

جامعة قطر

كلية القانون

الرقابة الدستورية بطريق الامتتاع في القانون القطري والمقارن

إعداد

سارة علي الصلابي

قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات

كلية القانون

للحصول على درجة الماجستير في

القانون العام

يونيو 2020م / شوال 1441هـ

©2020. سارة علي الصلابي. جميع الحقوق محفوظة.

لجنة المناقشة

استُعرضت الرسالة المقدّمة من الطالبة سارة علي الصّلابي بتاريخ 3 مايو 2020، ووُفقَ عليها كما هو آتٍ:

نحن أعضاء اللجنة المذكورة أدناه، وافقنا على قبول رسالة الطالب المذكور اسمه أعلاه. وحسب معلومات اللجنة فإن هذه الرسالة تتوافق مع متطلبات جامعة قطر، ونحن نوافق على أن تكون جزء من امتحان الطالب.

المشرف على الرسالة

أ.د. حسن عبد الرحيم السيّد

المشرف المشارك على الرسالة

د. عبدالحفيظ الشيمي

مناقش

أ.د. محمد فوزي

مناقش

د. إسلام إبراهيم شيحا

تمّت الموافقة:

الدكتور محمد بن عبد العزيز الخليفي، عميد كليّة القانون

المُلخَص

سارة علي الصّلابي، ماجستير في القانون العام:

يونيو 2020م.

العنوان: رقابة الدستورية بطريق الامتناع في القانون القطري والمقارن

المشرف على الرسالة: أ.د. حسن عبد الرحيم السيّد

المشرف المشارك على الرسالة: د. عبدالحفيظ الشيمي

تتناول هذه الأطروحة رقابة الدستورية بطريق الامتناع في القانون القطري والقوانين المقارنة، فتعرض لرقابة الامتناع باعتبارها حلاً للفراغ من الرقابة الدستورية بشتى حالاته. حيث تعالج الأطروحة هذا الموضوع من خلال مبحث تمهيدي يليه فصلان. يتناول المبحث التمهيدي تأصيلاً للفراغ من الرقابة الدستورية ورقابة الامتناع. أما الفصل الأول فيتناول رقابة الامتناع في النظم القانونية المقارنة متعرضاً لدراسة كلٍ من الموقف الأمريكي كنموذج للفراغ الدستوري، والموقف المصري كنموذج لازدواجية الرقابة الدستورية، والموقف الكويتي كنموذج للفراغ القانوني.

أما الفصل الثاني، فقد خُصص لدراسة الرقابة الدستورية في دولة قطر، بحيث يقدم هذا الفصل رقابة الامتناع كحلٍ لحالة الفراغ الواقعي في دولة قطر، من خلال بيان نشأة الرقابة الدستورية في دولة قطر والفراغ من الرقابة الدستورية، ثم التعرّض لموقف الفقه وموقف القضاء من حالة الفراغ الواقعي ورقابة الامتناع في دولة قطر. وقد اتجهت الدراسة إلى التركيز على الجانب الواقعي، مسلطةً الضوء بشكل رئيس على أحكام القضاء وتحليلها وتقييمها تقييماً قانونياً، كما تناولت آراء الفقه، وسعت لترجيح الآراء المتوافقة مع المنطق القانوني السليم.

Abstract

This thesis addresses the Constitutional Control by way of abstention in the Qatari laws as well as the comparative laws. It then presents the control of abstention as a solution to the constitutional control vacuum. The thesis discusses this issue in the introduction of the research, followed by two chapters. The introductory research is establishing for the discharge of constitutional and abstention control. This is followed by the first chapter which discusses the control of abstention in comparative legal systems, presenting the American position as a model for constitutional vacuum, the Egyptian position as a model for duplication of constitutional control, and the Kuwaiti position as a model for legal vacuum.

The second chapter is dedicated to studying the constitutional control in the State of Qatar. This chapter offers the control of abstention, as a solution for the factual vacuum in the State of Qatar, throughout demonstrating the origins of the constitutional control in the State of Qatar. In addition, this chapter also discusses the position of both jurisprudence and the judiciary of the factual vacuum state and the control of abstention in the State of Qatar.

The study inclined to provide a practical and reasonable solution and has sufficiently addressed the theoretical aspects. It has also highlighted the realistic aspects by focusing mainly on the judicial rulings, analyzing and evaluating them in a legal evaluation manner. In addition, the concluding section discusses the views of jurisprudence and attempted to prioritize the views that matched with the proper legal reasoning.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي جعل في قاصر الوقت طولاً، وأعقب في شدة الكد حصداً منولاً، ويسر بعد السعي نفعاً ذلولاً. الحمد لله الذي علم المرء ما لم يعلم، وأرشد العقل إليه فأسلم، فما بعد علم الله من كسبٍ ولا مغنم. سبحانه أتم المنّة بالمنة، فمدّ بالحمد أسباباً للجنة، ويسر الحمد من عظم قدره، فجعل شكر الناس من شكره.

أحمدُهُ حتى يبلغ الحمد منتهاه، ويبلغ الشكر للناس مبتداه، فلكل ذي يدٍ بيضاء، أجزلتُ بالعباءة؛ خالص التقدير والعرفان، لأستاذي المشرف أ.د. حسن عبد الرحيم السيد، الذي أرفد بوقته عليّ، فلم يدخر توجيهًا ولا إرشادًا إلا ونورني به، فبسط لي الأقوال، وقارب لي الآجال، ولم ينقطع عن نُصحي في حلٍ وترحال. ولأستاذي المشرف المشارك د. عبدالحفيظ الشيمي الذي طوى لي الطريق في مواطن عديدة، وقرب لي بشرحه المسائل البعيدة، وأكرمني بحرصه، فمنحني المشورة السديدة. لأهلي وأحبابي، شكرًا كثيرًا، وودًا كبيرًا. ولكلّ من جاد عليّ بيده، أو بلسانه، أو حتى بقلبه، وذلك أعظم الإحسان، ولمن تفقدني بدعوة في ظهر الغيب، بلا ريب، خالص الامتنان.

فهرس المحتويات

ج	شكر وتقدير
1	المقدمة
4	المبحث التمهيدي/ الفراغ من الرقابة الدستورية ورقابة الامتناع
8	المطلب الأول/ الفرق بين رقابة الامتناع ورقابة الإلغاء
16	المطلب الثاني/ حالات الفراغ من الرقابة الدستورية
17	الفرع الأول/ الفراغ الدستوري من تنظيم للرقابة الدستورية
19	الفرع الثاني/ الفراغ القانوني من تنظيم للرقابة الدستورية
22	الفرع الثالث/ الفراغ الواقعي من تنظيم للرقابة الدستورية
26	المطلب الثالث/ أثر الفراغ من الرقابة الدستورية وفعالية رقابة الامتناع في مواجهته
27	الفرع الأول/ الأثر المترتب على وجود فراغ من الرقابة الدستورية
30	الفرع الثاني/ الأساس القانوني لإعمال رقابة الامتناع
33	الفرع الثالث/ فعالية رقابة الامتناع كحل للفراغ من الرقابة الدستورية
40	الفصل الأول/ الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في النظم القضائية المقارنة
41	المبحث الأول/ الموقف الأمريكي من رقابة الامتناع في حالة الفراغ الدستوري
42	المطلب الأول/ نشأة رقابة الامتناع في القضاء الأمريكي
52	المطلب الثاني/ العوامل التي ساهمت في نشوء رقابة الامتناع في النظام الأمريكي
56	المطلب الثالث/ نطاق رقابة الامتناع في النظام الأمريكي
62	المبحث الثاني/ رقابة الامتناع في ظل وجود نصوص مفعلة في مصر

المطلب الأول/ الرقابة الدستورية في مصر بعد إنشاء المحكمة العليا	64
المطلب الثاني/ الرقابة الدستورية في مصر بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا	74
المبحث الثالث/ الموقف الكويتي من رقابة الامتناع في حالة الفراغ القانوني	96
المطلب الأول/ موقف الفقه من رقابة الامتناع بواسطة القضاء العادي	100
المطلب الثاني/ موقف القضاء من الرقابة الدستورية بطريق الامتناع	105
الفصل الثاني/ الرقابة الدستورية في دولة قطر ورقابة الامتناع	117
المبحث الأول/ نشأة الرقابة الدستورية في قطر والفراغ من الرقابة الدستورية	118
المطلب الأول/ التطور التاريخي لتنظيم الرقابة الدستورية في دولة قطر	118
المطلب الثاني/ تدارك الفراغ القانوني بصدور التشريعات المنظمة للرقابة الدستورية	130
المطلب الثالث/ تكييف حالة الفراغ من الرقابة الدستورية في دولة قطر بعد صدور القانون	137
المبحث الثاني/ اتجاهات الفقه والقضاء من حالة الفراغ الواقعي ورقابة الامتناع في قطر	144
المطلب الأول/ موقف الفقه القطري من رقابة الامتناع وحالة الفراغ الواقعي	144
المطلب الثاني/ موقف القضاء القطري من حالة الفراغ الواقعي	158
المطلب الثالث/ الرقابة الدستورية بطريق الامتناع لمواجهة الفراغ الواقعي في قطر	181
الخاتمة.....	194
قائمة المصادر والمراجع	202
المراجع باللغة العربية:.....	202
المراجع باللغات الأجنبية	213
مراجع شبكة الإنترنت.....	214

المقدمة

لئن كانت نظم الرقابة الدستورية تتباين بين الدول تبايناً كبيراً، وتختلف باختلاف ظروف كل دولة وسياساتها، إلا أن جميع هذه الأنظمة تتفق في غاية وجودها، فجميعها تسعى لحماية الدستور، ذلك أن أنظمة الرقابة الدستورية ما وُجِدَتْ إلا لتكون نافذة عملية للمبادئ التي تكفل حمايته، مثل مبدأ سمو الدستور، ومبدأ احترام التدرج التشريعي، ومبدأ الفصل بين السلطات، فجميع هذه المبادئ لا تكتسب قيمتها الحقيقية إلا بتفعيلها، ولا يمكن تفعيلها دون آلية قانونية تضمن ذلك، وإعمال هذه المبادئ يأتي كامتداد حتمي لإعمال مبدأ الشرعية، فلا يكون لمبدأ الشرعية معنى من الناحية العملية إذا ما غابت المبادئ التي تكفل حماية الدستور.

لقد تعددت المذاهب في تنظيم الرقابة الدستورية القضائية، فهناك رقابة الإلغاء المركزية والتي يكون الاختصاص فيها لجهة محددة بموجب نصوص تشريعية دون غيرها من الجهات، وهناك رقابة الامتناع اللامركزية والتي بموجبها يكون لكافة المحاكم العادية أن تباشر اختصاص الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وفي الوقت الذي تكاد فيه رقابة الإلغاء المركزية أن تكون محل إجماع واتفاق على نفعها وجدواها في الواقع العملي، فإن الجدل حول رقابة الامتناع قد أُثِيرَ منذ زمن بعيد، ولا يزال مستمرًا إلى يومنا هذا. وهذا الجدل مرجعه أن رقابة الامتناع لطالما كان منبعها اجتهاد القضاء مستندًا إلى وظيفته المتمثلة في حل المنازعات وواجبه في احترام الدستور، على عكس رقابة الإلغاء التي تجد سندها واضحًا في النصوص المنشئة لها.

من هنا تظهر إشكالية البحث التي تتمحور حول مدى جواز إعمال رقابة الامتناع من قبل المحاكم العادية في حال قيام حالة من حالات الفراغ من الرقابة الدستورية. حيث تسعى هذه الأطروحة لتقدير جدوى رقابة الامتناع في حل إشكالية الفراغ من الرقابة الدستورية بشتى حالاته.

وتظهر أهمية هذا البحث في تقديم علاج عملي للفراغ من الرقابة الدستورية بصوره الثلاث، لما يترتب على قيام حالة الفراغ من الرقابة الدستورية من غياب الرقابة الدستورية عملاً، على نحو يؤدي إلى إهدار القيمة العملية للدستور، فتصبح القواعد الدستورية قابلة للتجاوز دونما أي رادع، وهو الأمر الذي يعني انتهاك مبدأ الشرعية والعصف بنتائجه، حيث يصبح الأفراد وحدهم خاضعين للقانون، في حين تبقى السلطات الأخرى محصنة في أعمالها ضد أي رقابة. ولأن القضاء هو قبلة النزاهة والحياد في البلاد، وبما تقتضيه وظيفته في الفصل في المنازعات القانونية، وبما ينطوي عليه التعارض بين النص الدستوري والنص التشريعي من نزاع قانوني؛ فإن منح القضاء العادي سلطة رقابة الامتناع هو حل مرحلي يخفف من جسامه آثار غياب الرقابة الدستورية في الواقع العملي.

في معالجتنا لموضوع هذه الأطروحة، اعتمدنا المنهج الوصفي الاستنباطي التحليلي المقارن، بحسب الشق المعالج في الموضوع، حيث قمنا بوصف وضع الرقابة الدستورية في النماذج المطروحة وصفاً قانونياً، فبيناً موقفها من رقابة الامتناع وظروف إعمال رقابة الامتناع فيها، ومن خلال دراسة تلك النماذج استنبطنا حالات الفراغ من الرقابة الدستورية الثلاث، فعمدنا إلى تحليلها تحليلاً قانونياً، وتكييف حالات الفراغ من الرقابة الدستورية، وتحديد نوع الفراغ في كل نموذج على حدة، وقد تخلل ذلك التحليل مقارنة بين تلك النماذج من جوانب متعددة، لنصل من خلال كل ذلك إلى تأصيل رقابة الامتناع كحلٍ مرحليٍّ لمواجهة حالات الفراغ من الرقابة الدستورية.

ولقد عمدنا لتقسيم هذا البحث لمبحث تمهيدي، وفصلين، حيث نؤصل في المبحث التمهيدي الإطار النظري لرقابة الامتتاع وحالات الفراغ من الرقابة الدستورية، وكيف لرقابة الامتتاع أن تكون علاجًا حقيقيًا للفراغ من الرقابة الدستورية. أما الفصل الأول فيتناول نماذج واقعية للرقابة الدستورية بطريق الامتتاع في النظم القضائية المقارنة، فيمثل في المبحث الأول لحالة الفراغ الدستوري بالولايات المتحدة الأمريكية، فيشرح الموقف الأمريكي من رقابة الامتتاع باعتبارها البلد الأم والمنشأ الأول لهذا النوع من الرقابة، أما المبحث الثاني، فيتناول الموقف المصري من النصوص التشريعية المنظمة للرقابة الدستورية، مسلطًا الضوء على ازدواجية الرقابة الدستورية في القضاء المصري، في حين يتناول المبحث الثالث النموذج الكويتي باعتباره النموذج الأمثل لحالة الفراغ القانوني. أما الفصل الثاني فيتعرض لدراسة الرقابة الدستورية في دولة قطر مسلطًا الضوء على رقابة الامتتاع كحلٍ لمعالجة إشكالية الفراغ من الرقابة الدستورية، حيث يبين المبحث الأول نشأة الرقابة الدستورية في دولة قطر والفراغ من الرقابة الدستورية، في حين يتناول المبحث الثاني موقف الفقه وموقف القضاء من حالة الفراغ الواقعي ومن رقابة الامتتاع في دولة قطر كحلٍ لها.

ونسأل الله أن تكون هذه الأطروحة، متممةً بالأصالة، سهلة المقالة، وأقرب إلى تحقيق العدالة، فتكون مرجعًا لحل إشكالية الفراغ من الرقابة الدستورية من خلال رقابة الامتتاع. وما ذهبنا مذهبًا إلا وأرجعناه للمتن الأصيل، ولا قلنا مقالة إلا وأقمنا عليها- ما استطعنا- الدليل، والله يقول الحق وهو يهدي السبيل.

المبحث التمهيدي

الفراغ من الرقابة الدستورية ورقابة الامتناع

يأتي مبدأ سمو الدستور كأساس وثيق، وكجوهرٍ عام، لموضوع الرقابة الدستورية على التشريعات، فهو الإطار القانوني والنظري لفكرة الرقابة الدستورية، وهو المبدأ الذي كان نتيجة حتمية لمبدأ المشروعية، ويفترض مبدأ سمو الدستور في بديهياته وجود دستور، ووجود تشريع، ووجود قضاء يراقب مطابقة التشريع للدستور¹.

إن مبدأ المشروعية- كما هو معلوم- يقتضي في أبسط صوره خضوع الحكام والمحكومين لأحكام القانون، حيث يتمتع على كافة السلطات التصرف إلا في الحدود التي رسمها القانون لها، ويجب احترام القانون- بالمعنى الواسع للقانون- من قبل كل سلطة في الدولة، وفي ظل هذا المعنى، يكون مبدأ سمو الدستور دعامةً لمبدأ المشروعية، وأساساً لنفاذه وفعالته، لأنه يتطلب خضوع الجميع دونما استثناء لحكم الدستور باعتباره القانون الأسمى للبلاد، وبذلك فإن مبدأ سمو الدستور يمثل عماد مبدأ الشرعية وقمته، بما يقتضيه من التزام الكافة- أفرادًا وسلطات- بالحدود الدستورية في تصرفاتهم، وإلا كانت باطلة تفتقد لقوة النفاذ².

وتختلف الدول فيما بينها في تقرير تنظيم الرقابة الدستورية تبعًا لاختلاف عوامل كثيرة تحكم منهج الدولة في ذلك، فالدستور نفسه وما يتضمنه من نصوص يعتبر أحد العوامل الجوهرية في تحديد نظام الرقابة الدستورية في دولة ما، كما أن نظام الحكم يلعب دورًا بالغ الأهمية في تحديد الرقابة الدستورية، حيث تكون الحاجة للرقابة الدستورية في النظام الديمقراطي شبه المباشر أقل منها في

¹ عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص7.

² عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الدستوري- المبادئ العامة- الدستور اللبناني، الدار الجامعية، 1987، ص179.

النظام الديمقراطي غير المباشر الذي ينفرد فيه البرلمان بممارسة سلطاته دون الناخبين، عوضاً عن اعتبارات عملية أخرى تساهم في تحديد شكل تنظيم الرقابة الدستورية مثل نفوذ السلطة التشريعية، وتأثير الرأي العام، ومدى قوة السلطة التنفيذية والضمانات الممنوحة للقضاء. هذه العوامل والاعتبارات لا تفسر اختلاف تنظيم الرقابة الدستورية بين الدول فحسب، بل إنها تؤكد أن تنظيم الرقابة الدستورية يرتبط أشد ارتباط بظروف كل دولة على حدة، وأن التنظيم الذي قد يلائم دولة ما، قد لا يلائم دولة أخرى لتباين عناصر النظام الدستوري بين الدول³.

وعلى كل، فإنه مهما اختلفت هذه العوامل، فمن المسلم به أن طبيعة الدستور من حيث المرونة والجمود تعد عاملاً جوهرياً في وجود الرقابة الدستورية من عدمها، إذ لا يتصور الحديث عن الرقابة الدستورية إلا في ظل الدساتير الجامدة، ذلك أن الرقابة الدستورية تعتبر أحد النتائج المترتبة على جمود الدستور⁴، وآية ذلك أن الدستور الجامد يحتاج في تعديله لإجراءات أشد من الإجراءات التي تصدر القوانين العادية في ضوءها⁵، وبذلك فهناك سلطتان أحدهما تأسيسية وأخرى تشريعية، وبناء على ذلك هنالك تشريع أسمى وآخر أدنى، على عكس التقسيم في الدساتير المرنة التي لا يكون ثمة فارق في تعديلها عن تعديل القانون، إذ لا توجد إلا سلطة واحدة تملك تعديل الأحكام التشريعية، هي ذاتها التي تستطيع تعديل الأحكام الدستورية، فيختفي أي تمييز في المرتبة بين

³ سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص79 وما بعدها.

⁴ سليمان الطماوي، "النظم السياسية والقانون الدستوري: دراسة مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988، ص110.

⁵ مع ذلك، هنالك دساتير تعدل بنصوص تشريعية وتبقى محتفظةً بالسمو والجمود، مثل الدستور الفرنسي الذي جعل استكمال الأحكام الواردة في المادة 34 منه بموجب قانون أساسي.

التشريعات، لعدم توافر الأساس الذي تقوم عليه الرقابة الدستورية، والمتمثل في تفاوت القوانين من حيث المرتبة أو القوة⁶.

من جهة أخرى، فإن المبادئ المؤصلة لفكرة الرقابة الدستورية والتي استدعت الحاجة لتنظيم الرقابة الدستورية مثل مبدأ سمو الدستور، وثبات القاعدة الدستورية، وعدم جواز نسخ القاعدة الدستورية إلا بقاعدة دستورية مثيلة لها⁷، والتدرج في القواعد القانونية، في حقيقتها آثار تترتب على جمود الدستور، إذ إننا لا نجد آثارًا مماثلة تترتب على مرونة الدستور⁸.

ولا ينحصر أثر الجمود في وجود الرقابة الدستورية، وإنما الجمود يؤثر على نوعها ورسم نطاقها، فجعل الدستور جامدًا يراد به تحقيق نوع من التوازن بين عاملين متضادين، هما عامل المحافظة وعامل التطور، وكلما قوى الميل إلى المحافظة كلما قوى عنصر الثبات والاستمرارية للدستور وازداد التفاوت بين الدستور والتشريعات الأخرى، وازدادت الحاجة إلى رقابة أشد على دستورية التشريعات⁹، ذلك أن التفاوت في السلطات التشريعية في ظل دستور جامد يفضي إلى تفاوت في التشريع الذي تسنه، بحيث يتدرج من الضعف إلى القوة، فتتدرج من الأدنى إلى الأعلى، ليكون التشريع الفرعي أدنى من التشريع العادي، والتشريع العادي أدنى من التشريع الدستوري، الأمر الذي يترتب عليه وجوب تقيّد كل تشريع بالتشريع الأعلى منه درجة، فلا يجوز لتشريع فرعي مخالفة

⁶ سعد عصفور، المرجع السابق، ص50.

⁷ يعتبر ثبات القاعدة الدستورية وعدم جواز نسخها إلا بقاعدة دستورية من نتائج التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية، ولا شك أنهما يتمتعان بقدر من النسبية في التطبيق، إذ تتفاوت مظاهر ثبات القاعدة الدستورية بين الدساتير إلى حد كبير. عثمان خليل، القانون الدستوري - الكتاب الأول في المبادئ الدستورية العامة، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، القاهرة، 1956، ص134-136. راجع أيضًا: عبد الغني بسيوني، القانون الدستوري، المرجع السابق، 185، 186.

⁸ خالد سمارة الزعبي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 1996، 62-63.

⁹ سعد عصفور، المرجع السابق، ص 79.

التشريع العادي، ولا يجوز لهذا الأخير أن يخالف التشريع الدستوري، فإذا حصلت مخالفة من تشريع أدنى لتشريع أسمى؛ ظهرت الحاجة إلى وجود نظام يكفل الرقابة على هذه المخالفات¹⁰.

في هذا المبحث، نسعى لتفصيل المشكلة الأساسية لهذا البحث والتمثلة في غياب الرقابة الدستورية في الواقع في إطار نظري واضح، ثم نتناول الإطار العملي من خلال الفصلين الأول والثاني من البحث، ومن خلال المبحث التمهيدي نسعى لبيان نوعي الرقابة الدستورية من حيث الأثر والوحدة، مسلطين الضوء على الفوارق بين رقابتي الإلغاء المركزية ورقابة الامتتاع اللامركزية، وهو ما نبينه في المطلب الأول، ثم في المطلب الثاني نوضح معنى الفراغ من الرقابة الدستورية ونعرض لحالاته، وأخيراً نسعى لبيان فعالية رقابة الامتتاع في مواجهة الفراغ من الرقابة الدستورية بشتى حالاته، وذلك في المطلب الثالث.

¹⁰ يرى البعض جواز الطعن بعدم الدستورية في حالة مخالفة القانون لحكم دستوري غير مكتوب، أو لمبدأ عام مستقر في الضمير الإنساني ويعلو على الدساتير المكتوبة، حيث ذهب العميد (هوريو) إلى جواز الطعن بعدم دستورية التشريع في هذه الحالة إذا كان مخالفاً لمبدأ من المبادئ اللازمة لحياة الدولة، وإلى ذات الأمر ذهب العميد (ديجي) بحجة أن عدم الدستورية ينصرف إلى كل عيب يشوب القانون بما في ذلك مخالفة الحقوق فوق الدستورية مثل مبدأ المساواة. في حين يرى الدكتور سليمان الطماوي بأن ذلك لا يكون إلا لو كان للقواعد العرفية قوة موازية لقوة القواعد الدستورية المكتوبة. راجع: سليمان الطماوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص395.

المطلب الأول

الفرق بين رقابة الامتناع ورقابة الإلغاء

تختلف أنواع الرقابة الدستورية تبعًا لاختلاف الزاوية المنظور منها إليها، فمن حيث طبيعة الجهة المختصة بالرقابة، نجد أن هنالك رقابة سياسية ورقابة قضائية، ومن حيث وحدة الجهة التي تمارس اختصاص الرقابة، تنقسم الرقابة إلى رقابة مركزية ورقابة لا مركزية، ومن حيث المرحلة التي تُباشَر الرقابة فيها، فهناك رقابة سابقة وأخرى لاحقة، ومن حيث الأثر فهناك رقابة امتناع ورقابة إلغاء¹¹. ولا شك أن كل نظام رقابة دستورية يحدّد مساره من كل زاوية من هذه الزوايا بما يشكّل الصورة الكلية لنظام الرقابة الدستورية.

ما يهمنا في بحثنا هذا هو الرقابة القضائية اللاحقة على صدور التشريع، دونما ذلك من أنماط الرقابة الدستورية الأخرى، إذ تخرج الرقابة السياسية والرقابة السابقة على دستورية القوانين واللوائح من إطار هذا البحث، ويهمننا من تلك التقسيمات التقسيمان الأخيران فحسب، والمتمثلان في تقسيم الرقابة الدستورية من حيث وحدة الجهة ومن حيث الأثر، بحيث تنقسم الرقابة القضائية وفقًا لذلك إلى رقابة إلغاء مركزية، ورقابة امتناع لامركزية¹²، وفيما يلي نبيّن مفهوم كلٍ منهما ثم نعرّج على بيان أهم الفوارق بينهما:

¹¹ حسن عبد الرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، كلية القانون، جامعة قطر، 2015، 290.

¹² تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه قد أشار إلى وجود نوع ثالث متمثل في المزج بين رقابة الإلغاء والامتناع، حيث يمزج هذا الأسلوب بين الدعوى الدستورية المباشرة والدفع الفرعي، ولكنه قد يرجح أسلوبًا على آخر في مزجه، وهو يختلف عن أسلوب الدفع الفرعي في أن المحكمة التي يدفع أمامها بعدم الدستورية ليست هي التي تفصل في المسألة الدستورية، وإنما يقتصر دورها على الرقابة على جدية الدفع من عدمه، فإذا تبينت لها جدية الدفع أوقفت النظر في الدعوى وحددت للخصوم ميعادًا لرفع دعوى عدم دستورية أمام محكمة خاصة لتتولى الفصل في الأمر، كما يختلف هذا الأسلوب عن أسلوب الدعوى الدستورية المباشرة في أن المسألة الدستورية في أسلوب المزج لا تثار ابتداءً أمام المحكمة المتخصصة، بل يجب أن يتعلق الأمر بدعوى مقامة سلفًا أمام المحاكم العادية، ودفع أحد الأطراف بعدم دستورية النص المراد تطبيقه، وقدّرت تلك المحكمة عدم جدية الدفع، فأحالته إلى المحكمة المتخصصة لتفصل فيه، كما أنه في هذا الأسلوب - وخلافًا لأسلوب الدعوى الدستورية

أولاً/ رقابة الإلغاء المركزية

بموجب هذا النوع من الرقابة يمكن إثارة النزاع الدستوري من خلال الدعوى الدستورية، حيث ينعقد اختصاص المحكمة المختصة برقابة الإلغاء إما بواسطة الدعوى المباشرة أو بواسطة الدفع الفرعي، فهناك وسيلتان - عادةً - لتحريك الدعوى الدستورية بموجب هذا النوع من الرقابة، إذ يكون لصاحب الشأن المتضرر من إصدار قانون معين أن يطعن على دستوريته مباشرة دونما حاجة إلى انتظار تطبيق القانون عليه متى كانت له مصلحة في ذلك، وذلك بهدف إلغائه من قبل المحكمة المختصة متى ثبت لها التعارض بين التشريع والدستور، كما يمكن له أن يثير النزاع الدستوري بناءً على دفع فرعي في قضية يجري نظرها أمام القضاء.

وفي هذا النوع من الرقابة يكون للإلغاء أثر عام، يشمل الكافة، إذ يعتبر النص التشريعي كأن لم يكن من يوم صدور التشريع، فما تم من آثار في ظلّه يصبح في حكم العدم¹³، كما تلتزم المحاكم بعدم تطبيقه وكافة الجهات في الدولة. ويستوي - من الناحية العملية - أن ينص القانون على أن يكون الحكم بالإلغاء أو الامتناع عن التطبيق، ذلك أن الامتناع عن التطبيق له أثر الإلغاء في هذا النوع من الرقابة، فالحكم بالامتناع عن التطبيق يجعل القانون مُلغىً حكماً، إذ يُحظر على

المباشرة - إذا حكمت المحكمة بعدم دستورية النص فإنها لا ترتب أثر الإلغاء عليه، وإنما تمتنع عن تطبيقه وتلزم المحاكم الأخرى بالامتناع عن تطبيقه.

وبذلك، فإنه بموجب هذا الأسلوب يكون للفرد أن يمارس طريقة الدفع الفرعي، فيطلب أثناء نزاع قائم بامتناع القضاء عن تطبيق نص ما لمخالفته الدستور، كما أن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تثير عدم الدستورية، وفي الحالتين توقف المحكمة نظر الدعوى محيلة المسألة الدستورية للمحكمة المتخصصة، فتصدر هذه الأخيرة حكماً ملزماً يتمتع بحجية مطلقة بحيث يتمتع تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته على كافة المحاكم. راجع: إيناس البهجي، يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2013، 159.

¹³ القاعدة العامة في الرقابة المركزية أن الحكم له أثر كاشف، بحيث يترتب عليه زوال القانون من يوم صدوره ومحو كافة آثاره، غير أن بعض الدول كالنمسا على سبيل المثال جعلت للحكم بالإلغاء أثرًا منشئاً فحسب، بحيث تنصرف آثار الإلغاء للمستقبل دون الماضي.

الكافة إعماله. ولخطورة هذا الأثر، فإن هذا النوع من الرقابة لا يكون إلا من قبل محكمة متخصصة وبموجب نصوص دستورية تنظمها، وفي حين أن الدفع الفرعي يكون من حق الخصوم، فقد يكون رفع الدعوى الدستورية حقاً لسلطة عامة، كما قد يكون حقاً للفرد، وفي الحالتين يبتغي صاحب الدعوى الدستورية القضاء على القانون والحكم عليه بالإلغاء بعد نفاذه وقبل تطبيقه¹⁴.

ثانياً/ رقابة الامتناع اللامركزية

لا يثار النزاع الدستوري بموجب هذا النوع من الرقابة قبل اللحظة التي يراد فيها تطبيق التشريع، فلا يكون للفرد أن يطعن على تشريع ما بعدم دستوريته حتى تتأتى اللحظة التي تعزم بها إحدى المحاكم العادية على تطبيق نص مخالف للدستور في دعوى يكون طرفاً فيها، وتكون له مصلحة جدية في هذا الدفع، فيطلب من القاضي أن يمتنع عن تطبيق التشريع لتضمّنه مخالفة لأحكام الدستور، وفي هذا النوع من الرقابة لا يكون للفرد أن يطلب إلغاء التشريع، بل جل ما يمكن له طلبه هو الامتناع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور في النزاع القائم الذي يكون فيه طالب الامتناع طرفاً في الدعوى، وله مصلحة في ذلك الامتناع، ويترتب على ذلك أن أثر الامتناع أثر نسبي لا يمتد إلا لأطراف النزاع، وللنزاع القائم، دون النزاعات السابقة أو المستقبلية، ولو كانت في ذات الموضوع¹⁵، وأول دولة طبقت هذا النوع من الرقابة هي الولايات المتحدة الأمريكية، وسنأتي على تفصيل ذلك في حينه.

من خلال ما مضى، يمكننا أن نميّز بين رقابة الإلغاء المركزية وبين رقابة الامتناع اللامركزية من خلال عدة جوانب، فإذا كان هذان الأسلوبان يشتركان في أن كلاّ منهما يُفضي إلى وضع التشريع

¹⁴ إسماعيل البدوي، مبادئ القانون الدستوري: دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1979، ص182.

¹⁵ عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، 204-205.

تحت مجهر الرقابة القضائية للنظر في مدى اتفاه مع الدستور أو مخالفته له؛ إلا أن هنالك عددًا من الفوارق التي نوردها فيما يلي:

- **من حيث السند القانوني للوجود:** تستلزم مباشرة رقابة الإلغاء وجود نص صريح كسند لقيامها، فيحدد ذلك النص المحكمة المختصة بتشكيلها وتنظيمها، بعكس رقابة الامتتاع التي لا تستلزم وجود نص يصرح بها وينظمها، فسكوت المشرع عنها لا يحول دون مباشرة المحاكم على مختلف درجاتها لهذا النوع من الرقابة¹⁶، فسندها في ذلك هو طبيعة الوظيفة القضائية المتمثلة في الفصل في النزاعات بما في ذلك النزاعات بين النصوص القانونية¹⁷.

يترتب على ذلك أن الرقابة الدستورية بطريق الامتتاع تبقى قائمة حتى بعد تعديل الدستور أو تبديله، ما لم يحظر الدستور الجديد هذا النوع من الرقابة بنص صريح، أما رقابة الإلغاء فتعتبر منعدمة بمجرد سقوط الدستور ما لم ينص الدستور الجديد على إنشائها، لأن سند وجودها قائم على النص الدستوري¹⁸، وسقوط هذا السند وانعدامه يجعلها منعدمة بالضرورة¹⁹.

- **من حيث وحدة الجهة:** إن رقابة الإلغاء تقتض اتباع نظام دستوري مركزي، إذ يجب ألا يُباشَر اختصاص الفصل في المنازعات الدستورية إلا من قبل محكمة واحدة سواء أكانت المحكمة العليا في النظام القضائي، أو محكمة دستورية متخصصة، أما رقابة الامتتاع فتقتض اتباع نظام

¹⁶ إبراهيم عبد العزيز شيجا، **النظم السياسية والقانون الدستوري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 250.

¹⁷ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 170.

¹⁸ ومع ذلك، في حالات استثنائية قد يكون سند رقابة الإلغاء سندًا قانونيًا، كما هو الحال بالنسبة لاختصاص المحكمة العليا برقابة الإلغاء المركزية بموجب القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969، حيث كان سند رقابة الإلغاء في تلك المرحلة سندًا قانونيًا لا سندًا دستوريًا. وسنأتي على تفصيل ذلك في حينه.

¹⁹ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص 251.

دستوري لا مركزي، حيث بمقدور جميع المحاكم على اختلاف درجاتها أن تنتظر في الدفوع المتعلقة بعدم الدستورية²⁰.

- **من حيث طبيعة الأسلوب:** تعد رقابة الإلغاء وسيلة هجومية ووسيلة دفاعية، فهي هجومية بما تتيحه من إمكان رفع الدعوى الدستورية دون وجود نزاع قائم بالفعل، وهي دفاعية بما تتيحه من تحريك الدعوى الدستورية بناءً على دفع فرعي في نزاع قائم بالفعل، خلافاً لرقابة الامتناع التي لا يتم تحريكها إلا بمقتضى الدفع الفرعي بعدم الدستورية، فهي بذلك لا تكون إلا وسيلة دفاعية. ففي الوقت الذي تتيح فيه الدعوى الدستورية للفرد أن يبادر بالطعن على دستورية القانون بمجرد تضرره منه ودون نزاع قائم، فإن الدفع الفرعي لا يبادر الفرد فيه إلى ذلك، بل ينتظر حتى تطبيق القانون على نزاع يكون طرفاً فيه، وحينئذ يدفع بعدم تطبيقه لعدم دستوريته²¹.

- **من حيث طبيعة الاختصاص:** في رقابة الإلغاء يكون اختصاص القضاء في المسألة الدستورية على نحو أصلي مباشر، أما في رقابة الامتناع فإن اختصاص القضاء بفحص الدستورية يكون على نحو عارض، فإذا كانت المسألة الدستورية تُفحص أصالة في النوع الأول؛ لإلغاء النص في حال ثبوت عدم دستوريته، فإنها في الأسلوب الثاني لا تُفحص إلا بمناسبة النزاع القائم للامتناع عن تطبيقه في حال ثبوت عدم دستوريته²².

- **من حيث المرحلة:** إن رقابة الإلغاء تحتمل أن تكون رقابة سابقة أو رقابة لاحقة، فمن المتصور إعمالها على مشروع القانون، أي في المرحلة السابقة على صدور القانون، كما يمكن إعمالها بعد صدور القانون، خلافاً لرقابة الامتناع التي لا يمكن أن تكون إلا رقابة لاحقة، حيث لا يمكن

²⁰ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 173، 176.

²¹ عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مدينة النصر، 1995، ص 245.

²² إبراهيم عبد العزيز شبحا، المرجع السابق، ص 246.

إعمالها إلا بعد صدور القانون وبعد نفاذه وسريانه، فلا يتصور عملاً إعمالها على مشروع القانون لأنها تعني الامتناع عن التطبيق، ومشاريع القانون لم تدخل إلى حيّز التطبيق بعد²³.

- **من حيث المَدَدُ**، لا يتقيد الخصوم بمدة معينة في رقابة الامتناع، فمسألة عدم دستورية القانون يمكن إثارتها متى حانت مناسبتها بغض النظر عن المدة التي انقضت على صدور القانون المراد تطبيقه²⁴. أما رقابة الإلغاء فقد تكون مباشرتها محددة بمدة معينة لاسيما حينما تكون رقابة سابقة²⁵.

- **من حيث التشكيل**: تفترض رقابة الإلغاء وجود محكمة متخصصة، أو تفويض المحكمة العليا في النظام القضائي بهذه المهمة، وفيما لو أنيط الاختصاص لمحكمة دستورية متخصصة فإن ذلك يتيح إدخال عنصر سياسي في تشكيلها، الأمر الذي يسمح بتقدير الاعتبارات السياسية والقانونية معاً. أما رقابة الامتناع فلا يمكن أن تتم مباشرتها إلا من قبل القضاة في المحاكم على مختلف درجاتها، إذ لا يمكن للسياسيين من غير القضاة مباشرة هذا النوع من الرقابة.

- **من حيث الأثر**: إذا ثبت للقاضي عدم دستورية النص عند مباشرته رقابة الإلغاء؛ فإنه يقضي بإلغاء النص، ويقضي بالامتناع عن تطبيقه على نحو ملزم للكافة، فيكون النص ملغى حكماً، أما إذا ثبت له ذلك عند مباشرته رقابة الامتناع، فإنه يقضي بالامتناع عن تطبيق النص امتناعاً غير ملزم إلا لأطراف النزاع، ويترتب على هذا الاختلاف في الحكم نتائج بالغة في الأهمية، فالامتناع لا يمتد أثره إلا على النزاع القائم، وحجته نسبية على النزاع المطروح وأطرافه حصراً، فتأثيره ينصرف

²³ سعد عصفور، المرجع السابق، ص74.

²⁴ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص246

²⁵ سعد عصفور، المرجع السابق، ص74.

إلى ذلك النزاع وأطرافه دون أن يمس النص، إذ يظل هذا الأخير ساريًا ونافذًا ومعمولًا به في سائر الحالات الأخرى، أما الإلغاء فأثره يمتد إلى النص في المقام الأول، فيعتبر كأن لم يكن²⁶.

ويترتب على هذا الأثر، أن تتقيد جميع المحاكم بحكم الإلغاء الصادر بناء على رقابة الإلغاء، حيث يعتبر الحكم بالإلغاء ملزمًا لكافة محاكم الدولة، ولا يغير من ذلك أن ينص القانون على أن يحكم القاضي بالامتناع، لأن هذا الحكم يعني الإلغاء حكمًا، لما فيه من إلزامٍ للكافة. أما حكم الامتناع الصادر بموجب رقابة الامتناع اللامركزية؛ فلا يقيد المحاكم الأخرى، فالحكم بالامتناع نسبي لا يمتد إلا لأطراف الدعوى والنزاع الذي ثار بمناسبة، فلا إلزام به حتى على ذات المحكمة التي أصدرته، فلها أن تعدل عنه في أحكامها اللاحقة²⁷. على أنه يلاحظ من الناحية العملية أن صدور حكم بالامتناع عن تطبيق نص لعدم دستوريته من محكمة عليا، قد يعني شل تطبيقه أمام سائر المحاكم إذا كان السائد أن آراء هذه المحكمة تقيد سائر المحاكم²⁸.

- من حيث الاصطدام مع السلطة التشريعية: إن الرقابة القضائية بطريق الامتناع لا تمثل انتهاكًا من جانب السلطة القضائية لمبدأ الفصل بين السلطات، لأن القاضي في حالة الامتناع لا يقضي بإلغاء النص بل يقتصر دوره على الامتناع عن التطبيق، وهذا لا يعتبر خروجًا عن وظيفته، لأن وظيفته توجب عليه تغليب القانون الأسمى²⁹، بعكس رقابة الإلغاء التي تؤدي إلى إلغاء القانون وجعله في حكم العدم كأن لم يكن، الأمر الذي قد يثير الصدام بين القضاء والسلطة التشريعية³⁰.

²⁶ إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص 248

²⁷ عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، 75، 83.

²⁸ سليمان الطماوي، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 386

²⁹ عبد الغني البسيوني، المرجع السابق، ص 212.

³⁰ إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص 250.

لكل هذه الاختلافات نجد أن رقابة الامتتاع تختلف تمامًا عن رقابة الإلغاء، فهي رقابة أخف في آثارها وأضيق في نطاق تفعيلها، إذ هي لا تكون إلا لمواجهة الحالات التي يتعذر فيها إعمال رقابة الإلغاء، وإنما في بحثنا هذا لا نعرض لرقابة الإلغاء إلا في معرض حديثنا عن رقابة الامتتاع، ولبيان أن رقابة الامتتاع ضرورية لمواجهة حالات الفراغ من الرقابة الدستورية، وهي الإشكالية التي نسهب في تفصيلها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

حالات الفراغ من الرقابة الدستورية

لما كان مبدأ سمو الدستور يفترض في جوهره ثلاث مرتكزات حتمية، أولها: وجود دستور له سمو على سائر التشريعات، وثانيها: وجود تشريعات تدنو الدستور في المرتبة، وثالثها: وجود جهة قضائية من وظائفها مطابقة التشريع بالدستور، فإن الرقابة على دستورية التشريعات باعتبارها التطبيق العملي لهذا المبدأ تستلزم توافر الأسس الثلاثة مجتمعة³¹، فلا بد من وجود الدستور، ووجود التشريع، ووجود هيئة تفصل في مخالفات التشريع للدستور³². فإذا انعدمت أحد هذه الأسس الثلاثة، كنّا أمام نتيجة فراغ من الرقابة الدستورية بسبب إغفال إما في الدستور أو في القانون أو في الواقع. معنى ذلك، أن مرجع الفراغ من الرقابة الدستورية لا يخرج من ثلاث حالات، فإما أن يخلو الدستور من تنظيم الرقابة الدستورية، وهذه حالة الفراغ الدستوري، وإما أن يخلو القانون من تنظيم الرقابة الدستورية، وهذه حالة الفراغ القانوني، وإما أن يخلو الواقع من تنظيم الرقابة الدستورية وهذه حالة الفراغ الواقعي. فجميع هذه الحالات تؤدي لنتيجة واحدة، وهي غياب الرقابة الدستورية في الواقع العملي، الأمر الذي يهدّد القيمة العملية للدستور. وسنأتي على تفصيل ذلك بعد الحديث عن حالات الفراغ من الرقابة الدستورية، والمتمثلة في ثلاث حالات: الفراغ الدستوري، والفراغ القانوني، والفراغ الواقعي.

³¹ لعلنا في هذا المقام- ولتقريب الصورة للأذهان- نمثّل لهذه الفكرة بأنّ مبدأ الشرعية مثل عملة نقدية معدنية، وجهها المكتوب هو مبدأ سمو الدستور، ووجهها المصوّر هو الرقابة الدستورية، ولا يمكن أن يكتمل الوجه المصوّر إلا بوجود الثلاثية التي أسلفنا بيانها: وجود الدستور، ووجود التشريع، ووجود الجهة التي تطابق بينهما، فإذا ما غاب أحد هذه الأركان، كان لدينا فراغ في الصورة يجعل العملة النقدية غير صالحة للتداول، لتصبح مجرد قطعة معدنية لا قيمة لها.

³² عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 7.

الفرع الأول

الفراغ الدستوري من تنظيم للرقابة الدستورية

تنشأ حالة الفراغ الدستوري، حينما يسكت الدستور عن مسألة الرقابة الدستورية تمامًا، فلا يحدد جهة بعينها تتولى مهمة الرقابة الدستورية، ولا يمنع جهةً بعينها من ممارسة الرقابة، على نحو يؤدي لغياب الرقابة الدستورية في الواقع. وبهذا يمكن تعريف حالة الفراغ الدستوري بأنها: غياب الرقابة الدستورية في الواقع بسبب إغفال تنظيمها في الدستور.

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أبرز الدول التي واجهت حالة الفراغ الدستوري، حيث خلا دستورها تمامًا من أي نص يشير إلى فكرة الرقابة الدستورية، وإن كان الدستور الأمريكي قد أشار إلى المبادئ التي تحفظ للدستور سموه وعلوه مثل مبدأ سمو الدستور ومبدأ التدرج التشريعي؛ غير أنه سكت عن كل تنظيم واقعي لحفظها، مما رتب غياب تنظيم الرقابة الدستورية في الفترة ما بين صدور الدستور عام 1789، إلى حين حكم مارشال في قضية *Marbury v. Madison*³³ عام 1803.

أما عن السلطة المسؤولة عن حالة الفراغ الدستوري، فهي السلطة التأسيسية، فامتناع هذه الأخيرة عن وضع نصوص منظمة لمسائل الرقابة الدستورية، يشكل فعلاً سلبياً عن أداء واجبها في النص على الضمانات العملية لحماية الدستور، فمسائل الرقابة الدستورية من المسائل الجوهرية التي يجب أن يعيرها المشرع التأسيسي كل الاهتمام عند وضع أي دستور، لأنها تشكل الضمانة العملية التي تكفل احترامه واحترام مبادئه.

³³ 1 Cranch 137, 5 U.S. 137, 1803 WL 893, 2 L.Ed. 60

ويتمثل مناط حالة الفراغ الدستوري في خلو الدستور من أي تنظيم للرقابة الدستورية، فلفظ "الدستوري" هو ليس وصفاً للفراغ، وإنما هو تعبيرٌ عن مناطه، إذ ليس الفراغ في الدستور وإنما الفراغ في الواقع من الرقابة الدستورية بسبب خلو الدستور من النص، فتنظيم الدستور لموضوع الرقابة الدستورية وإغفاله بعض النواحي المتعلقة بذلك لا يشكل حالة من الفراغ الدستوري، كما أن وجود نصوص مفعلة في القانون تنظم مسألة الرقابة الدستورية تَجِبُ حالة الفراغ الدستوري بصورة أو بأخرى، طالما لم يعد هنالك مجال للقول بغياب الرقابة الدستورية في الواقع، وبناء على ما مضى يمكن القول بأن شروط قيام حالة الفراغ الدستوري تتمثل فيما يلي:

1- أن يخلو الدستور تمامًا من نص ينظم مسألة الرقابة الدستورية، ومعنى ذلك أن يسكت الدستور سكوتًا تامًا عن مسألة الرقابة الدستورية، فهو بذلك لا يمنح سلطة الرقابة الدستورية لأي جهة، كما أنه لا يمنع أي جهة من مباشرة سلطة الرقابة الدستورية، فإذا منح الدستور سلطة الرقابة الدستورية لجهة بعينها، أو حظر ممارستها على جهة أو أكثر، فإن حالة الفراغ الدستوري تعد منعدمة في هذه الحالة، ومثلما قلنا فإن مناط الفراغ الدستوري هو خلو الدستور من أي تنظيم، فإذا وُجِدَ التنظيم سواءً أكان بالمنع أو بالمنح؛ فإن مناط حالة الفراغ الدستوري يكون قد انتفى، ومن ثمّ تنتفي الحالة برمتها.

2- ألا يكون في القانون نصوص مفعلة للرقابة الدستورية، لأن وجود تنظيم قانوني لمسألة الرقابة الدستورية، وإن كان لا يلغي خلو الدستور من تنظيم للرقابة إلا أنه يعبئ الفراغ الذي تركه في الواقع ويملؤه، وذلك مثلما حصل في مصر عام 1969 حيث استطاع القانون رقم 48 لسنة 1969 أن يسد الفراغ الدستوري حينما أنشأ المحكمة العليا وعهد لها مهمة الفصل في النزاعات الدستورية، وهذه الحالة وإن كانت مغايرة للأصل الذي يقضي بأن يكون تنظيم مسألة الرقابة

الدستورية بموجب نص دستوري لا نص قانوني؛ إلا أنها حالة تتم عن مرونة المشرع المصري في تقديم الحلول العملية، ولذا فهي جديرة بالذكر في هذا المقام.

وتجدر الإشارة إلى أن وجود النص الدستوري المنظم للرقابة الدستورية لا يترتب عليه انتفاء غياب الرقابة الدستورية بصورة تلقائية، فقد ينص الدستور على تنظيم للرقابة الدستورية، ومع ذلك تغيب الرقابة الدستورية عملاً، ويكون هذا الغياب نتيجةً لفراغٍ آخر، وهو الفراغ القانوني، والذي نبينه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الفراغ القانوني³⁴ من تنظيم للرقابة الدستورية

في هذه الحالة، ينص الدستور على مسألة الرقابة الدستورية، ويترك مسألة تنظيمها للسلطة التشريعية بإصدار قانون يحدد الجهة المختصة، وينظم تشكيلها واختصاصاتها وإجراءات ممارسة الرقابة أمامها، غير أن السلطة التشريعية تتراخى عن إصدار ذلك القانون لفترة غير معقولة، فتغيب الرقابة الدستورية في الواقع بسبب عدم صدور القانون، وعندها؛ لا نكون بصدد فراغ دستوري، لأن النص الدستوري موجود بالفعل، لكن القانون المنفذ للنص الدستوري يتراخى إصداره، فنكون بصدد حالة فراغ قانوني.

³⁴ ورد تعبير "منطقة الفراغ التشريعي" في مؤلف "د. فلاح عبد المحسن الدوخي، منطقة الفراغ التشريعي - دراسة مقارنة لأهم العناصر المرنة في الشريعة الإسلامية، مركز المصطفى العالمي للترجمة والنشر، إيران، 2015، ص282. غير أن دلالاته مختلفة عن الدلالة التي نشير إليها في بحثنا، حيث يقصد بالفراغ التشريعي: رقعة أو مساحة صغيرة خالية من التشريع لم تجعل فيها أحكام، ومجالها كل ما لم يرد فيه نص شرعي بخصوصه، وهو معنى يناهى عما نقصده، غير أنه وجب التوثيق.

وعليه، يمكن تعريف حالة الفراغ القانوني، بأنها غياب الرقابة الدستورية في الواقع بسبب تراخي السلطة التشريعية وامتناعها عن تنفيذ نص دستوري يقضي بإصدار قانون لتنظيم الرقابة الدستورية. ونشير هنا إلى أن " الفراغ القانوني" يتقاطع في جزء منه مع " الإغفال التشريعي الكلي" الذي يعرف بأنه "تخلي المشرع ممثلًا في البرلمان المنتخب عن ممارسة اختصاصه الدستوري في التشريع كليًا أو جزئيًا، وعدم التدخل لتنظيم الموضوعات المسندة له بموجب أحكام الدستور³⁵". وهو تعريفٌ يتسق مع مقصدنا من حالة الفراغ القانوني، مع تخصيص محل التخلي بموضوع الرقابة الدستورية³⁶.

وتعتبر دولة الكويت في الفترة ما بين صدور دستور 1962 وصدور قانون 1973، هي النموذج المثالي لقيام حالة الفراغ القانوني، حيث نص الدستور الكويتي بموجب المادة 173 منه على تشكيل جهة قضائية تختص بالفصل في المنازعات الدستورية، وعهد لمجلس الأمة بإصدار القانون المنظم لاختصاصها، غير أن هذا الأخير قد تراخى عن إصدار قانون التنظيم قرابة عشر سنوات، الأمر الذي ترك حالة من الفراغ القانوني.

على العكس من حالة الفراغ الدستوري، فإن السلطة المسؤولة عن الفراغ القانوني ليست السلطة التأسيسية، فهذه الأخيرة تكون قد أدت مهمتها وما عليها بالنص على إنشاء الرقابة الدستورية في قلب الدستور، وإحالة تنظيم المسألة للسلطة التشريعية، لكن السلطة المسؤولة عن حالة الفراغ

³⁵ عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجًا، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص 88.

³⁶ لتوضيح الفارق بين الإغفال والفراغ: تتناول الدراسات المتعلقة بالإغفال التشريعي تحديد نطاق الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، فهي تقوم على فرضية حتمية بوجود قضاء دستوري قائم ومفعّل، ولكن السؤال الذي نطرحه هنا، ماذا لو كان الإغفال في موضوع الرقابة الدستورية ذاته؟ وبعبارة أوضح: كيف يراقب القضاء الدستوري مسألة الإغفال التشريعي إذا كان القضاء الدستوري نفسه منعدم الوجود بسبب إغفال آخر؟ وهل القضاء العادي مخوّل بمعالجة هذا الإغفال؟ لمزيد من التفصيل في الإغفال التشريعي، راجع: عبدالحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 32 شارع عبدالخالق ثروت، القاهرة.

القانوني من الرقابة الدستورية هي السلطة التشريعية، وذلك لتراخيها عن الاستجابة للدستور وامتناعها عن إصدار القانون المنظم للرقابة الدستورية.

ويتمثل مناط حالة الفراغ القانوني في غياب النص القانوني المنظم للرقابة الدستورية، فلو صدر هذا الأخير واكتنفه بعض القصور، فلا تقوم حالة الفراغ القانوني- وإن كان هنالك مجال لقيام الإغفال التشريعي عند البعض- إذ إن السلطة التشريعية تكون قد أدت مهمتها التي خولها الدستور إياها، وعليه يمكن القول إن حالة الفراغ القانوني المجرد؛ تتطلب لتوافرها شرطين:

1- أن يوجد نص دستوري يعهد للسلطة التشريعية بتنظيم الرقابة الدستورية، فلا بد من وجود نص في الدستور تُكَلَّف بمقتضاه السلطة التشريعية بإصدار قانون لتنظيم موضوع الرقابة الدستورية، فإن لم يكن هذا النص؛ فإنه لا تكليف على عاتق السلطة التشريعية، وفي هذه الحالة يكون الفراغ دستوريًا لا قانونيًا. وهنا، وإن كان هنالك فراغ قانوني، فهو فراغ قانوني مُقترن بالفراغ الدستوري، وليس فراغًا قانونيًا مجردًا، لأنه ناتج عن الفراغ الدستوري وليس عن تراخي السلطة التشريعية في أداء تكليفها. ومن ثم فإن وجود النص الدستوري الذي يعهد للسلطة التشريعية مهمة تنظيم الرقابة الدستورية؛ هو شرط لقيام حالة الفراغ القانوني المجرد.

2- أن تتراخي السلطة التشريعية عن إصدار ذلك القانون لفترة غير معقولة، ويتحقق هذا الشرط بثبوت تراخي السلطة التشريعية عن إصدار القانون المنظم للرقابة الدستورية، أما إذا استجابت السلطة التشريعية للدستور وأصدرت قانون التنظيم، فإن هذا الشرط ينتفي، ولا يُتصوّر بعد ذلك قيام حالة فراغ قانوني، ويثور التساؤل حول المدة التي يجب أن يستمر فيها التراخي عن إصدار القانون المنظم للرقابة، فما هي المدة التي بمضيها تنشأ حالة الفراغ القانوني؟

من المُتفهم أن القانون يتطلب وقتاً لإصداره لما تحتاجه مراحل إصدار القانون من وقت وتأنٍ وتدبّر في النصوص القانونية ومناقشات وتصويت وإقرار، وهذه المدة لا تشكّل تراخياً في إصدار القانون، إلا أن امتداد تلك الفترة لسنين طويلة لا يمكن أن يُعسّر في ضوء المتطلبات الزمنية لإصدار القانون، وبتقديرنا فإن المدة غير المعقولة تُقدّر بالنظر لظروف كل دولة على حدة، غير أننا نشير إلى أنه في الظروف الطبيعية لا ينبغي أن يأخذ صدور القانون سنين ممتدّة، لأن الدستور بمجرد إصداره ونشره في الجريدة الرسمية يعتبر سارياً وواجب النفاذ. وتجدر الإشارة إلى أن مرور فترة غير معقولة دون استجابة السلطة التشريعية لحكم الدستور يعد سبباً منشأً لحالة الفراغ القانوني، وامتداد هذه المدة دون صدور القانون يعتبر كاشفاً عنها.

الفرع الثالث

الفراغ الواقعي من تنظيم للرقابة الدستورية

بموجب هذه الحالة، ينص الدستور على وجود الرقابة الدستورية ويخوّل القانون مسألة تنظيمها، ويصدر القانون المنظم للرقابة الدستورية بالفعل، إلا أن تنفيذه يكون معلقاً على مباشرة الجهات المختصة لأحكامه ووضعها موضع التنفيذ، فإذا تراخت الجهات المختصة عن تنفيذ القانون المنظم لمسألة الرقابة الدستورية؛ غابت الرقابة الدستورية في الواقع وتولّدت لدينا حالة من الفراغ الواقعي من مسألة الرقابة الدستورية. فهنا لا نكون أمام حالة من الفراغ الدستوري، فالنص الدستوري موجود، كما لا نكون بصدد حالة من الفراغ القانوني، فالنص القانوني هو الآخر موجود، ولكننا نكون بصدد حالة من الفراغ الواقعي لأن هذا القانون لم يوضع موضع التنفيذ، بسبب تراخي الجهات المختصة

عن تنفيذه. وبهذا، يمكن تعريف حالة الفراغ الواقعي، بأنها غياب الرقابة الدستورية في الواقع بسبب تراخي الجهات المختصة عن تنفيذ القانون المنظم للرقابة الدستورية.

ونجسد لهذه الحالة بدولة قطر، فدولة قطر تعتبر النموذج الأمثل لحالة الفراغ الواقعي³⁷، حيث صدر الدستور الدائم لدولة قطر عام 2004، ونص في المادة 164 على أن يعهد للقانون مسألة تنظيم الرقابة الدستورية، وبالفعل، امتثل مجلس الشورى لهذا الحكم الدستوري، وأصدر قانون الفصل في المنازعات الدستورية عام 2007، ثم ألغى بقانون 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية، وبالرغم من تنظيم هذا القانون لمسألة الرقابة الدستورية ونشوء المحكمة وتعيين رئيسها، ما يزال تنفيذ هذا القانون معطلًا، ولا تزال المحكمة الدستورية رغم مرور سنوات عديدة لم تقم حتى الآن.

في هذا الفرض، تقع المسؤولية على عاتق الجهات المختصة بوضع القانون موضع التنفيذ وإنزاله منزل الواقع، والجهات المختصة تكون محددة بموجب القانون، وهي إما جهات تتبع السلطة التنفيذية، وذلك حينما يقتضي التنفيذ إصدار القرارات اللازمة لتفعيل آلية الرقابة الدستورية، مثل إصدار قرارات تعيين القضاة، أو قرارات تشكيل لجان داخلية للمحكمة، أو أي قرارات أخرى لازمة، فتتراخي عن إصدارها بما يترك فراغًا من الرقابة الدستورية في الواقع. وإما جهات تتبع السلطة التشريعية، وذلك حينما يقتضي التنفيذ أن ينتخب البرلمان قضاة الجهة المختصة بالرقابة الدستورية ويتراخون في تنفيذ ذلك³⁸. وإما أن تكون جهات تتبع السلطة القضائية، وذلك حينما يقتضي التنفيذ تشكيل دوائر داخلية في الجهة المختصة، أو مباشرة القضايا، فيتراخي المعنيون بذلك عن أداء

³⁷ يعتبر النموذج الإيطالي - هو الآخر - نموذجًا مثاليًا لحالة الفراغ الواقعي في الفترة ما بين إنشاء المحكمة الدستورية عام 1947 واختيار قضاة المحكمة عام 1953، وسوف نشير إليه في الحديث عن الفراغ الواقعي في قطر.

³⁸ وهذا ما حدث في النموذج الإيطالي، والذي سنشير إليه لاحقًا.

واجباتهم في تشكيل اللجان القضائية وإعمال قواعد القانون المنشئ لها. فيعتمد تحديد الجهة المسؤولة على تحديد مصدر التراخي المنشئ لحالة غياب الرقابة الدستورية في الواقع.

