

تنظيم رقابة الدستورية في سلطنة عمان

دراسة مقارنة

الدكتور طارق بن هلال البوسعيدي
رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق
جامعة - سلطان قابوس



مقدمة عامة

شهدت سلطنة عمان في عصرها الحالي (عصر النهضة) تطوراً بالغ الأهمية في ميدان التشريع وكفالة سيادة القانون، تُوِّج بصدور المرسوم السلطاني رقم ٩٦/١٠١ بإصدار النظام الأساسي للدولة وذلك بتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٩٦م، وهو أول دستور - بالمعنى الفني الدقيق - للدولة منذ نشأتها¹.

وقد ورد في هذا النظام الأساسي عدة نصوص تؤكد أن السلطنة هي دولة دستورية، تعتق معظم أسس وعناصر الدولة القانونية المتفق عليها، وعلى رأسها الإقرار بسمو أحكام هذا النظام أو الدستور، وتبعاً لذلك تنظيم رقابة قضائية على مدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة. فقد أقر المشرع الدستوري في عمان مبدأ سمو نصوص النظام الأساسي للدولة على بقية التشريعات في الدولة، وجاء في المادة ٧٩ من نفس النظام الأساسي للدولة، أنه "يجب أن تتطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون مع أحكام النظام الأساسي للدولة"، كما تنص المادة ٧٠ من هذا النظام على أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها".

وبالرغم من مرور نحو عشر سنوات على صدور النظام الأساسي للدولة، لم يتم تفعيل هذه النصوص بعد في الحياة القانونية والقضائية في السلطنة، وهو ما يلقي ظلالاً من الشك حول وجود رقابة على الدستورية أو عدم وجودها في الدولة، وينتقص من ثم من أسس الدولة القانونية الدستورية وعناصرها المسلمة، وهو الأمر الذي دفعنا إلى البحث في هذه المسألة، لتحقيق هدفين:

الأول: توفير المعرفة القانونية الصحيحة عن هذه المشكلة للقارئ العادي والباحث المتخصص على قدم المساواة.

¹ اصطلاح القانون أو النظام "الأساسي" يعتبر ترجمة عربية للاصطلاح المقابل في اللغتين الإنجليزية والفرنسية Constitution الذي يفيد معنى التأسيس والتنظيم أو الأساس والتكوين، ومع ذلك يشيع في اللغة العربية القانونية استخدام اصطلاح

والثاني: قد نساهم بجهدنا المتواضع هذا في إضاءة الطريق للمشرع العماني للتعرف على سبل ووسائل الرقابة على الدستورية في القانون المقارن، ليختار من بينها ما يتناسب ويتوافق مع الظروف والاعتبارات الخاصة والمحيطه بالنظام القانوني العماني، وذلك عندما يرى أن الوقت قد حان لوضع القانون المنظم للرقابة على الدستورية في الدولة.

وتأسيساً على ما تقدم نرى أن نتناول في هذا البحث مسألة تنظيم الرقابة على الدستورية وفقاً للأنظمة الرئيسية المتبعة في دول العالم المختلفة، من خلال عرض تحليلي مبسط مقارن لها دون الدخول في تفاصيل البناء النظري لها، وإبداء الرأي حول ما نراه الطريق أو الأسلوب الأصح لسلطنة عمان، بصدد الرقابة على الدستورية فيها، وعليه ستكون المنهجية التي سنتبناها للبحث على النحو الآتي:

أولاً: تحديد أساس الرقابة على الدستورية في الدول القانونية الدستورية وذلك في مبحث تمهيدي.

ثانياً: البحث في مدى تحقق الرقابة على الدستورية عندما يخلو دستور الدولة أو نظامها الأساسي من وجود تنظيم معين لهذه الرقابة، أو عدم تفعيل مثل هذا التنظيم على رغم النص عليه (وهو الوضع الحالي في سلطنة عمان) حيث يقر معظم الفقه الدستوري بإمكانية وجود رقابة قضائية في هذه الحالة، اصطلاح الفقه على وصفها بأنها "رقابة الامتناع".

ثالثاً: عرض طرق تنظيم الرقابة على الدستورية عندما يتولى المشرع الدستوري نفسه تحديد أسلوب هذه الرقابة، وربما تنظيمها كذلك أو الاكتفاء بتقرير أهم أسسها، تاركاً للمشرع العادي وضع تفصيلاتها من خلال قانون تصدره السلطة التشريعية (وهو ما قرره النظام الأساسي للدولة في عمان). والطرق الرئيسية في القانون المقارن تقتصر على تنظيم رقابة سياسية تتسم بأنها رقابة وقائية سابقة، على دستورية القوانين قبل إصدارها والأعمال القانونية الأخرى مثل المعاهدات الدولية ولكن أيضاً قبل إبرامها أو التصديق عليها، أو الاتجاه إلى تنظيم رقابة قضائية لاحقة على هذه القوانين أو الأعمال القانونية الأخرى مثل اللوائح، وذلك بعد صدورها ونفاذها وبدء سريانها وتطبيقها.

وبناء على ما تقدم يحدد الفقه الدستوري طرق الرقابة على الدستورية بأنها إما عن طريق الرقابة السياسية، أو طريق الرقابة القضائية بأسلوب الامتناع عن تطبيق النص التشريعي غير الدستوري من جانب المحاكم القضائية كافة، ويطلق معظم الفقه الدستوري على هذا الطريق اصطلاح "الرقابة القضائية اللامركزية". وأخيراً طريق الرقابة بأسلوب إلغاء أو بطلان القوانين والأعمال القانونية لعدم دستورتيتها، بواسطة جهة قضائية محددة، وهو الطريق الذي يطلق عليه الفقه الدستوري اصطلاح "الرقابة القضائية المركزية" على الدستورية، وعليه نعرض بعد المبحث التمهيدي لهذه الطرق الثلاثة في مباحث مستقلة، فنبدؤها بالرقابة السياسية على الدستورية ثم الرقابة القضائية اللامركزية عليها، وأخيراً الرقابة المركزية على الدستورية.

المبحث التمهيدي

أساس الرقابة على الدستورية



ليس ثمة جدال في تعاضم أهمية النظام الأساسي ودوره في الدول الحديثة المعاصرة، فهذا النظام يوفر السند القانوني لإنشاء السلطات العامة في الدولة ومباشرتها للأعمال والاختصاصات الموكولة إليها لضمان تحقيق أهداف ومبادئ هذا النظام والتي تمثل الغايات العليا للمجتمع، وهو ما أضفى على قواعد هذا النظام السمو والحصانة تجاه غيرها من القواعد القانونية الأخرى، باعتبارها قواعد قانونية ملزمة أو أمرة للسلطات العامة في الدولة، بالإضافة - بطبيعة الحال - للأفراد والمقيمين بها.

فمقتضى وجود نظام أساسي أو دستوري في الدولة أنه يتعين على جميع السلطات العامة فيها، احترام الأحكام والقواعد والمبادئ الدستورية العامة، لا سيما تلك الواردة في النظام الأساسي للدولة، والعمل على تطبيقها تطبيقاً سليماً عندما تمارس اختصاصاتها الدستورية على النحو المبين فيه، حتى يمكن التسليم بصحة أعمالها وتصرفاتها من الناحية الدستورية، ضماناً لسمو الدستور أو النظام الأساسي للدولة، وإعلاء لسيادة القانون ومبدأ مشروعية أعمال هذه السلطات العامة، وتأكيداً لصفة الدولة القانونية أو الدستورية التي تتسم بها.

ويستلزم تحقيق ما تقدم ضرورة تنظيم رقابة صارمة على أعمال أو تصرفات السلطات العامة التي يتم تأسيسها بنصوص النظام الأساسي للدولة، لكفالة احترام قواعد هذا القانون وأحكامه، والتزام تلك السلطات للحدود الواردة فيه، وهي الرقابة التي درج الفقه والقضاء والمشرع على إطلاق اصطلاح "الرقابة على الدستورية"² تأسيساً على مبدأ سمو الدستور وجموده، وباعتبار أن الدولة التي تنشأ فيها هذه الرقابة هي دولة دستورية أو قانونية.

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، على أن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تجد أساسها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة له"³، وتأسيساً على أن "هذه الرقابة القضائية هي المظهر العملي النفعالي لحماية الشرعية، فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود"⁴.

