغاء أو تقرير عدم تطبيق التشريعات التي تعلن مخالفتها للدستور. وفي مرحلة لاحقة، كانت هذه المحاكم تقوم، بطريقة موسعة، بتفسير الدستور، والتشريعات على نحو يتسق أو يتطابق مع الدستور، مع إعطاء توجيهات أو معايير مرشدة للمشرع وسد الفراغ الناشئ عن الإغفال التشريعي .legislative omissions

وفيما يتعلق بهذه الوظائف للمحاكم الدستورية، فإن تدخلها في اختصاص المشرع ووظائفه التشريعية يمكن النظر إليه بطريقتين، تبعاً لما إذا كان هذا التدخل يتعلق بالتشريعات السارية والنافذة، أم يتعلق بغياب التشريع أو ما يُطلق عليه الإغفال التشريعي المطلق أو النسبي. ذلك، أن كلا التعبيرين أو المسلكين التشريعيين يخضعان للرقابة القضائية في العالم المعاصر.

وفيما يتعلق بالدور الأول للمحاكم الدستورية، أي تدخلها فيما يتعلق بالتشريع القائم، يمكن دراسة هذا الدور من خلال تحليل مسارات ثلاثة لنشاط المحاكم الدستورية في هذا السياق: دور المحاكم الدستورية في إكمال التشريع من خلال تفسير التشريعات تفسيراً يتطابق مع الدستور (المبحث الأول)، دور المحاكم الدستورية في إكمال الوظائف التشريعية باعتبارها مشرعاً مؤقتاً أو من خلال الإضافة إلى التشريع القائم من خلال القرارات التفسيرية (المبحث الثاني)، تدخل المحاكم الدستورية في الآثار الزمنية للتشريع القائم (المبحث الثالث).

المبحث الأول

دور المحاكم الدستورية في إكمال الوظائف التشريعية

”تفسير التشريع وفقاً للدستور”

يمكن القول إن دور المحاكم الدستورية في مجرد القضاء بعدم الدستورية- باعتبارها مشرعاً سلبياً والذي ميز نشاط هذه المحاكم في بداية عهدها- قد تم تجاوزه في العقود الأخيرة، وذلك بالنظر إلى الدور المتزايد لهذه المحاكم، ليس فقط باعتبارها حارسة لسمو الدستور، ولكن أيضاً باعتبارها صاحبة السلطة العليا في تفسير الدستور من خلال قرارات ملزمة للمحاكم والموظفين العموميين وللمواطنين^(١). وهكذا، اتسعت سلطات المحاكم الدستورية، بصورة متدرجة في العقود الأخيرة، على نحو مكنها من أن تؤدي دوراً أكثر إيجابية في تفسير الدستور والتشريعات، ليس فقط لإلغاء أو عدم تطبيق التشريعات عندما تكون مخالفة للدستور، ولكن أيضاً للمحافظة على بقاء التشريعات من خلالها تفسيرها تفسيراً يتسق مع الدستور.

وقد دفع الاتجاه السابق المحاكم الدستورية إلى بذل كل الجهود الممكنة- عندما يكون التشريع الخاضع للرقابة محتملاً لتفسيرات متعددة بعض يتفق مع الدستور وبعضها يخالف الدستور- للمحافظة على بقاء التشريع من خلال اختيار تفسيرها تفسيراً يتناغم أو يتطابق مع الدستور، وتجنب أو استبعاد والتفسيرات التي يمكن أن تؤدي إلى إعلان عدم دستورية التشريع. ويمكن القول إن هذا الاتجاه أضحى يشكل أحد

(1) F. Fernandez Segado, Spanish National Report, op. cit., pp. 8 ff.

المبادئ العامة المطبقة في القانون المقارن. ويعد هذا المبدأ، في الحقيقة، أحد المبادئ التقليدية في مبدأ المحكمة العليا الأمريكية للرقابة. وقد صاغ القاضي Brandeis هذا المبدأ بقوله:

"عندما تُطرح على المحكمة مسألة مدى دستورية أحد التشريعات الصادرة عن الكونجرس، فإذا ما ثار شك جدي بشأن دستورية هذا التشريع، فإنه من المبادئ الكبرى أن هذه المحكمة ستقوم، أولاً بالتحقق، مما إذا كان يوجد تفسير ممكن بصورة معقولة لهذا التشريع، بحيث يمكن من خلال هذا التفسير تفادي مسألة عدم الدستورية"^(١).

ومن الواضح أن هذه المقاربة للرقابة القضائية- المتنبئة في كل الدول- تستجيب لمبدأ "المحافظة على التشريع" the principle of conservation or preservation of legislation (norm-preservation) عندما يكون هذا التشريع صادراً عن هيئة نيابية منتخبة ديمقراطياً، وذلك لأن التشريع يستفيد، في هذا الحالة، من مبدأ قرينة الدستورية^(٢). وقد أدى تبني هذا المبدأ- المحافظة على الأعمال التشريعية- إلى تبني مسارين للعمل من جانب المحاكم الدستورية:

(1) Ashwander v. TVA, 297 U.S. 288, 346-48 (1936). The principle was first formulated in Crowell v. Benson, 285 U.S. 22, 62 (1932). See "Notes. Supreme Court Interpretation of Statutes to avoid constitutional decision," Columbia Law Review, Vol. 53, No. 5, New York, May 1953, pp. 633-651.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن "قرينة الدستورية" تتضمن عناصر متعددة، منها: (١) حماية التشريعات السارية بقدر ما يكون ذلك ممكناً، وكذلك أيضاً حماية وظائف المشرع واستقلاله؛ (٢) في حالة

أولاً: تعظيم قيمة قرينة الدستورية، أي افتراض دستورية التشريع إلى أن يصدر قرار بعكس ذلك.

ثانياً: المحافظة على التشريع من خلال تبني التفسير الذي يتسق أو يتطابق مع الدستور.

ففي الحالة الأولى، يمكن الإشارة إلى الممارسة التقليدية في اليونان، حيث فشلت المحاكم في أن تسلط رقابة متواترة ذات معنى على دستورية التشريع. وبدلاً من ذلك، مالت هذه المحاكم إلى تأكيد الحاجة لاحترام الامتيازات التشريعية، معتبرة أن مجرد وجود التشريع والذي يقيد الحقوق الأساسية، يعد أساساً كافياً لتأييد دستوريته^(١).

وفي الحالة الثانية، يمكن الإشارة، على النقيض مما سبق، إلى الممارسة التقليدية للمحاكم الدستورية، في كل أنظمة الرقابة القضائية، في إصدار ما يُطلق عليه

=
الشك في عدم دستورية التشريع، فيجب رفض الادعاء بعدم الدستورية؛ (٣) إذا كان هناك تفسيران محتملان للنص التشريعي، أحدهما يتفق مع الدستور والآخر يتنافر معه، فيجب على القاضي الدستوري تبني التفسير المتفق أو المتناغم مع الدستور:

- Ivan Escobar Forns, "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 105-106. See also I. Hartrel. German National Report, op. cit., pp. 6.

(1) Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, op. cit., p. 12.

"القرارات التفسيرية". وقد عرفت المحكمة الدستورية الأسبانية "القرارات التفسيرية" بأنها تلك القرارات التي:

"تتضمن رفض إحدى دعاوى عدم الدستورية، أي إعلان دستورية النص التشريعي المطعون عليه، شريطة إمكان تفسير هذا النص على نحو يتفق مع الدستور أو عدم تفسيره على نحو يتناقض مع الدستور"^(١).

وهكذا، يمكن القول إن "القرارات التفسيرية" هي تلك التي تتضمن تفسيراً للتشريعات على نحو يتفق مع الدستور من أجل المحافظة على نفاذ هذه التشريعات وتجنب إعلان مخالفتها للدستور. وهذا المفهوم لا يمكن تطبيقه على القضايا التي تقوم فيها المحاكم بتفسير الدستور على نحو يتفق مع التشريع، أيضاً، لتجنب إعلان عدم دستورية هذا التشريع. وكما تقدمت الإشارة من قبل فيما يتعلق باليونان، أنه إذا كان من الصحيح لتجنب بلوغ قرار بعدم الدستورية، قيام المحاكم اليونانية، بصورة متواترة، بتفسير التشريعات على نحو يتفق مع الدستور، إلا أن هذه المحاكم قد قامت، أيضاً، من أجل الوصول إلى ذات النتيجة بتفسير الدستور على نحو يتفق مع التشريع. وذلك بدلاً من فعل العكس، أو قيام هذه المحاكم بتجاوز الحدود المسموح بها للتفسير من أجل تجنب بلوغ أحكام بعدم الدستورية. وفي هذا السياق، يمكن الإشارة، على سبيل

(1) Decision STC 5/1981, February 13, FJ 6. See in Francisco Javier Dias Revorio, Las

sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 67; and in Jose Julio Fernandez Rodriguez, La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI, Tecnos, madrid 2007, p. 129.

المثال، إلى القضية التي قام فيها مجلس الدولة اليوناني بتفسير "الإذن" permission المتطلب تشريعياً لقيام الكنيسة الأرثوذكسية ببناء مواقع دينية للطوائف الأخرى- وذلك رغم وضوح النصوص التشريعية السارية في ذلك الوقت- على أنه مجرد رأي غير ملزم قانوناً للسلطة التنفيذية^(١). ووفقاً لهذا التفسير، خلص مجلس الدولة اليوناني- كما يشير إلى ذلك الأستاذان Julia Iliopoulos-Strangas، Stylianos Ioannis- إلى عدم وجود انتهاك للحرية الدينية وفقاً للدستور اليوناني والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

ويمكن القول إن تفسير النصوص التشريعية تفسيراً لا تحتمله صياغتها يعني أن مجلس الدولة اليوناني قد أحل إرادته محل إرادة المشرع، بما يعني أنه قد انخرط في ممارسة نوع من التشريع الإيجابي positive legislation^(٢).

وعلى أي حال، فإن وسيلة تفسير التشريعات على نحو يتناغم أو يتطابق مع الدستور من أجل المحافظة على دستوريته قد طبقت، أيضاً، في قضايا الرقابة على "مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية" control of "conventionality"، كما هو الحال في هولندا، كما يلاحظ ذلك الأستاذة :M.L. van Emmerik، T. Barkhuysen، J. Uzman

(1) See Council of State (Full Bench) judgement no. 1444/1991, NoV 1991, 626 (627); Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, op. cit., p. 13(footnote 94).

(2) Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, op. cit., p. 13.

"تفترض المحاكم، بصفة عامة، أنه ما لم يكن هناك انحراف صريح من جانب البرلمان عن التزاماته الدولية، فإنه يكون قد قصد، بوضوح، بأن تكون النصوص الواردة في التشريعات الصادرة عنه متسقة مع (الاتفاقيات الدولية). وهذا الافتراض يشكل أساس الممارسة التي اعتادت عليها المحاكم في تفسير القانون الوطني بقدر ما يكون ذلك ممكناً بطريقة تتسق مع الحقوق المكرسة في الاتفاقيات مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. كما أن هذه الممارسة هي التي قدمت أساساً لعدد من أكثر القضايا شهرة، بل أيضاً وأكثرها إيجابية في أحكام المحكمة العليا"^(١).

ولا يمكن من حيث المبدأ النظر إلى الأسلوب السابق باعتباره متدخلاً في اختصاصات المشرع. بل على النقيض من ذلك، يستهدف هذا الأسلوب مساعدة المشرع والمحافظة على ما يصدر عنه من أعمال تشريعية أو قاعدية، كما يستهدف، أيضاً، من وجهة النظر العملية، تجنب الفراغات التشريعية غير الضرورية الناشئة عن إعلان عدم دستورية أو إلغاء التشريعات^(٢). وعلى أي حال، يمكن القول إن أسلوب الرقابة القضائية المتمثل في القرارات التفسيرية التي يُرْفَض فيها القضاء بعدم دستورية التشريع قد أسهم، إلى حد كبير، في تشكيل المحاكم الدستورية،

(1) J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, op. cit., pp. 8, 24, 32, 37.

(2) See this assertion regarding the Italian and Spanish judicial review practice in Francisco Javier Dias Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 92; F. Fernandez Segado, Spanish National Report, op. cit., p. 5.

باعتبارها مؤسسات دستورية مهمة، من أجل مساعدة المشرع ومعاونته في الوظائف التشريعية.

ويلاحظ أن هذا النوع من القرارات التفسيرية قد استُخدم، على نطاق واسع، من جانب المحاكم الدستورية^(١). ففي إيطاليا، على سبيل المثال، رفضت المحكمة الدستورية التفسير الذي اقترحه قاضي الموضوع *a quo* في أمر الإحالة، وأوصت بتفسير مختلف لذات النص يتفق مع الدستور، وذلك من خلال القرارات التفسيرية بالرفض التي تصدرها المحكمة الدستورية حال فصلها في المنازعات المثارة في سياق الأسلوب المركزي للرقابة القضائية *for the incidental concentrated mean* *judicial review*. وبعبارة أخرى، "يتم إعلان أن المسألة المثارة لا أساس لها من خلال القرار التفسيري الصادر بالرفض، شريطة تفسير النص المطعون عليه وفقاً للمعنى المشار إليه فيه"^(٢). ويفرض قرار المحكمة الدستورية على قاضي الموضوع التزاماً سلبياً، بما يعنى التزام هذا القاضي الأخير بعدم تبني التفسير الذي رفضته المحكمة الدستورية.

ومع ذلك، بالنظر إلى دقة هذه الوظيفة وملامستها للحدود الفاصلة بين الدستورية وعدم الدستورية، فقد فرضت المحكمة الدستورية على نفسها حدوداً

(1) Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 59 ff.; F. Fernandez Segado, *Spanish National Report*, op. cit., p. 25 ff.; I. Hartel, *German National Report*, op. cit., pp. 6-7.

(2) Gianpaolo Parodi, *Italian National Report*, op. cit., p. 3.

أو نوعاً من التقييد الذاتي self restraint في مواجهة الكلمات الواردة بالنص المراد تفسيره أو نية المشرع لدى مجازاة القانون^(١). وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى قرار المحكمة الدستورية الأسبانية الذي أوجزت فيه مدى هذه القرارات التفسيرية في قرارها (STC 235/2007) الصادر في ٧ نوفمبر ٢٠٠٧ على النحو التالي:

"(أ) لا يجوز أن ينطوي إعمال مبدأ المحافظة على القواعد التشريعية على تجاهل أو التفاف حول النص الواضح للبنود القانونية، وذلك بسبب حقيقة أن المحكمة ليس بمقدورها أن تفسر النصوص تفسيراً يخالف معناها الواضح من أجل الوصول إلى القول إن هذا التفسير هو القاعدة القانونية. (ب) لا يجوز أن يكون التفسير مخالفاً للقانون، لأن نقيض ذلك، سيعني تقويضاً للنصوص القانونية، (ج) ليس من اختصاص المحكمة إعادة تفسير قاعدة واضحة في النص القانوني. وتبعاً لذلك، فإن إنشاء قاعدة جديدة وتولي المحكمة الدستورية لوظيفة المشرع الإيجابي، هي وظيفة لا تملكها من الناحية المؤسسية"^(٢).

وتجدر الإشارة، إلى أن أسلوب "تفسير القانون على نحو يتفق مع الدستور من أجل تفادي إعلان عدم دستوريته" قد طبق، أيضاً، في فرنسا من خلال الرقابة القضائية السابقة a priori judicial review التي يمارسها،

(1) See BVerfGE, 69,1 (55); 49, 148 (157). See in. Hartel, German National Report, op. cit., p. 6, footnote 33.

(2) Francisco Fernandez Segado, Spanish Report, op. cit., p. 34.

تقليدياً، المجلس الدستوري الفرنسي. ولذلك، فإن الأسلوب المتبنى للتحقق من أن المشرع قد احترم الدستور هو استنباط أو استخلاص تفسير للقانون يتفق مع الدستور^(١). وفي مثل هذه الحالات، طور المجلس الدستوري الفرنسي مهمة مكونة من شقين:

أولاً: تفسير القانون على نحو يتفق مع الدستور.

ثانياً: توصية المشرع بشأن شروط ممارسة اختصاصاته، وتوجيه السلطات القائمة على تنفيذ القانون بشأن كيفية نهوضها بواجباتها^(٢).

ويشير الأساتذة Lorant Csink، Jozef Petretei، Peter Tilk، إلى أن المحكمة الدستورية المجرية تقوم بالضرورة- من خلال تحديد المتطلبات الدستورية المتعلقة بالقانون- بتبني تفسير ضيق للقاعدة، وقصر المعاني المحتملة للقاعدة على تلك التي تكون دستورية فقط. وفي مثل هذه الحالات، لا تقوم المحكمة بإلغاء التشريع المطعون عليه، ولكن فقط بتعديل معناه. وفي بعض الحالات، تقوم المحكمة بإنشاء قاعدة قانونية جديدة. وقد ينتهي تحديد المتطلبات الدستورية المتعلقة بالتشريع بالمحكمة إلى أن تأمر "باهمال أجزاء مهمة من القاعدة"، حتى ولو كان ذلك يناقض إرادة المشرع^(٣). وفي مثل هذه الحالات، تختار المحكمة أحد التفسيرات المحتملة من

(1) For instance, decisions 2000-435 DC, 2001-454 DC, 2007-547 DC. See in Bertrand Mathieu, French National Report, op. cit., p. 13.

(2) Bertrand Mathieu, French National Report, op. cit., p. 13.

(3) Decision 48/1993 (VII. 2.) and Decision 52/1995 (IX. 15) See in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, op. cit., p. 4 (footnote 10).

بين البدائل الممكنة، وقد لا يكون التفسير الذي اختارته المحكمة هو الذي فكر فيه المشرع أو قصده وقت وضع التشريع. ومعنى ذلك، أن المحكمة تفسر القانون تفسيراً موسعاً من خلال تحديد أحد المتطلبات التي قد تغير القانون تغييراً كلياً، أو تقرر أمراً جديداً، لم يكن وارداً، بحسب الأصل، في القاعدة، بما يعني خلق قاعدة جديدة^(١).

ويلاحظ أن قرار المحكمة الدستورية بتبني مضمون جديد لأحد النصوص يكون نتيجة لتفسير دستوري يجعل القانون دستورياً^(٢).

(1) Decision 41/1998 (X. 2.), Decision 60/1994 (XII. 24.) and Decision 22/1997 (IV. 25.). See in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, op. cit., p. 4 (footnote 12).

(2) Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, op. cit., p. 4.

المبحث الثاني

دور المحاكم الدستورية في إكمال التشريع: إضافة قواعد جديدة إلى التشريع من خلال إعطائه معنى جديداً

يحدث، في كثير من الأحيان، أن تقوم المحاكم الدستورية بخلق قواعد تشريعية جديدة، من خلال تفسيرها للدستور لدى إعلان دستورية أو عدم دستورية أحد النصوص التشريعية، وذلك من خلال تغيير معنى النص والإضافة إليه ما يكون مفقوداً فيه، من أجل أن يصبح هذا النص متفقاً مع الدستور.

وقد حظي هذا النوع من "القرارات المضيفة" أو "القرارات المكملة" additive decisions بدراسة موسعة بصفة خاصة في إيطاليا، وهي دولة يمكن أن نجد فيها أكبر تنوع ممكن من القرارات التي تصدرها المحكمة الدستورية لدى إعلان عدم دستورية نص تشريعي. وقد خضعت هذه القرارات للدراسة والتحليل والتصنيف تحت الاسم العام: "القرارات الاستبدالية"^(١) "manipulative" decisions - وكما

(١) تجدر الإشارة إلى أن مثل هذه القرارات تتضمن إضافة إلى النص القاعدي، أي أنها تتضمن توسيعاً للمضمون القاعدي للنص القانوني. وتعكس هذه القرارات دور المحاكم الدستورية في إكمال الدور التشريعي للمشرع. وتقدم هذه القرارات مثلاً واضحاً لدور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي:

- Elspeth Attwooll, Paolo Comanducci, Die Deutsche, Sources of law and legislation / ed. by Elspeth Attwool & Paolo Comaducci. - 1998 (ARSP-Beiheft ; Nr. 69), p. 137

يشرح ذلك الأستاذ Gianpaolo Parodi، فإن هذه القرارات تمثل قبولاً لعدم الدستورية:

"على الرغم من تركها نص البند المعلن عدم دستوريته بدون تغيير، فإنها تحول معناه القاعدي، مضيقاً لمجال تطبيقه في بعض الأحيان أو موسعة له في أحيان أخرى، مع إدراج- لاسيما في الحالة الثانية- قاعدة جديدة في النظام القانوني، أو "خلق" قواعد جديدة. وفي هذا الصدد، يمكن فهم الحديث عن (القرارات الاستبدالية) التي يدخل فيها (القرارات المضيفة) والقرارات الإحلالية".

وقد حاول الأستاذ Gianpaolo Parody التمييز بين القرارات التفسيرية والقرارات الاستبدالية على النحو التالي:

"النوع الأول من القرارات يشير إلى (موضوع) القاعدة: فهذه القاعدة يتم الحصول عليها بطريق تفسيري من تقرير تشريعي، وليس من نص أو أحد مكونات هذا النص. وبهذا المعنى، فإن هذا المفهوم يلائم كلاً من القرارات التفسيرية بالمعنى الضيق والقرارات غير النصية بالقبول (الجزئي)، أما مفهوم القرار الاستبدالي فيلقى، عادة، ضوئاً على أثر معين للقاعدة: التغيير، وعلى وجه التحديد- التلاعب بالمعنى الظاهر للنص محل النزاع، الذي يبقى، على المستوى النصي، دون تغيير"^(١).

وفي إطار "القرارات المضيفة" *sentenze additive*، يمكن تمييز "القرارات المضيفة لمبدأ *additive decisions of principle*، لأن المبادئ

(1) Gianpaolo Parodi, Italian National Report, op. cit., pp. 6-7.

المصوغة في قرار المحكمة يتم إرساؤها، في هذه الحالة، لإرشاد "كل من المشرع في نشاطه القاعدي (التشريعي) الضروري اللاحق على حكم المحكمة، والذي يستهدف معالجة الإغفال التشريعي غير الدستوري *the unconstitutional omission*؛ والقاضي العادي الذي يمكن أن يجد، أثناء انتظاره للتدخل التشريعي، في التكامل التشريعي حلاً للمنازعات التي تُطرح عليه"^(١).

وفي مثل هذه الحالات، كما تشير إلى ذلك المحكمة الدستورية الإيطالية في عام ١٩٩١، فإن من شأن أسلوب "إعلان عدم المشروعية الدستورية" *the declaration of constitutional illegitimacy* لإحدى حالات لإغفال تشريعي- أن يترك للمشرع اختصاصه، الذي ليس بالإمكان إنكاره، لتنظيم الموضوع، حتى بأثر رجعي، من خلال تشريع عام، مع إعطاء مبدأ يمكن للقاضي العادي أن يشير إليه أو يستند عليه لتعويض النقص الناشئ عن الإغفال التشريعي في وقت تحديد القاعدة بالنسبة للنزاع الموضوعي المطروح عليه"^(٢).

وفي مثل هذه القضايا، تقرر المحاكم الدستورية، من خلال أسلوب "القرارات المضيفة أو المكملة"، أن النص المطعون عليه يفتقد "شيئاً ما"، حتى يكون متسقاً مع الدستور *lacking "something" in order to be in accordance with the Constitution*. وتبعاً لذلك، تقرر هذه المحاكم أن هذا النص يجب أن يُطبق، من

(1) Ibid., p. 10.

(2) Decision no. 295/1991, in Gianpaolo Parodi, Italian National Report, op. cit., p. 10.

الآن فصاعداً، كما لو كان هذا "الشيء" موجوداً. وفي هذا السياق، تقول المحكمة الدستورية في بيرو، في أحد قراراتها التفسيرية:

"عندما يُعلن عدم دستورية نص أو جزء منه، بسبب إغفال الجزء الضروري الواجب توافره لكي يصبح هذا النص متسقاً مع الدستور، فإنه يتم إعلان عدم دستورية النص بأكمله. ولذلك، يكون إلزامياً، بعد إعلان عدم دستورية هذا النص، أن يتضمن في طبيته الجزء الذي تم إغفاله"^(١).

ويلاحظ أن مثل هذه القرارات تصدر، في الغالب، لضمان الحق في المساواة وعدم التمييز^(٢). وتؤدي هذه القرارات، في نهاية المطاف، إلى تحويل نص غير دستوري إلى نص دستوري من خلال الإضافة إلى القاعدة "الشيء المفتقد فيها" "adding" to the norm what is lacking، أو حتى من خلال "إحلال" شيء معين في النص "substituting" something in the provision. وبعبارة

(1) Decision of January 3, 2003 (Exp. No. 0010-2002A1-TC). See in Fernan Altuve Febres, Peruvian National Report II, op. cit., p. 13.

(2) Francisco Javier Diaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 183, 186, 203, 204, 274, 299, 300; Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 232 ff.; Joaquin Brage Camazano, "Interpretacion constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (Un suscinto inventario de algunas sentencias "atipicas")," in Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coord.), Interpretacion Constitucional, Porrúa, Tomo I, Mexico 2005, pp. 192 ss.; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, Portuguese National Report, op. cit., p. 8.

أخرى، تقوم المحاكم الدستورية، من خلال أسلوب "القرارات المضيفة" ودون المساس بالنص المطعون عليه، بتوسيع المضمون القاعدي لهذا النص، من خلال تقرير أن هذا المضمون يجب أن يشمل شيئاً ما ليس معبراً عنه صراحة في النص^(١). وعلى الرغم من أن مثل هذه القرارات تغير، بطريقة ما، في مجال القواعد التشريعية، بغض النظر عن أي تعديل لصياغة مثل هذه القواعد- كما يشير إلى ذلك الأستاذ Joaquim de Sousa Ribeiro- فإن "حكم المحكمة لا يخلق قاعدة جديدة تماماً من لا شيء ex nihilo. ذلك، أن مثل هذه القرارات تقتصر على مجرد إيجاد حل تفرضه النصوص والمبادئ الدستورية من خلال توسيع قاعدة كان المشرع قد اختارها بالفعل من قبل"^(٢).

وبالطبع، لا تتضمن هذه "القرارات المضيفة"، كما تعبر عن ذلك المحكمة الدستورية الإيطالية، سلطة تقديرية في تقييم النص المطعون عليه a discretionary appraisal، بمعنى أن المحكمة الدستورية ليس بمقدورها أن تتدخل في الحالات التي يتعلق الأمر فيها بإجراء اختيار بين مجموعة من الحلول كلها مسموح بها. ذلك، أنه في مثل تلك الحالات، يدخل القرار التقديري في اختصاص المشرع^(٣). ومن ناحية أخرى، لا

(1) Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 28, 32, 33, 45, 97, 146, 165, 167, 292.

(2) Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, *Portuguese National Report*, op. cit., p. 9.

(3) Decisions No. 109 of April 22, 1986, and No. 125 of January 27, 1988, in Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 273, footnote 142; Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en

تتدخل المحاكم الدستورية في المسائل التي يتمتع المشرع بشأنها باختصاص حصري أو استثنائي، أي لا يجوز تنظيمها إلا من جانب المشرع، مثل المسائل الجنائية^(١).

ومن الأمثلة على هذه "القرارات المضيفة"، ذلك القرار الذي أصدرته المحكمة الدستورية الإيطالية في عام ١٩٦٩ بشأن مدى دستورية الفقرة (٣) من المادة (٣١٣) من التقنين الجنائي، وهي الفقرة التي كانت تُخضع الملاحقة الجنائية عن تشويه سمعة المحكمة الدستورية ذاتها لترخيص مسبق من وزارة العدل. وفي هذه القضية، اعتبرت المحكمة الدستورية أن مثل هذا الترخيص يتناقض مع الاستقلال الواجب كفالتة للمحكمة، ومن ثم خلصت المحكمة إلى اعتبار النص المتطلب لهذا الترخيص غير دستوري. وفوق ذلك، قضت المحكمة بأن هذا الترخيص يجب أن يُمنح من المحكمة ذاتها^(٢). وفي هذا السياق، يرى الأستاذ Diaz Revorio أن المحكمة قد

=

torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 164-165.

- (1) Patricia Popelier, *Belgium National Report*, p. 13-14; Ivan Escobar Forns, "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 110.
- (2) Decision No. 15, February 12, 1969, in Francisco Javier Dias Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 151-152.

طوعت أو أرغمت النص على قول شيء لم يكن قاصداً قوله. بل إن المحكمة قد ذهبت إلى حد إزالة ذلك الجزء من النص الذي اعتبرته غير متسق مع استقلالها^(١).

وثمة قرار آخر من هذا النوع أصدرته المحكمة الدستورية الإيطالية في عام ١٩٨٩ يتعلق بأحد نصوص التقنين الجنائي التي تجازي هؤلاء الذين يرفضون أداء الخدمة العسكرية، لأسباب نابعة من ضمائرهم، بالسجن من عامين لأربعة. وفي هذه القضية، قضت المحكمة بأن النص المطعون عليه ينتهك الحق الدستوري في المساواة، وذلك بالنظر إلى حقيقة أن ذات التقنين الجنائي قد نص على عقوبة أقل فقط من ستة أشهر إلى عامين) في موقف مشابه بالنسبة لهؤلاء الذين يُدعون لأداء الخدمة العسكرية فيرفضون، دون إبداء للأسباب أو يستندون لأسباب تافهة. وكان من نتيجة إعلان عدم دستورية النص "في ذلك الجزء من النص الذي تحدد فيه الحد الأدنى للجزاء بسنتين بدلاً من ستة أشهر، والجزء الذي تحدد فيه الحد الأقصى للجزاء بأربع سنوات بدلاً من سنتين"^(٢). وكان من نتيجة هذا القضاء أن أحلت المحكمة الجزاء (من ستة أشهر إلى سنتين) محل (الجزاء من سنتين إلى أربعة).

وفي ألمانيا، يمكن الإشارة إلى أحد "القرارات المضيفة" التي تبنتها المحكمة

الدستورية الفيدرالية بشأن قانون الأحزاب السياسية *The Political Parties*

(1) Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 152.

(2) Decision No. 409 of July 6, 1989, in Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 153.

Law. ففي هذا القرار، خفضت المحكمة الحد الأدنى من الأصوات فيما يتعلق بتمويل نفقات الحملات الانتخابية من 2,5% إلى 0,5%^(١).

وفي أسبانيا، يتمثل أحد "القرارات المضيفة" أو "الإحلائية" decision "substitutive" في ذلك القرار الذي أصدرته المحكمة الدستورية في عام ١٩٨٨ لدى الفصل في دستورية الفقرة الرابعة من المادة (٧) من قانون صندوق التعويض المتبادل بين الأقاليم The Inter Territorial Compensation Fund. وقد كان هذا النص يقرر أن القرار بشأن مقترحات المشروعات يحتاج، في بعض الأحيان، إلى موافقة المجلس الحكومي للوحدات المجتمعية المستقلة". وقد اعتبرت المحكمة أن مضمون هذا النص غير دستوري، لأن تحديد أي هيئات هذه الوحدات المجتمعية يجب أن يتدخل للموافقة يشكل جزءاً من استقلالها. وقد خلصت المحكمة الدستورية الأسبانية من ذلك إلى أن الإشارة إلى المجالس الحكومية يجب أن يفهم على أنه إشارة إلى الوحدات المجتمعية دون أي إشارة معينة لأي من هيئاتها^(٢).

وثمة مثال آخر من قضاء المحكمة الدستورية الأسبانية يتمثل في القرار الصادر في عام ١٩٩٣ فيما يتعلق بمزايا معاشات التأمين الاجتماعي "البنات وأخوات" صاحب معاش التقاعد. وقد اعتبرت المحكمة النص المقرر لهذا الحكم غير دستوري، لأنه ينتهك الضمانة الدستورية للمساواة عندما يمنح هذه المزايا "البنات

(1) See BVerfGE 24, 300 (342 f.), in I. Hartel, German National Report, op. cit., p. 19.

(2) Decision STC 183/1988, October 13, 1988, in Francisco Javier Diaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 154-155.

وأخوات" صاحب المعاش، ويمنعها عن "أبنائه وإخوته". وكان من مؤدى هذا الحكم توسيع مجال هذه المزايا ليستفيد منها "أبناء وإخوة" صاحب معاش التقاعد^(١).

وفي ذات الاتجاه، يمكن الإشارة، أيضاً، إلى حكم المحكمة الصادر في عام ١٩٩٢، فيما يتعلق بقانون المستأجرين الذين يعيشون في المناطق الحضرية *The Urban Tenants Law*، الذي كانت الفقرة الأولى من المادة (٥٨) منه تنص على أن أرملة المستأجر تحل محله في حقوقه وواجباته عند وفاته. وفي هذه القضية، اعتبرت المحكمة أن غياب أي إشارة في النص إلى هؤلاء الذين كانوا يعيشون مع المستأجر المتوفى - معيشة تأخذ حكم الزوجية المستقرة *more uxorio* - يعد غير دستوري لإخلاله بمبدأ المساواة. ومن ثم، وسعت المحكمة مجال تطبيق النص ليشمل الطائفة المذكورة غير المشار إليها في النص^(٢). ومن كل هذه القضايا، يمكن القول - كما يشير إلى ذلك الأستاذ *F. Fernandez Segado* - إن المحكمة الدستورية

(1) Decision STC 3/1993, January 14, 1993, in Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 177, 274; F. Fernandez Segado, Spanish National Report, op. cit., p. 42.

(2) Decision STC 222/1992, December 11, 1992, in Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 181, 182, 275; F. Fernandez Segado, Spanish National Report, p. 41.

الأسبانية يمكن النظر إليها باعتبارها "مشرعاً إيجابياً حقيقياً" **real positive legislator**^(١).

وفي البرتغال، استُخدمت "القرارات المضيفة أو المكملة"، بطريقة مماثلة، من جانب المحكمة الدستورية، لدى تطبيق مبدأ المساواة. ووفقاً لهذا الاستخدام، إذا كانت القاعدة تمنح مزايا لطوائف معينة من الأشخاص، بينما تستبعد آخرين بالمخالفة لبند الحماية المتساوية أو المتكافئة **equal protection clause**، فإن هذا الاستبعاد تعتبره المحكمة غير دستوري. وإلا كان من الصحيح أن المحكمة لا تتمتع بسلطة فرض حل مساو للطائفة المستبعدة، في بعض القضايا النادرة، فإن حكم المحكمة كان كافياً بذاته، في بعض الحالات، لإدراج طوائف معينة تحت مظلة القواعد التي استبعدتهم. من ذلك، على سبيل المثال القرار الذي أشار إليه الأستاذ **Sousa Ribeiro**- القرار رقم (449/87)- حيث قضت المحكمة بعدم دستورية قاعدة كانت تحدد أنصبة متفاوتة لكل من الأرملة والأرمل في حالة الوفاة الناشئة عن إصابة العمل. وفوق ذلك، قررت المحكمة أن الحل الوحيد الذي يتسق مع الدستور هو كفالة معاملة متماثلة لكل منهما **equal treatment to both**، بما يعني أن النصيب الممنوح للأرملة يجب أن يرتفع ليصل إلى مستوى ذلك الممنوح للأرمل.

وفي القرار رقم (٣٥٩/٩١)، فصلت المحكمة الدستورية البرتغالية في الطلب المقدم من الأمبودسمان^(٢) **Ombudsman**- في سياق، ليس فقط رقابة مجردة **a**

(1) F. Fernandez Segado, Spanish National Report, p. 48.

(٢) الأمبودسمان كلمة سويدية تعني محامياً أو ممثلاً أو مفوضاً، والكلمة بمفردها لا تدل على نظام معين بذاته في السويد، فكل شركة أو بنك له أمبودسمان، كذلك تطلق كلمة أمبودسمان للإشارة الي عضو البرلمان أو ممثل هيئة معينة، أو ممثل جماعات العمال، ذلك أنها تعني في الواقع من يقوم =

successive abstract review للقواعد التي يحددها التقنين المدني بشأن نقل وضع أو مركز المستأجر في حالة الطلاق- عندما فسرت هذه القواعد باعتبارها غير قابلة للتطبيق على الروابط أو الاتحادات الواقعية de facto unions، حتى ولو كان الزوجان لديهما أطفال تحت السن- ولكن أيضاً رقابة "لعدم دستورية إغفال نص تشريعي" ينص، صراحة، على أن هذه القواعد قابلة للتطبيق، مع التغييرات الضرورية، على الأزواج الذين يرتبطون في ظل اتحادات واقعية، ويكون لديهم أطفال تحت السن". ويلاحظ أن المحكمة أصدرت، في هذه القضية، إعلاناً ذا قوة إلزامية عامة بعدم دستورية ذلك التفسير، لأنه ينتهك مبدأ عدم التمييز في مواجهة الأطفال الذين يولدون خارج إطار الرابطة الزوجية the principle of nondiscrimination against children born outside wedlock ولكنها أصدرت قرارها في مواجهة وجود عدم دستورية الإغفال التشريعي unconstitutional by omission. ونتيجة لهذا القرار، أضحت قواعد التقنين المدني تُفهم على أنها تتضمن الاتحادات الواقعية^(١). ويرى الأستاذ Sousa Ribeiro،

بتمثيل آخر أو المفوض من آخر، وهناك اليوم بالسويد وغيرها، عدد كبير من أنظمة الأمبودسمان لمراقبة أجهزة بذاتها أو لإتصاف فئات معينة مثل أمبودسمان السكان الأصليين، أمبودسمان المرأة.. الخ. أما الاسم الدقيق الذي يستعمل للتعبير عن النظام، الذي جاء به دستور السويد ليكفل الرقابة البرلمانية فهو الأمبودسمان البرلماني أو المفوض البرلماني وهو اسم أقرب دلالة علي فلسفة النظام وواقع نشأته، فهو المحامي أو المفوض الذي أوكل إليه البرلمان سلطة التأكد من حسن تطبيق القانون، وعدم استغلال السلطة، والحرص علي حريات الأفراد وحقوقهم من تعسف الحكومة أو القضاء. د. ليلا تكلا، الأمبودسمان ومؤسسات حقوق الإنسان، جريدة الأهرام، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/Archive/2003/9/30/WRIT1.HTM>

(1) Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, Portuguese National Report, op. cit., p. 8.

أن هذه القرارات يمكن النظر إليها باعتبارها "قرارات مضيئة" additive decisions، وذلك بغض النظر عن إدخال أي تعديل على صياغة هذه القواعد^(١).

وفي اليونان، فيما يتعلق بانتهاكات المبدأ الدستوري للمساواة the constitutional equality principle بسبب الاستبعاد غير الدستوري لبعض الأشخاص أو المجموعات من ميزة أو منفعة تقدمها الدولة أو المعاملة التفضيلية لأحد الأشخاص أو المجموعات على حساب شخص أو مجموعة أخرى، قامت المحاكم المدنية- من خلال مباشرتها لأسلوب الرقابة القضائية غير المركزية- بتوسيع نطاق المعاملة التفضيلية التي يقررها التشريع غير الدستوري، وذلك لمعالجة الانتهاك للمبدأ الدستوري للمساواة، وذلك بغض النظر عما إذا كان التشريع التمييزي يكفل المعاملة التفضيلية كقاعدة عامة أو على سبيل الاستثناء^(٢).

وينظر إلى توسيع التعويض remuneration المدفوع إلى الموظفين العموميين من شاغلي الوظائف العليا^(٣) ليشمل قضاة التشريع باعتباره نموذجاً لهذا القضاء. وقد تبنت المحاكم الإدارية العادية، بصفة عامة، ذات المقاربة القضائية، مع

(1) Ibid., p. 9.

(2) Areios Pagos judgement nos. 3/1990, NoV 1990, 1313 (1314); 7/1995 (Full Bench),

EErgD 1996, 494 (495); 1578/2008, EErgD 2009, 180 ff. See Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, p. 18 (footnote 140).

(3) Areios Pagos judgement no. 40/1990, EEN 1990, 579 ff. (579). See Julia Iliopoulos- Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, p. 18 (footnote 144).

الإشارة في تسببها للأحكام الصادرة عنها في هذا السياق إلى قضاء محكمة العدل الأوروبية بشأن مبدأ الأجر المتساوي للعاملين من الرجال والنساء عن العمل المتساوي أو العمل ذي القيمة المتساوية *equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value*^(١). وحديثاً جداً، تبنى مجلس الدولة قضاء المحكمة العليا اليونانية، الذي يتضمن توسيع نطاق المعاملة التفضيلية في قضايا انتهاك المبدأ الدستوري للمساواة، كما هو الحال، على سبيل المثال، في قضايا التمييز بين الجنسين في مجال تشريع التأمين الاجتماعي^(٢). ويرى الأستاذان *Julia Iliopoulos-Strangas*، *Stylianios-Ioannis G. Koutna*، أن "المحاكم اليونانية- بتوسيعها لتطبيق التشريع التمييزي، ومن ثم غير الدستوري- تمارس سلطة تشريعية بالمعنى الإيجابي" *exercise legislative power in a positive sense*^(٣).

(1) See, e.g., Athens Administrative Court of First Instance judgement nos. 10391/1990, DiDik 1991, 1309 (1309-1310); 3151/1992, DiDik 1993, 350 (351); see also Athens Administrative Court of Appeals judgement no. 3717/1992, DiDik 1993, 138 (138-139). See *Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianios-Ioannis G. Koutna*, Greek National Report, p. 19 (footnote 146).

(2) See, e.g., Council of State judgement nos. 1467/2004 (Full Bench), Arm 2004, 1049 (1050); 3088/2007 (Full Bench), DtA 2009, 540 (541); see also Council of State judgement no. 2180/2004 (Full Bench), NoV 2005, 173 (174-175) (extending to pilots legislation concerning remuneration provisions of cabin crew). See *Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianios-Ioannis G. Koutna*, Greek National Report, p. 19 (footnote 148).

(3) See *Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianios-Ioannis G. Koutna*, Greek National Report, p. 19.

وفي جنوب أفريقيا، تبنت المحكمة الدستورية ذات المقاربة القضائية السابقة عندما اعتبرت أن التشريع الصادر في عام ١٩٩١ - ثم عدل في عام ١٩٩٦ - الذي يمنح زوج الشخص المتمتع بإقامة دائمة في الدولة الحق في الحصول تلقائياً على تصريح إقامة يعد منطوياً على تمييز محظور دستورياً. وتفسير ذلك أن هذا التشريع لا يشمل الأجانب المنخرطين في علاقات جنسية مثلية *a homosexual relation*. وفوق ذلك، قامت المحكمة بإكمال النص بإضافة عبارة "أو الشريك من ذات الجنس في وضع مستقر بعد كلمة "أحد الزوجين" "or the same sex partner in a "stable condition."⁽¹⁾

وفي كندا، من الممكن العثور على "قرارات مضيئة أو مكملة" مشابهة في مسائل قانون الأسرة، لا سيما فيما يتعلق بالحق في المساواة *the right to equality* - المدعوم بالقيم الدستورية. وفي هذه القرارات، تقوم المحكمة العليا الكندية بإدراج أو إضافة كلمات للتشريع من أجل معالجة العوار الدستوري. ومن بين الأمثلة الشهيرة لهذه القرارات ذلك القرار الذي أصدرته المحكمة العليا الكندية في قضية *Vriend v. Alberta*. ففي هذه القضية، على الرغم من أن المحكمة اعتبرت أن تقنين حقوق الإنسان في إقليم ألبرتا *Alberta's Human Rights Code* غير دستوري، لأنه ينطوي على انتهاك لحقوق المساواة لفشله في حماية الشواذ من الجنسين من التمييز، إلا أنها قررت أن تضيف إلى النص أو تقرأه على أنه يتضمن

(1) Ivan Escobar Fornos, "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 111-112.

توجهاً جنسياً قائماً على أسس محظورة للتمييز، وذلك بدلاً من إلغاء التشريع بأكمله^(١). وثمة استخدام مماثل لسلطة الإضافة يظهر في قرار محكمة استئناف Ontario الذي ألغت فيه تعريفاً للزواج باعتباره اتحاداً بين رجل وامرأة، وأحلت محله تعريفاً محايداً من ناحية الجنس **the gender neutral concept of a union between persons**، وذلك من أجل السماح بالزواج بين شخصين من ذات الجنس **same sex marriages**. وفي هذه القضية، اعتبرت المحكمة أن الآراء الدينية بشأن الزواج لا تكفي لتسويغ استبعاد "الأزواج من ذات الجنس" من المؤسسة المدنية للزواج^(٢). وعلى الرغم من أن مثل هذه الوسائل لا تستخدم بطريقة منتظمة لعلاج أوجه العوار الدستوري، فإنها ترقى- وفقاً للأستاذ **Kent Roach**- لأن تعتبر من قبيل "التعديلات القضائية أو الإضافات للتشريع" **amount to judicial amendments or additions to legislation**^(٣).

وفي بولندا، طورت المحكمة الدستورية مثل هذه الأنواع من الأحكام، وذلك على الرغم من عدم وجود أساس مباشر لها في الدستور أو التشريع المنظم للمحكمة. وفي هذا السياق، يذكر الأستاذ **Marek Safjan** أن المحكمة "تتبنى إحدى الصياغات التالية: النص (X) مفهوماً على النحو التالي... لا يتطابق مع الدستور".

-
- (1) *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493. See in Kent Roach, *Canadian National Report*, pp. 6, 14 (footnotes 5 and 27).
- (2) *Halpern v. Ontario* (2003) 65 O.R. (3d) 161 (C.A.). See in Kent Roach, *Canadian National Report*, pp. 7, 14 (footnotes 6 and 29).
- (3) Kent Roach, *Canadian National Report*, p. 7.

وتذهب بعض الأحكام- التي يُطلق عليها الأحكام الجزئية *partial judgments* - أبعد من هذا، لأنها تتضمن تحديداً مباشراً للعناصر القاعدية الواردة في النص التي لا تتطابق مع تشريع أعلى في سلم تدرج القواعد القانونية. من ذلك، على سبيل المثال: القول بأن "النص (X) بقدر ما يقرر (كذا) لا يتطابق مع الدستور" 'provision X up to an extent in which it envisages that does not comply with the Constitution'.^(١) ومن الأمثلة على هذا النوع من القرارات^(٢)- التي وُصفت بأنها تشبه "جراحة المناظير" *laparoscopic surgery* - في مواجهة الجراحة التي تترك جرحاً مفتوحاً- تفسير التقنين المدني المنظم لمسئولية الدولة عن الأضرار التي تلحق بالأفراد نتيجة مباشرة الموظفين العموميين لوظائفهم^(٣). وهكذا، أنشأت المحكمة نظاماً جديداً تماماً للمسئولية *totally new regime of ex delicto liability* - من خلال إصدار قرار تفسيري مع تجنب مخالفة التقنين المدني- قائم على أساس المسئولية الموضوعية *an objective premise of illegality*، واستبعاد خطأ الموظف كشرط لمسئولية السلطة العامة^(٤).

(1) Marek Safjan, Polish National Report, pp. 13-14.

(٢) ويلاحظ أن المحكمة العليا البولندية قد عارضت هذه الممارسة من جانب المحكمة الدستورية، وذلك لأن عملية التفسير ترتبط ارتباطاً صارماً بتطبيق قاعدة معينة، وليس بإجراء تقييمه من منظور مدى اتساقه مع قانون أعلى في سلم تدرج القواعد القانونية:

- Marek Safjan, Polish National Report, p. 14.

(3) Decision of the Constitutional Tribunal of 4 XII 2001 in the case SK18/00, OTK ZU

2001/8/256. See in Marek Safjan, Polish National Report, p. 14 (footnote 43).

(4) Marek Safjan, Polish National Report, pp. 14, 15.

وفي المجر، يمكن، أيضاً، العثور على "القرارات المضيفة أو المكملة" في سياق قرارات المحكمة الدستورية التي تعلن فيها الإلغاء الجزئي للقوانين partial nullity of laws، وهي القرارات التي يُطلق عليها "الإلغاء المتداخل" mosaic annulment. وفي هذا السياق، يشير الأساتذة Jozef Lorant Csink، Peter Tilk، Petretei إلى أن المحكمة تحاول، دائماً، إلغاء أقل جزء ممكن من القانون، أي ما يكون ضرورياً فقط لاستعادة المشروعية. ولهذا السبب، يُلاحظ هؤلاء الأساتذة أن الإلغاء الجزئي قد دفع المحكمة بعيداً جداً عن التشريع السلبي، أي مجرد إلغاء نص لعدم دستوريته، وذلك لأن النص الذي يبقى سارياً بعد الإلغاء يكون له، في الغالب، معنى مختلف، وأحياناً متناقض مع النص السابق على الرقابة الدستورية. من ذلك، على سبيل المثال، توسيع مجال تطبيق ضمانات القانون الضريبي، سواء في المجال الموضوعي^(١) أم في المجال الإجرائي^(٢)، وذلك عندما تقيد بعض نصوص القانون حقاً أساسياً يتعلق بعلانية إعلانات الملكية the publicity of declarations of properties لنواب

(1) Decision 87/2008 (VI.18.), See in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, p. 5 (footnote 18).

- وفي هذا الحكم، خلصت المحكمة إلى أن منح معاملة ضريبية تفضيلية لطائفة معينة دون طائفة أخرى في مركز مماثل ينطوي على تمييز محظور دستورياً. وقد انتهت المحكمة إلى القضاء بعدم دستورية هذا التنظيم القانوني على نحو يمنح ذات المزايا الضريبية لأفراد الطائفة الأخرى.

(2) Decision 73/2009 (VII. 10.), See in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, p. 5 (footnote 19).

- وفي هذا الحكم، خلصت المحكمة إلى عدم دستورية قانون لا يمنح إمكانية تخفيض أو الإعفاء من الأعباء الضريبية للأفراد.

الحكومة المحلي^(١)، والاقْتصار على إلغاء بعض كلمات تقنين الإجراءات الجنائية، في مسائل تعويضات القانون الجنائي، لدى نقل الاختصاص بتحديد هذه التعويضات من وزارة العدل إلى المحاكم^(٢). وثمة قضية أخرى، قُضى فيها بعدم دستورية مجرد "فاصلة" في جملة تتضمن تعادلاً، لأنها أدت إلى معنى مختلف للجملة، غير المعنى الذي يتفق مع الدستور^(٣).

