بحث

" البناء الوجدانى لأحكام جهة القضاء الدستورى"

إعداد

د. شعبان أحمد عبد الستار محمد بخيت

القاضى بمجلس الدولة المصرى

مدرس القانون العام المساعد سابقا

بكلية الحقوق جامعة أسيوط.

Prepared by

Shaban Ahmed Abdel Sattar Muhammad Bakhit

Judge at the State Council

of Former Assistant Lecturer of Public Law at the Facult

Law, Assiut University.

Doctorate in Public Law from Assiut University in 2023

البناء الوجدانى لأحكام جهة القضاء الدستورى

يعد الحكم الدستورى من أهم الموضوعات التى لم تحظ باهتمام الفقه الدستورى ، حتى يستظهر عملية صناعته و أوجه الخصوصية التى يتمتع بها فى هذا الشأن ، سواء فى مداولة قضاة المحكمة حوله أو فى إجراءات إصداره وأساليب هذا الإصدار، معتقدين أن بحث صناعة الحكم الدستورى يدخل فى إطار النظرية العامة للأحكام القضائية ، فتركوا تلك المهمة لفقه المرافعات ، وفى المقابل نجد فقه المرافعات يعتقد أن تلك المسألة تدخل فى إطار القانون الدستورى، فتركوها لفقه القانون الدستورى ، وبين هذا وذاك يجد الحكم الدستورى نقص فى الدراسات التأصيلية الفقهية لصناعته.

والحكم الدستورى . شأنه شأن أى حكم قضائى . يمر بمرحلة بناء وجدانى يتشكل فيها وجدان قاضي الدستورية، وتتكون عقيدته، ثم يفرغ هذه العقيدة في الأوراق فى شكل ونمط محدد، وبيانات يلزم إيرادها، وأسلوب صياغة محكمة، وأسباب متسلسلة مرتبة تنتهي بمنطوق يقوم عليها ولا يتعارض معها ، وهو ما يعنى أن تحرير أحكام القضاء الدستورى يمر بعمليتى بناء وجدانى ومادى ، الأولى يقصد بها تكوين القاضى الدستورى عقيدته ، والثانية يظهر فيها القاضى الدستورى تلك العقيدة للعلن في دعامة مادية ، تتمتع بحجية مطلقة ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة ، وهى حكمه الصادر في الدعوى.

وفيما يتعلق بالبناء الوجدانى للحكم الدستورى يثور التساؤل عن كيفيته؟ أى كيف تتكون عقيدة القاضي الدستوري؟ هل دوره يقتصر على المطابقة الحرفية بين النصوص الدستورية والقانونية ؟ أم هناك اعتبارات أخرى تؤثر فى عقيدته؟ كالإعتبارات العملية والسياسية والإقتصادية والإجتماعية فضلا عن الدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن ، ناهيك عن آراء قضاة المحكمة وخبرتهم وتوجهاتهم الفكرية التى لا تخلو من تأثير على تكوين عقيدتهم ، وبعبارة آخرى هل العدالة الدستورية معصوبة العينين كما هو الحال فى العدالة المدنية والجنائية؟ أم أن تلك القاعدة تتراجع قليلا أمام القضاء الدستورى؟ لا شك أن الإجابة عن تلك الأسئلة ليست بالمسألة اليسيرة فالأمر لا يتعلق هنا بوقائع وأوراق يستخلص من خلالها القاضي

عقيدته، وإنما الأمر يتعلق بدولة لها أيديولوجية محددة ودستور يجري بهذه الأيديولوجية، ونص تشريعي أو لائحي متهم بخرقه لهذه الأيديولوجية أو بخرقه النظرية المتكاملة التي تربط بين نصوص الدستور، كما تلقى النصوص الدستورية التى تباشر الرقابة الدستورية على أساسها بظلالها فى هذا الشأن "إذ يقع بعضها على الحدود الفاصلة بين عالم القانون وعالم السياسة"([1]) ، ستحاول الدراسة الإجابة عن هذا التساؤل بالعرض التحليلى للمسائل فائتة البيان على أن تردفها بوجهة نظرها.

إشكالية البحث.

تتمثل الإشكالية الرئيسة فى هذا البحث فى تساؤلات ثلاثة (أولها) كيف يكون القاضى الدستورى عقيدته فى المسألة الدستورية المعروضة عليه ؟ هل يقتصر دوره على المطابقة الحرفية بين النصوص الدستورية والقانونية توصلا للقول بخرق الثانية للأولى ؟ و(ثانيها) مدى إمكانية تكوين القاضى الدستورى عقيدته بناء على معطيات قانونية غير وطنية كالدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن؟ ومدى تأثير ذلك على السيادة الوطنية حال جوازه؟ و(ثالثها) هل هناك اعتبارات أخرى تؤثر فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى؟ كالإعتبارات العملية والسياسية والإقتصادية والإجتماعية فضلا عن آراء قضاة المحكمة وخبرتهم وتوجهاتهم الفكرية ناهيك عن الرأى العام ومدى تقبله لأحكام المحكمة.

أهمية البحث:

لا شك أن لموضوع تكوين عقيدة القاضى الدستورى أهمية بادية غير خافية ، فهو ذو تأثير مباشر على النتيجة التى سينتهى إليها ويعلنها بأسباب حكمه ومنطوقه الملزم للكافة ولجميع سلطات الدولة، ولم ينل هذا الموضوع نصيبه من التحليل الفقهى فى ظل أحجام فقه المرافعات عن التصدى بالكتابة والتحليل والتأصيل للتنظيم الإجرائى لجهة الرقابة الدستورية، معتقدين أن ذلك يدخل في مهمة فقه القانون العام وخاصة الدستورى منه ، رغم أن المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية شائها شأن سائر الجهات القضائية بالدولة وأن اختلفت مهمتها، وفى الناحية

[1]) المستشار الدكتور:عبد العزيز محمد سالمان ، أسلوب وإجراءات إصدار الحكم الدستورى ، مقال منشور بمجلة الدستورية ، العدد الثامن والعشرون، أبريل ٢٠٢١م.

الأخرى نجد فقه القانون العام يحجم هو الآخر . إلا ما ندر . عن التأصيل والتحليل للتنظيم الإجرائى للمحكمة الدستورية العليا، معتقدين أن المسألة تدخل فى إطار القانون الإجرائى كون قانون المحكمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م أحال لقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، فضلا عن أن جل ما كتب في الرقابة الدستورية كان منصبا عليها في ذاتها من حيث ضوابطها وآثارها، أما التعرض للتنظيم الاجرائى لها فكان من الندرة بمكان، وبين هذا وذاك يجد التنظيم الإجرائى لجهة القضاء الدستورى بصفة عامة وصناعة الحكم الدستورى بصفة خاصة نقص فى الدراسات التأصيلية الفقهية ، وهنا تلقى الدراسة حجر فى تلك المياه الراكدة.

منهج البحث:

لكل دراسة طبيعتها الذاتية التى تميزها عن غيرها من الدراسات، وفى ضوء هذه الحقيقة فإن المنهج المستخدم فى البحث يتباين من دراسة لأخرى، وقد أعتمدت الدراسة الماثلة على المنهج التحليلى، حيث قامت الدراسة بشكل كبير بتحليل أحكام المحكمة الدستورية العليا من خلال القراءة المتعمقة لها بهدف الكشف عن الدلالات والمعانى التى تحملها، ومحاولة التوصل إلى معرفة خلفياتها وأبعادها والتى قد تكون مضمرة غير معبر عنها صراحة.

رابعا: خطة البحث:

أشتمل البحث الماثل على مقدمة، ومطلبين، على النحو التالى:

المطلب الأول : تكوين القاضى الدستورى عقيدته بناء على قاعدة قانونية .

الفرع الأول : تكوين القاضى الدستوري عقيدته بناء على قاعدة قانونية وطنية.

الفرع الثانى:تكوين القاضى الدستورى عقيدته بناء على قاعدة قانونية غير وطنية (الدساتير الأجنبية وأحكام القضاء الدستورى الأجنبى).

المطلب الثانى : الاعتبارات الأخرى المؤثرة فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى.

الفرع الأول: تأثير الإعتبارات العملية فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى.

الفرع الثانى : تأثير الإعتبارات السياسية فى تكوين عقيدة قضاة الدستورية.

الفرع الثالث: تأثير خبرة وثقافة وآراء قضاة الدستورية في توجهاتهم القضائية وبالتبعية في عقيدتهم.

الفرع الرابع : تأثير الرأى العام فى تكوين عقيدة قضاة الدستورية.

الخاتمة :

المطلب الأول

تكوين القاضى الدستورى عقيدته بناء على قاعدة قانونية.

لا شك أن القاضى الدستورى مهمته قانونية بالدرجة الأولى ، مقتضاها المقابلة الحرفية بين النص التشريعى الطعين والنص الدستورى المطالب بتطبيقه، توصلا إلى القول بإتفاقهما أو تعارضهما ، ومتى وجد القاضى الدستورى أن النصوص المطالب بتطبيقها غامضة فأنه يحاول الكشف عن إرادة واضعيها باللجوء للأعمال التحضيرية والتطور التاريخى لها ، ومتى وجد تعارض بين النصوص القانونية المتساوية القيمة ، حاول التوفيق بينها بإعتبارها متكاملة مترابطة ، ومتى وجد أن الدستور جاء خلوا من تنظيم المسألة المثارة أمامه ، لجأ إلى التفسير الموسع لنصوص الدستور ، بإعتبار أن بعض الحقوق المنصوص عليها دستوريا ترشح لحقوق أخرى لم يرد النص عليها صراحة ، ولكن قد تعرض على القاضى الدستورى مسألة شائكة من الخطورة بمكان ينجم عن فصله فيها تأثير عميق فى الأوضاع السياسية والإقتصادية والإجتماعية بالبلاد ، ويفأجى بعدم معالجة الدستور لها أو أن معالجته لها قاصرة غير واضحة التخوم والمعالم ، لن تسعفه فى الفصل فى المسألة المعروضة ، وهنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية أن يمد القاضى الدستورى عينيه خارج حدود البلاد بالإطلاع على كيفية معالجة الدساتير الأجنبية لتلك المسألة الدستورية ، وكيف تصدى لها نظرائه بالمحاكم الدستورية فى البلاد الأخرى؟ تمهيدا لتكوين عقيدته فى المسألة المعروضة عليه ، ومن ثم فصله فيها بحكم ملزم للكافة ولجميع سلطات الدولة ، ستعرض الدراسة تباعا لتلك المسائل والتساؤلات مار ذكرها.

الفرع الأول

تكوين القاضى الدستوري عقيدته بناء على قاعدة قانونية وطنية.

لا شك أن الرقابة الدستورية فى أصلها رقابة قانونية ، والقاضى الدستورى فى النهاية وهو رجل قانون ، فيسيطر الجانب القانونى على تكوين عقيدته أثناء نظر المسائل الدستورية المعروضة عليه ، فيتولى تحديد معنى النص القانونى الطعين ومعنى النص الدستورى المطالب بتطبيقه ، ويجرى مطابقة بينهم ، توصلا للقول باتفاقهم أو تعارضهم ، فالوجه البسيط للرقابة على دستورية القوانين ، هو أنه إذا ما طرح على القاضى الدستورى نزاع بين نص قانونى وآخر دستورى ، فعليه الأعتداد بالنص الأعلى وهو الدستور ، وإهدار النص الأدنى وهو النص القانونى ، وهو ما عبرت عنه المحكمة العليا الأمريكية في قضية بتلر عام ١٩٣٦م ، بقولها " أن مهمة القاضى في غاية البساطة ، وتتلخص في أنه إذا طعن أمام المحكمة بأن قانونا غير مطابق للدستور ، فعلى السلطة القضائية واجب واحد هو مقارنة النصين والحكم بما إذا كان ثمة تعارض أم لا".([1])

والقاضى الدستورى فى قيامه بهذه المهمة يهتدى بالمعنى الواضح للنصوص . دستورية أم قانونية . محل الدعوى المعروضة عليه ، دون خروج عليها بدعوى تفسيرها ، وهو ما يستفاد من قول المحكمة الدستورية العليا " إذا كان النص القانونى واضحا جلي المعنى ، قاطعا فى الدلالة على المراد منه ، فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى تفسيره ، ذلك أن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه ، مما يكون معه القاضى مضطرا فى سبيل تعرف الحكم الصحيح إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه ، ذلك أن

---

[1]) Burdeau (G), Traite de science Politique , TIV, paris 1969, p. 488 ، نقلا عن د. وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا أحكامها ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة الثانية والثلاثين ، أكتوبر . ديسمبر ، ١٩٨٨م ، ص٣٠

الأحكام القانونية تدور مع علتها ، لا مع حكمتها ، ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وضوح النص".([1])

ولكن مقارنة النص القانونى بالنص الدستورى تتجاوز غالبا تلك النظرة السطحية للرقابة الدستورية ، فلو كان تدخل القاضى الدستورى مقصورا على تلك المقارنة بين نصين واضحى المعنى فإن تدخله لن يجدى شيئا ، فالواقع العملى ليس بهذه السهولة ، فهناك حالات يطلب من القاضى الدستورى الفصل في مدى دستورية نصوص قانونية ، ويجد القاضى أن المشرع العادى من الذكاء بمكان فلم يضمن تشريعه مخالفة صريحة لنصوص الدستور ، فيكون القاضى الدستورى بصدد مخالفة دستورية مقنعة ، تلك المخالفة هي الأكثر أهمية وخطورة في مجال الرقابة على دستورية القوانين من المخالفة الصريحة ، وتقتضى بذل القاضى الدستورى مجهود أكبر بالتعمق في تفسير النصوص الدستورية والقانونية، كى يتسنى له إماطة اللثام عن تلك المخالفة ، وقوفا على تخومها ، ثم قمعها بحكمه الصادر بعدم دستوريتها.

وقد يجد القاضى الدستورى النص المطالب بتطبيقه غامضا ، فهنا يضع القاضى نفسه مكان واضعى الدستور ، محددا نواياهم من النصوص المزمع تطبيقها على النزاع ، توصلا إلى مراميها ، ويضع نفسه أيضا مكان واضعى النصوص التشريعية الطيعنة ، وقوفا على نواياهم من إقرارها، توصلا إلى آثارها وأصدائها ، ليفصل في المسألة الدستورية المثارة بحكم ملزم ، فالقاضى الدستورى ليس مدعو هنا ليمارس دوره الطبيعى لتفسير نص غامض أو مبهم ، بل أنه مدعو لتقمص دور العراف أى تقمص شخصية واضعى الدستور الراقدون تحت الثرى ([2]) ، ووسيلة القاضى الدستورى فى تحرى إرادة واضعى النصوص المطالب بتطبيقها هى اللجوء إلى الأعمال التحضيرية لها وتطورها التاريخى ، وهو ما يستفاد من قول المحكمة" المحكمة الدستورية العليا فى مجال تحديدها مدلول النص التشريعى محل التفسير ، تلجأ إلى تحرى إرادة

---

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٦/١/٢م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثالث ، ص ٢٠٩٥.

[2]) د. وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا أحكامها ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، مرجع سابق ، ص ٣٥.

المشرع كشفا عن مقصده منها ، والذى يفترض أن يكون ذلك النص معبرا عنه ، وتستعين المحكمة فى سبيل الوصول إلى هذه الغاية بالتطور التشريعى للنص المطلوب تفسيره ، وكذا بأعماله التحضيرية الممهدة له ، ويبين من أستقصاء التطور التشريعى للنص محل التفسير أنه كان يجرى فى أصل النص الوارد بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢م فى شأن مجلس الشعب على أن.....".([1])

وبالنظر فى أحكام المحكمة الدستورية العليا نجدها أستعانت بالأعمال التحضيرية للدستور فى أكثر من موضع ، ومن الأمثلة على ذلك تحديد مضمون المادة السادسة من دستور ١٩٢٣م ، بقولها " الدستور الصادر سنة ١٩٧١م إذ ردد فى المادة (٦٦) منه عبارة "بناء على قانون" الواردة فى المادة السادسة من دستور سنة ١٩٢٣م ، والذى أفصحت أعماله التحضيرية عن أن المقصود بها توكيد ما جرى عليه العمل فى التشريع من أن يتضمن القانون ذاته تفويضا إلى السلطة المكلفة بسن لوائح التنفيذ فى تحديد الجرائم وتقرير العقوبات .....، وذلك فى حين استعمل هذا الدستور ذاته عبارة مغايره فى نصوص أخرى اشترط فيها أن يتم تحديد أو تنظيم مسائل معينة "بقانون" مثل التأميم فى المادة (٣٥) وإنشاء الضرائب وتعديلها فى المادة (١١٩) ، فإن مؤدى ذلك كله أن المادة (٦٦) من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم أو العقاب،وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفى الحدود وبالشروط التى يعينها القانون الصادر منها ، ولا تعتبر القرارات التى تصدرها الجهة التى عينها المشرع لممارسة هذا الاختصاص من قبيل اللوائح التفويضية المنصوص عليها فى المادة (١٠٨) من الدستور ، ولا تندرج كذلك تحت

[1]) قرار المحكمة الدستورية العليا فى الطلب رقم ١ لسنة ٢٤ قضائية "تفسير تشريعى" بجلسة ٢٠٠٣/٨/١٧م ، والطلب رقم ١ لسنة ٢٦ قضائية "تفسير تشريعى" بجلسة ٢٠٠٤/٣/٧م ، والطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية "تفسير تشريعى" بجلسة ٢٠٠٤/٣/٧م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الرابع ، ص ٣٧٨٦.

اللوائح التنفيذية التى نظمتها المادة (١٤٤) من الدستور ، وإنما مرد الأمر فيها إلى نص المادة (٦٦) من الدستور التى تنطوى تفويض بالتشريع يتناول بعض جوانب التجريم أوالعقاب".([1])

كما رجعت المحكمة الدستورية العليا كثيرا إلى الأعمال التحضيرية للنصوص القانونية الطعينة ، وهو ما يستفاد من قولها " البين من تقرير اللجنة المشتركة من لجنة القوى العاملة وهيئة مكتب اللجنة التشريعية عن مشروع القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦م بشأن النقابات العمالية ، أن الفقرة الأولى من المادة (٣٨) المشار إليها لم تكن واردة أصلا فى المشروع المقدم من الحكومة ، وأن خلافا داخل اللجنة المذكورة قد ثار حول نطاق حق العمال الأعضاء فى نقابة مهنية ، فى أن يكونوا أعضاء بمجلس إدارة المنظمة النقابية العمالية ، وأن الآراء التى قيل بها فى هذا الشأن ترددت بين تقرير هذا الحق على إطلاقه وبين القبول ببعض الحلول التى اعتبرها أصحابها حلولا توفيقية أو واقعية أكثر منها قانونية ". ([2])

وقد يجد القاضى الدستورى أن هناك شبهة تعارض بين النصوص الدستورية ، وهنا على الفور نجد المحكمة تعلن عن سياستها القضائية فى هذا الشأن بأن النصوص الدستورية متكاملة مترابطة معانيها ، تجمعها وحدة عضوية تضم أجزائها ، بقولها " الأصل فى النصوص الدستورية أنها تتكامل مع بعضها ، لتجمعها وحدة عضوية تضم أجزائها ، وتوحد بين قيمها ، فلا تنعزل عن محيطها ، ولا ينظر إلى بعضها استقلالا عن سواها ، بل تتناغم فيما بينها بما يكفل تقابلها وتفاعلها ، لا تعارضها وتهادمها ، وكان الدستور بعد أن كفل حرية التعبير . ويندرج تحتها حرية الأبداع . بالمادتين (٤٧ و٤٩) على التوالى ، أقام إلى جانبهما . وبنص

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩١/٤/٦م ، والدعوى رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩١/٤/٦م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الأول ، ص ٣٥٤.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/٤/١٥م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الأول ، ص ٣٥٨.

المادة (٥٦) . الحرية النقابية ، فقد غدا لازما لأعمال أحكامها جميعا ، بافتراض تواصل أجزائها وتضافر توجهاتها".([1])

فضلا عن ذلك قد يواجه القاضى الدستورى في حالات أخرى بعدم وجود نصوص دستورية صريحة تعالج المسألة الدستورية المثارة أمامه ، فماذا يفعل في تلك الحالة؟ هل يقف مكتوف الأيدى متهما بإنكار العدالة ، أم أن عليه أن يشحذ قريحته ، ويكد ذهنه ، طلبا للحل القانونى العادل المتوازن للمنازعة المثارة أمامه؟ ويدق الأمر بشدة عندما يطلب من القاضى الدستورى الفصل في مدى دستورية نص قانونى معين ، ويتراءى له أن من شأنه العصف بحقوق الأفراد وحرياتهم ، إلا أنه واقعا في إطار السطلة التقديرية للمشرع التي تخرج عن رقابته الدستورية ، فضلا عن عدم انطوائه على مخالفة لنص صريح من الدستور ، فهنا على القاضى أن يبتدع الحلول لمواجهة هذا الفرض، حلول متفقة مع الظروف الجديدة أوغير المتوقعة من واضعى تلك النصوص الدستورية.

وبالرجوع للتنظيم الإجرائى للمحكمة الدستورية العليا ، نجد أنه خلى من أية نص يسعفنا فى هذا المقام ، وبالرجوع لمسلك المحكمة الدستورية العليا نجد أنها ابتدعت الحلول للخروج من هذا المأزق ، إنحازت فيها لصالح حماية حقوق الأفراد وحرياتهم ، فنجد المحكمة تعمد إلى التفسير الموسع للنصوص الدستورية بما يحقق مزيد من الضمانات لحقوق الأفراد وحرياتهم ، والتطبيقات العملية لذلك المسلك غزيرة جدا فى قضاء المحكمة، فتعرضت المحكمة لبحث مسألة مدى دستورية رجعية القانون الأصلح للمتهم ، فى ظل خلو الدستور من نص يقر الأثر الرجعى لتلك القوانين الأصلح ، وهنا خرجت المحكمة من هذا المأزق بالتفسير الموسع للنص الدستورى الذى يقرر أن الحرية الشخصة مصونة لا تمس ، بقولها " لئن كان الدستور لا يتضمن بين أحكامه مبدأ رجعية القوانين الأصلح للمتهم ، إلا أن القاعدة التى يرتكز عليها هذا المبدأ تفرضها المادة (٤١) من الدستور التى تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعى وأنها

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/١/٤م ، وفى ذات المعنى حكمها فى الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٤/٦م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١٣٨٧.

مصونة لا تمس ، ذلك أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وما أتصل به من عدم جواز تقرير رجعية النصوص العقابية ، غايته حماية الحرية الفردية وصونها من العدوان عليها فى إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية ، وما يعتبر لازما لحماية مصلحة الجماعة والتحوط لنظامها العام من ناحية أخرى ، وفى إطار هذه الموازنة وعلى ضوئها ، تكون رجعية القوانين الأصلح للمتهم ضرورة حتمية تقتضيها الحرية الفردية بما يرد عنها كل قيد غدا تقريره مفتقرا إلى أية مصلحة اجتماعية ، ويتحقق ذلك بوجه خاص حين ينتقل القانون الجديد بالفعل كلية من منطقة التجريم إلى دائرة الإباحة ، وهى الأصل مقررا أن ما كان مؤثما لم يعد كذلك ، وأن الفلسفة التى كان القانون القديم ينطلق منها ويعاقب على كل فعل يناقضها قد أسقطتها فلسفة جديدة اعتنقتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها ، بما مؤداه انتفاء الضرورة الإجتماعية الكامنة وراء إنفاذ أحكامه ، وحمل المخاطبين على الرضوخ لها ، ويتعين بالتالى . وكلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم . أن ترد إلى أصحابها الحرية التى كان القانون القديم ينال منها ، وأن يرتد هذا القانون على عقبيه إعلاء لقيم القانون الجديد ". (١)

وفى السياق ذاته قضت المحكمة بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٣م ، فيما تضمنته من سريان العقوبات الإنضباطية بأثر رجعى ، رغم خلو دستور ١٩٧١م من نص يحظر تطبيق العقوبات الانضباطية بأثر رجعى ، ولكن استندت المحكمة فى حيثيات حكمها على تفسير واسع لبعض نصوص الدستور واستنبطت منها مبدأ قانونيا عاما لا يجوز بمقتضاه للمشرع أن يقرر سريان عقوبة تأديبية بأثر رجعى ، فاستندت لنص المادة الأولى من الدستور التى تقرر أن نظام الحكم الديمقراطى ، ونص المادة الثانية التى تقرر أن السيادة للشعب ، ونص المادة (٦٥) التى تقرر خضوع الدولة للقانون ، بقولها" أنه فى مجال حقوق المواطن وحرياته الأساسية ، فإن مضمون القاعدة القانونية التى تسمو فى الدولة القانونية عليها ، وتتقيد هى بها ، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التى إلتزمتها الدول الديمقراطية بإطراد فى مجتمعاتها ، وأستقر العمل بالتالى على إنتاجها فى مظاهر سلوكها المختلفة ، وفى

---

[١]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٢/١١/٧م الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثانى ص ١٣٢٣.

هذا الإطار وإلتزامها بأبعاده ، لا يجوز للدولة القانونية فى تنظيماتها المختلفة أن تنزل بالحماية التى توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام فى الدول الديمقراطية ، ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها قيودا تكون فى جوهرها أومداها مجافية لتلك التى درج العمل فى النظم الديمقراطية على تطبيقها ، بل إن خضوع الدولة للقانون محددا على ضوء مفهوم ديمقراطى ، مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية ، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة ، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق التى تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى كفلها الدستور فى المادة (٤١) منه واعتبرها من الحقوق الطبيعية التى لا تمس ، من بينها ألا تكون العقوبة الجنائية التى توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة فى ذاتها أو ممعنة فى قسوتها أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة أو متضمنة معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد ، كذلك فإنه مما رأينا فى مفهوم الدولة القانونية على النحو السالف بيانه أن تقرر الدولة سريان عقوبة تأديبية بأثررجعى ، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنبا إداريا مؤخذا عليه بها ، مثلما هو الحال فى الدعوى الراهنة".([1])

وتارة أخرى تأخذ المحكمة بتطبيق موسع لفكرة الدولة القانونية ، وتبنى عليه القول بعدم دستورية النص العقابى المتضمن جزاء لا يتناسب مع الأفعال ، بقولها " مبدأ خضوع الدولة للقانون . محددا على ضوء مفهوم ديمقراطى . يعنى أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها ، وتتقيد هي بها ، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي إلتزمتها الدول الديمقراطية بإضطرد في مجتمعاتها ، وأستقر العمل بإطراد على انتهاجها في مظاهر سلوكها على تباينها ، لضمان ألا تنزل الدولة القانونية بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم ، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية ، ويندرج تحتها ألا يكون الجزاء على أفعالهم . جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبيا أم ماليا . إفراطا ، بل متناسبا معها ومتدرجا

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٢/١/٤م ، الجريدة الرسمية العدد ٤ بتاريخ ١٩٩٢/١/٢٣م.

بقدر خطورتها ، ووطأتها على الصالح العام ، فلا يكون هذا الجزاء إعناتا"([1]) ، فهنا أين النص الدستورى الذي يقضى بوجوب تناسب الجزاء مع الأفعال؟ لا شك أن المحكمة في سبيل تدعيم حقوق الأفراد وحرياتهم اتجهت صوب التفسير الموسع لنصوص الدستور ، في ظل عدم وجود نصوص دستورية صريحة تسعفها في ذلك.

ونفس القول يصدق على مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص عن الفعل الواحد أكثر من مرة، فلا يوجد نص دستورى صريح يقضى بذلك ، ولكن المحكمة أعملت روح الدستور والتفسير الموسع لنصوصه، وهو ما يستفاد من قولها" مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد من المبادئ التي رددتها النظم القانونية على إختلافها ، ويعتبر جزءا من الحقوق الأساسية التي تضمنتها الإتفاقيات الدولية لكل إنسان ويخل إهداره بالحرية الشخصية التي يعتبر صونها من العدوان ضمانة جوهرية لآدمية الفرد وحقه في الحياة ، ذلك أن الجريمة الواحدة لا تزر وزرين ، وبإستيفاء من أرتكبها للعقوبة المقدرة لها ، وهى عقوبة لا يفرضها المشرع جزافا ، وإنما يفرد لكل جريمة العقوبة التي يرتئيها مناسبة لها ، فإن الحق في القصاص يكون قد بلغ غاية الأمر فيه، وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطى ، مؤداه: ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية ، وضمانة أساسية لصون حقوق الأنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة ، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في مادته الحادية والأربعين ، واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا تمس ومن بينها ألا تكون العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٥٣ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٧/١١/٤م ، والدعوى رقم ٣٣٢ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٥/٥/٨م ، والدعوى رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٦/٢/٣م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، المجلد الثالث ، ص ٢٤٤٧.