فإذا ولينا وجهنا شطر سلطنة عمان، فإننا نتبين بجلاء أنها غدت منذ بداية عصر النهضة دولة قانونية، يحكمها القانون وليس مجرد بعض العادات أو التقاليد، كما أنها بصدور النظام الأساسي للدولة عام ١٩٩٦م صارت دولة دستورية، يتسم نظامها الأساسي بالسمو والجمود، واستتبع ذلك إقرار وتنظيم رقابة قضائية على دستورية القوانين واللوائح فيها، وهي أمور تحتاج إلى بعض التفصيل والإيضاح وذلك على النحو الآتي



² لعل الاصطلاح الأكثر شيوعاً هو اصطلاح "الرقابة على دستورية القوانين واللوائح"، إلا أنه - في تقديرنا - اصطلاح غير دقيق وذلك لوجود أعمال قانونية أخرى غير القوانين واللوائح قد تخضع لتلك الرقابة مثل المعاهدات والمراسيم والأنظمة والقرارات بقوانين والأحكام القضائية وغيرها، وكل ذلك بحسب موقف المشرع الدستوري من تنظيم هذه الرقابة.

³ حكمها في ١٩٩٣/٦/١٩م القضية لسنة ١٤ق (قضائية) د. (دستورية)، ويمكن مراجعة أحكام هذه المحكمة أما في الجريدة الرسمية أو في المجموعات الرسمية لها الصادرة عن المحكمة والتي اعتمدنا عليها في الرجوع لتلك الأحكام.

⁴ المحكمة العليا المصرية في ١٩٧٦/٤/٣م القضية ١١ لسنة ٥ ق.د.

المطلب الأول

سلطنة عمان دولة قانونية

تعتبر الدولة القانونية السمة الأولى للمجتمعات المعاصرة، التي يتم فيها تنظيم العلاقات والروابط بين أفرادها الذين ارتضوا العيش المشترك بينهم في ظل نظام قانوني يحقق الحق والعدالة، ويهدف إلى تحقيق المصالح العامة والأهداف الجماعية والغايات المشتركة، وإذا كانت الدولة هي الإطار الذي يتحقق داخله المظهر السياسي لهذه المجتمعات، وهي مجتمعات سياسية بالدرجة الأولى، فإن القانون هو أداة هذه الدولة ووسيلتها لكفالة تحقيق المقاصد والأغراض العامة للمجتمع، كما أنه في جوهره يعنى فرض الإلزام والخضوع لأحكامه، ولذلك يذهب الفقه إلى أن المجتمعات في الدول الحديثة على وجه الخصوص لا تقوم بدون قانون، ومفهوم القانون الحقيقي أنه الحد الفاصل ما بين السلطة المطلقة ومتطلبات حقوق الإنسان، وغايته الرئيسية استقامة التعاطي بين السلطة والمجتمع⁵.



والحقيقة أن القانون هو تعبير عن قوة الدولة العليا، ومع ذلك لا يسوغ بحال من الأحوال أن تستخدم لغير تحقيق أهداف المجتمع، ولهذا الغرض وحده، والولاء للدولة يتم من خلال الخضوع لقوانينها، ولذلك تنبذ الدول المعاصرة فكرة السلطة الشخصية، وتستبدل بها خضوع أفراد المجتمع الذين يتكون منهم شعب الدولة لفكرة القانون، فلا يدين أحد منهم لعدد من الأشخاص كثر عددهم أو قل، فصار الولاء للفكرة والمبدأ، ولم تعد التقاليد أو الأعراف وعاء لهذه الفكرة أو ذاك المبدأ، وإنما هو القانون الذي يعبر عن الإرادة العامة في الدولة⁶.

وهكذا انتهى التطور السياسي للمجتمعات قاطبة في العالم المعاصر إلى ضرورة إنشاء "الدولة"، ومن هنا وضع نظام سياسي للمجتمع تنبثق عنه سلطة سياسية تتولى مباشرة السيادة فيها نيابة عن هؤلاء الأفراد وباسمهم تحقيقاً لصالحهم العام، وذلك من خلال قواعد القانون الذي يحدد بدقة مظاهر تلك السيادة وكيفية مباشرتها والسلطات العامة التي ستتولى هذه المباشرة والحدود أو القيود التي ترد عليها في ذلك.

⁵ الدكتور أمين عاطف صليبيبا: دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون - لبنان - ٢٠٠٢ - ص ٢٨.

⁶ الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية - منشأه المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ١١.

وعليه يمكن القول: إن الدولة القانونية هي الدولة التي تعتق مبدأ القانون، وأن مقتضى هذا المبدأ وجوب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام الحدود في جميع أعمالها وتصرفاتها، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية "إن الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها، أيا كانت طبيعية سلطاتها، بقواعد قانونية تعلق عليها وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة، باعتبار أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها، ومن ثم أضحى مبدأ خضوع الدولة للقانون مقترناً بمبدأ مشروعية السلطة هو الأساس الذي تقوم عليه الدولة القانونية" ⁷.

وعلى ذلك تتحقق الدولة القانونية في أي نظام سياسي كان من خلال خضوع الكافة لسلطة القانون، وعلى رأسهم السلطات الحاكمة المؤمنة على حقوق المواطنين وحررياتهم، فلا تكون أعمالهم وتصرفاتهم مشروعة إلا إذا كانت متفقة مع القانون، ومن ثم تغدو الدولة القانونية هي دولة المشروعية وذلك في مواجهة مفهوم آخر ألا وهو الدولة البوليسية ⁸.

وقد اختلف الفقه الدستوري حول تحديد مبادئ أو عناصر الدولة القانونية، وإن كان الإجماع قد انعقد بصدد ثلاثة عناصر هي: ضرورة الأخذ في الاعتبار بمبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ الخضوع للقانون وخاصة تجاه جميع السلطات العامة، ومبدأ سمو الدستور وسيادة القانون، على حين يضيف بعض الفقهاء عنصراً أو أكثر مثل مبدأ سيادة الأمة ⁹ ومبدأ تداول السلطة وتوالى القيادات الحاكمة ¹⁰، وتنظيم الرقابة على دستورية القوانين ¹¹، وإقرار الحقوق والحرريات العامة ¹².

⁷ حكمها في ٢١/١٩٩٩م قضية ١٥ لسنة ١٨ ق.د. - راجع أيضاً حكمها في ٤/١/١٩٩٢ قضية ٢٢ لسنة ٨ ق.د. - وحكمها في ١٧/٢/١٩٩٧م قضية ٥ لسنة ٤٨ ق.د.

⁸ الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم: الرقابة على دستورية القوانين في الدولة القانونية المعاصرة - دار النهضة العربية - ١٩٩٨م - ص ٥٤ و٥١.

ويؤكد بعض الفقهاء أن من شأن الرقابة على الدستورية منع تطبيق النظام الشمولي أو الكلي، وإن كان ليس صحيحاً أن هذه الأنظمة الكلية تستبعد مسبقاً مبدأ الخضوع للقانون، فليس صحيحاً أن هذه الأنظمة لا قانون لها، لأنه مهما كانت السلطة التي يتمتعون بها قوية، فإنها كانت تطبق ضمن إطار النظم للدولة - راجع في ذلك: الدكتور أمين عاطف صليبيا: المرجع السابق - ص ١٧٥.

⁹ الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٠ - ص ١٨، وهو يرى أن هذا المبدأ يعني أن تكون الأمة وحدها مصدراً للسلطات في الدولة، وهو مبدأ يرتبط كذلك بالنظام الديمقراطي.

¹⁰ الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق - ص ١٢، وهو يرى ضرورة الأخذ بهذا المبدأ دعماً للمبدأ الديمقراطي وترسيخاً لمفهومه الصحيح ولتجنب النظم الشمولية المستترة.

¹¹ الدكتور أمين عاطف صليبيا: المرجع السابق - ص ٧٤، وهو يفرق في مؤلفه بين الدولة القانونية ودولة القانون، ويرى أن السائد في الدولة القانونية هو مبدأ سيادة البرلمان الذي يسن القوانين، على حين تقوم دولة القانون على أساس ارتباط الحقوق والحرريات العامة بالدستور وليس بالقانون، ومن ثم يتم اعتماد الرقابة على دستورية القوانين في دولة القانون باعتبارها أهم مقوماتها، لضمان هذه الحقوق وتلك الحريات - راجع ص ١٠٥ وما بعدها.

