النظرية المعيارية في الدور السياسي للقاضي الدستوري
دراسة نقدية تأصيلية مقارنة في النظامين المصري والأمريكي

دكتور
حسين أحمد مقدتد
أستاذ مساعد القانون العام
كلية الحقوق – جامعة حلوان

يقول الله تعالى في محكم التنزيل:

وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ۚ
إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَٰئِكَ كَانَ عَنْهُ
مَسْئُولًا.

الإسراء: ٣٦.

مقدمة

ليس بخافٍ على أحد من فقهاء القانون العام، ما جابهته فكرة رقابة الدستورية من عقباتٍ كئود، لا أقول حجَّمت من صلاحيات قضاتها أو ضيَّقت من نطاق قانونيتها فحسب، بل أعاقت ظهورها من الأساس لحقبٍ زمنية مديدة؛ حيث فكرة السيادة التشريعية المطلقة التي طالما كُرِّس لها وقتئذٍ بمقولة حقٍ أريد بها باطل؛ فاتُخِذ منطقُ انبثاق إرادة البرلمان عن إرادة الأمة، وهو منطق صوري ثبت خطؤه لاحقًا، تُكئةً لتسويغ تصرفاته تذرعًا بأن إرادة ممثليه إنما تعكس إرادة الجماعة التي استخلفتهم، في محاولةٍ لإضفاء القدسية على أعمال سلطة التشريع. لتولد رقابة الدستورية ولادة متعثرة، إن جاز التعبير، في أجواءٍ ملبدةً بفكرٍ مناهضٍ لها، ساهم بنصيبٍ كبيرٍ في تضييق نطاقها، وتحجيم صلاحيات قضاتها، بل وفي إثارة الشكوك حول فعاليتها وجدواها، سيَّما من قِبَل المناوئين لـ"قانونيتها". فهذه الأجواء التي صيغت فيها "قانونية" رقابة الدستورية، صياغةً غير واضحة، غلب عليها تضييق النطاق المحجوز لسلطتها إلى الحد الذي قُصِرَت معه ابتداءً على المناحي الشكلية فقط.

وليس أكثر دلالة على وصف البيئة السياسية التي ولدت فيها فكرة رقابة الدستورية، مما يقوله المفكر الكبير "ألبرت فين دايسي" إذ يقول في كتابه الشهير: "ودوري في هذا الفصل هو ــ في المقام الأول ــ شرح طبيعة السيادة البرلمانية، وإظهار أن وجودها حقيقة قانونية، معترف بها تمامًا في قانون انجلترا، ثم إثبات عدم وجود أي من القيود القانونية المزعومة على سيادة البرلمان"([1]).

([1]) إذ يقول ما نصه:

"My aim in this chapter is, in the first place, to explain the nature of Parliamentary sovereignty and to show that its existence is a legal fact, fully recognized by the law of England; in the next place, to prove that none of the alleged legal limitations on the sovereignty of Parliament have any existence"; Albert Venn Dicey: Introduction to the study of the law of the constitution, Reprint. Originally published: 8th edition, Macmillan, London, England, 1915, p. 3.

فقد أخذ السيد "دايسي"، وهو أحد أبرز مفكري القرن العشرين، على عاتقه مهمة التكريس لفكرة السيادة البرلمانية المطلقة، حتى ساد الاعتقاد في صدق هذه الفكرة؛ سياسيًا وقانونيًا، ما كان سببًا في تقليص فكرة الرقابة إلى أدنى مستوياتها ممثلة في المقابلة الحرفية فحسب، بل وفي إنكار البعض فكرة الرقابة من حيث الأصل وعدم استساغتها، ما دام أن محلها عمل المشرع الذي تعكس سيادته سيادة الجماعة التي فوضته في التعبير عن إرادتها، ومن ثم لنا أن نتصور النظرة الأولى إلى فكرة رقابة الدستورية، وخير شاهد لما نقول كم الاعتراضات التي ووجهت بها المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية حينما أقرت لنفسها بأحقية رقابة الدستورية؛ إذ وُصِف عملها وقتئذ لا بانضوائه على دور سياسي فحسب، بل بكونه خروجًا على طبيعة الوظيفة القضائية التي أنيطت بها دستوريًا([1]).

وفي المقابل، فقد انبرى الفقهاء الأوائل دفاعًا عن "قانونية" اختصاص الرقابة على الدستورية، حتى كتب لصورتها القضائية الأفضلية على نظيرتها السياسية؛ لما لها من طابع معياري، تفتقر إليه الثانية التي عادة ما تتسلل اعتبارات السياسة إلى منبرها، فتصير بوقا مسموعًا للسلطة السياسية. وما أن بلغ القاضي الدستوري أشده واستوى في مواجهة السلطة التشريعية؛ أصلية كانت أو استثنائية، فأذخذ يجابه العديد من انحرافات التشريع التي طالما قصُرت يده عن الوصول إليها تذرعًا بأفكار عتيقة ثبت خطؤها لاحقًا. فقد راح ثلة من الباحثين يؤصلون لفكرة جد خطيرة تنافي فلسفة الرقابة على الدستورية في صورتها القضائية، ألا وهي فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، غير مكترثين بمغبة التكريس الفقهي لهذه المسألة عبر أطروحات بحثية!

موضوع البحث:

نتخذ محلاً لبحثنا المتواضع هذا، واحدة من أدق المسائل التي أعيت كثيرًا من الباحثين الجدد في مجال القانون الدستوري؛ ردًا إلى اعتبارات عديدة؛ أهمها: وقوف

([1]) انظر:

Wilson C. Freeman: Marbury v. Madison Returns! The Supreme Court Considers the Scope of "Judicial" Power, Legislative Attorney, Congressio-nal Research Service, Paper for Members and Committees of Congress, January 16, United States, 2018, p. 1.

جل الباحثين عند ما حوته أدبيات القانون الدستوري "التقليدية" بشأنها من آراء فقهية في مراحلها الأولى، وكأنها مسلمات لا تقبل النقاش ولا تجري عليها سنة التغيير، وانطلاق بعض الباحثين في معالجتها من مقدمات خاطئة، وعدم تريُّث البعض الآخر في دراستها على الوجه الذي تستحق، ألا وهي فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري الوطني؛ إذ افتقرت جل الأدبيات والأطروحات البحثية التي عالجتها إلى المنهج المعياري الذي يناسب طبيعة الدراسات القانونية، ما يتسع معه المجال لبحث هذه المسألة من منظور معياري، تؤخذ فيه خصوصية القضاء الدستوري في الاعتبار.

هذا، وتعد مسألة الدور السياسي للقاضي الدستوري، واحدة من أكثر المسائل القانونية إثارة للجدل، والجدل حولها قديم متجدد وليس بمنتهٍ؛ إذ تطارد شبهة التسيُّس، رقابة الدستورية في صورتها القضائية منذ ظهورها، بل سبقتها ظهورًا؛ إذ رُوِّج لها قبل ظهور رقابة الدستورية إلى حيز الوجود؛ بغرض الحيلولة دون دخول القضاء بمعياريته معترك الحياة السياسية، فيحول دون تحكم السلطة السياسية بفرعيها التشريعي والتنفيذي في المشهد السياسي.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في مسألة الدور السياسي للقاضي الدستوري، في غموض مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، وتعجُّل الباحثين الجدد في نسبة الدور السياسي، على ما يكتنف مفهومه من غموض، إلى العديد من أحكام الدستورية التي لم يكن عمل القاضي فيها سوى إنفاذًا لإرادة المشرع؛ دستوريًا كان أوعاديًا، هذه الإشكالية الدقيقة نردها في الأساس إلى تداخل الكثير من الاعتبارات التي تحيط بآلية الرقابة على الدستورية في صورتها القضائية، وأهمها:

تقليدية مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية فضلا عن غموضه:

تعد قلة الوالجين إلى طريق التكريس لتطور مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، إحدى الإشكاليات التي تواجه دراسة مسألة الدور السياسي للقاضي الدستوري من

زاويتين؛ أولاهما: تهيُّب ولوج طريقها لوعورته؛ وثانيتهما: تعرُّض كل محاولة إلى بحثها لانتقادات لاذعة بمنطق النظرية التقليدية.

وبغض الطرف عن الأسباب التي تقف من وراء احتجاب جمهور الفقه عن التكريس لتطور مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، ومن ثم اتساع نطاقها، سواء تمثلت في الخشية من تسلل اعتبارات السياسة إلى منصة الدستورية إزاء التكريس المتزايد لنظرية التقييد الذاتي لسلطة الرقابة على الدستورية، أو لما لكلمة "سياسي" من عمومية تجعلها تنطلي على ما ليس منها؛ سيما وأن عمل القاضي الدستوري يقع على الحد الفاصل بين السياسة والقانون، هذا الحد الذي طالما عزَّ رسمه على الكثيرين، أو الاعتقاد في عدم جدوى التفرقة بين دلالات مصطلح "سياسي" في الواقع العملي؛ ما دام أن الآثار المترتبة على أحكام الدستورية نافذة حتمًا لا محالة بحكم نهائيتها، فإن واقع العمل يشي بوجود فجوة كبيرة بين ما تحمله أحكام الدستورية من تقدمية، وما تحويه أدبيات الفقه التقليدية في صدد كفهوم هذه الـ"قانونية"، وهو ما نعده سببا مباشرًا من وراء اعتقاد كثير من الباحثين في الدور السياسي للقاضي الدستوري.

تزايد دور القاضي الدستوري في مواجهة سلطة التشريع "المنتخبة":

لا مراء في أن دور القاضي الدستوري المعاصر قد تزايد في مواجهة السلطة المنتخبة، مقارنة بما حيز له من صلاحيات محدودة للغاية في مراجعة أعمالها في أول عهده بمباشرة اختصاصه الرقابي؛ حتى كادت الأسس الفكرية أو النظرية التي كرَّست لها أدبيات السابقين من فقهاء القانون العام في مقام التأصيل لقانونيتها لا تقوى على تسويغ ما أحدثه مؤخرًا في أمر رقابة الدستورية وآلياتها، من تطوير غير متوقع ــ وقتئذ ــ لا فقهًا ولا قضاءً؛ فلم يكُ يخطر بخلد أكثر المتفائلين لرقابة الدستورية وقت نشوئها أن بساطها سيتسع ليشمل ما أسماه الفقه انحرافًا تشريعيًا، أو ما أسماه القاضي الدستوري إغفالا تشريعيًا. فما من شك أن هذا الدور المتزايد هو ما حدا الكثيرين من باحثي القانون العام إلى الاعتقاد في دور سياسي للقاضي الدستوري. بيد أن هذا الدور المتزايد، يعد أثرًا بدهيًا لكثرة الصراعات السياسية والحزبية، فضلا عن

تدني نوعية عمل المجالس التشريعية في العقود الأخيرة؛ حتى ظهرت ما تعرف بظاهرة التضخم التشريعي، والتي حدت إلى التكريس لتطبيق جديد من تطبيقات مبدأ الأمن القانوني، هو مبدأ جودة التشريع؛ وضوحًا وتحديدًا؛ فعادة ما ينشط القاضي الدستوري ويظهر دوره الإيجابي بوضوح في أوقات الأزمات السياسية، سيما في أوقات الانقسام بين سلطتي التنفيذ والتشريع The divide between the executive and legislature, providing the perfect opportunity for court activism([1])؛ باعتبار أن منصته هي الموئل الآمن لتسوية النزاعات السياسية بعيدًا عن عنف الشارع وتبعاته غير المأمونة، وهو الأمر الذي عادة ما يجعل أعماله عرضة لشبهة الدور السياسي، كلما طُلبت عدالة الدستور لديه في كل خصومة سياسية أو ذات طابع سياسي.

وعليه، فلا ينبغي أن يُحمل تطور وظيفة الرقابة الدستورية طورًا بعد طور، على أن قاضيها يمارس دورًا سياسيًا، لمجرد أن يقصر منطق البعض عن تفسير تقدمية مسلكه في قضية ما، في حقبة زمنية ما، سيما وأن العلاقة الطردية بين اختصاصه الرقابي واختصاص سلطة التشريع، حاصلها كثرة اللجوء إليه كلما كثر خروج الثانية على مقتضى الدستور، وفي المقابل تنحسر ولايته شيئًا فشيء عن أعمالها كلما أخلصت للدستور في انتساج معايير "القانونية" على منواله؛ فالعبرة في توافر الدور السياسي في جانب القاضي، لا بازدياد نفوذه في مواجهة السلطة المنتخبة أو بحثه في مسائل جدلية بطبيعتها إذ تقع على التماس بين القانون والسياسة، بل بمدى التزامه حدود دوره القانوني؛ هذا الدور الذي يتحدد بوضوح مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية.

فما كُتبت الأفضلية لرقابة الدستورية في صورتها القضائية، على صورتها السياسية، سوى لمعيارية عمل سلطة القضاء واستقلاليتها التي جُبل أعضاؤها عليها،

([1]) انظر:

Nathan J. Brown and Julian G. Waller: Constitutional Courts and Political Uncertainty: Constitutional Ruptures and the Rule of Judges, Oxford University Press and New York University School of Law, United States, 2017, p. 825.

حتى إنْ انتفت هاتان الصفتان عنها، وجدنا أنفسنا أمام الصورة السياسية لها ولو اكتسى رجالاتها حلة القضاء، وهو ما يتحقق من طريق التكريس لفكرة الدور السياسي؛ لما له من عظيم الأثر على نزاهة القاضي الدستوري ومصداقيته في الوفاء بالتزامه الدستوري في الحفاظ على الدستور([1]).

أهداف البحث وأهميته:

نهدف من وراء البحث في هذه المسألة الشائكة، إلى تحقيق عدة أهداف جوهرية، لها من الأهمية البالغة ما يجعلها جديرة بالبحث والدراسة المُعمَّقيْن، منها:

أولا: بلورة نظرية فقهية متكاملة حول مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري ومعيار نسبته إلى أحكام الدستورية؛ تسهم في الحد من دعاوى المناوئين لرقابة الدستورية "القضائية" تسيُّس منصتها، ومن ثم تحفظ ثقة الجماعة في محكمة الدستورية، وقد أخذت تشرعن لاختصاصاتها في صلب الدستور، بما ينعكس إيجابًا على مباشرة الحق الدستوري في التقاضي أمام القاضي الدستوري "الطبيعي" من ناحية، ويحفظ لرقابة الدستورية، وهي ركيزة أساس لدولة القانون، مكانتها في نفوس المتقاضين لديها من ناحية أخرى.

ثانيًا: جذب أنظار الباحثين في مجال القانون الدستوري، إلى أخذ تطور أدوات الرقابة على الدستورية إذ تعمَّقت في أغوار التشريع، في الاعتبار حال الحديث عن الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ فقد اعتُرف للقاضي الدستوري المعاصر ببسط رقابته على كثير من جوانب التشريع التي كانت تصنَّف في عداد ما يمتنع على غير المشرع النظر فيها، في أول عهده برقابة الدستورية؛ كتلك التي تبحثها رقابة التناسب أو رقابتا الانحراف والإغفال التشريعيين.

ثالثًا: جذب انتباه الباحثين الجدد إلى خطورة التكريس لمشروعية الدور السياسي للقاضي الدستوري، على غير معيار موضوعي يحتكم إليه في نسبة الدور

([1]) للمزيدحول كيفية الوفاء بهذا الالتزام؛ راجع حسين مقداد: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما؛ دراسة تأصيلية مقارنة في النظامين المصري والأمريكي، دار النهضة العربية، ٢٠١٨، ص ٨٠ وما بعدها.

السياسي إلى عمل القاضي؛ حتى لا يكرسوا لما ينافي فلسفة الرقابة على الدستورية في صورتها القضائية، ويقدمون السند الفقهي لتسييس منصة الدستورية، طالما تيقن قضاتها في أن أحكامهم موصومة لا محالة بالدور السياسي.

فلو طلبنا من باحثين كُثُر ممن نسبوا الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، أن يضعوا تعريفًا محددًا لمصطلح "سياسي" في مجال رقابة الدستورية، لما أمكنهم ذلك، وقد يعذروا لاستعصاء الفكرة على القولبة التعريفية، بيد أنهم لا يعذرون في التسرُّع في نسبة هذا الدور إلى محكمة الدستورية، لمجرد أن لا تسعفهم قرائحهم في تفسير مسلكها؛ لما يترتب على ذلك من إضعاف ثقة المواطنين في قضاء الدستورية وهو ركيزة أساس لدولة القانون.

رابعًا: التأكيد على ضرورة التفرقة، في نسبة الدور السياسي إلى حكم الدستورية، بين إرادة المشرع؛ دستوريًا أو عاديًا، وإرادة القاضي الدستوري؛ فأكثر ما تؤتى منه منصة الدستورية، باب الخلط بين إرادة المشرع وإرادة قاضيها؛ فلربما اعتقد الكثيرون في أن الدور السياسي لقاضي الدستورية، يكمن في الأثر المترتب على حكمه، دون تعويل على ما إذا كان معزوًّا إلى إرادة الشارع؛ دستوريًا كان أو عاديًا، أو مره إرادة المستقلة، حتى إن قضاة الدستورية عادة ما يبهتوا بما لم يكونوا ليقصدوا إليه، لو كان لهم الخيرة من أمرهم.

خامسًا: جذب انتباه الباحثين الجدد في مجال القانون الدستوري إلى خصوصية فكرة المعيارية في عمل القاضي الدستوري، وعدم قياسها على معيارية عمل قضاة القانون الخاص؛ فكما أن صفة "القانونية" لا تنتفي عن قواعد القانون الدستوري؛ لعدم وضوح فكرة الجزاء بمفهومه المادي الذي يميز قواعد القانونين الجنائي والمدني، على الراجح فقهًا، فإن المعيارية لا تنتفي في جانب عمل القاضي الدستوري؛ لعدم التزام حرفية النصوص في الفروض التي لا تفي فيها بمراد الجماعة؛ فمعايير المشروعية الدستورية ليست كمعايير المشروعية القانونية؛ كما أثبتت التجربة، بمعنى أن تقدير المصالح التي تتنازع حماية الدستور، والذي يستقل قاضي الدستورية به في

ضوء المعطيات والملابسات التي تثير مسألة الدستورية كما يستقر على ذلك جمهور الفقه، لا ينبغي أن يقاس البتة على تقدير المصالح الجديرة بحماية القانون الذي يطبقه القاضيان العادي والإداري، ومن ثم فلا ينبغي أن يُصرف هذا التقدير إلى الدور السياسي، وإلا لاستسيغ مد بساطه إلى كل تقدير يجريه قضاة المحاكم الأخرى.

سادسًا: التأكيد على أهمية وصول محكمة الدستورية إلى جمهور الدستوريين من طريق التخريج القانوني الجيد لحكم الدستورية، وما له من عظيم الأثر في بلورة الاعتقاد في دورها السياسي، سيما لدى الباحثين الجدد؛ فكم من نتيجة صحيحة رتبتها أحكام الدستورية، وحيثياتها غير مقنعة لجمهور الفقه الدستوري، كانت سببا من وراء نسبة الدور السياسي إليها، ، ويكأن تطور "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية الذي نكرس له، يوجب على المحكمة تطوير اللغة المستخدمة في عرض المبدأ الدستوري الذي تكرس له في حكمها.

سابعًا: إلحاق وصف الانحراف بالسلطة إلى الدور السياسي للقاضي الدستوري، طالما اشترطنا لتوافر الأخير في جانب عمل القاضي الدستوري، توافر عنصر القصد إلى مخالفة الدستور في جانب إرادة القاضي؛ رغبة في الحد من تعجُّل البعض ـــ سياسيين كانوا أو قانونيين ـــ في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي، إلا أن يحوز دليلاً قاطعًا وبرهانًا ساطعًا، وإلا عُدَّ قادحًا في نزاهته واستقلاله.

منهج البحث:

نزاوج في بحث هذه المسألة المتداخلة اعتباراتها، بين عدة مناهج؛ أولها: المنهج التحليلي، وثانيها: المنهج الاستقرائي، وثالثها: المنهج المقارن؛ سعيًا إلى بلورة نظرية معيارية في الدور السياسي للقاضي الدستوري، قوامها النقد والتأصيل والمقارنة في النظامين المصري والأمريكي.

هذا، ويتمثل دور المنهج التحليلي بعملياته الثلاث؛ التفسير والنقد والاستنباط، في تفسير ظاهرة تعجُّل العديد من الباحثين في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي

المبحث الأول

موقف الفقه الدستوري من

مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم:

كان لغياب دور الراسخين في علم القانون العام في التكريس لتطور مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية واتساع نطاقها؛ كأثر طبعي لتطور أدواتها، فضلاً عن تغيُّر العديد من الأفكار القانونية والفلسفية العتيقة التي عاصرت نشأتها وكانت سببًا مباشرًا من وراء تضييق نطاقها؛ كفكرة السيادة البرلمانية المطلقة Absolute Parliamentary Sovereign التي لاقت رواجًا كبيرًا في القرن العشرين على يد المفكر السياسي الشهير "ألبرت ديسي"(1)، كان له عظيم الأثر في تعثُّر جُل من ولجوا طريق فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ ينقِّبون عن تطبيقاتها في عمل القاضي الدستوري الوطني.

فكيف كان لموقف جمهور فقه القانون العام من مفهوم ونطاق "قانونية" رقابة الدستورية، أثره الواضح في بلورة الاعتقاد في الدور السياسي للقاضي الدستوري؟ هذا ما نعرض له بشيء من التفصيل من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: غياب التحديد الفقهي لمفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري.

المطلب الثاني: جمود نظرة الفقه الدستوري إلى "قانونية" رقابة الدستورية.

المطلب الأول

غياب التحديد الفقهي

لمفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري

باديء ذي بدء، لقد افتقرت جل الأطروحات البحثية التي تناولت مسألة الدور السياسي بالدراسة، إلى بيان المقصود بالدور السياسي ومعيار الاستدلال عليه؛ سواء لعدم تعرُّض بعضها من الأساس لدراسة ماهية الدور السياسي، أو لاقتصار البعض

---

(1) انظر تفصيلا:

A. V. Dicey: Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8th edition, Macmillan, London, England, 1915, p. 3, 4.

الأخر على ذكر أوصاف عامة لما يعد دورًا سياسيًا؛ إذ اكتفى جل الباحثين بذكر التطبيقات التي رأوا فيها خروجًا على المألوف لهم في مباشرة اختصاص رقابة الدستورية ذي الطبيعة القانونية "التقليدية"، من دون التوقف مليًّا أمام مفهوم هذا الدور ومعيار نسبته إلى عمل القاضي الدستوري([1])، وكأنهما قد باتا من الوضوح والتحديد بما لا حاجة معه إلى التعرض لهما تحاشيًا لرتابة التكرار؟! ومن ناحية أخرى، جاءت المحاولات الفقهية التي تناولت هذه الفكرة غير كافية لتحديد هذا المفهوم بدقة ووضوح.

فالقول، على سبيل المثال، بأن حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية "تشريع العزل السياسي"، أحد تطبيقات دورها السياسي، يشيء بخلط بين إرادة القاضي الدستوري والإرادة المفترضة للمشرع الدستوري؛ إذ ألبست المحكمة حلة الهيئة ذات الاختصاص القضائي للجنة العليا للانتخابات الرئاسية؛ فقبلت إحالتها فيما يتعلق بمدى دستورية الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ والمضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢م، المعروف بقانون "العزل السياسي". وكما هو معلوم أن المحكمة الدستورية ـــ بل كل محكمة ـــ تستقل بالتكييف القانوني للوقائع في ضوء النطاق التقديري المخول لها قانونًا؛ وإذ لم تخالف المحكمة في تكييفها للجنة الانتخابات الرئاسية على أنها هيئة ذات اختصاص قضائي، نصًا دستوريا أو قانونيًا صريحًا، بل اجتهدت رأيها ولم تأل، وهو ما ينفي عن عملها شبهة الدور السياسي كما نرى لاحقًا في مقام الحديث عن معيار الدور السياسي([2]).

([1]) انظر على سبيل المثال:

- د. أحمد محمد حسب النبي الشورى: الدور السياسي للقضاء الدستوري؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٧.
- د. ميسون طه حسين: الدور السياسي للقضاء الدستوري؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٥.
- د. أشرف تامر محمد علي: الدور السياسي للقضاء الدستوري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠١١.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد: الدور السياسي للقاضي الدستوري- دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام ذات الصبغة السياسية: دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- د. عاطف سالم عبد الرحمن: دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٠.

([2]) انظر ما يلي: ص ٩٣ وما بعدها.

وكذا ينُمُّ إيراد حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية "تصويت العسكريين"، في سياق الحديث عن دورها السياسي، عن خلط بين إرادة القاضي الدستوري وإرادة المشرع الدستوري الصريحة، في عزو الآثار السياسية المترتبة على قرار الدستورية في هذه القضية؛ إذ أعملت المحكمة مقتضى القاعدة الأصولية المستقرة فقهًا أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة؛ فلم يك في وسعها إلا أن تنزل عند مقتضى الإرادة الصريحة للمشرع، وإلا كان عملها هذا عين الدور السياسي؛ كما نرى لاحقًا([1]).

وما الخلط في المثالين المذكورين، وغيرهما، إلا لخطأ المقدمات التي انطُلق منها لتناول مسألة الدور السياسي بالبحث والدراسة؛ فلمجرد أن يقصر فهم المقيم لحكم الدستورية عن تفسيره قانوناً، وفق المفهوم التقليدي لـ"قانونية" رقابة الدستورية الذي يستفاد بالكاد من أدبيات القانون الدستوري العامة- هذا المفهوم الذي يعكس المعنى الحرفي أو الشكلي لاعتبارات القانون كما نرى لاحقًا، يبادر الباحث إلى الجزم بتوافر الدور السياسي في جانب المحكمة، وكأن فهمه قد أصبح معيارا للحكم على دستورية عمل القاضي الدستوري!!

وعلى الجانب الآخر، أخذ جانب من الفقه يكرسون لعدم مشروعية الدور السياسي للقاضي الدستوري([2])؛ كونه ينافي فلسفة الرقابة الدستورية في صورتها القضائية، ويعيدها إلى نقطة انطلاق صورتها السياسية، بل ويزيد من خطورتها إذ تتحول إلى أداة شرعنة بيد السلطة السايسية أو معول هدم لسياساتها. بيد أن هذ الطرح الفقهي، وقد تعجل الكثير من الباحثين في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري الوطني، أضحى بحاجة إلى قراءة تفصيلية جديدة، تقوم على تبني معيار موضوعي واضح للاستدلال على الدور السياسي.

([1]) انظر ما يلي: ص ٩٦ وما بعدها.

([2]) انظر:

- د. علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ٢١٧ وما بعدها؛
- م. د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٥٤٧ وما بعدها.

فوصف الدور السياسي، مثلاً، بأنه "تجاوز حدود رقابة الدستورية من المشروعية إلى الملائمة، وتجاوز حدود مرجعية الرقابة من الدستور إلى المباديء العليا"([1])، وهو قول وجيه بلا أدنى شك كقاعدة عامة أو كأصل عام من الأصول المرعية في مباشرة اختصاص رقابة الدستورية في جل النظم الدستورية حول العالم، يأخذنا إلى رسم الحدود الفاصلة بين رقابتي المشروعية والملائمة، وكذا تعيين الحدود الفاصلة بين مباديء الدستور والمباديء العليا، وهما ليستا من الوضوح بما يقطع في نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري! كما أن القول بأن التزام حدود "قانونية" رقابة الدستورية، ومن ثم الابتعاد عن المجال السياسي، مناطه ألا نكون بصدد جهة "قضاء سياسي"، وأن يلتزم القاضي الدستوري "حدود الدستور" في مباشرة اختصاصه"([2])، يحدونا إلى تحديد مفهوم "القضاء السياسي"؛ أهو قضاء التبعية السياسية أم قضاء التأثر بالمتغيرات الاجتماعية والسياسية؟! وكذا تحديد نطاق "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية؛ أقانونية اعتبارات القانون "المجردة" هي، أم قانونية "مقاصد القانون" التي تتكيف معياريتها مع ما تتحقق به هذه المقاصد([3])؟! وهما الإشكاليتان اللتان احتُجبتا بياناً وتفصيلاً عن جل الأطروحات البحثية التي عالجت فكرة الدور السياسي، كما سبق أن أشرنا.

ليبدو واضحا جليا، احتجاب جمهور الفقه الدستوري عن الخوض في غمار مسألة "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية بشيء من التفصيل المناسب، وإن كان قد انتصر لها على حساب قرينتها "السياسية" في مثافنة الجدل حول الطبيعة القانونية لرقابة الدستورية، وهو ما يرد ـــ في تقديرنا ـــ إلى سكون حالة الجدل الذي أثير حول "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، بعدما حازت صورتها القضائية على قبول واستحسان الأغلبية الساحقة من مشرعي الدساتير حول العالم([4])، وأخذوا يكرسون لها في أصلاب الدساتير غير تاركينها لتقدير المشرع العادي إذ تتحكم الأغلبيات

([1]) انظر:
- د. علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٩؛
- م. د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ص ٥٤٨ وما بعدها.

([2]) انظر د. علي السيد الباز: المرجع السابق، ص ٢٠٦.

([3]) انظر ما يلي: ص ١٠٤ وما بعدها.

([4]) انظر على سبيل المثال:

في أصلاب الدساتير غير تاركينها لتقدير المشرع العادي إذ تتحكم الأغلبيات الحزبية في قراره، ما جعل جمهور الفقه يأنس لقانونيتها "التقليدية" طالما لم يتجدد الجدل حول طبيعة عمل قاضيها، على الأقل في العقود الخمسة التي سبقت اندلاع ثورات الربيع العربي؛ حيث كانت دعاوى الدور السياسي لقاضي الدستور، محصورة في نطاق ضيق.

أما وقد كثر الحديث عن الدور السياسي لقاضي الدستور، متمثلا في تزايد دعاوى السياسيين والحزبيين من ناحية، وتزايد الأطروحات التي حملت عنوان الدور السياسي للقاضي الدستوري من ناحية أخرى، فقد وجب على جمهور الفقه أن يتخذ موقفًا واضحًا تجاه فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، طالما كان غموض مفهومها وعدم وضوح نطاقها، بابًا خلفيًا لنسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، لمجرد أن يخالف اجتهاد القاضي، توقعات بعض السياسيين والحزبيين أو يناهض مصالح البعض الآخر.

وكما نعرض لاحقا في موضعه، سنرى أن وجه القصور في معالجة فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، يكمن في عدم التفرقة بين ما يُنسب من آثار أحكام الدستورية إلى إرادة المشرع الدستوري أو العادي، وتلك التي تُعزى إلى إرادة القاضي الدستوري، هذا الخلط بين الإرادتين الذي أفسح المجال لإثقال كاهل القاضي الدستوري بـ"شبهة" الدور السياسي في كثير من المناسبات التي لم يكن عمله فيها، سوى ترجمة لإرادة المشرع؛ دستوريًا كان أو عاديًا([1]).

- Gustavo Fernandes de Andrad: Comparative Constitutional Law: Judicial Review, Journal of Constitutional Law(United States), Vol. 3:3, May 2001, p. 978 and next;
- Barry Friedman: The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 90, New York University School of Law, (or) University of Cincinnati Law Review(United States), Vol. 72, 2004, p. 1257;
- Robert Badinter: The Nature and Function of Judicial Review, No Publisher, No Date, p. 9 and next.

([1]) انظر ما يلي: ص ٧٢ وما بعدها، ص ٨٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

جمود النظرة الفقهية إلي

اللاقانونية لله اختصاص رقابة الدستورية

باديء ذي بدء، فرغبة في النأي بالصورة القضائية لرقابة الدستورية ـــــ في مراحلها الأولى ـــ عن كل شبهة قد تحوم حول إمكانية تحولها إلى رقابة سياسية، لا يجيدها قضاة الدستورية بحكم تأثرهم باعتبارات القانون الجامدة، أو تلافيا لاصطدام سلطة الرقابة بالسلطة السياسية وما قد يستتبعه من تقليص لصلاحياتها أو ربما سعيها إلى التخلص منها كلية وقت أن كانت سلطة تقرير اختصاصها مخولة لسلطة التشريع العادي، قبل انتقالها إلى سلطة التشريع الدستوري، سيما في ظل دعاوى بعض السياسيين بل وبعض القانونيين المناوئة لها، فقد راح جمهور الفقه يؤصل لـ"قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، في حدود ضيقة للغاية([1])، لا أحسبني مبالغا في القول بأنها لم تكن تفي بالعلة من تقريرها أو لتحقق غايتها وقتئذ، فضلا عما آلت إليه أدواتها التقدمية مؤخرًا.

وزيادة في التفصيل، فقد قيس دور قضاة الدستورية في تطبيق الدستور، على دور قضاة المحاكم العادية في تطبيق القانون، وفق ما عُرفت قديمًا بنظرية العدالة التقليدية، والتي تجعل من القضاة ـــــ على حد تعبير السيد "مونتسيكيو" ـــــ مجرد أبواق ينفخ فيها المشرعون؛ فقيل بأن دورهم لا يتجاوز دائرة البحث عن إرادة المشرع الكامنة في النصوص، ومن ثم فقد عُومل الدستور كقانون قياسًا على التشريعات التي تطبقها محاكم القانون العام، فيما أسماها الفقه الأمريكي "الحقبة الشكلية"([2])، كأثر طبعي لاقتصار وظيفة الدستور على الحد من عنفوان السلطة

([1]) للمزيد؛ راجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما؛ مرجع سابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

([2]) فالتأثر بالنظرة التقليدية إلى فكرة العدالة، والتي تنظر إلى مفهوم تطبيق القانون نظرة مادية، ورُئ اعتقادًا في أن تطبيق القانون عملية حرفية أو شكلية لا مكان فيها لإرادة القاضي، وأن دور القاضي، أي قاض، ينحصر فقط في البحث عن إرادة واضعي القانون، ولو كان ذلك بالمخالفة لما آلت إليه أفكار الجماعة في حاضرها، وإلا كان مقترفا لعمل تشريعي يقتحم به النطاق المحجوز لسلطة التشريع، ولعل ذلك ما يفسر عزوف الكثير من بلدان أوروبا الشرقية عن استجلاب التجربة الأمريكية في رقابة الدستورية خشية أن ينتقل إليها فيروس حكومة القضاة؛ على حد تعبير أحد الكُتاب، ما ولد حالة واقعية لدى جمهور الفقه مؤداها تأطير إرادة القاضي بإطار محدد، لا يتسنى لها تجاوزه، هذه النظرة الفقهية تأثرت أيضا بالبطء النسبي لتطور أوضاع الجماعة وتغير ظروفها، حيث كان القانون متمعًا بقدر كبير من الثبات والاستقرار، على خلاف أوضاع الشعوب الآن؛

وطغيانها في مواجهة الحرية الفردية وقتئذ، ولمَّا لم يُكْمِل الفقه مسيرة الانتصار لها من طريق التكريس لتطورها ومن ثم اتساع نطاقها، وإن كان قد أقر بعض التطبيقات التي تعكس هذا التطور ضمنيًا؛ كرقابتي الانحراف ولإغفال التشريعيين، فقد ظلت على مفهومها "التقليدي"، حتى قصُرت هذه القانونية "التقليدية" عن استيعاب تقدمية مسلك القاضي الدستوري في بعض المناسبات التي فرضتها المتغيرات الاجتماعية([1])، فقد نجم عن ذلك ـــ مع استمرار جل الباحثين الجدد في النقل الحرفي عن أدبيات الفقه التقليدي ـــ أن اتسعت الفجوة بين ما تقوى عليه رقابة الدستورية من أسس فكرية في معتقد قضاتها إذ أولتها الدساتير مكانة رفيعة، وما يستفاد مما هو مسطور في أدبيات الفقه التقليدي، هذه الفجوة التي حدت الكثيرين من الباحثين، إلى الاعتقاد في فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري.