أما عن مناط حالة الفراغ الواقعي، فيتمثل في خلو الواقع من تنظيم الرقابة الدستورية، حيث يكون التنظيم موجودًا دستوريًا، وقانونيًا، لكنه غائب واقعيًا، وقد يكون موجودًا في أرض الواقع وجودًا حُكميًا، لا وجودًا فعليًا، بحيث تكون المحكمة المختصة موجودة بالفعل وقضاتها معيّنين، غير أنها معطّلة، فتكون المحكمة الدستورية موجودة، لكن الرقابة الدستورية غائبة تمامًا. وغني عن البيان أن وجود المحكمة لا يعني وجود الرقابة الدستورية، لأن مناط وجود الرقابة الدستورية ليس وجود النص، ولا وجود المحكمة، وإنما مناطها تفعيل النص، ومباشرة المحكمة لاختصاصاتها. ومن ثم فإن العبرة ليست بوجود النص ولا بوجود المحكمة وإنما العبرة بوجود الرقابة الدستورية فعلاً، وبذلك تكون شروط توافر حالة الفراغ الواقعي تتمثل فيما يلي:

1- أن يكون هنالك نصوص منظمة للرقابة الدستورية، وهذا شرط مفترض، لأن غياب النص القانوني يولد حالة من الفراغ القانوني وليس الفراغ الواقعي، وكذلك إذا غاب النص الدستوري نكون بصدد فراغ دستوري، ويكون الفراغ القانوني والواقعي مقترنين به كامتداد له، وليس مجردين عنه. ذلك أن غياب الرقابة الدستورية بسبب غياب نصوص التنظيم؛ لا ينشئ حالة من الفراغ الواقعي المجرد، وإنما فراغًا واقعيًا مقترنًا، إذ يأتي امتدادًا وفرعًا عن الفراغ الدستوري والقانوني، ومن ثم يشترط لقيام الفراغ الواقعي المجرد أن تكون النصوص المنظمة لمسألة الرقابة الدستورية موجودة وسارية وواجبة النفاذ.

2- أن تتراخى الجهات المختصة عن تنفيذ النصوص لفترة غير معقولة، وهذا الشرط يعني أن الجهات التي تتولى مهمة تفعيل النصوص الدستورية والتشريعية التي نظمت الرقابة الدستورية،

والمحددة بموجب القانون؛ تتراخى عن أداء مهمتها في ذلك، على نحو يعطل الرقابة الدستورية، فإذا باشرت الجهات المختصة مهمة التنظيم، فلا محل للحديث عن الفراغ الواقعي لأن التنظيم الرقابي حينئذ سيكون مفعلاً وساريًا، وعن تقدير المدة غير المعقولة، فذلك يعتمد على نوع المهمة وعلى الجهة المسؤولة عن أدائها، غير أنه من المعلوم أن تنفيذ القانون لا يجب أن يستغرق الوقت الذي يستغرقه إصداره، فهذا الأخير يأخذ وقتاً أطول، ومن ثم فإننا نرى أنه مهما كانت المهام التي تتطلب التنفيذ فإنها لن تستغرق سنوات ممتدة، وإذا كان مرور مدة غير معقولة في التراخي ينشئ حالة الفراغ الواقعي، فإن امتدادها يعدّ كاشفاً عن الحالة لا منشئاً لها.

المطلب الثالث

أثر الفراغ من الرقابة الدستورية وفعالية رقابة الامتناع في مواجهته

إن الفراغ من الرقابة الدستورية مشكلة حقيقية، لأنه يعني فراغ المبادئ الدستورية من انعكاساتها الواقعية، فغياب تلك الرقابة؛ تغييب القيمة العملية لمبدأ سمو الدستور، إذ من المتصور عملاً أن تتجاوز السلطات الدستور وتخالفه بما لها من صلاحيات، فتعصف بالحقوق والحريات ما دامت قد أمنت عدم وجود جهة تردعها عن ذلك، ولهذا فإن رقابة الامتناع تبدو حلاً مثاليًا لعلاج هذه المشكلة لما بها من سمات تؤهلها لأن تكون الخيار الأمثل في معالجة حالة الفراغ من الرقابة الدستورية. وإذا كانت بعض الدول تتمتع بآليات أخرى لحفظ هذه المبادئ الدستورية على قدرٍ يكفل التوازن بين السلطات في تطبيقها، وعلى نحوٍ يخفف من آثار غياب الرقابة الدستورية مثل الرقابة المتبادلة بين السلطات، ومثل وجود تمثيل حقيقي للشعب في البرلمانات، ووجود رأي عام قادر على التأثير في الدولة، وغير ذلك من الأساليب التي تعتبر انعكاسًا لمبدأ الشرعية؛ فإن الحاجة تصبح أكثر إلحاحًا وأكثر أهمية في الدول التي تفتقر إلى وجود مثل تلك الأساليب فيها - بغض النظر عن أسباب ذلك-، إذ تعتبر الرقابة الدستورية فيها الضمانة الوحيدة لحفظ تلك المبادئ، ويترتب على غيابها، غياب كل قيمة عملية لمبدأ الشرعية.

من أجل ذلك، نفرّد هذا المطلب لنبيّن في الفرع الأول أثر قيام حالة الفراغ من الرقابة الدستورية، ثم نبيّن في الفرع الثاني الأساس القانوني لإعمال رقابة الامتناع، ثم في الفرع الثالث نبيّن فعالية رقابة الامتناع في مواجهة الفراغ من الرقابة الدستورية.

الفرع الأول

الأثر المترتب على وجود فراغ من الرقابة الدستورية

مما لا شك فيه أن الفراغ من الرقابة الدستورية في النظام القانوني يترتب آثاراً وخيمة، حيث يؤدي للمساس بمبدأ سمو الدستور، ومبدأ سيادة القانون، ومبدأ احترام التدرج التشريعي، فتصبح هذه المبادئ خاوية من انعكاسها العملي، مكتفية بكونها حبراً على ورق، إذ لا مرأى على أن وجود الرقابة الدستورية على أرض الواقع هو الآلية العملية لتفعيل تلك المبادئ النظرية، ومتى غابت تلك الرقابة؛ لم يَصْفُ من تلك المبادئ إلا النصوص المكتوبة دون أثر على أرض الواقع، وإذا باتت تلك المبادئ مجرد حبر على ورق؛ فإن ذلك ينجّر سلباً على مبادئ أخرى جوهرية مثل مبدأ الفصل بين السلطات، واحترام الحقوق والحريات المكفولة بموجب الدستور، ذلك أن تلك المبادئ ليست ترفاً قانونياً، وإنما هي ضمانات للأفراد تحفظ لهم حقوقهم وحرياتهم من تجاوز السلطات وتعسفها، فتؤمن لهم سبيلاً لوضع حد لتلك التجاوزات، ليكون القضاء الدستوري بذلك ملاذاً للأفراد في حالات التعسف والتجاوز، حينما يضطلع بمهمة سامية لا تقتصر على الإخضاع الحرفي لأجهزة الدولة لاحترام مبدأ التدرج التشريعي ومبدأ سيادة الدستور، بل ليجسد الآلية التي من خلالها يمكن احترام حريات الإنسان وحقوقه تجسيداً عملياً³⁹.

إن قيام حالة الفراغ من الرقابة الدستورية بأي نوع من أنواعها، قد يفضي لنتائج متفاقمة في الواقع العملي، فانطلاقاً من أن الدستور هو القانون الأسمى الصادر عن السلطة التأسيسية الممثلة للشعب فإن المبادئ التي بموجبه هي دعامة الاستقرار للنظام القانوني في البلاد، ولهذا وُجد مبدأ سمو الدستور باعتباره القانون الأسمى والذي يعد الضمان لاحترام التشريعات الأدنى، وإذا كان مبدأ

³⁹ أمين عاطف صليبا، "دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون" دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002، ص 109 وما بعدها.

سمو الدستور هو الانعكاس النظري لفكرة احترام الدستور، فإن الرقابة الدستورية هي الانعكاس العملي لتلك الفكرة، ومعنى ذلك أن النص على مبدأ سمو الدستور لا يكفي لتحقيق احترامه، بل لابد لضمان هذا الاحترام أن تكون هنالك أداة عملية لضمان إعمال ذلك المبدأ، وهذه الأداة تتمثل في الرقابة الدستورية، وغياب هذه الأداة أو تعطيلها أو إغفالها هو ما أسمىه حالة الفراغ من الرقابة الدستورية، والتي يترتب عليها إمكان انتهاك مبادئ الدستور من قِبَل السلطات المسؤولة عن إصدار التشريعات الأدنى دون إمكان وضع حدٍ لتلك الانتهاكات، وهو ما يمكن أن يترتب عليه صدور تشريعات مخالفة للدستور واجبة التطبيق والنفوذ دون وسيلة عملية لإلغائها؛ الأمر الذي يفضي لنتيجة تنعدم فيها القيمة العملية لمبادئ الدستور، فتكون السلطات المنشأة مهيمنة على إرادة السلطة المنشئة لها، وهذا يعني تخليص سلطات الدولة من كل قيد بما في ذلك الحدود الدستورية، فلها أن تصدر القانون الذي تشاء دون حدودٍ أو مبادئ تحكمها، ولها أن تلتفت عن مبادئ الدستور للأحكام التي تراها دونما رادع، وهو ما يزعم مبدأ سيادة القانون برمته لأن سلطات الدولة ما عادت خاضعة للقانون، بل بات القانون خاضعاً لها.

لذلك، نقول بأن صلاحية القضاء في بحث دستورية التشريعات تستند إلى مبدأ مشروعية تصرفات الدولة جميعها، فهذا فيصّل التفرقة بين الدولة الخاضعة للقانون وبين القانون الخاضع للدولة، فالقانون الملزم للدولة القانونية يُوجدُ تدرجاً بين التشريعات، فتكون القواعد الملزمة للدولة خاضعة للحدود التي ترسمها لها القواعد التي تسمو عليها، فتخضع اللائحة للقانون ويخضع القانون للدستور⁴⁰. لأن "الدولة لا يمكن أن تكون مقيدة بحقيقة بالقانون إذا كانت هي وحدها التي تقيم وتصوغ هذا القانون، وإذا كان باستطاعتها أن تغيره كما تريد وفي كل وقت... فالدولة لا يمكن أن

⁴⁰ سليمان الطماوي، النظم السياسية، المرجع السابق، 386

تعتبر مقيدة بالقانون إذا كانت هي التي تضعه وتغيره كيفما تريد ومتى ما تريد⁴¹. " فبغير وجود سمو الدستور وضمان آلية لهذا سمو؛ ترتدي الدولة ثوب الاستبداد بغض النظر عن نظام الحكم فيها ملكيًا كان أم أرستقراطيًا أم ديمقراطيًا، ولهذا يجب احترام هذا التدرج في القواعد القانونية لتلتزم به جميع السلطات ويكون القضاء حارسًا لذلك الاحترام، ضامنًا للالتزام به، ولا يتأتى ذلك إلا بتقرير سلطة القضاء في البحث في دستورية التشريعات⁴².

وليس المشكلة في عدم خضوع سلطات الدولة للقانون ولمبدأ سيادة القانون بصفة مجردة، بل إن المشكلة تبرز حينما نرى انعكاس هذا التحرر من الدستور على أرض الواقع بشكل عام، وعلى حقوق وحرريات الأفراد بشكل خاص، ففي حالة الفراغ من الرقابة الدستورية، تملك السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تقيد حقوق وحرريات الأفراد بالقدر الذي تشاء، بل لها أن تحرم الأفراد من مباشرة حقوقهم الأساسية دون أن يملكو منفذًا للاعتراض على ذلك. ومن ثم يغدو الدستور فارغًا من كل قيمة حقيقية على أرض الواقع حينما نكون في حالة فراغ من الرقابة الدستورية باختلاف حالات ذلك الفراغ، ولهذا، وتداركًا لتلك الآثار التصاعدية في الضرر، كانت رقابة الامتناع حلاً مثاليًا للأنظمة القانونية التي تعيش حالة من حالات الفراغ من الرقابة الدستورية، وخصوصًا تلك الأنظمة التي لا يوجد بها أساليب أخرى تُخَفِّفُ من وطأة غياب الرقابة الدستورية.

⁴¹ العميد دكي (1859-1928) في كتابه المطول في القانون الدستوري، نقلًا عن منذر الشاوي، نظرة في الدولة والقانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، غلاف الكتاب.

⁴² سليمان الطماوي، النظم السياسية، المرجع السابق، 385

الفرع الثاني

الأساس القانوني لإعمال رقابة الامتناع

تجد رقابة الامتناع أساسها في حالة الفراغ من الرقابة الدستورية ذاتها، فخلو الدستور أو القانون أو الواقع من تنظيم للرقابة الدستورية يعني - كنتيجة حتمية - غياب الرقابة الدستورية عملاً، على نحو يؤدي لخلو المبادئ الدستورية من قيمتها العملية. من هنا نرى بأن الفراغ نفسه يعتبر أساساً لإعمال رقابة الامتناع متطافراً مع تكريس الدستور للمبادئ التي تعتبر الرقابة الدستورية نتيجة طبيعية لها، مثل مبدأ سمو الدستور، ومبدأ التدرج التشريعي، ومبدأ الفصل بين السلطات.

إن القول بأن رقابة الامتناع تنطوي على إهدار لمبدأ الفصل بين السلطات لتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية تدخلاً يعطل عمل هذه الأخيرة؛ هو قول داحض، فعلى العكس من ذلك، نجد أن إعمال رقابة الامتناع هو إعمال لمبدأ الفصل بين السلطات بوضع الأمور في نصابها الدستوري الصحيح، ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات يتصل اتصالاً وثيقاً بمبدأ استعمال السلطات على الوجه المبين في الدستور، فمباشرة السلطات لوظائفها يعتمد على التعاون المتبادل فيما بينها والقائم على أساس احترام المبادئ الدستورية، فالمبدأان متلازمان وإهدار أحدهما إهدار للآخر، لأن الحياة الدستورية لا تنتظم إذا أهدرت إحدى تلك السلطات مبدأً دستورياً، وذلك يشكل خروجاً عن حدود السلطات التي قررها الدستور، وإذا تم اتخاذ مبدأ الفصل بين السلطات ذريعةً وغطاءً لهذا الخروج؛ لانتهى الأمر بنا إلى حالة من الفوضى والعبث، فلا ريب أن المحكمة يجب عليها حين تعارض النصوص أن تطرح التشريع الأدنى وتهمله لتغلب نص الدستور، فهي تقوم بذلك على اعتبار أن الدستور هو القانون الأعلى والأجدر بالاتباع، وهي بذلك لا تعتدي على السلطة التشريعية ما دامت لا تضع بنفسها قانوناً، ولا تقضي بإلغاء قانون، ولا تأمر بوقف تنفيذه، فغاية الأمر أنها

تفاضل بين قانونين بسبب تعارضهما، لتفصل في هذه المسألة، وتقرر أيهما الأولى بالتطبيق، فأساس هذا الحكم هو سيادة الدستور على سائر القوانين، تلك السيادة التي يجب أن يحترمها القاضي والمشرع على حد سواء⁴³.

كما أن رقابة الامتناع تجد أساسها القانوني في كونها نتيجة طبيعية ومنطقية لمباشرة القاضي وظيفته في تفسير القوانين، فالسلطة القضائية ممثلة بالمحاكم، تباشر مهمة تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من نزاعات، والفصل بين القوانين المتعارضة هو نزاع متفرع عن النزاع الواقعي، فالقاضي حين تعارض التشريعات يجب عليه كجزء من وظيفته أن يحدد النص الواجب التطبيق، "إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل لأن قاضي الأصل قاضي الفرع." فطرح القانون المخالف للدستور وإعمال هذا الأخير يعتبر من صميم الوظيفة القضائية، وأمارة ذلك أن الدساتير حين استلزمت على القوانين السابقة على صدوره أن تتفق مع أحكامه؛ فإنه من باب أولى أن تلتزم القوانين اللاحقة بأحكامه، وهذا النص حين تتضمنه الدساتير هو في حقيقته خطاب موجه إلى المحاكم بأن تعمل الدستور في حالة تعارض القوانين السابقة عليه مع أحكامه، ومن ثم فإنه لا مرأى بأن المحاكم يجب عليها أن تنتهج ذات الطريق في حالة تعارض القوانين اللاحقة على صدور الدستور⁴⁴.

من جانب آخر، فإن وظيفة القضاء الأساسية تتمثل في الفصل في النزاعات التي تعرض عليها، ومن بين تلك النزاعات، النزاع الدستوري بين القوانين، وهو نزاع أولي، حيث لا يمكن الفصل في النزاع الواقعي إلا بعد الفصل في النزاع الدستوري. فكثيراً ما يجد القاضي نفسه إزاء تطبيق نص

⁴³ حكم مجلس الدولة المصري الصادر بتاريخ 10 فبراير عام 1948، نقلاً عن سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، 388-389.

⁴⁴ المرجع نفسه، ص 390.

ما؛ مضطراً للفصل ابتداءً بين القانون العادي والقانون الدستوري، وإذا كان القضاء جديراً بالفصل في النزاعات الواقعية، فإنه من باب أولى أن يكون جديراً بالفصل في النزاع الدستوري، فإذا ثبت له أثناء تقييم قانون ما أنه مخالف للدستور، كانت وظيفته تحتم عليه رفض تطبيق القانون المخالف للدستور، لأن واجبه في احترام الدستور يفرض عليه ذلك⁴⁵.

وفي كل من الفراغ القانوني المجرد، والفراغ الواقعي المجرد، نجد أن النص الدستوري المنشئ للرقابة الدستورية، يُعتبر أساساً لإعمال رقابة الامتناع، وذلك لأنه يعكس إرادة المشرع وغايته في حماية الدستور، فحين ينص الدستور على أن ينظم القانون هذه المسألة، ويتراخى إصدار القانون، أو عندما يصدر القانون ويخصص الرقابة بجهة بعينها وتتراخى الجهات المعنية عن التنفيذ، فإن المنطق القانوني السليم يقتضي ألا تقف هذه النصوص عقبةً أمام تحقيق الغاية المتمثلة في حماية الدستور، إذ يجب العدول عن حرفية النص الدستوري إلى غاياته، وأن نعتبر هذه النصوص تعبيراً عن إرادة المشرع وغايته في حماية الدستور بوسيلة الرقابة التي يحددها النص، فإن تعذرت تلك الوسيلة عملاً، ينبغي تأمين وسيلة أخرى لتحقيق الغاية وليس أن نعطل الغاية بأكملها ونجرد الدستور من كل حماية، فرقابة الامتناع ليست غايةً في حد ذاتها، وكذلك رقابة الإلغاء، إذ إن الرقابة بتعدد أنواعها تعد وسيلة لتحقيق غاية حماية الدستور. وبذلك فإن القواعد الدستورية تبقى مجرد مبادئ نظرية إن لم تؤمن لها تلك الحماية، فالنصوص التي تكفل تفوق الدستور وسموه؛ تصبح عبارات جوفاء إذا كان الدستور عرضةً للانتهاك، وحماية الدستور ليست حمايةً لذات الدستور، وإنما هي حماية لصالح الأفراد ضد تعسف السلطات، وحماية السلطات من تعسف

⁴⁵ أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، الأهلية للنشر والتوزيع، 1977، ص301.

بعضها ضد بعض، على نحو يوجب إقامة رقابة دستورية تهدف إلى إلغاء كل تشريع يتعارض مع أحكام الدستور لكون مبادئه تكفل مصالح الأفراد وحقوقهم وحياتهم، وتكفل التوازن بين السلطات⁴⁶.

الفرع الثالث

فعالية رقابة الامتناع كحل للفراغ من الرقابة الدستورية

إذا كانت فكرة رقابة الامتناع قد نشأت في بدايتها كحلٍ لمعالجة حالة الفراغ الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية- كما سوف يأتي معنا- فإن ذلك لا يعني اختكار هذا الحل لهذه الإشكالية فحسب، لا سيما في الوقت الذي توجد فيه حالات أخرى تتعادل في الميزان مع حالة الفراغ الدستوري إن لم تكن أكثر تعقيداً، كحالتَي الفراغ القانوني المجرد، والفراغ الواقعي المجرد.

ذلك أننا إذا تمعنا في حالة الفراغ الدستوري بصورة قانونية مطلقة، وجدنا أن كل فراغ دستوري، يترتب عليه فراغ قانوني مقترن به، وكل فراغ قانوني يترتب عليه فراغ واقعي مقترن به بالضرورة. وعلى ذلك فإن الفراغ الدستوري هو في حقيقته فراغ واقعي من حيث الأثر، ومن ثمّ يكون كل فراغ دستوري هو فراغ قانوني وفراغ واقعي، وكل فراغي قانوني هو فراغ واقعي، ولكن ليس كل فراغ واقعي هو فراغ دستوري أو قانوني بالضرورة.

ولتقريب الصورة للأذهان، نقول بأن غالب الدول تُنشئ الجهة المختصة بالرقابة الدستورية بموجب الدستور، وتُسند للتشريع مهمة التنظيم بموجبه، ثم تبقى مسألة تنفيذ القانون على عاتق الجهات التي يحددها القانون. إذا سلمنا بذلك، فإن خلو الدستور من نص لتنظيم الرقابة الدستورية يعني

⁴⁶ إسماعيل الغزال، القانون الدستوري والنظم الدستورية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1989م، ص39.

في غالب الأحوال⁴⁷ خلو التشريع من تنظيم للمسألة، وخلو التشريع يعني بالضرورة خلو الواقع من الرقابة الدستورية. وبهذا تكون حالة الفراغ الدستوري مساويةً في الأثر لحالة الفراغ التشريعي الواقعي. أمّا وقد أثبتنا أن الفراغين القانوني والواقعي لا يختلفان في الأثر والفراغ الدستوري، فإن مسوغات إعمال رقابة الامتناع في الحالة التي يخلو فيها الدستور من نص منظم للرقابة، هي ذات المسوغات التي تدفعنا لإعمال رقابة الامتناع في الحالات التي يخلو فيها القانون أو الواقع من تنظيم للرقابة الدستورية. ففي حالة الفراغ من تنظيم للرقابة الدستورية؛ يكون لدى القضاء مساران لا ثالث لهما، فإما أن يواجهَ هذا الفراغ بفعلٍ إيجابي فيعمل رقابة الامتناع، معالجاً التعارض بين النصوص بتغليب النص الأعلى على النص الأدنى، وإما أن يواجهه بفعلٍ سلبي فيقضي بموجب النص غير الدستوري متجاهلاً التعارض ومبقياً عليه بتغليب النص الأدنى على النص الأعلى.

وقبل أن نبيّن كيف لرقابة الامتناع أن تكون حلاً فعلياً للرقابة الدستورية، نشير إلى أن التشريع قد يخالف الدستور في شكله، فيأتي غير مستوفٍ للإجراءات الشكلية التي استلزمها الدستور، وفي مثل هذه المخالفات الشكلية للدستور لا يعتبر القانون قانوناً، فيلتزم القاضي بعدم تطبيقه، لأنه مُلزم بتطبيق القانون، وهذا النص لا يصلح أن يكون قانوناً بالمعنى الصحيح للقانون، وهذه القاعدة مستقر عليها في معظم الدول، لكن الخلاف حول صلاحية القاضي بعدم تطبيق القانون المخالف للدستور؛ قائم فيما يتعلق بالمخالفات الموضوعية، بحيث يصدر القانون مستوفياً للأوضاع الشكلية المقررة في الدستور، غير أنه يكون مخالفاً لنص صريح فيه من حيث الموضوع⁴⁸.

⁴⁷ هناك حالات استثنائية يكون فيها إسناد مهمة الرقابة الدستورية لجهة متخصصة بموجب قانون، كما هو الحال في قانون

48 لسنة 1969 الصادر بإنشاء المحكمة العليا، وسوف نأتي على بيانه في حينه.

⁴⁸ سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص 377-378.

ومثلما بيّنا سلفاً في معرض التفريق بين رقابة الامتناع ورقابة الإلغاء، أن رقابة الامتناع لا تحتاج إلى نص دستوري، كما أنها تُمارس من قِبَل كافة المحاكم على اختلاف درجاتها، عوضاً عن أن أثرها ذو طبيعة نسبية على أطراف النزاع، وعلى النص المطعون بعدم دستوريته، حيث يكفي القاضي بمجرد الامتناع عن تطبيق النص الذي ثبتت عدم دستوريته دون إلغائه، فهذه الاختلافات تجعلنا نلفت النظر لجوهرية الفارق بين طبيعة رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع على نحوٍ يجعل رقابة الامتناع حلاً مرحلياً لمواجهة حالة الفراغ، وليس للاستعاضة بها عن رقابة الإلغاء لاسيما في حالتَي الفراغ القانوني المجرد، والفراغ الواقعي المجرد.

في هذا الصدد، إننا لا ننكر أن رقابة الإلغاء - رغم ما يكتنفها من مأخذ⁴⁹ - تُعتبر أحكم وأوثق وأنفع من رقابة الامتناع، لما تتسم به من ضبطٍ وتخصيصٍ وحسمٍ للمسألة الدستورية⁵⁰، بيد أن المفاضلة هنا، ليست بين رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع، بل بين رقابة الامتناع وبين التعامل السلبي

⁴⁹ انتقد البعض هذا الأسلوب على سند من أن إناطة سلطة الرقابة الدستورية لجهة بعينها يمنحها قوة غير عادية ونفوذاً ضخماً تجاه السلطة التشريعية بما قد يؤدي لاعتقاد هذه الأخيرة بأن المحكمة الدستورية تملؤها، بل قد يؤدي لاعتقاد المحكمة ذاتها بأنها تملؤها على الجميع، فتبالغ في بسط رقابتها وتسرف في فرض العراقيل أمام السلطة التشريعية باعتبارها حارساً على الدستور. وهو ما قد يثير الكثير من أوجه الحساسية بين المحكمة والسلطة التشريعية ويؤدي في غالب الأحيان إلى تصادم واحتدام بين الجهتين مما قد يهدد نظام الدولة بالخطر والانهيار.

ومع ذلك، فإنه بمقدور المحكمة أن تتوقى هذا الاصطدام فتتخاض وتتغاضى عن القيام بالرقابة إرضاءً للسلطة التشريعية، غير أن ذلك ينجر أثره دون شك على حساب وظيفتها الرقابية، فلن تكون الرقابة على الوجه الذي ينبغي فيما لو تم ذلك.

⁵⁰ لا شك أن رقابة الإلغاء من شأنها تركيز سلطة الرقابة في محكمة واحدة، الأمر الذي يضمن إصدار أحكام حاسمة نهائية ذات حجية مطلقة، وهذا الأسلوب يتجنب مساوئ النظام اللامركزي في الرقابة ممثلاً في أسلوب الدفع الفرعي أو طلب الامتناع عن تطبيق النص، إذ يجنبنا ما قد يقع بموجب هذا الأسلوب من تناقض في الأحكام بشأن الموضوع الواحد، ويضمن لنا الاستقرار في المراكز القانونية، عوضاً عن أن الجزاء المترتب على رقابة الإلغاء لأكثر نجاعة ونفعاً من الأثر المترتب من أسلوب الدفع الفرعي، لأن الإلغاء يؤدي إلى حسم الإشكال الدستوري بصفة نهائية، فيطهر المجال القانوني وينقيه من إشكالات واسعة قد تنشأ عن مجرد الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، كون الامتناع عن نص في نزاع معين لا يحول دون إعماله في نزاع آخر، فرقابة الإلغاء تجنب إثارة ذات المسائل الدستورية في كل دعوى من خلال إعطائها حلاً واحداً بصفة نهائية.

تجاه حالة الفراغ من الرقابة الدستورية، وحين تكون المفاضلة بين العدم والقليل، يكون القليل في الميزان أرجح من العدم، لأنه وإن كان لا يحلّ أصل المشكلة إلا أنه يحول دون تفاقمها.

ولا يغير من ذلك ما ذهب إليه البعض من أن " رقابة الامتناع غير مجدية في الاحتراز من ضرر متوقع من قانون غير دستوري، لانعدام السبيل للتمسك بعدم الدستورية فيها إلا لو وجد نزاع قائم بالفعل، وإلى حين ذلك إما أن يطبق القانون فيكون على الفرد تحمل تبعاته دون إمكان دفعه، وإما أن يبقى الفرد مهددًا بتطبيقه في أي وقت⁵¹". فهذا الرأي رغم وجاهته إلا أنه في فلسفته يضحّي بالقليل مقابل العدم، ذلك أن إتاحة الطريق لتجنّب أثر تطبيق النص المخالف للدستور في النزاعات القائمة- وإن كان حلًا ناقصًا- إلا أنه يبقى أقل ضررًا من إبقائه مطبّقًا على الجميع، ومن هنا نستعين بالقاعدة الفقهية التي تقضي بأن " ما لا يدرك كلّهُ لا يترك جُلّه" في التأكيد على أن أعمال رقابة الامتناع وإن كان لا يدرك حلّ كلّ المشكلة، إلا أنه لا يعني أن نترك هذا الأسلوب تمامًا ونتخذ الموقف السلبي في التعامل مع الفراغ من الرقابة الدستورية، فإذا استحال السبيل إلى رقابة الإلغاء، فإن الإبقاء على رقابة الامتناع من الحكمة بمكان، لأن في ذلك سبيل للحد من آثار وأضرار الفراغ من الرقابة الدستورية.

في تقديم رقابة الامتناع كحل لإشكالية الفراغ من الرقابة الدستورية؛ نقول بأننا لا نغفل المثالب والمآخذ التي تشوب رقابة الامتناع بأي وجه من الوجوه، فنحن ندرك تمامًا ما يُعاب على رقابة الامتناع من أنها تجعل مهمة الرقابة الدستورية في قبضة جميع المحاكم على اختلاف درجاتها، على نحو قد يثير الاضطراب وعدم الاستقرار في المعاملات، كما قد يثير تناقضًا في الأحكام فيشاع القلق في القضاء بالنسبة للقانون الواحد، لاسيما مع إمكان تصوّر تقرير أحد المحاكم أن

⁵¹ إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص 251.

تمتتع عن تطبيق نصٍ ما في نزاع معين، بينما تقرر محكمة أخرى؛ دستورية القانون ذاته في نزاع آخر فتقوم بتطبيقه، وهو ما قد يثير زعزعة في الثقة بالقوانين وحالة من الفوضى التشريعية⁵²، ومع ذلك نرى أن هذا المآخذ؛ لا يُقارن ضرره بالضرر الذي قد تخلفه حالة الفراغ من الرقابة الدستورية من انتهاكات لا طائل لها للمبادئ الدستورية إذا تم التعامل معها تعاملًا سلبيًا. فعندما تتعذر رقابة الإلغاء لوجود حالة فراغ قانوني فإن رقابة الامتناع تغدو حلًا مثاليًا لمعالجة ذلك الفراغ، وعندما يكون الخيار بين أعمال رقابة الامتناع، وبين التعامل السلبي مع المسألة، فإن خيار أعمال رقابة الامتناع يكون أخف الضررين دون شك.

علاوةً على أنه وإن صحَّ ذلك النقد من الناحية النظرية، فإنه من الناحية العملية نجد المحاكم حين تمتتع عن تطبيق نص في نزاع معين لعدم دستوريته؛ تلتزم غالبًا بذات الحكم في النزاعات اللاحقة المماثلة، وقد تتسع دائرة الامتناع أكثر من ذلك، حينما يكون الحكم بالامتناع صادرًا عن محكمة عليا في البلاد (مثل محكمة النقض أو محكمة التمييز)، لاسيما إذا كانت القاعدة في النظام القضائي تقضي بالتزام المحاكم الدنيا بأحكام المحكمة العليا⁵³.

ثم إن هذه المثالب التي تكتنف رقابة الامتناع يمكن تلافيها من قبل القضاء نفسه بوضع أصول و ضوابط لممارسة رقابة الامتناع، بحيث يرسم القضاء حدودًا تكفل تجنّب تلك المآخذ، ولعل من أبرز الضوابط التي من شأنها تقادي عيوب رقابة الامتناع؛ هو ضابط قرينة الدستورية:

- **إعمال قرينة الدستورية**، يقصد بالقرينة الدستورية، افتراض دستورية التشريع محل الطعن، بحيث ينطلق القاضي أثناء بحثه للنزاع الدستوري من أصل مفاده أن التشريع الصادر من السلطة

⁵² عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية: مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، ص197، وانظر أيضًا: إسماعيل بدوي، المرجع السابق، ص 182.

⁵³ عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص83.

التشريعية المختصة موافق للدستور شكلاً وموضوعاً، ومن ثم على من يدعي خلاف ذلك الأصل أن يقيم الأدلة والبراهين القانونية لإثبات حالة عدم الدستورية، لأنه يدعي خلاف الأصل، فعليه أن يقيم الدليل الذي ينقض هذا الأصل. وتترتب على هذه القرينة نتيجتان في غاية الأهمية:

-1- أن القاضي يتوقى الحكم بعدم دستورية التشريع المشكوك في دستوريته، فإذا كان من سبيل لتفسير التشريع على نحو متوافق مع الدستور، يجب على القاضي أن يأخذ بهذا التفسير، حتى وإن وُجِدَت تفسيرات أخرى يضحى معها التشريع غير دستوري، لأن التفسير المتفق مع الأصل العام والذي يقضي بدستورية التشريعات، أولى بالتطبيق في هذا السياق⁵⁴.

-2- لا يكون للقاضي أن يمتنع عن تطبيق النص إلا حينما تكون شبهة عدم الدستورية ظاهرة على نحو قاطع بها، وعلى نحو يتعدّر معه تأويل التشريع بشكل يتفق مع الدستور، بحيث لا يبقى مجال معقول للشك في احتمال دستورية ذلك التشريع، أي أن عدم الدستورية يجب أن يكون فوق مستوى كل شك وهو ما يُعبّر عنه بمبدأ الشك المعقول⁵⁵.

ذلك أن القضاة في جميع المحاكم حال مباشرتهم الرقابة الدستورية بطريق الامتناع، يتقيّدون بمبدأ قرينة الدستورية، والذي يُحتّم على القاضي أن ينطلق في رقابته الدستورية من أصل عام مفاده أن

⁵⁴ عيد أحمد الحسبان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص173، 176، 177.

⁵⁵ عبد العزيز محمد سالم، قيود الرقابة الدستورية، نهضة القانون، القاهرة، 1998، ص100. ونشير هنا أننا نتفق مع ما ذهب إليه الدكتور عبد العزيز في نقده للقرينة الدستورية بقوله "إن الأخذ بهذه القاعدة بما ينتج عنه من وقوف القضاء عند ظاهر النص، يفتح باباً خطيراً أمام المشرع للعدوان على الحريات العامة والحقوق الفردية وهو في مأمن من الرقابة القضائية، ومن هنا كان واجبا على القضاء أن يطرح هذه القاعدة جانبا ولا يأخذ بها، وألا يقف عند هذا الظاهر الخادع، وأن يتطرق من خلال مهمته في التفسير إلى الكشف عن الطبيعة الحقيقية للنصوص التشريعية، وما إذا كان تتطوي في داخلها على مخالفة نص من نصوص الدستور أو لروحه حتى ولو كان الظاهر صحيحاً وسليماً. وليس في هذا خروج من القضاء على وظيفته الأصلية." ومع ذلك فإن خصوصية رقابة الامتناع كحلٍ مرحلي للفراغ من الرقابة الدستورية يجعلنا نأخذ بهذه القاعدة في سبيل تقادي مآخذ الرقابة الدستورية بطريق الامتناع.

جميع القوانين قد صدرت صحيحة وسليمة ومتوافقة مع القانون. وبهذا نجد أن المثالب المأخوذة على رقابة الامتتاع قابلة للتلافي، وتقليص آثارها على نحو يحقق التوازن بين الحفاظ على المبادئ الدستورية من جهة وعلى تضمين استقرار الأحكام القضائية وعدم تناقضها.

الفصل الأول

الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في النظم القضائية المقارنة

تتعدد الظروف الواقعية التي تدفع القضاء لإعمال رقابة الامتناع اللامركزية، حيث نجد النظام الأمريكي قد جعل من الفراغ الدستوري سبباً لاجتهاد القضاء في تأسيس هذا النوع من الرقابة والاستعاضة بها تماماً عن أي رقابة مركزية، فباتت رقابة الامتناع في النظام الأمريكي هي الأسلوب السائد لمباشرة الرقابة القضائية على دستورية التشريعات، في حين نجد أن النظام المصري - هو الآخر - قد باشر رقابة الامتناع في حالة الفراغ الدستوري كحلٍ مرحليّ، غير أن نشوء الرقابة المركزية لم يخلُ دون ممارسة القضاء لرقابة الامتناع، فقد أخذ قضاء النقض المصري بازواجية الرقابة الدستورية مُعملاً رقابة الامتناع إلى جانب وجود محكمة دستورية عليا، وفي النظام الكويتي كان الأمر مختلفاً، فلم تباشر المحاكم رقابة الامتناع أبداً، بل ورفضت إعمالها بالرغم من وجود حالة الفراغ القانوني.

من خلال هذه النماذج الثلاثة؛ نسعى في هذا الفصل لبيان سلطة القضاء العادي في الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في حالة الفراغ الدستوري، ثم نبين سلطة القضاء في ظل وجود نصوص منظمة للرقابة الدستورية، سواءً حال تفعيل تلك النصوص، أو حال غياب تفعيلها. فما مدى سلطة القضاء العادي في رقابة الامتناع في حالات الفراغ من الرقابة الدستورية؟ وهل وجود قضاء دستوري - معطلٍ أو مفعّل - يحظر على قضاء الموضوع الفصل في المسائل الدستورية ولو بطريق الامتناع؟ أم أن قضاء الموضوع بمقدوره ممارسة مثل هذا النوع من الرقابة حتى في ظل وجود رقابة دستورية؟

لدراسة هذه الإشكالية سوف نتناول موقف القضاء الأمريكي من الفراغ الدستوري، ثم نتناول الرقابة الدستورية في مصر في ظل وجود نصوص مفعلة لتنظيم الرقابة الدستورية، ثم نناقش الرقابة الدستورية في الكويت في ظل حالة الفراغ القانوني. وذلك وفق التقسيم الآتي:

- المبحث الأول/ الموقف الأمريكي من رقابة الامتناع في حالة الفراغ الدستوري
- المبحث الثاني/ الموقف المصري من رقابة الامتناع في ظل وجود نصوص مفعلة
- المبحث الثالث/ الموقف الكويتي من رقابة الامتناع في حالة الفراغ القانوني

المبحث الأول

الموقف الأمريكي من رقابة الامتناع في حالة الفراغ الدستوري

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية النموذج المثالي لحالة الفراغ الدستوري، حيث ترك الدستور فراغاً بشأن التشريعات المخالفة له، فلم يحدد الجهة المختصة بمهمة حماية الدستور، كما لم يحدد الآلية القانونية للتعامل مع انتهاك التشريع الأدنى للنصوص الدستورية، فلا يوجد أي نص دستوري ينشئ جهةً مختصة بالفصل في التشريعات غير الدستورية، كما لا يوجد أي نص صريح يمنح أو يمنع القضاء العادي سلطة الفصل في دستورية التشريعات. وقد امتدت حالة الفراغ الدستوري حوالي أربعة عشر عامًا؛ حتى حاول القضاء العادي مواجهتها من خلال توليف عدد من المبادئ السامية مثل مبدأ سمو الدستور، ومبدأ استقلال القضاء، فعمد إلى تأسيس مبدأ "المراجعة القضائية Judicial Review" جاعلاً لنفسه من خلال هذا المبدأ سلطة الفصل في دستورية التشريعات بطريق الامتناع.

من خلال هذا المبحث، نسعى لبيان نشأة الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في القضاء الأمريكي في المطلب الأول، ثم في المطلب الثاني نبين العوامل التي ساهمت في نشأتها، وأخيرًا نبين في المطلب الثالث، نطاق رقابة الامتناع في النظام الأمريكي.

المطلب الأول

نشأة رقابة الامتناع في القضاء الأمريكي

ترتبط نشأة الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية بالحكم الشهير الصادر عن رئيس المحكمة العليا القاضي مارشال في قضية *Marbury v. Madison*، حيث قضت المحكمة بعدم دستورية قانون اتحادي، وباختصاص القضاء بالنظر في دستورية التشريعات، تأسيسًا على مبدأ سمو الدستور الذي يقضي بعلو القواعد الدستورية على القوانين العادية، واستنادًا إلى أن واجب القضاء في هذا الخصوص أن يُعمل القانون الأعلى حينما يتعارض مع قانون آخر يدنوه في المرتبة.

في المرحلة السابقة لهذا الحكم، وقبل صدور الدستور المكتوب، ساد لدى الأمريكيين اعتقاد راسخ بأن الأفعال التي تتبناها السلطان التشريعية والتنفيذية يجب أن تتوافق مع ما عُرف بالقوانين الأساسية غير المكتوبة، والتي يشار إليها على أنها قانون إلهي أو طبيعي، غير أنه ولطبيعة القانون الأساسي غير المكتوب وما ينقصه من انضباط وإحكام في الوعي العام، كان القضاء غير قادرين على المجازفة بإبطال التشريعات استنادًا للقوانين الأساسية لكونها غير مقننة، الأمر الذي

يكاد يستحيل معه التأويل القضائي⁵⁶. وفي هذا المعنى انتهت المحكمة الفيدرالية العليا برئاسة القاضي Chase في قضية Calder v. Bull عام 1798 بأنه " إذا أقر الكونغرس أو الهيئة التشريعية للولاية قانوناً ضمن النطاق العام لسلطتها الدستورية، فلا يمكن للمحاكم أن تصدر حكماً بالامتناع عن التطبيق لمجرد أنه في تقديرها يتعارض مع مبادئ العدالة الطبيعية⁵⁷ ".

بيد أن الأمر كان مختلفاً بالنسبة لمحاكم الولايات بعد عام 1776، حيث ظهرت الدساتير المكتوبة في بعض الولايات⁵⁸ تزامناً مع إنشاء حكومات الولايات الجديدة، وتقيد السوابق القضائية أن محاكم الولايات قد باشرت الرقابة الدستورية قبل وبعد نشأة الدستور الأمريكي عام 1789، ومن ذلك ما انتهت إليه محكمة الدائرة الفيدرالية في ولاية بنسلفانيا في Heyburn's Case⁵⁹ عام 1792 إلى أن "القانون المتعلق بمطالبات المعاشات التقاعدية غير دستوري على أساس أنه انتهك مبدأ الفصل بين السلطات⁶⁰".

⁵⁶ Charles F. Hobson, "Judicial Review." Encyclopedia of the New American Nation. shorturl.at/fWY78 (accessed on January 3, 2020).

⁵⁷ 3 U.S. 386, 3 Dall. 386, 1798 WL 587, 1 L.Ed. 648

⁵⁸ نتيجة لحالة عدم التدوين وتبعثر مصادر القانون الأساسي في تلك الحقبة؛ مارس بعض القضاة السلطة التقديرية بصورة مبالغ بها فكان الحل لتلك المشكلة تدوين القوانين الأساسية، ولا يسعنا الإسهاب في ذلك لخروج الموضوع عن البحث ولكن للاستزادة، انظر:

Wood, Gordon S. "The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less." Washington and Lee Law Review 56 (1999) p790-799.

⁵⁹ 2 U.S. 408, 2 Dall. 409, 1792 WL 575 (Mem), 1 L.Ed. 436

⁶⁰ ذهب قضاة الدائرة للقول:

"Such revision and control we deemed radically inconsistent with the independence of that judicial power which is vested in the courts; and consequently, with that important principle which is so strictly observed by the constitution of the United States.

"These, Sir, are the reasons of our conduct. Be assured that, though it became necessary, it was far from being pleasant. To be obliged to act contrary either to the obvious directions of Congress, or to a constitutional principle, in our judgment equally obvious, excited feelings in us, we hope never to experience again."

وكذلك الحكم الصادر من محاكم ولاية نيوجرسي⁶¹ عام 1780، والحكم الصادر من محكمة ولاية رود آيلند⁶² عام 1786، ومن بعده الحكم الصادر من محكمة كارولينا الشمالية⁶³ عام 1787، ثم الحكم الصادر في ولاية فرجينيا عام 1788⁶⁴.

وبالرغم من أن السوابق القضائية- فيما لا يقل عن ثماني ولايات- كانت قد قررت في أواخر القرن السابع عشر سلطة المحاكم في مباشرة الرقابة الدستورية بطريق الامتناع، علاوة على أن المحكمة العليا نفسها كانت قد سلّمت بمبدأ الرقابة الدستورية عام 1796 في أحد أحكامها؛ إلا أنها لم تعرض لمناقشة مدى اختصاص المحاكم في رقابة دستورية القوانين، وإنما عاملت المسألة معاملة المسائل المسلّم بها⁶⁵، واستمر الوضع كذلك حتى صدر حكم مارشال في قضية *Marbury v.*

⁶¹ Holmes vs. Walton: The New Jersey Precedent. The American Historical Review, Vol. 4, No. 3 (Apr 1899), pp. 456-469. <https://www.jstor.org/stable/1833432>. Accessed: 10-05-2020. "The present cause being commenced and undetermined at the time of the late law authorizing a trial by twelve men [i. e., an act of December 22, 1780, to be referred to later] it is not comprehended by the late law, it not having in it any retrospective clause; and as a trial by six men is unconstitutional, there is no law existing by which this cause could be tried."

⁶² Trevett v. Weeden (Rhode Island, 1786). Encyclopedia of the American Constitution. . Encyclopedia.com. 28 Apr. 2020. <https://www.encyclopedia.com>. Accessed: 10-05-2020. The court found that the Paper Money Act is unconstitutional because it limits the right to try a jury for violators.

⁶³Bayard v. Singleton (North Carolina 1787). Dictionary of American History. Encyclopedia.com. 30 Apr. 2020. <https://www.encyclopedia.com>. Accessed: 10-05-2020. "The defendant moved for dismissal of the case according to an act of the legislature that required the courts to dismiss, upon affidavit, suits against persons holding forfeited Tory (enemy alien) estates. The court overruled the motion and declared that the constitution of the state gives every man a right to a decision concerning property by jury trial."

⁶⁴ إسماعيل البدوي، المرجع السابق، ص178-179.

⁶⁵ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص86.

Madison الذي يعتبر أول حكم يؤصل لهذه السلطة في عبارات شديدة الوضوح والإحكام، على نحوٍ ينفي عن هذه السلطة كلَّ شك⁶⁶، وفيما يلي نستعرض تفاصيل هذا الحكم.

- حكم القاضي (مارشال Marshall) في قضية Marbury v. Madison عام 1803⁶⁷:

تنبّه القاضي مارشال Marshall في قضية Marbury v. Madison إلى حالة الفراغ الدستوري من الرقابة الدستورية، فلاحظ خلو الدستور الأمريكي من تنظيم واقعي يحفظ المبادئ النظرية التي تحمي الدستور، مثل مبدأ سمو الدستور، ومبدأ التدرج التشريعي، وأرسى ما سمّاه مبدأ "المراجعة القضائية Judicial Review" في محاولةٍ لتكريس دور القضاء الإيجابي والفعال في الحياة القانونية⁶⁸.

جاءت هذه القضية في سياق الصراع بين الفيدراليين، والمناهضين للفيدرالية⁶⁹، وتدور أحداثها⁷¹ في أن القاضي ماربوري رفع دعوى أمام المحكمة الفيدرالية العليا ضد الوزير ماديسون؛ يطلب فيها

⁶⁶ عبد العزيز سالم، د العزيز محمد سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر الجامعي، دار سعد سمك، الطبعة الثانية، 2014، ص201، ويعلق الدكتور على ذلك " لو لم يؤكد مارشال هذه السلطة لكان من المحتمل ألا يكون هنالك إصرار عليها، لأن سلطة المحكمة في إبطال تشريع اتحادي لم تستعمل بعد ذلك إلا في عام 1857".

⁶⁷ 1 Cranch 137, 5 U.S. 137, 1803 WL 893, 2 L.Ed. 60

⁶⁸ The court state " Congress cannot give the supreme court appellate jurisdiction where the constitution declares that it shall be original, nor original jurisdiction where the constitution declares that it shall be appellate; hence the authority given by the thirteenth section of the judiciary act of 1789 (1 Stat. 80), to issue writs of mandamus to public officers, is not warranted by the constitution."

⁶⁹ كانت المحكمة في موقف حرج، فإن هي قضت للفيدراليين واستجابت لماربوري، من المحتمل أن يرفض ماديسون تسليم قرار التعيين، فينال ذلك من مكانة المحكمة، وإن هي قضت لمناهضي الفيدراليين؛ ظهرت بموقف العاجز عن مراقبة أعمال الحكومة وخيبت آمال الفيدراليين التي عقدت عليها. انظر: عبد العزيز سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص203.

⁷⁰ زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، دار بلال للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2014، ص228.

⁷¹ بتفصيل أكبر: تتلخص حيثيات هذه القضية في أن الرئيس " توماس جيفرسون Thomas Jefferson " كان قد هزم خصمه المرشح " جون آدمز John Adams " في الانتخابات الرئاسية عام 1800، وقبل أن يتولى جيفرسون منصب الرئاسة في مارس 1801؛ أقر المرشح آدمز - ضمن الفترة الأخيرة من رئاسته - قانون القضاء لعام 1801 الذي أنشأ محاكم جديدة،

إصدار أمر قضائي إلى ماديسون لإلزامه بتسليم القرار الصادر بتعيين ماربوري قاضيًا، وكانت الفقرة الثالثة عشر من قانون النظام القضائي التي تتيح للقاضي ماربوري أن يرفع مثل هذه الدعوى تتعارض مع نص المادة الثالثة من الدستور⁷².

كان السؤال الجوهرى في هذه القضية: هل يمكن أن يكون القانون الذي يتعارض مع الدستور قانونًا للبلاد؟ وهل تستطيع المحكمة العليا للولايات المتحدة أن تعطل قانونًا صادرًا عن الكونغرس وصادق عليه رئيس الجمهورية؟

أمام هذه الإشكالية وما يترتب على الإجابة عنها من حسم لمسألة مفصلية في النظام القانوني الأمريكي؛ أجاب القاضي مارشال بصريح العبارة بأن المحكمة تستطيع ذلك، بل يجب عليها أن تفعل ذلك وتعطل القانون المتعارض مع الدستور⁷³. وبذلك أكد القاضي مارشال سلطة القضاء

ومنح الرئيس صلاحيات أكبر فيما يتعلق بتعيين القضاة، فقام آدمز بموجب هذا القانون بتعيين ستة عشر قاضيًا جديدًا، واثنين وأربعين قاضيًا جديدًا للصلح في مختلف الولايات، وتمت الموافقة على القضاة المعيّنين من قبل مجلس الشيوخ، غير أن قرارات التعيين كانت معلقة على تسليمها للقضاة من قبل وزير الخارجية، وكان من بين القضاة المعيّنين "وليام ماربوري William Marbury" قاضي الصلح في مقاطعة كولومبيا، حيث قدم هذا الأخير - إضافة لثلاثة آخرين من القضاة - التماسًا للمحكمة الفيدرالية العليا يطلب فيه من المحكمة الحصول على أمر قضائي بتسليم قرارات التعيين، وفي هذه القضية انتهت المحكمة إلى أن رفض وزير الخارجية تسليم قرارات التعيين كان مخالفًا للقانون، وأن القاضي ماربوري له الحق في أن يطلب مثل هذا الطلب بناءً على القانون، لكنها لم تصدر أمرًا قضائيًا بالتسليم، معللة ذلك بأن حكم القانون القضائي لعام 1789 الذي يمكّن القاضي ماربوري من رفع دعواه إلى المحكمة العليا هو نفسه غير دستوري، لأنه يتعارض مع الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور الأمريكي، بتمديده الولاية القضائية الأصلية للمحكمة إلى نطاق أوسع من النطاق المحدد بالدستور، وأكد أنه لم يكن للكونغرس سلطة تعديل الدستور من خلال تشريعات منتظمة لأن مبدأ سيادة الدستور يضع الدستور أمام القوانين بما يجعل هذه الأخيرة ملزمة باحترامه، حيث قضت المحكمة بأنه "لا يمكن للكونغرس أن يمنح اختصاصًا للمحكمة العليا على وجه مخالف لما نص عليه الدستور في الولاية والسلطة الأصلية للمحكمة؛ وبالتالي فإن السلطة الممنوحة بموجب القسم الثالث عشر من القانون القضائي لعام 1789 (Stat. 80 1)، لإصدار أوامر مانداموس للموظفين العموميين، لا يضمنها الدستور." لمزيد من التفاصيل حول الوقائع وحيثيات الحكم، راجع: عبد العزيز محمد سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 201 وما بعدها.

⁷² Marbury v. Madison." Oyez. Accessed January 12, 2020. shorturl.at/AHUX9

⁷³ عبد العزيز سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 206.

العادي في الامتناع عن تطبيق أي نص قانوني يخالف ما يرد في الدستور⁷⁴. وفي تبرير ذلك، صاغ مارشال الأسباب بوضوح وإحكام، ويمكن بلورة الحجج التي استند إليها فيما يلي:

- أن الدستور الأمريكي هو القانون الأساسي للبلاد، إذ لا تكون للفرقة بين الدستور والتشريع أي قيمة عملية ما لم تكن السلطة التشريعية مقيدة في صلاحياتها بالحدود المقررة دستوريًا، ومؤدى ذلك أن يعتبر التشريع باطلاً إذا خالف نصوص الدستور⁷⁵، مشيرًا إلى أن "للشعب حقًا أوليًا في إرساء مثل هذه المبادئ لحكومته المستقبلية... وهذه المبادئ الدائمة والأساسية في مثال الحكومة الأمريكية، هي تلك التي تحدد سلطات الوزارات المختلفة، وقد دُوّنَ الدستور حتى لا تُنسى هذه الحدود أو يُساء فهمها، فالأي غرض إذن حُددت السلطات إذا جاوزها المعنيون بذلك كيفما شاءوا؟ وإذا كان في مقدور الكونغرس أو أي وزارة أخرى من وزارات الحكومة أن تتجاهل أحكام الدستور، فإن التفرقة بين الحكومة ذات السلطات المحددة، والمطلقة، تضحى غير ذات موضوع⁷⁶".

وفي استناده إلى مبدأ سمو الدستور وسيادته؛ بيّن أن الدستور يعلو على كل قانون تشريعي يتعارض معه، وأكد على أن الكونغرس لا يستطيع أن يغير الدستور، مشيرًا إلى أنه ما من حل وسط في هذه المسألة، ليحسم الأمر في فرضيتين لا ثالث لهما، فإما أن الدستور قانون أعلى له سيادة، وعندها لا يمكن تغييره بسن القوانين التشريعية، ويكون القانون الصادر عن الكونغرس بالمخالفة له ليس بقانون. وإما أن الدستور قانون في مستوى القوانين العادية، ليس له سيادة،

⁷⁴ نعمان الخطيب، نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص569.

⁷⁵ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص90.

⁷⁶ عبد العزيز سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص206.

وحيثما يكون قابلاً للتعديل حسب مشيئة الكونغرس، فتكون الدساتير المكتوبة مجرد محاولات عبثية من الشعب لتحديد سلطة لا يمكن تحديدها من حيث الواقع⁷⁷.

- إن اليمين الدستورية تفرض على القاضي التزاماً ضمناً بالرقابة الدستورية، فلا يستقيم أن يُطالب القضاة أن يقسموا يميناً على احترام نصوص الدستور، ثم يُطالبوا في الوقت نفسه بتجاهل التعارض الذي ينشأ بين التشريع والدستور، وحرمان القضاء من مراقبة هذا التعارض وفكّه بإهدار النص الأدنى وإعلاء النص الأعلى يهدر كل قيمة عملية لهذا القسم⁷⁸. ولقد انتقدت هذه الحجة، حيث أن جانباً من الفقه وجد أن مقدمات هذا الاستنتاج باطلة، فحقيقة أن القضاة يؤدون اليمين لتطبيق الدستور⁷⁹ لا تعني تمكينهم من الرقابة الدستورية على التشريعات، لأن الدستور يتطلب أداء اليمين من جميع الموظفين الفيدراليين وموظفي الولايات⁸⁰.

- إن احترام القضاء للقانون لا يكون إلا بالقدر الذي يحترم فيه القانون الدستور، ذلك أن القانون المخالف للدستور لا يمكن اعتباره قانوناً بالمعنى الدستوري، وإذا ألزمتنا القضاء بما لا يعتبره الدستور قانوناً، فإن ذلك معناه أننا نقرر الحقائق القانونية في المجال النظري، ثم نتكبر لها في

⁷⁷ المرجع نفسه، ص 207. وينتهي مارشال في ترجيحه للفرضية الأولى للقول بأنه إذا تنازع قانونان، فإن على المحاكم أن تفصل فيما بينهما، وحيث تستلزم قضية الفصل بين دستور وقانون فإن تقرير أوليهما بالتطبيق من صميم جوهر عمل القضاء، ويكون ذلك بترجيح القانون الأعلى، لأن المحاكم إن وجدت التعارض بين القانون العادي وبين الدستور وأغمضت عينها عنها تكون قد هدمت الدستور من صميم أساسه.

⁷⁸ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 91.

⁷⁹ نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من الدستور الأمريكي: " يكون الشيوخ والنواب المشار إليهم آنفاً، وأعضاء المجالس التشريعية لمختلف الولايات، وجميع الموظفين التنفيذيين والقضائيين التابعين للولايات المتحدة ولمختلف الولايات، ملزمين بموجب يمين أو إقرار بدعم هذا الدستور. ولكن لا يجوز أبداً اشتراط معيار ديني كمؤهل لتولي أي منصب رسمي أو مسؤولية عامة في الولايات المتحدة."

⁸⁰ I. Unah, "Judicial Review." Encyclopedia of the American Constitution, shorturl.at/fWY78 (accessed on January 11, 2020).

المجال العملي عند التطبيق⁸¹. علاوةً على أن القضاء لا يكون له أن يفصل في المسائل الواقعية إلا بعد أن يحدد القانون الواجب التطبيق، وهذه مسألة أولية ينبغي تسويتها قبل النزاع، فإذا ظهر التعارض بين نص أدنى ونص أسمى، فلا ريب أن القضاء يطبق النص الأسمى معرضاً عن كل تشريع مخالف⁸².

إن النصوص الدستورية ذاتها تدعم سلطة القضاء في رقابة الدستورية، حيث إن المادة الثالثة من الدستور الأمريكي التي رسمت حدود السلطة القضائية في فقرتها الثانية بقولها "يمتد اختصاص السلطة القضائية إلى كافة المنازعات التي تنشأ في ظل الدستور"⁸³؛ تعطي المحكمة العليا السلطة القضائية في تفسير القانون وتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة التعارض⁸⁴، وكذلك الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور الأمريكي التي نصت على أن "يعتبر هذا الدستور وكذا ما تسنه الولايات المتحدة من قوانين تمثيلاً مع أحكامه وما تبرمه من معاهدات- قانوناً أسمى في الدولة، ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به، ولا يُعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفاً لذلك". حيث شكّل هذا النص نقطة جوهرية في بناء مبدأ المراجعة القضائية⁸⁵. ولقد جادل البعض في أن المادة السادسة موجهة على وجه الحصر إلى قضاة الولايات دون المحكمة العليا، لأن شرط "القانون الأعلى للبلاد" يتبعه عبارة مفادها أن "القضاة في كل ولاية ملزمون بذلك"، ومع ذلك، فإن مناقشات المؤتمر الدستوري والتشريع الاتحادي لقانون القضاء لعام

⁸¹ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص90.

⁸² عصام علي الدبس، القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص194-195.

⁸³ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص91.

⁸⁴ زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، المرجع السابق، ص228.

⁸⁵ سعد عصفور، المرجع السابق، ص60.

1789، أشارت إلى سلطة المحكمة العليا في مراجعة أحكام محاكم الولايات بشأن المسائل الدستورية، وبذلك فالمحكمة العليا تملك هذه السلطة من باب أولى⁸⁶.

وعلى الرغم من عدم صراحة تلك النصوص في منح القضاء سلطة الرقابة الدستورية، إلا أنها تشكل السند الأقوى لدعم حكم مارشال في إقرار الرقابة الدستورية كسلطة للقضاء، فالمادتان الثالثة والسادسة تعكسان الفرضية الأساسية للمراجعة القضائية، التي تقضي بأن المراجعة القضائية في الأساس هي قابلية التنفيذ القضائي للمعايير الدستورية؛ انطلاقاً من أن الدستور قانون يجب على المحاكم تطبيقه، وأن اعتبار الدستور قانوناً هو حجر أساس لدعم الحجة القائلة بأن الدستور الأمريكي صُمم للاعتماد على القضاء في مسألة الفصل في دستورية التشريعات، وليس مجرد قيود سياسية، لفرض الحدود الدستورية⁸⁷.

وإذا كانت صياغة المواد الثلاث الأولى من الدستور الأمريكي تقرر مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن الفقه الأمريكي لم يعتد بالفصل المطلق، وإنما اعتمد مبدأ الفصل النسبي أو مبدأ التوازن، ومبدأ الرقابة المتبادلة بين السلطات، بل إن مبدأ الفصل بين السلطات كان أحد الحجج الأساسية التي استند إليها القاضي مارشال في تأكيد سلطة القضاء في الرقابة الدستورية، ويدعمه في ذلك جانب كبير من الفقه، حيث أكد على أنه ليس في مبدأ الفصل بين السلطات ما يحول دون مراقبة السلطة التشريعية حين خروجها على نصوص الدستور، وذهب الفقه الأمريكي للقول بأن مقتضى التوازن والرقابة التي يفرضها هذا المبدأ؛ أن يحول القضاء دون استبداد السلطة التشريعية، وأن يردّها إلى حدودها الدستورية كلما تجاوزتها⁸⁸، باعتبار ذلك من صميم وظيفة القاضي في تطبيق

⁸⁶ I. Unah, "Judicial Review", Op. cit.