¹² الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق - ص ١٨. الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق - ص ١١.

وفي تقديرنا أن مبدأ سيادة الأمة ليست له هذه الأهمية، على أساس أن انعدام سيادة الأمة لا ينفي احتمال قيام رقابة على الدستورية التي تستند أساساً على مبدأ سيادة القانون¹³ فمن الملاحظ أن جانباً من الفقه يفرق بحق بين السيادة العضوية والسيادة الموضوعية، بمعنى أن السيادة العضوية تكون للسلطة التأسيسية أياً كانت، سواء تمثلت في الشعب أو الأمة أو الحكام، أما السيادة الموضوعية فيجب أن تكون دوماً للقانون وليس لأشخاص معينة أو لمجموعة من التقاليد أو الأعراف، وإذا كانت السيادة العضوية مطلقة لحائز السلطة التأسيسية في الدولة، فإن السيادة الموضوعية تكون للقانون بوصفه أداة ممارسة السلطة العامة، وهي بطبيعتها سلطة مقيدة بالحدود والقيود التي يفرضها صاحب السيادة العضوية وذلك من خلال النظام السياسي الذي ترضاه الدولة¹⁴.

أما عن مبدأ تداول السلطة وتوالى القيادات الحاكمة، فهو في جوهره مبدأ سياسي يتصل بالمبدأ الديمقراطي وليس بالدولة القانونية وعناصرها، وهو من ثم مثل مبدأ سيادة الأمة لا علاقة لهما بموضوعنا على رغم أهميتهما البالغة في صدد تحديد وسائل تطبيق النظام الديمقراطي ومنع احتكار السلطة.

أما فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين وتنظيمها - وليس من شك في ضرورتها بل وحتميتها في الدول القانونية أو الدستورية - فإنها ليست من عناصر تلك الدولة، بل هي من نتائج وأثار مبدأ سيادة القانون وما يترتب عليه من تدرج القواعد القانونية في الدولة من حيث مرتبتها الإلزامية، ومن ثم سمو الدستور في البناء القانوني للدولة، وهو ما يستتبع تنظيم الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وغيرها من الأعمال القانونية التي يضمها هذا البناء.

¹³ الدكتور شعبان أحمد رمضان: ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٢، وهو يرى كذلك أن السلطة المطلقة ضرورية في بداية نشأة الدول الحديثة للعمل على وحدة الدولة المركزية وتقويتها وبقائها، ومن أجل التقدم والتطور وإدخال الإصلاحات الضرورية للمجتمع، ومن شأن هذا الفكر أن يساعد على ظهور قاعدة قانونية تتميز بسموها على سائر القواعد القانونية الأخرى، وهو الأمر الذي ميز في فرنسا التصرفات الملكية على ما عداها - ص ٦ وما بعدها - راجع كذلك ما أشار إليه من مراجع فرنسية في هذا الشأن - ص ٨ و ص ٩.

¹⁴ الدكتور سامي جمال الدين: النظم السياسية والقانون الدستوري - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ٣٠.

نخلص من ذلك إلى أننا نرى أن عناصر الدولة القانونية تنحصر في ثلاثة هي:

١- مبدأ سيادة القانون، وهو يتضمن في مقتضاه مبدأ سمو الدستور ومبدأ الخضوع للقانون وتنظيم الرقابة على دستورية القوانين.

٢- مبدأ الفصل بين السلطات، سواء بين السلطة التأسيسية من ناحية والسلطات العامة المؤسسة من ناحية أخرى، أو بين تلك الأخيرة فيما بينها، لاسيما وفقاً للمفهوم الموضوعي لكل منها.

٣- مبدأ تنظيم الحرية، وذلك بإقرار مجموعة من الحقوق والحريات العامة للأفراد وكفالتها للكافة دون تمييز، ولضمان حماية الأقليات من مواجهة احتمالات استبداد أو تعسف الأغلبية.

وقد حرص المشرع الدستوري العماني على إقرار العناصر سالفة الذكر في نصوص النظام الأساسي للدولة، فبالنسبة لمبدأ سيادة القانون تقضي المادة ٤٢ من هذا النظام بأن يقوم السلطان - وهو رئيس الدولة ورمز الوحدة الوطنية والساخر على رعايتها وحمايتها وفقاً للمادة السابقة من النظام رقم-٤١ بالمهام الآتية: المحافظة على استقلال البلاد ووحدة أراضيها وحماية أمنها الداخلي والخارجي، ورعاية حقوق المواطنين وحررياتهم وكفالة سيادة القانون وتوجيه السياسة العامة للدولة....“ كما تنص المادة ٥٩ من النظام الأساسي على أن ”سيادة القانون أساس الحكم في الدولة....“، علاوة على عدد غير قليل من النصوص التي تؤكد آثار ونتائج الأخذ بهذا المبدأ مثل سمو الدستور وترج القواعد القانونية وتنظيم الرقابة على الدستورية¹⁵“.



¹⁵ راجع على سبيل المثال المواد (٧) اليمين الدستورية للسلطان باحترام النظام الأساسي للدولة والقوانين، (٤٠) واجب جميع سكان السلطة احترام النظام الأساسي للدولة، (٥٠) اليمين الدستورية لرئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء باحترام النظام الأساسي للدولة وقوانينها النافذة، (٧٧) سريان القوانين السابقة شريطة عدم تعارضها مع نصوص النظام الأساسي، (٧٩) وجوب تطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون مع أحكام النظام الأساسي، (٨٠) التزام الدولة بعدم مخالفة القوانين والمراسيم النافذة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي هي جزء من قانون البلاد.

وبصدد مبدأ الفصل بين السلطات، أقر النظام الأساسي للدولة مبدأ الشورى في نص المادة ١٠/٣ باعتباره من المبادئ السياسية للدولة، وأنشأ وفقاً للمادة ٥٨ منه مجلس عمان الذي يتكون من مجلس الشورى والدولة، كما نظم في المواد من ٤٤ إلى ٥٥ مجلس الوزراء باعتباره السلطة التنفيذية في الدولة، وكذلك السلطة القضائية في المواد من ٥٩ إلى ٧١ وخاصة في المواد ٦٠ و ٦١ و ٧١ التي تنص بوضوح بالغ على أن "السلطة القضائية مستقلة... ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون.. ولا يجوز لجهة ما التدخل في القضايا أو في شئون العدالة، ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون... ويكون الامتناع عن تنفيذ الأحكام أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون".

وأخيراً بالنسبة لتنظيم الحقوق والحريات العامة، شمل النظام الأساسي للدولة تنظيمياً شبه متكامل للحقوق والحريات العامة والأساسية المعترف بها في الدول القانونية الحديثة، وعلى رأسها الحق في المساواة (م١٠/٤ و م١٢/١، م١٧) والحرية الشخصية (م١٨ وما بعدها)، ومبدأ افتراض البراءة وضمان المحاكمة القانونية، وكفالة حق الدفاع والحريات المنصوص عليها في المواد من ١٦ إلى ٣٦ من النظام الأساسي.

المطلب الثاني

سلطنة عمان دولة دستورية

يعتبر الدستور التشريع الأساسي في أية دولة قانونية تكون، فهو رمز دولة القانون الذي يتولى إقامة النظام السياسي فيها ويؤسس للوجود القانوني للسلطات العامة، ويقرر الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ويحدد ضمانات كفالة هذه الحقوق وتلك الحريات، ولهذا يستحق الدستور أو النظام الأساسي للدولة الحماية الفعالة لصيانة حقوق المواطنين وحماية حرياتهم¹⁶.

¹⁶ الدكتور أمين عاطف صليبا: المرجع السابق - ص ٩٥.