فهذه النظرة التي وإن كان لها الفضل في توطيد أواصر الصورة القضائية لرقابة الدستورية، في مهب ريح المعارضات السياسية والانتقادات الفقهية التي اكتنفتها في سابق عهدها، فإن جمودها وعدم مسايرتها لتطور دور القاضي الدستوري المعاصر؛ متمثلا ذلك في انقطاع جمهور الفقه عن تناول فكرة "القانونية" وتطبيقاتها الحديثة تناولا مباشرًا، بما يقطع الطريق على كثير من المشككين في مسألة هي جدلية بطبيعتها، قد ألقى بظلاله على قناعة المحدثين من باحثي القانون العام بشأن حقيقة

إذ لا يكاد المشرعان الدستوري والعادى يقويان على التصدي لمواكبة المستجدات التي يموج بها العصر الراهن؛ للمزيد؛ انظر على التوالي كلا من:

- Montesquieu: De l'esprit des lois, Flammarion, Paris, 1979, p. 301;
- Goodwin Liu and Others: Keeping Faith with the Constitution, op. Cit, p. 23;
- R. Randall Kelso: Separation of Powers Doctrine on the Modern Supreme Court and Four Doctrinal Approaches to Judicial Decision-Making, Pepperdine Law Review, Volume 20, Issue 2, Article 6, United States, 1993, p. 532;

وراجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

([1]) للمزيد حول هذه المتغيرات؛ انظر:

- Bui Ngoc Son: Globalization of Constitutional Identity, Washington International Law Journal Association, U.S.A, 2017, p. 466 and next;
- Ran Hirschl: From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies, Oxford University Press and New York University School of Law, Volume 11, 2013, p. 4 and next;
- Thomas E. Kellogg: Constitutionalism with Chinese Characteristics? Constitutional Development and Civil Litigation in China, Oxford University Press and New York University School of Law, Volume 7: 215, Number 2, 2009, p. 242 and next.

الدور القانوني للقاضي الدستوري، وعلى وجه الخصوص مع تزايد دوره في مواجهة سلطة التشريع "المنتخبة"؛ جرّاء تدني نوعية عملها في العقود الأخيرة ومن ثم كثرة اللجوء إليه طلبا لعدالة الدستور، فراح بعض الباحثين يكرسون لفكرة الدور السياسي، وهم أسارى حيرة الجمع بين ما تكرس له أدبيات الفقه التقليدي وما تحويه أحكام الدستورية(١).

هذا، وقد ساهم في بلورة هذه النظرة التقليدية، أن محاكم ومجالس الدستورية حول العالم، قد درجت في أول عهدها بمباشرة اختصاصها الرقابي، على انتهاج سياسة تحفظية قوامها التدرج في بسط رقابتها على أعمال سلطة التشريع؛ خشية الاصطدام بالسلطة المنتخبة في الوقت الذي لم يكن المشرع الدستوري قد أنزلها منزلتها، حتى استطاع قضاتها أن يحوزوا ثقة الشعوب، فأخذ مشرعو الدساتير حول العالم يكرسون لها في أصلاب الدساتير، غير تاركينها لتقدير الأغلبيات البرلمانية وتباين أيديولوجياتها تجاه فكرة القضاء الدستوري.

فكان بدهيا أن تلتزم محاكم ومجالس الدستورية نهجًا تحفظيًا في بسط مظلة الرقابة على أعمال السلطة المنتخبة التي طالما نودي في الناس بأنها المتحدثة باسم الجماعة والمتصرفة لصالحها؛ حفاظًا على بقاء سلطتها في مهب ريح السلطة السياسية التي كان لسان حالها يشي بغير ما ينطق به لسان مقالها تجاه فكرة الرقابة ذاتها، سيما وأنها كانت تملك الحد من صلاحيات سلطتها أو التخلص منها، أو بحكم محدودية صلاحياته بحسب الأصل، ومن ثم ظهور رقابة الدستورية في مظهر التابع للسلطة السياسية، باعتبار أن عامّة الجماعة معنيون بالنتائج التي تخلفها أحكام الدستورية، ولا طاقة لهم بالتخريج القانوني لها.

---

(١) فعلى سبيل المثال، قد يعد البعض استقرار المحكمة الدستورية العليا على أن مفاهيم الحقوق والحريات الأساسية للإنسان "الوطني"، إنما تتحدد بأعلى ما وصلت إليه الديمقراطيات المعاصرة في تطبيقها، دورًا سياسيًا، وفقا لما يستفاد من الأدبيات التقليدية؛ ردا إلى أنها تتجاوز حدود الدستور كوثيقة وطنية، إلا أن يتسع مفهوم "قانونية" اختصاصها الرقابي ليشمل ما أدخل على مفهوم الدستور من تطور بفعل ظاهرة العولمة وما أحدثته من طفرة هائلة في الخروج بمبادىء والأفكار التي تحويها الدساتير من حيز "المحلية" الضيق إلى آفاق "العالمية" الرحبة.

يضاف إلى ما تقدم، أن جهود الفقه الداعمة لـ"قانونية" رقابة الدستورية، قد أخذت في التراجع في المرحلة التي اشتد فيها عود القاضي الدستوري في مواجهة سلطة التشريع؛ أصلية كانت أو استثنائية، هذا التراجع الذي نعزوه في الأساس إلى تراجع حركة الكتابة في مجال رقابة الدستورية واعتماد جل الباحثين الجدد على النقل "الحرفي" من أدبيات الفقه "التقليدية"؛ حتى إن أحدث أطروحاتهم ما زالت تردد آراء السيد "بيردو" الرافضة لـ"قضائية" رقابة الدستورية من الأساس([1])، هذه الأخيرة التي ربما استُسيغت ـــ جدلاً ـــ في مراحلها الأولى؛ حيث الخشية مما كانت لتفرضه معطيات البيئة السياسية من تصور انحياز سلطتها إلى السلطة السياسية أو عرقلتها مستقبلا. بينما لا نستسيغ ترديد هذه الآراء في هذه المرحلة المتقدمة من مراحل الرقابة، والتي تختلف معطياتها جد الاختلاف عنها في مراحلها الأولى؛ إذ أُقِرَّ قاضيها ـــ فقهًا وقضاءً ـــ على مد مظلة الرقابة إلى كافة أركان التشريع؛ الخارجية منها والداخلية، كما لو كان موجهًا لصناعة التشريع- إن جاز التعبير، فضلا عما أظهره من جسارةٍ في مناهضة إساءة استعمال سلطة التشريع، وتقدميةٍ في استخلاص معنى الدستور، توحيان باستقلالية حقيقية عن السلطة السياسية ودراية عميقة بمراد الجماعة.

فكل ما سبق، قد أسهم بطريقة مباشرة وغير مباشرة في بلورة نظرة تقليدية جامدة حول مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، ومن ثم إلى مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ باعتبار أن وضوح ملامح الأولى ونطاقها، يعكس مفهوم الثاني وفق مفهوم المخالفة؛ فكل ما تستوعبه "قانونية" رقابة الدستورية، لا يدخل في مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري.

هذا، ولم يكن الجمود حكرًا على نظرة الفقه الدستوري إلى مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، بل خيَّم بظلاله على فقه القاضي الدستوري ذاته في المراحل الأولى لها؛ فهذه المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية تنظر إلى التشريعات الاقتصادية

([1]) راجع تفصيلا: د. أشرف تامر محمد علي: الدور السياسي للقاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ٥٠٩ وما بعدها.

وتشريعات الرعاية الاجتماعية "التقدمية وقتئذ" التي تبنتها حكومة السيد روزفلت، بذات المنطق التقليدي الذي طالما تبنته في استخلاص معنى الدستور، في فترة زمنية كانت أدعى إلى تبني معايير جديدة للدستورية، وآية ذلك أن هذه التشريعات والتي أقرتها المحكمة بتشكيلها الجديد، كانت سببًا في تجاوز الأزمة الاقتصادية الطاحنة التي واجهتها الولايات المتحدة آنئذ؛ فقد التزمت المحكمة حرفية معايير الدستورية المعتمدة وقتئذ، في وزن مشروعية تشريعات تحررية، وهو ما حدا السيد "فرانكلين روزفلت" إلى ترشيح قضاة تقدميين([1])، أمثال السيد "بلاك" (في عام ١٩٣٧م)، والسيد "دوغلاس" (في عام ١٩٣٩م)؛ رغبة منه في الاعتماد على قضاة معارضين للفلسفة التقليدية ـــ أو لفقه الدستورية التقليدي إن جاز التعبير ـــ التي أعاقت تنفيذ الأجندة التشريعية التقدمية التي تبناها الكونجرس ابتداء من العام ١٩٠٥، ما مؤداه أن "القانونية" التقليدية لرقابة الدستورية وفق منظور القاضي الدستوري الأول، كانت من وراء التدخل في تشكيل هيئة الرقابة على الدستورية ذاتها([2]).

تقدير موقف فقه القانون العام من مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري:

باديء ذي بدء، وحتى لا نُغمط رجالات الفقه الدستوري كل فضل لهم، يمكنني القول بأن التكريس الفقهي لرقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري([3])، ورقابة الانحراف التشريعي([4])، ورقابة الإغفال التشريعي([5])، هو إقرار ضمني بتطور

([1]) للمزيد؛ راجع:

Judge Glock: Unpacking the Supreme Court: Judicial Retirement and the Road to the 1937 Court Battle, No Publisher, March 2017, p. 20 and next.

([2]) انظر:

Robert P. George: Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review, Fordham Law Review, Fordham University School of Law, Volume 69, Issue 6, Article 1, United States of America, 2001, p. 2271.

([3]) انظر: د. جورجي شفيق ساري: رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢١ وما بعدها.

([4]) انظر: م. د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٦١٣.

([5]) انظر:

Denise Teixeira d'Oliveira: Le Contrôle Juridictionnel des Omissions Législatives Inconstitutionnelles au Brésil: Voie de Démocratie Continue, Instrument in achevé de Contre-Pouvoir?, IXe Congres Français de Droit Constitutionnel, AFDC, Lyon, France, Jun 2014, p. 1 et suiv.;

Michel Melchior et Claude Courtoy: L'Omission Législative dans la Jurisprudence Constitutionnelle, Rapport établi pour la Cour Constitution-nelle de Belgique, (4 décembre 2007), p. 10 et suiv;

مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، ومن ثم اتساع نطاقها، وإلا لما كان للقاضي الدستوري المعاصر أن يبحث في مسائل طالما صُنفت في بداية عهده باختصاصه الرقابي على أنها من صميم الأعمال التي يستقل المشرع بتقديرها دون غيره، بل إن الدور الإيجابي لقاضي الدستور الذي يُكرَّس له مؤخرًا([1])، والذي أوشكت معه فكرة سيادة القضاء الدستوري أن تحل محل فكرة السيادة التشريعية، لا مسوِّغ له إلا أن يكون تطور مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي، ومن ثم اتساع نطاقها في مواجهة أعمال سلطة التشريع!!

وفي الفقه الدستوري الأمريكي، نرى أن التكريس لتعديل الدستور من طريق مقاصده ومعانيه، عبر قناة التفسير([2])، كطريق بديل لتعديله ماديًا أو رسميًا بواسطة سلطة التأسيس الفرعية، من دون أن تثار مسألة الدور السياسي للمحكمة العليا الاتحادية لكونها قد عدلت عن نهجها "التقليدي" في استخلاص معنى الدستور من منظور أصولي "متزمت"، إلى منظور علمي "تقدمي"، لهو عين التكريس، ولو من طريق غير مباشر، لتطور مفهوم ومن ثم اتساع نطاق "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية في النظام الأمريكي.

كما أن المحكمة العليا ذاتها، والتي أقرت دستورية التشريعات التي تقر الفصل المكاني بين الرعايا السود والرعايا البيض استنادًا إلى أن التعديل الرابع عشر لا يفهم

☙ م. د. عبد العزيز محمد سالمان: رقابة الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٥٤ وما بعدها.

([1]) للمزيد؛ راجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما، مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

([2]) فلم يعد الفقه المقارن يقصر معنى التعديل على دلالته المادية التي تنصرف إلى تعديل قوالب الدستور من طريق السلطة التأسيسية الفرعية revision by means of the formal amendment، بل توسع في معنى التعديل ليشمل دور القاضي الدستوري في تحديث معنى الدستور من طريق التفسير revision by means of judicial interpretation، وهو ما يقال له فقها تعديل الدستور من دون تعديل نصوصه Change of Constitution without Changing the Text، أو التعديل غير الصريح Implicit، ليبدو الأمر داخلا في اختصاص القاضي، وليس ثم اجتراء من جانبه على اختصاص سلطة التأسيس الفرعية؛ انظر:

☙ Rosalind Dixon: Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective, Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 347, May 2011, p. 96;

☙ Bjørn Erik Rasch: Foundations of Constitutional Stability: Veto Points, Qualified Majorities, and Agenda-Setting Rules in Amendment Procedures, Paper for presentation at the ECPR Joint Sessions of Workshops Rennes, France, April 11-16, 2008, p. 36.

☙ وللمزيد؛ راجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما، مرجع سابق، ص ٤٨ وما بعدها.

منه غير ذلك، هي التي دحضت قرينة الدستورية في جانب جميع التشريعات التي تضمنت صورًا نمطية للتمييز على أساس الجنس أو النوع، ولم يرمها أحدٌ أو ينعتها بأنها قد باشرت دورًا سياسيًا لكونها عدلت عن مسلكها القديم([1])؛ فقد أبطلت المحكمة ـــ في قضية Weinberger v. Weisenfeld ـــ قانونًا يقرر أحقية الأم الأرملة في الاستفادة من معاش الضمان من دون الأب الأرمل؛ رغبة منها إسدال الستار على كافة مظاهر التمييز على أساس الجنس، الذي خيم بظلاله على المجتمع الأمريكي لعقود طويلة.

بل إن جمهور الفقه الأمريكي يعتبر من حكمها في قضية Brown v. Board of Education الشهيرة([2]) نقطة فاصلة في تاريخ القضاء الدستوري الأمريكي، ويعده جانب كبير من الفقه بمثابة ركيزة التصحيح في مسار الدستورية الأمريكية في تاريخها الحديث([3])، بل ويذكرها جانب من الفقه المقارن على أنها واحدة من المحطات الرئيسة في تاريخ القضاء الدستوري الدولي.

هذا، ونخلص مما تقدم، إلى نتيجة جوهرية قوامها أن "قانونية" رقابة الدستورية، بحاجة ماسَّةٍ إلى تضافر الجهود لإعادة تخليقها بما يُظهر بريقها الآني في ضوء ما آلت إليه أدوات الرقابة من تطور، لا بما يعيد الذاكرة إلى وميضها القديم؛

([1]) للمزيد راجع أحكام المحكمة العليا الاتحادية في القضايا التالية:

Weinberger v. Weisenfeld, 420 U.S. 636 (1975), at 643 (internal quotation marks and citation omitted);

كما أبطلت المحكمة قانون إحدى الولايات لكونه يلزم الأبوين بتقديم الدعم المالي للأولاد الذكور حتى سن الحادية والعشرين، في حين يقصره في حق الإناث على سن الثامنة عشرة؛ لكونه يعد انعكاسا للمفاهيم التمييزية القديمة التي كانت تفيد بأن الإناث ولدن فقط من أجل تربية الأسرة، بينما يولد الذكور ليكونوا عونا للدولة والأسرة؛ انظر حكمها في قضية:

Stanton v. Stanton, 421 U.S. 7, 14-15 (1975) (internal quotation marks omitted);

كما قضت بأن من يدافع عن التمييز في العمل العام على أساس النوع، عليه أن يبرهن على موقفه بمبرر مقنع تماما؛ انظر حكمها في قضية:

United States v. Virginia, 518 U.S. at 531 [quoting Hogan, 458 U.S. at 724 (internal quotation marks omitted)].

([2]) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية:

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954); Legal Information Institute (LII).

([3]) انظر:

Pamela S. Karlan: What Can Brown Do For You?: Neutral Principles and the Struggle Over the Equal Protection Clause, Duke Law Journal, [Vol. 58:1049, 2009] p. 1049;

Jack M. Balkin: What Brown teaches us about Constitutional Theory?, Virginia Law Review, [Vol. 90, Number 6, October 2004], p. 1537;

وراجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما، مرجع سابق، ص ١٢٤ وما بعدها.

فقد صار تجديد الخطاب القانوني بشأن هذه الـ"قانونية"، مطلبا جوهريًا، بل ضرورة مُلِحَّة؛ لتطوير لغتها، ورفع مستوى تأثيرها وفعاليتها؛ فليس لمجرد أن يقصُر فهم المتناول لحكم الدستورية بالتقييم أو التحليل عن تفسير مسلك المحكمة في ضوء المفهوم التقليدي المستقر في الأذهان حول قانونية الرقابة، تكون النتيجة البدهية أن المحكمة قد أتت دورًا سياسيًا!

المبحث الثاني

مغبة التكريس الفقهي

لمشروعية الدور السياسي للقاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم:

باديء ذي بدء، ما يجذب الانتباه ويثير القلق، أن ثَـمَّ اتجاه فقهي آخذ في التكوين يكرس لمشروعية الدور السياسي للقاضي الدستوري، من طريق مباشر قوامه التصريح بمشروعية هذا الدور([1])، ومن طريق غير مباشر قوامه التكريس لمنافذ أو قنوات هذا الدور؛ كمن يقولون مثلاً بمشروعية رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، أو من يقولون برقابة الإغفال التشريعي "الكلي". فهلَّا أدرك المكرِّسون لمشروعية هذا الدور، تبعات إقرار القاضي الدستوري على مثل هذا الدور؛ من خروج على فلسفة الصورة القضائية لرقابة الدستورية، ومن ثم إضعاف حجتها في مواجهة مناصري قرينتها السياسية، فضلا عن تقديم السند القانوني لعدم محاسبة أعمال القاضي الدستوري ما دام أن فكرة المعيارية التي فضَّلت الأولى على الثانية، ستغيب عن عمل القاضي؟! فما هي الآثار التي يُخلِّفها التكريس الفقهي لفكرة الدور السياسي؟ هذا ما نعرض له بشيء من التفصيل من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: التكريس الفقهي للدور السياسي إحياءٌ لفكرة السيادة التشريعية "العتيقة".

المطلب الثاني: التكريس الفقهي للدور السياسي قوننة لتسييس رقابة الدستورية.

([1]) من قبيل ذلك، ما يقرره أحد الكتَّاب عن المحكمة الدستورية السودانية إذ يقول ما نصه: "قد يستغرب البعض الحديث عن دور سياسي للقضاء الدستوري، وهو عندي أحد ركائز العملية الديمقراطية، وإن بدا منذ الوهلة الأولى كقضية قانونية بحتة..."؛ انظر: د. محمود شعراني: حول الدور السياسي للقضاء الدستوري: الحق في التقاضي تصادره السلطة أم يسلبه القاضي؟، مقال منشور بصحيفة "الراكوبة" السودانية، بتاريخ ٢١ مارس ٢٠١٤م، متاح عبر الرابط التالي:
https://www.alrakoba.net/articles-action-show-id-47206.htm

المطلب الأول

التكريس للدور السياسي

إحياءٌ لفكرة السيادة البرلمانية للهالعتيقةلله

إن التكريس للدور السياسي للقاضي الدستوري، بما يستتبعه من تحلل القاضي من فكرة المعيارية التي كانت سببًا مباشرًا من وراء تفضيل الصورة القضائية لرقابة الدستورية على صورتها السياسية، من شأنه إعادة تخليق فكرة السيادة التشريعية العتيقة التي طالما سوَّغت تعسف الأغلبيات البرلمانية في استعمال سلطة التشريع؛ احتماءً في إرادة الجماعة التي لا تدرك عامتها خفايا التشريع([1])، بما قد يعيدنا إلى حقبةِ ما قبل رقابة الدستورية، بل ويزيد عليه أن تصبح أداة الرقابة سيفًا مسلولاً على إرادة الجماعة التي لم تك لتقنع بها وتنزلها منزلة المسائل الجديرة بتنظيمها في وثيقة الدستور، بل وتجعل من اجتهاد قضاتها مرجعًا لتفسير واحد من النصوص الدستورية الحاكمة، لو كانت لتدرك أنها ستتحول إلى أداة شرعنة بيد الأغلبيات الحزبية أو التكتلات السياسية.

فقد وقفت الخشية من استمرارية هيمنة بعض القوى السياسية على عملية تحديد المدلول النهائي لفكرة الدستورية الشعبية([2])، وتحديدًا بعدما بدت جليةً إساءةُ استعمال سلطة التشريع من قبل الأغلبيات الحزبية التي توالت على المجالس التشريعية المتعاقبة، من وراء مشايعة جمهور الفقه وكثير من رجالات السياسية الصورة القضائية لرقابة الدستورية، على حساب صورتها السياسية، ما دام أن سلطة الرقابة

([1]) إذ يقرر أحد الكتاب أن إنشاء المحاكم الدستورية في معظم بلدان القارة الأوروبية بعد الحرب العالمية الثانية ـ باستثناء النمسا ـ كان بمثابة رد الفعل على الأنظمة الاستبدادية التي هيمنت على القارة حتى وقت قريب؛ ابتداء من إيطاليا سنة ١٩٤٨م وألمانيا سنة ١٩٤٩م، ومرورًا بالأنظمة ما بعد الفاشية في جنوب أوروبا في نهاية السبعينيات، وانتهاء بأنظمة ما بعد انهيار الإمبراطورية السوفياتية في عام ١٩٨٩م؛ حيث ضمَّنت جميع بلدان أوروبا الوسطى والشرقية دساتيرها الجديدة، نصوصًا تخوِّل محاكم الدستورية النظر في مدى مطابقة أعمال البرلمان للدستور؛ راجع:

Pasquale Pasquino: The New Constitutional Adjudication in France; The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model, Centre de Théorie et Analyse du Droit - Paris EHESS, No Date, p. 3;

([2]) جدير بالذكر أن مفهوم الدستورية يتحدد باجتماع عدة عناصر، منها النصوص التي تختزن إرادة الجماعة(الكتلة الدستورية)، ومدى تعبيرها عن الإرادة الحاضرة للجماعة في الوقت الذي تطلب فيه عدالة الدستور(مدى التطابق بين مدلولي الدستور؛ القانوني والسياسي)، والظروف والملابسات التي تحيط بالمسألة محل النزاع الدستوري؛ سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية، ومدى إلمام الهيئة المنوط بها استخلاص معنى الدستور، بواقع الجماعة واستشفاف إرادتها الضمنية، وتجردها من الأيديولوجيات الحزبية والنزعات الشخصية، فضلا عن إحاطتها علما بمباديء ومعايير الدستورية؛ الوطنية منها والعالمية.

على الدستورية في صورتها السايسية، لن تعدو كونها هيئة سياسية تضفي المشروعية الدستورية على أعمال الأغلبية الحاكمة، كما حدث في النظام الفرنسي قُبيل استقلال قرار المجلس الدستوري مؤخرًا.

فقد مكث المجلس الدستوري الفرنسي، كما هو معلوم، أربعة عقود تقريبا لم يدحض فيها قرينة الدستورية سوى في جانب بعض التشريعات التي تكفي أصابع اليد الواحدة لعدها، وما ذلك ـــ في تقديرنا ـــ إلا لاعتقاد أعضائه، فضلا عن تبعيتهم الفكرية للسلطة السياسية، في أن فهم البرلمان للدستور المتجسد في التشريعات التي يقرها، يعكس فهم الجماعة الكامن في نصوص الدستور. ولعل ذلك ما كان سببًا مباشرًا من وراء استقرار جمهور الفقه على تكييف المجلس الدستوري على أنه هيئة سياسية تابعة لرئيس الجمهورية أكثر منه محكمة conceived of as a political body subservient to the President more than as a court، ولعل السبب الرئيس في ذلك هو ـــ وكما يقرر أحد الكتاب([1]) ـــ أن إنشاء المجلس الدستوري بموجب دستور ١٩٥٨م، لم يكن مكرسًا عن رغبة حقيقية في إنشاء "محكمة دستورية" أسوة بالوضع في ألمانيا وإيطاليا في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية؛ عزوًا إلى الظروف والملابسات التي عاصرت نشأة هذا المجلس الذي ولد محاطا بالاعتقاد السائد آنئذ في أن "البرلمان لا يمكن أن يخطئ Parliament cannot do wrong؛ باعتباره الهيئة المنتخبة شعبيًا، والتي تعد رمزًا للديمقراطية في فرنسا، مع ما تزامن معه من اعتقاد في أن الرقابة على دستورية التشريعات من قبل محكمة مزودة بقضاة معينين، لا تعدو كونها سلاحًا موجهًا ضد البرلمان a cannon directed against the Parliament ؛ حتى استطاع المجلس أن يكتسب سلطة قضائية حقيقية، ساهمت بشكل ملحوظ في ترسيخ فكرة رقابة الدستورية ذات اللون القضائي لا في النظام الفرنسي فحسب، وإنما في النظام الأوروبي بأسره([2]).

([1]) راجع:
Pasquale Pasquino: The New Constitutional Adjudication in France.., op. Cit, p. 3.

([2]) للمزيد؛ راجع كلًا من:

حتى إنه ليمكنني القول بأن المكانة المتواضعة التي احتلها المجلس لعقود طويلة قبيل استقلال قراره والتي جعلت منه مضربا للمثل على الدور السياسي، كانت هي الدافع لتحول عمله إلى طريقة عمل المحاكم ولو ظل على هيئته السياسية؛ فأرسى العديد من المباديء الدستورية التي تناقلتها وتتناقلها عنه المحاكم الدستورية في مختلف الأقطار؛ كإسهامه في التكريس لفكرة المباديء ذات القيمة الدستورية، والتي تستلهم من جماع النصوص القانونية ذات الصلة بمضمون المبدأ؛ دستورية كانت أو عادية أو دولية، وكذا نظرية الموجهات الدستورية الجديدة التي تقيد إرادة المشرع العادي ومن تطبيقاتها فكرة "الغايات ذات الطبيعة الدستورية"، أو ما تسمى بـ"الأهداف الدستورية للتشريع"([1]).

وفي المقابل، يعد التكريس لمشروعية الدور السياسي، تكريسًا لحلول نظرية سيادة القضاء الدستوري محل نظرية السيادة التشريعية المطلقة؛ ما دام أن عمل القاضي سيتحلل من معيارية عمل القضاء التي سبقت الإشارة إليها، فكما اتخذت الأغلبيات الحزبية والتكتلات السايسية من البرلمان منبرًا لإعلاء كلمتها باسم الجماعة، فحتمًا ستتخذ سلطة الرقابة على الدستورية من محكمتها منبرًا لإعلاء كلمتها هي أو كلمة السلطة السياسية باسم الجماعة أيضًا.

ولعلني أعزو تراجع الدعم الفقهي لـ"قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، في جانب منه، إلى خشية الفقه من إحلال نظرية السيادة القضائية ـــــ ممثلة في سيادة القضاء الدستوري([2]) ـــــ محل نظرية السيادة البرلمانية "العتيقة"؛ إذ

Xavier Philippe: Constitutional Review in France: The Extended Role of the Conseil Constitutional Through the New Priority Preliminary Rulings Procedure (QPC), University Paul Cézanne (Aix-Marseille III), No Date, p. 65;

Paolo Passaglia: Rights-Based Constitutional Review in Italy, Report held at the Society of Legal Scholars Annual Seminar 2013, held in Dublin on 2 and 3 July 2013, Consulta Online, p. 1, 2.

([1]) راجع: د. وجدي ثابت غبريال: أكذوبة القضاء المسيس وحقيقة الفقه المغيب، مقال منشور بجريدة "وطني" الإلكترونية، بتاريخ ١٦ مارس ٢٠١٣م؛ الرابط التالي:

http://www.wataninet.com/2013/03/

([2]) انظر:

Kermit Roosevelt III: Judicial Supremacy, Judicial Activism: Cooper v. Aaron and Parents Involved, Saint Louis University School of Law, Vol. 52:1191, p. 1191 and next.

يتزايد دور القاضي الدستوري يومًا بعد يوم في مواجهة سلطة التشريع "المنتخبة"، وبالتالي اتساع المجال لإعادة تخليق فكرة تغوُّل إحدى السلطات على نظيرتيها، وحتى لا يكون مبدأ توازي السلطات وتساويها الذي طالما كرَّس له القاضي الدستوري الوطني؛ تخلُّصًا من هيمنة سلطة ما على نظيرتيها، ستارًا لهيمنة خفية من قبل سلطة القضاء ممثلة في القاضي الدستوري.

المطلب الثاني

التكريس الفقهي للدور

السياسي قوننة لتسييس رقابة الدستورية

إذا كان القائلون بالدور السياسي، جُزافًا، لم يخلُصوا إلى معيار واضح ومحدد للوقوف على ما يعد دورًا سياسيًا لقاضي الدستور، بما يستتبعه ذلك من احتكام عملية تحليل وتقييم أحكام الدستورية لتقديرات شخصية واعتبارات متباينة، تختلف باختلاف الأيديولوجية الفكرية لمتناوليها، ومدى عمق درايتهم بالاعتبارات والملابسات التي تحكم عملية استخلاص معنى الدستور([1])، فإن القول بالدور السياسي يعد شرعنة لتسييس منصة الدستورية، حتى إنه ليصدق على دعاوى تسييسها، ما يسوقه القائلون بفكرة الدور السياسي من تأثُّر صناعة القرار الدستوري باعتبارات شخصية أكثر منها موضوعية.

فطالما تخلَّفت المعيارية عن عمل القاضي الدستوري، بفضل التكريس لدوره السياسي، فلن تتسنى معيرة أعماله وفق معيار موضوعي منضبط؛ فأعمال الساسة والحزبيين، كما هو معلوم، معيارها غائيٌ، مبررةً وسائلُها، ويكأننا بذلك نقدِّم صك

Veit Bader: Parliamentary Supremacy versus Judicial Supremacy, How can adversarial judicial, public, and political dialogue be institutionalized?, Utrecht Law Review, Volume 12, Issue 1, 2016, p. 160 and next;

Tabatha Abu El-Haj: Linking the Questions: Judicial Supremacy as a Matter of Constitutional Interpretation, Washington University Law Review, Volume 89, Issue 6, 2012, p. 1316.

([1]) للمزيد حول هذه الاعتبارات؛ انظر:

Brandon J. Murrill: Modes of Constitutional Interpretation, Congr-essional Research Service, March 15, 2018, p. 17 and next;

Malcolm Langford: Why Judicial Review?, Oslo Law Review, Issue 1, 2015, P. 38 and next;

عدم المحاسبة لأحكام الدستورية، ما دمنا قد أقررنا قضاتها على إتيان ما هو من جنسها- هذا من ناحية أولى، ولتظفر الأغلبية البرلمانية بوجود هيئةٍ ظاهرها القضاء بقدسيته ووقاره، وباطنها السياسة بغائيتها وتلوُّنها؛ تضفي المشروعية على أعمالها- وهذا من ناحية أخرى؛ فتتحول رقابة الدستورية من كونها ركيزة أساس لدولة القانون، إلى "خدعة" سياسية للالتفاف على الإرادة العامة، كما كان يشاع عنها في مراحلها الأولى.

وقد سبق أن أوردنا أن المفكر الكبير السيد "ألبرت دايسي" قد لعب دورًا محوريًا في قوننة السلطة المطلقة للبرلمان جرَّاء التكريس الدؤوب لنظرية السيادة البرلمانية المطلقة بدعوى انبثاق البرلمان عن إرادة الأمة؛ حتى ساد الاعتقاد القانوني، وليس السياسي فحسب، في أن البرلمان لا يخطيء؛ وإلا لانسحب القول بتخطئة مسلكه إلى إرادة الأمة التي يتصور نسبة الخطأ إليها.

فما دمنا قد أقررنا ــ جدلاً ــ بمشروعية الدور السياسي؛ تذرعًا بأن مرجعية الرقابة على الدستورية تجمع بين القانون والسياسة([1])، أو لغير ذلك مما يُطرح من آراء في هذا الصدد، فستتحرر آلية الرقابة على الدستورية من فكرة المعيارية التي كانت من وراء ترجيح كفة الصورة القضائية لها على صورتها السياسية، لنجد أنفسنا أمام هذه الأخيرة ولو بوشرت بين جنبات المحاكم!!

إن قوننة فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، أمرٌ في غاية الصعوبة؛ عزوًا إلى صعوبة ملاحقة أحكام الدستورية قانونًا؛ حيث امتناع الطعن فيها، ما مؤداه أن السعي إلى قوننة هذه الفكرة لا يعود على فكرة رقابة الدستورية، إلا بتقديم السند القانوني لقاضيها أن يأتي دورًا سياسيًا آمنًا، طالما تشكلت لديه قناعة بأن عمله موصوم لا محالة بانضوائه على دور سياسي!

([1]) انظر:

- Michael Hein: Constitutional Conflicts between Politics and Law in Transition Societies: A Systems-Theoretical Approach, Studies of Transition States and Societies(STSS), vol. 3, Issue 1, No Date, p. 7, 8;
- Dr. Miro Cerar: The Relationship Between Law and Politics, Annual Survey of International & Comparative Law, Volume 15, Issue 1, Article 3, 2009, p. 24 and next.

فقد يعكف القاضي الدستوري على مباشرة اختصاصه الرقابي وقد تأسست قناعته على أن أحكامه عادة ما تُرمى بـ"شبهة" الدور السياسي، فتصير قناعته هذه أحد الاعتبارات التي تؤثر في بناء حكم الدستورية، وهو ما ينافي فلسفة الصورة القضائية لرقابة الدستورية إذ تتأسس على فكرة المعيارية؛ فالإقرار له بدور سياسي "مشروع"، بما يستتبعه هذا الدور من إمكانية محاباة السلطة السياسية أو معاداتها، على غير ما يفهم بالضرورة من نصوص الدستور، ولا يشي بتوجه حقيقي للجماعة في حاضرها، يحول دون إمكانية خضوع أحكام الدستورية لفكرة المعيارية في وزن مشروعيتها، لتستعصم سلطة القضاء الدستوري بالدور السياسي احتجابا عن كل تجريح أو تقويم!!

وتطبيقا لذلك، أقول جازمًا بأن المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية لم تعد تبالي بما توصف به من قبل البعض بأنها هيئة سياسية تضفي الشرعية على أعمال الأغلبية الحاكمة؛ كرد فعل طبعي لكثرة تناول أحكامها على أنها بمثابة الموجه للسياسة الأمريكية في مناسبات عديدة؛ إذ أيقن قضاتها أن أعمالهم لن تسلم من الطعن فيها بتهمة "السياسية" من ناحية، وأخذوا يدَّرعون لأعمالهم بما يكرسه البعض من مشروعية هذا الدور السياسي من ناحية أخرى. وآية ذلك ما تشهد به أدبيات الفقه الدستوري الأمريكي من تحول في منهج المحكمة العليا الاتحادية، جرَّاء تكريس الفقه لفكرة أنها تباشر دورًا سياسيًا، حتى بات مسلما في الفقه الدستوري الأمريكي، بل وفي فقه المحكمة ذاتها أنها واحدة من أهم المؤسسات السياسية في الولايات المتحدة الأمريكية([1]).

وهذا المسلك يوشك أن ينتقل إلى المحكمة الدستورية العليا، بل نظنه انتقل إليها؛ فلم تعد المحكمة تعبأ بتعليقات كثير من القانونيين إذ درجوا على تناول أحكامها

([1]) انظر:
- Lee Epstein and Others: the Supreme Court as a Strategic National Policymaker, Emory Law Journal, Vol. 50, Emory University School of Law, Georgia, USA, 2001, p. 595 and next;
- Mauro Zamboni: 'Markers' vs. 'Makers': Are Constitutional Courts Legal or Political Actors?, University of Groningen, Netherlands, Holland, No Date, p. 71.

على غير ما معيار واضح في تحديد مدلول الدور السياسي للقاضي الدستوري، ما ظهرت معه فجوة كبيرة بين ما تكرس له أدبيات الفقه وأحكام الدستورية في مناسبات عديدة؛ أهمها ما يتصل بقضية مرجعية مباديء الشريعة الإسلامية للتشريع؛ إذ تواترت كتابات الفقهاء على انتقاد مسلك المحكمة في التخريج القانوني لرفضها الحكم بعدم دستورية التشريعات التي تحوي مخالفات لنصوص شرعية قاطعة في ثبوتها ومعناها، في الوقت الذي درجت فيه المحكمة الدستورية العليا جيلا بعد جيل على تضمين أحكامها ما قد يفهم منه أنها تقر البرلمان على تخليه عن التزامه الدستوري بتحقيق التطابق بين إرادة الجماعة الحاضرة وما أفرغته من إرادتها سلفا في نصوص هذه التشريعات التي تحوي مخالفات صريحة لمباديء الشريعة الغراء!!