⁸⁷ G. Gunther, **The Subtle Vices of the "Passive Virtues": A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review**. Columbia Law Review vol. 64 (1964) p1-25.

⁸⁸ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص110 وما بعدها.

القانون، حيث يكون واجباً عليه تغليب النص الأسمى واستبعاد النص الأدنى حينما يحدث تعارض فيما بين النصوص⁸⁹. لاسيما وأن تقرير سلطة الرقابة الدستورية يصب في تحقيق التوازن المطلوب عند إعمال مبدأ الفصل بين السلطات⁹⁰.

وبذلك، يمكننا القول بأن موقف الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية ثابت ومستقر على أن القضاء العادي يتمتع بسلطة الرقابة الدستورية بطريق الامتناع، فرغم أنّ المحاكم قد ظلت مترددة في بادئ الأمر، إلا أنه بعد عام 1803 لم تكن سلطة القضاء في الرقابة الدستورية محل شك، وسارت المحاكم سيراً معتدلاً في ممارستها⁹¹.

ولقد عملت المحكمة الفيدرالية العليا على توسيع رقابتها على دستورية التشريعات، وشجعت المحاكم الأخرى أن تنهج ذات النهج، غير أنها غالت في بسط رقابتها على نحو أثار الصراع في كثير من المناسبات بين المحكمة العليا والسلطة التشريعية، وقد بلغ هذا الصراع أشده حين قضت المحكمة العليا بعدم دستورية التشريعات التي أصدرها الرئيس فرانكلين روزفلت بغاية التغلب على الأزمة الاقتصادية التي اجتاحت العالم عام 1930 والتي سميت بقانون الإنعاش الاقتصادي، الأمر الذي جعل البعض يطلق على المحكمة العليا اسم حكومة القضاة، وقيل فيما قيل أن الولايات المتحدة الأمريكية لا يحكمها السياسيون في البيت الأبيض، إنما يحكمها قضاة المحكمة العليا، غير أنه إزاء اعتراض الرأي العام على الموقف المتشدد للمحكمة العليا؛ عدلت عن موقفها، ومالت إلى الاعتدال شيئاً فشيئاً في مباشرة الرقابة الدستورية⁹². وتجدر الإشارة إلى أن صلاحية المحكمة

⁸⁹ أندريه هوريو، المرجع السابق، ص301.

⁹⁰ ميشال مياني، دولة القانون: مقدمة في نقد القانون الدستوري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص236-241.

⁹¹ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص91.

⁹² إبراهيم عبد العزيز شبحا، المرجع السابق، ص258.

بالرقابة الدستورية تقتضي صلاحية تفسير الدستور ذاته، ولهذا يرى البعض بأن الدستور الأمريكي في واقع الأمر هو ما تقرره أغلبية التسعة قضاة في المحكمة العليا⁹³.

المطلب الثاني

العوامل التي ساهمت في نشوء رقابة الامتناع في النظام الأمريكي

لئن كان حكم مارشال له الفضل في تأسيس الرقابة الدستورية في النظام الأمريكي، إلا أن عددًا من العوامل قد ساهمت في تمهيد الواقع لمثل هذا الحكم، حيث تضافرت بعض العوامل الدستورية والواقعية مع جهود المحكمة الاتحادية العليا في سبيل إنشاء الرقابة الدستورية، وفيما يلي نذكر أبرز تلك العوامل:

- **العوامل التاريخية التي سبقت نشوء النظام الاتحادي:** كانت الولايات المتحدة الأمريكية مستعمرات إنجليزية قبل انفصالها، وكان لكل منها سلطة التشريع داخل حدودها، غير أن تلك السلطة لم تكن مطلقة، وإنما كانت مقيدة بالقوانين الخاصة للمملكة المتحدة آنذاك، فكان التشريع المخالف لها في تلك المستعمرات قابلاً للطعن عليه أمام مجلس الملك الخاص في لندن، وكان هذا الأخير يلغي التشريعات المخالفة للأوامر الملكية أو القوانين الإنجليزية⁹⁴، علاوة على أن بعض الولايات كانت أنشأت ما يسمى (مجلس المراجعة Council of censure) قبل نشأة الاتحاد، وهو مجلس منتخب وظيفته أن يتحقق من أن الدستور بمنأى عن أي اعتداء، وأن السلطتين

⁹³ أندريه هوريو، المرجع السابق، ص301.

⁹⁴ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص257.

التشريعية والتنفيذية للولاية تباشران صلاحياتهما في الحدود المقررة لدستور الولاية⁹⁵. وبذلك استقرت فكرة احترام الدستور في العقلية الأمريكية بعد أن اعتادت التفرقة بين القوانين العادية والقوانين الدستورية، وتكثفت مع ضرورة وجود هيئة تكفل احترام الدستور وتضمن عدم انتهاكه⁹⁶.

- **النظام الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية:** يفترض النظام الاتحادي توزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة المركزية وبين سلطات الولايات اللامركزية، الأمر الذي يتطلب بدهاء وجود سلطة تشرف على احترام توزيع الاختصاصات، حيث أن غياب هذه السلطة يعني غياب القيمة العملية لذلك التوزيع، إذ بمقدور حكومات الولايات أن تخالف حدود التوزيع دون أن تردعها أي سلطة أخرى، ولهذا يرى الفقه أن سلطة القضاء الاتحادي في ممارسة الرقابة الدستورية كانت ثمرة طبيعية من ثمرات النظام الاتحادي نفسه⁹⁷، ولذلك تكون الدول الاتحادية حريصة كل الحرص على ضمان حسن توزيع السلطات وعدم تجاوزها، فتبادر لضمان ذلك إلى تضمين الدستور بضمانات لتحقيق الهدف المنشود، من خلال جعل الدستور جامدًا، وإيجاد هيئة قضائية عليا تفصل في المنازعات المتعلقة بنصوص الدستور وتفسيرها⁹⁸.

- **الطبيعة الجامدة للدستور:** كان لجمود الدستور الأمريكي بما تتطلبه نصوصه من إجراءات معقدة في تعديله أثرًا لا يمكن التنازل عنه في وجود الرقابة الدستورية، حيث إن تلك الإجراءات التي وضعها الدستور لتعديله- والتي تختلف عن الإجراءات التي يصدر في ضوءها القانون العادي-

⁹⁵ يذهب بعض الشراح في الفقه الأمريكي للقول بأن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات عرفته الولايات قبل قرنين من الزمان، فقد كان لأراء اللورد "Coke" وحكمه في قضية الدكتور بونهام أكبر الأثر في تكوين الفكرة السليمة عن الرقابة الدستورية، وفي ترسيخ مفهوم القانون الأعلى. عبد العزيز سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص196 وما بعدها.

⁹⁶ عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص196.

⁹⁷ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص256.

⁹⁸ سعد عصفور، المرجع السابق، ص61.

عزّزت لمبدأ سمو الدستور، فظهرت الحاجة إلى وجود جهة مختصة تضمن احترامه، وهو ما عمل القضاء الأمريكي على إيجاده من خلال تقرير الاختصاص بالرقابة الدستورية لنفسه⁹⁹.

لم يكن أمام المحكمة سوى هذا الطريق، فجمود الدستور قد جعل خيار تأسيس قضاء دستوري مستقلٍ؛ أمرًا عسيرًا، على الأقل بالنسبة للمحكمة العليا، إذ لم يمكن لها أن تقترح تعديلًا دستوريًا، لأن ذلك من صميم اختصاص الكونغرس وحده، وحتى احتمال تعديل الدستور وإيجاد جهة متخصصة كان احتمالًا بعيدًا، فاقترح تعديل الدستور لا يكون إلا من قبل ثلثي أعضاء مجلس النواب ومجلس الشيوخ معًا، أو من قبل ثلثي أعضاء مجالس الولايات، ولا تكون الموافقة على هذا التعديل إلا بأغلبية ثلاثة أرباع، وبالنظر إلى الأرقام السكانية آنذاك والافتراض بأن غالبية الهيئات التشريعية بالولاية سوف تتوافق مع الغالبية العظمى من سكان الولاية، فإن معارضة أقل من 2% من سكان البلاد يمكن أن تمنع نظريًا مقترح التعديل، بل إن الوصول إلى مرحلة الاقتراح يتطلب جهدًا سياسيًا هائلًا ومنسّقًا على نحو يجعل حل تعديل الدستور مستبعدًا¹⁰⁰. علاوةً على أن الفراغ الدستوري من الرقابة الدستورية، كان ممهّدًا لهذا النوع من الرقابة، فدستور الاتحاد وإن لم ينظم صراحة هذه الرقابة، إلا أنه لم يتضمن ما يفيد حظرها صراحةً أو ضمناً، بل إن بعض مواده التي أشرنا إليها سابقًا قد تكون سندًا دستوريًا لإعمالها¹⁰¹.

لهذا، وجدت المحكمة نفسها في موقف صعب في التعامل مع الفراغ الدستوري إلى جانب المعطيات الأخرى، وبمرور أربعة عشر عامًا على إنشاء المحكمة وصدور الدستور دونما اقتراح من الكونغرس

⁹⁹ إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص 257.

¹⁰⁰ D. M. Beatty, **Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective**, (1994) Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. p59. <https://brill.com/view/title/9398> (accessed on January 13, 2020)

¹⁰¹ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 87.

لإنشاء قضاء دستوري، حاولت المحكمة ملافاة ذلك الفراغ وتداركه من خلال التأسيس لمبدأ المراجعة القضائية الذي مارست من خلاله الرقابة على دستورية التشريعات، من خلال سلطتها التفسيرية على الوجه الذي بيّناه.

- **نظام السوابق القضائية:** من الناحية العملية كان لهذا العامل أثرًا بالغًا في تعزيز سلطة القضاء في الرقابة الدستورية بعد حكم مارشال، فبمقتضى هذا النظام تنقيد كل محكمة بالحكم الذي تصدره، وتنقيد بذات الحكم المحاكم الأدنى منها، وإذ كان حكم مارشال صادرًا عن المحكمة الاتحادية العليا، وكانت هذه الأخيرة لا تعلوها محكمة، فإن جميع المحاكم الأمريكية تلتزم بهذا الحكم¹⁰². ولهذا نقول بأن ارتكاز القضاء الأمريكي على مبدأ السوابق القضائية، كان عاملاً في تثبيت حكم القاضي مارشال الذي اقتتص به فرصة تأسيس الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في أمريكا¹⁰³، علاوةً على أن هذا المبدأ بما يتمتع به من قدرة مرنة على حماية القواعد والقيم الدستورية مع السماح للمجتمع بتغيير تفسير تلك القيم الدستورية مع مرور الوقت، سواءً أكان التغيير لانفتاح أو لتحفظ؛ قد ساهم في اصطفاائه دون غيره من المبادئ في التعامل مع الفراغ الدستوري¹⁰⁴.

¹⁰² سعد عصفور، المرجع السابق، ص64.

¹⁰³ D. M. Beatty, Op, cite

¹⁰⁴ B. Bricker, **Judicial Review**, Southern Illinois University, Carbondale, IL, USA, Springer International Publishing Switzerland 2016 A. Farazmand (ed.), Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance, DOI 10.1007/978-3-319-31816-5_1034-1 (accessed on January 20, 2020)

المطلب الثالث

نطاق رقابة الامتناع في النظام الأمريكي

إن سلطة المحكمة العليا في الرقابة الدستورية على التشريعات تعتبر من أهم السلطات التي يتمتع بها القضاء الأمريكي، وكما بيّنا فيما مضى، إن هذه السلطة لم تستند إلى نص في الدستور، وإنما ابتدعها القضاء الأمريكي لمواجهة التعارض بين التشريعات الأدنى مع الدستور باعتباره تشريعاً أسمى¹⁰⁵ في ظل حالة الفراغ الدستوري من تنظيم للرقابة الدستورية.

يمكن تعريف الرقابة الدستورية في القضاء الأمريكي، بأنها سلطة القضاء في فحص التشريعات الصادرة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية حين وجود شبهة عدم دستورية، فيحكم بعدم دستورية التشريع ويمتنع عن تطبيقه متى ثبت له تعارضه مع الدستور¹⁰⁶. وينعقد الاختصاص للمحكمة للفصل في المسائل الدستورية من خلال ثلاث طرق¹⁰⁷:

1- **الدفع بعدم الدستورية:** بموجب هذا الأسلوب تنظر المحكمة في المسائل الدستورية بناءً على دفع يتقدم به أحد الأطراف في نزاع قائم بالفعل، وخصوصاً مباشرة بين الأطراف المتنازعة تؤكد حقوقاً قانونية قيّمة لأحد الأطراف، فليس للمحكمة إعمال الرقابة الدستورية من تلقاء نفسها، بل يجب أن يطعن أحد أطراف النزاع في عدم دستورية التشريع المراد تطبيقه في النزاع، وحينها تمارس سلطتها في الرقابة الدستورية¹⁰⁸، فإذا انتهت في فحصها للتشريع إلى وجود تعارض بينه وبين

¹⁰⁶ K. L. Hall, **Judicial Review and Judicial Power in the Supreme Court**, New York: Routledge, (2001) <https://doi.org/10.4324/9781315053561> (accessed on 27 Jan. 2020)

¹⁰⁷ N. Jayapalan, *Modern Governments*, APAD (1999), p66.

¹⁰⁸ Ibid

الدستور؛ أهملت حكمه وامتنعت عن تطبيقه وفصلت في الدعوى بناء على النص الدستوري بما فيه مصلحة¹⁰⁹.

2-الأمر القضائي بالمنع: يجوز لأي فرد بموجب هذا الأسلوب أن يلجأ إلى المحكمة المختصة بطلب إيقاف تنفيذ أي قانون بسبب عدم دستوريته إذا كان من شأن تنفيذه أن يلحق ضرراً به، فإن ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري أصدرت أمراً قضائياً إلى الموظف المختص بالامتناع عن تنفيذ ذلك القانون، وفي هذه الحالة يكون على الموظف أن ينفذ الأمر الصادر إليه من المحكمة بعدم تنفيذ القانون، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة احتقار المحكمة¹¹⁰. ونظراً لما أسفر عنه استعمال هذا الأسلوب من تعطيل لتنفيذ القوانين، وجد الكونغرس ضرورة إحاطة هذا الأسلوب بعدد من الضمانات فأصدر قانوناً يجعل اختصاص إصدار الأوامر القضائية لمحكمة اتحادية خاصة تشكل من ثلاثة قضاة في عام 1910، كما نص على جواز الطعن في أحكام هذه المحكمة أمام المحكمة الاتحادية العليا بشكل مباشر، فلم يعد من اختصاص القاضي الفرد إصدار مثل هذه الأوامر في مجال الرقابة الدستورية¹¹¹.

وتنقسم أوامر المنع إلى أوامر مؤقتة تصدرها المحكمة خلال نظرها لدعوى مرفوعة أمامها، وأوامر دائمة تصدرها المحكمة بناء على دعوى مباشرة ترفع أمامها، وتعتبر أوامر المنع بنوعيتها من الضمانات الهامة لحقوق الأفراد في جميع المجالات، لأنها تمكّنهم من تجنب تشريعات تخالف الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور¹¹².

¹⁰⁹ سعد عصفور، المرجع السابق، ص63.

¹¹⁰ نعمان الخطيب، المرجع السابق، ص576.

¹¹¹ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص263.

¹¹² نعمان الخطيب، المرجع السابق، ص576.

3-الحكم التقريري، يفترض هذا الأسلوب في مجال الرقابة الدستورية أن يلجأ الفرد للمحكمة لطلب إصدار حكم يقرر ما إذا كان قانون يراد تطبيقه عليه دستورياً أو غير دستوري، وعندئذ يكون على الموظف المختص أن ينتظر ويتريث في التنفيذ إلى أن يصدر الحكم التقريري ليحدد موقفه تبعاً له، فإذا ثبتت دستورية القانون قضى بتطبيقه، وإذا قضى بعدم دستوريته امتنع عن تطبيقه، والحكم الصادر بموجب هذا الأسلوب لا يكون له حجة مطلقة وإنما حجة نسبية، فلا يحتج به إلا لمن صدر لصالحه وفي الحالة المطلوب فيها إصدارها¹¹³، وقد كانت المحاكم الأمريكية ترفض هذا الأسلوب في البداية تأسيساً على أنها لا تتظر في المسائل النظرية المجردة ورفضت إعماله لعدم وجود نزاع قائم أمامها، لكنها عادت إلى إعماله بعد صدور القانون 1934 والذي خول المحاكم العادية اختصاص إصدار الأحكام التقريرية¹¹⁴. ويحبذ الفقه الأمريكي هذا الأسلوب لكونه أكثر تماشياً مع الحكمة من تخويل المحاكم اختصاص الدستورية، وهي تمكين المحاكم من إعلان رأيها في دستورية التشريع من عدمه. وهذا الأسلوب يحقق هذا الغرض دون الحاجة لخلق منازعات، قد تكون صورية في بعض الأحيان للتوصل إلى رأي المحاكم في هذا الشأن¹¹⁵.

ضوابط ممارسة رقابة الامتناع في القضاء الأمريكي

حوط القضاء الأمريكي رقابة الامتناع بمجموعة من الضوابط التنظيمية التي تضمن فعالية هذا النوع من الرقابة، وفيما يلي نورد أهم الضوابط التي يتقيد بها القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية أثناء مباشرته رقابة الامتناع:

¹¹³ سعد عصفور، المرجع السابق، ص66.

¹¹⁴ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص264.

¹¹⁵ سعد عصفور، المرجع السابق، ص66.

- **القرينة الدستورية**، لعل أهم ضابط لممارسة هذه الرقابة يكمن في قرينة الدستورية، التي توجب على القاضي أن يعتبر كل قانون متفق مع الدستور ابتداءً، وأن التشريع قد صدر موافقاً للدستور، وأن المشرعين لا يبنون انتهاك الدستور، ويترتب على هذه القرينة نتائج غاية في الأهمية، فمن ناحية أولى؛ يكون بموجب هذه القرينة عبء الإثبات على عاتق الطرف الذي يثير الدفع بعدم الدستورية، ومن ناحية ثانية، إذا كان بإمكان المحكمة تفسير القانون المتنازع بطريقة تجعله متفقاً مع الدستور، وجب عليها أن تأخذ بهذا التفسير، حتى ولو كان هنالك تفسير آخر يجعل القانون غير دستوري، فالتفسير الذي يجعل القانون متفقاً مع الدستور مقدّم على التفسير الذي يجعله متعارضاً مع الدستور، ومن ناحية أخيرة، يجب على المحكمة ألا تخوض في دوافع أو حكمة المشرعين، كما لا يكون لها أن تعتبر قانوناً ما غير صحيح لمجرد أنه يعتبر غير حكيم أو غير ديمقراطي، بل تكون محكومة بالنصوص دون الدوافع والمبادئ الفضفاضة¹¹⁶.

- **اقتصار رقابة الامتناع على حدود الاختصاص**، جميع المحاكم الأمريكية تمارس الرقابة الدستورية في حدود اختصاصها، فالمحاكم الاتحادية تراقب دستورية القوانين التي تسنها الولايات سواء أكانت قوانين عادية أم قوانين أساسية (دساتير)، كما تراقب دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية للاتحاد (الكونغرس)، وذلك كله بموجب الدستور الاتحادي¹¹⁷.

وبالنسبة لمحاكم الولايات، فإنها لا تباشر الرقابة الدستورية بالنسبة للقوانين الصادرة عن الكونغرس، وإنما اختصاصها بالرقابة الدستورية مقتصر على القوانين التي تسنها السلطات التشريعية للولايات

¹¹⁶ "Judicial Review." West's Encyclopedia of American Law. <https://www.encyclopedia.com>. (accessed on 11 Jan. 2020)

¹¹⁷ إسماعيل البدوي، المرجع السابق، 179.

في حدود أوسع من حدود رقابة المحاكم الاتحادية، فمحاكم الولايات تراقب القوانين التي تسنها السلطات التشريعية لهذه الولايات¹¹⁸.

- سلطة القاضي تقف عند حد الامتناع عن تطبيق النص لا إلغائه، فإن تبين للمحكمة وجود تعارض بين القانون والدستور فإنها تمتنع عن تنفيذ النص في الواقعة التي أمامها، ويترتب على ذلك نسبية أثر الامتناع على الأطراف، حيث يبقى القانون نافذاً وسارياً، وتتوقف سلطتها عند الامتناع عن تطبيق النص دون إلغائه، غير أن هذا الامتناع به إلزام للمحاكم الأخرى يجعل القانون مُلغى حكماً¹¹⁹.

وبذلك يمكن القول بأن خصائص الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في أمريكا لها معالم ظاهرة، فهي رقابة لامركزية إذ تمارسها محاكم الموضوع، حيث لا وجود لقضاء دستوري مستقل. كما أنها رقابة محكومة بالواقع، فسلطة المحكمة فيها ليست مجردة، وإنما هي سلطة مناطها النزاع الواقعي، بحيث يكون الفصل في المسألة الدستورية مؤثراً فيها، فتقضي المحكمة في المسألة الدستورية بغاية الفصل في النزاع الموضوعي القائم ابتداءً، فهي رقابة لا تثار إلا بوجود واقعة قائمة بالفعل، فالمحكمة لا تستطيع تفعيل سلطتها في المراجعة القضائية من تلقاء نفسها، بل يجب أن يتقدم أحد أطراف النزاع بطلب للحكم بعدم دستورية التشريع المراد تطبيقه في النزاع أو الواقعة، وحينها إذا ارتأت المحكمة جدية هذا الدفع ووجدت انتهاكاً فعلياً للدستور، فإنها تمارس سلطتها في الحكم ببطلانه، أو حتى بإلغائه¹²⁰. وإذا علمنا ذلك تنبهننا إلى أنها رقابة لاحقة على نفاذ التشريع، فلا يمكن ممارستها ما لم تكن بصدد تشريع يراد تطبيقه في نزاع معين ويحتمل عدم الدستورية، إذ لا

¹¹⁸ سعد عصفور، المرجع السابق، ص60.

¹¹⁹ N. Jayapalan, Op, cite, p67.

¹²⁰ "Judicial Review" West's Encyclopedia of American Law, Op cit.

يجوز للمحاكم أعمال الرقابة الدستورية إلا بعد سريان القانون، واستثناءً من ذلك، يجوز للمحكمة أن تقدم آراءً استشارية بناءً على طلب المشرع حول نشر القوانين، أو بناءً على طلب الأفراد إذا ما شعروا أن المشرع يحاول إصدار قوانين تخالف الحقوق والحريات الدستورية¹²¹.

وبذلك نخلص إلى أن القضاء الأمريكي واجه حالة الفراغ الدستوري من الرقابة الدستورية باجتهادٍ قضائي أصل فيه القاضي مارشال سلطة المحاكم في مباشرة الرقابة الدستورية بطريق الامتناع، ولقد استغنى النظام الأمريكي برقابة الامتناع عن القضاء الدستوري المستقل، فجعلها عمود الرقابة الدستورية فيه، وليس مجرد حلٍ مرحليّ، وهذا هو الوضع المستقر في الولايات المتحدة الأمريكية حتى يومنا هذا.

¹²¹ عصام علي الدبس، المرجع السابق، ص204.

المبحث الثاني

رقابة الامتناع في ظل وجود نصوص مفعلة في مصر

واجه النظام القانوني المصري حالة من الفراغ الدستوري بشأن الرقابة الدستورية امتدت منذ عام 1923 وحتى صدور القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969، فلم يكن قبل في الدساتير التي خلت¹²² - عام 1923، عام 1930، عام 1956، عام 1958، عام 1964 - أي نص يمنح القضاء سلطة الرقابة الدستورية، وإزاء سكوت المشرع التأسيسي؛ ثار جدل الفقه حول سلطة القضاء في ممارسة الرقابة الدستورية بطريق الامتناع آنذاك، وقد استقر ذلك الجدل على منح المحاكم العادية تلك السلطة، خصوصاً بعد صدور حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري عام 1948 حيث أكد هذا الحكم سلطة القضاء في الرقابة على دستورية القوانين في حالة غياب النص الذي يمنح المحاكم تلك السلطة، أي في حالة الفراغ الدستوري، ففضى بصحة الدفع بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم 148 لسنة 1944 الخاص بإلغاء الترقيات والمعاشات الاستثنائية لعدم توافر الشروط المحددة في المادة 41 من الدستور المصري عام 1923¹²³. وبقي الأمر على ذلك حتى عام 1969 حيث صدر قرار بقانون رقم 81 لسنة 1969 بإنشاء المحكمة العليا، فنص على أن تختص هذه المحكمة دون غيرها برقابة دستورية القوانين، ثم بعد ذلك صدر دستور عام 1971 ونص صراحة على اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على دستورية القوانين¹²⁴.

¹²² لغايات البحث اقتصرنا الإشارة للدساتير المصرية ما بعد استقلال مصر. للاستزادة حول الدساتير التي شهدتها مصر قبل استقلالها انظر: مصطفى أبوزيد فهمي، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 47 وما بعدها.

¹²³ حكم مجلس الدولة المصري الصادر بتاريخ 10 فبراير عام 1948، نقلاً عن سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، 388-389.

¹²⁴ علي رشيد أبو حجيبة، رقابة دستورية القوانين وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 1988، ص 67-69.

وَنَوْدُ لَفْتِ الْإِتْبَاهِ فِي هَذَا الصَّدَدِ إِلَى أَنْ دَسْتُورَ 1956 وَإِنْ لَمْ يَتَضَمَّنْ نَصًّا خَاصًّا بِإِنْشَاءِ مَحْكَمَةِ دَسْتُورِيَّةٍ لِلْفَصْلِ فِي الْمَنَازَعَاتِ الدَسْتُورِيَّةِ، إِلَّا أَنْ مَشْرُوعَ دَسْتُورِ اللَّجْنَةِ الْخَمْسِيْنِيَّةِ الَّذِي سَبَقَهُ عَامَ 1953 كَانَ قَدْ قَرَّرَ إِتْبَاءَ مَحْكَمَةِ عَلِيَا، فَأَفْرَدَ الْبَابَ الثَّامِنَ بِعَنْوَانِ الْمَحْكَمَةِ الْعَلِيَا الدَسْتُورِيَّةِ، وَعَالَجَ أَحْكَامَهَا وَإِخْتِصَاصَاتَهَا مِنْ الْمَوَادِّ 187 إِلَى 193، إِلَى جَانِبِ عَدَدٍ مِنْ الْمَوَادِّ الْمَتَفَرِّقَةِ الْآخَرَى، وَفِي هَذِهِ الْمَوَادِّ، نَصَّتِ الْمَادَّةُ 191 عَلَى أَنْ تَخْتَصَّ الْمَحْكَمَةُ وَحْدَهَا بِالْفَصْلِ فِي الْمَنَازَعَاتِ الْخَاصَّةِ بِدَسْتُورِيَّةِ الْقَوَانِيْنِ وَالْمَرَاسِيْمِ الَّتِي لَهَا قُوَّةُ الْقَانُونِ¹²⁵.

وَالْحَقِيْقَةُ أَنَّ هَذِهِ النَّصُوصَ قَدْ شَمَلَتْ تَفَاصِيْلَ كَثِيْرَةٍ فِي إِخْتِصَاصَاتِ الْمَحْكَمَةِ وَالَّتِي كَانَ مِنْ أَبْرَزِهَا مَحَاكِمَةُ رَئِيْسِ الْجُمْهُورِيَّةِ، وَمَحَاكِمَةُ الْوُزَرَاءِ¹²⁶، وَيَقُولُ الدَكْتُورُ مَصْطَفَى أَبُوَزَيْدٍ فَهْمِي بِأَنَّ هَذِهِ الْمَحْكَمَةَ بِتَشْكِيلِهَا وَإِخْتِصَاصَاتِهَا هِيَ مِنْ أَوَّلِ الْأَنْظُمَةِ الْجَدِيْدَةِ الَّتِي جَاءَ بِهَا مَشْرُوعُ الدَسْتُورِ، بِيَدِ أَنْ مَشْرُوعَ الدَسْتُورِ هَذَا لَمْ يُعَدَّرْ لَهُ أَنْ يَرَى النُّورَ، فَظَلَّتِ الدَسَاتِيْرُ خَالِيَةً مِنْ أَيِّ تَنْظِيْمٍ لِلرَّقَابَةِ الدَسْتُورِيَّةِ حَتَّى صَدُورِ دَسْتُورِ 1971.

بِذَلِكَ، يُمْكِنُ الْقَوْلُ إِنَّ النِّظَامَ الْمَصْرِيَّ قَدْ مَرَّ بِثَلَاثَةِ مَرَاكِلَ فِيْمَا يَتَعَلَّقُ بِمَسْأَلَةِ الرَّقَابَةِ الدَسْتُورِيَّةِ، فَالْمَرْحَلَةُ الْأَوَّلَى هِيَ الْمَرْحَلَةُ السَّابِقَةُ عَلَى إِتْبَاءِ الْمَحْكَمَةِ الْعَلِيَا وَمَنْحِهَا إِخْتِصَاصَ الْفَصْلِ فِي الْمَسَائِلِ الدَسْتُورِيَّةِ، وَهِيَ مَرْحَلَةُ الْفَرَاغِ الدَسْتُورِيِّ الَّتِي عَالَجَهَا الْقَضَاءُ الْمَصْرِيَّ بِرَّقَابَةِ الْإِمْتِنَاعِ، أَمَّا الْمَرْحَلَةُ الثَّانِيَّةُ فَهِيَ الْمَرْحَلَةُ الَّتِي أُنْشِئَتْ فِيهَا الْمَحْكَمَةُ الْعَلِيَا بِمَوْجِبِ قَرَارِ بَقَانُونِ إِتْبَاءِ الْمَحْكَمَةِ الْعَلِيَا رَقْمَ 81 لِسَنَةِ 1969، وَأَخِيْرًا، فَالْمَرْحَلَةُ الثَّلَاثَةُ هِيَ الْمَرْحَلَةُ الَّتِي صَدَرَ فِيهَا دَسْتُورُ 1971 وَنَصَّ عَلَى أَنْ تَتَوَلَّى هَيْئَةُ قَضَائِيَّةٍ مَهْمَةٌ الرَّقَابَةِ الدَسْتُورِيَّةِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَبِينِ فِي الْقَانُونِ، وَلَمْ

¹²⁵ عبد الفتاح ساير داير، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة سيد عبد الله وهبة، مصر، 1970، ص 614-617.

¹²⁶ مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري المصري، المرجع السابق، ص 141، 153.

يصدر قانون المحكمة الدستورية حتى عام 1979¹²⁷. وما يهمننا في هذا المبحث هو أن نعرض للرقابة الدستورية في المرحلتين الثانية والثالثة، أي في المراحل التي أنيطت فيها مهمة الرقابة الدستورية لجهات قضائية محددة بموجب نصوص تشريعية، لنرى موقع رقابة الامتناع في المرحلتين، فهل إناطة مهمة الرقابة على دستورية التشريعات لجهة قضائية بعينها قد منع الجهات القضائية الأخرى أن تتظر في المسائل الدستورية؟ أم أن المحاكم العادية بالرغم من وجود جهة مختصة تباشر الرقابة المتخصصة؛ ظلت تراقب التشريعات بطريق الامتناع؟

للإجابة عن ذلك، نبين في المطلب الأول الرقابة الدستورية في مصر بعد صدور قرار بقانون إنشاء المحكمة العليا، ثم في المطلب الثاني، نعالج الرقابة الدستورية في مصر بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا.

المطلب الأول

الرقابة الدستورية في مصر بعد إنشاء المحكمة العليا

على إثر الفراغ الدستوري الذي ساد ردحًا من الزمان في مصر؛ صدر قرار رئيس الجمهورية بقانون خول فيه اختصاص الرقابة الدستورية للمحكمة العليا، وتعتبر المحكمة العليا أول جهة اختصت بالرقابة الدستورية في مصر اختصاصًا مستندًا لنص، وقد سبق هذا الإسناد جدل كبير في الفقه والقضاء ومطالبات ودراسات وتوصيات بضرورة تنظيم مسألة الرقابة على دستورية القوانين، حتى 31 أغسطس 1969، حيث صدر قرار بقانون رقم 81 لسنة 1969 بإنشاء المحكمة العليا وأسند

¹²⁷ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص 771، 802-803.

لها مهمة الرقابة على دستورية القوانين بوصفها الهيئة القضائية العليا¹²⁸، وقد باشرت المحكمة العليا اختصاصاتها عام 1970¹²⁹، أي بعد أقل من عام على صدور قانون إنشائها، فلم تنشأ حالة من الفراغ الواقعي، ومن ثم لا محلّ لبث موقف محاكم الموضوع ما بين فترة صدور القانون وتفعيله، وفيما يلي نعرض لانفراد المحكمة العليا بمهمة الرقابة الدستورية أولاً، ثم نبين موقف المحاكم العادية بعد إنشائها ثانياً.

أولاً/ انفراد المحكمة العليا بمهمة الرقابة الدستورية

نصت المادة الرابعة من هذا القانون على أن "تختص المحكمة العليا بما يأتي: (1) الفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم. وتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع. فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن..."

يظهر من هذا النص أنه جعل اختصاص الفصل في المنازعات الدستورية للمحكمة وحدها دون غيرها، وقد ذهب الفقه إلى أن المشرع المصري قد قصر سلطة الفصل في الدفع بعدم الدستورية على المحكمة العليا دون غيرها من المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها لكون ذلك أكثر تحقيقاً للانسجام في روح الصرح التشريعي من تباين أحكام القضاء في المسائل الواحدة، فبعد أن كانت المحاكم باختلاف درجاتها تمارس رقابة الامتناع، باتت رقابتها بعد إنشاء المحكمة العليا مقتصرة على الرقابة على جدية الدفع بعدم الدستورية¹³⁰. وقد كانت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون

¹²⁸ الجريدة الرسمية- العدد 35 مكرر الصادر في 31 أغسطس سنة 1969 :shorturl.at/ckLRY

¹²⁹ تجدر الإشارة إلى أن المادة 4 من القانون نصت على أن "تبدأ المحكمة العليا عملها في أول نوفمبر سنة 1969".

¹³⁰ علي رشيد أبو حجيبة، المرجع السابق، ص 72

صريحة في ذكر مسوّغ انفراد المحكمة العليا باختصاص الفصل في المسائل الدستورية، فعللت ذلك بأنه أجدى من أن يُترك أمر البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف أنواعها ودرجاتها كما كان الحال عليه في الفترة السابقة لصدور القانون، لكيلا تتباين الآراء في مسألة غاية في الأهمية¹³¹.

بهذا، اتجه النظام المصري في تلك المرحلة نحو الأخذ بالرقابة المركزية بعد أن كان القضاء يباشر رقابة الامتناع اللامركزية في المرحلة السابقة على إنشاء المحكمة العليا، وعلى هذا النحو يمكن القول بأن المشرع قد قصد بإنشاء هذه المحكمة؛ العدول عن النظام اللامركزي للرقابة وتجريد المحاكم من اختصاصها برقابة دستورية القوانين، وتجريدها كذلك من سلطاتها في الامتناع عن تطبيق القانون الذي يثبت لها عدم دستوريته¹³².

هذا ما أكدته المحكمة العليا عام 1971 بقولها " ومن حيث إنه يبين من استقصاء تاريخ رقابة دستورية القوانين في مصر أنه رغم خلو الدستور والقوانين من أي نص يخول المحاكم سلطة رقابة دستورية القوانين فإنها قد أقرت حق القضاء في التصدي لبحث دستورية القوانين إذا دفع أمامها بعدم دستورية قانون أو أي تشريع فرعي أدنى مرتبة يطلب أحد الخصوم تطبيقه في الدعوى المطروحة عليها، واستندت في تقرير اختصاصها هذا إلى أنه يعتبر من صميم وظيفتها القضائية القائمة على تطبيق القانون فيما يعرض عليها من منازعات فإذا تعارض القانون المطلوب تطبيقه في الدعوى مع الدستور، وجب عليها أن تطبق حكمه وتغفل حكم القانون. وذلك إعمالاً لمبدأ سيادة

¹³¹ تنص المذكرة الإيضاحية على أن " لا يترك البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائي وحتى لا تتباين وجوه الرأي فيه". وبذلك حسم المشرع الخلاف المترتب على تعدد جهات القضاء التي كانت تنظر على الشروع بينها موضوع دستورية القوانين على الوجه المتقدم ذكره، وكفل وحدة النظام القانوني واستقراره، وسد ثغرة عميقة في نظامنا القضائي والقانوني.

¹³² إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص798.

الدستور وسموه على التشريعات الأخرى وقصرت ولايتها في هذا الصدد على الامتناع من تطبيق القانون المخالف للدستور، ولم يكن قضاؤها في موضوع دستورية القوانين ملزمًا لها ولا لغيرها من المحاكم، فكان لها أن تتقضى في الغد ما تبرمه اليوم، وكان القانون يعتبر في آن واحد دستوريًا تطبقه بعض المحاكم وغير دستوري تمتع من تطبيقه محاكم أخرى. ونظرًا لما يترتب على اختلاف وجهات النظر بين المحاكم في هذا الموضوع الخطير من اضطراب وعدم استقرار في المعاملات والحقوق والمراكز القانونية فقد أنشأ المشرع المحكمة العليا بالقانون رقم 81 لسنة 1969، وخولها دون سواها ولاية الفصل في دستورية القوانين (الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون المذكور) كما أوجب نشر الأحكام الصادرة من المحكمة العليا في الجريدة الرسمية وقضى بأن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء¹³³. وبهذا يتأكد لنا أن القضاء الدستوري في مصر قد أخذ بالنظام المركزي في تلك المرحلة وعدل عن النظام اللامركزي استجابة للقرار بقانون، حيث قصر الاختصاص على جهة محددة ممثلة بالمحكمة العليا، وحظر على ما عداها من المحاكم أن تمارس هذا الاختصاص.

أما عن أحكام المحكمة العليا بشأن الفصل في المسائل الدستورية سواءً أكان الحكم بدستورية النص أو عدم دستوريته؛ فتمتع أحكام المحكمة العليا بالحجية المطلقة وفق المادة 31 من القانون رقم 66 لسنة 1970 الخاص بالإجراءات والرسوم أمام هذه المحكمة، ومن الجدير بالبيان أن إثارة المسألة الدستورية أمام المحكمة العليا لا يكون إلا بأسلوب الدفع الفرعي فلم يورد القانون طريقًا آخر للدعوى الدستورية، وبالتالي فهذه الأحكام لا يترتب عليها بأي حال إلغاء التشريع الذي قضى بعدم الدستورية، غير أن ما يترتب على هذا الحكم من إلزام يجعل التشريع في حكم التشريع الملغى،

¹³³ حكم المحكمة العليا في الطعن رقم 4 لسنة 1 قضائية، تاريخ الجلسة 3 يوليو 1971، شبكة قوانين الشرق.

بالرغم من أن التشريع من الناحية النظرية يبقى ساري المفعول والنفوذ إلى حين إلغائه أو تعديله بما يتفق مع أحكام الدستور من قبل السلطة التشريعية¹³⁴، ومعنى ذلك أن أحكام المحكمة في هذا المجال منشئة وليست كاشفة، إذ ليس لها أثر رجعي، على أن المشرع استثنى الحكم بعدم دستورية النصوص الجنائية، حيث يسري أثر هذا الحكم بأثر رجعي، وتعتبر الإدانة المستندة لنص حكم بعدم دستوريته كأن لم تكن¹³⁵.

علاوة على ذلك، فإن هذه الأحكام هي أحكام نهائية غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن¹³⁶. ومن ثم فهي ملزمة لبقية المحاكم، وفي ذلك قضت محكمة النقض في أحد الطعون التي نعى فيها الطاعن مخالفة الحكم المطعون فيه القانون حين أعمل نص المادة 117 من القانون رقم 116 لسنة 1967 رغم أن المحكمة العليا حكمت بعدم دستوريته في القضية رقم 3 لسنة 4 قضائية دستورية، فانتهت المحكمة إلى صحة هذا الدفع، وقضت بأنه " لما كان ذلك وكانت المحكمة العليا قد أصدرت حكماً¹³⁷ يقضي بعدم دستورية المادة 117 من القانون رقم 116 لسنة 1964 وهو حكم ملزم لكافة المحاكم. فإنه يتعين إلغاء الحكم المستأنف وإحالة القضية إلى محكمة القاهرة الابتدائية¹³⁸".

بهذا؛ نجد أن النظام المصري في تلك المرحلة تبنى رقابة الإلغاء المركزية، وقرر الدفع الفرعي كأسلوب لانعقاد اختصاص المحكمة، فإذا ما دُفع بعدم دستورية نص أمام محاكم الموضوع وقدرت هذه الأخيرة جدية الدفع؛ حدّدت ميعاداً لرفع الدعوى أمام المحكمة العليا لكي تفصل هذه الأخيرة

¹³⁴ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، 800-802.

¹³⁵ سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص 565.

¹³⁶ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، 802.

¹³⁷ حكم محكمة النقض في القضية رقم 3 لسنة 4 قضائية دستورية، بتاريخ 19 أبريل 1974، شبكة قوانين الشرق.

¹³⁸ حكم محكمة النقض-مدني- في الطعن رقم 731 لسنة 44 قضائية، بتاريخ الجلسة، شبكة قوانين الشرق.

في الدفع، فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر كأن لم يكن، وإذا فصلت في المسألة الدستورية وقضت بدستورية أو عدم دستورية التشريع؛ فإن حكمها لا يترتب عليه الإلغاء، وإنما الامتناع عن تطبيقه، غير أن هذا الامتناع ملزم للكافة على نحو يجعل التشريع ملغى حكماً، حيث تكون للحكم حجية مطلقة في مواجهة الكافة، فالحكم بالامتناع عن تطبيق النص وفقاً للرقابة المركزية وإن كان لا يؤدي إلى إلغاء القانون وتجريده من قوة النفاذ، إلا أنه يشلّ أثر تطبيقه في الواقع العملي¹³⁹.

ثانياً/ موقف المحاكم العادية بعد إنشاء المحكمة العليا

يثور التساؤل حول موقف القضاء العادي إزاء تحديد اختصاص المحكمة العليا بالفصل في المنازعات الدستورية، فهل استمرت المحاكم العادية في ممارسة الرقابة الدستورية بطريق الامتناع؟ أم أن وظيفتها قد تحولت من رقابة امتناع إلى رقابة جدية الدفع؟

استمرت الفترة ما بين اختصاص المحكمة العليا وما بين تفعيل المحكمة الدستورية قرابة التسع سنوات، وخلال بحثنا في هذه الأطروحة؛ قمنا برصد بعض أحكام القضاء العادي خلال هذه الفترة الممتدة ما بين عام 1970 حتى عام 1979، وعند استقرائها تبين أن وظيفة القضاء العادي قد تحولت من رقابة امتناع إلى رقابة على جدية الدفع، فبعد أن كانت جميع المحاكم تمارس الرقابة الدستورية بطريق الامتناع؛ بات دورها مقتصرًا على الرقابة على جدية الدفع بعدم الدستورية. ليثبت لنا بذلك على وجه اليقين تحول النظام القضائي المصري في تلك المرحلة من الرقابة اللامركزية إلى الرقابة المركزية ليس على مستوى النصوص التشريعية فحسب، بل على مستوى التطبيق القضائي أيضًا¹⁴⁰.

¹³⁹ إسماعيل البدوي، المرجع السابق، 191-192.

¹⁴⁰ عبد العزيز محمد سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 263.

أكدت محكمة النقض في إحدى القضايا أن مهمة الرقابة الدستورية هي من صميم اختصاص المحكمة العليا دون غيرها، وأن محاكم الموضوع وإن كانت تملك الفصل في المسائل الدستورية بناءً على الدفوع الفرعية التي تقدّم إليها بالامتناع عن تطبيق النصوص المخالفة للدستور قبل قانون 1969 الذي أسند للمحكمة العليا مهمة الفصل في المسائل الدستورية؛ إلا أنها بعد تفعيله لم تعد مخولة بذلك، وأنه في جميع الأحوال لا تملك المحكمة أن تفصل في المسائل الدستورية من تلقاء نفسها، بل ينبغي أن يكون ذلك بناءً على دفع فرعي بعدم الدستورية.

في هذه القضية نعى الطاعن على حكم محكمة الاستئناف أنه قد طبق القرار الجمهوري رقم 1876 لسنة 1964، الذي قيد حقوق الدائنين في مقاضاة مدينهم الذين رُفعت عنهم الحراسة بالقانون 150 لسنة 1964، بالرغم من تعارض هذا القرار مع حق النقاضي المكفول بموجب الدستور، في الوقت الذي كان يجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيق القرار الجمهوري، ف جاء في قضاء حكم محكمة النقض بأن هذا " النعي مردود، ذلك أن رقابة القضاء على دستورية القوانين واللوائح فيما قبل إنشاء المحكمة العليا ما كانت إلا بدفع من صاحب الشأن تفصل فيه محكمة الموضوع قبل الفصل في الدعوى وما كان يجوز للمحكمة أن تتعرض له من تلقاء نفسها، وهذه قواعد قننها الشارع في المادة الرابعة من القانون رقم 81 لسنة 1969 بإنشاء المحكمة العليا التي اختصاصها دون غيرها بالفصل في عدم دستورية القوانين إذ يتخذ شكل دفع من صاحب الشأن أمام محكمة الموضوع، فإن هي قدرت جديته حددت لصاحبه أجلاً لرفع الأمر بشأنه للمحكمة العليا وإذا انقضى الأجل دون رفع الأمر إليها سقط الدفع. ومقتضى ذلك كله أن الدفع بعدم الدستورية ما زال غير متعلق بالنظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها. ومن ثم لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض عند مباشرة سلطتها في الطعون على الأحكام، لما كان ذلك وكان البين

من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق أن الطاعن لم يثر هذا الدفع في أي من درجتي التقاضي فإن النعي على الحكم بمخالفة القانون في هذا الخصوص يكون على غير أساس¹⁴¹ .

هذا الحكم يقودنا لاستنباط أن اختصاص تنظيم الرقابة الدستورية ينحصر للمحكمة العليا دون غيرها، فلا تشترك المحاكم الأخرى في هذا الاختصاص البتة، إضافةً إلى أن النزاع الدستوري لا يثور إلا بطريقة الدفع الفرعي، على أن الدفع الفرعي بعدم الدستورية كما اعتبرته محكمة النقض من الدفوع غير المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز إبدائه أمام محكمة النقض للمرة الأولى، بل يجب أن يتمسك المدعي به خلال كافة مراحل الدعوى. فهذا الحكم يعكس موقف القضاء العادي في الاستجابة للنص القانوني الذي قصر مسألة الرقابة على المحكمة العليا، حيث أكد أنها اختصاصٌ حقيقٌ بها دون غيرها، كما أنه يظهر ملامح الدفع بعدم الدستورية وطبيعته في ظل القانون رقم 81 لسنة 1969.

علاوةً على ذلك، تشير أحكام قضاء النقض في تلك الفترة إلى أن المحكمة عدلت عن مباشرتها رقابة الامتناع إلى مراقبة جدية الدفع، فقد نقضت محكمة النقض حكماً لمحكمة الاستئناف كانت بموجبه قد تجاهلت دفع الطاعن بعدم دستورية نص ما، فطبقت على الواقعة بدل أن تمارس دورها في الرقابة على جدية الدفع من عدمها، حيث قضت محكمة النقض بأنه " لما كان ذلك وكان الطاعنان قد دفعا أمام محكمة الاستئناف بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 99 لسنة 1963 وقضى الحكم المطعون فيه - تطبيقاً لهذه المادة - بعدم سماع الدعوى، وكان ما قرره في شأن الدفع المشار إليه أنه "لا يجدي الطاعنين ما أبدياه من القول بمخالفة نص المادة الأولى من القانون رقم 99/1963 لأحكام الدستور طالما أنهما لم يتخذا الإجراء المرسوم قانوناً بعدم دستورية

¹⁴¹ حكم محكمة النقض - مدني - في الطعن رقم 223، لسنة 39 قضائية، بتاريخ 13 مايو 1974، شبكة قوانين الشرق.

هذا النص طبقاً لقانون المحكمة العليا رقم 81 / 1969 واللائحة التنفيذية الصادرة تطبيقاً له"، وهذا الذى قرره الحكم ينبئ عن أن المحكمة لم تظن إلى أن اتصال المحكمة العليا بالدعوى الدستورية يكون بإبداء الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع ثم إقامة الدعوى الدستورية أمام المحكمة العليا خلال الأجل الذى تحدده محكمة الموضوع لهذا الغرض، وقد أدى بها هذا النظر الخاطئ إلى القضاء فى الدعوى دون أن تعمل سلطتها فى تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية، مما يعيب حكمها بمخالفة القانون. وحيث إنه لما تقدم يتعين نقض الحكم¹⁴² ."

ومن الجلي بمكان أن محكمة النقض كانت ملتزمة تمام الالتزام بكافة القيود الإجرائية التى أوردتها المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا، فقد قضت فى أحد أحكامها خلال تلك الفترة بإلغاء الحكم المستأنف وإحالة القضية إلى محكمة القاهرة الابتدائية، وذلك لكونه بنى قضائه بعدم جدية الدفع بعدم دستورية المادة 117 من القانون رقم 116 لسنة 1964 على أنه لم يطلب ميعاداً لرفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا كما لم يرفع هذه الدعوى رغم مرور فترة طويلة على الطعن بالاستئناف فقضت بأن " النص فى المادة الرابعة... يدل على أن رفع الدعوى أمام المحكمة العليا لا بد وأن يسبقه دفع بعدم الدستورية أمام المحكمة التى تنتظر النزاع وتحدد هذه المحكمة للخصوم ميعاداً لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا، أى أن الخصوم لا يستطيعون رفع الدعوى بعدم الدستورية مباشرة أمام المحكمة العليا وعليهم أن يرفعوها فى هذا الميعاد الذى تحدده لهم المحكمة التى أثير أمامها الدفع، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استدل على عدم جدية الطاعن فى دفعه بعدم دستورية المادة 117 من القانون رقم 116 لسنة 1964 من عدم رفعه الدعوى بذلك

¹⁴² حكم محكمة النقض-مدني- فى الطعن رقم 417، لسنة 45 قضائية، بتاريخ 19 ديسمبر 1978، موقع قوانين الشرق.

من تلقاء نفسه مباشرة أمام المحكمة العليا ومن عدم طلبه ميعادًا لرفعها يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يستوجب نقضه¹⁴³."

بهذا، نكون قد تحققنا من موقف القضاء العادي إزاء النص القانوني المحدد لاختصاص المحكمة العليا، حيث استجاب القضاء العادي لهذا النص والتزم به ممتثلًا لما يترتب عليه من العدول عن رقابة الامتناع إلى رقابة جدية الدفوع المقدمة بعدم الدستورية. ومع ذلك فإننا نجد حكمًا وحيثًا باشرت بموجبه محكمة النقض الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في الوقت الذي كان الاختصاص معقودًا للمحكمة العليا، حيث قضت بتاريخ 24 من مارس سنة 1975، بأن المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية مخالفة لنص المادة 44 من الدستور، واعتبرتها منسوخة بقوة الدستور، لتستبعد بذلك المادة 47 من التطبيق على الواقعة وتعمل المادة 47 من الدستور¹⁴⁴.

في هذا الحكم الوحيد؛ تبنت محكمة النقض الرقابة الدستورية المزدوجة، حيث قررت الرقابة اللامركزية بطريق الامتناع لنفسها ولمحاكم الموضوع؛ إلى جانب الرقابة المركزية المنوطة للمحكمة العليا، لتأخذ بمقتضى ذلك بازواجية الرقابة الدستورية. ورغم هذا الحكم، فإنه لا يمكن القول إن محكمة النقض قد تحوّلت عن قضائها السابق، لأن التحول القضائي في الأحكام يقتضي الاضطراد وهذا الحكم - حسب اطلاعنا - هو الحكم الوحيد الذي راقبت فيه المحكمة العليا النصوص الدستورية بطريق الامتناع في تلك المرحلة، علاوة على أن المحكمة عادت في أحكام لاحقة والتزمت بوظيفتها برقابة الجدية، محرمة على نفسها رقابة الامتناع، وبهذا يكون هذا الحكم بمنزلة الاستثناء في تلك المرحلة. وإننا لم نتمكن من الحصول على نسخة من حيثيات هذا الحكم؛ بيد أننا نقول في تعليق

¹⁴³ حكم محكمة النقض - مدني - في الطعن رقم 731، لسنة 44 قضائية، بتاريخ 29 ديسمبر 1977، موقع قوانين الشرق.
¹⁴⁴ تمت الإشارة إلى هذا الحكم في حيثيات الحكم الصادر في الطعن رقم 30342، عن محكمة النقض، لسنة 70 قضائية، بتاريخ 28 أبريل 2004، شبكة قوانين الشرق. لم نستطع الوقوف على نسخة للحكم الأصلي.

هذا الحكم وتبريره؛ لعل محكمة النقض قد استندت إلى مظنة وجود حالة فراغ قانوني في تلك الفترة، حيث أن دستور 1971 كان قد صدر وأنشأ المحكمة الدستورية بالفعل وعهد للسلطة التشريعية إنشاء القانون الذي ينظمها، وقد تراخى صدور ذلك القانون بما ينبئ عن توافر حالة فراغ قانوني، ورغم ذلك، يبقى هذا التبرير بعيداً إلى حد كبير، لأن نص الدستور الذي أنشأ المحكمة الدستورية، كان قد عالج الفراغ القانوني بشكل استباقي حينما حوّل المحكمة العليا مهمة الفصل في المنازعات الدستورية إلى حين صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا وتفعيله، وسوف نبين تفاصيل ذلك في المطلب الآتي.

خلاصة القول إن موقف القضاء العادي كان متماهياً مع قانون 1969، حيث امتثل لما جاء به في معظم أحكامه التي قضى بها خلال السنين التسعة التي استمرت فيها المحكمة العليا، والتزم وظيفة الرقابة على جدية الدفع دون أن يباشر رقابة الامتناع.

المطلب الثاني

الرقابة الدستورية في مصر بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا

لم تنتهِ ولاية المحكمة العليا على الفصل في المسائل الدستورية بعد صدور إنشاء المحكمة الدستورية العليا مباشرة، فقد جعلها المشرع الدستوري الجهة المسؤولة عن الرقابة على المسائل الدستورية في الفترة ما بين نشوء المحكمة الدستورية وتفعيلها، ومن خلال هذا المطلب، نسعى لبيان موقف المحاكم المصرية بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا، فنبين موقف المحكمة العليا من النص الدستوري أولاً، ثم نبين موقف المحاكم العادية من النص الدستوري ثانياً.

أولاً/ موقف المحكمة العليا بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا

استمرت المحكمة العليا بانفراد اختصاصها في الرقابة الدستورية استناداً للقرار بقانون حتى عام 1971، حيث صدر دستور جمهورية مصر العربية في 11 سبتمبر عام 1971 جاعلاً مبدأ الرقابة على دستورية القوانين مبدأ دستورياً بعد أن كان مبدأ قانونياً، فأفرد الفصل الخامس من الباب الخامس من الدستور للمحكمة الدستورية العليا مؤكداً على أنها هيئة قضائية مستقلة، وأنها المختصة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، محيلاً تنظيم اختصاصاتها الأخرى والإجراءات التي تتبع أمامها للقانون الذي يصدر بإنشائها. ولئن كانت مصر قد عرفت القضاء الدستوري المتخصص بمقتضى قرار بالقانون رقم 81 لسنة 1969 تحت اسم المحكمة العليا، إلا أن وجود هذا القضاء من عدمه كان معلّماً على إرادة المشرع، وهذا لا يلغي أن المشرع قد أحسن بخطوته في إنشاء المحكمة العليا لمعالجة مشكل الفراغ الدستوري مرحلياً، إذ هو بذلك تدارك عواقب أشد أثراً في الواقع العملي، ولكن الذي يميّز القضاء المتخصص في ظل دستور 1971 أنه كان قد استند إلى نص دستوري جامد لا تستطيع السلطة التشريعية المساس به بذات الإجراءات التي تتبعها في إصدار أو تعديل القوانين العادية، فهذا النص الدستوري قد وفر ضمانات أكبر.

بيد أن صدور قانون المحكمة الدستورية قد تأخر وتراخى فترة من الزمان¹⁴⁵ فكادت أن تنشأ حالة من الفراغ القانوني من الرقابة الدستورية بسبب عدم صدور القانون إلا بعد ما يقارب السبع سنوات، لولا أن الدستور قد استدرج ذلك؛ وهنا ظهرت نباهة المشرع المصري وفطنته وبُعد نظره وحسن قراءته للفجوات القانونية التي تترك اضطراباً في الواقع، حيث استحضر في صياغته للنص الدستوري المنشئ للرقابة الدستورية؛ إمكانية نشوب حالة من الفراغ القانوني التي يترتب عليها

¹⁴⁵ يوسف الهاشمي، رقابة دستورية القوانين واللوائح وتطبيقها في مملكة البحرين والدول العربية والأجنبية: (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2015م، ص310.

بشكل ممتد فراغ واقعي من تنظيم للرقابة الدستورية في الفترة ما بين إنشاء المحكمة الدستورية وما بين تفعيلها، كما استحضر احتمالية مساءلة اختصاص المحكمة العليا بعد صدور النص؛ فبادر إلى تقادي ذلك الاضطراب، ومعالجة حالة الفراغ القانوني بشكل استباقي بموجب المادة 192 من الدستور والتي نصت على أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها إلى حين إنشاء المحكمة الدستورية العليا، فسدّ بذلك منافذ وجود حالة فراغ قانوني.

وبالفعل باشرت المحكمة العليا الرقابة الدستورية في تلك الفترة حتى صدور قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979¹⁴⁶. حيث قضت في حكم لها آنذاك بتقرير اختصاصها وتأكيده، وذلك بقولها " رأى الشارع الدستوري إقرار هذا النظام التشريعي لرقابة دستورية القوانين وإسناد الرقابة الدستورية إلى جهة قضائية عليا تتولى الفصل فيها دون غيرها فنص في دستور سنة 1971 - على إنشاء محكمة دستورية عليا كهيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها وناط بها دون غيرها سلطة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ونص على أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها - ومنها اختصاصها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين - وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا " المواد 174 و 175 و 192 من الدستور، وبناء على ما تقدم تكون المحكمة العليا حالياً ومن يعدها المحكمة الدستورية العليا عند إنشائها هي الجهة القضائية المختصة دون غيرها بالفصل فيما يثار أمام الجهات القضائية من دفوع بعدم دستورية القوانين ويكون ممتنعاً على المحاكم الأخرى التصدي للفصل في هذه الدفوع الدستورية ولو كان ذلك بطريق الامتناع عن تطبيق القوانين المطعون عليها دستورياً لأن هذا الامتناع يتضمن في حقيقته قضاء بعدم الدستورية مما يخالف أحكام الدستور والقانون اللذين عهدا بالرقابة الدستورية

¹⁴⁶ حمزة خالد حسن أبو غزلة، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رسالة ماجستير، بإشراف د. عبد الرحمن العرمان، جامعة جرش، 2017، ص71.

على القوانين للمحكمة العليا وقصر عليها هذا الاختصاص لتتولى سلطة الفصل فيه دون غيرها¹⁴⁷. " لتثبت المحكمة العليا بمقتضى هذا الحكم اختصاصها دون غيرها بالرقابة الدستورية في الفترة الممتدة ما بين صدور النص الدستوري المنشئ للمحكمة الدستورية، وبين صدور القانون المنظم لتشكيلها واختصاصاتها.

ظلت المحكمة العليا هي صاحبة الاختصاص حتى تاريخ 6 سبتمبر عام 1979 حين نشر القانون رقم 48 لسنة 1979 بشأن المحكمة الدستورية العليا، فبين تشكيل هذه الأخيرة وحالات الرقابة على دستورية القوانين، وبين حالات انعقاد اختصاصاتها المتمثلة بالتصدي من قبل المحكمة الدستورية ذاتها، والدفع الفرعي بعدم الدستورية من أحد الخصوم، والإحالة المباشرة من قبل محاكم الموضوع¹⁴⁸. كما نص في مادته الثانية على أن تحال جميع الدعاوى والطلبات القائمة أمام المحكمة العليا إلى المحكمة الدستورية العليا، وكذلك طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم القائمة أمام المحكمة العليا للفصل فيها طبق قانون المحكمة العليا وقانون الإجراءات والرسوم رقم 66 لسنة 1970، أما المادة التاسعة فقد نصت على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام المادة الثانية من قانون الإصدار يلغى قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 1969 وقانون الإجراءات والرسوم أمامها الصادر بالقانون رقم 66 لسنة 1970 والقانون رقم 79 لسنة 1976 ببعض الأحكام الخاصة بالمحكمة العليا..." وبذلك تكون المحكمة العليا قد ألغيت تمامًا وحلت محلها في جميع اختصاصاتها ومهامها المحكمة الدستورية العليا، وتكون المحكمة العليا قد

¹⁴⁷ حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 528، لسنة 18 قضائية، بتاريخ 16 مايو 1978، شبكة قوانين الشرق.