في ذاتها أو ممعنة في قسوتها أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة ، أو متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد".([1])

كما أن القاضى الدستورى بتفسيره الموسع لنصوص الوثيقة الدستورية ، وتطبيقه روح نصوصها ، ينتهى إلى إعتبار بعض الحقوق المنصوص عليها في الدستور مرشحة لحقوق أخرى ، فتكون الأخيرة مدخلا للأولى ومن توابعها ومفترضاتها ولوازمها ، وتتمتع بالقيمة الدستورية بالتبعية لتمتع الأولى بها ، وهو ما أكدته المحكمة بقولها " ....، فإبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية ، وربطها ببعض ، كثيرا ما ترشح لحقوق لا نص عليها ، ولكن يشى بثبوتها ما يتصل بها من الحقوق التى كفلها الدستور ، والتى تعد مدخلا إليها بوصفها من توابعها أو مفترضاتها أو لوازمها ، وكثيرا ما تفضى فروع بعض المسائل التى نظمتها الوثيقة الدستورية إلى الأصل العام الذى يجمعها ، ويعتبر إطارا محددا لها ، ولا يكون ذلك إلا من خلال فهم أعمق لمراميها وإستقصاء ما وراءها من القيم والمثل العليا التى احتضنها الدستور".([2])

ومن الأمثلة العملية على ذلك ، الحق فى اختيار الزوج ، حيث خلى دستور ١٩٧١م . الصادر فى ظله الحكم المستشهد به . من نص صريح يقرر هذا الحق ، ومع ذلك منحته المحكمة القيمة الدستورية ، من خلال فهمها الأعمق لنصوص الدستور، ومسلكها هذا ما هو إلا تطبيقا لروح الدستور، وهو ما يستفاد من قول المحكمة" حق اختيار الزوج لا يمكن أن يكون منفصلا عن خواص الحياة العائلية أو واقعا وراء حدودها ، إذ يتصل مباشرة بتكوينها ، ولا يعدو إنكاره أن يكون إخلالا بالقيم التى تقوم عليها الحرية المنظمة ، وهو كذلك يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة ، وما يتوخاه من صون الحرية الشخصية بما يحول دون تقييدها بوسائل إجرائية أو وفق قواعد موضوعية لا تلتئم وأحكام الدستور التى تمتد حمايتها كذلك إلى

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٧/٥م والدعوى رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/٨/٥م ، والدعوى رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٣/١/٢م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، المجلد الثانى ، ص ١٩٦٥.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/٣/١٨م ، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ١٤ بتاريخ ١٩٩٥/٤/٦م.

ما يكون من الحقوق متصلا بالحرية الشخصية ، مرتبطا بمكوناتها ، توقيا لإقتحام الدائرة التى تظهر فيها الحياة الشخصية فى صورتها الأكثر تآلفا وتراحما".([1])

وتارة أخرى نجد المحكمة تتخذ من عدم إتفاق الوسائل التى أتخذها المشرع مع الأهداف التى يسعى إليها من إقراره تلك الوسائل ، بموجب النص القانونى الطعين ، باب خلفى لرقابة السلطة التقديرية للمشرع والإفلات مما قيدت به نفسها فى هذا الشأن من عدم إخضاع تلك السلطة للرقابة، فضلا عن التغلب على إشكالية عدم وجود نصوص دستورية صريحة تعالج المسألة الدستورية المثارة ، فتذهب المحكمة إلى القول بإن عدم اتصال الوسائل القانونية بأهدافها يتعارض مع مبدأ خضوع الدولة للقانون والسياسة التشريعية الرشيدة ، رغم أن هذا الحل لم تأت به النصوص الدستورية الصريحة ، بقولها " يتعين أن تقم السياسة التشريعية الرشيدة على عناصر متجانسة ، فإن قامت على تحقيق عناصر متنافرة نجم عن ذلك إفتقاد الصلة بين النصوص ومراميها ، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينهما ، تقديرا بأن الأصل في النصوص التشريعية . في الدولة القانونية . هي إرتباطها عقلا بأهدافها ، بإعتبار أن أى تنظيم تشريعى ليس مقصودا لذاته ، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف ، ومن ثم يتعين دوما إستظهار ما إذا كان النص المطعون فيه يلتزم إطارا منطقيا للدائرة التي يعمل فيها ، كافلا من خلالها تناغم الأغراض التي يستهدفها ، أو متهادما مع مقاصده أو مجاوزا لها ، ومناهضا . بالتالى . لمبدأ خضوع الدولة للقانون المنصوص عليه في المادة (٩٤) من الدستور"([2])، فهنا أين النص الدستورى الذي خالفه النص القانونى الطعين ؟ فلا يوجد نص دستوري يلزم المشرع العادى بالربط بين الوسائل بالمقاصد ؟ لا شك أن المحكمة أعملت تفسيرا موسعا لنصوص الدستور ، وطبقت روح تلك

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٦ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" ، بجلسة ٢٠١١/١/٢م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، ١٩٦٩م . ٢٠١٩م ، المجلد الثانى ، ص ١١٩٣.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٢٧ لسنة ٢٥ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٧/٢/٤م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، المجلد الثانى ، ص ١٦٢٩.

النصوص على المسألة الدستورية المثارة أمامها، توصلا لحل فيها، يرجح كفة حقوق الأفراد وحرياتهم على كفة السلطة التقديرية للمشرع.

كما أن المحكمة إنحيازا منها لحقوق الأفراد وحرياتهم ، وفى ظل عدم وجود نصوص دستورية صريحة تعالج المسألة الدستورية المثارة أمامها ، تتخذ من حلول تبتدعها باب خلفى للولوج إلى رقابة الملائمة السياسية للتشريع وبواعثه ، رغم إقرارها صراحة عدم خضوع تلك الملائمة للرقابة الدستورية ، فنجدها تتخذ من الضوابط والقيود التى جاء بها الدستور مدخلا لتلك الرقابة ، وهو ما يستفاد من قولها" الأصل فى سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ، والرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها ، إلا أن هذا لا يعنى إطلاق هذه السلطة فى سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور ، هذا فضلا عن أن تنظيم المشرع لحق الملكية فى إطار وظيفتها الإجتماعية ينبغى ألا يعصف بهذا الحق أو يؤثر على بقائه"(١)،وهو ما أكدته فى حكم آخر بقولها " لا تمنع الملاءمات السياسية من إخضاع القوانين للرقابة الدستورية إذا تعرضت لأمور نظمها الدستور ، ووضع لها ضوابط محددة ، والقول بأن القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤م والقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤م ، قد تضمنا تعويض الخاضعين للحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم ، وأن تقدير هذا التعويض يعد من الملاءمات السياسية التى يستقل بها المشرع ، لا يحول دون إخضاع هذين التشريعين للرقابة الدستورية ، لأن كل منهما قد تعرض للملكية الخاصة التى صانها الدستور ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة"(٢)، وهنا يثور التساؤل عن النص الدستورى الصريح الذى يعفى المحكمة من رقابة الملاءمة السياسية للتشريع وبواعثه ؟ ثم أين

---

١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٨٧/٥/١٦م والدعوى رقم ٦٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٨٥/٢/٢م ، والدعوى رقم ٥ لسنة ٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٧٨/٤/١م ، والدعوى رقم ٥ لسنة ٥ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٧٦/٧/٣م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، المجلد الثانى ، ص ١٦٠١.

٢) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٥ لسنة ١ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٨١/٥/١٦م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، المجلد الثالث ، ص ٢٦٣٩.

النص الآخر الذى تستند إليه لممارسة تلك الرقابة على سبيل الإستثناء، لا شك أنه لا يوجد نص دستورى صريح فى الحالتين ، ولا يمكن القول إلا بأن المحكمة أعملت روح الدستور ، وطبقته على المنازعة الماثلة أمامها ، توصلا إلى حل عادل متوزان لها . يضمن عدم تصادمها مع السلطة التشريعية بعواقبه الوخيمة وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم . ، حتى لا تكون متهمة بإنكار العدالة ، عندما لا تسعفها النصوص الدستورية الصريحة فى الوصول إلى حل للمسألة الدستورية المثارة أمامها.

وبالإضافة إلى ما تقدم بيانه من قواعد قانونية تهيمن على البناء الوجداني للحكم الدستوري، وتشكل عاملاً رئيسيًا في تكوين عقيدة قضاة الدستورية حال فصلهم في دستورية نص ما، نجد الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا السابق لها حسم المسألة الدستورية المثارة مجددا، ومقتضى الحجية اعتبار الأحكام السابقة للمحكمة بمثابة سوابق قضائية لا يجوز الخروج عليها ، وهو ما أوضحته المحكمة بقولها " قضاء المحكمة الدستورية العليا . فيما فصل فيه من المسائل الدستورية . سواء من ناحية العيوب الشكلية أو المطاعن الموضوعية ، إنما يحوز حجية مطلقة فى مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بكامل سلطاتها ، وعلى إمتداد تنظيماتها المختلفة ، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو السعى لنقضه من خلال إعادة طرحه على هذه المحكمة لمراجعته ،...".([1])

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٣/٢/٦م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ١٩٦٩م . ٢٠١٩م ، المجلد الثانى ، ص ١٢٥٩.

الفرع الثانى
تكوين القاضى الدستورى عقيدته بناء على قاعدة قانونية غير وطنية (الدساتير الأجنبية).

يقوم القضاء الدستوري بدور هام وحيوي في تفسير القواعد الدستورية([1]) وتطبيقها على المنازعات المعروضة عليه ، ورائده فى ذلك إرساء وحماية وتعزيز ركائز دولة القانون وعلى

[1]) تجدر الإشارة إلى أن القاضى الدستورى عندما يقوم بتفسير النص الدستورى الوطنى تمهيدا لتكوين عقيدته فى المسألة الدستورية المثارة أمامها ، فأنه يستعين بالعديد من الوسائل التفسيرية لتوضيح النص والوقوف على حقيقة معناه، وهذه الوسائل قد تكون داخلية أوخارجية ، ويقصد بالوسائل الداخلية الوسائل اللصيقة بالنص الدستورى ، وهى وسائل تعتمد فى استخلاص معنى النصوص الدستورية على ما ورد بها من عبارات ومصطلحات كالتفسير اللفظى والتفسير المنطقى ، والتفسير اللفظى يقتضى رجوع المفسر إلى النص نفسه واستخلاص معناه من خلال دلالة ألفاظه وعباراته وتراكيبه اللغوية والإصطلاحية (د.مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر ، ٢٠٠٣م ، ص ٤٣ ، د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية القضاء الدستورى فى مصر ، ١٩٨٨م ، ص ٢٥٦ الى ص٢٥٩) ، فإذا لم يستطع المفسر . من خلال هذا التفسير اللفظى . أن يتبين معنى النص أو المقصود من القاعدة الدستورية ، فأنه يتعين عليه اللجوء إلى التفسير المنطقى الذي يقوم على استخلاص المعنى من روح النص وفحواه، هذا المعنى الذي يمكن استخلاصه من طرق عدة كالطريقة التكاملية التي تحاول التقريب بين النصوص الدستورية التي تربطها وحدة الموضوع (د .رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري تطور الأنظمة الدستورية المصرية وتحليل النظام الدستوري في ظل دستور ١٩٧١م، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص ٣٦٨. ٣٦٩.)، فضلا عن وجود طرق أخرى كالاستنتاج بطريق القياس ، والاستنتاج من باب أولى ، والاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة. (د .إحسان المفرجي ود.كطران زغير نعمة ود.رعد الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠م ، ص ٢٥٠.)

أما الوسائل الخارجية في التفسير فتعتمد على مجموعة من العناصر الخارجية عن النص الدستورى نفسه ، للكشف عن المضمون الحقيقى له ، عند عدم تمكن المفسر من الوقوف على مضمونه ونطاقه بالاعتماد على وسائل التفسير الداخلية (د .رمزي الشاعر، النظام الدستورى المصرى ، مرجع سابق، ص ٣٦٩ وما

رأسها حماية الحقوق والحريات، لكن قد تواجه القاضي الدستوري بعض الصعوبات المتعلقة بتفسير الدستور، كوجود غموض أو نقص فى النصوص الدستورية أو تعارض بينها، ولتذليل هذه الصعوبات يلجأ القضاء الدستوري إلى الاستعانة بمصادر التفسير الوطنية لغرض توضيح وبيان القواعد الدستورية وتطبيقها بصورة سليمة لتحقيق العدالة الدستورية، لكن قد لا تسعف هذه المصادر القاضي الدستوري لأداء مهمته في التفسير، مما قد يضطره للجوء إلى مصادر قانونية أجنبية لتفسير نصوص الدستور

الوطنى، ومن ضمنها الدساتير الأجنبية وقرارات القضاء الدستورى المقارن.([1])

الأمر الذى يدفع الدراسة إلى التساؤل بقوة عن ماهية لجوء القاضى الدستوري للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن لتكوين عقيدته فى المسألة الدستورية الوطنية المثارة أمامه ؟ ومدى تعارض ذلك مع السيادة الوطنية؟ وهل يعد القانون الدستوري الأجنبي مصدراً معتبراً للمحاكم الدستورية في تفسيرها للنصوص الدستورية الوطنية ؟ ومن ثم يلعب دوراً مهماً في إصدار الأحكام القضائية الوطنية ؟ أم أنه يشكل استشهاداً عرضياً في قرارات القضاء الدستوري

بعدها)،ومن بين هذه الوسائل الخارجية الاستعانة بالأعمال التحضيرية والاعتماد على حكمة النص أو غايته، أو التفسير في ضوء العوامل والاعتبارات الاجتماعية الذي يطلق عليه التفسير المعاصر أو التقدمي للنصوص الدستورية، فضلاً عن الرجوع إلى المصادر التاريخية (د .مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري ، مرجع سابق، ص ٥٩)، أي المصادر التي استقى منها المشرع الدستوري أحكام الدستور، من ذلك مثلاً أن يلجأ القاضي الدستوري إلى دساتير وطنية سابقة كانت قد تضمنت أحكاماً مماثلة أو أعمالها التحضيرية لاستيضاح إرادة المشرع الدستوري، أو أن يلجأ إلى الدستور الأجنبى الذي اشتق منه النص الوطني وآراء القضاء الدستورى المقارن بشأنه ، للوقوف على المعنى الحقيقي له (د .رمزي الشاعر، النظام الدستورى المصرى ، مرجع سابق، ص ٣٧٥ ، د.إحسان المفرجي وآخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ٢٥٣ . ٢٥٢)

[1]) يراجع بشأن تأثير الدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى د. عصام سعيد عبد العبيدى ، استشهاد القضاء الدستورى بالدساتير والأحكام الأجنبية لتفسير الدستور الوطنى ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة السادسة ، العدد الثالث ، العدد التسلسلى (٢٣) سبتمبر ٢٠١٨م ، من ص ٢٠٣ إلى ص ٢٤.

؟ ثم لماذا ومتى يلجأ القاضى الدستورى إلى ذلك ؟ وهل يوجد أساس دستورى لهذا اللجوء؟ وهل من ضوابط تحكم لجوئه هذا؟ ثم ما هي الطرائق الملائمة وغير الملائمة لاستعمال القانون الدستوري الأجنبي في التفسير الدستوري الوطنى؟ وهل من تطبيقات قضائية للمحاكم الدستورية فى هذا الشأن؟ ثم ما موقف المحكمة الدستورية العليا المصرية من ذلك ؟ ستحاول الدراسة الإجابة عن تلك التساؤلات تباعا.

الفصل الأول

مفهوم لجوء القاضى الدستوى الوطنى للدساتير الأجنبية لتكوين عقيدته.

يطلق على ظاهرة لجوء القاضى الدستورى إلى الدساتير والأحكام الدستورية الأجنبية العديد من التسميات منها هجرة الأفكار الدستورية عبر الأنظمة القانونية، والاستعارة الدستورية القضائية، أو المذهب الدستوري العالمي أو عبر الوطني الذي يعبر عن الشكل العام أو الشامل للقانون الدستوري . على الأقل فيما يتعلق بالحقوق والحريات . ، فهو بمثابة استعارة دستورية، أي العملية التي تتم فيها استعارة الأفكار من القانون الدستوري للأمم الأخرى (١)، وعرفها البعض بأنها "شكل من أشكال الاستعارة الدستورية التي من خلالها قد يأخذ القضاء بنظر الاعتبار قرارات المحاكم الأجنبية المتشابهة عند حسم المنازعات الدستورية"(٢) ، وتعرف من جانب آخر بأنها "طريقة عالمية في التفسير الدستوري تتضمن الرجوع بواسطة المحاكم، إلى

---

(١) Ran Hirschl, Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, 2014, p.80.

(٢) Lee Epstein and Jack Knight, Constitutional Borrowing and nonborrowing, p.196.

. http://epstein.wustl.edu/research/conborrow.pdf

قرارات المحاكم الأجنبية لتفسير نصوصها الدستورية" (١)، كما تعرف بأنها" طريقة غير ملزمة للمحاكم، التي ترجع من خلالها هذه الأخيرة إلى قرارات المحاكم الأجنبية ذات الصلة بالموضوع الدستوري الوطني" (٢) ، ويعرفها البعض بأنها" شكل من أشكال المذهب الدستوري عبر الوطني، الذي من خلاله ترجع المحاكم الوطنية للقانون الدستوري الأجنبي للأمم الأخرى، الذي يشمل الدساتير وقرارات المحاكم الوطنية الأجنبية"(٣) ، كما يعرفها البعض الآخر بأنها " نوع من العولمة القضائية الذي يعبر عن التفاعل الأفقي بين الهيئات القضائية المختلفة في العالم لبناء المجتمع القانوني العالمي" (٤) ، وتم تعريفها كذلك بأنها "العملية التي يسعى من خلالها القاضي الدستوري إلى طلب النصيحة من الأنظمة الدستورية الأخرى، عندما يقوم بتفسير القواعد الدستورية المحلية، وبشكل خاص عندما يواجه قضية صعبة ومختلف فيها بسبب التفسيرات المتعارضة، بحيث لا يمكن للقضاة أن يمارسوا الاستعارة الدستورية إلا إذا تم إجراء إصلاحات مؤسسية، وذلك عندما يفتقرون لأي أساس في القواعد الدستورية الوطنية".(٥)

---

(١) William Binchy, Constitutionality: The Rule of Law and socio-Economic Development, Pp.68-.
http://www.venice.coe.int/SACJF/2009_08_BTW_Kasane/speeches/Binchy_constitutionality.pdf

(٢) Vicki C. Jackson, Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement, Harvard Law Review Vol.119, 2005, p.110: .http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_4589.pdf.

(٣) Juinn Rong Yeh, The Emergence of Transnational Constitutionalism, p.10: ..http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636163&download=yes

(٤) Victor Navarrete, Judicia Globalisation: A New Model of North- South Relations for the 21 ST Century?, p. 32: http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v8/v8a9.pdf.

(٥) Dophne Barak Eres, The Institutional Aspects of Comparative Law, Columbia Journal of European Law, Vol.15,2009, P.486: .http://www.tau.ac.il/law/barakerez/articals/Barak-ErezCJEL153-.pdf. 8

وتؤيد الدراسة ما ذهب إليه البعض من تعريف استعمال القاضى الدستورى للقانون الأجنبى فى التفسير الدستورى ، بأنه " طريقة تفسيرية استثنائية وغير ملزمة تمنح القضاء الدستوري سلطة تقديرية بالرجوع إلى القوانين الدستورية الأجنبية أو القرارات القضائية الدستورية المفسرة لها لكي تساعده على التغلب على مشاكل التفسير الدستوري في القضايا الدستورية الصعبة والمتشابهة في ظل بيئة قانونية متقاربة"([1]) ، ويلاحظ من هذا التعريف ما يلى: **(أولا)** أن لجوء القاضى الدستورى للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن في التفسير يعد وسيلة احتياطية واستثنائية لا يمكنه اللجوء إليها إلا بعد عجز الوسائل الداخلية والخارجية الوطنية في الوصول إلى المعنى الحقيقي للنص الدستوري الوطنى ، **(ثانيا)** أن القاضى الدستورى الوطنى غير ملزم باللجوء إلى الدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن وإنما يقع الأمر فى إطار سلطته التقديرية فى تكوين عقيدته ، وهو ما يعنى عدم ألزامية وحتمية هذا اللجوء فيستوى اللجوء وعدمه، **(ثالثا)** لجوء القاضى الدستورى الوطنى إلى الدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن يكون بهدف مساعدته على التغلب على مشاكل التفسير الدستورى فى القضايا الدستورية الوطنية الصعبة شديدة التعقيد ، و**(رابعا)** أن القاضى الدستورى فى لجوئه للقانون الدستورى المقارن مقيد بأن يكون لجوئه إلى بيئة قانونية مقاربة لبيئته القانونية الوطنية ، الأمر الذى من شأنه دقة وسلامة التقدير القضائى بعكس لجوئه إلى بيئة قانونية مغايرة تماما لبيئته الوطنية.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى اللجوء المباشر للقاضى الدستورى الوطنى إلى الدساتير والأحكام الدستورية الأجنبية ، يوجد طرق أخرى تمكن تلك الدساتير والأحكام الأجنبية من التأثير بصورة غير مباشرة فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى الوطنى، كأقامة المحكمة الدستورية مؤسسات بحثية خاصة بالقانون الدستوري المقارن، أو نشر ترجمات متعلقة بآرائها القضائية الدستورية، أو إصدار التقارير حول القانون الدستوري الأجنبي، أو الالتحاق بالمنظمات الدولية أو استضافة المؤتمرات الدولية ذات الشأن بالقضاء الدستورى ، فهذه

[1]) د. عصام سعيد عبد العبيدى ، استشهاد القضاء الدستورى بالدساتير والأحكام الأجنبية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٧.

النشاطات تسهم في تأسيس العادة القضائية للقانون الدستورى الأجنبي من خلال تأثيرها بصورة غير مباشرة على المداولات القضائية في المحاكم الدستورية.

الفصن الثانى
الأساس القانونى للجوء القاضى الدستورى الوطنى
إلى الدساتير الأجنبية لتكوين عقيدته.

يثور التساؤل عن الأساس القانونى الذى يتخذه القاضى الدستورى تكئة لتبرير لجوئه للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن فى مرحلة تكوين عقيدته؟ فى معرض الإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بأنه لا يوجد أساس دستورى صريح لذلك ، حيث لم يصل علمنا . حسبما انتهى إليه البحث . عن وجود دستور يسمح للقاضى الدستورى بأخضاع القوانين الوطنية لرقابة دساتير أخرى غير الدستور الوطنى ، كما لم نعثر على تشريع فى أى دولة يمنح جهة الرقابة الدستورية هذا الحق، وهنا يمكن القول بأن السند القانونى لهذا اللجوء هو حرية القاضى الدستورى فى تكوين عقيدته ، تلك العقيدة تتكون بصفة عامة عن طريق تفسير النص القانونى الطعين وتحديد فرضيات تطبيقه ، والنص الدستورى المدعى بمخالفته وفرضيات تطبيقه وصورها ، ثم يحدث مطابقة بين فرضيات النص القانونى والنص الدستورى ، للوقوف عل مدى انسجامهما معا أو تعارضهما.

ويتصور أن يترائى للقاضى الدستورى فى تلك المرحلة الذهنية أن النص الدستورى ينتابه الغموض أو أنه يتعارض مع نصوص دستورية أخرى، ولا تسعفه وسائل التفسير الوطنية فى فض هذا الأشتباك القانونى ، فهنا قد يلجأ القاضى الدستورى إلى الدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن ، لعله يجد ضالته فى التفسير الصحيح للنص الدستورى أو يجد أن محكمة دستورية فى دولة أخرى قد تعرضت لذات الإشكالية فيتدبر كيف تعاملت معها، وهذا يكون له أهميته فى الدول المتقاربة الدساتير أى المنتمية لسلالة واحدة كالدساتير العربية بالنسبة لاحدى الدول العربية ، وهنا استعمال القاضى الدستورى للقانون الدستوري الأجنبي لتفسير القواعد

الدستورية الوطنية ، يساعده على التغلب على مشاكل وحالات التفسير لتوضيح الغموض الدستوري الوطنى وسد الفجوات والثغرات في النص الدستوري ، وإزالة التعارض بين القواعد الدستورية، وهو ما ينعكس بلا شك على التطبيق السليم للدستور بوصفه القانون الأعلى للبلاد.

وتجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أن قيام المحكمة الدستورية الوطنية بالاستشهاد بالدساتير الأجنبية والعديد من التفسيرات القضائية للقضاء الدستورى المقارن ، للمسألة الدستورية الواحدة من وسائل تكوين ما يسمى بقانون الأمم أو القانون الدولي العرفي، خاصة فى مجال حقوق الانسان وحرياته الأساسية ، وهذا القانون عبارة عن مجموعة من القوانين التي تعارفت عليها الأمم والشعوب بشكل عام، بحيث يمكن أن تمثل ما تشترك به النظم القانونية المحلية المتنوعة فى طريقة المعالجة العامة للمشاكل المتعلقة بالحقوق والحريات ، وهذا النوع من القانون لا يتميز بالأولوية على القانون المحلي بقدر ما هو يرشد أو يساعد على تطويره وتحسينه، وقطعا إن رأي العديد من الدول بشأن الحقوق والحريات أقوى من رأي دولة واحدة.

كما تجدر الإشارة إلى أنه توجد دساتير وأن كانت لا تلزم محاكمها الدستورية بالدساتير الأجنبية أو القضاء الدستورى المقارن ، إلا أنها تعطى أحكام القانون الدولى والمواثيق الدولية والاتفاقيات الدولية قوة النصوص الدستورية، وتبعاً لذلك عندما تقوم المحكمة الدستورية لديها بتفسير قوانينها الوطنية وعلى رأسها الدستور الوطنى ، فإنها تكون ملزمة بتفسيرها بطريقة متطابقة أو متقاربة مع القانون الدولي دون أن تكون ملزمة بتفسيرها بطريقة متقاربة مع الدساتير الأجنبية ، وينتج عن ذلك دسترة القانون الدولى وتدويل القانون الدستورى ، خاصة فى مجال حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، وهما بلا شك عمليتين متلازمتين فى تلك الأنظمة القانونية ، فوفقا للدسترة تتمتع قواعد القانون الدولى بأثر ملزم ومباشر على القوانين المحلية للدولة، ووفقا للتدويل تمتد أثار الدساتير الوطنية إلى المستويات الدولية أو عبر الوطنية ، بحيث تكون جزءا من الايحاءات والقناعات أو فى بعض القضايا مصدرا ملزما فى القانون الدولى ، فكلاهما يمكن أن يقود إلى فكرة الحكومة الدستورية العالمية أو فكرة الدستور العالمى بشكل عام والقضاء الدستورى العالمى بشكل خاص ، وهنا يكون استشهاد القاضى الدستورى

الوطنى بالقانون الدولى فى حقيقته أستشهاد بالدساتير الأجنبية ، وبأراء المحاكم الدستورية الأجنبية بشأنها.

ومن أمثلة الدساتير التى ألزمت صراحة جهة الرقابة الدستورية لديها بقواعد القانون الدولى ، دستور سويسرا الصادر عام ١٩٩٩م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٤م (١) . فى المادة (١٨٩) منه بقولها " تقضى المحكمة العليا الإتحادية فى التظلمات بخصوص خرق القوانين التالية :أ . القانون الإتحادى. ب . القانون الدولى،ج . ....."، والدستور الإيطالى الصادر عام ١٩٤٧م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٢م (٢) . فى المادة العاشرة منه بقولها " يتقيد النظام القضائى الإيطالى بالقوانين الدولية المعترف بها عموما،....."، ودستور النمسا الصادر عام ١٩٢٠م وأعيد العمل به عام ١٩٤٥م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٣م (٣) . فى المادة (١٤٥) منه بقولها" تصدر المحكمة الدستورية حكمها بشأن مخالفات القانون الدولى بموجب أحكام قانون اتحادى خاص"، ودستور جنوب أفريقيا لعام ١٩٩٦م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٢م (٤) . فى المادة (٣٩) منه بقولها " عند تفسير وثيقة الحقوق على المحكمة العادية أو الخاصة أو غير الرسمية أن أ . ....، ب . أن تنظر فى القانون الدولى".

ومن أمثلة الدساتير التى تجعل القانون الدولى جزء من النظام القانونى الوطنى ، دستور النمسا الصادر عام ١٩٢٠م وأعيد العمل به عام ١٩٤٥م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٣م . ، فى المادة التاسعة منه بقولها " ١ . تعتبر القواعد المعترف بها عموما فى القانون الدولى جزءا

---

[١]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٤ عصرا.

[٢]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٤,١٥ عصرا.