ويذهب الفقه الدستوري إلى وصف الدولة بأنها دستورية إذا كانت ذات نظام دستوري، أي تكون السلطة فيها مقيدة، لأن الدستور في جوهره منظومة من القيود على ممارسة السلطة العامة، والمجتمع الذي يراعي هذه القيود يؤسس دولة دستورية، ففي طليعة المبادئ الدستورية أن تكون السلطة مقيدة، والدستور بتنظيمه لتلك السلطة المقيدة هو درع المجتمع في مواجهة احتمال تعسف السلطة، ولو كانت سلطة شرعية، لأن شرعية السلطة لا تغني عن مشروعية أعمالها وتصرفاتها¹⁷، بحيث تأتي القوانين والأنظمة التي تصدر عن تلك السلطة متطابقة مع الدستور، وتحت طائلة الإبطال من قبل جهة رقابية تتولى رقابة الدستورية، بهدف تأمين خضوع السلطات العامة للقيود الواردة في الدستور، وحماية الحقوق والحريات من احتمال عسف السلطة التنفيذية تحت سقف القانون الذي تضعه السلطة التشريعية.

وعلى ذلك يعد احترام الدستور والالتزام بأحكامه - وليس مجرد وجوده فقط - هو نقطة الانطلاق نحو تحقيق الدولة الدستورية، والضمان الفعال مبدأ سمو الدستور، وهو مبدأ مقرر لصالح أفراد المجتمع يتمسكون به في مواجهة السلطات العامة في الدولة.



ومن الجلي أن سلطنة عمان، على الأقل منذ صدور النظام الأساسي للدولة عام ١٩٩٦، قد صارت دولة دستورية، تلتزم جميع السلطات العامة فيها بالخضوع لقواعد وأحكام هذا النظام الأساسي، وهو التزام يرد كما أشرنا سلفاً في اليمين الدستورية التي تؤديها هذه السلطات وفقاً للمادتين ٤٢/٧ و٤٤/٧ سالفتي الذكر، إلى جانب إقرار تنظيم محدد وواضح للرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح لضمان اتفاقها مع قواعد ومبادئ النظام الأساسي للدولة التي تسمو على أعمال السلطات العامة فيها وفقاً للمواد ٧٠ و٧٧ و٧٩ المشار إليها فيما سبق، والتي يترتب عليها سمو هذه القواعد وتلك المبادئ في النظام القانوني للدولة، لاسيما أنها تتسم كذلك بالجمود، فلا يجوز تعديلها إلا وفقاً لإجراءات إصدارها، كما قضت بذلك المادة ٨١ من النظام الأساسي ذاته.

¹⁷ الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري - مرجع سبق الإشارة إليه - ص ١٨.

والخلاصة أن وجود نظام أساسي للدولة في سلطنة عمان، والنص فيه على مبدأ سيادة الدستور بشقيه وهما سمو الدستور وجموده، وتنظيم أو إقرار طريق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، يجعلها بغير جدال دولة دستورية وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الدستوري في معظم الدول¹⁸.

المطلب الثالث

سمو النظام الأساسي للسلطنة

أوضحنا سلفاً أن سمو الدستور من المبادئ المتصلة بتدرج القواعد القانونية في البناء القانوني للدولة، حيث تغلو المرتبة الإلزامية للقواعد الدستورية على كل الأعمال القانونية الأخرى في الدولة مثل القوانين والأنظمة واللوائح والقرارات والمراسيم والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية، فلا يجوز للسلطات المختصة بسن هذه الأعمال القانونية وإصدارها مخالفة أحكام الدستور أو النظام الأساسي للدولة.

وفي هذا الصدد يثور في الفقه الدستوري التساؤل عما إذا كانت هذه المرتبة الإلزامية الأسمى لقواعد الدستور أو النظام الأساسي تعود إلى سمو الموضوعي لأحكامه وقواعده أم إلى سمو الشكلي لها، أو لهما معاً، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولاً: سمو الموضوعي للدستور: يتحقق سمو الموضوعي للقواعد الدستورية باعتبارها أداة تأسيس الدولة في أهم عناصرها، سواء بصدد عنصر السيادة أو السلطة أو الحكومة أو بصدد عنصر الشعب وحقوقه وحرياته، وهي موضوعات لا غنى عنها في البناء القانوني للدولة بغض النظر عن مصدرها أو شكلها أو الجهة التي أقرتها أو الإجراءات المتبعة لذلك، إذ العبرة بمضمون وهدف القواعد الدستورية.

¹⁸ تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية إن: "الدستور طبيعة خاصة تضي عليه صفة السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئله وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها... والدولة في ذلك إنما تلتزم أصلاً من أصول الحكم الديمقراطي هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور، وتكون للدستور سيادة حين تهيم قواعد على التنظيم القانوني في الدولة لتحتل ذراه.. وذلك لتدوينها أولاً، وثانياً لصدورها عن الجهة التي انعقد لها زمام تأسيسها والتي تغلو بحكم موقعها على السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولأنها لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا وفق الأشكال والأنماط الإجرائية التي حددتها" راجع حكمها في ١٩٩٠/٥/١٩ قضية ٢٧ لسنة ٩٩ق.د، وفي ١٩٩٤/١٢/١٧ قضية ١٢ لسنة ١٥ق.د - كذلك الدكتور أحمد كمال أبوالمجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - ١٩٦٠ ص ٤١.

فبالنسبة إلى النظام السياسي للدولة تعد قواعد الدستور هي التي ترسي الأصول التي يقوم عليها نظام الحكم فيها، فتنشئ وتحدد السلطات والهيئات الحاكمة في الدولة وتبين اختصاصها ووظائفها وتضع القيود والحدود الضابطة لنشاطها، وهو ما يوجب على تلك السلطات الالتزام بهذه القواعد الدستورية باعتبارها العمود الفقري لكل نشاط قانوني لها، ومصدر صلاحياتها، وإلا فقدت أساس وجودها وفقدت تصرفاتها سندها الشرعي، وبذلك تكون القواعد الدستورية هي المصدر الأساسي لوجود أعمال السلطات العامة في الدولة وشرعيتها، أيًا كان نوع الدستور أو سماته¹⁹. وبصدد عنصر الشعب في الدولة، يعد الدستور هو الذي يقرر الحقوق والحريات العامة لأفرادها، ويرتب الضمانات اللازمة لكفالتها ولحمايتها، ويضع المقومات والمبادئ الأساسية التي يسير عليها المجتمع وتكون موجهاً لسياسة الدولة، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية²⁰: "إن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضي عليه السيادة والسمو بحسبانه كضمانات للحريات وموثلاً وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، فحق لقواعده - بالتالي - أن تستوي على القمة من البنيان القانوني للدولة، وأن تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام"²¹، اعتباراً بأن أحكام الدستور هي أسمى القواعد الأمرة التي تلتزم الدولة بالخضوع لها في تشريعها وقضائها، وفي مجال مباشرتها لسلطتها التنفيذية، وفي إطار هذا الالتزام يجب أن تكون النصوص التشريعية موافقة لأحكام الدستور... سواء لقواعده الموضوعية التي تكشف مضامينها القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية... وكذلك الأسس التي تنظم الجماعة وضوابط حركتها".

وتأسيساً على ما تقدم يذهب جانب من الفقه الدستوري بحق إلى أن التسليم بالسمو الموضوعي للدستور يجعل الأصل في الدساتير أن تكون لها المرتبة العليا السامية في تدرج القواعد القانونية، فلا تستطيع سلطة ما عامة الخروج عليه، بزعم أنه من الدساتير المرنة مثلاً، تأسيساً على عدم النص في الدستور على إجراءات خاصة لتعديله... وتفسير سكوت

¹⁹ الدكتور عزيزة الشريف: دراسات في الرقابة على دستورية التشريع - الكويت - ١٩٩٥ - ص ٢٢.

²⁰ حكمها في ١٩/١/١٩٩٠ القضية ٢٧ لسنة ٩٩ ق.د، وفي ٢/١/١٩٩٣ القضية ٢٣ لسنة ١٢ ق.د.

²¹ راجع فكرة النظام العام والقواعد الأمرة للقانون الدستوري: الدكتور عبد أحمد الغفلول: فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ - ص ١٠٤.

المشروع الدستوري عن ذلك بأن إرادته قد انصرفت إلى جعله دستوراً مرناً، فهي إرادة غير صحيحة لا صراحة ولا ضمناً ولا حتى افتراضاً، لأنها تخالف الأصل في الدساتير وهو الجمود، استناداً إلى السمو الموضوعي للدستور الذي لا يختلف الفقه فيه، بمعنى أن جمود الدستور يترتب بوصفه نتيجة قانونية على سموه الموضوعي، وما لم ينص الدستور صراحة على جواز تعديله بواسطة السلطة التشريعية ووفقاً لإجراءات سن القوانين العادية، فإنه لا يجوز وصفه إلا بالجمود²².