¹⁴⁸ حسين عثمان محمد عثمان، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 203-201.

أنهت مهمتها في تدارك حالة الفراغ الدستوري من قبل، ومهمتها في تقادي حالة الفراغ القانوني بعد صدور دستور 1971¹⁴⁹.

ثانياً/ موقف المحاكم العادية بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا

نتساءل هنا عن موقف القضاء العادي بشأن رقابة الامتتاع وسلطته في إعمالها بعد وجود النصوص الدستورية والقانونية وتفعيل المحكمة الدستورية العليا. فهل تعكس أحكام القضاء العادي تسليمًا وإذعانًا بعدم الاختصاص بالرقابة الدستورية ولو بطريق الامتتاع؟ أم أن للقضاء العادي موقفًا يثبت فيه لنفسه الاختصاص برقابة الامتتاع إلى جانب اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة الدستورية المتخصصة؟

قد يقال في الإجابة على هذا السؤال أن وجود قضاء دستوري يقتضي بدهاءً أن يقتصر اختصاص الرقابة الدستورية على هذا القضاء دون القضاء العادي، فلا يحق لأي - محكمة غير المحكمة الدستورية العليا- أن تباشر الرقابة بطريق الامتتاع، وإنما يجب عليها أن تحيل النزاع الدستوري للقضاء الدستوري إذا تراءى لها ذلك إعمالاً لنص المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا، وقد بدا أن هذا السؤال خارج عن نطاق الجدل، وبعيداً عن الأذهان لفترة من الزمان، لكن محكمة النقض عام 2004 كانت قد أصدرت حكماً - سنأتي على تفصيله - أكدت فيه سلطتها بالامتتاع عن تطبيق القانون الذي ترى أنه غير دستوري. وقد انتقد الفقه هذا الحكم تأسيساً على أن الدستور قد حسم أمر الاختصاص بالرقابة الدستورية للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها، ورسم القانون

¹⁴⁹ إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 803-804.

حدود ولايتها وحدود ولاية المحاكم بما لا يجوز معه الافتئات من جانب إحداها على الأخرى، وبما لا يجوز معه للقضاء العادي أن يجتهد في المسائل الدستورية¹⁵⁰.

في واقع الحال، يقودنا استقرار الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض بعد إنشاء المحكمة الدستورية للقول بأن التزام القضاء العادي بما نص عليه الدستور لم يكن التزامًا مطلقًا، وإنما هو التزام مرتهن بالنصوص والواقع، فلم يسلم القضاء العادي باقتصار اختصاص الرقابة الدستورية للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها تسليمًا كليًا أو مطلقًا، بل خلق له منافذ جزئية لممارسة اختصاص الرقابة الدستورية بطريق الامتناع. ومن خلال اطلاعنا على ما استطعنا الوصول إليه من أحكام قضاء النقض والمحكمة الإدارية العليا، نجد أن موقف القضاء العادي يختلف باختلاف الفرض المطروح، وهناك ثلاث فرضيات تحكم تعامل القضاء العادي في مصر وموقفه من تنظيم الرقابة الدستورية بعد تفعيل المحكمة الدستورية العليا، ونبيّن ذلك فيما يلي:

الفرضية الأولى/ إذا كانت المحكمة الدستورية قد فصلت في المسألة الدستورية

تعالج هذه الفرضية الحالة التي يكون فيها النص المراد تطبيقه على الواقعة قد سبق عرضه على المحكمة الدستورية- سواءً من خلال طريق الدفع الفرعي، أو الإحالة، أو التصدي- بحيث تكون المحكمة الدستورية قد قضت بدستوريته أو قضت بعدم دستوريته، فهنا تلتزم جميع المحاكم العادية بالحكم الذي انتهت إليه المحكمة الدستورية بخصوص النص المراد تطبيقه، فإذا انتهى حكم المحكمة الدستورية إلى دستورية النص، وجب على كافة المحاكم تطبيق النص متى كان هو النص الواجب التطبيق على النزاع، وإذا انتهى حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص، فإن جميع المحاكم العادية تلتزم بالامتناع عن تطبيق النص في كافة النزاعات اللاحقة للحكم بعدم دستوريته،

¹⁵⁰ عبد العزيز سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 270-272.

وهذا ما قرره محكمة النقض، حيث قضت بأنه "من المقرر أنه إذا قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي، فهذا القضاء واجب التطبيق على جميع المنازعات التي تخضع لتطبيق هذا النص القانوني ما دام الحكم بعدم الدستورية قد لحق الدعوى قبل أن يصدر فيها حكم بات، وهذا الأمر متعلق بالنظام العام ويتعين على محكمة النقض إعماله من تلقاء نفسها، كما يجوز إثارته لأول مرة أمامها وذلك باعتبارها من المحاكم التي عنتها المادة 29 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا¹⁵¹".

وبذلك فإن ما تنتهي إليه المحكمة الدستورية في الفصل في دستورية أو عدم دستورية نص ما يعتبر من مسائل النظام العام التي يجوز إثارتها في أي حالة تكون عليها الدعوى، فإذا تجاهلت إحدى المحاكم قضاء المحكمة الدستورية فطبقت نصًا حكم بعدم دستوريته، أو استبعدت تطبيق نص حكم بدستوريته، فإن للطرف المتضرر من ذلك أن يطعن على حكم تلك المحكمة في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو كان الدفع أمام محكمة النقض لأول مرة، بل إن المحاكم تستطيع إثارة الدفع من تلقاء نفسها ولو لم يُنَزَّ من قِبَل أحد الأطراف، لأن ما تنتهي إليه المحكمة الدستورية العليا له صفة إلزامية على كافة النزاعات اللاحقة للحكم، وعلى كافة المحاكم والجهات والأفراد، وهذه الصفة الإلزامية كما بيّن حكم محكمة النقض متعلقة بالنظام العام.

وبالفعل، نجد قضاء محكمة النقض قد استقر على إبطال أحكام عديدة، لحكمها بموجب نصوص كانت المحكمة الدستورية العليا قد حكمت بعدم دستوريته، حيث قضت في أحد أحكامها بأنه "لما كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت في أسباب حكمها الصادر في القضية رقم 65 لسنة 17 قضائية... بعدم دستورية نظام التحري عن القيمة الحقيقية للعقارات والمنقولات موضوع المحررات

¹⁵¹ حكم محكمة النقض-مدني-، في الطعن رقم 10167، لسنة 64 قضائية، بتاريخ 8 فبراير 2001، شبكة قوانين الشرق.

المشهرة وتحصيل رسم تكميلي عن الزيادة التي قد تظهر في هذه القيمة فمن ثم يمتنع إعمال أحكام هذا النظام على كافة الدعاوى المنظورة أمام المحاكم اعتبارًا من اليوم التالي لنشر هذا الحكم، فإذا كان ذلك وكان أمر التقدير المتظلم منه قد صدر بناء على نظام التحري المقضي بعدم دستوريته على نحو ما سلف بيانه، وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه معممًا هذا النظام فإنه يكون معيبيًا¹⁵² ."

وفي حكم آخر لها ذهبت بأنه " إذ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت... بعدم دستورية البند (ط) من المادة الأولى من القانون رقم 308 لسنة 1955 في شأن الحجز الإداري فيما أجازه للبنوك التي تساهم الحكومة في رؤوس أموالها بما يزيد على النصف في إتباع إجراءات الحجز الإداري لاستيفاء المبالغ المستحقة لها، كما قضت... بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون رقم 117 لسنة 1976 في شأن البنك الرئيسي للتنمية والائتمان الزراعي فيما تضمنه من حق البنوك التابعة له في تحصيل مستحقاتها لدى الغير بطريق الحجز الإداري عن طريق مندوبيها. ومن ثم فإن الحجز الإداري الذي أوقعه البنك المطعون ضده على الطاعنين يكون قد تجرد من سنده القانوني، بعد أن كشف حكمًا المحكمة الدستورية العليا سالفًا البيان عن بطلان النصين اللذين كانا يجيزان توقيعه. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون¹⁵³ ."

وكذلك ما انتهت إليه في أنه "إذ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت... بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة (هـ) من المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 95 لسنة 1945 الخاص بشؤون التموين - المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 380 لسنة 1956 - ومن ثم فقد أصبح

¹⁵² حكم محكمة النقض-مدني-، في الطعن رقم 7814، لسنة 65 قضائية، بتاريخ 13 يناير 2003، شبكة قوانين الشرق.
¹⁵³ حكم محكمة النقض-مدني- في الطعن رقم 5336، لسنة 74 قضائية، بتاريخ 28 يونيو 2005، شبكة قوانين الشرق.

هذا النص القانوني في تلك الخصوصية والمحكوم بعدم دستوريته لا يجوز تطبيقه اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم بالجريدة الرسمية انطباقاً للمادة 49 سالفه الذكر (المادة 49 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا) مما مؤداه زوال الرخصة القانونية لوزير التموين بموجب أحكام هذا القانون في الاستيلاء على العقارات المملوكة للأفراد¹⁵⁴.

جميع هذه القضايا-وغيرها- تشترك في وجود حكم من المحكمة الدستورية كان قد فصل في دستورية النص المراد تطبيقه في نزاع أمام محكمة الموضوع، وحكم بعدم دستوريته، ثم تجاهلت محكمة الموضوع حكم المحكمة الدستورية وطبقت النص المحكوم بعدم دستوريته على النزاع، وفي جميع هذه القضايا ألغت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع على اعتبار أنه قد خالف حكم المحكمة الدستورية باعتباره ملزماً للكافة بما يتمتع به من حجية مطلقة. وبذلك، يثبت لنا أنه في الفرضية الأولى اضطرر القضاء على الامتثال لحكم المحكمة الدستورية، فهو حكم ملزم وواجب اتباعه من قبل جميع المحاكم العادية، فإن هي خالفت قضاء المحكمة الدستورية، كانت محاكم النقض رقيباً عليها في ذلك وأبطلت حكمها.

ومع ذلك، فإننا نجد حكماً مخالفاً لهذا التوجّه، حيث التفتت المحكمة الإدارية العليا عن حكم المحكمة الدستورية حين قضى بدستورية النص المعروض أمامه ورفض الدعوى. وكان النص المشتبه بعدم دستوريته هو تعديل لنص قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته من قبل، وحين عُرض عليها بعد تعديله قضت بدستوريته رغم استبقائه على ذات المضمون. وقد رفضت المحكمة الإدارية العليا اعتبار النص دستورياً وأكدت مخالفته للدستور ممتنعاً عن تطبيقه، واستندت في عدم التزامها بحكم المحكمة الدستورية للقول بأن التعديل قد أبقى على مضمون النص المقضي

¹⁵⁴ حكم محكمة النقض - مدني - في الطعن رقم 1394، لسنة 68 قضائية، بتاريخ 26 فبراير 2011، شبكة قوانين الشرق.

بعدم دستوريته من قبل المحكمة الدستورية العليا في حكم سابق، بما يحظر على المحكمة الدستورية أن تحكم بدستوريته بالمخالفة لقضائها السابق.

وفي مبادئ هذا الحكم انتهت المحكمة الإدارية إلى أنه " إذا أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكماً بعدم دستورية نص، فأدخل المشرع استجابة لهذا الحكم تعديلاً على النص، يتضمن إلغاءه شكلاً وبقاءه مضموناً وجوهراً، وقضت المحكمة الدستورية العليا بدستورية النص المعدل، فإن قضاءها هذا يعد عدولاً منها عن سابق قضائها، وهو أمر غير جائز بل غير متصور؛ إعمالاً للأثر العيني للحكم الأول - أساس ذلك: أن المحكمة الدستورية العليا تكون والحالة هكذا قد استفدت ولايتها تماماً في الفصل في هذه المنازعة، ولم يعد بوسعها معاودة التصدي والنظر في مدى دستورية نص سبق لها أن قضت بعدم دستوريته - ترتيباً على ذلك: يكون حكم المحكمة الثاني قد ورد بشأن نص منعدم، أي ورد على غير محل، مما يتعين معه الالتفات عنه حفاظاً على حجية حكم المحكمة الدستورية العليا الأول، ورفعاً للتناقض بينه وبين حكمها الثاني¹⁵⁵ ."

¹⁵⁵ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1251، لسنة 48 قضائية، بتاريخ 8 يوليو 2009، شبكة قوانين الشرق. وجاء في حيثيات هذا الحكم " المحكمة الدستورية العليا وقد قضت في حكمها الأول الصادر بجلسة 9/ 9/ 2000 في الدعوى رقم 224 لسنة 19 قضائية دستورية بعدم دستورية نص المادة رقم (1) من القانون رقم 99 لسنة 1983 فيما تضمنه من إطلاق اختصاص لجنة ضباط القوات المسلحة المنعقدة بصفة هيئة قضائية دون غيرها بالنظر في المنازعات الإدارية الخاصة بالقرارات النهائية المصدق عليها من وزير الدفاع والتي تصدرها مجالس المعاهد العسكرية المعدة لتخريج الضباط العاملين بالقوات المسلحة في شأن الطلاب المقيدون بها. فإن مقتضى هذا الحكم هو إلغاء أو إعدام هذا النص إعمالاً لمقتضى الأثر العيني للحكم، فإذا ما أصدر المشرع بعد ذلك قانوناً بتعديل أحكام القانون رقم 99 لسنة 1983 المشار إليه يقضي فيه بحذف أو إلغاء النص المقضي بعدم دستورية ثم يورد نصاً آخر في ذات القانون يناقض تماماً حكم المحكمة الدستورية العليا سالف الإيراد، حيث عدل هذا القانون شكلاً بحذفه النص المقضي بعدم دستورية، بينما أبقى على مضمون النص وجوهراً في الحقيقة والواقع عندما أضاف بموجب القانون رقم 152 لسنة 2002 فقرة ثانية إلى المادة (1) من القانون رقم 99 لسنة 1983 أنف الذكر، حيث نصت هذه الفقرة المضافة على أن: "تختص لجان ضباط القوات المسلحة دون غيرها بالفصل في جميع المنازعات الإدارية الخاصة بالقرارات النهائية الصادرة عن مكتب تنسيق القبول بالكليات والمعاهد العسكرية المعدة لتخريج ضباط القوات المسلحة"، فإن هذا يعني أن المشرع - وحسبما سلف بيانه - ألغى النص المقضي بعدم دستوريته من حيث الشكل، ولكن أبقى على مضمونه بموجب الفقرة المضافة بالقانون رقم 152 لسنة 2002 سالف الإيراد. وحيث إنه في ظل هذا النص المضاف أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها بجلسة 27/ 5/ 2003 في الدعوى رقم 199 لسنة 25

واجه هذا الحكم انتقادات حادة، حيث وجد جانب من الفقه أن المحكمة لم تراخ في حكمها هذا بديهيات وأولويات علم القانون، وأن الحكم قد افتقر للمنطق القانوني وانطوى على مخالفة صريحة لنص المادة 174 من الدستور وما بعدها، وأن المحكمة الإدارية قد نصبت نفسها قِيَمًا على المحكمة الدستورية العليا لتصحح أحكامها وتقوم المعوج منها، وأن هذا الحكم قد خرق مركزية الرقابة بصراحة ووضوح دون محاولة لتوضيح هذا المسلك¹⁵⁶.

من جهتنا، نجد أن المحكمة الإدارية العليا قد جانبها الصواب في هذا الحكم، فبسطة رقابتها على حكم المحكمة الدستورية وما كان ينبغي لها ذلك، فليس من صلاحياتها أن تعقب على حكم المحكمة الدستورية، لأن هذا الأخير يعتبر حكمًا نهائيًا وملزمًا بمجرد صدوره، ويجب على الكافة اتباعه. ومع ذلك، فإننا نجد تبرير حكم المحكمة الإدارية العليا يوافق المنطق القانوني، إذ كان ينبغي على المحكمة الدستورية العليا إذا رأت دستورية النص المعدل أن تقضي برفض الدعوى إعمالاً لقضائها السابق، لأن النص المعدل قد جاء تنفيذًا له، فما يصدر عن المشرع من تعديلات تنفيذًا لأحكام المحكمة الدستورية بعدم دستورية بعض التشريعات؛ ينبغي ألا تراقبه المحكمة

ق دستورية والذي قضى برفض الدعوى بعدم دستورية هذا النص المضاف. وحيث إن هذا الحكم الأخير عدولاً من المحكمة الدستورية العليا عن حكمها الأول الصادر بجلسة 9/9/2000 في الدعوى رقم 224 لسنة 19 قضائية، وإن العدول هنا يعتبر أمرًا غير جائز بل غير متصور إعمالاً للأثر العيني للحكم الأول الذي ألغى النص المشار إليه، ذلك أن المحكمة الدستورية العليا تكون والحالة هكذا قد استنفدت ولايتها تمامًا في الفصل في هذه المنازعة ولم يعد بوسعها معاودة التصدي والنظر في مدى دستورية نص سبق لها أن قضت بعدم دستورية، وعليه يكون حكم المحكمة الثاني الصادر بجلسة 27/5/2003 قد ورد بشأن نص منعدم أي ورد على غير محل مما يتعين معه الالتفات عنه حفاظًا على حجية حكم المحكمة الدستورية العليا الأول ورفعًا للتناقض بينه وبين حكمها الثاني، فضلاً عن الالتزام بالشرعية الدستورية وسيادة القانون سيما نص المادة 172 من الدستور التي أكدت على الاختصاصات والمهام الدستورية والقضائية التي يضطلع بها مجلس الدولة بحسبانه قاضي القانون العام في كافة المنازعات الإدارية والتي يدخل ضمنها بطبيعة الحال كافة المنازعات الطلابية في مختلف مراحل التعليم أيًا كانت مدارسه ومعاهده وكلياته المدنية منها العسكرية.

¹⁵⁶ عبد العزيز سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص276.

الدستورية إلا إذا كان التعديل منطويًا على مخالفة للدستور، فنقضي بعدم دستوريته، أما إذا كان موافقًا للدستور فتنتهي إلى رفض الدعوى، إعمالًا لقضائها السابق.

الفرضية الثانية/ إذا كانت المسألة الدستورية لم يسبق عرضها أمام المحكمة الدستورية العليا

تعالج هذه الفرضية الحالة التي يكون أمام القضاء العادي نص يُشتبه بعدم دستوريته، بحيث تقوم لدى القاضي مظنة عدم دستورية النص بناءً على دفع بعدم الدستورية تقدم به أحد أطراف الدعوى، ولا يكون لهذا الاشتباه بالنص حكم عن المحكمة الدستورية يحسم المسألة. في هذه الحالة تُظهر السوابق القضائية مسارين للقضاء العادي في التعامل مع هذا الفرض، فإما أن يمارس القضاء العادي الرقابة على جدية الدفع، وإما أن يمارس الرقابة الدستورية بطريق الامتناع، وسوف نناقش المسارين فيما يلي:

1- الرقابة على جدية الدفع

في هذا المسار، تستقبل محكمة الموضوع الدفع بعدم الدستورية، فتفحص مدى جديته، فإذا تيقنت من جدية الدفع، أوقفت الفصل في الدعوى وأحالت النظر في المسألة الدستورية للمحكمة الدستورية العليا، وهذا هو الأصل وهو المقطوع به بموجب النصوص المنشئة للمحكمة الدستورية العليا.

في ذلك قضت محكمة النقض بأنه "لما كان القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا المعمول به وقت نظر الدعوى- نص في المادة 29 منه على أن تتولى هذه المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي ... (ب) "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادًا لا يجاوز ثلاثة شهور لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية

العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن" وكان مفاد هذا النص أن محكمة الموضوع وحدها هي الجهة المختصة بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية وأن الأمر بوقف الدعوى المنظورة أمامها وتحديد ميعاد لرفع الدعوى بعدم الدستورية جوازي لها ومتروك لمطلق تقديرها، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة في حدود سلطتها التقديرية رأت أن دفع الطاعن بعدم الدستورية غير جدي ولا محل لوقف الدعوى المنظورة أمامها لرفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، فإن ما يثيره الطاعن في هذا الشأن غير سديد¹⁵⁷. "

2- الرقابة بطريق الامتناع

في هذه المسار، يمتنع القضاء العادي عن تطبيق التشريع المخالف للدستور انطلاقاً من واجبه في إعمال النص الأسمى إذا تعارض النص الأدنى معه، فيقوم باستبعاد النص الأدنى لعدم دستوريته ويعمل النص الدستوري الذي تعارض معه النص الأدنى، فهو بذلك يرفع من شبهة عدم الدستورية من منزلة الشك إلى منزلة اليقين فينتهي لعدم دستورية النص ممتنعاً عن تطبيقه. ومن ذلك ما أشرنا إليه في المطلب الفارط من أن محكمة النقض قد مارست الرقابة الدستورية في الفترة ما بعد إنشاء المحكمة الدستورية بموجب الدستور وما قبل تفعيلها، فقضت في عام 1975 بعدم دستورية المادة 47 لمخالفتها المادة 44 من الدستور بدل إحالة الدعوى للمحكمة العليا التي كانت مختصة بالفصل في النزاع الدستوري آنذاك، فهذا الحكم يظهر أن أعلى محكمة في القضاء العادي وهي محكمة النقض كانت قد أثبتت لنفسها رقابة الامتناع بالرغم من وجود قضاء متخصص يفصل في النزاعات الدستورية.

¹⁵⁷ حكم محكمة النقض-جنائي- في الطعن رقم 5957، لسنة 55 قضائية، بتاريخ 9 فبراير 1986، شبكة قوانين الشرق. وإلى ذات الحكم انتهت في حكم محكمة النقض- جنائي- في الطعن رقم 25816، لسنة 71 قضائية، بتاريخ 6 مايو 2004، شبكة قوانين الشرق.

نتساءل هنا، عن موقف المحكمة الدستورية العليا من هذا الحكم؟ فهل عاب القضاء الدستوري على محكمة النقض امتناعه عن تطبيق النص بدعوى انحصار الاختصاص له؛ فيكون حكم قضاء النقض قد جاوز الاختصاص واعتدى على حدود اختصاص القضاء الدستوري؟ أم أنه أيده فيما ذهب إليه فيكون بذلك قد تحلّى ببُعد النظر، ودقّة البصر، واستبق الأثر، بحكمه هذا؟

لم يكن بمقدورنا الكشف عن موقف المحكمة الدستورية العليا من الحكم المشار إليه حتى الثاني من يونيو سنة 1984، حيث أيدت المحكمة الدستورية العليا توجه محكمة النقض بطريق غير مباشر، وذلك عندما قضت بعدم دستورية المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية في القضية رقم 5 لسنة 4 قضائية دستورية، فلم تعب المحكمة الدستورية العليا ما انتهت إليه محكمة النقض، ولم تذهب إلى القول بأن قضاء محكمة النقض عام 1975 قد جاوز اختصاصه¹⁵⁸، كما لم تر المحكمة الدستورية في موقف محكمة النقض اعتداء على سلطة المحكمة العليا التي كانت قائمة قبل المحكمة الدستورية العليا¹⁵⁹. وغني عن البيان أن حكم محكمة النقض لا يلزم أحدًا بامتناعه عن تطبيق النص عدا الأطراف لما لحكم الامتناع من نسبية في الأثر، خلافاً لحكم المحكمة الدستورية الذي هو ملزم لكافة المحاكم في النزعات اللاحقة.

¹⁵⁸ جاء في حيثيات الحكم الصادر في الطعن رقم 30342، لسنة 70 قضائية، بتاريخ 28 أبريل 2004 " وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه بطريق غير مباشر وذلك عندما قضت محكمة النقض بتاريخ 24 من مارس سنة 1975 باعتبار المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية تخالف نص المادة 44 من الدستور واعتبرتها منسوخة بقوة الدستور ثم جاءت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2 من يونيو سنة 1984 وقضت بعدم دستورية المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية في القضية رقم 5 لسنة 4 قضائية دستورية ولم تذهب المحكمة الدستورية العليا إلى القول بأن قضاء محكمة النقض السابق جاوز اختصاصه أو فيه اعتداء على سلطة المحكمة العليا التي كانت قائمة قبل المحكمة الدستورية العليا وبذات الاختصاص. كما صدر بتاريخ 15 من سبتمبر سنة 1993 حكم آخر لمحكمة النقض باعتبار المادة 49 من قانون الإجراءات الجنائية منسوخة بقوة الدستور لمخالفتها المادة 41 منه ولم يصدر حكم للمحكمة الدستورية العليا بعد في هذا الشأن. وخلص ما سلف إيراده أنه في الأحوال التي يرى فيها القضاء العادي أن القانون قد نسخه الدستور بنص صريح، لا يعتبر حكمه فاصلاً في مسألة دستورية، ولا يجوز هذا الحكم بذلك سوى حجية نسبية في مواجهة الخصوم دون الكافة".

¹⁵⁹ حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 5، لسنة 4 قضائية، بتاريخ 2 يونيو 1984، شبكة قوانين الشرق.

ولقد أكدت محكمة النقض هذا التوجه في حكمٍ آخر لها، حيث قضت في الجلسة المنعقدة بتاريخ 28 أبريل 2004 في حكم نورد أغلبه لما نرى فيه من أهمية في التأسيس لفكرة ازدواجية الرقابة الدستورية في النظام المصري، حيث يجمع بوضوح بين رقابة الامتناع التي يمارسها القضاء العادي وبين الرقابة المتخصصة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا، حيث قُضي بأنه " من المقرر أن التشريع يتدرج درجات ثلاث هي الدستور ثم التشريع العادي ثم التشريع الفرعي أو اللائحة، وهذا التدرج في القوة ينبغي أن يسلم منطقاً إلى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى، ولا خلاف على حق المحاكم في الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى أي للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتمام إصداره ونشره وفوات الميعاد الذي يبدأ منه نفاذه، فإن لم يتوافر هذا الشكل تعين على المحاكم الامتناع عن تطبيقه." يظهر هنا أن الحكم يُثبت لجميع المحاكم سلطتها في الرقابة الشكلية من منطلق مبدئي سمو الدستور، واحترام التدرج التشريعي، حيث يجعل الامتناع عن تطبيق النص الذي ينطوي على مخالفة شكلية لنص أسمى واجباً على المحكمة تمارسه في ضوء اختصاصها بالرقابة الشكلية على التشريعات.

ويواصل الحكم " أما من حيث رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع، فقد جاء اللبس حول سلطة المحاكم في الامتناع عن تطبيق تشريع أدنى مخالف لتشريع أعلى إزاء ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 175 من الدستور القائم بقولها "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون." ولا جدال أنه على ضوء النص الدستوري سالف البيان فإن اختصاص المحكمة الدستورية العليا المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أو إلى دستوريته لا يشاركها فيه سواها، وحجية الحكم في هذه الحالة مطلقة تسري في مواجهة الكافة.

على أنه في ذات الوقت للقضاء العادي التأكد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالثبوت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى، فإن ثبت له هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك إلغاءه أو القضاء بعدم دستوريته وحجية الحكم في هذه الحالة نسبية قاصرة على أطراف النزاع دون غيرهم. ويستند هذا الاتجاه إلى أن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء، غير أنه حين يستحيل تطبيقهما معاً لتعارض أحكامهما، فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون إعمالاً لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى كما يؤيد هذا النظر ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بأنه لا شأن للرقابة الدستورية بالتناقض بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة أو مرتبتين مختلفتين، كما لا يمتد اختصاص المحكمة لحالات التعارض بين اللوائح والقوانين ولا بين التشريع ذات المرتبة الواحدة، وإن هذا القول مجرد امتداد لما انعقد عليه الإجماع من حق المحاكم في رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها وما جرى عليه قضاء محكمة النقض من الامتناع عن تطبيق اللائحة المخالفة للقانون بينما يختص القضاء الإداري بإلغاء هذه اللائحة، ومن غير المقبول أن يقرر هذا الحق للقضاء العادي بينما يمنع من رقابة مدى اتفاق القوانين مع قواعد الدستور وعدم مخالفتها له، فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليسا إلا نتيجتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع، وليس من المنطق - بل يكون من المتناقض - التسليم بإحدى النتيجتين دون الأخرى، فما ينسحب على التشريع الفرعي من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته، ينبغي أن ينسحب كذلك على التشريع العادي بتحويل المحاكم حق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، فضلاً عن أن تحويل المحاكم هذا الحق يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانوناً تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها في تطبيق القواعد القانونية

والتي على رأسها قواعد الدستور. ويؤكد هذا النظر أيضًا أن الدستور في المادة 175 منه أنط
بالمحكمة الدستورية العليا حق تفسير النصوص التشريعية وأوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع
القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا حق جهات القضاء الأخرى
في هذا الاختصاص بقولها: كما أن هذا الاختصاص لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعًا
في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص
المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا. فرغم
اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الملزم للكافة فإن المشرع لم يسلب هذا الحق من
المحاكم مادام لم يصدر قرار بالتفسير من المحكمة الدستورية العليا أو من السلطة التشريعية وهو
ذات الشأن بالنسبة لامتناع المحاكم عن تطبيق القانون المخالف للدستور مادام لم يصدر من
المحكمة الدستورية العليا حكم بدستورية النص القانوني أو عدم دستوريته¹⁶⁰.

بهذا الحكم وهذه الحجج المؤصلة في هذا الحكم، أكدت محكمة النقض على انتفاء التعارض بين
مباشرة رقابة الامتناع من قبل القضاء العادي كجزء من الوظيفة القضائية وبين الرقابة المتخصصة
التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا، غير أن هذا الحكم لم يسلم من النقد، وقد ارتكن الفقه في
رده على حجج المحكمة التي ساقته لتأكيد صلاحيتها في ممارسة رقابة الامتناع إلى عدد من
الردود¹⁶¹ نوجزها فيما يلي:

- لا محل للقياس على سلطة القاضي الدستوري في التفسير، لأن المقرر هو أن تفسير التشريعات
غير مقصور على القضاء الدستوري بل يشاركه القضاء العادي في القضايا المعروضة عليه
وبمناسبتها، وتفسير هذا الأخير غير ملزم خارج نطاق الخصومة، فقياس محكمة النقض - بأن

¹⁶⁰ حكم محكمة النقض - جنائي - في الطعن رقم 30342، لسنة 70 قضائية، بتاريخ 28 أبريل 2004، شبكة قوانين الشرق.

¹⁶¹ عبد العزيز سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 273.

اشتراكها مع القضاء الدستوري في مهمة تفسير التشريع يجعل من باب أولى اشتراكها معه في مراقبة دستورية القوانين بالامتناع عن تطبيق النص الذي تراه مخالفاً للدستور دون أن تمتد إلى إلغاءه - قياس مع الفارق، وذلك لمغايرة صيغة اختصاص التفسير في الدستور لصيغة اختصاص الرقابة، لكون هذا الأخير قد سُورَ بعبارة " دون غيرها".

- لا وجه لتشبيه رقابة الامتناع باستبعاد المحاكم تطبيق اللوائح المخالفة للقانون، لأن اختصاص المحاكم باستبعاد القرارات المخالفة للقانون لم يكن قانونياً، إذ لا يمكن رده إلى قاعدة تشريعية مقررة بعينها، وهو وضع انتقده الفقه ولم يرحب به، لاسيما بعد أن بات مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في سائر النزاعات الإدارية.

- عدم تعقيب المحكمة الدستورية العليا على حكم النقض السابق لا يعني إقرارها لرقابة الامتناع، فمن المتصور ألا تكون قد علمت به على وجه رسمي، فأحكام محكمة النقض لا تعرض على المحكمة الدستورية، فلا ينبغي تفسير موقف المحكمة الدستورية والتزامها حدود اختصاصها بأنه إقرار وموافقة لموقف محكمة النقض في ممارسة رقابة الامتناع.

على الرغم من ذلك، فإننا نرى أن حجج المحكمة ما زالت قائمة، لا سيما وأن المذكرة الإيضاحية التي استند إليها الحكم تدعم توجه المحكمة، إذ من الجلي من سياق نص المذكرة أن المشرع أراد بلفظ "القوانين" المعنى الواسع للقانون لا المعنى الضيق، ليشمل بذلك الدستور والقانون واللائحة، كما أن توجه المحكمة لا يتعارض مع عبارة " دون غيرها " التي نص عليها الدستور، إذ إن نوع الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية مختلف تمام الاختلاف عن رقابة الامتناع، وقد بينّا ذلك في المبحث التمهيدي، فما زالت المحكمة الدستورية تمارس الرقابة المتخصصة دون غيرها، وما زالت أحكامها الفاصلة في دستورية النصوص ملزمة دون أحكام غيرها من المحاكم. كما أنه لا

يعيب اختصاص المحاكم باستبعاد تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أنه اختصاص أنشئ عن طريق القضاء لا عن طريق القانون، لاسيما وأن القانون قد أكد هذا الاختصاص لاحقاً. وأخيراً، فإن حكم المحكمة الدستورية وإن لم يعين الإقرار فإنه بذات المنطق لا يفيد نفي اختصاص محكمة النقض برقابة الامتثال، ولا نجد ما يفيد ذلك حتى في النصوص، بل على العكس، فالمذكرة الإيضاحية تقف في صف المحكمة من وجهة نظرنا، لاسيما وأن حكم المحكمة بالامتثال لا يحول دون تقرير دستوريته من قبل المحكمة الدستورية لاحقاً وإلزام المحاكم كلها بهذا الحكم بما في ذلك المحكمة الممتنعة.

ومع ذلك، فإننا نرى بأنه لما كان للمحكمة في سبيل التعامل مع هذا الفرض أن تسلك طريقين، وكان أحد الطريقين أنأى عن الجدل، وأكثر انفتاحاً مع نصوص القانون، فإن الأولى بها أن تسلكه، ما دام موصلاً إلى ذات النتيجة المرجوة، والمتمثلة في حماية الدستور. ومن ثم كان من الأحرى أن تتبع المسار الأول فتمارس الرقابة على جدية الدفع وتتبع الإجراءات المترتبة عليها، حتى نصل إلى حكم من المحكمة الدستورية له حجية مطلقة، فيكون ملزماً للكافة.

الفرضية الثالثة/ إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم اختصاصها

يعالج هذا الفرض الحالة التي يُعرض فيها النص المشتبه بعدم دستوريته أمام المحكمة الدستورية العليا، فتقضي بعدم اختصاصها بالنظر في الدعوى. وفي الواقع، قليلة هي الأحكام التي تعالج هذه الفرضية، ومع ذلك، نجد أن المحكمة الإدارية العليا قد بسطت رقابتها على دستورية القوانين بعد أن قضت المحكمة الدستورية بعدم اختصاصها، فقد انتهت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها إلى دستورية المادة 33 من قانون أكاديمية الشرطة، وأنها لا تتعارض مع المادة 53 التي تنص على مبدأ المساواة. وفي هذا الحكم أكدت المحكمة الإدارية العليا أنه على الرغم من

أن الأصل هو اختصاص المحكمة الدستورية إلا أنها نصبت نفسها المحكمة الأعلى والتي لا تعلق عليها محكمة، وأنه لا ملزم لها سواها إلا في الحدود الدستورية، فجاء في حيثيات الحكم "لما كان حكم المحكمة الدستورية العليا قد اقتصر في الدعوى رقم 204 لسنة 28 قضائية دستورية بجلسة 2016/11/5 على القضاء بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيساً على الأثر المترتب على القاعدة القانونية المحالة يتمخض عنها قرار إداري فردي دون أن تتناول القاعدة ذاتها، ودون أن تفصل في موضوعها بدستورية أو عدم دستورية المادة (33)¹⁶² من القانون رقم 91 لسنة 1975 في فقرتها الأولى والثانية، وكان الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية، فإبطالها لا يكون إلا بقضاء من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل لديها ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا لا يجوز بحال وقف سريانها. ولما كان التلازم بين السلطة التقديرية للمشرع والرقابة عليها، صنوان لا يتفرقان، وهو أكثر ما تقوم بتطبيقه هذه المحكمة¹⁶³ منذ إنشائها وهي التي تستوي على القمة من محاكم مجلس الدولة بحسبانها- من قديم - قبلة المظلوم، وملاذ المهضوم، والضمان الأوفى للحريات والسياج الأرحب لأمن المجتمع، ولها الأثر الواضح في توجيه المشرع بما ترسيه من مبادئ وأحكام انتظمها منهجها القضائي طوال تاريخها الذي تعاضم فيه دورها في فهم القانون وسلامة تطبيقه وتحديد أحكام القضاء الإداري عليه، فلا تعلوها محكمة تراقبها ولا إلزام لها من غيرها إلا في حدود الدستور وما تلزم هي به نفسها نزولاً على صحيح حكم القانون... ومن حيث أنه لا يحاج في هذا المقام، ما ذهب إليه

¹⁶² المادة 33 " يلتزم خريج أي من كلية الشرطة وقسم الضباط المتخصصين بخدمة الشرطة مدة لا تقل عن عشر سنوات من تاريخ التخرج، وإلا التزم برد ضعف نفقات الدراسة التي تكبدتها الأكاديمية، ومع ذلك يجوز لوزير الداخلية بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للشرطة إعفاء الضابط من هذا المبلغ أو جزء منه إذا كان تركه خدمة هيئة الشرطة للالتحاق بعمل من أعمال الدولة المختلفة. وكل طالب بكلية الشرطة أو قسم الضباط المتخصصين يترك الدراسة بغير عذر مقبول يلتزم بالتضامن مع ولى أمره بدفع جميع النفقات التي تحملتها الأكاديمية خلال فترة دراسته بها، ويجوز أداء المبالغ المستحقة على أقساط"
¹⁶³ أي المحكمة الإدارية العليا.

الحكم المطعون فيه من أن إعفاء المنقولين من ضباط الشرطة إلى المخابرات العامة دون المنقولين منهم إلى الجهات والهيئات القضائية يمثل إخلالاً بمبدأ المساواة، فذلك مردود عليه، ذلك أنه وبغض النظر عن أن مبدأ المساواة لا يكون إلا للأقران من ذوي المراكز القانونية المتماثلة، بحسبان أن المساواة المنصوص عليها في المادة (53) من الدستور الساري ليست مساواة حسابية، إذ يملك المشرع بسلطته التقديرية ولمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتماثل مراكزهم القانونية، فإذا انتفى مناط التسوية بينهم بأن توافرت الشروط في بعضهم دون البعض الآخر كان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها القانون لهم¹⁶⁴."

وخلاصة القول أن القضاء العادي في مصر لم يفسر النص الدستوري الذي منح المحكمة الدستورية العليا اختصاص الرقابة الدستورية على أنه حرمان للقضاء العادي من سلطة رقابة الامتناع، فنجده قد استبقى لنفسه هذه الصلاحية في فرضيتين اثنتين، وألغاهما في فرضية واحدة والتي تقوم حينما يقطع الحكم الدستوري ويفصل بدستورية أو عدم دستورية نصٍ ما باستثناء حكمٍ وحيد، وبذلك فإن النظام القضائي المصري قد أخذ بازدواجية الرقابة الدستورية، حيث نجد القضاء المتخصص ممثلًا بالمحكمة الدستورية العليا، كما نجد القضاء العادي يباشر الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في الفروض التي أسلفنا بيانها. وإن دلّ ذلك، دلّ على حرص القضاء العادي على مبدأ المشروعية ومبدأ سمو الدستور، وإن كنا - كما أشرنا سابقاً - نرى بأنه أحرى بالقضاء العادي أن يسلك الطريق

¹⁶⁴ أحكام غير منشورة، المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 13601، لسنة 49 قضائية، بتاريخ 27 فبراير 2018، شبكة قوانين الشرق.

الأسلم والذي لا يثير الجدل ما دامت المحصلة واحدة، وهي إبطال مفعول النص المخالف للدستور وإعلاء مبدأ الشرعية، ومبدأ سمو الدستور.

المبحث الثالث

الموقف الكويتي من رقابة الامتناع في حالة الفراغ القانوني

مرت دولة الكويت بعدة وثائق دستورية خلال تاريخها السياسي، وقد صدرت أول وثيقة دستورية عام 1921، ثم تلاها دستور عام 1938 الذي وضعه المجلس التشريعي الأول¹⁶⁵، وشهد عام 1938 مشروع دستور آخر وضعه المجلس التشريعي في ذلك الوقت ولكنه لم يلقَ تصديقاً من قبل الحاكم¹⁶⁶، وبعد الإعلان عن الاستقلال في عام 1961، صدر الدستور المؤقت في 6 يناير 1962 تمهيداً لقيام المجلس التأسيسي الذي تولى مهمة إعداد الدستور الدائم لدولة الكويت والذي صدر عام 1962 وعُمل به عام 1963¹⁶⁷.

جميع الدساتير السابقة على دستور 1962 المعمول به عام 1963 قد خلت تماماً من ذكر لمسألة الرقابة الدستورية، ولعل السبب وراء ذلك يتمثل في أن تلك الدساتير وإن كانت مكتوبة إلا أنها لم تكن جامدة، ذلك أنه حينما وجد الدستور ووجدت قوانين صادرة بموجبه فإن مسألة الرقابة على دستورية التشريعات يمكن أن تثار شريطة أن يكتسب الدستور صفة الجمود، فموضوع الرقابة الدستورية لا يمكن أن يثار في البلاد ذات الدستور المرن مثلما قدّمنا، لأن السلطة التشريعية ذاتها تستطيع أن تضع قانوناً مخالفاً للدستور، فهي تستطيع أن تضع القواعد والأحكام الدستورية ذاتها، ولذلك فإن الرقابة الدستورية لا تثار إلا في البلاد ذات الدساتير الجامدة¹⁶⁸. كما أن وجود الدستور

¹⁶⁵ علي الباز، النظام الدستوري والسياسي الكويتي، تطوره الدستورية والسياسية منذ نشأة الدولة وحتى نفاذ الدستور الدائم (1756-1963)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2008، ص92، 115،

¹⁶⁶ عادل الطببائي، "المحكمة الدستورية الكويتية تكوينها، اختصاصها، إجراءاتها"، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، 2005، ص13-14.

¹⁶⁷ محمد رمزي طه الشاعر، النظام السياسي في الكويت قبل دستور سنة 1962، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، 1976، ص61.

¹⁶⁸ عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص193.

الجامد لا يكفي، إذ لابد من وجود قوانين صادرة بناءً على هذا الدستور. وإذا فهمنا ذلك، عرفنا السبب وراء عدم إثارة مسألة الرقابة الدستورية في الدساتير آنفة البيان، ففي دستور عام 1921 لم تثر مسألة الرقابة بتاتاً، فذلك الدستور كان قد اقتصر على خمس مواد تتعلق بطريقة اختيار الحاكم وكيفية الفصل في النزاعات بين أفراد الأسرة الحاكمة ممن يطمحون لتولي الحكم، ولهذا، ولأن الدستور لم يكن جامداً من جهة، ولم تكن هنالك قوانين صادرة بموجبه من جهة ثانية؛ فما كان هنالك دستور بالمعنى الذي يصلح معه أن تثار مسألة الرقابة الدستورية¹⁶⁹.

أما الوثيقة الدستورية الثانية الصادرة عام 1938، فقد وضعها المجلس التشريعي المنتخب وصدق عليها الأمير آنذاك¹⁷⁰، وهي على غرار الوثيقة السابقة كانت مختصرة في خمس مواد تعالج كيفية مباشرة السلطة وكيفية إصدار القوانين من قبل المجلس التشريعي، وهذا الدستور وإن كانت هنالك قوانين تصدر بموجبه، إلا أنه لم يكن دستوراً جامداً، الأمر الذي تعذر معه إثارة مسألة الرقابة الدستورية آنذاك¹⁷¹.

أما مشروع الدستور المعد من قبل المجلس التشريعي عام 1938 ليحل محل الوثيقة الدستورية التي وافق عليها الشيخ أحمد الجابر وقتذاك، فلم ير ذلك المشروع النور، ورغم خلوه تماماً من مسألة الرقابة الدستورية، إلا أن البعض يرى بأنه لو تمت المصادقة عليه لكانت مسألة الرقابة على دستورية القوانين من الممكن أن تثار، فهذا الدستور قد نص على مبادئ مهمة فيما يتعلق بالقضاء، فقضى في البند الثاني من المادة الأولى بأن على المجلس التشريعي أن يشرع قانون القضاء بحيث يهيئ لها نظاماً يكفل تحقيق العدالة بين الناس، كما نص على مبدأ أن الأمة مصدر

¹⁶⁹ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص 13

¹⁷⁰ علي الباز، المرجع السابق، 116

¹⁷¹ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص 13

السلطات ممثلة في هيئة نوابها المنتخبين بموجب المادة الأولى وفي معرض تناوله المادة الرابعة أكد على مبدأ استقلال القضاء¹⁷². غير أنه من وجهة نظرنا - وبعد الاطلاع على نصوص ذلك المشروع الدستوري - فإن موضوع الرقابة الدستورية حتى في ظل هذا المشروع ما كان من الممكن أن تتم إثارته فيما لو أصبح ذلك المشروع دستوراً لعدم جموده، فهو من الدساتير المرنة التي لا يمكن إثارة الرقابة الدستورية في ظلها كما هو واضح من نصوص المشروع.

أما النظام الأساسي المؤقت عام 1962 والذي صدر بموجب القانون رقم 1، فقد تقرر العمل به إلى حين العمل بالدستور الدائم عام 1963، ورغم أنه قد أُفرد باباً لتنظيم السلطة القضائية، إلا أنه لم يتضمن نصوصاً تتعلق بالقضاء الدستوري، حيث لم يشر إلى تنظيم الرقابة الدستورية أبداً، وذلك لأن ذلك النظام كان مؤقتاً على نحو ينفي عنه صفة الجمود، حيث وجد لمواجهة مرحلة معينة، إذ استمر العمل به لعام واحد فقط منذ تاريخ 6 يناير 1961 وحتى تاريخ 29 يناير 1963¹⁷³.

ثم صدر الدستور الكويتي عام 1962، وقد تم العمل به عام 1963، وخلافاً للدساتير السابقة؛ تبنى هذا الدستور صراحةً نظام الرقابة القضائية المركزية، فاكتفى بتقرير مبدأ الرقابة الدستورية بوجه عام وأحال تفاصيل ذلك وكيفية إعمال المبدأ للقانون¹⁷⁴، حيث نص في المادة 173 منه على أن " يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة

¹⁷² فيصل أحمد عثمان الحيدر، وثائق الحركة الديمقراطية السياسية في الكويت من 1921 حتى 1992، منشورات ذات السلاسل، الكويت، 1995، ص 19-20.

¹⁷³ محمد رمزي طه الشاعر، النظام السياسي في الكويت قبل دستور سنة 1962، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، 1976، ص 61، 50.

¹⁷⁴ سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1986، ص 355.

وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن.¹⁷⁵ ويعتبر الدستور الكويتي من الدساتير الأولى التي نظمت مسألة الرقابة الدستورية في العالم العربي، وبالرغم من صراحة النص على أن السلطة التشريعية ينبغي عليها إصدار قانون يعين الجهة القضائية ويحدد تشكيلها وتنظيمها وصلاحياتها، إلا أن هذه المحكمة لم تظهر إلى حيز الوجود وغابت طويلاً حتى عام 1973.

فمنذ عام 1962 كان المشرع التأسيسي في الكويت قد تلافى الفراغ الدستوري بتحويل القانون تحديد الجهة القضائية المخولة للفصل في المسائل الدستورية، لكن التراخي من قبل مجلس الأمة في إنشاء هذه الجهة وُلدَ حالة من الفراغ القانوني، حيث لم يصدر القانون الذي أشار له نص المادة 173، الأمر الذي ترتب عليه حالة من الفراغ القانوني، وكأثر مباشر كان الفراغ الواقعي المقترن به، وهنا برزت المشكلة، فطرح السؤال حول تفسير المادة 173، وكيفية التعامل مع الفراغ القانوني الواقعي من الرقابة الدستورية، وكان الحل المطروح بالنسبة للظروف المواتية هو رقابة القضاء العادي للمسائل الدستورية بطريق الامتناع، فبدأت تنثور مسألة صلاحية القضاء العادي للفصل في المسائل الدستورية في ظل حالة الفراغ القانوني، وإزاء هذه الإشكالية تباينت الآراء وانقسم الفقه الكويتي بين من يرى صلاحية القضاء العادي للفصل في المسائل الدستورية بطريق الامتناع، وبين من يرى عدم صلاحيته، وعلى إثر هذا الانقسام قطع القضاء الكويتي هذا الجدل بحكم حاسم في هذه المسألة. وفيما يلي نعرض في المطلب الأول لموقف الفقه من صلاحية القضاء العادي لمباشرة رقابة الامتناع في تلك المرحلة، ثم في المطلب الثاني نتناول موقف القضاء.

¹⁷⁵ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 103.

المطلب الأول

موقف الفقه من رقابة الامتناع بواسطة القضاء العادي

دار الجدل الفقهي حول سلطة القضاء لإعمال سلطته في الرقابة على دستورية القوانين في ظل حالة الفراغ القانوني المجرد الناجمة عن وجود النص الدستوري وتراخي مجلس الأمة عن الاستجابة له، حيث ذهب رأي للقول بأنه طالما أن الدستور قد فوض مهمة الرقابة الدستورية لجهة قضائية بعينها، فلا تكون هنالك رقابة على دستورية القوانين من قبل محكمة خاصة لأنها لم تنشأ بعد، ولا من جانب القضاء العادي، لأن المشرع الدستوري بإشارته لمحكمة متخصصة يكون قد استبعد كل رقابة من القضاء العادي سواء بطريق الإلغاء أو بطريق الامتناع¹⁷⁶.

ومن الجلي بمكان أن هذا الرأي يستند في مضمونه إلى المذكرة التفسيرية التي عّقت على هذا النص بقولها " أثر الدستور أن يعهد بمراقبة دستورية القوانين واللوائح إلى محكمة خاصة يراعى في تشكيلها وإجراءاتها طبيعته هذه المهمة الكبيرة، بدلا من أن يترك ذلك لاجتهاد كل محكمة على حدة، مما قد تتعارض معه الآراء في تفسير النصوص الدستورية أو يعرض القوانين واللوائح للشجب دون دراسة لمختلف وجهات النظر والاعتبارات، فوفقاً لهذه المادة يترك للقانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال إشراك مجلس الأمة بل والحكومة في تشكيلها إلى جانب رجال القضاء العالي في الدولة، وهم الأصل في القيام على وضع التفسير القضائي الصحيح لأحكام القوانين، وفي مقدمتها الدستور، قانون القوانين¹⁷⁷. " فحمل أنصار هذا الرأي نصّ المذكرة التفسيرية المستند لافتراض وجود المحكمة الدستورية وجوداً فعلياً؛ على الواقع الذي غابت فيه المحكمة الدستورية تماماً، وهنا برز الخلل في تفسير النص تفسيراً بمعزل عن واقع النصوص. وبالرغم من وجهة هذا

¹⁷⁶ علي رشيد أبو حجيبة، المرجع السابق، ص90.

¹⁷⁷ دستور دولة الكويت، المذكرة التفسيرية، المادة 173، موقع مجلس الأمة، <http://www.kna.kw>.

الرأي إلا أنه ما زال يفتقر إلى تقديم إجابات لمعالجة الإشكالية الأساسية لحالة الفراغ القانوني الواقعي من الرقابة الدستورية في الفترة ما بين صدور النص الدستوري وما بين تفعيله، وهو الأمر الذي تصدى له الرأي الثاني¹⁷⁸.

حيث ذهب الرأي الثاني للقول بأن غياب التنظيم الذي نص عليه الدستور يخول القضاء العادي ممارسة مهمة الرقابة الدستورية، بحيث تنتظر المحاكم في الدفوع بعدم الدستورية وتفصل في المسألة الدستورية، ولكن أحكامها لا تقيد المحاكم الأخرى، بل ولا تقيدها إن أرادت العدول عنها، تطبيقاً للأثر النسبي للأحكام القضائية، ولقد دعم هذا الرأي عدد من الحجج يمكن إيجازها بما يلي:

أولاً/ رقابة الامتناع هي من صميم عمل القضاء في حالة الفراغ القانوني، والقول بغير ذلك يعني تحصين التشريعات وإهدار القيمة العملية للدستور.

لا يمكن القول بوجود رقابة منظمة لدستورية القوانين في حالة عدم صدور القانون المنظم لها، فعدم صدور هذا القانون يساوي عدم وجود الرقابة الدستورية؛ الأمر الذي يخول القضاء العادي أن يمارس الرقابة بطريق الامتناع عن طريق تطبيق القوانين التي يرى أنها مخالفة للدستور باعتبار أن ذلك من صميم وظيفته الأساسية التي تتطلب منه تطبيق القانون باعتبار أن الدستور هو القانون الأسمى، وأن القول بغير ذلك هو إعطاء الصلاحية للمشرع العادي أن يعطل النصوص الدستورية وأن يضفي على هذه التشريعات حصانة ضد القضاء مستكينا ومطمئنا لعدم وجود جهة تملك أدنى رقابة على مثل هذه الممارسات، عوضاً عن أن عدم صدور قانون المحكمة الدستورية- بحد ذاته -ينطوي على مخالفة للدستور¹⁷⁹.

¹⁷⁸ باسل عبد الله محمد باوزير، دور القضاء في تفسير النصوص الدستورية: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2014، ص 84.

¹⁷⁹ علي رشيد أبو حجيبة، المرجع السابق، ص 89.

ثانياً/ ضرورة اعتبار الناحية السياسية إلى جانب الناحية القانونية في تفسير النصوص الدستورية، وعدم الاكتفاء بحرفية النصوص.

لا ينبغي أن يقتصر تفسير المادة 173 على الناحية القانونية المحضة، بل يجب أن تؤخذ الظروف السياسية فيه بعين الاعتبار، فلو طبقنا نص المادة 173 بصورة حرفية فإن ذلك لا يعني الحكم بعدم الاختصاص، وإنما يعني إيقاف الفصل في الدعوى إلى حين إنشاء المحكمة الدستورية لتنظر في هذا الدفع، لأن الدستور لم ينص على أن تقضي المحاكم بعدم الاختصاص، إنما نص على أن تفصل المحكمة الدستورية في هذا الشأن، ومن ثم فإن النظر للنص من ناحية قانونية بحتة يجعل المحكمة الدستورية قائمة منذ صدور النص ونفاذه، وكون المشرع العادي لم يفرد قانوناً لتنظيمها لا يعدو أن يكون تأجيلاً لانعقادها لأجل غير مسمى، مما يعني أن المحاكم العادية يجب عليها- تبعاً لحرفية النص- أن توقف الدعوى وتحيل النزاع الدستوري للمحكمة الدستورية، وهذا التفسير على غرار التفسير الأول هو تفسير ضار من الناحية العملية، لأنه يطرح السياسة الدستورية جانباً، تلك السياسة التي تجعل كفالة الحقوق والحريات ركيزة أساسية في الدولة، وهذا المعنى لا يستقيم، لأن المشرع الدستوري ما كان له أن يقصد حرمان الأفراد من رقابة الامتثال لأجل غير معلوم معلقاً آمالهم على نص لا يُعرف متى سيتم تفعيله¹⁸⁰.

ثالثاً/ النص الدستوري يؤكد غاية المشرع في وجود الرقابة الدستورية وجوداً فعلياً من خلال وسيلة إنشاء المحكمة الدستورية

لما كان المشرع الدستوري ابتغى إيجاد محكمة خاصة للرقابة على دستورية القوانين، وجعلها رقابة إلغاء لا مجرد رقابة امتناع، فمن غير السائغ ولا المتصور أن يُحمل قصد المشرع على أنه أراد

¹⁸⁰ باسل عبد الله باوزير، المرجع السابق، ص85.

ترك البلاد دون رقابة في الفترة التي تسبق وجود هذه الرقابة وجودًا فعليًا، كما لا يتصور أن يُحمل قصد المشرع على منع القضاء من ممارسة وظيفته الأصلية مُمثلة في تطبيق القوانين واحترام التدرج التشريعي إلى حين وجود الهيئة الدستورية، ثم إن التفسير السليم للمادة 173 يمنح القضاء سلطة الرقابة الدستورية بطريق الامتناع، لأن القول بغير ذلك يتعارض مع الواجب الملقى على عاتق السلطة التشريعية بإصدار القانون المنشئ للمحكمة الدستورية، فضلاً عن تعارضه مع مبدأ سمو الدستور، كما أن النص على صدور قانون لإنشاء المحكمة الدستورية غايته ومقصده تحقيق الرقابة الدستورية وضمان احترام الدستور، فلا يمكن بعد إذ أن يحمل مقصد المشرع على إبقاء البلاد بدون رقابة على دستورية القوانين في الفترة ما بين النص وتفعيله¹⁸¹، خصوصاً وأن هذه الفترة طال امتدادها لسنين عديدة، والمادة 173 إذ أثبتت اختصاص الرقابة للمحكمة الدستورية أرادت التأكيد على هذه الرقابة، وليس منع المحاكم العادية من تطبيق الدستور واحترام القواعد القانونية وتدرجها¹⁸².

رابعاً/ الإقرار بأسلوب معين من الرقابة لا يقتضي استبعاد الأساليب الأخرى، والنص المستحدث لتنظيم موضوع معين لا يعطل التنظيم السابق، بل يظل معمولاً به لحين العمل بالنظام الجديد.

لا ينبغي أن يستفاد من إقرار المشرع لرقابة الإلغاء؛ استبعاد أساليب أخرى من الرقابة كرقابة الامتناع، وهذا ما يقتضيه المنطق التكاملي لنصوص الدستور، وفي الدستور الكويتي نفسه تطبيق لذلك، حيث إن نص المادة 169- الذي ينص على أن " ينظم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة غرفة أو محكمة خاصة يبين القانون نظامها وكيفية ممارستها للقضاء الإداري

¹⁸¹ عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 249.

¹⁸² مشاري غازي المطيري، مدى الرقابة على دستورية القوانين في دولة الكويت، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2013، ص 60.

شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة إلى القرارات الإدارية المخالفة للقانون¹⁸³. - لم يمنع القضاء من الفصل في المنازعات الإدارية إلى حين صدور ذلك القانون. وإذا كان الدستور بموجب المادة 180 قد اشترط لاستمرار التشريعات السابقة على العمل به أن تتفق مع أحكامه، فإنه من باب أولى ألا تستمر التشريعات المخالفة له ما دامت صادرة في ظله¹⁸⁴.

خامساً/ حرمان المحاكم العادية من الرقابة الدستورية يتعارض مع الدستور نفسه

إن القول بمنع المحاكم من النظر في المسائل الدستورية ينطوي على نتيجة ضارة بحق الأفراد في التقاضي، وهو ما يتعارض مع نص المادة 166 من الدستور التي تؤكد على حق الأفراد في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، حيث نص على أن " حق التقاضي مكفول للناس، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق¹⁸⁵". وإذا كان هذا النص قد خول القانون تنظيم هذا الحق، فإن التنظيم يجب ألا يتجاوز إلى التقييد على نحو يحول دون اقتضاء الفرد لحقه¹⁸⁶.

سادساً/ قياس وضع الرقابة في الكويت بالوضع الذي كان سائداً في مصر، والاستشهاد بالقضاء الفرنسي في إثبات سلطة الرقابة للقضاء العادي.

لمّا كان وضع الكويت شبيهاً بالوضع الذي ساد في مصر في ظل دستور 1923، وكان القضاء في مصر لم يتوان في تلك المرحلة عن تقرير اختصاصه بالرقابة الدستورية بطريق الامتناع في

¹⁸³ الدستور الكويتي.

¹⁸⁴ عثمان خليل عثمان، نقلاً عن الدكتور عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ويعلق الدكتور عادل على هذه الحجة أنها حجة غير دقيقة لأن الكويت لم تشهد قبل صدور القانون الخاص بالمحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 أي تنظيم للرقابة على دستورية القوانين حتى يمكن القول باستمراره حتى يصدر القانون المنظم للوضع الجديد. انظر المرجع السابق، ص30. وبالرغم من ذلك نرى أنها حجة وجيهة، فما ذهب إليه الدكتور عثمان هو قياس الرقابة الدستورية برقابة المشروعية التي يمارسها القضاء الإداري، لتقريب فكرة أن النص على رقابة بعينها لا يحول دون ممارسة نوع آخر من الرقابة، وليس قياساً كلياً.

¹⁸⁵ الدستور الكويتي.

¹⁸⁶ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص31.

تلك المرحلة على الرغم من خلو الدستور من أي ذكر للرقابة، فإنه أحرى بالمحاكم الكويتية أن تسلك ذلك المسلك تلافياً للفراغ من الرقابة الدستورية، كما تم الاستشهاد بالنظام القضائي الفرنسي الذي أثبت لنفسه سلطة الرقابة الدستورية وتفسير النصوص الدستورية بالرغم من وجود رقابة سياسية آنذاك¹⁸⁷. ونرى وجهة هذه الحجة مع الإشارة إلى أن هنالك فارقاً في الوضع بين مصر والكويت، ففي مصر كان الفراغ من تنظيم الرقابة الدستورية فراغاً دستورياً، في حين أن الفراغ في الكويت من تنظيم للرقابة الدستورية كان فراغاً قانونياً، وفي كلا النموذجين حصل الفراغ الواقعي المقترن كامتداد عن التراخي في إصدار النص الدستوري في مصر، والنص القانوني في الكويت، ومن ثم كانت الحاجة ملحة للجوء لرقابة الامتناع.