[٣]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٤,٢٠ عصرا

[٤]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٤,٣٠ عصرا

لا يتجزأ من القانون الإتحادى "، ودستور كينيا لعام ٢٠١٠م ([1]) فى المادة (٥/٢) منه بقولها "٥ . تشكل القواعد العامة للقانون الدولى جزءا من قانون كينيا"، ودستور ألمانيا لعام ١٩٤٩م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٤م ([2]) . فى المادة (٢٥) منه بقولها " تعد القواعد المعترف بها عموما فى القانون الدولى جزءا لا يتجزأ من القانون الإتحادى ، وتقدم هذه الأحكام على القوانين الإتحادية"، ودستور الاتحاد الروسى الصادر عام ١٩٩٣م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٤م ([3]) . فى الفقرة الرابعة من المادة (١٥) منه بقولها " ٤ . يجب أن تكون مبادئ وقواعد القانون الدولى المعترف بها دوليا ، فضلا عن الاتفاقات الدولية التى يبرمها الإتحاد الروسى ، جزءا لا يتجزأ من نظام الإتحاد القانونى ، وفى حال حدد اتفاق دولى أبرمه الإتحاد الروسى قواعد تختلف عن تلك التى ينص عليها القانون ، ينبغى تطبيق قواعد الأتفاق الدولى "، والمادة (١٧) من الدستور ذاته بقولها "١. فى الإتحاد الروسى يجب الأعتراف بالحريات والحقوق الإنسانية والمدنية وضمانها وفقا للمبادئ والقواعد المعترف بها عالميا للقانون الدولى ووفقا لهذا الدستور" ، ودستور البرتغال الصادر عام ١٩٧٦م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠٠٥م ([4]) . فى المادة الثامنة منه بقولها " تشكل قواعد القانون الدولى العام والقانون الدولى العرفى ومبادئهما جزء لا يتجزأ من القانون البرتغالى"

ومن أمثلة الدساتير التى قيدت تعديل الدستور بعدم الخروج عن قواعد القانون الدولى ، دستور سويسرا الصادر عام ١٩٩٩م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٤م . فى المادة (١٣٩) منه بقولها " ١. يمكن لمائة ألف مواطن يتمتعون بحق التصويت اقتراح صيغة مشروع لمراجعة

---

[1]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٤,٤٠ عصرا.

[2]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٤,٥٠ عصرا.

[3]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٥ مساءا.

[4]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٥,١٥ مساءا.

جزئية الدستور الإتحادى خلال ١٨ شهرا من تاريخ نشر مبادرتهم رسميا. ٣. إذا لم تلتزم المبادرة الشعبية بوحدة الشكل أو بوحدة الموضوع أو بالقواعد الملزمة الخاصة بالقانون الدولى العام ، فيمكن للجمعية الإتحادية أن تعلن بطلان المبادرة كليا أو جزئيا" ، والمادة (١٩٣) من الدستور ذاته بقولها " ١. يمكن أقتراح المراجعة الشاملة للدستور الاتحادى من الشعب أو من كل من مجلس الشعب ومجلس المقاطعات ، كما يمكن للجمعية الإتحادية تقرير ذلك . ٤. لا يجوز إنتهاك القواعد الملزمة فى القانون الدولى"، والمادة (١٩٤) من الدستور ذاته بقولها " ١. يمكن طلب المراجعة الجزئية للدستور الاتحادى من الشعب ، كما يمكن للجمعية الإتحادية تقرير ذلك. ٢. يجب الحرص على أن تحترم المراجعة الجزئية مبدأ وحدة محتوى الدستور ولا تنتهك القواعد الملزمة فى القانون الدولى".

ومن أمثلة الدساتير التى تمنح المعاهدات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان قيمة دستورية ، ومن ثم تلتزم المحكمة الدستورية لديها بها ، أى دسترة القانون الدولى لحقوق الإنسان ، دستور البرازيل لعام ١٩٨٨م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٤م ([1]) . فى الفقرة الثالثة من المادة (٧٨) منه ، بقولها "٤. المعاهدات والمواثيق الدولية حول حقوق الإنسان، والتى تمت الموافقة عليها من قبل مجلسى الكونغرس الوطنى ، فى جلستى تصويت منفصلتين ، بثلاثة أخماس أصوات أعضاء كل منهما ، مساوية فى المكانة للتعديلات الدستورية"، ودستور السودان لعام ٢٠٠٥م فى المادة (٢٧) منه بقولها" ٣. تعتبر كل الحقوق والحريات المتضمنة فى الاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والمصادق عليها من قبل جمهورية السودان جزء لا يتجزأ من هذه الوثيقة"، والمادة (٥/٣٢) من الدستور ذاته بقولها " تحمى الدولة حقوق الطفل كما وردت فى الاتفاقيات الدولية والإقليمية التى صادق عليها السودان، ودستور بارجواى الصادر عام ١٩٩٢م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١١م ([2]) . فى المادة (١٤٢) منه

---

[1]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٥,٣٠ مساءا.

[2])والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٥,٤٠ مساءا.

بقولها " لا يكون إلغاء المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان إلا وفقا للإجراءات التى تنظم تعديل هذا الدستور"، ودستور أوكرانيا لعام ١٩٩٦م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٦م (١) . فى المادة التاسعة منه ، بقولها " لا يمكن تنفيذ المعاهدات الدولية التى تتعارض مع دستور أوكرانيا إلا بعد إدخال التعديلات ذات الصلة على الدستور الأوكرانى"، ودستور هندوراس لعام ١٩٨٢م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٣م (٢) . المادة (١٧) منه بقولها "عندما تؤثر معاهدة دولية على حكم دستورى ، يجب أن تتم الموافقة عليها من خلال نفس الإجراء الذى تخضع له الإصلاحات الدستورية قبل أن تصادق عليها السلطة التنفيذية ، فى نفس الوقت يجب أن يتم تعديل النص الدستورى المعنى خلال نفس الإجراء قبل أن يتم التصديق على المعاهدة الدولية من قبل السلطة التنفيذية" ، والمادة (١١٩) من الدستور ذاته بقولها " للأطفال أن يتمتعوا بالحماية التى تمنحهم إياها المعاهدات الدولية التى ترعى حقوقهم".

ودستور الأكوادور لعام ٢٠٠٨م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٥م (٣) . فى المادة (٤٢٦) منه بقولها " .....، وعلى القضاة والسلطات الإدارية والموظفين العموميين أن يطبقوا مباشرة معايير الدستور ومعايير المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ، كلما كانت الأخيرة تتقدم على نص الدستور ، رغم عدم استشهاد الجهات المذكورة بها صراحة، وتكون الحقوق التى يكفلها الدستور والمواثيق الدولية لحقوق الانسان محل التزام وإنفاذ مباشرين،...."، ودستور الأرجنتين الصادر عام ١٨٥٣ وأعيد العمل به عام ١٩٨٣م . شاملا تعديلاته لغاية عام ١٩٩٤م (٤) . فى

---

١) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٦ مساءا.

٢) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٦,١٥ مساءا.

٣) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٦,٢٠ مساءا.

٤) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٦,٣٠مساءا.

المادة (٢٢) منه بقولها " .....، تكون الصكوك الدولية التالية وفق الشروط التى تكون سارية بموجبها ، فى نفس مستوى الدستور ، لكن لا تلغى أى مادة فى الجزء الأول من هذا الدستور ويجب أن تفهم على أنها مكملة للحقوق والضمانات المعترف بها هنا : الإعلان الأمريكى لحقوق الإنسان وواجباته ، والإعلان العالمى لحقوق الإنسان ، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ، والعهد الدولى الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، والعهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، والبرتوكول الاختيارى الخاص به ، والاتفاقية الدولية لمنع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصرى ، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ، وإتفاقية حقوق الطفل ، ويجوز إلغاؤها فقط إذا كان هذا هو الحال من قبل السلطة التنفيذية الوطنية بعد موافقة مسبقة من ثلثى مجموع أعضاء كل مجلس ، تتطلب المعاهدات والاتفاقيات الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان بعد موافقة الكونغرس ، أغلبية ثلثى مجموع أعضاء كل مجلس لتصبح فى نفس مرتبة الدستور".

ومن أمثلة الدساتير التى أوجبت تفسير نصوصها المتعلقة بحقوق الإنسان وفقا للمواثيق الدولية ، أى دسترة القانون الدولى لحقوق الإنسان ، الدستور الأسبانى الصادر عام ١٩٧٨م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١١م ([1]) . فى المادة العاشرة منه بقولها " ٢. يتم تفسير القوانين المتعلقة بالحقوق الأساسية والحريات التى يعترف بها الدستور طبقا للإعلان العالمى لحقوق الإنسان والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التى صادقت عليها إسبانيا بهذا الخصوص" ، والفقرة الرابعة من المادة (٣٩) من الدستور ذاته بقولها " ٤. يتمتع الأطفال بالحماية المنصوص عليها فى الاتفاقيات الدولية التى تدافع عن حقوقهم" ، ودستور بيرو الصادر عام ١٩٩٣م . شاملا

[1]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٦,٤٠ مساءا.

تعديلاته لغاية عام ٢٠٠٩م ([1]) . فى البند رابعا من الأحكام الختامية والانتقالية بقوله " تفسر القواعد المتعلقة بالحقوق والحريات التى يقرها هذا الدستور وفق الإعلان العالمى لحقوق الإنسان والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بتلك الحقوق ، والتى صدقت عليها بيرو"، ودستور كولومبيا لعام ١٩٩١م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٥م ([2]) . فى المادة (٩٣) منه بقولها " ....، تفسر الحقوق والواجبات المذكورة فى هذا الفصل طبقا لمعاهدات حقوق الإنسان الدولية التى صادقت عليها كولومبيا،..." ، والمادة (٢/٢١٤) من الدستور ذاته بقولها " لا يجوز تعليق حقوق الإنسان أو الحريات الأساسية وفى جميع الحالات تتم مراعاة قواعد القانون الدولى الإنسانى ،....."، ودستور جنوب أفريقيا لعام ١٩٩٦م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠١٢م فى المادة (٢٣٣) منه بقولها "عند تفسير أى تشريع تعطى المحكمة الأفضلية للتفسير المعقول الذى يتسق مع القانون الدولى ، على أى تفسير آخر لا يتسق معه" ، ودستور البرتغال الصادر عام ١٩٧٦م . شاملا تعديلاته لغاية عام ٢٠٠٥م . فى المادة (١٦) منه بقولها " ١. لا تستبعد الحقوق الأساسية المنصوص عليها فى هذا الدستور الحقوق الأخرى التى يمكن أن يقرها القانون أو القواعد ذات الصلة فى القانون الدولى. ٢. تفسر أحكام هذا الدستور والقوانين المتعلقة بالحقوق الأساسية وفق الإعلان العالمى لحقوق الإنسان".

ومن أمثلة الدول التى نصت على المواثيق الدولية ضمن نصوصها وهو ما يعنى تمتعها بقيمة دستورية بنين لعام ١٩٩٠م ([3]) المادة (٤٠) منه بقولها " على الدولة واجب ضمان نشر الدستور والإعلان العالمى لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م ، والميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١م والتوعية به،..."، ودستور الجزائر لعام ٢٠٢٠م فى ديباجته بقولها"

---

[1]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٦،٥٠ مساءا.

[2]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٧ مساءا.

[3]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٨ مساءا.

يعبر الشعب الجزائرى عن تمسكه بحقوق الإنسان المنصوص عليها فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨م ، والاتفاقيات الدولية التى صادقت عليها الجزائر"، ودستور بوليفيا لعام ٢٠٠٩م ([1]) فى المادة (١٤) منه بقولها " ثالثا: تضمن الدولة لجميع الأفراد والجماعات دون تمييز الممارسة الحرة والفعالة للحقوق المنصوص عليها فى هذا الدستور والقوانين والمعاهدات الدولي لحقوق الإنسان".

ومن جماع ما تقدم عرضه من دساتير يمكن القول إنه على قضاة الدستورية بأن ينظروا خارج الحدود الوطنية للحصول على الأجوبة خاصة فى مجال حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

الفصل الثالث
تقييم لجوء القاضى الدستورى الوطنى للدساتير الأجنبية في تكوين عقيدته.

لا شك أن استعانة القاضى الدستورى الوطنى بالدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن لا يخلو من نقد ، إلا أنه له مبرراته التى لا تخلو أيضا من وجاهة ، فمن الوارد تعرض تلك الأستعانة للنقد من عدة وجوه **(أولها) أن** لجوء القاضى الدستورى إلى تلك المصادر الأخيرة لتكوين عقيدته ، دون ضوابط سليمة لا يخلو من مخاطر ، فقد يؤدى إلى إقحام عناصر قانونية أجنبية غريبة وغير منسجمة مع خصوصيات البيئة الدستورية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية للجماعة الوطنية ، مما يتعارض مع ما أرتضته الإرادة العامة للشعب في دستورها الوطنى ، ناهيك عما ينطوى عليه من أهدار جميع مفترضات حق التقاضى وأخصها ضمانتا الدفاع والمواجهة ، فى ظل أن الدساتير الأجنبية والأحكام الدستورية المقارنة المستشهد بها ،

[1]) والمنشور باللغة العربية على موقع WWW. Constituteproject.org ، وقت الدخول: الثلاثاء ٢٠٢٢/٤/١٩م ، ٨،١٥ مساءا.

ليست تحت يدى رافعى الدعوى الدستورية ، كما أنه من المستحيل تكليف مواطنى الدولة بالإطلاع والإلمام بالدساتير والأحكام الدستورية الأجنبية قبل تحريك دعواهم الدستورية فى بلدهم ، فهو تكليف بمستحيل ، وهنا كيف تتحقق ضمانتا الدفاع والمواجهة بشأن تلك النصوص الدستورية الأجنبية والأحكام الدستورية المقارنة؟ فى ظل التنظيم الإجرائى القائم للمحكمة الدستورية العليا المصرية ، من عدم إلتزام القاضى الدستورى بمواجهة الخصوم بالمسائل التى يثيرها من تلقاء نفسه فى الدعوى . والتى يندرج تحتها الدساتير الأجنبية والأحكام الدستورية المقارنة . قبل تطبيقها حتى يخضعوها للمناقشة والمواجهة وليدلو بدلوهم بشأنها ، وهنا لن يتمكن الخصوم من معرفة مدى رجوع المحكمة الدستورية للقانون الدستورى المقارن لتكوين عقيدتها، إلا بعد صدور حكمها والإطلاع عليه ليجدوه متضمن فى حيثياته وأسبابه ما يفيد لجوء المحكمة الى القانون الدستورى المقارن، ولن يتمكنوا من التعقيب على مسلك المحكمة فأحكامها نهائية غير قابلة للطعن، وهو ما تؤول معه ضمانات المتقاضين فى الخصومة الدستورية سرابا.

(ثانيها) أن اللجوء للدساتير الأجنبية مسألة معقدة، فكل دستور متعلق بسياق اجتماعي معين أقتضى تضمينه نصوص تعبر عن هذا السياق، فلغرض حصول أي قاضٍ على الوقائع الأساسية من نظام دستوري أجنبي، فإن ذلك سيتطلب الوقت والجهد ، فحتى لو كانت القضية القانونية أو الحالة الواقعية متشابهة، فإن النص الدستوري الذي يجب تفسيره يمكن أن يكون مختلفاً، أو يكون متشابهاً بشكل ظاهري ، فضلاً عن ذلك فإن الدول المختلفة تكون لديها تقاليد أو قيم صريحة مختلفة، ومثال على ذلك اختلاف وجهات نظر الأمريكيين والبريطانيين حول حرية الكلام والقذف، بالإضافة إلى أن القرارات القضائية الأجنبية يمكن أن تستند على قيم ومصالح سياسية خصوصية، أو سياق سياسي معين، مما ينتقص من فائدة استعمالها، ولذلك يمكن القول بأن استعمال هذه القرارات خارج سياقها السياسي يؤدي إلى استنتاجات منبوذة حول الحقوق والحريات وتوازن العلاقة بين سلطات الدولة ، وهو ما يؤثر بالسلب على تجانس القانون الدستوري الوطني في التطبيق العملي.

و(ثالثها) أن القرارات القضائية الدستورية الأجنبية قد تقاد أو على الأقل تتأثر بالأيديولوجية السياسية المهيمنة على القضاء الدستورى ، وتلك الأيديولوجية قد تتغير عبر الوقت، فبعض

القرارات القديمة قد لا تتبع حتى من قبل المحاكم التي أصدرتها، فالقاضي الذي يريد أن يستعمل هذه القرارات الأجنبية سيحتاج إلى معرفة تغير الديناميكية السياسية للدولة الأجنبية والتفضيل السياسي لسلطتها القضائية،**و(رابعها)** يمكن القول بأن الأستعانة بالدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن فى التفسير الدستورى الوطنى ، مسألة صعبة جداً، فتحتاج إلى تأهيل قانونى خاص للقاضى الدستورى الوطنى يمكنه من الإلمام بالأنظمة القانونية المختلفة وقوفا على فلسفتها ، ومنهجية القاضى الدستورى المقارن فى التعامل معها ، فينتج عن ضعف أو قلة معرفة القاضى الدستورى الوطنى بالأنظمة القانونية الأجنبية ، أن يستعمل القانون الدستورى المقارن بطريقة اختيارية واعتباطية وبمعنى أدق بطريقة غير منضبطة ، وهى مسألة مقلقة لا ريب.

و**(خامسها)**عندما يعكس النص الدستوري الوطني القيمة المشتركة مع الدستور الأجنبي ، فأن هذا يعني أن القضاة قد يواجهون نفس المواقف أو المشاكل الدستورية في ظل أدوات قانونية متشابهة ، مما يجعل القضاء الدستوري يتعامل مع القانون الدستوري الأجنبي بطريقة جدية ومقنعة ، وغالبا ما يأخذ بعين الاعتبار حجج ومنطق الحكم القضائي الأجنبي، فعندما يتشابه النصان الوطني والأجنبي فإنه على الأرجح يقوم القضاء الدستوري بفحص القرارات القضائية التي تفسر النص الدستوري الأجنبي، وبعبارة أدق تجعل القاضي الدستوري الوطني يتعامل مع حجج ومنطق الأحكام الأجنبية كسبب مقنع وقوي لحكمه القضائي، مما يؤدي في الوقت ذاته إلى أن سياسات الدولة الأجنبية قد تسهم في تشكيل نتيجة الحكم القضائي الوطني، وهو ما يستدعي أن يكون القاضي الدستوري الوطني حذراً في مثل هذه الحالات.

و(سادسها) أن الدستور الوطني يعبر عن إرادة الشعب أو السيادة الشعبية، وبالتالي فإن تفسيره ينبغي أن يكون بواسطة الطرائق الداخلية وليس الخارجية في التفسير، ومتى أعتمدت المحكمة الوطنية على السابقة الأجنبية بغض النظر عن اختلاف صيغ النصوص والقيم الدستورية، فإنها ستشكل في هذه الحالة نوعاً من أنواع الاستعارة السلطوية، **و(سابعها)** ومن أخطر الانتقادات الموجهة إلى لجوء القاضى الدستورى الوطنى للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن ، عدم وجود ضوابط تحدد حالات اللجوء ، وقيود تحدد سلطة المحكمة فى

اللجوء ، مما يجعل سلطة القضاء الدستوري واسعة أو تحكمية في استعمال القانون الأجنبي في مجال تفسير النصوص الدستورية الوطنية.

ورغم وجاهة الانتقادات مار بيانها لاستعانة القاضى الدستورى الوطنى بالدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن ، إلا أن تلك الأستعانة لها مبرراتها التى لا تخلو من وجاهة تتهاوى أمامها تلك الانتقادات ، حيث تبرز أهمية استعمال القاضى الدستورى الوطنى للدساتير الأجنبية والسوابق القضائية للمحاكم الدستورية الأجنبية من نواح عدة **(أولها)** من شأن هذا اللجوء إثراء الفكر القانونى والثقافة الدستورية للقاضى الدستورى الوطنى ، بإطلاعه على خلاصة خبرات نظرائه فى الدول الأخرى والحلول الخلاقة التى أبتكروها للمسائل المعروضة عليهم فى شتى مسائل الحياة ، وهذا لا يعني أن القرارات القضائية التي سبق أن أصدرتها المحاكم الدستورية المقارنة في المسألة ذاتها المعروضة على القاضى الدستورى الوطنى ، أنها سوابق قضائية ملزمة لهذا الأخير، فدورها يقتصر على كونها مصادر مساعدة على تفسير الدستور الوطنى ، ولاسيما عندما تواجه المحكمة قضية دستورية جديدة أو صعبة أو ذات أثر سياسي واجتماعي مهم وشامل ، وهذا ما يفسر الوقت الملائم الذي يلجأ فيه القضاء الدستوري الوطني إلى الاستشهاد بالقانون الدستوري المقارن.

(ثانيها) يسهم الدستور الأجنبى أو القرارات القضائية الدستورية الأجنبية في تعزيز الحل النهائي الذي ستصدره المحكمة الدستورية الوطنية، وهذا هو الغرض العام العظيم الذي من أجله تستشهد المحاكم الدستورية بالعدد الواسع من القرارات القضائية الأجنبية ، ويقف الأمر عند هذا الحد دون أن يكون الدستور أو القرار القضائى الأجنبى أساس القرار القضائى الوطنى ، فنجد المحكمة العليا الأمريكية تستخدم أحكام المحاكم الدستورية الأجنبية لتعزيز قرارها القضائى، مثال ذلك حكمها في قضية (O. Malley Vs. Woopdrough 1939) عندما قررت المحكمة تطبيق ضريبة الدخل العام على رواتب القضاة الفدراليين، التي لم تكن غير دستورية وفقاً للمادة الثالثة من الدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧م التي أوجبت عدم الانتقاص من تعويضات القضاة ما داموا مستمرين في مناصبهم ، وقد استنتج القاضي (Holmes) الذي كتب رأي الأغلبية، بأن القضاة يخضعون للضريبة العامة بوصفهم مواطنين، وأن وظيفتهم

الخاصة في الدولة لا تمنحهم امتيازاً أو إعفاءً من تحمل الأعباء العامة، كما أن القاعدة المتعارضة التي دعمتها المحكمة لعقدين من الزمان، خلال الفترات المبكرة من حياة الدستور، كانت تتناقض مع تفسيرات المحاكم الأخرى التي تتكلم الإنكليزية بالاستشهاد بقرارات المحاكم في أستراليا، كندا، وجنوب أفريقيا كتوضيحات، فآراء هذه المحاكم وفرت الدعم الإضافي لتفسيرات المحكمة الإتحادية العليا الأمريكية.(١)

وفي قضية (Roper Vs. Simmons 2005) قررت المحكمة الإتحادية العليا الأمريكية عدم دستورية فرض عقوبة الإعدام على الجرائم التي يرتكبها الأحداث دون سن الثامنة عشرة، مستندة في ذلك على الممارسات المحلية للولايات وعلى الإتجاه الوطني السائد وسوابق قضائية، وأستشهدت أيضا بممارسات الدول الأخرى كتأكيد ثانوي لقرارها ، حيث أوضحت أنه بين عام ١٩٩٠م وتاريخ صدور قرارها ، هناك سبعة بلدان فقط غير الولايات المتحدة الأمريكية تنفذ عقوبة الإعدام على المجرمين الأحداث ، وهى المملكة العربية السعودية، باكستان، إيران، اليمن، نيجيريا، الكونغو، والصين، كما لاحظ القاضي كينيدي (Kennedy) بأن تلك البلدان منذ ١٩٩٠م إما ألغت عقوبة الإعدام للأحداث أو أنكرتها في الممارسة، وأن الولايات المتحدة الأمريكية وقفت لوحدها في تنفيذ عقوبة الإعدام على المجرمين الأحداث، كما لاحظت المحكمة بأن الولايات المتحدة الأمريكية والصومال فقط هما من لم تصادقا على المادة (٣٧) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، التي منعت بشكل صريح عقوبة الإعدام على الجرائم المرتكبة بواسطة الأحداث.(٢)

(ثالثها) اللجوء للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن يمكن المحكمة الدستورية الوطنية من الوقوف على النسق العام الحاكم للحقوق والحريات فى الدول الأخرى ، كما إن النسق العام للمعايير المطبقة عالمياً لممارسة تلك الحقوق والحريات يمكن أن يفتح الطريق بسهولة أمام القضاء الدستوري لمناقشة العديد من الحقوق والحريات التى لم يتضمنها الدستور الوطنى

---

١) https://supreme.justia.com/cases/federal/us/307277//case.html.

٢) http://www.npr.org/documents/2005/mar/scotus_juvenile.pdf.

صراحة ، ومثال على ذلك ما حدث في قضية S V. WILLIAMS 1995 حيث بينت المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا من خلال تفسيرها للمادة (١٢) من الدستور التي ضمنت لكل شخص" ألا يعامل أو يعاقب بطريقة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة" ، بأن العقوبة الجنائية المتعلقة بجلد الأحداث بالسوط كانت عقوبة قاسية وغير عادية وذلك من خلال"أنها عقوبة قاسية وغير اعتيادية كما في التعديل الثامن لدستور الولايات المتحدة الأمريكية أو في المادة (١٢) من الميثاق الكندي، أو أنها عقوبة مهينة وغير إنسانية كما هي في الميثاق الأوروبي ودستور زمبابوي، أو أنها عقوبة قاسية مهينة أو غير إنسانية كما هي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ودستور ناميبيا، إذ يسير الوضع العام من خلال توضيح كل عبارة إلى الكشف والاعتراف بمفهوم المجتمع عن الآداب والكرامة الإنسانية" ، فالقاضي لنجا Langa استشهد بالإتجاه الواضح في قضاء الأقطار الأخرى، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وزمبابوي، وذكر بأنه"من الواضح أنه يوجد توافق في المجتمع الدولي بأن الأحكام القضائية المتعلقة بالجلد تتضمن التداول حول إصابتها للشخص المتهم بألم مادي، مما يؤذي مفاهيم المجتمع في الآداب والكرامة الإنسانية..." ، لهذا قررت المحكمة بأن هذه العقوبة غير دستورية ([1])، وهنا يمكن القول بأن المحكمة الدستورية بجنوب أفريقيا تأثرت بالنسق العام للمعايير المطبقة عالمياً، ففسرت نص المادة (١٢) من الدستور الوطنى بإحياء النصوص المشابهة في العالم لتحدد ما هو قاسٍ أو غير إنساني أو مهين، حيث وجدت المحكمة بأن كل إنسان يتمتع بالكرامة الإنسانية والحق في الحرية من خلال فحصها لتحديدات المحاكم الأجنبية للعقوبات التي تصنف ضمن ذلك الإطار.

(رابعها) من شأن اللجوء للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن تبيان وإبراز خصوصية القواعد الدستورية الوطنية ، بتوضيح التناقضات بينها وبين الدساتير الأجنبية ، وهو ما نجد صدى له فى قضاء المحكمة العليا الأمريكية التى تلجأ أحيانا إلى الدساتير الأوربية لتوضيح مدى تناقضها مع الدستور الأمريكى ، والمثال على ذلك قضية (Raines Vs. Byrd 1997حيث ذهب رئيس القضاة (Rehnquist) إلى أن القاعدة المتعارضة لا يمكن

[1]) http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/19956/.pdf.

أن تكون غير عقلانية لأن بعض الأقطار في أوروبا تملك هكذا نظام، والدستور الأمريكي لا يتبع الطريقة الأوروبية (١)، فالرجوع إلى السابقة القضائية الأجنبية يتم الأعتراض عليه ، كونه يفقد تبريره ، فى ظل بعد السابقة عن المسألة الدستورية المثارة أمام القاضى الوطنى ، فالسوابق الأمريكية المتعلقة بتفسير وثيقة الحقوق لم تتبع في العديد من القضايا من قبل المحكمة العليا الكندية، والأخيرة تفعل ذلك من أجل أن تنأى بنفسها عن السوابق القضائية للولايات المتحدة الأمريكية ولتحدد السمات الخاصة بالمجتمع الكندي.(٢)

كما ذهبت المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا إلى أشتراط التشابه بين النص الدستورى الوطنى والمبادئ ذات الصلة بالسابقة القضائية الأجنبية المستشهد بها ، واستنتجت بأن القضاء يعد غير مقنع بسبب الخصائص الموحدة للنص الدستوري، التاريخ، السياسات والثقافة، فاستعمال المحكمة للقانون الأجنبي لا يعد مفيداً طالما لاحظت المحكمة بشكل مجرد أن جنوب أفريقيا تملك نصاً دستورياً وقيماً دستورية مختلفة ، وأستعملت المحكمة بشكل متعاقب القضاء الأمريكي لتوضيح الخاصية المميزة للقيم الدستورية لجنوب أفريقيا، وانتهت إلى أن مفهوم دستور جنوب أفريقيا لحرية التعبير يتعارض مع التعديل الأول للدستور الأمريكي(٣)، كما بيَّنت المحكمة العليا في سنغافورة من خلال رئيس القضاة يونغ بينغ Yong Pung ، في قضية Chan Hiang Leng Colin Vs. Public Prosecutor, 1994، أنه"يوجد اختلاف أساسي بين الحق في الحرية الدينية وفقاً للتعديل الأول من دستور الولايات المتحدة الأمريكية والمادة (١٥) من دستور سنغافورة، فوفقاً للتعديل الأول الأمريكي المتعلق بفقرة التأسيس وفقرة حرية الممارسة الدينية، لا يصدر الكونغرس أي قانون بتأسيس دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، لكن دستور سنغافورة لم يمنع تأسيس أي دين، فالشروط الاجتماعية في سنغافورة

---

١)https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521811//case.html

٢) د. عصام سعيد عبد العبيدى ، استشهاد القضاء الدستورى بالدساتير والأحكام الأجنبية ، مرجع سابق ، ص ٢١٦.

٣) د. عصام سعيد عبد العبيدى ، استشهاد القضاء الدستورى بالدساتير والأحكام الأجنبية ، المرجع السابق ، ص٢٢٦.