وفي تشيكوسلوفاكيا، أصدرت المحكمة الدستورية قرارات تفسيرية interpretative decisions تقرأ بطريقة مختلفة أو تضيف معنى للنصوص الدستورية. ومن الأمثلة على ذلك الحكم الذي يشير إليه الأستاذ Zdenek Kuhn، في قضية Clearance of Defense Counsel، في ٢٨ فبراير ٢٠٠٤، بشأن القانون الذي يلزم بخضوع محامي الدفاع لضرورة الحصول على تصريح أمنى Security clearance لدى مناقشة بعض المعلومات السرية classified information في القضايا الجنائية. وقد ترتب على ذلك، عدم إمكان استعانة المدعي عليه بمحامي في القضايا الجنائية أمام المحكمة الجزئية district court. ومعنى ذلك، حرمان المدعي عليه من حقه في المساعدة القانونية right to legal aid.

(1) Decision 83/2008 (VI. 13.) The decree of the local government allowed only Hungarian citizens to check the declarations, and only after certifying their identity. These texts have been annulled. See in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, p. 5 (footnote 20).

(2) Decision 66/1991 (XII. 21.) See in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, p. 5.

(3) Decision 16/1999. (VI. 11.) . See in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, p. 5.

ولذلك، التمسست المحكمة الجزئية من المحكمة الدستورية إلغاء القانون لأنه أدرج "محامي الدفاع" بين الفئات الواجب عليها الحصول على تصاريح أمنية. بيد أن المحكمة الدستورية رفضت هذه القراءة للقانون، ووجدت- على الرغم من وضوح كلمات القانون- أن محامي الدفاع لا يخضعون، في سياق الإجراءات الجنائية، لهذا النوع من التصاريح الأمنية.

ونظراً لأن المحكمة كانت على وعي كامل بالطبيعة الخلافية للمنطق الذي استندت عليه، فقد أضافت الجزء التالي لحكمها منشئة استثناءً جديداً، وذلك رغم وضوح صياغة القانون. ولذلك، يتضمن الحكم فقرتين على النحو التالي:

"١- رفض الالتماس:

٢- تطلب التصريح الأمني لمحامي الدفاع في الإجراءات الجنائية لأغراض الاطلاع على المعلومات السرية من خلال الموافقة الأمنية من جانب مكتب الأمن الوطني لا تتطابق مع المواد (Art. 37 par. 3, Art. 38 par. 2, and Art. 40) من ميثاق الحقوق والحريات الأساسية (par. 3 the Charter of Fundamental Rights ، والمواد (the Charter of Fundamental Rights) من اتفاقية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية"^(١). وفي هذه القضية، بينت المحكمة الدستورية أسباب إدراجها للجزء الثاني المستند على مبدأ علو التفسير المتفق مع الدستور على التفسير غير الدستوري the principle of

(1) Decision Pl. US 41/02 of January 28, 2004, published as n. 98/2004 Sb. See in http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/p-41-02.php, See in Zdenek Kuhn, Czech National Report, p. 9 (footnote 41).

the primacy of constitutionally consistent interpretation
.over unconstitutional interpretations

وفي قضية أخرى- قضية الإقامة الدائمة لعام ١٩٩٤ Permanent Residence Case- ألغت المحكمة الدستورية تتطلب وجود إقامة دائمة للمواطنين التشيك الذين يُسمح لهم بالمطالبة باسترداد ملكياتهم. وقد أسست المحكمة قضاءها في هذه القضية على أن هذا المتطلب تمييزي. وبالإضافة إلى ذلك، ألغت المحكمة القاعدة التي تحدد موعداً نهائياً لطلب الاسترداد. وقد ترتب على ذلك فقدان القانون لكثير من وضوحه، وذلك لأن الأثر المترتب على إلغاء الموعد النهائي كان محل شك كبير. وقد وجدت هذه المشكلة بياناً لها في الحكم الذي أصدرته المحكمة:

"ومع ذلك، إذا كان يجب إصلاح نتائج إضفاء المشروعية على هذا الشرط غير الدستوري، فإنه يكون من الضروري، ليس فقط إلغاء الشرط في ذاته، ولكن من الضروري أيضاً أن تكون الصياغة الجديدة للقانون- بعد الإلغاء- قادرة على الصمود بصورة واقعية. ولا يمكن تحقيق ذلك إلا من خلال فتح المدة لرفع الدعوى أمام المحكمة بالنسبة لهؤلاء المواطنين الذي جعل شرط الإقامة الدائمة ممارستهم لحقهم في رفع الدعوى مستحيلاً"^(١).

ومع ذلك، يذهب الأستاذ Zdenek Kuhn إلى أن المعنى الفعلي لإلغاء الموعد النهائي لرفع الدعوى، من جانب المحكمة الدستورية، ليس واضحاً تماماً.

(1) Decision Pl.US 3/94 of July 12, 1994, published in Czech as 164/1994 Sb. See in http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/p-3-94.php, See in Zdenek Kuhn, Czech National Report, p. 10 (footnote 47).

وعلى أي حال، من الواضح أن تفسير القانون لم يكن ممكناً بالرجوع إلى نصوصه، ولكن إلى حكم المحكمة. ومن خلال الرجوع إلى حكم المحكمة يبين أن الموعد النهائي قد فتح من جديد فقط لهؤلاء المواطنين الذين ليس لهم إقامة دائمة في جمهورية التشيك^(١).

وفي كرواتيا، طورت المحكمة الدستورية أيضاً، هذا النوع من "القرارات المضيفة أو المكملة"، مما أدى إلى تبني سياسات أسهمت في ترسيخ حكم القانون وحماية حقوق الإنسان. من ذلك، على سبيل المثال، ما يشير إليه الأستاذان Sanja Petar Bačić، Barić من إلغاء بعض نصوص قانون تعديل المعاشات the Pension Adjustment Act في عام ١٩٩٨. ففي هذه القضية، اعتبرت المحكمة أن توقف الحكومة، منذ عام ١٩٩٣، عن زيادة المعاشات على نحو يتفق مع زيادة معدلات التضخم ونفقات المعيشة غير دستوري، وذلك على الرغم من استمرارها في زيادة الأجور. وقد ترتب على ذلك، أنه خلال السنوات الأربع (١٩٩٣-١٩٩٧)، زادت الأجور بمعدل ضعفي المعاشات (مع العلم أن المعاش المتوسط يعادل نصف الأجر المتوسط)، ومعنى ذلك أن مستوى معيشة الأشخاص المتقاعدين كان نصف مستوى معيشة الأشخاص العاملين من ذوي الدخل المتوسط.

ولذلك، قضت المحكمة الدستورية بأن "هذا التنظيم التشريعي قد غير الوضع الاجتماعي للأشخاص المتقاعدين إلى حد أنه أنشأ حالة من عدم المساواة الاجتماعية بين المواطنين"، وأن النصوص المتنازع فيها "تتناقض مع النصوص الدستورية الأساسية للمادة (٣) من دستور كرواتيا الذي يكفل المساواة، والعدالة الاجتماعية،

(1) Zdenek Kuhn, Czech National Report, pp. 8-9.

وحكم القانون؛ ومع المادة (٥) من الدستور التي تنص على أن القوانين يجب أن تكون متسقة مع الدستور^(١). ونتيجة لقرار المحكمة، تلقى الأشخاص المتقاعدون المعاشات التي لم تُدفع لهم (المستحقة لهم عن الفترة من ١٩٩٣ إلى ١٩٨٧). وبعد ست سنوات من الحكم السابق، تبنى البرلمان الكرواتي قانونًا بشأن إنفاذ حكم المحكمة الدستورية في ١٢ مايو ١٩٩٨^(٢).

وفي العديد من الدول، نُظر إلى مثل هذه القرارات باعتبارها متعدية على اختصاصات السلطات التشريعية، لأن المحاكم الدستورية تقوم من خلال هذه القرارات، عن طريق التفسير، بإحلال نفسها محل المشرع، ومن ثم تفويض مبدأ الفصل بين السلطات. وقد اعتُبرت هذه القرارات قرارات قضائية تضيف جديدًا *a quid novi* على نحو يحول السلبي إلى إيجابي، بما يعني أن المحاكم الدستورية تحول نفسها من قاض لدستورية القوانين إلى "منظف" دستوري *the Tribunal converts itself from a judge of the constitutionality of statutes into a constitutional "cleaner" of the same*. ويترتب على هذا المسلك من جانب

(1) "this legal arrangement... changed the social status of retired persons to such an extent that it created social inequality of citizens", Decision no. U-I-283/1997. of May 12, 1998, Sanja Barić and Petar Bačić, Croatian National Report, p. 15.

(2) Decision on the Promulgation of the Law on the Enforcement of the Constitutional Court's Ruling dated May 12, 1998, Official Gazette „Narodne novine“, no. 105/2004. . See in Sanja Barić and Petar Bačić, Croatian National Report, p. 15 (footnote 30).

المحاكم الدستورية التغول على مجال الأفرع الأخرى للحكومة، وإضافة قواعد تشريعية وهو ما يمكن اعتباره تشريعاً إيجابياً *positive legislation* ^(١).

وثمة مقارنة مشابهة متبناة في هولندا، على الرغم من تعلقها، ليس برقابة تطابق التشريعات مع الدستور، ولكن برقابة تطابق التشريعات مع الاتفاقيات الدولية *conventionality*. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة العليا الهولندية قضت في عام ١٩٨٠، في قضية الأطفال غير الشرعيين *the Illegitimate Child Case*، أن المادة (٩٥٩) من تقنين الإجراءات المدنية يجب أن تُفسر في ضوء المادتين (٨)، (١٤) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وذلك لإزالة التمييز المقام- فيما يتعلق بالمعاملة الإجرائية- بين قضايا حضانة الأطفال الشرعيين والأطفال غير الشرعيين ^(٢). وكان من مؤدى هذا الحكم السماح لأقارب الطفل اليتيم غير الشرعي باستئناف القرار الصادر من القاضي المحلي بشأن الحضانة، وذلك رغم أن تقنين الإجراءات الجنائية كان يقصر هذا الحق على حالة الطفل المعترف به قانوناً.

واستناداً إلى التفسير الذي تتبناه بالفعل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، أقرت المحكمة العليا الهولندية الحق في الاستئناف لأقارب الأطفال غير الشرعيين. كما

(1) See the opinions of M.A. Garcia Martinez, F. Rubio LLorente, G. Silvestri, T. Ancora, G. Zagrebelsky, in Francisco Javier Dias Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 254, footnotes 70-76.

(2) See Supreme Court judgment of 18 January 1980, NJ 1980/463 (Illegitimate child). See in J. Uzman See in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, p. 5.T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, p.14 (footnote 37).

اتبعت المحكمة ذات المقاربة السابقة في عام ١٩٨٢، في قضية *Parental Veto on Underage Marriage*، عندما وضعت المحكمة، من تلقاء نفسها، واجباً على عاتق الآباء الذين يعترضون على زواج أبنائهم الذين مازالوا تحت السن المقررة بضرورة تبرير هذا الاعتراض^(١). وبناءً على ذلك، عندما يكون رفض الآباء الموافقة على مثل هذا الزواج غير معقول بصورة ظاهرة، فإنه يُسمح للمحاكم أن تحل محل الآباء في الموافقة على هذا الزواج أو إعطاء الإذن به، ويأتي هذا القضاء في مخالفة صريحة للمادة [1:36 (2)] من التقنين المدني التي تحظر على المحاكم السماح بالزواج عندما يكون أحد الأبوين معترضاً عليه. ومرة ثانية، استندت المحكمة في قضائها هذا إلى قرارات عدة صادرة عن اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان^(٢). بيد أن المحكمة العليا الهولندية مالت، لاحقاً، إلى تبني موقف أكثر تقيداً في مسائل رقابة مدى تطابق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية. ولذلك، قررت المحكمة أنها ليست مخولة سلطة إلغاء التشريعات الوطنية لمخالفتها للقانون الاتفاقي فقط استناداً إلى تفسيرها الخاص للاتفاقية، ولكن استناداً على التفسير السائد الذي تتبناه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(٣).

- (1) See Supreme Court judgment of 4 June 1982, NJ 1983/32 (*Parental Veto on Underage Marriage*). See in J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, p. 14 (footnote 39).
- (2) J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, p. 14.
- (3) See Supreme Court judgment of 19 October 1990, NJ 1992/129 (*Gay marriage*); Supreme Court judgment of 10 August 2001, NJ 2002/278 (*Duty of support*). See in J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, p. 16 (footnote 46).

وفيما يتعلق بقانون الأسرة، تمكنت المحكمة العليا الهولندية أيضاً من أن تطور قدرتها على تنظيم بعض مجالات هذا القانون من خلال ممارسة سلطتها في رقابة مدى "اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية". من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة اعتبرت، في قضايا *the Spring Cases*^(١)، أن نصوص القانون الهولندي التي تقرر أن الآباء الذين يولد لهم طفل- الذين لم تقم بينهم رابطة زواج في الماضي، وليس لديهم نية للزواج في المستقبل القريب- ليس بمقدورهم أن يمارسوا على هذا الطفل أي سلطة أبوية على الإطلاق، ولكن بمقدورهم أن يمارسوا فقط رعاية مشتركة- هذه النصوص تشكل انتهاكاً للمادتين (٨)، (١٤) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وهكذا، قامت المحكمة العليا الهولندية بإلغاء بعض نصوص التقنين المدني، وفسرت نصوصاً أخرى على نحو معين، حتى تتفق مع نصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وخلصت المحكمة من ذلك، إلى تنظيم الشروط التي يمكن في ظلها قيام المحاكم بالموافقة على طلب ممارسة السلطة الأبوية المشتركة، وخصصت المحكمة صفحة كاملة لتفصيل هذه الشروط، مزودة المحاكم الأدنى "بدليل عمل" a "manual" يبين لها كيفية الفصل في مثل هذه القضايا الصعبة^(٢).

(1) See Joint Supreme Court decisions of 21 March 1986, NJ 1986/585-588 (Spring decisions), J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, p. 15 (footnote 43) and p. 24.

(2) J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, p. 24.

وفي أمريكا اللاتينية، يمكن الإشارة إلى أحد "القرارات المضيفة أو المكملة"- بمعنى الاستبدالية "substitutive" - في بيرو. ففي هذا القرار، بيّنت المحكمة الدستورية في عام ١٩٩٧، بشأن المادة (٣٣٧) من التقنين المدني، أنه فيما يتعلق بأغراض سعي أحد الزوجين للحصول على الطلاق، فإن كلمة *sevicia*- القسوة المفرطة- يجب أن يحل محلها عبارة "العنف البدني والنفسي"، أي أن الأمر لا يقتصر على القسوة البدنية فحسب".

وفي كوستاريكا، طبقت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا أسلوب "القرارات المضيفة أو المكملة" في المسائل المتعلقة بالمواطنة *citizenship*. ويظهر ذلك في تفسير المحكمة للفقرة (٤) من المادة (١٤) من الدستور التي تقرر- فيما يتعلق "بالنساء الأجانب"- أنه عند زواجهن من رجل كوستاريكي، فإنهن يكتسبن جنسية كوستاريكا إذا فقدن جنسيتهن الأصلية، حيث قررت المحكمة أن كلمة "نساء" يجب أن تُفهم بمعنى "شخص" من أجل أن تشمل الرجال أيضاً، وذلك لإزالة التمييز الذي يمكن أن ينشأ في حالة زواج رجل أجنبي من امرأة كوستاريكية. وفي هذا الصدد، تقول المحكمة:

"من أجل تفادي أوجه عدم المساواة والتمييز المستقبلية التي يمكن أن تنشأ عن تطبيق الدستور، فإن المحكمة تقرر، في إطار ممارستها لسلطاتها التي حولها الدستور لها، أنه عندما تستخدم التشريعات تعبير "رجال" أو "نساء"، فإنهما يجب أن يُفهما على أنهما مرادفان لكلمة "شخص"، بما يكفل إزالة كل أشكال التمييز "القانوني" المحتملة بين الجنسين، وهذا التصحيح يجب تطبيقه من جانب كل الأشخاص الرسميين إذا

طلب منهم إصدار أي قرارات تتطلب تطبيق نصوص يرد فيها هذا التعبير^(١).

وفي قضية أخرى، بحثت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في كوستاريكا، في سياق تفسير قانون العملة *the Currency Law*، مسألة المضامين الأساسية لحرية التعاقد، واستخلصت المحكمة، فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية المقررة بالعملات الأجنبية أن سعر الصرف الواجب تطبيقه في حالة الدفع بالعملة الوطنية، من أجل تجنب انتهاك حقوق الملكية، هو "سعر السوق" *market rate*، أي القيمة التجارية الفعلية للعملة الأجنبية في وقت الدفع، وليس "السعر الرسمي" المحدد في المادة (٦) من قانون العملة. ومعنى ذلك، أن المحكمة حددت الطريقة التي يجب أن يُقرأ بها أو يُفهم بها النص الوارد في قانون العملة^(٢).

وفي فنزويلا، يمكن الإشارة إلى عدد من "القرارات المضيفة أو المكملة" التي أصدرتها الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا. ففي قرار أول، كان الأمر يتعلق بنص في القانون العضوي للمحامي العام للجمهورية *the Organic law of the Attorney General of the Republic* (المادة ٩٠)، الذي كان يقرر أنه في حالة الإجراءات القضائية التي تكون الدولة طرفاً فيها، يجب طلب موافقة المحامي العام فيما يتعلق بالكفالة الواجب دفعها لرفع بعض الإجراءات الاحتياطية. وفي هذا القرار-

(1) See decision Voto 3435-92. See in Ruben Hernandez Valle, Costa Rican National Report, op. cit., p. 38.

(2) See decision Voto 3495-92. See in Ruben Hernandez Valle, Costa Rican National Report, op. cit., p. 39.

القرار رقم (١١٠٤) الصادر في ٢٣ مايو ٢٠٠٦ - قضت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بالإلغاء الجزئي لهذا النص، لأنه ينتهك الحق في الدفاع والمحاكمة المنصفة، وتبنت صياغة جديدة للنص المطعون عليه، بمعنى أن الكفالة يجب أن يُوافق عليها من القاضي المختص، وليس من المحامي العام^(١).

وثمة مثال آخر يتعلق بالقانون العضوي "للدفاع العام" *the Organic Law of Public Defence* - وهي مؤسسة أنشأها الدستور كجزء من السلطة القضائية. ومع ذلك، كانت المادة (٣) من هذا القانون تنص على أن هذه المؤسسة تعتمد على مكتب المدافع العام عن الشعب *the Public Defender's office*، وهو المكتب الذي اعتبرته المحكمة غير دستوري، ولذلك قامت بإلغائه. وهكذا، قررت المحكمة، في القرار رقم (١٦٣) الصادر في ٢٨ فبراير ٢٠٠٨، أن هذا النص يجب أن يُقرأ على أنه يربط هذه المؤسسة بالمحكمة العليا للعدل، وليس بمكتب "المحامي العام عن الشعب"^(٢). وفوق ذلك، ألغت المحكمة في ذات القرار النصوص التي تخول المحامي العام عن الشعب سلطة تعيين رئيس مؤسسة الدفاع العام، وتحديد نظام آخر لتعيين هذا المسؤول من جانب المحكمة العليا للعدل، وكذلك أيضًا ألغت النصوص التي

(1) See Decision No. 1104 of May 23, 2006, Carlos Brender Case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/1104-230506-02-1688.htm>. See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, op. cit., p. 27.

(2) See Decision No. 163 of February 28, 2008, Ciro Ramón Araujo Case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/163-280208-07-0124.htm> See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, op. cit., pp. 27-28.

تتطلب موافقة "المحامي العام عن الشعب" على ميزانية مؤسسة الدفاع العام، وتغيير صياغة هذا القانون على نحو يعطي هذا الاختصاص للمحكمة العليا^(١).

ويمكن العثور، أيضاً، على أسلوب "القرارات المضيفة أو المكملة" في مسائل الرقابة القضائية، في الدول التي تأخذ بالنظام غير المركزي للرقابة القضائية، كما هو الحال في الأرجنتين. ففي هذه الدولة، أصدرت المحكمة العليا عدداً من "القرارات المضيفة" في بعض المسائل المالية. ففي قضية *Massa case*^(٢)، فيما يتعلق بالتحويل الإلزامي للعملة الأجنبية إلى pesos - عملة الأرجنتين - من خلال نصوص قانونية مؤقتة تسرى في الحالات الطارئة *emergency legal provisions*، قضت المحكمة بأن هذا النظام لا ينتهك حقوق الملكية المكفولة في الدستور، شريطة أن يقترن بهذا النظام معدل فائدة سنوي وفعال يصل إلى ٤%. ومن الواضح أن هذا القرار يشكل إضافة إلى النظام القانوني الساري في الحالات الطارئة، وذلك لتجنب إعلان عدم دستورية هذا التنظيم القانوني^(٣).

(1) *Idem*, p. 28.

(2) See Fallos 329:5913 (2006). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, op. cit., p. 17 (footnote 71). See also the Bustos case, Fallos 327:4495 (2004). *Idem*, p. 17 (footnote 70).

(3) Nestor P. Sagues, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 339; Nestor Pedro Sagues, Argentinean National Report II, op. cit., p. 19.

وبالإضافة إلى ذلك، أصدرت المحكمة العليا الأرجنتينية عدداً من "القرارات المضيفة" في بعض القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان. من ذلك، على سبيل المثال، القرار الصادر في قضية *Portillo Case* (١٩٨٩)، حيث كان مطلوباً من المحكمة أن تفصل في مدى دستورية الخدمة العسكرية الإلزامية *mandatory military service*. ففي هذه القضية، تمسك المدعي بأنه إلى الحد الذي يتطلب فيه أداء الخدمة العسكرية قتل أشخاص آخرين مما يشكل مساساً بالمعتقدات الدينية العميقة له، فإن الخدمة العسكرية الإلزامية تمثل انتهاكاً لبند حرية ممارسة الدين التي يكفلها الدستور. وقد خلصت المحكمة، في هذه القضية، إلى أن الخضوع للخدمة العسكرية الإجبارية يشكل في وقت السلم، انتهاكاً للبند الدستوري الذي يثيره الطاعن. ومع ذلك، فقد طالبت المحكمة الطاعن أن يؤدي مدة خدمته العسكرية، في أداء خدمة مدنية بديلة *alternative civil service*. وهذا القرار يعني أن المحكمة العليا الأرجنتينية قد أعادت تعريف مفهوم "الدفاع الوطني"، وتجاهلت حقيقة أن الكونجرس - المشرع الأرجنتيني - لم ينص على مثل هذا الخيار البديل^(١).

وحتى في حالة فرنسا - حيث كان نظام الرقابة القضائية للتشريعات مقصوراً على الرقابة السابقة حتى عام ٢٠٠٩ - مارس المجلس الدستوري الفرنسي اختصاصاته، بطريقة ما، تتضمن إضافة بعض الضوابط للتشريع الخاضع لرقابته، على نحو يتضمن تعديلاً لمجال تطبيق التشريع. من ذلك، على سبيل المثال، أن المجلس وسع مجال الحق في الاستجابة - في قراره (DC 141-82) المتعلق بالاتصالات

(1) See Fallos 312:496 (1989). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, *Argentinean National Report I*, op. cit., p. 15 (footnote 63).

التليفزيونية، وذلك من خلال تفسير عبارة "بدون غرض ربحي" المستخدمة لتحديد صاحب هذا الحق. وتعليقاً على هذا القرار، يقول الأستاذ Bertrand Mathieu إن المجلس الدستوري قد قال ما هو القانون بدلاً من المشرع الذي أنشأ الحق في الاتصال التليفزيوني وقصره على طوائف معينة من الأشخاص. وتفسير ذلك، أن المجلس الدستوري، بإزالته للقيود المفروضة على هذا الحق، يكون قد وسع من مجاله. وهذا يعني أن المجلس قد قام، بطريقة أو بأخرى، بإحلال إرادته محل إرادة المشرع. وللوصول إلى هذه النتيجة، اعتبر المجلس الدستوري أن الدستور ينشئ مثل هذا الحق في الاستجابة دون أن يقصره على بعض الأشخاص^(١).

وعلى خلاف مسلك العديد من المحاكم الدستورية السابقة- بما في ذلك المحكمة الدستورية الإيطالية والمجلس الدستوري الفرنسي- رفضت المحكمة الدستورية العليا المصرية تبنى أسلوب القرارات المضيفة أو المكملة للنص القانوني في سياق نظرها للطعون بعدم الدستورية أو طلبات التفسير المقدمة إليها. وفي هذا الخصوص، يمكن القول إن المحكمة الدستورية العليا قد أرست مبدأ مهماً هو التعويل على عبارة النص الذي وضعه المشرع وعدم العدول عنه^(٢). وفي هذا المعنى، تقول المحكمة :

"متى كان ذلك، وكان من المقرر أنه في مجال استظهار المقاصد التي رمى المشرع إلى بلوغها من وراء إقراره حكماً معيناً، فإن العبارة التي

(1) Bertrand Mathieu, French National Report, op. cit., p. 16.

(٢) د. محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١٢٨.

صاغ المشرع بها النص التشريعي في سياقها ومحددة على ضوء طبيعة الموضوع محل التنظيم التشريعي والأغراض التي يتوخاها هي التي يتعين التعويل عليها ابتداءً، ولا يجوز العدول عنها إلى سواها إلا إذا كان التقيد بحرفيتها يناقض أهدافاً واضحة مشروعة سعى إليها المشرع^(١).

ومع ذلك، نرى أن أسلوب القرارات المضيفة أو التفسير المضيف يعد من الأساليب بالغة الأهمية التي يمكن أن تساعد القاضي الدستوري في مباشرة وظيفته في الرقابة على دستورية القوانين. ذلك، أن من شأن استخدام هذا الأسلوب المحافظة على حيوية الوثيقة الدستورية على نحو يطيل من عمرها ويجعلها متلائمة مع الظواهر الاقتصادية والاجتماعية التي لم تكن حاضرة في ذهن واضعي الوثيقة الأصلية. ومن ثم، يجدر بالقاضي الدستوري المصري أن يلتفت إلى أهمية هذه الوسيلة ويستخدمها في أحكامه.

(١) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية، "دستورية"، جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤.

المبحث الثالث

دور المحاكم الدستوري في إكمال الوظائف التشريعية:

التدخل في الآثار الزمنية للتشريع

يمكن القول إن أحد أهم أشكال تدخل المحاكم الدستورية فيما يتعلق بالوظائف التشريعية يتمثل في سلطة هذه المحاكم في التدخل لتحديد الآثار الزمنية للتشريع الذي تبناه المشرع. وفي القانون المقارن، يمكن التمييز، بصفة عامة، بين مواقف ثلاثة:

- أولاً: القضايا التي تحدد فيها المحاكم الدستورية متى تنتوقف في المستقبل آثار تشريع ملغي.

- ثانياً: القضايا التي تحدد فيها المحاكم الدستورية- عندما تقرن قراراتها بآثار رجعية أو غير رجعية- التاريخ الذي توقف فيه التشريع عن إنتاج آثاره.

- ثالثاً: القضايا التي تقرر فيها المحاكم الدستورية، لدى إعلان إلغاء تشريع غير دستوري، إعادة مولد تشريع ألغي فيما سبق.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الموضوع قد حظي بتنظيم صريح في دستور جمهورية جنوب أفريقيا الصادر في عام ١٩٩٦. وينص هذا الدستور على ما يلي:

”المادة ١٧٢: سلطات المحاكم في المسائل الدستورية:

١- لدى الفصل في مسألة دستورية تدخل في اختصاصها، فإن المحكمة:

أ – يجب أن تعلن أن أي قانون أو تصرف غير متسق مع الدستور غير

دستوري بقدر عدم اتساقه.

ب- يجوز أن تصدر المحكمة، توكيًّا للعدالة، أمرًا:

١- يحد من التأثير الرجعي لإعلان البطلان.

٢- يعلق إعلان البطلان لأي فترة، ووفق أي شروط، لإتاحة

الفرصة للسلطة المختصة لتصحيح الخطأ

المطلب الأول

سلطة المحاكم الدستورية في تحديد تاريخ مستقبلي لتوقف آثار

التشريع الملغي: تأجيل آثار حكم المحاكم الدستورية

تتمثل الحالة الأولى التي تتدخل فيها المحاكم الدستورية في الوظائف التشريعية في تعديل الآثار الزمنية لأحكامها التي تعلن فيها عدم دستورية أو إلغاء التشريعات المطعون عليها أمامها، وذلك عندما تقوم هذه المحاكم بتحديد التاريخ المستقبلي الذي سيتوقف فيه التشريع الملغي عن إنتاج آثاره. ويكون ذلك من خلال تعليق أو تأجيل سريان آثار أحكام المحاكم الدستورية وتوسيع المجال الزمني لسريان التشريع المقضي بعدم دستوريته.

ويلاحظ أن أحكام المحاكم الدستورية يجب، كقاعدة عامة، أن تُنشر في الجريدة الرسمية في ظل أنظمة الرقابة القضائية التي تتمتع فيها المحاكم الدستورية

بسلطة إعلان إلغاء التشريعات غير الدستورية^(١)، كما هو الحال، على سبيل المثال، في الدستور النمساوي الصادر عام ١٩٢٠ (الفقرة ٣ من المادة ١٢٠). وتعني هذه القاعدة، من حيث المبدأ، أن أحكام المحاكم الدستورية لها أثر ملزم للكافة *general erga omnes effects*، باعتبار هذه الأحكام منتجاً للمشرع السلبي *the negative legislator*. ومن ثم، عندما تعلن هذه المحاكم إلغاء أحد التشريعات لعدم دستوريته، فإن هذا الحكم ينتج أثره، من حيث المبدأ، من تاريخ نشره، وذلك ما لم تحدد هذه المحاكم تاريخاً آخر من أجل تجنب حالات الفراغ التشريعي، وإفساح المجال الزمني أمام المشرع لإصدار تشريع جديد يحل محل التشريع الملغى.

ووفقاً للدستور النمساوي، بمقدور المحكمة الدستورية أن تؤجل أو تعلق آثار قراراتها إلى مدة لا تتجاوز ستة أشهر، وقد زيدت هذه المدة- بعد الإصلاح الدستوري الذي تم في عام ١٩٩٢- إلى ثمانية عشر شهراً [الفقرة (٥) من المادة (١٤٠)]^(٢). وفي مثل هذه الحالات، التي تقوم فيها المحاكم بتأجيل آثار أحكامها لمدة زمنية معينة، فإن التشريع الملغى يبقى نافذاً إلى حين انتهاء هذه المدة أو تدخل المشرع لإصدار تشريع جديد يحل محل التشريع الملغى. ونتيجة لذلك، نظراً لتمتع المحكمة

(1) Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, Portuguese National Report, op. cit., p. 6.

(2) Francisco Javier Dias Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 266; Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 12, 2008, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 174, 188.

بسلطة تعليق آثار حكمها الصادر بإلغاء التشريع غير الدستوري لمدة معينة، بما يعني بقاء سريان هذا التشريع خلال تلك المدة، فإن المحكمة الدستورية النمساوية قد اعتبرت- منذ بداية النظام المركزي للرقابة القضائية- مشرعاً قضائياً تصحيحياً *a corrective jurisdictional legislator* ، وليس فقط مجرد مشرع قضائي سلبي *a simple negative jurisdictional legislator*.^(١)

وفي اليونان، تنص الفقرة (٢) من المادة (٤/١٠٠) من الدستور على أن المحكمة الخاصة العليا *Supreme Special Court* تبطل النصوص التشريعية غير الملزمة "من تاريخ نشر الحكم الصادر بالإبطال أو من التاريخ المحدد في الحكم". ومن الواضح أن هذا النص يعترف، ضمناً، بأن المحكمة تتمتع بسلطة تحديد تاريخ آخر مستقبلي لبدء آثار حكمها بإبطال النصوص التشريعية غير الملزمة^(٢).

وفي بلجيكا، بمقدور المحكمة الدستورية- التي كان يُطلق عليها سابقاً محكمة التحكيم *the Arbitration Court*- وفقاً لقانونها العضوي (المادتان ٢، ٨) أن تحافظ، بصورة مؤقتة، على سريان النصوص التشريعية التي قضت بإبطالها. وما يميز الوضع في بلجيكا هو أن المحكمة تتمتع بسلطة المحافظة على سريان هذه النصوص، ليس لمدة محددة سلفاً في قانون إنشاء المحكمة، ولكن للمدة التي تحددها المحكمة^(٣).

(1) Otto Pfersmann, "Preface", in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. XXXIII; Konrad Lachmayer, *Austrian National Report*, op. cit., p. 7.

(2) Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, *Greek National Report*, op. cit., p.20, (footnote 152).

(3) Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre* =

وتتحدد هذه المدة بطرق مختلفة وفقاً لتقدير المحكمة لظروف وملابسات كل حالة على حدة. من ذلك، على سبيل المثال، المحافظة على سرية النصوص التشريعية المقضي بإبطالها- كما يشير إلى ذلك الأستاذ Christian Behrendt- إلى حين نشر قرار المحكمة في الجريدة الرسمية *Moniteur*، أو إلى حين نهاية العام الأكاديمي، أو إلى حين نهاية العام الضريبي، أو إلى حين تعيين موظفي إحدى هيئات الدولة^(١). وفي مثل هذه الحالات، سوف تتوقف آثار النصوص التشريعية الملغاة بصورة تلقائية بمجرد انتهاء المدة المحدودة من جانب المحكمة، مما يتسبب في حدوث فراغ تشريعي، ولذلك يُضطر المشرع للتدخل لسد هذا الفراغ.

وقد كان هذا هو الحال بالنسبة للتشريع الصادر في عام ٢٠٠٢ الذي يعدل قواعد نشر الجريدة الرسمية *Moniteur*، لتقتصر على النشر الإلكتروني، وتخفيض عدد النسخ الورقية المخصصة للاطلاع العام إلى ثلاثة فقط. ونظراً لهذا الطابع التمييزي للتعديل السابق، لأنه يعرقل اطلاع بعض المواطنين على الجريدة الرسمية، فقط أعلنت المحكمة في عام ٢٠٠٤ إبطال هذا التعديل. ورغم حكم المحكمة بإبطال هذه القواعد الجديدة المتعلقة بنشر الجريدة الرسمية، إلا أنها أشارت إلى أن هذه القواعد ستظل سارية- تأجيل إلغاء القواعد- حتى ٣١ يوليو ٢٠٠٥، مما ألزم المشرع بالتدخل لتحديد قواعد بديلة للتغلب على هذه الأوجه من عدم المساواة الناشئة عن

=

positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 87, 230, 235, 286, 309; P. Popelier, Belgium Report, op. cit., pp. 4-7.

(1) Christian Behrendt, Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 236.

القواعد الملغاة^(١). ولعل هذا ما دفع المحكمة لأن تقرر، في بعض الحالات، أن النصوص المقضي بإبطالها ستظل سارية إلى حين تدخل المشرع لإصدار قواعد جديدة بشأن الموضوع ذي الصلة^(٢).

وفي جمهورية تشيكوسلوفاكيا، أجلت المحكمة الدستورية، أيضاً، آثار قرار أصدرته في عام ٢٠٠٠، وذلك بهدف منح المشرع فسحة زمنية لإصدار قانون جديد يتضمن آلية لإخضاع عقود الإيجار لقواعد عادلة^(٣). ومع ذلك، يمكن القول إن المثال الأبرز في هذا السياق هو إلغاء القانون الخاص بالرقابة القضائية على القرارات الإدارية لعدم اتفائه مع دستور تشيكوسلوفاكيا، ولا مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. حيث حثت المحكمة الدستورية المشرع، في مناسبات متعددة، على إصدار قانون يتفق مع الدستور. وفي نهاية الأمر، فقدت المحكمة الدستورية صبرها. كما يشير إلى ذلك الأستاذ Zdenek Kuhn - وقامت بإلغاء كامل القسم الخامس من تقنين الإجراءات المدنية المتعلقة بالقضاء الإداري. حيث لاحظت المحكمة أن القانون

(1) See CA arret 106/2004, June 16, 2004. See the references in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 313-320.

(2) Arret 45/2004. See in Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 87, 235, 309-321.

(3) See judgment of June 21, 2000, Pl. US 3/2000, Rent Control I, published as no. 231/2000 Sb. See in Zdenek Kuhn, *Czech National Report*, p. 12 (footnote 57).

يعاني من عيوب دستورية خطيرة، حتى وإن كان هناك الكثير من النصوص التي يمكن تضمينها في القانون الجديد. وفي هذا الخصوص، قالت المحكمة:

"مع الأخذ في الاعتبار كل النداءات التي وجهتها المحكمة لكل من المشرع والسلطة التنفيذية، وكذلك أيضًا بعد الأخذ في الاعتبار الوضع المالي للعمل بشأن إصلاح القضاء الإداري، فقد قررت المحكمة تأجيل آثار حكمها حتى ٣١ ديسمبر ٢٠٠٢، لأن الأمر يتطلب بعض الوقت لإصدار قانون جديد ودخوله حيز النفاذ. ومن الواضح أن المهمة الملغاة على عاتق المشرع تتمثل في إصدار قانون جديد في هذا الخصوص"^(١).

وفي نهاية الأمر، قام المشرع بإصدار القانون الجديد بشأن القضاء الإداري، وإن كان قد تلتأ في أداء هذه المهمة لفترة تصل إلى سنوات.

وفي فرنسا، ينص القانون الدستوري رقم (2008-724) الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ - الذي يتضمن تعديلاً للمادة (٦٢) من الدستور بشأن نظام الرقابة القضائية على أنه في حالة إعلان عدم دستورية بعض النصوص التشريعية وفقاً للفقرة (١) من المادة (٦١) من الدستور - استثناء عدم الدستورية - فإن قرار المجلس الدستوري يرتب آثاره من تاريخ نشره، وذلك ما لم يحدد المجلس تاريخاً آخر لاحقاً.

(1) See the judgment of June 27, 2001, Pl. US 16/99, Part Five of the Code of Civil Procedure – Administrative Judiciary, published as no. 276/2001 Sb. See in Zdenek Kuhn, Czech National Report, op. cit., p. 14 (footnote 63) (the Court was referring to the fact of parliamentary elections which were due in June 2002).

وفي كرواتيا، تنص الفقرة (٢) من المادة (٥٥) من القانون الدستوري الصادر عام ٢٠٠٢ بشأن المحكمة الدستورية- من أجل تفادي عدم اليقين القانوني في الفترة ما بين صدور قرار المحكمة ونشر هذا القرار- على ما يلي: "يفقد القانون الملغى أو غيره من اللوائح أو النصوص المنفصلة الملغاة قوته القانونية في يوم نشر قرار المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية Narodne novine، وذلك ما لم تحدد المحكمة تاريخًا آخر"^(١).

وينطبق ذات المبدأ العام السابق في ألمانيا، وذلك على الرغم من عدم وجود نص صريح مثل ذلك الموجود في بلجيكا، وفرنسا، وكرواتيا. وتنص المادة (٣٥) من قانون المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، فيما يتعلق بتنفيذ قرارات المحكمة، أن المحكمة تحدد، في القضايا الفردية، طريقة تنفيذ أحكامها. واستنادًا إلى هذا النص، اعتادت المحكمة على أن تحدد فترة زمنية معينة لتطبيق القرارات الصادرة عنها. وتتنوع طريقة تحديد هذه الفترة ما بين تحديد تاريخ معين أو ربط ذلك بواقعة معينة كانهاء الدورة التشريعية على سبيل المثال^(٢). ومن الأمثلة الحديثة على ذلك- كما يشير إلى ذلك الأستاذ I. Hartel - القرار المتعلق بعدم دستورية بعض جوانب

(1) Sanja Barić and Petar Bačić, Croatian National Report, op. cit., p. 17.

(2) See BVferG, May 22, 1963 (Electoral Circuits). See in Christian Behrendt, Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 299-300. See BVferG, November 7, 2006 (Inheritance Tax). See in I. Hartel, German National Report, op. cit., p. 7.

نصوص قانون الضريبة على الشركات^(١) حيث لم تقم المحكمة بالغانها، وإنما أحالتها إلى المشرع، بما يعني المحافظة على نفاذ التشريع المقضي بعدم دستوريته إلى حين تبني تنظيم تشريعي آخر من جانب المشرع. ويقول الأستاذ I. Hartel تعليقاً على هذا الحكم: "إن المحافظة على استمرار نفاذ الحكم المقضي بعدم دستوريته كان يُنظر إليه باعتباره ضرورياً لمنع حالة من عدم اليقين، أثناء الفترة المؤقتة أو الانتقالية"، وهذه الحالة يمكن أن تعقد القواعد المنظمة لنقل الملكية أثناء حياة الناقل. وقد أدى ذلك بالمحكمة الدستورية الفيدرالية إلى أن تتبنى - باعتبارها مشرعاً طارئاً - شرطاً قانونياً a law-like emergency Legislator ، أي أنها ابتدعت نوعاً جديداً من القرارات a law-like condition.^(٢)

وفي إيطاليا، ينص الدستور، بطريقة واضحة، على أنه عندما تعلن المحكمة الدستورية عدم دستورية أحد النصوص التشريعية، فإن آثار هذا النص تتوقف من اليوم التالي لنشره (المادة ١٣٦ من الدستور). وهذا النص يعني، ضمناً، أن المحكمة الدستورية ليس بمقدورها، من حيث المبدأ، أن تؤجل إلغاء آثار أو تمد تطبيق النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته^(٣). ومع ذلك، من الممكن تحديد بعض القضايا

(1) See BVerfG, court order from 2006-11-7, reference number: 1 BvL 10/02; I. Hartel, German Report, pp. 7-8.

(2) I. Hartel, German National Report, op. cit., p. 8.

(3) In the 1997 proposed reform of the Constitution, which was not approved, one of the reforms tended to allow the Constitutional Court to postpone the effects of the nullity decision for up to one year. See Francisco Javier Diaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 125 (footnote 166).

المهمة التي قامت فيها المحكمة بتأجيل آثار قراراتها الصادرة بإعلان عدم الدستورية. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Gianpaolo Parodi:

"توجد بعض القضايا التي أعلنت فيها المحكمة عدم دستورية بعض النصوص التشريعية، ولكنها أضافت أن القواعد محل الرقابة لن يتوقف نفاذها حتى يتم تبني ونفاذ قواعد تنظيمية (إقليمية) جديدة، وذلك لتفادي حالة من الفراغ التشريعي يمكن أن تؤدي إلى تفويض الحقوق الدستورية"^(١).

وفي كندا، طورت المحكمة العليا، أيضاً، مثل هذه الوسائل الإبداعية المتمثلة في تعليق أو تأجيل إعلان الإبطال أو عدم الدستورية لمدد تتراوح ما بين ستة إلى ثمانية عشر شهراً، وذلك لتفادي الفراغ التشريعي في النظام القانوني lacunae in the legal regime. وقد استُخدم هذا الأسلوب، لأول مرة، في قضية Manitoba Language Reference بشأن الموقف في إقليم Manitoba، حيث كانت كل القوانين غير دستورية، بسبب عدم ترجمتها إلى اللغة الفرنسية، حيث كانت هذه الترجمة إلى اللغة الفرنسية تعد متطلباً دستورياً. ففي هذه القضية، أجلت المحكمة إعلان الإبطال في ظل المادة [s.52(1)] من القانون الدستوري the Constitution Act- وهي المادة التي تقرر أن القوانين غير المتسقة مع الدستور يتوقف نفاذها وآثارها- وسوغت المحكمة تعليق إعلان إبطال هذه القوانين a suspended

(1) See Const. C., judgment nos. 370/2003; 13 and 423/2004, on the subject of education. See Gianpaolo Parodi, Italian National Report, op. cit., p. 13.

declaration of invalidity استناداً إلى أن من شأن الإلغاء الفوري لكل القوانين تفويض حكم القانون. وقد تمثلت النتيجة العملية لهذا القرار في إعطاء الفرصة لإقليم Manitoba لترجمة كل القوانين تحت إشراف المحكمة^(١). ومنذ ذلك الوقت، تزايد استخدام أسلوب قرارات الإبطال المعلقة. كما يذكر ذلك الأستاذ Kent Roach - وذلك على الرغم من أن المحكمة تؤكد، دائماً، أن هذا الأسلوب مقصور على الحالات التي يتهدد فيها الإعلان الفوري للإبطال **an immediate declaration of invalidity** حكم القانون أو الأمن العام أو حرمان الناس من مزايا، فقط إذا كان توسيع نطاق هذه المزايا قد تم بطريقة غير دستورية، لأن هذا التوسيع لم يشمل جميع المستحقين لها"^(٢).

وفى جنوب أفريقيا، يذكر الأستاذ Kent Roach، أيضاً، أن دستور جنوب أفريقيا يتبع النموذج الكندي، وينص على الإعلانات المعلقة للإبطال **suspended declarations of invalidity** (المادة ١٧٢). ومع ذلك، يجب ملاحظة أن الإعلان المعلق للإبطال لا يعني، بالضرورة، إلزام المشرع بالتدخل لتبني تشريع جديد. بل يبقى المشرع حراً، قانوناً، في ألا يفعل شيئاً. وفي مثل هذه الحالة، فإن قرار المحكمة سينتج أثره فور انتهاء مدة التعليق المحددة في قرار المحكمة^(٣).

(1) See Manitoba Language Reference [1985] 1 S.C.R. 721. See in Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 7 (footnote 8).

(2) See Schachter v. Canada [1992] 2 S.C.R. 679. See in Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 8 (footnote 9).

(3) Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 8.

وفي البرازيل، طور القانون رقم (Law No. 11.417) الصادر في عام ٢٠٠٦ نص المادة (103-B) من الدستور، الذي ينظم السوابق القانونية الملزمة "Súmula Vinculante"، ويرسي المبدأ العام المتمثل في الأثر المباشر لقرارات المحكمة العليا الفيدرالية، حيث نص هذا القانون على تخويل المحكمة سلطة تحديد موعد آخر لنفاذ أحكامها آخذة في حسابها اعتبارات الأمن القانوني *legal security* أو ظروف المصلحة العامة الاستثنائية *exceptional public reasons* ^(١) interest.

وفي بولندا، تنص الفقرة (٣) من المادة (١٩٠) من الدستور البولندي على تنظيم مماثل للتنظيم السابق، حيث تخول هذه المادة- بعد بيان أن آثار الأحكام تسري من يوم نشرها- المحكمة الدستورية أن تحدد تاريخاً آخر تنتهي فيه الآثار الملزمة أو القوة الملزمة للعمل التشريعي المقضي بعدم دستوريته. ولا يجوز أن تتجاوز المدة التي يُعلق نفاذ آثار حكم المحكمة خلالها ثمانية عشر شهراً بالنسبة للتشريعات، واثنى عشر شهراً بالنسبة لأي عمل تشريعي أو قاعدي آخر^(٢).

ويذهب الأستاذ Marek Safjan إلى القول بأنه "ليس ثمة جهة أخرى، غير المحكمة الدستورية، بمقدورها أن تأمر بتطبيق قواعد أعلن عدم دستوريته، الأمر

(1) See Jairo Gilberto Schafer and Vania Hack de Almeida, "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos da decisao de inconstitucionalidade," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 12, 2008, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 384.

(2) See Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 4 (footnote 13).

الذي ينطوي على نوع من التناقض، لأن الدور الأساسي لأي محكمة دستورية هو إزالة أي نصوص تشريعية غير دستورية، وليس السماح ببقائها في حيز النفاذ^(١).

وفي أسبانيا، لا يتضمن القانون العضوي للمحكمة الدستورية أي نص صريح يتعلق بهذه المسألة. ولذلك، قضت المحكمة، في قرارها رقم (45/1989)، أنه ليس بمقدورها أن تؤجل أو تعلق لحظة نفاذ قرارها بالإلغاء^(٢). ومع ذلك، عادت المحكمة في قراراتها اللاحقة لتؤكد، دون سند قانوني، تمتعها بسلطة تأجيل نفاذ أحكامها الصادرة بالإلغاء، كما هو الحال، على سبيل المثال، بالنسبة للقانون رقم ١٩٩٢/٦، الذي يحدد المجال الإقليمي لإقليم *Santoja y Noja Marsh*، والذي اعتُبر غير دستوري لتدخله في اختصاصات الجماعات أو المجتمعات المستقلة *the Autonomous Communities*. وفي هذه القضية، من أجل تفادي أي نقص في حماية البيئة، أجلت المحكمة آثار حكمها الصادر بإلغاء القانون المذكور حتى تتدخل السلطة المستقلة المختصة لمباشرة اختصاصها التشريعي^(٣). وعلى الرغم من أن اقتراح إدراج سلطة محكمة في تأجيل آثار قراراتها الصادرة بالإلغاء في القانون العضوي للمحكمة قد

(1) "no other organ, except for the constitutional court, may order application of norms declared unconstitutional, which is paradoxical considering that the fundamental role of any constitutional court is to eliminate unconstitutional statutes and not to let them remain in force.", *Idem*, p. 6.

(2) See STC 45/1989, February 20, 1989. See in F. Fernandez Segado, *Spanish Report*, op. cit., pp. 16-17.

(3) See STC 195/1998, October 1, 1998. See in F. Fernandez Segado, *Spanish Report*, op. cit., p. 18.

تعرض للرفض في عام ٢٠٠٧، فإنه يمكن النظر إلى دور المحكمة في القضية السابقة باعتبارها مشروعاً إيجابياً في مجال الرقابة القضائية *positive legislator*^(١).

وفي المكسيك، تتبنى المحكمة العليا مقاربة مشابهة، حيث تتمتع المحكمة بسلطة تأجيل آثار قراراتها الصادرة بإلغاء التشريعات غير الدستورية، وذلك وفقاً لتقديرها لآثار نفاذ أحكامها على الفراغ التشريعي الناتج عن الحكم بالإلغاء. وليس ثمة قيد زمني وارد على الفترة التي يمكن أن توجّل المحكمة نفاذ قراراتها خلالها^(٢).

وفي بيرو، طبقت المحكمة الدستورية آلية يطلق عليها *vacation sententiae* لدى إلغاء القوانين المضادة للإرهاب المتبناة من جانب حكومة Fujimori في عام ٢٠٠٢، وذلك "للسماح للمشرع الديمقراطي بفترة زمنية قصيرة ومعقولة لإصدار تشريع بشأن المسائل الإجرائية للسماح، بطريقة معقولة، بإعادة المحاكمة في قضايا الأشخاص الذين ثبت، بالفعل، إدانتهم بارتكاب جريمة الخيانة العظمى"^(٣). وكذلك الحال أيضاً، في كولومبيا، حيث علقت أو أجلت المحكمة

(1) See the critic of F. Fernandez Segado, Spanish Report, op. cit., pp. 13, 17.