المطلب الثاني

موقف القضاء من الرقابة الدستورية بطريق الامتناع

إذا كان الفقه الكويتي قد انقسم في موقفه من رقابة الامتناع، فإن القضاء الكويتي قد حسم أمره في هذه المسألة، وفي هذا المطلب نعرض لموقف المحاكم قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا أولاً، ثم نبين موقفها بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا وتفعيلها ثانياً.

أولاً/ موقف المحاكم الكويتية قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا

ظل الجدل الفقهي قائماً حتى أتاحت للقضاء الكويتي فرصة سانحة لإبداء موقفه من مدى اختصاصه بالرقابة الدستورية خلال فترة الفراغ القانوني، وقد تبنى القضاء الكويتي الرأي الأول،

¹⁸⁷ المرجع السابق، ص 31.

حيث دفع الطاعن أمام الدائرة التجارية الأولى لمحكمة الاستئناف العليا بعدم دستورية القانون رقم 18 لسنة 1969 الخاص بتحديد أملاك الدولة خارج خط التنظيم العام لتعارضه مع المادة 18 من الدستور والتي تقضي بعدم جواز نزع الملكية إلا بسبب المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل¹⁸⁸. إذ ادعى الطاعن من جهة أولى أن القانون جعل اختصاص تقدير التعويض عن الأراضي المثلثة إلى لجنتي الاعتراض والتثمين في البلدية في حين أن المحاكم تشترك كذلك بالفصل في الدعوى حتى في حالة اختصاص لجنة التثمين في النطاق الذي حدده القانون، ومن جهة ثانية أن التعويض لم يكن عادلاً لاقتصاره على جزء من الأرض مقداره 90,000 قدمًا مربعًا، في حين أن الأرض المنزوع ملكيتها تبلغ مساحتها 1648639 قدمًا مربعًا، فطلب من المحكمة الامتناع عن تطبيق القانون وإعمال نص المادة 18 من الدستور، لكن المحكمة قضت بعدم اختصاصها وبقيّة المحاكم بالرقابة على دستورية القوانين، وسببت المحكمة حكمها بأن المشرع الدستوري قد استبعد كل رقابة أخرى من القضاء العادي حين خول المحكمة الدستورية ذلك الاختصاص، وأنه لا يسوغ للمحاكم أن تعالج المخالفة الدستورية المتمثلة في عدم إنشاء المحكمة الدستورية بمخالفة دستورية تتمثل في ممارسة اختصاص الرقابة دونما سند قانوني¹⁸⁹، واستندت المحكمة في حكمها هذا إلى عدد من الحجج:

1- أنّ رقابة الإلغاء التي نص عليها الدستور تجبُّ رقابة الامتناع

" إن الدستور نص صراحة على إنشاء الجهة القضائية المناط بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين، وبذلك يكون قد عني، حتى قبل صدور ونفاذ قانون إنشاء الجهة سالفة الذكر، أن يفرد

¹⁸⁸ المادة 18 من الدستور الكويتي " الملكية الخاصة مصنونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً."

¹⁸⁹ علي رشيد أبو حجيّة، المرجع السابق، ص90.

تلك الجهة دون غيرها بها، وأن يسلب ما كان عسى أن يكون لسواها- ومنها المحاكم- من حق ممارسة رقابة الإلغاء...، لما كان ذلك وكان من المقرر أنه لا مساغ للاجتهاد عند صراحة النص، وكان نص الدستور صريحاً في هذا المقام، فقد لزم النزول عند إرادته، وعدم إسباغ تلك الرقابة- ولو كانت رقابة امتناع عن تطبيق التشريع- لأية جهة كانت غير تلك التي حددها، ذلك لأن رقابة الإلغاء التي نص عليها الدستور تجب رقابة الامتناع، وأن القول بتحويل المحاكم رقابة الامتناع، إنما يعني ابتداء نوع من الرقابة غير الذي حدده الدستور، وإعطائه لجهة غير التي عينها، وفي هذا وذاك مخالفة لصريح نص الدستور لا يجوز للمحاكم الإقدام على إتيانه¹⁹⁰.

2- لا يجوز تصحيح المخالفة الدستورية بمخالفة دستورية

" إن القول بتحويل المحاكم رقابة الامتناع إلى حين صدور ونفاذ قانون إنشاء الجهة القضائية التي نص عليها الدستور بمقولة أن عدم إصدار ذلك القانون يشكل مخالفة للدستور، إنما هو قول داحض؛ إذ هو لا يجادل في انتفاء اختصاص المحاكم بهذه الرقابة في حالة قيام الجهة القضائية الخاصة، ومن جهة أخرى فإنه يسوغ للمحاكم أن تقدم على علاج تلك المخالفة بمخالفة دستورية تأتيها من جانبها، حين تقيم من نفسها جهة رقابة مبتدعة، وتعطي نفسها نوعاً من الرقابة مبتدعاً، وكلاهما فيه مخالفة للدستور."

3- لا يصح قياس الفراغ الدستوري بالفراغ القانوني

" لا يمكن القياس على الوضع الذي كان سائداً في مصر عام 1948، عندما أصدر مجلس الدولة حكمه في أحقيته بالامتناع عن تطبيق القوانين غير الدستورية، للقول بأن المحاكم في الكويت لها

¹⁹⁰ حكم المحكمة الاستئنافية الكويتية الصادر في القضية رقم 162 لسنة 1970، الدائرة التجارية الأولى، نقلاً عن د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1983، ص63 وما بعدها.

هي الأخرى حق الامتناع عن أعمال القوانين المخالفة لأحكام الدستور، وذلك لاختلاف الوضع في الحالتين. فالدستور المصري الصادر عام 1923، والذي صدر في ظل حكم مجلس الدولة السالف الذكر، وكذلك الدساتير الصادرة بعد ثورة 23 يوليو 1952 قد جاءت خلواً من أي نص ينظم الرقابة على دستورية القوانين، في حين أن الدستور الكويتي قد أورد نصاً صريحاً منظماً للرقابة على دستورية التشريع، وأفصح كذلك بصريح النص عن جهة معينة تمارس الرقابة عن طريق دعوى الإلغاء، فليس للمحاكم إذن في غيبة التشريع المنشئ لهذه الجهة، أن تسد الثغرة لخلق جهة للرقابة ونوع من الرقابة غير اللذين قضى بهما الدستور.

بهذه الحجج حسمت محكمة الاستئناف العليا الجدل الفقهي الذي كان قائماً، وأغلقت الطريق أمام المحاكم الأخرى لتقرير رقابة الامتناع لنفسها، بحكم أنها أعلى جهة قضائية في الكويت آنذاك. ولقد عارض جانب من الفقه - نؤيده - موقف المحكمة فساقوا الحجج لتلك المعارضة في نقاط نذكرها فيما يلي¹⁹¹:

- إن حجة المحكمة بأن رقابة الإلغاء المركزية تجب رقابة الامتناع اللامركزية؛ كانت لتكون صالحة في حالة إنشاء تلك الجهة ومباشرتها اختصاصاتها بإلغاء النصوص غير الدستورية بالفعل، أما في حالة عدم نشوء تلك الجهة فإن دعوى الإلغاء التي قررها الدستور تكون معطلة، فما الذي يمنع المحاكم العادية من مباشرة حقها الطبيعي في المنازعات، ومن ذلك المنازعة بين القواعد القانونية وتفضل فيها بتغليب أسماها عليها جميعاً فيما لو ثبت التعارض؟ إذ في هذه الحالة لا وجود لجهة تمارس دعوى الإلغاء سوى تلك التي قررها الدستور، ولن يكون هنالك جمع بين دعوى الإلغاء وبين امتناع المحاكم العادية عن تطبيق النص المخالف للدستور، علاوة على أن الجمع

¹⁹¹ عادل الطنطباتي، ص 34 وما بعدها.

بين الصورتين لا يوجد ما يمنعه في صور الرقابة. ونضيف على ذلك أن نص المادة 173 وإن كان صريحاً في تخويل القانون مهمة إنشاء جهة متخصصة، إلا أنه لم يكن صريحاً في حرمان غيرها من الجهات من رقابة الامتناع، وأن هذه النتيجة لم يقرّها نص الدستور، وإنما قررها اجتهاد المحكمة، حيث فسرت سكوت المشرع الدستوري عن المسألة على أنه رفض، وهو التفسير الذي تناقضه الغاية الظاهرة للمشرع في المادة 173، فالمشرع ابتغى تفعيل الرقابة الدستورية بوسيلة إنشاء جهة متخصصة، ولم يرد بوضعه لهذه الجهة أن يجعلها غايةً بحد ذاتها، لتصبح عقبةً أمام المحاكم العادية في مباشرة رقابة الامتناع، وبذلك يظهر لنا أن تفسير المحكمة لنص المادة 173 هو عدولٌ عن تحقيق الغاية حفظاً للوسيلة، وهو مخالف لقصد المشرع في المقام الأول.

- إن حجة المحكمة بعدم جواز تصحيح المخالفة الدستورية بمخالفة دستورية غير دقيقة، فما ذهبت إليه المحكمة في حكمها ينطوي بحد ذاته على مخالفة دستورية لنص المادة 166 الذي يخول الأفراد حق اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، علاوةً على إنكاره للرقابة القضائية التي قررها الدستور بغية حماية حقوق الأفراد وحرّاتهم من اعتداءات السلطة التشريعية عليها، وهو إسهام من المحكمة للسلطة التشريعية بتقصيرها الدستوري في التراخي عن إنشاء الجهة القضائية لمدة غير معقولة. ونضيف إلى ذلك، أن هذه الحجة مبنية على افتراض أن تفسير النص يقضي بأن المشرع أراد من تخصيصه جهة بعينها بنوعٍ من الرقابة؛ حرمان المحاكم العادية من أي نوعٍ آخر، وهو تفسير لم ينطق به النص وإنما نطقت به المحكمة بفعل تأويل النص، وكان من الأولى أن تستجيب المحكمة لمقتضيات الواقع فتفسّر المادة 173 تفسيراً يخدم الواقع ويحقق الإرادة الظاهرة للمشرع الدستوري في وجود رقابة دستورية ولو بطريق الامتناع، ما دام هذا النص يحتمل التأويل إلى هذا المآل، لاسيما وأن ذلك من شأنه أن يحفز المشرع لأن يعبر عن إرادته، فيسارع إلى إصدار تشريع يحظر على المحاكم رقابة الامتناع إذا كانت تلك غايته فعلاً.

- إن قول المحكمة بعدم جواز قياس الفراغ الدستوري في مصر الذي كان سببه خلو الدستور من النص؛ بحالة الفراغ القانوني في الكويت التي نص فيها الدستور على الجهة وتراخي التشريع عن النص، يعني في مضمونه أن نص المادة 173 في الدستور الكويتي ضرت أكثر مما نفعت، وأن عدمها أفضل من وجودها، إذ بدونها ما كان لأحد أن يقول في الكويت بعدم صلاحية القضاء العادي برقابة الامتناع، في حين أن المشرع الدستوري إذ أورد نص المادة 173 قصد إيجاد رقابة أكثر فعالية من تلك التي يمكن أن تكون موجودة في حال انعدام النص. ونضيف على ذلك، أن المشرع الكويتي في المذكرة التفسيرية لنص المادة 173 كان قد تبني حكمة المشرع المصري التي قررها في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 81 لسنة 1969 من تخصيص الجهة ممثلة في عدم ترك مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على كافة المستويات، غير أنه عدل عن حكمة المشرع المصري إذ جعل في ذات القانون حلاً مرحلياً لتفادي حالة الفراغ الواقعي بأن جعل المحكمة العليا مختصة بالرقابة ريثما تنشأ المحكمة الدستورية.

ثانياً/ موقف المحاكم الكويتية بعد إنشاء المحكمة الدستورية

صدر القانون رقم 14 بإنشاء المحكمة الدستورية الكويتية عام 1973 وقد نص في المادة الأولى منه على أن "تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح وفي الطعون الخاصة بانتخاب مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم، ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم"¹⁹².

¹⁹² ويشمل ذلك الحكم برفض الدفع بعدم الدستورية وليس مجرد الحكم بعدم الدستورية، ومن ذلك ما قضت به محكمة التمييز الكويتية- الأحكام المدنية والتجارية- في الطعن رقم 334، لسنة 2002 قضائية، بتاريخ 4 أكتوبر 2003، بأنه "من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية- أن النص في المادة الأولى من القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية

ولقد تبني هذا القانون رقابة الإلغاء المركزية، حيث بين في المادة الرابعة¹⁹³ أن المنازعات ترفع للمحكمة الدستورية إما عن طريق المحكمة من تلقاء نفسها بمناسبة الفصل في نزاع قائم أمامها، أو عن طريق الدفع الفرعي من أحد الخصوم، كما جعلت طريقاً لانعقاد النزاع الدستوري بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء، ولم ينص هذا القانون على صلاحية المحكمة الدستورية للتصدي من تلقاء نفسها للمنازعات الدستورية التي تعرض عليها في معرض مباشرة اختصاصها خلافاً للقانون المصري، بيد أن الفقه كان قد اتجه للقول بأنه إذا كان القانون قد سمح لمحاكم الموضوع أن تتعرض من تلقاء نفسها للمسائل الدستورية، فإنه من باب أولى أن يكون للمحكمة

على أن " تنشأ محكمة دستورية تختص دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية، وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، وفي الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة وبصحة عضويتهم، ويكون حكم المحكمة الدستورية ملزماً للكافة ولسائر المحاكم"، والنص في المادة 19 من مرسوم لائحة المحكمة الدستورية على أن "تشر في الجريدة الرسمية جميع الأحكام والقرارات التي تصدر من المحكمة مشتملة على أسبابها ومرفقاتها خلال أسبوعين من تاريخ صدورها" مؤداه أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع جهات القضاء، سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس، وذلك لأن الدعوى الدستورية هي بطبيعتها دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النص التشريعي المطعون عليه بعبء دستوري، ولعمومية نص المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية، فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه وإلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان. لما كان ذلك، وكان الطاعنون يطلبوا الحكم بعدم دستورية القانون رقم 41 لسنة 1993 في شأن شراء الدولة بعض المديونيات وكيفية تحصيلها الذي سبق للمحكمة الدستورية أن قضت برفض الدفع بعدم دستوريته في الأحكام الصادرة من لجنة فحص الطعون في الطعن رقم 3 لسنة 1996 دستوري بتاريخ 1996/1/4، وفي الطعنين رقمي 35، 39 لسنة 1997 دستوري بتاريخ 1997/5/10، وكان قضاؤها هذا له حجية مطلقة حسمت الخصومة بشأن دستورية هذا القانون حسماً قاطعاً مانعاً من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنه، بما يتمتع معه على الطاعنين معاودة طرح النزاع في دستورية هذا التشريع من جديد، ومن ثم تنتهي مصلحتهم في الطعن على هذا القانون، ويضحي الدفع المبدى منهم في هذا الخصوص غير مقبول." شبكة قوانين الشرق.

¹⁹³ المادة 4 " ترفع المنازعات إلى المحكمة الدستورية بإحدى الطريقتين الآتيتين: أ- بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء.

ب- إذا رأت إحدى المحاكم أثناء نظر قضية من القضايا سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع جدي تقدم به أحد أطراف النزاع، أن الفصل في الدعوى يتوقف على الفصل في دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة توقف نظر القضية وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيها. ويجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بعدم جدية الدفع وذلك لدى لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في خلال شهر من صدور الحكم المذكور وتفحص اللجنة المذكورة في هذا الطعن على وجه الاستعجال."

الدستورية أن تتصدى من تلقاء نفسها للمسائل غير الدستورية¹⁹⁴، وإذا كان المشرع ابتداءً قصر الدعوى الدستورية لصالح مجلس الأمة ومجلس الوزراء، غير أنه في مرحلة لاحقة تبنى طريق الدعوى الدستورية، وذلك بالقانون رقم 109 لسنة 2014، حيث نص في مادته الأولى، على أن "تضاف إلى القانون رقم (14) لسنة 1973 المشار إليه مادة جديدة برقم (رابعة مكرراً) نصها كالآتي: "لكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه، على أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية."

وتعتبر أحكام المحكمة الدستورية ملزمة كما قدّمنا ولها حجية مطلقة قبل الكافة، وفيما يتعلق بآثارها؛ فإن الحكم بعدم الدستورية يعني إلغاء النص واعتباره كأن لم يكن كما جاء نص المادة 173 من الدستور، وكذلك ما نص عليه حكم المادة السادسة من قانون الإنشاء " إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة أو عدم شرعية لائحة من اللوائح الإدارية لمخالفتها لقانون نافذ، وجب على السلطات المختصة أن تبادر إلى اتخاذ ما يلزم من تدابير لتصحيح هذه المخالفات وتسوية آثارها بالنسبة للماضي." حيث يظهر من ذلك أن حكم المحكمة الدستورية له أثر كاشف لا منشيء، فهو يرتد بآثاره إلى يوم صدور النص المقضي بعدم دستوريته، فيعدها من ذلك التاريخ، وبذلك يزول من البناء القانوني للدولة، وفي حال ترتبت على هذا النص آثار عملية قبل الحكم بدستوريته فينبغي على السلطات المختصة أن تبادر لاتخاذ ما يلزم لتسوية الآثار التي حدثت في الماضي، ولا نجد في التشريع الكويتي أي استثناء للأثر الكاشف

¹⁹⁴ عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، المرجع السابق، ص254.

للحكم بعدم الدستورية أو أي تقييد للأثر المترتب عليه، غير أن المحكمة الدستورية قد قضت في أحد أحكامها بعدم انسحاب أثر امتناع تطبيق النص على الحقوق والمراكز القانونية المستقرة ولا يترتب عليه إهدار حجية الأحكام المبنية عليه أو إنكارها، ويعلق الدكتور عادل الطبطبائي على ذلك بأن المحكمة في هذا الحكم قررت حكمًا جديدًا لم يرد في قانون الإنشاء ولا في الدستور، حيث قيدت الأثر الرجعي فحظرت انسحابه على المراكز القانونية الناشئة عن الأحكام القضائية المبنية على النص المحكوم بعدم دستوريته، وأن الحكم قد خالف أحكام الدستور وقانون الإنشاء إذ لم يرد فيهما أي تقييد للأثر الرجعي كما فعلت بعض الدول الأخرى¹⁹⁵.

وعلى كلٍ فما يهمننا في هذا الصدد، هو معرفة التاريخ الذي باشرت فيه المحكمة الدستورية الكويتية اختصاصاتها، والحقيقة أننا لا نجد مصدرًا يقطع بالتاريخ الذي باشرت فيها المحكمة الدستورية الكويتية اختصاصها في الواقع العملي، والظاهر بين أيدينا من الأحكام القضائية أن أول سنة قضائية للمحكمة الدستورية كانت عام 1979، بيد أننا وقفنا على حكم لمحكمة الاستئناف العليا بالكويت في تاريخ 23 يناير 1975 مارست فيه محكمة الاستئناف رقابتها على جدية الدفع منتهيةً في حكمها هذا إلى رفض الدفع بعدم الدستورية¹⁹⁶، وهو ما يدفعنا لترجيح أن النظام الكويتي لم يمر بمرحلة فراغ واقعي مجرد، حيث باشرت المحكمة اختصاصاتها خلال مدة معقولة، وحتى وإن كان من المحتمل أن يكون النظام الكويتي قد مر بحالة فراغ واقعي مجرد في الفترة ما بين عام 1973 وعام 1979 إلا أنه لم يكن فراغًا مؤثرًا لقصر امتداده وسرعة تلافيه.

¹⁹⁵ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، 484-487

¹⁹⁶ عثمان عبد الملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت: دراسة تحليلية نقدية مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1986، ص 74 في الهامش.

وبموجب صدور القانون - الآنف ذكره - باتت المحاكم العادية تختص بالرقابة على جدية الدفع، فبعد أن كانت تحكم بعدم الاختصاص حينما يدفع أحد الخصوم بعدم دستورية النص المراد تطبيقه في النزاع؛ باتت وظيفتها متمثلة في البحث في مدى جدية الدفع، فإذا وجدت أن الدفع جدي في الفصل في النزاع القائم أمامها، أوقفت النظر في الدعوى وأحالت المسألة الدستورية للمحكمة الدستورية للفصل بها، وإذا وجدت أن الدفع غير جدي حكمت بعدم قبول الدفع¹⁹⁷. ومن ذلك الحكم الذي أشرنا إليه عام 1975، وكذلك ما قضت به محكمة الاستئناف العليا " بجلسة 19/11/1978 بوقف نظر الطعن...، وإحالة أمر الفصل في دستورية حكم المادة الثانية من قرار وزير التجارة والصناعة رقم 52 لسنة 1974 إلى المحكمة الدستورية، وبنت قضاءها على القول بأنه " نظرًا لما تراه المحكمة من أن دفاع المستأنف عليه القائم على بطلان التعاقد للسبب المتقدم يؤثر - إن صح في نتيجته الفصل في الدعوى، ولتوقف صحته على ما يسفر عنه الفصل في أمر دستورية نص المادة الثانية من قرار وزير التجارة والصناعة رقم 52 لسنة 1974 التي تمسك المستأنف بأعمال حكمها¹⁹⁸. " وعلى ذات المنوال سارت المحكمة في أحكامها الحديثة مراقبة جدية الدفع بعدم الدستورية، ويخضع تقدير المحكمة لمسألة الجدية لتقدير محكمة التمييز الكويتية، فقد قضي بأنه " وحيث إنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية يكون بإجماع أمرين لازمين: أولهما: أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازمًا للفصل في النزاع الموضوعي، وثانيهما: أن تكون هناك شبهة ظاهرة على خروج النص التشريعي - محل الدفع - على أحكام الدستور، كما أنه من المقرر أيضًا أنه وإن كان تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية هو في الأساس من سلطة محكمة الموضوع بغير معقب، إلا أن شرط ذلك أن تقيم قضائها على

¹⁹⁷ المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية.

¹⁹⁸ حكم محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الدستورية، في الطعن رقم 1، لسنة 1979 قضائية، بتاريخ 12 مايو 1979، شبكة قوانين الشرق.

أسباب سائغة تكفي تحمله، وأن تضمن حكمها ما ينبىء عن أعمال تقديرها في هذا الشأن على ضوء ما أثاره مبدي الدفع من أسباب تأييداً لدفعه، بحيث تتناول في حكمها هذه الأسباب بالبحث والتمحيص، وأن تتحرى شبهة عدم الدستورية في شأن النص محل هذا الدفع، وأن تتحقق من مدى صحة هذه الشبهة، وأن تبين في حكمها المبررات التي اعتمدت عليها في رفضها للدفع على نحو يدل على أنها قد أخضعت فعلاً أمر مدى الجدية فيه لتقديرها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه، وإذ قضى برفض الدفع بعدم الدستورية، دون أن يورد الحكم ما ساقه الطاعن من أسباب تأييداً للدفع المقدم منه، فإن الحكم يكون بذلك قد جاء قاصر البيان، مما يتعين معه القضاء بإلغائه في هذا الشق ويتعين من ثم قبول هذه الدفع، وإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية - بكامل هيئتها - لإعمال رقابتها على هذا النص لتستبين مطابقته أو عدم مطابقته لأحكام الدستور، باعتبار أنها هي صاحبة الولاية في هذا الشأن، ولها وحدها القول الفصل في مدى دستورية التشريعات¹⁹⁹.

هذا الدور الذي خوله التشريع للقضاء العادي بالفصل في مدى جدية الدفوع بعدم الدستورية، هو دور بالغ الأهمية وهو من صميم فحص دستورية التشريعات، إذ أن السلطة التي يملكها القضاء العادي تحدد مصير التشريع في الخضوع لميزان الرقابة أو عدم خضوعه، فهي بمثابة رقابة أولية على دستورية النص، فإن وجدت شبهة عدم الدستورية أحيل الدفع للمحكمة الدستورية، وهذا الاختصاص بوجه من الوجوه يثبت أن القضاء العادي يملك آليات وإمكانات تمكّنه من النظر في دستورية النصوص والتقاط شبهة عدم الدستورية، ولهذا فإننا نرى أن منهج المشرع في جعل القضاء العادي جزءاً في عملية الرقابة الدستورية وحلقة وصل بين الطاعن والمحكمة الدستورية يتضمّن إقراراً بصلاحيّة القضاء العادي لأن ينوب عن القضاء الدستوري في حال غيابه، لضرورة قيام

¹⁹⁹ حكم محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الدستورية، في الطعن رقم 2، لسنة 2016 قضائية، صدر بتاريخ 11 مايو 2016، شبكة قوانين الشرق.

المحاكم بممارسة دور الامتناع في ظل الفراغ القانوني، إلى حين إنشاء المحكمة الدستورية، فبعيد عن المنطق القانوني أن النص في الدستور على ضرورة قيام جهة قضائية للرقابة على دستورية يعني حرمان القضاء العادي من ممارسة الرقابة إذ إن قانون المحكمة الدستورية ذاته قد أعطى في المادة الرابعة في الفقرة باء للمحاكم العادية سلطة الرقابة على جدية الدفع وهو عملٌ من صميم فحص الدستورية.

وخلاصة القول، إن القضاء الكويتي في حالة الفراغ القانوني تعامل تعاملًا سلبيًا مع النصوص المخالفة للدستور، ففضى بعدم اختصاصه بالنظر في الدفوع الدستورية، وعمل على تطبيق النصوص المدفوع بعدم دستورتها دون محاكمة للمخالفات التي قد تكتنفها، وذلك إلى حين انتهاء حالة الفراغ القانوني بصدور القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية، حيث بات يمارس اختصاصه المحدد بموجب المادة الرابعة معملاً للرقابة على جدية الدفوع بعدم دستوريته.

الفصل الثاني

الرقابة الدستورية في دولة قطر ورقابة الامتناع

يأتي هذا الفصل لبحث الفراغ من الرقابة الدستورية في دولة قطر والتي امتدت منذ دخول دستور دولة قطر الدائم حيّز النفاذ عام 2005 وحتى يومنا هذا، حيث نعرض لرقابة الامتناع كحلٍ وقّتيّ، يدعّم اللجوء إليه واجبُ القضاء العادي في حل المنازعات المعروضة عليه، ووظيفته في إعلاء مبدأ الشرعية، وواجبه في احترام الدستور واحترام التدرج التشريعي.

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين يتناول المبحث الأول نشأة الرقابة الدستورية في قطر مرورًا بتطور الدساتير والقضاء العادي، كما يتناول حالات الفراغ من الرقابة الدستورية التي مرت بها البلاد، وتكييف الوضع القائم للفراغ من الرقابة الدستورية. ثم يأتي المبحث الثاني، مسلطاً الضوء على موقف الفقه وموقف القضاء من حالة الفراغ الواقعي ورقابة الامتناع في قطر، مبيّناً الأسانيد التي تدعم الأخذ برقابة الامتناع في حالة الفراغ في دولة قطر، ومفنداً الاعتراضات الموجهة على رقابة الامتناع. وذلك وفق التقسيم الآتي:

- المبحث الأول/ نشأة الرقابة الدستورية في قطر والفراغ من الرقابة الدستورية
- المبحث الثاني/ اتجاهات الفقه والقضاء من حالة الفراغ الواقعي ورقابة الامتناع في قطر

المبحث الأول

نشأة الرقابة الدستورية في قطر والفرغ من الرقابة الدستورية

يعتبر النظام الدستوري في دولة قطر نظامًا حديث النشأة، وبالرغم من حداثة فقد تطور النظام الدستوري في قطر بشكلٍ متسارع وملحوظ، وفي هذا المبحث نتناول في المطلب الأول التطور التاريخي للرقابة الدستورية في دولة قطر على مرّ المراحل والدساتير التي صدرت في البلاد، ثم في المطلب الثاني نتناول تدارك الفراغ القانوني في دولة قطر متفحصين النصوص القانونية التي صدرت لتنظيم الرقابة الدستورية، وأخيرًا نتناول في المطلب الثالث تكييف حالة الفراغ من الرقابة الدستورية بعد صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية.

المطلب الأول

التطور التاريخي لتنظيم الرقابة الدستورية في دولة قطر

مرت دولة قطر عبر تاريخها السياسي بمنعطفات تاريخية مهمة في تطور تأسيس الدولة، ولم تعرف دولة قطر التنظيمات الحديثة للدولة حتى بداية النصف الثاني من القرن العشرين، فلقد كانت السلطة تتمركز في الشيخ الحاكم وكبار رجال أسرته، وتستمد قوتها من قوة شخصيته ومكانته الاجتماعية ووضعه الاقتصادي الموروث، وكان الشيخ يجمع بين يديه كافة السلطات فهو المشرع والمنفذ والقاضي، حيث كان الحكم يقوم على أساس السلطة المطلقة والشاملة للحاكم، ولم يكن في تلك الفترة تشريع أو قانون مكتوب يحدد سياسة الحكم، فكانت الأعراف والتقاليد المتوارثة تقوم مقام

الدستور اليوم²⁰⁰. ولقد مرت دولة قطر بثلاثة دساتير مكتوبة، فشهدت عام 1970 النظام الأساسي المؤقت قبل أن تتال استقلالها، ثم بعد استقلالها عام 1972 صدر النظام الأساسي المؤقت المعدل، وأخيراً عام 2004 صدر الدستور الدائم لدولة قطر²⁰¹.

يهيمن في هذا المطلب، أن نقف على وضع الرقابة الدستورية في تاريخ دولة قطر، وفي سبيل بحث ذلك نجد أن التاريخ القانوني للرقابة الدستورية مر بأربع مراحل، فأولاً، مرحلة ما قبل صدور النظام الأساسي المؤقت، ثم مرحلة النظام الأساسي المؤقت عام 1970، ثم مرحلة النظام الأساسي المؤقت المعدل عام 1971، وأخيراً مرحلة الدستور الدائم لدولة قطر عام 2004.

أولاً/ مرحلة ما قبل النظام الأساسي المؤقت

عرفت دولة قطر النظام القضائي قبل استقلالها بأعوام عديدة، بل وحتى قبل بروز مظاهر الحياة الإدارية في الدولة، فكانت السلطة القضائية أسبق في النشأة من السلطة الإدارية، حيث تأسست أول محكمة شرعية في دولة قطر في بداية القرن العشرين، ومنذ إنشائها كانت قد بدأت في تسجيل القضايا والأحكام بعد أن كان القضاة يصدرون أحكامهم شفهيًا قبل هذا التاريخ معتمدين في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، فلم تكن دولة قطر في تلك المرحلة تعرف التشريعات المقننة بعد، ومع تطور أوضاع البلاد واتساع أجهزة الحكم والإدارة، واتساع العمران البشري وكثرة المصالح؛ أنشئت رئاسة للمحاكم الشرعية برئاسة قاضي القضاة وهو المفتي آن ذاك²⁰².

²⁰⁰ أحمد زكريا الشلق، تطور قطر السياسي من نشأة الإمارة إلى استقلال الدولة، مطابع رينود الحديثة، الدوحة، قطر، 2005، ص 173-174.

²⁰¹ حسن عبد الرحيم السيد، مجموعة الوثائق الدستورية لدولة قطر، دار النهضة العربية، 2010، ص 29.

²⁰² أحمد زكريا الشلق، المرجع السابق، ص 185.

ثم لما توسعت المجالات العملية في الحياة، لا سيما فيما يتعلق بالقضايا المدنية والمرورية، وقضايا العمال، ومع صدور بعض القوانين المدنية والجنائية وغيرها من التشريعات من قِبَل الحاكم²⁰³؛ أنشئت المحاكم العدلية فصدر القانون رقم 4 لسنة 1962 بإنشاء محكمة العمل، وكانت أول محكمة مدنية متخصصة، ومن بعده صدر مرسوم بقانون رقم 18 بشأن إنشاء محكمة المرور عام 1968، ثم مرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1969 بإنشاء محكمة شؤون بلدية قطر، ثم القانون رقم 12 لسنة 1970 بإنشاء محكمة قطر الجزائية، ثم القانون رقم 13 لسنة 1971 بنظام المحاكم العدلية، ثم القانون رقم 18 لسنة 1971 بتنظيم انتقال السلطة القضائية إلى المحاكم الوطنية²⁰⁴، ومن هنا يتبين أن هذه المرحلة شهدت البناء الحقيقي للقضاء في دولة قطر.

في هذه المرحلة، بالرغم من وجود قوانين ووجود جهات قضائية تفصل في النزاعات؛ لم يكن من المتصور إثارة مسألة الرقابة الدستورية لا من قريب ولا من بعيد، حيث لم يكن هناك وجود لأي دستور أو نظام أساسي يكون مرجعاً للقوانين، وحتى لو أمكن اعتبار الأعراف السائدة آنذاك بمثابة دستور عرفي؛ فذلك لا يحول دون انتفاء إمكانية إثارة مسألة الرقابة الدستورية، لأن هذه المسألة لا تثور في ظل الدساتير المرنة، وعليه، فإنه لا يمكن الحديث عن فراغ دستوري بالمعنى الذي قدمنا إليه في مرحلة ما قبل صدور النظام الأساسي المؤقت، لأن من شروط تحقق حالة الفراغ الدستوري أن يكون هناك دستور، وأن يخلو هذا الأخير من أي ذكر لمسألة الرقابة، وحيث لا وجود للدستور فإنه لا وجود لحالة الفراغ الدستوري.

²⁰³ حسين محمد البحارنة، التطورات السياسية والدستورية في دول الخليج العربية 1820-2004، دار الكنوز الأدبية،

بيروت-لبنان، 2005، ص104-106

²⁰⁴ مجموعة قوانين قطر 1961-1985، المجلد السادس، إدارة الشؤون القانونية، وزارة العدل، دولة قطر، ص2995،

3001، 3007، 3013، 3016، 3026.

بالرغم من ذلك، يرى البعض أن التفكير في النظام القضائي آنذاك يجعلنا نصل لنتيجة مفادها أن نظاماً للرقابة يمكن استنباطه من اتجاه المحاكم الشرعية القطرية الملغاة، حيث كانت هذه الأخيرة تخضع لنظام قانوني خاص حدّته لنفسها، يقوم على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وليس التشريعات الوضعية، حيث عملت على تأسيس قواعد إجرائية وموضوعية لقضائها، مثل القرار رقم 22 لسنة 2001 بإصدار العقوبات التعزيرية الذي أصدرته المحكمة بالمخالفة لنص المادة الخامسة من قانون العقوبات رقم 14 لسنة 1971 الملغى بالقانون رقم 11 لسنة 2004، حيث كانت المادة الخامسة قد حدّدت اختصاص المحاكم الشرعية في المجال العقابي، ثم صدر القرار من المحكمة موسّعاً اختصاصاتها ومتجاوزاً الحدود التي نص عليها القانون، مستندة في ذلك إلى إعلاء أحكام الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية²⁰⁵.

من ذلك ما ذهب إليه المحكمة الشرعية في أحد أحكامها، إذ قضت بإدانة المتهم بتعاطي الحشيش وحكمت عليه بعقوبة السجن لمدة ثلاثة أشهر وجرده أربعين جلدة تعزيراً بموجب المادة 24 من نظام العقوبات التي أصدرته متجاوزة نصوص قانون العقوبات التي لا تقضي بأكثر من الحبس²⁰⁶. وكذلك في جريمة السب²⁰⁷، وجريمة قيادة مركبة تحت تأثير المسكرات²⁰⁸. فمع أن هذه الجرائم منصوص عليها قانوناً وتدخل في اختصاص المحاكم العدلية؛ اعترفت المحاكم الشرعية لنفسها باختصاص النظر فيها وأصدرت نظامها الخاص فيها إعلاءً لأحكام الشريعة الإسلامية.

²⁰⁵ مبارك الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي: دراسة مقارنة" رسالة

مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون، جامعة القاهرة، 2008، 62-65.

²⁰⁶ حكم المحكمة الابتدائية الشرعية، دائرة الجنايات والحدود، قضية رقم 95/تعزيز/ ابتدائية/ 2004 بتاريخ 21 يناير 2004، قطر.

²⁰⁷ المحكمة الابتدائية الشرعية، دائرة الجنايات والحدود، قضية رقم 342/تعزيز/ ابتدائية/ 2004 بتاريخ 11 مارس 2004، قطر.

²⁰⁸ المحكمة الابتدائية الشرعية، دائرة الجنايات والحدود، قضية رقم 349/تعزيز/ ابتدائية/ 2004 بتاريخ 11 فبراير 2004، قطر.

هذه القضايا وإن كانت لا ترتبط بنظام الرقابة القضائية بشكل مباشر، إلا أنه يمكن أن نستظهر من خلالها أن المحاكم الشرعية قد أعلنت مبدأ سمو المصادر الإسلامية للتشريع واعتبرتها دستوراً حاكماً لجميع أمور الحياة، ورتبت على ذلك امتناعها عن تطبيق النصوص القانونية الوضعية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، دون أن تمس نفاذ القانون أو أن يكون لها سلطة إلغائه. وبهذا فالقضاء الشرعي قد تبنى بوجه من الوجوه فكرة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في تلك الفترة مقررًا مبدأ سمو أحكام الشريعة الإسلامية، ممتنعًا عن تطبيق ما يخالفها. إلا أن هذه التجربة لم تلق حظها من الاهتمام والعناية والدراسة من قبل الفقه على النحو الذي كان لكلٍ من التجريبتين المصرية والأمريكية من رقابة الامتثال²⁰⁹.

ثانيًا/ مرحلة النظام الأساسي المؤقت 1970 (قبل الاستقلال)

عقب إعلان بريطانيا عن عزمها على الانسحاب العسكري من الخليج عام 1968، سعت إمارات الخليج نحو التوحد، فتم توقيع اتفاقية الاتحاد في ذات العام لينشأ بموجبها اتحاد الإمارات العربية، وكانت قطر من أكثر الإمارات اندفاعًا لقيام ذلك الاتحاد، بيد أن الخلاف الذي حدث في الدورة الرابعة للمجلس الأعلى في 21 أكتوبر 1969 حول توزيع المقاعد الوزارية إلى جانب غموض اتفاقية الاتحاد؛ جعل قطر تعدل عن الانضمام وتختار إعلان استقلالها²¹⁰، وكان اتفاق دبي ينص على حق كل إمارة في إصدار دستورها المستقل، وعلى إثر تعثر المفاوضات أصدرت قطر نظامها الأساسي المؤقت عام 1970 بما تتمتع به من سيادة داخلية تمهيدًا لإعلان استقلالها²¹¹، أما سيادتها الخارجية فكانت قد تنازلت عنها للحكومة البريطانية وفقًا لاتفاقية 1916، ومن بعدها

²⁰⁹ مبارك الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، المرجع السابق، ص 67.

²¹⁰ حسن السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، المرجع السابق، ص 130.

²¹¹ حسين محمد البجارنة، المرجع السابق، ص 55.

اتفاقية 1935 حيث أصبحت مشمولة بالحماية البريطانية، وتعهدت قطر بموجب ذلك بعدم إقامة أي علاقات خارجية أو تنازلات أو أي امتيازات دون موافقة بريطانيا²¹².

إن هذا النظام الأساسي المؤقت، يعتبر أول دستور شهدته البلاد طوال تاريخها، وقد اشتمل على سبع وسبعين مادة تنظم نظام الحكم في البلاد، واختصاصات السلطات وحدودها، ونص على حقوق المواطنين وحررياتهم، علاوة على عدد من المبادئ الجوهرية الموجهة لسياسة الدولة. غير أنه قد خلا تمامًا من أي ذكر للرقابة الدستورية، لكنه مع ذلك كان قد تقدم خطوة جريئة في مجال الفصل بين السلطات حيث أسس لمبدأ استقلال القضاء بموجب المادة 72 منه فنص على أن "عدل القضاة دعامة أساسية للحكم في الدولة. والقضاة مستقلون في أداء اختصاصاتهم. ولا يجوز لأية جهة التدخل في سير العدالة"²¹³.

وبموجب هذا الدستور صدر القانون رقم 13 لسنة 1971 بتنظيم المحاكم العدلية، وهو أول قانون لتنظيم السلطة القضائية في دولة قطر، حيث حدد معالم إنشائها وبيّن تشكيلها واختصاصاتها وشروط تعيين القضاة وواجباتهم وحصانته²¹⁴.

في هذه المرحلة؛ ما كانت مسألة الرقابة الدستورية لتثور في المحاكم العدلية، ليس لانعدام الدستور كما في المرحلة السابقة، بل لعدم جموده، ذلك أن النظام الأساسي المؤقت لم يكن دستورًا جامدًا، فقد نصت المادة 74، بأنه "يجوز للحاكم تنقيح هذا النظام الأساسي بالتعديل أو الحذف أو

²¹² حسن السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، المرجع السابق، ص26. تجدر الإشارة إلى أنه وفقًا لاتفاقية 1916 كانت قطر مشمولة بالحماية البريطانية لما يهدد السلم في دولة قطر من جهة البحر فقط، وبعد اتفاقية 1935 باتت بريطانيا ملزمة بالدفاع عن قطر عسكريًا وحمائيتها من كل ما يهدد أمنها من جهتي البحر والبر.

²¹³ حسن السيد، مجموعة الوثائق الدستورية، المرجع السابق، ص234.

²¹⁴ قانون رقم (13) لسنة 1971، بنظام المحاكم العدلية، موسوعة التشريعات القطرية، موقع المجلس الأعلى للقضاء.

بالإضافة إذا ما رأى أن مصالح الدولة العليا تتطلب مثل هذا التنقيح²¹⁵ فمن هذا النص، يظهر أن النظام الأساسي المؤقت كان دستوراً مرتناً، إذ بمقدور الحاكم أن يعدل فيه كيفما شاء وفي الوقت الذي يشاء وبالإجراء الذي يشاء.

ولا محل للرقابة الدستورية في الدساتير المرنة، إذ إن الرقابة الدستورية تعتمد على مبدأ سمو الدستور، وهذا المبدأ لا يكون له معنى إلا في الدساتير الجامدة، بحيث لا تتغير تلك النصوص وتبقى ثابتة كمبادئ راسخة تخضع القوانين لها، أما الدساتير المرنة فليس لها أي سمو إجرائي كالتي تتمتع به الدساتير الجامدة، ومتى لم يكن لمبدأ سمو الدستور مقتضى، فإن الرقابة الدستورية لا يكون لها مقتضى، وبموجب نص المادة 74 يكون الحاكم أسمى من الدستور، حيث يملك إلغاء الدستور أو تعديله برمته متى ما ارتأى أن ذلك من شأنه أن يصب في مصلحة البلاد، ولقد ساهم غياب مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الأساسي المؤقت في استبعاد إثارة مسألة الرقابة الدستورية آنذاك، حيث كانت الأدوات التشريعية جميعها حصراً للسلطة التنفيذية، علاوة على أن السلطة التأسيسية المنشئة للنظام الأساسي المؤقت كانت ممثلة بالأمر رأس السلطة التنفيذية، ومجلس الشورى لم يكن له إلا دوراً استشارياً في بشأن مشروعات القوانين، إذ ما كان له أكثر من تقديم توصيات غير ملزمة بشأنها²¹⁶.

من جانب آخر، فإن القضاء في تلك المرحلة ما كان يتمتع بضمانات تخوّله أن يكون قضاءً مُنشئاً، فحتى وإن كانت المادة 23 من القانون رقم 13 لسنة 1971 قد أكدت على ضمانات استقلال القضاء بقولها " القضاء مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون وتصدر أحكامهم وتنفيذ

²¹⁵ حسن السيد، مجموعة الوثائق الدستورية، المرجع السابق، ص 235.

²¹⁶ حسن السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، المرجع السابق، ص 288، 289.

وفق القانون"، إلا أنه لم يكن هنالك ما يردع الجهاز الإداري عن عزل القضاة بذات الأداة التي يعينهم بها، حيث كانت الجهات القضائية تابعةً للجهاز الإداري تبعية مطلقاً.

وهذا الأمر وإن لم يكن سبباً مباشراً في عدم إثارة الرقابة الدستورية؛ إلا أنه كان سبباً داعماً إلى جانب السببين أعلاه، فالقضاء المنشئ يصعب أن يُولد في بيئة قضائية ليست مهياً بالضمانات التي تخولها إثارة مسائل حساسة مثل الرقابة الدستورية، ولا يغير من ذلك ما أشرنا إليه من اتجاه القضاء الشرعي في إعلاء مبدأ سمو أحكام الشريعة الإسلامية، لأن قضاءها كان مدعوماً بنص المادة الأولى من النظام الأساسي المؤقت التي جعلت الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع، علاوةً على أن أحكامها التي انطوت على رقابة من هذا النوع ما كانت تصطدم مع السلطات العليا في الدولة، إذ كان أثرها ينحصر في مواجهة الفرد لا مواجهة السلطة.

ولا شك أن الفراغ الدستوري في هذه المرحلة تعزوه عوامل كثيرة أهمها أن قطر في تلك المرحلة كانت ما تزال في طور تأسيس الدولة، فقد كان بناء الجهاز الإداري أولوية في تلك المرحلة، ونحن نستحضر في هذا المقام أن النظام الدستوري في أي دولة ما هو إلا عملية تراكمية للأحداث التاريخية بها، وعندما يكون البناء الدستوري حديث العهد؛ تعمد الدولة لتثبيت نظام الحكم بالتركيز على تثبيت دعائم السلطة التنفيذية²¹⁷. وبذلك نقول بأن هذه المرحلة لم يكن فيها إمكانية لإثارة مسألة الرقابة الدستورية من الأساس.

ومع ذلك -وبدات المنطق الذي سبق أن أشرنا إليه- يعتبر ما مارسه القضاء الشرعي نوعاً من الرقابة في هذه المرحلة، ذلك أن القضاء الشرعي بعد صدور النظام الأساسي المؤقت كان لا يزال

²¹⁷ فوزي أوصديق، "المدخل للنظام الدستوري القطري: دراسة على ضوء النظام الأساسي المؤقت لسنة 1971 المعدل والمتمم سنة 1995-1996"، الدوحة، قطر، 2002، ص5.

يمارس رقابته بالامتناع عن ما يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، بل كان من حق الفرد أن يلجأ للقضاء الشرعي لإبطال حكم صادر عن أحد المحاكم العدلية لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية، وكان نص المادة الأولى من النظام الأساسي المؤقت يدعم توجه المحكمة هذا بنصه على أن "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي لتشريعاتها" فأحكام الشريعة الإسلامية آنذاك كان لها سمو وعلو تحترمه المحاكم الشرعية وتمارس رقابتها على أساسه²¹⁸.

أخيراً، يمكن القول إن هذه المرحلة خلافاً لسابقتها قد اكتفتها حالة فراغ دستوري، إذ يوجد لدينا دستور نظم شؤون البلاد، وخلا من مسألة تنظيم الرقابة الدستورية، تاركاً بذلك فراغاً دستورياً، بيد أن مرونة هذا الدستور تجعلنا نقول، بأن وجود نص لتنظيم الرقابة في هذا الدستور، إلى جانب نص المادة 74، سيكون قليل الأهمية إن لم يكن غير ذي جدوى.

ثانياً/ مرحلة النظام الأساسي المؤقت 1972 (بعد الاستقلال)

لم يستمر النظام الأساسي المؤقت طويلاً، حيث صدر النظام الأساسي المؤقت المعدل عام 1972، ولم يختلف هذا الأخير في شيء عن سابقه فيما يتعلق بمسألة الرقابة الدستورية، حيث أكد في الفصل الخامس من الباب الرابع على استقلال القضاء بموجب المادة 65²¹⁹، وبقيت المادة 74 على حالها مع تغيير رقمها لتصبح المادة 67 في النظام المعدل. ووفقاً لهذا النص ولما جرى العمل عليه وفق هذا النظام، فإن هذا الدستور كان أدنى من القوانين العادية من الناحية الشكلية، ففي حين كانت القوانين تتطلب لتعديلها وفقاً للمادة 17 أن يكون التعديل بناءً على اقتراح من

²¹⁸ يوسف محمد عبيدان، المؤسسات السياسية في دولة قطر، إدارة الثقافة والفنون، وزارة الإعلام في دولة قطر، بيروت، 1979، ص 291، 292.

²¹⁹ المادة 65 "يعين بقانون النظام القضائي العام للدولة وفقاً لأحكام هذا القانون الأساسي"

مجلس الوزراء وبعد أخذ مشورة من مجلس الشورى؛ لم يكن تعديل النظام الأساسي المؤقت المعدل يتطلب أكثر من صدور قرار أميري بذلك²²⁰.

وعلى إثر نص المادة 65 صدر القانون رقم 6 لسنة 1999 الخاص بالتنظيم القضائي، ولم ينشر هذا القانون في الجريدة رغم بدء تنفيذه²²¹. وبالرغم من أن هذا الدستور قد طرأت عليه مجموعة من التعديلات الدستورية مثل تعديل عام 1995 بموجب قرار أمير دولة قطر رقم 3 لسنة 1995 بتعديل بعض أحكام النظام الأساسي المؤقت المعدل²²²، إلا أن تلك التعديلات لم تتناول أي تحديث أو تعديل بخصوص القضاء.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذه الفترة قد تخللها إصدار القانون رقم (13) لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 1971 بنظام المحاكم العدلية²²³، غير أن تلك التعديلات كانت تصب فيما يتعلق باختصاصات المحاكم، بعيداً عن تناول علاقة القضاء بالنظام الأساسي، وقد ألغى قانون المحاكم العدلية بصدور القانون رقم 10 لسنة 2003 بإصدار قانون السلطة القضائية²²⁴، وهذا الأخير لم يلتفت كذلك لمسألة توافق التشريعات مع النظام الأساسي بأي وجه من الوجوه، ولا الأحكام الصادرة عن المحاكم المنشأة بموجبه.

²²⁰ حسن السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، المرجع السابق، ص56.

²²¹ فوزي أو صديق، المدخل للنظام الدستوري القطري، المرجع السابق، ص194.

²²² قرار أمير دولة قطر رقم (3) لسنة 1995 بتعديل بعض أحكام النظام الأساسي المؤقت المعدل للحكم في دولة قطر، منشور بتاريخ 1 يناير 1995. موقع الميزان.

²²³ القانون رقم (13) لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 1971 بنظام المحاكم العدلية، موسوعة التشريعات القطرية.

²²⁴ المادة 2 - إصدار " يلغى القانون رقم (13) لسنة 1971 والقانون رقم (6) لسنة 1999 المشار إليهما، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون." منشور بتاريخ، 1 أكتوبر 2003. موقع الميزان.

فعلى غرار المرحلة الثانية، لم يكن في هذه المرحلة إمكانية لإثارة مسألة الرقابة لعدم وجود دستور جامد، ولعدم حضور مبدأ الفصل بين السلطات، ولعدم تمتع القضاء بالضمانات الكافية، ورغم توافر حالة الفراغ الدستوري في تلك المرحلة نتيجة لخلو الدستور من نصوص تنظم الرقابة الدستورية، إلا أن وجود نص لتنظيم الرقابة الدستورية في قلب دستور مرن؛ ما كان ليضيف الشيء الكثير في ظل دستور يدنو من الناحية الشكلية على القوانين العادية.

رابعاً/ مرحلة الدستور الدائم لدولة قطر عام 2004

بقي الوضع على ما هو عليه لعقودٍ من الزمان حتى عام 1999، حيث صدر القرار الأميري رقم 11 لسنة 1999 بتشكيل لجنة إعداد الدستور الدائم وتعيين اختصاصاتها²²⁵، تمهيداً لإصدار الدستور الدائم لدولة قطر، وبعد عدة أعوام صدر المرسوم رقم 38 لسنة 2003 بدعوة المواطنين للاستفتاء على مشروع الدستور الدائم لدولة قطر 2004²²⁶.

يعد هذا الدستور نقلة نوعية في تاريخ البلاد، حيث اختلف عن سابقه في جوانب محورية عديدة، يهمنها ما يتعلق بتنظيم الرقابة الدستورية، ومن أبرز التحولات التي اكتتفتها الدستور الدائم وأكثرها جوهرية؛ هو تحول الدستور من دستور مرن إلى دستور جامد، فبعد أن كان تعديل النظام الأساسي سلطة مطلقة في يد الحاكم، بات تعديل مواد الدستور من اختصاص السلطة التشريعية ممثلة في مجلس الشورى، وبإجراءات تختلف عن إجراءات إصدار القوانين العادية، حيث نصت

²²⁵ يتضح من خطاب سمو الأمير في الاجتماع الأول للجنة إعداد الدستور الدائم في 13 يوليو عام 1999 أنه كان مدركاً للإغفال الذي شاب النظام الأساسي المؤقت المعدل، وأن تطور البلاد بعد استقلالها يقتضي معه إصدار دستور يلبي المتطلبات الحديثة للدولة، مؤكداً على ضرورة تحول الدستور في قطر من دستور مرن إلى دستور جامد، حيث جاء في خاتمة ذلك الخطاب " نريد دستوراً يتسم بالثبات والاستقرار، يفي بحاجاتنا وتطلعاتنا، نريد دستوراً يعين على الارتقاء لا على التجر والجمود، نريد دستوراً يرسخ الانتماء لهذا الوطن..."

²²⁶ حسن بن عبد الرحيم السيد، مجموعة الوثائق الدستورية، المرجع السابق، 2010، ص43.

المادة 144 " لكل من الأمير ولثلاث أعضاء مجلس الشورى حق طلب تعديل مادة أو أكثر من هذا الدستور، فإذا وافقت أغلبية أعضاء المجلس على التعديل من حيث المبدأ، ناقشه المجلس مادة مادة. ويشترط لإقرار التعديل موافقة ثلثي أعضاء المجلس. ولا يسري التعديل إلا بعد تصديق الأمير عليه ونشره في الجريدة الرسمية. وإذا رفض اقتراح طلب التعديل من حيث المبدأ أو من حيث الموضوع فلا يجوز عرضه من جديد قبل مضي سنة على هذا الرفض." ولم يكن هذا المظهر الوحيد من مظاهر الجمود، فالمادة 144 ما كان من الممكن إعمالها إلا بعد انقضاء القيد الزمني الذي فرضته المادة 148 بقولها " لا يجوز طلب تعديل أي من مواد هذا الدستور قبل مضي عشر سنوات من تاريخ العمل به." علاوةً على الحظر المطلق لتعديل الأحكام الخاصة بالحقوق والحريات العامة على نحو ينقص منها، والذي أورده المادة 146 "الأحكام الخاصة بالحقوق والحريات العامة لا يجوز طلب تعديلها إلا في الحدود التي يكون الغرض منها منح مزيد من الحقوق والضمانات لصالح المواطن."²²⁷.

بهذه النصوص، أصبح دستور دولة قطر دستوراً جامداً بالمعنى الذي يخوّله أن يكون مرجعاً تستند التشريعات الأدنى إليه فتخضع لأحكامه ولا تخالفها، وبهذه النصوص تكون مسألة الرقابة الدستورية قد باتت متصورة وممكنة تماماً في دولة قطر، وهو ما جعل المشرع الدستوري ذاته يلتفت لهذا الموضوع، فخطوة جعل الدستور دستوراً جامداً ترتبت عليها نتائج غاية في الأهمية. حيث أخذ الدستور بالرقابة على دستورية القوانين كمسألة منطقية ناتجة عن جمود الدستور القطري، فنصت المادة 140 على أن " يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة

²²⁷ راجع: حسن السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، المرجع السابق، ص 56-61، 66-69.

بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها وكيفية الطعن والإجراءات التي تتبع أمامها، كما يبين القانون آثار الحكم بعدم الدستورية²²⁸."

وبذلك يكون هذا النص قد سدَّ الفراغ الدستوري الذي ساد في ظل النظام الأساسي المؤقت، والنظام الأساسي المؤقت المعدل، حيث عهد إلى الجهة المسؤولة عن إصدار القوانين مهمة إصدار القانون المنظم للجهة القضائية، فهل امتثلت السلطة التشريعية لهذا القانون؟ أم أنها تراخت في ذلك فولدت حالة فراغ قانوني؟ نجيب عن هذه التساؤلات في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

تدارك الفراغ القانوني بصدور التشريعات المنظمة للرقابة الدستورية

الذي يبدو لنا من استقراء التشريعات، هو استجابة السلطة التشريعية وامثالها لما عهده الدستور إليها بعد عام وثمانية أشهر من صدور الدستور، ففي 26 مارس 2007 صدر القانون رقم 6 لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الدستورية، وكان الدستور الدائم في دولة قطر قد دخل حيز النفاذ بتاريخ 21 يونيو 2005، وبهذا نقول بأن السلطة التشريعية تداركت حالة الفراغ القانوني في دولة قطر بعد نشوئها بوقت يسير لامتثال السلطة التشريعية وإصدارها القانون. غير أن هذا التشريع لم يدم طويلاً حيث تم إلغاؤه بتاريخ 18 يونيو 2008. وفيما يلي نبين وضع الرقابة الدستورية في ظل التشريعين الأنفيين:

²²⁸ رعد ناجي الجده، النظام الدستوري في دولة قطر، إدارة البحوث والدراسات الثقافية، وزارة الثقافة والفنون والتراث، 2012، ص140.

1- الرقابة الدستورية في ظل القانون رقم 6 لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الدستورية: صدر هذا القانون امتثالاً لحكم المادة 140 من الدستور القطري، حيث حدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات الدستورية بموجب المادة الأولى منه فنص على أن "تنشأ بمحكمة التمييز دائرة تسمى " الدائرة الدستورية " تختص دون غيرها، بالفصل في الأمور التالية: أولاً: المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح. ثانياً: تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة بالفصل في الدعوى إذا رفعت عن موضوع واحد أمام جهة قضائية وجهة أخرى ذات اختصاص قضائي، ولم تتخل إحداها عن نظرها أو تخلت كليهما عنها. ثالثاً: المنازعات التي تنشأ بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متعارضين صادرين عن جهة قضائية وجهة أخرى ذات اختصاص قضائي²²⁹."

بموجب هذا النص، فإن الدائرة الدستورية دون غيرها كانت تختص بثلاثة مهام على وجه الحصر، منها، الفصل في المسائل المتعلقة بدستورية التشريعات، سواءً أكانت صادرة عن السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية. وبهذا، يكون هذا القانون قد تبنى النظام المركزي في الرقابة، فعمد لإنشاء رقابة الإلغاء المركزية، والتي بموجبها يكون لحكم الامتناع القوة الإلزامية والحجة المطلقة في مواجهة كافة بما يترتب عليه إلغاء التشريع المخالف للدستور حكماً، وذلك على غرار منهج المشرع المصري، حيث نصت المادة الثالثة من ذات القانون على أن " تفصل الدائرة الدستورية في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام الدائرة الدستورية، فإذا

²²⁹ قانون رقم 6 لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الدستورية، مجموعة الوثائق الدستورية، المرجع السابق، ص 499-500.

لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن²³⁰. " كما أن أحكام الدائرة الدستورية تكون ملزمة لجميع جهات الدولة وللکافة، حيث يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لتاريخ نشره، ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر²³¹. ومن ثم فإن حكم الدائرة الدستورية وإن كان يقتصر على الامتناع، ولا يمس نفاذ النص وسريانه؛ إلا أنه ملزم للکافة، بحيث تمتنع المحاكم عن تطبيقه مستقبلاً، وبذلك فهو ملغي حُكماً وليس فعلاً، لأن إلغاء التشريع لا يكون إلا من قبل السلطة التي أنشأته ممثلة في السلطة التشريعية عملاً بقاعدة من يملك الإنشاء يملك الإلغاء.

أخيراً، فإن المادة 13 من هذا القانون نصّت على أن يُعمل به من تاريخ 1 يناير 2008، ونتيجة لإلغائه بعد أقل من نصف عام؛ لم تتح فرصة لقضاء التمييز حتى يمارس الاختصاصات المنصوص عليها، فما لبث القانون أن صدر حتى ألغي بموجب المادة 31 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية، غير أننا نودّ إيراد عددٍ من الملاحظات على هذا القانون:

- أحسن هذا القانون باستجابته السريعة لحكم المادة 140 من الدستور، حيث تدارك حالة الفراغ القانوني وما ترتب عليها من فراغ واقعي من شأنه أن يهدر القيمة العملية للدستور، وخيراً فعل إذ جعل الجهة القضائية ممثلة في دائرة دستورية داخل محكمة التمييز، لأن ذلك أكثر ملاءمة مع طبيعة النظام القضائي الذي يقوم على تعدد الدوائر القضائية لا تعدد المحاكم القضائية، كما أن جعل هذه الدائرة في المحكمة الأعلى في البلاد ممثلة في محكمة التمييز يعكس إدراك المشرع لأهمية الرقابة الدستورية وحساسيتها، وحرصه على تمثيلها خير تمثيل.

²³⁰ حسن السيد، مجموعة الوثائق الدستورية، المرجع السابق، ص 501.

²³¹ رعد ناجي الجده، المرجع السابق، ص 146.