تختلف عن تلك الموجودة في الولايات المتحدة، ولهذا لا تتأثر المحكمة بوجهات النظر المختلفة كما هي مصاغة في القضايا الأمريكية المعروضة أمامنا ، فبدلاً من ذلك يجب التقيد هنا بتحليلاتنا للقضايا وذلك بالرجوع إلى السياق المحلي".([1])

(خامسها) لا تعارض بين اللجوء للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن مع السيادة الوطنية ، فاستعمال القانون الدستوري المقارن طريقة مساندة ومساعدة في عملية التفسير الدستوري الوطنى للتغلب على المشاكل الدستورية المتشابهة في ظل بيئة متشابهة ، كما تساعد على تقوية الاتصال مع القضاء الدستوري المقارن لتطوير الثقافة الدستورية ، وهو ما يعد مظهراً من مظاهر عولمة القانون الدستوري بشكل عام وعولمة القضاء الدستوري بشكل خاص، كما أن قيام القاضي الدستوري الوطني بتجميع وقراءة العديد من قرارات المحاكم الدستورية المتنوعة قد يساعده في تحقيق الإتقان القضائي لأحكامه ، فاستعمال القانون الدستوري الأجنبى لا ينطوى على انتهاك سيادة الدولة ، فالاستعمال يكون لتعزيز القرار القضائى الوطنى وليس لتوفير السبب القوى لهذا القرار

(سادسها) أن اللجوء للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن يبدو ملائما عندما تواجه الأنظمة القانونية المختلفة مشاكل مشابهة فى بيئات اجتماعية واقتصادية مشابهة ، ومن التطبيقات العملية لذلك مسلك المحكمة الدستورية البولندية فى حكمها فى قضية (K44-07) حيث قررت عدم دستورية نص في القانون الجوي البولندي يتعلق بإسقاط طائرة مدنية عندما تشكل تهديداً للأمن الوطني أو تستخدم في نشاط غير قانوني وبشكل خاص في هجوم إرهابي، فالمحكمة كان يجب عليها أن تحقق التوازن الصعب بين الأمن الوطني وحماية حقوق الإنسان (الكرامة والحياة الإنسانية)، لذلك أشارت المحكمة إلى أن الإرهاب أصبح مشكلة عالمية وبشكل

([1]) Jack Tsen – Ta Lee, Interpreting Bills of Rights: The Value of A comparative Approach, International Journal of Constitutional Law, Vol. 5(1), No. 122, Research Collection School of Law, 2007, Pp.78-.http://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=1523&context=sol_researc h،

خاص بعد أحداث ١١سبتمبر في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أن محاربة الإرهاب لا يمكن أن تبرر المعايير الأكثر تساهلاً عند تقييم نطاق القيود الممكنة على الحقوق الأساسية ، فضلاً عن أن القوانين الدولية(قرارات وإعلانات الأمم المتحدة والمجلس الأوروبي)، بالإضافة إلى الأحكام القضائية في بعض الأقطار الأوروبية وفي مقدمتها قرارات المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية، التي أكدت بأن الإرهاب لا يشكل دعوة لإعادة تفسير الحقوق الأساسية ، وفي خضم ذلك قررت المحكمة الدستورية البولندية نتائج مشابهة تم الوصول إليها استناداً إلى نصوص الدستور البولندي.([1])

(سابعها) كما أنه فى حالة اشتراك الدستور الوطنى مع دساتير أخرى وراثياً أو بشكل سلالي ، يكون اللجوء إلى تلك الدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى بشأنها ، أمرا مطلوبا فى التفسير الدستورى الوطنى ، فالدساتير ذات العلاقة الوراثية أو العائلية .كالدساتير العربية . يتأثر أحدها بصياغة الآخر أو أن كليهما تمت صياغته بموجب التأثر بدستور ثالث ، أما العلاقة السلالية فهي ظاهرة مختلفة حرفياً عن الظاهرة الأولى، وذلك عند ولادة أحد الأنظمة الدستورية من الآخر، أو عندما يشتق نظام دستوري معين من نظام دستوري آخر، كعلاقة القانون الدستورى الكندى بالقانون الدستورى البريطانى وكذا علاقة القانون الدستورى الأمريكى بالقانون الدستورى البريطانى ، فأعتراف الدستور الكندى بوجود حقوق للسكان الأصليين يحتاج لفهم القانون الدستورى للإمبراطورية البريطانية لتحديد محتوى تلك الحقوق ، كما أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية أكتسب مبادئ تتعلق بحقوق السكان الأصليين من قانون الأمبراطورية البريطانية، وبذلك فإنه عندما تنظر المحكمة العليا الكندية في قرارات المحكمة الإتحادية العليا للولايات المتحدة الأمريكية في مسائل تتعلق بحقوق السكان الأصليين، فإنها تستعمل العلاقات السلالية المشتركة بين الدستور الكندي والدستور الأمريكي كأساس لتوضيح المعنى الدستوري([2])،وهذا

---

[1]) د. عصام سعيد عبد العبيدى ، استشهاد القضاء الدستورى بالدساتير والأحكام الأجنبية ، المرجع ذاته ، ص٢٣٣.

[2]) د. عصام سعيد عبد العبيدى ، استشهاد القضاء الدستورى بالدساتير والأحكام الأجنبية ، المرجع ذاته ، ص٢٢٢.

يعني أن الاستشهاد بالقرارات القضائية الدستورية بالدول المشتركة مع الدستور الوطنى وراثيا أو سلاليا ، يعد ضرورياً أو على الأقل مفيداً في تحديد الأصول، الغرض، نطاق النص، وكذلك إدراك كيفية فهم النص في ضوء تغير الشروط عبر الزمن.

(ثامنها) الاستشهاد بالدساتير الأجنبية وأحكام القضاء الدستورى الأجنبى يساعد على إقامة الافتراضات الواقعية أو السياقات الأساسية المحيطة بالمسألة محل الدعوى المنظورة أمام المحكمة ، فعندما لا يسعفها النص الوطنى فتلجا إلى الاجنبى ، ومثال ذلك قضية (Muller Vs. Oregon 1908) ،حيث أكدت المحكمة الإتحادية العليا الأمريكية على الحق في حرية التعاقد، بدلاً من دعم قانون الساعات الأقصى لعمل المرأة في الغسيل، ولاحظت المحكمة بأنه يوجد اختلاف أصيل بين الجنسين، وفي هامش حكمها أستشهد القاضي بروير بمجموعة غزيرة من التشريعات والتقاريروالدراسات من الولايات المتحدة ومن سبع دول أوروبية ، وهذا الاستنتاج يعد تعزيزاً منطقياً لحكم المحكمة ، لكن لاحظ القاضى بروير ، أن تلك القوانين والدراسات لم تكن كلاماً فنياً أو لها قوة، ولم تناقش المسألة الدستورية المعروضة على المحكمة لتحديدها، لكنها وفرت المعرفة العامة للبنية المادية للمرأة والوظائف التي يمكن أن تقوم بها أو تطبقها، فهذه المعرفة العامة تستوعب الوقائع التي يمكن للمحكمة أن تأخذها بعين الاعتبار.([1])

(تاسعا) يساعد اللجوء للقانون الدستورى المقارن على أكتشاف النتائج العملية للقرار القضائى الوطنى المقترح ، فيكون مفيداً للقاضي الوطنى في تحديد ماهية النتائج العملية المترتبة على حكم معين، وهو ما نجد له صدى فى قضاء المحكمة العليا الأمريكية ، ففي قضية Washington Vs. Glucksberg 1997قررت المحكمة بأن الحق في مساعدة الطبيب للمريض على الانتحار لم يكن محمياً بموجب فقرة الوسائل القانونية السليمة في الدستور الأمريكي، ولهذا دعمت تحريم قانون واشنطن في المساعدة على الانتحار، إذ قام رئيس المحكمة بالرجوع إلى التجربة الهولندية ليعبر عن رأيه بأن ولاية واشنطن تخاف بشكل معقول من السماح للطبيب في المساعدة على الانتحار، الذي قد يؤدي إلى القتل بدافع الرحمة غير

[1] (https://supreme.justia.com/cases/federal/us/208412//case.html

الإرادي ([1])، ففي هذه القضية تم استعمال القانون الأجنبي لاكتشاف النتائج العملية للحكم المقترح، ولا شك أن المشاكل التي يثيرها تتعلق بالإتقان القضائي، ولاسيما إذا علمنا بأن مثل هذه القضايا تتطلب من القضاة أن يكونوا على علم واسع باستعمال القانون الأجنبي، كما هو الحال في القضية المذكورة التي تتطلب تقييم معقولية خوف الولايات في مسألة القتل بدافع الرحمة غير الإرادي، وهذا التقييم للنتائج العملية للحكم المقترح يعد صعباً ليس في الولايات المتحدة الأمريكية فحسب بل في أى بلد آخر.

(عاشرها) كما يساعد استعمال القانون الدستوري المقارن في التفسير الدستورى الوطنى على الشفافية والمحاورة القضائية ، إذ يتفاعل قضاة الدستورية بشكل عام من مختلف دول العالم على المستوى الشخصي وعلى مستوى مؤتمرات القضاة الدولية، وهذا يعني أن تتأثر المحاكم الدستورية إحداها بالأخرى عبر العالم ، وبذلك فإن المصادر الدولية والأجنبية تشكل بشكل حتمي القرارات القضائية الوطنية ، وهنا يكون اللجوء إلي القانون الدستورى المقارن أمرا لا مفر منه ، ففشل القضاء الدستوري في دولة من الدول في المشاركة في حوار قضائي دولي يمكن أن يكون سبباً في عدم اعتماد الدول الأخرى على أحكامه القضائية ، وهذا يعني أن الحوار القضائي الدولي أو الإقليمي بين المحاكم الدستورية قد يساعد على تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل في مسألة استعمال القانون الدستوري الأجنبي في تفسير الدساتير الوطنية ، كما يجب على القضاة أن يكشفوا عن وجهات نظرهم بقراءة ومناقشة قانون القضية الأجنبية، فعندما يقوم القضاء باستعمال القانون الأجنبي فعندئذٍ يملك الجمهور الحق في معرفته، فضلاً عن معرفة المسألة التي تستقدم وسياقها وتسبيبها ، فالقضاة يجب أن يكونوا راغبين في الدفاع عن قراراتهم([2]) ، وهو ما أوضحه سكاليا Scalia قاضي المحكمة الإتحادية العليا في الولايات

---

[1]) https://www.nationalcenter.org/Washington.html

[2]) Austen. L. Parrish, Storm A Teacup: The US Supreme Court use of Foreign Law, Vol. 2007, No: 2, Pp. 674675-: http://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/20072//Parrish.pdf

المتحدة الأمريكية وآخرون عندما أكدوا بأن" القضاة يجب أن يفسروا المواد القانونية الأجنبية كما يريدون دون أن يستشهدوا فيها بآرائهم".([1])

الفصل الرابع
موقف المحاكم الدستورية من اللجوء للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى الأجنبى.

بالرجوع للأحكام الصادرة من المحاكم الدستورية فى العديد من الدول، نجد أن هناك إتجاه متنامى نحو عالمية الدساتير وعالمية القضاء الدستورى، خاصة فيما يتعلق بمجال الحقوق والحريات ، وذلك بالاستشهاد بالنصوص الدستورية الأجنبية أو تفسيرات القضاء الدستورى لتلك النصوص ، رغم عدم وجود نص دستورى صريح يمنح المحاكم الدستورية مكنة الرجوع للدساتير الأجنبية أو أحكام القضاء الدستورى المقارن . على النحو مار البيان . ، فتلك المحاكم تراقب فى النهائية مدى توافق القوانين الوطنية مع الدستور الوطنى وليس مع الدساتير الأجنبية ، ومن التطبيقات العملية لهذا الإتجاه قضاء المحكمة العليا الأمريكية في قضية (Trop) Vs. Dulles 1958، حيث قررت المحكمة أن فقدان الجنسية أو المواطنة كعقوبة لجريمة الفرار من الخدمة العسكرية في زمن الحرب هو قرار مخالف للدستور، حيث أعلن رئيس القضاة وارن (Warren) بأن الأمم المتمدنة في العالم تعترض على فكرة انعدام الجنسية كعقوبة. ([2])

وبالرجوع للمحكمة الدستورية الألمانية نجدها تلجأ إلى دساتير الدول المجاورة لها لتدعيم حكمها ، ومن بواكير أحكامها فى هذا الشأن حكمها فى قضية (KPD)عام ١٩٥٦م ، الذى حظرت بموجبه الحزب الشيوعي الألماني بقولها " أن المنطق الدستوري في هذه البلدان الديمقراطية الغربية...يقر بأن المواطنين أحرار أو كما هو بموجب الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧م ، الذي شجع على تشكيل الأحزاب السياسية من دون قيود...لكنه أكد بأن

---

[1]) الإشارة السابقة.

[2])http://www.eji.org/files/Trop%20v.%20Dulles.pdf

الديمقراطيات الحرة لا يمكن أن تتجاهل بشكل متساوٍ المشاكل السياسية والعملية لاستثناء الأحزاب المعادية للنظام الدستوري من الحياة العامة...فالحزب الشيوعي قد تم حظره في فرنسا وسويسرا في عامى ١٩٣٩م و١٩٤٠م بواسطة أنظمة الحكومة، وفي الولايات المتحدة كان مطلوباً من الحزب أن يسجل لكي يتم السماح للسلطات العامة بمراقبة نشاطه بفعالية كتنظيم هدَام".(١)

وفي قضية (Luth) عام ١٩٥٨م طبقت المحكمة الدستورية الألمانية المادة الخامسة من الدستور الصادر عام ١٩٤٩م المتعلقة بضمان حرية التعبير، وقضت بإلغاء أمر المنع الذي أصدرته محكمة ألمانية ضد (Luth) السياسي الألماني الذي دعا إلى مقاطعة الفيلم الذي أعده منتج سابق لأفلام الدعاية النازية سيئة السمعة، وأستشهدت فى حكمها فى تلك القضية بالموقف المشهور لقاضي المحكمة العليا الأمريكية كاردوزو Cardozo الذي اعتبر فيه أن حرية التعبير هي" الشرط الذي لا يمكن الاستغناء عنه من بين كل الأشكال الأخرى للحرية" ، كما استشهدت المحكمة أيضاً بالمادة (١١) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩م الذى نص على أنه "حرية التعبير عن الأفكار والآراء هي واحدة من أغلى حقوق الإنسان، بها يستطيع كل مواطن التحدث والكتابة والنشر بحرية ما لم يقع التعسف في استعمال هذه الحرية وفقاً للحالات التي يحددها القانون".(٢)

وفي عام 2007 قررت المحكمة الدستورية الألمانية دستورية متطلبات الإفصاح المالي لأعضاء البرلمان، فالمصلحة العامة في الشفافية تفوق المصالح الخصوصية لأعضاء البرلمان، ووجدت المحكمة بأن هذه الموازنة كانت متماشية مع التطورات الدولية، لأن الديمقراطيات التمثيلية قد شرَعت بازدياد قواعد أكثر دقة للحماية ضد التأثير المالي على القرارات البرلمانية، وبعد ذلك ميَّزت المحكمة بين قواعد الإفصاح البرلماني، والعلانية العامة للعائدات الضريبية، ومحظورات دخل النشاط الخارجي ، وأقرت المحكمة قيوداً متعددة من

---

(١) Jabor Halmai, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, 2012.p. 1337.

(٢) The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments, The Law Library of Congress, 2010, P.42 ،

البلدان التي تم الرجوع إلى نظامها القانونى ، ففيما يتعلق بالإفصاح للجمهور، رجعت المحكمة الدستورية الألمانية إلى الولايات المتحدة الأمريكية وبولندا وبعض بلدان أوروبا الشرقية ، أما فيما يتعلق بالإفصاح عن الذمة المالية لرئيس البرلمان، فقد رجعت المحكمة إلى إيطاليا ,وفيما يتعلق بعلانية العائدات الضريبية أشارت المحكمة إلى السويد والنرويج وبعض المقاطعات السويسرية ، وفيما يتعلق بالقيود على دخل النشاط الخارجي رجعت المحكمة إلى هولندا وإسبانيا ، وقد خلصت المحكمة بأنه في ضوء تلك القوانين الأجنبية، فإن قواعد الإفصاح الألمانية تعد مقبولة ولا يمكن الاعتراض عليها.([1])

كما أنه لجأت المحكمة الدستورية المجرية إلى القضاء الدستورى الأجنبى، مستندة إلى النموذج الألماني للكرامة الإنسانية كنموذج ملائم، وجعلته أداة للتفسير الفعال للدستور المجرى، وعلى هذا الأساس طورت المحكمة مفهومها المستقل للكرامة الإنسانية، كما هو الحال في قرارها رقم (٨/١٩٩٠م) حيث أعلنت عدم دستورية نص في قانون العمل يخوِّل اتحادات العمل بأن تمثل العمال، حتى ولو لم يكونوا أعضاء في تلك الاتحادات، أو حتى ضد إرادتهم الصريحة ومن دون سلطتهم المستقلة في توكيل المحامي، ولقد استندت المحكمة في إلغاء هذا النظام إلى مبدأ الكرامة الإنسانية، الذي يعد تعبيراً عن الحقوق العامة للأفراد، علماً بأن هذا الحق لم يظهر في الدستور إلا أنه مستنبط من الحق في الكرامة الإنسانية، مثله في ذلك مثل الحق في الولادة أو الحق في التسمية، والذي يمكن للمحاكم وعلى رأسها المحكمة الدستورية أن تستشهد به للدفاع عن استقلال الفرد([2]) ، وأيضا قرارها رقم (٣٦/١٩٩٤م) حيث ألغت المحكمة بموجبه بأثر فوري، نصاً في القانون الجنائي يشير إلى أن" قذف سلطة الدولة أو الشخص في الوظيفة العامة" يشكل جريمة، وهو نص تشريعي تم بموجبه ملاحقة سياسيين وعلماء اجتماع وغيرهم ممن أنتقدوا رؤساء الحكومات في البلاد، وقد تمت إدانة وسجن الكثير منهم بموجب ذلك ، وفي هذا القرار أعتمدت المحكمة على قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق

[1]) د. عصام سعيد عبد العبيدى ، استشهاد القضاء الدستورى بالدساتير والأحكام الأجنبية ، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

[2]).-Jabor Halmai, Op. Cit, Pp.13411342

الإنسان وقضاء المحكمة الإتحادية العليا الأمريكية، الذي ميز بين انتقاد السياسيين والشخصيات العامة وما بين التعدي على الأفراد، حيث أشارت المحكمة إلى وجوب تحقيق توازن مع مصلحة المجتمع من أجل ضمان المناقشة الحرة والمفتوحة في الشؤون العامة. (١)

كما نجد المحكمة الدستورية في رومانيا تلجأ إلى قرارات المحاكم الدستورية فى الدول الأخرى لتدعيم حكمها ، ومثال ذلك قرارها رقم (١٠٧/١٩٩٥م) المتعلق بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٧م الخاص بالتقاعد والمساعدة الاجتماعية، حيث تم الدفع بعدم دستورية هذا القانون بحجة معارضته لمبدأ المساواة، كونه ينص على أن النساء يمكن أن يتقاعدن في سن الستين، ويجب أن يتقاعدن في سن الثانية والستين، بينما يمكن للرجال أن يتقاعدوا في سن الخامسة والستين، ويجب أن يتقاعدوا في سن السابعة والستين، وقد استندت المحكمة إلى أحكام المحكمة الدستورية النمساوية والمحكمة الدستورية الألما ،بقولها " المحكمة الدستورية النمساوية ذهبت إلى أن مبدأ المساواة على أساس الجنس يفرض التشابه في سن التقاعد، إلا أن السلطة التشريعية رفضت وجهة النظر هذه ، أما المحكمة الدستورية الألمانية فقد ذهبت إلى أن الاختلاف في سن التقاعد مبرر على أساس الحقائق المهنية والاجتماعية" (٢) ، بعد ذلك توصلت المحكمة الدستورية الرومانية إلى دستورية هذا الاختلاف، على أساس أن سن التقاعد بين الجنسين يرتكز على الحقائق الاجتماعية والمهنية.

كما أن المحكمة الدستورية الرومانية في قراريها رقمى (٨٧٢/٢٠١٠م) و(٨٧٤/٢٠١٠م) قررت عدم دستورية قانون تخفيض المعاش بنسبة ١٥% لأن الحق في المعاش من الحقوق الأساسية لكل فرد، ولتدعيم وتعميق وجهة نظرها استشهدت المحكمة بقرارات المحاكم الدستورية الأجنبية، بقولها " المحكمة الدستورية الهنغارية في قرارها رقم (٤٥٥/ب/١٩٩٥م) قررت بأن

---

(١) الإشارة السابقة.

(٢) Elena Simina Tanasescu and Stefan Deaconu, Romania: Analogical Reasoning as A Dialectical Instrument, Oxford and Portland, Oregon, 2013, P.332، http://www.unibuc.ro/prof/deaconu_s/docs/res/2013iunThe_Use_of_Foreign_Precedents_by_Constitutional_Judges.pdf.

مبلغ المعاش المحسوب طبقاً لقواعد الأمن الاجتماعي في الدولة لا يمكن تقييده، كما قررت المحكمة الدستورية الهنغارية في قرارها رقم (٢٧٧/ب/١٩٩٧م) بأن تغيير مبلغ المعاش من جانب واحد هو إجراء غير دستوري، وبالإضافة إلى ذلك قررت المحكمة ذاتها بأن المعاش حق مكتسب، وأن تغيير مبلغه غير دستوري، علماً أن نفس الاعتبارات قد تم وضعها من قبل المحكمة الدستورية في لاتفيا وفقاً لقرارها رقم (٢٠٠٩/٤٣/١م) فى ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩م ".([1])

كما جسدت المحكمة العليا الكندية الإنفتاح على القضاء الدستورى الأجنبى في العديد من القضايا ، منها قضية (UFCW Vs. Kmaet Canada 1999) المتعلقة بالتشريع الفيدرالي المنظم لعلاقات العمل، الذي عرف الأعتصام ليشمل توزيع المنشورات، فقد بيَّنت المحكمة بأنه بعد مراجعة القضايا الأجنبية، ولاسيما في الولايات المتحدة الأمريكية، التي ميَّزت بين الاعتصام وتوزيع المنشورات، فإنها(أي المحكمة العليا الكندية)قد اتبعتها في الحكم من خلال بيانها بأن وجود القيود الكندية على توزيع المنشورات أمر ينتهك حرية التعبير المضمونة في الميثاق الكندي للحقوق والحريات ([2]) ، وقد دفع هذا الأمر بقضاة المحكمة العليا الكندية إلى مواجهة رئيس قضاة المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية ريهنكويست (Rehnqust) فى عام ١٩٩٩م بالقول بأنهم يستشهدون بقرارات المحكمة الإتحادية العليا الأمريكية، فلماذا لا تستشهد هذه الأخيرة بالقرارات التي تصدرها محكمة بلادهم ([3]) أى لماذا لا تكون هناك معاملة بالمثل؟

كما نجد جنوب أفريقيا التى تحولت من التمييز العنصري إلى الديمقراطية الدستورية، تأثرت كثيراً بالاستعارات

الدستورية من الأنظمة الدستورية الأخرى ، فمكَّن الدستور الدائم المحكمة الدستورية صراحة من الرجوع إلى القانون الدولي أو القانون الأجنبي لغرض تفسير وثيقة الحقوق في المجتمع الديمقراطي والمفتوح، فضمن قرارها التاريخي في قضية The State Vs. T.

---

[1]) الإشارة السابقة.

[2]) https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1722/index.do

[3]) The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments, The Law Library of Congress, March 2010, P.15 https://www.loc.gov/law/help/domestic-judgment/impact-of-foreign-law.pdf.

Macwanyane and M. Mchunu 1994، فحصت المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا دستورية نص في قانون الإجراءات الجنائية المتعلق بعقوبة الإعدام في علاقته مع المادة الثامنة من الدستور ، والخاصة بالمساواة أمام القانون ، والمادة التاسعة الخاصة بالحق فى الحياة ، والمادة العاشرة الخاصة بحماية الكرامة الإنسانية ، والمادة (١١) الخاصة بالعقوبة والمعاملة القاسية وغير الإنسانية أو المهينة، حيث استعملت المحكمة التقييم النقدي للقضاء الدستوري لدول مختلفة فيما يتعلق بعقوبة الإعدام، إذ قامت أولاً بفحص قرارات المحكمة الإتحادية العليا الأمريكية التي تؤكد دستورية عقوبة الإعدام بحيث لا توجد عقوبة قاسية أو غير اعتيادية، والموضوع الثاني للمقارنة كان الدستور الهندي لعام ١٩٤٩م وقضاء المحكمة العليا الهندية الذي لم يكن معتبراً لإيجاد التوافق لحل مشكلة عدم دستورية عقوبة الإعدام بموجب النظام الدستوري لجنوب أفريقيا، وبشكل مخالف رجعت المحكمة إلى قرارين للمحكمة العليا الكندية في قضية1992 Kindler Vs. Kanada اللذين حددا عقوبة الإعدام بأنها عقوبة قاسية وغير اعتيادية تضر بالكرامة الإنسانية، وقرار المحكمة الدستورية المجرية لعام ١٩٩٢م الذي أعلن بأن عقوبة الإعدام تنتهك كلاً من الحق في الحياة والكرامة الإنسانية، لتتوصل المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا إلى عدم دستورية عقوبة الإعدام.([1])

وفي قضية South Africa Assn. of Personal Injury Lawyers Vs. Health 2001 استشهدت المحكمة الدستورية لجنوب أفريقيا بالقانون الأجنبي لتوضيح النسق العام لمبدأ فصل السلطات بإشارتها إلى أن"دستوري الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا مثل دستورنا، يتضمنان النص المتعلق بفصل السلطات بواسطة منح السلطة التشريعية للمشرع، والسلطة التنفيذية للهيئة التنفيذية، والسلطة القضائية للمحاكم، إذ طبِّق مذهب فصل السلطات في الولايات المتحدة الأمريكية بالاعتماد على الاستنباطات المستخرجة من بنية ونصوص الدستور أكثر من الذكر الصريح للمبدأ، وفي هذا الصدد فإن دستورنا لا يختلف عن

[1]) http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/19953/.html

ذلك"([1])،وفى قضية Doctors for LifeInt L. Vs. Speaker of Nat. L. Assembly 2006، استشهدت المحكمة ذاتها بالقانون الألماني لتقرير مسؤولية المجلس الوطني للأقاليم، الهيئة الإقليمية التشريعية الثانوية، لعقد جلسة استماع علنية وإشراك الجمهور، وذلك لأن المجلس الوطني للأقاليم الجنوب إفريقي يشترك بالعديد من خصائصه البنيوية مع الهيئة الإقليمية الألمانية التي تسمى مجلس الولايات . البوندسترات . ([2])

الفصن الخامس

موقف النظام الدستورى المصرى من رجوع القاضى الدستورى للدساتير الأجنبية وأحكام القضاء الدستورى الأجنبى والمواثيق الدولية.

خلى الدستور المصرى الحالى لعام ٢٠١٤م . والدساتير السابقة عليه . وقانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م من أية نص يسمح للمحكمة الدستورية العليا أو يمنعها من الرجوع للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن عند تفسيرها الدستور المصرى ، تمهيدا لتكوين قضاتها لعقيدتهم فى المسألة الدستورية المثارة أمامها ، وبالرجوع لموقف المحكمة نجدها لم تشير من قريب أو بعيد إلى أنها تراقب مدى دستورية القوانين واللوائح وفقا لدستور آخر بخلاف الدستور المصرى ، فنجدها تقر صراحة بأن مخالفة التشريع للمبادئ المطبقة فى دولة من الدولة لا تعد مخالفة دستورية ، بقولها " مخالفة النص التشريعى المطعون فيه لمبادئ معمول بها فى بعض الدول ، لا ترقى فى ذاتها إلى مرتبة المخالفة الدستورية ، ذلك أن المفاهيم التى تصوغ بعض الدول تشريعاتها على ضوئها لا تعتبر بمثابة نصوص دستورية

([1]) Jacob Foster, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: □-Lessons from South Africa, University of San Francisco Law Review, Vol.45, 2010,p.98.

([2]) Jacob Foster, Op. Cit, P.104.