وثم تنويه لازم إلى أن إنكارنا لقوننة فكرة الدور السياسي، عبر أدبيات فقهية أو بحثية تكرس لمشروعيته، لا هو من باب إضفاء القداسة على أعمال المحكمة الدستورية العليا، ولا هو من قبيل التملق لقضاتها، بل محض طرح موضوعي يستهدف حفظ مكانة رقابة الدستورية "القضائية" بين ركائز دولة القانون، من دون إفراط في نسبة "التسيُّس" إلى قضاتها، أو تفريط في وصف ما ينافي صحيح الدستور من أعمالها، بأنه محض مخالفة دستورية تستوجب نقضها ولو شعبيًا؛ فعمل القاضي إما أن يكون داخلا في نطاق دوره "القانوني"، وإما أن يكون مجاوزًا حدود اختصاصه وهو ما يندرج في عداد مخالفة الدستور، ولا مجال لاختلاق فرض ثالث يتأرجح بعمل القاضي بينهما بين مؤيد ومعارض.

الفصل الثاني

نحو مفهوم معياري

للدور السياسي للقاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم:

تقدم القول، أن افتقار الأطروحات البحثية التي تناولت فكرة الدور السياسي، إلى الدراسة المعيارية التي تُعنى بما ينبغي أن يكون لا بما هو كائن فقط؛ كما الدراسة الوصفية، كان سببًا من وراء تخلُّف الدلالة الواضحة والمحددة لهذا الدور. لنجد أنفسنا أمام فكرة جدلية من الأساس مجزوم بصحتها ابتداء، من دون وقوف على المقدمات التي انطُلق منها إلى اعتماد هذه النتيجة، بل قد يوصد باب البحث في هذه المسألة لكثرة الوالجين إلى طريقها.

وهو الأمر الذي يحدونا إلى ضرورة الوقوف على مفهوم "معياري" للدور السياسي لقاضي الدستور؛ مفهوم واضح ومحدد يمكِّن من حسم الجدل الذي طالما أثير ـــ ولا يزال يثار ـــ حول أحكام المحكمة الدستورية العليا، وهو ما يقتضي الوقوف أولا على الدلالات المختلفة لمصطلح "سياسي" في مجال رقابة الدستورية، ثم التمييز بين ما نعتقده مفهوما معياريا للدور السياسي وما قد يتداخل معه من المفاهيم ذات الصلة، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: دلالة مصطلح "سياسي" ودورها في بلورة مفهوم الدور السياسي.

المبحث الثاني: المفهوم المعياري للدور السياسي وتمييزه عن المفاهيم ذات الصلة.

المبحث الأول

دلالة مصطلح "سياسي" ودورها في بلورة مفهوم الدور السياسي

تمهيد وتقسيم:

يعد تحديد مدلول كلمة "سياسي" في مجال رقابة الدستورية، واحدة من أدق الإشكاليات التي أعيت كثيرًا من الباحثين في الوقوف على أبعادها؛ إذ لم تخل جل المحاولات البحثية التي عالجت فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، من الخلط

بين الدلالات المختلفة لكلمة "سياسي". وربما يرد هذا الخلط في شق منه إلى التعبيرات المجازية التي يستعملها كُتَّاب القانون الدستوري في التعبير عن "الإيجابية القضائية أو القوة الخلاقة لرقابة الدستورية Judicial Activism"؛ إذ عادة ما يصرفه البعض إلى معنى السياسات الدستورية Constitutional Politics أو حكومة القضاة Government of Judges أو القضاء السياسي Judicialization of Politics(١).

فما هي أهم الدلالات التي تعكسها لفظة "سياسي" في فقه القاضيين الدستوري المصري والأمريكي؟ هذا ما نعرض له بشيء من التفصيل عبر التقسيم التالي:

المطلب الأول: معنى "سياسي" في فقه المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية.

المطلب الثاني: معنى "سياسي" في فقه المحكمة الدستورية العليا المصرية.

المطلب الأول

معنى لفظة "السياسي" في فقه المحكمة العليا الأمريكية

في دراسة قيِّمة لعلاقة مصطلح "سياسي" بعمل المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية، يخلُص أحد الكتَّاب إلى أن دلالة مصطلح "سياسي" في مناقشات المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية، يمكن الاستدلال عليها من ستة وجوه مختلفة، نادرًا ما تُرسم الحدود بينها بدقة فقهًا أو قضاءً Six different notions of 'political' are commonly used in discussions of the US Supreme Court. All six are familiar, but the distinctions among them are seldom carefully drawn، وهي(٢):

---

(١) انظر:

Mauro Zamboni: 'Markers' vs. 'Makers': Are Constitutional Courts Legal or Political Actors?, op. Cit, p. 71.

(٢) انظر:

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, British Journal of Political Science, Vol. 22, No. 1, Cambridge University Press, United Kingdom, Jan., 1992, p. 1.

[١] الدلالة المفهومية المحضة Purely definitional:

ومقتضى هذه الدلالة أن المحكمة العليا، وباعتبارها الدرجة الأخيرة في سُلَّم القضاء، تستقل بتحديد المفاهيم النهائية للقيم المجتمعية the Supreme Court, as an appellate court of last resort inevitably authoritatively allocates values، هذه الأخيرة التي تجعلها عرضة للدور السياسي، طالما كانت هي "المفسِّر الأخير للنصوص الدستورية".

فكما هو معلوم، أن المحكمة العليا الاتحادية، تعرض عليها المسائل الخلافية في المجتمع، والتي لا تصل إليها إلا لكونها ـــ في جل الأحيان ـــ من المسائل المثيرة للجدل سواء أكانت سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي، ولا مجال لتغيير أو تلافي مغبة النتائج التي تترتب على أحكامها إلا بتدخل سلطة التشريع في حدود ما لها من صلاحيات دستورية، أو أن تعدل المحكمة ذاتها عن قضائها، سواء لتغير الظروف المحيطة بالموضوع أو لتغير في تشكيلها([1]).

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن وقوع المحكمة العليا في نهاية السُلَّم القضائي، ومن ثم استئثارها بتحديد أو بلورة مفاهيم القيم المجتمعية، لا يعني أن اختصاص المحكمة في هذا الصدد طليق من كل قيد، بل تحكمه الأصول المرعية في قضاء الاستئناف، فضلا عن أن دورها هذا ـــ والذي لا يعني بالضرورة أن له صبغة سياسية ـــ داخل في اختصاصها طالما التزمت مقتضى هذه الأصول.

وما نود التأكيد عليه في هذا المقام، أن هذه الدلالة لا ينبغي أن يُفهم منها قيام المحكمة العليا بدور سياسي لمجرد أنها باشرت اختصاصها كمحكمة آخر درجة في سلم الاستئناف، بل ينبغي أن تتجه إرادتها إلى إحداث الأثر السياسي الذي يترتب على

([1]) انظر في نفس المعنى:
- أ. د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ١٠٧ وما بعدها.
- م. حسام فرحات أبو يوسف: من قضاء المحكمة العليا الأمريكية في العام القضائي ٢٠٠٨/٢٠٠٧، د. ن، د. ت، ص ٢.

حكمها، والذي لا تسوغه اعتبارات القانون من أي وجه؛ كما نعرض لاحقا لمعيار نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري([1]).

ولنا أن نستأنس في هذا الصدد بما يقرره أحد الكتّاب من أن قضاة المحكمة العليا، بعد أن يتقلدوا مناصبهم، يتحررون من ضرورة مسايرة الأمزجة الشعبية؛ إذ يتحولون إلى الاعتقاد في أنهم الحكام النهائيون للقانون الأساسي للدولة، لا توجد محكمة أعلى لتصحيح أخطائهم، وأنهم يعكسون في أحيان كثيرة معانٍ جديدة لما ينبغي لعبارات الدستور أن تحققه وما يتعين عليها أن تعنيه([2]).

ثانيًا: الدلالة التجريبية أو التطبيقية Empirical definitional:

ومقتضى هذه الدلالة، أن المتقاضين عادة ما يتخذون من المحكمة ونهائية أحكامها منفذًا لتحقيق أغراضهم السياسية the litigants use the Court to try to achieve their political purposes([3])، باعتبار أن لياذ الفرقاء السياسيين بمنصة الدستورية، لحسم الجدل حول مسألة خلافية، بما قد يضمرونه من رغبات سياسية يطمحون إلى تحقيقها من وراء اللجوء إليها، يلزم منه إتيان المحكمة دورًا سياسيًا، سيما في ضوء الاعتقاد القديم المتجدد في أن إنشاء القضاء الدستوري كان مبعثه رغبة الأنظمة الحاكمة في الابتعاد بالأزمات السياسية مع المعارضة عن عنف الشارع، وما يصاحب هذا الاعتقاد من سيطرة السلطة السياسية ـــ برلمانية كانت أو تنفيذية ـــ على قضاة الدستورية، باعتبارها المتحكمة في اختيارهم أو تعيينهم.

والحقيقة ـــ في تقديرنا ـــ أن مجرد تصدي محكمة الدستورية للفصل في مسألة مختلف عليها، وبغض الطرف عن المآرب التي حدت إلى اللجوء

([1]) انظر ما يلي: ص ٨٤ وما بعدها.

([2]) انظر: فيليبا ستروم: دور القضاء المستقل في ترسيخ الديمقراطية، معهد الإمام الشيرازي الدولي للدراسات، واشنطن، الرابط التالي:

http://www.siironline.org/alabwab/derasat(01)/216.htm

([3]) انظر:

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 2.

إليها، لا يمثل في ذاته دورًا سياسيًا، إلا أن تحيد المحكمة عن صحيح حكم الدستور، وفق المباديء والقواعد المستقر عليها فقهًا وقضاءً في مجال رقابة الدستورية.

فالعبرة في هذا الفرض لا بتعرض المحكمة لبحث مسألة سياسية أو ذات بعد سياسي، ومن ثم حتمية الحكم على عملها بانضوائه على دور سياسي كما يعتقد البعض ويشيع عن قضاة الدستورية، بل بمدى التزامها النطاق المحجوز لها دستوريا في وزن ملابسات هذه المسألة ومعطياتها؛ حتى إذا ما التزمت حدود اختصاصها، كان عملها هذا داخلا في ولايتها ولو رتب أثرًا سياسيًا يثير ضغائن البعض ويدفعه إلى رميها بتهمة الدور السياسي.

ونورد في هذا السياق، ما يشير إليه أحد الباحثين المصريين من أن المحكمة الدستورية العليا المصرية ـــ وتحديدًا في العقود الثلاثة المنصرمة ـــ كانت بمثابة صمام أمان يدفع القوى السياسية المعارضة إلى ساحات القضاء بدلا من الشارع، فالواقع أن جزءًا كبيرًا من الصراعات السياسية في الثمانينيات والتسعينيات قد حُسم في ساحات المحاكم بدلا من حسمه بطرق أخرى قد تكون أكثر كلفة على نظام الحكم؛ فقوانين الإيجارات والانتخابات والضرائب وغيرها كانت مجالًا للطعن في ساحات المحاكم خلال تلك السنوات، مشيرًا أيضًا إلى أن نظام الحكم القائم وقتئذ كان يولي أحكام الدستورية احتراما لا يوليه لأحكام محكمة أخرى، حتى ولو كانت النقض أو الإدارية العليا([1]).

ثالثًا: دلالة البحث عن النفوذ أو الظهور Influence Seeking :Definitional

ومؤدى هذه الدلالة أن قضاة المحكمة العليا، عادة ما يأتون دورًا سياسيًا؛ تحت تأثير طبيعة النفس البشرية؛ كونها تحب الظهور والثناء، وإثبات الذات أمام الآخرين([2])؛ إذ تُكتب الآراء المخالفة لرأي الأغلبية في متن الحكم كما هو معلوم.

([1]) انظر: أحمد عبد الفتاح وآخرين: المحكمة الدستورية العليا: تاريخ من القضاء والسياسة، مقال منشور بجريدة المصري اليوم، بتاريخ ٣٠ يوليو ٢٠١٢م، متاح على الرابط التالي:
http://m.almasryalyoum.com/news/details/151535

([2]) انظر:

بمعنى أن القضاة لديهم رغبة طبعية أو جِبلِّية في الانتصار لآرائهم ومجادلاتهم داخل المحكمة، سيما المنتمون إلى تيارات فكرية أو أيديولوجيات مختلفة، ما يعد نافذة تطل منها لفظة "سياسي" إلى أعمالها.

ولعل هذه الدلالة تجد لها شاهدًا فيما يقرره بعض الكتاب(1) من أن ثم فرض أساسي وبدهي قوامه أن القضاة بشر، وعلى هذا النحو فهم من الممكن ــ على غرار السياسيين أو النشطاء أو المدراء ــ أن يكونوا مدفوعين إلى تفضيلات معينة، تجعلهم يتصرفون بطريقة هادفة وتطلعية، وهو ما يخلق مجالا لبحث ما إذا كانت السياسة تتحكم في توجيه مسار العمل القضائي أم لا؟

والحقيقة أن هذا الاعتبار وإن منطقيًا في جانب قضاة المحكمة العليا الأمريكية؛ إذ يُتوقع حدوثه، فإنه لا يؤخذ كأساس لعمل هؤلاء القضاة، أو لطريقة إصدار أحكام هذه المحكمة العريقة، وإلا لما كتب لها البقاء أو لتجربتها الانتشار في نظم قانونية أخرى، أو لَمَا نادى البعض بنقل تجربتها إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية، كما أن هذه الدلالة تردها موضوعية القضاة وحيدتهم، إذ يفترض فيهم الحياد إلى أن يثبت عكسه، فموضوعية القاضي هي رأس ماله المؤسسي، وحياده وتجرده هو شرفه واعتباره الوظيفي.

يضاف إلى ذلك، أنه لا إشكالية من حيث المبدأ في اعتزاز كل قاض بما يكتب من رأي، ما دام أن له مسوغه من الناحية الدستورية؛ فإظهار الرأي إلى حيز الوجود، مظنة الاعتزاز به، ولو لم يفاخر به صاحبه، بينما تبدو الإشكالية متى تحوّل الاعتزاز إلى مفاخرةٍ عادة ما تحمل إلى مجاراة توقع المتابعين ولو بالتنكر لمقتضى

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 2.

(1) انظر:

Cindy G. Buys: Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation, Brigham Young University Journal of Public Law, Volume 21, United States, n. d, p. 9;

Pablo T. Spiller and Rafael Gely: Strategic Judicial Decision Making, NBER working paper series, Working Paper No. 13321, National Bureau of Economic Research, Cambridge, England, August 2007, p. 1.

الموضوعية الدستورية حفاظا على ثقة هؤلاء المتابعين. ولعل هذا ما يحدونا إلى مخالفة رأي القائلين بنقل تجربة المحكمة العليا الأمريكية إلى المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بكتابة الرأي المخالف وإعلانه ضمن حيثيات حكمها؛ سيما في ظل ضعف ثقافة الدستورية في مصر.

فالقاضي الشهير "هولمز"، على سبيل المثال، كان يُضرب به المثل للقاضي المتمرد على أغلبية المحكمة العليا في جُل أحكامها، ما جعل له شهرةً وصيتًا خاصًا بين قضاتها؛ إذ ما برح يذكر إلى الآن كواحد من أبرز قضاة المحكمة العليا على مر تاريخها([1])، ولكن التساؤل هو هل هذه الشهرة مردها إلى رغبته في الظهور، أم أن ظهوره هذا جاء كأثر طبعي لآرائه المختلفة والمميزة، في حقب كانت تحتاج إلى أن تُفتَّح آفاق المحكمة أكثر فأكثر؟!

وإذا كان اعتبار "حب الظهور" لدى قضاة الدستورية، من خلال آرائهم، متصور في عمل قضاة المحكمة العليا الأمريكية، جدلا، وإن كنا لا نشايع هذا القول لما يتوافر لهؤلاء القضاة من مؤهلات علمية وفكرية تكفل خشيتهم من المغامرة بمكانتهم من أجل ثناء شعبي أو سياسي على رأي يكتبونه، فإن هذا الاعتبار غير متصور في عمل قضاة المحكمة الدستورية العليا المصرية، باعتبار أن التجربة الأمريكية في صياغة حكم الدستورية لم تلق رواجا لها لدى المشرع المصري، بل إن تسطير الآراء المخالفة يزيد من مسئولية القضاة في صياغتها صياغة عقلية منطقية من الناحية الدستورية والقانونية.

[٤] دلالة الاحتياط أو التحسب Prudential Definitional:

ومقتضى هذه الدلالة أن قضاة المحكمة العليا عادة ما يتحسبون النتائج أو التبعات التي قد ترتبها قراراتهم the justices frequently consider the

---

([1]) انظر:

- George E. Hamilton: Oliver Wendell Holmes; His pioneer Stereoscope and the later Industry, Central Pacific Railroad Photographic History Museum, USA, 1949, p. 13 and next;
- Oliver Wendell Holmes, Jr.: The Path of the Law, Harvard Law Review, Vol. 10, 1897, p. 457 and next.

probable consequences of their decisions([1])، فيعتدوا في صناعة قرار الدستورية، بما قد يترتب عليه من آثار في واقع الجماعة، مع ما يستتبعه هذا الاعتداد من إجراء "موازنات" هي من جنس عمل الساسة، وفقا للمعنى العام لمصطلح "سياسة"، وهو ما يأخذنا إلى إشكالية اعتداد القاضي الدستوري بمآلات حكمه في مرحلة صنع قرار الدستورية، مع الأخذ في الاعتبار أن اعتداده بمآلات حكم الدستورية، يعده البعض تجسيدا لفكرة الدور السياسي؛ باعتبار أنه يدخله في دائرة الموازنات والمواءمات بحسب ما يراه محققا للمصلحة الجديرة بالحماية، وهو ما يلبِّس على البعض أنه من جنس الأعمال السياسية التي تخرج عمل القاضي عن دائرة القانون، ما مؤداه أن شبهة الدور السياسي ستظل تطارد القاضي في هذا الفرض؟!

والحقيقة أن اعتداد محكمة الدستورية، بل وغيرها من المحاكم العادية والإدارية، بما قد يترتب على حكمها من آثار في محيطها الاجتماعي، هو أمر مندوب لها، بل وواجب عليها أحيانا كثيرة، بل قد يكون بناء الحكم السليم قانونًا، مرتهنًا باعتبار هذه الآثار، ما دام أن استخلاص المعنى القانوني أو السند القانوني الذي يقوى عليه الحكم المعتد في بنائه بما قد يترتب عليه من آثار، سائغ قانونًا؛ أي يقبله أحد الوجوه التي يمكن حمل النصوص عليه منطقًا. وعليه، فإن اعتداد محكمة الدستورية بمآلات حكمها في صناعة هذا الحكم، لا يمثل في ذاته دورًا سياسيًا، طالما كان استخلاص معنى الدستور في هذا الحكم سائغًا قانونًا، وذلك على النحو الذي نعرض له لاحقا في موضعه([2]).

[٥] دلالة السياسة الموجهة Policy-Oriented definitional:

ومقتضى هذه الدلالة ـــ المقيتة ـــ أن قضاة الدستورية قد يستغلون سلطة الرقابة بما لها من امتيازات لتحقيق مآربهم الشخصية وأهدافهم الخاصة أو

([1]) انظر:

Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 4.

([2]) انظر ما يلي: ص ١٠٧ وما بعدها.

the justices are said to use the Court and the law as الحزبيـة([1]) a cover for pursuing their own policy and other goals([2]). مـا مؤداه أن قرار الدستورية يكون غير مستقل، يفتقر إلى موضـوعية القـضاء وحيدتـه، وتغلب عليه تبعية حزبية مقيتة، ديدنها الولاء لـسلطة التعيـين، أو مناهـضة مـصالح المخالفين، من غير توقير لمقام الدستورية.

وتجد هذه الدلالة شاهدًا لها فيما يؤكده القاضـي "بوسـنر" إذ يقـرر أن قـضاة الدستورية عادة ما يقبلون ببعض القيود الذاتية علـى سـلطتهم لإيهـام النـاس بـأنهم يحتكمون إلى القانون ويعملون به، في الوقت الذي تسيطر فيه أيـديولوجياتهم الفكريـة وتفضيلاتهم السياسية على صناعة القرار الدستوري([3]).

هذا، وينقل بعض الكتَّاب عن الفقه الأمريكي اسـتقرار عقيدتـه علـى أن آراء المحكمة العليا الاتحادية ليست قانونًا خالصًا، بل تتأثر إلـى حـد كبيـر بأيديولوجيـة القـضاة not purely legal but, to some degree, reflect the ideology of the Justices، وأن التغيُّر في مسار أحكامها، عادة مـا يُـرد إلـى تغيُّر سلوكيات قضاتها؛ كأثر بدهي لطريقة اكتساب عضويتها المعلومة([4]).

بيد أنني أرى، أن تغيُّر قرارات الدستورية بتغيُّر قضاتها، والذي يـرده الـبعض إلى اعتبارات شخصية لدى القضاة، هو في حقيقته مسألة جدلية لا تقـل تعقيـدا عـن

([1]) انظر:
- Frank B. Cross: The Ideology of Supreme Court Opinions and Citations, Iowa Law Review, Vol. 97, University of Iowa College of Law, U.S.A, 2012, p. 695, 696;
- Christopher E. Smith: The Impact of New Justices: The U.S. Supreme Court and Criminal Justice Policy, n. p, n. d, p 2.

([2]) انظر:
- Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 5.

([3]) انظر:
- Edmund Ursin: How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly, and Roger Traynor on Judicial Lawmaking, Buffalo Law Review, Vol. 57, USA, 2009, p. 1280.

([4]) انظر:
- Frank B. Cross: The Ideology of Supreme Court Opinions and Citations, Iowa Law Review, University of Iowa College of Law, Vol. 97, United States, 2012, p. 695, 696;
- Christopher E. Smith: The Impact of New Justices: The U.S. Supreme Court and Criminal Justice Policy, n. p, n. d, p 2.

مسألة تحوُّل المعارضة السياسية عن كثير مما كانت عليه في موقع المعارضة لمجرد أن تعتلي سدة الحكم، ما قد يوقع مؤيديها في حيرة شديدة، ثم تأخذ الاتهامات تنهال عليهم طعنا في نواياهم، دون توقف أمام الاعتبارات التي حدتهم إلى تغيير كثير من أو بعض قناعاتهم التي كانوا عليها بالأمس؟!

ونزولا عند مقتضى قرينة الصحة المفترضة في جانب أحكام الدستورية، كغيرها من أعمال السلطة العامة، أقول بأن التغيُّر في مواقف قضاة الدستورية، مرده في الأساس إلى طبيعة المادة الدستورية ذاتها التي تقبل القولبة فيما توضع فيه من قوالب؛ فالأفهام متباينة، والثقافات متفاوتة، والحصافة نسبية تختلف من شخص لآخر، وبالتالي لا ينبغي أن يحمل التغيُّر في مواقف القضاة على أنهم يبيعون إخلاصهم للدستور بعرض من إرضاء السلطة السياسية، سيما وأن لديهم من الضمانات ما يحدوهم إلى التعبير عن قناعاتهم بمصداقية.

وهو ما يؤكده أحد الباحثين إذ يقرر أن عددًا لا بأس به من قضاة المحكمة العليا سرعان ما غيِّروا مواقفهم الموالية للسلطة التي عينتهم بعد عملية التعيين؛ مستشهدًا بموقف القاضيين "إيرل وارن" و "برينن"، من السيد "أيزنهاور"، وموقف القاضي "ستوري" من الرئيس "ماديسون"، وموقف القاضي "توم كلارك" من الرئيس "هاري ترومان"، وغيرهم؛ إذ سرعان ما تغيرت أفكارهم وتوجاتهم مع توالي المتغيرات المجتمعية، كما صرح بذلك "إيرل وارن" بعد استقالته من رئاسة المحكمة العليا لمدة ستة عشر عامًا([1]).

[٦] الدلالة الآلية أو التلقائية Systemic:

بمعنى أن قرارات المحكمة العليا، وبحكم الواقع، عادة ما ترتب نتائج لكافة الأطراف في النظام السياسي، بما فيها هؤلاء الذين لم يلجأوا إليها متقاضين

the Court's decisions frequently, as a matter of fact, have consequences for other parts of the American political system .([2])

([1]) انظر د. هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، مرجع سابق، ص ١٢٤، ١٢٥.
([2]) انظر:

وهذه الدلالة هي ما تعكس الآثار التي تترتب على حكم الدستورية؛ سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية، بحكم الظروف التي تزامن عملية الفصل في مسألة الدستورية أو تعقبها مباشرة، ولا يملك لها القاضي تكييفًا ولا اعتبارًا؛ إما لعدم اتساع بساط القانونية لها، وإما لحدوثها بُعيْد صدور حكم الدستورية. ومن ثم لا مجال لنسبتها إلى إرادة القاضي ولا حتى إلى إرادة المشرع.

وفي ختام استعراض هذه الدلالات الست، نثمِّن للسيد " Richard H.Williams" هذا الجهد الكبير في استخلاص المعاني التي يرمز إليها مصطلح "سياسي" في مجال رقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية؛ إذ يفيد في استظهار الأحوال التي يمكن لكلمة "سياسة" أن تتسلل فيها إلى عمل المحكمة العليا. بيد أننا نأخذ عليه عدم تعرضه لفكرة القصد إلى إحداث الآثار السياسية التي ترتبها أحكام الدستورية أو تلك التي تترتب عليها بحكم السير الطبيعي للأمور، ما قد يفهم منه أن محكمة الدستورية تؤخذ بجريرة ما لم تنصرف إليه إرادتها، فترمى منصتها بإتيان دور سياسي كلما توافرت إحدى هذه الدلالات لعملها، حتى ولو لم تنصرف إرداتها إلى إحداثها، ولعل هذا أحد أسباب الخلط بين هذه الدلالات في تقييم أحكام الدستورية.

المطلب الثاني

معنى لفظة "السياسي" في فقه المحكمة الدستورية العليا

في حوار صحفي أجرته إحدى الجرائد المصرية "العريقة"، يجيب أحد رؤساء المحكمة الدستورية العليا ـــ لم تسمِّه الجريدة ـــ على تساؤل قوامه هل تمارس المحكمة دورًا سياسيًا، قائلاً: إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على تحديد المقصود بالدور السياسي، فإذا كان منصبًا على العمل الحزبي، فإن المحكمة الدستورية ليس لها أي دور سياسي ولا حزبي ولا شأن لها بالسياسة بحكم نصوص

---

[٨] Richard Hodder-Williams: Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, op. cit, p. 6.

الدستور والقانون والتقاليد القضائية، أما إذا كان الدور السياسي منصرفًا إلى إدارة الحياة اليومية سواء للأفراد أو الناس جميعا، فيتسنى القول مجازًا بأن للمحكمة الدستورية بذلك المعني دور سياسي([1]). وهو ما يحدونا إلى التفرقة بين المعنى العام والخاص لمصطلح "سياسة".

[١] المعنى العام لمصطلح "سياسي":

أقصد بالمعنى العام لمصطلح "سياسي"، انصرافه إلى أعمال السلطة العامة بثلاثيتها التقليدية؛ التشريع والتنفيذ والقضاء؛ إذ تقوم مجتمعةً على تدبير أمور الجماعة بأسرها وإشباع حاجاتها وتحقيق تطلعاتها؛ فالتشريع في حقيقته "سياسة"، والإدارة في حقيقتها "سياسة"، والقضاء وهو جزء من الولاية العامة كما هو ثابت في الفقه الإسلامي، "سياسة"، فما دمنا قد صرفنا معنى السياسة إلى تدبير أمور الجماعة، فبدهي القول بأن كل ما يدخل في دائرة تدبير أمور الجماعة من تشريع وإدارة وقضاء، يدخل في مفهوم السياسة "العام".

فالسياسة بمفهومها العام تنطلي على كل ما تأتيه السلطة العامة بسلطاتها الثلاث وهيئاتها وأجهزتها المتفرعة عنها، طالما ابتُغي به تحقيق مصلحة عامة، أي كل ما يتحقق به معنى "تدبير أمور الدولة والقيام عليها بما يصلحها"([2]). لا فرق في ذلك بين سلطة للتشريع وأخرى للتنفيذ وثالثة للقضاء؛ فكل منها متفرعة عن سلطة واحدة هي السلطة العامة التي هي انعكاس لفكرة السيادة الشعبية، هذه الأخيرة التي بموجبها يفوض الشعب بعض أفراده في مباشرة مظاهرها؛ لتحقيق معنى حكم الشعب بالشعب لصالح الشعب.

وعليه، فلو صح القول بأن القضاء الدستوري يمارس دورًا سياسيًا-كونه متفرعًا عن سلطة القضاء التي تتفرع بدورها عن السلطة العامة، لكان المنطقي هو عدم إمكان التفرقة بين عمل التشريع وعمل الإدارة وعمل القضاء، ما دامت هذه

([1]) حوار رئيس المحكمة الدستورية العليا لجريدة الأهرام بتاريخ ٩ نوفمبر ٢٠٠٢، العدد ٤٢٣٤١، الموقع الإلكتروني: www.ahram.org.eg

([2]) انظر في نفس المعنى: قاموس المعاني "الجامع" الإلكتروني؛ الرابط التالي: https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/

الأعمال متفرعة عن أصل واحد، ولما كان ثم مجال للفصل بين السلطات، بل ولما كان ثم مجال للتمييز بين هذه الأعمال في صدد ولاية القضاء بنظر المنازعات الناشئة عنها؛ فليس ثم مجال حينئذ للقول باختصاص لقاض معين بالرقابة على أعمال سلطة التشريع، وآخر بالرقابة على أعمال الإدارة العامة، بل ولما كان ثم مجال للقول برقابة القضاء من الأساس طالما امتنعت رقابة القضاء على الأعمال السياسية؛ فحالئذ تكون جميع أعمال السلطة العامة أعمالًا سياسية، وستضحى التفرقة بين أعمال السلطة العامة وفق نظرية الفصل بين السلطات عديمة الجدوى، ما دام أن النشاط الذي تباشره هذه السلطات الثلاث متفرع عن جنس واحد وفقا للمعنى العام لمصطلح "سياسة".

فعمل القاضي داخل في المعنى العام لمصطلح "سياسي"، ولو التزم حدود دوره القانوني، باعتبار أن الدستور والقوانين ما هي إلا سياسات أُلبست ثوب القانون لتجمُد نسبيًا، فتقرّ عينُ الجماعة بقوتها الإلزامية، هذا من ناحية، ونظرًا إلى أن القاضي الدستوري متفرعٌ عن سلطة القضاء التي تتفرع بدورها عن السلطة العامة المنوط بها رسم السياسة العامة وتنفيذها ومراقبتها، كل ذلك من خلال تشريعات، سواء قيل لها دستورًا أو تشريعًا عاديًا أو حتى تشريعًا لائحيًا.

لنخلص مما سبق إلى أن هذا المعنى لا يثير إشكالية في مقام الحديث عن المفهوم الخاص أو المعنى الفني للدور السياسي للقاضي الدستوري؛ فهو لا يدخل في إطار ما نكرِّس له من دور سياسي "غير مشروع" يقدح في موضوعية القضاء المفترضة في عمل القاضي الدستوري، والتي تعد دعامة أساس لرقابة الدستورية؛ فهذا المفهوم لا يعبر بالضرورة عن تبعية أو مناهضة القاضي الدستوري لسلطة التشريع أصلية كانت أو استثنائية، بل هو تعبيرٌ "مجازي" عن تضامن رجالات السلطة العامة جميعًا بما فيهم قاضي الدستورية لمجابهة المخاطر التي قد تتهد مصالح الدولة العليا، فهذه غاية القانون عمومًا؛ والدستور فرعه، بيد أن الوسيلة إليها تتباين بحسب الدور المنوط بكل سلطة من سلطات الدولة الثلاث، بل بحسب كل سلطة

متفرعة عن إحدى هذه السلطات؛ فالقاضي الدستوري وهو فرع لأصل سلطة القضاء تختلف أدواته عن غيره من القضاة وإن تشابهت كثيرًا مع قاضي المشروعية الإدارية.

وعليه، فإن اعتماد المعنى العام لمصطلح "سياسة" في تقدير أعمال القاضي الدستوري، يخلص بنا إلى نتيجة بدهية منطقها صوري، مؤداها أن القاضي الدستوري يأتي دورًا سياسيًا لا في المسائل السياسية بطبيعتها أو ذات الطابع السياسي فحسب، بل في شتى المسائل التي يفصل فيها. بل والأكثر من ذلك أن قضاة المحاكم العادية والإدارية يأتون دورًا سياسيًا في جل المسائل التي يفصلون فيها؛ باعتبار أنهم متفرعون عن سلطة القضاء التي تتفرع بدورها عن السلطة العامة، وهو ما لا يمكن التسليم به البتة لا عقلاً ولا قانونًا!!

[٢] المعنى الخاص لمصطلح "سياسي":

في محاولة قيمة لتحديد معنى "سياسي"، يقول السيد كارل شميت: "نادرًا ما نجد مفهومًا واضحا لكلمة "سياسي" Political([1])، مقررًا أنه عادة ما يستخدم استخدامًا سلبيًا، على عكس العديد من الأفكار الأخرى التي يسهل تعريفها" One seldom finds a clear definition of the political. The word is most frequently used negatively, in contrast to various other ideas، وهو ما يؤكده بعض الباحثين إذ يقرر أنه لا يوجد تعريف متفق عليه ـــ على نطاق واسع ـــ لما هو سياسي there is no widely agreed upon definition of what is political([2]).

ومفاد ما تقدم، أن المعنى الخاص لمصطلح "سياسي" في مجال العلوم السياسية ذاتها، لم يستدل بعد على معيار قاطع يحتكم إليه في بلورته وتحديده. وما دام أن

([1]) انظر:

Carl Schmitt: the Concept of the Political, the University of Chicago Press, Chicago and London, United States of America, 1997, p, 20.

([2]) انظر:

Amitai Etzioni: What is political?, No Publisher, No Date, p. 89.

مفكري ومتخصصي العلوم السياسية "أنفسهم"، مختلفون حول معنى "سياسي"، فكيف لمن ينسبون الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري لمجرد أن تقصر قرائحهم عن تقديم تفسير سائغ لمسلكه، أن يجاهروا غير مترددين بإتيانه دورًا سياسيًا مما يفسد عليه نزاهته، ويضعف ثقة الجماعة به؟!

وإزاء هذا الاختلاف، وحتى لا نسهب في عرض آراء متباينة حول معنى "سياسي"، لن يجدي عرضها كثيرًا في هذا المقام، ما دام أن المسألة محل خلاف، ومن ثم سيظل الخلاف ديدنها، فإن ما نخلص إليه من حقيقة هذا الخلاف، أن الخلاف الفقهي حول ما يدخل في مفهوم الدور السياسي من أعمال القاضي الدستوري، سيظل مستمرًا ومحتدمًا، وأن استمرارية هذا الخلاف تجعل منه شكًا يُفسَّر لصالح القاضي أو شبهة لا ترقى إلى مرتبة اليقين؛ فأعماله محمولة على قرينة الصحة كغيرها من أعمال السلطة العامة؛ كما هو معلوم.

وأخذا بمفهوم المخالفة لامتناع النظر في أعمال السيادة على القاضي الدستوري([1])؛ لسياسيتها المحضة، فإن أفضل ما يستدل به على معنى "سياسي" في مجال الرقابة على الدستورية، هو مفهوم الأعمال السياسية التي يمتنع على القاضي الدستوري النظر فيها وفقا لنظرية أعمال السيادة؛ فهذه الأعمال هي التي تجسد المعنى الفني أو الخاص لمصطلح "سياسي"، باعتبار أن امتناع النظر فيها مرده في الأساس إلى طبيعتها الخاصة التي تأبى الخضوع لمعيارية عمل القضاء. وعليه، فإن وصف عمل القاضي الدستوري بـ"السياسي"، مناطه التماثل بين عمل القاضي والأعمال السياسية التي يمتنع عليه النظر في دستوريتها، وإلا فالأصل في عمله "القانونية".