- من المؤسف أن هذا القانون قد أُلغي قبل أن يمكن اختباره في الواقع العملي، ومن منظورنا أن إعماله كان ليعود بالنفع الكبير على كافة القوانين في الدولة، وكان ليُجعل عملية القضاء أكثر رصانة، ويغذي التجربة القضائية في قطر، لاسيما وأن تشكيل هذه المحكمة كان سيكون من قضاة محكمة التمييز الذين يعتبرون أصحاب الخبرة الأوسع في المجال القضائي في البلاد، خصوصاً وأن محكمة التمييز محكمة قانون لا محكمة وقائع، ومن ثم فإن إعمال هذا القانون كان فرصة ذهبية للانتقال إلى مرحلة قضائية جديدة يكون فيها تنظيم واقعي للرقابة الدستورية²³². لاسيما وأن هذا القانون كان قد جعل للمجلس الأعلى للقضاء صلاحية تعيين رئيس الدائرة الدستورية، وترشيح القضاة الذي يعينهم الأمير، وهنا، تجدر الإشارة إلى أن تعزيز مبدأ استقلال القضاء يقتضي جعل اختيار أغلب أعضاء المحكمة الدستورية من قبل المجلس الأعلى للقضاء عن طريق الاقتراع السري على نحو يتيح لقضاة محكمة التمييز والاستئناف ترشيح أنفسهم لعضوية المحكمة الدستورية²³³، وهو ما لم يلتفت إليه قانون المحكمة الدستورية، بل وقلص ضمانات استقلال القضاء بموجب المادة الثانية، وهو الذي نبينه فيما يأتي.

2- الرقابة الدستورية في ظل القانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا:

ألغي قانون الفصل في المنازعات الدستورية بموجب صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية، حيث نصت المادة 13 منه على أن " يلغى القانون رقم (6) لسنة 2007 المشار إليه، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القانون، وتحال القضايا التي رفعت أمام الدائرة الدستورية إلى المحكمة

²³² للاستزادة في هذا الموضوع، راجع: حسن السيد، حسن عبد الرحيم السيد، وقفات دستورية محاولة لنشر الثقافة

الدستورية في المجتمع القطري، دار الوند، دار المؤلف، قطر، 2018، ص538-540.

²³³ حسن السيد، أثر تشكيل المحكمة الدستورية على استقلال القضاء الدستورية- دراسة في القانون المقارن والقانون القطري، مجلة الحقوق، فصلية علمية محكمة، العدد2، السنة 41، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2017، ص98.

الدستورية العليا²³⁴. " وبذلك حل هذا القانون بكافة أحكامه محل القانون الآنف، فألغيت بموجب ذلك الدائرة الدستورية بمحكمة التمييز وما لها من اختصاصات بموجب القانون القديم، ونشأت بدلاً عنها المحكمة الدستورية العليا، حيث نصت المادة الأولى على أن " تُنشأ هيئة قضائية مستقلة تسمى ((المحكمة الدستورية العليا)) تكون لها موازنة مستقلة، ويكون مقرها مدينة الدوحة²³⁵. "

وقد أسند هذا القانون للمحكمة الدستورية العليا ذات الاختصاصات التي كانت قد فُزرت للدائرة الدستورية بمحكمة التمييز في القانون القديم، بيد أنه أضاف اختصاصاً إضافياً رابعاً، فنص بموجب المادة 12 - إلى جانب الاختصاصات المشار إليها في المادة 3 من القانون الملغى - تختص المحكمة بتفسير نصوص القوانين إذا أثارت خلافاً في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها، وذلك بطلب يقدم من رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس الشورى²³⁶. "

يظهر أن هذا الاختصاص مقترن بشرط وجود ضرورة لتوحيد تفسير القوانين، فلا يكفي أن يثير النزاع خلافاً في التطبيق بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، بل لابد من أن تكون هنالك أهمية لتوحيد التفسير، وهو إقرار ضمني من المشرع بأن تفسير النصوص القانونية من صميم عمل المحاكم العادية فيما لا يقتضي فيه الأمر توحيد التفسير. وهذا الاختصاص لا ينعقد للمحكمة إلا بناءً على طلب من رئيس أحد الجهازين، التنفيذي أو التشريعي.

أبقى هذا القانون على أسلوب الدفع الفرعي، غير أنه أضاف طريقتين آخريين لم يكن القانون الملغى قد التفت إليهما، فنص بموجب المادة 13 بأن " تتولى المحكمة الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي: 1. إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات

²³⁴ حسن السيد، مجموعة الوثائق الدستورية، المرجع السابق، ص 488.

²³⁵ المرجع نفسه، ص 484.

²³⁶ حسن السيد، مجموعة الوثائق الدستورية، المرجع السابق، ص 488.

الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة، لازم للفصل في النزاع، وأوقفت الدعوى، وأحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية، للفصل في دستوريته²³⁷. كما نصت المادة 14 بأنه "يجوز للمحكمة في جميع الأحوال، أن تتصدى من تلقاء نفسها للفصل في دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها".

بموجب ذلك، يكون قانون 2008 قد استحدث أسلوبين لم يعهدهما قانون 2007 الملغى، فأجاز للمحكمة التي تنظر النزاع أن تثير مسألة عدم دستورية نص ما إذا كان لازماً للفصل في النزاع القائم أمامها، كما أجاز للمحكمة الدستورية نفسها أن تتصدى للفصل في دستورية أي تشريع يعرض لها بمناسبة اختصاصها. وتعتبر أحكام المحكمة الدستورية وقراراتها بالتفسير نهائية غير قابلة للطعن، وتكون ملزمة للكافة²³⁸. وعلى غرار القانون الملغى فإن أثر الحكم بعدم دستورية تشريع ما يعني امتناع المحكمة عن تطبيقه وإلزام الكافة بهذا الحكم على نحو يجعل التشريع مُلغى حكماً فيما يتعلق بالمستقبل، باستثناء النصوص الجنائية، فإن الحكم بعدم دستوريته له أثر رجعي على الأحكام السابقة بحيث يعتبر كأن لم يكن²³⁹. وبهذا يكون المشرع القطري قد سلك مسلك المشرع المصري فيما يتعلق بأسلوب رفع الدعوى الدستورية جاعلاً لذلك ثلاثة طرق، فلأفراد أسلوب الدفع الفرعي، ولل قضاء العادي أسلوب الإحالة، وللمحكمة الدستورية أسلوب التصدي²⁴⁰.

²³⁷ حسن السيد، مجموعة الوثائق الدستورية، المرجع السابق، ص 489.

²³⁸ المادة 27 من القانون، المرجع نفسه.

²³⁹ المادة 28 "تنشر أحكام المحكمة الصادرة في المسائل الدستورية وقراراتها بالتفسير في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لتاريخ نشره، ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فتعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن، ويقوم الأمين العام بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإعمال مقتضاه.

²⁴⁰ حسن عبد الرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، المرجع السابق، ص 318.

جديرٌ بالبيان، أن إلغاء قانون الفصل في المنازعات الدستورية- قبل تطبيقه- بقانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا؛ قد كان نتيجة لسياسة السلطة التنفيذية في الانفراد في السلطة، ويظهر ذلك بوضوح عند مقارنة النصوص الحالية بنصوص القانون الملغى، لاسيما فيما يتعلق بتشكيل الهيئة القضائية، ففي الوقت الذي كان فيه قانون 2007 يُمكن المجلس الأعلى للقضاء من اختيار رئيس الدائرة الدستورية، وترشيح بقية الأعضاء لتعيينهم من قبل الأمير؛ لا نجد في قانون 2008 أي دورٍ للمجلس الأعلى للقضاء في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية، فبموجب المادة الثانية منه يتم اختيار جميع أعضاء المحكمة الدستورية العليا من قبل الأمير بمن في ذلك رئيس المحكمة، وهو ما يعني التوصل إلى أحكامٍ أحادية الجانب، على نحو يحد من استقلالية القضاء، لما للأمير في هذا الشأن من سلطة جوهرية في تشكيل المحكمة، علاوة على ما يمنحه هذا القانون من مجال أوسع للأمير في اختيار أعضاء المحكمة الدستورية العليا، إذا لا يقتصر التعيين على القضاة وحدهم كما في القانون الملغى؛ بل للأمير أن يعين أعضاء المحكمة الدستورية العليا من غير القضاة، كالمحامين والأكاديميين والسياسيين، ولقد أوضح التقرير الصادر عن الأمم المتحدة عام 2015، والمتعلق بشأن استقلال المحامين والقضاة، بأن هذه السلطة الممنوحة للأمير في التعيين قد تؤثر على حياد وسلامة أحكام القضاء الدستوري، لأن المعين تابع لمن عينه، فتكون القرارات الصادرة عن المعينين لا تخرج عن إرادة السلطة التنفيذية وتمضي وفقها، بما يخلّ بمبدأ استقلال القضاء، الأمر الذي يترتب عليه الإخلال بنزاهة القضاء وحياده²⁴¹.

²⁴¹ H. Al-Sayed, **Qatar's Constitutional and Legal System**, Policy-Making In A Transformative State, The Case Of Qatar, Edited by: M. Evren Tok, L. Al-Khater, L. Pal, p55-56.

المطلب الثالث

تكييف حالة الفراغ من الرقابة الدستورية في دولة قطر بعد صدور القانون

إذا كانت قطر مرت بحالة فراغ دستوري دامت لسنين طويلة في ظل كل من النظام الأساسي المؤقت والنظام الأساسي المؤقت المعدل للأسباب التي أسلفنا بيانها، إلا أنها استطاعت بعد صدور الدستور الدائم أن تتدارك حالة الفراغ القانوني فور نشوئها- خلافاً لما حدث في النظام الكويتي- فهذا الأخير قد عانى من فراغ قانوني نتيجة تراخي مجلس الأمة عن إصدار قانون لتنظيم الرقابة الدستورية. ولئن كان البعض يرى بأن المشرع قد تراخى عن إصدار قانون الفصل في المنازعات الدستورية لمدة عامٍ وثمانية أشهر²⁴² على نحوٍ خلف حالة فراغ قانوني، إلا أننا نرى بأن هذه المدة كانت في حدود المعقول نظراً للإجراءات التي تمر بها دورة حياة إصدار القوانين عادة من إعداد مقترح القانون ومشروعه ومناقشته- إلى غير ذلك من الإجراءات-، فلا يمكن ماثلة حالة الفراغ القانوني في الكويت بهذه الحالة، وذلك لاختلاف مدة التراخي، ففي الوقت الذي يمكن فيه اعتبار مدة عام وثمانية أشهر معقولة؛ لا يمكن اعتبار مدة الثمان سنوات التي استمرت في الكويت معقولة أو موازيةً لها.

إن صدور قانون الفصل في المنازعات الدستورية الصادر عام 2007 الملغى، ومن بعده قانون إنشاء المحكمة الدستورية الصادر عام 2008، يعتبر حدثاً بالغ الأهمية في النظام الدستوري لدولة قطر، غير أن التراخي في وضع القانون موضع التنفيذ قد خلق حالة من الفراغ الواقعي، فقد نصت المادة 32 منه بأن "على جميع الجهات المختصة، كل فيما يخصه، تنفيذ هذا القانون، ويُعمل به

²⁴² حمد وديع محمود الطويل، دعوى عدم دستورية القوانين واللوائح في التشريع القطري مقارناً مع التشريع المصري وتشريعات أخرى ومع بيان آراء الفقه والقضاء، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق من قسم القانون العام، 2016، ص139.

من الأول من أكتوبر 2008... وعلى إثر ذلك صدر الأمر الأميري رقم 2 لسنة 2008 بتعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا، ونص الأمر الأميري في المادة الثانية منه على أن "يتولى رئيس المحكمة الدستورية العليا من تاريخ العمل بهذا الأمر الأميري اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه عند العمل بأحكامه." ولقد قُضِيَ العمل بالأمر الأميري من تاريخ صدوره، غير أنه وحتى هذه اللحظة - وبعد مرور سنوات عديدة على ذلك - ما زالت المحكمة الدستورية العليا لم تر النور ولم تُفَعَل²⁴³.

فيما يلي نقوم بفحص الشروط التي يجب توافرها للقول بوجود حالة فراغ واقعي، والتي تتمثل في وجود النصوص التشريعية المنظمة للرقابة الدستورية، والتراخي في وضع النصوص موضوع التنفيذ لمدة زمنية غير معقولة.

يظهر من خلال إعمال شروط توافر حالة الفراغ الواقعي المجرد، أنها منطبقة تمامًا على الفراغ من الرقابة الدستورية في دولة قطر، فالنصوص المنظمة للرقابة الدستورية موجودة بالفعل كما بينا، حيث إن المادة 140 من الدستور عهدت للقانون بتحديد الجهة التي تختص بالرقابة الدستورية فغطت الفراغ الدستوري الذي كان سائداً، ثم صدرت التشريعات المتعلقة بالتنظيم في عام 2007 وعام 2008، فتداركت حالة الفراغ القانوني، وبذلك فإن الشرط الأول قد تم استيفاءه بالفعل. وكذلك تم استيفاء الشرط الثاني، فعلى الرغم من أن تعيين رئيس المحكمة بقرار أميري يعتبر وجهًا من أوجه وضع القانون موضع التنفيذ، إلا أن تعيين الرئيس هو الفعل التنفيذي الوحيد لهذا القانون، فحتى هذه اللحظة لم يتم تشكيل المحكمة الدستورية بتعيين بقية أعضائها²⁴⁴، كما لم يتم وضع

²⁴³ حسن السيد، حسن عبد الرحيم السيد، المحكمة الدستورية والرقابة على دستورية القوانين واللوائح في ضوء القانون القطري: دراسة مقارنة، مذكرة لطلبة الماجستير، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر، الفصل الدراسي ربيع 2019، ص36.

²⁴⁴ حمد ودبيع الطويل، المرجع السابق، ص139.

معظم نصوص قانون الإنشاء موضع التنفيذ، فالتشريع من حيث النصوص موجود، لكنه من حيث التنفيذ منعدم.

إذا أردنا أن نحدد الفترة الزمنية التي نشأ فيها الفراغ الواقعي المجرد- وكما بيّنا سلفاً- فإن وضع القانون موضع التنفيذ لا ينبغي أن يستغرق مدة طويلة، ويدل على ذلك صدور القرار الأميري بالتعيين بعد شهر واحد فحسب من قانون الإنشاء، فامتداد التراخي لأكثر من سنة كحد أقصى في هذه الحالة يشير إلى وجود حالة فراغ في الواقع، ناهيك عن امتداد المدة إلى أكثر من اثني عشرة سنة حتى الآن، لاسيما وأن التساؤلات عن تفعيل المحكمة الدستورية في الفقه القطري- كما سوف يأتي معنا- قد بدأت منذ عامي 2011-2012، وامتداد هذه المدة حتى يومنا هذا هو تأكيد لوجود حالة الفراغ الواقعي من تنظيم للرقابة الدستورية.

أما عن تحديد الجهة المسؤولة عن حالة الفراغ الواقعي في قطر، فإن الجهات المختصة التي عاها القانون هي السلطة التنفيذية، وكانت السلطة التنفيذية قد أدت جزءاً من دورها بإصدار قرار تعيين رئيس المحكمة الدستورية، غير أنها لم تزل معلقةً تعيين بقية أعضاء المحكمة الدستورية بما يحول دون تشكيلها. ومن جانب آخر، لا يمكن جعل المحكمة الدستورية مسؤولة عن ذلك الفراغ طالما لم يتم تشكيلها أصلاً، ولم تمارس اختصاصاتها.

لهذا، فإننا نميل في تحديد السلطة المسؤولة عن الفراغ الواقعي، لما قاله الدكتور حسن السيد في أن " السبب في تأخر تفعيل المحكمة الدستورية في قطر يعود من 2008 إلى تاريخ اليوم إلى السلطة التنفيذية لتعطيلها تشكيل المحكمة والتي لا يمكن أن تشكل دون صدور أمر أميري²⁴⁵". حيث يستند هذا القول إلى نص المادة الثانية من قانون إنشاء المحكمة الدستورية الذي نص على

²⁴⁵ حسن السيد، المحكمة الدستورية والرقابة على دستورية القوانين واللوائح، المرجع السابق، ص36.

أن "تشكل المحكمة من رئيس وستة أعضاء يصدر بتعيين رئيس المحكمة أمر أميري ويكون بدرجة وزير ويعين باقي الأعضاء بأمر أميري يحدد أقدميتهم." ولقد صدر أمر أميري بالفعل بتعيين رئيس المحكمة الدستورية، غير أنه لم يصدر حتى يومنا هذا الأمر الأميري بشأن تعيين بقية أعضاء المحكمة الدستورية وهو ما يجعل المحكمة الدستورية قيد التعطيل في واقع الحال. وغني عن البيان أن الأوامر الأميرية ينفرد بإصدارها سمو الأمير وهو رأس السلطة التنفيذية.

يبقى السؤال الذي طرحه كسائر المتسائلين في موقفٍ مثل هذا، إذا لم يكن سبب الفراغ الواقعي عدم كفاية النصوص، فما سبب حالة الفراغ الواقعي؟ وبعبارة أوضح، لماذا لم يتم تفعيل المحكمة الدستورية حتى هذه اللحظة؟

يورد الفقه القطري عددًا من الاحتمالات كما سوف نرى، في سبيل الوقوف على سبب الفراغ الواقعي من الرقابة الدستورية، حيث يذهب جانب من الفقه الدستوري في قطر للقول بأن حداثة الدولة وحداثة النظام القانوني بها يستدعي التأني والتراخي لاختيار الوقت الأمثل لتفعيل المحكمة الدستورية بما يتوافق مع المصالح الكلية للبلاد²⁴⁶، ولهذا فإن عامل الزمان مهم في خلق تاريخ قانوني يضمن معه سير المحكمة الدستورية كما ينبغي. ويذهب رأي آخر للقول بأن تعطيل المحكمة الدستورية نتيجة طبيعية لغياب ملامح الديمقراطية في الواقع وحضورها في الدستور²⁴⁷.

في حين يعزو جانبٌ آخر - نؤيده - سبب تعطيل المحكمة إلى انفراد السلطة التنفيذية في التشريعات، حيث إن الوضع الحالي يحتم القول بأن السلطة التنفيذية تنفرد بالتشريع، وذلك لكون مجلس الشورى

²⁴⁶ هزاع بن علي، الصفحة الشخصية على موقع تويتر، في معرض الرد على استفسار، 11 أبريل 2019، shorturl.at/bvLY0

²⁴⁷ علي خليفة الكواري، دستور قطر: ملامح ديمقراطية مع إرجاء التنفيذ، مركز الخليج لسياسات التنمية، الجوحة، 5 مارس 2011: shorturl.at/efINW

ليس مجلسًا منتخبًا من الشعب كما استلزم الدستور أن يكون، وإنما هو مجلس معين بكافة أعضائه، والمعين تابع لمن عينه، ومن ثم فإن أعضاء مجلس الشورى لهم تبعية شاملة للسلطة التنفيذية بما يجعلها من الناحية الواقعية منفردة في إصدار التشريعات التنفيذية والقانونية، وهذا الوضع في تركيز السلطات التشريعية في يد السلطة التنفيذية يكفل لها تسيير البلاد بما تراه ملائمًا للمصلحة العامة دونما أي رقابة من أي جهة أو سلطة أخرى. ويأتي الشاهد هنا، فتفعيل المحكمة الدستورية من شأنه أن يغيّر هذا الوضع، لأن المحكمة الدستورية وإن لم تكن قادرة على إصدار التشريع إلا أنها تملك صلاحية إلزام المحاكم والسلطات كلها بالامتناع عن تطبيقه في كافة النزاعات اللاحقة على الحكم بعدم دستوريته، ومن ثم فإن المحكمة الدستورية ستكون عينًا على مجمل أعمال السلطة التنفيذية، وبعد أن كانت التشريعات تصدر وتنفذ ولو كانت مخالفةً للدستور، سيصبح هنالك سبيل لوضع تلك التشريعات على ميزان الدستور، الأمر الذي قد يعني في أحوال كثيرة هدر القيمة العملية لكثير من التشريعات التي تخالف الدستور²⁴⁸.

إن ما يجعلنا نرجح هذا السبب على السببين الآخرين، أن في التشريعات قرائن واضحة على توجه السلطة التنفيذية في الانفراد بالمهمة التشريعية، وتجنبها منح أي جهة قضائية صلاحية إلغاء التشريع أو الامتناع عن تطبيقه إلا في حدود ضيقة جدًا، ويظهر هذا الأمر في القانون رقم (7) لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، حيث مُنحت فيه الدائرة الإدارية سلطة مشابهة لسلطة الفصل في مسائل الدستورية، وهي سلطة الفصل في مسائل المشروعية، فإذا كان الفصل في مسائل الدستورية يعني النظر في مدى تعارض التشريع-القانون واللائحة- مع الدستور، فإن الفصل في مسائل المشروعية يعني النظر في مدى تعارض اللائحة مع التشريعات القانونية دون

²⁴⁸ حسن عبد الرحيم السيد، وقفات دستورية، المرجع السابق، ص 543.

الدستور، وهو نهج حسن تبناه المشرع القطري عام 2007، غير أن المتفكر في حقيقة أن التشريعات اليوم تصدر عن مجلس الشورى المعين بواسطة سمو الأمير رئيس السلطة التنفيذية، والمتأمل في نصوص ذلك القانون، لاسيما في المادة²⁴⁹3، يلاحظ بوضوح، كيف أن القانون في معرض تحديده للاستثناءات التي تخرج عن اختصاصات الدائرة الإدارية، قد أسهب إسهاباً جعل معه الاستثناء غالباً على الأصل، فباتت المسائل التي يُنظر في مشروعيتها هي المحددة على سبيل الحصر، وما عداها خارجاً عن اختصاص الدائرة، ولو كانت السلطة التشريعية منفصلة عن السلطة التنفيذية من الناحية العملية لكان التحديد الوارد في المادة الثالثة قد اختلف كلياً، ولكن خضوع جميع أعمال السلطة التنفيذية لرقابة المشروعية هو الأصل، لأن من مصلحة السلطة التشريعية أن تضع قانوناً يكفل احترام السلطة التنفيذية بما تصدره من لوائح للقوانين التي تسنها السلطة التشريعية.

ليس معنى ذلك أن السلطة التنفيذية تسعى عامدةً لمخالفة الدستور بالضرورة، ونحن ندرك في هذا المقام بأن المخالفات الدستورية لا ينبع جميعها عن سوء النية، وأن مجريات الأمور وتسارع الحياة

²⁴⁹ 3 المادة - معدل " مع مراعاة حكم المادة (13) من قانون السلطة القضائية المشار إليه، تختص الدائرة الإدارية، دون غيرها، بنظر المنازعات الإدارية التالية:

1- المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين أو لورثتهم، أي كانت درجاتهم الوظيفية.
2- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بترقية الموظفين من الدرجة الأولى فما دونها وما يعادلها أو إنهاء خدمتهم، والقرارات التأديبية الصادرة بشأنهم.

3- الطلبات التي يقدمها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، عدا الأوامر والقرارات والمراسيم الأميرية، والقرارات الصادرة بموجب القانون رقم (17) لسنة 2002 بشأن حماية المجتمع، والقرارات الصادرة بموجب القوانين المتعلقة باللجوء السياسي، والإقامة الدائمة، ودخول وخروج الوافدين وإقامتهم وإبعادهم، والجمعيات والمؤسسات الخاصة، والمراكز الدينية، والمطبوعات والنشر وترخيص إصدار الصحف والمجلات، وتراخيص الأسلحة والذخائر والمتفجرات، ونزع الملكية للمنفعة العامة، والقرارات المتعلقة بتحديد العنوان الدائم للناخب، والقرارات المتعلقة بالألقاب والانتساب للقبائل والعائلات.

4- طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البندين (2)، (3) من هذه المادة، سواء رفعت بصفة أصلية أم تبعية.

5- منازعات العقود الإدارية."

في ظل غياب المحكمة الدستورية، قد يجعل الطرق المختصرة أكثر يسرًا، فيكون تجاوز الأحكام الدستورية- بحسن نية- أيسر من اتباعها لتحقيق المصالح الوقتية للبلاد، لكن هذا الأمر له بالغ الخطورة والأثر على المصالح المستقبلية والمصالح العامة للأفراد، لأن انعدام الجزاء على إثر مخالفة الدستور سيلغي وجود رادع عن مخالفته، فيغدو صورة براقعة، ونصوصًا خلابة، فارغة من كل انعكاس على أرض الواقع.

أيا كانت هذه الأسباب، فما يهمننا هنا هو البحث عن علاج مرحلي للفراغ الواقعي من الرقابة الدستورية، فعدم تفعيل الآلية التي رسمها الدستور، ومخالفة قانون المحكمة الدستورية الذي له صفة القوانين الأساسية، هو دون أدنى شك بحد ذاته مخالفة دستورية، وإذا تعذر تفعيل هذه الآلية لأي سبب من الأسباب، فلا بد من إيجاد آلية تتوب عنها. وهي رقابة الامتناع التي سنأتي على تفصيلها في النظام القطري بين الفقه والقضاء في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

اتجاهات الفقه والقضاء من حالة الفراغ الواقعي ورقابة الامتناع في قطر

على إثر الفراغ الواقعي الذي دام أكثر من عشر سنوات، اتجهت المطالبات إلى تفعيل المحكمة الدستورية بعد أعوامٍ يسيرة من صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية، ولقد أثير سؤال مدى جواز امتناع القضاء عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور في ظل غياب الرقابة الدستورية عملاً، فكان للباحثين القطريين في هذه المسألة رأيان، أما القضاء فهو الآخر كان قد التفت إلى رقابة الامتناع في بضع أحكام لمحكمة الاستئناف، وسنين من خلال هذا المبحث موقف الباحثين القطريين من غياب المحكمة الدستورية ورقابة الامتناع، ثم نبحت في المطلب الثاني موقف القضاء القطري من رقابة الامتناع.

المطلب الأول

موقف الفقه القطري من رقابة الامتناع وحالة الفراغ الواقعي

منذ صدور قانون المحكمة الدستورية كان الشعب القطري مترقباً لتفعيلها، وحينما ظهرت حالة الفراغ الواقعي بدأ الباحثون القطريون في دولة قطر ممثلين بالمحامين والأكاديميين القانونيين والمتخصصين في مجالات أخرى غير القانون؛ إلى لفت النظر إلى آثار هذا الفراغ وضرورة تفعيل المحكمة الدستورية، من خلال نشر مقالات في الصحف اليومية أو في المدونات الشخصية تتضمن مطالبات بتفعيل المحكمة الدستورية، فبعد مرور عامين على صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية؛ تحوّل ترقّب تفعيل المحكمة إلى تساؤلات حول أسباب غياب المحكمة الدستورية غياباً واقعياً رغم حضورها في النصوص، فحاول البعض النظر في أسباب الفراغ الواقعي، في حين

اكتفى البعض الآخر بلفت النظر إلى أهمية تفعيل المحكمة. وقد تناول الباحثون القطريون رقابة الامتناع بين القبول والتأييد في دراسات علمية مؤصلة. نستفتح بها هذا المطلب، ثم نعرض على تساؤلاتهم وموقفهم من حالة الفراغ الواقعي.

أولاً/ موقف الفقه القطري من رقابة الامتناع

اتجه الأساتذة القطريون إلى اتجاهين بشأن سلطة المحاكم العادية في الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة للدستور في حالة الفراغ من الرقابة الدستورية، حيث ذهب رأي للقول بأنه في حالة الفراغ من الرقابة الدستورية؛ فإن للمحاكم على اختلاف درجاتها أن تنتظر في الدفع بعدم الدستورية وتقرّر الامتناع عن تطبيق النص إذا ثبتت لها مخالفته للدستور، في حين اتجه رأي آخر للقول، بأنه ليس للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق التشريعات حتى في ظل الفراغ من الرقابة الدستورية ما دام النص الدستوري قد دعا إلى إنشاء رقابة خاصة. وفيما يلي نتناول حجج الرأيين بشيء من التفصيل:

- الرأي المؤيد لسلطة المحاكم برقابة الامتناع

يذهب هذا الرأي للقول بأن للمحاكم القطرية الحق في أن تراقب دستورية القوانين واللوائح بطريق الامتناع إلى حين تفعيل القضاء الدستوري، على اعتبار أن إرادة المشرع الدستوري تتجه صراحةً إلى الحيلولة دون تطبيق التشريعات المخالفة للدستور، ولقد تبنى هذا الرأي القاضي الدكتور مبارك الهاجري في مؤلفه حول القضاء الدستوري في ضوء المادة 140 من الدستور، وهو أول من تصوّر وطرح إشكالية الفراغ من الرقابة الدستورية في دولة قطر، وأول من قدّم سلطة القضاء العادي في رقابة الامتناع حلاً لتلك الإشكالية عام 2006، أي بعد مرور عام واحد على تفعيل الدستور الدائم لدولة قطر، فمهدّ - متنبئاً ومستشرقاً حالة الفراغ من الرقابة الدستورية بنوعها القانوني والواقعي -

لرقابة الامتناع كحلٍ لهذه الإشكالية، رافضاً ما انتهى إليه القضاء الكويتي من حظر رقابة الامتناع على القضاء العادي، ومؤيداً منح القضاء العادي رقابة الامتناع في حالة الفراغ من الرقابة الدستورية، وداعماً رأيه بعدد من الحجج القانونية، والتي نوردتها فيما يلي²⁵⁰:

1- إن التوجه العملي للقضاء الشرعي القطري- الذي كان يسمو بقواعد الشريعة الإسلامية على القوانين ويهدر قيمة القانون إذا ما تعارض معها- قبل إلغائه يصب في صالح الاعتراف للقضاء العادي بهذا الحق، حيث يمكن للقضاء القطري أن يباشر رقابة الدستورية بالامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور حتى صدور القانون المنظم للرقابة الدستورية وتنفيذه، وذلك لأن القول بغير ذلك قد يتيح للمشرع أن يتأخر في إقرار القانون المنظم للرقابة الدستورية، ولما كان المشرع الدستوري قد أقر رقابة الدستورية التي تؤدي عملاً إلى إبطال أو إلغاء النص المخالف للدستور، فإنه من باب أولى أن تكون إرادته قد اتجهت إلى تقرير حق القاضي في مجرد الامتناع عن تطبيق النصوص المخالفة للدستور.

2- من غير المتصور أن يكون المشرع التأسيسي بنصه على المادة 140 أن يكون قد قصد حرمان القاضي من ممارسة وظيفته المعتادة والطبيعية في الفصل في النزاع، والتي تتمثل في تطبيق القواعد القانونية، وإعمال مبدأ التدرج التشريعي بتفضيل القاعدة الأعلى وترجيحها على ما دونها، وإلا فإن الخيار الآخر أمام القاضي يتمثل في تطبيق تشريع يتعارض مع الدستور على النزاع القائم رغم سمو الدستور على ذلك التشريع، وهذا معناه أن القاضي سوف يطبق نصاً غير

²⁵⁰ مبارك الهاجري، القضاء الدستوري في ضوء المادة 140 من الدستور الدائم لدولة قطر، 2006، ص 62-64.

واجب التطبيق، وهي النتيجة التي لا يمكن أن يكون المشرع الدستوري قد ابتغها من الناحية العملية، لما يترتب عليها من إهدار لمبدأ دولة القانون والمؤسسات التي تخضع للشرعية²⁵¹.

3- إنه ما من خطورة تحوم حول الاعتراف للمحاكم بإمكانية كهذه، لأن حكم الامتناع لا يلزم المحاكم الأخرى ولا يلزم المحكمة التي أصدرته في النزاعات المستقبلية التي تعرض أمامها، ومن ناحية أخرى، فإنه لا افتتات على إرادة المشرع إذا ما مورست هذه الرقابة، لأن المحكمة حين تقضي بالامتناع فإن حكمها لا يمس النص ولا قوة نفاذه، إذ ليس لها إلغاؤه أو إبطاله، ففي جميع الأحوال يقتصر أثر الحكم على الواقعة، ويعزز ذلك الأمر أن النظام القضائي لا يعتمد مبدأ السوابق القضائية، وهو ما يؤدي إلى محدودية أثر الامتناع بشكل متوازن مع حماية الدستور واحترام التدرج بين القواعد القانونية.

إلى جانب ذلك، فإننا نجد من الآراء الحديثة في تأييد سلطة المحاكم العادية في ممارسة رقابة الامتناع؛ ما ذهب إليه الدكتور حسن عبد الرحيم السيد، في تأييد منح القضاء العادي سلطة الرقابة الدستورية بطريق الامتناع²⁵²، حيث استعرض الإشكالية بوضوح تام، وميّز بين حالة الكويت وحالة قطر، فأرجع سبب الفراغ في حالة الكويت للسلطة التشريعية، في حين أرجع سبب حالة الفراغ من الرقابة الدستورية في قطر للسلطة التنفيذية، ورتّب على هذا الاختلاف الجوهرية نتيجة بالغة الأهمية تتمثل في أن القضاء العادي يملك في هذه الحالة سلطة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح بطريق الامتناع، مستندًا في ذلك إلى أن المادة 140 من الدستور وإن كانت قد نصت صراحة

²⁵¹ مبارك ناصر الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 67.

²⁵² حسن عبد الرحيم السيد، المحكمة الدستورية والرقابة على دستورية القوانين واللوائح في ضوء القانون القطري: دراسة مقارنة، مذكرة لطلبة الماجستير، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر، الفصل الدراسي ربيع 2019، ص 36-37.

على أن يقوم القانون بتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات الدستورية، إلا أن هذا النص الدستوري عند تطبيقه يجب أن يُقرأ في ضوء أمرين جوهريين:

- الأمر الأول: كفالة حق التقاضي الذي نصت عليها المادة 135 من الدستور²⁵³، فهذا النص يقرر المبدأ العام والذي يجعل لكل ذي مصلحة إمكانية اللجوء لقضاء محايد ومستقل، وأن يضمن فرصة لنظر دعواه بنزاهة ومحيط يكفل ضمانات العدالة، وإذا نظرنا إلى المادة 140؛ نجد أنها تدور في فلك المادة 135 تفعيلاً وتحقيقاً وتمكيناً لحق الفرد في التقاضي، وعليه، لا يستقيم عملاً أن ننظر إلى نص المادة 140 بمعزلٍ عن حق التقاضي الذي نص عليه الدستور في المادة 135، إذ هي ترتبط بها ارتباطاً وثيقاً، فلا مرأى بأن المحكمة الدستورية العليا وحدها تختص دون غيرها بالفصل في المسائل الدستورية، بيد أن ذلك الأمر يكون منتجاً آثاره متى تم تفعيل المحكمة الدستورية، فبتفعيلها تتحقق كفالة حق التقاضي. وحيث أن المحكمة الدستورية لم تفعل بعد، فإن الغلبة في التطبيق تكون لنص المادة 135 من الدستور تحقيقاً لقصد المشرع الدستوري الذي أراد أن يضمن حق التقاضي ويكفله.

- الأمر الثاني: فهم طبيعة رقابة الامتناع كجزءٍ من صميم عمل القاضي، فرقابة الامتناع بطبيعتها تفرض على القاضي عند تعارض النصوص أن يغلب النص الأسمى على النص الأدنى، وهذه الطبيعة لا تخرج عن وظيفة القاضي الأساسية وعمله الطبيعي في الفصل في المنازعات، فحين يحكم القاضي بالامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور تغليباً للنص الأسمى فهو يمارس اختصاصه الطبيعي. وحكم الامتناع له حجة نسبية، ويقبل الطعن عليه أمام المحكمة الأعلى، على عكس رقابة الإلغاء المنصوص عليها في المادة 140 حيث يكون الحكم فيها نهائياً لا يقبل

²⁵³ المادة 135 من الدستور الدائم لدولة قطر " التقاضي حق مصون للناس كافة ويبين القانون إجراءات وأوضاع ممارسة هذا الحق."

الطعن. فمباشرة محكمة الموضوع لرقابة الامتناع لا تحتاج للنص عليها، لأنها بذلك تمارس وظيفتها الأصلية، بل على العكس من ذلك؛ فسحب هذا الاختصاص منها هو ما يقتضي النص عليه صراحة. ولما نصت المادة 140 صراحة على سحب اختصاص محكمة الموضوع برقابة الامتناع، بتفويض المشرع إصدار قانون يحدد الجهة القضائية المختصة بالمنازعات الدستورية؛ يثور السؤال عن أثر هذا النص، فهل يكفي وجود النص لسحب وظيفة قضاء الموضوع في رقابة الامتناع؟

يجيب عن ذلك الدكتور حسن السيد بوضوح يسنده المنطق القانوني السليم، وذلك بقوله " طالما كانت هذه الوظيفة من صميم عمل محكمة الموضوع فإن سحبها منها ومنعها من ممارسة عملها الأصل - في تغليب النص التشريعي الأعلى على النص التشريعي الأدنى - لا يكون بمجرد صدور القانون أو وجود النص، بل بتفعيه في الواقع العملي، وطالما لم يحدث ذلك بل تم تعطيل قانون إنشاء المحكمة الدستورية، وبالنتيجة تعطيل المادة 140 من الدستور في الواقع العملي، فإن محكمة الموضوع تستمر في ممارسة وظيفتها الطبيعية."

وإننا نميل إلى هذا الرأي وندعمه ونؤيده في جميع ما ذهب إليه، لما فيه من معالجة واقعية لحالة الفراغ من الرقابة الدستورية ولمساندة المنطق القانوني له، حيث يقدم هذا الرأي صورةً عملية واضحة لما يجب للمحاكم أن تفعله إزاء الدفع بعدم الدستورية في حالة الفراغ من الرقابة الدستورية، ولنا في سبيل دعم هذا الرأي حجج أخرى نرجيها إلى المطلب الثالث.

- الرأي المعارض لسلطة المحاكم برقابة الامتناع

يمثل هذا الرأي القاضي حمد وديع الطويل، وقد تطرق إليه في بحثه المتعلق بدعوى عدم الدستورية، حيث بين أن قطر قد مرت بنوعين من الفراغ، فراغ قانوني انتهى بصدر قانون الفصل في

المنازعات الدستورية، وآخر واقعي ما زال مستمرًا إلى يومنا، وإزاء ذلك، كشف القاضي حمد الطويل عن رأيه فيما إذا كان للمحاكم في فترة الفراغ القانوني، وفترة الفراغ الواقعي أن تباشر الرقابة الدستورية عن طريق رقابة الامتثال، منتهيًا إلى عدم جواز ذلك²⁵⁴.

حيث أكد أن الدستور الدائم كان يوجب على المشرع العادي أن يسارع إلى إصدار القانون المنفذ لحكم المادة 140 والمتعلق برقابة الدستورية؛ إلا أن المشرع تراخى في ذلك لمدة عام وثمانية أشهر، ثم صدر قانون الفصل في المنازعات الدستورية عام 2007، وحتى بعد صدور هذا الأخير، حصل تراخٍ في تعيين أعضاء الدائرة الدستورية، ثم صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية عام 2008، وتم تعيين رئيس لها فقط بموجب الأمر الأميري الصادر عام 2008 والذي نص في مادته الأولى على أن يباشر الرئيس كافة مهامه واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القانون، وبالرغم من ذلك كله، لم يعيّن أعضاء المحكمة الدستورية حتى الآن، ولم تباشر عملها رغم انقضاء عدة سنوات، وإزاء ما سبق، هناك مسألتين أساسيتين:

- المسألة الأولى، تراخي المشرع في إصدار القانون المنظم لنص المادة 140 من الدستور، والتي تمثل حالة الفراغ القانوني. ويضرب القاضي وديع ما حصل في الكويت في الفترة ما بين صدور الدستور واستجابة المشرع كمثال مماثل لهذه الحالة، وقد فصلنا في بيان ذلك، فنحيل إليه تحسبًا للتكرار.

- المسألة الثانية، تراخي الجهات المعنية في تعيين أعضاء الدائرة الدستورية حتى ألغي قانونها، ثم التراخي في تعيين أعضاء المحكمة الدستورية إلى الآن مع تعيين رئيسها فقط، والتي تمثل حالة الفراغ الواقعي. ويضرب القاضي وديع حالة مماثلة لهذه المسألة بالنموذج الإيطالي، مبيّنًا أنه بالرغم

²⁵⁴ حمد وديع محمود الطويل، المرجع السابق، ص 139-142.

من صدور الدستور الإيطالي ونصه على إنشاء المحكمة الدستورية عام 1947، إلا أن المحكمة لم تباشر مهامها ولم تر النور إلا بعد ثمانية أعوام، أي في عام 1953، وذلك بسبب عجز مجلسي البرلمان عن اختيار قضاة المحكمة بالأغلبية المطلوبة للانقسام الحزبي الشديد في البرلمان الإيطالي وعدم تمتع أي حزب بأغلبية كبيرة.

وفي حين يرى القاضي حمد وديع بأن الجدل قد حُسم في المسألة الأولى بصدور قانون الدائرة الدستورية، ومن بعده قانون المحكمة الدستورية؛ فبخصوص المسألة الثانية المتعلقة بالفراغ الواقعي؛ يرى عدم اختصاص القضاء العادي بمباشرة رقابة الامتناع، وفي هذا الشأن يقول " نرى من وجهة نظرنا أن تأخر المحكمة في بدء عملها لا يؤثر على نفاذ القانون وما أحدثه من أوضاع قانونية بعد هذا النفاذ؛ أهمها في هذا الشأن أن ما تتولى وتختص به المحكمة الدستورية من مسائل يبقى كذلك ولا يتأثر بالتوقيت الذي تبدأ به عملها ولا يؤثر عليها تأخرها في بداية عملها، ويترتب على ذلك أنه إذا أحييت المسألة الدستورية للمحكمة، أو دفع أحد الخصوم أمام إحدى المحاكم بعدم الدستورية وقدرت جدية الدفع، وصرحت له بإقامة دعوى عدم الدستورية، فإن هذه الدعوى لن تُنظر أمام المحكمة الدستورية مع بقاء الإحالة والدفع على حالهما أو العدول عنهما من قبل المحكمة المحيلة أو من قبل من أبدى الدفع، علاوةً على أن المحاكم والجهات القضائية الأخرى في الدولة ليس لها أن تمارس رقابة الامتناع في ظل وجود الرقابة المركزية." واستند إلى قضاء محكمة التمييز في الطعن رقم 194 لسنة 2010- والذي سنأتي على ذكره.

يظهر من ذلك أن هذا الرأي قد تبنى الموقف الراض لرقابة الامتناع، معتبراً أن الفراغ من الرقابة الدستورية لا يؤثر على نفاذ نصوص القانون، وأن هذا النفاذ لا يرتبط بوقت تفعيل النصوص وإنما بوجودها، ويترتب على ذلك أن قانون إنشاء المحكمة الدستورية بما يملكه من قوة نفاذ يحظر على

القضاء العادي مباشرة أي نوع من الرقابة، فلا يملك القضاء العادي إلا الإحالة دون الفصل في المسألة الدستورية. حيث يؤكد هذا الرأي العجز الذي يكون في التعامل مع الدفوع الدستورية في ظل غياب القضاء الدستوري، بيد أنه يُعرض عن طرح حلولٍ عملية مستندًا إلى عدم المساس بنفاز القوانين.

أما بشأن الاستشهاد بالموقف الإيطالي، فنقول بأن المادة 134 من الدستور الإيطالي أكدت على سلطة المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين ومراسيم القانون الصادر عن الدولة والأقاليم، وجعلت الحق برفع الدعوى الدستورية بطريقة مباشرة، وينعقد تشكيل المحكمة الدستورية وفق الدستور الإيطالي من خمسة عشر قاضيًا؛ يعين رئيس الجمهورية الثلث، وثلث يعينه البرلمان المنعقد بمجلسيه في جلسة مشتركة، وثلث يعينه مجلس شورى الدولة ومحكمة التمييز. ولمَّا يتمتع به حكم المحكمة الدستورية من قدرة على إلغاء التشريع وإلزام كافة بذلك الحكم؛ واجهت المحكمة الدستورية بعض الصعوبات التي أحرَّت إنشاءها وتفعيلها عملاً²⁵⁵ فنشأت حالة من الفراغ الواقعي. ونلاحظ بأنه على الرغم من استشهاد الرأي الرافض لرقابة الامتناع بحالة الفراغ الواقعي في إيطاليا، إلا أن هذا الرأي لم يتبنَّ الموقف الإيطالي في معالجة ذلك الفراغ، فخلال فترة الفراغ الواقعي من الرقابة الدستورية في إيطاليا ما بين صدور الدستور الإيطالي عام 1948 إلى حين تفعيل المحكمة الدستورية عام 1956؛ باشرت المحاكم العادية والإدارية في إيطاليا الرقابة الدستورية اللامركزية بطريق الامتناع، ولم تقض بعدم الاختصاص فيما يعرض عليها من مسائل، بالرغم من وجود نص الدستور الذي يقضي بالرقابة المركزية²⁵⁶.

²⁵⁵ إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، 1996، ص 399-401

²⁵⁶ D. D. Louis, "Introduction of Judicial Review in Italy—Transition from Decentralized to Centralized Review (1948–1956)—A Successful Transplant Case Study," Penn State International Law Review, 2010, Vol. 28, Article 6. P358.

ثانياً/ موقف الفقه القطري من حالة الفراغ الواقعي

كانت تلك آراء الفريقين المؤيد والمعارض لسلطة القضاء العادي في رقابة الامتناع، وإذا كانت تلك الآراء قد وضعت إصبعها بتفصيل وتحليل وتعليل على رقابة الامتناع بشكل مباشر، فإن هناك آراء عديدة في قطر تناولت إشكالية الفراغ الواقعي وتعرضت إليها محاولةً الوقوف على أسبابها، منتهية إلى ضرورة تفعيل المحكمة الدستورية.

لعل أول من لفت النظر إلى حالة الفراغ الواقعي - حسب اطلاعنا - الأستاذ الدكتور حسن عبد الرحيم السيد، حيث سلط الضوء على تساؤلات جوهرية تحوم حول سبب غياب المحكمة الدستورية بقوله " مضى أكثر من سنتين ونصف على صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (12) لسنة 2008، وتعيين رئيس لها، دون أن يبدأ العمل بالقانون أو أن تشكل المحكمة فعلياً، أو تمارس صلاحيتها في النظر في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح. نعرف أن هناك وزراء بلا وزارة أو وزراء دولة، ولكن أن يكون هناك رئيس محكمة بلا محكمة فهذا أمر جديد ومستغرب²⁵⁷". ويتابع الأستاذ الدكتور حسن في هذه المقالة مشيراً إلى أن عدم اكتمال التشريعات المتعلقة بالمحكمة الدستورية العليا لا يمكن أن يكون سبباً وراء التأخر في ممارسة المحكمة الدستورية لاختصاصاتها، لأن قانون المحكمة الدستورية العليا موجود وصادر ومكتمل منذ زمن، بل إن قانونين قد صدرا بالفعل في زمن قريب وغير متباعد لتفعيل الرقابة الدستورية.

أرجع الدكتور حسن هذا الفراغ الواقعي إلى انفراد السلطة التنفيذية في امتلاك الأدوات التشريعية، فبين كيف أن المحكمة الدستورية - بطبيعة اختصاصها في الرقابة على التشريعات - تقوم دون

²⁵⁷ حسن عبد الرحيم حسن السيد، المسودة: مقالة بعنوان: البحث عن الحقيقة، المدونة الإلكترونية للدكتور حسن،

shorturl.at/fnpxZ .2011مارس1

التصدي للتشريعات التي تنفرد بها السلطة التنفيذية برقابة دستورتها، وأنه لا يكفي تأخير الدعوة للمجلس المنتخب لتحقيق ذلك الانفراد، بل لابد كذلك من تعطيل المحكمة الدستورية لتحقيق ذلك، حيث وضح ذلك في قوله " هل يكفي السلطة التنفيذية مجرد تأخير الدعوة للمجلس المنتخب كي تنفرد في وضع هذه الأدوات التشريعية، أو اعتماد تلك الاتفاقيات؟، الإجابة حتمًا لا، فهناك مشكلة أخرى تتمثل أولاً في رقابة المحكمة الدستورية لهذه الأدوات، فنصوص ومواد هذه الأخيرة يجب أن تتسجم وتخضع لأحكام الدستور، وإلا سوف توصل بعدم الدستورية وتبطل عندما ترى المحكمة ذلك. علاوة على أن الاتفاقيات التي تيرمها الدولة والتي إما أن تصدر بقانون أو بمرسوم له قوة القانون لا تخرج عن رقابة المحكمة الدستورية العليا إن خالفت نصًا من الدستور، ولما كانت المحكمة هي من تختص بذلك، فإن تعطيلها سوف يخدم كذلك انفراد السلطة التنفيذية في وضع ما تشاء من أدوات تشريعية أو اعتماد ما تشاء من اتفاقيات دون رقابة من أية سلطة أخرى²⁵⁸."

كما أن من أوائل الذين تنبّهوا إلى غياب المحكمة الدستورية؛ المفكر القطري الدكتور علي خليفة الكواري، حيث عزا سبب غياب المحكمة الدستورية إلى غياب استقلال القضاء من الناحية الواقعية، وتبعية القضاء للسلطة التنفيذية، وفي معرض حديثه عن ذلك اعتبر المحكمة الدستورية في حكم العدم حين عبّر عن غيابها بأنها " لم تنشأ حتى الآن"، وفي ذلك يقول " إن استقلال القضاء هو جزء من استقلال السلطة التشريعية التي تصدر القوانين إضافة إلى ضرورة قيام صلاحيات محكمة دستورية تفصل في دستورية القوانين وما في حكمها، وإذا علمنا أن المحكمة الدستورية لم تنشأ حتى الآن، وأن كل القوانين السارية حاليًا السابقة على إعلان الدستور واللاحقة له حتى يتم انتخاب مجلس شورى جديد في المستقبل غير المعروف، تم تشريعها من قبل السلطة التنفيذية، فإن السلطة

²⁵⁸ حسن السيد، وقفات دستورية، المرجع السابق، ص 545.

القضائية مثلها مثل السلطة التشريعية في الدستور ما زالت تابعة للسلطة التنفيذية وغير مستقلة²⁵⁹. " حيث يوجّه الدكتور علي سبب غياب المحكمة الدستورية إلى طبيعة نظام توزيع السلطات في البلاد، فيرى أن غياب المحكمة الدستورية سببه عدم استقلال القضاء، فلأن القضاء لا يتمتع بالاستقلال غابت المحكمة الدستورية. ويعقّب على ذلك؛ بأن استقلال القضاء فرع عن استقلال السلطة التشريعية، فإذا كانت السلطة التشريعية تابعة للسلطة التنفيذية، فإن تبعية القضاء للأخيرة أمر حتمي، ومن ثم فإن غياب المحكمة الدستورية حتمي كذلك وهو دليل على تبعية القضاء للسلطة التنفيذية.

في ذات هذا المعنى؛ أشار الأستاذ الدكتور حسن السيد إلى أنه " ينبغي التأكيد بأن السلطة التي تملك سن القانون هي السلطة الأقوى، وأن الدستور القطري حاول أن يوزع اختصاص سن التشريع بين مجلس الشورى والسلطة التنفيذية، إلا أن الدارس لتلك المواد الدستورية يرى بوضوح رجحان كفة السلطة التنفيذية في ذلك مما يعد إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعتبر تحقيق التوازن النسبي بينها من أهم أركانه. ويضيف بأن عدم وجود برلمان منتخب إلى الآن، وعدم تفعيل المحكمة الدستورية تجعل اختصاص سن التشريع بأكمله، نظرياً وعملياً، للسلطة التنفيذية، أي تجعلها تنفرد بالقوة جميعها²⁶⁰. "

ومن الأكاديميين - غير المتخصصين في القانون - من استنكر حالة الفراغ الواقعي من تنظيم للرقابة، حيث نجد الدكتور محمد بن علي الكبيسي قد ذكر عددًا من القوانين التي تتضمن مخالقات صريحة لنصوص الدستور، وضرب أمثلة كثيرة على ذلك، ثم ختم مقالته بقوله "إنني مستغرب من

²⁵⁹ علي خليفة الكواري، دستور قطر: ملامح ديمقراطية مع إرجاء التنفيذ، المرجع السابق shorturl.at/eflNW
²⁶⁰ حسن عبد الرحيم حسن السيد، وقفات دستورية، المرجع السابق، ص543. راجع أيضًا: حسن السيد، مقالة بعنوان: "المسودة: الإطار التشريعي"، المدونة الإلكترونية للدكتور حسن، 22 مارس 2011. shorturl.at/fnpxZ

بقاء قانون المحكمة الدستورية، طيلة السنوات الماضية، حبيس الأدرج. إنه من المهم تفعيل المحكمة الدستورية لإرساء دولة القانون والمؤسسات لأن فهم الأفراد للقانون بدون جهة مختصة بتفسير القانون قد يضر بمصالح البلاد والعباد. إن بعض المسؤولين، وليس كلهم، ليس لديهم الحس بالعمل ضمن الدستور القطري وربما لا يعرفون أن لكل قانون هناك ما يسمى روح القانون. إننا على ثقة بأن القيادة الحكيمة تسعى دومًا لإرساء دولة القانون وسير العدالة، ولهذا أتمنى أن تباشر المحكمة الدستورية عملها في الفترة القادمة²⁶¹.

إلى جانب ذلك، التفت عدد من المحامين إلى غياب المحكمة الدستورية، فذهبوا إلى تكريس أهمية تفعيلها من خلال تعزيز أهمية الغايات التي يحققها وجود المحكمة الدستورية، حيث ذهب البعض للتأكيد على أهمية الرقابة الدستورية في إعلاء مبدأ سيادة القانون وتوفير ضمانات العدالة والحرية والمساواة والتوفيق بين حقوق الأفراد ومصالح المؤسسات، وأن الفرد لا يستشعر قيمة القانون إلا حينما يجد جهة قضائية تحقق العدالة وتطبق القانون تطبيقًا سليمًا على نحو يضمن للفرد عدم تطبيق قوانين مجحفة في حقه²⁶²، علاوةً على أن القيمة العملية للدستور ومكانته وسموه تقتضي وجود وسيلة تضمن عدم مخالفته، ولا يمكن تحقيق ذلك بدون مباشرة الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح وتفعيل نصوص القانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا²⁶³. إضافة إلى أن تفعيل الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح قد أصبح أمرًا تقتضيه التطورات

²⁶¹ محمد بن علي الكبيسي، أين المحكمة الدستورية؟، صحيفة الشرق، 19 أبريل 2015: shorturl.at/yHJ17

²⁶² علي عيسى الخليلي، حراسة دستورية القوانين.. وظيفة المحكمة، تحقيق نشأت أمين، المحكمة الدستورية العليا.. الحلم المنتظر، الراية، يومية سياسية مستقلة، 17 يناير 2018: shorturl.at/knsu0

²⁶³ يوسف الزمان، ثلاث طرق لتحريك الدعوى الدستورية، تحقيق نشأت أمين، المحكمة الدستورية العليا.. الحلم المنتظر، الراية، يومية سياسية مستقلة، 17 يناير 2018: shorturl.at/knsu0

المجتمعية وتقرضه حاجة الأفراد إلى فحص مدى تطابق القوانين وتوافقها مع الحقوق الدستورية المنصوص عليها في الدستور الدائم لدولة قطر²⁶⁴.

ومن الواضح أن التساؤلات حول غياب المحكمة الدستورية لم تخفت بمرور الزمن، بل على العكس من ذلك، فمرور الزمن بات عاملاً في تجديد التساؤلات مع مستجدات الحياة، فقد عبر الدكتور هزاع بن علي المختص في القانون الإداري والمحامي بالتمييز في صفحته الخاصة في معرض رده على سؤال ورّده بخصوص سبب غياب المحكمة الدستورية، بأن إشكالية عدم تفعيل المحكمة الدستورية لا تتعلق بخوف السلطة من الطعن بعدم دستورية القوانين، كل ما في الأمر أن الدولة تنتظر الوقت المناسب، وأن القضاء القطري يمر بمرحلة نضوج طبيعية بالنظر إلى حداثة نشأته بشكل خاص، وإلى حداثة الدولة بشكل عام، وأن الأمر يأخذ تدرجه الطبيعي وهو في مرحلته الأخيرة²⁶⁵.

بذلك، يظهر أن الباحثين القطريين قد التفتوا إلى مشكلة الفراغ الواقعي من الرقابة الدستورية باكراً، فسلط البعض الضوء على أهمية تفعيل المحكمة بالنظر إلى الغايات التي ستتحقق إذا ما فُعِلت، في حين أن البعض قد حاول البحث عن أسباب هذا الغياب، وأجمعوا على ضرورة تفعيل المحكمة الدستورية، وهو الأمر الذي لا يختلف عليه أحد. كما تطرق بعضهم إلى رقابة الامتناع كحلٍ لمعالجة الفراغ الواقعي بين المعارضة والتأييد، الأمر الذي يدفعنا للبحث في موقف القضاء من رقابة الامتناع، وهو ما نتناوله في المطلب الثاني.

²⁶⁴ مانع ناصر صالح، تفعيل الرقابة القضائية على دستورية القوانين، تحقيق نشأت أمين، المحكمة الدستورية العليا..

الحلم المنتظر، الزاية، يومية سياسية مستقلة، 17 يناير 2018: shorturl.at/knsu0

²⁶⁵ هزاع بن علي، الصفحة الشخصية على موقع تويتر، المرجع السابق، shorturl.at/bvLY0

المطلب الثاني

موقف القضاء القطري من حالة الفراغ الواقعي

لئن كان القضاء القطري قد استقر مؤخرًا على رفض رقابة الامتناع، إلا أن لمحكمة الاستئناف بضع أحكام باشرت فيها هذا النوع من الرقابة، فقد قضت في حكم لها بتعطيل أثر حظر الجمع بين الأجر والمعاش المترتب على المادة 15 من قانون المعاشات التقاعدية لتعارضه مع مبدأ صيانة الملكية الخاصة المنصوص عليه بموجب الدستور²⁶⁶، ولقد طُعن على هذا الحكم أمام محكمة التمييز فأيدته ولم تقضِ بإلغائه، غير أنها استندت في تأييدها لعدم انطباق نص المادة 15 على الواقعة، مُعرضةً عن موافقة أو معارضة ما انتهت إليه محكمة الاستئناف بشأن رقابة الامتناع -خلافًا لموقفها الراض لرقابة الامتناع في أحكامٍ عديدة- وفيما يلي نفضّل في هذه القضية التي نُظرت أمام الدائرة الإدارية الاستئنافية، لما نرى فيها من أهمية، ثم نعرض للموقف المستقر لقضاء محكمة التمييز من رقابة الامتناع.

- أولًا/ حكم الدائرة الإدارية الاستئنافية بالامتناع عن تطبيق المادة 15

صدر هذا الحكم عام 2010، أي بعد فترة يسيرة جدًا من نشوء حالة الفراغ الواقعي في دولة قطر على اعتبار أنها نشأت عام 2008، بعد صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا²⁶⁷، وفي هذه القضية تقدّم المدعي بطلب إلغاء القرار الإداري الذي أصدرته الهيئة، والذي انتهى لعدم

²⁶⁶ المادة 27 من الدستور الدائم لدولة قطر " الملكية الخاصة مصنونة، فلا يحرم أحد من ملكه إلا بسبب المنفعة العامة وفي الأحوال التي يبينها القانون وبالكيفية التي ينص عليها، وبشرط تعويضه عنها تعويضًا عادلًا".
²⁶⁷ حكم محكمة الاستئناف القطرية في الطعن رقم 4، لسنة 2010 قضائية، بتاريخ الجلسة 18مايو 2010، شبكة قوانين الشرق.

استحقاقه المعاش بموجب المادة 15 المعدلة بالقانون رقم 33 لسنة 2004²⁶⁸، والتي يحظر بموجبها الجمع بين المعاش والمرتب، وكانت الهيئة قد قررت عدم استحقاقه للمعاش لعدم انطباق قانون التقاعد والمعاشات عليه بسبب احتفاظه بالمعاش التقاعدي الذي يتقاضاه من المؤسسة، فنعى المدعي على هذا القرار مخالفته أحكام القانون رقم 24 لسنة 2002 وعدم صحة ما قام عليه من أسباب، بمقولة أنه لا يجمع بين معاشين من صندوق الهيئة، فالمعاش السابق من ميزانية المؤسسة وليس الهيئة، بل كانت الهيئة تستقطع الاشتراكات من راتبه على الرغم من علمها بتقاضيه الراتب التقاعدي من المؤسسة.

كان السؤال الذي يتناوله هذا الحكم، يدور حول مدى جواز الجمع بين الأجر والمعاش، ووفقاً لصريح نص المادة 15 فإن الجواب المباشر، هو عدم جواز الجمع بين المعاش والأجر، غير أن المحكمة وجدت في هذا الحظر تعارضاً مع مقتضى المادة 27 من الدستور التي قررت صيانة الملكية الخاصة وعدم جواز بمساسها، تأسيساً على التفرقة بين المعاش والأجر، وفي بيان ذلك قضت بأنه " لا ينال من استحقاق الطاعن للمعاش عن المدة الإضافية الجديدة ما قرره لجنة فحص منازعات المعاشات...، فهذا القول مردود بأن ما قرره المادة 15 سائلة الذكر من وقف صرف المعاش خلال المدة التي أعيد فيها صاحب المعاش إلى عمل يخضعه لأحكام قانون التقاعد والمعاشات كشرط للاستفادة من تسوية المعاش عن مدة العمل الجديدة؛ يحظر الجمع بين المعاش والمرتب في حين أن الحق في المعاش لا يعتبر منافياً للحق في الأجر، ولا يحول دون اجتماعهما

²⁶⁸ المادة 15 المعدلة بالقانون رقم 33 لسنة 2004 المشار إليه والتي تنص على أن "إذا عين أو أعيد صاحب المعاش للعمل في إحدى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، أوقف صرف المعاش مدة عمله، فإذا كان راتبه أقل من معاشه صرف له الفرق من الهيئة، ويجوز له الاشتراك عن مدة الخدمة الجديدة، ويسوى معاشه عند انتهاء خدمته، على أساس راتبه مضافاً إليه الفرق عن المدة الإضافية التي لا تقل عن ثماني سنوات، بحساب معاش عن هذه المدة، وفقاً لأحكام المادتين (10)، (11) من هذا القانون، وإضافته إلى معاشه السابق. وإذا قلت مدة خدمته الإضافية عن ثماني سنوات أعيد له معاشه الموقوف وصرفت له اشتراكاته التي سددها عن هذه المدة وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون."