ثانياً: السمو الشكلي للدستور: يربط معظم الفقه الدستوري بين السمو الشكلي للدستور والذي يتعلق بطريقة وضعه وإقراره بإجراءات أو أشكال مختلفة عن إجراءات سن القوانين العادية، وجمود الدستور الذي لا يتعلق بطريقة وضعه ولا بموقعه في تدرج القواعد القانونية والبناء القانوني للدولة، وإنما يتصل أساساً بطريقة تعديل هذا الدستور، إذ يعتبر الدستور جامداً عندما يقتضي لتعديله إجراءات وأشكالاً مغايرة أو أشد أو أصعب مما يتطلبه تعديل القوانين العادية، ومن ثم لا يكون بوسع المشرع العادي تعديل أية قاعدة دستورية تكون أو الخروج عليها.

و يترتب من غير شك على جمود الدستور نتيجة لازمة هي أن قواعد الدستور تكون أسمى وأعلى مرتبة من قواعد القوانين العادية، وهو ما يوجب فرض الرقابة على هذه القوانين العادية لضمان التزامها بالقيود الواردة في الدستور، إلا أن هذه النتيجة يمكن ترتيبها أصلاً على مبدأ سمو الدستور شكلاً وموضوعاً بغض النظر عن جموده من حيث وجود إجراءات خاصة لتعديله أو عدم وجود مثل هذه الإجراءات²³، إذ يرى جانب من الفقه بحق أن مجرد تقرير رقابة على الدستورية، أو تنظيم دستوري لهذه الرقابة، أو النص على مبدأ سمو الدستور صراحة، أو النص على أن تقوم السلطات العامة بمباشرة اختصاصاتها

²² الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ١٢٦ وما بعدها. وخلافاً لذلك يذهب جانب من الفقه إلى إن السمو الموضوعي للقواعد الدستورية لا يرتب بذاته نتائج محددة، وإن أدت في البلاد ذات الوعي والتي يكون فيها للرأي العام تأثير كبير إلى نتائج سياسية بالغة الأهمية والخطر راجع ذلك، الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر - الطبعة الأولى - ١٩٩٢ - ص ١٢.

²³ ولذلك ليس صحيحاً ما يذهب إليه البعض من أن السمو الشكلي يقتصر على الدساتير الجامدة دون غيرها راجع في ذلك: الدكتور يحيى الجمل: المرجع السابق - ص ١٠ وص ١٤.

الدكتور منير عبد المجيد: أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠١ - ص ٨ وما بعدها.

على النحو المبين في الدستور، أو القسم على احترام الدستور والالتزام بأحكامه من جانب رؤساء وأعضاء السلطات الحاكمة قبل مباشرة مهامهم، أو النص على عدم إمكان تعديل نصوص الدستور، تعنى أن المشرع الدستوري قد اعتنق مبدأ سمو الدستور ومن ثم جموده. ومع افتراض عدم النص على إجراءات محددة لتعديله يرتب مجرد السمو الشكلي للدستور نتائج قانونية بالغة الأهمية على مخالفة أحكامه على رأسها بطلان الأعمال القانونية غير الدستورية²⁴.

وتأسيساً على ما تقدم يمكن التسليم بأن النظام الأساسي لسلطنة عمان يتسم بالسمو الموضوعي والشكلي معاً، فهو من الناحية الموضوعية يمثل الإطار القانوني للدولة الذي يسير على هديه أهل السلطة وأفراد المجتمع، بما يتضمنه من تنظيم للسلطة العامة الحاكمة من ناحية، وتنظيم للحقوق والحريات الأساسية للأفراد من ناحية أخرى، وبهما يكتمل النظام السياسي للدولة، كما أنه على الجانب الشكلي يأخذ بمبدأ سمو الدستور ضمناً من خلال إلزام السلطات العامة جميعها وأحكامه على نحو ما سبق عرضه، إضافة إلى صريح نص المادة (٧٩) من النظام والتي تقضى بأنه ”يجب أن تتطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون مع أحكام النظام الأساسي للدولة“.



المطلب الرابع

جمود النظام الأساسي للدولة

تخضع قواعد وأحكام الدستور مثل سائر القوانين لسنة التطور، لمواكبة أية مستجدات أو تطورات تلحق بالمجتمع ونظامه السياسي، إذ ليس من المقصود إضفاء صفة الأبدية على نصوص الدستور بما مؤداه الجمود المطلق لأحكامه، وهو أمر مرفوض بإجماع الفقه لما يترتب عليه من نتائج سياسية واجتماعية بالغة الخطورة.

²⁴ الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢ - ص ١٣٠ وما بعدها.
الدكتور أمين عاطف صليبا: المرجع السابق - ص ٨٠ وهو يرى أن الرابطة بين السمو الشكلي للدستور وجموده يتمثل في أن السمو الشكلي يفرض إجراء تعديل دستوري عندما يراد المساس بالقاعدة الدستورية، وهو ما لا يتحقق إلا مع الدساتير الجامدة التي تقرر إجراءات مميزة لتعديله.

غير أن ما تقدم لا يعني خضوع الدستور لتعديلات متتابعة متلاحقة مثلما يحدث بصدد القوانين العادية، إذ يفترض في قواعد الدستور أن تكون أكثر ثباتاً واستقراراً من هذه القوانين العادية، وهو ما يقتضى قدراً من الثبات وعدم إمكان تعديلها وتغييرها في فترات متقاربة أو متسارعة، ولذلك يحرص المشرع الدستوري على وضع نظام متوازن يجيز كقاعدة عامة تعديل وتنقيح الدستور بإلغاء بعض نصوصه أو استبدالها بأخرى أو الإضافة إليها، ولكن بشرط أن يتم هذا التعديل وفقاً لإجراءات وأشكال أكثر صعوبة من تلك المقررة لتعديل القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، فيوفر قدراً معقولاً من المرونة في أحكام الدستور، من خلال إقرار المستحدث والجديد والملائم والمتوافق مع الظروف المتجددة، وفي نفس الوقت يحافظ على استقرار الدستور وثباته النسبي وسموه.

ويربط معظم الفقه الدستوري بين قابلية الدستور للتعديل وإجراءات هذا التعديل وبين مرونة أو جمود الدستور²⁵، مع ملاحظة ما سبق أن أشرنا إليه من رأي جانب من الفقه الدستوري في أن الجمود قد يتحقق كذلك من خلال النص على حظر مخالفة الدستور أو تقرير وتنظيم طريق للرقابة على دستورية القوانين، استناداً إلى مبدأ سمو الدستور الذي يفترض بدوره الجمود، وهنا تثار مشكلة تحديد الإجراءات الواجبة الاتباع لتعديل نصوص الدستور الذي لم يحددها. وفي هذه الحالة يذهب هذا الفقه إلى أن المرجع هو إجراءات وضع الدستور وإقراره، وفقاً لقاعدة تقابل أو توازي الأشكال، ومن ثم لا يسوغ وصف الدستور بالمرونة في كل الأحوال ما لم يكن هناك نص صريح يقرر تلك المرونة بشكل صريح وواضح²⁶.

وكما اعتد المشرع الدستوري في سلطنة عمان بمبدأ سمو الشكلي للدستور في النظام الأساسي للدولة، أخذ كذلك بمبدأ جمود الدستور، وذلك بالنص في المادة ٨١ من هذا النظام على أنه "لا يجرى تعديل هذا النظام إلا بنفس الطريقة التي تم بها إصداره". أي إنه أخذ بقاعدة توازي أو تقابل الأشكال، بأن قرر أن تتبع إجراءات وطريقة إصدار النظام الأساسي للدولة لإجراء أي تعديل في نصوص هذا النظام، إضافة إلى أنه اعتنق الضمان

²⁵ الدكتور يحيى الجمل: المرجع السابق - ص ٨. الدكتورة عزيزة الشريف: المرجع السابق - ص ١٢.

الدكتور عبد الحميد حشيش: الوجيز في القانون الدستوري - ١٩٨٠ ص ١٣٠.

الدكتور عبد الغني بسيوني: النظم السياسية والقانون الدستوري - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٩٢ - ص ٥٤٢.