(2) See Tesis jurisprudencial P./J 11/2001, in SJFG, Tomo XIV, Sept. 2001, p. 1008. See the reference in Hector Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico, pp. 69; and in "Las sentencias de los tribunals constitucionales en el ordenamiento mexicano," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 12, 2008, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 247-248.

(3) See Domingo Garcia Belaunde and Gerardo Eto Cruz, "Efectos de las =

الدستورية، في العديد من القضايا، آثار قراراتها التي تتضمن إلغاء بعض التشريعات لعدم دستورتها^(١).

وأخيراً، يُشار إلى أن مكنة تأجيل سريان آثار المحاكم الدستورية الصادرة بإلغاء النصوص التشريعية غير الدستورية طبقت، أيضاً، في عدد من الدول التي تأخذ بالنظام غير المركزي للرقابة القضائية كما هو الحال في الأرجنتين على سبيل المثال. ففي الأرجنتين، قامت المحكمة العليا، في إحدى القضايا، بتأجيل بدء سريان آثار حكمها، الصادر بإلغاء بعض النصوص التشريعية لعدم دستورتها، لمدة سنة تالية على نشر الحكم، وذلك لتفادي حالة الفوضى والاضطراب التي يمكن أن تنشأ نتيجة التطبيق الفوري المباشر لحكم الإلغاء^(٢).

وفي بعض القضايا الأخرى، أصدرت المحكمة أحكامها لتسري على الحالات المستقبلية، موسعة من مجال حماية أحكامها التقريرية التي تنظمها المادة (٣٢٢) من التقنين الوطني للإجراءات الفيدرالية، المدنية والتجارية of the National Code of

sentencias constitucionales en el Peru,” in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 12, 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, pp. 283-284; Francisco Eguiguren and Liliana Salome, Peruvian National Report I, p. 10.

(1) See for instance, Decision C-221 of 1997; C-700 of 1999; C-442/01; C-500/01; C-737/01. See in German Alfonso Lopez Daza, Colombian National Report I, p. 11 (footnote 26).

(2) See Rosza Case, Jurisprudencia Argentina, 2007-III-414, in Nestor P. Sagues, “Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino,” in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 352.

Federal Civil. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة قضت في عام ١٩٨٧، في قضية Rios Case، أن النص التشريعي الذي يقرر بأن الأحزاب السياسية هي وحدها التي يمكنها تقديم مرشحين للانتخابات الفيدرالية- غير دستوري، لأنه يشكل انتهاكاً للحق في الانتخاب the right to elect وحق الشخص في أن يُنتخب لشغل المناصب العامة the right to be elected for public office. ورغم أن الانتخابات كانت قد انعقدت في وقت رفع الدعوى، إلا أن المحكمة قبلت سماعها لترسي سابقة من شأنها حسم هذه المسألة في المستقبل، مؤكدة دورها باعتبارها المفسر الأخير للدستور، وموسعة من أثر حكمها ليشمل قضايا لم تُسمع أمام المحكمة^(١).

وفي هولندا، طبقت المحكمة العليا ذات المقاربة فيما يتعلق بالرقابة القضائية على مدى "اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية" "conventionality" of statutes، أو ما يُطلق عليها باللغة الفرنسية contrôle de conventionnalité، حيث قبلت المحكمة تعليق بدء سريان آثار بعض قراراتها- وهي القرارات التي يُطلق عليها القرارات المستقبلية الحقيقية "true prospective"، في القضايا التي لم تطبق فيها المحكمة التفسير الجديد المتبنى من جانبها على القضية المنظورة أمامها، ولكن بالأحرى أجلت ذلك إلى وقت لاحق في المستقبل some time in the future^(٢).

(1) See Fallos, 310:819 (1987). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, op. cit., p. 10.

(2) See Supreme Court judgment of 12 May 1999, NJ 2000/170 (Labour expenses deduction). See in J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, op. cit., pp. 26 (footnote 79), 41-42.

المطلب الثاني

سلطة المحاكم الدستورية في تحديد وقت نفاذ أحكامها

بالغاء التشريعات لعدم دستورتيتها

ثمة جانب آخر، يتعلق بالآثار الزمنية للأحكام القضائية التي تعلن إغناء التشريعات لعدم دستورتيتها، يتمثل فيما إذا كانت هذه الأحكام سيكون لها آثار رجعية أم لا. ذلك أن المحاكم الدستورية تحدد في قراراتها نقطة زمنية معينة في الماضي تبدأ من عندها آثار النصوص التشريعية الملغاة لعدم دستورتيتها في التوقف عن إحداث آثارها.

وتعتمد أحكام المحاكم الدستورية، الصادرة في هذا الخصوص، على طبيعة قرارات الرقابة القضائية. وتتفاوت هذه الطبيعة وفقاً للنظام القضائي المتبنى في كل دولة. فإذا ما كانت أحكام المحاكم الدستورية يُنظر إليها باعتبارها أحكاماً كاشفة *declarative*، فإنها ستكون ذات آثار رجعية *Ex tunc*، أي أن قرارات الرقابة القضائية المنطوية على إغناء للنصوص التشريعية سيكون لها آثار رجعية ترتد إلى تاريخ صدور التشريع الملغى في هذه الحالة *ab initio*، بما يعني اعتبار أن هذه النصوص لم تصدر من حيث المبدأ، ولم ترتب أي آثار على الإطلاق.

وفي المقابل، إذا كان يُنظر إلى أحكام المحاكم الدستورية، التي تنطوي على إغناء للنصوص التشريعية لعدم دستورتيتها، باعتبارها منشئة *constitutive*، أي ذات آثار مستقبلية، فإن قرارات الرقابة القضائية المنطوية على إعلان إغناء النصوص التشريعية لعدم دستورتيتها لن يكون لها آثار رجعية، بما يعني أن هذه الأحكام لن تنطوي على مساس بالآثار التي رتبها النصوص التشريعية الملغاة من وقت صدورها

إلى وقت إلغائها. ولكن، سترتب آثارها فقط من تاريخ صدورها *ex nunc* أو من تاريخ محدد في المستقبل تبينه المحكمة في حكمها *pro futuro*.

وتحدد القاعدة المتبناة في هذا الخصوص، عادة، في التشريعات المنشئة والمنظمة لعمل المحاكم الدستورية. وفي بعض الدول الأخرى، يُترك تحديد هذه المسألة للمحاكم الدستورية ذاتها تحدها في كل قضية على حدة. وعلى أي حال، فقد تمكنت أغلب المحاكم الدستورية من تجاوز أي صعوبات أو جمود بشأن تنظيم هذه المسألة.

الفرع الأول

إمكانية تقييد الآثار الرجعية للأحكام التقريرية

في حالة الأنظمة التقليدية غير المركزية للرقابة القضائية، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، ترتب قرارات المحكمة العليا- التي تعلن عدم دستورية التشريعات- من حيث المبدأ، آثارًا كاشفة أو تقريرية *declarative effects*. وهذا يعني اعتبار التشريع المقضي بعدم دستوريته لاغ وكأن لم يكن *null and void*، أو كأن لم يتم صدوره قط^(١) *it had never been passed* أو كأن لم يتم تبنيه قط

(1) Norton v. Shelby County, 118 US 425 (1886), p. 442. See the critics to this ruling in J.A.C. GRANT, "The Legal Effect of a Ruling that a Statute is Unconstitutional", Detroit College of Law Review, 1978, (2), p. 207, in which he said: "An unconstitutional act may give rise to rights. It may impose duties. It may afford protection. It may even create an office. In short, it may not be as inoperative as though it had never been passed."; Laurence Claus & Richard S. Kay, US. National Report, op. cit., p. 21 (footnote 21).

never had been made^(١). ومعنى ذلك، أن القرارات الصادرة بإلغاء النصوص التشريعية لعدم دستوريته تعد، بصفة عامة، ذات آثار رجعية ex tunc or retroactive effects. ومع ذلك، فقد تم التخفيف تدريجياً من صرامة هذه القاعدة المبدئية بالنظر إلى الآثار السلبية أو غير العادلة التي يمكن أن تترتب على قرارات المحكمة فيما يتعلق بالآثار التي رتبها، بالفعل، التشريع غير الدستوري. وقد ألقى القاضي Clark الضوء على هذه المسألة، في قضية Linkletter v. Walker (1965)، مطبقاً قاعدة دستورية جديدة على الحالات التي انتهت في الماضي cases previously finalized. وفي هذه القضية، قالت المحكمة:

"يجادل الطاعن بأن طريقتنا في حل تلك الحالات السابقة تثبت وجود قاعدة مطلقة للرجعية تسود في مجال القضاء الدستوري. ومع ذلك، نعتقد أن الدستور لا يمنع، بل ولا يتطلب الأثر الرجعي. وفي هذا الخصوص، قال القاضي Cardozo إن الدستور الفيدرالي قد التزم الصمت إزاء هذه المسألة. فإذا ما قبلت مقدمة أنه، ليس مطلوباً منا، ولا محظوراً علينا تطبيق قرار بأثر رجعي، فإننا يجب أن نزن المزايا والسلبيات- أو المنافع والأضرار- في كل حالة على حدة من خلال النظر في التاريخ السابق للقاعدة محل النزاع، وغرضها وأثرها، وما إذا كان العمل بأثر رجعي سيعزز أو يعرقل عملها"^(٢).

(1) Vanhorne's Lessee v. Dorrance case (1795), 2 Dallas, 304.

(2) Linkletter v. Walker, 381 US 618 (1965).

ولذلك، إذا أخذ في الاعتبار أن "الماضي لا يمكن، دائماً، إزالته بقرار قضائي جديد"^(١)، فإن مبدأ الآثار الرجعية *the principle of the retroactive effects* لقرارات المحكمة العليا في المسائل الدستورية، طبق، في العديد من القضايا، بصورة نسبية. وقد قالت المحكمة العليا الأمريكية في عام ١٩٤٠، في قضية *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*، إن هذه المسألة-الآثار الرجعية للقرارات الصادرة بإعلان عدم الدستورية- تندرج في عداد المسائل الأكثر صعوبة، والتي أثارت اهتمام المحاكم سواء على المستوى الفيدرالي أم على مستوى الولايات، ومن الواضح، من قرارات عديدة، عدم إمكان تسويغ مبدأ شامل للآثار الرجعية بصورة مطلقة"^(٢). وعلى أي حال، فقد هجرت المحكمة العليا الأمريكية "القاعدة المطلقة للآثار الرجعية لقراراتها الصادرة بعدم الدستورية"^(٣)، واعترفت بسلطتها في تقرير أو إنكار الآثار الرجعية لقراراتها بشأن المسائل الدستورية، وقد التزمت المحكمة العليا بهذا النهج في العقود الأخيرة.

وفي المسائل الجنائية، تعطي المحكمة العليا الأمريكية لأحكامها أثراً رجعيّاً كاملاً، عندما تكون هذه الأحكام في صالح الملاحقين جنائياً. وبصفة خاصة، تعطي هذه المحاكم أثراً رجعيّاً لقراراتها في مجال المسؤولية الجنائية *criminal liability*، بما يسمح بإطلاق سراح السجناء الذين طبق عليهم أمر قضائي بوجود إحضار السجين

(1) See *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308 US 371 (1940), p. 374.

(2) *Id.*

(3) Laurence Claus & Richard S. Kay, US. National Report, op. cit., p. 21.

أمام المحكمة للنظر في شرعية حبسه habeas corpus، وذلك لأنه حُكم عليهم استناداً إلى قانون تبين، بعد إدانتهم استناداً له، أنه غير دستوري^(١).

وقد أعطت المحكمة العليا الأمريكية، أيضاً، آثاراً رجعية لقراراتها في المسائل الدستورية عندما تقرر أن هذه القرارات تشكل قواعد أساسية للضمانات المكفولة في مواجهة الأشخاص الأبرياء، كما هو الحال بالنسبة لضرورة الاستعانة بمحام أثناء المحاكمة^(٢)، أو عندما يكون متطلباً من المتهم أن يقدم التماساً^(٣)، أو عندما يسعى لإلغاء حكم وضع شخص مدان تحت الاختبار بسبب مسلكه اللاحق^(٤)، وكذلك أيضاً القاعدة التي تتطلب إثباتاً يجاوز مستوى الشك المعقول proof beyond a reasonable doubt^(٥). وأخيراً، يُشار إلى أن حكم المحكمة المتعلق بعقوبة الإعدام أعطي أثراً رجعياً كاملاً^(٦).

وفي القضايا الجنائية الأخرى، لا تعطي المحكمة العليا الأمريكية آثاراً رجعية لأحكامها في المسائل الدستورية، عندما تكون هذه الأحكام، أيضاً، في صالح الملاحقين جنائياً. وفي هذا الصدد، يشير الأستاذ J.A.C. Grant إلى أن المحكمة العليا قد قضت، في عام ١٩٧٧، بأن أي تغيير في تفسير الدستور يمكن أن يكون له أثر على العقاب على أفعال لم تكن مجرمة في ظل التفسير السابق لا يمكن أن يُطبق بأثر رجعي،

(1) See Ex parte Siebold, 100 US 371, (1880).

(2) Gideon v. Wainwright, 327 US, 335, 1963

(3) Arsenault v. Massachusetts, 393 US 5, 1968

(4) McConnell v. Rhay, 393, US, 2, 1968

(5) Ivan v. City of New York, 407 US, 203, 1972.

(6) Witherspoon v. Illinois, 391, US, 510, 1968).

وذلك لأن- كما تشير إلى ذلك المحكمة في عام ١٩٧٧ في قضية *Marks v. United States* (١٩٧٧)- "مفهوم حق الأشخاص في تحذير عادل بشأن مسلكهم الذي يمكن أن يؤدي إلى عقوبات جنائية أساسي بالنسبة لمفهومنا للحرية الدستورية"^(١).

ولذلك، يمكن القول إن قاعدة رجعية أو فورية آثار أحكام المحاكم الدستورية في القضايا الجنائية ليست مطلقة. وتطبق المحكمة العليا الأمريكية هذه القاعدة آخذة في اعتبارها عدالة التطبيق في كل قضية على حدة. وتبعاً لذلك، عندما لا يكون قرار المحكمة قد مس، على سبيل المثال، "عدالة المحاكمة"، ولكن فقط حقوق الشخص في الخصوصية، فإن المحكمة لا تعطي لحكمها آثاراً رجعية.

بيد أنه ليست كل الدول، التي تتبع النموذج المركزي للرقابة القضائية، قد تبنت الآثار المنشئة للقرارات الملغية لتشريعات غير دستورية. ففي ألمانيا، على سبيل المثال، يُلاحظ أن المبدأ المعلن هو نقيض ذلك، بمعنى أن قرارات المحكمة الدستورية الفيدرالية التي تتضمن إلغاءً لتشريعات غير دستورية يكون لها آثار رجعية *ex tunc* and *coipse effects*، أي اعتبار التشريع الملغى كأنه لم ينتج أي آثار قانونية على الإطلاق *never have produced legal effects*^(٢). ومع ذلك، تكشف الممارسة العملية عن واقع مختلف، ذلك أن القرارات التي تتضمن إلغاءً للتشريعات غير

(1) "the notion that persons have a right to fair warning of that conduct which will give rise to criminal penalties, is fundamental to our concept of constitutional liberty.", See *Marks v. United States*, 430 US 188 (1977), p. 191; J.A.C. GRANT, op.cit., 238.

(2) I. Hartel, German National Report, op. cit., p. 10.

الدستورية لا يكون لها آثار رجعية بحتة إلا إذا كان من نتيجة الإلغاء بأثر رجعي بحت إعادة تطابق الموقف مع الدستور بصورة مباشرة^(١).

ومن ناحية أخرى، ينص القانون المنظم لوظائف المحكمة الدستورية الفيدرالية، في الفقرة (١) من المادة (٩٥) على إمكان إعطاء القرارات الصادرة في المسائل الجنائية أثراً رجعياً مع إمكان "بدء إجراءات جديدة طبقاً لنصوص تقنين الإجراءات الجنائية ضد الحكم النهائي الصادر بالإدانة استناداً إلى قاعدة قضى بعدم اتساقها مع القانون الأساسي أو ملغاة وكان لم تكن وفقاً للمادة (٧٨) السابقة أو على أساس تفسير قاعدة أعلنت المحكمة الدستورية الفيدرالية عدم اتساقها مع القانون الأساسي". وتنص الفقرة (٢) من المادة (٩٥) من القانون المنظم للمحكمة الدستورية الفيدرالية، على أن: "في كل الجوانب الأخرى، الخاضعة لنصوص الفقرة (٢) من المادة (٩٥) أو لنص قانوني خاص، فإن القرارات النهائية المستندة على قاعدة أعلن أنها ملغاة وكان لم تكن طبقاً للمادة (٧٨) السابق ذكرها- تبقى دون مساس بها"^(٢).

وفي بولندا، فإن قرارات المحكمة الدستورية التي تنطوي على إلغاء للتشريعات لعدم دستورتيتها طبقاً للفقرة (٤) من المادة (١٩٠) من الدستور، تتضمن،

(1) Francisco Fernandez Segado, op. cit., Spanish National Report, op. cit., pp. 8, 14.

(2) Cfr. Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 190-191.

بالإضافة إلى حظر تطبيق القاعدة غير الدستورية في المستقبل، إمكانية تعديل القرارات الصادرة في الماضي قبل صدور حكم المحكمة الدستورية، من ذلك، على سبيل المثال، المحاكم والسلطات الإدارية استناداً إلى النصوص التي قضى بعدم دستورتيتها. ويقرر هذا النص أن قرار المحكمة الدستورية "سيشكل أساساً لإعادة فتح الإجراءات، أو لإلغاء القرار بالطريقة واستناداً إلى المبادئ المحددة في النصوص القابلة للتطبيق على إجراءات معينة"^(١).

وفي البرتغال، تقترن القرارات الصادرة بإلغاء التشريعات لعدم دستورتيتها بأثر رجعي، وذلك على الرغم من أن الفقرة (٤) من المادة (٢٨٢) من الدستور تقيد رجعية هذه القرارات عندما تحول اعتبارات الأمن القانوني، والعدالة، والمصالح العامة دون تطبيقها بأثر رجعي^(٢).

(1) Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 5.

(2) See Maria Fernanda Palma, "O Legislador negativo e o interprete da Constitucao," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 174; 329; Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 174; Ivan Escovar Fornos, Estudios Juridicos, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 493; Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperanca Mealha, Portuguese National Report, op. cit., pp. 6.

وفي البرازيل، تتمتع قرارات الرقابة القضائية- الصادرة بصورة مجردة ومركزية- بآثار رجعية *ex tunc or retroactive effects*. ومع ذلك، يذهب الأستاذ Thomas Bustamante إلى أن "المحكمة العليا بمقدورها أن تقيد آثار إعلان عدم دستورية قانون من خلال إصدار قرارات تسري بالنسبة للمستقبل *ex nunc*، أو حتى تحدد أن إعلان عدم الدستورية لن ينتج أثره إلا بعد تاريخ معين في المستقبل تحدده المحكمة *pro futuro*. وتوجد، في الحقيقة، بعض المتطلبات لإصدار مثل هذه القرارات تتمثل فيما يلي:

- ١- يجب أن تكون هناك أسباب تتعلق بالأمن القانوني أو؛
 - ٢- مصلحة اجتماعية استثنائية؛
 - ٣- لا يمكن تقييد قاعدة الأثر الرجعي أو إيراد استثناء عليها إلا من خلال تصويت ثلث أعضاء المحكمة على الأقل- بكامل تشكيلها- على ذلك^(١).
- وفي مصر، يلزم لتحديد النطاق الزمني لسريان أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بعدم الدستورية التمييز بين مرحلتين:

(1) See: Law number 9.882 of 3rd December 1999: art. 11; and Law number 9.868 of 10th November 1999: art 27. See in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, Brazil National Report, op. cit., p. 26.

١ - النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ضوء المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها

الأصل، وفقاً لما استقر عليه القضاء والفقهاء^(١)، هو أن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية كاشف عن حكم الدستور في المنازعة المطروحة علي المحكمة الدستورية التي ترده إلي مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم دستورية نص تشريعي أثر رجعي كنتيجة حتمية لهذه الطبيعة الكاشفة. ومن ثم، يترتب علي الحكم بعدم دستورية نص إلغاء قوة نفاذ هذا النص فيغدو معدوماً من الناحية القانونية، ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة واعتباره منعدم القيمة بأثر رجعي، لا من وقت صدور الحكم بعدم الدستورية فحسب، وإنما أيضاً من تاريخ العمل بهذا النص التشريعي، ومن ثم فإن إبطال المحكمة لنص من النصوص التشريعية مؤداه تجريده من قوة نفاذه وزوال الآثار القانونية المترتبة عليه، فالنصوص القانونية لا عاصم لها إلا صحتها فإذا تصادمت مع الدستور أعدمت^(٢). ويبين من ذلك، أن الأصل المقرر في أحكام المحكمة الدستورية أنها تُطبق

(١) د. عزيزة حامد الشريف، أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان تحت عنوان دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، ١٩٩٨.

(٢) المستشار أحمد هبة، الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص تشريعي، جريدة الأهرام، العدد ٤١١٥٥، الأربعاء، ١١/٨/١٩٩٩. مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/Archive/1999/8/11/OPIN6.HTM>

–“Every restriction of freedoms or rights shall be proportional to the nature of the necessity for restriction in each individual case.”

- Ioannis A. Tassopoulos, New Trends in Greek Contemporary Constitutional Theory: A Comment on the Interplay Between Reason and

=

بأثر مباشر علي جميع الحالات المستقبلية وبأثر رجعي منذ صدور النص المقضي بعدم دستوريته، وذلك اعتباراً من تاريخ صدور الحكم، ويُستثنى من قاعدة الأثر الرجعي المراكز القانونية التي تحصنت بقضاء حاز قوة الأمر المقضي^(١). ومن الواضح أن هذا الاستثناء يجد مبرره في المبدأ الدستوري للأمن القانوني الذي يوجب عدم المساس بالمراكز والأوضاع التي تقرررت بأحكام قضائية حازت قوة الأمر المقضي^(٢).

وقد أورد نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ ما يتعلق بقاعدة الأثر الرجعي للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية، مقررًا ما يلي:

"أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة، وتُنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة بالجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها ويترتب على الحكم بعدم الدستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه

=

Will, Duke Journal of Comparative and International Law, v. 10, 1999, p. 223-247.

(١) من حوار مع المستشار الدكتور فتحى نجيب، نُشر بجريدة الأهرام بتاريخ ١١/٩/٢٠٠٢، العدد ٤٢٣٤١. مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/Archive/2002/11/9/INVE1.HTM>

(٢) ولذلك، ذهب رأى إلى أن الحكم بعدم الدستورية يجب أن تكون له حدود، ذلك أن الوجود الواقعي للقانون قبل هذا التحديد أمر عملي واقعي، ويمكن أن تكون له نتائج لا يمكن ولا يصح تجاهلها، فالماضى لا يمكن أن يُحجب بإعلان أحكام جديدة، والمسائل الخاصة بحقوق تثبت وفقاً لقانون سابق، تستحق أن يكون لها ثباتها، وأن يُتصرف وفقاً لها في ضوء السياسة العامة. لمزيد من التفصيل، انظر. د. عزيزة حامد الشريف، أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، مرجع سابق، ص ١٩٨.

من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه"^(١).

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا في أحكام لها عن ذلك بأن أوردت في

أحكامها ما يلي:

"وحيث أن ما نصت عليه المادة (٤٩) من قانون هذه المحكمة من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستورتها، لا يجوز تطبيقها اعتبارًا من نشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، لا يعنى أن لهذه الأحكام أثرًا مباشر لا تتعداه، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها، ذلك أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة (٤٩) المشار إليها، لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضى بعدم دستورتها من قوة نفاذها التي صاحبته عند إقرارها أو إصدارها، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها".

(١) وقد تناولت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية هذا الشأن، حيث أوردت أن القانون تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي للحكم، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو باتقضاء مدة التقادم، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقًا بنص جنائي، فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادًا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن، حتى ولو كانت أحكامًا باتة.

"ويؤيد ذلك أن الآثار التي ترتبها الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية، لا يمكن فصلها عن الأوضاع والعلائق السابقة عليها بعد أن مسها النص المطعون فيه مؤثراً في بنائها، ومن ثم كان تصويبها من خلال الدعوى الدستورية لازماً لرد الأضرار التي لحقتها أو التي تتهددها، ويقتضى ذلك بالضرورة أن يكون قضاء المحكمة الدستورية العليا بإبطال النص المطعون فيه، منسحباً إليها، ليعيدها إلى الحالة التي كانت عليها قبل سريان النص الباطل في شأنها"^(١).

"ولا مجافاة في ذلك لقواعد الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، ولا لمقاصد الدستور، ذلك أن مباشرة هذه المحكمة لتلك الرقابة، غايتها تقرير اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور أو مجازاتها للضوابط التي فرضها، وتقييمها لهذه النصوص لا ينفصل عما يكون قد اعترافها من عوار عند إقرارها أو إصدارها، فلا تكون عيوبها أمراً طارئاً عارضاً عليها، بل كامناً فيها، ولصيقاً بها منذ ميلادها، ومتصلاً بها- لزوماً- اتصال قرار بما يشوهها، وكشفها عن عيوبها هذه ليس إلا إعلاناً عن حقيقتها، وإثباتاً لها، ولا يتصور بالتالي أن تضيفها، ولا أن تكون من خلقها أو تصورها، ولا أن تقحمها على نصوص قانونية خلت منها، بل هي تجليها، محددة من خلال حكمها- وعلى ضوء احكام الدستور- القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها في النزاع الموضوعي، وهي بعد قاعدة ينبغي أعمالها بافتراض أن النص الباطل منعدم ابتداءً لا انتهاءً، فلا يكون قابلاً للتطبيق أصلاً منذ أن نشأ معيياً".

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، بتاريخ ٣٠ - ١١ - ١٩٩٦، الجريدة الرسمية، العدد ٤٩، بتاريخ ١٢-١٢-١٩٩٦.

"وقد أوضحت أن المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا جعل للأحكام الدستورية الصادرة بإبطال نصوص عقابية أثراً رجعيًا كاملاً بالنسبة لأحكام الإدانة الصادرة استناداً له وتعتبر كافة الأحكام في هذا الشأن كأن لم تكن ولو كان الحكم باتاً، أما إذا كان النص المقضي بإبطاله غير جنائي، فإن الأثر الرجعي يظل جارياً وينسحب على الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثراً فيها، حتى ما كان منها سابقاً على نشره بالجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي تتوافر فيه شرطان: أن يكون باتاً وذلك باستنفاده لطرق الطعن جميعها وثانيهما أن يكون صادراً قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضى بإبطالها".

٢- النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ضوء المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها

إذا كان الأصل، وفقاً لما سبق بيانه، أن القضاء بعدم دستورية نص تشريعي هو حكم كاشف لما لحق النص من عوار دستوري، ويؤدي إلى زوال النص منذ بدء العمل به، فقد أدخل المشرع تعديلاً^(١) على قانون المحكمة الدستورية العليا في عام

(١) تجدر الإشارة إلى أن رئيس الجمهورية أصدر في ١٠ يوليو ١٩٩٨ القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، ونص في مادته الأولى على أن يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، النص الآتي: "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد لذلك تاريخ آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص". الجريدة الرسمية، العدد ٢٨ (مكرر) بتاريخ ١١ يوليو ١٩٩٨؛ د. صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٣٢.

١٩٩٨ على نحو يجعل للحكم الصادر بعدم الدستورية في المسائل الضريبية أثراً مباشراً. وقد كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، الذي أتى بهذا التعديل التشريعي على نص المادة (٤٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المشار إليه- عن العلة من هذا الاستثناء، وهي أن إبطال المحكمة نصاً ضريبياً بأثر رجعي يؤدي إلى رد حصيلتها إلى الذين دفعوها- في الوقت الذي تكون فيه الدولة قد أنفقت تلك الحصيلة في تغطية أعبائها مما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خطتها في مجال التنمية، ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعها، بل إنه قد يحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها، الأمر الذي يرتب آثاراً خطيرة تنعكس سلباً على المجتمع ويؤدي إلى اضطراب موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال. ومن حيث إنه بناء على ما تقدم فإن الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبي هو استثناء على الأصل المقرر وهو رجعية الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، وهذا الاستثناء يقدر بقدره فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه^(١).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ "... وقد أدى الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة، في غير المسائل الجنائية، إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق يندرج تحتها الإخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها، وتحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس مصالح المواطنين في مجموعهم. وعلاجاً لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات التي تكشف عنها التجربة، وتحقيقاً للموازنة بين

(١) الطعن رقم ٥٣٧١ لسنة ١٤٧ قضائية عليا: جلسة ١ من مارس، ٢٠١٤، دائرة توحيد المبادئ.

متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع، والحفاظ على أمنه اجتماعياً واقتصادياً وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى، فقد رُوي تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بما يكفل تحقيق الأغراض التالية^(١):

- أولاً: تخويل المحكمة الدستورية العليا سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على

ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها

بمراعاة العناصر المحيطة بها، وقدر الخطورة التي تلازمها.

- ثانياً: تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقاً بعدم دستورية نص

ضريبي، ذلك أن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعي مؤاده أن ترد الدولة

حصيلتها التي أنفقتها في مجال تغطية أعبائها إلى الذين دفعوها من قبل، بما

يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية، ويعوقها عن تطوير

أوضاع مجتمعتها، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في

موازنتها، وتلك جميعها آثار خطيرة تهدم من خلال حدوثها الأوضاع القائمة،

وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال.

- ثالثاً: وحسماً لأي خلاف في شأن ما إذا كان الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان

نص ضريبي ينسحب إلى ذي المصلحة في الخصومة الدستورية، عن طريق

الدفع، أو عن طريق الاحالة أو التصدي، فإن الفائدة العملية للخصومة

(١) مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، متاح على الموقع التالي:

<http://almerja.com/reading.php?i=4&ida=1291&id=973&idm=21976>

الدستورية يتعين أن يجنيها كل ذي شأن فيها من أطرافها، ضماناً لفاعلية حق التقاضي، ولأن الترضية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية على ما جرى به قضاء هذه المحكمة...^(١).

وأخيراً، يُثار التساؤل بشأن ما إذا كان يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن ترجىء آثار حكمها الصادر بعدم الدستورية إلى تاريخ لاحق في المستقبل تحدده المحكمة بنفسها. ثمة رأى يرفض تمتع المحكمة الدستورية العليا بهذا الخيار قائلاً: "الأصل المقرر في أحكام المحكمة الدستورية العليا أنها تُطبق بأثر مباشر على جميع الحالات المستقبلية وبأثر رجعي منذ صدور النص المقضي بعدم دستوريته، وذلك اعتباراً من تاريخ صدور الحكم، ويُستثنى من ذلك المراكز القانونية التي تحصنت بقضاء حاز قوة الأمر المقضي، أو إذا حددت المحكمة تاريخاً آخر غير تاريخ صدور النص، فمن حق المحكمة أن تقول إن ذلك الحكم بعدم دستورية نص معين لا يُطبق إلا من تاريخ تقوم بتحديده ويكون أقصاه تاريخ النشر"^(٢). ومن الواضح أن هذا الرأى يرى أن للمحكمة أن تحدد تاريخاً معيناً يبدأ منه سريان آثار حكمها الصادر بعدم الدستورية، شريطة ألا يتأخر هذا التاريخ عن تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية. والذى نميل إليه في هذا الخصوص هو أن المحكمة الدستورية العليا تملك مكنة إرجاء نفاذ آثار أحكامها بعدم الدستورية إلى تاريخ لاحق في المستقبل، حتى ولو كان هذا التاريخ

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للتعديل، منشورة بالجريدة الرسمية، العدد ٢٨ (مكرر) ب بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٩٨، ص ٣-٨.

(٢) من حوار مع المستشار الدكتور فتحى نجيب، نُشر بجريدة الأهرام بتاريخ ١١/٩/٢٠٠٢، العدد ٤٢٣٤١، مرجع سابق، مقال متاح على الموقع التالى:

<http://www.ahram.org.eg/Archive/2002/11/9/INVE1.HTM>

لاحقًا على تاريخ نشر الحكم. ويمكن أن نلتمس دليلاً على صحة هذا الرأي في مسلك المحكمة عندما قضت بعدم دستورية بعض النصوص القانونية^(١) مما يستتبع حل مجلس الشورى. لكن المحكمة، رغم ذلك، أجازت للمجلس المذكور أن يستمر في أداء وظيفته التشريعية إلى انعقاد مجلس النواب. وفي هذا الصدد، تقول المحكمة الدستورية العليا:

"وحيث إنه وإن كان القضاء بعدم دستورية النصوص المطعون فيها أنفة الذكر يستتبع بطلان المجلس الذي انتخب على أساسها منذ تكوينه، إلا أنه يوقف أثر هذا البطلان ما نصت عليه المادة (٢٣٠) من الدستور الجديد الصادر في ديسمبر سنة ٢٠١٢ من أن "يتولى مجلس الشورى القائم بتشكيله الحالي سلطة التشريع كاملة من تاريخ العمل بالدستور حتى انعقاد مجلس النواب الجديد. وتنتقل إلى مجلس النواب، فور انتخابه، السلطة

(١) تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا قضت في هذه القضية [المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: ١١٢ لسنة: ٣٤ قضائية بتاريخ: ٢-٦-٢٠١٣] بما يلي:
أولاً- بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (٢) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن مجلس الشورى المستبدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠١١.
ثانياً- بعدم دستورية ما تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة (٨) من القانون ذاته المستبدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١١، من إطلاق الحق في التقدم بطلب الترشيح لعضوية مجلس الشورى في الدوائر المخصصة للانتخاب بالنظام الفردي للمنتمين للأحزاب السياسية إلى جانب المستقلين غير المنتمين لتلك الأحزاب.
ثالثاً- بعدم دستورية المادة (٢٤) من القانون ذاته، المستبدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٠٩ لسنة ٢٠١١، فيما نصت عليه من أن يسري على مجلس الشورى أحكام المادة التاسعة مكرراً (أ) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب.
رابعاً- تحديد موعد انعقاد مجلس النواب الجديد، تاريخًا لإعمال أثر هذا الحكم وفقاً لنص المادة (٢٣٠) من الدستور.

التشريعية كاملة لحين انتخاب مجلس الشورى الجديد، على أن يتم ذلك خلال سنة من تاريخ انعقاد مجلس النواب"، بما مؤداه أن مجلس الشورى بتشكيله القائم وقت صدور الدستور يستمر ويمارس سلطة التشريع على النحو المنصوص عليه في المادة (٢٣٠) من الدستور السالفة الذكر حتى انعقاد مجلس النواب الجديد، واعتباراً من تاريخ تحقق هذا الأمر - انعقاد مجلس النواب الجديد - يتعين ترتيب الأثر المترتب على القضاء بعدم دستورية النصوص القانونية سالفة البيان^(١).

وإذا كان الأثر الواضح لهذا الحكم- وهو "بقاء مجلس الشورى في موقعه حتى انتخاب مجلس نواب جديد"- يبدو متفقاً عليه، فقد اختلف في باقى آثار هذا الحكم، لا سيما فيما يتعلق باستمرارية سلطة مجلس الشورى في إصدار التشريعات. حيث ذهب بعض الكتاب إلى أن هذا الحكم يعنى بقاء المجلس متمتعاً بكامل سلطاته التشريعية إلى تاريخ انعقاد مجلس النواب. بينما ذهب آخرون إلى أنه إذا كانت الضرورة قد أملت هذا المسلك على المحكمة الدستورية العليا، فإن هذه الضرورة يجب أن تُقدر بقدرها، بمعنى قصر السلطات التشريعية لمجلس الشورى على إنجاز قانون لمجلس النواب حتى يكون بالإمكان إجراء انتخابات هذا المجلس الأخير^(٢).

(١) المحكمة الدستورية العليا | الطعن رقم: ١١٢ لسنة: ٣٤ قضائية بتاريخ: ٢-٦-٢٠١٣.

(٢) المحكمة الدستورية تقضي بعدم دستورية الشورى وتأسيسية الدستور، استطلاع لرأى بعض رجال القانون بشأن آثار حكم المحكمة الدستورية العليا بحل مجلس الشورى، متاح على الموقع التالي:

<http://arb.majalla.com/2013/06/article55245486/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9->

الفرع الثاني

إمكان إعطاء آثار رجعية للقرارات المنشئة المستقبلية

يجب الإشارة، أيضاً، في هذا السياق، إلى أنه حتى في حالة القرارات المتعلقة بنوعية المحاكمة الضرورية لكفالة الحماية في مواجهة إدانة الأبرياء، فإن القواعد التي تحددها المحكمة العليا يكون لها آثار مستقبلية wholly prospective بصورة كاملة، وذلك لأن إعطاء أثر رجعي لمثل هذه القرارات سيفرض أعباء غير معقولة على الحكومة، التي اعتمدت، على الأقل جزئياً، على القرارات السابقة للمحكمة العليا. وقد حدث هذا في قضية *DeStefano v. Woods*^(١)، التي تقررت فيها قاعدة أن المحاكمات الجنائية التي تجري على مستوى الولايات يجب أن تتم بواسطة قاض by jury؛ وفي قضية *Adam v. Illinois*^(٢) التي تقررت فيها قاعدة الحق في الاستعانة بمحام the right to counsel في مراحل الاستماع التمهيدية، لأن من شأن تقرير رجعية مثل هذه القاعدة "إحداث اضطراب خطير في نظام القوانين الجنائية" على نحو ما أشارت المحكمة.

ومن ناحية أخرى، اعتُبر، في القضايا المدنية أن القاعدة الجديدة التي أرسلتها المحكمة في قرارها بشأن المسائل الدستورية لا يجوز أن تشكل مساساً بحقوق الملكية

=
 AA%D9%82%D8%B6%D9%8A-
 %D8%A8%D8%B9%D8%AF% D9% 85-
 %D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9-
 %D8%A7

(1) U.S. Supreme Court. *DeStefano v. Woods*, 392 U.S. 631 (1968).

(2) U.S. Supreme Court. *Adams v. Illinois*, 405 U.S. 278 (1972).

أو العقود التي سبق إبرامها. وفي هذا الصدد، اعتبرت المحكمة العليا، في قضية **Gelpcke v. Dubuque**، أن القرار الصادر عن المحكمة العليا في ولاية Iowa كان يجب أن يعطي أثراً بالنسبة للمستقبل فحسب. وفي هذا المعنى، قالت المحكمة العليا الأمريكية:

"القاعدة السليمة هي أنه إذا كان العقد، وقت إبرامه، صحيحاً وفقاً لقوانين الولاية تبعاً للتفسير المتبنى لهذه القوانين في ذلك الوقت، وخضع لإدارة محاكم العدالة، فإن صحة هذا العقد والالتزامات الناشئة عنه لا يجوز تفويضها من خلال عمل تشريعي أو حكم قضائي لاحق، يغير تفسير القانون"^(١).

وفي الدول الأخرى التي تبنت ذات النظام غير المركزي للرقابة القضائية- آخذة بالنموذج الأمريكي- كما هو الحال في الأرجنتين، تم تبني ذات الأسلوب في التخفيف من الآثار الرجعية التي تعلن إلغاء التشريعات لعدم دستورتيتها^(٢).

وقد أثبتت ذات الطريقة التي من شأنها تخفيف القاعدة العامة لرجعية آثار قرارات الرقابة القضائية في العديد من الدول مثل هولندا، فيما يتعلق برقابة "مدى اتفاق التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية" **the control of**

(1) U.S. Supreme Court. *Gelpcke v. Dubuque* (68 US (1 Wall) 175 (1864)).

(2) See Case *Itzcovich*, *Jurisprudencia Argentina* 2005-II-723, in Nestor P. Sagues, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 351.

conventionality of statutes. ولذلك، عدلت المحكمة العليا الهولندية منذ سبعينات القرن الماضي- كما يشير إلى ذلك الأستاذان J. Uzman و T. Barkhuysen، M.L. van Emmerik- القاعدة العامة المبدئية لرجعية قرارات الرقابة القضائية، ورأت المحكمة أن تتحمل واجبها في وضع القانون a lawmaking duty، وأن تناقش بانفتاح تام آثار قرارات الرقابة القضائية، وأن تعطي لهذه القرارات، في بعض الحالات آثاراً مستقبلية "prospective effects"، ويُطلق على هذه القرارات "المستقبل الموصوف" "qualified prospective". وفي مثل هذه الحالات، تطبق المحكمة التفسير الجديد أو القاعدة الجديدة بأثر فوري مباشر، ولكنها تقيد حق الأطراف الآخرين- غير الأطراف في الدعوى التي صدرت فيها القاعدة الجديدة أو التفسير الجديد- في الاستفادة من هذه القاعدة الجديدة. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة العليا الهولندية عدلت عن قضائها السابق بشأن ملكية المعاشات في نطاق قانون الطلاق^(١)، ولكنها قصرت، أثر قرارها، بصورة صريحة، على القضية الماثلة والقضايا المستقبلية^{(٢)(٣)}.

(1) See Supreme Court judgment of 27 November 1981, NJ 1982/503 (Boon v. Van Loon). See J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, p. 42 (footnote 138).

(2) See J. Uzman T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Dutch National Report, pp. 41-42.

(3) Boon v. Van Loon Case,(1981); C. H. van Rhee & Wytze van der Woude, Effects in Time of Judgments in the Netherlands: Prospective Overruling and Related Techniques, in Eva Steiner , Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions, 2015, Springer, Volume 3 of the series Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law pp 65-80.

وفي هذا السياق، يجب الإشارة إلى أن الممارسات السابقة هي ذاتها التي تم تطويرها، في نهاية الأمر، في الدول التي تأخذ بالأنظمة المركزية للرقابة القضائية، وذلك بصورة مستقلة عن المبدأ العام المتبنى فيما يتعلق بالآثار الكاشفة *the declarative effects* أو المنشئة *the constitutive effects* لقرارات الإلغاء. ففي ظل الأنظمة المركزية للرقابة القضائية، كان المبدأ المتبنى في بداية الأمر وفقاً لأفكار Kelsen بشأن الدستور النمساوي- الصادر عام ١٩٢٠- هو "الآثار المنشئة لقرارات المحاكم الدستورية التي تتضمن إلغاء تشريع" *the constitutive effects of the Constitutional Courts decision annulling a statute*، بما يعني أن التشريع الملغى يحتفظ بآثاره إلى وقت إصدار القرار القضائي المتضمن للإلغاء^(١). ووفقاً لهذه القاعدة، فإن التشريع، الذي أعلنت المحكمة الدستورية إلغاءه، سيظل سارياً، في نظر هذه المحكمة، إلى وقت إصدارها لقرارها. ولذلك، يمكن القول إن قرارات المحكمة الدستورية، في مثل هذه الحالات، يكون لها آثار فورية مباشرة *Ex nunc* أو مستقبلية *pro futuro or prospective effects*، بمعنى أن هذه القرارات لا يترد أثرها، من حيث المبدأ، إلى وقت إصدار التشريع الملغى عدم دستوريته. وبعبارة أخرى، فإن العمل التشريعي الذي تعلن المحكمة الدستورية عدم دستوريته في مثل تلك الحالات- في ظل النظام المركزي للرقابة القضائية- سيعتبر عملاً صحيحاً إلى حين قيام المحكمة الدستورية بإلغائه، وينتج هذا العمل آثاره كاملة إلى ذلك الوقت. وفي مثل هذه الحالات، لا يستفيد من الاستثناء على "قاعدة الآثار المستقبلية"

(1) L. Adamouch, "Esperienza della Corte Costituzionale della Repubblica Austriaca", in *Revista italiana per la scienze giuridiche*, Milan 1954.

سوى الطرف المعني الذي رفع دعوى الرقابة القضائية^(١). ومع ذلك، تملك المحكمة الدستورية- وهذا الوضع يقتصر على النمسا- سلطات تمكنها من إلغاء التشريعات أو المراسيم التي تقرر بالفعل إلغاؤها *decrees already repealed*، أي التي لا تتمتع بسريان رسمي^(٢)، وهذا يعني، من حيث المبدأ، وجود آثار رجعية للرقابة القضائية، وإن كان هذا لا يعدو أن يكون استثناءً على قاعدة الآثار المستقبلية لقرارات المحكمة الدستورية النمساوية.

ويلاحظ أن الدول الأخرى- التي تتبع المبدأ العام لعدم رجعية آثار قرارات المحاكم الدستورية المتضمنة إلغاءً للتشريعات غير الدستورية- قد توصلت إلى ذات النتائج العملية^(٣)، حتى في الحالات التي يكون فيها هذا المبدأ العام منصوصاً عليه في الدستور، كما هو الحال في إيطاليا وفقاً للمادة (١٣٦) من الدستور. حيث فسرت المحكمة الدستورية هذا النص بما يعني أن إعلان عدم دستورية تشريع يؤدي إلى عدم قابلية هذا التشريع للتطبيق على كل المحاكمات المنظورة أمام المحاكم والتي لم تصدر منها قرارات حائزة لقوة الشيء المقضي بعد. ومع ذلك، فيما يتعلق بالقضايا التي فصل فيها بالفعل، لاسيما في القضايا الجنائية، فإن الآثار الرجعية لقرار المحكمة الدستورية المتضمن إلغاءً للتشريع غير الدستوري تكون مقبولة، عندما يكون الحكم القضائي الصادر بالإدانة مستنداً على التشريع الذي قضى بعدم دستوريته. وفي مثل هذه الحالة، يجب أن يتوقف تنفيذ هذا الحكم الجنائي وكل الآثار المترتبة عليه (المادة ٣٠ من

(1) Konrad Lachemayer, Austrian National Report, op. cit., pp. 7-8.

(2) (Art. 139, 4; 140, 4)

(3) Gianpaolo Parodi, Italian National Report, op. cit., p. 13.

القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٣). وثمة استثناء مباشر آخر يرد على قاعدة الآثار المستقبلية لقرارات المحاكم الدستورية ناشئ عن إمكانية إبطال التشريعات الملغاة بالفعل **the possibility of annulment of statutes already repealed**.

وفي أسبانيا، يعني حكم المحكمة الدستورية "بإعلان عدم دستورية تشريع"، وفقاً لنصوص الدستور، إلغاء هذا التشريع بأثر فوري مباشر أو بالنسبة للمستقبل **ex-nunc, pro futuro effects**^(١). ولذلك، فإن "القرارات الصادرة في سياق إجراءات قضائية، لن تفقد قيمتها، أي لن تفقد حجية الأمر المقضي **res judicata force** (article 161,1,a)، كما ينص القانون العضوي المنظم للمحكمة على أن: "القرارات التي تتضمن إعلان عدم دستورية تشريعات- أو نصوص أو أعمال لها قوة القانون- لا تسمح بإعادة مراجعة القرارات القضائية التي حازت قوة الأمر المقضي، والتي طبق عليها النص غير الدستوري (الفقرة الأولى من المادة ٤٠). ومع ذلك، يلاحظ وجود استثناء- كما هو الاتجاه العام في النظام المركزي للرقابة القضائية الذي يمنح آثاراً غير رجعية لقرارات الرقابة القضائية- على قاعدة الآثار المستقبلية في القضايا الجنائية، التي يُسمح فيها بأثر رجعي محدود، يتسع ليشمل قرارات القضاء الإداري في قضايا الجزاءات الإدارية"^(٢).

(1) J. Arosemena Sierra, "El recurso de inconstitucionalidad", in El Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, Vol. I, p. 171.

(2) Francisco Javier Diaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 104-105; 126-127; Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la

وثمة مقارنة مشابهة موجودة في دولة بيرو، حيث يتمثل المبدأ العام- المنصوص عليه في المادة (٢٠٤) من الدستور والمادة (٨٩) من التقنين الإجرائي الدستوري Constitutional Procedural Code - في أن القرارات التي تتضمن إلغاءً للتشريعات يكون لها آثار مستقبلية *pro futuro effects*، وليس آثاراً رجعية. ومع ذلك، فإن ذات النصوص، كما تطبقها المحكمة الدستورية، تنص على أن الإلغاء يمكن أن يكون له آثار رجعية في قضايا الضرائب، وفقاً لتقدير المحكمة الدستورية^(١). وفيما يتعلق بإلغاء التشريعات في المسائل الجنائية، يُطبق ذات المبدأ أيضاً. مبدأ رجعية القانون *principle of retroactivity of the law* - من خلال تفسير المادة (١٠٣) من الدستور التي تسمح بترتيب آثار رجعية استثنائية للقوانين في مسائل القانون الجنائي^(٢).

=

relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas,” in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 192-194.

- (1) decision STC 0041-2004-AI/TC, FJ 70, in Domingo Garcia Belaunde and Gerardo Eto Cruz, “Efectos de las sentencias constitucionales en el Peru,” in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 281-282.
- (2) decision STC 0019-2005-AI/TC, FJ 52, in Domingo Garcia Belaunde and Gerardo Eto Cruz, “Efectos de las sentencias constitucionales en el Peru,” in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 281-283.

وفي فرنسا، نص التعديل الدستوري (-Loi constitutionnelle n° 2008)

724 du 23 juillet 2008) على أن قرارات المجلس الدستوري التي تتضمن إعلان عدم دستورية نص وفقاً للفقرة الأولى من المادة (٦١) من الدستور، تعني إلغاء هذا النص من تاريخ نشر القرار، مع تخويل المجلس الدستوري سلطة تحديد متى وكيف يمكن أن تُمس الآثار التي رتبها النص الملغى في الماضي^(١). ويمكن إبداء الملاحظات التالية على هذا التعديل^(٢):

١- إن الأثر الذي يترتب على حكم عدم الدستورية هو الإلغاء بصورة حتمية أو تلقائية. غير أن الإلغاء، وفقاً للمادة (٢/٦٢)، هو الإلغاء *abrogation* بأثر مباشر *ex nunc* ، وليس الإلغاء *annulation* بأثر رجعي *ex tunc* ، وقد آثرت السلطة التأسيسية تقرير الإلغاء بأثر مباشر إعمالاً لمبدأ الأمن القانوني^(٣)، وعلى حساب مبدأ

(1) See Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 175.

(٢) د. محمد محمد عبداللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في ٢٣ من يوليو ٢٠٠٨، مرجع سابق، ص ١٥.