باعتبارهما مختلفين مصدرًا وسببًا...²⁶⁹، ومن ثم ينحل العدوان على أيهما إلى إخلال بالملكية الخاصة التي كفل الدستور الدائم في المادة 27 منه أصل الحق فيها، وأحاطها بالحماية اللازمة لصونها، والتي تنصرف إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء، وتتسع للأموال بوجه عام. ومتى كان ما تقدم، فإن نص المادة 15 المشار إليه يكون قد خالف أحكام المادة 27 من الدستور الدائم والمادة 16 من النظام الأساسي المؤقت."

وفي تبرير هذه النتيجة التي امتنعت فيها الدائرة الإدارية الاستئنافية عن إعمال الحظر المفروض بموجب المادة 15 من القانون، بنت المحكمة حكمها على أساس الامتناع عن تطبيق الحظر الذي أورده حكم المادة 15 لتعارضه مع الدستور مشيرةً إلى إدراكها بأن الرقابة الدستورية منوطة للمحكمة الدستورية، وفي تبين ذلك قالت: " ومن حيث إن الدستور الدائم...، قد أناط بالمشرع، تحديد الجهة القضائية، التي تختص بمباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وتنفيذًا لذلك...، صدر القانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا...، ولم يصدر الأمر الأميري بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا، ومن المقرر فقهاً وقضياً أن القانون ينفذ من التاريخ المحدد فيه للعمل بأحكامه ولو تضمنت نصوصه دعوة لإصدار لائحة تنفيذية له أو أوامر ومراسيم

²⁶⁹ "في تفسير اختلاف المصدر والسبب للمعاش والأجر قالت المحكمة: " ذلك أنه بينما يعتبر نص القانون مصدراً مباشراً للحق في المعاش، فالحق في المعاش الذي تتوافر بالتطبيق لأحكام قانون التقاعد والمعاشات شروط اقتضائه عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقاً للنظم المعمول بها، يعتبر التزاماً مترتباً بنص القانون في ذمة الجهة المدينة. فإن الأجر مرجعه إلى قيام رابطة العمل التعاقدية، وترتد إليه في مصدرها المباشر. كذلك يعتبر المعاش مستحقاً للمنتفع عن مدد الخدمة الأصلية بالجهة التي كان يعمل بها وأدى عنها حصته في التأمين الاجتماعي وفقاً للقواعد التي تقرر المعاش بموجبها وتحدد مقداره على ضوءها، وذلك خلافاً للأجر التي يستحقها من الجهة التي عاد للعمل بها، إذ تعتبر مقابلاً مشروعاً لعمله فيها، وباعتنا دفعه إلى التعاقد معها، ليكون القيام بهذا العمل سبباً لاستحقاقها.

وكانت المادة 15 من قانون التقاعد والمعاشات، تدل بعباراتها على أن المشرع عامل أجر المدعي باعتباره بديلاً عن معاشه، حال أن الالتزام لا يكون بدلًا إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي، وهو بذلك يفترض مدينًا واحدًا تقرّر البديل لمصلحته، إذ تبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي. وليس كذلك حق الجمع بين المعاش والأجر، ذلك أن الالتزام بهما ليس مترتبًا في ذمة مدين واحد، ولا يقوم ثانيهما مقام أولهما، فضلًا عن اختلافهما مصدرًا."

أميرية، إلا إذا نص القانون صراحة على غير ذلك، أو كان تنفيذ القانون متعذراً بدون الأحكام التفصيلية التي يراد لللائحة التنفيذية أن تتضمنها. ولا ريب في أن عدم صدور الأمر أو المرسوم الأميري المشار إليه بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا ومن قبلها الدائرة الدستورية يجعل مباشرة الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح طبقاً لأحكام القانونين المشار إليها متعذرة التنفيذ بذاتها ولا تكون قابلة للتطبيق إلا بعد أن يصدر الأمر الأميري بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا. ومن حيث إنه قبل إسناد المادة 27 من الدستور الدائم إلى جهة قضائية تتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح فإن المحاكم على اختلافها لها أن تباشر رقابة الامتناع عن أعمال النصوص التشريعية المخالفة للدستور، وتستمر هذه المحاكم في مباشرة رقابة الامتناع على الرغم من صدور القانون رقم 12 لسنة 2008 ولا يمتنع عليها مباشرة هذه الرقابة إلا بصدور الأمر الأميري بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا²⁷⁰.

يظهر من هذا الحكم أن محكمة الاستئناف قد باشرت رقابة الامتناع، حيث امتنعت عن أعمال الحظر الذي قرره المادة 15 من القانون رقم 24 لسنة 2002 من الجمع بين المعاش والأجر لتعارضه مع حق الملكية المقرر بموجب المادة 27 من الدستور الدائم لدولة قطر، ولم تتجاهل المحكمة كون الرقابة الدستورية من حيث الأصل من اختصاص المحكمة الدستورية التي أنشأها

²⁷⁰ تابع الحكم " ومن حيث إنه ترتيباً على ما تقدم فإن أعمال المادة 15 من قانون التقاعد والمعاشات يكون بإهدار ما حظرته من الجمع بين المعاش والأجر لمن عاد للعمل بإحدى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون بحيث لا يمنع استمراره في الحصول على معاشه عن مدة خدمته السابقة على إعادته للعمل بإحدى تلك الجهات من الاستفادة من حساب مدة خدمته الجديدة في تسوية المعاش متى كانت هذه المدة لا تقل عن ثماني سنوات. ومن حيث إن الثابت من الوقائع المعروضة أن المستأنف انتهت خدمته السابقة بالمؤسسة العامة.... وأحيل إلى التقاعد اعتباراً من 1988/5/9 وتقاضى راتباً تقاعدياً من المؤسسة، ثم التحق بالعمل لدى بنك.... بتاريخ 1991/5/11، إلى أن أحيل إلى التقاعد لبلوغه السن القانونية في 2006/3/8 وكانت تستقطع اشتراكات بنسبة 5% من راتبه وحصص البنك بنسبة 10% من هذا الراتب، وبالتالي توافرت في شأنه مدة خدمة جديدة بعد إعادته للعمل ببنك..... تزيد على ثماني سنوات مما يكون معه مستوفياً لشروط استحقاق المعاش عن مدة خدمته الجديدة وتلتزم الهيئة العامة للتقاعد والتأمينات الاجتماعية بتسوية معاش المستأنف وفقاً لأحكام المادة 15 المشار إليها.

القانون رقم 12 لسنة 2008، غير أنها جعلت تعذر تنفيذ قانون إنشاء المحكمة الدستورية- الناشئ عن تراخي الجهات المعنية في إصدار قرارات تعيين قضاة القضاء الدستوري- سبباً يخول القضاء العادي أن ينوب بطريق الاستثناء في هذا الاختصاص معملاً رقابة الامتناع.

وإننا لن نبحث في موضوع الحكم ومدى صحة تفسير المحكمة للمادة 15 من القانون والمادة 27 من الدستور، لانتفاء صلة ذلك بموضوع بحثنا، لكن ما يهمنا في هذا الحكم هو الأساس الذي قام عليه الحكم في مباشرة رقابة الامتناع، وفيما يلي نورد بعض الملاحظات على هذا الحكم:

- **باشرت محكمة الاستئناف رقابة الامتناع في هذا الحكم من تلقاء نفسها، فلم يكن هنالك دفع فرعي من المدعي بعدم دستورية المادة 15، كما أن المدعي لم يشر إلى نص المادة 27 من الدستور والمتعلق بالحق في الملكية لا من قريب ولا من بعيد، فاعتراض المدعي على قرار الهيئة قد بُني على أساس مخالفته أحكام القانون رقم 24 لسنة 2002 وعدم صحة ما قام عليه من أسباب، وليس تعارضه مع الدستور، ومن ثم فإن المحكمة في هذا الحكم قد تصدّت لعدم الدستورية، وهذا موقف حسن، لأن عدم وجود سوابق قضائية في هذا الشأن يتطلب جرأة من المحكمة واجتهاداً يلفت النظر لمثل هذه المسائل التي تتسم بالأهمية، وهذا الموقف في التصدي مماثل بوجه من الوجوه لبداية تأصيل رقابة الامتناع في الولايات المتحدة الأمريكية، حينما تصدى القاضي مارشال لعدم الدستورية. فتصدّى المحكمة من تلقاء نفسها للنزاع الدستوري يعبر عن احترامها للدستور والتزامها بنصوصه ومبادئه.**

- **جزأت المحكمة نص المادة 15 وامتنعت عن تطبيق الجزء غير الدستوري فحسب، فثلّت أثر الحظر في المادة 15 وامتنعت عن إعماله، دون أن يطال ذلك نص المادة بأكملها، حيث طبقت من المادة الشقّ الدستوري، وامتنعت عن تطبيق الشق غير الدستوري والمتمثل في حظر الجمع**

بين الأجر والمعاش على الأساس الموضوعي الذي بيّنه الحكم فقضت بأن " إعمال المادة 15 من قانون التقاعد والمعاشات يكون بإهدار ما حظرته من الجمع بين المعاش والأجر لمن عاد للعمل بإحدى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون...، وتلتزم الهيئة العامة للتقاعد والتأمينات الاجتماعية بتسوية معاش المستأنف وفقا لأحكام المادة 15 المشار إليها" وهذا النهج في تجزيء النص وإبطال الشق غير الدستوري دون الدستوري منه، هو نهج حسن من المحكمة يُنبئُ عن احترامها للقرينة الدستورية، حيث انطلقت من الأصل الذي يقضي بأن القوانين تتفق مع الدستور من حيث المبدأ، ورتّبت على ذلك تطبيق حكم المادة 15 كنتيجة مباشرة، باستثناء الشق الذي لا يمكن تأويله على نحو متفق مع الدستور، وذلك يشير إلى أن المحكمة في مباشرتها رقابة الامتناع راعت الضوابط المستقر عليها فيما يتعلق بقرينة الدستورية.

- أكدت المحكمة على أن رقابة الامتناع حلٌ مؤقت لمواجهة حالة الفراغ الواقعي، فهو حلٌ مرحلي تقضيهِ الضرورة الواقعية من عدم تفعيل المحكمة الدستورية حتى هذه اللحظة، ولقد علّقت المحكمة انتهاء سلطة المحكمة في رقابة الامتناع بحالة وحيدة تتمثل في إصدار قرارات تعيين أعضاء المحكمة الدستورية، وذلك بقولها " ولا يمتنع عليها مباشرة هذه الرقابة إلا بصدر الأمر الأميري بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا"، والجدير بالذكر أن هذا الحكم قد صدر عام 2010، وكان الأمر الأميري رقم (2) لسنة 2008 بتعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا قد صدر قبل هذا الحكم بعامين متزامناً مع قانون إنشاء المحكمة، إلا أن المحكمة لم تر فيه مانعاً دون مباشرة رقابة الامتناع، ذلك أنها اشترطت تعيين جميع أعضاء المحكمة على نحوٍ يبني تشكيلها، وليس تعيين رئيس المحكمة فحسب.

والحكمة من وراء هذا التحديد- كما نستشفها من ألفاظ هذا الحكم- هو أنه بصدور تعيين أعضاء المحكمة الدستورية يتحقق التفعيل، وبغيابه يغيب، فقد بينت المحكمة أن " عدم صدور الأمر أو المرسوم الأميري المشار إليه بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا... يجعل مباشرة الرقابة الدستورية..، متعذرة التنفيذ بذاتها ولا تكون قابلة للتطبيق إلا بعد أن يصدر الأمر الأميري بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا." ومع ذلك، كان أجدد بالمحكمة أن تجعل مناط التوقف عن رقابة الامتناع هو تفعيل المحكمة بلفظ صريح، فقياسًا على القرار الأميري رقم 2 لسنة 2008 بتعيين رئيس المحكمة الدستورية؛ من المتصور عملاً تعيين القضاة دون تفعيل المحكمة.

- جعل الحكم رقابة الامتناع سلطة ثابتة للقضاء العادي قبل صدور الدستور الدائم، أي في مرحلة الفراغ الدستوري، وذلك بقوله " إنه قبل إسناد المادة 27 من الدستور الدائم إلى جهة قضائية تولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح فإن المحاكم على اختلافها لها أن تباشر رقابة الامتناع عن أعمال النصوص التشريعية المخالفة للدستور"، ثم انطلق من هذا الأساس السائد في النظم القانونية من تقرير رقابة الامتناع في حالات الفراغ الدستوري؛ ليجعل تلك السلطة مستمرة حتى في حالة الفراغ الواقعي، مؤكِّدًا على أن "تستمر هذه المحاكم في مباشرة رقابة الامتناع على الرغم من صدور القانون رقم 12 لسنة 2008 ولا يمتنع عليها مباشرة هذه الرقابة إلا بصدور الأمر الأميري بتعيين أعضاء المحكمة الدستورية العليا²⁷¹". وبهذا، يظهر بوضوح إدراك قضاء

²⁷¹ تابع الحكم " ومن حيث إنه ترتبًا على ما تقدم فإن أعمال المادة 15 من قانون التقاعد والمعاشات يكون بإهدار ما حظرته من الجمع بين المعاش والأجر لمن عاد للعمل بإحدى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون بحيث لا يمنع استمراره في الحصول على معاشه عن مدة خدمته السابقة على إعادته للعمل بإحدى تلك الجهات من الاستفادة من حساب مدة خدمته الجديدة في تسوية المعاش متى كانت هذه المدة لا تقل عن ثماني سنوات. ومن حيث إن الثابت من الوقائع المعروضة أن المستأنف انتهت خدمته السابقة بالمؤسسة العامة وأحيل إلى التقاعد اعتبارًا من 1988/5/9 وتقاضى راتبًا تقاعديًا من المؤسسة، ثم التحق بالعمل لدى بنك بتاريخ 1991/5/11، إلى أن أحيل إلى التقاعد لبلوغه السن القانونية في 2006/3/8 وكانت تستقطع اشتراكات بنسبة 5% من راتبه وحصص البنك بنسبة 10% من هذا الراتب، وبالتالي توافرت في شأنه مدة خدمة جديدة بعد إعادته للعمل ببنك تزيد على ثماني سنوات مما يكون معه مستوفيا لشروط استحقاق المعاش

الدائرة الإدارية الاستئنافية إلى أنه لا فرق من حيث الأثر ما بين الفراغ الدستوري والفراغ الواقعي، ولتساوي الأثر، ساوى في نتيجة أعمال رقابة الامتناع كحلٍ مرحليٍّ لمواجهة حالة الفراغ من الرقابة الدستورية إلى حين تفعيل المحكمة بتعيين أعضائها من قبل السلطة التنفيذية.

ومن خلال هذا الحكم، يظهر لدينا أن المحكمة لا تعتدُّ بالنصِّ مجردًا للقول بعدم اختصاصها بالرقابة الدستورية بطريق الامتناع، وإنما تعتد بتفعيل النص وإنزاله منزل الواقع، فمتى كانت المبادئ المنظمة للرقابة الدستورية حبيسة النصوص، فإن القضاء العادي له أن يباشر رقابة الامتناع في سبيل مواجهة الفراغ الواقعي، ومتى تمثلت هذه النصوص بواقع عملي عن طريق تفعيل المحكمة الدستورية فإن القضاء العادي تتحسر عنه الرقابة الدستورية بطريق الامتناع. ومن جانبنا، فإننا نحمد لمحكمة الاستئناف هذا الحكم لإثارته رقابة الامتناع كحلٍ لمواجهة الفراغ الواقعي من الرقابة الدستورية، وإن مجرد طرح الفكرة من قبل الدائرة الإدارية الاستئنافية؛ ينبئ عن استعداد القضاء للاجتهاد البناء الذي يثبت أن القضاء هو الحارس الأمين للدستور. ولقد بسطت محكمة التمييز رقابتها على هذا الحكم، وهو الأمر الذي يقودنا لموقف محكمة التمييز.

- ثانيًا/ الإقرار الضمني لمحكمة التمييز لرقابة الامتناع في حكم محكمة الاستئناف

أيدت محكمة التمييز حكم محكمة الاستئناف وقضت بإلغاء قرار الهيئة بعدم استحقاق الموظف للمعاش، غير أنها عدلت أسباب الحكم، فلم تستند إلى أعمال رقابة الامتناع وتعطيل حكم المادة 15 من القانون، وإنما استندت في إلغاء القرار الإداري إلى أن نص المادة 15 لا ينطبق على الواقعة محل النزاع.

عن مدة خدمته الجديدة وتلتزم الهيئة العامة للتقاعد والتأمينات الاجتماعية بتسوية معاش المستأنف وفقا لأحكام المادة 15 المشار إليها.

وجاء في حيثيات الحكم " وحيث إن الطاعن ينعى...، الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، حيث انتهى إلى أحقية الموظف في المعاش وفقاً لأحكام القانون سالف البيان رغم عدم استحقاقه، فضلاً عن أن المحكمة مصدره الحكم امتنعت عن إعمال حكم المادة (15) من هذا القانون لما اعتراها من عيب دستوري مهذرة ما للمحكمة الدستورية العليا وحدها من اختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، بما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب تمييزه. وحيث إن هذا النعي غير سديد²⁷²...، ويكون الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى نتيجة إلغاء القرار الإداري قد وافق صحيح القانون، ولا يغير من ذلك ما تطرقت إليه أسبابه بشأن المادة (15) من القانون رقم (24) لسنة 2002، إذ لمحكمة التمييز أن تعدل تلك الأسباب دون تمييزه، وإذ انتهت محكمة التمييز إلى عدم انطباق المادة (15) سالفه البيان على واقع الدعوى، الأمر الذي يكون معه بحث مدى اتفاق هذا النص وأحكام الدستور - أياً كان وجه الرأي فيه - هو أمر غير لازم للفصل في النزاع المائل ويعد ما تضمنته أسباب الحكم المطعون فيه

²⁷² في تسبب المحكمة لعدم صحة الدفع قضت بأنه " لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الأول قد عين بالبنك المطعون ضده الثاني في الفترة من 1991/5/11 إلى 2006/3/8 حيث أحيل إلى التقاعد لبلوغ السن المقررة لانتهاء الخدمة، وكان استحقاق المعاش لبلوغ السن المقررة لانتهاء الخدمة - وعلى ما هو مقرر بالبند الثاني من المادة السادسة من القانون (24) لسنة 2002 سالف البيان - يستوجب أن لا تقل مدة الخدمة عن خمس عشرة سنة، وكانت عبارة مدة الخدمة قد عرفت المادة الأولى من القانون (24) لسنة 2002 بكونها المدة مدفوعة الاشتراك سواء أكانت فعلية أو اعتبارية، وكان المقرر بنص المادة (12) مكرراً من القانون رقم (24) لسنة 2002 المشار إليه المضافة بالقانون رقم (33) لسنة 2004 أنه يجوز للموظف أو العامل أن يطلب شراء مدة خدمة اعتبارية تضاف إلى مدة خدمته الفعلية متى كان لا يقل عمره عند الطلب عن خمسين سنة للذكور وخمسة وأربعين سنة للإناث ولا تقل مدة خدمته الفعلية عن عشر سنوات، وأن يؤدي الاشتراكات المستحقة عن المدة المشتراة" ، وإذ كان ما تقدم وكان المطعون ضده قد تقدم بطلب شراء مدة اعتبارية فوافقت الهيئة وحددت له مقدارها بأكثر من خمس سنوات، وبعد أن سدد الاشتراكات المستحقة عنها أخطرت الهيئة بقبول اشتراكه وبضم المدة المشتراة إلى مدة خدمته الفعلية لتصبح مدة خدمته عشرون سنة بما يستحق معه للمطعون ضده الأول معاشاً عن فترة عمله لدى المطعون ضده الثاني يتم تسويته وفقاً للأسس المقررة في هذا الخصوص بالقانون (24) لسنة 2002 بعد أن يعيد المطعون ضده الأول والثاني للهيئة ما سبق وأن ردت لهما من اشتراكات، ويضحى ما تساندت إليه الهيئة من عدم استحقاقه للمعاش عن فترة عمله لدى المطعون ضده الثاني لتمسكه بالراتب التقاعدي المقرر له عن فترة عمله السابقة لدى المؤسسة... للبتروك قد جاء مفترقاً لثمة أساس في القانون."

في هذا الخصوص أسباباً زائدة يستقيم الحكم بدونها بما يجعل ما تضمنته أسباب الطعن من نعي على الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص غير منتج، ومن ثم غير مقبول. ولما تقدم يتعين رفض الطعن²⁷³.

يُظهر هذا الحكم حنكةً من محكمة التمييز، وتعاملًا نبهًا مع الموقف، حيث توصلت إلى ذات نتيجة رقابة الامتناع التي مارستها محكمة الاستئناف والمتمثلة في إلغاء القرار الإداري، دون أن تخوض في مسألة دستورية النص، ودون أن تباشر امتناعاً عن تطبيق أي من النصوص القانونية، وذلك بإعمال نصوص أخرى من القانون، حيث ارتأت محكمة التمييز في هذا الحكم أن تقف موقفاً صامتاً من رقابة الامتناع، فلفتت النظر عنها كلّ الالتفات واعتبرت أن الفصل في هذه المسألة ليست من لوازم الدعوى القائمة، بما يجعلنا نستشف إقراراً ضمنياً لرقابة الامتناع من موقفها في هذا الحكم، ولنا على هذا الحكم بعض الملاحظات:

- اعتبرت محكمة التمييز الأسباب التي أقامت عليها محكمة الاستئناف حكمها في الامتناع عن تطبيق الحظر الوارد في المادة 15 لمخالفته الدستور؛ "أسباباً زائدة" ولم تعتبرها المحكمة "أسباباً خاطئة"، وكان بمقدورها أن تعيب اتجاه محكمة الاستئناف في هذا الصدد غير أنها قدّرت أن تقف موقف الحياد، وفي تقديرنا، نجد أن محكمة التمييز ما كانت لتقف هذا الموقف المحايد في مسألة حساسة كهذه إلا وأنها أميل لتأييد رقابة الامتناع من رفضها، لاسيما وأنها وصفت حكم محكمة الاستئناف بأنه قد "وافق صحيح القانون" بما يجعلنا نعتبر عدم تخطئها للدائرة الاستئنافية فيما باشرته من رقابة الامتناع إقراراً ضمنياً لهذا النوع من الرقابة.

²⁷³ حكم محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية- في الطعن رقم 107، لسنة 2011 قضائية، بتاريخ 20 نوفمبر 2011، شبكة قوانين الشرق.

- أبدى هذا الحكم استعداداً من المحكمة لبحث دستورية النصوص المشتبه بعدم دستورتيتها، وذلك يظهر من صياغة تعقيبيها على المسألة، حيث نفهم ذلك من قولها " وإذ انتهت محكمة التمييز إلى عدم انطباق المادة (15) سالفه البيان على واقع الدعوى، الأمر الذي يكون معه بحث مدى اتفاق هذا النص وأحكام الدستور - أياً كان وجه الرأي فيه - هو أمر غير لازم للفصل في النزاع المائل." فبمفهوم المخالفة، وعلى سبيل الاحتمال والافتراض، إذا كان نص المادة 15 ينطبق على واقعة الدعوى، فمن المحتمل أن تبحث محكمة التمييز مدى اتفاق نص المادة 15 مع أحكام الدستور.

- إن إعراض المحكمة عن إبداء موقفها من رقابة الامتناع حينما تسنى لها ذلك، يفصح عن ترددها في إبداء رأيها، وليس ترددها في تحديد موقفها، فقد كانت قد حددت موقفها بالفعل ورفضت رقابة الامتناع في حكم سابق²⁷⁴ - سنأتي على تفصيله- فلماذا لم تذهب المحكمة في حكمها اللاحق إلى التأكيد على رفضها ووقف موقف الحياد؟ إن عبارات المحكمة تفيد تحرّرها من الخوض في المسائل الدستورية لاسيما حين يتوافر منفذ آخر للفصل في النزاع الموضوعي، حيث اتخذت المحكمة وسيلة للخروج من هذه القضية بنتيجة إلغاء القرار الإداري دون التعرض للنص المشتبه بعد دستوريته، وقرّرت التجاوز عنه تماماً معتبرةً ما انتهت إليه محكمة الاستئناف من قبيل الأسباب الزائدة كما رأينا بما يجعلنا نرى في حكمها هذا إقراراً ضمناً لرقابة الامتناع.

- ثالثاً/ رفض قضاء محكمة التمييز لرقابة الامتناع

كشفت محكمة التمييز بوضوح وحسم رفضها لإعمال رقابة الامتناع خلال حالة غياب المحكمة الدستورية الناشئة عن تراخي الجهات المختصة في تفعيل المحكمة الدستورية، حيث أكدت عدم

²⁷⁴ حكم محكمة التمييز القطرية-الأحكام المدنية-، في الطعن رقم 194، لسنة 2010 قضائية، بتاريخ 4 يناير 2011. شبكة قوانين الشرق.

اختصاصها في النظر في دستورية التشريعات، ولم تجد محكمة التمييز أن الفراغ الواقعي بما يترتب عليه من تعطيل المحكمة الدستورية؛ يفرض عليها واجباً في إيجاد آلية بديلة لاحترام الدستور، وبادرت إلى حسم الأمر باكراً، حين قضت بإلغاء حكم الدائرة الاستئنافية الذي قضى بالامتناع عن تطبيق الضوابط والشروط التي سنها قرار مجلس الوزراء رقم (42) لسنة 1998 في اجتماعه العادي بتاريخ 23 ديسمبر 1998 لمعادلة الدرجة الجامعية الأولى.

وفي تسبب هذا الحكم؛ قضت محكمة التمييز بأنه " وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن النص في المادة (143)²⁷⁵...، يدل على أن كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً وناظراً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور...، ولا يغير من ذلك القول بأن في ذلك إخلال بتكافؤ الفرص للمواطنين والمساواة بينهم المقررة بموجب المواد (19)، (34)، (35) من الدستور الدائم، لأن في ذلك ضرب من الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح والتي عهد الدستور بنص المادة (140) منه إلى القانون في تعيين الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحيتها وكيفية الطعن والإجراءات التي تتبع أمامها، وأثار الحكم بعدم الدستورية، وكان المشرع - وبناء على هذا التفويض - قد أصدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (12) لسنة 2008 مبيناً اختصاصاتها محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها - فحولها - طبقاً لحكم المادة (12) من ذلك القانون - اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أي جهة أخرى من مزاحمتها في ذلك مفصلاً طرائق هذه الرقابة

²⁷⁵ المادة 143 من الدستور الدائم لدولة قطر "يبقى صحيحاً وناظراً ما قرره القوانين واللوائح الصادر قبل العمل بهذا الدستور ما لم يجر تعديلها وفقاً لأحكامه، ولا يترتب على العمل بالدستور الإخلال بأحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها"،

وكيفيتها. وبالبناء على ما تقدم فإنه يمتنع على المحاكم إعمال رقابة قضائية على القوانين واللوائح السارية والامتناع عن تطبيق أي منها بدعوى عدم دستورتها. وإذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أعرض عن تطبيق مقتضى قرار مجلس الوزراء رقم (42) لسنة 1998 بحجة ضرورة إعمال مؤدى المواد (19)، (34)، (35) من الدستور الدائم سالفه البيان، وقضى بإجابة طلب المطعون ضده...، يكون قد خالف حكم قرار مجلس الوزراء السالف بما يعيبه ويوجب تمييزه²⁷⁶." وقد ساءت المحكمة عددًا من الحجج في أحكامها اللاحقة لدعم موقفها في رفض إعمال رقابة الامتناع، فقضت بأن "المشعر قد حدد الولاية القضائية لكل جهة، وقد أراد المشعر الدستوري المغايرة في ترتيب مباشرة هذه الولاية وأفرد نصوصًا خاصة لكل جهة قضائية تتفرد وحدها دون غيرها بالاختصاص المحدد لها لا يجوز الخروج عنه أو القياس عليه، وأخذ المشعر الدستوري بمبدأ الفصل بين السلطات وجعل وظيفة المحاكم صاحبة الولاية العامة بالفصل في المنازعات ملتزمة في ذلك بالقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية دون أن يكون لها الحق في الفصل في دستورتها أو الامتناع عن تطبيقها بدعوى عدم دستورتها، وإنما على المحكمة إن ارتأت شبهة عدم الدستورية أن تحيل الأمر إلى المحكمة المختصة بنظرها وحدها دون غيرها وهي المحكمة الدستورية طبقًا للدستور والقانون وليس للمحاكم الأخرى ولاية التعرض والفصل في المنازعة الدستورية وذلك حتى لا تتعدد وتتضارب التفسيرات القانونية في مختلف المحاكم وتوحيدًا للمبادئ الدستورية التي تتولاها المحكمة الدستورية وحدها دون غيرها وذلك صوتًا لحقوق وحرية الأفراد المضمونة دستوريًا، وأن مباشرة أي محكمة أخرى خلافًا للمحكمة الدستورية العليا للرقابة الدستورية أو رقابة الامتناع فإنه فضلًا عن مخالفته لقواعد الولاية القضائية المتعلقة بالنظام العام فإنه أيضًا يؤدي إلى عدم احترام

²⁷⁶ حكم محكمة التمييز - الأحكام المدنية - في الطعن رقم 194، لسنة 2010 قضائية، بتاريخ 4 يناير 2011، شبكة قوانين الشرق.

قانون المحكمة الدستورية العليا وافتتات على ولاية هذه المحكمة وهو أيضاً يخالف قواعد تنظيم الدستور للرقابة الدستورية بعد صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا والنص على نفاذه اعتباراً من أول أكتوبر 2008 مع إحالة كافة القضايا التي تختص بها إليها دون أن يعلق ذلك على صدور أي أمر آخر، كما صدر الأمر الأميري رقم (2) لسنة 2008 بتعيين رئيس المحكمة، ولا يغير من ذلك كله القول بعدم استكمال تشكيل المحكمة مما يبرر عدم تطبيق النص محل الشبهة بعدم الدستورية، ذلك أنه مع صدور قانون المحكمة الدستورية العليا وتحديد تاريخ نفاذه فإنه وحتى يستكمل التشكيل فإن النص المطعون بعدم دستوريته يظل قائماً وناظراً إلى أن تقضي المحكمة الدستورية في أمر دستوريته، فإن تحقق تأخر صدور التشكيل الذي لا يغير من نفاذ القانون، تعود المحاكم للأصل المقرر قانوناً أن تعديل أو إلغاء أي نص تشريعي تختص به السلطة التشريعية وتقرير مدى دستوريته للمحكمة الدستورية وحدها دون غيرها، فإن وجدت المحكمة استحالة تنفيذ مقتضى حكم الوقف وهو الالتزام بتطبيق نص القانون على ما هو عليه طالما لم تقض المحكمة الدستورية بعدم دستوريته أو تقرر السلطة التشريعية إلغاءه أو تعديله وهو ما يفق وحكم المادة (143) من الدستور الدائم وعلى المحاكم - ولحين صدور تشكيل المحكمة الدستورية - أن تلتزم بتطبيق ما تراه من نصوص قانونية دون التعرض لدستوريته أو تمتنع عن تطبيقها، وإذ تكشف بالطعن على الحكم بالتمييز للمرة الثانية أن المحكمة الدستورية لم تباشر عملها بعد، مما يثبت تعذر الأمر المعلق عليه الوقف حالياً بما تزول عنه حجيته²⁷⁷."

بهذه التبريرات، رفضت محكمة التمييز القطرية أعمال رقابة الامتناع، حيث استندت إلى عددٍ من المبادئ والقواعد التي أهمها مبدأ حدود الولاية القضائية، ومبدأ الفصل بين السلطات، كما استندت

²⁷⁷ حكم محكمة التمييز القطرية-الأحكام المدنية-، في الطعن رقم 232، لسنة 2012، صدر بتاريخ 18 يونيو 2013.

إلى عدم التعارض في الأحكام، وإلى نفاذ القانون، ولنا على حجج المحكمة في تبرير موقفها بعض الملاحظات، حيث انطلقت المحكمة في تحديد موقفها من النصّ إلى الواقع، وكان أحرى بها أن تنطلق من الواقع إلى النص، ذلك أن المحكمة بنت رفضها لرقابة الامتناع استناداً لحرفية النص الذي يفترض في محتواه أن المحكمة الدستورية قيد التفعيل لا قيد التعطيل، فاعتبرت في ممارسة رقابة الامتناع افتئاتاً على ولاية المحكمة الدستورية، متغاضية عن حقيقة أن ممارسة هذه الولاية لا وجود لها على أرض الواقع، وفي المسار ذاته لدينا وجهة نظر مختلفة عن وجهة نظر المحكمة بشأن التسبب وتفسير النصوص، نبيّنها فيما يلي:

1- بنت المحكمة رفضها لرقابة الامتناع على أساس نفاذ القانون، مستندة إلى نص المادتين 31 و32 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية، إذ قضت بأن تنفذ الجهات المختصة القانون اعتباراً من أول أكتوبر 2008 وإحالة كافة القضايا التي تختص بها إلى المحكمة الدستورية دون أن يُعلّق ذلك على صدور أي أمر آخر، بيد أن المحكمة قد أقرت في ذات الحكم بعدم نفاذ نص المادة 32 في الواقع العملي حين أكدت على تأخر تشكيل المحكمة الدستورية وعدم تفعيلها حتى الآن، ولقد حاولت المحكمة أن تفصل بين نفاذ القانون وبين تشكيل المحكمة بقولها " إنّ تحقق تأخر صدور التشكيل الذي لا يغير من نفاذ القانون" ولا يمكن التوفيق والجمع بين هذين الأمرين، فكيف لا تغير مسألة تشكيل المحكمة الدستورية من نفاذ القانون، إذا كان تشكيل المحكمة الدستورية هو جزء لا يتجزأ من تفعيل جميع مواد القانون ونفاذها؟ فبدون هذا التشكيل يبقى القانون مجرد مواد مكتوبة لا تُمارس في الواقع العملي.

2- استندت المحكمة إلى مبدأ الفصل بين السلطات، لدعم موقفها في رفض رقابة الامتناع، فقضت بأن وظيفة المحاكم "أن تلتزم بالقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية دون أن يكون لها

سلطة في الفصل في دستوريته أو الامتناع عن تطبيقها بدعوى عدم دستوريته. " ولنا فيما ذهبت إليه المحكمة ملاحظتان: الملاحظة الأولى، أن هذا القول يغفل التزام القضاء بواجب احترام الدستور ابتداءً، وهو يحصر القانون فيما يصدر عن السلطة التشريعية متناسياً القانون الذي صدر عن السلطة التأسيسية أي الدستور، فقد نص الدستور على سيادته ووجوب احترامه بموجب المادة 57 والتي نصت على أن "احترام الدستور، والامتناع للقوانين الصادرة عن السلطة العامة، والالتزام بالنظام العام والآداب العامة، ومراعاة التقاليد الوطنية والأعراف المستقرة، واجب على جميع من يسكن دولة قطر، أو يحل بإقليمها." وكذلك نص المادة 129 "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وشرف القضاء ونزاهة القضاة وعدلهم ضمان للحقوق والحريات." أما الملاحظة الثانية، فإن فيما ذكرته المحكمة خلط بين رقابة الامتناع ورقابة الإلغاء، فإن كان قد أُثير بشأن الإلغاء أنه قد يمس مبدأ الفصل بين السلطات، فإنه لا يوجد من ادعى بأن الامتناع يكون له ذات الأثر، لأن القانون ما يزال نافذاً وسارياً بعد الحكم بالامتناع، وليس هناك تدخل بشأن السلطة التشريعية.

3- بررت المحكمة موقفها في رفض رقابة الامتناع بأهمية تجنب تعدد وتضارب التفسيرات القانونية، وضرورة توحيد المبادئ الدستورية التي تتولاها المحكمة الدستورية وحدها دون غيرها وذلك صوتاً لحقوق وحريات الأفراد المضمونة دستورياً، ونحن نتساءل هنا مع غياب المحكمة الدستورية ورفض مباشرة المحاكم العادية لرقابة الامتناع؛ كيف يمكن أن تُحمى حقوق وحريات الأفراد؟ لا شك أن رفض أي رقابة سيفضي حتماً إلى تطبيق التشريعات التي تصدر بالمخالفة للدستور دون مساءلة دستوريته حتى لو تضمنت انتقاص حق أو حرية، والقول بأن رفض رقابة الامتناع فيه صون للحقوق والحريات قول يخالفه واقع غياب المحكمة الدستورية، إذ لا يوجد ما يمنع المشرع من إصدار نصوص تتعارض مع الحقوق والحريات المنصوص عليها دستورياً.

4- مما قضت به المحكمة كحل لتأخر صدور تشكيل المحكمة ما ورد في حكمها بـ " أن تعود المحاكم للأصل المقرر بأن تعديل أو إلغاء أي نص تشريعي تختص به السلطة التشريعية وتقرير مدى دستوريته للمحكمة الدستورية وحدها دون غيرها." ونرى في واقع الأمر بأن هذا ليس بحل، وإنما هو عودة إلى نقطة البداية، وترسيخ لآثار غياب المحكمة الدستورية، وتجريد للدستور من كل حماية، ثم إن رقابة الامتناع لا تتعارض بأي وجه من الوجوه مع هذا الأصل المقرر، فهي لا تلغي تشريعاً، ولا تقرر دستورية النص من عدمها، وإنما تقضي بالامتناع عن تطبيقه ليس إلا.

ومما سبق، نرى أن محكمة التمييز القطرية قد عجزت عن تبرير رفضها لممارسة المحاكم رقابة الامتناع دون أن تضع حلاً بديلاً لحالة الفراغ الواقعي. ونحن ندرك تماماً أن وظيفة القاضي الأساسية تتحصر في تطبيق النصوص التشريعية دون تقييمها ومحاكمتها، لكن غياب تفعيل القضاء الدستور كضابط مهم، يجعل تطبيق رقابة الامتناع على سبيل الاستثناء مبرراً بحكم ظروف الواقع²⁷⁸، بل وواجباً على القضاء.

• رابعاً/ مصير الدفع بعدم الدستورية إزاء رفض قضاء التمييز أعمال رقابة الامتناع

إزاء الموقف الراض لرقابة الامتناع؛ يثور التساؤل حول موقف القضاء القطري في التعامل مع الدفع بعدم الدستورية.

إن موقف القضاء القطري لا يخرج عن إحدى فرضين، فإما أن تقضي المحكمة بجدية الدفع وإما أن تقضي بعدم جديته، وقد قررت محكمة التمييز سلطة محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع استناداً للفقرة الثانية من المادة 13 فقضت بأنه " إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى

²⁷⁸ مبارك ناصر الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، المرجع السابق، ص325.

المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة جدية الدفع، أوقفت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ستين يوماً لرفع دعواه الدستورية أمام المحكمة الدستورية فإن لم ترفع الدعوى في الميعاد المحدد اعتبر الدفع كأن لم يكن، ويبين من هذين النصين مجتمعين أن محكمة الموضوع وحدها هي الجهة المختصة بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية وأن الأمر بوقف الدعوى المنظورة أمامها وتحديد ميعاد لرفع الدعوى بعدم الدستورية جوازي لها ومترك لمطلق تقديرها²⁷⁹. وإلى ذات الحكم انتهت عام 2016²⁸⁰. وفيما يلي نبين ما يترتب على كل فرض:

1- إذا قضت المحكمة بعدم جدية الدفع بعدم الدستورية

في هذا الفرض، تقضي المحكمة برفض الدفع بعدم الدستورية لعدم الجدية، ذلك أن المشرع القطري قد استلزم بموجب المادة 13 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية لقبول الدفع بعدم الدستورية أن

²⁷⁹ حكم محكمة التمييز القطرية-الأحكام الجنائية- في الطعن رقم 130، لسنة 2009 قضائية، بتاريخ 19 أكتوبر 2009، شبكة قوانين الشرق.

²⁸⁰ حكم محكمة التمييز القطرية - الأحكام المدنية - في الطعن رقم 28، لسنة 2016 قضائية، بتاريخ 8 مارس، 2016، شبكة قوانين الشرق" النص في المادة 12 من القانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا على أن " تختص المحكمة دون غيرها بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح " ، وفي المادة 13 منه على أن " تتولى المحكمة الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي : 1 - ... 2 - إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم ... بعدم دستورية نص في قانون ... ورأت المحكمة جدية الدفع أوقفت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ستين يوماً لرفع دعواه الدستورية .." يدل على أن المشرع قد أعطى للمحكمة التي يدفع أمامها بعدم دستورية نصٍ معينٍ - يحكم واقعة النزاع - سلطة تقدير مدى جدية هذا الدفع، فهي إن ارتأت جدية وضرورة حسم النزاع بشأن الدستورية قبل الحكم في الدعوى أجلت نظرها وحددت أجلاً لصاحب الدفع ليرفع خلاله الدعوى أمام المحكمة الدستورية وإن هي قدّرت عدم جدية التفتت عنه ومضت في نظر الدعوى باعتبار أن تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية متروك لمطلق تقدير محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسبابٍ سائغة. بما مفاده أن المشرع لم يوجب على المحكمة التي يثار أمامها دفع بعدم دستورية نصٍ قانوني في دعوى مطروحة عليها وقف السير فيها إذا هي ارتأت أن هذا الدفع لا يتسم بطابع الجدية ولا ضرورة لحسم النزاع بشأنه قبل الفصل في موضوع تلك الدعوى؛ تقديراً من الشارع لضرورة توافر المقتضى الذي يبرر وقف الدعوى لحين فصل المحكمة الدستورية العليا في الدفع المشار إليه حتى لا يتخذ الخصوم وسيلةً لإطالة أمد التقاضي بغير مبرر."

ترى المحكمة جديته، وقد بينت محكمة التمييز حكمة المشرع في تقدير هذا الشرط، والتي تتمثل في عدم إتاحة الفرصة للمماطلة وتمديد أجل الدعوى، لما يترتب على قبول الدفع من وقف النظر في الدعوى إلى حين الفصل في الدفع بعدم الدستورية، فذهبت إلى القول بأنه " لم يوجب المشرع على المحكمة التي يثار أمامها دفع بعدم دستورية نص قانوني في دعوى مطروحة عليها وقف السير فيها إذا هي ارتأت أن هذا الدفع لا يتسم بطابع الجدية ولا ضرورة لحسم النزاع بشأنه قبل الفصل في موضوع تلك الدعوى؛ تقديراً من الشارع لضرورة توافر المقتضى الذي يبرر وقف الدعوى لحين فصل المحكمة الدستورية العليا في الدفع المشار إليه حتى لا يتخذ الخصوم وسيلة لإطالة أمد التقاضي بغير مبرر²⁸¹"، علاوة على نية المشرع في تصفية الدعاوى الدستورية وغربلتها قبل وصولها للمحكمة الدستورية، لئلا تتراكم الدعاوى على المحكمة الدستورية²⁸².

يترتب على رفض الدفع بعدم الدستورية استبعاده من الدعوى وإهداره، وإعمال نص القانون المدفوع بعدم دستوريته دونما أي وقف أو تأجيل، وفي ذلك قضت محكمة التمييز القطرية " لما كان ذلك، وكانت المحكمة قد أطرحت دفاع الطاعنة بعدم دستورية نص المادة (154) من قانون الإجراءات الجنائية آفة الذكر ورفضته باعتباره دفعا غير جدي ولا أثر له على صحة التحقيقات، وكانت المادة (2/13) من القانون رقم (12) لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا قد أعطت المحكمة حال نظر الدعوى أمامها . إذا دفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة . أن تقدر مدى جدية الدفع، فإن رأت أنه غير جدي التفتت عنه واستمرت في نظر الدعوى، ومن ثم فإن محكمة الموضوع وحدها هي الجهة المختصة بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية وأن الأمر بوقف الدعوى المنظورة أمامها وتحديد ميعاد لرفع الدعوى بعدم الدستورية جوازي لها ومتروك لمطلق تقديرها،

²⁸¹ محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية - في الطعن رقم 28، لسنة 2016 قضائية، بتاريخ 8 مارس 2016.

²⁸² حسن عبد الرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، المرجع السابق، ص 320.

وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة في حدود سلطتها التقديرية رأت أن دفع الطاعة بعدم الدستورية غير جدي ولا محل لوقف الدعوى المنظورة أمامها لرفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، فإن ما انتهت إليه المحكمة صائب ويتفق وصحيح القانون. ويكون ما تنيره الطاعة في هذا الشأن على غير أساس²⁸³.

كما قضت في حكم آخر أنه " لم يوجب المشرع على المحكمة التي يثار أمامها دفع بعدم دستورية نص قانوني في دعوى مطروحة عليها وقف السير فيها إذا هي ارتأت أن هذا الدفع لا يتسم بطابع الجدية ولا ضرورة لحسم النزاع بشأنه قبل الفصل في موضوع تلك الدعوى؛ تقديراً من الشارع لضرورة توافر المقتضى الذي يبرر وقف الدعوى لحين فصل المحكمة الدستورية العليا في الدفع المشار إليه حتى لا يتخذ الخصوم وسيلة لإطالة أمد التقاضي بغير مبرر. لما كان ذلك، وكانت نصوص المواد المنظمة لتملك الدولة للعقارات التي لا مالك لها - والتي خصها الطاعنان بالدفع بعدم الدستورية - ليس من بينها ما هو لازم لحسم النزاع بشأنه قبل الفصل في موضوع الدعوى الذي يتعلق بتوافر شروط قبول طلب الإغفال من عدمه، وكانت محكمة الاستئناف قد التزمت هذا النظر و التفتت عما أثاره الطاعنان بشأن الدفع بعدم دستورية النصوص المشار إليها بعد أن ارتأت عدم جديته ومضت في نظر طلب الإغفال وخلصت إلى انتفاء شروط قبوله، فإن النعي على حكمها في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً في سلطة محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية مما لا يجوز إثارته أمام محكمة التمييز، ومن ثم غير مقبول²⁸⁴.

²⁸³ محكمة التمييز القطرية- الأحكام الجنائية- في الطعن رقم 110، لسنة 2009 قضائية، بتاريخ 4 مايو 2009، شبكة قوانين الشرق.

²⁸⁴ محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية- في الطعن رقم 28، لسنة 2016 قضائية، بتاريخ 8 مارس 2016، شبكة قوانين الشرق

2- إذا قضت المحكمة بجدية الدفع بعدم الدستورية

إذا ثبتت لمحكمة الموضوع جدية الدفع، فإنها تحكم بوقف الفصل في الدعوى وإحالة النزاع الدستوري إلى المحكمة الدستورية، وذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية. ولكن ما مصير الدعوى الموقوفة والدفع المحال للمحكمة الدستورية في ظلّ الفراغ الواقعي من الرقابة الدستورية؟ لاسيما وأن حكم وقف الدعوى قابل للطعن فيه.

أجابت عن ذلك محكمة التمييز بقولها " إذا وجدت المحكمة استحالة تنفيذ مقتضى حكم الوقف...، وجب عليها أن تلتزم بتطبيق ما تراه من نصوص قانونية دون التعرض لدستوريتها أو تمتنع عن تطبيقها، وإذ تكشّف بالطعن على الحكم بالتمييز للمرة الثانية أن المحكمة الدستورية لم تباشر عملها بعد، مما يثبت تعذر الأمر المعلق عليه الوقف حالياً بما تزول عنه حجّيته²⁸⁵. " وهذا يعني أن حكم وقف الدعوى لحين الفصل في النزاع الدستوري سوف يتم إلغاؤه دائماً في حالة الفراغ الواقعي، الأمر الذي يترتب عليه إعادة الدعوى للمحكمة التي قضت بحكم الوقف، لتتصل في النزاع وتطبق النص المشبوه بعدم دستوريته، أو أن تجد منفذاً قانونياً آخر لحكمها دون أن تمتنع عن تطبيق أي نص بعينه.

وفي حكم آخر، ذهبت محكمة التمييز إلى أن حكم وقف الدعوى قد زالت حجّيته، وبنيت على ذلك قضاءها بإلغائه، حيث انتهت إلى أن تعذر حدوث الأمر المعلق عليه الوقف نتيجة لعدم مباشرة المحكمة الدستورية لاختصاصاتها بعد سبباً لزوال حجية الوقف، وكان ذلك في قضية طالب فيها المدعي بإلغاء القرار المطعون فيه لعدم دستوريته أمام الدائرة الاستئنافية، فقضت بتاريخ 26 أبريل 2011 بإلغاء القرار المطعون فيه وحكمت في الطلب العارض بأحقية المدعي للمعاش لتقرر بذلك

²⁸⁵ محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية- في الطعن رقم 133 لسنة 2012، الحكم الصادر بتاريخ 18 يونيو 2013.

الامتناع عن تطبيق المادة 15 التي تحظر الجمع بين المعاش والأجر، فطعنّت الإدارة على هذا الحكم بالتمييز، فقضت محكمة التمييز بتاريخ 17 يناير 2012 بتأييد الحكم وتمييزه جزئيًا فيما تضمنه من أعمال رقابة الامتناع على نص المادة 15، وأعدت الدعوى للدائرة الاستئنافية، فقضت بتاريخ 17 أبريل 2012 بوقف الدعوى تعليقًا لحين الفصل في النزاع الدستوري على اعتبار أنه قد سبق للمحكمة إحالة النزاع المتعلق بدستورية المادة 15 بإحالة الدعوى 80 لسنة 2010، فطعن على حكم الوقف بالتمييز، فقضت محكمة التمييز بتاريخ 18 يونيو 2013 بإلغاء حكم وقف الدعوى وإعادة الدعوى للمحكمة الاستئنافية مجددًا لتفصل بموجب النص الذي طعن بعدم دستوريته ابتداءً، على سند من أن المحكمة الدستورية العليا لم تباشر عملها بعد لعدم تشكيلها، ما يثبت معه تعذر الأمر المعلق عليه الوقف حاليًا بما تزول معه حجيته، بما يتعين معه على المحاكم الالتزام بتطبيق نص القانون على ما هو عليه طالما لم تقض المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته أو تقرر السلطة التشريعية إلغاءه أو تعديله عملاً بحكم المادة 143 من الدستور الدائم لدولة قطر²⁸⁶.

وفي ظل هذا الموقف عمدت الدائرة الاستئنافية الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ 24 يونيو 2014 إلى إثبات عدم انطباق نص المادة 15 على المدعي لتصل إلى حكم مفاده أحقية المعاش على غرار ما قضت به محكمة التمييز في الحكم الأنف بيانه في بداية هذا المطالب. ولنا على هذا التوجه مأخذ:

- وفقًا لموقف قضاء محكمة التمييز، فإن الذي يدفع بعدم دستورية نص ما يدور في حلقة مفرغة طويلة الأمد، ففي حين يرتجي المدعي بالدفع بعدم الدستورية تجنّب تطبيق النص المشكوك في عدم دستوريته على النزاع القائم؛ نجد أن توجه قضاء التمييز يعيد المدعي إلى نقطة البداية - بعد

²⁸⁶ حكم الدائرة الاستئنافية المؤقتة في الدعوى رقم 77 لسنة 2010، والصادر بتاريخ 24 يونيو 2014، قطر.

سنوات من الانتظار - مهدراً ما لحكم الوقف من حجية، وملزماً محكمة الموضوع بتطبيق النص المشكوك بعدم دستوريته، مستنداً في ذلك كله إلى تعذر الأمر المعلق عليه الوقف بسبب عدم مباشرة المحكمة الدستورية لاختصاصاتها، وبذلك جعلت المحكمة حالة الفراغ الواقعي علّة لإهدار حكم الوقف وما له من حجية، وألزمت محكمة الموضوع أن تطبق النص المشكوك بعدم دستوريته، بدل أن تجعل حالة الفراغ الواقعي علّة لمباشرة رقابة الامتثال. وإن استناد المحكمة لعدم مباشرة المحكمة الدستورية لاختصاصاتها في حقيقته إقرار منها بعدم نفاذ قانون إنشاء المحكمة الدستورية، وهو ما يفند حجتها في عدم جواز مباشرة رقابة الامتثال بدعوى ما بها من افتتات على ولاية المحكمة الدستورية، لأن المحكمة لم تباشر هذه الولاية بعد، ومن ثم ما زالت هذه الولاية حبيسة النص، ولا مرأى على أن النص حين قضى بهذه الولاية كان يفترض حتماً أن المحكمة الدستورية ستباشرها عملاً، وهو ما يتنافى مع واقع الحال.

- بررت محكمة التمييز موقفها من إلغاء - حكم وقف الدعوى لحين الفصل في المسألة الدستورية- بأن عدم مباشرة المحكمة الدستورية لاختصاصاتها يترتب عليه زوال حجية حكم الوقف، وهو تبرير لا يجد له سنداً قانونياً يدعمه، بل ويتناقض مع ما قضت به محكمة التمييز نفسها من قطعية الحكم بوقف التنفيذ، حيث قضت بأنه من "المقرر أن تعليق أمر الفصل في الدعوى حتى يفصل في مسألة أخرى ترى المحكمة ضرورة الفصل فيها والحكم بوقفها لهذا السبب يجعل حكم الوقف حكماً قطعياً فيما تضمنه من عدم جواز الفصل في موضوعها قبل تنفيذ مقتضاه بحيث يمتنع على المحكمة معاودة النظر في الموضوع قبل أن يقدم لها الدليل على تنفيذ ذلك الحكم²⁸⁷". وهو ما قضت به المحكمة المصرية منذ زمن بعيد بقولها " الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ هو حكم

²⁸⁷ حكم محكمة التمييز -الأحكام المدنية- في الطعن رقم 4، لسنة 2015 قضائية، بتاريخ 3 مارس 2015، شبكة قوانين الشرق.

قطعي له مقومات الأحكام وخصائصها، وأثر ذلك أنه يحوز حجية الاحكام في خصوص موضوع الطلب ذاته ولو انه مؤقت بطبيعته طالما لمن تتغير الظروف²⁸⁸. "ومن ثم لا يكون لما قضت به محكمة التمييز من زوال حجية الحكم بالوقف بسبب عدم مباشرة المحكمة الدستورية العليا لاختصاصاتها أي سند قانوني.

المطلب الثالث

الرقابة الدستورية بطريق الامتناع لمواجهة الفراغ الواقعي في قطر

بعد إثبات وجود حالة فراغ واقعي بالفعل في دولة قطر، وتناول موقف الفقه والقضاء منها؛ نطرح رقابة الامتناع كحلٍ مرحلي، ريثما يتم تفعيل المحكمة الدستورية، وفي هذا المطلب نستعرض الأسانيد التي تجعلنا نعتقد بأن رقابة الامتناع واجبة الأعمال من قبل القضاء لمواجهة ظرف الفراغ الواقعي، ثم نسعى للرد على الاعتراضات المحتملة في هذا الشأن.

- أسانيد أعمال رقابة الامتناع في ظل الفراغ الواقعي في قطر

لما كانت الإشكالية تتمثل في مدى جواز رقابة الامتناع في ظل وجود نصوص محدّدة للجهة المختصة بالرقابة الدستورية، وكان تنفيذ هذه النصوص قيد التعطيل منذ أكثر من عشر سنين، فإن السؤال الذي يتبادر إلينا- في سبيل الإجابة عن هذه الإشكالية- هو: هل العبرة بوجود النص أم بفعالية النص؟ وبعبارة أخص، هل العبرة بوجود السند القانوني للرقابة أم بفعالية الرقابة؟

²⁸⁸ حكم المحكمة الإدارية العليا- في الطعن رقم 1457، لسنة 38 قضائية، بتاريخ 29 أغسطس 1998، شبكة قوانين الشرق.

إذا قلنا إن العبرة بوجود النص؛ فإننا بذلك نقيم حاجزاً صلباً بين الشقين النظري والعملي، في الوقت الذي يقتضي فيه الفهم القانوني السليم أن يكون الجانب العملي انعكاساً للجانب النظري، ويترتب على ذلك أن وجود النص وحده يكفي لمنع الجهات الأخرى من الرقابة الدستورية، وهذا لا يخدم النظام القانوني، بل ويضره، لأن شعور الأفراد بأن القانون ليس سوى نصوص مكتوبة لا معمولة يقلل من شعورهم باحترامه، لاسيما وأن هذا القول يتعارض بشكل مباشر مع حق الفرد في التقاضي. فوجود الرقابة وجوداً نصياً لا يكفي لحرمان القضاء من رقابة الامتثال؛ لأن القول بذلك يفضي إلى عجز في الواقع عن التعامل مع مخالفة التشريع للدستور، الأمر الذي يترتب عليه تعطيل مبادئ الدستور وتجريده من كل حماية، فوجود الرقابة في طيات النصوص دونما تمظهر حقيقي وصادق لها في الواقع؛ لا يشكل رادعاً دون صدور تشريعات مخالفة.

أما إذا كانت العبرة بفعالية النص، فذلك يعني أن الوجود الحرفي لا قيمة له في حظر رقابة الامتثال إلا بقدر ما يكون له انعكاس في الواقع، ذلك أن هذا الحظر هو جزء من تفعيل النص، فهو نتيجة للتفعيل، فحرمان القضاء العادي من رقابة الامتثال يدور مع تفعيل النص وجوداً وعدمًا، فإن قيل أن نص المادة 140 تحظر على القضاء العادي مباشرة رقابة الامتثال، فإن ذلك الحظر لا يكون له سند إلا بعد تفعيل النص عملياً، لأن الحظر من نتائج تفعيل النص وليس من نتائج وجوده، ولا يصح القفز للنتيجة دون قيام سببها، ومعنى ذلك أن وجود الرقابة في النص لا يكفي، لأن الغاية هو فعالية الرقابة عملاً. وقد تناول الدكتور حسن السيد هذه المسألة في معرض إجابته عما إذا كان نص المادة 140 من الدستور يحرم القضاء العادي من مباشرة رقابة الامتثال، فأكد أن منع

القضاء العادي من رقابة الامتناع "لا يكون بمجرد صدور القانون أو وجود النص، بل بتفعيله في الواقع العملي"²⁸⁹.

لهذا، نقول بأن العبرة بفعالية النص في الواقع، وليس بوجود النص وجودًا تجريديًا، أي أن العبرة بفعالية الرقابة وليس بوجودها وجودًا نصيًا، وإذ كان كذلك، يكون الجواب على الإشكال الأساسي هو جواز رقابة الامتناع في حالة الفراغ الواقعي ما دام أن ذلك من شأنه أن يحقق فعالية الرقابة، وإننا لا نجد في الفقه القطري أبلغ مقالًا في بيان ذلك، ممّا ذهب إليه القاضي مبارك الهاجري حين عبّر عن ذات الفكرة في معرض ترجيحه بين الرقابة السياسية والرقابة القضائية، وذلك بقوله "إننا نؤكد على أمر في غاية الأهمية، وهو أن العبرة ليست مطلقًا بنوعية الرقابة من حيث كونها قضائية أم سياسية، قدر ما هي بمدى فاعلية هذه الرقابة وكونها رقابةً حقيقيةً وصادقةً، لا مجرد شكلٍ عابث يرد به خداع النفس قبل خداع الشعب. فقد ينتهج دستور ما الرقابة السياسية على دستورية القوانين فيحقق بها أعظم النتائج رغم ما وجهه الفقه لها من انتقادات، وذلك إذا كانت هذه الرقابة في مضمونها رقابةً حقيقيةً صادقةً ومنزهةً عن الأهواء والأغراض، وكانت السلطة السياسية المنوط بها هذه الرقابة مستقلة الجانب، عميقة الفكر، نبيلة المقصد، لا تدهن أحدًا ولا تلاين سلطة، ولا يحدوها في عملها غير الصالح العام وسيادة القانون. وقد ينتهج نظام دستوري آخر الرقابة القضائية، ويفشل رغم ما في الرقابة القضائية على دستورية القوانين من مزايا في تحقيق رقابة دستورية حقيقية، وذلك حين تسيطر إحدى سلطات الدولة وخاصة السلطة التنفيذية على الجهة القضائية المنوط بها عملية الرقابة، فنجد هذه الجهة وقد عجزت عن أداء وظيفتها وصارت رقابتها على

²⁸⁹ حسن عبد الرحيم السيد، المحكمة الدستورية، المرجع السابق، ص37.

دستورية القوانين محض عملٍ أجوفٍ خالٍ من أي مضمون، فالمطلوب إذن رقابة حقيقية وفعالة دون أهمية للنظام المتبع في هذه الرقابة²⁹⁰.