²⁶ وذلك في المواد ٧٧ و٧٩ و٨٠ سألفة الذكر على وجه الخصوص.

الفعال الأساسي لتحقيق مبدأ سيادة الدستور بشقيه أي سمو الدستور وجموده، وذلك بإقرار الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح²⁷.

وإذا كان مبدأ تنظيم الرقابة على الدستورية لم يعد محلاً لخلاف حقيقي في الدول المعاصرة، فإن الاختلاف قد وقع بشأن طريق أعمال هذه الرقابة، إذ هنالك من يفضل طريق الرقابة السياسية، كما أن هناك من يفضل طريقة الرقابة القضائية، إما باتباع أسلوب الرقابة اللامركزية القضائية على الدستورية، أو أسلوب الرقابة المركزية القضائية عليها، كما سلفت الإشارة، وهي الطرق والأساليب التي ستكون محلاً للدراسة التفصيلية في بحثنا المائل.

المبحث الأول

الرقابة السياسية على الدستورية

تعنى الرقابة السياسية على الدستورية عند معظم الفقه الدستوري أن تتم هذه الرقابة لدى جهة أو هيئة سياسية من حيث التشكيل، حتى ولو اتسمت من حيث موضوعها أو طبيعتها بالصيغة القانونية وليست السياسية. والحقيقة أن الصبغة السياسية لجهة الرقابة في هذا الطريق يمكن ألا تكون مؤكدة، فمن المحتمل أن يتم تشكيلها من أفراد غير سياسيين، ومن غير القضاة أيضاً²⁸، وذلك بصفة مستقلة سواء عن السلطة "السياسية" في الدولة ممثلة



²⁷ وذلك وفقاً للمادة ٧٠ من النظام الأساسي للدولة سائلة الذكر.

²⁸ ومثالاً لذلك، أنشئ في جمهورية إيران الإسلامية في ١٧/٧/١٩٨٠ مجلس المحافظة على الدستور تطبيقاً للمواد ٧ و٧٢ ومن ٩١ إلى ٩٩ من دستورها الصادر في ديسمبر ١٩٧٩ وذلك ليتولى ممارسة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وكذلك الرقابة على توافق القوانين مع مبادئ الشريعة الإسلامية إضافة إلى تفسير الدستور فوفقاً للمادة ٩١ من الدستور يتم تشكيل هذا المجلس "بهدف حماية الأحكام الإسلامية والدستور من مخالفة مجلس الشورى الوطني لهما في كافة أعماله، ويتألف على النحو الآتي:

١- ستة أعضاء من الفقهاء العدول العارفين بمقتضيات العصر وقضايا الساعة يختارهم القائد (أي مرشد الثورة) أو مجلس القيادة. ستة أعضاء من الحقوقيين من مختلف حقول القانون يختارهم المجلس الأعلى للقضاء من بين الحقوقيين المسلمين -٢- ثم يعرضون على مجلس الشورى الوطني للموافقة عليهم" ووفقاً للمادة ٤ من الدستور "يجب أن تقوم كافة القوانين والمقررات المدنية والجنائية والمالية والاقتصادية والإدارية والثقافية والعسكرية والسياسية وغيرها على أساس الموازين الإسلامية وتحكم هذه المادة على الإطلاق كافة مواد الدستور والقوانين والمقررات الأخرى وتحديد هذا الأمر هو مسؤولية الفقهاء في مجلس المحافظة على الدستور (أي باستبعاد الأعضاء الحقوقيين)" وهو ما أكدته المادة ٩٦ من الدستور بقولها "تشخيص مغايرة مصادقات مجلس الشورى الوطني لأحكام الإسلام يتم برأي الثرية فقهاء مجلس المحافظة على الدستور، وتشخيص عدم تعارضها أكثرية مع مواد الدستور يكون برأي أكثرية كل أعضاء مجلس المحافظة على الدستور. ويمارس المجلس دوره بناء على طلب من السلطات العامة وهي مجلس النواب والسلطة الإدارية وكذلك القضاء - راجع في هذه المسألة

الدكتور محمد جمال عثمان جبريل: الرقابة على دستورية القوانين في إيران - دار النه

الدكتور محمد سليم العوا: النظام السياسي للدولة الإسلامية - دار الشروق - ١٩٨٩ - ص ٣٠ وما بعدها

غالباً في البرلمان أو السلطة التشريعية وحدها، أو بمشاركة السلطة التنفيذية أو رئيس الدولة على الأقل، أو عن السلطة القضائية ممثلة في المحاكم القضائية في الدولة.

ولذلك قد يكون من الأوفق أن يطلق على طريق الرقابة السياسية على الدستورية، طريق الرقابة غير القضائية، إذ لا تصح التسمية الأولى إلا في حالة مباشرة البرلمان وهو السلطة السياسية الرئيسية كما سبق أن أشرنا للرقابة على الدستورية، وهو طريق نادر للغاية باعتبارها رقابة ذاتية تتولاها السلطة المختصة أصلاً بإصدار القوانين، وهي الأعمال الرئيسية التي تخضع للرقابة على دستورتها، مما يجعل قواعد الدستور وسموها رهناً بإدارة وأهواء أعضاء البرلمان، حيث تكون الكلمة الأخيرة الحاسمة حول دستورية العمل التشريعي للمجلس النيابي الذي باشر سن وإقرار هذا العمل بنفسه، ليجمع في هذه الحالة بين صفتي الخصم والحكم، وهو أمر يجانب العدالة الحقبة ويؤدي حتماً إلى التعسف والاستبداد. وقد أخذت فرنسا - وهي معقل الرقابة السياسية على الدستورية²⁹ - في دساتيرها الأولى بعد الثورة بهذا الأسلوب، إذ تولى هذه الرقابة أحد مجلسي البرلمان فيها وهو مجلس الشيوخ "Senat"، بل إن الفقه الفرنسي يؤكد أن إنشاء هذا المجلس كان بهدف المحافظة على الدستور "Consirvateur de la Constitution" من انتهاكات الجمعية العامة، وهي المجلس الآخر في البرلمان الفرنسي، وذلك وفقاً لدستور السنة الثامنة لإعلان الجمهورية الصادر في ١٣/١٢/١٧٩٩، إلا أن هذه التجربة فشلت في تحقيق أهدافها بسبب التدخل المستمر لنابليون بونابرت في أعمالها، وهو ما أدى إلى إلغاء المجلس عام ١٨٠٧م³⁰.

وقد تكررت التجربة مرة أخرى في دستور ١٨٥٢/١/١٤ الذي أنشأ مجلس الشيوخ الحامي للدستور، وإذ نصت المادة ٢٥ منه على أن مجلس الشيوخ هو الحارس على النظام الأساسي والحريات العامة، ولا يمكن إصدار القوانين إلا بعد موافقته عليه³¹، غير أن هذا الطريق

²⁹ مع ملاحظة أنه سبق لبعض الولايات الأمريكية اتباع هذه الطريق، وخاصة ولاية بنسلفانيا عام ١٧٧٦، ونيويورك عام ١٧٧٧.
³⁰ استطاع نابليون بونابرت تسخير المجلس في تعديل الدستور وتغيير قواعده حسب أهوائه، بدلا من قيامه بواجبه في فحص دستورية القوانين - راجع في ذلك:

MORABITO (M.) et BOURMALLD (D.). Histoire constitutionnelle et Politique de la France (1789- 1958). ed. Montehrestien. 4 eme ed.. 1996. P.113.

ELLUL (J.). Histoire des institutions. T.4 (XVIIe - XVIII e siecl). P.U.F.. 2 eme ed.. 1991. P.177.

³¹ "Le Senat est la gardien du pacte fondamental et les libertes publique. Aucune lois ne peut etre promulguee avant de lui avoir ete soumise".

فشل للمرة الثانية بسبب تدخل وتعسف حكام فرنسا (نابليون الثالث)، تجاه أعمال هذا المجلس، وتعديل اختصاصاته الرقابية وتقليصها، فأدى إلى التحول عنه إلى إنشاء هيئة خاصة مستقلة - بعيداً عن مجلسي البرلمان - تتولى على وجه الخصوص الرقابة على دستورية القوانين وذلك قبل صدورها وبعد إقرارها من البرلمان³²، فقد نشأت في ظل دستور ١٩٤٦ هيئة سميت باللجنة الدستورية يرأسها رئيس الجمهورية، تختص بفحص دستورية القوانين التي تقرها الجمعية الوطنية، وذلك بناء على طلب موقع من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الشيوخ، فأدى إلى إضعاف صلاحياتها، إلى أن صدر دستور ١٩٥٨ الحالي، الذي أنشأ هيئة تسمى "المجلس الدستوري"، يختص بصلاحيات أكثر اتساعاً، وفقاً للمواد من ٥٦ إلى ٦٣ من الدستور وتعديلاته.