(٣) وعلى خلاف ذلك، تنص المادة (٢٨٢) من الدستور البرتغالي على أن حكم عدم الدستورية أو عدم المطابقة للدستور ينتج آثاره من يوم نفاذ القاعدة المخالفة للدستور. ولا تستثنى من هذا الأثر الرجعي إلا الحالة التي تكون فيها القاعدة التشريعية تخالف قاعدة دستورية لاحقة، فلا ينتج عدم الدستورية آثاره إلا من يوم نفاذ القاعدة الأخيرة.

- "Article 282: Effects of a Ruling of Unconstitutionality or Illegality:

(1) A generally binding ruling of unconstitutionality or illegality produces

=

المشروعية، وذلك على خلاف ما تقرره الدساتير في بعض الدول الأوروبية الأخرى. ومن ثم، فالقاعدة العامة التي وضعتها المادة (٢/٦٢) هي أن يكون الإلغاء اعتباراً من نشر الحكم. ومن المعلوم أن أحكام المجلس تُنشر وجوباً في الجريدة الرسمية، وفقاً للمادة (٢٠) من أمر ٧ من نوفمبر ١٩٥٨ الذي يتضمن قانوناً أساسياً للمجلس.

٢- يجوز للمجلس الدستوري أن يحدد تاريخاً آخر للإلغاء. وهذا التاريخ يكون بالضرورة لاحقاً على تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية. ومؤدى ذلك، أنه يجوز للمجلس إرجاء آثار القضاء بعدم الدستورية انتظاراً لتدخل تشريعي؛ الأمر الذي يترتب عليه أن يستمر تطبيق النص فترة أخرى من الزمن بواسطة السلطة التنفيذية والمحاكم. ومعنى ذلك، أنه يمكن أن يحدث إرجاء أثر إلغاء النص المقضى بعدم دستورية نوعاً من التمييز بين الأفراد أو المتقاضين؛ إذ بينما تستمر بعض الجهات

=

its effects as from the entry into force of the provision ruled unconstitutional or illegal and determines the restoration, with retroactive effects, of the provisions that it may have revoked.

- (2) In the case of unconstitutionality or illegality due to infringement of a later constitutional or legal provision, the ruling produces its effects only as from the entry into force of the latter.
- (3) Cases already judged are safeguarded, except if the Constitutional Court decides otherwise when the provision concerns penal or disciplinary matters or illegal acts in violation of mere social rules and is less favorable to the accused.
- (4) When required by legal security, reasons of equity or public interest of exceptional importance, which have to be justified, the Constitutional Court may fix the effects of unconstitutionality or illegality in a more restrictive way than is provided for in Paragraphs :(1) and :(2)."

الإدارية أو المحاكم في تطبيق القانون، فإن بعض الجهات الإدارية أو المحاكم الأخرى تفضل إرجاء اتخاذ القرار أو إصدار الحكم إلى ما بعد إجراء التعديل التشريعي.

٣- أجازت المادة (٢/٦٢) للمجلس الدستوري أن: "يحدد الشروط والقيود التي يتم وفقاً لها المساس بالآثار التي أحدثها النص المحكوم بعدم دستوريته. ومعنى ذلك، أنه يجوز للمجلس أن يضع الشروط التي يتم استناداً إليها المساس بالآثار التي أحدثها النص المحكوم بعدم دستوريته قبل النشر أو التاريخ الذي يحدده المجلس. ومن ثم، يجوز للمجلس أن يقرر، في كل حالة على حدة، أن يعطي أثراً رجعيًا للحكم الصادر بعدم الدستورية^(١). من ذلك، أن يقرر أن النص غير الدستوري لم يحدث أثراً في القضايا التي فصل فيها، وأنه من الأفضل إعادة بحثها، وهو الأمر الذي يمكن أن يحدث إذا أدى عدم تطبيق هذا النص إلى توقيع عقوبة أخف. ومن الواضح أن هذا التنظيم يستهدف عدم المساس بالمراكز المكتسبة على نحو جسيم. كما يأتي هذا التنظيم متسقاً مع قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يحد أيضاً من الأثر الرجعي للإلغاء القضائي للقرار الإداري^(٢).

(1) L'effet immédiat contentieux des inconstitutionnalités prononcées a posteriori : de la consécration à l'abandon d'un principe contestable, voir à : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLA/A-bonnefoy_T2.pdf

(2) CE, Ass., mai 2004, Association AC!, Rec., p.197; AJDA, 2004, p.1183, chron. C.Landais et F.Lenicid; RFDA, 2004, p. 454, Modulation dans le temps des effets d'une annulation : un affinage de la jurisprudence, concl. Serge DEYGAS.

وفي كرواتيا، رغم أن قرارات المحكمة الدستورية يكون لها آثار مباشرة *ex nunc effect* ، فإن القرارات القضائية النهائية الصادرة في قضايا جنائية استناداً إلى نصوص ألغيت لعدم دستورتيتها، لا تنتج أثرها من يوم نفاذ قرار المحكمة الدستورية، بما يعني أن الحكم القضائي النهائي يمكن تغييره من خلال التطبيق الصحيح والملائم للنصوص القانونية ذات الصلة، بعد حكم المحكمة الدستورية، ويتم ذلك عن طريق تجديد الإجراءات الجنائية. وفيما يتعلق بالقضايا غير الجنائية، فإن الحق في طلب إصدار قرار فردي *right to demand the issuing of a new individual act* مُنح، منذ ٢٠٠٢، إلى الأفراد والأشخاص القانونية التي قدمت للمحكمة الدستورية اقتراحاً برقابة دستورية نص في القانون. وفي مثل هذه الحالات، فإن طلب تغيير القرار الفردي يجب أن يُقدم خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ نشر قرار المحكمة الدستورية^(١).

وفي صربيا، فإن القاعدة العامة فيما يتعلق بآثار قرارات المحكمة الدستورية المتضمنة إلغاءً للنصوص التشريعية لعدم دستورتيتها هي أن هذه القرارات يكون لها آثار مستقبلية *pro futuro effects*. ومع ذلك، توجد بعض الاستثناءات على قاعدة الآثار المستقبلية لهذه القرارات، حيث يمكن أن تؤثر هذه القرارات على العلاقات القانونية الفردية بأثر رجعي *retroactively*. ويقول الأستاذ *Boško Tripković* إن قرار المحكمة الدستورية يمكن أن تكون له آثار رجعية *retroactive consequences* - بما يعني أن كل شخص تعرض حقه للانتهاك بواسطة قرار فردي نهائي أو ملزم قانوناً- صدر استناداً إلى القانون الذي ألغته المحكمة الدستورية لعدم

(1) Sanja Barić and Petar Bačić, Croatian National Report, op. cit., p. 8.

دستوريته- بمقدوره أن يقدم طلباً إلى السلطة المختصة لمراجعة هذا القرار الفردي. ومع ذلك، يُلاحظ أن هذا الحق في طلب المراجعة ليس مطلقاً، ولكنه يخضع لعدد من القيود تتمثل فيما يلي:

- **أولاً:** ضرورة تقديم طلب المراجعة أو إعادة النظر خلال مدة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ نشر قرار المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية.

- **ثانياً:** تقتصر المراجعة على القرارات الفردية الصادرة خلال السنتين السابقتين على تقديم طلب الرقابة القضائية للمحكمة الدستورية^(١)^(٢).

وفي جمهورية سلوفاكيا، فيما يتعلق بالأثر الرجعي المحتمل لقرارات المحكمة الدستورية التي تتضمن إلغاءً للتشريعات لعدم دستوريته، تنص المادة (٤١٦) من القانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٣ المنظم للإجراءات المتبعة أمام المحكمة الدستورية على أنه: "إذا كان الحكم الصادر في إجراءات جنائية- مستنداً على قاعدة غير متطابقة مع الدستور- لم ينفذ بعد، فإن حكم المحكمة الدستورية بشأن عدم دستورية هذه القاعدة يعد سبباً لإعادة المحاكمة"^(٣).

(1) Article 60 of the Law on Constitutional Court.

(2) Boško Tripković, Serbian National Report, op. cit., p. 17.

(3) Article 41b of Act No. 38/1993 regulating the Proceedings before the Court states that "if a judgment issued in a criminal proceeding based on the regulation that is in inconformity with the Constitution has not been executed, then the ruling of the Constitutional Court on inconformity is a reason for a re-trial."

وفيما يتعلق بالقرارات السارية الصادرة في الإجراءات المدنية والإدارية، فإنها لا تتأثر بحكم المحكمة الدستورية، ومع ذلك فإن الالتزامات التي تفرضها هذه القرارات لا يكون ممكنًا تنفيذها **obligations imposed by such a decision cannot be subject to enforcement**⁽¹⁾. ولا تحدد النصوص التشريعية، بصورة واضحة، الآثار المباشرة **ex nunc effects** لقرارات المحكمة الدستورية، ولذلك أرست المحكمة الدستورية، في قضائها، القواعد الواجبة الاتباع في هذا الخصوص. ومن ثم، يجب على المحكمة الدستورية، في كل قضية على حدة، أن تحدد ما إذا كانت ستحمي مبدأ الأمن القانوني **Legal certainty**، ومن ثم لا تسمح بالآثار الرجعي لأحكامها، أي ترتب لحكمها أثرًا مباشرًا، أم ستحمي مبدأ الدستورية **principle of constitutionality**، ومن ثم لن تسمح بأي تطبيق للقاعدة غير الدستورية، أي ترتب لحكمها أثرًا رجعيًا، وذلك مع الأخذ في الاعتبار أن كلاً من مبدأي، الأمن القانوني والدستورية يعدان من المبادئ الأساسية لحكم القانون **rule of law**. بيد أن المحكمة مالت، في نهاية الأمر، إلى أنها ستحمي مبدأ الدستورية أيضًا، لأنه من غير المقبول تطبيق مبدأ الأمن القانوني بصورة مطلقة، ومن ثم قررت المحكمة أن لحكمها أثرًا رجعيًا موضوعيًا **ex tunc substantive effect**. ومعنى ذلك، أنه لا يجوز للمحكمة العادية أن تطبق القاعدة غير المطابقة للدستور.

(1) Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovak National Report, p. 6. See also decision III. US 164/07. Idem, p. 8.

ويمكن القول إن المحكمة بهذا القضاء تكون قد أرست مبدأ بشأن الآثار الموضوعية *the substantial effects* لأحكامها، وإن كان هذا المبدأ لم يتطور بعد بصورة كاملة^(١).

وفي بعض الدول الأخرى، تنص الدساتير، صراحة، على الآثار غير الرجعية لأحكام المحاكم الدستورية المتضمنة إلغاءً للنصوص التشريعية لعدم دستورتيتها، دون الإشارة إلى الاستثناء السابق، كما هو الحال في الإكوادور^(٢) وشيلي^(٣).

- (1) In the opinion of Jan Svak and Lucia Berdisova, a bit more “sophisticated” doctrine advocates e.g. the Constitutional Court of the Czech Republic. If we should describe it in an simplified way, the court prefers *ex tunc* substantive effects of the rulings on inconformity of legal regulation on the proceedings that are not validly decided only if the *ex nunc* effect would infringe the fundamental rights and freedoms of aggrieved persons. And so a judge of an ordinary court can apply unconstitutional regulation if the fundamental rights and freedoms will not be infringed. See e.g. decision of the Constitutional Court of the Czech Republic No. IV.US 1777/07 and other decisions mentioned there.” See in Jan Svak and Lucia Berdisova, Slovak National Report, *op. cit.*, p. 8 (footnote 11).
- (2) Hernan Salgado Pesantes, “Los efectos de las sentencias del Tribunal onstitucional del Ecuador,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de studios Politicos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 362, cited in , Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law Washington July 26-30, 2010 p. 105
- (3) Art. 94.3. See Humberto Nogueira Alcala, “La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante,” in

وفي بوليفيا، يُطبق ذات المبدأ السابق بشأن الآثار المباشرة *ex nunc effects* لقرارات المحاكم الدستورية المتضمنة إلغاءً للنصوص التشريعية غير الدستورية، ولكن مع استثناء يتعلق بالأحكام القضائية التي حازت قوة الأمر المقضي *res judicata*، والمسائل الجنائية إذا كان من شأن أعمال الآثار الرجعية للأحكام الصادرة بعدم الدستورية الإضرار بالمركز القانوني للمحكوم عليه^(١).

وفي نيكارجوا، تعطي المادة (١٨٢) من الدستور آثاراً رجعية لأحكام المحاكم الدستورية المتضمنة إلغاءً للنصوص التشريعية لعدم دستورتيتها، وذلك على الرغم من أن ذات الدستور يقرر، بالنسبة لدعاوى إنفاذ الحقوق الدستورية *amparo*، أن القرار الذي يتضمن إعلان عدم دستورية تشريع لا ينتج سوى آثار مستقبلية *pro futuro effects*^(٢).

وفي العديد من الدول الأخرى، كما هو الحال في فنزويلا، على الرغم من أن القاعدة العامة هي، من حيث المبدأ، الآثار المباشرة وغير الرجعية *ex nunc, non*

=

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 297.

- (1) See decision S.C 1426/2005-R of November 8, 2005, in Pablo Dermisaky Peredo, "Efectos de las sentencias constitucionales en Bolivia," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 86.
- (2) Ivan Escobar Fornos, "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y. Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 101.

retroactive effects لقرارات الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا التي تتضمن إلغاءً للنصوص التشريعية لعدم دستورتيتها، فإن القانون المنظم للمحكمة العليا يترك للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا سلطة تحديد الآثار الزمنية لقرارات الرقابة القضائية. ومعنى ذلك، أن الدائرة الدستورية بمقدورها أن تحدد ما إذا كانت قراراتها بشأن الرقابة القضائية سيكون لها آثار مستقبلية أم رجعية في كل حالة على حدة^(١).

وفي البرازيل، يتبنى الدستور ذات المقاربة السابقة، حيث يخول المحكمة الدستورية الفيدرالية، في جميع الأحوال، سلطة تحديد الآثار الزمنية لقراراتها، وتحديد متى تبدأ هذه القرارات في ترتيب آثارها^(٢).

وفي كوستاريكا، من أجل المحافظة على الأمن القانوني، يخول القانون الخاص بالقضاء الدستوري the Law on the Constitutional Jurisdiction

(1) Allan R. Brewer-Carias, "Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos estatales en el derecho venezolano", in Revista de Administración Pública, No 76, Madrid 1975, pp. 419-446; and in Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Mexico 2007, pp. 343 ff.

(2) See Jairo Gilberto Schafer and Vania Hack de Almeida, "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos de decisao de inconstitucionalidade," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 383-384.

الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا سلطة تحديد الآثار الزمنية لقراراتها بشأن الرقابة القضائية^(١).

وفي المكسيك، يرد استثناء على القاعدة العامة- المتمثلة في عدم رجعية قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالرقابة القضائية- في المسائل الجنائية، عندما تكون هذه القرارات في صالح المتهم^(٢).

وفي كولومبيا، ينص القانون المنظم للسلطة القضائية في المادة (٤٥) على أن قرارات المحكمة الدستورية تتمتع بآثار مستقبلية *pro futuro effects* فيما عدا الحالات التي تقرر فيها المحكمة خلاف ذلك. وبالإضافة إلى ذلك، تحظر المادة (٥١) من القانون رقم (١٨٣٦) على المحكمة الدستورية أن تعطي لقراراتها آثاراً رجعية، إذا كانت هذه القرارات تمس أحكاماً حائزة لحجية الأمر المقضي *res judicata*^(٣). ومن المهم هنا الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية قد ألغت هذا النص لأنه يشكل تقييداً

(1) Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, op. cit., p. 106.

(2) See Tesis jurisprudencial P/J. 74/79, in Hector Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico, pp. 69; and “Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 248.

(3) Humberto Nogueira Alcala, “La sentencia constitucional en Chile: Aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante,” in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 297.

لوظائف المحكمة، استناداً إلى أن الدستور يقرر أن المحكمة الدستورية هي وحدها صاحبة الحق في تحديد آثار قراراتها^(١). ونتيجة لذلك، أضحت المحكمة تتمتع بسلطة تحديد الآثار الزمنية لقراراتها، كأن تعطي لقراراتها على سبيل المثال، أثراً رجعيًا، وقد اعتبرت المحكمة أن هذه مسألة لا يملك أحد، غير المحكمة، تنظيمها، بما في ذلك المشرع.

المطلب الثالث

سلطة المحاكم الدستورية في إحياء أو استعادة تشريع ملغي

يمكن القول إن قرارات الرقابة القضائية التي تتضمن إلغاء تشريعات لعدم دستوريته لا تتضمن، من حيث المبدأ- كما يشير إلى ذلك الفقيه Hans Kelsen في عام ١٩٢٨- استعادة للتشريع السابق الملغي بالفعل. ومعنى ذلك، أن قرارات الرقابة القضائية لا تتضمن استعادة أو إعادة العمل بالتشريع الذي سبق إلغاؤه من قبل^(٢). ومع ذلك، فإن المبدأ العكسي هو المطبق في البرتغال، حيث يعتبر أن إعلان عدم الدستورية بقوة ملزمة عامة له القوة "السلبية" للقانون "negative force of law"، لأنه يتضمن إلغاءً مباشرًا للقانون، ومن أثر ذلك "استعادة النصوص القانونية التي كانت قد عدلت أو ألغيت بواسطة القاعدة التي أعلنت المحكمة عدم دستوريته- من تاريخ نفاذ

(1) Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 280, 281; 436-437.

(2) Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, p. 84.

قرار المحكمة الدستورية الذي يعلن عدم الدستورية، وذلك ما لم تقرر المحكمة الدستورية غير ذلك (الفقرتان ١، ٤ من المادة ٢٨٢ من الدستور)^(١).

وفي بلجيكا، يعد استعادة النصوص القانونية الملغاة من قبل، نتيجة إلغاء المحكمة الدستورية للتشريع، هو القاعدة العامة^(٢). وفي النمسا، يمكن أن يكون من أثر إلغاء المحكمة الدستورية للتشريعات غير الدستورية استعادة العمل بتشريع كان قد ألغي من قبل- بواسطة التشريع المعلن عدم دستوريته- من التاريخ الذي يصبح فيه حكم المحكمة الدستورية بإعلان عدم الدستورية نافذاً، وذلك ما لم تقرر المحكمة الدستورية غير ذلك (الفقرة ٦ من المادة ١٤٠)^(٣).

وفي بعض الدول الأخرى، تُترك مسألة تحديد ما إذا كان من شأن قرار إعلان عدم دستورية تشريع استعادة العمل بتشريع ملغي من قبل، إلى المحكمة الدستورية ذاتها، ففي بولندا، على سبيل المثال، قضت المحكمة الدستورية، في أحد قراراتها، المتعلقة بتنظيم المعاشات، باستعادة العمل بنص تشريعي كان نافذاً من قبل، ولم يكن يتضمن أي عناصر مخالفة للدستور^(٤).

-
- (1) Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, Portuguese National Report, op. cit., pp. 6-7.
 - (2) Christian Behrendt, Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit francais, belge et allemande, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 280, 281; 436-437.
 - (3) Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law, op. cit., p. 107.
 - (4) Decision of 20 December 1999, K 4/99. See in Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 5 (footnote 12).

وفي المكسيك، قضت المحكمة العليا، لاسيما في المنازعات الانتخابية، أن إلغاء أحد التشريعات يتضمن استعادة العمل بالتشريع الذي كان سارياً من قبل، أي قبل تبني التشريع الذي أعلنت المحكمة عدم دستوريته. ويمكن تفسير هذا القضاء بأن المحكمة العليا المكسيكية أرادت سد الفراغ التشريعي الناشئ عن حكمها بعدم الدستورية، وذلك للمحافظة على الأمن القانوني في مجال التشريع الذي قضى بعدم دستوريته^(١).

وفي كوستاريكا، قررت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، لدى إلغائها لبعض التشريعات المتعلقة بالغابات والإيجارات والمسائل المالية، استعادة التشريعات السابقة التي كانت قد ألغيت بموجب التشريعات المعلن عدم دستوريته^(٢). وذات المقاربة، التي

(1) See Tesis Jurisprudencial P./J. 86/2007, SJFG, Tomo XXVI, diciembre 2007, p. 778. See the reference in Hector Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico, pp. 63-64, 74; and "Las sentencias de los Tribunales Constitucionales en el ordenamiento mexicano," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 252.

(2) Ivan Escovar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 513; and in "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 114.

تستعيد النصوص التشريعية المعدلة أو الملغاة من قبل نتيجة إعلان عدم دستورية التشريعات المعدلة أو الملغية- مأخوذ بها، أيضاً، في البرتغال^(١).

ومن جماع ما سبق، يلاحظ أن بعض التشريعات المقارنة ترتب على إعلان عدم دستورية بعض النصوص التشريعية لعدم دستوريته استعادة العمل بالنصوص التشريعية المعدلة أو الملغاة من قبل بموجب النصوص المعلن عدم دستوريته. غير أن هذا الأثر المترتب على قرارات المحاكم الدستورية بشأن الرقابة القضائية يمكن أن يكون مقررًا كقاعدة عامة في بعض الدول أو متروكًا لتقدير المحاكم الدستورية تحدده في كل حالة على حدة في بعض الدول الأخرى. ومن الواضح أن هذه المقاربة تستهدف ملء الفراغ التشريعي الذي يترتب على الحكم بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية، ومن ثم المحافظة على اعتبارات الأمن القانوني *La sécurité juridique* في نطاق الموضوعات أو المجالات التي قضى بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية المنظمة لها.

ويمكن القول إنه يشترط لاستعادة العمل ببعض النصوص التشريعية أن تكون هذه النصوص نافذة أو مطبقة من قبل، وأن تكون هذه النصوص المستعادة قد عدلت أو ألغيت بموجب النصوص التشريعية المعلن عدم دستوريته. ويمكن أن نضيف إلى هذين الشرطين شرطين آخرين هما: أن تطلب اعتبارات الأمن القانوني استعادة العمل بالنصوص المعدلة أو الملغاة سابقًا، وألا يكون هناك تناقض بين النصوص التشريعية المستعاد العمل بها والنصوص التشريعية السارية والتي لم يقض بعدم دستوريته.

(1) Jairo Gilberto Schafer and Vania Hack de Almeida, "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e a possibilidade de modular os efeitos de decisao de inconstitucionalidade," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 377.

المبحث الرابع

تشويه المبدأ التفسيري: دور المحاكم الدستورية في إصلاح

التشريعات وتفسيرها دون تفسير الدستور

تعد المحاكم الدستورية مفسرة للدستور، وليست مفسرة للتشريعات، إلا إذا كانت تفعل ذلك بالارتباط أو بالتناقض مع الدستور^(١). ومعنى ذلك، أن تفسير المحاكم الدستورية للتشريعات لا يمكن، أن يتم إلا في سياق تفسير الدستور، إما لإعلان عدم دستورية التشريع، وإما لرفض عدم الدستورية المدعى، وإما لإسداء تفسير للتشريع يتسق أو يتطابق مع الدستور.

وبعبارة أخرى، فإن المحاكم الدستورية تكون ملزمة دائماً، لدى تفسيرها للتشريعات، أن تقوم بهذه المهمة في سياق تفسير الدستور، لأنه ليس من مهام المحاكم الدستورية أن تفسر التشريعات بطريقة مستقلة دون تفسير الدستور، وذلك لأن تفسير التشريعات يعد، بصفة عامة، مهمة واقعة على عاتق المحاكم العادية^(٢).

(1) "Constitutional Courts are interpreters of the Constitution, and not interpreter of statutes, except when doing so in connection or in contrast with the Constitution", Allan R. Brewer-Carias, XVIII International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, op. cit., p. 108.

(٢) وتجدر الإشارة إلى أنه لسائر المحاكم، في سياق مباشرتها لوظيفتها في الفصل في النزاعات المطروحة عليها أن تتبنى تحديداً معيناً للنصوص الدستورية ذات الصلة. وفي هذا المعنى، يقول مفوض الدولة: [ولما كانت المادة [الدستورية] المذكورة هي معقل الفصل في وقائع النزاع المعروف، فمن ثم لزم تبيائها وتحديد مدلول كل لفظ ورد بها بما يتفق ونية وإرادة واضعيها، ولا =

يعني ذلك تصدي المحكمة الإدارية العليا لفرض تفسير ملزم للنص الدستوري سالف الذكر، بل إنه من موجبات بسط ولاية المحاكم على ما يُطرح أمامها من أنزعة أن تقتضى غاية وإرادة المشرع من وراء كل نص- له صلة بالنزاع المعروض- لتنزل الفهم القانوني السليم لحكمه على ما يُعرض من وقائع، وذلك بما لا يخل بالمعنى القانوني له، وبشرط ألا يكون ذلك التبيان بمنأى عن باقي نصوص الدستور باعتبارها نسيجاً مترابطاً كلاً لا يتجزأ، تتكامل أحكامها في وحدة عضوية متماسكة، وهو ما نصت عليه المادة (٢٢٧) من الدستور الحالي. ولا ينال من ذلك ما أثير بشأن عدم جواز تعرض المحاكم لتفسير نصوص الدستور باعتبار أن هذا الاختصاص مقصور على المحكمة الدستورية العليا، فذلك مردود عليه بأن المحكمة الدستورية العليا تختص بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور، وذلك إذا ما أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها، وهو ما عبرت عنه المادة (٢٦) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن المحكمة الدستورية العليا، وهذا الاختصاص المحجوز للمحكمة الدستورية العليا يتعلق بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين بحكم يكون ملزماً للكافة لا يمتد لنصوص الدستور، وهو ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في قضائها بأن "مؤدى نص المادة (٢٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩... أن ولاية هذه المحكمة لا تمتد إلى تفسير نصوص الدستور الذي لم يصدر من أي من هاتين السلطتين وإنما أعلنته وقبلته ومنحته لأنفسها جماهير شعب مصر، طبقاً لما جاء في وثيقة إعلانه". (حكمها الصادر في القضية رقم ١ لسنة ١ ق- تفسير- بجلسة ١٩٨٠/٣/١م مشار إليه بمجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً (١٩٦٩ - ٢٠٠٩) ص ١٠٣١). وهذا الحظر على ولاية المحكمة الدستورية العليا يمتد بلاريب إلى جميع المحاكم على اختلاف أنواعها، ولعل الغاية من عدم منح المحكمة الدستورية العليا الاختصاص بتفسير نصوص الدستور بنص ملزم يرجع إلى أنه من غير المنطقي أن تحاكم المحاكم من أنشأها وهو ما استقرت عليه مبادئ المحكمة الدستورية العليا، إلا أنه يظل معقوداً للمحكمة الدستورية العليا تبيان النص الدستوري وتفسيره إبان مباشرة رقابتها الدستورية على النصوص التشريعية باعتباره النص الواجب التطبيق في ما يُعرض عليها من طعون تستهدف وأد النص التشريعي الأدنى الذي يتعارض مع حكم النص الدستوري. وبهذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "اختصاص تفسير النصوص القانونية تتولاها أصلاً المحاكم على تباين أنواعها ودرجاتها. ولا تباشر المحكمة الدستورية العليا هذا الاختصاص دون غيرها من جهات القضاء إلا في إحدى صور ثلاث :- أولاًها: أن يكون هذا التفسير بمناسبة فصلها في دستورية نصوص قانونية وفقاً للمادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها، ذلك أن الرقابة على الشرعية الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة وحدها، تقتضيها ابتداءً أن تحدد للنصوص القانونية المطعون عليها مضامينها ومراميها قبل أن تقابلها بأحكام الدستور تحريماً لتطابقها معها أو خروجها عليها، فلا يكون تحديدها لنطاق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور- سواء في معناها أو مغزاها- إلا عملاً ميدانياً سابقاً بالضرورة على خوضها في مناعها، ثانياًها: أن يكون هذا

ويلاحظ أن منح المحاكم الدستورية الاختصاص المتعلق بتفسير النصوص الدستورية قد أثار جدلاً دستورياً وسياسياً حول دستورية هذا التوجيه وسنده الدستوري من جهة،

التفسير مرتبطاً ارتباطاً حتمياً بمباشرة هذه المحكمة لولايتها في مجال الفصل في تنازع الاختصاص أو فض التناقض بين الأحكام وفقاً لقانونها ثالثها: أن يكون التفسير الصادر عنها تشريعياً، مقدماً طلبه إليها من وزير العدل- وفقاً للمادتين ٢٦ و ٣٣ من قانونها- بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية". (حكمها في الطعن رقم ١٨ لسنة ١٨ قضائية - جلسة ١٤ / ٦ / ١٩٩٧ م - مكتب فني رقم ٨ - الجزء الأول - صفحة رقم ٦٨٤). واتساقاً مع هذا النظر فقد اعترفت المحكمة الدستورية العليا بحق جميع جهات القضاء في تفسير القوانين وفقاً لضوابط محددة وهي ألا يكون قد صدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا. وبهذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانونها - لا يصدر حق جهات القضاء الأخرى في تفسير القوانين، وإنزال تفسيرها على الواقعة مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية، أو من المحكمة الدستورية العليا" (الطلب رقم ١ لسنة ٢ قضائية- تفسير- بجلسة ١٧/١/١٩٨١ ج ١ "دستورية" ص ٢٢٢ ذات المرجع السابق ص ١٠٣٢). وتأسيساً على ذلك، فإن المحاكم لها الصلاحية الكاملة في تفسير النص القانوني المطروح أمامها بمراعاة الضوابط المذكورة، ولا يمنع ذلك سريان الحكم ذاته على نصوص الدستور مادام النص الدستوري هو النص المراد تطبيقه بشأن النزاع، إذ لا يمكن تطبيق النص دون تبيانه وإيضاح مدلوله مع التأكيد على أن هذا التفسير لا يتعدى في الزامه طرفي النزاع وفي خصوص النزاع المعروف، فالتفسير بحكم ملزم لنصوص الدستور- كما أوضحنا- ممنوع على كافة المحاكم إلا فالقول بغير ذلك يُخرج نصوص الدستور من طبيعتها القانونية الخاضعة للتطبيق، ويُغفل ولاية المحاكم في إعمالها على ما يُعرض عليها من أنزعة، وهو ما لم يتغياه المشرع الدستوري، وما يعضد ذلك ويؤيده أن كافة المناقشات التي تُصاحب وضع أي دستور تُدون بالفاظها كما هي بمحاضر رسمية، ويُطلق عليها "الأعمال التحضيرية" وهو أمرٌ درجت عليه الجمعيات التأسيسية الواضعة للدساتير، فإذا كانت تلك الأعمال التحضيرية ليس لها إلا قيمة تاريخية وفقط لما كانت تثبت بذات الألفاظ والعبارات التي تصدر عن قائلها، ولما كانت تثبت تباعاً مقرونة بكل مادة وبكل عبارة وردت بالدستور، مما يقطع بأن تلك الأعمال سيكون لها بالغ الأثر في بلوغ غاية المشرع الدستوري وراء إيراد كل نص، بحيث تكون ميراثاً عظيماً للقضاء في الرجوع إليها عند وجود غموض أو التباس لدى تناول النص الدستوري، الأمر الذي يتضح معه أن تبيان النص الدستوري واستجلاء الغاية التشريعية من وراءه هو عملٌ تقتضيه طبيعة عمل المحاكم ويقتضيه الوصول للهدف المنشود من اللجوء للقضاء وهو الحكم بالعدل. تقرير مفوض الدولة في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ قضائية العليا، غير منشور.

وجدوى هذا التوجه وأثاره من جهة ثانية، فإذا كان منح المحاكم الدستورية مثل هذا الاختصاص يترتب عليه بعض المزايا التي يأتي على رأسها حسم الخلاف الذي ينشأ بين السلطتين التشريعية والتنفيذية حول تفسير بعض النصوص الدستورية، وهو أمر لا يمكن إنكار فائدته، إلا أنه من جانب آخر لا يمكن التغاضي عن السلبيات أو المخاطر التي يمكن أن تترتب على منح المحاكم الدستورية مثل هذا الاختصاص، في حال ممارسته بعيداً عن أية ضوابط تكفل ضمان نهوض المحكمة الدستورية بهذه الوظيفة على النحو الذي يتوافق مع الدستور وينسجم مع مبدأ الفصل بين السلطات. وقد أشار جانب من الفقه الدستوري الى بعض هذه المحاذير. ويمكن الإشارة إلى أهمها فيما يلي^(١):

- **أولاً:** قد تجعل المحاكم الدستورية من نفسها سلطة تأسيسية عن طريق اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية، وذلك من خلال إنشاء وإيجاد القواعد الدستورية أو تعديلها تحت ستار تفسير النصوص الدستورية، وتحل بذلك إرادتها محل إرادة السلطة التأسيسية؛ الأمر الذي يجعلنا أمام حكومة القضاة كما يسميها الفقه الدستوري، وهو أمر لأتخفى خطورته ولا يمكن قبوله، فضلاً عن أن هذا الأمر يتضمن تغولاً على اختصاصات سلطة أخرى، مما يؤدي في نهاية المطاف الى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات.

(١) لمزيد من التفاصيل، انظر: د. شاكور راضي شاكور، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم، دراسة تأصيلية تحليلية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٢١؛ وانظر أيضاً، في جانب من هذه المحاذير، د. محمد الفيلي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية في الكويت: ماله وما عليه، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ٢٣، العدد الثالث، سبتمبر، ١٩٩٩، ص ٥٥.

- **ثانياً:** إن منح المحاكم الدستورية الاختصاص بتفسير النصوص الدستورية يفتح لها باباً تُلج من خلاله الى الصراع السياسي المحتدم بين السلطتين التشريعية والتنفيذية عندما تتعرض للنصوص المتعلقة باختصاصات هاتين السلطتين، على نحو قد يجعل منها في ظروف معينة لاعباً في ساحة الصراع السياسي في مواجهة السلطتين الأخرين، أو ميالة الى إحداهما ضد الأخرى، وهو ما يخرج المحكمة الدستورية من وظيفتها القضائية ويدخلها في حلبة الصراع السياسي الذي لا يتناسب مع ما يجب أن تتسم به السلطة القضائية ومنها المحاكم الدستورية من حياد وموضوعية في ممارسة وظيفتها الدستورية، بل يخرجها أيضاً عن حدود اختصاصها المنوط بها وهو تفسير النصوص الدستورية.

- **ثالثاً:** يتعارض منح المحاكم الدستورية الاختصاص لتفسير النصوص الدستورية مع مبدأ عدم جواز تفسير النص الا بذات الأداة التي وُضع بها، فلا يجوز لسلطة منشأة أن تقوم بتفسير النص الذي وضعته السلطة التأسيسية، لذا فإن الطريق الطبيعي لتفسير نصوص الدستور التي يعتريها غموض أو لبس أو تعديل الدستور تعديلاً يزيل هذا الغموض، وهذا يقتضي اللجوء الى السلطة التأسيسية الفرعية المختصة دستورياً بتعديل الدستور، أو إنشاء سلطة تأسيسية أصلية يكلفها الشعب بوضع دستور جديد.

- **رابعاً:** إن تجاوز أي من السلطتين التشريعية والتنفيذية للنصوص الدستورية وهو أمر وارد الوقوع يعد أمراً ممكناً تداركه ومعالجة آثاره والمحاسبة عليه، سواء أكان ذلك عن طريق وسائل الرقابة المتبادلة بين السلطتين التي نظمها الدستور، أو كان ذلك عن طريق الرجوع للأمة عند ممارسة حقها في اختيار ممثليها، الا أن تجاوز المحاكم الدستورية لحدود اختصاصها في هذا الشأن وهو احتمال وارد أيضاً في حال انعدام الضوابط التي تقي منه لا يمكن معالجته أو تداركه أو المحاسبة عليه، فمن ذا الذي يملك نقض أحكام المحاكم

الدستورية وقراراتها أو سحب الثقة منها أو حلها أو استفتاء الشعب على تكوينها أو أعمالها؟

ويذهب الأستاذ Ivan Escobar Fornos إلى أنه: "ليس بمقدور القاضي الدستوري أن يفسر أو يصحح أحد التشريعات إلا إذا كان يفعل ذلك في سياق تحديد مدى دستورية هذا التشريع، وذلك لأن مهمة تفسير القانون تقع على عاتق المحاكم العادية"^(١). وفي مثل هذه الحالات، تقوم المحاكم الدستورية بتفسير الدستور والقانون، ولكن إذا قامت المحاكم الدستورية بتفسير القانون، دون تفسير للدستور، فإن الأمر لا يعدو أن يكون، في هذه الحالة، سوى إصلاح أو تعديل تشريعي للقانون تقوم به المحاكم الدستورية *is no more that a legislative reform of a statute* وفي هذا السياق، يذهب الأستاذ Francisco Diaz Revorio إلى أنه:

"من الضروري، حتى يكون القرار التفسيري داخلاً في نطاق وظائف المحكمة الدستورية، أن يكون التفسير أو المضمون القاعدي الذي ترسيه المحكمة الدستورية متناغمًا مع الدستور، حتى يكون، حقيقةً، نتيجة لمتطلب دستوري، وإلا كانت النتيجة خلقًا لنص جديد ليس له أساس دستوري"^(٢).

(1) Ivan Escobar Fornos, *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Ed. Hispamer, Managua 2007, p. 497; and "Las sentencias constitucionales y sus efectos en Nicaragua," in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, pp. 104.

(2) "In order for an interpretative decision to be within the functions of the Constitutional Court, it is necessary that the interpretation, or the normative content that the Constitutional Court establishes in harmony with the Constitution, be really the consequence of the

وفي ذات الاتجاه، يمكن التأكيد على أن المحاكم الدستورية ليس مسموحاً لها أن تنشئ قانوناً من جديد **not allowed to create law ex novo**، ولا أن تصلح أو تعدل التشريعات، حتى ولو كان ذلك في سياق الفصل في مسائل الرقابة القضائية. وفي هذا المعنى، تقول المحكمة الدستورية في بوليفيا، في ٢٠٠٥، إن مهمة المحاكم الدستورية:

"تقتصر على تحديد معنى ومدى النصوص القانونية، دون تعديل أو خلق نص قانوني جديد. وبهذا المعنى، فإن النص الذي تفسره المحكمة لا يشكل، بذاته، نصاً قانونياً جديداً، وذلك استناداً إلى حقيقة أن السلطة القضائية ليس بمقدورها، من خلال مباشرة وظيفتها في التفسير، أن تخلق نصوصاً قانونية مختلفة"^(١).

=
constitutional requirement, and the result of a "new" provision without constitutional foundation", Francisco Javier Diaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Valladolid 2001, pp. 296-297.

- (1) "only establish the sense and scope of legal provisions, without creating of modifying a new legal text. In this sense, the provision interpreted by the Courts does not constitute itself in a new legal provision, due to the fact that the judicial authority by mean of interpretation does not create different provisions.", See Decision S.C 1426/2005-R. of November 8, 2005, in Pablo Dermizaky Peredo, "Efectos de las sentencias constitucionales en Bolivia," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 86.

ومن جانبها، تقول المحكمة الدستورية في دولة بيرو:

"بطريقة مختلفة عن تلك الخاصة بالكونجرس التي يستطيع من خلالها أن ينشئ أو يخلق قانوناً جديداً داخل الإطار الدستوري، فإن القرارات التفسيرية للمحكمة الدستورية لا يمكن إلا أن تحدد معنى نص قانوني عن طريق الاستنباط أو الاشتقاق المباشر من النصوص الدستورية"^(١).

ومع ذلك، على الرغم من هذه القيود المتنوعة التي تفرضها المحاكم الدستورية ذاتياً على نفسها، فإنه توجد مؤشرات عديدة على تدخل واضح من جانب المحاكم الدستورية في الوظائف التشريعية، مجاوزة بذلك إطار المساعدة أو المعاونة للمشرع، على نحو يؤدي، في بعض الحالات، إلى توسيع نطاق التشريعات الخاضعة للتفسير إلى ما وراء معناها الحرفي، وتعديل نية أو غرض المشرع الأصلي، اللذين يعتبران القيدان الرئيسيين على هذه القرارات التفسيرية^(٢). ولذلك، يمكن القول إن "القرارات التفسيرية" التي تتبناها المحاكم الدستورية تنطوي، في بعض الحالات، على قرارات خفية ذات مضمون قاعدي **hidden decisions of clear normative content**^(٣)، بما يعني أن المحاكم الدستورية أضحت تقوم بدور

(1) See Decision of February 2, 2006. STC 0030-2005. See in Fernan Altuve Febres, Peruvian National Report II, pp. 27-28.

(2) Francisco. Fernandez Segado, Spanish Report, op. cit., p. 20.

(3) Francisco Javier Diaz Revorio, Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, op. cit., p. 97.

المشرع الإيجابي، بل وتذهب حتى إلى درجة تغيير إرادة المشرع. وقد حدث ذلك، على سبيل المثال، في كل من ألمانيا وأسبانيا^(١).

ففي أسبانيا، يشير الأستاذ Francisco Fernandez Segado إلى القرارات أو الممارسات التفسيرية للمحكمة الدستورية الأسبانية، ويعتبر أن هذه القرارات تشكل "استخداماً مسيئاً ومنحرفاً" لسلطة التفسير. من ذلك، على سبيل المثال، قرار المحكمة رقم (STC101/2008) الصادر في ٢٤ يوليو ٢٠٠٨^(٢)، الذي فصلت فيه المحكمة الدستورية في دعوى عدم دستورية إحدى مواد تنظيم مجلس الشيوخ Regulation of the Senate المعدل في ٢٠٠٧ بعد تعديل القانون العضوي للمحكمة الدستورية the Organic Law 6/2007 of the Tribunal. ففي هذا القانون الأخير، تم تبني إجراء جديد بشأن تعيين أعضاء المحكمة الدستورية من جانب الملك (الفقرة الأولى من المادة ١٦)، ووفقاً لهذا الإجراء، فإن "القضاة المقترحين من جانب مجلس الشيوخ يُختارون من بين المرشحين من جانب المجالس التشريعية للجماعات المستقلة وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون المنظم لمجلس الشيوخ. وقد كان هذا النص ملزماً، بمعنى أن مجلس الشيوخ لا يتمتع، في هذه

(1) See for example, Helmut Simon, "La Jurisdiccion Constitucional," in Benda et al., Manual de Derecho Constitucional, Instituto Vasco de Administracion Publica, Marcial Pons, Madrid 1996, pp. 853-854.

(2) See Francisco Fernandez Segado, "Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas formulas estereotipadas vinculadas a ellas," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 167.

الحالة، بسلطة تقديرية في اختيار المرشحين الأربعة. الواجب عليها اختيارهم من خارج الأسماء التي رشحتها الجماعات المستقلة. ومع ذلك، كان هناك استثناء واحد فقط منصوصاً عليه في القانون المنظم لمجلس الشيوخ (المادة 184b) تسمح للمجلس باختيار المرشح عندما لا تقوم هذه المجالس التشريعية باقتراح عدد كاف من المرشحين في المدة المحددة، وقد يكون من المستحيل تحقق هذا الشرط بالنظر إلى حقيقة وجود سبعة عشر مجلساً تشريعياً في أسبانيا، بمقدور كل منها أن يرشح مرشحين (أي عدد إجمالي يصل إلى ٣٤ مرشحاً)^(١).

وفي نهاية الأمر، قررت المحكمة الدستورية، في سياق رفضها لدعوى عدم الدستورية، ومن خلال قرار تفسيري- رغم وضوح إرادة المشرع- أن تعبير "مرشحين كافيين"، لا يشير فقط إلى مسألة عددية، ولكنه يشير أيضاً إلى مسألة ذاتية فيما يتعلق بمدى ملاءمة المرشحين (idoneidad) of the candidates "the suitability" وفقاً لتقييم مجلس الشيوخ. ومن الواضح أن من شأن هذا التفسير السماح للمجموعات البرلمانية لمجلس الشيوخ أن تقترح مرشحين بطريقة تناقض نص الفقرة الأولى من المادة (٢٦) من القانون العضوي للمحكمة الدستورية. ومعنى ذلك، أن المحكمة الدستورية الأسبانية قد قامت في هذه القضية، من خلال قرار تفسيري، بتبني قاعدة جديدة تخالف النص القانوني *new norm contra legem*^(٢).

- (1) That is why Francisco Fernandez Segado considers it a case of "science fiction," in Francisco Fernandez Segado, Spanish Report, p. 35.
- (2) See the comments in Francisco Fernandez Segado, La Justicia Constitucional: una vision de derecho comparado, Ed. Dykingson, Madrid 2009, Tomo III, pp.1031 ff; F. Fernandez Segado, Spanish Report, op. cit., p. 35-38.

وثمة قضية من هذا النوع- الذي يوضح إمكان انحراف الرقابة القضائية عن مسارها الصحيح- يمكن العثور عليها في فنزويلا. ففي هذه الدولة، تعد المحكمة العليا، وفقاً للمادتين (٣٣٥)، (٣٣٦) من الدستور، المفسر الأعلى والأخير للدستور، وذلك بالنظر إلى دورها في ضمان "وحدة تفسير وتطبيق" الدستور "وعلو وفعالية المبادئ والقواعد الدستورية". ولبوغ هذه الغاية، أنشأ دستور ١٩٩٩ الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا كجهة قضاء دستوري (الفقرة الأولى من المادة ٦٦، والمادة ٢٦٢) مع تمتع هذه الدائرة بسلطات حصرية في مجال إلغاء التشريعات لعدم دستورتيتها (المادة ٣٣٤). ولتحقيق هذه الطريقة المركزية للرقابة القضائية، نص الدستور على وسائل متعددة للجوء إلى (المحاكم)، بما في ذلك الدعوى الشعبية لعدم دستورية التشريع *popular action for unconstitutionality of statutes*، بحيث يستطيع أي مواطن أن يرفع الدعوى مباشرة أمام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا.

وبالإضافة إلى ذلك، قررت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، في قرارها رقم (١٠٧٧) الصادر في ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٠^(١) - دون أي سند دستوري أو قانوني- إمكانية اللجوء إلى التفسير المجرد للدستور *a recourse for abstract interpretation of the Constitution*. ومن المعلوم أن هذا الأسلوب يجيز لأي مواطن، بما في ذلك الموظفون العموميون والمحامي العام، تقديم طلب إلى المحكمة العليا لكي تصدر حكماً تفريراً يوضح مضمون النصوص القانونية أو الدستورية. وفي مثل هذه الحالات، يكون بمقدور الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا أن تتبنى تفسيرات

(1) Decision No. 1,077 of September 22, 2000, Servio Tulio León Briceño Case, in *Revista de Derecho Público*, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ff.

ملزمة للدستور، وكذلك للنصوص القانونية المرتبطة بتفسير الدستور. وفي المقابل؛ ليس بإمكان الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا أن تتبنى، بطريقة مستقلة، تفسيرات ملزمة للنصوص التشريعية، دون أن يكون ذلك مرتبطاً بتفسير أحد النصوص الدستورية. ويترتب على ذلك، أن طلب التفسير المقصور على أحد النصوص التشريعية يجب أن يُقدم إلى الدائرة الإدارية السياسية بالمحكمة العليا، أو أي من الدوائر الأخرى، ولكن لا يجوز أن يُقدم إلى الدائرة الدستورية. ومعنى ذلك، أن هذه الدائرة الأخيرة لا يجوز لها أن تصدر تفسيرات لأحد التشريعات دون تفسير للدستور. وقد تعتمد هذه الدائرة في بعض الأحيان، بطريقة غير مشروعة، استخدام تفسير الدستور كستار تتخفى وراءه لتفسير التشريع.

وقد حدث هذا الفرض الأخير في فنزويلا. وبيان ذلك، أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا فصلت، في القرار رقم (١٥٤١) الصادر في ١٤ يونيو ٢٠٠٨^(١)، في طلب التفسير المادة (٢٥٨) من الدستور المقدم من المحامي العام للجمهورية، بيد أن الدائرة الدستورية بدلاً من تفسير هذه المادة، التي لم تكن تحتاج إلى أي تفسير على الإطلاق، قررت أن تفسر المادة (٢٢) من قانون حماية وتعزيز الاستثمار الصادر في عام ١٩٩٩ *Protection and Promotion of the Investment Law*. ومن اللافت للنظر أن تفسير المحكمة لهذه المادة جاء متوافقاً مع التفسير الذي اقترحه المحامي العام، أي إنكار أن هذه المادة تتضمن مبدأ عاماً لموافقة الدولة الفنزويلية، على إحالة منازعات الاستثمار إلى التحكيم الدولي. أما المادة (٢٥٨) من الدستور،

(1) Decision 1541 of June 14, 2008, in Official Gazette No. 39055 of October 17, 2008.

التي طلب تفسيرها، فلم تكن تتطلب، في الحقيقة، أي تفسير على الإطلاق. ومن المعلوم أن هذه المادة تنص على أن "القانون يعزز التحكيم والتوفيق والوساطة وأي وسيلة أخرى من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات". ولما كان لا يوجد شيء غامض أو مُلتبس في هذه المادة، فإنه يكون من الواضح أن الغرض الحقيقي لطلب التفسير الدستوري المقدم من ممثل السلطة التنفيذية، ليس الحصول على تفسير موضح لمعنى المادة (٢٥٨) من الدستور، ولكن بالأحرى الحصول على تفسير للمادة (٢٢) من قانون الاستثمار، بل يمكن القول أيضاً إن هذا الطلب كان مقدماً للحصول على تفسير "معين" هو أن هذه المادة لا تتضمن الموافقة المسبقة الانفرادية من جانب الدولة على التحكيم الدولي.

وبصفة خاصة، طلب المحامي العام Attorney General of the Republic من الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا حكماً تقريرياً "بأن المادة (٢٢) من "قانون الاستثمار" لا يجوز تفسيرها على أنها تعني موافقة الدولة على الخضوع للتحكيم الدولي، وأن هذه المادة لا تتضمن عرضاً منفرداً باللجوء إلى التحكيم. وبعبارة أخرى، لا تغني هذه المادة عن الإعلان الصريح عن الإرادة كتابة من جانب السلطات الفنزويلية بالخضوع للتحكيم الدولي، كأن يكون هذا الإعلان قد تم، من خلال اتفاق ثنائي يتضمن، صراحة، مثل هذا النص"^(١).

ومن الواضح أن الأمر يتعلق هنا- كما أشار إلى ذلك أحد أعضاء المحكمة في رأيه الرفض للحكم- بطلب تفسير يستهدف الحصول من المحكمة العليا على "رأي قانوني" من خلال أسلوب الرقابة القضائية السابقة *a priori judicial review*،

(1) Id.