أي أنْ يماثل عملُ القاضي عملَ السلطة السياسية في كيفية مباشرة الأعمال التي تحتجب عنها رقابة القضاء، هذه الأخيرة التي دائمًا ما تفتقر إلى خصوصية

([1]) للمزيد؛ انظر:
- أ. د. وحيد رأفت: رقابة القضاء لأعمال الدولة، القاهرة، ١٩٤٢، ص١٤٠.
- أ. د. عثمان خليل: مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، ط ٤، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٤٠، ١٤١؛
- أ. د. محمود محمد حافظ: القضاء الإداري، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٥٠؛
- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦؛ مثبت في: م. حمدي ياسين عكاشة: القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٩٥.

العمل القضائي الذي جُبل عليها قاضي الدستور باعتباره متفرعًا عن سلطة القضاء باستقلاليتها ومعياريتها، ما مؤداه أن الصعوبة المثارة في الاستدلال على الأعمال السياسية التي تمتنع عنها رقابة القضاء، تظل قائمة في صدد الاستدلال على الأعمال السياسية للقاضي الدستوري-هذا من ناحية. ومن ثم، فإن صعوبة الاستدلال على معنى "سياسي" في جانب عمل القاضي الدستوري، سيما في ظل قرينة الصحة المفترضة في أعماله كغيرها من أعمال السلطة العامة، هي ما تجعل من فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، فرضا نادر الحدوث أو تقف عند حد الشبهة التي تحوم حول عمله([1]).

فعملية التقدير التي يجريها القاضي بهدف الترجيح بين المصالح المتباينة الجديرة بحماية الدستور؛ وصولاً إلى أيها أجدر بهذه الحماية، وإن اشتركت مع عمل السياسيين فما يجرونه من موازنات، فإن هذا الاشتراك لفظيًا فحسب؛ أي يقتصر على وحدة اللفظ دون المعنى، وآية ذلك أن تقدير القاضي تحكمه فكرة المعيارية التي كانت سببًا من وراء رُجْحان كِفَّة الصورة القضائية لرقابة الدستورية بكِفَّة صورتها السياسية، وإلا لاستُسيغ القول بحجب سلطة التقدير عن القاضي الدستوري، بل وعن غيره من القضاة، ما دام أن عملية التقدير هذه ستصرف أعمالهم من دائرة "القانونية" إلى دائرة "السياسية"!!

ويشاركنا الرأي في ذلك، أحد الكُتَّاب إذ يقرر أنه: "ورغم أنه ثم حساسية تشوب دائمًا الحديث عن أي دور أو وظيفة سياسية للقضاء؛ إلا أن هذا القول غير سديد على إطلاقه، إذ أن السياسة بمعنى التوازنات بين السلطات والفصل بينها، وضرورة رفع القيود عن حريات المواطنين أو إزالة غموض التشريعات وتناقضها وتراكماتها الإزدواجية في تنظيم المراكز القانونية، وانتهاك سلطتي التشريع والتنفيذ

([1]) وعلة استعمالنا لفظة "شبهة"، ليس لعدم تصور أن يقوم القاضي بعمل سياسي، أو دفاع محاباة عن عمل القاضي الذي قد تتسلل إليه اعتبارات السياسية أحيانا، بل لأن ما يباشره القاضي من اختصاص الرقابة، ينبغي أن يتم في إطار فقهي محدد قوامه الاحتداد بطبيعة اختصاص الرقابة ذي الطبيعة القانونية، وعدم الخروج على صحيح الدستور وصريحه.

للحقوق والحريات العامة الأساسية للمواطنين، هي أمور تبدو في ظاهرها سياسية، إلا أنها في الوقت ذاته أمور دستورية أيضًا"([1]).

وبالتالي فليست ثمة صلة في الأساس بين المفهوم الخاص لمصطلح "سياسي"، وعمل المحكمة الدستورية العليا لا من قريب ولا من بعيد؛ فعمل قضاتها ولو اتفق مع الأعمال السياسية في فكرة التقدير أو الموازنات، فإنه يختلف عنها جد الاختلاف في غاياتها ووسائلها على السواء؛ فـ"معيارية" القضاء تنافي "غائية" السياسة، ووازع القاضي لا يقارن البتة بوازع السياسيين. ومن ثم فإن القول بأن القضاء يلعبُ دورًا حاسمًا وغير معترف به حتى الآن في تشكيل السياسات العامة the Judiciary plays a critical and heretofore unrecognized role in the shaping of public policies، لا ينتقل بمصطلح "السياسة" أو "سياسي" من دلالته العامة المجازية، إلى الدلالة الخاصة أو الفنية لمصطلح الدور السياسي الذي نقصده من وراء القول بالمفهوم المعياري، بل يتعين أن يوضع في سياق التقريب بين آثار التصرفات التي تأتيها سلطات الدولة الثلاث بما فيها سلطة القضاء التي تتفرع عنها سلطة القضاء الدستوري. وآية ذلك أن السلطة السياسية عادة ما ترتضي إسهام القاضي في صنع السياسة العامة متى أُمِنَت الآثار المحتملة لعمله The political authority will accept the contribution only if it is effectively secured with a given probability threshold([2]).

ومن ناحية أخرى، فإذا كانت فكرة "الإيجابية القضائية" في مجال رقابة الدستورية، مدخلا لوصف عمل القاضي بالدور السياسي، فإنها لا تقتصر على محكمة الدستورية فقط، بل تباشرها كافة المحاكم على اختلاف درجاتها The 'creative' interpretation, or judicial activism, of legal texts is a phenomenon generally characterizing all courts in a legal system, from the lowest county court to the highest court([3])، فهل يتصور القول بأن جميع المحاكم تباشر دورًا سياسيًا؟!

([1]) د. محمود رضا أبو قمر: القضاء والواقع السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٧٥.

([2]) انظر:

Giuseppe Albanese & Marco M. Sorge: The Role of the Judiciary in the Public Decision Making Process, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, Germany, 2010, p. 19.

([3]) انظر:

المبحث الثاني

المفهوم المعياري للدور

السياسي وتمييزه عن المفاهيم ذات الصلة

تمهيد وتقسيم:

إن القول بوجود نوع من الخلط بين دلالات مصطلح "سياسي" أو "سياسة"، يقتضي التفرقة بين هذه الدلالات فيما يُدْخِلُ صفة السياسي منها على عمل القاضي الدستوري، وفق معيار موضوعي يحسم كثيرا من الجدل المثار حول العديد من أحكام الدستورية، وكذا التمييز بين ما نستقر عليه كمفهوم للدور السياسي وما قد يختلط به من المفاهيم ذات الصلة برقابة الدستورية؛ لتنعم منصتها ـــ وهي ركيزة أساس لدولة القانون الحديثة لا ينبغي التوهين من قيمة أعمالها ومكانتها في النظام القانوني لكل دولة ـــ بمناخ قانوني وسياسي آمن في تناولها وتحليلها؛ بما يحفظ ثقة الجماعة في قضاتها(١).

فما المقصود بالدور السياسي للقاضي الدستوري من منظور معياري؟ وما هي أوجه التمييز بينه وبين ما قد يتداخل معه من مفاهيم؟ هذا ما نعرض له من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: التصور المقترح لمفهوم الدور السياسي من منظور معياري.

المطلب الثاني: تمييز مفهوم الدور السياسي عن المفاهيم ذات الصلة.

المطلب الأول

التصور المقترح لمفهوم الدور

السياسي للقاضي الدستوري من منظور معياري

باديء ذي بدء، وقبيل الإفصاح عما نعتقده مفهومًا لما يسمى ـــ جدلاً ـــ الدور السياسي لقاضي الدستور وفقا للنظرية المعيارية التي نكرس لها في بحثنا هذا، علينا أن نسوق عدة حقائق تسهم كثيرًا في حسم الجدل حول هذه الفكرة الجدلية.

Mauro Zamboni: 'Markers' vs. 'Makers': Are Constitutional Courts Legal or Political Actors?, op. cit, p. 73.

(١) انظر في نفس المعنى:

Commission to Promote Public Confidence in Judicial Elections: "Without public confidence, the judicial branch could not function", Final Report to the Chief Judge of the State of New York, New York, USA, 2003, p. 47.

أولا: أننا بصدد مفهوم اصطلاحي للدور السياسي للقاضي الدستوري، لا يتطابق البتة مع ما يُفهم من المعنى العام لمصطلح "سياسة"؛ سالف البيان، هذا المعنى العام الذي اعتُقد في مطابقته لمفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري دون محاولة الوقوف على أبعاده وتبعاته، هو ما نعده سببًا مباشرًا من وراء الخلط بين دلالات مصطلح "سياسي" في نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري وإثقال كاهله بأوزار ليست بأوزاره. بينما ينبغي أن ينصرف المفهوم الاصطلاحي للدور السياسي إلى عمل مناف لطبيعة اختصاص رقابة الدستورية تتصرف إليه إرادة القاضي؛ كما نعرف لاحقا.

ثانيا: أن الدور السياسي، هو خروج على فكرة "المعيارية" في عمل القاضي الدستوري. ما مفاده أن القاضي بإتيان هذا الدور يتنكب علة إسناد اختصاص الرقابة إليه تفضيلا له على هيئة سياسية، هذه الأخيرة التي لو سلمنا له بإتيان دور يشبه أدوار الساسة، لكانت أولى منه باختصاص الرقابة؛ فكما هو معلوم ومسلَّم به لدى جمهور الفقه أن القضاة لا يجيدون السياسة.

ثالثًا: وقياسًا على أن الدور القانوني لقاضي الدستور، ينطلق من حقيقة درج جمهور الفقه الدستوري ـــ قديمه وحديثه ـــ على إثباتها في جانب اختصاصه الرقابي، مؤداها "قانونية" هذا الاختصاص. فإن القول بالدور السياسي يرتب نتيجة حتمية مؤداها "سياسية" رقابة الدستورية، أي أنها ذات طبيعة سياسية في الأساس؛ كما قال بعض المناوئين لهذه القانونية قديمًا، ما يصطدم بما استقر عليه جمهور الفقه منذ أن سطع نجم رقابة الدستورية، ويتطلب إثبات انتماء رقابة الدستورية إلى اختصاصات السلطة السياسية، ليصطدم ذلك مع نهوض هيئة قضائية بمباشرة اختصاص ذي طبيعة سياسية على فرض التسليم ـــ جدلا ـــ بـ"سياسيته"، هذا من ناحية أخرى.

رابعًا: أن التكريس لوجود دور سياسي "مشروع" لقاضي الدستور، يفسح المجال لتسلل اعتبارات السياسة إلى منصة الدستورية، ما دام أن الفقه سيأخذ على

عاتقه مهمة التأصيل لمشروعية هذا الدور، هذا من ناحية، وما دام أن قاضي الدستور قد كوَّن قناعته في استخلاص معايير الدستورية في ظل ما يُروِّج عن عمله خلافًا لحقيقته؛ أي أن قاضي الدستور قد لا يعبأ أحيانًا، بل كثيرًا بتقييم الفقه لأعماله، طالما نُسب إليه الدور السياسي على غير بينة.

خامسًا: إن القول بـ"الدور السياسي" يفتح بابًا عظيمًا من الجدل حول وجهة أحكام الدستورية، في كل مناسبة لا يروق فيها حكم الدستورية ذوي الشأن، ليحاط عمل القاضي بأجواء ملبدة باتهامات مسبقة، ولتنتظره بيئة غير ممهدة لقبوله، على الأقل ممن لا يرتضونه، لتفقد آلية الرقابة على الدستورية كثيرًا من قدسيتها في نفوس الأفراد والمؤسسات، سيما في أوقات الأزمات السياسية والانقسامات الحزبية، الأمر الذي يتهدد مكانة الدستور في وجدان المخاطبين به.

سادسا: إن إتيان القاضي الدستوري دورًا سياسيًا، وفقا للمعيار الذي نعرض له لاحقا، يرتِّب في حقه جُرمًا أشد من جُرم إنكار العدالة، ألا وهو الانحراف بسلطة الرقابة على دستورية التشريعات؛ طالما تتكَّب عملُه فلسفة صورتها القضائية. هذا في الوقت الذي يسعى فيه الفقه الدستوري الحديث جاهدًا إلى تكريس دوره الإيجابي في الوفاء بالتزامه الدستوري بالحفاظ على الدستور([1]).

المفهوم المعياري المقترح للدور السياسي للقاضي الدستوري:

باديء ذي بدء، إذا كان المجال يتسع لأن أُدلي بدلوي في هذه المسألة التي لا أزعم تفرُّدي بإلقاء كلمة الفصل فيها، فإن جهد المُقلِّ هذا لا يعدو كونه محاولة جادة لإجلاء كثير مما يكتنف هذه المسألة الدقيقة من غموض وإبهام. وبالتالي فإن الباحث يرى تعريف الدور السياسي للقاضي الدستوري بأنه:

"انصراف إرادة القاضي الدستوري، في فرض لا تقدير له فيه، إلى ترتيب أثر ما على حكم الدستورية؛ سياسيًا كان أو ذا بعد

([1]) انظر:

Goodwin Liu & Others: Keeping Faith with the Constitution, op. cit, p. 13.

سياسي، على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتمًا؛ محابـاةً للسلطة السياسية أو معاداةً لها".

وإظهارًا لما يختزنه هذا القالب التعريفي من معان ومفاهيم، أورِد الآتي:

أولاً: أن عبارة "انصراف إرادة القاضي إلى..."، مؤداها انتفاء الدور السياسي عن عمل القاضي في الفروض التي تعزى فيها آثار حكم الدستورية، إلى إرادة المشرع؛ دستوريًا كان أو عاديًا، أو إلى الظروف المحيطة بالمسألة المطروحة عليه ولا تسعها فكرة القانونية تأويلاً.

ثانيا: أن عبارة "انصراف إرادة القاضي..."، تستتبع ضرورة إقامة الدليل القاطع على توافر القصد إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية، بما يثيره هذا الشرط من ضرورة ألا يكون الأثر المترتب على الحكم معزوًّا إلى إرادة المشرع، دستوريًا كان أو عاديًا، أو معزوًا إلى الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بالمسألة المطروحة على القاضي. مع الأخذ في الاعتبار أن إقامة الدليل على توافر القصد لدى القاضي يثير إشكالية البحث في خفايا نفس القاضي، وهي من الأمور التي يصعب الخوض فيها، كما هو مستقر عليه في فقه الإثبات!! ما يقلل من فرص توجيه تهمة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري إلى حد الندرة.

ثالثا: أن عبارة " في فرض لا تقدير له فيه..."، حاصلها أن نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري لا تصح في الفرض الذي يخوّل فيه سلطة تقديرية بحكم عمومية نصوص الدستور؛ باعتبار أن الأعمال التقديرية لا مجال للتعقيب عليها، ما التُزمت الأصول المرعية في مباشرة اختصاص الرقابة على الدستورية، وإلا انتفت العلة من وراء تخويله سلطة التقدير.

والفرض الذي لا تقدير للقاضي فيه هو الفرض الذي يكون حكم الدستور فيه واضحًا صريحًا لا يقبل صرفًا ولا تحويلاً؛ أي الفرض الذي تكون فيه نصوص الدستور قاطعة في دلالتها، وهي قليلة مقارنة بالنصوص التي تقبل حملها على

وجهين أو أكثر. وهو ما يترتب عليه عدة نتائج جوهرية؛ الأولى: أن يضيق نطاق نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري إلى حد الندرة تقريبًا؛ ما دمنا قد أقررنا بأن فروض الاختصاص المقيد لا تذكر إلى جوار فروض السلطة التقديرية لقاضي الدستور، والثانية: أن يُحصر الدور السياسي للقاضي الدستوري في الفرض الذي يمثل فيه عمل القاضي مخالفة صريحة للدستور، وهو فرضٌ نادر الحدوث أيضًا، والثالثة: أن كل ترجيح يجريه القاضي الدستوري بين بدائل أو مصالح مشروعة في الفرض الذي تتنازع فيه حماية الدستور مصلحتان أو أكثر جديرة بحماية الدستور، لا يعد دورًا سياسيًا، طالما استُثني فرض التقدير من الخضوع لحكم الدور السياسي. مع ملاحظة أن تجاوز القاضي حدود سلطته التقديرية قد يشكل في ذاته دورا سياسيا؛ باعتبار أن السلطة المخولة له ليست طليقة من كل قيد، وإنما تحكمها الأصول الدستورية والقانونية المرعية في مجال الرقابة على الدستورية.

رابعًا: أن عبارة " ترتيب أثر ما على حكم الدستورية..."، مؤداها استبعاد أعمال القاضي الدستوري "غير القضائية" من دائرة الدور السياسي؛ كالتعبير عن الرأي في المسائل العامة عبر منتديات اجتماعية تقليدية أو إلكترونية أو ما شابهها؛ فهذا ليس من قبيل الدور السياسي الذي نقصده في مقامنا هذا.

خامسًا: أن عبارة " سياسيًا كان أو ذا بعد سياسي..."، مفادها أن الدور السياسي للقاضي الدستوري، على فرض ثبوته، لا يقتصر على المسائل السياسية بطبيعتها، وإنما يتسع نطاقه ليشمل المسائل ذات البعد السياسي؛ أي تلك التي تثير اهتمام الرأي العام ومتابعته ولو لم تكن سياسية بطبيعتها.

والأثر السياسي أو ذو البعد السايسي، يحكمه ما أوردناه في مقام الحديث عن المفهوم الخاص لمصطلح "سياسي"؛ إذ يقتصر على ما يمكن تصنيفه على أنه من جنس الآثار السياسية التي تخلفها الأعمال السياسية التي لا تطالها ولاية القضاء؛ كأن يثقل القاضي النصوص التي تحكم النزاع بما لا تطيق من معان؛ تلبية لرغبة السلطة السياسية أو تحقيقا لمصالحها، أما ما عدا ذلك من آثار سياسية ينطبق عليها المعنى أو

المفهوم العام لمصطلح "سياسي"؛ كأن يتوسع القاضي في تفسير النصوص؛ تحقيقا لمصلحة الجماعة، فهذا لا يدخل في مفهوم الدور السياسي الذي يفسد عمل القاضي؛ نزولا عند مقتضى فكرة "الدستورية المتجددة"، وتمشيًا مع فكرة "تحديث الدستور" من طريق مقاصده ومعانيه التي يكرس لها الفقه الحديث، وإلا لأمكن مد بساط الدور السياسي إلى أحكام الدستورية في كل مناسبة يطوِّر فيها القاضي معاني النصوص حتى تلبي تطلعات الجماعة، فتترتب عليها آثار سياسية مما تدخل في المعنى العام لمصطلح "سياسي"، ولَمّا استطاع القاضي الدستوري أن يجتهد رأيه ولا يألو في إظهار معنى الدستور متصلاً متجددًا.

سادسًا: أن عبارة " على غير مقتضى الدستور"، مؤداها ضرورة استخلاص معنى الدستور في المسألة المطروحة على القاضي، استخلاصًا سائغًا قانونًا في ضوء الأصول المرعية في مجال الرقابة على الدستورية؛ وطنيًا وعالميًا، مع ما تثيره عملية تفسير الدستور من إشكاليات؛ أهمها: تحديد معنى الدستور في الوقت الذي تطلب فيه عدالة الدستور لدى قاضيها الطبيعي؛ أيركن فيها إلى ما انصرفت إليه إرادة واضعي الدستور وقت إقراره؛ حتى لا يعد متجاوزًا لدوره في تطبيق الدستور؛ فيتَّهم بالرجعية أو الأصولية تارة، وبالشكلية أو الحرفية أو الجمود تارة أخرى، أم يأخذ بعين الاعتبار ما آلت إليه إرادة الجماعة الحاضرة من أفكار وتطلعات فرضتها المتغيرات الاجتماعية، والتي قد لا تستفاد بالضرورة من صراحة النصوص؛ فيرمى بإحلال إرادته محل إرادة الشارع الدستوري؛ فيوصف بالمشرع العرضي تارة، وبالقاضي البراجماتي تارة ثانية، ويرمى بالدور السياسي تارة ثالثة؟!

سابعا: أن عبارة "على غير ما يفهم من نصوصه حتما"، مؤداها أن نصوص الدستور غير القاطعة في دلالتها، تحتكم في تفسيرها واستخلاص معنى الدستور منها بحسب السياق الدستوري([1])، وهو ما يثير قضية تأويل نصوص الدستور في الفرض

([1]) انظر في نفس المعنى:

Robert C. Post: Theories of Constitutional Interpretation, Faculty Scholarship Series, Paper 209, Yale Law School, Yale Law School Legal Scholarship Repository, United States,1990, p. 35;

الذي تقصر فيه النصوص ـــ وما أكثره ـــ عن تقديم حلول صريحة ومحددة للمسألة المطروحة على القاضي؛ أيلتزم في تأويلها "اعتبارات القانون/ الدستور" المجردة؛ فيقضي بما قد لا تستسيغه الجماعة في حاضرها، أم يتوسع في مفهومها لتسع اعتبارات الواقع، ملتزمًا في ذلك نهجًا إيجابيًا لم يقره عليه جمهور الفقه التقليدي؛ فتبدو "إيجابيته" هذه وكأنها دورًا متزايدًا في مواجهة سلطة التشريع؛ أصلية كانت أو استثنائية؟!

ثامنًا: أن عبارة "محاباةً للسلطة السياسية أو معاداةً لها..."، مؤداها ضرورة انصراف إرادة القاضي إلى مطابقة توجهها أو مخالفته على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتمًا. وعليه، فإن التطابق بين الاتجاه الذي يستفاد من حكم الدستورية وتوجه السلطة السياسية، لا يمثل في ذاته دورًا سياسيًا، إلا أن يكون على خلاف ما يستفاد صراحة من نصوص الدستور، وكذا التضاد بينهما. والمقصود بالسلطة السياسية في هذا المقام، هي سلطة التشريع؛ أصلية كانت أو استثنائية، والأصلية كما هو معلوم هي سلطة التشريع المنتخبة، والاستثنائية هي رئيس الجمهورية في فرضي التفويض والضرورة.

المطلب الثاني

تمييز مفهوم الدور السياسي

للقاضي الدستوري عن المفاهيم ذات الصلة

قلنا آنفا، أن المدقق في الأطروحات البحثية التي تناولت فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، يخلص إلى تداخل مفهوم الدور السياسي مع مفاهيم أخرى، قد يشترك معها في تجاوز القاضي حدود اختصاصه الرقابي ذي الطبيعة القانونية، بيد أنه يختلف معها جد اختلاف في حقيقة العمل ذاته، وما يرتبه من آثار قانونية قد تكون بعيدة كل البعد عن إرادة القاضي الدستوري. وهو ما يحدونا إلى استعراض أوجه التقارب أو التنافر بين مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري وبعض المفاهيم

Brandon J. Murrill: Modes of Constitutional Interpretation, Cong-ressional Research Service, United States of America, March 2018, p. 5 and next.

التي قد يعتقد خطئًا في تداخلها معه؛ علَّها تسهم في إجلاء الغموض الذي يكتنف هذا المفهوم.

أولا: الدور السياسي للقاضي الدستوري والوجه السياسي لرقابة الدستورية:

يقصد بالوجه أو البعد السياسي لرقابة الدستورية، أن اختصاصها واقع على الحد الفاصل بين اعتبارات القانون ومقتضيات السياسة([1])؛ إذ يبحث قاضيها في مسائل سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي، تجعله عرضة للتأثر باعتبارات السياسة، بل إن الرافضين للصورة القضائية لرقابة الدستورية ومن ثم "قانونية" اختصاصها، لا يقنعون بغلبة الوجه القانوني لرقابة الدستورية، وإنما يعتقدون في غلبة البعد السياسي لها على بعدها القانوني، بل ربما اعتقد بعضُ أنصار صورتها السياسية في "سياسيتها" الخالصة([2]).

ولعل ذلك ما كان سببًا في بلورة الاعتقاد لدى بعض الباحثين ممن عالجوا فكرة الدور السياسي، في منطقية العلاقة بين الدور السياسي واختصاص الرقابة على الدستورية، بل وفي حتميتها؛ حتى ولو كانت طبيعة عمل القاضي "المعيارية" تأبى ذلك، وغضًا للطرف عما إذا كان هذا الاختصاص يتسع تكييفًا ليسع أعمال القاضي التي تحوم حولها شبهة الدور السياسي. فقد سبق أن أشرنا إلى أن العبرة في الحكم بتوافر الدور السايسي في جانب عمل القاضي، هي بمدى انصراف إرادته إلى إحداث الآثار التي يخلفها حكم الدستورية على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتما.

فهل يلزم من تعرُّض القاضي الدستوري لبحث مسائل سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي، أن يأتي دورًا سياسيًا مما يقدح في نزاهته ويطعن في موضوعيته؟

([1]) انظر:

- Dieter Grimm: Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: between law and politics, National University of Juridical Sciences Law Review(NUJS), Vol. 15, Kolkata, West Bengal, India, 2011, p. 15, 16.

([2]) انظر:

- Barry Friedman: The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review, University of Cincinnati Law Review, Vol. 72, New York University School of Law, Unites State of America, 2004, p. 1272 and next.

بالطبع لا، وإلا لامتنع على القاضي أن ينظر في أية مسألة مما تدخل في اختصاصه؛ فكما هو معلوم أن أغلب المنازعات التي يختص بالفصل فيها إما أنها سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي، وطالما التزام القاضي حدود اختصاصه المقرر دستوريا، فلا مسوغ البتة لوصف عمله بالدور السياسي. فالأصل في عمل القاضي "القانونية" لا "السياسية" إلى أن يثبت عكس ذلك بالدليل القطعي لا الظني، وإلا وقفت فكرة الدور السياسي عند حد الشبهة التي لا ترقى إلى رتبة اليقين؛ كما أشرنا في موضع سابق.

وعليه، فلا ينبغي أن تنتهي بنا جدلية الوجه السياسي لرقابة الدستورية، وفق منطق صوري مجرد، إلى حتمية قيام قاضيها بدور سياسي؛ فكما أن وقوع عمل القاضي على الحد الفاصل بين القانون والسايسة، قد يفهم منه إمكانية إتيان دور سياسي، ففي المقابل أيضا، يفهم منه إمكانية التزام حدود القانونية، وهذا هو الأقرب إلى المنطق طالما أقررنا بـ"قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، ونزولا على مقتضى قرينة الصحة المفترضة في عمل القاضي الدستوري كغيره من أعمال السلطة العامة؛ تشريعية كانت أو تنفيذية([1]).

ثانيا: الدور السياسي للقاضي الدستوري والأثر السياسي لأحكام الدستورية:

إن أكثر ما ما تؤتى منه محكمة الدستورية وأعمالها، باب الخلط بين الدور السياسي لها والأثر السياسي لأحكامها؛ فلربما اعتقد الكثيرون في أن الدور السياسي لسلطة الرقابة على الدستورية، يكمن في الأثر المترتب على حكمها، من دون التفرقة بين ما إذا كان هذا الأثر معزوًّا إلى إرادة الشارع؛ دستوريا كان أو عاديا، أو مرده إلى إرادتها هي ذاتها، حتى إن قضاة الدستورية غالبا ما يبهتوا بما لم يكونوا ليقصدوا إليه، لو كان لهم من الأمر شيئا.

([1]) للمزيد حول مقتضى هذه القرينة؛ انظر: د. عيد أحمد الحسبان: قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٨، أكتوبر ٢٠١١، ص ١٧٢ وما بعدها.

فقد يُعتقد في الترادف بين الدور السياسي والأثر السياسي الذي يصاحب حكم الدستورية عادة، على غير ما بينة مما بينهما من بون شاسع يجعل من الخطأ البين، الخلط بينهما؛ فأحكام الدستورية ترتب آثارًا مختلفة، من بينها آثارٌ سياسية، سواء أكان الحكم صادرًا في مسألة سياسية بطبيعتها أو في مسألة ذات بعد سياسي، بيد أن هذه الآثار وتحديدا السياسية منها لا ترد بالضرورة إلى عمل القاضي الدستوري، بل ترد في الأساس إلى إرادة الشارع الذي قصد إلى ترتيب مثل هذه الآثار من وراء النصوص القانونية القائمة، ما دام أن القاضي قد التزم حدود اختصاصه في إسقاط مراد الشارع دستوريًا كان أو عاديًا على الوقائع التي تثير اختصاصه الرقابي، دون إفراط أو تفريط؛ فكما هو معلوم أن الأصل في عمل القاضي أنه مطبِّق للقانون لا منشئًا له.

ما يجعل القول بحتمية التلازم بين الدور السياسي للقاضي الدستوري، والآثار السياسية التي تترتب على أحكامه، محل نظر لدينا؛ فثمة آثار سياسية يرتبها حكم الدستورية أو قد تترتب عليه بحكم الواقع، تستمد مصدريتها من إرادة الشارع أو تعزى إلى بعض المستجدات أو المتغيرات التي تتزامن مع صدور الحكم أو تلي صدوره مباشرة؛ لانتفاء توسط إرادة القاضي بين هذه الأخيرة والوقائع التي أثارت اختصاص الرقابة على الدستورية، لطالما اقتصر دور القاضي على تطبيق الدستور؛ فليس ثمَّ عمل خلاَّق أو إبداعي ينسب إلى إرادته، وإنما اقتصر دوره على الكشف عن مراد الشارع؛ أي أنه التزم حدود دوره في تطبيق الدستور كقانون، وبالتالي فلا ينسب الأثر السياسي إلى إرادته، وإنما إلى إرادة المشرع، فالقاعدة الراسخة "أنه لا ينسب لساكت قول".

ثالثا: الدور السياسي والدور المنشيء أو الخلاَّق للقاضي الدستوري:

قد يفهم من قول بعض البراجماتيين بأن القاضي الدستوري، مشرع عرضي([1])؛ إذ يرد عمل سلطة التشريع بدعوى "عدم الدستورية"، فضلا عن قولهم

([1]) انظر:

بأنه يأتي عملا من جنس أعمال التشريع إذ يضفي صفة القاعدية على قيمة ما أو مبدأ فلسفي ما، فيصير بمثابة القاعدة الدستورية، أن الدور المنشيء للقاضي الدستوري، يعد داخلا في مفهوم الدور السياسي، ما دام أن عمله سيتجاوز دائرة التطبيق؛ حيث دوره الطبيعي في تطبيق الدستور كقانون، إلى دائرة التقرير؛ حيث المجال المحجوز لسلطة التشريع؛ دستورية كانت أو عادية.

وإذ ينصرف مفهوم الدور المنشيء أو الخلاق للقاضي الدستوري، إلى دور القاضي في مواجهة الفروض التي ينقطع فيها معنى الدستور، حقيقة؛ لغياب النص أو النصوص الصريحة التي تحكم المسألة المطروحة عليه، أو حكمًا؛ لغموض النصوص القائمة؛ إذ يتعين عليه وقتئذ المسارعة إلى جبر القصور الذي يعتور الدستور أو القانون عبر قناة التفسير التي أخذ جمهور الفقه مؤخرًا يكرس لشرعيتها كأداة رسمية لتحديث الدستور من طريق المقاصد والمعاني([1])؛ فكما هو معلوم أن تخلُّف النص الصريح أو افتقار النص القائم إلى الوضوح، لا يعفيه من مسئولية تقديم العدالة الدستورية؛ وإلا عدَّ منكرًا لها.

وعليه، فلا مجال للخلط بين مفهوم الدور المنشيء أو الخلاق ومفهوم الدور السياسي، ما لم تنصرف إرادة القاضي في مواجهة هذه الفروض إلى ترتيب ما لا يقره الدستور من آثار على حكم الدستورية؛ فحالئذ يكون عمله الخلاَّق هذا داخلا في مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي ذي الطبيعة القانونية، ولو اتخذ صورة التفسير لغامض أو التكملة لناقص، إذ لا افتئات من جانبه على اختصاص تشريعي محجوز، بل ينهض بما توجبه عليه طبيعة التزامه الدستوري بالحفاظ على الدستور "متجددًا"،

- Eivind Smith: Constitutional Courts as "Positive Legislators"–Norway, International Academy of Comparative Law, XVIII International Congress of Comparative law, Washington, D.C., July 25-31, 2010, p. 5, 6;
- Edmund Ursin: How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly, and Roger Traynor on Judicial Lawmaking, op. cit, p. 1331.

([1]) للمزيد؛ راجع:

- V. R. Jayadevan: Judicial Creativity in Constitutional Interpretation, Thesis of Doctorate of Philosophy, School of Legal Studies, Cochin University of Science and Technology, Kerala, India, 1999, p. 1 and next;

وأعلى مدارج الحفاظ على الدستور، الحفاظ على اتصال معناه على الدوام، ولو قصرت دلالاته الصريحة عن إظهاره متصل المعنى، وذلك من طريق مقاصده ومعانيه عبر قناة التفسير([1]).

وقد يعترض على هذا الطرح، بدعوى أن الدور المنشيء للقاضي الدستوري، تنتج عنه معايير ومباديء لها قيمة دستورية أقرب ما تكون إلى القواعد الدستورية التي تحويها وثيقة الدستور، بل وتصير جزءًا من الكتلة الدستورية التي يركن إليها القاضي لاحقا في وزن أعمال سلطة التشريع، وهو ما يفتح المجال لفكرة الدور السياسي إذ يباشر القاضي عملاً من جنس أعمال التشريع.

وردًا على هذا الاعتراض، أقول بأن معايير الدستورية التي يتوصل إليها القاضي في عملية إسقاط معنى الدستور الكامن في النصوص التي تغلب عليها العمومية على الوقائع المحددة التي تثير اختصاص رقابة الدستورية، لا تماثل البتة عملية التشريع التي يقوم بها المشرعان الدستوري والعادي. بل هي معايير فرعية أو ضوابط محددة لا تستقيم عملية استخلاص معنى الدستور في المسألة المتنازع عليها بدونها، ولا يقدح في ذلك صيرورتها مباديء أو قواعد دستورية فيما بعد، بفضل نهائية أحكام الدستورية وامتناع التعقيب عليها([2])؛ فهذه المعايير الفرعية للدستورية عادة ما تختلف باختلاف الملابسات التي تحيط بكل منازعة، ما يفقدها صفة العمومية التي تميز التشريع عن عمل القاضي، بل ويفقدها صفة التشريع أيضًا صفة الجهة التي تنشئها وفقا للمعيار الشكلي.

فلو صح القول بأن بلورة معايير الدستورية هي من جنس أعمال التشريع، ومن ثم سياسية العملية الفكرية أو الذهنية التي يُتوصّل بها إليها من طريق القاضي

([1]) انظر في نفس المعنى:
- Rosalind Dixon: Updating Constitutional Rules, the University of Chicago Press, U.S.A, 2010, p. 322;
- Goodwin Liu and Others: Keeping faith with the constitution, op. Cit, p. 26.

([2]) انظر للباحث: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٢ وما بعدها.

الدستوري([1]) إذ يخصص معنى الدستور في الفرض الذي ينقطع فيه معنى الدستور حقيقة أو حكمًا، لصح القول ذاته على أعمال المحاكم العادية والإدارية؛ العليا منها والدنيا؛ إذ تخصص معنى القانون في الفرض الذي يتخلف فيه الحكم الصريح؛ ذلك أنها تستخلص معايير قانونية من النصوص التي تحكم النزاع؛ لتناسب الوقائع التي عقدت اختصاصها، ما حاصله أنها تقوم بدور إيجابي في الاستدلال على إرادة المشرع([2])، ولا يتسنى القول بأن اجتهادها هذا يمثل دورًا سياسيًا؛ لحلولها محل المشرع في تقعيد المعايير الفرعية التي تحكم المسألة المعروضة عليها، فما بال القاضي الدستوري؟!

إن عمل القاضي في استخلاص معايير الدستورية، عبر عملية ذهنية ينتقل فيها القاضي من الإطار النظري الذي تحكمه نصوص عديدة مبعثرة في صحيفة الدستور وأكواد القوانين المكملة له، إلى إطار التطبيق، والتي تحكمها أصول راسخة في مباشرة اختصاص الرقابة على الدستورية، وحتى لو أضفيت عليها صفة القاعدية بحكم نهائية أحكام الدستورية وامتناع التعقيب عليها، لا تدخل في دائرة التشريع ولو تشابهت معه في بعض الأوصاف([3]). فعمل القاضي داخل في اختصاصه سواء أكان تفسيرًا لغامض أو إكمالاً لناقص، والعبرة في وصف عمله بالدور السياسي، بخروجه على مقتضى الدستور.