وتأسس هذه الرقابة ذات الطابع السياسي على أن طبيعة عمل السلطة التشريعية سياسية، فاستلزم كذلك أن تكون الرقابة على هذا العمل من اختصاص هيئة سياسية لتراعى الاعتبارات السياسية في التشريع إلى جانب الاعتبارات القانونية. إضافة إلى التفسير الفرنسي الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات بأنه يعنى الفصل التام المطلق بينها، مما يحول دون تدخل سلطة في عمل سلطة أخرى. ولذلك تتسم هذه الرقابة بأنها أكثر اتساقاً مع وظيفة السلطة التشريعية، وبأنها رقابة وقائية سابقة³³. إذ لم تأخذ الدول التي اتبعت طريق الرقابة السياسية بأسلوب الرقابة اللاحقة فيها، حيث إنها تهدف أساساً إلى منع صدور أي تشريع من المجلس التشريعي المختص يكون مخالفاً لقواعد الدستور وأحكامه، ومن ثم تنصب هذه الرقابة على "مشروع" قانون لم يصدر بعد، وليس له قوة نفاذ ملزمة، ومن ثم تكون رقابة محررة لا ترتبط بقضية معينة ينظرها القضاء.

والحقيقة التي نلتزم بالإدلاء بها هي أن هذا الطريق نجح في فرنسا منذ اتباعه وفقاً لدستور ١٩٥٨، فقد ثبت أن رقابة المجلس الدستوري لم تكن سياسية خالصة، إذ أثبت أنه جهاز سياسي - بسبب أسلوب اختيار أعضائه³⁴ - ولكنه يباشر وظيفة قضائية وذلك

³² ويقتصر دور البرلمان في هذا الصدد على المشاركة في اختيار أعضاء هذه الهيئة أو بعضهم، سواء عن طريق الانتخابات أو التعيين من جانب السلطة التنفيذية.

³³ الدكتور جابر جاد نصار: الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر - مجلة القانون والاقتصاد - العدد ٦٩ - ١٩٩٩ - ص ٥٠٠ (ص ٩٦ من البحث).

³⁴ نص الفصل السابع من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية الصادر سنة ١٩٥٨ في المادة ٥٦ على أن يتألف المجلس الدستوري من تسعة أعضاء، تستمر عضويتهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد، على أساس "أن يتجدد ثلث أعضائه كل ثلاث سنوات" و "يعين كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ثلاثة أعضاء". وعلاوة على هؤلاء التسعة "يعتبر رؤساء الجمهورية السابقون أعضاء في المجلس بحكم القانون مدى الحياة"، كما "يعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس" الذي يعتبر صوته مرجحاً في حالة تساوي الأصوات.

بسبب طبيعة اختصاصاته، لأن المجلس الدستوري يختص بإعمال حكم القانون، بما معناه أن "النزاع" الذي يفصل فيه المجلس هو "نزاع قانوني"، إضافة إلى الحجية المطلقة لأحكامه أو بالأحرى لقراراته الملزمة للكافة، ومن هنا يرفض الفقه هذا الجدل العقيم الذي يقوم على الفصل التام بين القانون والسياسة، على رغم أن للنشاط القانوني بعداً سياسياً مهماً لا ينكر، باعتباره تعبيراً عن الإرادة السياسية العامة³⁵.

غير أن هذا الطريق في فرنسا لا يعنى نجاحه أيضاً في الدول الأخرى التي اتبعته³⁶، فقد أدى عدم استقلال الهيئة المختصة بالرقابة على الدستورية إلى انتفاء الموضوعية والحياد عنها، إضافة إلى عدم فعاليتها خاصة أن تحريك هذه الرقابة يقتصر على السلطات العامة في الدولة، فلا يسمح للأفراد بمباشرتها، على رغم أنهم الأكثر تضرراً من الأعمال غير الدستورية، وقد أدى ذلك إلى عزوف الدول الحديثة -ومن بينها سلطنة عمان- عن الأخذ بطريق الرقابة السياسية وتفضيل طريق الرقابة القضائية عليه، وفقاً لما سنفصله فيما يلي³⁷.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية اللامركزية على الدستورية

"رقابة الامتناع"

الأصل في رقابة السلطة القضائية على الدستورية أنها تتولى تلك المهمة باعتبارها سلطة مستقلة محايدة ذات اختصاصات قانونية، وتشكل من عناصر قضائية خالصة، مهمتها مطابقة الأعمال القانونية للسلطات العامة في الدولة لقواعد وأحكام الدستور أو النظام الأساسي للدولة وللمبادئ الدستورية العامة. وذلك تأسيساً على أن طبيعة عمل القاضي

³⁵ الدكتور عبد أحمد الغفلول: الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات - دار النهضة العربية - ١٩٩٩ ص ٣٤ وما بعدها.

F. LUCHAIRE . Le Conseil Constitutionnel . 1980 . p.41.

J. GICQUEL .Droit Constitutionnel et Institutions .politiques .1980 p 1129.

³⁶ ومن هذه الدول السويد في نظامها الأساسي عام ١٨٠٦، والبرازيل في دستور ١٩٣٧، والصين عام ١٩٥٤، والجزائر في دستور ١٩٩٦ والمغرب في دستور ١٩٩٢.

³⁷ راجع في تحليل أسباب رفض الرقابة السياسية: التعمين من جانب السلطة التنفيذية. M.PEOUZET .Le controle de la constitutionnalite .these Paris .1970. p249.

ووظيفة القضاء تحتم عليه الالتزام بتطبيق جميع القواعد القانونية في البناء القانوني للدولة، فإذا ما وقع بين هذه القواعد أو بعضها تضارب أو تعارض لا يسمح بحال من الأحوال أن تطبق جميعها معاً، تعين على القاضي أن يلجأ إلى تدرج القواعد القانونية لتطبيق القاعدة القانونية الأعلى من حيث القوة القانونية، أو بالأحرى المرتبة الإلزامية، وعلى هذا عندما يقع التعارض بين قاعدة دستورية وأخرى تشريعية عادية أو اللائحية امتنع على القاضي تطبيق القاعدة المخالفة للقاعدة الدستورية، وذلك التزاماً بهذه الأخيرة، دون أن يحكم بإلغاء القاعدة التشريعية أو اللائحية ما لم ينص الدستور ذاته على بطلان القواعد التشريعية المخالفة لقواعده وأحكامه.

وعلى ذلك لا يشترط الفقه الدستوري لمباشرة الرقابة على الدستورية بواسطة القضاء أن ينص الدستور عليها أو على تنظيمها، بل على العكس يلزم - في تقديرنا - لاتباع طريق الرقابة القضائية على الدستورية بالامتناع عن تطبيق القواعد التشريعية أو اللائحية غير الدستورية ألا يكون هناك تنظيم تشريعي - وخاصة بواسطة المشرع الدستوري - لمسألة الرقابة على الدستورية شريطة أن يكون هذا التنظيم نافذاً ومعمولاً به ومرتباً للنتائج والآثار الناجمة عن تقرير عدم دستورية الأعمال القانونية المخالفة للدستور.

والغالب ألا يتدخل المشرع الدستوري في هذا الصدد إلا بفرض تركيز الرقابة على الدستورية بين يدي جهة سياسية أو قضائية واحدة، تختص دون غيرها بمباشرة هذه الرقابة، وهو الأسلوب الذي يطلق عليه الفقه الدستوري أسلوب مركزية الرقابة، لاسيما في حالة اختيار طريق الرقابة القضائية على الدستورية، وذلك بالمقابلة مع أسلوب لا مركزية الرقابة، وهو أسلوب قضائي بطبيعة الحال، يعتمد على جعل مهمة الرقابة على الدستورية من شأن جميع المحاكم القضائية دون تحديد من خلال حل مشكلة التعارض بين القواعد القانونية وفقاً لتدرج القوة الإلزامية لها واستناداً إلى مبدأ سمو الدستور وجموده على النحو السالف شرحه، ومؤداه تقرير الحق للمحاكم في الامتناع عن تطبيق أي تشريع ترى أنه مخالف للدستور أو للنظام الأساسي للدولة.