وهو أسلوب غير مأخوذ به في النظام القانوني الفنزويلي، وأن إعطاء مثل هذا الرأي يشكل "ممارسة لوظيفة تشريعية" من جانب الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا^(١).

وفي قضية أخرى فصلت فيها ذات الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية- القرار رقم (٥١١) الصادر في ٥ أبريل ٢٠٠٤^(٢) - حددت هذه الدائرة، بحكم منصبها *ex officio* ودون أن يكون ذلك متعلقًا بالقضية المطروحة عليها، القواعد الإجرائية الواجب تطبيقها على الإجراءات أمام الدوائر الأخرى للمحكمة العليا للعدل، عندما تقرر هذه الدوائر أن تتولى أو تتلقى قضايا من المحاكم الأدنى درجة للفصل فيها. ففي هذه القضية، لم تقم الدائرة الدستورية بتفسير أي نص دستوري، لأن هذا الإجراء الاستثنائي المتعلق بالقضايا المحالة من المحاكم الأدنى درجة *avocamiento* ليس نظامًا دستوريًا، ولكنه منظم فقط في القانون العضوي (الأساسي) للمحكمة العليا. ومن الواضح أن المحكمة العليا، باغتصابها للوظائف التشريعية في هذه القضية، قد تصرفت كمشرع مباشر وإيجابي بحكم منصبها *direct and ex officio positive legislator*، لأنها أنشأت قواعد للإجراءات دون تفسير للدستور.

ومع ذلك، يمكن القول إن الانحراف الأكثر وضوحًا للرقابة القضائية عن مسارها الصحيح من جانب المحاكم الدستورية في مواجهة المشرع والتشريع الساري

(1) Id.

(2) See decision No. 511 of April 5, 2004, Maira Rincón Lugo Case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/511-050404-04-0418..%20.htm>. See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, pp. 18-19.

يقع عندما تقوم هذه المحاكم، صراحة، بتعديل بعض النصوص التشريعية، أى بممارسة وظيفة المشرع الإيجابي. ومن المسلم به في القانون الدستوري أن التشريعات هي نتاج عمل المشرع. ومن ثم، فالتشريعات لا يمكن تعديلها إلا من جانب المشرع. وخلاف ذلك يشكل عملاً مخالفاً للدستور، سواء صدر هذا التعديل من جانب السلطة التنفيذية أو من جانب أي سلطة أخرى في الدولة خلاف المشرع.

وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى واحد من أكثر قرارات الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية إثارة للدهشة، حيث تضمن هذا القرار - الذي صدر في عام ٢٠٠٧ - تعديلاً لأحد التشريعات. ففي هذا القرار، قامت المحكمة بحكم منصبها *ex officio*، وبطريقة غير مباشرة *obiter dictum*، بتعديل أحد النصوص الدستورية. وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن المحكمة، في قرارها رقم (٣٠١) الصادر في ٢٧ فبراير ٢٠٠٧^(١)، بعد أن رفضت إحدى الدعاوى الشعبية بعدم الدستورية المرفوعة في عام ٢٠٠١ ضد المواد (٦٧)، (٦٨)، (٦٩)، (٧٢)، (٧٤)، (٧٩) من قانون الضرائب على الدخل لعام ١٩٩٩^(٢)، بسبب عدم وجود مصلحة للمدعين في الدعوى، استمرت المحكمة في نظر الدعوى - بدلاً من إرسال ملفها إلى الأرشيف العام للمحكمة لتنتهي، بعد قرارها بعدم قبول الدعوى ودون أي مرافعات بشأن المسألة - من تلقاء نفسها وبحكم منصبها *ex officio* - بتعديل مادة أخرى تماماً من القانون المذكور

(1) See Adriana Vigilanza y Carlos A. Vecchio Case, Exp. No. 01-2862. See in Gaceta Oficial No. 38.635 of March 1, 2007 and in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/301-270207-01-2862.htm>. See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, pp. 22-23.

(2) See Decree Law no 307, Gaceta Oficial no 5.390 Extra. of October 22, 1999.

(المادة ٣١)، وذلك رغم أن هذه المادة لم يكن قد أشير إليها، مطلقاً، من جانب المدعين.

وقد أثار القرار السابق اعتراضات شديدة من جانب الرأي العام والجمعية الوطنية. بل إن الجمعية الوطنية قد تبنت، بالإجماع، قراراً يرفض رفضاً مطلقاً **categorically rejected** قرار الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، ويعتبره غير دستوري ومناقضاً للحقوق الأساسية الجماعية والاجتماعية والأخلاقيات الاجتماعية، ومن ثم اعتبار قرار الدائرة الدستورية "غير ذي أثر قانوني" **without any legal effects**. ولذلك، طالبت الجمعية الوطنية بعدم إطاعة هذا القرار، وحثت الشعب الفنزويلي، وبصفة خاصة دافعي الضرائب، وكذلك مصلحة الضرائب الوطنية **the National Tax Service (Seniat)** الاستمرار في عملية تلقي الإقرارات الضريبية تماماً كما هي محددة في القانون^(١). وقد وصف نائب رئيس الجمعية الوطنية الفنزويلية قرار الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الذي عدلت فيه أحد مواد قانون الضريبة على الدخل بأنه يشكل "اغتصاباً للسلطات التشريعية" **usurped legislative powers**^(٢). ويذهب أغلب الكتاب إلى أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية قد قامت فعلاً باغتصاب سلطات المشرع عندما قامت- في قضية رفضت فيها الدعوى لانعدام مصلحة رافعها من تلقاء نفسها وبحكم منصبها وبطريقة غير مباشرة- بتعديل أحد نصوص قانون الضريبة على الدخل^(٣).

(1) See in Gaceta Oficial No. 38.651 March 26, 2007.

(2) Resolution of 22 de marzo de 2007. See in El Universal, Caracas March 23, 2007, p. 1-1; El Nacional, Caracas, March 23,2007, p. 4.

(3) Allan R. Brewer-Carias, "El juez constitucional en Venezuela como =

ويوجد العديد من القرارات الأخرى المعدلة للنصوص التشريعية، قامت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية إصدارها في العقد الأخير. من ذلك، على سبيل المثال، القرارات التي أصدرتها الدائرة الدستورية في بعض المسائل المتعلقة بالمدد الإجرائية المطبقة على إجراءات المحاكمات المدنية، حيث قامت الدائرة الدستورية بإلغاء جزئي لأحد نصوص قانون الإجراءات المدنية *the Civil Procedural Law*، وتبنت صياغة جديدة لهذه المادة تحدد طريقة مختلفة لحساب المدد الإجرائية^(١). وبالمثل، قامت الدائرة الدستورية، أيضاً، بتعديل المدد الإجرائية المطبقة على المحاكمات الجنائية، من خلال تعديل تقنين الإجراءات الجنائية *the Criminal Procedure Code*، على نحو من شأنه تحديد طريقة جديدة لحساب المدد الإجرائية، ولكن دون تعديل للنصوص القانونية في هذه الحالة^(٢). وفيما يتعلق بالأجازات القضائية المحددة في تقنين الإجراءات المدنية، قامت الدائرة الدستورية

=

legislador positivo de oficio en materia tributaria”, in *Revista de Derecho Público*, No. 109, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2007, pp. 193-212.

- (1) See Decision No 80 of February 1, 2001, Case Article 197 of the Civil Procedural Code. See in *Revista de Derecho Público*, no 85-89, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2001, pp. 90 ff. And in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/80-010201-00-1435%20.htm>
- (2) See Decision No. 2560 of August 5, 2005, Article 172 of the Organic Civil Criminal Code case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/2560-050805-03-1309.htm>. See Daniela Urosa Maggi, *Venezuelan National Report*, op. cit., pp. 21-22.

بالغاء جزئي للنص الذي يلغي إحدى الإجازتين المحددتين في التقنين، بما يعني اغتصاب السلطة التقديرية المخولة للجمعية الوطنية في المجال التشريعي^(١).

وفي بعض القضايا الأخرى، أيضاً فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية قامت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، لدى فصلها في دعوى إلغاء ضد بعض نصوص قانون الأراضي الريفية *the Rural Land Law* التي تقرر أن إخطار ذوي الشأن للمشاركة في المحاكمات ذات الصلة يتم من خلال نشر الإخطار في الصحف، بتعديل هذه النصوص على نحو يوجب أن يتم الإخطار، بالإضافة إلى النشر في الصحف، بتسليمه إلى ذوي الشأن شخصياً^(٢).

وفي بعض القضايا الأخرى، قامت الدائرة الدستورية، بالمحكمة العليا الفنزويلية، أيضاً، بتعديل قانون دعاوي إنفاذ الحقوق الدستورية *the Amparo Law*، على نحو يتضمن تحديد إجراء جديد يطبق على هذه الدعاوى. وكذلك أيضاً تعديل القانون الأساسي أو العضوي المنظم للمحكمة العليا على نحو يتضمن تحديد طائفة من القواعد الإجرائية الواجب تطبيقها على إجراءات الرقابة القضائية. ومن شأن هذه القواعد الإجرائية الجديدة منح المحكمة دوراً أكثر إيجابية كمشرع إيجابي.

(1) See Decision No. 1264 of June 11, 2002, Article 201 of the Civil Procedure Code case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1264-110602-00-1281.htm>. See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, op. cit., pp. 24-25.

(2) Decision No. 2855 of November 20, 2002, Articles 40 and 42 of the Rural Land Law case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2855-201102-02-0311..htm> See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, op. cit., p. 21.

ويلاحظ أن أول قرارين أصدرتهما الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية بعد إنشائها في عام ٢٠٠٠، تضمناً قيام المحكمة، بحكم منصبها *ex officio* بتعديل المادتين (٧)، (٨) من القانون العضوي بشأن دعوى إنفاذ الحقوق الدستورية *Amparo*، على نحو يعيد توزيع اختصاصات المحاكم، بما في ذلك اختصاصات الدائرة الدستورية ذاتها بشأن دعوى *Amparo*^(١)، أي الفصل في دعوى أو شكوى حماية الحقوق الأساسية.

ويلاحظ أن مثل هذه الاختصاصات أضحت خاضعة منذ ذلك الحين لقرار الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، وليس لما هو منصوص عليه في القانون العضوي. وثمة حالة أخرى شهيرة يعكسها القرار رقم (٢) الصادر في ١ فبراير ٢٠٠٠^(٢). حيث قامت الدائرة الدستورية في هذه القضية- بمناسبة الفصل في إحدى قضايا إنفاذ الحقوق الدستورية *Amparo*، بصورة غير مباشرة وبحكم منصبها *in an obiter dictum and ex officio*، من خلال تفسير المادتين (٢٧)، (٤٩) من الدستور

(1) See decisions No.1, Emery Mata Millán Case, in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/01-200100-00-002.htm> ; and No 2, of January 20, 2000, Domingo Ramírez Monja Case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/02-200100-00-001.htm> . See in Revista de Derecho Público, No. 84, Editorial Juridica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 225 ff. and 235 ff. See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, op. cit., p. 12.

(2) Case: José A. Mejía y otros, in Revista de Derecho Público, No. 81, Editorial Juridica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 349 ff. See also in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/07-010200-00-0010.htm> . See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, op. cit., pp. 4-5.

اللتين تكرسان المحاكمة الشفوية في إجراءات دعاوي إنفاذ الحقوق الدستورية Amparo التي تستهدف حماية الحقوق الأساسية، والتي تمثل القواعد الأساسية للمحاكمة العادلة- بتعديل قانون دعاوي إنفاذ الحقوق الدستورية Amparo لعام ١٩٨٨ على نحو يتسق مع الدستور الجديد الصادر عام ١٩٨٨. والحقيقة أن هذا التعديل يمثل إصلاحاً كاملاً للقانون من خلال ما تضمنه من قواعد إجرائية جديدة تماماً. وقد أضحت هذه القواعد الجديدة هي المطبقة في الواقع، وليست تلك المنصوص عليها في قانون دعاوي إنفاذ الحقوق الدستورية Amparo. ومع ذلك، فقد بقيت القواعد المنصوص عليها في القانون نافذة نظرياً دون أن يطالها تعديل أو إلغاء without being annulled or repealed^(١). وليس ثمة شك في أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا قد تجاوزت، في هذه القضية، حدود وظائفها، وذلك من خلال تعديلها أو إصلاحها للقانون^(٢). ونتيجة لذلك، أضحت القانون المطبق في فنزويلا، في مجال إجراءات دعاوي إنفاذ الحقوق الدستورية Amparo وتوزيع الاختصاص القضائي بين المحاكم المختلفة، هو القرار رقم (٧) الصادر في عام ٢٠٠٠ من الدائرة

(1) Daniela Urosa Maggi, Venezuelan National Report, op. cit., p. 5.

(2) See the general comment on this decision, in Allan R. Brewer-Carias, "El juez constitucional como legislador positivo y la inconstitucional reforma de la Ley Organica de Amparo mediante sentencias interpretativas," in Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2008, Tomo V, pp. 63-80.

الدستورية بالمحكمة العليا والذي تضمن تعديلاً لقانون دعاوي إنفاذ الحقوق الدستورية Amparo الصادر في عام ١٩٨٨^(١).

وثمة قرار آخر للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا يتضمن تعديلاً أو إصلاحاً للتشريعات يتعلق بالقواعد الإجرائية لدعاوي الرقابة القضائية على دستورية التشريعات. وتجدر الإشارة إلى أن القانون العضوي للمحكمة العليا للعدل قد تمت مجازاته بواسطة الجمعية الوطنية في عام ٢٠٠٤. وقد تضمن هذا القانون تضييقاً للمسائل الإجرائية المتعلقة بالدعاوي التي ترفع أمام المحكمة العليا لإلغاء التشريعات لعدم دستورتيتها (21,9 ff). وقد قامت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، في قرارها رقم ١٦٤٥ الصادر في ١٩ أغسطس ٢٠٠٤ - أي بعد أشهر قليلة من نشر القانون العضوي، ودون إعلان عدم دستورية أي من النصوص القانونية، وفي إطار ممارستها لاختصاصاتها القضائية القاعدية "التشريعية" normative jurisdiction بتعديل القانون الجديد وتبني إجراءات قضائية جديدة تماماً.

(1) Humberto Enrique Tercero Bello Tabares, "El procedimiento de Amparo Constitucional, segun la sentencia No 7 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 01 de febrero de 2000. Caso José Amando Mejía Betancourt y José Sánchez Villavicencio, in Revista de derecho del Tribunal Supremo de Justicia, No 8, Caracas, 2003, pp. 139 a 176; Maria Elena Toro Dupuy, "El procedimiento de amparo en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Anos 2000-2002)", in Revista de Derecho Constitucional, No 6, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 241 a 256.

الفصل الخامس

تدخل المحاكم الدستورية في اختصاص المشرع في

حالات الإغفال التشريعي

يمكن القول إن امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي يتحقق في حالتين: الأولى تتمثل في تخلى البرلمان، سواء أكان ذلك قصداً أو سهواً، عن تنظيم بعض المسائل بصورة كاملة إلى الحد الذي يفقد النصوص الدستورية فاعليتها، فنكون في هذه الحالة، أمام فراغ تشريعي مطلق أو امتناع كلي للبرلمان. الثانية: أن يتدخل لتنظيم بعض المسائل بصورة منقوصة في أحد مقوماتها أو في بعض جوانبها، بما يخل بالحماية الواجبة لها وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها، فيترتب على ذلك فراغ تشريعي لا يتسق مع التزام البرلمان بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور، وهو ما يُطلق عليه الفراغ التشريعي الجزئي أو الامتناع الجزئي للبرلمان.

وما من ريب في أن إخضاع امتناع المشرع لرقابة القضاء يعد منهجاً قضائياً متطوراً، إذ مؤداه إخضاع المشرع- كسلطة عامة- لمبدأ سيادة القانون، وهذا كسب بالغ الأهمية للأفراد، لأنه يعني حماية حقوقهم من التحكم والعسف، كما يعد أيضاً بمثابة وضع حد لمخالفة من شأن استمرارها الإضرار بالمصلحة العامة للمجتمع ككل. ذلك، أن التأكيد النظري لا يكفي وحده لضمان حماية الدستور، ضد الاعتداءات المحتملة من الجهة التي تصنع القوانين، وهي البرلمان، ومن ثم إذا امتنع المشرع عن التدخل لتنظيم لمسألة معينة- إنفاذاً لحكم الدستور- أو تدخل بشكل غير متكامل الجوانب

إذ أغفل، مثلاً، جانباً من الضمانات الدستورية لهذا الحق، فإن ذلك يعنى تقليص الحماية الدستورية لهذا الحق، مما يشكل مخالفة للدستور الأمر الذى يعرض هذا المسلك التشريعى للقضاء بعدم دستوريته.

وقد تقدم القول إن أحد أهم الاتجاهات المعاصرة بشأن تحول الرقابة القضائية للمشرع، لاسيما في ظل أنظمة الرقابة القضائية المركزية، يتمثل في تطور إمكانية ممارسة المحاكم الدستورية لسلطتها في رقابة دستورية التشريعات وتفسيرها وفقاً للدستور، دون أن تكون هذه المحاكم مضطرة لإلغاء النصوص غير الدستورية. وتمارس المحاكم الدستورية ذات النوع من الرقابة فيما يتعلق بدستورية مسلك المشرع، ليس فقط فيما يتعلق بالتشريعات التي تم إصدارها بصورة سيئة *statutes* *duly enacted*، ولكن أيضاً فيما يتعلق بغياب مثل هذه التشريعات، أو جوانب الامتناع أو الإغفال التشريعي في هذه التشريعات، وذلك عندما يخفق المشرع في الامتثال للواجب الدستوري الملقى على عاتقه بالتشريع في مسائل معينة، أو عندما يتبنى المشرع بعض التشريعات غير الكاملة أو التمييزية^(١). ويبدو الملمح الأكثر أهمية

(١) تجدر الإشارة إلى أن مصطلح "الإغفال التشريعي" من المصطلحات حديثة الظهور سواء على المستوى المحلي أو المقارن. وهو مصطلح لم يتم الاتفاق بعد على تحديد معنى دقيق أو محدد له رغم مواجهة المحكمة الدستورية العليا المصرية لنوع محدد من الإغفال التشريعي (الإغفال التشريعي الجزئي) منذ زمن ليس بالقصير. ومع ذلك، بمقدورنا القول إن المضمون الدقيق لحالة الامتناع التشريعي يتحقق في حالة تناول المشرع أحد الموضوعات التي عهد إليه الدستور بتنظيمها إلا أنه امتنع- سواء أكان ذلك عن عمد أو إهمال- عن تنظيمها أو اتخذ من تنظيمها ذريعة للانتقاص منها أو التقييد من أثارها، على نحو يؤدي إلى المساس أو الإخلال بالضمانة الدستورية للموضوع محل التنظيم. وبعبارة أخرى، الإغفال التشريعي هو اتخاذ المشرع موقفاً سلبياً من اختصاصه الدستوري بعدم ممارسته كلياً أو جزئياً في حالات معينة أو لأسباب معينة أو كما عبر عنه الفقه الفرنسي بالإغفال التشريعي الذي يتصل معناه بالحالة التي يكون فيها تنظيم القانون لا كما ينبغي أن يكون وفقاً للقواعد و المعايير العامة للقانون والذي يتمثل في ثغرات تخل في تكامل

في كل هذه الحالات من قرارات الرقابة القضائية هو صدور هذه القرارات بصورة منفصلة عن الحاجة لإلغاء التشريعات القائمة، ويكون مستحيلاً، في مثل هذه الحالات، اعتبار المحاكم الدستورية من قبيل "المشرع السلبي". بل على النقيض من ذلك، يمكن القول، إن المحاكم الدستورية تتصرف في مثل هذه الحالات باعتبارها "مشرعاً إيجابياً

النظام القانوني وآلياته وبالمعنى الواسع كما قصد به الفقيه الأسباني Juan Luis Requejo "عدم وجود قاعدة محددة لفضية يعينها تحتاج إلى تنظيم، نتيجة لغياب متطلبات تنفيذ العمل الإيجابي المفروض من قبل سلطة وضع الدستور على المشرع بما ينجم عنه إغفال غير دستوري". ويذهب الأستاذ Michel Melchior إلى وصفه "بالعيب الجوهري الناجم عن عدم احترام المشرع لمبدأ الشرعية الدستورية، بسبب عدم التقيد في الحكم المنصوص عليه في الوثيقة الدستورية". ويذهب الأستاذ Denise Teixeira De Oliveir إلى أن الإغفال التشريعي يُقصد به "وجود فجوة في القانون تمنع الممارسة السليمة للحق المكفول دستورياً". لمزيد من التفصيل حول مصطلح الإغفال التشريعي، انظر: حيدر محمد حسن عبد الله، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٤، السنة السابعة، ٢٠١٥، ص ٥٩٣، هذا البحث متاح على الموقع التالي: http://repository.uobabylon.edu.iq/journal_view.aspx?dpp=3089؛ د. عبد العزيز سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، بحث منشور في المجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد ١٥، السنة السابعة، هذا المقال متاح على الموقع التالي: <http://www.startimes.com>؛ د. هالة محمد طريح، حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٥٠؛ عبد الرحمن عزوي، لرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد ١٠، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٧٧.

- Les Problèmes de L'omission Législative dans la Jurisprudence Constitutionnelle /Questionnaire/pour le XIVE Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes/ p1; Juan Luis Requejo : The Problems of Legislative Omission in, Constitutional Jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain , XIV Conference of Constitutional Courts of Europe,Vilnius - May 2008 .p4 - 6 .

صريحاً "positive legislators" open، يملك، في العديد من الحالات، مكنة إعلان عدم دستورية بعض النصوص التشريعية، ولكن دون إلغاء هذه النصوص. وبطريقة ما، يمكن اعتبار ذلك مشابهاً لما يحدث في أنظمة الرقابة القضائية غير المركزية، عندما لا تملك المحاكم، على الإطلاق، سلطة إلغاء التشريعات.

ويمكن، بصفة عامة، التمييز بين نوعين من أنواع الامتناع أو الإغفال التشريعي: الإغفال التشريعي المطلق أو الكلي absolute omissions والإغفال التشريعي النسبي أو الجزئي relative omissions⁽¹⁾. أما الإغفال التشريعي المطلق فيعني غياب أي نص تشريعي absence of any legislative provision بغرض تطبيق الدستور أو تنفيذ نص دستوري. ومن الواضح وجود موقف مناقض للدستور في مثل هذه الحالات. أما الإغفال التشريعي النسبي أو الجزئي فيوجد في الحالات التي يصدر فيها تشريع، ولكنه - جزئياً - غير كامل أو معيب من وجهة النظر الدستورية. وفي هذا السياق، يشير الأستاذ Luis Fernandez Revorio إلى أن الإغفال التشريعي المطلق أو الكلي يتعلق بحالات "صمت المشرع" "silences of the Legislator"

(1) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp, 33, 114 ff. According to Thomas Bustamante, "While a complete omission takes place when the legislator does not produce any law although there is a genuine constitutional obligation of regulating some constitutional issue, a partial omission occurs when the legislative authority regulates a situation in an unconstitutional way because it does not cover situations that should have been included in the statute." See Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, Brazil National Report, op. cit., p. 11.

مما يخلق مواقف مناقضة للدستور، أما الإغفال التشريعي النسبي فيتعلق بحالات "صمت التشريعات" *silences of the statutes* التي تؤدي أيضاً إلى ذات الموقف المخالف للدستور^(١). وقد خضع كلا النوعين من الإغفال التشريعي للرقابة القضائية من جانب المحاكم الدستورية في العديد من الدول المعاصرة، وإن لم يكن، بطبيعة الحال، بطريقة واحدة.

وهكذا، سنحاول فيما يلي إلقاء الضوء على دور المحاكم الدستورية في ملء الفراغ التشريعي الناشئ عن الإغفال التشريعي الكلي (المبحث الأول)، ثم نتبع ذلك ببيان دور المحاكم الدستورية في ملء الفراغ التشريعي الناشئ عن الإغفال التشريعي الجزئي (المبحث الثاني).

(1) Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 171.

المبحث الأول

دور المحاكم الدستورية في ملء الفراغ التشريعي الناشئ

عن الأفعال التشريعي الكلى

إذا كان الأصل في سلطة المشرع أنها سلطة تقديرية يتمثل جوهرها في المفاضلة بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم الحلول المختلفة^(١) لاختيار ما يقدر أنها الأنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم^(٢)، فإن هذا يعني أن تقدير مدى ملاءمة التشريع وضرورته ومدى الحاجة لإصداره، يدخل في اختصاص السلطة التشريعية بوصفه عنصراً من عناصر التشريع التي يمتنع على المحاكم التدخل فيها إلا أن ذلك لا يعني إطلاق يد المشرع في عملية التشريع، لأن السلطة التقديرية الممنوحة له ليست حرية مطلقة، ولكنها حرية في إطار الأغراض التي يتوخاها الدستور، وإلا تحولت إلى نوع من التحكم الذي يخضع للرقابة. ومن ثم، إذا خرج البرلمان عن الحدود الدستورية، في مجال

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٩ لسنة ١٦ ق، جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥، قاعدة رقم ١٠/٧ ص ١١٤، من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان ديوي للقانون والتنمية، بدون سنة نشر، ص ١٣٨٣-١٣٨٤.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم / ١٥٢ / لسنة ٢٢، جلسة ١٩/٤/٢٠٠١، الجريدة الرسمية العدد ١٦ في ١٩/٤/٢٠٠١، ص ٥٨١؛ د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٥.

تنظيمه لموضوع معين، بأن امتنع عن تنظيمه أو اتخذ من تنظيمه ذريعة للانتقاص منه أو التقييد من أثاره، فإن هذا العمل الصادر منه إنما يكون معيباً بالمخالفة المباشرة لأحكام الدستور، وذلك لأن امتناع المشرع أو تقييده لمضمون الموضوع الذي يحميه الدستور- من خلال سلطته في تنظيمه- هو في حقيقة الأمر اعتداء على ذات الدستور، وإهدار لحكم من أحكامه^(١).

وفيما يتعلق بإمكانية الرقابة القضائية على حالات "الإغفال التشريعي الكلي" أو "الامتناع التشريعي الكلي" أو "السكوت عن التنظيم"، سنحاول فيما يلي إلقاء الضوء على موقف النظم القانونية المختلفة من معالجة هذه الظاهرة (المطلب الأول)، ثم نتناول السياسات القضائية المتنوعة للمحاكم الدستورية لمعالجة هذه الظاهرة (المطلب الثاني).

(١) حيدر محمد حسن الوزان الأسدي، الاتجاه الدستوري المتطور في المعالجة القضائية للامتناع التشريعي، بحث مقدم إلى المؤتمر الوطني بين كلية القانون جامعة الكوفة و كلية القانون الجامعة العراقية، متاح على الموقع التالي:

http://www.google.com.eg/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0ahUKEwj_y HcotvRAhXLPRQKHYZiBGwQFggTMAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.law.uokufa.edu.iq%2Fstaff%2Fhydermhass%2Ffile%2F4h4.docx&usg=AFQjCNEv2cjkXINp4fnuth9s6IzWF_LYSw&sig2=C1ZS2XCfIMQtklB0_IQUw

المطلب الأول

موقف النظم القانونية المختلفة من معالجة

ظاهرة الإغفال التشريعي الكلي

أولاً: معالجة ظاهرة الإغفال التشريعي الكلي في القانون الدستوري المقارن

تقدم القول إن السكوت عن تنظيم مسألة ما أو عدم التدخل بالتشريع في موضوع معين هو ما يسميه الفقه "بالإغفال أو الامتناع التشريعي الكلي". ويخضع هذا الامتناع التشريعي، في بعض النظم القانونية، لرقابة القاضي الدستوري بمعالجات مختلفة. ذلك، أنه المعلوم أن المشرع الدستوري يضع على عاتق المشرع العادي طائفة من الالتزامات القانونية التي يجب عليه الوفاء بها. من ذلك، على سبيل المثال، أن النصوص الدستورية تُرسي الأصول العامة والأسس الجوهرية للموضوعات التي تتناولها بالتنظيم، تاركة تنظيم التفاصيل والجزئيات للبرلمان^(١). ويرجع ذلك، إلى أن الدستور يقتصر، عادة، على إيراد توجيهات عامة دون أن يُغرق في التفاصيل. ولعل هذا ما يفسر أن أحكام الدستور ليست، في أغلبها، محلاً للتطبيق الفوري أو التنفيذ الذاتي، ولكنها تحتاج إلى تشريعات تصدر من المشرع العادي لإمكان وضعها موضع

(١) د. عيد أحمد الحسين، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة ال البيت، المفرق، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الثامن والأربعون، أكتوبر، ٢٠١١، ص ١٧٤، متاح على الموقع التالي:

<http://sljournal.uaeu.ac.ae/issues/48/images/3-%20Eiad%20%20Alwaidia%20.pdf>

التنفيذ. ومن ثم، فإن امتناع المشرع عن إصدار هذه التشريعات يعنى أنه قد أخل بالالتزامات التي أسندها له الدستور، أو لم يحم بالوفاء بها بصورة كاملة^(١). وما من ريب أن مثل هذا التقصير يخرج النصوص الدستورية عن أهدافها ووظائفها، كما وينحرف بها عن إشباع مصالح عامة لها اعتبارها، وبذلك يكون تحقق المخالفة الدستورية، ليس فقط عندما يباشر المشرع وظيفته التشريعية، وإنما أيضاً عندما يمتنع عن ممارسة هذه الوظيفة بصورة كلية أو جزئية. ولذلك، يذهب أغلب الفقه إلى القول بإمكانية، بل وبضرورة رقابة القاضي الدستوري لحالات امتناع المشرع عن التدخل لتنظيم مسألة معينة يفرض عليه الدستور التدخل تنظيمها، وذلك التزاماً بسمو النص الدستوري على باقي أشكال القوانين.

وبناءً على ما سبق، يذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن رقابة الامتناع التشريعي يمكن أن تكون وسيلة فعالة في يد المحاكم الدستورية لحماية الحقوق والحريات التي يكرسها الدستور، من خلال وضع النصوص الدستورية التي تنظمها موضع التنفيذ، وضمان استمرار كفاءتها في النظام القانوني، حيث ترتب هذه النصوص على البرلمان التزاماً مزدوجاً: إيجابي وسلبي في ذات الوقت؛ فالبرلمان يجب عليه التدخل عن طريق ما يصدره من تشريعات لوضع المبادئ الدستورية المنظمة لهذه الحقوق موضع التنفيذ، وهذا هو مضمون التزامه الإيجابي، وإذا تدخل بالفعل لتنظيمها واضعاً آليات معينة لإشباعها، فإنه سوف يفقد حرته تماماً بشأنها، فلن يستطيع أن يصدر من التشريعات ما ينال منها أو يحرم الأفراد من التمتع بها، ولكنه يمكنه أن

(١) د. عبد الحفيظ على الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ١٠٤ - ١٠٥.

يتدخل تشريعياً ليزيد من ضمانات ممارستها، وهذا هو محتوى الالتزام السلبي، ومن هنا فإن حماية الحقوق وضمان تمتع الأفراد بها تمر حتماً من خلال رقابة الامتناع التشريعي^(١).

بيد أنه إذا كانت رقابة الامتناع التشريعي قد اعتمدت، غالباً، في وجودها على جهود الفقه وتفسير القضاء الدستوري لدوره في الرقابة على دستورية القوانين، فإن بعض الدساتير المعاصرة قد أقرتها، صراحة، بأن جعلت من امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصاته التشريعية، وجهاً من أوجه عدم الدستورية، قاطعة بذلك الطريق أمام أية اختلافات في وجهات النظر حول قيام القاضي الدستوري بهذا النوع من الرقابة، وبذلك منحت المحاكم الدستورية حق الرقابة على امتناع المشرع عن إصدار تشريع معين. ويلاحظ اختلاف المقاربات الدستورية في مسألة الرقابة على الامتناع التشريعي، حيث تبنت بعض الدساتير، صراحة، الرقابة على الامتناع التشريعي، بينما اعترف القاضي الدستوري لنفسه، في دول أخرى، باختصاصه في رقابة الامتناع التشريعي رغم غياب النص الصريح عليها. ومن ثم، يمكن تحديد الأساس القانوني لرقابة المحاكم الدستورية على الامتناع التشريعي في اتجاهين^(٢):

(١) حيدر محمد حسن عبد الله، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، مرجع سابق، ص ٥٦٩، هذا البحث متاح على الموقع التالي:

http://repository.uobabylon.edu.iq/journal_view.aspx?dpp=3089

(٢) د. عبد العزيز سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، هذا المقال متاح على الموقع التالي: <http://www.startimes.com>

- الاتجاه الأول: دساتير تنص صراحة على رقابة دستورية على الامتناع التشريعي الكلي:

يتجلى هذا الاتجاه في إقرار الدستور، صراحة، باختصاص المحكمة الدستورية في الرقابة على امتناع المشرع عن اتخاذ الإجراءات التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التنفيذ. ويمكن أن نطلق على هذه المقاربة أو هذا المنهج الإقرار الصريح باعتبار حالة الامتناع التشريعي وجهًا من أوجه عدم الدستورية. وتوجد أمثلة لهذه المقاربة الدستورية المتفردة في الدستور البرتغالي لسنة ١٩٧٦ المعدل الذي عبر عن هذه الظاهرة بالامتناع التشريعي، ودستور دولة البرازيل لسنة ١٩٨٨ المعدل الذي وصفها بحالة غياب الإجراءات التشريعية التي تقلل من فعالية النص الدستوري، ودستور جنوب أفريقيا لسنة ١٩٩٦ الذي اصطلح عليه بإخلال البرلمان بالالتزام دستوري.

ورغم تبني الوثائق الدستورية السابقة للمقاربة الدستورية ذاتها، إلا أنها اختلفت في تحديد مضمون المعالجة لحالة الامتناع التشريعي ومعيار تحققها وحدودها. إذ اختار لها الدستور البرتغالي معالجة جزئية مقصورة على حالة الامتناع مع وجود التزام دستوري صريح لتدخل المشرع، وفي حدود الأعمال الصادرة من البرلمان، فضلاً عن أن أثرها يتحدد في مجرد الكشف عن وجود امتناع تشريعي، وإخطار أو إبلاغ السلطة التشريعية بوجوده، بمعنى أنها تجعل من قرارات المحكمة الدستورية حبيسة أدراج السلطة التشريعية، إن شاءت قامت بتنفيذها وإن شاءت لا تلقي لها بالاً.

وفى المقابل، لم تتضمن دساتير دول أخرى أى إشارة صريحة إلى حالة الامتناع التشريعي وحق المحكمة المختصة بالرقابة على دستوريته، إذ يقتصر دورها

على تنظيم المبادئ العامة والقواعد الأساسية لها، تاركة التفاصيل المتعلقة بتحديد مضمون وصورها، إلى القوانين المكملة للدستور لتتولى معالجتها وتنظيمها، وقد اصطلحنا على هذا المنهج (بالإقرار الضمني باعتبار حالة الامتناع وجهاً من أوجه عدم الدستورية). وقد مثلت نصوص دستور دولة المجر لسنة ١٩٨٩ هذا الاتجاه، إذ خلت صراحة من النص على حالة الامتناع التشريعي مكثفيه في الفقرة الأولى من المادة (٣٢) بالنص على اختصاص المحكمة الدستورية المجرية بالرقابة على دستورية القوانين وما في حكمها من القواعد القانونية الأخرى، بينما وسع القانون الذي أحال إليه دستور دولة المجر من معنى ونطاق حالة الامتناع التشريعي، حينما منح المحكمة الدستورية الحق في التصدي لأي إخلال دستوري يقع من أي عضو تشريعي، مثلما لم يقصر إجراء هذه الرقابة على حالة وجود التزام دستوري بتدخل المشرع بالتشريع، وإنما حتى في غياب هذا الالتزام الصريح.

الاتجاه الثاني: دساتير لم تُشر إلى حالة الامتناع التشريعي الكلي والرقابة الدستورية عليه

قصد واضعوا الدساتير في بعض الدول، إرساء فلسفة تؤسس للمشرع دوراً أكبر تجاه القواعد الدستورية، حيث يقع على عاتقه تطوير وتنمية هذه النصوص، لاسيما وأنها وضعت لتحكم وتنظم أوضاعاً قانونية وسياسية لفترة طويلة من الزمن، كما وأنه يملك مساحة كبيرة من الحرية في هذا الجانب، من هنا لم تقرر دساتيرها صراحة الرقابة على حالة الامتناع التشريعي، مكتفياً قضاؤها بالإعلان عن عدم اختصاصه بالنظر به في فترة معينه، أو رد الامتناع إلى أنه بمثابة إخلال المشرع بالالتزام قانوني في فترة أخرى، وقد تحقق هذا الاتجاه في الدستور المصر الحالي (دستور ٢٠١٤). وقريب من هذا الاتجاه كان دستور جمهورية العراق (٢٠٠٥)، حيث جاءت نصوص هذه الوثائق الدستورية، وكذلك القواعد التي تضمنها قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) سنة ٢٠٠٥، وقانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ خالية من نص ينظم هذه الحالة والجزاء المترتب اليها.

وبقراءة مضامين الاتجاهين ال سارت عليهما الدول محل البحث، نلاحظ أن أساليبها في معالجة حالة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي، قد اختلفت تبعاً لاختلاف رؤى وفلسفة واضعي الدستور في نظرتهم إلى الدور المنوط بالمشرع العادي من جهة، ومدى امتثاله إلى التوجيهات التي ينص عليها الدستور، بوصفها الجهة التي يمكنه فهمها وترجمتها إلى قواعد قانونية تتجسد في صورة قوانين من جهة أخرى.

ووفقاً لما سبق، يمكن تصنيف الأساليب الدستورية المتبناة في القانون الدستوري المقارن لمعالجة حالة الامتناع التشريعي الى ثلاثة^(١):

١- دول قدمت معالجة كاملة لحالة امتناع المشرع، بشكل يوازن بين وظيفة المشرع ودور القاضي كحام للدستور.

٢- دول قدمت معالجة جزئية، حينما اكتفت بلفت نظر المشرع الى وجود حالة يمثل استمرارها انتهاكاً للدستور.

٣- دول تبنت أسلوباً أكثر سلبية عندما سكت نظامها القانوني عن تنظيم مضمون هذه الحالة والأثر المترتب عليها، وإن كان ذلك لم يمنع قضاءها، في بعض أحكامه، من الاعتراف بها باعتبارها من المبادئ المسلم بها في موضوع الرقابة على دستورية القوانين.

ثانياً: موقف المحكمة الدستورية العليا من معالجة ظاهرة الإغفال التشريعي الكلي

تقدم القول أن "السكوت عن التنظيم" أو ما قد يُسمى "بالامتناع الكلي" أو "بالإغفال الكلي" ليس محلاً لرقابة الدستورية من جانب القضاء في الكثير من النظم القانونية، ومنها النظام القانوني المصري. وحتى بالنسبة لتلك النظم التي تراقبه، فإنها لا تراقبه رقابة جادة، حيث لا تصل هذه الرقابة في مداها إلى ما هو أكثر من مجرد المناشدة أو الدعوة إلى ملء الفراغ التشريعي، وذلك باستثناء القلة النادرة التي

(١) حيدر محمد حسن عبد الله، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، مرجع سابق، ص ٥٦٩، هذا البحث متاح على الموقع التالي:

يُعتبر فيها القاضي الدستوري شريكاً للسلطة التشريعية في مباشرة اختصاصها كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الدستورية بجنوب أفريقيا^(١).

ومن ثم، إذا كان الدستور لم يوجب على المشرع التدخل لتنظيم موضوع معين، فإن التنظيم يكون محض رخصة من حق المشرع أن يستخدمها أو لا يستخدمها وأن يتخير الوقت المناسب لذلك. وهذه مسألة سياسية وليست قانونية ولا يُسأل عنها المشرع أمام القاضي الدستوري، وإنما يُسأل عنها سياسياً في ضوء توجهات الرأي العام الذي يستطيع ممارسة الضغط عليه عندما يرى حاجة المجتمع إلى تشريع ما. أن الرقابة على الإغفال التشريعي وجدت لدفع المشرع لعدم تخليه عن اختصاصه الأساسي المتمثل في سن القوانين كونها الأداة المباشرة لتفعيل دور الدستور وجعله منتجاً على أرض الواقع، وتجنب الفراغ القانوني الذي قد يؤدي إلى الفوضى داخل المجتمع لعدم وجود قوانين تتماشى مع حاجات الناس، بالإضافة إلى مخالفة قواعد توزيع الاختصاص الدستوري بين السلطات المحددة في نصوص الدستور ذات الصبغة الآمرة، مما يؤدي بالسلطة التنفيذية إلى سن ما أغفله المشرع بحكم تسييرها للشأن العام واحتكاكها اليومي بالمسائل المستجدة. وهنا تظهر أهمية دور القضاء الدستوري الذي يحاول التوفيق بين السلطة التقديرية للمشرع والحفاظ على سمو الدستور من خلال الرقابة على الإغفال التشريعي الذي يعد أحد أوجه مخالفة المشرع لاختصاصه الدستوري، وذلك بالانحراف عن ممارسة صلاحياته^(٢).

(1) Tom Ginsburg & Zachary Elkins, "Ancillary Powers of Constitutional Courts," 87 Texas Law Review 1431 (2008).

(٢) د. عادل عامر، ظاهرة الإغفال التشريعي، مقال متاح على الموقع التالي:

<https://almesryoon.com/%D8%AF%D9%81%D8%AA%D8%B1-%D8>

=

والأصل أن التدخل بالتشريع أو عدم التدخل يعد من أهم خصائص السلطة التقديرية للمشرع ما لم يطلب منه الدستور هذا التدخل. ومن ثم، فإن السكوت عن التنظيم لمسألة ما لا تعد من قبيل الإغفال التشريعي وليست مدعاة لرقابة المشرع في هذه الجزئية إذ لا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا السلطة التقديرية للمشرع في التدخل لتنظيم موضوع معين ما لم يدعه المشرع الدستوري إلى التدخل لتنظيم حق من الحقوق، حيث يصبح التدخل في هذه الحالة واجباً على المشرع :

"إن تنظيم الحقوق منوط بالمشرع، وكان استعماله لسلطته في هذا الشأن رخصة يباشرها، كلما اقتضاها الصالح العام، وفي الوقت الذي يراه مناسباً؛ إلا أن تدخله يغدو عزيمة إذا مادعاه الدستور إلى تنظيم حق من الحقوق، كما هو الحال بالنسبة لحق التقاضي، فإن أدى مسلكه إلى الإخلال بهذا الحق، كان ذلك مخالفاً للدستور"^(١).

[%A3%D8%AD%D9%88%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%84%D9%88%D8%B7%D9%86/53-%D9%88%D8%AC%D9%87%D8%A9-%D9%86%D8%B8%D8%B1/843240-D8%B8%D8%A7%D9%87%D8%B1%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%BA%D9%81%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9%D9%8A?tmpl=component&print=1&layout=default&page =](#)

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٩٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية"، جلسة ٢٠٠٠/٥/٦.

المطلب الثاني

السياسات القضائية للمحاكم الدستورية لمعالجة ظاهرة

الإغفال التشريعي الكلي

يُلاحظ أن المحاكم الدستورية تستخدم وسيلتين قضائيتين لمعالجة ظاهرة الإغفال التشريعي الكلي: الأولى لدى الفصل في دعوى مباشرة مقامة ضد عدم دستورية حالة الإغفال التشريعي التي وقع فيها المشرع (الفرع الأول)، والثانية لدى الفصل في دعوى معينة أو شكوى، لحماية الحقوق الأساسية، مقامة في مواجهة إغفال تشريعي منع، في دعوى معينة، من إنفاذ مثل هذه الحقوق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الدعوى المباشرة في مواجهة حالات الإغفال التشريعي الكلي

يمكن القول إن جذور "الدعوى المباشرة" *direct action* التي تستهدف الرقابة القضائية على مدى دستورية حالات الإغفال التشريعي الكلي أو المطلق *Absolute Legislative Omissions* ترجع إلى دستور ١٩٧٤ في يوغسلافيا السابقة. حيث كان هذا الدستور يخول محكمة الضمانات الدستورية *Constitutional Guaranties Tribunal* سلطة الفصل في حالات نقص أو عدم التطوير التشريعي للنصوص الدستورية على نحو يحول دون التنفيذ الكامل للدستور (المادة ٣٧٧)^(١).

(1) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp, 244-246.

وبعد مرور عامين من تبني الدستور اليوغسلافي السابق الإشارة إليه^(١)، وتأثراً بنظام الدعوى المباشرة التي كرسها هذا الدستور، أدرج أسلوب الدعوى المباشرة ضد حالات الإغفال التشريعي المطلق في دستور البرتغال الصادر عام ١٩٧٦، حيث خول هذا الدستور مجلس الثورة **the Council of the Revolution** - باعتباره هيئة سياسية مساعدة لرئيس الجمهورية- السلطات الضرورية لبحث حالات فشل المشرع في الامتثال للدستور من خلال سن التشريعات الضرورية لتنفيذ نصوص الدستور الجديد (المادة ٢٧٩ من الدستور)^(٢)، وبصفة خاصة في ضوء تغيير التشريع السابق على الثورة وتبني النصوص التشريعية اللازمة للحظر الدستوري للمنظمات ذات الأيدلوجية الفاشية **organizations with fascist ideology**^(٣). وحتى عام ١٩٨٢ - وهو العام الذي تم فيه التنقيح الأول للدستور الذي كرس الرقابة الدستورية لحالات الإغفال التشريعي، كانت رقابة حالات الإغفال

-
- (1) Jorge Campinos, "Brevisimas notas sobre a fiscalizacao da constitucionalidade des leis em Portugal," in Giorgio Lombardi (Coord.), *Constituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985; and *La Constitution portugaise de 1976 et sa garantie*, UNAM, Congreso sobre La Constitucion y su Defensa, (mimeo), Mexico, Agosto 1982, p. 42.
- (2) Jorge Miranda, "L'inconstitutionality par omission dans le droit portugais", in *Revue europeene de droit public*, Vol 4, No. 1, 1992, pp. 39 ff.; Jose Julio Fernandez Rodriguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid 1998, pp, 249 ff.
- (3) Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 200, pp. 257-260.

التشريعي المطلق قد مُرست مرتين من جانب مجلس الثورة، باعتبار ذلك وسيلة للرقابة السياسية *a political mean of control*^(١).

وفي عام ١٩٧٧، أوصى المجلس، في قراره (Parecer 8/1977)، الصادر في ٣ مارس ١٩٧٧، البرلمان *the Assembly of the Republic* بأن يتبنى إجراءات تشريعية من أجل إنفاذ الفقرة (٤) من المادة (٤٦) من دستور ١٩٧٦ فيما يتعلق بالمنظمات ذات الأيدلوجية الفاشية. وقد اشترط المجلس لممارسة مثل هذه الرقابة ما يلي:

- **أولاً:** ألا تكون القاعدة الدستورية قابلة للتنفيذ بذاتها *a self executing*، لأنه إذا كانت القاعدة الدستورية قابلة للتنفيذ بذاتها لن تكون هناك أي حاجة لتدخل إضافي من جانب المشرع.

- **ثانياً:** أن تكون السلطة المختصة بتبني الإجراءات التشريعية قد انتهكت التزاماتها بإصدار نصوص تشريعية إلى درجة تعوق احترام الدستور من جانب هؤلاء المخاطبين بالتنظيم الدستوري^(٢).

(1) M. Gonzalo, "Portugal; El Consejo de la Revolucion, su Comision Constitucional y los Tribunales ordinarios como organos de control de la constitucionalidad", in Boletín de jurisprudencia constitucional, Cortes Generales, 8, Madrid 1981, pp. 630, 640.

(2) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 265-266.

وفي قضية أخرى- قضية (Parecer 11/1977)- أوصى مجلس الثورة، في ١٤ ابريل ١٩٧٨، السلطات التشريعية المختصة بأن تتبنى إجراءات تشريعية من أجل ضمان تطبيق المادة (٥٣) من الدستور على العاملين المحليين domestic servants، وذلك بهدف منح هؤلاء العاملين الحق في الراحة واستعادة الحيوية the right to rest and recreation، من خلال تقييد مدة العمل اليومي، وتحديد فترة الاستراحة الأسبوعية، وكذلك الإجازات الدورية المدفوعة. وفي هذه القضية الثانية، تمثلت المساهمة الأبرز للقرار في التفسير الموسع الذي قامت به اللجنة الدستورية the Constitutional Commission فيما يتعلق باقتراح طلب رقابة الإغفال التشريعي^(١).

واستناداً إلى هذه الخبرات السابقة في مجال الرقابة القضائية، أنشأ دستور ١٩٨٢ المحكمة الدستورية، ومنحها سلطة ممارسة رقابة قضائية على حالات الإغفال التشريعي judicial review of legislative omissions فيما يتعلق بإصدار النصوص الضرورية، وذلك من أجل جعل المتطلبات الدستورية قابلة للإنفاذ (المادة ٢٨٣). وقد مُنح الحق في الدعوى standing to sue، في مثل هذه الحالات، لرئيس الجمهورية أو للأبوابدسمان على المستوى الوطني، ولرؤساء الجمعيات (البرلمانات) الإقليمية في حالة انتهاك حقوق المناطق المستقلة. وتجدر الإشارة إلى أن قرارات المحكمة الدستورية في مثل هذه الحالات هي فقط ذات طبيعة تفريرية وليس لها آثار ملزمة declarative character and with non binding effects. ومن ثم،

(1) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 265-266.

فإن المحكمة ليس بمقدورها أن تحل نفسها محل المشرع عن طريق تبني أو إرساء القواعد المفتقدة، ولا أن تلزم المشرع بتبني هذه القواعد خلال مدة محددة أو بمضمون محدد^(١). ومعنى ذلك أن القرارات القضائية بشأن حالات الإغفال التشريعي لا تستهدف سوى إبلاغ أو إعلام السلطة التشريعية المختصة بنتائج معنية توصلت إليها المحكمة.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية البرتغالية لم تصدر سوى سبعة قرارات مهمة من خلال استخدام أسلوب الرقابة القضائية لرقابة حالات الإغفال التشريعي^(٢). وكان القرار الأول للمحكمة- القرار رقم ١٨٢/١٩٨٩ الصادر في ١ فبراير ١٩٨٩- يتعلق بعدم احترام أو الامتثال للفقرة (٤) من المادة (٣٥) من الدستور بشأن استخدام أجهزة الكمبيوتر وحظر اطلاع الغير على الملفات التي تتضمن بيانات شخصية، وذلك بسبب عدم وجود إجراء تشريعي يحدد مفهوم "البيانات الشخصية" personal data^(٣). وثمة حالة أخرى تتعلق بالقرار رقم (٢٠٠٢/٤٧٤) بشأن عدم احترام المادة (59,1-e) من الدستور نتيجة عدم وجود الإجراءات التشريعية المتطلبة

-
- (1) "cannot substitute itself for the legislator by creating the missing rules nor can it urge them to act by indicating the timing for or the content of such action"., See Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, Portuguese National Report, op. cit, pp. 10-11.
- (2) Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, Portuguese National Report, op. cit., p. 10.
- (3) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 268-269; Joaquim de Sousa Riberiro and Esperança Mealha, Portuguese National Report, op. cit., p. 10.