([1]) انظر:

- Michael J. Perry: The Constitution in the Courts: Law or Politics?, Oxford University Press (OUP), United Kingdom, 1994, p. 4.

([2]) انظر في نفس المعنى:

- د.مجدي دسوقي محمود: المبادئ العامة للقانون والمشروعية الداخلية للقرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص١٨١ وما بعدها؛
- Michael Kirby: Judicial Activism; Authority, Principle and Policy in the Judicial Method, Published by Sweet & Maxwell Limited, London, England, 2004, p. 10 and next;
- Charles E. Clark: The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition, Yale Law Journal, vol. 71: 255, Faculty Scholarship Series, Yale Law School, USA, 1961, p. 267 and next;
- Benjamin N. Cardozo: the Nature of the Judicial Process, Lecture I; Introduction. the Method of Philosophy, Journal of Law, Volume 1, Issue 1, The Green Bag, Inc, 2011, p. 331 and next.

([3]) انظر في نفس المعنى: م. د. عصام سليمان: تفسير الدستور وأثره على المنظومة الدستورية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد السادس، ٢٠١٢، ص ٢٧.

بل إن القاضي الجنائي، وعلى ما لعمله من خطـــــورة بالغـــــة؛ إذ يقـرر تقييد أو سلب الحرية المكفولة دستوريًا، وربما يقرر الذهاب بالحياة ذاتهـا، يتـرك لـه المشرع هامش تقدير ليراعي التناسب بين الجُرم المرتكب والعقـاب المـستحق، وكـذا القاضي الإداري في تقدير التناسب بين الذنب الإداري والجزاء التـأديبي، ولا يتـسنى ـــ بكل تأكيد ـــ وصف عمل أي منهما بأنه عمل سياسي لمجـرد انـضوائه علـى تقدير أو ترجيح بين مصالح جديرة بحماية القانون!! ومن ثم، ومن باب أحـرى، فـلا يستساغ القول بـ"سياسية" عمل القاضي الدستوري في الترجيح بين المصالح الجـديرة بحماية الدستور لمجرد أن ينطوي عمله علـى تقـدير، إلا أن يكـون تقـديره ظـاهر الخروج على مقتضى الدستور.

رابعًا: الدور السياسي للقاضي الدستوري ورقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري:

قد يختلط مفهوم الدور السياسي للقاضي، بمفهوم رقابـة التناسـب فـي نطـاق القانون الدستوري؛ لدقة التفرقة بين الأخيرة ورقابة الملائمة أحيانًا، وقـد ذكرنـا حـال الحديث عن موقف الفقه من مفهوم الدور السياسي، أن جانبًا من الفقـه مـستقر علـى توافر وصف الدور السياسي لعمل القاضي متى تجاوز دائرة المـشروعية إلـى دائـرة الملائمة([1]). غير أن ما يسوقه جانب من الفقه في مقام أوجـه التمـايز بـين رقـابتي التناسب والملائمة في مجال الدستورية، كفيل بإظهـار التبـاين بـين مفهـوم الـدور السياسي متى تجسد في بحث ملائمة التشريع، ومفهوم رقابـة التناسـب؛ فالقاضـي لا يتعرض لمدى التناسب بين الآثار التي يرتبها التـشريع وظـروف إصـداره؛ زمانًـا ومكانًا، وإنما يبحث في مدى اتساق هذه الآثار مع الوقـائع الماديـة والقانونيـة التـي دعت إلى إصداره([2]).

وعليه، فليس ثم وجه للخلط بين مفهوم رقابة التناسب ومفهوم الـدور الـسياسي؛ إذ يتسع نطاق "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية ليـسع الأول، بينمـا يـضيق عـن

([1]) راجع ما سبق: ص ١٦.

([2]) انظر: د. جورجي شفيق ساري: رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري؛ دراسة تحليلية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٣.

استيعاب الثاني؛ إذ تخرج الأثار التي يخلفها حكم الدستورية على مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتمًا، وهو ما لا تطيقه فكرة "القانونية".

خامسًا: الدور السياسي ورقابتي الانحراف والإغفال التشريعيين:

قد يتداخل عمل القاضي الذي يعكس دوره السياسي، بعمله في الرقابة على الانحراف والإغفال التشريعيين؛ إذ يتعرض القاضي في الثانيتين إلى بحث أعمالٍ كانت تصنَّف من قِبَل القاضي الدستوري ذاته ـــــ في أول عهده باختصاصه الرقابي([1]) ـــ على أنها كنه الاختصاص التقديري المحجوز لسلطة التشريع، فضلا عن أنها تقع على التَّماس من فكرة الملائمة التي تعكس دوره السياسي. بيد أنه ثمَّ تمايز بيِّن بينهما؛ إذ يقتصر عمل القاضي ـــ في رقابتي الانحراف والإغفال ـــــ على بحث منطقية العلاقة بين غاية التشريع محل الرقابة والغاية المحددة له دستوريًا؛ في الأولى، وبحث منطقية العلاقة بين كفاية التنظيم التشريعي للمسألة موضع التشريع ومقتضيات فكرة الضمانة الدستورية لتحقيق هذه الكفاية كمًا ونوعًا؛ في الثانية، وهو ما يعد داخلا في مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي، طالما أن بلوغه غاية المشرع الدستوري من وراء تقرير اختصاص الرقابة على الدستورية، ومن ثم استقامة فكرة الرقابة، مرتهن بغوصه في أغوار التشريع وعدم اقتصاره على البحث في مناحيه الشكلية؛ تحسبًا لمهارة المشرع في إخفاء عيوب التشريع بين ثناياه.

سادسًا: الدور السياسي للقاضي الدستوري والرقابة السياسية على دستورية التشريعات:

قديمًا، كان مصطلح الدور السياسي مرادفًا لمصطلح الرقابة السياسية على دستورية التشريعات؛ إبان ظهورها في النظام الفرنسي؛ إذ ساد الاعتقاد ـــــ لدى

([1]) إذ يقرر جانب من الفقه الأمريكي أن المحكمة العليا - الحديثة على حد قوله - "the modern Supreme Court" قد بدأت منذ ١٩٢٥؛ حيث اتسع نطاق سلطتها التقديرية إلى حد بعيد، مقارنة بسابق عهدها؛ لمزيد من التفاصيل راجع:

• Amanda L. Tyler: Setting the Supreme Court's Agenda: Is There a Place for Certification?, The George Washington Law Review, Vol. 78:1310, U.S.A, 2010, p. 1327, 1328.

كما يرصد جانب من الفقه المصري تطور نوعية عمل المحكمة الدستورية العليا، فيقول: "...، وكانت الرقابة في بدايتها حانية رفيقة، ثم أدركتها سنة التطور، فأصبحت جسورة جادة، وقد تتابعت هذه الثروة القضائية، حتى ملأت الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وحدها، أربعة مجلدات كاملة..."؛ انظر: د. مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري المصري ورقابة دستورية القوانين، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤، ص "ج"، "د".

السياسيين بالطبع ـــ في عدم قدرة القضاة على الوفاء بغايتها وقتئذ، ما كان لـه أكبر الأثر في طريقة اكتساب عضوية المجلس الدستوري التي يغلب عليها الطابع السياسي، وقد بدأ المجلس بداية لا تتفق مع فلسفة دوره الرقابي، جعلت منه كيانًا سياسيًا يضفي الشرعية الدستورية على عمل الأغلبية الحاكمة([1]). أما في ظل ما أثبته المجلس مؤخرًا، من فطنة في التدرج في فرض "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية على سلطة التشريع؛ حتى غدا مفهومها ومن ثم نطاقها لا يختلف كثيرًا في النظام الفرنسي عنه في النظام الأمريكي([2])، فقد بات المجلس كيانًا دستوريًا من الطراز الأول، لا يقل دوره أهمية في توجيه محاكم ومجالس الدستورية حول العالم، عن دور المحكمة العليا الأمريكية.

وهو ما يؤكده أحد الكتَّاب إذ يقرر أن المجلس الدستوري الفرنسي قد تجاوز التصور الأولي الذي كان سائدا وقت نشأته، والمتمثل في أنه حام للبرلمان le conseil constitutionnel est le gardien du Parlement، حتى أصبح حاميًا حقيقيًا للدستور gardien du Constitution، بل وبالرغم من خصوصية الطبيعة القانونية للمجلس إذ لا يتخذ هيئة المحكمة، هذه الهيئة التي عادة ما تجنح معها الهيئات القضائية إلى توسيع اختصاصاتها، فإنه قد نحا نحوها في تدعيم أواصر اختصاصه الرقابي([3]).

سابعًا: الدور السياسي للقاضي الدستوري ومواكبة المستجدات في مجال رقابة الدستورية:

لم تعد فكرة "وطنية" مباديء الدستورية، والتي سادت لحقب زمنية مديدة وقت أن ساد الاعتقاد في فكرة السيادة "التقليدية" قبل انتشار ظاهرة العولمة، لم تعد تصلح

([1]) انظر:

Martin A. Rogoff: A Comparison of Constitutionalism in France and the United States, Maine Law Review, University of Maine School of Law, Vol. 49: 21, United States, 1997, p. 83.

([2]) انظر:

Pasquale Pasquino: The New Constitutional Adjudication in France; The Reform of the Referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model, Centre de Théorie et Analyse du Droit - Paris EHESS, France, p. 8 and next.

([3]) انظر في نفس المعنى: د. معتز القرقوري: في امتداد اختصاص القاضي الدستوري عند التعهد بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (الرقابة السابقة)، مقال منشور بجريدة المغرب "الإلكترونية"، بتاريخ ١٣ أكتوبر ٢٠١٧؛ الرابط التالي:
http://ar.lemaghreb.tn/%D9%82

أساسًا لعمل القاضي الدستوري في استخلاص معنى الدستور، وقد فرضت ظاهرة العولمة على العديد من الدول حول العالم، سيما الآخذة في النمو السياسي، أن تعيد صياغة وثائقها الدستورية في ضوء ما تحويه وثائق الدساتير في دول "الهيمنة"؛ غثه وثمينه، حتى إن البعض قد يربط بين تأثر صناعة الدساتير بهذه الظاهرة كمسار إجباري التزمته هذه الدول، والتوجه السياسي للحكومات والتي عادة ما تضطرها أيضا فكرة الهيمنة إلى التزام مسارات إجبارية، الأمر الذي قد يولد حالة من الشك حول عمل القاضي الدستوري في حال الرجوع إلى موطن الأفكار والقيم التي نقلت إلى دستوره الوطني؛ ليقف على منهج قاضيها الدستوري في استجلاء مفاهيمها ومعانيها.

فقد ساد الاعتقاد قديمًا في وطنية المباديء الدستورية "الخالصة"، وأن الدستور وقوانينه المكملة إنما يجسدان هوية الجماعة ويعكسان سيادتها بمفهومها "التقليدي"، ثم راح القاضي الدستوري الوطني يستقي دلالات النصوص من تطبيقات القضاء الدستوري المقارن التي بلغت شأوًا من التقدمية؛ يصعب التنكر لها أو القضاء بأقل منها، الأمر الذي حدا البعض إلى الاعتقاد في "سياسية" عمله إذ لا يألو جهدًا في استيراد أرقى المعاني؛ لتكون حلة عصرية لنصوص الدستور؛ ظنا منهم في أن ذلك يخرجه عن طابعه الوطني.

وحتى لا يختلط الأمر على البعض، أقول بأنه طالما كان القاضي متقيدًا في اطلاعه على تجارب الدستورية المقارنة، بثوابت النظام الدستوري الوطني، فلا مسوغ لنعت عمله بالدور السياسي؛ باعتبار أن طبيعة اختصاص الرقابة على الدستورية إذ يرد على حقوق وحريات لها طابع عالمي، يفرض عليه ذلك([1])؛ إذ لا يعقل أن يظل القاضي الوطني عاكفا على تطبيق مستويات متدنية من المفاهيم والمعاني التي ينبغي أن تكتسيها النصوص الدستورية، في الوقت الذي يطبق فيه

([1]) انظر في نفس المعنى:

Bui Ngoc Son: Globalization of Constitutional Identity, Washington International Law Journal Association, Vol. 26, No. 3, U.S.A, 2017, p. 464 and next.

نظرائه مستويات أعلى وأرقى، سيما وأن الفكرة الحقوقية مردها إلى فكرة "الإنسانية"، لا إلى فكرة "الجنسية". وعليه فقد بات مستقرًا لدى جمهور الفقه الدستوري أنَّ للقاضي الدستوري الوطني أن يستعين باجتهاد محاكم ومجالس الدستورية المقارنة في استخلاص معنى الدستور.

الفصل الثالث

معيار الدور السياسي

ودوره في الحد من دعاوى تسيُّس رقابة الدستورية

تمهيد وتقسيم:

باديء ذي بدء، كثيرًا ما تتهم محاكم ومجالس الدستورية حول العالم بتسيُّس عملها، لمجرد أن يقصر فهم المتناول لأحكامها بالتقييم والتحليل عن تفسير ما تحويه من مباديء في ضوء النظرية التقليدية لرقابة الدستورية. وعليه، فإن اعتماد معيار موضوعي للاستدلال على الدور السياسي للقاضي الدستوري، يحد كثيرًا من دعاوى التسييس التي طالما نالت من مكانة المحكمة في نفوس المتقاضين لديها، سيما في فترات الأزمات السياسية والانقسامات الداخلية؛ إذ عادة ما تدفع محكمة الدستورية ضريبة باهظة جراء لجوء الفرقاء السياسيين إليها؛ إذ تختص بالفصل في مسائل سياسية بطبيعتها أو ذات بعد سياسي. وهو الأمر الذي يستتبع اعتماد معيار موضوعي للاستدلال على الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ رغبة في دحض كثير من دعاوى التسييس الكيدية التي لا تقوى على أسس موضوعية تسوغها.

فمتى يُنسب الدور السياسي إلى أعمال القاضي الدستوري وفقا لمعيار موضوعي؟ وما أثر هذا المعيار على مكانة رقابة الدستورية كركيزة أساسية لدولة القانون إذ يحد كثيرًا من دعاوى تسيُّسها؟ وهو ما نتناوله من طريق التقسيم التالي:

المبحث الأول: ضوابط نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري.

المبحث الثاني: دور المفهوم المعياري في الحد من دعاوى تسيُّس رقابة الدستورية.

المبحث الأول

ضوابط نسبة الدور

السياسي إلي عمل القاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم:

إن القول بالدور السياسي، له من الخطورة ما يدعو إلى التحسب لـه والتريـث في الإقرار بتوافره في جانب عمل القاضي الدستوري؛ لما له من عظـيم الأثـر فـي إضعاف ثقة المتقاضين في رقابة الدستورية كركيزة أساس لدولة القانون، وما يـستتبعه ذلك من إضعاف ثقة الجماعة في الدستور شيئا فشيء على إثر فقدان الثقـة المطلوبـة في الهيئة التي تقوم على أمر حمايته وصونه(١).

وبناء عليه، لا يصح القول بتحقق الدور السياسي للقاضي الدسـتوري، إلا وفـق ضوابط واضحة ومحددة تمامًا، يمكن من طريقها الاستدلال على تـوافر هـذا الـدور حقيقة لا ظنًا؛ فحالئذ فقط يتسنى الإقرار به. فما هي ضوابط نـسبة هـذا الـدور إلـى عمل القضي الدستوري؟ هذا ما نعرض له تفصيلاً من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: انصراف إرادة القاضي إلـى إحـداث الأثـر المترتـب علـى حكـم الدستورية.

المطلب الثاني: انقطاع الصلة بين الأثر المترتب علـى حكـم الدسـتورية واعتبـارات "الدستورية".

المطلب الأول

انصراف إرادة القاضي

إلـى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية

باديء ذي بدء، ذكرنا آنفا في مقام الحـديث عـن المفهـوم المعيـاري للـدور السياسي، أن وصف الدور الـسياسي لا يتـوافر لعمـل القاضـي الدسـتوري، إلا أن

---

(١) للمزيد؛ انظر:

Jessica Conser: Achievement of Judicial Effectiveness through Limits on Judicial Independence: A Comparative Approach, north Carolina journal of international law and commercial regulation, Volume 31, Number 1, Article 5, Fall 2005, p. 314 and next.

تنصرف إرادته إلى ترتيب الآثار التي يرتبها حكم الدستورية، على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم حتما من نصوصه؛ أي أن تتحرك إرادته في حيز محجوز بحسب الأصل لسلطة التشريع؛ دستورية كانت أو عادية؛ فحالئذ تتكسر فكرة المعيارية التي يقتضيها سمو الدستور كقانون أعلى من ناحية([1])، وتحتمها طبيعة الصورة القضائية لرقابة الدستورية من ناحية أخرى.

وعليه، فإن توافر القصد لدى القاضي الدستوري إلى ترتيب الأثر السياسي الذي يخلفه حكم الدستورية، يعد عنصرًا جوهريًا، لا يتسنى نسبة الدور السياسي إلى عمله إلا به. ويتوافر عنصر القصد في جانب القاضي باختياره أحد البدائل التي لا تفهم بالضرورة من الدستور، في الوقت الذي كان بإمكانه توجيه حكم الدستورية في مسار آخر يقبله منطق تأويل النصوص وتفسيرها؛ كما نعرف لاحقًا، وعليه، فإن خطأ القاضي في التأويل أو التفسير لا يتوافر به عنصر القصد، ومن ثم لا تتوافر به شواهد الدور السياسي الذي يقدح في نزاهته، والعبرة في ذلك بملابسات عمل القاضي ومدى دلالتها على عنصر القصد.

ولعل هذا العنصر الجوهري، هو ما يوسع من دائرة قانونية اختصاص الرقابة الدستورية، أي يضيق إلى حد كبير من دائرة الدور السياسي الذي يمكن أن ينسب إلى القاضي؛ فهو له بمثابة المعاريض لمن أراد براءةً من الكذب([2]).

وحيث إن الأصل في مرجعية الآثار التي تترتب على كل حكم قضائي؛ دستوريًا كان أو غيره، هي إرادة المشرع؛ باعتبارها التي تعكس إرادة الجماعة التي يُشرِّع باسمها ولصالحها، وردًّا إلى أن دور القاضي هو تطبيق القانون لا إنشائه، كما هو مستقر فقهًا وقضاءً، وبالتالي فإن الأصل في أية آثار تترتب على أحكام

([1]) للمزيد؛ انظر:
Pavlos Eleftheriadis: The Constitution as Higher Law, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 04, United Kingdom, 2008, p. 6 and next.

([2]) المعاريض هي التَّوْرِيَة بالشيء عن الشيء؛ وفي المثل: "إن في المعاريض لمندوحة عن الكذب"؛ أي سَعَة؛ للمزيد؛ طالع شبكة الألوكة؛ الرابط التالي:
http://www.alukah.net/sharia/0/77584/

الدستورية أنها تنسب إلى إرادة المشرع؛ دستوريًا كان أو عاديًا. وهو ما تؤكده فكرة الكاشفية التي تجعل من حكم القاضي، سواء بالدستورية أو بعدمها، كاشفًا عن وضع قانوني صحيح أو خاطيء، وليس منشئا لهذا الوضع، وهذا ما عليه جمهور الفقه والقضاء الدستوريين([1]).

وعليه، فإذا كان عمل القاضي محض عمل كاشف عن تعارض حقيقي بين نصوص التشريع المقضي بعدم دستوريتها ونصوص الدستور، لا سبيل معه إلى التوفيق بينهما، كانت الآثار المصاحبة لحكم الدستورية معزوة في الأساس إلى إرادة الشارع، أما إذا كان التعارض بينهما ظاهريًا بما مؤداه إمكانية الجمع بينهما من طريق التفسير القضائي للدستور، ورغم ذلك آثرت المحكمة دحض هذه القرينة، رُدت هذه الآثار إلى إرادتها، وأضحى القول سائغًا بأنها قد مارست دورًا سياسيًا مما يُحظر عليها إتيانه، يعرِّض عملها للنقد والتجريح.

وعليه، فإن فكرة "القصد القضائي" إلى إحداث الأثر السياسي المترتب على حكم الدستورية، لا مجال لها في الفروض التي يكون معنى الدستور فيها متصلا؛ لوجود النص الدستوري الصريح ووضوحه، إلا أن تزاحم إرادة القاضي إرادة المشرع بالمخالفة لحكم الدستور، صراحة أو ضمنًا.

وثم تساؤل دقيق يطرح في هذا الصدد، قوامه هل يفترض توافر القصد في جانب القاضي الدستوري، باعتبار أن البناء الفني لحكم الدستورية وتقدير ما يترتب عليه من آثار في واقع الجماعة حاضرًا ومستقبلاً، من المسائل الجوهرية التي تتطلب بذل عناية خاصة في تخريج حكم الدستورية قانونًا ومنطقًا، وبالتالي لا يمكنه القول بعدم انصراف إرادته إلى إحداث هذه الآثار، سيما وأن إثبات السبب الأجنبي غير متصور في عمل القاضي الدستوري؟!

([1]) إذ تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا في غير ما مرة على أن: "الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح،..."؛ انظر حكمها في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق. د، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠م.؛ مكتبة حقوق الإنسان(الرقمية) جامعة منيسوتا الأمريكية.

والحقيقة أن ما يتوافر لأحكام الدستورية، من ضمانات جوهرية؛ عضويًا ووظيفيًا؛ أهمها: أن من يعكف على صياغتها وحَبْك صنعتها، قضاة متخصصون مهرة؛ جُبلوا على معيارية عمل القضاء([1])، يقلل من احتمالية تسلل الخطأ إليها، سيما بعد الذي أحرزه القاضي الدستوري المعاصر من تقدم غير مسبوق على طريق المشروعية الدستورية؛ نوعًا وكمًّا، وهو ما يقوى من وجاهة القول بافتراض عنصر القصد في جانب القاضي الدستوري. غير أن ما تحتمه الصفة البشرية لقضاة الدستورية من احتمالية أن يطرأ الخطأ على أعمالهم، وما تستتبعه قرينة الصحة التي تتمتع بها أحكام الدستورية كغيرها من أعمال السلطة العامة، إلى أن يثبت عكسها بالدليل القاطع، يقللان من وجاهة القول بافتراض عنصر القصد في جانب قضاتها؛ فهم حماة الدستور على الحقيقة. وعليه، فيتعين على من يقول بتوافر القصد في جانب القاضي الدستوري، ومن ثم اقترافه دورًا سياسيًا، أن يبرهن على ذلك بدليل قاطع، وإلا فالأصل في أحكام الدستورية، الصحة؛ أي "القانونية" لا "السياسية".

أما الفروض التي ينقطع فيها معنى الدستور، إما حقيقة أو حكمًا([2])؛ حقيقة؛ لغياب النص الصريح الذي يفصل في المسألة محل النزاع، وحكمًا؛ لعدم وضوح النص القائم، وإذ يتسع المجال رحبا لإرادة القاضي، سواء بتفسير الغامض أو بتكملة الناقص، فإن التساؤل يثار حول طبيعة عمل القاضي في هذه الفروض؛ أيمتنع عن إعمال إرادته حتى لا يحل محل المشرع؛ فيتهم بإنكار العدالة، أم يتدخل لجبر قصور التشريع؛ دستوريا كان أو عاديا، فيتهم بإتيان دور سياسي مما ينافي فلسفة الصورة القضائية لرقابة الدستورية؟!

([1]) للمزيد؛ انظر:

- Sarang Vijay Damle: Specialize the Judge, Not the Court: a Lesson from the German Constitutional Court, Virginia Law Review, Vol. 91, U.S.A, 2005, p. 1291 and next.
- Michael E. Solimine: the Fall and Rise of Specialized Federal Constitutional Courts, Journal of Constitutional Law, Vol. 17:1, U.S.A, p. 128 and next.

([2]) للمزيد حول فروض انقطاع معنى الدستور ودور القاضي الدستوري في إظهار الدستور متصل المعنى؛ حفظًا لثقة الجماعة به؛ انظر للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

قلنا آنفا، أن وصف الدور السياسي يتوافر لعمل القاضي الدستوري في الفروض التي لا تقدير له فيها؛ تلك التي يقتصر دوره فيها على إنفاذ إرادة المشرع؛ متى كانت واضحة صريحة لا لبس فيها ولا غموض، ومن ثم نسبة الأثار التي يرتبها حكم الدستورية إلى هذه الإرادة. أما الفروض التي يتسع فيها المجال لتقدير القاضي، إما بموجب النص الصريح أو لطبيعة النصوص التي تحكم المسألة محل النزاع؛ تلك التي ينقطع فيها معنى الدستور إلا أن يجتهد القاضي رأيه ولا يألو في جبر قصور النصوص؛ حتى لا يبدو الدستور، وهو القانون الأعلى والرمز الأسمى في نفوس الجماعة([1])، عاجزًا عن تلبية تطلعاتها، فإن ما يترتب على أحكام الدستورية من آثار في هذه الفروض، لا يدخل في المفهوم المعياري للدور السياسي، ولو نسبت هذه الآثار إلى الإرادة المباشرة للقاضي؛ فالأصل أن مردها إلى الإرادة المفترضة للمشرع في اللحظة التي يفصل فيها القاضي في المسألة محل النزاع، ولو كان القاضي هو من يرسم ملامحها، إلا أن يتجاوز حدود السلطة التقديرية المخولة له قانونًا، ووازع القاضي في الاستدلال عليها ملابسات كل حالة على حده، ما انضبط عمله بالأصول المرعية في مباشرة اختصاص الرقابة على الدستورية.

فإرادة المشرع؛ دستوريًا كان أو عاديًا، على صورتين؛ صورة صريحة وهي التي تبدو جلية في أعمال الاختصاص المقيد للقاضي، وصورة ضمنية تكمن فيما تتحقق به مصلحة الجماعة في اللحظة التي تُطلب فيها عدالة الدستور لدى قاضيها الطبيعي؛ أي ما يفترض أن تتجه إليه إرادة المشرع لو أتيحت له الفرصة للتشريع في اللحظة التي يفصل فيها القاضي في مسألة الدستورية.

ولا يقدح في وجاهة طرحنا هذا، النقد الموجه إلى منطق مدرسة الشرح على المتون، كونها تجعل الدستور أو القانون مصدرًا وحيدًا للقاعدة الدستورية أو القانونية، وما يترتب على ذلك من تحكُّم عمل المشرع في إرادة القاضي إلى الحد الذي يجعل

([1]) للمزيد؛ راجع:

Blerton Sinani: a Critical-Legal Overview of the Concept of Constitution as the Highest Legal-Political Act of the State in the Light of Constitutional-Juridical Doctrine, Faculty of Law of the South East European University, Republic of Macedonia, No Date, p. 2443.

منه مجرد آلة صماء لا إدراك لها([1])، أو مجرد بوق ينفخ فيه المشرع كما كان يكرس لذلك السيد "مونتسيكيو" في وقت سابق؛ فقولنا بالإرادة المفترضة للمشرع في هذا المقام، لا يمثِّل إحياءً لفقه هذه المدرسة، التي طالما وجَّهنا له سهام النقد في دراستنا التأصيلية لدور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بين مدلولي الدستور([2])؛ إذ تكرِّس لتقديس النصوص وإلغاء إرادة القاضي([3])، وسندنا في ذلك أن الإرادة المفترضة التي نقصدها ليست إرادة المشرع المفترضة وقت صدور الدستور أو التشريع، بل إرادته وقت طلب عدالة الدستور لدى قاضيها؛ فما دام أن شخصية المشرع دستوريًا كان أو عاديًا مستمرة باستمرارية شخصية الجماعة التي تنبثق عنها، فالبدهي أن إرادة المشرع مستمرة ومتأهبة لمواجهة مستجدات الجماعة؛ ردًّا إلى أن قوالب التشريع دستوريًا كان أو عاديًا، يُفترض فيها أن تحمل في طيها مادة عصرية تعكس الإرادة الحاضرة للجماعة؛ أي أننا نكرس لمفهوم جديد لفكرة الإرادة المفترضة للمشرع؛ اتساقا مع مقتضى نظرية "الدستورية الحية" التي يكرس لها فقه الدستورية المعاصر([4]).

ومن أمثلة الفروض التقديرية، في النظام الأمريكي، سلطة المحكمة العليا الاتحادية، في إبداء كلمة الدستورية في مدى مشروعية الوسيلة المستخدمة لتنفيذ أحكام الإعدام؛ إذ لم يصرح الدستور بعقوبة الإعدام ولم يحظرها في الوقت ذاته،

([1]) للمزيد؛ راجع:
- د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨١، ص ٦٠؛
- د. عصمت عبد المجيد بكر: مجلس الدولة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ت، ص ٢٠٥، ٢٠٦.

([2]) انظر للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما، مرجع سابق، ص ١٠٢ وما بعدها.

([3]) حول الانتقادات التي وجهها جمهور الفقه القانوني إلى فقه المدرسة النصية، انظر:
- د. جميل الشرقاوي: مباديء القانون، د. ن، ١٩٧٢، ص ٢٠٠؛
- د. عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، د. ن، ١٩٧٩، ص ٢٧٩؛
- د. سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٧٥٤ وما بعدها؛
- د. علي حسين نجيدة: الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٨٢ وما بعدها.

([4]) للمزيد؛ انظر:
- Jack M. Balkin: Framework Originalism and the Living Constitution, Northwestern University School of Law, Vol. 103, No. 2, U.S.A, 2009, p. 583 and;
- Vicki C. Jackson: Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors, Fordham Law Review, Volume 75, Issue 2, Article 21, Harvard University's DASH Repository, England, 2006, p. 927 and next.

ومن باب أحرى لم ينظم كيفية تنفيذها؛ مكتفيًا بإقرار مبدأ عام يحكم سلطة مشرعي الولايات في تحديد العقوبة المناسبة ووسيلة تنفيذها؛ فحظر ـــ في التعديل الثامن([1]) ـــ "إنزال عقوبات قاسية وغير مألوفة بأي مواطن" Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted، وهو الفرض الذي يتسع فيه مجال التقدير لإرادة المحكمة العليا في إقرار العقوبات التي يقرها مشرعو الولايات ووسائل تنفيذها([2])، وقيد سلطتها التقديرية في هذا الفرض، هو معيار قسوة العقوبة وكونها غير مألوفة للمجتمع.

وعليه، فإن انتهاء المحكمة العليا([3]) إلى أن تنفيذ عقوبة الإعدام بـ"الحقن المميت"([4])، وإن تسبب في الشعور بالألم، سواء بمحض الصدفة أو كنتيجة حتمية للموت، فإنه لا يشكل في حد ذاته خطر الإيذاء الذي لا يطاق، ومن ثم عدم ارتقاء هذه الوسيلة إلى مستوى العقوبة القاسية أو غير العادية المحظورة بموجب التعديل الثامن للدستور([5])([6]). فلئن كان هذا التقدير يجسد إرادة قضاتها، على الحقيقة، فإنه لا

([1]) إذ ينص على أن:

"Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted".

([2]) جدير بالذكر أن المحكمة ذاتها كانت قد أقرت طريقة "الرمي بالرصاص" كوسيلة لتنفيذ حكم الإعدام في ولاية أخرى، في وقت سابق.

([3]) في قضية Baze v. Rees، والتي تتلخص وقائعها في أن السيدين Ralph Baze & Thomas K. Bowling المدرجين في قائمة الانتظار في تنفيذ عقوبة الإعدام بواسطة الحقنة المميتة في ولاية كنتاكي، كانا قد دفعا بأن طريقة "الحقن المميت" التي تستعملها ولاية كنتاكي تمثل انتهاكًا لحقوقهم الدستورية المضمونة بالتعديل الثامن للدستور، استنادًا إلى ما خلصت إليه دراسة علمية من أن المحقون حقنًا مميتًا قد يشعر بألم يفوق طاقته، بيد أنه لا يستطيع الإفصاح عنه تحت وطأة التركيبة الكيميائية المستعملة؛ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في:

- Case of Baze v. Rees, U. S. (07-5439), January 7, 2008; Cornell University Law School, Legal Information Institute.

([4]) مؤدى هذه الطريقة ـ المعتمدة في ست وثلاثين ولاية أمريكية ـ أن يحقن المحكوم عليه بالإعدام بتركيبة كيميائية ثلاثية العناصر، أولها مخدر، والثاني يوقف عمل عضلات الجسم عدا القلب، والثالث يوقف عضلة القلب فتحدث الوفاة.

([5]) انظر:

- Harvey Gee: Eighth Amendment Challenges After Baze v. Rees: Lethal Injection, Civil Rights Lawsuits, and the Death Penalty, Boston College Third World Law Journal, Vol. 31:217, United States, 2011, p. 217;
- Carol S. Steiker & Jordan M. Steiker: Miller v. Alabama: Is Death (Still) Different?, OHIO State Journal of Criminal Law, Vol 11:1, United States, 2013, p. 37.

([6]) جدير بالذكر أن تنفيذ بعض حالات الإعدام بواسطة "الحقن المميت"، وتحديدًا في ولايتي كاليفورنيا وفلوريدا، استغرق ما يزيد على نصف الساعة تقريبا حتى تحدث الوفاة، وهو ما حدا إلى دراسة هذه الطريقة من الناحية الفنية، فانتهى الباحثون إلى أن الكمية التي يحقن بها المحكوم عليه، ربما لا تكون كافية للحيلولة دون شعوره بالآلام الناجمة عن استعمالها، وربما تحول كمية المخدر دون صراخ المحكوم عليه، الذي يعاني آلاما شديدة وقاسية ولكنه لا يستطيع الإفصاح عنها، وقد أثير جدل واسع بين الحقوقيين حول الأثر الطبي لكمية المخدر المستعملة في هذه الطريقة، كان سببا من وراء تقرير المحكمة العليا وقف تنفيذ عقوبة الإعدام بطريقة الحقن المميت إلى أن تثبت آثارها الحقيقية، للتثبت مما إذا كانت تعد عقوبة قاسية وغير مألوفة يحظرها التعديل الثامن للدستور من عدمها.

ينطوي على دور سياسي؛ ردًا إلى أن هذا التقدير داخل في حدود اختصاصها الرقابي، وهو ما يحمل على الإرادة المفترضة للمشرع.

ومن الفروض التقديرية، في النظام القانوني المصري، سلطة المحكمة الدستورية العليا في إبداء كلمة الدستورية في مفهوم "الهيئة ذات الاختصاص القضائي" التي يجوز لها ـــ إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع الذي تفصل فيه ـــ أن توقف نظر الدعوى وتحيل الدعوى إليها للفصل في المسألة الدستورية([1])؛ إذ لم يحدد المشرع العادي ماهية الهيئة ذات الاختصاص القضائي، وهو ما يفسح مجال التقدير لإرادة المحكمة في تحديده؛ حتى إذا ما قدَّرت أن هيئة ما ذات اختصاص قضائي، بناء على معايير موضوعية مستساغة لدى جمهور الدستوريين، كان عملها "قانوني" ولو انطوى على تقدير تُنسب آثاره إلى إرادتها على الحقيقة؛ فالأصل ـــ كما أسلفنا ـــ أن آثار هذا التقدير تنسب إلى الإرادة المفترضة للمشرع الدستوري.

وعليه، فإن انتهاء المحكمة الدستورية العليا، في قضية "قانون العزل السياسي" الشهيرة([2])، إلى أحقية اللجنة العليا للانتخابات الرئاسية، باعتبارها "هيئة ذات اختصاص قضائي"، في الإحالة إليها للفصل في مدى دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢م إذ تقرر وقف مباشرة الحقوق السياسية لكل من عمل رئيسًا للجمهورية أو نائبًا لرئيس الجمهورية أو رئيسًا للوزراء، خلال العشر سنوات السابقة على ١١ فبراير ٢٠١١م، وذلك لمدة عشر سنوات تالية لهذا التاريخ؛ كونها حقيقة بهذا الوصف([3])، فإن عمل المحكمة في هذه القضية لا يتسنى

([1]) إذ تنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48لسنة ١٩٧٩م على أن: "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وعلى الوجه التالي: (أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الدعوى بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية؛...".