مندمجة فى دستور جمهورية مصر العربية ، ولا تستنهض بالتالى ولاية المحكمة الدستورية العليا".([1])

كما يستفاد مسلك المحكمة بإقتصار رقابتها الدستورية على التحقق من مدى مطابقة القوانين للدستور المصرى فقط دون غيره، من العديد من أحكامها، ومنها قولها " تستهدف الرقابة الدستورية أصلا صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه، إذ أن نصوص هذا الدستور تمثل دائما القواعد والأصول التى يقوم عليها النظام العام فى المجتمع بحسبانها أسمى القواعد الآمرة التى تعلو على ما دونها من تشريعات، ومن ثم يتعين التزامها، ومراعاتها، وإهدار ما يخالفها من تشريعات . أيا كان تاريخ العمل بها . لضمان اتساقها والمفاهيم التى أتى بها، فلا تتفرق هذه القواعد فى مضامينها بين نظم مختلفة يناقض بعضها بعضا بما يحول دون جريانها وفق المقاييس الموضوعية ذاتها التى تطلبها الدستور القائم كشرط لمشروعيتها الدستورية".([2])

---

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٣/٦/١٩م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١٦٠٦.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٦١ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/٢/٣م، وفى المعنى ذاته حكمها فى الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/٥/٥م، وحكمها فى الدعوى رقم ٢١ لسنة ٣٧ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/٦/٢م، وحكمها فى الدعوى رقم ١١٨ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١٢/١م، وحكمها فى الدعوى رقم ١٠٠ لسنة ٣٨ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١٢/١م، وحكمها فى الدعوى رقم ١٧٩ لسنة ٣٧ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٣/٢م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثانى، ص ١٦٢٩ و١٦٣٠،وفى حيثية أخرى تكاد تكون متطابقة مع تلك مار بيانها" الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التى تضمنها الدستور ، إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره ، ذلك أن هذه الرقابة إنما تستهدف أصلا صون هذا الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه ، باعتبار أن نصوصه تمثل القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها ، وإهدار ما يخالفها من تشريعات ، لكونها أسمى القواعد الآمرة ، وتقتضى الطبيعة الآمرة لقواعد الدستور ، وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية ، وضبطها للقيم التى ينبغى أن تقوم عليها الجماعة ، تقتضى إخضاع القواعد القانونية جميعها ، وأيا كان تاريخ العمل بها لأحكام الدستور القائم ، لضمان اتساقها والمفاهيم التى أتى بها ، فلا تتفرق

هذه القواعد فى مضامينها بين نظم مختلفة يناقض بعضها البعض بما يحول دون جريانها وفق المقاييس الموضوعية ذاتها التى تطلبها الدستور القائم كشرط لمشروعيتها الدستورية"(حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٨٤ لسنة ٣٥ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٦/٩/٢٤م ، وحكمها فى الدعوى رقم ١١٤ لسنة ٢٩ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٧/١/١٤م ، وحكمها فى الدعوى رقم ١٥٣ لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٧/٢/٤م ، وحكمها فى الدعوى ٤٢ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/٦/٢م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٤٤ لسنة ٢٨ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١٠/١٣م ، وحكمها فى الدعوى رقم ١٨٦ لسنة ٣٣ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١٠/١٣م ، وحكمها فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية " بجلسة ٢٠١٨/١٠/١٣م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٠٢ لسنة لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١١/٣م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٢ لسنة ٣٨ قضائية "دستورية " بجلسة ٢٠١٨/١١/٣م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٠٧ لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١٢/١م ، وحكمها فى الدعوى رقم ١٣٢ لسنة ٣٧ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٢/٢م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٧ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٣/٢م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٤/٦م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٩٨ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٥/٤م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٣٩ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٧/٦م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٩١ لسنة ٣٠ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/١١/٢م ، وحكمها فى الدعوى رقم ١٥٦ لسنة ٣٤ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/١١/٢م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١٦٢٦ و١٦٢٧) وفى حيثية أخرى " رقابة المحكمة الدستورية العليا للنصوص التشريعية المطعون عليها رقابة شاملة تستهدف بها المحكمة بحث دستوريتها عن طريق ردها إلى أحكام الدستور جميعا تغليبا لتلك الأحكام على ما دونها وتؤكيدا لسموها على ما عداها لتظل الكلمة العليا للدستور باعتباره القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم فيحدد للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية صلاحياتها ، واضعا الحدود التى تقيد أنشطتها ، وتحول دون تدخل كل منها فى أعمال الأخرى ، مقررا الحقوق والحريات العامة مرتبا ضماناتها"(حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٧٦/٧/٣م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٩٣ لسنة ٤ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٨٤/٢/١٨م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/٨/٥م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٧٦ لسنة ٢٩ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٧/١٠/١م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٧٢ لسنة ٢٨ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٧/٥/٦م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ص ١٦٠٠)

ورغم قول المحكمة الدستورية العليا مار بيانه، إلا أن لمسلكها قول آخر، فنجدها تستند فى أحكامها لدساتير العديد من الدول، كدستور أمريكا وألمانيا والأردن وتركيا ولبنان وتونس والمغرب والكويت واليمن وسوريا والبحرين والجزائر، وهو ما ذهبت إليه فى أحد أحكامها، بقولها " حفلت المواثيق الدولية بالنص على حق المواطنين فى تكوين الجمعيات، ومن ذلك نص المادة (٢٠) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى تمت الموافقة عليه وإعلانه بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٩٤٨/١٢/١٠م، والعهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذى حظر . بصريح الفقرة الثانية من المادة (٢٢) . فرض قيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التى ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية فى مجتمع ديمقراطى لصيانة الأمن القومى أو السلام العام أو النظام العام أو حماية المصلحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرماتهم، **كما عنيت الدساتير المقارنة بالنص على هذا الحق فى وثائقها، فهو مستفاد مما تضمنه التعديل الأول الذى أدخل على دستور الولايات المتحدة الأمريكية فى ١٧٩١/١٢/١٥م والذى قرر الحق فى الإجتماع، ونص عليه صراحة الدستور القائم فى كل من : ألمانيا والأردن وتركيا ولبنان وتونس والمغرب والكويت واليمن وسوريا والبحرين والجزائر".([1])**

كما أنه فى حكم آخر استعانة المحكمة بنصوص دستورية أجنبية كالدستور الهندى والدستور الأمريكى، للتدليل على صحة ما تنتهي إليه من تفسير واسع لأحد المبادئ الواردة في الدستور المصرى، وهو ما يستفاد من قولها" الضريبة العامة يحكمها أمران لا ينفصلان عنها، بل تتخذ دستوريتها على ضوئهما معاً.....ولازم ذلك أن تتقيد السلطة التنفيذية بالقواعد والضوابط التي ألزمتها السلطة التشريعية بها في مجال الإنفاق العام، فلا يكون إسرافاً أو تبديداً أو إرشاءً أو إغواء، بل منضبطا وأميناً، مقتصداً ورشيداً، وهي بعد قواعد لا يجوز على ضوئها جر مبالغ من الخزانة العامة قبل تخصيصها وفقاً للقانون، بما يكفل رصدها على الأغراض

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٨٤ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٢/٢م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثالث، ص ٢٦٨٢.

التي حددها، والتي لا يجوز أن تتحول عنها السلطة التنفيذية، أو أن تعدل فيها بإرادتها المنفردة، ولو واجهتها ضرورة تقتضيها إنفاق أموال غير مدرجة بالموازنة العامة أو زائدة على تقديراتها، **وتؤكد هذه المعاني بعض الدساتير الأجنبية كالدستور الأمريكي، ذلك أن الفقرة السابعة من الفصل التاسع من مادته الأولى صريحة فى حظرها إخراج أموال من الخزانة العامة إلا بعد تخصيصها وفقاً للقانون، وهي عين القاعدة التي كفلتها الفقرة الثالثة من المادة (١١٤) من دستور الهند**، وتدل عليها كذلك أحكام المواد (١١٥ و١١٦و١٢٠) من دستور جمهورية مصر العربية ".([1])

وفى بعض الأحيان نجد المحكمة الدستورية العليا تصرح بأن ما تذهب إليه بمدونات حكمها يتفق مع الدساتير المقارنة دون ذكر دستور بعينه، وهو ما يعنى أنها قضاتها عادوا إلى دساتير العالم وأجروا مقارنة بينها وسطروا بحكمهم خلاصة ما انتهوا إليه، وهو ما يستفاد من قولها " **عنيت المواثيق الدولية ودساتير الدول المختلفة العربية والأجنبية على ترسيخ المفهوم الديمقراطى للنقابات**، ودورها فى الضمير العالمى والوطنى، وتمهيد الطريق أمامها للنهوض بواجباتها فى خدمة المجتمع، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٩٤٨/١٢/١٠م من أن " لكل شخص الحق فى أن ينشئ وأن ينضم إلى نقابات حماية لمصلحته "، كما نصت المادة (٢٢) من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن " لكل فرد حق فى تكوين الجمعيات مع الآخرين بما فى ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه، ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسته هذا الحق إلا تلك التى ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية فى مجتمع ديمقراطى لصيانة الأمن القومى أو السلام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم "، وعلى الهدى ذاته رددت الوثائق الدستورية فى عديد من الدول على اختلاف نظمها لسياسية

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" بجلسة السبت ٨ إبريل سنة ١٩٩٥م، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ١٦ بتاريخ ١٩٩٥/٤/٢٠م.

وتوجهاتها الاقتصادية، وموروثاتها الثقافية مفاهيما وأحكاما قاطعة الدلالة على أن حق تكوين النقابات على أسس ديمقراطية، إنما هو من الأصول الدستورية التى لا مراء فيها".([1])

ثم نجد المحكمة تعلن أن الحقوق الممنوحة للمواطنين يجب ألا تقل عما هو معترف به فى الدول الديمقراطية دون ذكر دولة بعينها وهو ما يعنى أنها رجعت للأنظمة القانونية فى العديد من الدول وأجرت مقارنة بينها ونقلت لنا خلاصة نتائجها بحيثيات حكمها، وهو ما يقطع بتأثير تلك الأنظمة القانونية الأجنبية . ومن بينها دساتيرها . فى عقيدة قضاة المحكمة، وهو ما يستفاد من قولها" لا يجوز للدولة القانونية فى تنظيماتها المختلفة أن تنزل بالحماية التى توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام فى الدول الديمقراطية، ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها قيودا تكون فى جوهرها أومداها مجافية لتلك التى درج العمل فى النظم الديمقراطية على تطبيقها، بل أن خضوع الدولة للقانون محددا على ضوء مفهوم ديمقراطى، مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق التى تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى كفلها الدستور فى المادة (٤١) منه واعتبرها من الحقوق الطبيعية التى لا تمس، من بينها ألا تكون العقوبة الجنائية التى توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة فى ذاتها أو ممعنة فى قسوتها أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة أو متضمنة معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد، كذلك فإنه مما رأينا فى مفهوم الدولة القانونية على النحو السالف بيانه أن تقرر الدولة سريان عقوبة تأديبية بأثررجعى، وذلك بتطبيقها على

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٩٩ لسنة ٢٧ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٢/٣/٤م وحكمها فى الدعوى رقم ١٩٨ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١١/١/٢م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثالث، ص ٢٦٨٠.

أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنبا إداريا مؤخذا عليه بها، مثلما هو الحال فى الدعوى الراهنة".([1])

وهو ما يستفاد من حيثية أخرى للمحكمة بقولها "كفل الدستور فى مادته السابعة والستين الحق فى المحاكمة المنصفة بما تنص عليه من أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وهو حق نص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فى مادتيه العاشرة والحادية عشرة، التى تقرر أولاهما: أن لكل شخص حقا مكتملا ومتكافئا مع غيره فى محاكمة علنية ومنصفة تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة، تتولى الفصل فى حقوقه وإلتزاماته المدنية، أو فى التهمة الجنائية الموجهة إليه، وتردد ثانيتهما: فى فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية فى أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه، وهذه الفقرة السابقة هى التى تستمد منها المادة (٦٧) من الدستور أصلها، وهى تردد قاعدة أستقر العمل على تطبيقها فى الدول الديمقراطية، وتقع فى إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوما للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها فى الدول المتحضرة، وهى بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية،.....".([2])

---

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٢/١/٤م، الجريدة الرسمية العدد ٤ بتاريخ ١٩٩٢/١/٢٣م.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٢/٢/٢م، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/٧/٣م، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/١٢/٢م، وحكمها فى الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٦/١١/١٦م، وحكمها فى الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٢/١م، وحكمها فى الدعوى رقم ١٩٦ لسنة ٣٥ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٤/١١/٨م، وحكمها فى الدعوى رقم ٧٨ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م، وحكمها فى الدعوى رقم ٨٨ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص

وسارت المحكمة على النهج ذاته بخصوص تنظيم الرقابة الدستورية، حيث تنطق حيثياتها بأفصاح جهير عن إجراء المحكمة مقارنة بين تنظيم الرقابة الدستورية فى العديد من الدول، ثم تسطر بمدونات حكمها خلاصة ما انتهت إليه، وهو ما يستفاد من قولها " فى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية لا يجوز أن تفصل الهيئة التى تتولاها فى دستورية نص تشريعى فى غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد آوان إرسائها أو قاعدة دستورية تجاوز باتساعها أو مداها الحدود التى يستلزمها الفصل فى النزاع المعروض عليها، وليس لها كذلك الفصل فى المسائل الدستورية التى يثيرها النص التشريعى المطعون عليه، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاياه أو كانت الأضرار التى رتبها لا تتصل بالمصالح التى يدعيها اتصالا شخصيا ومباشرا أو كان ممكنا حمل حكمها فى النزاع المطروح عليها على أساس آخر، وعليها دوما . وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الدستورية . أن تستوثق مما إذا كان ممكنا تأويل النص التشريعى المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته". (١)

كما أنه بتتبع أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية نجد أنها أحيانا تستند فى قضائها على القضاء الدستورى المقارن، وهو ما يستفاد من قولها" **فسر القضاء الأمريكى بعض النصوص الواردة فى الدستور الأمريكى**، بأن لها ظلالا، تنبثق منها مناطق من الحياة الخاصة تعد من فيضها، وتؤكدها كذلك بعض الحقوق التى كفلها هذا الدستور، ولم يكن غريبا فى إطار هذا الفهم . وعلى ضوء تلك الأهمية . أن يستخلص القضاء فى بعض الدول ذلك الحق من عدد

---

٤١٢ . ٤١٤، وفى ذات المعنى حكمها فى الدعوى رقم ١٩٦ لسنة ٣٥ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٤/١١/٨م، وحكمها فى الدعوى رقم ٧٨ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م، وحكمها فى الدعوى رقم ٨٨ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م، وحكمها فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١٠/١٣م الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص ٤١٥.

[١]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٤/٨/١٤م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثالث، ص ٢٥٢٥و٢٥٢٦.

من النصوص الدستورية التى ترشح مضموناتها لوجوده، وذلك من خلال ربطها ببعض وقوفا على أبعاد العلاقة التى تضمها، فالدستور الأمريكى لا يتناول الحق فى الخصوصية بنص صريح، ولكن القضاء فسر بعض النصوص التى ينتظمها هذا الدستور بأن لها ظلالا، لا تخطئها العين، وتنبثق منها مناطق من الحياة الخاصة تعد من فيضها، وتؤكدها كذلك بعض الحقوق التى كفلها ذلك الدستور، من بينها حق الأفراد فى الاجتماع، وحقهم فى تأمين أشخاصهم وأوراقهم ودورهم ومتعلقاتهم فى مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر، وحق المتهمين فى ألا يكونوا شهودا على أنفسهم توقيا لإدلائهم بما يدينهم، وكذلك ما نص عليه الدستور الأمريكى من أن التعداد الوارد فيه لحقوق بذواتها، لا يجوز أن يفسر بمعنى استبعاد أو تقليص غيرها من الحقوق التى احتجزها المواطنون لآنفسهم "([1])

كما ذهبت المحكمة أيضا إلى أن بعض الحقوق والحريات التي لم يتضمنها الدستور صراحة هي فروع لأصول منصوص عليها، مثال ذلك أن الحرية الشخصية أصل يتفرع عنه حرية التعاقد، وفي سبيل ذلك أشارت المحكمة إلى عبارة "**القضاء المقارن**" وكأنها أجرت مقارنة بين قضاء العديد من الدول للتوصل إلى هذه النتيجة، حيث قضت بأن"حرية التعاقد، قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوناً للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائن يحمل على ما لا يرضاه، بل يكون بشراً سوياً، بيد أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القضاء المقارن حقاً طبيعياً لازماً لكل إنسان تطويراً لإرادة الخلق والإبداع، وانحيازاً لطرائق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر اطمئناناً لغده، يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان، فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقاً موصوفاًA Qualified Right ، ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يدنيها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها، بين

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/٣/١٨م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثالث، ص ٢٢٨٥.

تمردها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها، بين مروقها مما يحدد اندفاعها، وردها إلى ضوابط لا يمليها التحكم، وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع عليها، تقديراً بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضرورياً لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتضى". (١)

وسارت المحكمة على النهج ذاته فى تحديدها لمفهوم المرفق العام، بقولها" **يؤكد القضاء المقارن**، إطراده على أن الأعمال التى تفقد اتصالها بالمصلحة العامة، وكذلك تلك التى تكون ربحيتها غرضا مقصودا أصلا من مباشرتها، لا تعتبر مرفقا عاما، على تقدير أن هذه المرافق لا تباشر نشاطها أصلا إلا من خلال خضوعها لقواعد القانون العام، وحتى عند من يقولون بأن هذا القانون ليس بالضرورة قانون هذه المرافق، وأن من الأفضل التركيز على لجوئها إلى وسائل القانون العام فيما تتولاه من الأعمال، فإن إدارة أموال الدومين الخاص تظل نائية بطبيعتها عن مفهوم المرفق العام، بالنظر إلى هذه الأموال مشبهة فى خصائصها ونظامها القانونى بالملكية الخاصة، وأن إدارتها لا تتم أصلا إلا بوسائل القانون الخاص التى تلائم أغراض استخدامها واستثمارها، وذلك مؤداه : أن المرفق العام لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التى يباشرها، ومردودها، ونظم إدارتها، وأن ما يعتبر معيارا ماديا لهذا المرفق إنما يتصل بطبيعة الأعمال التى يؤديها، ولا يجوز بالتالى أن تختلط بالجهة التى تقوم على إدارتها، فقد تكون شخصا عاما، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص". (٢)

كما أعتبرت المحكمة الدستورية العليا المواثيق الدولية مجرد توصيات غير ملزمة، بما فى ذلك الإعلان العالمى

---

١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٨/٢م، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم ٣٣ بتاريخ ١٩٩٧/٨/١٤م.

٢) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٨/٥/٩م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثالث، ص ٢٥٧٢.

لحقوق الإنسان . وذلك فى أحكامها الصادرة قبل تمتعه بالقيمة الدستورية بموجب دستور ٢٠١٤م([1]) .، وهو ما يستفاد من قولها " لا يعدو الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٨م ووقعته مصر، أن يكون مجرد توصية غير ملزمة وليست لها قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها، وحتى بالنسبة إلى هذه المعاهدات فإن صدور قانون داخلى بأحكام تغايرها لا ينال من دستوريته ذلك أن المعاهدات ليست لها قيمة الدساتير وقوتها ولا تجاوز مرتبتها مرتبة القانون بذاته، هذا فضلا عن أن القرار المطعون فيه لا يناهض الإعلان العالمى لحقوق الانسان، فقد نصت المادة (٢٩) منه فى فقرتها الثانية على أن الفرد يخضع فى ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التى يقررها لضمان

---

[1]) وتجدر الإشارة إلى أن الدستور الحالى لعام ٢٠١٤م . بخلاف الدساتير السابقة عليه . أعطى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان . دون غيره من المواثيق الدولية . قيمة دستورية، وهو ما يعنى وجوب تقيد المحكمة الدستورية العليا به فى رقابتها الدستورية، حيث ورد فى ديباجته ما يلى " ....، نكتب دستورا يفتح أمامنا طريق المستقبل، ويتسق مع الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى شاركنا فى صياغته ووافقنا عليه"، ولا شك أن تلك الديباجة تتمتع بالقيمة الدستورية بصريح نص المادة (٢٢٧) من الدستور ذاته بقولها" يشكل الدستور بديباجته وجميع نصوصه نسيجا مترابطا، وكلا لا يتجزأ، وتتكامل أحكامه فى وحدة عضوية متماسكة"، وهو ما أفصحت عنه المحكمة الدستورية العليا بقولها " .....، يؤيد ذلك أن الحقوق التى يكفلها نظام التأمين الإجتماعى بصوره المختلفة لا يقتصر أثرها على ضمان ما يعين أسرة المؤمن عليه على مواجهة إلتزامتها الحيوية، ولكنها فى الوقت ذاته مفترض أولى وشرط مبدئى لإسهام المؤمن عليه فى الحياة العامة والاهتمام بوسائل النهوض بها ومراقبة كيفية تصريف شئونها، متحررا فى ذلك من عثرات النهوض بمسئوليته هذه وهو ما يتحقق بوجه خاص إذا ما نزل المشرع باحتياجاته عن حدودها الدنيا التى لا يجوز التفريط فيها على ما قررته ديباجة دستور جمهورية مصر العربية، التى تعتبر مدخلا إليه وتكون مع الأحكام التى ينتظمها كلا غير منقسم، ذلك أن هذه الديباجة . التى تسميها بعض الدساتير العربية "بالتوطئة " دلالة على اتصالها بالدستور وإندماجها فى أحكامه . تؤكد أن مكانة الوطن وهيبته وقوته هى انعكاس لقيمة الفرد وعمله وكرامته، وأن عزته وطبيعته الإنسانية هى الشعاع الذى هداه ووجهه إلى التطور الهائل الذى قطعته البشرية فى اتجاهها نحو مثلها الأعلى".(حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٤/٦/٢٠م، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٢٧ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٨/٦/٨م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثانى، ص ١٥٢٧)

الإعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها لتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق فى مجتمع ديمقراطى، ومن ثم فأنه متى أقتضت موجبات النظام العام فى البلاد، والذى يستمد حدوده أساسا من الشريعة الإسلامية حظر المحافل البهائية ووقف نشاطها فلا تثريب على هذا الحظر ولا تنافر بينه وبين الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، ومن ثم يكون هذا الوجه غير قائم على أساس سليم"([1])، ويلاحظ على حكم المحكمة مار بيانه غياب الإنسجام بين بدايته ونهايته، ففى البداية تنفى المحكمة أى قيمة ملزمة للإعلان العالمى لحقوق الإنسان فليس له قيمة الدستور أو القانون، ثم نفاجا بأنها أخضعت القرار بقانون الطعين لرقابة الاعلان العالمى لحقوق الانسان منتهية إلى عدم مخالفته، فكيف تراقب القرار بقانون وفقا لتوصية غير ملزمة ؟ فالجزء الأول من الحكم يقطع الطريق على باقى أجزائه.

ونتيجة لعدم تمتع المواثيق الدولية بالقيمة الدستورية . عدا الإعلان العالمى لحقوق الإنسان على النحو مار بيانه . نجد المحكمة الدستورية العليا ترفض أخضاع القانون الطعين لرقابة أحد الوثائق الدولية المنضمة إليها جمهورية مصر العربية . حتى ولو كان هذا الانضمام نتيجة استفتاء شعبى . وهى اتحاد الجمهوريات العربية المتحدة، على سند من القول بأن أحكامه لا تعد جزء مندمج فى دستور جمهورية مصر العربية، بقولها " الرقابة القضائية على الدستورية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا، مناطها تعارض النصوص القانونية المطعون فيها مع الأحكام التى تضمنها دستور جمهورية مصر العربية باعتباره وثيقة يقتصر سريانها على نطاقها الإقليمى، ولا يمتد مجال تطبيقها لغيرها من الدول، إذ كان اتحاد الجمهوريات العربية قد توخى أصلا دعم الترابط والتكامل بين دول ثلاث هى مصر وسوريا وليبيا، ليكون نواة لوحدة عربية أشمل،.....، ولما كانت الأحكام الأساسية لاتحاد الجمهوريات العربية لا تعتبر جزءا من دستور جمهورية مصر العربية، فإن الفصل فيما إذا القانون المطعون فيه قد خالفها، هو مما يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا، ولا محل بعدئذ للخوض فى شروط اتصال

[1]) حكم المحكمة العليا . التى كانت تمارس الرقابة الدستورية قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا . فى الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ قضائية "عليا" بجلسة ١٩٧٥/٣/١م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص ٤١٢.

الدعوى الماثلة بالمحكمة وفقا للأوضاع التى نص عليها قانونها، ذلك أن تحققها من توافر هذه الشروط أو تخلفها فى الدعوى الدستورية المطروحة عليها، يفترض أن تكون المسائل الدستورية التى تثيرها، مما تمتد إليها ولايتها".([1])

ورغم اعتبار المحكمة الدستورية العليا المواثيق الدولية مجرد توصية غير ملزمة، إلا أننا نجدها تستند إليها فى تكوين عقيدتها بشأن المسألة الدستورية المثارة أمامها، ومن ثم تدعيم قضائها فى الحكم بعدم دستورية بعض النصوص القانونية، ومن التطبيقات العملية لذلك أتخاذ المحكمة إعلان المبادئ الأساسية فى شأن استقلال القضاء الذى تبنته الجمعية العامة للأم المتحدة، تكئة لتأكيد استقلال القضاء وحيدته، وهو ما يستفاد من قولها " استقلال السلطة القضائية يعنى أن تعمل بعيدا عن أشكال التأثير التى توهن عزائم رجالها، فيميلون معها عن الحق إغواء وإرغاما، ترغيبا وترهيبا، فإذا كان انصرافهم عن إنفاذ الحق تحاملا من جانبهم على أحد الخصوم، وإنحيازا لغيره، كان ذلك منافيا لضمانة التحرر عند الفصل فى الخصومة القضائية، ولحقيقة أن العمل القضائى لا يجوز أن يثير ظلالا قاتمة حول حيدته، فلا يطمئن إليه متقاضون داخلهم الريب فيه بعد أن صار نائيا عن القيم الرفيعة للوظيفة القضائية، يؤيد ذلك : أولا: أن إعلان المبادئ الأساسية فى شأن استقلال القضاء التى تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين فى ١٩٨٥/١/٢٩م و١٩٨٥/١٢/١٣م، يؤكد بوضوح أن المنازعة التى تدخل فى اختصاص السلطة القضائية، ينبغى الفصل فيها بطريقة محايدة، وعلى ضوء وقائعها ووفقا لحكم القانون بشأنها، من تجرد قضاتها عن عوامل التأثر أو التحريض وكذلك من كل صور الضغوط أو التهديد أو التدخل غير المشروع . مباشرا كان أم غير مباشر . وأيا كان مصدرها أو سببها،....". ([2])

---

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٦/٣/٢م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول ص ٥٣ و٥٤.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٦٠ لسنة ٣٣ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٣/٢م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص ٢٦٠ و٢٦١، وحكمها فى الدعوى رقم ٣٤ لسنة

ثم نجد المحكمة فى حكم آخر تستند إلى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فى تدعيم ما كفله الدستور المصرى من الحق فى المحاكمة المنصفة، بقولها "كفل الدستور فى مادته السابعة والستين الحق فى المحاكمة المنصفة بما تنص عليه من أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وهو حق نص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فى مادتيه العاشرة والحادية عشرة، التى تقرر أولاهما : أن لكل شخص حقا مكتملا ومتكافئا مع غيره فى محاكمة علنية ومنصفة تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة، تتولى الفصل فى حقوقه وإلتزاماته المدنية، أو فى التهمة الجنائية الموجهة إليه، وتردد ثانيتهما: فى فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية فى أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته فى محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه، وهذه الفقرة السابقة هى التى تستمد منها المادة (٦٧) من الدستور أصلها، وهى تردد قاعدة أستقر العمل على تطبيقها فى الدول الديمقراطية، وتقع فى إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوما للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها فى الدول المتحضرة، وهى بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية،.....".([1])

---

١٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٦/٦/١٥م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص ٩٥٠.

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٢/٢/٢م، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/٧/٣م، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/١٢/٢م، وحكمها فى الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٦/١١/١٦م، وحكمها فى الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٢/١م، وحكمها فى الدعوى رقم ١٩٦ لسنة ٣٥ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٤/١١/٨م، وحكمها فى الدعوى رقم ٧٨ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م، وحكمها فى الدعوى رقم ٨٨ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص ٤١٢ . ٤١٤، وحكمها فى الدعوى رقم ١٩٦ لسنة ٣٥ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٤/١١/٨م، وحكمها فى الدعوى رقم ٧٨ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م، وحكمها فى الدعوى رقم ٨٨ لسنة

ولجأت المحكمة أيضا الإعلان العالمى لحقوق الإنسان بخصوص مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بقولها " اهتمت المواثيق الدولية بالنص على قواعد شرعية النصوص العقابية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١١) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى تمت الموافقة عليه وإعلانه بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠/١٢/١٩٨٤م، من أن "١. كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا فى محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه . ٢. لا يدان أى شخص بجريمة بسبب أى عمل أو إمتناع عن عمل لم يكن فى حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطنى أو الدولى، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التى كانت سارية فى الوقت الذى أرتكب فيه الفعل الجرمى"([1])، ولجأت أيضا المحكمة العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية بقولها " الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، وكذلك العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية، وإن صح القول باحتوائهما على عديد من الحقوق التى كفلها الدستور القائم وأن هاتين الوثيقتين تضمان فى جوهر أحكامهما تلك القيم التى إلتزمتها الدول الديمقراطية باطراد فى مجتمعاتها، والتى تظاهرها هذه المحكمة وترسيها باعتبارها تراثا إنسانيا أحتواه دستور جمهورية مصر العربية فى نطاق الحقوق والحريات الأساسية التى كفلها، وكان هذا الإعلان وذلك العهد لا ينطويان على تنظيم للحق فى الإدعاء المباشر، ولا يتطلبان غير المحاكمة المنصفة طريقا للفصل فى كل إتهام جنائى، فإن إقحامهما فى نطاق الدعوى الماثلة يكون عبثا". ([2])

كما أستندت المحكمة الدستورية العليا على الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان لتدعيم ما ورد النص عليه فى الدستور من الأصل براءة المتهم، بقولها " ....، بل يتعين أن تلتزم هذه القواعد

---

٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٤/٢/٢٠١٥م، وحكمها فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٣/١٠/٢٠١٨م الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص ٤١٥.