لتحديد المزايا الاجتماعية لموظفي الإدارة العامة الذين يجدون أنفسهم، رغمًا عنهم، في حالة بطالة^(١). وفي كلتا الحالتين، على الرغم من أن المشرع ليس ملزمًا، دستوريًا، باتخاذ أي إجراء تشريعي، فإن نتيجة قرار المحكمة هي تدخل المشرع لمعالجة الإغفال التشريعي (القانون ٩١/١٠ والقانون ٢٠٠٨/١١)^(٢).

وعلى غرار الخبرة الدستورية البرتغالية، أخذت بعض الدول الأخرى بأسلوب الدعوى المباشرة للرقابة القضائية على حالات الإغفال التشريعي غير الدستوري الكلي أو المطلق، لاسيما في أمريكا اللاتينية، مثل دول: البرازيل، والإكوادور، وفنزويلا.

وفي هذا السياق، يُشار إلى أن أول دولة تتبنى المقاربة البرتغالية السابقة، في هذا الخصوص كانت البرازيل. حيث أدرج أسلوب الرقابة القضائية على حالات الإغفال التشريعي المطلق من خلال دعوى مباشرة في دستور عام ١٩٨٨ (المواد: 102, I, a; (103)). ووفقًا لهذا التنظيم الدستوري، مُنحت المحكمة العليا الفيدرالية the Federal Supreme Tribunal سلطة الفصل في الدعاوى التي تُقام في مواجهة عدم دستورية حالات الإغفال التشريعي التي من شأنها عرقلة إنفاذ النصوص الدستورية. وفي ظل هذا التنظيم الدستوري، لا يجوز أن تُرفع الدعوى إلا من جانب عدد محدود من مسؤولي وسلطات الدولة المختلفة، وتتمثل هذه الجهات في: رئيس الجمهورية، ومكتب مجلس الشيوخ الفيدرالي، ومكتب مجلس النواب، ومكتب الجمعية التشريعية للدولة.

(1) Joaquim de Sousa Ribeiro and Esperança Mealha, Portuguese National Report, op. cit., p. 10.

(2) Ibid., pp. 10-11.

وتجدر الإشارة إلى أن حكم المحكمة، الذي يعلن عدم دستورية الإغفال التشريعي من أجل إنفاذ أحد نصوص الدستور، يتضمن إعلان عدم دستورية هذا الإغفال التشريعي دون إعلان إلغاء أي قانون، وكذلك دون إصدار أمر مباشر للكونجرس. وكل ما يلزم في هذا السياق هو فقط إخطار أو إبلاغ السلطة المختصة بقرار المحكمة من أجل تبني الإجراءات اللازمة. وفي هذا السياق، قضت المحكمة الفيدرالية العليا في قضية كانت تستهدف إثبات أن الحد الأدنى للأجر غير دستوري، لأنه لا يمكن أن يلبي المتطلبات الأساسية للشخص - بأنه:

"ليس بمقدورها أن تفعل أكثر من مجرد إخطار السلطة التشريعية المختصة التي كان يجب عليها تبني إجراء تشريعي، وذلك بهدف جعل هذه السلطة التشريعية على وعي كامل بعدم الدستورية، لكي تقوم بتنظيم الموضوع الذي تتطلبه الدستور تنظيمه، دون تدخل من القضاء"^(١).

وتبعاً لذلك، فإن القرارات الصادرة في مثل هذه القضايا تكون كاشفة أو تقريرية declarative وليس لها آثار ملزمة للكافة erga omnes and binding effects^(٢).

(1) "the Supreme Court can do no more than notify the competent legislative body which should have enacted a normative act, in order to make this body of the Republic aware of the unconstitutionality and to enable it to regulate the matter required by the Constitution, without the interference of the Judiciary.", See STF, ADI 1439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 30-5-2003, in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, Brazil National Report, op. cit., p. 12.

(2) Marcia Rodrigues Machado, "Inconstitucionalidade por omissao," in Revista da Procuradoria Greal de São Paulo, No. 30, 1988, pp. 41 ff.; See Hector Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, Las sentencias

ومن ناحية أخرى، حددت المحكمة العليا الفيدرالية موعداً نهائياً يجب ملء الفراغ التشريعي خلاله، وإلا اعتبر النص الدستوري قابلاً للنفذ الذاتي في حالة عدم تدخل السلطة التشريعية المختصة لملء هذا الفراغ قبل انقضاء هذا الموعد المحدد **self applicability of the constitutional rule in the event the deadline expired** ^(١). من ذلك، على سبيل المثال، الدعوى المرفوعة من الهيئة التشريعية الإقليمية في ولاية Mato Grosso في مواجهة عدم دستورية الفراغ التشريعي، من جانب السلطة التشريعية الوطنية في صياغة القانون الفيدرالي التكميلي المشار إليه في الفقرة (٤) من المادة (١٨) من الدستور المتعلقة بإنشاء ودمج وتقسيم الوحدات المحلية، حيث حددت المحكمة للسلطة التشريعية الوطنية موعداً غايته ثمانية عشر شهراً لاتخاذ كل الخطوات التشريعية الضرورية للامتثال للنص الدستوري المذكور ^(٢).

وثمة مثال آخر، لدولة من دول أمريكا اللاتينية، هي فنزويلا التي تبنت نظاماً للرقابة القضائية على حالات الإغفال التشريعي المطلق، وذلك من خلال تحويل الدائرة

=

de los Tribunales Constitucionales, Ed. Porrúa, Mexcio, pp. 38- 39; See in Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 285; Marcelo Figueredo, Brazilian National Report II, op. cit., p 3.

(1) Marcelo Figueredo, Brazilian National Report II, op. cit., p 4.

(2) See ADI 3682/MT, May 9, 2007, in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, Brazil National Report, op. cit., p. 12, and Marcelo Figueredo, Brazilian National Report II, p 7.

الدستورية بالمحكمة العليا للعدل سلطة لمباشرة هذه الرقابة بموجب الفقرة (٧) من المادة (٣٣٦) من الدستور:

"إعلان عدم دستورية حالات الإغفال التشريعي، سواء على مستوى الوحدات المحلية أو الولايات أو المستوى الوطني، عندما تفشل هذه السلطات في إصدار القواعد أو الإجراءات التي تكفل إنفاذ الدستور، أو عندما تقوم هذه السلطات بإصدار تلك القواعد والإجراءات بصورة غير مكتملة، وللمحكمة وضع النصوص وتحديد المعايير اللازمة لتصحيح هذه الحالات من الإغفال التشريعي".

ومن الواضح أن هذا النص يعطي سلطة قضائية موسعة للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا *the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal*، باعتبارها جهة القضاء الدستوري المختصة، لرقابة حالات "الصمت التشريعي وسوء أداء السلطة التشريعية لوظيفتها" *legislative silence and legislative abnormal functioning*⁽¹⁾. ويلاحظ أن هذا التنظيم التشريعي يتجاوز الاتجاهات السابقة السائدة في كل من البرتغال والبرازيل. ويبدو تميز النموذج السائد في فنزويلا فيما يلي:

- **أولاً:** عدم قصر الحق في رفع الدعوى على الموظفين الرسميين من شاغلي الوظائف العليا، بل اعتبار هذه الدعوى من الدعاوي الشعبية *an actio popularis*.

(1) See: decision of the Political-Administrative Chamber N° 1819 of Aug. 8, 2000,, case: Rene Molina vs. Comisión Legislativa Nacional.

- **ثانياً:** منح المحكمة سلطات صريحة لتحديد شروط، وإذا اقتضى الأمر، المعايير الإرشادية اللازمة لتصحيح حالات الإغفال التشريعي.

وفي بعض القضايا، كان مطلوباً من الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا أن تفصل في حالات الإغفال التشريعي من جانب الكونجرس الوطني في مجازاة التشريعات التي كان الكونجرس الوطني ملزماً بتبنيها خلال مدة محددة في دستور ١٩٩٩. من ذلك، على سبيل المثال، القانون العضوي بشأن السلطة المحلية *the Organic Law on Municipal Power* الذي كان واجباً تبنيه خلال مدة عامين من الموافقة على الدستور. وعلى الرغم من أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا قد أصدرت قراراتين في هذا الخصوص^(١)، إلا أن الجمعية الوطنية *the National Assembly* قد فشلت، في الحقيقة، في تبني هذا التشريع حتى عام ٢٠٠٥^(٢). وفي مثل هذه الحالات، كما هو الموقف العام فيما يتعلق بالرقابة الدستورية على حالات الإغفال التشريعي، لا يمكن اعتبار أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا قد أصبحت مشروعاً إيجابياً، وذلك لأنها أحجمت عن إحلال نفسها محل المشرع في اتخاذ القرارات الواجبة على المشرع، أي أنها لم تتصدى للتشريع بنفسها. ومع ذلك، يجب ملاحظة أن الدائرة الدستورية

(1) See decisions of the Constitutional Chamber No. 1347 of May 27, 2003 and; No. 3118 of October 6, 2003 in *Revista de Derecho Público*, No. 93-96, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2003, pp. 108 ff and 527 ff; and No. 1043 of May 31, 2004 in *Revista de Derecho Público*, No. 97-98, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2004, pp. 270 ff and 409 ff.

(2) The Organic Law was published in Official Gazette No.38327 of December 2, 2005. See the reference in Allan R. Brewer-Carias et al, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Juridica Venezolana, Caracas 2005, p.17.

بالمحكمة العليا تتمتع دائماً، وفقاً للدستور، لدى إعلانها عدم دستورية إحدى حالات الإغفال التشريعي، بسلطة وضع ضوابط التشريع الواجب تبنيه، وإذا اقتضى الأمر ذلك، تحديد المعايير المرشدة لتصحيح حالات الإغفال التشريعي. ولهذا السبب، قامت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، في بعض القضايا الأخرى، بإصدار تشريع مؤقت لملء الفراغ التشريعي القائم، كما هو الحال بالنسبة للمسائل الضريبية المرتبطة بتوزيع الاختصاصات بين المستوى المحلي والمستوى الوطني من مستويات الحكومة. وقد حدث مثل ذلك، لدى الفصل في نزاع بين القانون الوطني بشأن الطابع الضريبية *the national Law on Tax Stamps* و *Caracas Ordinance on Tax Stamps of the Metropolitan District* الصادر في أبريل ٢٠٠٣^(١) - الواجب تطبيقه، بصراحة، على الموضوع إلى حين إصدار التشريع الوطني الذي يحقق التناغم أو التناسق بين الاختصاصات الضريبية [الفقرة ٤ من المادة (١٦٤) من الدستور].

وتجدر الإشارة إلى أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الفنزويلية لا يُطلب منها فقط أن تفصل في حالات الإغفال التشريعي المطلق من جانب الجمعية الوطنية عندما يقع على عاتق الجمعية الوطنية التزام دستوري بإصدارها، ولكن أيضاً بالنسبة للأعمال غير القاعدية أو غير التشريعية *non normative acts* التي تلتزم الجمعية

(1) Decision No 978 of April 30, 2003, Banco Bolívar Case. See in <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/978-300403-01-1535%20.htm> See Daniela Urosa Maggi, Venezuelan Nacional Report, op. cit., pp. 17-18.

دستورياً بتبنيها. وقد كان هذا هو الحال، على سبيل المثال، فيما يتعلق بتعيين أعضاء المجلس الانتخابي الوطني *the National Electoral Council*. ومن المعلوم أن الجمعية الوطنية يجب أن تقوم بهذه المهمة من خلال موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب بعد إجراءات معقدة يشترك فيها المجتمع المدني والمواطنون^(١). وفي عام ٢٠٠٤، فشلت الجمعية الوطنية، تقريباً بعد استيفاء كل الخطوات الإجرائية المتطلبة، في تعيين أعضاء المجلس الانتخابي الوطني، وذلك بسبب عدم تمتع الحزب الرسمي بالأصوات الضرورية لتعيين مرشحهم (٣/٢) دون الوصول إلى صفقة أو تسوية مع أحزاب المعارضة. وفي مواجهة فشل الجمعية الوطنية في القيام بهذه المهمة، تقدم أحد المواطنين بطلب إلى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا طالباً منها أن تسلط رقابتها على عدم دستورية هذا الفشل، ومن ثم قيام الدائرة الدستورية بإصدار قرار يلزم الجمعية الوطنية بالنهوض بدورها الدستوري في هذا الخصوص، وهو الدور الذي لا تستطيع جهة أخرى في الدولة أن تنهض به. ولكن بدلاً من حصول هذا المواطن على القرار المطلوب، قامت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بنفسها- مدعومة في ذلك من جانب القضاة الذين يخضعون للسلطة التنفيذية- بتعيين أعضاء المجلس الانتخابي الوطني. ومن الواضح أن هذا المسلك من جانب الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا يشكل مخالفة صريحة للمتطلبات والشروط المنصوص عليها في الدستور. ويمكن القول إن قرار الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا يشكل في هذه القضية اغتصاباً

(1) Allan R. Brewer-Carias, "La participacion ciudadana en la designacion de los titulares de los organos no electos de los Poderes Publicos en Venezuela y sus vicisitudes politicas," in *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Ano 5, No 5-2005, San Jose, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

للسلطات الحصرية للجمعية الوطنية. ومعنى ذلك، أن الدائرة الدستورية قد تصرفت في هذه القضية باعتبارها "مشرعاً إيجابياً" **Positive Legislator**. ويشكل هذا المسلك المنطوق على مخالفة للدستور اغتصاباً للسلطات التنفيذية للجمعية الوطنية، بما يسمح بسيطرة كاملة من جانب السلطة التنفيذية على الفرع الانتخابي للحكومة^(١). وفي بعض الدول الأخرى، مثل كوستاريكا، يخول القانون الخاص بالقضاء الدستوري الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا سلطات الفصل في الدعاوي المقامة "في مواجهة عدم دستورية حالات الإغفال التشريعي وامتناع السلطات العامة عن النهوض بمهامها **against the inertia, the omissions and the abstentions of public authorities**"^(٢).

وحديثاً جداً، نص دستور الإكوادور (٢٠٠٨)، صراحة، على أسلوب الدعوى **the direct action for judicial review of legislative omissions** على حالات الإغفال التشريعي. ومن ثم، تنص الفقرة (١٠) من

(1) See decisions No 2073 of Aug. 4, 2003 (Caso: Hermán Escarrá Malaver y otros) and No 2341 of August 25, 2003 (Caso: Hermán Escarrá M. y otros) in Allan R. Brewer-Carias, in "El secuestro del Poder Electoral y la confiscacion del derecho a la participacion politica mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004," in Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Juridicas, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, No 112. Mexico, enero-abril 2005 pp. 11-73.

(2) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 300-302.

المادة (٤٣٦) على منح المحكمة الدستورية سلطة إعلان عدم الدستورية *declare the unconstitutionality* عندما تكون مؤسسات الدولة أو السلطات العامة مسؤولة، بسبب الإغفال التشريعي، عن عدم الإنفاذ الكلي أو الجزئي للتفويضات المتضمنة في نصوص الدستور خلال المدد المحددة في الدستور أو خلال المدة التي تعتبرها المحكمة الدستورية معقولة". ويخول ذات النص المحكمة الدستورية، بصورة مؤقتة، سلطة "إصدار النص الذي أحجمت السلطات المختصة عن إصداره" أو "تنفيذ العمل الممتنع عن القيام به وفقاً للقانون" *to "issue the omitted provision"* *or to execute the omitted act according to the law* وذلك في حالة انقضاء المدة المحددة لإصدار النص أو للقيام بالعمل دون إصداره أو القيام به. ويعكس هذا التنظيم الدستوري حالة بالغة التفرد في القانون الدستوري المقارن، حيث يخول الدستور- وإن بصورة مؤقتة- سلطة دستورية للمحكمة الدستورية تمكنها من ممارسات الوظيفة التشريعية بدلاً من المشرع.

وفي المجر تنص المادة (٤٩) من التعديل الدستوري (١٩٨٩) على أن المحكمة الدستورية- سواء بحكم منصبها أو بناءً على التماس يُقدم إليها من أي شخص- أن تفصل في عدم دستورية حالات الإغفال التشريعي، وذلك عندما تفشل السلطة التشريعية في النهوض بمهامها التشريعية. وللمحكمة في هذه الحالة أن تطلب من السلطة التشريعية المختصة أن تضرب أجلاً محدداً تقوم خلاله بتنفيذ مهامها التشريعية. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية المجرية قد فسرت هذا الاختصاص المخول لها تفسيراً موسعاً. ومن ثم، قامت المحكمة بممارسة هذا الاختصاص، ليس فقط في حالات الفشل غير الدستورية في تنفيذ الالتزامات التشريعية النابعة من سلطات قانونية معينة، ولكن أيضاً عندما يفشل المشرع في تبني التشريع الضروري لتكريس حق

أساسي أشار إليه الدستور^(١). وفي هذا السياق، يذكر الأستاذة Lorant Csink ، Jozef Petretei ، Peter Tilk أن المحكمة الدستورية المجرية تقضي، حال مباشرتها لهذا الاختصاص، ليس فقط بعدم دستورية الإحجام عن إصدار التشريع الذي يترتب على غيابه استحالة ممارسة الحق الأساسي، ولكنها تحدد أيضاً بعض المعايير التي يجب على المشرع أن يحترمها حال تدخله لإصدار هذا التشريع^(٢).

وفي كرواتيا، بالنظر إلى أن المحكمة الدستورية تتمتع بسلطات، بحكم منصبها *ex officio*، للنظر في مسائل رقابة الدستورية، فقد خولت الإصلاحات الدستورية، التي تمت في عام ٢٠٠٢، المحكمة اختصاص تبني تقارير بشأن أي نوع من عدم

(1) An example for such a case is Decision 37/1992 (VI. 10.). Under Article 61 section (4) of the Constitution, a majority of two-thirds of the votes by the Members of Parliament present is required to pass an Act on the supervision of public radio, television and the public news agency, as well as on the appointment of the directors thereof, on the licensing of commercial radio and television, and on the prevention of monopolies in the media sector. However, until 1996 the Parliament failed to adopt a comprehensive Act on radio and television. Likewise, under Article 68 section (5) of the Constitution, a majority of two-thirds of the votes by the Members of Parliament present is required to pass an Act on the rights of national and ethnic minorities. Decision 35/1992 (VI. 10.) established an unconstitutional omission as the representation of national and ethnic minorities had not been regulated to the extent and in the manner required by the Constitution. See in Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, op. cit., p. 5 (footnote 18).

(2) Lorant Csink, Jozef Petretei and Peter Tilk, Hungarian National Report, op. cit., pp. 5-6.

الدستورية (أو عدم المشروعية) تلاحظها، وأن تقوم بإرسال هذه التقارير إلى البرلمان. وحتى نوفمبر ٢٠٠٩، كانت المحكمة قد تبنت ستة تقارير تتناول مسائل مهمة أظهرتها الممارسة العملية. ومن هذه المسائل، على سبيل المثال، الحق في إتمام المحاكمة خلال فترة معقولة *the right to reasonable duration of a trial* وعدم دستورية اللوائح التنفيذية التي تفرض رسوماً لركن السيارات^(١).

وفي بوليفيا، اعترفت المحكمة الدستورية- حتى في ظل غياب أي نص دستوري أو قانوني يمنحها هذه السلطة- بسلطتها في ممارسة رقابة قضائية على حالات الإغفال التشريعي. ومن ثم، قضت المحكمة في قرارها (S.C. 0066/2005)، الصادر في ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٥- بعد تأكيد سلطاتها في الرقابة القضائية في هذا السياق- أنه:

"عندما لا يقوم المشرع بتطوير نص دستوري بطريقة محددة، أو عندما يقوم بتطوير نص دستوري بطريقة معيبة أو غير كاملة، على نحو يجعل المتطلبات الدستورية لا تتسم بالفعالية أو يصبح مستحيلًا تطبيقها في الواقع بسبب مثل هذا الإغفال التشريعي أو مثل هذا العيب، فإن المحكمة الدستورية تتمتع بسلطة الفصل في مدى دستورية هذه الحالات، وإلزام المشرع بالتدخل لتطوير النص الدستوري على النحو الذي يفرضه الدستور"^(٢).

(1) Sanja Barić and Petar Bačić, Croatian National Report, op. cit., pp. 12-13.

(2) "when the Legislator does not develop a constitutional provision in a particular and precise way, or it develops the provision in a deficient or incomplete way turning the constitutional mandate inefficient, or impossible to be applied because of such omission or deficiency, the Constitutional Tribunal has the attribution to judge the

=

وفي قضية إجماع الكونجرس الوطني the National Congress omission to appoint the members of the Supreme Court of Justice عن تعيين أعضاء المحكمة العليا للعدل، قامت المحكمة الدستورية- في قرار صادر في عام ٢٠٠٤ من أجل الفصل في عدم دستورية التعيين التنفيذي المؤقت للقضاة Executive provisional appointment، ولتفادي موقف أكثر قسوة لعدم الدستورية بتأجيل أثار قرارها لمدة ستين يوماً، مع حث المشرع على تأدية واجباته، ولكن دون اغتصاب وظائفه^(١).

وفي بعض الحالات الأخرى، أيضاً بدون وسيلة معينة للرقابة القضائية من أجل رقابة حالات الإغفال التشريعي المطلق، قامت المحاكم الدستورية بتطوير رقابتها القضائية، من خلال بعض وسائل الرقابة القضائية الأخرى، كما هو الحال في المكسيك، وذلك من خلال الفصل في المنازعات الدستورية بين هيئات الدولة. ومع ذلك، فقد تم التراجع عن هذه المقارنة في عام ٢٠٠٦ في قرار يتضمن الفصل في منازعة الدستورية، حيث اعتبرت المحكمة أن اللجوء إلى هذه الوسيلة الرقابية غير ملائم لرقابة حالات الإغفال التشريعي.

=
constitutionality of such acts, providing for the Legislator to develop the constitutional provision as imposed by the Constitution." See in Pablo Dermizaky Peredo, "Efectos de las sentencias constitucionales en Bolivia," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 79.

- (1) See decision S.C. 0129/2004-R, of November 10, 2004, in Pablo Dermizary Peredo, "Efectos de las sentencias constituionales en Bolivia," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, No. 12, 2008, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid 2008, p. 78.

الفرع الثاني

حماية الحقوق الأساسية في مواجهة الإغفال التشريعي الكلي

بالإضافة إلى الرقابة القضائية، على حالات الإغفال التشريعي، التي تمارسها المحاكم الدستورية، من خلال أسلوب الدعاوي المباشرة التي تُرفع أمامها من جانب كبار موظفي الدولة أو الأفراد، فإنه توجد وسيلة أخرى لمباشرة مثل هذه الرقابة تتمثل في دعاوي معينة أو شكاوي تُقدم لحماية الحقوق الأساسية في مواجهة الأضرار أو التهديدات التي يمكن أن تمس هذه الحقوق نتيجة حالات الإغفال التشريعي. وهذا هو الحال، على سبيل المثال، في دول أمريكا اللاتينية. حيث يمكن رفع دعاوي إنفاذ الحقوق الأساسية *actions of amparo* في مواجهة حالات الإغفال التشريعي أو بعض الدعاوي الأخرى أو الشكاوي التي تُقدم لحماية الحقوق الأساسية في العديد من الدول الأخرى^(١). ولذلك، من الممكن في بعض الدول على الأقل نظرياً، رفع دعاوي إنفاذ الحقوق الأساسية *amparo actions* لحماية الحقوق الأساسية في مواجهة الإغفال التشريعي عندما يكون من نتيجة هذا الإغفال منع الإنفاذ الفعال لأحد الحقوق الأساسية^(٢).

(1) See in particular, regarding the amparo proceedings against authorities omissions in Latin American countries, in Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 324 ff.

(2) In Venezuela, amparo actions have been filed against omissions of the Legislators regarding certain administrative acts. See Allan R. Brewer-Carias, *La Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos*

وتجدر الإشارة، بصفة خاصة، إلى أمر *mandado de injunção* في البرازيل- المنصوص عليه في الدستور في المادة (Article 5o, LXXI). ويُمنح هذا الأمر عندما يكون من نتيجة نقص النصوص التشريعية جعل ممارسة الحقوق والحريات الدستورية، وكذلك الحقوق اللصيقة بالجنسية، والسيادة، والمواطنة، غير ممكن". ووفقاً للمحكمة العليا الفيدرالية، فإن مثل هذا الأمر *mandado de injunção* لا يخول المحكمة ملء الفراغ الناشئ عن الإغفال التشريعي. ولذلك، ليس بمقدور المحكمة أن تصدر، بنفسها القواعد التشريعية التي أحجم المشرع عن إصدارها^(١)، بل تقتصر وظيفة المحكمة في هذا الخصوص على إعلان تأخر المشرع في تطوير النصوص الدستورية وفي إخطار المشرع بهذا التأخير. ويلاحظ أن قرار المحكمة في هذا الخصوص يقتصر أثره على أطراف الدعوى *only inter partes effects*.

وفي أول قضية تنطوي على أمر قضائي *writ of injunction* (١٩٨٩)، اعتبرت المحكمة أن هذه الدعوى تطلب من القضاء إعلان عدم دستورية الإغفال التشريعي في تنظيم أحد الحقوق، وذلك من أجل إخطار أو إبلاغ السلطة المسئولة عن

=

Constiutucionales, Univeresidad Nacional Autonoma de Mexico, Mexico 2007, pp. 153 ff.

- (1) "granted whenever the lack of regulatory provision makes the exercise of constitutional rights and liberties, as well as rights inherent in nationality, sovereign status and citizenship, unfeasible.", See decision STF 168/RS, Reporting Justice J. Ministro Pertence, DJU, on April 20 1990, in Marcelo Figueredo, Brazil National Report II, op. cit., p. 4.

التدخل لتنظيم هذا الحق، لكي تشرع في اتخاذ إجراءات تنظيمه^(١). ومع ذلك، توجد قضايا أخرى، أعطت فيها المحكمة العليا الفيدرالية مدى أوسع لهذه الوسيلة الإجرائية. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة اعترفت، في الدعوى رقم (٢٨٣) لعام ١٩٩١، بإهمال الكونجرس في وضع تنظيم للبنود الواردة بالدستور المؤقت، المرتبطة بتعويض ضحايا الانتهاكات التي ارتكبتها الديكتاتورية العسكرية من خلال الأعمال السرية لوزارة الدفاع التي منعت بعض الناس من ممارسة بعض الحريات الاقتصادية. وفي هذه القضية، يُلاحظ أن المحكمة العليا الفيدرالية قضت، ليس فقط بعدم دستورية الإغفال التشريعي، ولكنها قامت أيضاً بتحديد موعد للكونجرس غايته ٤٥ يوماً لكي يتبنى التشريع المطلوب. وفوق ذلك، قررت المحكمة أنه إذا استمر الإهمال التشريعي بعد الموعد الذي حددته المحكمة، فإنه يكون للطاعن، تلقائياً، أن يطلب تعويضاً عن هذا الإهمال وفقاً للقواعد العامة للتقنين المدني^(٢).

وفي قضية أخرى ذات صلة، كان الدستور يكفل ميزة ضريبية لبعض المؤسسات التي تستهدف أغراضاً اجتماعية. وكان من نتيجة هذه الميزة الضريبية استبعاد تلك المؤسسات من الخضوع للضرائب عن طريق دفع أقساط التأمين الاجتماعي، "مادامت هذه المؤسسات تستوفي الشروط المحددة في القانون" (الفقرة ٧ من المادة ١٩٧ من القانون المذكور). وقد ترك الدستور للمشروع العادي مهمة

(1) STF, MI 107-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21-09-1990. See in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, Brazil National Report, op. cit., p. 17.

(2) STF, MI 283, Rel. Min. Sepulveda Pertence, DJ de 14-11-1991. See in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, Brazil National Report, op. cit., p. 17.

تحديد الشروط الواجب استيفاؤها لإمكان المطالبة بالإعفاء من تحمل أقساط التأمين الاجتماعي. وقد رأت الحكومة الفيدرالية أنه ليس بمقدور تلك المؤسسات المطالبة بالتمتع بهذه الميزة الضريبية، حتى يتدخل الكونجرس ويحدد شروط الاستفادة من هذه الميزة. وفي هذه القضية، قامت المحكمة العليا- بعد أن أكدت وجود إغفال تشريعي غير مسوّغ- بتحديد موعد غايته ستة أشهر يجب على الكونجرس أن يقوم خلاله بإزالة هذا الإغفال التشريعي. وفوق ذلك، قررت المحكمة أنه إذا انقضت هذه المدة دون قيام الكونجرس بتبني التنظيم القانوني المحدد لهذه الشروط، فإن الطاعن يكون له، تلقائياً، الحق في المطالبة بهذه الميزة الضريبية^(١).

وفي هذا السياق، يجب الإشارة، إلى أن المحكمة العليا قامت، أيضاً، في بعض القضايا الأخرى بتحديد مضمون القاعدة القانونية المفتقدة- عن طريق القياس analogy- حتى يتدخل المشرع ويصدر القانون المطلوب. وقد كان هذا هو مسلك المحكمة العليا في حالة تطبيق قواعد التأمين الاجتماعي المتعلقة بالمعاش الخاص في القطاع الخاص على العاملين المدنيين (الموظفين العموميين) الذين يعملون في وزارة الصحة التابعة للقطاع العام (MI 721/DF, March, 8 2007)، وكذلك أيضاً تطبيق نصوص القانون الذي ينظم الحق في الإضراب في القطاع الخاص على الموظفين المدنيين في الدولة (MI 670/ES, October 25, 2007)^(٢).

(1) STF, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-03-1992. See in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, Brazil National Report, op. cit., pp. 17-18.

(2) STF, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-03-1992. See in Thomas Bustamante and Evanlida de Godoi Bustamante, Brazil National Report, op. cit., pp. 17-18.

ويمكن أن نجد ذات المقاربة أيضاً- المتمثلة في إكمال المحاكم الدستورية للوظيفة التشريعية التي يقوم بها المشرع- في بعض دول أمريكا اللاتينية الأخرى مثل الأرجنتين، لاسيما فيما يتعلق بحماية الحقوق الأساسية. من ذلك، على سبيل المثال، حكم المحكمة العليا الأرجنتينية في قضايا Badaro فيما يتعلق بالتعديل التلقائي للمعاشات automatic adjustment of pensions. وفي الحقيقة، بالنظر إلى أن الدستور ينص على معاشات "متحركة" mobile pensions (المادة ١٤)، فقد اعتبرت المحكمة، في قضية Badaro I Case^(١)، أن عدم اتخاذ الكونجرس أي إجراء نحو زيادة المعاشات، في ضوء انخفاض هذه الأخيرة نتيجة الارتفاع الكبير في مستويات التضخم، يشكل انتهاكاً للنص الدستوري المنظم لهذه المسألة. ولذلك، حثت المحكمة العليا الكونجرس على أن يصدر التشريع المطلوب في هذا الخصوص خلال مدة معقولة لحل هذه المشكلة. وقد أكدت المحكمة، بصفة خاصة، أن الأمر يتعلق هنا، ليس فقط بسلطة للكونجرس، ولكن أيضاً بواجبه في إنفاذ الضمانة الدستورية لتحريك المعاشات. ومن المسلم به أنه يجب على الكونجرس أن يسن التشريعات ويتخذ الإجراءات الملائمة لضمان التمتع الكامل بالحقوق في المعاش to guarantee the full enjoyment of the right. وفي نهاية الأمر، وفي ضوء إجماع المشرع عن إصدار التشريعات واتخاذ الإجراءات اللازمة في هذا الخصوص Badaro II Case^(٢)، قررت المحكمة الاستجابة لطلب الطاعن وتبنت المحكمة، بنفسها، المعايير اللازمة

(1) Fallos, 329:3089 (2006). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, op. cit., p. 16 (footnote 68).

(2) Fallos 330:4866 (2007). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo =

لإعادة تحديد المعاشات إلى أن يتدخل المشرع ويضع التشريعات الضرورية لبلوغ هذه الغاية^(١).

وفي قضية مهمة أخرى تتعلق بالبيئة، فصلت المحكمة العليا الأرجنتينية، في قضية *Mendoza case*^(٢)، في شكوى قدمت إليها من جانب مجموعة من الجيران لمستوطنة تعرف باسم *Villa Inflamable* تقع على أطراف ضواحي العاصمة Buenos Aires ضد الحكومة الوطنية وإقليم Buenos Aires وحكومة منطقة العاصمة وأربعة وأربعين شركة خاصة. وفي هذه القضية، ادعى الطاعنون لحوق أضرار بهم نتيجة الأمراض التي أصابتهم هم وأطفالهم جراء تلوث مياه نهر *Matanza-Riachuelo*. وفي حكمين رائدين، الأول في عام ٢٠٠٦ والآخر في عام ٢٠٠٨، وجهت المحكمة أمراً للمدعي عليهم بضرورة تبني برامج لاستعادة البيئة لتوازنها وصحتها *an environmental recovery program*. وقد أناطت المحكمة بالسلطة القائمة على بحيرة *Matanza-Riachuelo Basin Authority* وضع هذه البرامج والإجراءات موضع التنفيذ. كما وضعت المحكمة، بنفسها، معايير تفصيلية- تخضع لرقابة المحكمة- فيما يتعلق بالامتثال لأوامر المحكمة، وذلك تفادياً لأي خلافات يمكن أن تنشأ بين الأقاليم المختلفة في هذا الخصوص. ومن الواضح أن

=

Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, op. cit., p. 17 (footnote 69).

- (1) See also See also Nestor Pedro Sagues, Argentinean National Report II, op. cit., pp. 12-13.
- (2) Fallos 329:2316 (2006) and Fallos 331: 1622 (2008). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, op. cit., p. 17 (footnote 72).

كل هذه المسائل تدرج، تقليدياً، في مجال اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية، سواء على المستويين الفيدرالي أم المحلي^(١).

ومن الممكن أيضاً الإشارة إلى ألمانيا باعتبارها تقدم مثلاً للرقابة القضائية على الإغفال التشريعي المطلق من خلال الشكوى أو الطلب الذي يُقدم لحماية الحقوق الأساسية *complaint for constitutional protection of fundamental rights (Verfassungsbeschwerde)*^(٢). وفي هذا السياق، يُشار إلى قرار المحكمة الفيدرالية الدستورية رقم ١٩٦٩/٢٦، الصادر في ٢٩ يناير ١٩٦٩ بشأن الفقرة (٥) من المادة (٦) من الدستور التي تنص على أن القانون يجب أن يكفل للأطفال غير الشرعيين ذات ظروف الأطفال الشرعيين، فيما يتعلق بتطورهم البدني والروحي والاجتماعي. وقد اعتبرت المحكمة الفيدرالية الدستورية، في قرارها المذكور، أن المادة (١٧١٢) من التقنين المدني غير كافية لتنظيم النص الدستوري المشار إليه آنفاً. ولذلك، حثت المحكمة المشرع على أن يقوم بتعديل هذه المادة الواردة في التقنين المدني قبل نهاية الفصل التشريعي (خريف عام ١٩٦٩). وقد تم تبني هذا التعديل، بالفعل، في ١٩ أغسطس ١٩٦٩^(٣).

- (1) Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, p. 17.
- (2) See in general terms, Francsico Fernandez Segado, "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht," in Revista de Derecho, No 4, Universidad Catolica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo 2009, pp/ 137-186.
- (3) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp. 313-315.

وقد علق الأستاذ Ines Härtel على قرار المحكمة السابقة بالقول:

"لقد قامت المحكمة الفيدرالية الدستورية بحث المشرع، مرات عديدة، على تنفيذ الالتزامات الدستورية الصريحة من خلال القانون. ويلاحظ أن الالتزامات الدستورية المذكورة تكون، في الغالب، تلك الالتزامات التي لا تعتمد إلا على القوى الضعيفة في المجتمع لتحقيقها. ومن الأمثلة على ذلك مهمة المشرع في خلق ظروف متساوية بين الأطفال الشرعيين والأطفال غير الشرعيين في تطوّرهم البدني والعاطفي، ومن ثم في وضعهم الاجتماعي [25, 148 (155); 17, 210 (216); BVerfGE 8, 210 (216); 167 (173-188)]. ويجري نص قرار المحكمة في هذا الخصوص على النحو التالي: إذا لم يقيم المشرع بتنفيذ الأمر الصادر له في الدستور في الفقرة (٥) من المادة (٦) من القانون الأساسي لإصلاح قانون عدم الشرعية Illegitimacy Law حتى نهاية الفصل التشريعي (الخامس) الحالي للبرلمان Bundestag، فإن إردة الدستور تتجلى في تنفيذ أكبر قدر ممكن من هذا التشريع"^(١).

وفي الهند، يمكن الإشارة إلى قضية مهمة تتعلق بحظر السخرية أو التهديد في الجامعات. ففي هذه القضية، باشرت المحكمة العليا الهندية سلطتها في ظل المادتين (٣٢)، (١٤٢) من الدستور. ومن ثم، قامت المحكمة بالفصل في نزاع متعلق بالمصلحة العامة a public interest litigation، في عام ٢٠٠١. وكانت هذه القضية قد رفعت في عام ١٩٩٨ من جانب إرسالية Vishwa Jagriti، وهي منظمة روحية تسعى لمنع السخرية في المؤسسات التربوية. وقد قامت المحكمة، في سياق فصلها في هذه الدعوى المتعلقة بحماية الحقوق الأساسية، بتحديد عدد من المعايير، ليس فقط لتعريف السخرية، ولكن أيضاً لتحديد أسبابها المحتملة مع بيان الخطوات الواجب اتخاذها لمواجهة هذه الظاهرة وتحديد الأشكال المتنوعة للعقاب التي يجب على

(1) I. Hartel, German National Report, op. cit., p. 19.

المؤسسات التربوية اللجوء إليها لمواجهة هذه الممارسة. وبالإضافة إلى ذلك، قررت المحكمة أن "الفشل في منع السخرية يمكن أن يُفسر على أنه إهمال في المحافظة على النظام في المؤسسات التربوية"، "وإذا ما فشلت المؤسسة التربوية في مواجهة هذه الظاهرة. فإن وكالة التمويل يمكن أن تدرس إمكان إيقاف مساعدتها المالية لهذه المؤسسة حتى تحقق هذه الغاية". وقد انخرطت المحكمة العليا الهندية في مواجهتها لظاهرة العنف في المؤسسات التربوية من خلال قيامها، في نوفمبر ٢٠٠٦، بتعيين لجنة لاقتراح الإجراءات العلاجية للتعامل مع هذه الظاهرة المقلقة. وفي مايو ٢٠٠٧، أمرت المحكمة العليا الهندية بوضع توصيات اللجنة موضع التنفيذ دون أي تأخر في هذا الصدد. ومن بين هذه التوصيات، على سبيل المثال، ضرورة تطبيق عقوبات صارمة حتى تكون رادعاً لمن يرتكب مثل هذه الممارسات^(١). ولم تترك المحكمة مهمة رقابة تطبيق هذه المعايير للسلطة التنفيذية للحكومة، ولكنها قررت أن اللجنة المشكلة وفقاً لأمر المحكمة سوف تستمر في رقابة أداء اللجان الأخرى المنوط بها مواجهة السخرية في المؤسسات التربوية. وفي عام ٢٠٠٧، أعطت المحكمة توجيهات إضافية حال تعاملها مع بعض أمثلة للسخرية في كليتين خضعتا للرقابة من جانب لجنة the Raghavan Committee^(٢). وفي عام ٢٠٠٩، أصدرت المحكمة، في قضية

(1) See *University of Kerala v Council of Principals of Colleges of Kerala*, order dated 16 May 2007. See in Surya Deva, *Indian National Report*, op. cit., p. 10 (footnote 61).

(2) J. Venkatesan, "SC Issues Guidelines to Check Ragging", *The Hindu*, 9 May 2009, <http://www.thehindu.com/2009/05/09/stories/200905095740100.htm>, See in Surya Deva, *Indian National Report*, op. cit., p. 10 (footnote 62).

University of Kerala v Council of Principals of Colleges of Kerala^(١)، توجيهاً لها لكل حكومات الولايات وللجامعات بأن تعمل وفقاً للمعايير التي صاغتها اللجنة المذكورة، ومن ثم اتجهت المحكمة إلى اعتبار السخرية انتهاكاً لحقوق الإنسان، مما يسوغ للمحكمة أن تمارس السلطة المخولة لها في ظل المادة (٣٢) من الدستور^(٢).

وفي ذات الاتجاه، وأيضاً من خلال استخدام الوسائل القضائية التي تم تطويرها تدريجياً لحماية الحقوق الأساسية، قامت المحكمة العليا الأمريكية بملاء الفراغ في حالات الإغفال التشريعي، لاسيما من خلال إصدار أو تبني وسائل إنصاف عادلة مثل الأوامر القضائية **injunctions**^(٣). ومن خلال هذه الوسائل يكون بمقدور إحدى محاكم العدالة كفالة وسيلة إنصاف غير عادية للطرف المضرور. وتتمثل وسيلة الإنصاف هذه في قيام المحكمة بتوجيه أمر، إلى المدعى عليه أو الطرف الذي تسبب في إحداث الضرر المشكو منه، لفعل شيء معين أو الامتناع عن عمل معين^(٤). ويُطلق على وسائل الإنصاف هذه وسائل الإنصاف القهرية **coercive remedies** لأنها تكون

(1) See **University of Kerala v Council of Principals of Colleges of Kerala**, order dated 11 February 2009, para 2. See in Surya Deva, **Indian National Report**, p. 10 (footnote 63).

(2) Surya Deva, **Indian National Report**, op. cit., p. 10.

(3) Allan R. Brewer-Carias, **Constitutional Protection of Human Rights in Latin America**, Cambridge University Press, New York 2009, pp. 69 ff.

(4) "an order by the court commanding the defendant or the injuring party to do something or to refrain from doing something.", William Tabb and Elaine W. Shoben, **Remedies**, Thomson West, 2005, p. 13.

مدعومة بسلطة *backed by the contempt power*، أي سلطة المحكمة بتوقيع جزاءات مباشرة على المدعي الذي يرفض الخضوع لأوامرها. وعلى الرغم من أن هذه الوسائل ليست مقصورة على حماية الحقوق الدستورية، ولكن يمكن استخدامها أيضاً لحماية أي حق آخر، فإنها كانت فعالة، بصفة خاصة، في حماية الطائفة الأولى من الحقوق، لاسيما الأوامر الوقائية *preventive injunctions* المصممة لتجنب الضرر المستقبلي الذي يمكن أن يلحق بأحد الأطراف، وذلك من خلال حظر أو الإلزام بسلوك معين (الأوامر الملزمة *mandatory injunctions* والأوامر المانعة أو أوامر الحظر *prohibitory injunctions*)، والأوامر الهيكلية *structural injunctions*. ويتمثل هذا النوع الأخير في تلك الطائفة من الأوامر التي طورتها المحاكم، بعد قضية *Brown v. Board of Education case*^(١)، التي أعلنت فيها المحكمة العليا الأمريكية أن النظام المدرسي المزدوج تمييزي *dual school system discriminatory*، مستخدمة في ذلك وسيلة الأمر *injunction* كأداة للإصلاح^(٢). ومن خلال هذه الأوامر، أخذت المحاكم على عاتقها فيما بعد مهمة

(1) *Brown v. Board of Education case* 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955)

(٢) تجدر الإشارة إلى أن القضاء الدستوري الأمريكي أسهم إسهاماً بارزاً في إلغاء سياسة الفصل العنصري في المدارس الأمريكية. فقبل خمسين عاماً وعلى وجه التحديد في ١٧ مايو عام ١٩٥٤ أصدرت المحكمة العليا الأمريكية حكماً يقضي بضرورة أن تكون المدارس مفتوحة للأطفال من جميع الأجناس قائلة إن المدارس القائمة على الفصل العنصري "غير منصفة بطبيعتها". ومنذ صدور هذا الحكم القضائي التاريخي، تحقق تقدم كبير. ففي عام ١٩٥٢ حصل ١٥ في المائة فقط من السود في سن الخامسة والعشرين فما فوق على شهادة دبلوم المدرسة الثانوية. غير أنه بحلول عام ٢٠٠٢، ارتفعت هذه النسبة لتصل إلى ٧٩ في المائة وفقاً للأرقام الصادرة عن مكتب الإحصاء الأمريكي. وكانت سياسة الفصل العنصري سائدة على نحو خاص في الجنوب. وبعد الحكم التاريخي الذي أصدره مجلس التعليم عام ١٩٥٤ الذي قضى بدمج المدارس، قفزت نسبة

الإشراف على السياسات والممارسات المؤسسية للدولة *supervision over institutional State policies and practices* من أجل منع التمييز. وفي هذا الصدد، يقول الأستاذ Owen S. Fiss:

"لقد أعطت قضية *Brown* وسيلة الأمر أهمية خاصة. ومن الملاحظ أن الفصل العنصر في المدارس أصبح أحد المنازعات الأساسية التي كانت تفصل فيها المحاكم في الفترة ما بين ١٩٥٤-١٩٥٥، وكانت وسيلة الإنصاف النموذجية التي يلجأ إليها في هذه القضايا هي الأمر. ولم تفسح قضايا الفصل العنصر في المدارس فقط مجالاً أكبر لاستخدام وسيلة الأمر، ولكنها كشفت أيضاً عن تحديات جديدة لهذه الوسيلة، وذلك في ضوء تنوع المهام التي كان أسلوب الأمر يُستخدم لتحقيقها. فقد كان أسلوب الأمر يستخدم لإعادة هيكلة النظام التربوي عبر الأمة. ولم تقتصر تأثير قضية *Brown* على قضاء الإنصاف أو التعويض- الذي يعطي أولوية واضحة لأسلوب الأمر- على موضوع الفصل العنصر في المدارس. وقد اتسع نطاق استخدام هذه الوسيلة، ليشمل قضايا الحقوق المدنية بصفة عامة، بل أيضاً جاوز استخدام هذه الوسيلة هذه القضايا ليشمل المنازعات التي تشمل إعادة التعيينات الانتخابية والمستشفيات العقلية، والسجون، والممارسات التجارية والبيئية. وبعد تحقيق الدمج

=
الطلبة الأمريكيين من أصول أفريقية الذين التحقوا بمدارس بها أغلبية من البيض من الصفر إلى ٣ في المائة عام ١٩٨٨. لمزيد من التفصيل حول سياسات الفصل العنصر في المدارس الأمريكية، انظر : مدارس تحظر الاختلاط بين الأطفال البيض والسود: التمييز العنصري يعود لأمريكا بعد خمسين عاماً على إلغائه، مقال متاح على الموقع التالي: <http://www.alyaum.com/article/1174966>؛ مها بهجت يونس الصالحي، دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الاجتماعية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://almerja.com/reading.php?idm=22109>

في المدارس في ولاية ألاباما، كان من الطبيعي أن يحاول القاضي Judge Johnson إصلاح المستشفيات العقلية، وبعد ذلك سجون الولاية باسم حقوق الإنسان- الحق في العلاج أو التحرر من العقوبة القاسية وغير المعتادة ومحاولة تحقيق هذه الغاية من خلال الأمر *injunction*. والحقيقة أن القاضي Johnson لم يكن متفرداً، حيث كان ذات المنطق ظاهراً في أحكام القضاة الآخرين شمالاً وجنوباً^(١).

والحقيقة أن المحكمة الأمريكية- بالإضافة إلى استخدامها لهذه الوسائل القضائية المبتكرة لحماية الحقوق الأساسية- قد تبنت أيضاً تشريعاً قضائياً تكميلياً *complementary judicial legislation*، من خلال، على سبيل المثال، إثارة التعديلات: الرابع والخامس والسادس للدستور الأمريكي، فيما يتعلق بشروط التفتيش والقبض في مجال الكشف عن الجرائم وملاحقة مرتكبيها. وقد أسفرت أحكام المحكمة العليا الأمريكية في هذا الخصوص عن طائفة موضوعية، معقدة نسبياً، من القواعد القانونية الحاكمة لمسلك الشرطة، مما يسمح للمحاكم أن تقض الاتهامات الموجهة لأشخاص تمت معاملتهم بطريقة تخالف المبادئ التي قررتها الأحكام القضائية. ومن ناحية أخرى، كانت الجهات المسؤولة عن إنفاذ القانون والمهتمة بإثبات الاتهامات

(1) Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunctions*, Indiana University Press, 1978, pp. 4-5; and in Owen M. Fiss and Doug Rendelman, *Injunctions*, The Foundation Press, 1984, pp. 33-34. Thus, structural injunctions can be considered a modern constitutional law instrument specifically developed for the protection of human rights, particularly in state institutions; an instrument that has been considered to "become an implicit part of the Constitutional guaranty of protecting individual rights from inappropriate government action." See William M. Tabb and Elaine W. Shoben, *Remedies*, pp. 87-88.

حريصة على الامتثال لهذه المبادئ. كما تبنت أقسام الشرطة إجراءات متنوعة في هذا الخصوص، ودربت موظفيها على الالتزام بهذه المبادئ^(١).

وفي مسائل الفصل العنصرى في التعليم العام racial segregation in public education - الذي قضى باعتباره مخالفاً لبند "الحماية المتساوية للقوانين" clause "equal protection of the laws" المنصوص عليه في التعديل الرابع للدستور الأمريكي- فرضت المحكمة العليا الأمريكية، في قضية *Brown v. Board of Education* ضرورة انخراط المحاكم في عملية إدارة خطط "إلغاء الفصل العنصرى" التي أصبحت بالغة الوضوح، بعد ثلاث سنوات من القضية السابقة، من خلال قضية *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*^(٢)، التي وافقت المحكمة العليا فيها على مرسوم تفصيلي، صادر من محكمة جزئية استناداً إلى توصية خبير في مجال الإدارة التعليمية، يتضمن إجراءات تستهدف السماح بتوازن عرقي أكثر معقولية، النقل الإجباري للتلاميذ إلى مدارس خارج مناطق الجوار، إعادة توزيع المدرسين وغيرهم من الموظفين لتقليل الطابع العرقي للمدارس الفردية، وتطلب بناء المدارس الجديدة في مواقع لا تسهم في استمرار التمييز^(٣). ويشير الأستاذان *Richard S. Kay*، *Laurence Claus* على أن العقدين التاليين قد شهدا أمثلة متعددة على محاولات القضاة الفيدراليين

(1) *Laurence Claus & Richard S. Kay*, US National Report, op. cit., p. 23.