([2]) القضية رقم ٥٧ لسنة ٣٤ ق. د، جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢م؛ إذ حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بشأن تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وبسقوط نص مادته الثانية.

([3]) إذ تقرر المحكمة ما نصه: "وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية، وبين غيرها من الأعمال التي تلتبس بها، إنما يقوم على مجموعة من العناصر، قد لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعي، ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائي ولما يُعد جهة قضاء، ومن بينها : أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين، يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محددًا بقانون، وليس بأداة تشريعية أدنى، وأن

وصفه بالسياسي، ولو كان هذا التكييف ينسب إلى الإرادة المباشرة لهيئة المحكمة، إلا أن يعد استخلاصها لهذا الوصف غير مستساغ لدى جمهور الدستوريين.

والحقيقة، في تقديرنا، أن عمل المحكمة في هذا الفرض لم يخرج عن حدود "قانونية" اختصاصها الرقابي؛ فقانون العزل السياسي بما يتضمنه من عقوبات تشريعية مقنعة([1])، يخالف الدستور مخالفة صريحة إذ يقر مبدأ المحاكمة العلنية العادلة والمنصفة، واللجنة العليا للانتخابات الرئاسية، بقاماتها القضائية الكبيرة، جديرة بوصف الهيئة ذات الاختصاص القضائي في ضوء ما استقر عليه الاجتهاد القانوني من توافر هذا الوصف في جانب لجان أخرى، قد لا يتوافر لها ما لهذه

يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذي يلزم أن تتوافر في أعضائه ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال، وأن يُعهد إليها بسلطة الفصل فى خصومة، بقرارات حاسمة، لا تخضع لمراجعة أية سلطة غير قضائية، دون إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التى لا يجوز النزول عنها، والتى تقوم فى جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها وتمحيص ادعاءاتهم، على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفًا، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكدًا للحقيقة القانونية، مبلورًا لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها. وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠، قد أفصح عن الطبيعة القانونية للجنة الانتخابات الرئاسية، بما نص عليه فى صدر الفقرة الأولى من المادة (٢٨) من أن " تتولى لجنة قضائية عليا، تسمى لجنة الانتخابات الرئاسية، الإشراف على انتخابات رئيس الجمهورية، بدءًا من الإعلان عن فتح باب الترشيح وحتى إعلان نتيجة الانتخاب". وفضلاً عن ذلك فقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ذاتها بيان تشكيل تلك اللجنة، بقصره على العناصر القضائية ـ على خلاف ما كان عليه الأمر فى المادة (٧٦) من دستور سنة ١٩٧١ المعطل العمل بأحكامه ـ إذ نصت على أن: " تشكل اللجنة من رئيس المحكمة الدستورية العليا رئيسًا، وعضوية كل من رئيس محكمة استئناف القاهرة، وأقدم نواب رئيس المحكمة الدستورية العليا، وأقدم نواب رئيس محكمة النقض، وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة ". وهو ما رددته أيضًا الفقرة الأولى من المادة (٥) من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية، المعدل بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢. وهكذا، تكون قد توافرت فى هذا التشكيل ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال، لكونه مقصورًا على عناصر قضائية خالصة، تم اختيارها ليس على أساس شخصي، وإنما بحكم مناصبهم الوظيفية. ومن جانب آخر، فإن اختصاصات تلك اللجنة ـ الإدارية منها والقضائية ـ فصلتها مواد القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ المشار إليه. كما وأن اللجنة تتمتع فى ممارسة جميع اختصاصاتها بالاستقلال، ولها شخصية اعتبارية عامة، وموازنة خاصة تدرج ضمن الموازنة العامة للدولة، وذلك على نحو ما نصت عليه المادة (٦) من القانون ذاته. وتبت اللجنة فى الأنزعة القضائية التي تدخل فى اختصاصها، ممثلة فى التظلم المقدم ممن لم تقبل أوراق ترشيحه، والطعون المقدمة من المرشحين فى قرارات اللجان العامة ، وفقًا لنص البند (١١) من الفقرة الأولى من المادة (٨)، والفقرة الثانية من المادة (١٦)، والفقرة الثانية من المادة (٣٦) من القانون المشار إليه، وذلك بعد سماع أقوال المتظلم أو الطاعن، أو إخطاره للمثول أمامها وتخلفه عن الحضور، بما يوفر الضمانات القضائية الرئيسية، من خلال إتاحة الفرص المتكافئة للمرشحين فى التظلم والطعن، وتحقيق دفاعهم أمام اللجنة، على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفًا، ليكون قرار اللجنة على هذا النحو مؤكدًا للحقيقة القانونية، مبلورًا لمضمونها فى مجال موضوع التظلم أو الطعن المعروض عليها. وترتيبًا على ما تقدم، فإن لجنة الانتخابات الرئاسية فى خصوص اختصاصها القضائي يتوافر فيها المعياران الشكلي والموضوعي لما يُعد هيئة ذات اختصاص قضائي، على النحو الذي عناه المشرع فى نص المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المشار إليه، وقد استوفى قرارها الصادر بإحالة الأوراق إلى هذه المحكمة للفصل فى دستورية النص المحال، سائر الشروط الشكلية المقررة لاتصال الدعوى المعروضة بالمحكمة الدستورية العليا، فكان اتصالها بها متوافقًا والأوضاع المعمول بها أمامها.؛ حكمها في الدعوى رقم ٥٧ لسنة ٣٤ ق. د، جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢؛ سالف الذكر.

([1]) فالنص الطعين، وإذ يرتب الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية لمدة عشر سنوات لكل من شغل منصبًا سياسيًا في الوظائف التي حددها، يكون قد تضمن جزاءً جنائيًا يوقع تلقائيًا، دون حكم قضائي، بما يمثل افتئاتًا تشريعيًا على الاختصاص المحجوز لسلطة القضاء، بالمخالفة لنص المادتين ١٩، ٤٦ من الإعلان الدستوري المعمول به وقتئذ؛ إذ تنص مادته التاسعة عشرة في فقرتها الثانية على أنه: " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي،..."، وتنص مادته السادسة والأربعون على أن: " السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفق القانون."، وهو ما ينطوي على إهدار لأصل هذه الحقوق، ويمثل اعتداء عليها، يجاوز حدود دائرة تنظيم الحقوق التي يملكها المشرع، الأمر الذي يضحى معه ذلك النص، وما تضمنه من أحكام، مصادمًا لنصوص الإعلان الدستوري؛ انظر في نفس المعنى؛ حكم المحكمة سالف الذكر.

اللجنة([1]). وعليه، فإن المحكمة لم ترتب آثارًا تنسب إلى إرادتها على غير مقتضى الدستور، ولكن الظرف السياسي الدقيق الذي صدر الحكم في ظله، هو ما حد الكثيرين من السياسيين إلى توجيه تهمة الدور السياسي إلى هيئة المحكمة؛ ويكأن لسان حالهم كان يخاطب المحكمة أن تأتي دورًا سياسيًا صريحًا بأن تقضي بغير ما يفهم حتمًا من نصوص الدستور!!

كما أن انتهاء المحكمة الدستورية العليا، في القضية الشهيرة بـ"تصويت العسكريين" في الانتخابات النيابية([2])، إلى أحقية رجالات الجيش والشرطة في مباشرة الحق الدستوري في المشاركة في عملية الاقتراع العام؛ عزوًا إلى عمومية النص الدستوري الذي لم يستثن طائفة أو فئة ما من مباشرة الحق المفترض لكل مواطن في الإدلاء بصوته في اختيار ممثلي الشعب، لا يمكن حمله ـــ قانونًا ـــ على أنه دور سياسي، ولو كانت هيئة المحكمة تبطن خلاف ذلك وقتئذ؛ فقد سبق أن أشرنا إلى امتناع الخوض في خفايا النفس، طالما كان التخريج القانوني لحكم الدستورية مستساغًا لدى جمهور الدستوريين.

وبعيدًا عن الجدل السياسي الذي أثير حول هذا القرار فور صدوره، فلو لم تثر المحكمة مسألة أحقية العسكريين في التصويت، على ما لها من آثار جد خطيرة آنئذ، لكان الأثر المترتب على قرار الدستورية في هذه الحالة معزوًا إلى إرادة قضاتها؛ باعتبار أن إرادة الجماعة منصرفة في العموم إلى تمكين كافة شرائحها من مباشرة الحق في المشاركة في عملية الاقتراع العام، إلا أن تقيدها، عبر قناة التشريع الدستوري، ومن ثم فإن إعفاء أي فئة من مباشرة هذا الحق؛ عسكرية كانت أو مدنية أو غيرها، على غير مبرر موضوعي؛ دائم أو مؤقت، يمثل انتقاصًا لحق دستوري أصيل لم يرد الشارع الدستوري تقييده. وعليه فإن الأثر المترتب على هذا القرار، والذي حدا الكثيرين من السياسيين وبعض القانونيين إلى وصف عمل المحكمة

([1]) فالقرارات التي تصدرها اللجنة ـ وفقًا لصريح نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٨) من الإعلان الدستوري، والفقرة الثانية من المادة (٨) من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بشأن تنظيم الانتخابات الرئاسية والمعدل بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢م ـ نهائية ونافذة بذاتها، غير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أية جهة، كما لا يجوز التعرض لقراراتها بوقف التنفيذ أو الإلغاء.

([2]) قرارها رقم ٢ لسنة ٣٥ قضائية "رقابة سابقة"؛ الجريدة الرسمية، العدد ٢١ مكرر (أ)، بتاريخ ٢٦ مايو سنة ٢٠١٣م.

بـ"الدور السياسي"، معزو في الأساس إلى إرادة المشرع الدستوري، لا إلى إرادة قضاة الدستورية، ولو كانت هيئة المحكمة تضمر شيئا ما في بواطنها؛ ما دامت العبرة بقدرة النصوص على حمل التأويل الذي أولته المحكمة، وهو ما يعد متوفرًا في هذه القضية.

وهو ما يأخذنا إلى نقطة دقيقة للغاية، طالما تردد الكثيرون في إبداء رأي صريح فيها، وأخطأ الكثيرون من الباحثين الجدد في إصدار أحكام جزافية على عمل القاضي فيها، ألا وهي "الموازنات" أو "المواءمات" التي يجريها القاضي الدستوري([1])؛ ترجيحًا بين المصالح التي تتنازع حماية الدستور، في الفروض التي يلتزم فيها القاضي حدود السلطة التقديرية المخولة له دستوريًا؛ إذ يعتقد الكثيرون في "سياسية" عمل القاضي في كل مناسبة يفاضل فيها بين بدائل مشروعة؛ جديرة كلها بحماية الدستور، ويكأن لسان حالهم ينطق بأن القاضي قد خرج على طبيعة عمله الآلي الذي لا تقدير له فيه!!

فالأصل أن عمل القاضي في فروض السلطة التقديرية أو الاختصاص التقديري، داخل في مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي، وإلا كان تخويله سلطة التقدير، بحكم طبيعة النصوص الدستورية أو لامتناع المشرع عن تقييده، دربًا من العبث، نربأ بسلطة التشريع عنه؛ دستورية كانت أو عادية، ولكان رجال الإدارة إذ يباشرون أعمالا تقديرية، ولا ينسب إليها الدور السياسي، أفضل من قضاة الدستورية، أو لأضحت أعمال الإدارة التي تحوز وصف القرارات الإدارية وتخضع لرقابة القضاء الإداري، حقيقة بوصف الدور السياسي، ولاستُسيغ القول ـــــ جدلاً ـــــ بامتناع رقابة القضاء عليها؛ كونها ذات طبيعة سياسية([2])!!

وعليه، فلا توجس ولا حرج، البتة، في القول بأن الموازنات التي يجريها القاضي الدستوري، بغرض الترجيح بين المصالح المتداخلة أو المتعارضة، والجديرة

([1]) فقد انعكست النظرة التقليدية إلى معيارية عمل القاضي الدستوري، وقياسها على معيارية أعمال قضاة المحاكم العادية، وقت أن قيس الدستور على القوانين العادية في الحقبة الشكلية، على تكييف بعض الباحثين الجدد لهذه الموازنات أو الترجيح بين البدائل على أنها دور سياسي؛ باعتبار أنها من جنس الأعمال التي تنهض بها السلطة السياسية.

([2]) راجع تفصيلا التفرقة بين المعنى العام والمعنى الخاص لمصطلح "سياسي"، ص ٥٤ وما بعدها.

بحماية الدستور، لا يتوافر بها وصف الدور السياسي للقاضي الدستوري، طالما التزم القاضي حدود الاختصاص التقديري المخول له دستوريًا.

أما وصف الدور السياسي، وفقا للمعيار الذي نكرس له، فيتوافر لعمل المحكمة الدستورية العليا في قضية "الخصخصة" الشهيرة([1])؛ إذ انصرفت إرادتها واضحة جلية إلى ترتيب آثار سياسية لا يقتضيها الدستور ولا تفهم حتما من نصوصه. وهو الأمر الذي يؤكده جمهور الدستوريين إذ يقررون أن ما يفهم من نصوص الدستور القائم وقتئذ، هو انصراف إرادة المشرع الدستوري إلى إقرار الاشتراكية كنهج اقتصادي([2]). غير أن المحكمة تبنَّت تأويلا غير سائغ قانونًا أو منطقًا؛ قوامه الربط بين غاية الدستور وغاية النظام الاقتصادي الذي لم يكرس له صراحة، متجاهلة النهج التي يقره الدستور لبلوغ هذه الغاية، وأن بلوغها مرتهن باتباع هذا النهج، وإلا فليس ثم وجه للتفرقة بين الرأسمالية والاشتراكية من الأساس، طالما أن كلا منهما محققة أهداف الأخرى!!

وعليه فإن الأثر السياسي المترتب على هذا الحكم، والذي حدا الكثيرين من السياسيين والقانونيين إلى وصف عمل المحكمة ـــ بحق ـــ بالدور السياسي([3])، معزو في الأساس إلى إرادة قضاة المحكمة لا إلى إرادة المشرع الدستوري.

وجدير بالذكر أن الأثر المترتب على حكم الدستورية، قد لا يكون معزوًّا لا إلى إرادة المشرع، ولا إلى إرادة القاضي، وإنما تقف من ورائه ظروف وملابسات لم يتسن للأول التحسب لها حال التشريع، ولا يستساغ للثاني الاعتداد بها بالمخالفة للأصول المرعية في مباشرة اختصاص الرقابة على الدستورية؛ كأن يصدر حكم

([1]) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ ق. د، بجلسة ١ نوفمبر ١٩٩٧؛ الجريدة الرسمية، العدد ١٧ (تابع)، بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٩٧م.

([2]) إذ تنص المادة الرابعة من الدستور على أن:
"الأساس الاقتصادى لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكى الديمقراطى القائم على الكفاية والعدل، بمن يحول دون الاستغلال ويؤدى الى تقريب الفوارق بين الدخول، ...".

([3]) انظر في نفس المعني:
- د. محمد محمد عبد اللطيف: الرقابة على دستورية قوانين الخصخصة، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٨، ص ١٥٣؛
- د. محمد محمد عبد اللطيف: النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٦؛
- د. جابر جاد نصار: عقود البوت B. O. T. والتطور الحديث لعقد الالتزام؛ دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٧٤ وما بعدها.

الدستورية، سواء بإقرار قرينة الدستورية في جانب التشريع الطعين أو بنفيها عنه، تزامنًا مع بعض الظروف السياسية التي من شأنها أن تجعل منه حدثًا مثيرًا للجدل من قبل الخاصة والعامة على حد سواء.

والمثال الأشهر على ذلك، حكم المحكمة الدستورية العليا في قضية "قانون العزل السياسي" التي أشرنا إليها آنفا؛ إذ حدا الظرف السياسي القائم وقتئذ كثيرًا من السياسيين، بل والقانونيين أيضا، إلى توجيه اللوم إلى مسلك المحكمة كونها التزمت الأصول المرعية في استخلاص معنى الدستور، وراح نفر من غير المتخصصين يكرسون لما أسموها ـــ وقتئذ ـــ بـ"الشرعية الثورية"، مطالبين المحكمة باعتمادها مرجعا لرقابة الدستورية في هذا الظرف. ولو فعلت المحكمة وأقرت تشريعًا يحمل عقوبات مقنعة، لوقر في ضمير الدستوريين تجاه مسلكها، ما يقر في الضمير الجمعي للدستوريين حول العالم تجاه مسلك المحكمة العليا الأمريكية في الحقبة الشهيرة بـ"حكومة القضاة"([1]).

ويبدو هذا المعنى بجلاء تام في القضية الشهيرة بقضية "حل برلمان ما بعد الثورة"([2])؛ فالظرف السياسي الدقيق الذي صدر فيه الحكم بعدم دستورية بعض نصوص المرسوم بقانون رقم ١٠٨ لسنة ٢٠١١م والمرسوم بقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠١١م، والمرسوم بقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠١١م، وما ترتب عليه من بطلان تشكيل البرلمان، هو ما أحدث الضجة الكبرى التي أثيرت حول هذا وجهة هذا الحكم؛ وآية ذلك أن المحكمة قد قضت بأحكام مماثلة في وقائع سابقة([3])، ولم يحدث ما حدث عقب صدور هذا الحكم الأخير من تشويه لمكانة المحكمة الدستورية واتهامها بالتسييس!! فما جريرة القاضي الدستوري في أن الدولة تعاني ظرفًا دقيقًا؛ أكان الناس

([1]) انظر في نفس المعنى:
John Ferejohn: Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence, Southern California Law Review, Vol. 72, U.S.A, 1999, p. 354 and next.

([2]) القضية رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق. د، جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢م؛ الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ تابع (أ)، بتاريخ ١٤ يونيو ٢٠١٢م.

([3]) فقد حُل البرلمان قبل هذا التاريخ ثلاث مرات؛ في الأعوام ١٩٨٤ و١٩٨٧ و١٩٩٠؛ كأثر لأحكام عدم الدستورية.

يتُوقُون إلى أن تخالف المحكمة مسلكها المتواتر فيكون عملها محض تجسيد لفكرة الدور السياسي التي انتُقدت من طريقها؟!

وعليه، فإن القول بحتمية التلازم بين الدور السياسي للقاضي الدستوري، والأثر السياسي لأحكامه، محل نظر؛ فثمة آثار سياسية تترتب على حكم الدستورية بحكم الواقع أو الظروف التي تزامن صدوره، لا تستمد مصدريتها من إرادة المشرع؛ صريحة كانت أو ضمنية، حقيقية كانت أو مفترضة، ولا من إرادة القاضي؛ لانتفاء توسط إرادته بين إرادة المشرع والوقائع التي أثارت اختصاص رقابة الدستورية، واقتصار دوره على تطبيق الدستور، وانتفاء القوة الخلاقة في جانب عمله([1])؛ إذ ليس ثم عمل إبداعي ينسب إلى إرادته، ومن ثم فمن البدهي أن لا ينسب الأثر السياسي إلى إرادة القاضي.

وخلاصة ما سبق، أن عزو آثار أحكام الدستورية سواء المستندة إلى أعمال الاختصاص المقيد أو إلى أعمال السلطة التقديرية للقاضي، إلى إرادة المشرع؛ دستوريا أو عاديا، صريحة كانت أو مفترضة، ينفي شبهة الدور السياسي للقاضي الدستوري، ما التزم حدود اختصاصه الرقابي؛ مقيَّدًا كان أو تقديريًا. ما مؤداه أن فروض الدور السياسي للقاضي الدستوري تنحصر في الحالات التي يخرج فيها القاضي عن حدود اختصاصه ذي الطبيعة "القانونية"، وهو ما يؤيد قولنا بأن نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري، سيصبح فرضا نادر الحدوث وفقا للمعيار الذي نكرس له في بحثنا هذا، وهو ما يتضح أكثر فأكثر حال الحديث عن الشرط الثاني لنسبة هذا الدور إليه.

([1]) بيد أن هذا القول لا يصدق إلا إذا أقررنا بأن عملية الرقابة الدستورية هي عملية شكلية قوامها المضاهاة بين نصوص القانون الأدنى ونصوص القانون الأعلى؛ بغية الانتصار للأخيرة على حساب الأولى، وذلك في الأحوال التي تتطابق فيها دلالتي الدستور القانونية والسياسية، والتي لا تدخل في إطار بحثنا، باعتبار أنه ليس من المستساغ أن نبحث في مسألة لا تثير مشكلة بحس الأصل، لطالما أن نصوص الدستور تنطق بالإرادة الحقيقية للجماعة الحالية.

المطلب الثاني

انقطاع الصلة بين اعتبارات

للهالدستوريةلله والأثر السياسي لحكم الدستورية

تقدم القول أن نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، مرتهنة بانحسار بساط "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية عن الأثار التي يخلفها حكم الدستورية مما لم تتصرف إليها إرادة المشرعين الدستوري والعادي، فتبدو هذه الآثار ويكأنها وليدة إرادة القاضي الدستوري وحدها، ولا تمت بصلة لمراد المشرعين الدستوري والعادي الكامن في نصوص الدستور والقانون. فقد أسلفنا أن توافر القصد الذي يتوافر به الدور السياسي في جانب القاضي الدستوري، لا يثبت إلا بثبوت انقطاع الصلة بين هذا المراد وتلك الآثار([1]).

غير أن القول بانحسار بساط "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية عن الآثار التي يخلفها حكم الدستورية ولا يمكن عزوها إلى إرادة المشرع، ليس بالقول الواضح، وإنما يحتاج إلى بيان وافٍ وتفصيل شافٍ؛ فمتى تضيق "قانونية" رقابة الدستورية ذرعًا بالآثار التي يخلفها حكم الدستورية، سيما ونحن نقول في بحثنا هذا بتطور مفهوم هذه "القانونية" ومن ثم اتساع نطاقها؟!

هذا هو ما يأخذنا إلى فكرة "اعتبارات القانون الدستوري"، أو "اعتبارات القانون" في مجال رقابة الدستورية، أو بعبارة أخرى "اعتبارات الدستورية"؛ حيث الوقوف على المقصود باعتبارات "الدستورية"، ومدى إسهام القاضي الدستوري في بلورة مفهومها، ولو كان له ثمَّ إسهام له في ذلك، فهل يعد عمله هذا داخلا في مفهوم "قانونية" اختصاصه الرقابي أم يعد مقترفًا لعمل من جنس أعمال التشريع فيكون حقيقًا بوصف الدور السياسي؟؟

وردًّا على الشق الأول من هذا التساؤل، أقول باديء ذي بدء، بأن مفهوم "اعتبارات القانون" في مجال رقابة الدستورية، لا يختلف كثيرًا ـــــ في عموميته

([1]) إذ تنص المادة ١٨٦ من دستور ٢٠١٤م على أن: "القضاة مستقلون غير قابلين للعزل، لا سلطان عليهم فى عملهم لغير القانون، ..."؛ وتنص المادة ١٩٥ على أن: "...، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار".

واستعصائه على التحديد الدقيق ـــ عن مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية الذي عرضنا له آنفا، بل لو كان لنا أن نقف على مدلول واضح ومحدد لهذه "القانونية"، لكان من اليسير الوقوف على المعنى المباشر لمصطلح "اعتبارات القانون الدستوري" أو "اعتبارات الدستورية". بيد أن إقرارنا بهذا لا يحول دون محاولة وضع تصور لما قد يرمز إليه هذا المصطلح!

فالمفهوم البدهي لاعتبارات القانون، والدستور فرعه، وفق المفهوم الواسع للقانون، هو أن يتقيد القاضي في تطبيق القانون/الدستور بمراد المشرع الكامن في النصوص، من غير مخالفة أو تعديل أو تعطيل؛ فلا ينسب إلى إرادة المشرع ما ليس منها ولا ينتقصها شيئا يفهم من النصوص بالضرورة.

غير أن الاحتكام في تحديد مفهوم "اعتبارات الدستورية"، أو "اعتبارات القانون الدستوري"، إلى مفهوم "اعتبارات القانون" العادي، قد يعيدنا كرة أخرى إلى الحقبة الشكلية Formalist Age([1]) التي نُظر فيها إلى القواعد الدستورية من منظور محاكم القانون العام إلى القواعد التي تطبقها([2]). ومن ثم، فما ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار، أن مفهوم اعتبارات القانون في مجال رقابة الدستورية، أوسع منه في مجال رقابة القضاء على أعمال الإدارة([3])؛ باعتبار أن مسألة الدستورية اعتباراتها أكثر تباينا وتداخلا وتعارضا منها في مسائل الإدارة، فضلا عما تتسم به النصوص الدستورية من عمومية وإبهام.

وكما يقرر أحد الكتّاب أن التساؤلات حول دور القاضي الدستوري، وعلى حسب ما فهمها المفكر الكبير السيد Dahl في دراسته القيمة حول دور القاضي

([1]) للمزيد؛ انظر:
R. Randall Kelso: Separation of Powers Doctrine on the Modern Supreme Court and Four Doctrinal Approaches to Judicial Decision-Making, Pepperdine Law Review, Volume 20, Issue 2, Article 6, United States, 1993, p. 532.

([2]) للمزيد؛ انظر:
Richard S. Kay: Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation, Northwestern University Law Review, Vol. 103, No. 2, United States, 2009], p. 408.

([3]) انظر في نفس المعنى:
Dieter Grimm: Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: between law and politics, op. cit, p. 17.

الدستوري في صناعة السياسة، لم تكن فلسفية أو فقهية فحسب، بل أيضا تجريبيـة؛ أي يختبر دوره من خلال التاريخ والحقـائق Dahl understood that questions about the role of the Court were not only philosophical and jurisprudential, but also empirical, to be tested by historical and factual examination([1])، وبالتالي فـإن اعتبـارات القـانون الدسـتوري "المجردة" ـــ قياسًا على اعتبارات القانون المجردة ـــ لا تصلح للقـول بحاكميتهـا لفكرة "قانونية" رقابة الدستورية، بل تتسع هذه الاعتبـارات ومـن ثـم نطـاق هـذه القانونية لتستوعب اعتبارات الواقع أو متغيراته بما يجعل من نصوص الدسـتور قابلـة لاستيعاب كافة الفروض التي لم يك في استطاعة السلطة التأسيسية الأصلية أو المنـشأة التحسب لها في مرحلة وضع الدستور أو تعديله. ولعل هذا التفسير هو مـا يتفـق مـع فكرة "الدستورية التجددة" التي يُكرس لها حديثًا.

وكما قلنا سلفا بأن مفهوم "قانونية" رقابة الدستورية، قـد تـأثر سـلبًا بـالنظرة التقليدية إلى رقابة الدستورية في مراحلها الأولى والتي ساد فيها الاعتقاد في كونهـا لا تعدو سوى مقابلة حرفية بين الدستور والتشريعات التي تدنوه، وما استتبعه ذلـك مـن تضييق نطاقها، فإن مفهوم "اعتبارات القانون" قد تأثر أيـضا بهـذه النظـرة؛ فوجـدنا كثيرًا من الباحثين يختزلون مفهومها في اعتبارات القـانون المجـردة؛ أي تلـك التـي تستفاد من ظاهر النصوص، والتي كانت هي الأخرى من وراء جمود فقـه الدسـتورية في أحايين كثيرة تأثرًا بجمود القانون.

وعليه، فإن ما ينبغي أخذه بعـين الاعتبـار فـي تحديـد مفهـوم "اعتبـارات الدستورية"، الاتجاه المتزايد للقاضي الدستوري المعاصر إلى التوسع في مفهوم الكتلـة الدستورية Bloc constitutionnel([2])؛ كأثر طبعي لتطـور أدوات الرقابـة علـى

([1]) انظر:

Gerald Rosenberg: The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, Journal Articles Faculty Scholarship, University of Chicago Law School, USA, 2001, p. 617.

([2]) انظر: د. برقوق عبد العزيز: مقاربة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي برباح ورقلة، الجزائر، العدد التاسع، جوان ٢٠١٣، ص ٢ وما بعدها.

الدستورية، وهو ما يرتب نتيجتين جوهريتين؛ أولاهما: أن كثيـرًا ممـا ينـسب إلـى القاضي من إتيان دور سياسي وفقا للنظرة التقليدية التي كانت تختزل مفهـوم "قانونيـة" رقابة الدستورية في مجرد المقابلة الشكلية بين نصوص الدستور ونـصوص التـشريع الأدنى، قد بات محل نظر؛ فقد اتسع نطاق "قانونية" اختصاصه الرقـابي ليـسع كثيـرًا مما حُظر عليه في أول عهده به؛ بدعوى انبثاق إرادة البرلمان عن إرادة الأمـة؛ كمـا سبق أن أشرنا، والثانية: أن هذه الطفرة التي أحدثها القاضي الدسـتوري فـي مجـال رقابة الدستورية إذ استحدث العديد من الأدوات الرقابية على عمـل سـلطة التـشريع؛ حتى أوشكت نظرية سـيادة القـضاء الدسـتوري أن تحـل محـل نظريـة الـسيادة البرلمانية([1])، بفعل نهائية أحكام الدستورية وامتناع التعقيب عليها، هي مـا تقـف مـن وراء الفجوة بين ما يستفاد من أدبيات الفقه التقليدية ومـا تحملـه أحكـام الدسـتورية "المبادئية" من تقدمية في كثير منها، والتي تقف بدورها من وراء بلورة الاعتقـاد لـدى بعض الباحثين الجدد في فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري.

فالدستورية كصفة تلحق بالتشريع فيصير قانونًا، ليست مفهومًا مجـردًا، يـسهل إسقاطه على الوقائع التي تثير اختصاص الرقابة علـى الدسـتورية، ولكـن تحيطهـا اعتبارات عديدة تبلور مفهومها؛ منها ما هو متداخل ومنها ما هو متبـاين، ومنهـا مـا هو متعارض تعارضًا ظاهريا يتسنى الجمع بينها. الدستورية هي ثلة مـن الاعتبـارات القانونية والسياسية والاجتماعية والاقتـصادية والدينيـة والثقافيـة، علـى المـستويين الداخلي والخارجي، منها ما تحويه وثيقة الدستور، ومنها ما آلت إليـه إرادة الجماعـة الحاضرة التي ربما لم تك حاضرة ملابسات وضع الدستور.

وردًّا على التساؤل الذي طرح حال الحديث عن دلالـة التحـسب أو الاحتيـاط كواحدة من دلالات مصطلح "سياسي"([2])، حول مدى اعتـداد القاضـي بمـآلات حكـم

([1]) للمزيد؛ انظر:

Veit Bader: Parliamentary Supremacy versus Judicial Supremacy, How Can Adversarial Judicial, Public, and Political Dialogue be Institutionalised?, Utrecht Law Review, Utrecht University School of Law, Volume 12, Issue 1, Utrecht, Holland, 2016, p. 179 and next.

([2]) راجع ما سبق: ص ٤٩، ٥٠.

الدستورية في صناعة هذا الحكم، أقول ـــ وقياسا على دور المجتهد في الفقه الإسلامي كما هو ثابت فقهًا([1]) ـــ إن نظر القاضي في مآلات حكمه، التزام قانوني وضرورة واقعية؛ فالقاضي ـــ في مقام الاجتهاد ـــ لا ينزل حكم الدستور على الوقائع التي أمامه إلا بعد التمعُّن فيما يؤول إليه حكمه من آثار في واقع الجماعة، وإلا لكان عمله محض تجسيد لفكرة اعتبارات القانون المجردة. إذ يتعين أن يكون أثر إنزال حكم الدستور من النص إلى الواقع في تحقيق المصلحة التي يراها القاضي الأجدر بحماية الدستور، أرجح منه في غيرها؛ فلا ينبغي أن تنحصر مهمته في إنزال حكم الدستور إنزالا آليا مجردا من اعتبار المآلات والتبعات؛ فالاجتهاد الدستوري لا يقف عند حد معرفة حكم الدستور في الوقائع أو المستجدات التي تطرأ على واقع الجماعة فحسب، بل في إدراك ما مدى التناسب بين ما يستفاد من النصوص وما تستنهضه الوقائع من اعتبارات في تفسير هذه النصوص، ما دام أن عملية الإدراك هذه تحكمها ضوابط مباشرة اختصاص رقابة الدستورية وأصولها المستقرة تشريعًا وقضاءً وفقهًا.

وإذا كان الاجتهاد الاستصلاحي أو الاجتهاد بالمصلحة أحد معالم مرونة الفقه الإسلامي؛ إذ يعكس استجابته لقضايا العصر وحاجياته([2])، فلا غرو البتة في أن في اعتماد هذا النهج في الاجتهاد الدستوري سيما في ضوء ما يكرس له الفقه الدستوري الحديث من اعتماد معيار المصلحة الأجدر بحماية الدستور([3])، دون الخشية من نسبة الدور السياسي إلى قاضي الدستورية، ما التزم أصول وضوابط مباشرة اختصاصه الرقابي كما أشرنا سابقا.

فالمحكمة العليا الأمريكية، على سبيل المثال، ما كانت لتدحض قرينة الدستورية في جانب التشريعات التحررية لحكومة السيد "روزفلت"، إلا تأثرًا بمسلكها المتواتر في استخلاص مفهوم "اعتبارات الدستورية" استخلاصًا حرفيًا في الحقبة

([1]) للمزيد؛ انظر: د. محمد بنعمر: من الاجتهاد في النص إلى الاجتهاد في الواقع (نحو مساهمة في تأصيل فقه الواقع)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. ت، ص ١٧ وما بعدها.

([2]) المرجع السابق، ص ٩٥.

([3]) انظر للباحث: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٦ وما بعدها.

الشكلية، وما كانت لتتحول إلى حظر كافة أشكال التمييز العنصري([1])، إلا لقناعتها التامة بأن "اعتبارات الدستورية المجردة"، لا تفي البتة بالتزامها الدستوري بالحفاظ على الدستور كوثيقة متجددة نابضة بواقع الجماعة وحاضرها. ليبدو جليا أن منهجها في تحديد مفهوم "اعتبارات القانون الدستوري"، قد اختلف مؤخرًا عنه في الحقبة الشكلية.

فقد بات هذا النظر، محل نظر، سيما في ضوء التطورات الهائلة التي طرأت على أدوات رقابة الدستورية، بل وعلى الحياة السياسية التي يعمل فيها القاضي الدستوري المعاصر؛ حيث تغير العديد من الأفكار الفلسفية والقانونية التي حدت إلى بلورة الاعتقاد في أن رقابة الدستورية إنما تنصرف إلى المقابلة الحرفية بين القانون الأعلى(الدستور) والتشريعات التي تتفرع عنه، والتي ساهمت في خلق مرحلة جديدة من الرقابة على أعمال السلطة المنتخبة.

([1]) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية:

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

حيث قررت ما نصه:

"نحن لا يمكننا إعادة عقارب الساعة إلى الوراء؛ حيث الوقت الذي اعتمد فيه التعديل في سنة ١٨٦٨م، أو حتى في سنة ١٨٩٦م، عندما كتب الرأي في قضية "بليسي ضد فيرجسون" Plessy v. Ferguson. بل يجب علينا النظر إلى مضمون هذا التعديل في ضوء التغير الجذري لمكانة التعليم العام وأهميته في نفوس أبناء الأمة الأمريكية. فبهذه الطريقة فقط يمكننا تحديد ما إذا كان الفصل العنصري في المدارس العامة يحرم هؤلاء المدعين من المساواة في حماية القوانين. إن "فصل هؤلاء التلاميذ ـ السود ـ عن غيرهم من نفس الفئة العمرية والقدرات الشخصية، فقط بسبب عرقهم، إنما يولد لديهم الشعور بدونية وضعهم بين أبناء المجتمع، ما يؤثر حتما في تنشئتهم وتكوينهم الفكري بطريقة سيئة، من غير المرجح على الإطلاق معالجتها مستقبلا".

ثم درجت المحكمة على إيراد هذا المعنى في جميع القضايا اللاحقة لقضية "براون"؛ ومنها:

Baltimore v. Dawson, 350 U.S. 877 (1955) (per curiam) (beaches, bath-houses, and swimming pools);

Holmes v. City of Atlanta, 350 U.S. 879 (1955) (per curiam) (golf courses);

Gayle v. Browder, 352 U.S. 903 (1956) (per curiam) (buses).