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٧ لسنة ٢٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٣/١٠/٢٠١٨م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثالث، ص ٢٦٨٠.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية " بجلسة ٤/١/١٩٩٧م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثالث، ص ٢٦٧٩.

مجموعة من القيم التى تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها، وهذه القواعد . وإن كانت إجرائية فى الأصل . إلا أن تطبيقها فى مجال الدعوى الجنائية . وعلى إمتداد مراحلها . يؤثر بالضرورة على محصلتها النهائية، ويندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة أولية تفرضها الفطرة، وتوجبها حقائق الأشياء، وهى بعد قاعدة حرص الدستور على إبرازها فى المادة (٦٧) منه، مؤكدا بمضمونها ما قررته المادة (١١) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان على ما سلف بيانه، والمادة السادسة من الأتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان"([1])

كما نجد المحكمة تقرر اعتمادها على اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، بقولها " النص فى الفقرة الثانية من المادة التاسعة من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة الموقعة فى كوبنهاجن بتاريخ ١٩٨٠/٧/٣٠م، على أنه ".....، ٢. تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها"([2])، وفيما يتعلق بحق تولى الوظائف العامة نجد المحكمة الدستورية العليا ترجع إلى العهد الدولى الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان بقولها " حفلت المواثيق الدولية بالنص على حق الفرد فى تولى الوظائف، ومن ذلك المادة السابعة من العهد الدولى الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية الذى تمت الموافقة عليه وإعلانه بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٢٠٠ فى ١٩٦٦/١٢/١م، والتى نصت على تساوى جميع الموظفين فى فرص الترقية داخل جهات عملهم، إلى الدرجات الأعلى دون إخضاع ذلك إلا لاعتبارات تتعلق بالكفاءة والجدارة لتولى تلك الوظائف، وهو ذات ما نص عليه الميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان والشعوب، والذى

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٢/٢/٢م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص ٤١٤، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١١/٣م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول ص، ٣٩٧.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٤/٦م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص ٥٥.

تم إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم (١٨) فى نيروبى (كينيا) يونيو ١٩٨١م فى المادة (١٣) منه ". ([1])

وفى خطوة تقدمية جعلت المحكمة لبعض المواثيق الدولية قيمة دستورية، وأخضعت مسلك المشرع بعدم تعديل القوانين بما يتفق مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان التى تصدق عليها مصر إخلالا بإلتزامه الدستورى، وهو ما يعنى فى حقيقته أن المحكمة تبحث مدى دستورية مسلك المشرع فى ضوء المعاهدات الدولية حتى ولو جائت صياغتها لحكمها فى إطار الرقابة على الإمتناع التشريعى، وهو ما يستفاد من قولها " بعد صدور الدستور القائم، نشأ التزام على الدولة بتعديل قوانينها الداخلية بما يتفق وتعهداتها الدولية الناشئة عن اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة الموقعة فى كوبنهاجن، وذلك إنفاذا لمقتضى أحكام المادة (٩٣) من الدستور التى تنص على أن " تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التى تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقا للأوضاع المقررة"، وما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٥١) على أن "يمثل رئيس الجمهورية الدولة فى علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقا لأحكام الدستور،....."، ليضحى تراخى المشرع فى تعديل نص المادة السادسة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م بشأن الجنسية المصرية بإنفاذ مقتضى نص الاتفاقية المشار إليها، فى شأن أحقية الأولاد القصر للأم الأجنبية التى أكتسبت الجنسية المصرية فى أكتساب هذه الجنسية تبعا لأمهم، وبقوة القانون أسوة بالأب الأجنبى الذى يكتسب الجنسية المصرية، إخلالا من المشرع بإلتزامه الدستورى".([2])

---

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٠٤ لسنة ٣٥ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١١/٣م، وحكمها فى الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ٣٥ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٥/٤م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثالث، ص ٢٦٨٢.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٤/٦م، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم ١٥ مكرر فى ١٥ أبريل سنة ٢٠١٩م، ومنشور المبدأ بالموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الأول، ص ٥٦.

كما أعتبرت المحكمة القيود التى تخالف ما جائت بها اتفاقية البحار جامايكا، من أسباب حكمها بعدم دستورية عدم تعيين حدود للمحميات الطبيعية، بقولها " تأمين المحميات الطبيعية من صور العدوان عليها، يفترض بداهة تعيين حدودها بما لا خفاء فيه، وبوجه خاص حين تكون هذه المحميات واقعة فى نطاق المياه البحرية التى ينظم القانون الدولى قواعد المرور فيها، ذلك أن حقوق الدول وواجباتها فى أجزاء المياه البحرية الواقعة وراء الحدود الخارجية للبحار الإقليمية، مقيدة بألا يكون استخدامها منطويا على سوء استعمالها، وأن يكون وفاؤها بالتزاماتها مقرونا بحسن النية، وهو ما أكدته اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار الموقع عليها فى جامايكا فى العاشر من ديسمبر ١٩٨٢م، بنصها على أن الأحكام التى تضمنتها هذه الاتفاقية غايتها أن تقيم للبحار نظاما قانونيا يسهل الاتصالات البحرية الدولية دون ما إخلال بالسيادة الإقليمية، وبما يكفل للبحار استخداماتها السلمية، والانتفاع الكامل بمواردها الطبيعية بصورة منصفة ومقتدرة، وكذلك صون مواردها الحية وحماية البيئة البحرية . وفقا لأحكام هذه الاتفاقية . يعنى فى المقام الأول ضمان أن تباشر السفن الأجنبية حق المرور البرئ فى البحار الإقليمية، وحق المرور العابر فى المضايق الدولية، وحرية الملاحة البحرية فى المناطق البحرية الواقعة وراء حدود الولاية الوطنية، وذلك كله وفقا للأوضاع التى بينتها تلك الاتفاقية، وكذلك القيود التى تتصل بصون المحميات الطبيعية قد تنال من الصور المختلفة للمرور التى تكفلها الاتفاقية آنفة البيان، سواء بتقييدها أو منعها، فإن تعيين حدود هذه المحميات .

وبالقدر الذى يكون كافيا لدرء الأضرار عنها حفاظا على بيئتها وحماية لمواردها . يكون لازما".([1])

وأنتقد جانب من الفقه مسلك المحكمة الدستورية العليا مار بيانه على سند من القول أن المحكمة الدستورية العليا المصرية مهمتها كفالة تطبيق الدستور المصرى وليس كفالة تطبيق الدستور الأمريكى، ورقابة الدستورية فى أى بلد من بلاد العالم تعنى كفالة احترام النصوص

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٤/١٠/١م، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى، المجلد الثالث، ص ٢٥٤٧.

الدستورية القائمة فى ذلك البلد، فتأتى سائر التشريعات متفقة معها فى الحكم والمضمون، ورقابة الدستورية فى دولة معينة يقصد بها حماية الدستور القائم فى تلك الدولة وليس الدستور القائم فى دولة أخرى، وأن المحكمة العليا الأمريكية زاولت رقابتها على دستورية القوانين منذ مطلع القرن التاسع عشر وحتى الآن، وكونت فى هذا المجال قضاء غزيرا، ولكن هذا القضاء الغزير يتصل أولا وأخيرا بالدستور الأمريكى وتعديلاته المتوالية التى وصلت إلى سبع وعشرين تعديلا، ويقوم هذا الدستور أولا فى دولة إتحادية وليس فى دولة بسيطة كمصر، وثانيا لها ظروفها الخاصة من حيث التفرقة العنصرية بين البيض والزنوج، وثالثا لها تاريخها الخاص بها الذى ترك آثارا كبرى على كيان الدولة ونظامها السياسى والإدارى والإقتصادى، ومن هنا فليس غريبا أن تكون نصوص هذا الدستور مغايرة فى العبارة والمضمون للنصوص المقابلة فى دستورنا، أن كان لها أصلا مقابل فى هذا الدستور، وكان بوسع المحكمة الدستورية العليا المصرية أن تتأثر بما شائت من فكر أمريكى أو غير أمريكى فى رقابة الدستورية، بحيث تجعل المقاييس التى تنزلها على التشريع المعروض أمامها مقاييس مستمدة من عبارات النص الدستورى المصرى ذاته وليس من عبارات النص الدستورى الأمريكى ([1])، كما أنتقد الفقه ذاته مسلك المحكمة باللجوء للقضاء الدستورى المقارن،على سند من القول بأنها تغترف من قضاء المحكمة العليا الأمريكية دون أن تراعى اختلاف النظام السياسى والإجتماعى والإدارى والإقتصادى بين الدستور الأمريكى والدستور المصرى، وكان بوسعها أن تتأثر بما شائت من فكر أمريكى أو غير أمريكى فى رقابة الدستورية، على أن تجعل فى النهاية المقاييس التى تنزلها على التشريع المعروض أمامها مقاييس مستمدة من عبارات النص الدستورى المصرى ذاته وليس من عبارات أو تحليل حكم أمريكى.([2])

إلا أنه تثمن الدراسة فى هذا المقام مسلك المحكمة الدستورية العليا المستفاد من أحكامها مار بيانها والذى يعبر عن سياسية قضائية حصيفة للمحكمة، بأن أستعانتها بالدساتير الأجنبية وبالقضاء الدستورى المقارن وبالمواثيق الدولية يكون فى سبيل تدعيم القرار القضائى الوطنى

[1]) د. مصطفى أبوزيد فهمى، الوجيز فى القانون الدستورى والنظم السياسية، ١٩٩٩م، ص ٢٦١.

[2]) د. مصطفى أبوزيد فهمى، الوجيز فى القانون الدستورى والنظم السياسية، ١٩٩٩م، ص ٢٦١.

وتبرير التفسير الموسع لبعض النصوص الدستورية الوطنية لتعزيز حقوق الإنسان وحرياته، ولم تكن تلك الاستعانة هى المصدر الرئيس للحكم بدستورية النص الطعين أو عدم دستوريته، فضلا عما تؤكده تلك الإستعانة على عالمية الدستور المصرى، وأنه يستوعب الحقوق والحريات المعترف بها دوليا.

الفصن السادس

كيفية توظيف جهة الرقابة الدستورية للدساتير والأحكام الدستورية الأجنبية فى حكمها؟

يتخذ لجوء القاضى الدستورى الوطنى للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن، عدة صور ، **(أولها)** قد ترجع المحكمة الدستورية الوطنية إلى الدستور الأجنبى أو السابقة القضائية الدستورية الأجنبية ، وتتخذها أساسا لحكمها دون أن تصرح بذلك أى دون أن تعلن عن تبنيها الحل الوارد فى دستور بعينه أو سابقة أجنبية بعينها ، وهنا لن يعرف قارئ الحكم ذلك ، وتعتبر حيثيات المحكمة بمثابة تعبير عن فهم المحكمة للدستور الوطنى فقط على غير الحقيقة، **و(ثانيها)** أن تصرح المحكمة بمدونات حكمها باستعمالها القانون الدستورى الأجنبى ، إلا أنها تسبب حكمها بطريقة من شأنها التقليل من أثره على تكوين عقيدتها ، أى أن القانون الدستورى الأجنبى ليس الأساس فى تسبيب حكمها وإنما لتدعيم وجهة نظرها فى تبنى مفهوم بعينه للنص الدستورى الوطنى ، ويرجع ذلك إلى أن المحكمة ملزمة برقابة القوانين وفقا للدستور الوطنى دون غيره من الدساتير الأجنبية ، وهنا قد تكون المحكمة أتخذت من الدستور الأجنبى أو السابقة الدستورية الأجنبية أساس حكمها أى تعتبر فعليا أخضعت قانونها الوطنى لرقابة الدستور الأجنبى والتفسيرات التى تبنتها المحكمة الدستورية الأجنبية له ، ولكن تتفلت من النقد الذى قد يوجه إليها عن طريق صياغة الحكم بطريقة توحى بأن الحل الذى تبنته وطنى خالص ، وأن له ما يدعمه من الدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى المقارن.

و**(ثالثها)** متى صرحت المحكمة بمدونات حكمها برجوعها للقانون الدستورى المقارن ، فأنها قد تذكر الدستور الأجنبى صراحة أو تذكر عبارات من العموم بمكان تفيد رجوعها للدساتير الأجنبية دون تحديد دستور دولة بعينها ، وقد تعرض المحكمة الدستورية الوطنية للسابقة الدستورية الأجنبية بشكل مختصر دون مناقشة وجهات النظر الداعمة لها، كأن تقول المحكمة مثلا " وحيث أنه أستقر قضاء المحكمة العليا الأمريكية على أنه ....." ، أو " أستقر القضاء الدستورى المقارن على أنه ....." ، وقد تعرض لها بشكل مسهب ، ولا شك أن ذكر المحكمة لذلك يتوقف على مستوى عرض التحليل المقارن في أحكامها ،كما أن مستوى التفصيل فى تحليل السابقة الدستورية الأجنبية أو الدستور الأجنبى يكون متبايناً بشكل معتبر من قضية إلى أخرى ، ولاسيما إذا ما ربطت المحكمة التحليل الدستورى الوطنى بالتحليل الأجنبى ، أو قد تشمل الأحكام القضائية على أجزاء منفصلة مكرسة حصرياً للتحليل المقارن ، وقد تقتصر على ذكر حكم بعينه أو نص بعينه فى الدستور الأجنبى ، أو تشير إلى التحليل المحدد للمشكلة الخاصة في القضاء الأجنبى ، كما أن المحكمة في بعض القرارات قد تشير إلى مقتطفات من القرارات القضائية الأجنبية.

و**(رابعها)** يمكن للمحكمة الدستورية الوطنية اللجوء إلى أسلوب المقارنة بين نصوص الدستور الوطنى ونصوص الدساتير الأجنبية ، مانحة التحليل المقارن رؤية شاملة، منظمة ومحددة بدقة في القرار القضائي، ومكرسة لفحص الدساتير الأجنبية جزء من حيثيات حكمها، حيث تقارن المحكمة بين أوجه الشبه والاختلاف بين الأنظمة القانونية ، وهنا يمكن للمحكمة أقامة علاقة مباشرة بين التحليل المقارن واستنتاجاتها النهائية، فالتحليل المقارن يقود إلى استنتاج واضح ، وهنا قطعا يكون للتحليل المقارن تأكيد غير مباشر على وجهة نظرها وهنا يصبح أثرالإحالة إلى القانون الأجنبي أكثر تحديداً وتفصيلاً على قرارات المحكمة الدستورية الوطنية ، وذلك يعود إلى نوعية البلدان المقارنة كثباتها وخبرتها الطويلة في رقابة دستورية القوانين ، ويمكن القول إن الطريقة المقارنة تبدو ملائمة بشكل خاص عندما تواجه الأنظمة القانونية المختلفة مشاكل مشابهة في بيئات اجتماعية واقتصادية مشابهة، وهو ما يطلق عليه بالمشاكل العالمية المشابهة، فالطريقة في هذه الحالات قد تكون ملائمة على الرغم من الاختلافات بين الأنظمة

القانونية ، كما قد تتعرض المحكمة الدستورية لأسباب استعمال القانون الأجنبي في التفسير لكن من دون مناقشة أو تحليل لأوجه الشبه والاختلاف بين القضاء الوطني والقضاء الأجنبي، مما قد يجعل الاستعمال تحكمياً في بعض القضايا.

و(خامسها) كما يمكن للقضاء الدستوري أن يتخذ طريقة أكثر عمقاً عندما يناقش القرارات الأجنبية ضمن رأي الأغلبية ورأي الأقلية المعارض، وذلك فى الدول التى تأخذ بنظام جواز إبداء الرأى المخالف للقضاة فى الحكم ، **و(سادسها)** كما أنه بالاعتماد على محتوى القانون الدستوري الأجنبي أو القرارات القضائية الأجنبية التي تفسرها، فإن المحاكم قد تستشهد بنظام دستوري واحد كنموذج للمقارنة، أو الإحالة إلى عدد من الأنظمة الدستورية الأجنبية ، ولا شك أن الحالة الثانية تستعمل بشكل أقل بكثير من الحالة الأولى، لاسيما عندما توجد نقطة تحول في قانون القضية باعتباره من المواضيع المهمة بشكل خاص.

الفصل السابع
وجهة نظر الدراسة بشأن رجوع القاضى الدستورى الوطنى للدساتير الأجنبية فى تكوين عقيدته.

لا شك أن استعمال القاضي الدستورى الوطنى للقانون الدستوري الأجنبى . سواء كان دساتير أو أحكام دستورية مقارنة .، يساعده فى تكوين عقيدته بخصوص المسألة الدستورية المثارة أمامه ، بالتغلب على مشاكل تفسير النصوص الدستورية الوطنية ، بتوضيح غموضها وسد الفجوات والثغرات فيها ، وإزالة التعارض بينها ، وهو ما يؤدى فى النهاية إلى التطبيق السليم للدستور بوصفه القانون الأعلى للبلاد، كما أنه من غير المقبول مطالبة المحكمة الدستورية بالإنكفاء على نفسها وعدم وقوفها وإلمامها بالتطورات الدستورية فى الأنظمة المقارنة ، إلا أن هذا الاستعمال لا تحكمه في الغالب ضوابط وقيود دستورية صريحة، مما يوسع سلطة القاضي التقديرية في استعمال النصوص الدستورية والقرارات القضائية الأجنبية المتعلقة بها، والتي قد تؤدي إلى تحكمه في استعمالها بطريقة غير مناسبة ومتعارضة مع إرادة المشرع

الدستوري الوطنى، ولاسيما إذا علمنا أن من واجب القاضي أن يبرر قراره على أسس قانونية وطنية سليمة وليس على أسس قانونية أجنبية.

لذا تقدم الدراسة مجموعة من المقترحات من شأنها التوفيق بين مزايا لجوء القاضى الدستورى للأنظمة الدستورية المقارنة والمواثيق الدولية والانتقادات مارت البيان لهذا اللجوء،**(أولها)** يجب ألا يكون رجوع القاضى الدستورى الوطنى للدساتير والمواثيق الدولية مصدرا أساسيا لتكوين عقيدته، وإنما مصدر احتياطى فقط، عندما لا تسعفه كافة طرق التفسير الداخلية للنص الدستورى، كما أنه لا يجوز له النظر للأحكام الدستورية الأجنبية علي أنها سوابق قضائية ملزمة للمحكمة الدستورية الوطنية، فدورها يقتصر على كونها مصادر مساعدة على تفسير الدستور الوطنى.

و(ثانيها) متى أضطر القاضي الدستورى الوطنى إلى الركون إلى الدساتير الأجنبية أو قرارات القضاء الدستوري المقارن، فمن الضرورى أن يكون عارفا بكيفية استعمال تلك الدساتير والأحكام الدستورية الأجنبية في عملية صنع القرار القضائى الوطنى،حتى يستطيع أن يُمّيز بين الاستعمالات المفيدة أو الضارة ، مما يجعل استشهاده ناجحاً ومبنياً على أسباب مقنعة ، فينبغي على القاضى الدستورى الوطنى أن يكون حذراً متبصراً في دراسة كافة العناصر القانونية والواقعية المتشابهة أو المتقاربة، لكي تكون طريقة الاستعمال ملائمة ومتوافقة مع الدستور الوطني وبيئته السياسية ، فيجب عليه قبل استعمال القضاء الدستورى المقارن فحص منطق وتسبيب هذا القضاء حتى لا ينتزعه من سياقه ، فمن المفيد فحص الآراء الأجنبية لمحاولة تحديد القضية أو المشكلة الدستورية المتشابهة، فبدون قرءاة صحيحة للمشكلة الدستورية فى القانون المقارن ، لا يمكن التوصل بسهولة للإجابة الدستورية الصحيحة من قبل القضاء الدستوري الوطني.

و(ثالثها) يجب ألا يهيمن الدستور الأجنبى أو السابقة القضائية الأجنبية على الدستور الوطني، بل يتوقف دورها عند حد مساعدة القاضى الدستوري في تفسير أو توضيح معاني النص الدستورى الوطني من خلال استفادته من التجارب الدستورية المشابهة في الدول الأخرى ، وبعبارة أخرى يجب أن يستند القاضى الدستورى للمبادئ العامة فى الدستور الوطنى ثم

يدعمها بالدستور الأجنبى أو السابقة القضائية الأجنبية ، فلا تجوز الأستعارة القانونية الكاملة من القانون الأجنبى ، وإنما جزئية فقط هدفها تطوير للقانون على أساس المبادئ الدستورية المشار إليها في نص الدستور الوطنى.

و(رابعها) يجب ألا تكون النصوص الدستورية الأجنبية أو الحكم الدستورى الأجنبى الأساس الرئيس لصياغة الحكم الدستورى الوطنى أوتسبيبه ، حتى لا يتعارض مع مبدأ سيادة الشعب التى أرتضت تطبيق الدستور الوطنى دون غيره ، أى يجب أن يكون الاستشهاد بالقانون الدستورى المقارن عرضيا لتدعيم القرار القضائى الوطنى ، ليبقى تسبيب الحكم الدستورى أستنادا إلى تقريرات قانونية وطنية خالصة، فتسبيب الحكم كاملا أو فى أغلبه أستنادا للقانون الدستورى المقارن طريقة غير محبذة فالقاضى الدستورى فى المقام الأول يطبق الدستور الوطنى وليس الدساتير الأجنبية ومتى أستعان بالأخيرة يجب ان تكون بصفة احتياطية وليست أصلية اى باعتبارها مدعمة لوجهة نظر الدستور الوطنى ، وللتأكيد على أن الدستور الوطنى يتفق مع الدساتير العالمية.

و**(خامسها)** يجب أن يمتلك القاضى الدستورى المعرفة الواسعة بالأنظمة الدستورية الأجنبية والتأهيل الكافى الذى يساعده على حسن الإستعانة بالقانون الدستورى المقارن ، من خلال إشتراكه في دورات تدريبية أو تعليمية في مجال القوانين الدستورية المقارنة أو مشاركته في الحوارات القضائية الدستورية الفردية أو الجماعية، أو مساهمته في المؤتمرات أو الندوات القضائية أو الأكاديمية المتعلقة باستعمال القانون الدستوري المقارن في عملية التفسير الدستوري ، **و(سادسها)** إلتزام القاضى الدستورى بمواجهة الخصوم بالمسائل الدستورية الأجنبية من دساتير وقرارات قضائية ومواثيق دولية، التى رجع إليها فى الدعوى المنظورة أمامه،حتى يخضعوها للمناقشة والتحليل والإدلاء بدلوهم بشأنها، تحقيقا لضمانتى الدفاع والمواجهة بخصوصها، فقد ينبهه الخصوم القاضى إلى مسألة غائبة عن ذهنه من شأنها التأثير فى الأعتماد على القانون الدستورى الأجنبى سلبا أو إيجابا.

المطلب الثانى

الاعتبارات الأخرى المؤثرة فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى.

لا شك أن القاضى الدستورى مهمته قانونية بالدرجة الأولى ، مقتضاها المقابلة الحرفية بين النص التشريعى الطعين والنص الدستورى المطالب بتطبيقه، توصلا إلى القول بإتفاقهما أو تعارضهما ، ومتى وجد القاضى الدستورى أن النصوص المطالب بتطبيقها غامضة فأنه يحاول الكشف عن إرادة واضعيها باللجوء للأعمال التحضيرية والتطور التاريخى لها ، ومتى وجد تعارض بين النصوص القانونية المتساوية القيمة ، حاول التوفيق بينها بإعتبارها متكاملة مترابطة ، ومتى وجد أن الدستور جاء خلوا من تنظيم المسألة المثارة أمامه ، لجأ إلى التفسير الموسع لنصوص الدستور ، بإعتبار أن بعض الحقوق المنصوص عليها دستوريا ترشح لحقوق أخرى لم يرد النص عليها صراحة ، إلا أن طبيعة الرقابة الدستورية والغاية منها وعظم النتائج المترتبة عليها ، تفرض على القاضى الدستورى العديد من الإعتبارات التى يتعين عليه أخذها بعين الإعتبار أثناء تكوين عقيدته فى الدعوى المنظورة أمامه.

فالقاضى الدستور يمارس دورا سياسيا بالمعنى الواسع لهذا المصطلح ، فالقوانين محل رقابته هى الوسائل التى تنفذ بواسطتها الحكومة سياستها ، كما أن الدستور ذاته مرجعه فى الرقابة على ضوء نصوصه ومبادئه ، هو نتاج الفلسفة السياسية والإقتصادية والإجتماعية التى أعتنقتها السلطة التأسيسية التى وضعته ، وتظهر هذه الحقيقة بشكل أكبر حينما يتضمن الدستور مبادئء تفصيلية تحكم المجالات الإقتصادية والإجتماعية ، بالإضافة إلى تنظيمه لأسس الحكم فى الدولة ، فالقاضى الدستورى يتحتم عليه الموازنة بين واجبه فى كفالة إحترام المشروعية الدستورية والحكم بعدم دستورية أى نص تشريعى يعرض عليه ويكون مخالفا للدستور ، وواجبه فى ضرورة ضمان أستقرار المجتمع ونظمه وحمايته من الأزمات التى يمكن

أن يتعرض لها نتيجة أحكامه ، وهذا الوضع يجعل القاضى الدستورى قاضى موازنات ، وهنا تأتى الأهمية الكبرى للإعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصادية فى القضاء الدستورى. (١)

فبالإضافة للجانب القانونى المتمثل فى تفسير النصوص الدستورية والقانونية الطعينة ، والتحقق من عدم مخالفة النص القانونى الطعين لأحكام الدستور أو مبادئه ومثله العليا ، وهو ما يسمى ب"روح الدستور" ، وعدم سبق حسم المحكمة المسألة الدستورية المثارة عملا بالحجية المطلقة لأحكام جهة القضاء الدستورى على النحو مار بيانه ، فإن ثمة إعتبارات أخرى تكون أشد تأثير من الجانب القانونى فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى ، أهمها على الإطلاق الإعتبارات العملية والسياسية ، ثم الخبرة القضائية السابقة لقضاة الدستورية وتأثيرها فى آرائهم وتوجهاتهم القضائية وبالتبعية في عقيدتهم ، كما أن للرأى العام تأثير لا يمكن إنكاره على تكوين عقيدة القاضى الدستورى ، وستعرض الدراسة لتلك الاعتبارات تباعا ثم تردفها بوجهة نظرها.

الفرع الأول

تأثير الإعتبارات العملية فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى.(٢)

لا ينحصر دور القاضى الدستورى في مجرد المقابلة الحرفية بين النصوص الدستورية والقانونية، فللإعتبارات العملية أهمية كبرى فى عملية صنع قرارجهة الرقابة الدستورية ، تلك الأهمية تجعل قاضتها يقفون كثيرًا أمام بعض المسائل، محاولين وزنها بدقة، ساعين للتوفيق

---

(١) : د. يسرى محمد العصار ، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستورى ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩م ، ص٩.

(٢) يراجع تفصيلا بشان الدور الواسع للإعتبارات العملية في القضاء الدستورى: د. يسرى محمد العصار ، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستورى ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩م ، ص٤٤ وما بعدها ، ولذات المؤلف بحثه المعنون " تأثير الإعتبارات العملية في القرارات التفسيرية للمحكمة الدستورية في مصر والكويت" ، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، العددان الثالث عشر والرابع عشر ، ابريل . أكتوبر ، ٢٠٠١م ، ص ٩ . ٣٢.

بين العديد من الإعتبارات للحيلولة دون حدوث أزمة سياسية أو اقتصادية أواجتماعية، يمكن أن تترتب على القضاء في دستورية نص ما ، فالقضاء الدستورى ليس قضاءا تطبيقيا يقوم بإنزال حكم الدستور بشكل آلى أو مجرد على الواقعات المعروضة عليه ، وإنما يتحتم عليه أن يحقق التوفيق والتوازن بين إعتبارين ، **(أولهما)** هو إرساء دعائم المشروعية الدستورية ، وضمان إلتزام كل من السلطة التشريعية والسلطة اللائحية بأحكام الدستور ، **و(ثانيهما)** هو المحافظة على أستقرار الدولة ذاتها ، وحماية المصالح الأساسية للمجتمع من العصف بها ، فالقاضى الدستورى لا يصدر قراراته القضائية فى الفراغ أو بطريقة نظرية بحتة ، وإنما يقوم بهذه المهمة فى إطار نظام سياسى وإقتصادى وإجتماعى متكامل له أسس ودعائم يجب على القاضى أن يحميها وألا يتسبب بقراراته فى إنهيارها وتصدعها.