(2) *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1 (1971). See *Laurence Claus and Richard S. Kay*, U.S. National Report, op. cit., p. 30 (footnote 101).

(3) *Id.* at 19–25. See *Laurence Claus and Richard S. Kay*, US National Report, op. cit., p. 30 (footnote 102).

للتوفيق بين المتطلبات الدستورية والحقائق العملية لتشغيل نظام المدارس. ويلاحظ أن هذه المهمة كانت تواجه صعوبات بالغة بسبب المقاومة السلبية أو الإيجابية من جانب السلطات المحلية. وقد كانت المسائل السياسية والعملية المرتبطة بإدارة نظام "إلغاء الفصل العنصري" ترد، بصورة منتظمة، للمحكمة العليا التي كان قضاتها مهتمين ببيان الحدود التي ترد على التفويض القضائي الواسع المحدد في قضية *Brown* والقضايا اللاحقة. ومن أنواع المسائل التي تنطوي عليها مثل هذه القضايا ما أظهره حكم المحكمة العليا في قضية *Missouri v. Jenkins*⁽¹⁾، في عام ١٩٩٥، وهي واحدة من أواخر القضايا المهمة بشأن السلطة التعويضية أو العلاجية *remedial authority* للمحاكم الفيدرالية في قضايا إلغاء الفصل العنصري. ففي هذه القضية، خلصت إحدى المحاكم الجزئية إلى أن التمييز غير الدستوري قد خفض نوعية التعليم في المدارس المتأثرة بهذا التمييز. وخلال مدة عشر سنوات، كان القاضي الجزئي يأمر بخفض سعة الفصول من الطلاب، وإنشاء روضات أطفال بدوام كامل، وتوسيع برامج الدراسة الصيفية، وتوفير البرامج التعليمية قبل وبعد أوقات الدراسة، وتوفير برامج تطوير مهارات الأطفال في سن مبكرة. كما أمرت المحكمة الجزئية، أيضاً، بتحسينات كبيرة في رواتب المدرسين والموظفين الآخرين العاملين بالمدارس⁽²⁾.

وثمة موقف مماثل حدث في الولايات المتحدة الأمريكية فيما يتعلق بعملية تشغيل السجون، استناداً إلى نصوص التعديل الثامن للدستور الأمريكي الذي يحظر

(1) *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995). See Laurence Claus and Richard S. Kay, US National Report, op. cit., p. 31 (footnote 104).

(2) *Id.* at 74–80. Laurence Claus and Richard S. Kay, US National Report, op. cit., p. 31.

"العقوبات القاسية وغير المعتادة" "cruel and unusual punishments" والذي أسفر عن رقابة طويلة المدى على العديد من المؤسسات. وفي قضية تنطوي على طعن على دستورية بعض جوانب المؤسسات الإصلاحية *correctional institutions* في ولاية أركنساس، أمر القضاة الفيدراليون- من خلال أسلوب "الأوامر الهيكلية" *structural injunctions*- من بين أشياء أخرى، بإغلاق بعض المؤسسات، وتحديد الحد الأقصى للسجناء في سجن واحد، وكذلك في الزنازين الفردية، وإجراءات تفصيلية أخرى لتحديد المخالفات التأديبية والحدود الواردة على العقوبات المطبقة. وتطلبت المحاكم توظيف مزيد من المتخصصين النفسيين والقيام بنشاط إيجابي لتوظيف مزيد من الموظفين المنتمين للأقليات، والتدريب الإيجابي للموظفين لتحسين الاتصال بين الأعراق المختلفة في السجون.

وقد حُظر استخدام السجناء المسلحين كحراس موثوق بهم. كما كُفلت فرص تعليمية للسجناء وتيسير إجراءات عادلة لتقديم الشكاوي من جانبهم. وقد احتفظت المحاكم بسلطاتها في هذا الصدد لمدة تجاوز عشر سنوات^(١). وقد كانت مستشفيات الأمراض العقلية محلاً لأوامر مشابهة^(٢)، وكذلك الحال فيما يتعلق بتوزيع التمثيل التشريعي *legislative representation*^(٣).

(1) See *Hutto v. Finney*, 437 U.S. 678 (1978). See in Laurence Claus and Richard S. Kay, US National Report, op. cit., p. 32 (footnote 107).

(2) *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 373 (1972). See Laurence Claus and Richard S. Kay, US National Report, op. cit., p. 32 (footnote 108).

(3) See *Branch v. Smith*, 538 U.S. 254 (2003). See Laurence Claus and Richard S. Kay, US National Report, op. cit., p. 32 (footnote 109).

وفي كندا، ومن خلال إجراءات بلغة الشبهة بإجراءات دعوى Amparo المصممة لإنفاذ أو لحماية الحقوق الدستورية، تنص الفقرة (١) من المادة (٢٤) من الميثاق الكندي على الحق الذي يتمتع به كل مواطن- عندما يتم انتهاك أو إنكار أحد الحقوق أو الحريات التي يكفلها الميثاق- للتقدم بطلب إلى المحكمة المختصة للحصول على وسيلة الإنصاف التي تقدر المحكمة ملاءمتها وعدالتها^(١). ووفقاً لهذا النص، تملك المحاكم سلطة إصدار طائفة واسعة من وسائل الإنصاف في القضايا التي تقدر فيها وجود انتهاك لحقوق الأفراد، بما في ذلك الإعلانات **declarations** والأوامر **injunctions** التي تتطلب من الحكومة اتخاذ أنشطة إيجابية للامتثال للدستور ولتعويض أو علاج آثار الانتهاكات الدستورية الماضية. وفي قضية رائدة، تتعلق بلغة الأقلية، أصدرت المحكمة، أوامر هيكلية **structural injunctions** أو أوامر حظر **interdicts** تتطلب من الحكومة، بصفة خاصة، أن تكفل المرافق التعليمية لضمان المحافظة على هذه اللغة. ومن المعلوم أن القانون الدستوري الصادر في كندا عام ١٨٦٧ ينص على وجوب استخدام اللغتين الإنجليزية والفرنسية في الهيئات التشريعية والمحاكم- في كندا وكيبك، كما أن دساتير الأقاليم- مثل إقليم **Manitoba**

(١) ويجري نص هذه الفقرة على النحو التالي: "أي شخص انتهكت حقوقه وحرياته كما هي مكفولة في هذا الميثاق أو مُنعت عنه، يمكن له أن يتقدم لمحكمة قضائية مختصة للحصول على التصحيح الذي تراه المحكمة عادلاً ومناسباً بحسب الظروف"، الميثاق الكندي للحقوق والحريات متاح على الموقع التالي:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%8A%D8%AB%D8%A7%D9%82_%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%86%D8%AF%D9%8A_%D9%84%D9%84%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82_%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%B1%D9%8A%D8%A7%D8%AA

(Manitoba Act, 1870)- تنص على حقوق مشابهة. وفي عام ١٩٨٥، طعن، أمام المحكمة العليا الكندية، على قانون كان يستهدف إلغاء الالتزامات المتعلقة بالازدواج اللغوي *bilingualism obligations* في إقليم Manitoba، حيث تحول السكان الناطقون بالفرنسية إلى أقلية. ومع ذلك، قضت المحكمة بأن القوانين أحادية اللغة غير دستورية، إلا أن المحكمة قدرت أيضاً أن الإبطال الفوري لمعظم قوانين إقليم Manitoba غير ملائم، لأنه يمكن أن يسفر عن فراغ تشريعي يمكن أن يهدد دعائم حكم القانون. ولذلك، قررت المحكمة أنها ستمنح القوانين أحادية اللغة أثر مؤقتاً للمدة الزمنية الضرورية لترجمة هذه القوانين إلى اللغة الفرنسية. وقد ظلت المحكمة محتفظة باختصاصها القضائي على هذه القضية لسنوات عديدة، واستمعت المحكمة طوال هذه السنوات لدعاوي متعددة بشأن مدى الالتزامات الدستورية المتعلقة بالالتزام الدستوري بالازدواج اللغوي^(١). ويمكن القول إن قرارات المحكمة العليا الكندية في هذا الخصوص- التي نُظر إليها باعتبارها شكلاً ما من أشكال الإنصاف القضائي الإيجابي أو النشاط *remedial activism* - تشبهه، إلى حد ما، الخبرة القضائية الأمريكية والهندية التي احتفظت، طوال عقدي السبعينات والثمانينات- باختصاص قضائي *jurisdiction over public institutions* على المؤسسات العامة، مثل المدارس والسجون لضمان التزام هذه المؤسسات بالمعايير الدستورية^(٢).

(1) Reference re Manitoba Language Rights [1985] 1 S.C.R. 721; [1985] 2 S.C.R. 347; [1990] 3 S.C.R. 1417n; [1992] 1 S.C.R. 212. See Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 18 (footnote 48).

(2) Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 18.

ومن ناحية أخرى، يُلاحظ أن حالات الإغفال التشريعي قد أفسحت المجال، في كندا، للعديد من الأحكام المهمة التي تكشف عن نوع من الإيجابية القضائية في مسائل العدالة الجنائية، وذلك نظراً لعدم تدخل المشرع لوضع معايير تشريعية للمحاكمة السريعة، والكشف عن الأدلة للمتهمين من جانب المدعي (النيابة العامة). وفي هذا السياق، يشار إلى حكم مهم للمحكمة العليا الكندية في عام ١٩٩٣، قضت فيه بأن الميثاق الكندي يتطلب الكشف عن كل الأدلة ذات الصلة للمتهم قبل إجراء المحاكمة^(١)، وأن الحق في المحاكمة في وقت معقول *the right to a trial in a reasonable time* سيتعرض للانتهاك إذا ما زادت التأجيلات السابقة على المحاكمة عن عام^(٢). وثمة مثال آخر لأحد أحكام المحكمة العليا تقرر فيه أنه مما يشكل انتهاكاً للميثاق، بصفة عامة، تسليم شخص يواجه عقوبة الإعدام^(٣). وعلى الرغم من أن هذا الحكم قد صيغ في صورة سلبية، بما يعني أنه قد يمنع التسليم، فإن الأثر العملي لهذا الحكم يتطلب من الحكومة أن تتخذ خطوات إيجابية لأخذ ضمانات من الدول طالبة التسليم لأن تسعى إلى عدم فرض عقوبة الإعدام على الشخص الذي تقوم كندا بتسليمه^(٤).

وفي المملكة المتحدة، على الرغم من أن المبدأ المستقر هو أن المحاكم ليس بمقدورها أن تحل نفسها محل المشرع، فإنه توجد بعض الممارسات المهمة التي

(1) See R. v. Stinchcombe [1991] 3 S.C.R. 326. See in Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 11 (footnote 18).

(2) See R. v. Askov [1990] 2 S.C.R. 1199. See in Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 12.

(3) See United States of America v. Burns and Rafay [2001] 1 S.C.R. See in Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 12 (footnote 21).

(4) Kent Roach, Canadian National Report, op. cit., p. 12.

طورتها المحاكم في مسائل الرقابة القضائية فيما يتعلق، بصفة خاصة، بحماية حقوق الإنسان، وذلك من خلال إصدار قرارات تنطوي على معايير أو قواعد إرشادية من شأنها إكمال اختصاص المشرع أو الإدارة. وفي إطار إشارته إلى الحالات التي يقوم فيها القضاة بخلق القانون، يذكر الأستاذ John Bell قضايا تعقيم الأشخاص البالغين- أي حرمانهم من القدرة على الإنجاب بصورة دائمة- الذين يعانون من تخلف عقلي the sterilisation of intellectually handicapped adults، حيث وضع مجلس اللوردات عددًا من المبادئ الحاكمة للموافقة على مثل هذه الحالات^(١)، وكذلك أيضًا، موقف الشخص الذي يكون في حالة الخُضرية الدائمة أو حالة إعاشة دائمة a permanent vegetative state^(٢)، وتتم تغذيته من خلال الأنابيب. وفي هذه الحالة الأخيرة، حدد مجلس اللوردات الظروف ووضع السياسات الحاكمة للعلاج

(1) See Re F (Mental Patient: Sterilisation) [1990] 2 AC 173. See in John Bell, British National Report, op. cit., p. 7 (footnote 33).

(٢) الحالة الخُضرية الدائمة (نسبة إلى الخضراوات) أو الحالة الإنباتية المستديمة (بالإنجليزية: Persistent vegetative state) هي إحدى حالات اضطراب الوعي تحدث نتيجة وقوع أضرار أو تلف بخلايا المخ. وتختلف عن الغيبوبة Coma كونها قد يمر فيها المريض بمظاهر اليقظة والنوم، وفتح العينين وتحريكهما بشكل عشوائي، وإصدار بعض الأصوات غير المفهومة أو الصراخ أو البكاء أو بعض الحركات التي تشبه الابتسام أو الضحك ولكن لا تعبر هذه الحركات أبدًا عن إدراك المريض لنفسه أو لما حوله وإنما تعد هذه الحركات مجرد أفعال منعكسة لا إرادية. ويتم تصنيف المريض على أنه مصاب بالحالة الخُضرية الدائمة (P.V.S) بعد حوالي ٦ أشهر من الدخول في "الحالة الخُضرية" كما هو القانون في بريطانيا، أو بعد ٣ أشهر كما هو القانون في الولايات المتحدة، وذلك بشرط ألا يكون سبب تلف خلايا المخ هو حادثة اصطدام. أما في حالات إصابة خلايا المخ في حوادث اصطدام فإنه يتم اعتبار المريض مصابًا بالحالة الخُضرية الدائمة بعد مرور عام من دخوله في الحالة الخُضرية.

(3) See [1993] 1 All ER 821. See in John Bell, British National Report, op. cit., p. 7.

الطبي، والتي يكون للأطباء في ظلها الاستجابة، بصورة مشروعية، لمطالب أبوي هذا الشخص بوقف التغذية من خلال الأنابيب والسماح له بالموت. وواضح مما تقدم أن قرارات المحاكم قد تكفلت بتحديد القواعد التي تُطبق في مثل هذه الحالات في ظل غياب أو عدم كفاية التنظيم التشريعي أو الحكومي لها.

الفرع الثالث

تطور سلطات الرقابة القضائية لحماية الحقوق الأساسية

يمكن الإشارة إلى أن ثمة جانباً خاصاً يمكن في إطاره تحديد بعض التدخلات من المحاكم الدستورية في الوظيفة التشريعية، لاسيما فيما يتعلق بالتشريع الخاص بالرقابة القضائية، وذلك بصفة خاصة في الدول ذات النظام المركزي للرقابة القضائية، ليس فقط فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية رغم وجود تشريع خاص ينظمها، ولكن أيضاً فيما يتعلق بسلطات المحكمة لدى ممارسة الرقابة القضائية والفصل في الدعاوي التي يمكن رفعها أمام المحكمة.

١- القانون القضائي الناشئ المتعلق بالنظام غير المركزي للرقابة القضائية:

في ظل النظام غير المركزي للرقابة القضائية، باعتبار أن هذه الأخيرة تعد سلطة مخولة لجميع المحاكم، كانت الرقابة القضائية، دائماً، مستنبطة من مبدأ سمو الدستور *supremacy of the constitution* ومن مبدأ واجب المحاكم في غض الطرف عن التشريعات المناقضة للدستور، باعتبار أن هذا الأخير هو الأولى بالتطبيق. ومثل هذه السلطة التي تتمتع بها المحاكم لا تحتاج إلى نص صريح في الدستور يسمح

للمحاكم بأن تعطي الأفضلية للدستور. وقد أشار إلى ذلك رئيس المحكمة القاضي
Chief Justice Marshall في قضية *Marbury v. Madison*^(١):

"إن هؤلاء الذين يطبقون القاعدة على حالات معينة يجب عليهم،
بالضرورة، أن يستنطقوا ويفسروا هذه القاعدة. ومن ثم، إذا كان القانون
مناقضاً للدستور، فيجب على المحكمة أن تحدد أيًا من هذه القواعد
المتنازعة هي التي تحكم الحالة الماثلة. وهذا هو جوهر الواجب القضائي.
وهكذا، إذا كان على المحاكم أن تراعي الدستور، وكان الدستور أعلى من
أي عمل تشريعي عادي صادر عن المشرع، فإن الدستور - وليس هذا العمل
التشريعي العادي - هو الذي يجب أن يحكم الحالة الماثلة التي ينطبق
الدستور والتشريع العادي عليها".

ونتيجة لذلك، بسبب هذه الرابطة الأساسية بين سمو الدستور والرقابة
القضائية، كانت الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية إبداعاً من جانب
المحاكم. وقد كان الحال كذلك، أيضاً، في النرويج (١٨٢٠)^(٢) واليونان^(٣). وفي
الأرجنتين، بعد عقود عدة، كانت الرقابة القضائية إبداعاً للمحكمة العليا استناداً إلى
مبادئ سمو الدستور والواجب القضائي في تطبيق القانون.

(1) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).

(2) *Eivind Smith, Norway National Report, op. cit., p. 1.*

(3) *Julia Iliopoulos-Strangas and Stylianos-Ioannis G. Koutna, Greek National Report, p. 2.*

وكانت أول قضية، في الأرجنتين، مُورست فيها الرقابة القضائية متعلقة بتشريع فيدرالي هي قضية Sojo case (١٨٨٧). وكانت هذه القضية متعلقة أيضاً بعدم دستورية قانون يحاول توسيع الاختصاص القضائي للأصلي للمحكمة العليا^(١)، كما كان الحال بالنسبة لقضية Marbury v. Madison الأمريكية. وقد طورت المحكمة العليا الأرجنتينية، في قضائها، حدود سلطاتها في الرقابة القضائية، على نحو يمنح أثراً إلزامية لقراراتها، وهو ما أطلق عليه سابقة قضائية أرجنتينية Argentinean stare decisis effect^(٢)، وإعطاء أحكامها حجية مطلقة erga omnes effects في بعض حالات حماية الحقوق الجماعية collective rights^(٣).

٢- توسع سلطات الرقابة القضائية لتأكيد حماية الحقوق الأساسية:

يمكن القول إن الأكثر أهمية في هذا السياق، لاسيما فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات الأساسية، هو قيام المحاكم الدستورية، في العديد من دول أمريكا اللاتينية، في إطار ممارستها لسلطتها باعتبارها المفسر الأعلى للدستور وفي ظل غياب تشريع، بابتداع أسلوب الدعوى الشعبية the action of amparo كوسيلة قضائية خاصة لحماية الحقوق الأساسية. وقد كان هذا هو الحال أيضاً في الأرجنتين، حيث كانت الحقوق الدستورية- فيما عدا الحريات المادية والشخصية physical and

(1) H. Quiroga Lavie, Derecho constitucional, Buenos Aires 1978, p. 481. Before 1863 the first Supreme Court decisions were adopted in constitutional matters but referred to provincial and executive acts.

(2) Nestor P. Sagues, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino," in Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, No. 12, 2008, Madrid 2008, p. 347.

(3) Halabi Case, Fallos 332: (2009). See in Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, op. cit., p. 12.

personal freedom التي كانت تُحمي، في الخمسينيات من القرن الماضي، من خلال دعوى إحضار الشخص للمثول أمام القضاء habeas corpus action - لم تكن تُحمي إلا من خلال الوسائل القضائية العادية، حيث اعتبرت المحاكم أن دعوى إحضار الشخص لا يمكن استخدامها لتحقيق مثل هذا الغرض. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة العليا للأمة Supreme Court of the Nation رفضت، في عام ١٩٥٠، في قضية Bartolo تطبيق دعوى إحضار الشخص للمثول أمام القضاء^(١) للحصول على الحماية القضائية للحقوق الدستورية الأخرى. وقد تغير هذا الوضع، كلياً، في عام ١٩٥٧ نتيجة للقرار الصادر في قضية Angel Siri الذي قدم التماساً يطلب فيه إصدار أمر لحماية حرته في الصحافة amparo وحقه في العمل right to work - بسبب إغلاق صحيفة Mercedes التي كان ينشرها في إقليم Buenos Aires ، مما حدا بالمحكمة العليا في نهاية المطاف- في قرار صادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٥٧ - للاعتراف بأسلوب الدعوى الشعبية the action of amparo، وذلك لأن المحكمة اعترفت بأن جميع الحقوق الدستورية في حاجة لأن تُحمي بواسطة المحاكم، حتى في ظل غياب تشريعي لمثل هذه الدعوى^(٢). وقد تبع هذا القرار المهم قرار آخر صدر في ٥

(1) See the references to the Barolo case in Joaquin Brage Camazano, La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos), Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Mexico, 2005, p. 66.

(2) See the reference to the Siri case in Jose Luis Lazzarini, El juicio de amparo, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 26 ff y 373 ff.; Ali Joaquin Salgado, Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 5; Nestor Pedro Sagues, Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo, Volume 3, 2nd Edition, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 9 ff. See also Alejandra Rodriguez

أكتوبر ١٩٥٨ في قضية Samuel Kot، وسعت فيه المحكمة من مجال تطبيق أسلوب الدعوى الشعبية ليشمل حماية الحقوق الدستورية في مواجهة الأفراد، وليس فقط في مواجهة السلطات العامة^(١).

وفي عام ١٩٥٨، نُظمت الدعوى الشعبية في تشريع فيدرالي، كما أُدرجت هذه الدعوى في الدستور (المادة ٤٣) بواسطة الإصلاح الدستوري الذي تم عام ١٩٩٤. ومع ذلك، يلاحظ أنه- حتى قبل الإصلاح الدستوري الذي اعترف بالحقوق الجماعية مثل الحق في بيئة نظيفة *the right to a clean environment* وحقوق المستهلك *consumers' rights*- تبنت المحكمة العليا إصلاحاً مهماً آخر لدعوى إحضار الشخص للمثول أمام القضاء والدعوى الشعبية في قضيتي Verbitsky (٢٠٠٥) Halabi (٢٠٠٩)، وذلك من خلال الاعتراف بالحماية الجماعية والدعوى

=

Galan and Alfredo Mauricio Vitolo, Argentinean National Report I, p. 7. See also Nestor Pedro Sagues, Argentinean National Report II, pp. 13-14.

- (1) See the references to the Samuel Kot Ltd. case of September 5, 1958, in S. V. Linares Quintana, *Acción de amparo*, Buenos Aires, 1960, p. 25; Jose Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 243 ff; Ali Joaquin Salgado, *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 6.; Susana Albanese, *Garantías Judiciales. Algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar S. A. Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2000; Augusto M. Morillo et al., *El amparo. Régimen procesal*, 3rd Edition, Libreria Editora Platense SRL, La Plata, 1998, 430 pp.; Nestor Pedro Sagues, *Derecho Procesal Constitucional*, Vol. 3, *Acción de Amparo*, 2nd Edition, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

الجماعية *collective protection and class actions*^(١). وبصفة خاصة، فيما يتعلق بهذه الدعاوي الأخيرة، طورت المحكمة العليا القواعد الأساسية المتعلقة بهذه الدعاوي الجماعية الجديدة، مبينة كيف يجب على المحاكم أن تتصرف في ظل الصمت التشريعي بشأن هذه المسألة، ومحددة تكييفها، وضوابط شرط المصلحة ومتطلبات التمثيل^(٢).

وفي الهند، تتمثل أهم وسيلة إنصاف *remedy* مستخدمة للرقابة القضائية في تلك التي تكرسها المادتان (٣٢)، (٢٢٦) من الدستور الهندي لإنفاذ الحقوق الأساسية. ووفقاً لوسيلة الإنصاف هذه، تتمتع المحكمة العليا بسلطة إصدار توجيهات *directions* أو أوامر *orders*، بما في ذلك الأوامر التي تأخذ طبيعة إحضار الشخص *writes in the nature of habeas corpus*، أو إصدار أمر من محكمة عليا لأحد الموظفين بتنفيذ واجب رسمي معين *mandamus*، أو إصدار أمر بالحظر *prohibition*، أو إصدار أمر لموظف معين ببيان السلطة التي استند إليها في ممارسة حق معين *quo warranto*، أو أمر تصدره محكمة عليا لمحكمة أدنى أو لأحد الموظفين لتقديم ملف أو أوراق إجراءات معينة لمراجعتها *certiorari*، واختيار أي من هذه الوسائل يكون أكثر ملاءمة. وقد فسرت المحكمة العليا الهندية

(1) See *Verbitsky Case*, Fallos 328:1146 (2005); and *Halabi Case*, Fallos 332:(2009). See in *Alejandra Rodriguez Galan and Alfredo Mauricio Vitolo*, Argentinean National Report I, op. cit., p. 9.

(2) *Nestor Pedro Sagues*, Argentinean National Report II, op. cit., pp. 14-19.

النص المتضمن لهذه الوسائل تفسيراً موسعاً على نحو يمثل تحريراً لمتطلبات الدعوى *to liberalize the standing requirements*^(١)، مما يمكن المحاكم من التفاعل بصورة أكثر إيجابية مع التماسات الرقابة القضائية من جماعات أكثر اتساعاً، حتى في تلك الحالات التي تقارب فيها منظمات المجتمع المدني تلك الوسائل لاستخدامها لإنفاذ الحقوق الجماعية *collective or diffused rights*. وقد أفسح هذا التطور المجال لظهور ما يُطلق عليه "منازعات المصلحة العامة" *public interest litigation* (PIL) الذي أدى، بدوره، إلى تبني تفسير موسع للحقوق الأساسية من جانب المحكمة، ومن ثم تصرف المحكمة على نحو يقارب بينها وبين المشرع^(٢).

وحتى عام ١٩٩٩، كانت جمهورية الدومينكان ما تزال الدولة الوحيدة في أمريكا اللاتينية دون نص دستوري يقرر الدعوى الشعبية كوسيلة للرقابة القضائية *the amparo judicial action*. بيد أن هذا الموقف لم يمنع المحكمة العليا للعدل *Supreme Court of Justice* من الاعتراف بهذه الدعوى، مستندة في ذلك للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان. وقد تم هذا الاعتراف في قرار صادر في ٢٤ فبراير ١٩٩٩، في قضية *Productos Avon S.A.*، عندما قامت المحكمة العليا، استناداً إلى الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بقبول اللجوء إلى أسلوب الدعوى الشعبية لحماية الحقوق الدستورية، في قضية تنطوي على قرار قضائي يخول سلطة الفصل في الدعاوي الشعبية إلى المحاكم الابتدائية *courts of first instance*^(٣)، ويحدد

(1) See *S P Gupta v Union of India AIR 1982 SC 149*; *PUDR v Union of India AIR 1982 SC 1473*; *Bandhua Mukti Morcha v Union of India (1984) 3 SCC 161*. *Surya Deva, Indian National Report, op. cit., p. 2.*

(2) *Surya Deva, Indian National Report, op. cit., p. 2, 4-5.*

(3) *Samuel Arias Arzeno, "El Amparo en la Republica Dominicana: su Evolucion Jurisprudencial," in Revista Estudios Juridicos, Vol. XI, no 3, Ediciones Capeldom, 2002.*

القواعد الإجرائية العامة لهذه الدعوى. وتجدر الإشارة إلى أن الدعوى الشعبية قد نُظمت، بعد ذلك، في قانون صادر في عام (٢٠٠٦)، وكذلك أدرجت هذه الدعوى في الدستور من خلال الإصلاح الدستوري الذي تم في عام ٢٠٠٦ (المادة ٧٢). وفي مثل هذه الحالات أدى مبدأ أولوية حقوق الإنسان principle of prevalence of human rights المعلن في الدستور إلى ابتداع وسيلة قضائية خاصة لحماية هذه الحقوق، وهو الأمر الذي وجد صدقاً له في جميع دول أمريكا اللاتينية^(١).

ويلاحظ أن المحاكم بمقدورها أيضاً أن توسع تفسير سلطات الرقابة القضائية المخولة لها في الدستور، وتعديل في طريقة ممارسة هذه السلطات على نحو يوسع من سلطاتها، كما حدث في البرازيل فيما يتعلق بأسلوب mandado de injunção الذي يعد وسيلة فعالة لرقابة حالات الإغفال التشريعي النسبي. وقد تجلّى ذلك في القضية الرائدة المتعلقة بتطبيق قواعد الإضراب على العاملين في القطاع الخاص^(٢). وقد دفع ذلك الأستاذ Luis Roberto Barroso إلى القول "إن المحكمة العليا الفيدرالية قد خطت خطوة بعيدة نحو التصرف باعتبارها مشرعاً إيجابياً"^(٣).

(1) Allan R. Brewer-Carias, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study on Amparo Proceeding*, Cambridge University Press, New York 2009, p. 68.

(2) See STF, DJ 31.out. 2008, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes. See in Luis Roberto Barroso et al, "Notas sobre a questao do Legislador Positivo," Brazilian National Report III, op. cit., pp. 28-33.

(3) See Luis Roberto Barroso et al, "Notas sobre a questao do Legislador Positivo," Brazilian National Report III, op. cit., p. 33.

المبحث الثاني

دور المحاكم الدستورية في ملء الفراغ التشريعي الناشئ

عن الإغفال التشريعي الجزئى

بالإضافة إلى الحالات السابقة التي تظهر دور المحاكم الدستورية في معالجة حالات الإغفال التشريعي الكلى أو المطلق، يمكن الإشارة أيضاً إلى دور هذه المحاكم في التعامل مع حالات الإغفال التشريعي الجزئى أو النسبي. وقد تطور هذا الدور الأخير تطوراً ملحوظاً في معظم النظم الديمقراطية المعاصرة. وفي حالات الإغفال التشريعي الجزئى، يلاحظ أن الأمر يتعلق ليس بغياب كامل للتشريع، ولكن بوجود تشريع غير كفاء أو غير كاف *a poor, deficient or inadequate regulation* المنظور الدستوري^(١). ويمكن أن تفقد مثل هذه الحالات إلى تقييم الإغفال التشريعي، ومن ثم إعلان عدم دستورية النص المنطوي على هذا الإغفال. ويحدث ذلك، عادة، في الدول التي تأخذ بالرقابة القضائية غير المركزية.

(1) Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 293, 294; Hector Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Ed. Porrúa, Mexico, pp. 34, 37, 71; Victor Bazan, "Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas," in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No 2, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Mexico 2004, pp. 189 ff.

وفي المقابل، يلاحظ أنه في الدول التي تتبنى نموذج الرقابة القضائية المركزية- على الرغم من أن المحاكم الدستورية تتمتع بسلطة إلغاء التشريعات غير الدستورية بما في ذلك التشريعات التي تنطوي على أوجه من الإغفال التشريعي لمسائل أساسية استوجب الدستور تنظيمها تشريعياً- فقد طورت المحاكم الدستورية، في حالات الإغفال التشريعي النسبي، ممارسة تمكنها من إعلان الطابع غير الدستوري للنصوص التشريعية- دون إعلان إلغائها- مع إرسال بعض المعايير الإرشادية أو التوجيهات للمشرع لتصحيح العوار الدستوري، على نحو يكفل توجيهه أو إرشاد نشاط المشرع في المستقبل (المطلب الأول)^(١). وسنتبع ذلك ببيان ساسية المحكمة الدستورية العليا المصرية في مواجهة الإغفال التشريعي الجزئي (المطلب الثاني).

وما يهمننا التأكيد عليه هنا أن منح المحاكم الدستورية إمكانية رقابة حالات الإغفال التشريعي النسبي ليس خلق نصوص تشريعية جديدة، أي أن الغرض هنا ليس السماح للمحاكم الدستورية باغتصاب السلطات التشريعية للمشرع^(٢). ومع ذلك، تكشف الممارسة العملية لهذا الدور في العديد من الدول أن قرارات المحاكم الدستورية في مثل هذا السياق تشكل تغولاً على سلطات المشرع، لدى إعطاء المحاكم الدستورية توجيهات أو معايير إرشادية للمشرع بشأن أداء وظائفه التشريعية^(٣).

(1) Jose Julio Fernandez Rodriguez, La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid 1998, pp, 227 ff.

(2) Hector Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac Gregor, Las sentencias de los Tribunales Constitucionales, Ed. Porrúa, Mexico, p. 34

(3) Idem, pp. 36-37; 75, 88

المطلب الأول

المحاكم الدستورية وحقوق المساواة: إعلان عدم دستورية التشريعات دون إلغائها

كما يحدث عادة في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية غير المركزية، حيث تتمتع المحاكم بسلطة إعلان عدم دستورية التشريعات، ولكنها لا تملك سلطة إعلان إلغائها، يلاحظ أن المحاكم الدستورية على الرغم من تمتعها بسلطة إعلان عدم دستورية التشريعات مع إلغائها، فقد استخدمت أسلوب إعلان عدم الدستورية دون إعلان الإلغاء أو الإبطال في بعض الأحيان. ومعنى ذلك، أن المحاكم الدستورية تقتصر، في مثل تلك الحالات، على إعلان عدم دستورية التشريعات في الأجزاء التي لم تتضمن التنظيم التشريعي الذي تتطلبه الدستور، دون إعلان الإلغاء. ومعنى ذلك، أنه بدلاً من إلغاء النصوص التشريعية، توجه المحاكم الدستورية إلى المشرع أمراً أو توجيهاً بضرورة تدارك العوار الدستوري، وذلك من خلال إكمال المشرع للتنظيم التشريعي الناقص على نحو ما تتطلبه الدستور^(١). وفي حالات أخرى، تصدر المحاكم الدستورية توجيهات directives أو معايير إرشادية guidelines أو توصيات recommendations للمشرع لكي يصحح حالات الإغفال التشريعي غير الدستوري^(٢). ويمكن القول إن المحاكم الدستورية بنهوضها بهذه الدور قد طورت دوراً

(1) Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 124

(٢) ويطلق بعض الكتاب على هذه الطائفة من الوسائل المتاحة للعديد من المحاكم الدستورية "الأحكام الإيعازية". وفي هذه الصورة، لا يكتفي القاضي الدستوري بمجرد الإعلان عن وجود حالة امتناع تشريعي، بل يصدر حكماً يتضمن إيعازاً إلى البرلمان بضرورة التدخل للتشريع، وهو ما يُصطلح =

مساعداً أو معاوناً للمشرع a role of assisting and collaborating with
.the Legislator

ومن المهم في هذا السياق ملاحظة أنه في معظم تلك الحالات- المتعلقة بقرارات قضائية تعلن عدم دستورية حالات الإغفال التشريعي النسبي دون أن تقرن ذلك بإبطال النصوص التشريعية- كان الأمر يتعلق بحماية الحقوق الدستورية الأساسية، لاسيما الحق في المساواة وعدم التمييز the right to equality and non discrimination⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن إمكانية قيام المحاكم الدستورية بإعلان عدم دستورية النصوص التشريعية دور أن تقرن ذلك بإبطال هذه النصوص قد تركزت صراحة، في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية المركزية، كما هو الحال في ألمانيا. حيث أدخلت

عليه "الرقابة الإيعازية". وفي هذه الصورة، لا يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد الكشف عن وجود إغفال تشريعي، وإنما يخاطب المشرع ويوجه إليه نداءً لسد هذا العجز أو الإغفال، وهذا الخطاب له أساليب وصيغ عديدة منها توجيه طلب مباشر أو توصية أو نصائح، وقد تتضمن تأنيباً. ويمكن أن يلجأ القاضي الدستوري إلى صيغة أمره بأن يوجه ما يشبه الأمر، كما يحدد القاضي الدستوري الوسائل التي من الممكن أن يستعين بها البرلمان لتفادي الامتناع التشريعي، دون أن يعد هذا القرار اعتداءً على سلطة البرلمان بالتشريع، لأنه في النهاية ليس هناك إلزام على السلطة التشريعية بأن تستجيب لهذا الأمر أو حتى النداء أو التوجيه. "لمزيد من التفصيل، انظر: سالم روضان الموسوي: دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي، بحث منشور على موقع السلطة القضائية العراقية على الموقع الالكتروني:

<http://www.iraqja.iq/view.1871/>

(1) F. Fernandez Segado, Spanish Report, pp. 9, 25, 39-42. P. Popelier has pointed out that in Belgium, "the principle of equality and non discrimination constitutes the reference norm in more than 85% of the decisions adopted by the Constitutional Courts.", See P. Popelier, Belgian National Report, op. cit., p. 3.

إصلاحات تشريعية على القانون المنظم لعمل المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية، ووفقاً لهذه الإصلاحات، يُنَاط بالمحكمة وظيفة تُوَدِيهَا، في بعض الحالات، تتمثل في تفضيل التفسير الدستوري للتشريعات *to prefer the constitutional interpretation of statutes*، وإعلان "اتساق أو عدم اتساق القانون مع القانون الأساسي (الدستور) *declare a law to be compatible or incompatible with the Basic Law*، وليس فقط مجرد إعلان القانون "لاغياً وكأن لم يكن" *to be null and void*^(١). وقد اقترح إصلاح مشابه في أسبانيا في عام ٢٠٠٥ فيما يتعلق بنص القانون الأساسي الذي ينص على مبدأ مناقض وهو: "عندما تعلن المحكمة الدستورية عدم دستورية نص، فيجب عليها أيضاً إعلان بطلان النصوص المطعون عليها"^(٢). بيد أن هذا الإصلاح المقترح لم يُوافق عليه، وهذا ما يبرر عدول المحكمة عن "الاقتران الحتمي" بين عدم الدستورية والإبطال، ومن ثم عديدة هي الحالات التي أصدرت فيها المحكمة الدستورية الأسبابية قرارات بعدم الدستورية غير مقترنة بإبطال النصوص المعلن عدم دستورتها"^(٣).

-
- (1) Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Un analyse comparative en droit français, belge et allemande*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 93; See I. Hartel, *German National Report*, p. 7-9; Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 200, p. 260; F. Fernandez Segado, *Spanish Report*, op. cit., p. 6.
- (2) See Francisco Javier Diaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 200, p. 301.
- (3) F. Fernandez Segado, *Spanish Report*, op. cit., p. 6

ومن القضايا المهمة التي طرحت على المحكمة الدستورية الأسبانية القرار رقم (116/1) فيما يتعلق بالقانون (37/1984) الصادر في ٢٢ أكتوبر ١٩٨٤ الذي كان يكرس حقوق ضباط الجيش والشرطة في الخدمات المنفذة أثناء الحرب الأهلية^(١) واستبعاد العسكريين المحترفين الذين التحقوا بالقوات المسلحة بعد عام ١٩٣٦. وقد اعتبرت المحكمة أن هذا التمييز في المعاملة يشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة، وخلصت المحكمة إلى إعلان إبطال هذا التمييز، والسماح بتطبيق النص على الطائفة المستبعدة من نطاق تطبيقه^(٢).

وثمة قرار مهم آخر، فحصت فيه المحكمة الدستورية الأسبانية Spanish Constitutional Tribunal مسألة عدم دستورية نص المادة (45/1989) من قانون الضريبة على الدخل Income Tax، حيث كانت الضرائب المفروضة على أفراد الأسرة مجتمعين الزامية، بما يعني أن الالتزامات الضريبية المفروضة على الشخص المرتبط بأسرة أثقل من تلك المفروضة على الشخص غير المرتبط بأسره^(٣).

(١) الحرب الأهلية الإسبانية (Spanish Civil War، بالاسبانية: Guerra Civil Española) دارت من ١٧ يوليو ١٩٣٦ حتى ١ أبريل ١٩٣٩ بين الجمهوريين، المواليين للجمهورية الإسبانية، القوميين، جماعة متمردة بقيادة الجنرال فرانثيسكو فرانكو. انتصر القوميون، وحكم فرانكو إسبانيا الـ ٣٦ عام التالية، من ١٩٣٩ حتى وفاته عام ١٩٧٥. لمزيد من التفاصيل حول هذه الحرب، انظر الموقع التالي:

<http://www.marefa.org/index.php/%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%B1%D8%A8%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%87%D9%84%D9%8A%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B3%D9%BE%D8%A7%D9%86%D9%8A%D8%A9>

(2) F. Fernandez Segado, Spanish Report, op. cit., p. 10.

(3) See STC 45/1989, of February 20, 1989, par. 11. in See F. Fernandez =

وفي هذه القضية، تعرضت المحكمة لمسألة الارتباط بين "عدم الدستورية والإبطال"، وخلصت المحكمة إلى أنه على الرغم من أن نص المادة (48/1985) من قانون المحكمة يقول شيئاً آخر، فإنه ليس من الضروري تطبيق عدم الدستورية والإبطال بصورة مقترنة، لاسيما في الحالات التي تُكفل فيها الرقابة القضائية، ليس من خلال إعلان عدم دستورية النص، ولكن عدم دستورية الإغفال التشريعي. وتبعاً لذلك، قررت المحكمة أن الإبطال كإجراء سلبي بحت غير قادر بصورة واضحة على إعادة ترتيب نظام الضريبة على الدخل بصورة تتفق مع الدستور". وخلصت المحكمة من هذا التحليل إلى القول إنه يقع على المشرع واجب تبني التعديلات المطلوبة على النظام القانوني للضريبة على الدخل في إطار سلطاته التشريعية"^(١).

المطلب الثاني

ساسة المحكمة الدستورية العليا في مواجهة

الإغفال التشريعي الجزئي

يمكن القول إن أغلب الدساتير المعاصرة قد جاءت خلواً من أي إشارة إلى فكرة الإغفال التشريعي سواء الكلي أم الجزئي. ولذلك، تخلوا هذه الدساتير من تنظيم هذه الفكرة وبيان الآثار المترتبة عليها. وقد تحقق هذا الاتجاه في الدستور المصري

=

Segado, Spanish Report, op. cit., p. 12.

(1) Id. See also STC 13/1992, February 6, 1992, fund. jur. 17; STC 16/1996, February 1, 1996 fund. jur. 8o; and STC 68/1996, April 18, 1996, fund. jur. 14, in F. Fernandez Segado, Spanish Report, op. cit., p. 12-13.

الحالى الصادر عام ٢٠١٤^(١) - وكذلك جميع الدساتير المصرية السابقة- وقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩. ويمكن تفسير هذا الاتجاه بأن المشرع الدستوري أراد إرساء فلسفة تؤسس دوراً أكبر للمشرع تجاه القواعد الدستورية ، حيث يقع على عاتقه تطوير وتنمية هذه النصوص، لاسيما وأنها وضعت لتحكم وتنظم أوضاعاً قانونية وسياسية لفترة طويلة من الزمن، كما وأنه يملك مساحة كبيرة من الحرية في هذا الجانب، من هنا لم تقرر هذه الدساتير صراحة الرقابة على حالة الامتناع التشريعي^(٢). وفي ظل هذه الدساتير، تراوحت مواقف المحاكم الدستورية

(١) تجدر الإشارة إلى أن المادة (١٩٢) من دستور (٢٠١٤)، التي تحدد اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، لم تتضمن أى إشارة إلى الإغفال التشريعي. ويجرى نص هذه المادة على النحو التالي: " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح ، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها". كما تؤكد ذات النهج في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، حيث تنص المادة (٢٦) من القانون على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارته خلافًا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها"، كما تنص المادة (٢٧) على أنه: "في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها وتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية". ، ويبين من تلك النصوص أن المشرع المصري لم ينظم حالة امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي، كما لم يصف الأثر المترتب عليها بالوصف الذي كشف عن اقتران تحقق هذه الحالة بعدم الدستورية.

(٢) حيدر محمد حسن عبد الله، معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، مرجع سابق، هذا البحث متاح على الموقع التالي:

=

بين إعلان عدم اختصاصها بنظر الإغفال التشريعي في بعض الدول، وبين اعتبار هذا الإغفال إخلالاً من جانب المشرع بالتزاماته القانونية في دول أخرى.

وفى ظل غياب النصوص المنظمة لحالة الإغفال التشريعي في مصر على النحو السابق، ثمة من يذهب من الكتاب إلى أنه لا يمكن الجزم - في الفترة منذ عام ١٩٦٩ حتى تاريخ تشكيل المحكمة الدستورية العليا ١٩٧٩ - بأن المحكمة العليا قد باشرت رقابتها على الإغفال التشريعي، سواء أكان ذلك قبولاً لهذا النوع من الرقابة أو رفضاً لمباشرته. ويستند هذا الرأي إلى أن الأحكام الصادرة في هذه الفترة لا تفيد في التوصل إلى إجابة محددة في هذا الخصوص، لأنها لم تفصل في مقطع النزاع بالنسبة لهذه المسألة^(١). ومع ذلك، يمكن القول إن موقف المحكمة الدستورية العليا من الإغفال التشريعي الجزئي قد مر بمرحلتين، كانت المحكمة في أولاهما ترفض تسليط رقابتها على الإغفال التشريعي الجزئي، بينما قبلت في الثانية مباشرة رقابتها في هذا الخصوص.

أولاً: رفض المحكمة الدستورية العليا رقابة الإغفال التشريعي الجزئي

يمكن القول إن المحكمة الدستورية العليا قد تعرضت منذ بكورة أحكامها لظاهرة الإغفال التشريعي الجزئي. وقد ترددت المحكمة في بداية هذه الأحكام في مدى اعتبار هذه الظاهرة عيباً يمكن أن يصم التشريع المطعون عليه بعدم الدستورية. وفي هذه المرحلة، كانت المحكمة تعتبر إغفال المشرع أو قصوره في التنظيم لأحد

=

http://repository.uobabylon.edu.iq/journal_view.aspx?dpp=3089

(١) د. عبد العزيز سالم، رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مرجع سابق، هذا المقال متاح على الموقع التالي: <http://www.startimes.com>

الموضوعات من قبيل الملاءمات التي يستقل بتقديرها المشرع. وقد ظهر هذا الاتجاه في حكمها الصادر في ١٦ فبراير (١٩٨٠) والذي يعد الحكم الأول – وربما الوحيد من ملاءمات التشريع ولا رقابة عليه. ففي هذه القضية، قررت المحكمة:

"لما كانت ملاءمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية مالم يقيدتها الدستور بحدود وضوابط معينة، وكان مايقرره المدعى بشأن إغفال النص المطعون فيه تنظيم طريق لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه التزامه بالاحطار عن دينه، لا يعدو أن يكون جدلاً حول ملاءمة التشريع وما قد يترتب عليه من إجحاف بحقوق طائفة من الدائنين، فإن ماينعاه المدعى في هذا الشأن لا يشكل عيباً دستورياً يُوصم به النص المطعون فيه وتمتد إليه الرقابة على دستورية القوانين. لما كان ذلك وكانت الملكية الخاصة التي نصت المادة (٣٤) من الدستور على أنها مصونة لا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض، والمصادرة التي تحظرها المادة (٣٦) من الدستور إذا كانت عامة ولا تجيزها إلا بحكم قضائي إذا كانت مصادرة خاصة، يؤدي كلاهما إلى تجريد المالك عن ملكه ليؤول إلى الدولة، بتعويض في حالة نزع الملكية وبغير مقابل عند مصادرته، وكان ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ لا يتضمن مساساً بالملكية الخاصة أو نزاعاً لها جبراً عن مالكةا، كما لا يقضى بإضافة أية أموال مملوكة للأفراد إلى ملك الدولة، ذلك أنها اقتصرت على تنظيم العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ودائنيه ورتبت على عدم الإخطار بالدين في الأجل المحدد بها سقوطه لمصلحة المستأجر وحده، فإن ما أثاره المدعى بصدد عدم دستورية هذه المادة

وبشأن اعتبار ما نصت عليه من سقوط الدين عدواناً على الملكية ومصادرة للأموال، يكون على غير أساس"^(١).

كما قررت المحكمة الدستورية، في قضية لاحقة، أن:

"والقول بنكول السلطة التشريعية عن مهمتها هذه أو تراخيها في ولوج أبوابها-تنقية القوانين القائمة مما قد يشوبها من عوار مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية]- مما يخرج عن نطاق الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة تثبيتاً للشرعية الدستورية، ذلك أن مناطها تلك النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي بينها الدستور، ولا شأن لها بتخلي إحداهما عن واجباتها، ولا بتفريطها في مسئوليتها، بل مرد أمرها إلى هيئة الناخبين التي منحتها ثقتها"^(٢).

- ثانياً: قبول المحكمة الدستورية العليا رقابة الإغفال التشريعي الجزئي

لم يبق موقف المحكمة الدستورية العليا ملتبساً من الرقابة على ظاهرة الإغفال التشريعي الجزئي طويلاً. حيث شهدت الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي تطوراً ملحوظاً، فبعد أن كان القاضي الدستوري المصري متردداً في الأخذ بها معتبراً أن امتناع المشرع عن التشريع مما يدخل ضمن سلطته التقديرية، سرعان ما طور موقفه فيما بعد من خلال اعتبار الإغفال التشريعي مخالفاً للدستور، وبالتالي

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١ قضاية "دستورية" بجلسة ١٦/٢/١٩٨٠ ج ١ دستورية"، ص ١٥١.

(٢) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضاية "دستورية" بجلسة ٤ / ١ / ١٩٩٧ ج ٨ دستورية"، ص ٢٠٩.

يخضع لرقابته^(١). ومن ثم، فقد أقرت المحكمة الدستورية العليا حقها في الرقابة على امتناع المشرع في حالاته المختلفة، سواء في عدم تنظيم الجوانب الكاملة للموضوعات التي كفلها الدستور، أو تنظيمها بصورة منقوصة في أحد مقوماتها أو في بعض جوانبها، بما يخل بالحماية الواجبة لها وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها. وفي هذا السياق، يمكن الإشارة إلى أحكام ثلاثة قضت فيها المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الإغفال التشريعي الجزئي.