وللمزيد حول هذا التطور في مسلك المحكمة وأثره في بلورة مفهوم جديد للدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية؛ انظر:

Pamela S. Karlan: What Can Brown Do For You?: Neutral Principles and the Struggle Over the Equal Protection Clause, Duke Law Journal, Duke University School of Law(United States), Vol. 58, 2009, p. 1049;

Jack M. Balkin: What Brown teaches us about Constitutional Theory?, Virginia Law Review, The Virginia Law Review Association(United States), Vol. 90, Number 6,October 2004, p. 1537;

Goodwin Liu and Others: Keeping Faith with the Constitution, op. Cit, p. 47.

لنخلص مما سبق إلى تعريف "اعتبارات الدستورية"، بأنها المسائل الجديرة بالاعتبار([1]) في عملية الاستدلال على مراد الجماعة الكامن في الدستور، عملية الاستدلال هذه التي يؤخذ فيها بعين الاعتبار ما آلت إليه إرادة الجماعة الحاضرة، ويقوم القاضي من خلالها بتحقيق التطابق بين مدلولي الدستور؛ القانوني والسياسي، ملتزمًا في ذلك الأصول المرعية في استخلاص معنى الدستور([2]).

وردًّا على الشق المتعلق بما إذا كان القاضي الدستوري يسهم في بلورة مفهوم "اعتبارات الدستورية"، أقول بأن مضمون فكرة اعتبارات "الدستورية" لا يتحدد بصناعة تشريعية خالصة، بل يتسع مجال تحديدها لإرادة القاضي الدستوري في ضوء الأصول المرعية في مجال الرقابة على الدستورية، وبما تقتضيه ملابسات المسألة المطروحة عليه، هذه الإرادة التي تتجسد فيما يعرف بمعايير الدستورية([3])، وهذا هو وجه القول بأن قضاة الدستورية ليسوا بآلات صماء لا إدراك لها ولا تقدير، بل خبراء ذوي عقول واعية وإدراك عميق لمعطيات الواقع ومقتضيات النصوص، ومن ثم فلا ينبغي أن يفهم من القول بأن دور القاضي هو إنفاذ إرادة المشرع، وهو قول سديد من حيث المبدأ، أن المشرع سواء أكان دستوريا أو عاديا، يقوى على بيان الحكم التفصيلي لكل حالة يثار فيها الخلاف حول حكم الدستور فيها، وإلا لصمدت مقولة "مونتسيكيو" الشهيرة، سالفة الذكر، إلى وقتنا هذا. بل إن ما خلفه القاضي الدستوري المعاصر من تراث قضائي فريد في مجال الدستورية، ليؤكد طرحنا بأن إرادة القاضي تزاحم إرادة المشرع في تحديد المعايير التي تبلور فكرة الدستورية،

([1]) وبالرجوع إلى معاجم اللغة، نجد أن لفظة "اعتبار"، تعني النظر في حقائق الأشياء وجهات دلالتها؛ ليعرف بالنظر فيها شيء آخر من جنسها، ومنها "يأخذ بعين الاعتبار"، أي يُراعي أو يقدّر؛ انظر معقاموس المعاني "الإلكتروني".

([2]) راجع للباحث: المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما، مرجع سابق، ص ٥٤ وما بعدها.

([3]) للمزيد حول معايير الدستورية؛ راجع:

- Attila Vincze: What Role for Constitutional Courts in a Multi-Level Constitutionalism?, contribution delivered at the International Workshop on Human Rights Enforcement Mechanisms held at the ELTE University, Budapest, November 24-25th, p. 55 and next;
- Thomas Kleinlein: Between Myths and Norms: Constructivist Constit-utionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law, Nordic Journal of International Law, Vol. 81, Germany, 2012, p. 111 and next.

ولكنها تنسب في نهاية المطاف إلى إرادة المشرع الذي خوّله سلطة التقدير في مثل هذه المسائل؛ كما سبق أن أشرنا.

وآية ذلك أن رقابتي الانحراف والإغفال التشريعيين، على سبيل المثال، وهما دليلان على مزاحمة إرادة القاضي الدستوري إرادة المشرع؛ إذ أقرهما القاضي الدستوري لنفسه على غير سند تشريعي صريح، يمكن حملهما على الإرادة المفترضة للمشرع؛ الدستوري أو العادي([1])؛ ردًا إلى أن استقامة أمر الرقابة على الدستورية، ومن ثم تحقيق الغاية منها، مرتهنة بإقرارهما في كثير من المسائل، وهي الغاية التي يفترض أن إرادة المشرع منصرفة إليها.

هذا، ويتغيَّر مفهوم "اعتبارات الدستورية" بتغيُّر المكان والزمان والظروف؛ فما يمكن اعتباره منها في مكان أو حقبة ما قد لا يكون داخلا في مفهومها في مكان أو حقبة أخرى، والعكس صحيح، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى تحكمها المصالح التي تتنازع حماية الدستور، والجديرة بهذه الحماية في اللحظة التي تطلب فيها عدالة الدستور لدى قاضيه، وهو الأمر الذي يتسع فيه المجال لإرادة القاضي الدستوري باعتباره المؤتمن على حفظ ثقة الجماعة بوثيقتها الأسمى، فضلا عن كونه الأجدر بالترجيح بين المصالح المتداخلة أو المتعارضة ظاهريًا، وحتى لا يفضي بنا القول بخلاف ذلك إلى تغليب حرفية النصوص على المصالح التي شُكلت قوالب الدستور من أجل تحقيقها، ومن ثم العودة إلى مرحلة تقديس النصوص على حساب المصالح المجتمعية المعتبرة؛ كما فعلت المحكمة العليا الأمريكية في قضايا الفصل العنصري بين ذوي البشرة البيضاء وذوي البشرة السمراء، لقرابة الخمسين عاما أو يزيد!!

([1]) فقد ساقت المحكمة العليا الأمريكية حججًا في ذات السياق؛ إثباتًا وتوكيدًا لأحقيتها في الرقابة على دستورية التشريعات، وقتما موريت في شرعية صلاحياتها في ذلك، وكذلك فعلت محكمة القضاء الإداري العريقة حينما سطرت واحدا من أهم الأحكام التمهيدية لفكرة الرقابة على الدستورية في مصر؛ للمزيد؛ راجع:

- Alvin B. Rubin: Judicial Review in the United States, Louisiana Law Review, the LSU Law Center, Louisiana State University, Volume 40, Number 1, U.S.A, 1979, p. 68 and next.
- Decision of Supreme Court, Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

وآية قولنا بتطور مفهوم اعتبارات القانون، انتقال فقه القانون العام من مرحلة التكريس لفكرة اعتبارات الواقع إلى مرحلة التكريس إلى مبدأ الأمن القانوني في مجالي الإدارة والتشريع([1])، بل وفي مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين([2])، هذا المبدأ الذي فرضته اعتبارات كثيرة أهمها تدني نوعية العملين الإداري والتشريعي في العقود الأخيرة، ما هو إلا قوننة لاعتبارات الواقع التي طالما نفذت منها سهام الدور السياسي إلى أعمال القاضي الدستوري، فقد آن لغايات الدستور كقانون أعلى؛ العدالة، الأمن القانوني، التقدم الاجتماعي، أن تجدن سبيلهن إلى منصة الدستورية، من دون أن يتهم عمله أو شخصه بإتيان دور سياسي؛ فقد أقر الفقه الدستوري الحديث بأن ثمة موازنتين لفكرة العدالة الدستورية هما الأمن القانوني والتقدم الاجتماعي.

هذا، وقد يرد الاعتقاد في توافر الدور السياسي، لا إلى انفصام الآثار التي يرتبها حكم الدستورية عن اعتبارات الدستورية، وإنما لضعف التخريج القانوني لحكم الدستورية؛ إما لعدم كفايته دلالةً، وإما لعدم منطقيته تدليلاً، وهذا هو مؤدى القول بعبارة "ما يُفهم حتمًا من نصوص الدستور"؛ فقد تكون النتيجة التي يرتبها حكم الدستورية مقبولة في ظل الملابسات التي تحيط بالمسألة المطروحة على القاضي إذ يسعها مفهوم "اعتبارات الدستورية"، ولكن يقصر تخريجه القانوني عن نفي شبهة الدور السياسي عن مسلكه.

([1]) للمزيد من التفاصيل حول مبدأ الأمن القانوني وتطبيقاته في مجال الإدارة ومجال التشريع؛ انظر على سبيل المثال:

- Brahim Dalil: Le Droit Administratif Face au Principe de la Sécurité Juridique, Thèse de Doctorat en Droit, Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense, France, 2015, p. 92 et suivant;
- Martin Nadeau: Perspectives pour un Principe de Sécurité Juridique en Droit Canadien: les Pistes du Droit Européen, Mémoire de Maîtrise, Université de Sherbrooke, Non Publié, Quebec, Canada, 2009, p. 511 et suivant;
- M. Olivier Dutheillet de Lamothe: La Sécurité Juridique; Le point de Vue du Juge Constitutionnel, exposé fait à L'Occasion de L'Accueil de Hauts Magistrats Brésiliens, le 20 Septembre 2005, France, p. 2 et suiv;
- Anne-Laure Valembois: La Constitutionnalisation de L'exigence de Sécurité Juridique en Droit Français, Cahiers du Conseil Constitutionnel, N° 17, Prix de Thèse, France, Mars 2005, p. 4 et suiv.

([2]) انظر للباحث: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢ وما بعدها.

فلو افترضنا ـــ مثلاً ـــ أن المحكمة الدستورية العليا قد حكمت بعدم دستورية إجراءات الخصخصة، أكان ينسب أثر حكمها بمخاطره الجمة ـــ التي أشارت إليها المحكمة في حيثيات حكمها ـــ إلى إرادتها؟ بالطبع لا؛ فالتأويل المنطقي المجرد لنصوص الدستور يرتب هذا الأثر([1])، بل إن هذا الأثر ذاته ـــ الذي حملها إلى مخالفة الدستور ـــ هو الذي حدا جمهور الدستوريين إلى توجيه اللوم إلى مسلكها؛ لا فيما يتعلق بالنتيجة المترتبة على حكمها؛ إذ أبقت على استقرار النظام الاقتصادي للدولة، بل فيما يتعلق بكيفية استخلاص معنى الدستور إذ راحت تؤصل لمنطقية العلاقة بين الخصخصة وهي تطبيق رأسمالي، والاشتراكية التي يكرس لها الدستور صراحة، على خلاف ما يستقر عليه وازع علماء الاقتصاد والمالية العامة إذ يفرقون بين نهجين متباينين في فلسفتهما([2]).

فأكثر الدستوريين على أن المحكمة، وإن كانت قد وفقت في الانتصار لضرورات الواقع على حساب جمود النصوص، فإنها لم تحسن استخلاص معنى الدستور في هذا الفرض استخلاصًا موضوعيًا سائغًا، يقوى على عُمُد تحمله من الشرعية الدستورية، بل وأصبح حكمها هذا مضربًا للمثل على دورها السياسي؛ حيث كان بإمكانها أن ترتب ذات الأثر من طرق أكثر منطقية([3]).

وتجدر الإشارة إلى أن التساؤل البدهي قد يثار، بل لم يهدأ الحديث، البتة، حول التكييف القانوني لعمل المحكمة الدستورية العليا في تقرير الإبقاء على التشريعات التي أصدرها البرلمان، المعيب تشكيله، في الحقبة السابقة على صدور حكم

([1]) إذ يرى أستاذنا الدكتور/ يحيى الجمل؛ رحمه الله، أن المحكمة لم تفسر الدستور، بل خالفته، وكذلك يعترض أستاذنا الدكتور/ فتحي فكري على مسلك المحكمة ردًا إلى أنه يمثل تعديلا صريحا للدستور؛ انظر التحقيق الصحفي الذي أجرته جريدة العالم اليوم الإسبوعية بعنوان: "في ظل وجود قوانين الاشتراكية، هل من الممكن الحكم علي الخصخصة بعدم الدستورية؟"، بتاريخ ٣٠ يناير ٢٠٠٦م، الرابط التالي:
http://www.gn4me.com/alalamalyoum/inner.jsp?edition_id=1168&art_id=1532574

([2]) للمزيد حول أوجه التباين بين الرأسمالية والاشتراكية؛ انظر:
Oswald Garrison Villard: A Public Debate "Capitalism vs. Socialism"; Prof. Edwin R. A. Seligman vs. Prof. Scott Nearing, the Fine Arts Guild, Inc, New York, U. S. A., p. 9 and next.

([3]) للمزيد؛ انظر:
د. محمد سعد أبو عامود: المحكمة الدستورية والنظام السياسي المصري، المؤتمر الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٨، ص ٣٦٢ وما بعدها؛
د. يسري محمد العصار: دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٣٢٢ وما بعدها.

الدستورية ببطلان التشريع الذي أجريت انتخابات هذا البرلمان بناء عليه؛ أيدخل ذلك في حدود دورها القانوني أم يعد من قبيل الدور السياسي "البيِّن"؟

وردًا على هذا التساؤل، أقول بأن مسلك القاضي الدستوري، في مثل هذه القضايا، كان واقعًا في حرج شديد، قبل ظهور فكرة الأمن القانوني وتحولها من إطار الدراسة الفلسفية إلى مصاف الدراسات القانونية؛ حتى أصابتها نفحةٌ من جمود القانون، فأُضفيت على تطبيقاتها قيمة دستورية، جعلتها بمثابة القيود على سلطة القاضي الدستوري في استخلاص معنى الدستور. فكانت ـــ ولا تزال ـــ أحكام المحكمة الدستورية العليا برد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ تشكيل البرلمان واعتباره كأن لم يكن، وحجبه عن التشريعات التي صدرت عن هذا البرلمان ذي التشكيل المعيب دستوريًا، مضربًا للمثل على توافر وصف الدور السياسي لعمل المحكمة. ولعل ذلك مرده إلى التخريج القانوني "التقليدي" الذي طالما افتقر إلى أساس قانوني نظري أو فلسفي يسوغه لدى جمهور الدستوريين؛ إذ لم يكن القول بالنزول عند مقتضى اعتبارات الواقع كافيًا لتسويغ مسلك القاضي، إلا من طريق فقه المدرسة البراجماتية النفعية([1])، الأمر الذي كان يضع القاضي الدستوري في حرج الخروج على مقتضى النصوص الصريحة، ومن ثم مخالفة الدستور من منظور الفقه التقليدي. فكانت المحكمة بين خيارين، كلاهما يجلب إليها تهمة الدور السياسي؛ فإما أن تلتزم حرفية النصوص، فيضطرب الواقع إلى الحد الذي قد تنتفي معه غاية الجماعة الكبرى من وراء مسايرة حركة "التدوين" أو "التقنين" الدستوري، وإما أن تتوسع في تفسير النصوص إلى الحد الذي يفرغها من مضمونها؛ فتتكسر معيارية الدستور كقانون أعلى، فيصبح التقنين وعدمه سواء.

([1]) للمزيد حول فقه المدرسة البراجماتية؛ انظر:

- Daniel A. Farber: Legal Pragmatism and the Constitution, Minnesota Law Review, University of Minnesota Law School(United States), Vol. 72, 1987, p. 1334 and next;
- Thomas C. Grey: Judicial Review and Legal Pragmatism, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Stanford Law School(United States), Research Paper No. 52, 2003, p. 5 and next.

غير أن اتجاه الفقه الدستوري الحديث إلى التكريس لمبدأ الأمن القانوني في أعمال السلطة العامة بثلاثيتها؛ تشريعًا وإدارةً وقضاءً، كما أشرنا سابقًا، كان بمثابة طوق النجاة لمسلك القاضي من الوقوع في شراك تهمة الدور السياسي في مثل هذا الفرض؛ فعين الأمن القانوني، الحد من آثار رجعية الحكم بعدم الدستورية، حتى إذا ما صرحت المحكمة باحتجاب الأثر الرجعي عن التشريعات التي أصدرها البرلمان المعيب تشكيله، كان عملها داخلا في نطاق قانونية اختصاصها.

بل ولو قلنا بفكرة الإرادة المفترضة للمشرع، على النحو سالف البيان، لكفي المحكمة مؤونة نفي الدور السياسي عن مسلكها؛ فالمنطق القانوني السليم منصرف إلى أنه إذا أتيحت الفرصة للشارع الدستوري أن يشرع لهذا الفرض، فلن يتردد البتة في الإبقاء على هذه التشريعات وما ترتب عليها من آثار، ولو رتب انصراف أثر بطلان تشكيل البرلمان إلى تاريخ صدور التشريع المقضي بعدم دستوريته؛ فليس من المنطق في شيء أن تنصرف إرادة المشرع، دستوريا كان أو عاديا، ومن باب أحرى إرادة القاضي الدستوري، إلى إحداث هزة عنيفة في النظام القانوني برمته، جراء الفراغ الدستوري الذي يخلفه تقرير إلغاء هذه التشريعات وما ترتب عليها من مراكز قانونية؛ منشئة كانت أو معدلة أو ملغاة. وهو ما لا يتوافر به العنصر الأول من عناصر معيار نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري؛ فأثر الحكم معزو إلى إرادة الشارع حكمًا.

أما عن انصراف إرادة المحكمة إلى إبطال تشكيل المجلس بكامله، وعدم قصره على الثلث الفردي فقط؛ حيث قررت أن مزاحمة المنتمين للأحزاب السياسية للمستقلين غير المنتمين لأى منها فى الانتخاب بالنظام الفردى، كان له أثره وانعكاسه الأكيد والمتبادل مع نسبة الثلثين المخصصة للقوائم الحزبية المغلقة، إذ لولا مزاحمة المنتمين للأحزاب للمستقلين فى الثلث الباقى لحدث إعادة ترتيب داخل القوائم

الحزبية، بمراعاة الأولويات المقررة داخل كل حزب([1])، فإن هذا التخريج لا يخل من وجاهة، بل هو سائغ دستوريًا، ولو كانت الظروف المحيطة تدعو إلى تجنيب الخزانة العامة كلفة باهظة، فضلا عن تعطيل مرافق الدولة وأجهزتها في إعادة انتخابات كاملة مرة أخرى، فهذا لا يقوى سندًا موضوعيًا([2])، وفقا للمعيار الذي نكرِّس له، لنسبة الدور السياسي إلى عمل المحكمة في هذا الفرض، بل ولو كانت المحكمة قد رتبت هذا الأثر لحاجة في نفسها.

فقد قلنا آنفا، ونعيد التأكيد ثانية، أن العبرة باتساق التخريج القانوني لحكم الدستورية مع اعتبارات الدستورية التي يفهمها جمهور الدستوريين، ولو كانت البدائل والخيارات متعددة لدى المحكمة، فاختارت أحدها فرتب هذا الأثر، فلا يتوافر وصف الدور السياسي لعملها؛ لأن الاختيار داخلٌ في نطاق قانونية اختصاصها الرقابي إذ تباشر اختصاصًا تقديريًا. وعليه، فإن ما انصرفت إليه إرادتها يعد داخلاً في نطاق التفسير الدستوري "المستساغ"، وهو عملية قانونية محجوزة لها فقهًا وقضاءً([3])، ما تنتفي معه شبهة الدور السياسي في جانبها؛ حيث اتساع معنى الدستور ليشمل ما

([1]) وتستطرد المحكمة مقررة أن: "مؤدى عبارات هذا النص ـ المادة ٣٨ من الإعلان الدستوري، مارس ٢٠١١م ـ في ضوء مبدأى المساواة وتكافؤ الفرص، وقواعد العدالة، أن حصر التقدم للترشيح لعضوية مجلس الشعب فيما يتعلق بنسبة الثلثين المخصصة للانتخاب بنظام القوائم الحزبية المغلقة في المنتمين للأحزاب السياسية، يقابله قصر الحق في التقدم للترشيح لنسبة الثلث الباقي المحدد للانتخاب بالنظام الفردي على المستقلين غير المنتمين للأحزاب السياسية، وقد اعتنق المشرع الدستوري هذا التقسيم هادفا إلى إيجاد التنوع في التوجيهات الفكرية والسياسية داخل مجلس الشعب، ليصير المجلس بتشكيله النهائي معبراً عن رؤى المجتمع، وممثلا له بمختلف أطيافه وتياراته وتوجهاته ومستوعباً لها، لتضطلع بدورها الفاعل في أداء المجلس لوظيفته الدستورية، وما يناقض تلك الغاية ويصادمها ذلك النهج الذي سلكه المشرع بالنصوص المطعون عليها، فقد أتاح لكل من مرشحي الأحزاب السياسية إحدى فرصتين للفوز بعضوية مجلس الشعب، إحداهما بوسيلة الترشيح بالقوائم الحزبية المغلقة، والثانية عن طريق الترشيح للنظام الفردي، بينما جاءت الفرصة الوحيدة المتاحة أمام المرشحين المستقلين غير المنتمين لتلك الأحزاب مقصورة على نسبة الثلث المخصصة للانتخاب بالنظام الفردي، يتنافس معهم ويزاحمهم فيها المرشحون من أعضاء الاحزاب السياسية، الذين يتمتعون بدعم مادي ومعنوي من الاحزاب التي ينتمون إليها، من خلال تسخير كافة الإمكانيات المتاحة لديها لدعمهم، وهو ما لا يتوافر للمرشح المستقل غير المنتمي لأي حزب، الأمر الذي تضمن مساساً بالحق في الترشيح في محتواه وعناصره وتكافؤ الفرص، دون أن يكون هذا التمييز مبرراً بقاعدة موضوعية ترتد في أساسها إلى طبيعة حق الترشيح وما تقتضيه ممارسته من متطلبات، والتي تتحقق بها ومن خلالها المساواة وتكافؤ الفرص"؛ انظر حكمها في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق. د، جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢م؛ سالف الذكر.

([2]) إذ اتفق أستاذنا الدكتور محمد حسنين عبد العال مع أستاذنا الدكتور إبراهيم دوريش في القول بأن صدور حكم من المحكمة الدستورية بقبول الطعن وعدم دستورية نص المادة الخاصة بالسماح للمرشحين عن الأحزاب السياسية بالترشح على المقاعد الفردية، فإن ذلك يترتب عليه بطلان تشكيل المجلس، وحله، مشيراً إلى أنه سبق أن أصدرت المحكمة الدستورية حكمين ببطلان تكوين مجلس الشعب عامي ١٩٨٧ و ١٩٩٠، بسبب عدم دستورية إحدى مواد قانون الانتخابات البرلمانية، كما صدر حكم ثالث في آخر الدورة البرلمانية عام ٢٠٠٠ بالبطلان، وأنه في هذه الحالة يقوم المجلس العسكري بإصدار قرار بحل المجلس؛ انظر أ. إبراهيم قاسم: "سيناريو ما بعد حكم الدستورية حول البرلمان و"العزل"..، مقال منشور بجريدة المصري اليوم بتاريخ ٨ يونيه ٢٠١٢.

([3]) انظر في نفس المعنى: د. عبد العزيز محمد سالمان: رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٤، ص ١٨٤ وما بعدها.

انصرفت إليه إرادتها. أما وقد ضاق معنى الدستور عن استيعاب ما خلصت إليه في قضية "الخصخصة"؛ إذ ليس ثم مُسوِّغ لاستخلاص معنى الدستور في هذه المسألة من طريق فكرة الشرعية الدستورية بهذه الكيفية التي بدا عليها إطلاقًا، لتبدو إرادة المحكمة واضحة في توجيه معنى النص بما لا يحتمل قالبه، فإن الأثر الذي رتبه، فوق أنه ينسب إلى إرادة المحكمة، منبت الصلة باعتبارات القانون، ومن ثم فإن وصف عمل المحكمة الدستورية بالدور السياسي في هذا الفرض، لا يعد غبنًا لها.

ونخلص مما سبق، إلى أن ما يتوصل إليه القاضي الدستوري من حلول للمسألة المطروحة عليه من طريق اجتهاده، لا يمكن حمله على أنه دور سياسي، إلا إذا كان منقطع الصلة بفكرة الشرعية الدستورية التي تتأسس عليها معيارية الرقابة الدستورية في صورتها القضائية، أما إذا كان حكم الدستورية ملتمسًا إلى فكرة الشرعية الدستورية أو فكرة القانونية بمعناها العام، فلا مسوغ البتة لخلع وصف الدور السياسي على عمل القاضي في هذه الحالة.

المبحث الثاني

دور المفهوم المعياري

في الحد من دعاوى تسييس رقابة الدستورية

تمهيد وتقسيم:

باديء ذي بدء، أنوه إلى أن القول بمفهوم معياري للدور السياسي للقاضي الدستوري، لا يستهدف إطراء قضاة الدستورية أو التماس العذر لهم في المواطن التي لا يحسنون فيها استخلاص معنى الدستور استخلاصًا سائغًا يقره المنطق القانوني، قصدوا إلى ذلك أو لم يقصدوا، وإنما نستهدف التكريس لنظرية واضحة أساسها فلسفة الرقابة القضائية على دستورية التشريعات، ابتغاء الحد من محاولات النيل من مكانة محكمة الدستورية، سواء أكانت عن قصد من قبل المناوئين لصورتها القضائية أو غيرهم من السياسيين والحزبيين ممن لا تروقهم أحكام الدستورية، أو عن غير قصد ممن أعيتهم حيرة التوفيق بين تقدمية أحكام الدستورية وتقليدية أدبيات الفقه الدستوري

في كثير من الأحيان؛ فراحوا يلتمسون السند للقاضي الدستوري من طريق التكريس لما أسموه دورًا سياسيًا تارة، ورقابة على الملاءمة تارة أخرى، وما ذلك كله من عمل القاضي الدستوري في شيء، إلا أن يخرج على فلسفة اختصاصه الرقابي من الأساس!

لذا، فالمفهوم المعياري للدور السياسي للقاضي الدستوري، يسهم في الحد من دعاوى الدور السياسي التي طالما تثار حول أحكام الدستورية في أحايين كثيرة، سيما إذا اعتبرنا أن هذا الدور "غير المشروع" هو بمثابة الانحراف بسلطة الرقابة على الدستورية، كما نبين ذلك تفصيلا من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: الدور السياسي فرض نادر الحدوث وفقًا للمفهوم المعياري المقترح.

المطلب الثاني: الدور السياسي انحراف بسلطة الرقابة على الدستورية.

المطلب الأول

الدور السياسي فرض

نادر الحدوث وفقا للمفهوم المعياري المقترح

قلنا آنفا، أن نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، مرتهنة بانصراف إرادة القاضي إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه حتمًا، وفق التفصيل الذي أوردنا.

والحقيقة أن الممعن في الأوصاف التي يتطلبها معيار نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، يخلص إلى صعوبة توافرها مجتمعة، إلى الحد الذي يجعل من "تهمة" الدور السياسي، فرضا نادر الحدوث في أعماله. وآية ذلك؛ أن الآثار التي يخلفها حكم الدستورية ترد في الأصل إما إلى إرادة المشرع؛ دستوريا أو عاديا، صريحة كانت أو مفترضة، وإما إلى ملابسات الواقع.

فإذا كان فقه القانون العام قد استقر وازعه على أن قصدية الانحراف بالسلطة تجعل من الصعوبة بمكان إثبات هذا العيب في جانب الإدارة أو المشرع، ومن ثم تأخير البحث فيه إلى ما بعد الاستيثاق من صحة بقية أركان القرار الإداري أو

التشريع([1])، فأولى بهذا المعنى أن ينطلي على عمل القاضي الدستوري ذاته؛ إذ كيف للقائلين بالدور السياسي للقاضي الدستوري أن يقيموا الدليل على انصراف إرادته إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية على غير مقتضى الدستور، بغير الأوصاف التي ذكرنا آنفا، ومن ثم صعوبة إضافة هذا الأثر إلى إرادته؟!

وإذا كان فقه القانون العام، أيضًا، قد دأب على التكريس لضرورة توسع قاضيي القانون العام، الإداري والدستوري، في إعمال مقتضى قرينة الصحة المفترضة في أعمال السلطة العامة؛ إدارة كانت أو برلمانًا([2])، فأولى بمن يتناول أحكام الدستورية بالتقييم أن يتخذ من قرينة الصحة المفترضة في أعماله منطلقا ومردًّا؛ فحفظ ثقة المتقاضين في قضاء الدستورية أدعى إلى حمل عمل قضاتها على الصحة، ولو كانت الشبهة التي لا دليل قطعي عليها، تحوم حوله.

وقد يقول قائل، إن التعليق على أحكام الدستورية شيء واحترامها شيء أخر، وهو محق في ذلك تمامًا؛ باعتبار أن احترام الأحكام لا ينبغي أن يتخذ تكئة أو وليجة لغل يد المتخصصين من التعليق عليها. ولكن ما أقصده أن يُنطلق في التعليق على أحكام الدستورية واستشفاف توجه قضاتها من منطلق أن الأصل في عمل القاضي "القانونية"، وما لم يقم الدليل القاطع على انتفاء هذه القرينة المفترضة، فلا مسوغ البتة لإشاعة الحديث عن شبهة الدور السياسي.

ولو كان لي من أمر التقرير شيئًا، لقلت بأنه لا مجال للقول بفكرة الدور السياسي من الأساس؛ ردًا إلى أن عمل القاضي الدستوري في إحداث التوازن بين المصالح الجديرة بحماية الدستور، حتى ولو اشترك مع أعمال الساسة في فكرة

([1]) للمزيد؛ راجع:
- د. سليمان محمد الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة"، دراسة مقارنة، ط ٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٣٣٦ وما بعدها؛
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دراسة فقهية مدعمة بأحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٤٤ وما بعدها.

([2]) للمزيد؛ راجع:
- أ. خالد ماهر صالح: أثر قرينة الصحة وسلامة القرار الإداري في إجراءات دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمّان، الأردن، ٢٠١٧، ص ١٩ وما بعدها؛
- د. عيد أحمد الحسبان: قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ١٧٩ وما بعدها.

الموازنة أو الموائمة، إما أن يكون داخلا في النطاق المحجوز له دستوريًا، ومن ثم لا يصح الادعاء بأن هذا العمل يحمل في طيه دورًا سياسيًا، وإما أن يكون مناهضًا لصحيح الدستور- صريحه وضمنيه، ووقتئذ لا يصح نعته بأنه دور سياسي، بل مخالفة صريحة للدستور، توجب رد عمل القاضي، ولو شعبيًا. لذا، نقترح على الباحثين في مجال القانون الدستوري، أن يتريثوا في نسبة الدور السياسي إلى القاضي الدستوري، بل أن يُرجعوا البصر كرتين إلى فكرة "الدور السياسي" في مجال الدستورية، لينقلب البصرُ نافيًا لهذا الدور من طريق المفهوم المعياري لهذا الدور، الذي نؤصل له على وجل وروية.

وثم تنويه لازم، إلى أنني لا أكرس لعصمة قضاة الدستورية؛ فهم بشر في نهاية المطاف، وقد تخالد الشكوك ظنون البعض حول بعض تأويلاتها، وهم وإن كانوا من خيرة الدستوريين، فإنهم لا يحتكروا علم القانون الدستوري، بل يوجد من القانونيين والسياسيين من يحوزون ملكة التأويل وبراعة التفسير. ولكن ما لا مراء فيه أيضا أن افتقار هذه الظنون إلى ما يرقيها إلى درجة اليقين، وفق ما ألمحنا إليه في صدد الحديث عن أوجه الطعن في حكم الدستورية، يجعل منها محض حديث نفس، لا ينبغي أن يخرج إلى حيز الوجود؛ حتى لا تصير أحكام الدستورية عُرضةً للتشكيك فيها على غير سند!

ولا أدل على وجاهة طرحنا هذا، من الاستشهاد بما يؤكده أحد الكُتَّاب الأمريكيين إذ يقول: "...، لم يسّر قرار المحكمة العليا الاتحادية ـــ في قضية جور ضد بوش" ـــ كل الأطراف بأي حال من الأحوال([1])، ولكن كان هناك شبه إجماع على أنه من اللازم قبول هذا القرار. وبينما أثيرت التساؤلات حول الميول السياسية لبعض القضاة، لم يشك أحد في أن المحكمة قد اتخذت قرارها باستقلالية تامة عن

([1]) إذ يرى البعض أن ما قضت به المحكمة لا أساس له من القانون، بل مرده إلى تفضيلات أغلبية المحكمة وقناعاتها؛ انظر:
- Jack M. Balkin: Bush v. Goreand the Boundary Between Law and Politics, The Yale Law Journal, The Yale Law Journal Company, Inc. (United States), Vol. 110, may 2001, p. 144;
- Michael J. Klarman: Bush v. Gore through the Lens of Constitutional History, California Law Review (United States), Vol. 89, Issue 6, Article 2, December 2001], p. 1764.

كافة الفرقاء السياسيين، ..."([1]). وهذا في شأن من؟! في شأن المحكمة العليا الأمريكية التي لا يختلف اثنان على دورها السياسي البارز([2])؛ فالتأثير الحقيقي للقضاء، كما يقرر أحد الكتاب، مرتهن بأن يستمد القاضي سلطته من القبول العام لدوره المؤسسي Public's Acceptance of its Institutional role؛ حتى في الوقت الذي قد تكون قراراته مثيرة للجدل([3]).

وهو ما ينبغي أن يسود في مصر طالما ألقت محكمة الدستورية كلمة الفصل في مسألة الدستورية؛ إذ لا عائد من وراء التشكيك في أحكامها إلا الذهاب بهيبة قضاتها في نفوس الجماعة أفرادًا ومؤسسات. بل وكما يقول أحد الكتاب أن أن الإقرار بسعة اختيار المحكمة الدستورية في التفسير، لا ينبغي بحال أن يفهم منه حتمية خروج المحكمة على القانون، لا سيما في المسائل ذات البعد السياسي؛ لأن القول بغير ذلك من شأنه التشكيك في عمل المحكمة، ومن ثم يضعف من قدرتها على الأداء بين مؤسسات الدولة وأجهزتها"([4]).

المطلب الثاني

الدور السياسي لقاضي الدستور

انحراف بسلطة الرقابة على دستورية التشريعات

حينما أظهر العلامة السنهوري خواطره القانونية حول فكرة الانحراف بسلطة التشريع إلى العلن، في واحد من أشهر البحوث التي أثارت جدلا بين رجالات الفقه والقضاء آنئذ([5])، جوبه بانتقادات عديدة، كادت أن تنفذ إلى شخصه، ولعلها سمة كل تطور؛ فما دأب عليه جمهور الفقه من التكريس لعلو مكانة السلطة المنتخبة على

([1]) انظر: فيليبا ستروم: دور القضاء المستقل في ترسيخ الديمقراطية، مقال سبقت الإشارة إليه.

([2]) للمزيد؛ انظر:

Lee Epstein and Others: the Supreme Court as a Strategic National Policymaker, Emory Law Journal, Emory University School of Law (Geor-gia, United States). Vol. 50, p. 587 and next.

([3]) انظر:

Goodwin Liu and Others: Keeping Faith with the Constitution, op. Cit, p. 24.

([4]) انظر في نفس المعنى:

Vicki C. Jackson: Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors, Fordham Law Review (United States), Vol. 75, 2006, p. 960.

([5]) العلامة السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري، بحوث ومقالات مختارة، ١٩٥٢، ص ٩ وما بعدها.

نظيرتيها كونها تنبثق عن إرادة الأمة وتشرع باسمها ولصالحها، كان جديرًا بـرد كـل محاولة بحثية قد يكون من شأنها المساس بهذه المسلمة؛ حتى ولو كان صـاحبها فقيـه كبير لا يبارى ولا يجارى في تخصصه.

ولعلني أخشى أن أجابه في هذا الطرح، وأنـا "التلميـذ" إلـى جـوار فقهائنـا وأعلامنا في فقه القانون العام، إذ أقول بنقل أحكام نظريـة الانحـراف بالـسلطة إلـى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، بصورة جزئية قوامها تفريع الـدور الـسياسي للقاضي الدستوري على نظرية الانحراف بالسلطة في مجال الرقابة علـى الدسـتورية؛ ردًّا إلى أن انصراف إرادة القاضي الدستوري إلى إحداث أثر ما لـم تنـصرف إليـه إرادة المشرع دستوريا كان أو عاديا، حقيقية كانت او مفترضـة، ينبـيء عـن تعمُّـد القاضي الخروج على مقتضى الدستور أو ما يفهم حتما من نصوصه، وهو ما يتحقـق به وصف الانحراف بالسلطة في مجالي الإدارة والتشريع.