بذلك، نقيس ذات المسألة في معرض ترجيحنا بين رقابة الإلغاء المركزية ورقابة الامتناع اللامركزية، فنقول بأن العبرة ليست بالرقابة المركزية أو الرقابة اللامركزية، إنما العبرة بفعالية هذه الرقابة ومدى كونها حقيقيةً وصادقةً ومنتجةً في الواقع العملي، فقد نجد دولة تعتمد الرقابة المركزية، غير أنها تبقى حبراً على ورق لا يمكن تفعيلها، فتُخفق في حماية الدستور ليصبح وجوده وجوداً ظاهرياً، رغم ما تتمتع به الرقابة المتخصصة من مميزات، وقد نجد دولةً تعتمد الرقابة اللامركزية بطريق الامتناع فتحقق نتائج خلاقية ومؤثرة على نحو إيجابي في الحياة القانونية للدولة، وتحفظ بذلك الدستور وتوفّر له الحماية القضائية من خلال الامتناع عن تطبيق ما يخالفه، ولنا في الولايات المتحدة الأمريكية مثال حيّ في هذا الشأن، ومثال واقعي في مصر قبل إنشاء القضاء الدستوري على النحو الذي بيّناه.

معنى ذلك، أنه ما دامت رقابة الامتناع نزيهةً صادقةً تهدف حقاً لحماية الدستور، فإنها لا تشكل تعارضاً مع رقابة الإلغاء المنصوص عليها، وقد رأينا محكمة النقض المصرية قد مزجت بين الرقابة المتخصصة ورقابة الامتناع فيما سُمّي ازدواجية الرقابة دون أن تستشكل ذلك. ونحن هنا لا ندعو إلى ازدواجية الرقابة الدستورية في النظام القطري، لكننا ندعو لإعمال رقابة الامتناع كحلٍ مرحليٍّ لمواجهة حالة الفراغ الواقعي ريثما يتم تفعيل المحكمة الدستورية، لأن رقابة الامتناع رغم ما بها من مثالب، تظلّ أفضل وأنفع في حماية الدستور وأكثر اتساقاً مع روح العدالة وروح الدستور؛

²⁹⁰ مبارك بن ناصر بن حباب الهاجري، "حماية الدستور: ضمانات تطبيق قواعد القانون الدستوري: دراسة مقارنة مع الإشارة إلى أحكام الدستور الدائم لدولة قطر"، نادي طلبة كلية القانون، جامعة قطر، الطبعة الأولى، 2005، ص180-

من تطبيق النصوص التي تنطوي على مخالفات صريحة للدستور. فرقابة الامتناع في حالة الفراغ الواقعي تعتبر بالمقياس القانوني أكثر فعالية من الوضع القائم، وذلك لما يعود من إعمالها على تقليص أثر المخالفات الدستورية على حقوق الأفراد وحرّياتهم. خصوصاً وأن من يباشر هذه الرقابة هم القضاة، المعهود لمكانتهم بالنزاهة والحياد وبتحرّي الحقيقة والعدالة دائماً. علاوةً على ما قدّمنا له من أن رقابة الامتناع يمكن إحاطتها بضابط القرينة الدستورية الذي يكفل تفادي مثالبها²⁹¹.

- الرد على الاعتراضات التي تقف ضد إعمال رقابة الامتناع في قطر

لعلّ أبرز اعتراض يقف ضد رقابة الامتناع في دولة قطر ما جاءت به محكمة التمييز القطرية، والذي يقضي بعدم جواز الامتناع عن تطبيق القانون الصادر عن السلطة التشريعية بحجة تعارضه مع الدستور "لأن في ذلك ضرب من الرقابة الدستورية التي جعلها المشرع للمحكمة الدستورية دون غيرها، مانعاً أي جهة أخرى من مزاحمتها في ذلك مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفيتها، فيمتنع على المحاكم إعمال رقابة قضائية على القوانين واللوائح السارية والامتناع عن تطبيق أي منها بدعوى عدم دستورتيتها²⁹²". وفي ظل هذا الاعتراض ينبغي أن نتوقف عند تلك النصوص مجدّداً، ثم ننطلق منها إلى تنفيذ اعتراض قضاء التمييز وكذلك الاعتراضات المحتملة:

- نص المادة 140 من الدستور القطري "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها وكيفية الطعن والإجراءات التي تتبع أمامها، كما يبين القانون آثار الحكم بهدم الدستورية²⁹³".

²⁹¹ راجع المبحث التمهيدي.

²⁹² راجع حكم: محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية- في الطعن رقم 194، لسنة 2010 قضائية، بتاريخ 4 يناير 2011، شبكة قوانين الشرق.

²⁹³ الدستور الدائم لدولة قطر، عبد الرحيم السيد، مجموعة الوثائق الدستورية لدولة قطر، 110.

- نص المادة 1 من القانون رقم 6 لسنة 2007 الملغى " تنشأ بمحكمة التمييز دائرة تسمى "الدائرة الدستورية" تختص دون غيرها بالفصل في الأمور التالية: أولاً: المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح...²⁹⁴

- نص المادة 12 من قانون 12 لسنة 2008 " تختص المحكمة دون غيرها بما يأتي: أولاً: الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح...²⁹⁵

أولاً/ إن المادة 140 وإن فوّضت القانون بتحديد الجهة القضائية، إلا أنها لم تحظر على القضاء أن يجتهد في إيجاد رقابة بديلة في غيبة الرقابة الدستورية، لاسيما في الحالات التي يستدعيها الواقع مثل الفراغ الواقعي، فرقابة الامتناع لا تتعارض مع صريح نص المادة 140 من الدستور. فإن قيل أنها تتعارض مع النص التشريعي في المادة 12 الذي صدر تنفيذاً للدستور؛ قلنا أن هذا القول له وجهته في حال تفعيل النص ونزوله منزل الواقع، أمّا عندما يكون الواقع بمجمله يتعارض مع جلّ أحكام هذا القانون تعارضاً صريحاً، وتحديدًا نص المادة 32 الذي قضى بتنفيذ القانون والعمل به من الأول من أكتوبر من عام 2008، فهنا يختلف الأمر، لأن قانون إنشاء المحكمة الدستورية بمجمله لم يفعل بعد، ومن ثم لا محلّ للقول بعدم جواز رقابة الامتناع بحجة تعارضها مع هذا النص، في الوقت الذي تكون فيه جميع هذه النصوص وآثارها معطلة، فالقول بذلك هو انتقاء للآثار وجعلها محلّ الأسباب، وهذا مرفوض في المنطق القانوني، فإذا كان حظر رقابة الامتناع أثرًا لتفعيل أحكام هذا القانون، فإن الحكم بعدم دستورية القوانين واللوائح المخالفة للدستور هو الآخر أحد آثار أحكام هذا القانون، فلماذا نُعمل الأثر الأول، ونرفض الأثر الثاني؟

²⁹⁴ قانون رقم 6 لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الدستورية، المرجع السابق، ص 499.

²⁹⁵ قانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص 488.

لهذا، نقول بأن تعطيل القانون يعني تعطيل آثاره كلها، ومن ثم فإن الأثر المتمثل في حظر رقابة الامتناع على القضاء العادي معطّل كذلك، فتكون للمحاكم سلطة في إعمال رقابة الامتناع بما يحكمه عليها الواجب القضائي في الفصل في جميع المنازعات²⁹⁶، ولأن النزاع الدستوري هو نزاع أولي في القضية، وجب عليها أن تفصل فيه فتمتنع عن تطبيقه إذا ما ثبت لها انتهاك الدستور. ولا يغير من ذلك القول بأن القانون يعتبر نافذاً بمجرد إصداره على سند من أن مجرد إصدار القانون يكسبه القوة التنفيذية فيكون منتجاً لآثاره، ذلك أن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية لا تكتسب القوة التنفيذية إلا بتدخل السلطة التنفيذية بإلزام الجهات المعنية بتنفيذ القانون²⁹⁷، علاوة على أن أهم آثار الإصدار هو تأكيد القيمة الأمرة والتنفيذية له²⁹⁸، وهو ما لا نجد له انعكاساً في الواقع بالنسبة لقانون إنشاء المحكمة الدستورية.

ثانياً/ إن النظرة المجردة لهذه النصوص تعضي للقول بأن القضاء العادي محظورٌ عليه مباشرة رقابة الامتناع، لكونها تمثل ضرباً من الرقابة الدستورية لكون التشريع قد جعل المحكمة الدستورية مختصة بالرقابة الدستورية وحدها دون غيرها، وهو قول لا تشوبه شائبة فيما لو فُعِلَت المحكمة الدستورية وباشرت اختصاصها، غير أن حالة الفراغ الواقعي تقتضي تفسيراً متماشياً للنص مع ظروف الواقع، ولهذا نقول بأن عبارة "دون غيرها" لا ينبغي أن تقف عائقاً أمام تحقيق غاية المشرع الدستوري والتي تتمثل في احترام الدستور وعدم مخالفته، فالالتزام بحرفية المادة 12 من القانون سيفضي إلى تعطيل حكم المادة 140 في حالة الفراغ الواقعي القائمة.

²⁹⁶ راجع حجة الدكتور حسن السيد في هذه المسألة في المطلب المتعلق بموقف القضاء.

²⁹⁷ تجدر الإشارة إلى تعدد الاتجاهات والمذاهب في هذا الصدد، والرأي الذي دعمنا به حجتنا هو قول الأستاذ هوريو.

²⁹⁸ عمرو فؤاد بركات، إصدار القوانين: دراسة مقارنة، جامعة طنطا، 1988-1989، ص 76، 85.

لهذا، نرى ضرورة تفسير عبارة "دون غيرها" تفسيراً يتلاءم مع الواقع، فإن قيل أن النص واضح صريح ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص، وأن الغموض هو ما يبرر تفسير النصوص ولا غموض في هذا القانون؛ قلنا إن أساس التفسير هنا أن القانون يتخلله نقص في الواقع، والنقص على غرار الغموض يعدّ سبباً للقاضي في أن يجتهد في تفسير النص، على الرغم من وضوحه²⁹⁹، ووجه هذا النقص هو أن المشرع لم يعالج حالة الفراغ الواقعي، فلم يُبين الجهة المسؤولة عن ممارسة اختصاص الرقابة الدستورية في الفترة ما بين صدور القانون وتفعيله، وذلك خلافاً لما فعله المشرع المصري في قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا، حيث سد ذلك النقص، ونص بموجب المادة 192 من الدستور المصري على أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبيّنة في القانون الصادر بإنشائها إلى حين إنشاء المحكمة الدستورية العليا، فتدارك بذلك حالة الفراغ الواقعي، ولو لم يكن هذا النص؛ لنشأت حالة من الفراغ الواقعي لما يزيد عن ست سنوات، إذ لم تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصها إلا بعد سنين من صدور القانون المنشئ لها.

وحيث بيّن مبّرّ التفسير؛ نقول في تفسير عبارة "دون غيرها" بأننا نقر بأن الرقابة الدستورية التي حددها القانون رقم 12 لسنة 2008- والتي تتيح عقد النزاع الدستوري بالدفع الفرعي للأفراد وبالإحالة من محكمة الموضوع والتّصدي من المحكمة الدستورية، وتجعل الأحكام الصادرة بموجبها قطعية نهائية ولها حجة على الكافة وتلتزم بها جميع المحاكم والجهات الأخرى في البلاد- هي التي تباشرها المحكمة الدستورية دون غيرها.

²⁹⁹ عواد حسين ياسين العبيدي، **إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون**، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2016، 28 وما بعدها. يبين القاض عواد أن أسباب تفسير النصوص القانونية ترجع إما لغموض التشريع أو لنقصه أو لتعارضه، وتفسير القانون بسبب نقص التشريع يقوم على أساس نظرية "إنكار كمال التشريع" المضادة لنظرية "كمال التشريع"، وتقتضي نظرية إنكار كمال التشريع أن القواعد القانونية لا تستطيع أن تحل كافة المشاكل لحتمية النقص فيها، وأن القضاء عليه أن يسد هذا النقص، ويقول روبيه الفرنسي "فلو كان القاضي مقصوراً على القواعد التشريعية لكان يغلب عليه الارتباك في هذه الأيام..."

أما رقابة الامتناع التي لا تكون إلا بدفعٍ من أحد أطراف الدعوى في الحالة التي يكون تطبيق القانون الدستوري عليه سيلحق ضرراً به، والتي بموجبها لا يكون للقاضي أكثر من استبعاد النص القانوني المعيب بعيب عدم الدستورية والامتناع عن تطبيقه في القضية المطروحة عليه دون أن يكون لحكمه بذلك إلا حجة نسبية³⁰⁰؛ فهذه رقابة أخرى تختلف في مضمونها، وليست هي المعنية بحكم المادة 12 لاسيما في حالة الفراغ الواقعي التي نقرر فيها رقابة الامتناع كحلٍ مرحلي ريثما يتم تدارك الفراغ بتفعيل المحكمة الدستورية، وقد شهدنا القضاء المصري لم يجد في ازدواج أسلوب الرقابة أي إشكال أو انتهاك لعبارة "دون غيرها" التي أوردها الدستور المصري في المادة 175، بل وجمع بينهما في سبيل تحقيق الغاية السامية والتي تتمثل في احترام الدستور.

من هنا، فإننا نستعين بتأييد قولنا هذا بما قضته محكمة النقض المصرية في فك هذا التعارض بقولها "ولا جدال أنه على ضوء النص سالف البيان فإن اختصاص المحكمة الدستورية العليا المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أو إلى دستوريته لا يشاركها فيه سواها، وحجية الحكم في هذه الحالة مطلقة تسري في مواجهة الكافة. على أنه في ذات الوقت للقضاء العادي التأكد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى، فإن ثبت له هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك إلغاءه أو القضاء بعدم دستوريته وحجية الحكم في هذه الحالة نسبية قاصرة على أطراف النزاع دون غيرهم³⁰¹". وكنا قد رددنا آنفاً على الانتقادات التي وجهت لهذا الحكم في

³⁰⁰ مبارك الهاجري، المرجع السابق، ص 171.

³⁰¹ حكم محكمة النقض المصرية - جنائي - في الطعن رقم 30342، لسنة 70 قضائية، بتاريخ 28 أبريل 2004، شبكة قوانين الشرق.

المبحث الثاني من الفصل الأول. فإذا كان في القانون مبرر لازدواج أسلوب الرقابة، فإنه من باب أولى أن يكون الفراغ الواقعي من الرقابة مبرراً كافياً لمباشرة رقابة الامتناع من قبل القضاء العادي.

ثالثاً/ ينبغي العدول عن حرفية النصوص إلى فلسفة النصوص، فما ورد في المادة 140 من إناطة الاختصاص للمحكمة الدستورية لا يعدو أن يكون وسيلة لتحقيق غاية سمو الدستور، فالمحكمة الدستورية بحد ذاتها ليست غاية، إنما هي وسيلة لتحقيق غايات كثيرة، فإذا تعذرت الوسيلة التي اختارها المشرع، فلا ينبغي العدول عن الغاية استبقاءً للوسيلة، فالمنطق يقتضي إيجاد وسيلة أخرى، وليس العدول عن الغاية لتعذر الوسيلة. ولذلك نقول بأن العبرة بغاية المشرع وقصده، وطالما أن من شأن رقابة الامتناع تحقيق غاية المشرع التأسيسي في حماية الدستور من خلال إعمال الرقابة على التشريعات المخالفة للدستور وإبطال آثارها، فإننا لا نجد تعارضاً ما بين رقابة الامتناع وما بين نص المادة 140. كما أن التفسير السليم لهذه المادة يقضي بحق المحاكم العادية برقابة الامتناع، لأن القول بغير ذلك يعني تحصين التشريعات من كل رقابة طوال فترة الفراغ الواقعي التي لا يُعلم متى ستزول، وهو الأمر الذي قد يفضي لتعطيل الدستور، لاسيما وأن حالة الفراغ الواقعي بذاتها تنطوي على مخالفة دستورية³⁰².

رابعاً/ إن القول بعدم جواز رقابة الامتناع بحجة تعارضها مع نص المادة 140 قولٌ متضاربٌ في نتيجته، فلا يستقيم عقلاً ولا منطقاً ولا قانوناً إهدار الكل من أجل الجزء، وتأويل المادة 140 على هذا النحو في حالة الفراغ الواقعي؛ يعني تعطيل الدستور بأكمله من الناحية الواقعية، وهو ما لا يمكن قبوله بأي حال من الأحوال، إذ ينتفي عن المنطق أن يكون احترام المادة 140 أولى من احترام الدستور بأكمله، بل وتصبح هذه الحجة غير ذات جدوى حين ندرك أن قصد المشرع في

³⁰² هذه الحجة مقتبسة من د. عادل الطبطبائي، في سياق تفسيره للمادة 173 من الدستور الكويتي، المرجع السابق، ص 28.

وضعها كان بالدرجة الأولى لضمان احترام الدستور وتقرير حماية عملية له، وليس لكي تقف هذه المادة عقبةً دون تحقيق هذه الغاية، علاوةً على أن هذه المادة تقبل التأويل وبقوة لتبرير رقابة الامتناع في حالة الفراغ الواقعي.

خامساً/ إذا سلّمنا جدلاً بأن تفعيل رقابة الامتناع ينطوي على انتهاك لنص المادة 140، فإن الموقف السلبي من الفراغ الواقعي وتطبيق النصوص المخالفة للدستور فيما يعرض من النزاعات؛ هو انتهاك لقدّر أكبر بكثير من النصوص، علاوةً على أن حالة الفراغ الواقعي ليست الوضع الافتراضي الذي وُضعت المادة 140 في ضوءه، فوجود هذا النص إنما أريد منه وجود الرقابة الدستورية، وليس حظر مباشرتها على الجهات الأخرى، وفي ذات المعنى يقول الدكتور عادل الطبطبائي " إن المشرع الدستوري إذا كان قد أراد من إيجاد محكمة خاصة تراقب دستورية القوانين الوصول إلى حد إلغاء القانون المخالف للدستور لا مجرد الامتناع عن تطبيقه، فإنه لا يتصور أن يكون قد قصد أن تظل البلاد بدون رقابة على أعمال سلطتها التشريعية...، كما لا يتصور أن يكون المشرع الدستوري قد أراد منع القضاء من ممارسة وظيفته الأصلية وهي تطبيق القوانين واحترام التدرج بينها...³⁰³".

سادساً/ إن استحضار أن رقابة الامتناع تمارس من قبل القضاء الذي يجدر به أن يكون أكثر أجهزة الدولة نزاهةً وتقريراً للعدالة؛ يدفعنا للقبول بهذا الحل باطمئنان تام، بل إن ذلك من شأنه أن يعكس حقيقة المادة 129³⁰⁴ من الدستور على أرض الواقع، ولا جدل في كفاءة القضاء العادي لمباشرة رقابة الامتناع، فهو مسؤولٌ عن الفصل في المنازعات بما في ذلك النزاع الدستوري، فيغدو

³⁰³ عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص28-29.

³⁰⁴ المادة 129 من الدستور الدائم لدولة قطر "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وشرف القضاء ونزاهة القضاء وعدلهم ضمان للحقوق والحريات."

ذلك من صميم عمل القضاء. إضافةً إلى أن القانون رقم 6 لسنة 2007- رغم إلغائه- هو خير دليل واعتماد لهذه الكفاءة، ذلك أن المادة 2³⁰⁵ جعلت تشكيل الدائرة الدستورية من أعضاء محكمة التمييز، وما كان ليكون ذلك لولا أن لهم كفاءة تؤهلهم للفصل في هذا النوع من النزاعات، فإن قيل أن رقابة الامتناع لا تكون لقضاة محكمة التمييز فحسب، بل لكافة المحاكم على اختلاف درجاتها؛ قلنا أنه طالما للأفراد الطعن على تلك الأحكام فإن الحكم الخاطيء في مثل هذه المسائل وفق السير العادي للأمر سيُطعن عليه حتى يصل إلى محكمة التمييز، وهنا يكون لها أن تقرر الامتناع الذي قضت به تلك المحاكم أو أن تميزه. وبالتالي فإن للسلطة القضائية في قطر الكفاءة اللازمة التي تؤهله لرقابة الامتناع.

سابعاً/ إن أعمال رقابة الامتناع في ظل الفراغ الواقعي، لهو تحقيق لمقاصد الدستور، وإعمالاً لمبادئه، وتدارك لما قد ينجم عن الفراغ من الرقابة الدستورية من انتهاكات جسيمة لنصوص الدستور. وحرمان القضاء العادي من الامتناع عن تطبيق النصوص المخالفة يعني شلّ دوره الاجتهادي في التعامل مع المخالفات الصريحة تماماً، بل وسلبه وظيفته الطبيعية في تغليب النص الأسمى على النص الأدنى، وفي ذلك انتهاك للحق في التقاضي الذي نصت عليه المادة 135، فلا يجوز للقانون تقييد هذا الحق بحرمان الأفراد من الطعن على دستورية التشريعات التي ستطبق عليهم، لاسيما وأن الفصل في دستورية التشريع مسألة أولية تسبق الفصل في النزاع، إذ من المتفق عليه عدم جواز الفصل في المسألة الموضوعية قبل الفصل في المسألة الدستورية، وأن على قضاء الموضوع أن يتربص لقضاء المحكمة الدستورية³⁰⁶، والتربص في حالة الفراغ الواقعي يعني تعطيل

³⁰⁵ حسن عبد الرحيم السيد، مجموعة الوثائق الدستورية، المرجع السابق، ص 500. " تشكل الدائرة الدستورية برئاسة رئيس محكمة التمييز وعضوية أربعة من أعضائها..."

³⁰⁶ عبد العزيز سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 339.

الدعوى وتعليقها، أي حرمان الأفراد من الطعن على دستورية النص يعني حرمانهم من الحق في التقاضي. فقد رأينا محكمة التمييز قد استقرت على إلغاء حكم الوقف وإعادة الدعوى للمحكمة التي أصدرته لتحكم وفق النص المدفوع بعدم دستوريته، وهو ما يعني جعل الفرد يدور في حلقة مفرغة طويلة الأمد، تنتهي إلى إعادته لنقطة البداية، لتشل حقه في التقاضي تمامًا من الناحية الواقعية. علاوةً على ما تفضي إليه حالة الفراغ الواقعي من انتهاك لمبدأ سيادة القانون الذي نصت عليه المادة 129 السالف الإشارة إليها، وانتهاك مبدأ سمو الدستور ومبدأ احترام التدرج التشريعي الذي يظهر جلياً في معظم نصوص الدستور متمثلاً في عبارة " وفقاً لأحكام الدستور"، لا سيما نص المادة 57 التي نصت على أن " احترام الدستور، والامتثال للقوانين الصادرة عن السلطة العامة، والالتزام بالنظام العام والآداب العامة، ومراعاة التقاليد الوطنية والأعراف المستقرة، واجب على جميع من يسكن دولة قطر، أو يحل بإقليمها."

الخاتمة

مرت النظم القانونية المقارنة بتجارب مختلفة في أعمال رقابة الامتناع، تبعاً لاختلاف حالة الفراغ من الرقابة الدستورية، ومن خلال هذا البحث ودراسة النماذج الأربعة محل هذا البحث، نخلص إلى عددٍ من النتائج التي نبينها فيما يلي:

- إن الفراغ من الرقابة الدستورية لا يخرج عن ثلاث حالات، فهناك الفراغ الدستوري الذي يكون مرجعه إغفال السلطة التأسيسية لتنظيم الرقابة الدستورية في الدستور، وهناك الفراغ القانوني والذي يكون مرجعه تراخي السلطة التشريعية عن إصدار القانون المنظم للرقابة الدستورية، وهناك الفراغ الواقعي والذي يكون مرجعه تراخي الجهات المختصة بتنفيذ القانون عن وضعه موضع التنفيذ. وبهذا فإن التعريف الذي توصلنا إليه لمصطلح الفراغ من الرقابة الدستورية، هو غياب الرقابة الدستورية في الواقع إما لفراغ في الدستور أو لفراغ في القانون، أو لفراغ في الواقع.

- إن نشوء رقابة الامتناع كحلٍ لمواجهة الفراغ الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، لا يعني احتكارها لهذا النوع من الفراغ، فهناك حالات فراغ أخرى تؤدي في المُحصلة إلى ذات النتيجة المتمثلة في غياب الرقابة الدستورية عملاً، فكل فراغ دستوري يتفرع عنه فراغ قانوني مقترن به، ويتفرع عنه فراغ واقعي مقترن به كذلك، ولهذا نجد أن الفراغ القانوني المجرد، والفراغ الواقعي المجرد يجعلان رقابة الامتناع ضرورة لا غنى عنها لوحدة النتيجة فيهما والمتمثلة في غياب الرقابة الدستورية على أرض الواقع وتحسين التشريعات من كل رقابة.

- بالنسبة للموقف الأمريكي، نجد أن القضاء الأمريكي هو المنشأ الأول لرقابة الامتناع، حيث ابتكرها قاضي المحكمة الاتحادية العليا مارشال لمواجهة حالة الفراغ الدستوري، فأصل لها في الحكم الشهير عام 1803، وثبت جذورها بالنصوص الدستورية التي تؤكد سمو الدستور. ولقد

استغنى القضاء الأمريكي برقابة الامتناع عن كل نوعٍ آخر من الرقابة، فبِعكس معظم نظم الرقابة؛ لم يجعل القضاء الأمريكي رقابة الامتناع حلاً مرحلياً استثنائياً، بل جعلها أساساً وجوهراً لنظام الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية، ورغم النقد الذي وُجِّه لهذا النوع من الرقابة لاسيما في الفترات التي أسرف فيها القضاء في أعمالها؛ إلا أن رقابة الامتناع قد استمرت في الولايات المتحدة الأمريكية منذ حكم مارشال وحتى يومنا هذا.

- بالنسبة للموقف المصري، فقد خلصنا إلى أن القضاء المصري أعمل رقابة الامتناع في فترة الفراغ الدستوري التي امتدت منذ عام 1923 وحتى صدور دستور عام 1971، معتبراً رقابة الامتناع الحل الأمثل لمواجهة حالة الفراغ الدستوري في تلك المرحلة. وقبل صدور دستور 1971؛ تم تدارك حالة الفراغ الدستوري بإصدار قرار رئيس الجمهورية بقانون إنشاء المحكمة العليا رقم 81 لسنة 1969، الذي حوّل نظام الرقابة في مصر من الرقابة اللامركزية إلى الرقابة المركزية، وقد امتثل القضاء العادي لهذا التحوّل، فتوقّف عن ممارسة رقابة الامتناع، وبات يراقب جدية الدفع، باستثناء حكم وحيد باشرت فيه محكمة النقض رقابة الامتناع في فترة اختصاص المحكمة العليا، معتمدة بموجب هذا الحكم على مبدأ ازدواجية الرقابة الدستورية.

- بعد صدور الدستور المصري عام 1971 أفرد باباً كاملاً للمحكمة الدستورية العليا، ليجعل بذلك مبدأ الرقابة الدستورية مبدأً دستورياً بعد أن كان مبدأً قانونياً، ولقد عهد الدستور المصري تنظيم الرقابة الدستورية للسلطة التشريعية، غير أنه تنبّه لإمكان حدوث فراغ قانوني؛ فسارع إلى تفاديه بمنح المحكمة العليا الشرعية الدستورية لممارسة الرقابة الدستورية إلى حين إنشاء المحكمة الدستورية العليا مغلقاً كل بابٍ للجدل حول ذلك الشأن، فباشرت المحكمة العليا الرقابة الدستورية

لمدة سبع سنوات حتى صدور قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا عام 1979 حيث ألغيت بموجب هذا القانون.

- بعد تفعيل قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا؛ تُظهر أحكام القضاء العادي المصري تباين موقفها وامتثالها لهذا القانون تبعًا لثلاث فرضيات، فإذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد فصلت في المسألة الدستورية، فإن القضاء العادي يلتزم تمامًا بحكمها ويرتّب أحكامها بناءً على ما انتهت إليه المحكمة الدستورية وهذا ما تشير إليه معظم الأحكام القضائية باستثناء حكم وحيد للمحكمة الإدارية العليا حيث مارست فيه الرقابة على حكم المحكمة الدستورية وامتنعت عن تطبيق النص الذي كانت المحكمة الدستورية قد قضت بدستوريته، وهذا هو الفرض الأول. أما الفرض الثاني، فإذا كانت المسألة الدستورية لم يسبق عرضها أمام المحكمة الدستورية العليا فإن أحكام القضاء العادي تظهر مسلكين في التعامل مع هذا الفرض، فإما أن تراقب جدية الدفع فتسلك الطريق المرسوم بموجب قانون إنشاء المحكمة العليا، وإما أن تعمل رقابة الامتناع. وأما الفرض الثالث، فإذا قضت المحكمة الدستورية بعدم الاختصاص فإن القضاء العادي يعمل رقابة الامتناع ويفصل في دستورية النص من عدمه.

- بالنسبة للموقف الكويتي؛ نجد أن النظام الكويتي قد مر بحالة من الفراغ القانوني، حيث صدر دستور 1962 ونص في المادة 173 على اختصاص مجلس الأمة بإصدار القانون المنظم للرقابة الدستورية، وإزاء امتداد تراخي السلطة التشريعية عن إصدار القانون المنظم للرقابة الدستورية، أثّرت رقابة الامتناع كحلٍ لمواجهة الفراغ القانوني، فانقسم الفقه الكويتي بين مؤيد ومعارض، إلى أن حسم القضاء الكويتي هذا الخلاف وحكم بعدم الاختصاص، وحرمان أي جهة قضائية من مباشرة رقابة الامتناع، واستمر الوضع كذلك حتى تفعيل قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكويتية،

حيث تماهت المحاكم العادية في الكويت مع مركزية الرقابة فأعملت رقابتها على جدية الدفع متبعةً للإجراءات التي رسمها المشرع في ذلك.

- بالنسبة للنظام القطري، فقد واجه النظام الدستوري في دولة قطر حالة فراغ دستوري امتدت منذ صدور النظام الأساسي المؤقت عام 1970، حتى صدور الدستور الدائم لدولة قطر عام 2004، وفي ظل هذه المرحلة بالرغم من أن مسألة الرقابة الدستورية لم يكن من الممكن إثارتها بسبب الطبيعة المرنة لكلٍ من النظام الأساسي المؤقت والنظام الأساسي المعدل؛ إلا أن نظاماً للرقابة الدستورية كان من الممكن استتباطه من اتجاه المحاكم الشرعية آنذاك، حيث أعلنت هذه المحاكم مبدأ سمو التشريعات الإسلامية فعمدت إلى استبعاد التشريعات المخالفة للشريعة الإسلامية من التطبيق مُغَلِّبةً حكم الشريعة الإسلامية على التشريع المخالف.

- بعد صدور الدستور الدائم عام 2004 الذي نص في المادة 140 على إنشاء جهة قضائية تختص بالفصل في المنازعات الدستورية، واجه النظام القطري حالة من الفراغ القانوني امتدت لعام وثمانية أشهر، بيد أن السلطة التشريعية سرعان ما تداركت حالة الفراغ القانوني بإصدار القانون رقم 6 لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الدستورية، على أن هذا القانون ما لبث أن صدر حتى ألغي بموجب القانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، وبعد صدور هذا القانون؛ صدر الأمر الأميري رقم 2 لسنة 2008 بتعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا، غير أن المحكمة لم يتم تفعيلها حتى هذه اللحظة.

- على إثر تراخي الجهات المختصة عن وضع قانون إنشاء المحكمة العليا رقم 12 لسنة 2008 محل التنفيذ؛ واجه النظام القطري حالة من الفراغ الواقعي امتدت لأكثر من اثني عشرة سنة، وثارَت التساؤلات حول غياب المحكمة الدستورية وإعمال رقابة الامتناع، فذهب جانب لتأييد إعمال رقابة

الامتناع، وذهب جانب إلى رفض إعمالها، أما القضاء القطري فقد انقسم هو الآخر، ففي حين كانت محاكم الاستئناف قد أعملت رقابة الامتناع في عدد من أحكامها، إلا أن محكمة التمييز رغم تحفظها في بعض الأحكام كانت قد حسمت قرارها في هذا الشأن ورفضت إعمال رقابة الامتناع. وبرغم تماثل حالة الفراغ الواقعي في قطر، مع حالة الفراغ الواقعي في إيطاليا التي نشأت في الفترة ما بين صدور الدستور الإيطالي واختيار أعضاء المحكمة الدستورية العليا، إلا أن القضاء الإيطالي خلافاً للقضاء القطري، قد أعمل رقابة الامتناع في تلك المرحلة.

- انطلقت محكمة التمييز في رفضها لرقابة الامتناع من النص إلى الواقع، وكان أخرى بها أن تتطلق من الواقع إلى النص، وقد عجزت المحكمة عن تبرير رفضها لممارسة المحاكم رقابة الامتناع دون أن تضع حلاً بديلاً لحالة الفراغ الواقعي. في حين يقضي المنطق القانوني أن واجب القضاء الذي يفرض عليه إعمال النص الأسمى، وتفعيل الحق في التقاضي الذي نصت عليه المادة 135 من الدستور يجعلنا ننتهي لإعمال رقابة الامتناع كنتيجة منطقية يفرضها الواقع، فلا تعارض بين إعمال رقابة الامتناع وبين القانون رقم 12 لسنة 2008 في ظل حالة الفراغ الواقعي، لأن العبرة بتفعيل الرقابة الدستورية عملاً، وليست العبرة بالنصوص المنشئة للرقابة ما دام الواقع لم يرتب لهذه النصوص انعكاساً عملياً يحقق غاياته المتمثلة في احترام الدستور.

- إنه لا مرأى عند المفاضلة بين رقابة الامتناع ورقابة الإلغاء أن نتائج هذه الأخيرة أفضل بكثير في الواقع العملي، بيد أنه عندما تغيب الرقابة الدستورية عملاً، فإن المفاضلة لا تكون بين رقابة الإلغاء وبين رقابة الامتناع، وإنما تكون بين رقابة الامتناع وبين تطبيق النصوص المخالفة للدستور. وحين نرجح تطبيق النصوص غير الدستورية على إعمال رقابة الامتناع، فإننا بذلك نهدر كلّ قيمة عملية للدستور، فيغدو مبدأ الشرعية مجرد ترفٍ نظري لا يلقى تمظهرًا له في الواقع، لأن

إعمال النصوص المخالفة للدستور يعني تحصين التشريعات ضد أي رقابة، وتحميل الأفراد انتهاكات مرجعها رغبة المشرع وهواه المحصن من كل نظر، فيتلاشى مبدأ سمو الدستور، وتتهوى قيمة مبدأ سيادة القانون، وتصبح الحقوق والحريات منزوعةً من أدنى ضمانات، ليصبح القانون أداة لتقييد الحريات بدلاً من أن يكون أداة لتنظيمها، لا سيما في الدول التي تفتقر إلى وجود أساليب أخرى تخفف من وطأة غياب الرقابة الدستورية.

من خلال كل ذلك، فإننا نخلص إلى نتيجة كُلية مفادها، أنه متى تحققت حالة من حالات الفراغ من الرقابة الدستورية، فإن إعمال رقابة الامتناع يكون واجباً على القضاء، وليس جائزاً فحسب، ذلك أن القضاء هو السلطة المسؤولة عن تطبيق الدستور وإعمال مبادئه، كما أنه السلطة المسؤولة عن سد النقص التشريعي بما يمتلك من اختصاص في التفسير، فسكوت المشرع عن تحديد الجهة المنوطة بالفصل في المسائل الدستورية في فترة غياب المحكمة الدستورية؛ يعتبر نقصاً يستدعي تفسير القضاء للنصوص التشريعية تفسيراً ملائماً يسد الفراغ من الرقابة الدستورية ويتداركه. وإزاء هذه النتيجة، نورد فيما يلي أهم التوصيات للقضاء القطري:

- نوصي القضاء القطري، وعلى رأسه محكمة التمييز القطرية، أن يبادر إلى إعمال رقابة الامتناع إلى حين تفعيل المحكمة الدستورية العليا، ويمتثل لنص المادة 57 من الدستور التي أوجبت احترامه، لاسيما وأن محكمة الاستئناف كانت قد مهّدت الطريق لذلك بأحكامها التي باشرت فيها رقابة الامتناع، وأصلت لذلك تأصيلاً حسناً. فانتهاج سبيل غير ذلك في التعامل مع النصوص المخالفة للدستور - مثل تطبيقها، أو إيقاف الدعوى وتعطيل الفصل فيها لأجل غير مسمى - ينطوي على مساسٍ بدولة القانون، وتعطيل لأحكام الدستور

ومبادئه، وتفرغ للمبادئ النظرية من انعكاساتها العملية على نحوٍ يجرد حقوق وحرّيات الأفراد من كل حماية.

- نلتمس من محكمة التمييز القطرية أن تباشر دورها الإنشائي في مواجهة إشكالات الواقع، وأن تطرح الحلول العملية التي تكفل احترام الدستور، لأن الاتجاه الحالي لمحكمة التمييز يجعل لها يدًا في جعل الدستور دستورًا مرتبًا، وذلك لأنها لا تمنع من إعمال نصوص مخالفة للدستور، فهي بذلك تتيح للمشرع تعديل الدستور عن طريق تشريع ما يخالفه من نصوص، وتقرّ النصوص المخالفة بتطبيقها بدل الامتناع عن تطبيقها، الأمر الذي يتعارض مع وظيفة محكمة التمييز باعتبارها في المقام الأول محكمة قانون لا محكمة وقائع، ومن ثم فإننا نحثّ محكمة التمييز أن تُقدّم على خطوة عملية في سبيل معالجة هذه الإشكالية وترسم طريقًا قضائيًا صالحًا وقادرًا على التعامل مع حالة الفراغ الواقعي في قطر، إعمالًا لوظيفة القضاء في احترام الدستور، وتفعيلًا لحق الفرد في التقاضي المنصوص عليه في قلب الدستور.

- نوصي محكمة التمييز القطرية أن تقف في صف الأفراد وحرّياتهم الدستورية، وأن تعدل عن المسار الذي اتخذته فيما يتعلق بحكم وقف الدعوى من إبطال حجّيته، لأن هذا المسار ينأى عن كل منطق قانوني، ولا يجد من الأسانيد القانونية ما يدعمه، بل ويمثّل هدرًا صريحًا وانتهاكًا جسيمًا لمبدأ حجّية الأحكام القضائية، وما يقتضيه المنطق القانوني في موقفٍ كهذا أن تعمل محكمة التمييز رقابتها في الامتناع بدلًا من إعادة الدعوى الموقوفة إلى نقطة البداية، لأن ذلك من شأنه تعزيز الثقة بالجهاز القضائي لدى الأفراد.

- إذا كانت الخشية من إعمال رقابة الامتناع مردّها تعارض الأحكام القضائية، فإننا نوصي محكمة التمييز أن تقصر الرقابة الدستورية بطريق الامتناع عليها بصفتها محكمة قانون،

فتباشرها دون بقية المحاكم، وتجعل الولاية القضائية برقابة الامتتاع سلطةً مرحليةً لها مفروضة بحكم الفراغ الواقعي وسندها واجب القضاء في احترام الدستور وحق الأفراد في اللجوء للقضاء، فتباشرها وحدها دون غيرها من بقية محاكم الموضوع، ومن الممكن أن ترسم المحكمة الإجراء الذي تراه ملائمًا لذلك، ومن جهتنا نرى بأن الوقت الأمثل في الدعوى لمباشرة رقابة الامتتاع من قبل محكمة التمييز هو الوقت الذي يُطعن فيه على حكم وقف الدعوى، وذلك حمايةً للنصوص القانونية بالقدر النافذ منها، فيكون ما يترتب على الدفع بعدم الدستورية هو وقف الفصل في الدعوى لحين الفصل في المسألة الدستورية، ويكون دور محكمة التمييز إذا طُعن على حكم الوقف أن تباشر رقابتها في الامتتاع وتفحص النص المشتبه بعدم دستوريته، فتحكم بالامتتاع عن تطبيقه متى ما ثبت لها تعارض النص محل النزاع مع الدستور. وهي إن فعلت ذلك تكون قد وازنت بين واجبها في احترام الدستور ووظيفتها في تطبيق القانون، وتداركت ما يمكن أن تفضي إليه رقابة الامتتاع من تعارض في الأحكام إذا أُتيحت لكافة المحاكم، وواجهت الفراغ الواقعي بحلول إيجابية بدلاً من الحلول السلبية التي تُبقي على أصل المشكلة وتُفاقم منها، لتكفل بهذا الحل المؤقت احترام الدستور وتضمن جموده عملياً في مرحلة الفراغ الواقعي، وهذا ما نتوسّمه من محكمة التمييز القطرية ونوصيه بها.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية:

الكتب

إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر،

1998

أحمد زكريا الشلق، تطور قطر السياسي من نشأة الإمارة إلى استقلال الدولة، مطابع رينود الحديثة، الدوحة،

قطر، 2005

إسماعيل البدوي، مبادئ القانون الدستوري: دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الكتاب الجامعي، القاهرة،

1979.

إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، 1996

إسماعيل الغزال، القانون الدستوري والنظم الدستورية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،

1989م

أمين عاطف صليبا، "دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون" دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب،

طرابلس، لبنان، 2002

أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، الأهلية للنشر والتوزيع، 1977

يناس البهجي، يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات

القانونية، 2013

حسن عبد الرحيم السيد، المحكمة الدستورية والرقابة على دستورية القوانين واللوائح في ضوء القانون القطري:

دراسة مقارنة، مذكرة لطلبة الماجستير، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر، الفصل الدراسي ربيع 2019

حسن عبد الرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، كلية القانون، جامعة قطر، 2015

حسن عبد الرحيم السيد، مجموعة الوثائق الدستورية لدولة قطر، دار النهضة العربية، 2010

حسين عثمان محمد عثمان، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، 2005

حسين محمد البحارنة، التطورات السياسية والدستورية في دول الخليج العربية 1820-2004، دار الكنوز الأدبية، بيروت-لبنان، 2005

خالد سمارة الزعبي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية، 1996

رعد ناجي الجده، النظام الدستوري في دولة قطر، إدارة البحوث والدراسات الثقافية، وزارة الثقافة والفنون والتراث، 2012
رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 1983

زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، دار بلال للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2014،

سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980

سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، 1986،

عادل الطبطبائي، "المحكمة الدستورية الكويتية تكوينها، اختصاصها، إجراءاتها"، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، 2005

عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية: مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993

عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مدينة النصر، 1995

عبد العزيز محمد سالم، قيود الرقابة الدستورية، نهضة القانون، القاهرة، 1998

عبد العزيز محمد سالم، نظم الرقابة على دستورية القوانين، دار الفكر الجامعي، دار سعد سمك، الطبعة الثانية، 2014

عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الدستوري - المبادئ العامة - الدستور اللبناني، الدار الجامعية، 1987.

عبد الفتاح ساير داير، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة سيد عبد الله وهبة، مصر، 1970،

عبدالحفيظ علي الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 32 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة

عثمان خليل، القانون الدستوري - الكتاب الأول في المبادئ الدستورية العامة، مطبعة مصر شركة مساهمة
مصرية، القاهرة، 1956.

عزاوي عبد الرحمن، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجاً، كلية الحقوق، جامعة أبي
بكر بلقايدي، تلمسان

عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995.

عصام علي الدبس، القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011

علي الباز، النظام الدستوري والسياسي الكويتي، تطوراته الدستورية والسياسية منذ نشأة الدولة وحتى نفاذ الدستور
الدائم (1756-1963)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2008

عمرو فؤاد بركات، إصدار القوانين: دراسة مقارنة، جامعة طنطا، 1988-1989

عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، دار السنهوري، بيروت، لبنان، 2016

عيد أحمد الحسينان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات
العربية المتحدة، 2011

فلاح عبد المحسن الدوخي، منطقة الفراغ التشريعي - دراسة مقارنة لأهم العناصر المرنة في الشريعة الإسلامية،
مركز المصطفى العالمي للترجمة والنشر، إيران، 2015

فوزي أوصديق، "المدخل للنظام الدستوري القطري: دراسة على ضوء النظام الأساسي المؤقت لسنة 1971
المعدل والمتمم سنة 1995-1996"، الدوحة، قطر، 2002

فيصل أحمد عثمان الحيدر "وثائق الحركة الديمقراطية السياسية في الكويت من 192ذ حتى 1992"، منشورات
ذات السلاسل، الكويت، 1995

مبارك الهاجري، القضاء الدستوري في ضوء المادة 140 من الدستور الدائم لدولة قطر، 2006

مبارك بن ناصر بن حباب الهاجري، "حماية الدستور: ضمانات تطبيق قواعد القانون الدستوري: دراسة مقارنة
مع الإشارة إلى أحكام الدستور الدائم لدولة قطر"، نادي طلبة كلية القانون، جامعة قطر، الطبعة الأولى، 2005

مصطفى أبوزيد فهمي، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984،

منذر الشاوي، نظرة في الدولة والقانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017

منذر الشاوي، نظرة في الدولة والقانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، الأردن

ميثال مياي، دولة القانون: مقدمة في نقد القانون الدستوري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،

لبنان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982

نعمان الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،

2012

يوسف الهاشمي، رقابة دستورية القوانين واللوائح وتطبيقها في مملكة البحرين والدول العربية والأجنبية: (دراسة

تأصيلية تحليلية مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2015

الأبحاث والدراسات والمجلات العلمية

باسل عبد الله محمد باوزير، دور القضاء في تفسير النصوص الدستورية: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة

العلوم الإسلامية العالمية، 2014، <http://mandumah.com/>

حسن السيد، أثر تشكيل المحكمة الدستورية على استقلال القضاء الدستورية- دراسة في القانون المقارن

والقانون القطري، مجلة الحقوق، فصلية علمية محكمة، العدد2، السنة 41، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،

2017

حمد وديع محمود الطويل، دعوى عدم دستورية القوانين واللوائح في التشريع القطري مقارنة مع التشريع المصري

وتشريعات أخرى ومع بيان آراء الفقه والقضاء، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق من قسم

القانون العام، 2016

حمزة خالد حسن أبو غزلة، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رسالة ماجستير، بإشراف د. عبد الرحمن

العرمان، جامعة جرش، 2017

عثمان عبد الملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت: دراسة تحليلية نقدية مقارنة،

مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1986

علي رشيد أبو حجيبة، رقابة دستورية القوانين وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية، رسالة ماجستير، كلية

الحقوق، الجامعة الأردنية، 1988

عيد أحمد الحسبان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2011

مبارك ناصر الهاجري، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي: دراسة مقارنة" رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في القانون، جامعة القاهرة، 2008

محمد رمزي طه الشاعر، النظام السياسي في الكويت قبل دستور سنة 1962، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، 1976

مشاري غازي المطيري، مدى الرقابة على دستورية القوانين في دولة الكويت، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2013.

التشريعات

الأمر الأميري رقم 2 لسنة 2008 بتعيين رئيس المحكمة الدستورية العليا

الدستور الدائم لدولة قطر الصادر عام 2004 والمعمول به عام 2005.

الدستور الدائم لدولة قطر، عبد الرحيم السيد، مجموعة الوثائق الدستورية لدولة قطر

الدستور المصري عام 1970

دستور دولة الكويت، المذكرة التفسيرية، المادة 173، موقع مجلس الأمة، <http://www.kna.kw>

صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979

قانون العقوبات رقم 14 لسنة 1971 الملغى بالقانون رقم 11 لسنة 2004

قانون المحكمة العليا رقم 81 لسنة 1969

القانون رقم (13) لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 1971 بنظام المحاكم العدلية، موسوعة التشريعات القطرية.

القانون رقم (13) لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 1971 بنظام المحاكم العدلية، موسوعة التشريعات القطرية.

القانون رقم (13) لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام القانون رقم (13) لسنة 1971 بنظام المحاكم العدلية

القانون رقم 10 لسنة 2003 بإصدار قانون السلطة القضائية

القانون رقم 12 لسنة 1970 بإنشاء محكمة قطر الجزائية

قانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا

القانون رقم 13 لسنة 1971 بنظام المحاكم العدلية، ثم قانون رقم 18 لسنة 1971 بتنظيم انتقال السلطة القضائية إلى المحاكم الوطنية

القانون رقم 14 بإنشاء المحكمة الدستورية الكويتية عام 1973

القانون رقم 4 لسنة 1962 بإنشاء محكمة العمل

قانون رقم 6 لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الدستورية

القانون رقم 66 لسنة 1970 الخاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا

القرار الأميري رقم 11 لسنة 1999 بتشكيل لجنة إعداد الدستور الدائم وتعيين اختصاصاتها

قرار أمير دولة قطر رقم (3) لسنة 1995 بتعديل بعض أحكام النظام الأساسي المؤقت المعدل للحكم في دولة قطر، منشور بتاريخ 1 يناير 1995. موقع الميزان.

قرار أمير دولة قطر رقم (3) لسنة 1995 بتعديل بعض أحكام النظام الأساسي المؤقت المعدل للحكم في دولة قطر، منشور بتاريخ 1 يناير 1995. موقع الميزان.

القرار رقم 22 لسنة 2001 بإصدار العقوبات التعزيرية

مجموعة قوانين قطر 1961-1985، المجلد السادس، إدارة الشؤون القانونية، وزارة العدل، دولة قطر

المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 81 لسنة 1969

مرسوم بقانون رقم 18 بشأن إنشاء محكمة المرور عام 1968

مرسوم بقانون رقم 19 لسنة 1969 بإنشاء محكمة شؤون بلدية قطر

المرسوم رقم 38 لسنة 2003 بدعوة المواطنين للاستفتاء على مشروع الدستور الدائم لدولة قطر 2004

النظام الأساسي المؤقت المعدل لدولة قطر 1972

النظام الأساسي المؤقت لدولة قطر 1970

القانون رقم 79 لسنة 1976 ببعض الأحكام الخاصة بالمحكمة العليا

الجريدة الرسمية- العدد35 مكرر الصادر في 31 أغسطس سنة 1969: shorturl.at/ckLRY

الأحكام القضائية

حكم مجلس الدولة المصري الصادر بتاريخ 10 فبراير عام 1948

حكم المحكمة العليا في الطعن رقم 4 لسنة 1 قضائية، تاريخ الجلسة 3 يوليو 1971، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة النقض في القضية رقم 3 لسنة 4 قضائية دستورية، بتاريخ 19 أبريل 1974.

حكم محكمة النقض-مدني- في الطعن رقم 731 لسنة 44 قضائية، بتاريخ الجلسة شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة النقض- مدني- في الطعن رقم 223، لسنة 39 قضائية، بتاريخ 13 مايو 1974، شبكة قوانين

الشرق.

حكم محكمة النقض-مدني- في الطعن رقم 417، لسنة 45 قضائية، بتاريخ 19 ديسمبر 1978، موقع قوانين

الشرق.

حيثيات الحكم الصادر في الطعن رقم 30342، عن محكمة النقض، لسنة 70 قضائية، بتاريخ 28 أبريل 2004،

شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة النقض- مدني- في الطعن رقم 731، لسنة 44 قضائية، بتاريخ 29 ديسمبر 1977، موقع قوانين

الشرق.

حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 528، لسنة 18 قضائية، بتاريخ 16 مايو 1978، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة النقض-مدني-، في الطعن رقم 10167، لسنة 64 قضائية، بتاريخ 8 فبراير 2001، شبكة قوانين

الشرق.

حكم محكمة النقض-مدني-، في الطعن رقم 7814، لسنة 65 قضائية، بتاريخ 13 يناير 2003، شبكة قوانين

الشرق.

حكم محكمة النقض - مدني - في الطعن رقم 5336، لسنة 74 قضائية، بتاريخ 28 يونيو 2005، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة النقض - مدني - في الطعن رقم 1394، لسنة 68 قضائية، بتاريخ 26 فبراير 2011، شبكة قوانين الشرق.

حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1251، لسنة 48 قضائية، بتاريخ 8 يوليو 2009، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة النقض - جنائي - في الطعن رقم 5957، لسنة 55 قضائية، بتاريخ 9 فبراير 1986، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة النقض - جنائي - في الطعن رقم 25816، لسنة 71 قضائية، بتاريخ 6 مايو 2004، شبكة قوانين الشرق.

الحكم الصادر في الطعن رقم 30342، لسنة 70 قضائية، بتاريخ 28 أبريل 2004

حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 5، لسنة 4 قضائية، بتاريخ 2 يونيو 1984، شبكة قوانين الشرق،
حكم محكمة النقض - جنائي - في الطعن رقم 30342، لسنة 70 قضائية، بتاريخ 28 أبريل 2004، شبكة قوانين الشرق.

أحكام غير منشورة، المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 13601، لسنة 49 قضائية، بتاريخ 27 فبراير 2018، شبكة قوانين الشرق.

حكم المحكمة الاستئنافية الكويتية الصادر في القضية رقم 162 لسنة 1970، الدائرة التجارية الأولى.

حكم محكمة التمييز الكويتية - الأحكام المدنية والتجارية - في الطعن رقم 334، لسنة 2002 قضائية، بتاريخ 4 أكتوبر

حكم محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الدستورية، في الطعن رقم 1، لسنة 1979 قضائية، بتاريخ 12 مايو 1979، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الدستورية، في الطعن رقم 2، لسنة 2016 قضائية، صدر بتاريخ 11 مايو 2016، شبكة قوانين الشرق.

حكم المحكمة الابتدائية الشرعية، دائرة الجنايات والحدود، قضية رقم 95/تعايير/ابتدائية/ 2004 بتاريخ 21 يناير 2004، قطر.

المحكمة الابتدائية الشرعية، دائرة الجنايات والحدود، قضية رقم 342/تعايير/ابتدائية/ 2004 بتاريخ 11 مارس 2004، قطر.

المحكمة الابتدائية الشرعية، دائرة الجنايات والحدود، قضية رقم 349/تعايير/ابتدائية/ 2004 بتاريخ 11 فبراير 2004، قطر.

حكم محكمة الاستئناف القطرية في الطعن رقم 4، لسنة 2010 قضائية، بتاريخ الجلسة 18 مايو 2010، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة التمييز القطرية-الأحكام المدنية-، في الطعن رقم 194، لسنة 2010 قضائية، بتاريخ 4 يناير 2011. شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة التمييز القطرية-الأحكام المدنية- في الطعن رقم 194، لسنة 2010 قضائية، بتاريخ 4 يناير 2011، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة التمييز القطرية-الأحكام المدنية-، في الطعن رقم 232، لسنة 2012، صدر بتاريخ 18 يونيو 2013.

حكم محكمة التمييز القطرية-الأحكام الجنائية- في الطعن رقم 130، لسنة 2009 قضائية، بتاريخ 19 أكتوبر 2009، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة التمييز القطرية - الأحكام المدنية - في الطعن رقم 28، لسنة 2016 قضائية، بتاريخ 8 مارس، 2016، شبكة قوانين الشرق

حكم محكمة النقض المصرية- جنائي- في الطعن رقم 30342، لسنة 70 قضائية، بتاريخ 28 أبريل 2004، شبكة قوانين الشرق.

محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية- في الطعن رقم 194، لسنة 2010 قضائية، بتاريخ 4 يناير 2011، شبكة قوانين الشرق.

محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية - في الطعن رقم 28، لسنة 2016 قضائية، بتاريخ 8 مارس 2016.

محكمة التمييز القطرية- الأحكام الجنائية- في الطعن رقم 110، لسنة 2009 قضائية، بتاريخ 4 مايو 2009، شبكة قوانين الشرق.

محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية- في الطعن رقم 28، لسنة 2016 قضائية، بتاريخ 8 مارس 2016، شبكة قوانين الشرق

محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية- في الطعن رقم 133 لسنة 2012، الحكم الصادر بتاريخ 18 يونيو 2013.

حكم الدائرة الاستئنافية المؤقتة في الدعوى رقم 77 لسنة 2010، والصادر بتاريخ 24 يونيو 2014.

محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية- في الطعن رقم 133 لسنة 2012، الحكم الصادر بتاريخ 18 يونيو 2013.

حكم الدائرة الاستئنافية المؤقتة في الدعوى رقم 77 لسنة 2010، والصادر بتاريخ 24 يونيو 2014، قطر.

حكم محكمة التمييز-الأحكام المدنية- في الطعن رقم 4، لسنة 2015 قضائية، بتاريخ 3 مارس 2015، شبكة قوانين الشرق.

حكم المحكمة الإدارية العليا- في الطعن رقم 1457، لسنة 38 قضائية، بتاريخ 29 أغسطس 1998، شبكة قوانين الشرق.

حكم محكمة التمييز القطرية- الأحكام المدنية- في الطعن رقم 107، لسنة 2011 قضائية، بتاريخ 20 نوفمبر 2011، شبكة قوانين الشرق.

المقالات

حسن عبد الرحيم السيد، مقالة بعنوان: "المسودة: الإطار التشريعي"، المدونة الإلكترونية للدكتور حسن، 22 مارس 2011. shorturl.at/fnpxZ

حسن عبد الرحيم حسن السيد، المسودة: مقالة بعنوان: البحث عن الحقيقة، المدونة الإلكترونية للدكتور حسن، 1 مارس 2011. shorturl.at/fnpxZ

حسن عبد الرحيم حسن السيد، وقفات دستورية محاولة لنشر الثقافة الدستورية في المجتمع القطري، دار الوند، دار المؤلف، قطر، 2018، ص543.

علي خليفة الكواري، دستور قطر: ملامح ديمقراطية مع إرجاء التنفيذ، مركز الخليج لسياسات التنمية، الجوحة، 5مارس2011: shorturl.at/eflNW

علي عيسى الخلفي، حراسة دستورية القوانين.. وظيفة المحكمة، تحقيق نشأت أمين، المحكمة الدستورية العليا.. الحلم المنتظر، الراية، يومية سياسية مستقلة، 17 يناير 2018: shorturl.at/DH167

مانع ناصر صالح، تفعيل الرقابة القضائية على دستورية القوانين، تحقيق نشأت أمين، المحكمة الدستورية العليا.. الحلم المنتظر، الراية، يومية سياسية مستقلة، 17 يناير 2018: shorturl.at/DH167

محمد بن علي الكبيسي، أين المحكمة الدستورية؟، صحيفة الشرق، 19 أبريل2015: shorturl.at/yHJ17
هزاع بن علي، الصفحة الشخصية على موقع تويتر، في معرض الرد على استفسار، 11 أبريل 2019، shorturl.at/bvLY0

يوسف الزمان، ثلاث طرق لتحريك الدعوى الدستورية، تحقيق نشأت أمين، المحكمة الدستورية العليا.. الحلم المنتظر، الراية، يومية سياسية مستقلة، 17 يناير 2018: shorturl.at/DH167

المراجع باللغات الأجنبية

1 Cranch 137, 5 U.S. 137, 1803 WL 893, 2 L.Ed. 60

2 U.S. 408, 2 Dall. 409, 1792 WL 575 (Mem), 1 L.Ed. 436

3 U.S. 386, 3 Dall. 386, 1798 WL 587, 1 L.Ed. 648

Bayard v. Singleton (North Carolina 1787). Dictionary of American History. Encyclopedia.com. 30 Apr. 2020. <https://www.encyclopedia.com>. Accessed: 10-05-2020.

Beatty, D. M. (Eds.). (1994). Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. Retrieved Feb 29, 2020, from <https://brill.com/view/title/9398>

Charles F. Hobson, "**Judicial Review**." Encyclopedia of the New American Nation. shorturl.at/fWY78 (accessed on January 11, 2020).

D. D. Louis, "**Introduction of Judicial Review in Italy—Transition from Decentralized to Centralized Review (1948–1956)—A Successful Transplant Case Study**," Penn State International Law Review, 2010, Vol. 28, Article 6.

G. Gunther, **The Subtle Vices of the "Passive Virtues": A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review**. (1964) Columbia Law Review vol. 64.

H. Al-Sayed, **Qatar's Constitutional and Legal System**, Policy-Making In A Transformative State, The Case Of Qatar, Edited by: M. Evren Tok, L. Al-Khater, L.Pal.

Holmes vs. Walton: **The New Jersey Precedent.** The American Historical Review, Vol. 4, No. 3 (Apr 1899), pp. 456–469. <https://www.jstor.org/stable/1833432>.

Accessed: 10–05–2020.

K. L. Hall, **Judicial Review and Judicial Power in the Supreme Court**, New York: Routledge, (2001) <https://doi.org/10.4324/9781315053561>

Marbury v. Madison." Oyez. Accessed January 12, 2020. shorturl.at/AHUX9

Trevett v. Weeden (Rhode Island, 1786). Encyclopedia of the American Constitution. Encyclopedia.com. 28 Apr. 2020. <https://www.encyclopedia.com>. Accessed: 10–05–2020.

Unah, "**Judicial Review.**" Encyclopedia of the American Constitution, shorturl.at/fWY78 (January 11, 2020).

W. S. Gordon, "**The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less.**" Washington and Lee Law Review vol 56 (1999)

مراجع شبكة الإنترنت

جريدة الشرق: <https://al-sharq.com>

دار المنظومة: <http://mandumah.com>

الرأية، يومية سياسية مستقلة: <https://www.raya.com>

شبكة قوانين الشرق: <https://www.eastlaws.com>

قضايا: <http://qadaya.net>

المجلس الأعلى للقضاء: <https://www.sjc.gov.qapx>

مجلس الأمة: <http://www.kna.kw>

مركز الخليج لسياسات التنمية: <http://gulfpolicies.org>

موقع الميزان: <https://www.almeezan.qa>

Brill: <https://brill.com>

Encyclopedia: <https://www.encyclopedia.com>

International Westlaw: <http://www.westlaw.com>

Jstor: <https://www.jstor.org/stable/1833432>

Oyez: <https://www.oyez.org/>

Taylor and Francis Group: <https://www.taylorfrancis.com>