ففى القضية الأولى، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية بعدم دستورية بقدم دستورية الفقرة (٤) من المادة (١٧) من القانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١ الخاص بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وذلك لأنها أقامت نوعاً من التمييز بين الرجل والمرأة على أساس الجنس، في حين أن مبدأ المساواة يحتم أن تمتد هذه الحماية الى كليهما، لكن النص لم يلتزم هذا النظر واقام تمييزاً بين كل منهم دون سند من القانون. وفي هذا المعنى، قررت المحكمة بأن:

"وإذا كان النص المطعون فيه قد نحا إلى رعاية الزوجة المصرية وأولادها من المستأجر غير المصري وضمن استمرار المأوى المناسب لهم بعد وفاة أو مغادرته البلاد نهائياً لانتهاج إقامته فيها ففوضى باستمرار عقد

(١) د. عادل عامر، ظاهرة الإغفال التشريعي، هذا المقال متاح على الموقع التالي:

<https://almesryoon.com/%d8%af%d9%81%d8%aa%d8%b1-%d8%a3%d8%ad%d9%88%d8%a7%d9%84-%d8%a7%d9%84%d9%88%d8%b7%d9%86/53-%d9%88%d8%ac%d9%87%d8%a9-%d9%86%d8%b8%d8%b1/843240-%d8%b8%d8%a7%d9%87%d8%b1%d8%a9-%d8%a7%d9%84%d8%a7%d8%ba%d9%81%d8%a7%d9%84-%d8%a7%d9%84%d8%aa%d8%b4%d8%b1%d9%8a%d8%b9%d9%8a>

الإيجار في هذه الحالة أو تلك لصالح هؤلاء، ولم يشترط لذلك إلا عدم مغادرتهم البلاد نهائياً؛ فإن مبدأ المساواة كان يحتم أن تمتد مظلة هذا الحكم إلى الزوج المصري وأولاده من المستأجرة الأجنبية عند انتهاء إقامتها بالبلاد إن فعلاً وإن حكماً؛ إلا أن النص الطعين لم يلتزم هذا النظر، بل أقام تمييزاً بين الزوج المصري والزوجة المصرية حال تماثل مركزهما القانوني، فقد اتحدا في كون كل منهما زوجاً لمستأجرة أو مستأجر أجنبي بموجب عقد إيجار هو سند إقامة أسرته بالعين محل الإجارة، ثم اتحدا في أن الزوج - رجلاً كان أم امرأة - مستأجر هذه العين انتهت إقامته بالبلاد إن فعلاً بمغادرته البلاد نهائياً وإن حكماً بوفاته، فنص على استمرار عقد الإيجار بقوة القانون لصالح الزوجة المصرية ولأولادها من الزوج الأجنبي، وقصر عن أعمال ذات الحكم لصالح الزوج المصري وأولاده من الزوجة الأجنبية، فجعل بذلك حكماً قائماً على تمييز بين المصريين بسبب الجنس، و صاحب ذلك تهوين من حقوق فئة من المصريين مقابل إعلاء حقوق نظرائهم من غير المصريين، فالمصرية المتزوجة من مستأجر أجنبي وأولادها منه المنتمون إلى جنسيته غير المصرية منحهم النص الطعين حقوقاً انكرها على المصري المتزوج من مستأجرة أجنبية وأولاده منها المصري الجنسية، وهو تمييز يتصادم - بشقيه - مع نص المادة ٤٠ من الدستور، فضلاً عن انطوائه على تهديد لكيان الأسرة المصرية وتماسكها، وهو ما يتناقض بدوره وأحكام المواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ من الدستور^(١).

(١) الحكم الصادر بجلسة ٢٠٠٢/٤/١٤ في القضية الدستورية رقم ٦ لسنة ٢٠ قضائية.

وقد تلجأ المحكمة الدستورية العليا إلى أسلوب الأحكام التوجيهية لمواجهة الامتناع التشريعي. ونستطيع القول إنها قد تبنت هذا الأسلوب، ولكن ليس بصورة كاملة كما فعلت المحاكم الدستورية في كل من أسبانيا وألمانيا وإيطاليا. ويظهر ذلك فيما يتعلق بالأحكام الصادرة بشأن المادة الثانية من دستور ١٩٧١ بعد تعديلها. فقد ورد في حكم المحكمة أن تغيير النظام القانوني جميعه ينبغي أن يتاح لواقعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تُجمع هذه القوانين المتكاملة في إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين عن الأئمة والعلماء. بيد أن المحكمة الدستورية تختلف عن نظائرها في أسبانيا وألمانيا وإيطاليا في تقديرها للمدة التي تعد كافية أو معقولة لتدخل المشرع لتدارك أو لمعالجة حالة الإغفال أو الامتناع التشريعي. فبينما اعتبرت المحاكم الدستورية المذكورة مدة أربع سنوات كافية لتدخل المشرع لمعالجة حالة الامتناع التشريعي، لم تعتبر المحكمة الدستورية العليا أن الفترة من ١٩٨٠ وحتى ٢٠٠٣ - أي بعد مرور ٢٣ سنة- كافية لتعديل القوانين السابقة على تعديل النص الدستوري لتصبح متفقة معه^(١).

(١) "وحيث إنه يبين من تعديل الدستور الذي تم بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ أن المادة الثانية أصبحت تنص على أن [الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع] بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور في ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ على أن [الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع] والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لها سابقة في أي من الدساتير المصرية المتعاقبة ابتداءً من دستور ١٩٢٣ وحتى دستور سنة ١٩٦٤. [...] وحيث إنه يبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها على نحو ما سلف- إن المشرع الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة- وهي بصدد وضع التشريعات- بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع، وهو ما أشارت إليه اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور في تقريرها إلى مجلس الشعب والذي أقره المجلس بجلسته ١٩ يولية سنة ١٩٧٩ وأكدته اللجنة التي أعدت مشروع التعديل وقدمته إلى المجلس فناقشه ووافق عليه بجلسة ٣٠ إبريل سنة ١٩٨٠ إذ جاء في تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بانها [تلتزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث =

عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة]. ولما كان مفاد ما تقدم، أن سلطة التشريع إعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثه أو معدله لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبحيث لا تخرج - في الوقت ذاته - عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية. فهي التي يتحدد بها - مع ذلك القيد المستحدث - النطاق الذي تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات. لما كان ذلك وكان إلزام المشرع بإتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ، فلا يتأني إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الأعمال ومن ثم، فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن أعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدستورية. ويؤيد هذا النظر ما أوردته اللجنة العامة في مجلس الشعب بتقريرها المقدم بجلسة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ والذي وافق عليه المجلس من أنه "كان دستور سنة ١٩٧١ أول دستور في تاريخنا الحديث ينص صراحة على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ثم عدل الدستور عام ١٩٨٠ لتكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع وهذا يعني عدم جواز إصدار أي تشريع في المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، كما يعني ضرورة إعادة النظر في القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة ١٩٧١ وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية" وإستطرد تقرير اللجنة إلى أن [الانتقال من النظام القانوني القائم حالياً في مصر والذي يرجع إلى أكثر من مائة سنة إلى النظام الإسلامي المتكامل يقتضى الإنهاء والتدقيق العملي، ومن هنا، فإن تقنين المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي لم تكن مألوفة، أو معروفة، وكذلك ما جد في عالمنا المعاصر وما يقتضيه الوجود في المجتمع الدولي من صلات وعلاقات ومعاملات، كل ذلك يستأهل الروية ويتطلب جهوداً، ومن ثم فإن تغيير النظام القانوني جميعه ينبغي أن يتاح لوضعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين متكاملة في إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء]...". القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية "دستورية"، جلسة ٤ مايو ١٩٨٥، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثالث، ص ٢٠٩.

(١) د. عبد الحفيظ على الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص ١٥٥.

خاتمة

يمكن القول إن تنامي الاتجاه الحديث نحو ضرورة إخضاع التشريعات للرقابة القضائية على دستوريته قد أسفر عن تنام مماثل- كمي ونوعي- للقانون الدستوري ولدور المحاكم الدستورية في خلق القانون وصنع السياسات^(١). وقد أدت هذه التطورات إلى تحولات جذرية في العلاقة بين السلطات التشريعية والمحاكم الدستورية^(٢). ومن المنظور النوعي، يسهل وصف هذه التحولات بأنها تعكس "سيطرة مستمرة" *continuous dominance* من جانب القضاة الدستوريين على السلطات التشريعية أو على الأقل ميل الكفة لصالح المحاكم الدستورية^(٣). أما المنظور الكمي لهذه التحولات، فيكشف التقارب أو التشابه المتزايد بين مجالي نشاط السلطات التشريعية والمحاكم الدستورية^(٤). وقد أدت هذه التحولات المتسارعة إلى ما يمكن وصفه "بالتحول نحو الصبغة القضائية للسياسة"، بما يكشف عن تنام لدور القضاة

(1) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit.; Donald L.Horowitz. *The Courts and Social Policy*, (Washington: Brookings Institution, 1977), pp. 1-21; Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 7.

(2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 61-90; Alec Stone Sweet, "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", op. cit., pp. 77-100.

(3) Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*, op. cit., pp. 77-100, 89.

(4) Donald L.Horowitz, *The Courts and Social Policy*, op. cit., p. 20.

الدستوريين في مجال صنع السياسات. ومع ذلك، فإن مثل هذه التحولات الجذرية في العلاقة بين المحاكم الدستورية والسلطات التشريعية قد أثرت تأثيراً كبيراً على التوازن المطلوب بين أفرع الحكومة ومختلف السلطات في النظام السياسي^(١). وقد دفعت هذه التطورات العميقة بعض الكتاب إلى القول إن التطور قد تجاوز مبدأ الفصل بين السلطات، وإن هذا المبدأ الأخير قد أضى شيئاً من الماضي^(٢).

ويقترح بعض الكتاب أن الفهم الغرضي أو الغائي 'purposive understanding' لمبدأ الفصل بين السلطات- بين السلطات التشريعية والمحاكم الدستورية - يكفل إجابة كافية للتحديات الناجمة عن "التحول نحو الصبغة القضائية للسياسة". وتكمن هذه الإجابة في ضرورة استعادة المشرع لدوره المركزي والمحوري في مجال خلق القانون وصنع السياسات. وما من شك في أن استعادة المشرع لأولوية مكانته في هذا المجال ستعزز كفاءة الحكم، ومن ثم تمكن من الوصول إلى رقابة فعالة ومساءلة سياسية للمشرع فيما يتعلق بوظيفته في خلق القانون وصنع السياسات^(٣)، والمحافظة على هيكل حكومي دقيق^(١)، ومنع النمو غير المقيد لسلطات

-
- (1) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., pp. 1-13.
- (2) Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, op. cit., pp. 127-150. 2000), 127-150.
- (3) Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, op. cit., pp. 186-187; John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Cambridge: Harvard University Press, 1980), pp. 131-134; M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*. (Oxford: Clarendon Press, 1969), pp. 315-351.

صنع السياسات من جانب المشرع، وأخيراً المحافظة على القيم المتضمنة في الإجراءات التشريعية، حيث تُتخذ القرارات القانونية والسياسية. ومن الواضح أن المشرع لن يستعيد أولويته في خلق القانون وصنع السياسات إلا إذا توقفت المحاكم الدستورية عن إحلال إرادتها محل إرادة المشرع.

وقد ناقشنا، في هذه الدراسة، أيضاً ظاهرة "التحول نحو الصبغة القضائية للسياسة"، وذلك من خلال إلقاء الضوء على أسبابها ونتائجها. وقد كشف تطور هذه الظاهرة ونتائجها عن بيان أهمية بقاء مركز الثقل في العملية التشريعية في يد السلطة التشريعية، وعدم تدخل القضاة الدستوريين تدخلاً جوهرياً لإكمال التشريع أو لإحلال إرادتهم محل إرادة المشرع، دون مسوغ معقول. ومع ذلك، نعتقد أن الحاجة مازالت تدعو لمزيد من الدراسة لأسباب ظاهرة "التحول نحو الصبغة القضائية للسياسة"، لأنه بدون معرفة هذه الأسباب بالتفصيل ومعالجتها لن يكون بالإمكان مواجهة هذه الظاهرة.

وبعد تحليل الدور الذي تقوم به المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي في القانون المقارن، وإذا ما غضضنا الطرف عن حالات الانحراف بالرقابة القضائية التي لا تسهم في تعزيز المبادئ الديمقراطية وحماية حقوق الإنسان، بل تسهم بالأحرى في تقويض هذه المبادئ من خلال استخدام أداة ديمقراطية^(٢)، يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

=

- (1) M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, op. cit., pp. 316-318.
- (2) See regarding the case in Venezuela, in Allan R. Brewer-Carias, *Dismantling Democracy. The Chávez Authoritarian Experience 1999-2009*, Cambridge University Press, New York, 2010.

١- لم يعد هناك ثمة فروق حادة وواضحة بين النماذج التقليدية للرقابة القضائية على دستورية القوانين في الأنظمة القانونية المعاصرة. وهذا التقارب الواضح بين أنظمة الرقابة القضائية لم يكن ممكناً تصوره منذ مائة سنة حينما تمت صياغة ملامح النماذج المختلفة من الرقابة القضائية: النموذج المركزي للرقابة القضائية والنموذج غير المركزي للرقابة القضائية.

٢- إن النموذج الواضح والبسيط لنموذج الرقابة القضائية المركزية- الذي تمارسه المحكمة الدستورية باعتبارها مشرعاً سلبياً- كما يشدد على ذلك القاضي Marek Safjan (القاضي بمحكمة العدل الأوروبية)- يصعب الدفاع عنه. وقد لخص هذا القاضي ملامح هذا النموذج بالقول:

"ليس من اختصاص المحكمة الدستورية أن تسن أي قوانين أو أن تدرج أي عناصر قاعدية (تشريعية) في النظام القانوني، لأن مثل هذه العناصر القاعدية لم يتم تبنيتها من قبل من خلال الإجراءات التشريعية الصحيحة، ولا يجوز للمحكمة الدستورية أن تحل محل المشرع في اتخاذ مثل هذه الإجراءات. ذلك، أن الرقابة القضائية تتأسس على بناء متسق للنظام القانوني المتدرج، ويقع على المحكمة الدستورية واجب العمل في إطار هذا النظام مستمدة اختصاصاتها من المشرع الدستوري. ومعنى ذلك، أنه لا يجوز أن تتضمن الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الدستورية أي شيء لم تعلنه بالفعل القاعدة الأسمى الواردة في الدستور مادام أن دور الرقابة القضائية سيقصر دائماً على تطبيق القانون- على الرغم من تربيته على قمة التدرج القانوني- وليس بمقدورها أن تبتدع أي قواعد جديدة"^(١).

(1) Marek Safjan, Polish National Report, op. cit., p. 1.

وعلى النقيض من النظرة السابقة التي كانت سائدة تقليدياً في معظم الأنظمة القانونية، يلاحظ من استقراء القانون الدستوري المقارن أن المحاكم الدستورية أضحت تنهض، بصورة متزايدة، بأدوار لم يكن من الممكن القيام بها قبل عقود خلت إلا من جانب المشرع الدستوري أو المشرع العادي. وتتجلى هذه الأدوار البازغة في اكتشاف واشتقاق قواعد دستورية، لاسيما في مجال حقوق الإنسان، لم تكن مكرسة صراحة في الوثائق الدستورية، بل يمكن القول إن هذه القواعد الدستورية المستنبطة بواسطة المحاكم الدستورية لم تكن حاضرة في ذهن المشرع الدستوري لدى تبني الوثيقة الدستورية.

وبالإضافة إلى ذلك، يلاحظ الانخراط المتزايد من جانب المحاكم الدستورية في القيام بوظائف ذات طبيعة تشريعية، وذلك بهدف إكمال الدور التشريعي للسلطة التشريعية، أو إعطاء معايير إرشادية أو توجيهات يجب على المشرع الالتزام بها حال ممارسته لوظيفته التشريعية في تنظيم موضوعات معينة، وقد يصل الأمر في بعض الأحيان إلى تحديد المحاكم الدستورية لعناصر قاعدية معينة تكون بمثابة تشريع مؤقت *provisional legislation*. بيد أن هذا الدور المساعد للمشرع تحول، في بعض الأحيان، إلى تغول على اختصاصات المشرع واغتصاب لوظائفه التشريعية. وتشكل هذه الحالات الأخيرة نماذج لانحرافات الرقابة القضائية.

ورغم الملاحظات السابقة، يمكن القول إن ثمة عناصر مشتركة تُستنبط من الدراسة المقارنة لموضوع المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي. وتصدق هذه العناصر بالنسبة لمعظم الدول في الوقت الحاضر. وتشكل هذه العناصر قواسم مشتركة تزيد في أهميتها ودلالاتها على بعض الفروق بين هذه الدول

ومما يلاحظ في هذا السياق، أن المحاكم الدستورية تقوم في الوقت الحاضر، في إطار تطوير اختصاصاتها وممارستها لسلطاتها في رقابة دستورية القوانين، بحماية الحقوق الأساسية وتأكيد سمو الدستور، بدراسة وتحليل الاتجاهات القضائية المتبناة من جانب المحاكم الدستورية في الدول الأخرى، وذلك بهدف إثراء الدور الذي تقوم به في حماية الحقوق والحريات. ولم يعد غريباً في الوقت الحاضر أن تتضمن أحكام المحاكم الدستورية إشارات إلى بعض أحكام المحاكم الدستورية الأجنبية، لاسيما في سياق تفسير النصوص الدستورية، بهدف تبني أكثر التفسيرات المحتملة تعزيزاً لحقوق الإنسان وحرياته، ولا نبالغ إذا قلنا إن تنامي هذا الاتجاه لدى المحاكم الدستورية قد أدى إلى ما يمكن أن نطلق عليه تدويل القانون الدستوري *internationalization of constitutional law*، ولاشك أن هذا التطور يشكل جزءاً من اتجاه أكثر عمومية وهو عولمة القانون *globalization of law* بصفة عامة.

ونتيجة للاتجاه السابق، أضحت من الصعب الاعتقاد بأن الحلول القضائية المتبناة في أغلب مسائل حقوق الإنسان- مثل الحق في المساواة والحق في عدم التمييز أو مسائل أخرى مثل الحق في الخصوصية أو الحق في الإجراءات السلمية قانوناً أو الحق في عدم الخضوع للتعذيب- تقتصر على نظام قانوني بعينه. ذلك، أن الحلول القضائية المتبناة بالنسبة لهذه الحقوق ولغيرها من حقوق الإنسان تميل للتقارب شيئاً فشيئاً، وذلك تأكيداً لمبدأ عالمية حقوق الإنسان.

النتائج

- ١- القضاء الدستوري، بحسب الأصل، ليس عملاً سياسياً، بل هو عمل فني قضائي. ومن ثم، لا يخرج ما يباشره القاضي الدستوري عن طبيعة الأعمال القضائية.
- ٢- من طبيعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن تمس بالضرورة عدداً من المشاكل السياسية، حيث تكفل نصوص الدستور أنواعاً متعددة من الحقوق السياسية للفرد والمجتمع والسلطات الدستورية، وهي أمور تتصل أوثق اتصال بقيم المجتمع، بحيث يبدو تعرض القاضي الدستوري لها- في ظاهره- كما لو كان يقحم نفسه في مجالات سياسية تختص بها السلطة السياسية وحدها ولا ينازعها في ذلك القضاء.
- ٣- القضاء الدستوري هو الحصن الحصين للدستور والملاذ الأمين لكل السلطات والمجتمع والأفراد. ومن ثم، ينبغي أن يكون حكمه هو فصل الخطاب الذي ينبغي على الجميع الخضوع له، حتى تظل سيادة القانون هي إحدى القيم الكبرى التي تحكم مسيرة المجتمع نحو التقدم والتطور.
- ٤- لا يمكن استبعاد إمكانية أن يؤدي القضاء الدستوري دوراً سياسياً ما، من منطلق استناده في وظيفته الرقابية على نصوص الدستور، والتي تعد بحد ذاتها نصوصاً قانونية وسياسية، لأن الدساتير هي أداة تنظيم الحياة القانونية والسياسية في الدولة بالدرجة الأولى، علاوة على دورها في باقي مجالات الحياة في الدولة.
- ٥- يدل استقراء أحكام المحاكم الدستورية فيما يتعلق بدستورية القوانين وتفسير الدستور، دلالة واضحة على أن القاضي الدستوري يمارس سلطة تقديرية واسعة،

يكون له في ظلها تأثير على السياسات العامة للمجتمع، في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

٦- تكشف تجربة القضاء الدستوري المقارن أن القاضي الدستوري يعمل عبر سلطته في التفسير، على إثراء القواعد الدستورية، من خلال اجتهاده في البحث عن مصادرها ومشاركته في تحديد مضمونها، على نحو قد يقترب من حالة "خلق القاعدة الدستورية". ويلاحظ أن هذا الدور الإيجابي الذي بات القاضي الدستوري يؤديه في تشكيل "الكتلة الدستورية" جعل بعض الفقه يطلق عليه وصف "مشروع دستوري مشارك" أو "مشروع دستوري ثانوي".

٧- "التحول نحو الصبغة القضائية للسياسة" أو "تدخل القضاء في صنع السياسات" **Judicialization of Politics** ظاهرة تُشير إلى تنامي نفوذ القضاة وأحكام المحاكم علي حساب السياسيين وأعضاء الجهاز البيروقراطي للدولة، وما يلحق بذلك من تحول الدور النافذ في الاختصاصات الأصلية لعملية صنع القرار من جانب السلطة التشريعية والتنفيذية، والخدمة المدنية" الجهاز البيروقراطي"، إلى المحاكم وقضاتها، أو بمعنى آخر تجاوز تبعات أحكام القضاء لحدود المحاكم مؤثرة بذلك في عملية صنع السياسة العامة في مختلف المجالات، بما في ذلك المجالات السياسية والاقتصادية.

٨- القضاء الدستوري هو الحصن الحصين للدستور والملأذ الأمين لكل السلطات والمجتمع والأفراد. ومن ثم، ينبغي أن يكون حكمه هو فصل الخطاب الذي ينبغي على الجميع الخضوع له، حتى تظل سيادة القانون هي إحدى القيم الكبرى التي تحكم مسيرة المجتمع نحو التقدم والتطور.

٩- ثمة سلبيات عديدة ترتبط بانخراط المحاكم الدستورية في وضع القانون وصنع السياسات، لعل من أبرزها عدم قدرة هذه المحاكم على أخذ نتائج قراراتها على مجمل الحياة في المجتمع نظراً لمحدودية قدرتها على جمع المعلومات.

١٠- لا تبدو ظاهرة تنامي انخراط المحاكم الدستورية في مباشرة دور تشريعي مقصورة على الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية، ولكنها تشمل أيضاً الدول التي تأخذ بنظام القانون المدني.

١١- يمكن القول إن تنامي انخراط المحاكم الدستورية في مباشرة دور تشريعي يعد ظاهرة حتمية لا يمكن تفاديها بحال من الأحوال، لأنها مرتبطة بجوهر الوظيفة القضائية. وما دام القضاة مستمرين - بحكم التزامهم بإيجاد حلول للمنازعات المطروحة عليهم- في تفسير القانون وتطبيقه، فإنهم ينخرطون، بالضرورة، في وضع القانون وصنع السياسات.

١٢- في كثير من الأحيان، يكون من العسير رد انخراط المحاكم الدستورية في خلق القانون وصنع السياسات في سياق مباشرتها لوظيفتها في حسم المنازعات الدستورية- بما في ذلك الرقابة القضائية على دستورية القوانين- إلى مجرد التزامها بتفسير النصوص الدستورية ذات الصلة. وقد يكون التفسير الأقرب إلى الصواب في مثل هذه الحالات هو رغبة القضاة الدستوريين في أن تكون لهم الكلمة الأخيرة والنهائية بشأن السياسات المهمة مثل موضوع الإجهاض في الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا.

١٣- توجد قيود متعددة إجرائية وموضوعية على السلطات التشريعية للمحاكم الدستورية.

١٤- يفحص القاضي الدستوري، في سياق الرقابة على دستورية التشريعات، ليس فقط تكامل أو سلامة الإجراءات البرلمانية، ولكن أيضاً موضوع التشريعات محل الرقابة. ولعل هذا أحد الأبواب التي تُفتح للمحاكم الدستورية لممارسة وظائف ذات طبيعة تشريعية.

١٥- عندما تفشل الأحزاب السياسية في البرلمان في حسم خلافاتها بشأن السياسات المراد تبنيها، فإنها تتبنى نصوصاً تشريعية غامضة أو مفتوحة الطرفين، بما يعنى تصدير المشكلة إلى المحاكم الدستورية. ولا شك أن هذا المسلك يعكس نوعاً ما من التفويض الواسع والمفتوح للمحاكم الدستورية للتدخل بنفسها لحسم مضمون هذه النصوص التشريعية الغامضة.

١٦- لا يجوز للمحاكم الدستورية أن تحل إرادتها محل إرادة السلطة التأسيسية، من خلال استنباط مفاهيم يمكن أن تتناقض مع ما هو مكتوب في الدستور، كما لا يجوز لهذه المحاكم أن تفسر الدستور بطريقة ملفقة من أجل الوصول إلى نتائج تتناقض مع نصوص الدستور وقيمه الأساسية.

١٧- إن مشكلة الإغفال التشريعي أو امتناع المشرع عن ممارسة اختصاصه التشريعي، تقتضي معالجة حقيقية، لأن الأوضاع المناقضة للدستور لا حصانة لها؛ سواء أكانت هذه المشكلة ناشئة عن عمد أو إهمال. ومن ثم، لا بد من استحداث أساليب متطورة للرقابة القضائية، تُمكن القاضي الدستوري من أداء دوره كحام للدستور لأنه بغير هذه الحماية لا يمكن منع تحكّم البرلمان في بعض الحالات. كما أن أعمال الرقابة على حالة امتناع المشرع، تُعبر عن ضرورة احترام القانون ومراعاة مبدأ المشروعية، كما تؤكد للقضاء اختصاصه بالقيام على حماية

الدستور وصيانتته، برد سائر الهيئات العامة- بما فيها الهيئة التشريعية- الى حدودها الدستورية إن هي حاولت تخطيها أو الخروج عليه.

١٨- الأصل أن يصدر القانون من الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل لمباشرة هذه المهمة وهي البرلمان على اختلاف تسميته من وقت لآخر. ومن ثم، فإن تدخل القضاء "الدستوري" في مباشرة الوظيفة التشريعية يجب أن يبقى في أضيق نطاق ممكن، نظراً لما يكتنف هذا التدخل من محاذير دستورية وديمقراطية عديدة.

١٩- تكشف متابعة الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها عام ١٩٧٩، وما ورد بهذه الأحكام من حيثيات وما أرسته من مبادئ، أن دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة علي دستورية القوانين في مصر لم يكن مجرد عمل "قانوني" يتسم بالحياد والموضوعية في فحص النصوص التشريعية لبيان مدى توافقها مع الدستور، وإنما تأثر دورها بالواقع السياسي والاجتماعي وتفاعل معه، بحيث أصبحت المحكمة تضطلع بدور بارز في وضع أسس وضمانات حماية حقوق الإنسان، كما استقر مدلولها في وجدان قضاتها، حتي وإن لم يُنص علي هذه الحقوق صراحة في الدستور، حيث باتت الرقابة القضائية علي دستورية القوانين في تفاعل دائم مع الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي يعيشها المجتمع، وصار للمحكمة الدستورية دور "إنشائي" في مجال حقوق الإنسان، وليس مجرد تأكيد وضمن حقوق مكفولة بنصوص الدستور.

التوصيات

١- يجب على المحاكم الدستورية أن تنظر للدستور باعتباره "وثيقة نابضة بالحياة". ومن ثم، تقوم بتفسير نصوصه تفسيراً يتسق، بقدر ما يكون ذلك ممكناً، مع التوجهات السائدة في المجتمع والنظام السياسي، بحيث لا يكون الدستور عقبة تحول دون تطور المجتمع في جميع المجالات.

٢- يجب على السلطة التشريعية أن تستعيد دورها المركزي ومكانتها المحورية في وضع القانون وصنع السياسات، لأن تخليها عن مباشرة هذا الدور يسمح، بل قد يُوجب على المحاكم الدستورية أن تبادر إلى ملء هذا الفراغ بما يترتب على ذلك من سلبيات متعددة.

٣- يجب على السلطة التشريعية سرعة المبادرة إلى تبنى حلول أو سياسات تشريعية استجابة للمشكلات الاقتصادية والاجتماعية وغيرها التي يواجهها المجتمع، حتى لا تجد المحاكم الدستورية نفسها مضطرة لتعويض هذا النقص أو لملء هذا الفراغ، ثم تُتهم بالخروج على مبدأ الفصل بين السلطات والاعتداء على اختصاصات المشرع.

٤- يجب على المحاكم الدستورية إذا وجدت نفسها مضطرة للانخراط في عملية صنع السياسات أن تأخذ في اعتبارها آثار هذه السياسات على المجتمع. وبطبيعة الحال، لن يكون بمقدورها ذلك إذا اقتصر على الآراء ووجهات النظر التي يبديها أطراف الدعوى أمامها. ولذلك، يجدر بهذه المحاكم أن تطلب تقارير محايدة من خبراء أو تستمع لمن يُطلق عليهم أصدقاء المحكمة، وذلك حتى تأخذ قرارات هذه المحاكم مصالح جميع الأطراف في اعتبارها.

٥- يجب على المحاكم الدستورية أن تستنبط من النصوص الدستورية الصريحة مبادئ ضمنية، مثل الكرامة الإنسانية، والحرية، والمساواة والأمن القانوني، والعدالة الاجتماعية، ودولة الرفاهية، على نحو يعزز دورها في تعزيز حقوق الإنسان.

٦- يجب على المحاكم الدستورية ألا تبالغ في إلغاء النصوص لعدم الدستورية، وأن تقتصر على إلغاء أقل جزء ممكن من القانون، أي ما يكون ضرورياً فقط لاستعادة المشروعية.

٧- يجب على المحاكم الدستورية أن تضطلع بدور مهم في دعم جهود الإصلاح وحماية حقوق الإنسان، من خلال تطوير الدستور، بحيث تتواءم نصوصه مع التحولات التي يشهدها المجتمع، وتقريبها إلى حقائق العصر التي تعاشها. وكذا تطوير الدستور، لا سيما عندما ينظم الدستور بعض المسائل بالنص على أصولها دون فروعها مكتفياً ببيان أصل القاعدة. وهنا يأتي دور القاضي الدستوري في رد هذه الفروع إلى أصلها، فلا تحظى بأقل من الحماية التي يوفرها الدستور للأصل.

٨- يجدر بالقاضي الدستوري المصري الالتفات إلى أهمية أسلوب القرارات المضيفة أو التفسير المضيف، لأن هذا الأسلوب يساعد القاضي الدستوري في مباشرة وظيفته في الرقابة على دستورية القوانين على نحو خلاق. ذلك، أن من شأن استخدام هذا الأسلوب المحافظة على حيوية الوثيقة الدستورية على نحو يطيل من عمرها، ويجعلها متلائمة مع الظواهر الاقتصادية والاجتماعية التي لم حاضرة في ذهن واضعي الوثيقة الأصلية.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية:

أ - المؤلفات العامة:

١ - د. حسين عثمان محمد عثمان:

- القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٢.

٢ - د. رمزي طه الشاعر:

- النظرية العامة للقانون الدستوري، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة
٢٠٠٥.

٣ - د. رمضان محمد بطيخ:

- النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، ط ١، دار النهضة
العربية، القاهرة، ١٩٩٥-١٩٩٦.

٤ - د. صلاح الدين فوزي:

- الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة،
١٩٩٥.

٥ - د. عبد الحميد الشواربي والمستشار محمد محمود المصري:

- دستورية القوانين- في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا ١٩٧٩/١٩٨٥،
منشآت المعارف بالإسكندرية، طبعة ١٩٨٦.

٦ - د. على عبد العال سيد أحمد:

- النظرية العامة للقانون الدستوري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة عام ١٩٩١.

تفسير القاعدة الدستورية في النظامين المصرى والكويتى، دار النهضة العربية
عام ١٩٩٥.

٧- د. علي يوسف الشكري:

- مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع،
الطبعة الاولى ٢٠٠٤، مصر الجديدة.

٨- د. محمد كامل عبيد:

- نظم الحكم ودستور الإمارات، أكاديمية شرطة، ٢٠٠٣.

٩- د. محمد محمد عبد اللطيف:

- القانون الدستوري المصري والمقارن، دار الشافعي للطباعة، المنصورة، ٢٠١٠.

١٠- د. يحيى الجمل:

- القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.

١١- د. إبراهيم درويش:

- القانون الدستوري النظرية العامة والرقابة الدستورية، دار النهضة العربية،
الطبعة الرابعة، القاهرة، ٢٠٠٤.

١٢- ماجد راغب الحلو:

- القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٦.

ب- المؤلفات المتخصصة:

١- د. أحمد فتحي سرور:

- الحماية الدستورية للحقوق والحريات العامة، الناشر دار الشروق، القاهرة،
٢٠٠٠.

- ٢- د. أمين عاطف صليبا:
- دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٢.
- ٣- د. جورجى شفيق سارى:
- اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير (النطاق- الشروط- الأثر)، دراسة تحليلية لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقهاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٤- د. رأفت فوده:
- الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور ١٩٧١، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٥- د. رفعت عيد سيد:
- الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- ٦- د. رمزي طه الشاعر:
- الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة وتحليلية للقضاء الدستوري، دار التيسير، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٧- د. شاكر راضي شاكر:
- اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم، دراسة تأصيلية تحليلية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- ٨- د. صبري محمد السنوسي محمد:
- آثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

- ٩- د. عبد الحفيظ علي الشيمي:
- رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ١٠- د. عبد العزيز محمد سالم:
- ضوابط وقيود الرقابة الدستورية (منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح)، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٢.
- ١١- د. عبير حسين السيد حسين:
- دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٥.
- ١٢- د. عزيزة حامد الشريف:
- أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان تحت عنوان دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، ١٩٩٨.
- ١٣- د. عصمت عبد الله الشيخ:
- الرقابة على الدستورية والفكرة القانونية السائدة في المجتمع السياسي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان تحت عنوان: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، مجموعة بحوث المؤتمر، ١٩٩٨، ص ٥٤٩.
- ١٤- د. فاروق عبد البر:
- دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، بدون دار نشر، ٢٠٠٤.

- ١٥- د. محمد فؤاد عبد الباسط:
- ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشآت المعارف
بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٢.
- ١٦- د. محمد فوزي نويجي:
- التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،
٢٠٠٨.
- ١٧- د. محمد عبد اللطيف:
- الرقابة على دستورية قوانين الخصخصة، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول
لكلية الحقوق بجامعة حلوان تحت عنوان: دور المحكمة الدستورية العليا في
النظام القانوني المصري، مجموعة بحوث المؤتمر، ١٩٩٨. القانون العام
الاقتصادي، دراسة مقارنة، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت،
٢٠١٢.
- ١٨- د. محمود احمد زكي:
- الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحججه - دراسة مقارنة- الطبعة
الأولى، ٢٠٠٤، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٩- د. هالة محمد طريح:
- حدود سلطة المشرع المصري في تنظيم الحقوق والحريات والضمانات المقررة
لممارستها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- ٢٠- د. وليد محمد الشناوي:
- الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية: "دراسة مقارنة": بحث مقدم إلى
المؤتمر الدولي الرابع عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة تحت عنوان

"مستقبل النظام الدستوري للبلاد" المنعقد- في كلية الحقوق/ جامعة المنصورة- في الفترة من ١٧-١٨ أبريل ٢٠١٢.

- الحماية الدستورية للحقوق البيئية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥٢)، أكتوبر، ٢٠١٢.

٢١- د. وهيب عياد سلامة:

- أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

٢٢- د. يسري محمد العصار:

- دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٢٣- هنري روسيون:

- المجلس الدستوري الفرنسي، ترجمة: د. محمد وطفة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠١.

ج- المقالات:

١- أحمد خميس كامل:

- الدور السياسي للقضاء قبل وبعد إقرار الدستور الجديد، مقال منشور في موقع مجلة الديمقراطية: <http://democracy.ahram.org>

٢- باب مع القانون:

- الإغفال التشريعي ودور البرلمان الجديد مسئولية مجلس النواب سرعة إصدار القوانين المنفذة للدستور.. هناك قوانين صدرت في ظل النظام الاشتراكي وما زالت

سارية، صحيفة الأهرام، الجمعة ٥ من ربيع الآخر ١٤٣٧هـ، ١٥ يناير ٢٠١٦
السنة ١٤٠ العدد ٤٧١٥٦، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/NewsPrint/468795.aspx>

٣- باب مع القانون:

- هل السلطة التشريعية مطلقة في إصدار القوانين أم مقيدة؟ الإغفال التشريعي.
والرقابة الدستورية على مجلس النواب، صحيفة الأهرام، الجمعة ٢١ من ربيع
الأول ١٤٣٧هـ، ١ يناير ٢٠١٦ السنة ١٤٠ العدد ٤٧١٤٢، مقال متاح على
الموقع التالي:

<http://www.droitentreprise.org/web/?p=1964>

٤- برقوق عبد العزيز:

- مقاربة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية، دفاتر
السياسة والقانون، يونيو ٢٠١٣، متاح على الموقع التالي:

[http://dspace.univ-ouargla.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/
7264/1/D0901.pdf](http://dspace.univ-ouargla.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/7264/1/D0901.pdf)

٥- حيدر محمد حسن عبد الله:

- معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي، مجلة المحقق الحلي
للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٤، السنة السابعة، ٢٠١٥.

٦- د. إبراهيم الحمود:

- توسيع اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على دستورية
القوانين، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة
١٨، العدد الأول، مارس ١٩٩٤.

٧- د. أحمد حافظ عطية نجم:

- مبدأ الفصل بين السلطات وتطور العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في الدساتير المصرية، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة ٢٣، بلا عدد، المطبعة العالمية، القاهرة، بدون سنة نشر.

٨- د. احمد فتحي سرور:

- حدود ولاية القضاء العادي في المسألة الدستورية، بحث منشور في مجلة الدستورية، العدد السادس، السنة الثانية، ٢٠٠٤. اللغة العربية في الدستور، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/archive/Issues-Views/News/12824.aspx>

٩- د. أحمد كمال أبو المجد:

- دور المحكمة الدستورية في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مجلة الدستورية – العدد الأول، يناير، ٢٠٠٣.

١٠- د. صعب ناجي عبود:

- الآلية المتبعة من قبل القاضي الإداري في خلق القاعدة القضائية، مجلة كلية الحقوق- جامعة النهريين، العراق، المجلد ١٨، العدد ٢، كانون الثاني، ٢٠١٦.

١١- د. عادل الطباطبائي:

- الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.

١٢ - د. عادل عامر:

- ظاهرة الإغفال التشريعي، هذا المقال متاح على الموقع التالي:

<https://almesryoon.com/%d8%af%d9%81%d8%aa%d8%b1-%d8%a3%d8%ad%d9%88%d8%a7%d9%84-%d8%a7%d9%84%d8%b7%d9%86/53-%d8%ac%d9%87-%d8%a9-%d9%86%d8%b8%d8%b1/843240-%d8%b8%d8%a7%d9%87%d8%b1%d8%a9-%d8%a7%d9%84%d8%a7% d8%ba%d9%81%d8%a7%d9%84-%d8%a7%d9%84%d8%aa %d8%b4%d8%b1%d9%8a%d8%b9%d9%8a>

١٣ - د. عبد الله صالح:

- المحكمة الدستورية العليا وحقوق الإنسان في مصر، مجلة الديمقراطية، بحث متاح على الموقع التالي:

<http://democracy.ahram.org.eg/UI/Front/InnerPrint.aspx?NewsID=208>

- د. عدنان عاجل عبيد □ ميسون طه حسين: الطبيعة القانونية للقضاء الدستوري، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، (مجلة رسمية تصدر بشكل نصف سنوي عن جامعة بابل)، العدد ٢، ٢٠١٦.

١٤ - د. ليلا تكلا: الأمبودسمان ومؤسسات حقوق الإنسان، جريدة الأهرام، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/Archive/2003/9/30/WRIT1.HTM>

١٥ - د. محمد الفيلي: الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية في الكويت: ما له وما

عليه، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة ٢٣، العدد الثالث، سبتمبر، ١٩٩٩.

١٦- د. محمد محمد عبد اللطيف: الدستور والمنافسة، مجلة الدستورية، العدد الثالث عشر، هذا المقال متاح على موقع المحكمة الدستورية العليا على الموقع التالي:

<http://www.hccourt.gov.eg/elmglacourt/abdelatef.htm>

١٧- المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في ٢٣ من يوليو ٢٠٠٨، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد ٣٤، العدد ٣، ٢٠١٠.

١٨- د. نبيل عبد الفتاح: أزمات دولة القانون في مراحل الانتقال المضطرب ٣/١، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.arbynews.com/egypt/641283.html>

١٩- د. نفييس صالح مدانات: المجلس العالي لتفسير الدستور هل هو محكمة دستورية؟، مجلة جامعة دمشق، المجلد ١٩، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص ١١٣.

٢٠- د. وليد محمد الشناوي: تدويل إجراءات وضع القانون: تقييد أم تمكين السلطة التنفيذية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥١)، أبريل ٢٠١٢. الأمن القانوني ومبادئ سن القانون الجيد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد (٥٦)، أكتوبر، ٢٠١٤.

٢١- د. عبد العزيز محمد سالم: رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد الخامس عشر: مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.hccourt.gov.eg/elmglacourt/maklaaDr.abdalazz1>

[5.htm#2](#)

٢٢- د.عيد أحمد الحسينان: قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة ال البيت ، المفرق، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الثامن والأربعون، أكتوبر، ٢٠١١، ص ١٧٤، متاح على الموقع التالي:

<http://sljournal.uaeu.ac.ac/issues/48/images/3-%20Eiad%20%20Alwaidia%20.pdf>

٢٣- رياض عبد عيسى الزهيري: رأي في مبررات الدور التشريعي للقاضي الإداري- دراسة قانونية، الحوار المتمدن، العدد ٢٧٩٤، ٩-١٠-٢٠٠٩، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=187415>

٢٤- سالم روضان الموسوي: دور القضاء الدستوري العراقي في معالجة النقص التشريعي، بحث منشور على موقع السلطة القضائية العراقية على الموقع الالكتروني: <http://www.iraqja.iq/view.1871>

٢٥- سهام صديق: الاغفال التشريعي وسبل معالجته ، مقال منشور على الموقع التالي: http://www.droitentreprise.org/web/?p=1964#_ftn5

٢٦- طارق عبد العال: صناعة القانون في مصر بين سلطتين ١ - ٣، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.shorouknews.com/columns/view.aspx?cdate=29072016&id=6eb1cfe-eb6e-49d9-ac4f-3cbc32f09de4>

٢٧- طارق محمود جعفر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين: حدود الاختصاص بالدعوى الدستورية بين القضاء العادي والمحكمة الدستورية العليا، مقال متاح على الموقع التالي:

http://www.tarek61.com/page03.htm#_ftn1

٢٨- عبد الرحمن عزراوي: الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجًا، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، العدد ١٠، الجزائر، ٢٠١٠.

٢٩- محمد سبيلا، العدالة والحرية: تعارض أم تكامل؟، مجلة التسامح، العدد ٢٤، ٢٠٠٨، هذا المقال متاح على الموقع التالي:

<http://tasamoh.om/index.php/nums/view/28/560>

٣٠- المستشار أحمد هبة: الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص تشريعي، جريدة الأهرام، العدد ٤١١٥٥، الأربعاء، ١١/٨/١٩٩٩. مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/Archive/1999/8/11/OPIN6.HTM>

المستشار الدكتور فتحى نجيب: حوار مع سيادته نُشر بجريدة الأهرام بتاريخ-31/١١/٢٠٠٢، العدد ٤٢٣٤١، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.ahram.org.eg/Archive/2002/11/9/INVE1.HTM>

٣٢- المستشار شفيق إمام: ما قل ودل: حكومة القضاة، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.aljarida.com/articles/1462240190473995300/>

٣٣- مها بهجت يونس الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، متاح على الموقع التالي:

<http://almerja.com/reading.php?i=4&ida=1291&id=973&idm=21976>

- دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الاجتماعية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، متاح على الموقع التالي:

<http://almerja.com/reading.php?idm=22109>

٣٤- نجاد البرعى: حكومة القضاة، مقال متاح على الموقع التالي:

<http://www.shorouknews.com/columns/view.aspx?cdate=04052015&id=449d12f3-236b-4d09-a366-f596c2785306>

٣٥- هاتف الاعرجي: رأي الفقه والقضاء في انحراف البرلمان والرقابة القضائية، مقال منشور في جريدة الاتحاد، الصحيفة المركزية للاتحاد الوطني الكردستاني،

على الموقع التالي: <http://www.alitthad.com>

د- رسائل الماجستير والدكتوراه:

١- ابتسام فاطمة الزهراء شقاف: دور القاضي الإداري في إنشاء القاعدة القانونية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٦.

٢- د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٣- د. عاطف سالم عبد الرحمن: دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاقتصادي والاجتماعي- دراسة مقارنة مع الولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، ٢٠١٠.

٤- د. محمد السيد صالح حجازي: الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، بدون تاريخ نشر.

٥- د. مرفت عبد المنعم صادق: الحماية الجنائية للمستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩.

٦- د. وليد محمد الشناوى: الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٨.

ثانياً: مراجع باللغة الأجنبية:

أ- مراجع باللغة الإنجليزية:

A- Books

- 1- Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress* (New Haven: Yale University Press, 1978).
- 2- Carlo Guarnieri and Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, (Oxford: Oxford University Press, 2002).
- 3- William Gangi, *Saving the Constitution from the Courts*, (Norman: University of Oklahoma Press, 1995).
- 4- John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Cambridge: Harvard University Press, 1980).
- 5- Luc J. Wintgens (Editor), *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, (Applied Legal Philosophy), Routledge, 2007.
- 6- Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Oxford: Clarendon Press, 1991).
- 7- Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

-
- 8- Sabine Michalowski and Lorna Woods, **German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties**, (Aldershot, Hants, England: Ashgate, 1999).
 - 9- Allan R. Brewer-Carias, **Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study on Amparo Proceeding**, Cambridge University Press, New York 2009.
 - 10- Eva Steiner, **Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions**, Springer, 2015, Volume 3 of the series **Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law**.
 - 11- Juan Luis Requejo, **The Problems of Legislative Omission in, Constitutional Jurisprudence, Paper from the Constitutional Court of Spain , XIV Conference of Constitutional Courts of Europe, Vilnius - May 2008 .**
 - 12- Aharon Barak, **Judicial Discretion**, (New Haven: Yale University Press, 1989).
 - 13- Peter A. Gerangelos, **Separation of Powers and Legislative Interference In Judicial Process: Constitutional Principles and Limitations**, (Oxford: Hart, 2009).
 - 14- Alec Stone Sweet, **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**, Oxford University Press, 2000.

-
- 15- Donald L.Horowitz, *The Courts and Social Policy*, (Washington: Brookings Institution, 1977).
 - 16- Donald P.Kommers , Russel A. Miller, *Constitutional Jurisprudence of The Federal Republic Of Germany*, 3 Ed, 2012 , U.S.A, Westchester Publishing.
 - 17- Edward McWHINNEY, *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
 - 18- F.Rubio Liorente, *Constitutional Jurisdiction as Law-Making*, Berlin Heidelberg , Springer – Verlag , 1988.
 - 19- Guy Carcassonne, *The principles of the French constitution*, Paris, 2002 .
 - 20- Roussillon (H), *le Conseil Constitutionnel* , 3e edition , Dollaz , 1996.
 - 21- Sofia Amaral Garsia,Nuno Garoupa, Veronica Grembi, *Judicial independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts*, University of Illinois- college Of Law, 2008.
 - 22- Tom Ginsburg, *Constitutional Courts in new Democracies*, Global Jurist Advances, Vol. 2. 2002.

B - Articles

- 1- Alec Stone Sweet: The Politics of Constitutional Review in France and Europe, International Journal of Constitutional Law, 5, (2007).
- 2- Ernest A. Young: Judicial Activism and Conservative Politics, University of Colorado Law Review, 2002, 73.
- 3- Keenan D. Kmiec: The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, California Law Review, 2004, 92. Issue 5.
- 4- Tom Ginsburg & Zachary Elkins, "Ancillary Powers of Constitutional Courts," 87 Texas Law Review 1431 (2008).

ب- مراجع باللغة الفرنسية:

A- Livres

- 1- André Hauriou [et al.]: Droit constitutionnel et institutions Politiques, 7e édition, Ed. Montchrestien, Paris, 1980.
- 2- BEHRENDT, Ch. : Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, (2006), p. 537.
- 3- Charles Eisenmann: La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, (reprint of the original book of 1928 with H. Kelsen s Preface), Economica, Paris 1986.

- 4- Egidijus Jarašiūnas,/ed: Les problèmes de l'omission législative dans la jurisprudence constitutionnelle : XIVe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes, [T.] 1-2.
- 5- Hans. Kelsen: "La garantie juridictionnelle de la constitution (La Justice constitutionnelle)", Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger, Librairie General de Droit et the Jurisprudence, Paris 1928.
- 6- T. Di Manno: Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie, Economica, PUAM, Paris - Aix-en-Provence, 1997.

B-Articles

- 1- Abraham Hervé DIOMPY: Les dynamiques récentes de la justice constitutionnelle en Afrique francophone, in Revue électronique Afrilex : www.afrilex.u-bordeaux4.fr
- 2- Alec STONE SWEET: Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République » – Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 25, (Dossier : 50ème anniversaire) – août 2009.
- 3- Didier Ribes: Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre, 1999,

-
- Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 9, (Dossier : Afrique du sud) - février 2001.
- 4- J. Rivero: “Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français,” in IX Journées Juridiques Franco-Latino Américaines, Bayonne 21-23 mai 1976.
- 5- Jacques Arrighi de CASANOVA: le pouvoir normatif du juge constitutionnel, Cahiers du conseil constitutionnel, dossier n°24 , juillet 2008 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>).
- 6- Jouanjan, O: Commentaire de l'ouvrage Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif , RIDC 2007 vol 59 pp. 433-437.
- 7- Le Conseil constitutionnel “législateur positif” ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative , Revue internationale de droit comparé Année 2010 Volume 62 Numéro 2 pp. 507-531.
- 8- M. Cappelletti: Le pouvoir des juges Revue internationale de droit comparé Année, 1993, Volume 45, Numéro 1, pp. 278-280.

9- Marie Galand: la sanction de l'erreur manifeste du législateur devant le Conseil constitutionnel , publié sur le site :

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/galand.html>

10-Michel Fromont: République Fédérale d'Allemagne: 1'Etat de droit, Revue de droit public (1984).