والحقيقة أن قبول نظرية الانحراف بالسلطة في مجال التشريع، في حق الـسلطة المنتخبة، والتي ظلت لقرون عديدة تتمتع بحـصانة انبثاقهـا علـى الإرادة الـشعبية، يحدوني إلى الجزم بأن نظرية الانحراف بالسلطة في مجال الرقابة علـى الدسـتورية، ستجد سبيلها إلى كتابات فقهاء وباحثي القانون العام، ولو بعد حين.

فقد باتت معايير الدستورية قضائية الصنع، بمثابة القـانون الموضـوعي الـذي يحكم عملية استخلاص معنى الدستور، جنبًا إلى جنب مع معايير الدسـتورية تـشريعية الصنع، لا يقدح في ذلك ارتكازها على نظرية التقييد الـذاتي لـسلطة الرقابـة علـى الدستورية، ولا تنل منها نهائية أحكام الدستورية وامتنـاع التعقيـب عليهـا؛ فمعياريـة عمل القاضي الدستوري موازنة الأولى، وآليات البرلمان فـي مجابهـة آثـار أحكـام الدستورية "غير الدستورية"، هي موازنة الثانية.

فعلى سبيل المثال، إذا كان افتقار التشريع إلى صفة العمومية والتجريـد وجهًـا لتجريده من قرينة الدستورية المفترضة في جانبه؛ كونه يخاطـب أشخاصًـا محـددين بذواتهم، فإن القضايا المتماثلة التي تعرض على القاضي الدستوري لها حكم العموميـة

والتجريد في التعامل معها([1])؛ حتى إذا ما مويز بينها على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم من نصوصه، كان عمل القاضي حقيقًا بوصف الدور السياسي، وفي الوقت ذاته بوصف الانحراف بسلطة الرقابة على الدستورية.

وهو ما يثار معه التساؤل عن الفرض الذي تعدل فيه المحكمة عن قضاء سابق لها؟ إذ المنطقي وقد اشترطنا معاملة المثل للقضايا المتماثلة، أن يتصف مسلك المحكمة بالعمومية والتجريد، ألا تعدل المحكمة عن قضاء سابق لها، أخذًا في الاعتبار ما يترتب على ذلك من أن عدولها هذا يمثل دورًا سياسيا، ينزل بعملها إلى رتبة الانحراف بسلطة القرابة على الدستورية، وأن يتحول قضاء الدستورية الوطني إلى فكرة "السوابق القضائية" التي تميز النظام الأنجلوأمريكي؛ فتجمُد معايير الدستورية إلى الحد الذي يعكس فكر المدرسة الأصولية، كما مسلك المحكمة العليا الأمريكية في حقبة الفصل العنصري.

بيد أن إمعان النظر، يخلص بنا إلى أن التماثل الذي يحظر العدول، لا يؤخذ في تقديره بالظاهر، وإنما يقدره القاضي في ضوء الملابسات المحيطة بالمسألة المعروضة عليه؛ فقد تقف المتغيرات المجتمعية الجديرة بالاعتبار، سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية أو غيرها من وراء حتمية العدول، وهو ما حدث بالفعل في مسلك المحكمة العليا الأمريكية بعد حكمها في قضية "براون ضد الولايات المتحدة" سالفة الذكر؛ حيث تبنَّت مفهومها مختلفا لاعتبارات الدستورية؛ فعدلت عن العديد من السوابق التي كرَّست لتطبيقات الفصل العنصري.

وتجدر الإشارة إلى أن استقرار فقه القانون الدستوري وقضاؤه حديثًا على أن الدستور وثيقة تقدمية متجددة، ينبغي تفسيرها وفق معطيات كل عصر([1])، بما

([1]) وأقصد بـ"التجريد" في صدد معايير الدستورية، أن تُقر هذه المعايير مجردة عن واقعة بعينها، أي لا يكون الدافع إلى تقرير معيار ما، هو تجريد تشريع ما من قرينة الدستورية المفترضة في جانبه، أو إقرار تشريع ما غير حقيق بها على قرينته هذه؛ فمعايير الرقابة الدستورية ليست فخاخا تُنصَب خلسة لإيقاع التشريعات في شراكها، بل ضوابط واضحة محددة يمكن التنبؤ معها بنتائج ولوج سبيل الطعن بعدم الدستورية. كما أن ما تتحقق به المساواة ويتجسد به تكافؤ الفرص، أن ينسحب معنى المساواة وتكافؤ الفرص على القضايا التي تنظرها محكمة الدستورية، فكما هو معلوم أن المساواة والتكافؤ لا يرتبطان بأشخاص، بل بمراكز وأوضاع يوجد هؤلاء الأشخاص فيها، هذه المراكز والأوضاع التي تنتفي في جانبها المساواة وتكافؤ الفرص، في الأحوال التي تمايز فيها محكمة الدستورية بين قضيتين متماثلتين على غير مسوغ من الدستور؛ راجع للباحث: مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

يستتبعه ذلك من ضرورة استجابة قلم الدستورية لتطورات العصر، إضافة إلى القول بضرورة تحقيق التوازن بين غايات الدستور الثلاث في بلورة معايير الدستورية، حاصلهما أن اعتداد القاضي الدستوري بمقتضى فكرة "التطور الاجتماعي"، وهي الغاية الثالثة، سيحدوه حتما إلى تجديد اجتهاده المستقر.

ومما يترتب على القول بأن الدور السياسي للقاضي الدستوري، انحراف بسلطة الرقابة على الدستورية، نتيجتان جوهريتان؛ أولاهما: أن يربأ قضاة المحكمة الدستورية العليا بمكانة المحكمة السامية عن إتيان هذا الدور؛ فيكون ذلك سببا للحد من دعاوى تسيُّس رقابة الدستورية، وثانيتهما: أن يتحسب القائلون بالدور السياسي في نسبته إلى أحكام الدستورية حتى لا يرموا المحكمة بما لا يقووا على إقامة الدليل عليه، فتوشك جريمة إهانة القضاء أن تطالهم وقتئذ، وهو أيضا ما يسهم في الحد من دعاوى تسيُّس رقابة الدستورية.

([1]) للمزيد؛ انظر:

- David A. Strauss: The Living Constitution, Oxford University Press, 2010, p. 1 and next;
- Catherine L. Langford: The Living Constitution: Origins and Rhetorical Implications of the Constitution as Agent, Communication Law Review, Volume 15, Issue 1, No Date, p. 4 and next;
- David A. Strauss: Do We Have a Living Constitution?, Law School Journal, University of Chicago, United States, 2011, p. 973 and next.

خاتمة البحث

نحو مفهومٍ واضحٍ محددٍ للدور السياسي للقاضي الدستوري، ومعيارٍ موضوعيٍ لنسبته إلى أحكام الدستورية، بما يحُدُّ من دعاوىَ تسيُّسِ رقابةِ الدستوريةِ ذات اللون القضائي...

جيء ببحثنا هذا تحت عنوان: "النظرية المعيارية في الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ دراسة نقدية تأصيلية مقارنة في النظامين المصري والأمريكي"؛ مقسَّمًا إلى ثلاثة فصول رئيسة، بكل منها مبحثان، فمطلبين، ثم الخاتمة.

حمل أولها عنوان: " فكرة الدور السياسي بين غموض المفهوم ومغبة التكريس الفقهي لها"؛ ليوضح موطن الخلل في معالجة مسألة الدور السياسي للقاضي الدستوري؛ حيث غياب المفهوم الواضح المحدد لفكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري وجمود نظرة الفقه إليها؛ كما وُضِّح في المبحث الأول المعنون له بـ" موقف الفقه الدستوري من مفهوم الدور السياسي للقاضي الدستوري"، وتعجُّل باحثين كُثُر في نسبة هذا الدور إلى عمل القاضي الدستوري على ما لهذه المسألة من خطورة وتبعات غير محمودة؛ كما بُيِّن في المبحث الثاني تحت عنوان: "مغبة التكريس الفقهي لفكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري".

وعُنون لثانيها بـ" نحو مفهوم معياري للدور السياسي للقاضي الدستوري"؛ ليستعرض الدلالات المختلفة لمصطلح "سياسي" ودورها في بلورة مفهوم معياري واضح للدور السياسي للقاضي الدستوري؛ كما ورد في المبحث الأول الذي عنوانه: " دلالة مصطلح "سياسي" ودورها في بلورة مفهوم الدور السياسي"، ويُميِّز بين المفهوم المعياري المقترح للدور السياسي وما قد يتداخل معه من المفاهيم ذات الصلة؛ كما ورد في المبحث الثاني تحت عنوان: "المفهوم المعياري للدور السياسي وتمييزه عن المفاهيم ذات الصلة".

وجيء بثالثها تحت عنوان: " معيار الدور السياسي ودوره في الحد من دعاوى تسيُّس رقابة الدستورية"؛ ليفصل الخطاب في ضوابط نسبة الدور السياسي إلى عمل

القاضي الدستوري من طريق شرطين جوهريين؛ أولهما: انصراف إرادة القاضي الدستوري إلى إحداث الأثر المترتب على حكم الدستورية، والثاني: انقطاع الصلة بين هذا الأثر واعتبارات الدستورية، وهذا في مبحثه الأول تحت عنوان: ضوابط نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري"، ثم يظهر ثمرة التكريس الفقهي لهذا المعيار الموضوعي وانعكاساته الإيجابية على مكانة منصة الدستورية وقضاتها في نفوس المتقاضين لديها؛ فرادى ومؤسسات؛ حيث الحد من دعاوى تسيُّس رقابة الدستورية التي طالما أطلقت جزافًا، وذلك في مبحث الثاني تحت عنوان: " دور المفهوم المعياري للدور السياسي في الحد من دعاوى تسيُّس رقابة الدستورية".

وقد خلُصنا من البحث في هذه المسألة الدقيقة حقًا، إلى ثلة من النتائج والتوصيات التي نراها جديرة بطرحها على مائدة فقهائنا وأساتذتنا من رجالات القانون الدستوري؛ منظِّرين كانوا أو مطبقين؛ علها تحوز قناعةً واستحسانًا.

أولا: نتائج البحث:

١.افتقار جل الأطروحات التي عالجت فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، إلى معيار موضوعي يحتكم إليه في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، فضلا عن افتقارها إلى مفهوم واضح ومحدد لمفهوم هذا الدور، وهوما يضعف من القيمة العلمية لهذه الأطروحات التي قد تتخذ تكئة للتغوُّل على مكانة منصة الدستورية الراسخة في وجدان الجماعة.

٢.أن "تقليدية" الطرح الفقهي لمفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، وأقصد بالتقليدية القِدَم وتغيُّر الظروف فحسب، والذي تأثر بمعطيات البيئة السياسية والقانونية التي عاصرت نشأتها، من ناحية، وتعجُّل جل الباحثين في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، على غير إلمام بفقه رقابة الدستورية، واقتصارهم على النقل الحرفي من أطروحات السابقين من الفقهاء، دون اعتبار لما آلت إليه رقابة الدستورية من تطور غير مسبوق أوشكت معه نظرية سيادة القضاء الدستوري أن تحل محل نظرية السيادة

التشريعية، كانا سببين أساسيين في إشاعة الحديث عن الدور السياسي للقاضي الدستوري في العديد من المناسبات على غير الحقيقة من عمل القاضي، سيما في أوقات الأزمات السياسية والانقسامات الحزبية الداخلية.

٣.تطور مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية، ومن ثم اتساع نطاقها، عما كانت عليه في مراحلها الأولى؛ إذ تأثر مفهومها ومن ثم نطاقها بمعطيات البيئة السياسية والقانونية التي عاصرت نشأتها، والبرهان الساطع على ذلك هو إقرار جمهور الفقه أدوات الرقابة التقدمية مثل رقابة الانحراف التشريعي والتي يتعرض القاضي من خلالها لبحث العلاقة بين إلى غاية التشريع والغاية التي تُستخلص من الكتلة الدستورية التي يستمد شرعيته منها، ورقابة الإغفال التشريعي التي يتصدى من خلالها لبحث العلاقة بين كفاية التنظيم التشريعي ومقتضى الضمانة الدستورية التي تقررها الكتلة الدستورية التي تؤطره، هذه الأدوات التي كانت لو طرحت على محمل التخيُّل فقط في المراحل الأولى لرقابة الدستورية، لما كان لهذه الأخيرة أن توجد من الأساس. فهذا إقرار ضمني من جمهور الفقه بتطور مفهوم هذه القانونية ولو لم يصرح بذلك.

٤.أن التكريس لفكرة الدور السياسي، هو بمثابة إحياء لفكرة السيادة البرلمانية العتيقة من ناحية؛ إذ تتحول محكمة الدستورية إلى بوق مسموع تنفخ فيه سلطة التشريعة أصلية كانت او استثنائية، وذلك على فرض أنها ستنحاز إلى جانب السلطة السايسية، بينما تمثل إحلالاً لنظرية سيادة القضاء الدستوري محل محل نظرية السيادة البرلمانية بما تستتبعه من تحكُّم قضاة الدستورية في مفهوم الدستورية على غير مراد الدستور، فتتحول إلى حكومة قضاة كما المحكمة العليا في حقبتها الشهيرة تاريخيًا، وذلك على فرض معاداتها لها.

٥.أن دلالة مصطلح "سياسي"، مختلف عليها بين فقهاء ومتخصصي العلوم السياسية أنفسهم، مع ما يستتبعه ذلك من تأثُّر مفهوم الدور السياسي في

مجال الدستورية بهذا الاختلاف، وهو الأمر الذي لا يقطع في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري في كثير من الأحيان؛ إذ الخلاف مظنة الشبهة لا اليقين كما هو معلوم، ومن ثم يقف القول بالدور السياسي للقاضي في مناسبات عديدة، عند حد الشبهة التي لا ترقى إلى رتبة اليقين الذي ينفي عن حكم الدستورية قرينة الصحة المفترضة في جانبخ كغيره من أعمال السلطة العامة.

٦.أن الدور السياسي بالمفهوم الفني، وفقًا للمفهوم المعياري، لا يتوافر لعمل القاضي الدستوري، إلا بثبوت انصراف إرادته إلى إحداث ما ترتب على حكم الدستورية من آثار، على غير مقتضى الدستور او ما يفهم حتما من نصوصه، وهو القيد الذي يرتب نتيجتين جوهريتين؛ الأولى: أنه ينفي شبهة الدور السياسي عن العديد من أحكام الدستورية، والثانية: أنه يرتقي بعمل القاضي في حال ثبوت هذا الوصف في جانبه إلى رتبة الانحراف بسلطة الرقابة على الدستورية؛ طالما كان القصد إلى مخالفة الدستور شرطا لتوافر هذا الوصف.

٧.أن الدور السياسي استثناءٌ على الأصل العام في عمل القاضي ذي الطبيعة القانونية، لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، ومن ثم فالأصل في عمل القاضي "القانونية" إلى أن يثبت بالدليل القطعي انصراف إرادة القاضي إلى ترتيب آثار على حكم الدستورية على غير مقتضى الدستور أو ما يفهم حتما من نصوصه.

٨.أن فروض نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، وفقا للمعيار الموضوعي المقترح، ستنحصر في أضيق نطاق لها، قد تصل معه إلى حد الندرة؛ لصعوبة إقامة الدليل على توافر عنصر القصد إلى مخالفة الدستور في جانب القاضي من ناحية، ولصعوبة رد آثار حكم الدستورية إلى غير مقتضى الدستور أو ما يفهم حتما من نصوصه؛ لسعة مفهوم الكتلة

الدستورية، ومن ثم اتساع نطاق "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية من ناحية أخرى.

ثانيا: توصيات البحث:

ثمة توصيات أو مقترحات، نضعها أمام أساتذتنا وزملائنا من فقهاء ومتخصصي القانون الدستوري من المنظرين والمطبقين، علَّها تحُز إقرارًا وتطبيقًا؛ منها:

١. أن أعمال السلطة العامة بثلاثيتها المعلومة؛ تشريعًا وتنفيذًا وقضاءً، داخلة في المعنى العام لمصطلح "سياسي"؛ ردًّا إلى أنها جميعا ليست مقصودة لذاتها، بل لتدبير أمور الجماعة والقيام على مصالحها، أما أعمال كل سلطة داخل النطاق المحجوز لها، فتدخل في المعنى الفني لاختصاصها؛ فالتشريع قانون، والإدارة قرارات أو عقود، والقضاء أحكام، وكل منها يخضع في مباشرته لضوابط وضمانات تتفق مع طبيعة الاختصاص الموكل إلى كل سلطة من الثلاث، وعليه، فإن عمل القاضي الدستوري وهو متفرع عن سلطة القضاء ومجبول على منهجها واستقلاليتها، لا يدخل في مفهوم السياسية "الخاص"، وإن كان داخلا في مفهومها "العام" على النحو سالف البيان.

٢. نهيب بجمهور الفقه الدستوري أن يترجم إقراره لأدوات الرقابة الحديثة؛ كرقابة التناسب، ورقابة الانحراف، ورقابة الإغفال، أن يترجم إقرار هذه الأدوات في الإقرار بتطور مفهوم "قانونية" اختصاص رقابة الدستورية واتساع نطاقه ليسع كثيرا من أعمال القاضي التي لا تحملها القانونية التقليدية، والتي قد توحي للمحدثين من الباحثين بأن ثمَّ دورًا سياسيا لقاضيها.

٣. ينبغي لمتناولي فكرة الدور السياسي للقاضي الدستوري، أن يتخذوا من "قانونية" اختصاص الرقابة على الدستورية، منطلقًا ومردًا في تفسير أعمال القاضي، نزولا على مقتضى قرينة الصحة المفترضة في أعمال السلطة

العامة؛ باعتباره متفرعًا علن سلطة القضاء التي تتفرع بدورها عن السلطة العامة. حتى إذا ما تخلَّف الدليل القاطع على "سياسية" عمله، افتُرضت "قانونيته".

٤. يتعيَّن الحذر في نسبة الدور السياسي إلى عمل القاضي الدستوري، سيما في أوقات الأزمات السياسية والانقسامات الحزبية؛ لما يحدثه ذلك من زعزعة لثقة الجماعة في منصة الدستورية، هذه الثقة التي تعد الضمان الحقيقي لرقابة الدستورية التي هي الضمان الحقيقي لدولة القانون والمؤسسات، فضلا عن إن نهائية أحكام الدستورية وامتناع التعقيب عليها تقلل من عائد التكريس لهذه الفكرة إلا أن ينعكس سلبًا على مكانة المحكمة كما أسلفنا.

٥. ينبغي للقاضي الدستوري الوطني، أن يلتزم نهجًا تقدميًا في تخريج أحكامه دستوريًا، بما يواكب تقدميته في استخلاص معنى الدستور؛ لسد الفجوة بين ما تكرِّس له أدبيات الفقه التقليدي وما يستفاد من أحكامه؛ حتى لا يقع المحدثون من الباحثين في حيرة الجمع أو التوفيق بين التطبيق القضائي والتنظير الفقهي الذي يحمله. فاستخدام اللغة القانونية الفنية أو المعقدة في صياغة أحكام الدستورية في كثير من الأحيان، قد بات يوحي لبعض الباحثين بانضواء أحكام الدستورية على ما يخشى قضاتها إظهاره من دور سياسي، وهو ما لم يكن ليُعتقد فيه لو كانت لغتها من الوضوح بما يقطع الشك والريبة حول مقاصدها.

المصادر والمراجع

القسم الأول: باللغة العربية:

أولاً: المؤلفات العامة:

د. جورجي شفيق ساري:

١. رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري؛ دراسة تحليلية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة:

٢. الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دراسة فقهية مدعمة بأحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

د. محمد صلاح عبد البديع السيد:

٣. الدور السياسي للقاضي الدستوري- دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام ذات الصبغة السياسية: دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

د. محمد محمد عبد اللطيف:

٤. النظام الدستوري للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

د. محمود رضا أبو قمر:

٥. القضاء والواقع السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

ثانيًا: البحوث المتخصصة:

د. برقوق عبد العزيز:

٦. مقاربة في رصد منهج المجلس الدستوري في توسيع الكتلة الدستورية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي برباح ورقلة، الجزائر، العدد التاسع، جوان/يونيو ٢٠١٣.

م. حسام فرحات أبو يوسف:

٧. من قضاء المحكمة العليا الأمريكية في العام القضائي ٢٠٠٧/٢٠٠٨، دون ناشر، دون تاريخ.

د. حسين مقداد:

٨. المدلول السياسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما؛ دراسة تأصيلية مقارنة في النظامين المصري والأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨.

٩. مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري:

١٠. مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري، بحوث ومقالات مختارة، ١٩٥٢.

د. عيد أحمد الحسبان:

١١. قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤٨، أكتوبر ٢٠١١.

د. محمد سعد أبو عامود:

١٢. المحكمة الدستورية والنظام السياسي المصري، المؤتمر الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٨.

م. د. عصام سليمان:

١٣. تفسير الدستور وأثره على المنظومة الدستورية، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المجلد السادس، ٢٠١٢.

محمد محمد عبد اللطيف:

١٤. الرقابة على دستورية قوانين الخصخصة، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٨.

ثالثا: رسائل الدكتوراه:

د. أحمد كمال أبو المجد:

١٥. الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم

المصري(رسالة دكتوراه)، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ١٠٧ وما بعدها.

د. أحمد محمد حسب النبي الشورى:

١٦. الدور السياسي للقضاء الدستوري؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٧.

د. أشرف تامر محمد علي:

١٧. الدور السياسي للقضاء الدستوري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠١١.

د. سليمان محمد الطماوي:

١٨. نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة"، دراسة مقارنة(رسالة دكتوراه)، ط ٣، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.

د. عاطف سالم عبد الرحمن:

١٩. دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٠.

د. عبد العزيز محمد سالمان:

٢٠. رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٤.

د. علي السيد الباز:

٢١. الرقابة على دستورية القوانين؛ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٨.

د. محمد ماهر أبو العينين:

٢٢. الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية في مصر(رسالة دكتوراه)، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

رابعًا: المقالات العلمية:

د. محمود شعراني:

٢٣. حول الدور السياسى للقضاء الدستوري: الحق في التقاضي تصادره السلطة أم يسلبه القاضي؟، مقال منشور بصحيفة "الراكوبة" السودانية، بتاريخ ٢١ مارس ٢٠١٤م.

د. معتز القرقوري:

٢٤. في امتداد اختصاص القاضي الدستوري عند التعهد بمراقبة دستورية مشاريع القوانين (الرقابة السابقة)، مقال منشور بجريدة المغرب "الإلكترونية"، بتاريخ ١٣ أكتوبر ٢٠١٧.

القسم الثاني: باللغة الانجليزية:

أولاً: المؤلفات العامة:

Albert Venn Dicey:

1. Introduction to the study of the law of the constitution, Reprint. Originally published: 8th edition, Macmillan, London, England.

Amitai Etzioni:

2. What is political?, No Publisher, No Date.

Blerton Sinani:

3. A Critical-Legal Overview of the Concept of Constitution as the Highest Legal-Political Act of the State in the Light of Constitutional-Juridical Doctrine, Faculty of Law of the South East European University, Republic of Macedonia, No Date.

Brandon J. Murrill:

4. Modes of Constitutional Interpretation, Cong-ressional Research Service, United States of America, March 2018.

Carl Schmitt:

5. the Concept of the Political, the University of Chicago Press, Chicago and London, United States of America, 1997.

Christopher E. Smith:

6. The Impact of New Justices: The U.S. Supreme Court and Criminal Justice Policy, No Publisher, No Date.

David A. Strauss:

7. The Living Constitution, Oxford University Press, 2010.

Giuseppe Albanese & Marco M. Sorge:

8. The Role of the Judiciary in the Public Decision Making Process, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, Germany, 2010.

Judge Glock:

9. Unpacking the Supreme Court: Judicial Retirement and the Road to the 1937 Court Battle, No Publisher, March 2017.

Mauro Zamboni:

10. 'Markers' vs. 'Makers': Are Constitutional Courts Legal or Political Actors?, University of Groningen, Netherlands, Holland, No Date.

Michael Hein:

11. Constitutional Conflicts between Politics and Law in Transition Societies: A Systems-Theoretical Approach, Studies of Transition States and Societies (STSS), vol. 3, Issue 1, No Date.

Michael J. Perry:

12. The Constitution in the Courts: Law or Politics?, Oxford University Press (OUP), United Kingdom, 1994.

Michael Kirby:

13. Judicial Activism; Authority, Principle and Policy in the Judicial Method, Published by Sweet & Maxwell Limited, London, England, 2004.

Nathan J. Brown and Julian G. Waller:

14. Constitutional Courts and Political Uncertainty: Constitutional Ruptures and the Rule of Judges, Oxford University Press and New York University School of Law, United States, 2017.

Pablo T. Spiller and Rafael Gely:

15. Strategic Judicial Decision Making, NBER working paper series, Working Paper No. 13321, National Bureau of Economic Research, Cambridge, England, August 2007.

Paolo Passaglia:

16. Rights-Based Constitutional Review in Italy, Report held at the Society of Legal Scholars Annual Seminar 2013, held in Dublin on 2 and 3 July 2013, Consulta Online.

Pasquale Pasquino:

17. The New Constitutional Adjudication in France; The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model, Centre de Théorie et Analyse du Droit - Paris EHESS, No Date.

Pasquale Pasquino:

18. The New Constitutional Adjudication in France; The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model, Centre de Théorie et Analyse du Droit - Paris EHESS, No

Date.
Ran Hirschl:
19. From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies, Oxford University Press and New York University School of Law, Volume 11, 2013.
Robert Badinter:
20. The Nature and Function of Judicial Review, No Publisher, No Date.
Xavier Philippe:
21. Constitutional Review in France: The Extended Role of the Conseil Constitutional Through the New Priority Preliminary Rulings Procedure (QPC), University Paul Cézanne (Aix-Marseille III), No Date.

ثانيا: البحوث المتخصصة(المجلات والدوريات العلمية):

Alvin B. Rubin:
22. Judicial Review in the United States, Louisiana Law Review, the LSU Law Center, Louisiana State University, Volume 40, Number 1, U.S.A, 1979.

Amanda L. Tyler:
23. Setting the Supreme Court's Agenda: Is There a Place for Certification?, The George Washington Law Review, Vol. 78:1310, U.S.A, 2010.

Barry Friedman:
24. The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 90, New York University School of Law, (or) University of Cincinnati Law Review (United States), Vol. 72, 2004.

Barry Friedman:
25. The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review, University of Cincinnati Law Review, Vol. 72, New York University School of Law, Unites State of America, 2004.

Benjamin N. Cardozo:
26. the Nature of the Judicial Process, Lecture I; Introduction. The Method of Philosophy, Journal of Law, Volume 1, Issue 1, the Green Bag, Inc, 2011.

Bui Ngoc Son:
27. Globalization of Constitutional Identity, Washington International Law Journal Association, Vol. 26, No. 3, U.S.A, 2017.

Carol S. Steiker & Jordan M. Steiker:

28. Miller v. Alabama: Is Death (Still) Different?, OHIO State Journal of Criminal Law, Vol 11:1, United States, 2013.

Catherine L. Langford:

29. The Living Constitution: Origins and Rhetorical Implications of the Constitution as Agent, Communication Law Review, Volume 15, Issue 1, No Date.

Charles E. Clark:

30. The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition, Yale Law Journal, vol. 71: 255, Faculty Scholarship Series, Yale Law School, USA, 1961.

Cindy G. Buys:

31. Burying Our Constitution in the Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation, Brigham Young University Journal of Public Law, Volume 21, United States, No Date.

Daniel A. Farber:

32. Legal Pragmatism and the Constitution, Minnesota Law Review, University of Minnesota Law School (United States), Vol. 72, 1987.

David A. Strauss:

33. Do We Have a Living Constitution?, Law School Journal, University of Chicago, United States, 2011.

Dieter Grimm:

34. Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: between law and politics, National University of Juridical Sciences Law Review(NUJS), Vol. 15, Kolkata, West Bengal, India, 2011.

Edmund Ursin:

35. How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly, and Roger Traynor on Judicial Lawmaking, Buffalo Law Review, Vol. 57, USA, 2009.

Frank B. Cross:

36. The Ideology of Supreme Court Opinions and Citations, Iowa Law Review, University of Iowa College of Law, Vol. 97, United States, 2012.

Frank B. Cross:

37. The Ideology of Supreme Court Opinions and Citations, Iowa Law Review, Vol. 97, University of Iowa College of Law, U.S.A, 2012.

Gustavo Femandes de Andrad:

38. Comparative Constitutional Law: Judicial Review, Journal of Constitutional Law (United States), Vol. 3:3, May 2001.

Harvey Gee:

39. Eighth Amendment Challenges After Baze v. Rees: Lethal Injection, Civil Rights Lawsuits, and the Death Penalty, Boston College Third World Law Journal, Vol. 31:217, United States, 2011.

Jack M. Balkin:

40. Bush v. Goreand the Boundary Between Law and Politics, The Yale Law Journal, The Yale Law Journal Company, Inc. (United States), Vol. 110, may 2001.

Jack M. Balkin:

41. What Brown teaches us about Constitutional Theory?, Virginia Law Review, The Virginia Law Review Association(United States), Vol. 90, Number 6,October 2004.

Jessica Conser:

42. Achievement of Judicial Effectiveness through Limits on Judicial Independence: A Comparative Approach, north Carolina journal of international law and commercial regulation, Volume 31, Number 1, Article 5, Fall 2005.

John Ferejohn:

43. Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence, Southern California Law Review, Vol. 72, U.S.A, 1999.

Lee Epstein and Others:

44. the Supreme Court as a Strategic National Policymaker, Emory Law Journal, Vol. 50, Emory University School of Law, Georgia, USA, 2001.

Malcolm Langford:

45. Why Judicial Review?, Oslo Law Review, Issue 1, 2015.

Martin A. Rogoff:

46. A Comparison of Constitutionalism in France and the United States, Maine Law Review, University of Maine School of Law, Vol. 49: 21, United States, 1997.

Michael E. Solimine:

47. the Fall and Rise of Specialized Federal Constitutional Courts, Journal of Constitutional Law, Vol. 17:1, U.S.A, No Date.

Michael J. Klarman:

48. Bush v. Gore through the Lens of Constitutional History, California Law Review (United States), Vol. 89, Issue 6, Article 2, December 2001.

Miro Cerar:
49. The Relationship Between Law and Politics, Annual Survey of International & Comparative Law, Volume 15, Issue 1, Article 3, 2009.

Oliver Wendell Holmes, Jr.:
50. The Path of the Law, Harvard Law Review, Vol. 10, 1897.

Pamela S. Karlan:
51. What Can Brown Do For You?: Neutral Principles and the Struggle Over the Equal Protection Clause, Duke Law Journal, Duke University School of Law(United States), Vol. 58, 2009.

R. Randall Kelso:
52. Separation of Powers Doctrine on the Modern Supreme Court and Four Doctrinal Approaches to Judicial Decision-Making, Pepperdine Law Review, Volume 20, Issue 2, Article 6, United States, 1993.

Richard Hodder-Williams:
53. Six Notions of 'Political' and the United States Supreme Court, British Journal of Political Science, Vol. 22, No. 1, Cambridge University Press, United Kingdom, Jan., 1992.

Richard S. Kay:
54. Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation, Northwestern University Law Review, Vol. 103, No. 2, United States, 2009.

Robert C. Post:
55. Theories of Constitutional Interpretation, Faculty Scholarship Series, Paper 209, Yale Law School, Yale Law School Legal Scholarship Repository, United States,1990.

Robert P. George:
56. Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review, Fordham Law Review, Fordham University School of Law, Volume 69, Issue 6, Article 1, United States of America, 2001.

Sarang Vijay Damle:
57. Specialize the Judge, Not the Court: a Lesson from the German Constitutional Court, Virginia Law Review, Vol. 91, U.S.A, 2005.

Tabatha Abu El-Haj:
58. Linking the Questions: Judicial Supremacy as a Matter of Constitutional Interpretation, Washington University Law Review, Volume 89, Issue 6, 2012.

Thomas E. Kellogg:
59. Constitutionalism with Chinese Characteristics? Constitutional

Development and Civil Litigation in China, Oxford University Press and New York University School of Law, Volume 7: 215, Number 2, 2009.

Thomas Kleinlein:

60. Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law, Nordic Journal of International Law, Vol. 81, Germany, 2012.

Veit Bader:

61. Parliamentary Supremacy versus Judicial Supremacy, How Can Adversarial Judicial, Public, and Political Dialogue be Institutionalised?, Utrecht Law Review, Utrecht University School of Law, Volume 12, Issue 1, Utrecht, Holland, 2016.

Vicki C. Jackson:

62. Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors, Fordham Law Review, Volume 75, Issue 2, Article 21, Harvard University's DASH Repository, England, 2006.

ثالثًا: رسائل الدكتوراه:

V. R. Jayadevan:

63. Judicial Creativity in Constitutional Interpretation, thesis submitted to the cochin university of science and technology for the award of the degree of doctor of philosophy, school of legal studies, cochin university of science and technology, Kerala, India, 1999.

رابعًا: الأوراق البحثية والتقارير العلمية:

Attila Vincze:

64. What Role for Constitutional Courts in a Multi-Level Constitutionalism?, Contribution Delivered at the International Workshop on Human Rights Enforcement Mechanisms held at the ELTE University, Budapest, November 24-25th.

Bjørn Erik Rasch:

65. Foundations of Constitutional Stability: Veto Points, Qualified Majorities, and Agenda-Setting Rules in Amendment Procedures, Paper for presentation at the ECPR Joint Sessions of Workshops Rennes, France, April 11-16, 2008.

Commission to Promote Public Confidence in Judicial Elections:

66. "Without public confidence, the judicial branch could not function", Final Report to the Chief Judge of the State of New York, New York, USA, 2003.

Eivind Smith:

67. Constitutional Courts as "Positive Legislators"–Norway, International Academy of Comparative Law, XVIII International Congress of Comparative law, Washington, D.C., July 25-31, 2010.

Pavlos Eleftheriadis:

68. The Constitution as Higher Law, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 04, United Kingdom, 2008.

Rosalind Dixon:

69. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective, Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 347, May 2011.
70. Updating Constitutional Rules, the University of Chicago Press, U.S.A, 2010.

Thomas C. Grey:

71. Judicial Review and Legal Pragmatism, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Stanford Law School (United States), Research Paper No. 52, 2003.

Wilson C. Freeman:

72. Marbury v. Madison Returns! The Supreme Court Considers the Scope of "Judicial" Power, Legislative Attorney, Congressio-nal Research Service, Paper for Members and Committees of Congress, January 16, United States, 2018.

القسم الثالث: باللغة الفرنسية:

أولا: رسائل الدكتوراه والماجستير:

73. Brahim Dalil: Le Droit Administratif Face au Principe de la Sécurité Juridique, Thèse de Doctorat en Droit, Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense, France, 2015:

Martin Nadeau:

74. Perspectives pour un Principe de Sécurité Juridique en Droit Canadien: les Pistes du Droit Européen, Mémoire de Maîtrise, Université de Sherbrooke, Non Publié, Quebec, Canada, 2009:

ثانيًا: الأوراق البحثية والتقارير العلمية:

Anne-Laure Valembois:

75. La Constitutionnalisation de L'exigence de Sécurité Juridique en Droit Français, Cahiers du Conseil Constitutionnel, N° 17, Prix de Thèse, France, Mars 2005.

Denise Teixeira d'Oliveira:

76. Le Contrôle Juridictionnel des Omissions Législatives

Inconstitutionnelles au Brésil: Voie de Démocratie Continue, Instrument in achevé de Contre-Pouvoir?, IXe Congres Français de Droit Constitutionnel, AFDC, Lyon, France, Jun 2014:

M. Olivier Dutheillet de Lamothe:

77. La Sécurité Juridique; Le point de Vue du Juge Constitutionnel, exposé fait à L'Occasion de L'Accueil de Hauts Magistrats Brésiliens, le 20 Septembre 2005, France.

Michel Melchior et Claude Courtoy:

78. L'Omission Législative dans la Jurisprudence Constitutionnelle, Rapport établi pour la Cour Constitutionnelle de Belgique, 4 décembre 2007.