وتفرض الاعتبارات العملية على القاضى الدستورى أن يزن وبدقة الآثار التى من شأنها أن تترتب على أحكامه وقرارته ، فإذا قدر أن الحكم المزمع إصداره يتفق من الناحية النظرية أو المجردة مع نصوص الدستور ، إلا أنه سوف تنتج عنه أزمة سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية ، فإنه يعيد التفكير فى هذا الحكم ، ويبتكر الحل الذى يوفق بين ضرورة احترام المشروعية الدستورية وضرورة حماية مصالح المجتمع واستقرار أنظمته (١) ، فالقاضى الدستورى يتأنى قبل إصدار أحكامه وقراراته التفسيرية ، دارسا جيدا للآثار التى تترتب على تلك الأحكام والقرارات فى النواحى المختلفة ، فهو لا يفصل فى نزاع بين أطراف خاصة ، وأنما يفصل فى نزاع يتعلق بمدى اتفاق أحد النصوص القانونية مع الدستور ، ويحدد بقرار ملزم تفسير معين لنص تشريعى بما يستتبعه من نتائج تشمل المجتمع بأسره وتؤثر عليه فى جميع جوانب حياته ، تلك الإعتبارات لا تجعله أسيرا لتفسير حرفى أو جامد للنصوص الدستورية والقانونية بالوضع الذى تصورها فيه واضعوها وقت إقرراهم لها ، فالقاضى الدستورى قبل إصدار أحكامه يقدر الآثار التى من شأنها أن تترتب عليها فى المجال السياسى أو الإقتصادى أو الإجتماعى ، وإذا وجد أن الحكم الذى يتعين عليه إصداره قد تنتج عنه أضرار بالسياسة العامة للحكومة أو أزمة سياسية أو إقتصادية أو أثار اجتماعية خطيرة ، فأنه يفسر النصوص القانونية . بمعناها الواسع

---

١) د. يسرى محمد العصار ، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستورى ، المرجع السابق ، ص ٧.

. بالطريقة التى من شأنها ألا تعرقل السياسة العامة للحكومة ولا تتسبب فى حدوث أزمة سياسة أو أقتصادية أو اجتماعية ، حتى ولو كان هذا التفسير الجديد يتناقض مع ظاهر النصوص أو مع التفسير الذى أجمع عليه المفسرون.([1])

كما أن القاضى الدستورى يراعى الاعتبارات العملية حينما يقوم بتفسير النصوص وفقا لمقتضيات التطور الفكرى والسياسى والإقتصادى والإجتماعى ، ذلك أنه قد تطرأ ظروف وأحداث جديدة لم تكن تخطر بذهن المشرع وقت وضعها ، مما يوجب على القاضى الدستورى إعمال نشاطه الفكرى التقديرى لتطوير تفسير النصوص الدستورية كى تتواءم مع الأوضاع الجديدة فى ضوء الغاية من هذه النصوص ، وعدم الإقتصار على التفسير الحرفى لها ، فالدستور فى واقع الأمر هو ترجمة حقيقة للفكر السائد وللظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى يمر بها المجتمع فى مرحلة زمنية معنية ، وقد تتغير هذه الظروف دون أن يتدخل المشرع لتعديل نصوص الدستور، ومن ثم وجب على القاضى الدستورى مواءمة هذه النصوص مع التطورات الجديدة عن طريق أخذ هذه التطورات فى الحسبان عند تفسير نصوص القانون.

ولا يعنى هذا أن القاضى الدستورى هو مجرد أداة ووسيلة الهدف منها هو ضمان أستقرار أنظمة الدولة وسياستها حول مجموعة من المفاهيم الساسية والأقتصادية والإجتماعية الثابتة والجامدة التى لا يجوز تغييرها أو العمل على تطويرها ، وإنما يجب عليه أن يزن الاعتبارات العملية ذات الصلة بالدعاوى والطعون التى يفصل فيها على ضوء أحكام الدستور ومبادئه الكلية بحيث تظل هذه الأحكام والمبادئ هى المرجع الأعلى الذى له صفة الإلزام بالنسبة لجميع السلطات وبالنسبة للكافة ، ولكن مع قيام القاضى بتفسير هذه الأحكام والمبادئ بما يراعى ضرورات التطور ، والظروف والملابسات الواقعية المحيطة بالدعاوى والطلبات المقدمة إليه ، والنتائج والآثار التى من شأنها أن تترتب على الأحكام القضائية التى يصدرها.

ومن أمثلة الاعتبارات العملية فى قضاء المحكمة الدستورية العليا ، أحكامها بشأن تطبيق المادة الثانية من دستور ١٩٧١م ، التى جعلت من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى

[1]) الإشارة السابقة ، ص ١٧.

للتشريع . بموجب التعديلات الدستورية التى تمت بتاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠م . حيث قصرت المحكمة إلتزام المشرع بالتقيد بمبادئ الشريعة الإسلامية على التشريعات الصادرة بعد تاريخ نفاذ التعديل الدستورى لعام ١٩٨٠م ، وإعفاء التشريعات الصادرة قبل هذا التاريخ من هذا القيد (١) ، بالمخالفة لما أستقرت عليه أحكامها من إخضاع التشريعات السابقة على الدستور القائم للرقابة الدستورية فى ضوء نصوصه. (٢)

وذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يمكن تبرير مسلك المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن سوى بالإعتبارات العملية للرقابة على دستورية القوانين ، فالمحكمة تريد ترك مهلة كافية للمشرع كى يراجع التشريعات السابقة على التعديل الدستورى لعام ١٩٨٠م ، من أجل تنقيتها من أية مخالفة للشريعة الإسلامية ، ولا تريد إحداث هزات عنيفة فى النظام الإقتصادى والإجتماعى إذا قضت بعدم دستورية التشريعات السابقة على التعديل الدستورى والمخالفة للشريعة الإسلامية(٣) ، يعضدد ذلك ما ورد بتقرير اللجنة العامة بمجلس الشعب المقدم للمجلس بتاريخ ١٦ من سبتمبر سنة ١٩٨١م ، من أنه" الإنتقال من النظام القانونى القائم حاليا

---

(١) يراجع فى ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٥٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠١/٨/٤م ، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ٣٣ بتاريخ ٢٠٠١/٨/١٦م ، وحكمها فى الدعويين رقمى ٦٧و٦٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٦/٩/٧م ، والدعوى رقم ٣١ لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/٦/٢م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الأول ، ص ٧٥٨و٧٥٩، وحكمها فى الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/١/٤م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ص ١٧٥٨.

(٢) يراجع فى ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوى رقم ١٥٦ لسنة ٣٤ قضائة "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/١١/٢م ، والدعوى رقم ٢٩١ لسنة ٣٠ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/١١/٢م والدعوى رقم ٣٩ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٧/٦م ، والدعوى رقم ٩٨ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٥/٤م ، والدعوى رقم ٢٦ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٤/٦م ، والدعوى رقم ٧ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٣/٢م ، والدعوى رقم ١٣٢ لسنة ٣٧ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٢/٢م ، والدعوى رقم ٢٠٧ لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١٢/١م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، المجلد الثانى ، ص ١٦٢٧.

(٣) د. يسرى محمد العصار ، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستورى ، مرجع سابق ، ص ١٩٨.

فى مصر والذى يرجع إلى أكثر من مائة سنة إلى النظام الإسلامى المتكامل يقتضى الأناة والتدقيق العملى ، ومن هنا فأن تقنين المتغيرات الإقتصادية والإجتماعية التى لم تكن مألوفة أو معروفة ، وكذلك ما جد فى عالمنا المعاصر وما يقتضيه الوجود فى المجتمع الدولى من صلات وعلاقات ومعاملات ، كل ذلك يستأهل الرؤية ويتطلب جهودا ، ومن ثم فأن تغيير النظام القانونى جميعه ينبغى أن يتاح لواضعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين المتكاملة فى إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء".([1])

وذهب البعض إلى وجوب إجراء تعديل دستورى على تلك المادة بإضافة مهلة زمنية للمشرع يقوم خلالها بتنقية التشريعات الصادرة قبل نفاذ التعديل الدستورى لعام ١٩٨٠م ، وبعد إنتهاء هذه المهلة يمكن الطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التى لم يتدخل المشرع لتنقيحها ([2]) ، ونعتقد أن الأمر ليس بحاجة إلى تعديل دستورى ، فى ظل منح قانون المحكمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م فى المادة (٤٩) منه للمحكمة سلطة تحديد تاريخ مستقبلى لنفاذ أحكامها ، فيمكن للمحكمة منح المشرع مهلة زمنية فى حكمها الصادر بعدم دستورية النص المخالف لمبادئ الشريعة الأسلامية ، ليتدخل بتنقيحه خلالها،على تكون تلك المهلة كافية.

وأيضا من الاعتبارات العملية التى أخذت بها المحكمة الدستورية العليا ، عدم بطلان القوانين الصادرة من البرلمان فى الفترة السابقة على نشر الحكم بعدم دستورية القانون الذى تم انتخابه على أساسه ، وبالتبعية اعتباره منحلا منذ إنعقاده ، فلا يوجد أية نص دستورى يقرر تلك النتيجة التى انتهت إليها المحكمة ، فالمبرر الوحيد لها هو التوفيق بين الاعتبارات القانونية والعملية فى آن واحد ، بتجنب حدوث إنهيار دستورى وقانونى ، وهو ما أفصحت عنه المحكمة بقولها " إذا أجريت انتخابات مجلس الشعب بناء على نص تشريعى ثبت عدم دستوريته بالحكم الذى أصدرته المحكمة الدستورية العليا ، فإن مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس يكون

---

[1]) أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى هذه الفقرة من التقرير فى حكمها فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية "دستورية" ، (٧ لسنة ٩ قضائية "عليا")، بجلسة ١٩٨٥/٥/٤م ، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم ٢٠ بتاريخ ١٩٨٥/٥/١٦م.

[2]) د. محمد عبد الله السنارى ، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين فى مصر ، ص٢٨٩.

باطلا منذ إنتخابه ، إلا أن هذا البطلان لا يؤدى البتة إلى وقوع إنهيار دستورى ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقررات وما إتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر الحكم فى الجريدة الرسمية ، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة ، ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة، وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا ، إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه هذا الحكم".([1])

ومن الإعتبارات العملية أيضا أعمال المحكمة الأثر المستقبلى للحكم بعدم الدستورية ، عملا بحكم المادة (٤٩) من قانونها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م ، بإعطاء المشرع مهة زمنية للتدخل التشريعى ، وإعطاء المخاطبين بالحكم فرصة لترتيب أوضاعهم وفقا له ، بدلا من مفاجاتهم بتغير أوضاعهم الأجتماعية والإقتصادية رأسا على عقب ، مثال ذلك حكم المحكمة بعدم دستورية صدر الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م ، فى شأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، فيما تضمنه من حرمان المؤجر من طلب إخلاء المكان المؤجر للأشخاص الإعتبارية لإستعمالها فى غير غرض السكنى، وهو ما أفصحت عنه المحكمة ، بقولها " وحيث أن هذه المحكمة تقديرا منها لإتصال النص المطعون فيه بنشاط الأشخاص الإعتبارية ، وتأثيره على أداء هذه الأشخاص لدورها فى خدمة المجتمع والإقتصاد الوطنى ، فإن المحكمة تعمل الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها ، وتحدد لإعمال أثر هذا الحكم التالى لإنتهاء دور الانعقاد التشريعى العادى السنوى لمجلس النواب ، التالى لتاريخ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية طبقا لنص المادة (١٩٥) من الدستور والمادة (٤٩) من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م ، وهو الدور

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٣٤ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٢/٦/١٤م ، والدعوى رقم ١٢٠ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠٠٦/٤/٩م ، وفى المعنى ذاته حكمها الدعوى رقم ٤٢ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٥/٥/٨م والدعوى رقم ١٥٧ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٥/٤/١٠م ، والدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، المجلد الأول ، ص ٥٦٤.

الذى سيعقد خلال عام ٢٠١٨م /٢٠١٩م ، طبقا لنص المادة (١١٥) من الدستور، وذلك دون إخلال بإستفادة المدعى فى الدعوى المعروضة من هذا الحكم ".([1])

ومن الإعتبارات العملية أيضا الأخذ فى الإعتبار الموارد المالية للدولة عند إلزامها بتنفيذ الحقوق الاجتماعية والاقتصادية ، وهو ما يستفاد من قول المحكمة " وعلى نقيض ذلك لا يتصور ضمان الحقوق الإقتصادية والإجتماعية إلا من خلال تدخل الدولة إيجابيا لتقريرها عن طريق الإعتماد على مواردها الذاتية التي تتيحها قدراتها بما مؤداه : أن الحقوق الإجتماعية والإقتصادية هي التي تناهض الفقر والجوع والمرض ، ويستحيل بالنظر إلى طبيعتها صونها لكل الناس في آن واحد ، بل يكون تحقيقها في بلد ما مرتبطا بأوضاعها وقدراتها ونطاق تقدمها ، وعمق مسئوليتها قبل مواطنيها ، وإمكان النهوض بمتطلباتها ، فلا تنفذ هذه الحقوق نفاذا فوريا ، بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمنا ، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعا لنطاقها ، ليكون تدخل الدولة إيجابيا لإيفائها
متتابعا ، واقعا في أجزاء من أقليمها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على المواطنين جميعا". ([2])

وكذلك مراعاة رئيس المحكمة الدستورية العليا الإعتبارات العملية عند إستعمال سلطته في الأمر بوقف تنفيذ أحد الحكمين المتناقضين لحين الفصل في موضوع دعوى تناقض الأحكام ، عملا بحكم المادة (٣٢) من قانون المحكمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م ، وهو ما يستفاد من قول المحكمة ".....، خامسها: إذ يقرر رئيس المحكمة الدستورية العليا إصدار الأمر وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة (٣٢) من قانونها ، فإن تقديره تتداخل فيه مع العناصر القانونية ، عوامل واقعية لها شأنها ، من بينها تلك الآثار التي يمكن أن تنجم عن تنفيذ أحد الحكمين

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠١٨/٥/٥م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الأول ، ص ٧٨.

[2]) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٦/٤/٦م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، ١٩٦٩م . ٢٠١٩م ، المجلد الثانى ، ص ١٢٥٢.

المدعى تعارضهما او كليهما ، وعلى خلاف ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن تعيين أولاهما بالتنفيذ ، إذ لا يتصور أن يحمل قضاؤها في هذا الشأن إلا على عناصر قانونية بحتة ، قوامها أن الحكم الأحق بالتنفيذ ، هو ذلك الذي يصدر عن جهة قضاء اختصها المشرع دون غيرها بالفصل في النزاع الموضوعى ". ([1])

الفرع الثانى

تأثير الإعتبارات السياسية فى تكوين عقيدة قضاة الدستورية.([2])

للواقع السياسي تأثير على تكوين عقيدة القاضي الدستوري ، فهذا الأخيرلا يستطيع أن يعيش معصوب العينين أو في برج عاجي، معزولاً عن الواقع المحيط به ([3]) ، فلا مراء فى أن الأحكام والقرارات التى يصدرها القاضى الدستورى تمس الحكومة بشكل مباشر ، فهذه الأخيرة هى المحرك الأساسى للتشريعات التى يصدرها البرلمان ، كما أنها هى التى تتولى إصدار اللوائح ، وتعتبر هذه الأعمال جميعا من أهم الوسائل التى تستخدمها الحكومة فى تنفيذ السياسة التى تعتنقها فى الميادين المختلفة ، وتظهر بجلاء خطورة الدور الذى تضطلع المحكمة الدستورية بالقيام به فى الفرض الذى يتسبب فيه أحد الأحكام الصادرة عنها بعدم دستورية تشريع معين أو أحد قراراتها التفسيرية فى إجهاض سياسة عامة من السياسات التى تسير عليها الحكومة ، وينتج عن هذا الأمر وجود إحتمال دائم لنشوء توتر فى العلاقة بين المحكمة الدستورية العليا والحكومة ، ولكى يتجنب القاضى الدستورى هذه النتيجة فإنه يجد نفسه مدفوعا إلى إتباع منهج عملى يقوم على وضع بعض الحدود والضوابط على ممارسته سلطته فى

---

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ٣٩ قضائية "تنازع" بجلسة ٢٠١٨/٣/٣م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الرابع ، ص ٣٣٧٢.

[2]) يراجع تفصيلا بشأن تغليب القضاء الدستورى للإعتبارات السياسية : د. مجدى محمد زيادة ، الإتجاهات السياسية وأثرها على الرقابة الدستورية ، رسال دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٩م ، ص ٤٨٩ وما بعدها.

[3]) المستشار الدكتور:عبد العزيز محمد سالمان ، أسلوب وإجراءات إصدار الحكم الدستورى ، مقال منشور بمجلة الدستورية ، العدد الثامن والعشرون، أبريل ٢٠٢١م.

الرقابة الدستورية ، والهدف من ذلك هو عدم إثارة حساسية الحكومة وتمكينها من تطبيق السياسات التى تتبناها ، دون أن يكون القاضى الدستورى سببا فى عرقلة هذه السياسات أو الحيلولة بين الحكومة وتحقيق أهدافها ، وبفضل هذا المنهج العملى للقاضى الدستورى ، فأنه يمنع أية محاولات من جانب الحكومة أو البرلمان للحد من سلطته أو تقييد اختصاصاته.([1])

فيجب على القاضى الدستورى تحقيق التوزان بين تلك الاعتبارات السياسية لكى يتمكن من أداء واجبه فى حماية المشروعية الدستورية ، مع تفسير النصوص الدستورية بما يراعى ظروف المجتمع وتطويره ويجنبه الأزمات ، وبقدر نجاحه فى تحقيق هذا التوازن الدقيق ، فأنه ينجح فى أداء مهمته التى أناطها إليه المشرع الدستورى ، وهناك واقعة شهيرة في التاريخ وقعت بين المحكمة العليا الأمريكية والرئيس الأمريكى روزفلت بدءا من عام ١٩٣٣م ، بسبب عدم مراعاة المحكمة الإعتبارات السياسية ، والتى نتج عنها أن قضاة المحكمة كانوا على وشك الإطاحة بهم عن طريق مشروع قانون تقدم به الرئيس الأمريكى عام ١٩٣٦م ، وملخص تلك الواقعة أن المحكمة كانت تتبنى الحرية الإقتصادية وضرورة تقييد سلطات الحكومة ، في حين أن الرئيس روزفلت كانت تقوم سياسته على التدخل من جانب الدولة في الإقتصاد وتوسيع صلاحيات وسلطات الحكومة ، ونتج عن عدم مراعاة المحكمة لتلك الإعتبارات السياسية أن قضت خلال فترة وجيزة بعدم دستورية جل القوانين التي تضمنت البرنامج السياسى للرئيس روزفلت ، ومسلك المحكمة كان محل انتقاد كونها قامت بتثبيت أو تحجير نصوص الدستور وتجميدها عند المفاهيم التقليدية التي أحاطت بوضع الدستور ، وأنتقد الرئيس روزفلت سياسة المحكمة وإسرافها في رقابة الدستورية وأعلن أنه يريد حماية الدستور من المحكمة العليا وحماية المحكمة من نفسها وأن البلاد تحتاج إلى محكمة تعمل في ظل الدستور وليس فوقه ، ووجه الرئيس خطابه الى الكونجرس بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٨م ، مؤكدا على أن الأمة يمكن أن تحقق تقدما كبيرا خلال القرن العشرين إذا نجح القضاة في تطبيق فلسفة إقتصادية وإجتماعية مناسبة

[1]) د. يسرى محمد العصار ، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستورى ، مرجع سابق ، ص ٥٤.

لظروف العصر ، ولم يكونوا عبيدا لفلسفة عفى عليها الزمن ، من نتاج أوضاع إقتصادية لم يعد لها وجود.([1])

ومع أهمية الإعتبارات السياسية ، إلا أن القاضى الدستورى ينبغى عليه أن يقف عند الحد المعقول فى مراعاتها ، فهو قاض أولا ، ويقع على عاتقه إلتزام أساسى بتطبيق نصوص الدستور وإعلاء أحكامه ، ولا يجوز له تغليب الإعتبارات السياسية على الإرادة الصريحة للمشرع الدستورى ، ولا يملك مخالفة مبادئ الدستور تحت أية ذريعة كانت ، لأنه إذا تجاوز حدود دوره ، وأقر لنفسه بسلطة مساوية لسلطة المشرع الدستورى ، فإنه يكون قد أخل بمبدأ الفصل بين السلطات وجعل من نفسه سلطة تعلو على السلطة التشريعية المنتخبة ، وتسمو عليها ، ولكنه فى الوقت ذاته ، جزء من نسيج المجتمع وكيانه ، وهذا يفرض عليه واجبا أساسيا فى حماية نظم المجتمع ووقايتها من الأزمات ، وقد عبر الدكتور أحمد أبو المجد عن ضرورة وجود حدود للدور السياسى للقاضى الدستورى ، بقوله " إن جوهر السياسة القضائية هو تحديد الحد الفاصل بين أداء القاضى لدور سياسي بالمعنى الواسع من خلال وظيفته القضائية الملتزمة بحدودها ، وبين تصديه للقيام بعمل سياسي مكشوف يصعب الدفاع عنه لأنه تخلص من الرداء القضائى ، مع أن هذا الرداء القضائى هو الذي منح من أجله الإستقلال ، إن القاضى يقوم بنوع من التشريع ، والقاضى بشر ، ونصوص القانون والدستور حمالة أوجه ، وبقدر ما فيها من إجمال وإيجاز بقدر ما يتسع التفويض الممنوح للقاضى ، وتظهر الدقة والصعوبة أكثر ما تظهر في موضوع الرقابة على دستورية القوانين."([2])

---

[1]) يراجع في تفاصيل الخلاف بين الرئيس الأمريكى روزفلت والمحكمة العليا الأمريكية: د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهر ، ١٩٥٨م ، د.مصطفى أبوزيد فهمى ، الوجيز فى القانون الدستورى والنظم السياسية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩م ، ص ٢٥٥ وما بعدها.

[2]) الندوة التي نظمها نادى القضاة حول موضوع إستقلال القضاء بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٩٠م ، والمنشورة بمجلة القضاة ، عدد يناير . يونيو ١٩٩٠م ، ص٢٩.

ومن أهم مظاهر الإعتبارات السياسية فى القضاء الدستورى ، القيود الذاتية التى يضعها القاضى على سلطاته ([1])، وقيامه فى بعض الأحيان بمناسبة دعوى معينة بالعدول عن التفسير الذى يتفق مع صريح نص القانون . بالمعنى الواسع لهذا المصطلح . والذى يكون محل اتفاق أو إجماع بين الشراح والمفسرين إلى تفسير آخر بعيد عنه ، وذلك إذا قدر أن تطبيقه للتفسير الأول من شأنه أن يضر بالسياسة العامة للحكومة ضررا جسيما ،أو تنتج عنه أزمة سياسية أو اجتماعية أو أقتصادية ([2])، فالقاضى الدستورى يضع بمحض إرادته وإختياره الواعى قيودا ذاتية على سلطته وعلى نطاق الرقابة القضائية التى يمارسها ، وذلك بهدف تجنب إغضاب الحكومة وعدم إعطائها ذريعة لكى تتهمه بأنه يعرقل جهودها وسياستها ، وتلجأ بناء على ذلك إلى تحجيم الرقابة الدستورية أو الحد من سلطتها وصلاحيتها بل وقد يصل الأمر إلى حد إلغائها ،

---

[1])ومن الأمثلة على تلك القيود ما جرى عليه قضاء المحكمة من أن **الرقابة الدستورية لا علاقة لها بالسياسة التشريعية للمشرع** (يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٧٣ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٧/١٢/٢م ، وحكمها منعقدة فى غرفة المشورة فى الدعوى رقم ١٤ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/٣/٣م ، وحكمها فى الدعوى رقم ١٩ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٨/٣/٧م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، المجلد الثانى ، ص ١٦١٧) ، **وأيضا عدم إمتداد الرقابة الدستورية لبواعث إصدار التشريع وملاءمته** (يراجع حكم المحكمة العليا . التى حلت محلها المحكمة الدستورية العليا . فى الدعوى رقم ٥ لسنة ٧ قضائية "دستورية " بجلسة ١٩٧٨/٤/١م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الأول ، ص ٥٨٧، وحكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٥٢ لسنة ٢٧ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٧/٥/١٣م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثالث، ص ٢٥٣٣، وحكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٨٨ لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١/١٣م ، والدعوى رقم ٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٣/٢٢م ، والدعوى رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/٩/٢م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١٦١٢) ، **وأيضا أن الرقابة الدستورية لا تمتد لتشمل الرقابة على الإمتناع التشريعى(يراجع** حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٣/٦/١٩م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١٦٠٧، وحكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٩٩ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٦/٥/٧م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١٦٢٢)

[2]) د. يسرى محمد العصار ، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستورى ، مرجع سابق ، ص١٦,

ويفسر البعض هذه السياسة بأنها "ترجع إلى إعتبارات حق البقاء لدى القضاءين الإدارى والدستورى الذى يدفعهما إلى الدفاع عن وجودهما بجميع الطرق بإعتبارهما ضمانة جوهرية للمشروعية ولسيادة القانون بمعناه الواسع ".([1])

وكذلك من الإعتبارات السياسية فى القضاء الدستورى أستبعاد أعمال السيادة من الرقابة الدستورية ، وهو ما أفصحت عنه المحكمة ، بقولها " الحكمة من إستبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء أنها تتصل بسيادة الدولة فى الداخل والخارج ، ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا للتقاضى ، لما يحيط بها من إعتبارات سياسية ، تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقا تحقيقا لصالح الوطن وأمنه وسلامته ، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات فى هذا الصدد ، لأن ذلك يقتضى توافر معلومات وعناصر وموازين تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء، وذلك فضلا عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علنا فى ساحات القضاء ، ولما كانت هذه الإعتبارات التى أقتضت إستبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء العادى والقضاء الإدارى قائمة فى شأن القضاء الدستورى ، ومن ثم يتعين إستبعاد النظر فى هذه الأعمال من ولاية المحكمة العليا دون حاجة إلى نص يقضى بذلك ، فهى قاعدة أستقرت فى النظم القضائية فى الدول المتحضرة ، وغدت أصلا من الأصول القضائية الثابتة ، يؤيد هذا النظر أن جهات القضاء الوطنى والمختلط قد جرت على إستبعاد النظر فى هذه الأعمال من ولايتها ، قبل النص على ذلك صراحة فى لائحة ترتيب المحاكم المختلطة عند تعديلها سنة ١٩٠٠، وفى لائحة ترتيب المحاكم الوطنية عند تعديلها سنة ١٩٣٧م ". ([2])

وأيضا من تطبيقات الإعتبارات السياسية فى القضاء الدستورى ، إعتبار المحكمة الدستورية العليا عملية إصدار الدساتير وتعديلاتها من المسائل السياسية التى تخرج عن رقابتها ، بقولها "

---

[1]) د.ماجد راغب الحلو ، القانون الدستورى ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، ١٩٩٧م ، ص٣٩٧.

[2]) حكم المحكمة العليا . التى حلت محلها المحكمة الدستورية العليا . فى الدعوى رقم ٢٢ لسنة ٦ قضائية "عليا" بجلسة ١٩٧٧/٢/٥م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، ١٩٦٩م . ٢٠١٩م، الجزء الأول ، ص ٣٥١و٣٥٢.

تعتبر إجراءات إصدار الدساتير من المسائل السياسية التى لا يدخل النظر فيها أو التعقيب عليها فى ولاية هذه المحكمة ، التى يقتصر اختصاصها فى شأن رقابة الدستورية على الفصل فى دستورية القوانين واللوائح ، ومن ثم فإن الطعن على إجراءات إصدار الإعلانين الدستوريين الصادرين فى ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٥٢م و١٠ فبراير سنة ١٩٥٣م ، والدستور المؤقت الصادر فى ٥ مارس سنة ١٩٥٨م ، وما أنطوت عليه من أحكام ، إنما يعتبر من المسائل السياسية التى يجاوز نظرها والتعقيب عليها اختصاص المحكمة ".([1])

الفرع الثالث

تأثير الخبرة القضائية السابقة لقضاة الدستورية في آرائهم وتوجهاتهم القضائية وبالتبعية في عقيدتهم.(٢)

ليس من المعتاد أن تعتد جهة الرقابة على الدستور حال بحثها عن القيم الكامنة وراء نصوص الدستور بنظرية معينة دون أخرى، ولكنها تعمل على التوفيق بين عناصرها وتزيل التوتر بينها قدر الإمكان ، وقد يكون لنفرٍ من قضاة الدستورية المتداولون من له فلسفة خاصة متميزة اكتسبها خلال فترة توليه الوظيفة القضائية، وكان لها أثرها في آرائه وتوجهاته أثناء مباشرتها ، وربما كان أكثر القضاة خبرة أبلغهم فى التعبير عن القيم التي يتصورها نهجًا أفضل للحياة ، كذلك فإن لكل خبرة قضائية وزنها وأثرها فى قرار جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ولا يتصور مع تخلفها أن يكون أداء هذه الجهة فاعلاً، ولا أن يكون للقاضى مكانة أيا كان قدرها، إذا كان يعمل بغير اقتناع أو بطريقة سلبية، أو على نحو يكون فيه مخادعًا، متجاهلاً خصائص الوظيفة القضائية ومتطلباتها، ويظل وهمًا ما يقال أن القضاة بوسعهم الانفصال عن

---

[1]) حكم المحكمة العليا . التى حلت محلها المحكمة الدستورية العليا . فى الدعوى رقم ١١ لسنة ٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٧٨/٤/١م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ، ١٩٦٩م . ٢٠١٩م ، المجلد الثالث ، ص ٢٥٨١و٢٥٨٢.

[2]) يراجع : المستشار الدكتور:عبد العزيز محمد سالمان ، أسلوب وإجراءات إصدار الحكم الدستورى ، مرجع سابق.

خبراتهم السابقة التى تشكل خلفية تتحدد على ضوئها قراراتهم فى المسائل الدستورية التى يبحثونها، ويظل ثابتًا أن القضاة فى كل عصر لا يدونون فى أحكامهم غير القيم التى يتصورونها أكثر صوابًا – ما كان منها شخصيًا أو اجتماعيًا – وهم يصوغون لهذه القيم معانيها التي يرونها أكثر تعبيرا عنها، وأوفي حماية لها ، ولا شك أن النظرة المتعمقة لأحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية تدل على أن قضاتها يرتبطون بوجه أو بأخر ببعض القيم الشخصية أو بفلسفة خاصة يرونها أكثر صوابًا من غيرها . ويظل أمرًا غير مفهوم عزل هذه الجهة عن قضاتها الذين كان لقوة شخصيتهم أثر هام في مجال تطويرها، ولوزنهم قوة مؤثرة لا تقل شأنا عن نصوص قاطعة يتضمنها الدستور، ولا عن مبادئ راسخة عززتها السوابق القضائية التي دل ثباتها على استقرارها.([1])

فالقاضى الدستورى عند فصله في النزاع المعروض عليه ، يجد أنه يتنازع تكوين عقيدته أكثر من فلسفة ، **(أولها):** فلسفة المشرع فى وضع النصوص القانونية الطعينة ، فلا شك أن المشرع يستند إلى فلسفة سياسية وإقتصادية وإجتماعية أعتنقها ووضعها موضع التنفيذ العملى عن طريق التشريع محل الرقابة الدستورية ، **و(ثانيها):** فلسفة السلطة التأسيسية، فالنصوص الدستورية تعكس الفلسفة السياسية والإقتصادية والإجتماعية التي إعتنقتها السلطة التأسيسية التي أقرت هذا الدستور، **و(ثالثها)** : فلسفة القاضى الدستورى نفسه نتيجة خبراته ومستواه الفنى القانونى ، فلا يمكن للقاضى الدستورى أن يجرد نفسه بشكل مطلق من آرائه ومعتقداته الفكرية وأسلوب فهمه الذاتى للنصوص والمبادئ الدستورية ، وهنا يثور التساؤل لمن الغلبة؟ فأى فلسفة ستتربع فى الصدارة عند تكوين القاضى الدستورى عقيدته؟

فعندما تعرض للقاضى الدستورى منازعة ، ويفأجا بغموض النصوص الدستورية المزمع تطبيقها ، أو النصوص القانونية الطعينة ، أو يفأجا بأنه لا يوجد نص دستورى صريح يحكم المسألة الدستورية المثارة ، فيطبق روح الدستور ، فهنا الدور الشخصى للقاضى الدستورى يكون في منهتى الخطورة ، لأن قيام القاضى الدستورى بالتعرف على نوايا كلا من واضعى الدستور

---

[1]) المستشار الدكتور: عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى ملامحها الرئيسية، مرجع سابق ، ص١٩٤و١٩٥.

والقانون، توصلا للوقوف على تخوم المخالفة الدستورية ، تمهيا لإخضاعها لرقابته، يجعله بالضرورة يعتمد على معيار شخصى ، حتى وأن قيل بأنه يلتزم بالضوابط التي يقيد بها نفسه ، فأنه تظل هذه الضوابط غير مستقرة ، ناهيك عن أن وضعه لتلك الضوابط متوقف على كشفه نوايا واضعى الدستور والقانون ، ويكأنه يدور في دائرة مفرغة.

وعبر نظر فقهى عن هذه الخطورة من دور القضاة فى الرقابة الدستورية ، بقوله :".....دور القضاء فى الرقابة ليس بهذه الدرجة المتوهمة من الوضوح والإنضباط ، إذ كثيرا ما تجاوزت المحاكم ظاهر النصوص الدستورية ، أو أستغلت عموم بعضها وغموض البعض الآخر لتقرأ بين سطورها مبادئ دستورية لا قيام لها فى الواقع إلا فى رؤوس القضاة ، ومنذ أباح القضاء لنفسه أن يتخذ من هذه المبادئ معيارا لدستورية القوانين ، يمكن القول أن الرقابة قد تجاوزت طبيعتها القانونية التى تبررها الإعتبارات النظرية.....وصارت وسيلة خطيرة لإقتحام المجال التشريعى...."([1])

لذا يجب أن يكون القاضى الدستورى فى تكوين عقيدته على قدر كبير من الحيطة والحذر، بأن يمارس رقابة متزنة تهدف إلى المحافظة على سمو الدستور وضمان إلتزام السلطة التشريعية بأحكامه ، ولكن دون أسراف أو ممارسة تدخل شديد يعرقل العملية التشريعية ، وكذلك دون تهاون يؤدى إلى إهدار نصوص الدستور ومبادئه العليا ، فإذا تجاوز القاضى في الرقابة على الدستورية وأستند إلى غموض بعض نصوص الدستور لكى يفرض آرائه ومعتقداته الشخصية على المشرع ، فأنه يكون خالف مبدأ الفصل بين السلطات وتدخل في عمل السلطة التشريعية ، وبالمقابل إذا قصر في ممارسة مهامه وتردد في إلزام السلطة التشريعية بإحترام الدستور فإنه يكون قد خالف ، فى هذا الفرض أحكام الدستور ، ولم يقم بواجبه في إرساء دعائم الشرعية الدستورية.

[1]) د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥.

الفرع الرابع
تأثير الرأى العام على تكوين عقيدة قضاة الدستورية.(١)

كما أن للرأي العام تأثير لا ينكر في عملية صنع قرار جهة الرقابة الدستورية، إذ ينبغي أن يكون هناك قدر معقول من الدعم العام للأحكام القضائية، وهو أمر واقعي لا يتنافى مع استقلال القاضي من الناحية الفنية وعدم الخضوع لأية مؤثرات (٢) ،على أنه يجب أن إلا ينزلق القاضى الدستورى إلى البريق الأعلامى وأضوائه، وألا ينساق وراء الأعلام والرأى العام حتى لا يقع فريسة للمحاكمات الأعلامية التى ضررها أكبر من نفعها على حيدته وتجرده وتعزيز الثقة فى أحكامه.(٣)

---

١) يراجع بشأن مفهوم الرأى العام : د. عز الدين مسعود ، مفهوم الرأى العام بين السياسة الشرعية والقانون الدستورى دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، الصادرة عن كلية الحقوق جامعة عين شمس ، العدد الأول ، السنة التاسعة والأربعون ، يناير ٢٠٠٧م ، ص١١٩ وما بعدها.

٢) المستشار الدكتور:عبد العزيز محمد سالمان ، أسلوب وإجراءات إصدار الحكم الدستورى ، مرجع سابق.

٣) يراجع بشأن المحاكمات الإعلامية وتأثيرها على الرأى العام : د. سلطان سليم عوض ، الإعلام والرأى العام ومبدأ حياد القضاء وإستقلاله ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٧م ، ص ٢٥١ وما بعدها ، د. حسين مصطفى ، حماية إستقلال السلطة القضائية من تأثير سلطة الصحافة والرأى العام ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الثامن والثلاثون ، الأعداد الأول والثانى والثالث ، مارس ويوليو ونوفمبر ، ١٩٩٥م ، ص٢٥٥ وما بعدها،المستشار ماهر سامى ، ميزان الدستورية بين استقلال القضاء وحرية الإعلام ، مجلة الدستورية ، العدد السابع عشر.

خاتمة

عرضت الدراسة على النحو متقدم بيانه لمسألة البناء الوجدانى لأحكام جهة القضاء الدستورى ، وحاولت الإجابة عن التساؤل الآتى: هل العدالة الدستورية معصوبة العينين ؟ أسوة بالقضاء المدنى والجنائى ، أم أن تلك الصفة تتزحزح قليلا أمام جهة القضاء الدستورى ؟ فإذا كان القاضى الدستورى رجل قانون بحسب الأصل ومهمته الأساسية مطابقة النص الدستورى مع النص القانونى الطعين توصلا للقول باتفاقهما أم بإختلافهما ، إلا أنه ليس مطالب بالإنكفاء على نفسه فى دهاليز المكتبة القانونية العتيقة بحثا عن الحل الذى يعطيه للنزاع المعروض عليه ، بغض النظر عما لحق الأفكار القانونية من تطور فى قضاء نظرائه فى الدول الأخرى ، وبغض النظر عن تعارض هذا الحل مع الاعتبارات العملية والسياسية السائدة فى الدولة ، فالقاضى الدستورى لا يعيش في برج عاجي، معزولاً عن الواقع المحيط به، فهو أحد مواطنى الدولة يتأثر بما يتأثر به غيره من المواطنين.

وانتهت الدراسة إلى نتائج عدة تعرضها تباعا:

١. أن القاضى الدستورى لا يقتصر فى تكوين عقيدته على المعطيات القانونية الوطنية ، وإنما قد يمتد بصره إلى القضاء الدستورى المقارن والدساتير الأجنبية كعوامل مساعدة فى توضيح المسألة الدستورية المثارة أمامه والتغلب على مشاكل تفسير النصوص الدستورية الوطنية ، بتوضيح غموضها وسد الفجوات والثغرات فيها ، وإزالة التعارض بينها ، وهو ما يؤدى فى النهاية إلى التطبيق السليم للدستور بوصفه القانون الأعلى للبلاد.

٢. أن العدالة الدستورية ليست معصوبة العينين وأن الرقابة الدستورية ليست عملية حسابية أو آلية يوضع فيها النص الدستورى إلى جانب النص القانونى فيظهر على الفور مدى التطابق أو الاختلاف بينهما، فالقاضى الدستورى ليس منغلق على نفسه فى دهاليز المكتبات القانونية العتيقة باحثا فى كتبها البالية عن حل المسألة الدستورية المثارة أمامه ، فهناك اعتبارات عملية يراعيها القاضى الدستورى عند تكوين عقيدته ، وتلك الاعتبارات لا تقل أهمية عن النصوص

القانونية ، كالاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية ، فضلا عن الرأى العام ومدى تقبله لأحكام المحكمة ، كما يؤثر بصورة مباشرة فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى خبرته القانونية وأيدلوجيته الفكرية وثقافته.

٣. من شأن اللجوء للدساتير الأجنبية والقضاء الدستورى الأجنبي ومراعاة القاضى الدستورى للإعتبارات العملية والسياسية إصابة ضمانات المتقاضين فى الخصومة الدستورية فى مقتل ، من عدة نواح **(أولها)** أن تلك الاعتبارات العملية والسياسية غير مكتوبة وجلها يقوم على أفكار هلامية غير واضحة التخوم والمعالم، كما أنه يتعذر فى كثير من الأحيان الوصول للدستور الأجنبى أو القضاء الدستورى المقارن ، ومتى وصل إليه القاضى الدستورى قد لا يتوفر له التأهيل الكافى لدراسته وفهم منطقه والفلسفة السائدة فى تلك الدولة وقيمها الاجتماعية والسياسية . والتى قد تكون مختلفة جذريا عما هو قائم فى النظام القانونى الوطنى . التى أدت لحلول بعينها ، حتى لا ينتزعها من سياقها، وما ينتج عنه من عدم تجانسها مع النظام القانونى الوطنى ، **و(ثانيها)** إعمال القاضى الدستورى لتلك الاعتبارات يخرج عن أى ضوابط أو قيود توضح متى يلجأ إليها وحدود وتخوم هذا اللجوء، فله سلطة تقديرية مطلقة بشأن استعمالها ، وقد يرجحها القاضى الدستورى على حقوق الأفراد وحرياتهم ، وهو ما يهدر حق الخصوم فى حل منصف لدعواهم باعتباره من مفترضات الترضية القضائية([1])، ففى حالة تأثير أى من

[1]) تجدر الإشارة إلى أنه أوضحت المحكمة الدستورية العليا أن من مفترضات الترضية القضائية أن تقدم الخصومة فى نهايتها حلا منصفا ، وهو ما يستفاد من قولها " الحقوق التى تستمد وجودها من النصوص القانونية يلازمها بالضرورة . ومن أجل إقتضائها . طلب الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لها باعتبار أن مجرد النفاذ إلى القضاء فى ذاته لا يعتبر كتفيا لضمانها ، وإنما يتعين أن يقترن هذا النفاذ دوما بإزالة العوائق التى تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة عن العدوان عليها ، وبوجه خاص ما يتخذ منها صورة الأشكال الإجرائية المعقدة ، كى توفر الدولة للخصومة فى نهاية مطافها حلا منصفا يقوم على حيدة المحكمة واستقلالها ويضمن عدم استخدام التنظيم القضائى كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها أو للتحامل عليها ...."(حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٢/٣/٧م ، وحكمها فى الدعوى رقم

الاعتبارات السياسية أو العملية فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى فأنه لن يقدم حلا منصفا للمتقاضين فى دعواهم، وإنما سيخضع الأمر للمواءمات الهلامية.

و(ثالثها) من شأن تأثير الاعتبارات مار بيانها فى عقيدة القاضى الدستورى وبالتبعية الأخذ بها فى حكمه ، نسف ضمانة المواجهة بشأنها ، فتلك الضمانة تقتضى تمكين الخصوم من عرض أدلة دعواهم والرد على ما يعارضها من أقول ، على ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بقولها " ضمانة المحاكمة المنصفة التى كفلها دستور سنة ١٩٧١م بنص المادة (٦٧) منه ، تعنى أن يكون لكل خصومة قضائية قاضيها . ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية . وأن تقوم على الفصل فيها محكمة مستقلة ومحايدة ينشئها القانون ، يتمكن الخصم فى إطارها من إيضاح دعواه ، وعرض أدلتها والرد على ما يعارضها من أقوال غرمائه أو حججهم ، على ضوء فرص يتكافئون فيها جميعهم ، ليكون تشكيلها وقواعد تنظيمها ، وطبيعة النظم المعمول بها أمامها ، وكيفية تطبيقها عملا محددا للعدالة مفهوما تقدميا يلتئم مع المقاييس المعاصرة للدول المتحضرة"([1])،ففى ظل التنظيم الإجرائى القائم لجهة القضاء الدستورى فأن القاضى الدستورى غير ملزم بأعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم بالنسبة للمسائل التى يثيرها من تلقاء نفسه ، حتى نقول بأنه عرض على الخصوم تلك الاعتبارات والنص الدستورى الأجنبى حتى يخضعوها للمناقشة والتحليل والرد والتعقيب والإدلاء بدلوهم بشأنها ، وهو ما يصيب ضمانة المواجهة فى الخصومة الدستورية فى مقتل ، فمن شأن تلك الاعتبارات مار بيانها أن يفصل الأخير فى الدعوى أستنادا لمسائل هلامية غير واضحة التخوم والمعالم ، وليست محل اتفاق بين أهل التخصص وتختلف وجهة النظر بشأنها حسب المستوى الثقافى والعلمى ، بل قد يختلف بشأنها قضاة الدستورية أنفسهم ، ومع ذلك يستند إليها القاضى

---

١٣٢ لسنة ٣٧ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٩/٢/٢م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١٣٠٤)

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٢ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/٦/٢م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٣٨ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٨/١١/٣م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثالث ، ص ٢٤٩٦.

الدستورى دون أن يخبر الخصوم بها ودون أن يخضعها لمناقشتهم وتحليلهم ، فالقاضى هنا يقضى بعلمه الشخصى بصدد تلك الاعتبارات وبصدد القانون الدستورى المقارن.

و(رابعها) من شأن تأثير تلك الاعتبارات مار بيانها فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى وبالتبعية الأخذ بها فى حكمه ، إصابة ضمانة الدفاع فى مقتل ، تلك الضمانة التى تقتضى ألا يكون الفصل فى الدعوى بعيدا عن أدلتها نابذا الحق فى إجهاضها ، وهو ما يستفاد من قول المحكمة "ضمان الدستور . بنص مادته التاسعة والستين . لحق الدفاع ، قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيادة القانون ، كافلا للخصومة القضائية عدالتها ، وبما يصون قيمها ، ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيدا عن أدلتها ، أو نابذا الحق فى إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود ، فلا يكون بنيان الخصومة محتيفا حقوق أحد من الخصوم ، بل مكافئا بين فرصهم فى مجال إثباتها أو نفيها ، أستظهارا لحقائقها واتصالا بكل عناصرها ،...."([1]) ، وينتج عن إهدار ضمانة الدفاع أن تصبح الحقوق التى يكفلها الدستور مجردة من قيمتها العملية ، فالأفراد عاجزين عن بلوغها من خلال حق التقاضى الدستورى ، نتيجة إخضاع المحكمة دعواهم لإعتبارات عملية ومواءمات سياسية ونصوص أجنبية يتعذر عليهم الإطلاع عليها والوقوف على مضمونها ومنطقها.([2])

---

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٩/١١/٦م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٢/٢/١٠م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١١٨٦ و١١٨٧.

[2]) تجدر الإشارة إلى أنه أعتبرت المحكمة الدستورية من صور إهدار ضمانة الدفاع أن تفقد الحقوق قيمتها العملية ويعجز الأفراد عن بلوغها من خلال حق التقاضى، وهو ما يستفاد من قولها" ضمانة الدفاع التى كفلها الدستور بنص المادة (٦٩) لا يمكن فصلها أو عزلها عن حق التقاضى ، ذلك أنهما يتكاملان ، ويعملان معا فى دائرة الترضية القضائية ، التى يعتبر إجتناؤها غاية نهائية للخصومة القضائية فلا قيمة لحق التقاضى ، ما لم يكن متساندا لضمانة الدفاع ، مؤكدا لأبعادها ، عاملا من أجل إنفاذ مقتضاها ، كذلك لا قيمة لضمانة الدفاع بعيدا عن حق النفاذ إلى القضاء وإلا كان القول بها وإعمالها واقعا ورا جدران صامتة ، يؤيد ذلك أن الحقوق التى يكفلها الدستور أو النظم المعمول بها ، تتجرد من قيمتها العملية ، إذا كان من يطلبها عاجزا عن بلوغها من خلال حق التقاضى ، أو كان الخصوم الذين تتعارض مصالحهم بشأنها ، لا يتماثلون فيما بينهم فى

و**(خامسها)** كما أن شأن تأثير الاعتبارات مار بيانها فى عقيدة القاضى الدستورى . التى يتم الأخذ بها بعيدا عن علم الخصوم أو إبداء رأيهم بشأنها . جعل سلطة قضاة الدستورية أمتيازا شخصيا لهم ، يتصرفوا كيفما شاءوا دون أية قيود موضوعية تحدد طريقة عملهم أو حتى تجعل المواطنين يتوقعوا اتجاهات المحكمة القضائية حتى يرتبوا مراكزهم القانونية وفقا لها على سبيل الأستمرار ، فالسلطة ليست أمتيازا شخصيا لأحد وفقا للدستور وإنما تمارس نياية عن الجماعة ومصالحها ، وهو ما أفصحت عنه المحكمة بقولها " الدستور إذ نص فى المادة (٦٥) منه على خضوع الدولة للقانون وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات ، فقد دل بذلك على أن الدولة القانونية هى التى تتقيد فى كافة مظاهر نشاطها . وأيا كانت طبيعة سلطاتها . بقواعد قانونية تعلو عليها وتكون بذاتها ضابطا لأعمالها وتصرفاتها فى أشكالها المختلفة ، ذلك أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازا شخصيا لأحد ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها".([1])

أسلحتهم التى يشرعونها لاقتضائها".(حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/١٢/٢م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١١٦٠ و١١٦١، وحكمها فى الدعوى رقم ١٧٧ لسنة ٢٧ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٥/٩م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١١٧٥)

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٢/١/٤م ، وحكمها فى الدعوى رقم ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٩/١م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٧٤ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٧/٥/١٣م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٣٣ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٨/٤/٦م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١٣٥١، وهو ما أكدته المحكمة بحيثية أخرى بقولها "نص الدستور الصادر عام ٢٠١٤م فى المادة (٩٤) منه على خضوع الدولة للقانون وعلى أن استقلال القضاء وحصانته وحيدته ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات ، كما أكد على هذه المبادئ فى المادتين (١٨٤و١٨٦) من الدستور ذاته ، فقد دل على أن الدولة القانونية التى تتقيد فى كافة مظاهر نشاطها . وأيا كانت طبيعة سلطاتها . بقواعد قانونية تعلو عليها وتكون بذاتها ضابطا لأعمالها وتصرفاتها فى أشكالها المختلفة ، ذلك أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازا شخصيا لأحد ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها ، ولأن الدولة القانونية هى التى يتوافر لكل مواطن فى كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته ،ولتنظيم السلطة وممارستها فى إطار من المشروعية ، وهى ضمانة يدعمها القضاء من خلال

و(سادسها) كما أن تأثير الاعتبارات مار بيانها على تكوين عقيدة القاضى الدستورى ينتج عنه إهدار مبدأ القاضى الطبيعى ، الذى يكون مهيئا للفصل فى الدعوى لا بناء على عوامل ذاتية تتصل بشخصه وأسلوب عمله ، بل وفق معايير موضوعية ، وهو ما يستفاد من قول المحكمة الدستورية العليا بقولها " لكل خصومة قضائية قاضيها الطبيعى محددا على ضوء طبيعتها والأوضاع التى تلابسها ، وهو بذلك يكون مهيئا أكثر من غيره للفصل فيها . لا بناء على عوامل ذاتية تتصل بشخصه وأسلوب عمله . بل وفق معايير موضوعية قوامها اتصال هذه الخصومة بمتطلباتها من ناحية الجهة الأحق بنظرها ، فإذا كان النزاع قد أفرغ فى شكل خصومة قضائية متخذا ثوبها قبل أوان رفعها ، فأن القول باتصالها بغير قاضيها الطبيعى يتمخض بهتانا".([1])

و(سابعها) من شأن تأثير الاعتبارات فائت بيانها على عقيدة القاضى الدستورى وبالتبعية على حكمه الصادر فى الدعوى ، إنكار الحق فى الترضية القضائية ، كونه ينتج عنها حرمان الأفراد من نظر دعواهم فى أطار من الموضوعية ، ويجعل لجوئهم للقضاء الدستورى لا طائل من ورائه ([2]) ، فمراعاة القاضى الدستورى للاعتبارات مار بيانها . والتى يخلو استعمالها من

استقلاله وحصانته لتصبح القاعدة القانونية محورا لكل تنظيم وحدا لكل سلطة ورداعا ضد كل عدوان".(حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٧٨ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٨٨ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٢٣٤ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية " بجلسة ٢٠١٦/١٢/٣م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثالث ، ص ٢٤٤٧)

[1]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٤٥ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٨/٦/٦م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١٣٠٩.

[2]) تجدر الإشارة إلى أنه اعتبرت المحكمة الدستورية العليا من صور إنكار الحق فى الترضية القضائية أن يكون لجوء الأفراد للقضاء لا طائل من ورائه ، وهو ما يستفاد من قوله " إنكار الحق فى الترضية القضائية سواء بمنعها إبتداء أو بإقامة العراقيل فى وجه اقتضائها أو بتقديمها متباطئة متراخية دون مسوغ أو بإحطاتها بقواعد إجرائية تكون معيبة فى ذاتها بصفة جوهرية ، لا يعدو أن يكون إهدارا للحماية التى يفرضها الدستور والقانون للحقوق التى وقع العدوان عليها ، وإنكارا للعدالة فى جوهر خصائصها وأدق توجهاتها ، وبوجه خاص

ضوابط فضلا عن تعذر ضبطها بموازين دقيقة . فى تكوين عقيدته وبالتبعية فى حكمه الصادر فى الدعوى ، من شأن أن يجعل الدعوى . باعتبارها وسيلة قضائية متاحة للأفراد . لا توفر لمن استنفدها الحماية اللازمة لصون حقوقه ، وقد يشعر الأفراد بأن ملاحقة القانون المخالف للدستور، للحصول على الترضية القضائية لا طائل من ورائها.

وتوفيقا بين مزايا مراعاة الاعتبارات العملية والسياسية والقانون الدستورى المقارن فى تكوين عقيدة القاضى الدستورى ، وانتقادتها مار بيانها ، **تقدم الدراسة فى هذا المقام توصيات عدة:**

(أولهما) إلزام القاضى الدستورى متى ترأى له أنه بصدد مراعاة أيا من الاعتبارات مار بيانها ، بمواجهة الخصوم بها ، حتى يخضعوها للمناقشة والتحليل والإدلاء بدلوهم بشأنها ، وهو ما يحقق ضمانتا الدفاع والمواجهة فى الخصومة الدستورية.

و(ثانيهما) لابد من وجود ضوابط تحدد متى يلجأ القاضى الدستورى إلى مراعاة الإعتبارات العملية والسياسية أو متى يلجأ إلى الدستور الأجنبى أو القضاء الدستورى المقارن قى تكوين عقيدته ، وحدود سلطته عند لجوئه هذا ، بحيث يلتزم بها القاضى الدستورى من تلقاء نفسه ،

كلما كان طريق الطعن القضائى لرد الأمور إلى نصابها ممتنعا أو غير منتج ، وكان من المقرر أنه ليس لازما لإنكار العدالة وإهدار متطلباتها أن يقع العدوان على موجباتها من جهة القضاء ذاتها ، ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية قد تفرض من العوائق ما يحول دون بلوغ الترضية القضائية ، سوا ء عن طريق حرمان الشخص من إقامة دعواه ، أو من نظرها فى إطار من الموضوعية ، ووفق الوسائل القانونية السليمة ، وإنما هو الإخفاق فى تقديم الترضية القضائية الملائمة ، وهو ما يتحقق بوجه خاص إذا كانت الوسائل القضائية المتاحة لا توفر لمن استنفدها الحماية اللازمة لصون حقوقه أو كانت ملاحقته لخصمة للحصول على الترضية القضائية التى يأملها ، لا طائل من ورائها".(حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٣/٤/٣م ، وحكمها فى الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٥/١٢/٢م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٨/٤/٤م ، وحكمها فى الدعوى رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٩/٢/٦م ، الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى ، المجلد الثانى ، ص ١١٥٧)

ويمكن للخصوم مطالبته بتطبيقها ، ففى ظل التنظيم الإجرائى القائم سلطة القاضى فى مراعاة تلك الاعتبارات مطلقة غير واضحة التخوم والمعالم .

قائمة المراجع

أولا: المراجع العامة والمتخصصة:

. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهر ، ١٩٥٨م.

. حسين مصطفى ، حماية إستقلال السلطة القضائية من تأثير سلطة الصحافة والرأى العام ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الثامن والثلاثون ، الأعداد الأول والثانى والثالث ، مارس ويوليو ونوفمبر ، ١٩٩٥م.

. رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري تطور الأنظمة الدستورية المصرية وتحليل النظام الدستوري في ظل دستور ١٩٧١م، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠م.

. سلطان سليم عوض ، الإعلام والرأى العام ومبدأ حياد القضاء وإستقلاله،رسالة ماجستير، جامعة القاهرة ، ٢٠١٧م.

. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية القضاء الدستورى فى مصر ، ١٩٨٨م.

. عبد العزيز محمد سالمان ، أسلوب وإجراءات إصدار الحكم الدستورى ، مقال منشور بمجلة الدستورية ، العدد الثامن والعشرون، أبريل ٢٠٢١م.

. عز الدين مسعود ، مفهوم الرأى العام بين السياسة الشرعية والقانون الدستورى دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية،الصادرة عن كلية الحقوق جامعة عين شمس ، العدد الأول ، السنة التاسعة والأربعون، يناير ٢٠٠٧م.

. عصام سعيد عبد العبيدى ، استشهاد القضاء الدستورى بالدساتير والأحكام الأجنبية لتفسير الدستور الوطنى ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة السادسة ، العدد الثالث ، العدد التسلسلى (٢٣) سبتمبر ٢٠١٨م.

. ماجد راغب الحلو ، القانون الدستورى ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، ١٩٩٧م.

. ماهر سامى ، ميزان الدستورية بين استقلال القضاء وحرية الإعلام ، مجلة الدستورية ، العدد السابع عشر.

. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري دراسة مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر ، ٢٠٠٣م.

. مجدى محمد زيادة ، الإتجاهات السياسية وأثرها على الرقابة الدستورية،رسال دكتوراه،جامعة عين شمس ، ٢٠٠٩م.

. مصطفى أبوزيد فهمى، الوجيز فى القانون الدستورى والنظم السياسية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.

. وهيب عياد سلامة ، أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا أحكامها ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة الثانية والثلاثين ، أكتوبر . ديسمبر ، ١٩٨٨م.

. يسرى محمد العصار ، دور الإعتبارات العملية في القضاء الدستورى ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩م ،ولذات المؤلف بحثه المعنون " تأثير الإعتبارات العملية في القرارات التفسيرية للمحكمة الدستورية في مصر والكويت" ، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، العددان الثالث عشر والرابع عشر ، ابريل . أكتوبر ، ٢٠٠١م.

المجموعات القضائية:

الموسوعة الذهبية للقضاء الدستورى المصرى ١٩٦٩م . ٢٠١٩م ، المكتب الفنى للمحكمة الدستورية العليا.