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية موطن الرقابة القضائية اللامركزية على الدستورية لعدم وجود أي نص ينظم الرقابة على الدستورية فيها، كما أنه يمكن - في تقديرنا - اعتبار سلطنة عمان نموذجاً لهذه الرقابة القضائية اللامركزية على الدستورية على رغم وجود نصوص دستورية وتشريعية تتعلق بتنظيم رقابة قضائية مركزية على دستورية القوانين واللوائح فيها، وهو ما سنوضحه بقدر من التفصيل في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

الرقابة القضائية على الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية

يتفق الفقه الدستوري على أن نشأة الرقابة القضائية (اللامركزية) على دستورية القوانين قد تحققت لأول مرة - تاريخياً - في الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من عدم النص عليها صراحة في الدستور الأمريكي الاتحادي الصادر عام ١٧٨٧م، وهو أول دستور متكامل لدولة يتم كتابته أو تدوينه في وثيقة رسمية.



وحرصاً من الولايات التي نشأت أو انضمت إلى الدولة الاتحادية على تقييد السلطة الجديدة وعدم إطلاقها، عُنيت الجمعية التأسيسية التي وضعت دستور هذه الدولة على كفالة سموه وجموده، وإن لم ترتب النتيجة الطبيعية لذلك، وهي تنظيم طريق وأسلوب الرقابة على الدستورية باعتبارها أهم الوسائل القانونية والفنية لإعمال مبدأي سمو وجمود الدستور وتفعيلهما، والأداة القوية لحمايتهما.

والظاهر لدى معظم الفقه أن الدستور الأمريكي لم ينظم طريقاً ما للرقابة على الدستورية، استناداً إلى أنه لم يرد نص يتناول هذا الموضوع، بيد أننا نرى خلاف ذلك، إذ نفسر صمت الدستور عن تنظيم طريق محدد للرقابة على الدستورية بأنه إقرار لجميع المحاكم القضائية بالحق في الرقابة على دستورية الأعمال القانونية التي يتعين تطبيقها، ومن ثم الامتناع عن هذا التطبيق إذا ثبت لديها عدم دستورية أي منها. ويؤكد ذلك - في تقديرنا - أنه لا يوجد نص ما في الدستور الأمريكي يمنع صراحة أو ضمناً مباشرة هذه الرقابة، بل إننا نرى أن العكس هو الصحيح، وذلك إذا أمعنا النظر في نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور، والتي تقضي بأن "هذا الدستور وقوانين الولايات الصادرة

وفقاً له وكل المعاهدات المعقودة أو التي ستعقد في ظل سلطة الولايات المتحدة، ستكون هي القانون الأساسي للبلاد، ويلزم القضاة في كل أنحاء البلاد بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها".

هذا النص نراه إقراراً صريحاً من المشرع الدستوري برقابة الامتناع، وذلك من خلال الالتجاء إلى تفسير اصطلاح "صرف النظر" عن القوانين "غير الصادرة وفقاً للدستور" بأنه يعني عدم الاعتداد بهذه النصوص المخالفة للدستور، وهذا هو جوهر رقابة الامتناع، خاصة أن النص سالف الذكر يلزم جميع القضاة بذلك الامتناع، أي إن هذه السلطة مقررة دستورياً لجميع المحاكم، وهو الأمر الذي يعد أيضاً من ركائز رقابة الامتناع، فضلاً عن نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور الاتحادي الأمريكي، المتصلة بالسلطة القضائية هناك، التي تقول "الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة، التي تثار في ظل هذا الدستور".

وتأسيساً على ما تقدم رأته المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٨٠٣ م، في إطار تفسير النصوص سالفة الذكر، أن الوقت قد حان لرفض تطبيق القوانين المخالفة لنصوص الدستور، فصدر حكمها الشهير في قضية "ماربوي ضد ماديسون" وفيه أسس قاضي القضاة "مارشال" رئيس المحكمة العليا مبدأ الامتناع عن تطبيق القوانين غير الدستورية على الأسباب القانونية المنطقية التي صارت حجر الأساس في ترسيخ الرقابة على الدستورية في كثير من الدول التي حاكت هذا الأسلوب الأمريكي.

وتتلخص حجج أو أسباب تأسيس هذه الرقابة في أن الدستور هو القانون الأسمى الذي لا يقبل التعديل بالوسائل المتبعة مع الأعمال التشريعية العادية، وعندما يتنازع التطبيق في قضية معينة نص عليها في الدستور مع قانون صادر عن السلطة التشريعية، يكون من واجب المحكمة أن تقرر أيهما الذي يطبق، ولما كان الاختصاص المقرر للسلطة القضائية بمقتضى الدستور يخولها الحق في نظر كل القضايا المتعلقة بالقوانين والتي تثار في ظل الدستور. فمن غير المتصور أن يكون قصد المشرع الدستوري قد انصرف إلى حرمان القضاة من فحص الدستور، على حين يلزمهم بالفصل في الخصومات التي تنشأ في ظله، وإذ حرص الدستور على ألا تكون للقوانين التي يسنها الكونجرس (السلطة التشريعية) نفس قوة الدستور باعتباره القانون الأسمى في الدولة، فمن الطبيعي ألا تلتزم المحاكم بتطبيق التصرف

التشريعي المخالف للدستور لأنه ليس قانوناً.

وقد قوبل هذا القضاء باحتجاج شديد من قبل رئيس الجمهورية وحزبه السياسي، إضافة إلى تردد القضاء الأمريكي ذاته في التمسك به، إلى أن استقر هذا القضاء بعد ذلك -ومنذ عام ١٨٣٠ على اعتناقه، سواء على مستوى المحكمة العليا ذاتها أو على مستوى محاكم الولايات المختلفة، بل توسعت هذه المحاكم في فرض رقابتها على الدستورية -وخاصة منذ عام ١٩٣٦- بصورة بالغة دفعت إلى القول بأن الولايات المتحدة لا يحكمها البيت الأبيض (السلطة التنفيذية) أو الكونجرس (السلطة التشريعية) وإنما قضاة المحكمة العليا، غير أن هذه المحكمة عادت إلى الاعتدال سريعاً ومن ورائها المحاكم الأخرى، ومن ثم حازت قبول ورضاء واحترام الرأي العام الأمريكي حتى اليوم.

وهكذا يقوم أسلوب الرقابة القضائية على الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية على حق المحاكم في الامتناع عن تطبيق التصرفات التشريعية المخالفة للدستور دون الحكم ببطلانها أو إلغائها، وإنه مع ذلك ووفقاً لنظام السوابق القضائية المعمول به في الولايات المتحدة فإن قضاء المحكمة العليا -مثلاً- بالامتناع عن تطبيق قانون معين لعدم دستوريته يؤدي عملاً إلى إنهاء قوة نفاذ وسريان هذا القانون أمام القضاء وفي الحياة القانونية، ما لم تعدل المحكمة ذاتها عن هذا القضاء بعد ذلك.

ويمارس القضاء الأمريكي بمختلف محاكمه الرقابة على الدستورية وفقاً لعدد من الوسائل القانونية تتمثل في ما يلي:

١- الدفع بعدم دستورية القانون: وهو أهم وسائل الرقابة على الدستورية حيث يحق لأي طرف من أطراف الخصومة القضائية أن يدفع أمام المحكمة التي تنظرها بعدم دستورية القانون أو النص المراد تطبيقه عليه، متى توافرت له مصلحة شخصية ومباشرة من التطبيق باعتباره قانوناً غير واجب التطبيق في المنازعة المطروحة عليه، ولذلك تكون للحكم الصادر في هذه المنازعة حجية نسبية وليست مطلقة. وتبعاً لذلك يجوز للمحاكم الأخرى أن تطبق هذا القانون في المنازعات الأخرى التي تنظرها، إذا لم تقتنع بقضاء المحكمة الأولى كما يكون لهذه الأخيرة العودة عن رأيها السابق، ومن ثم العودة إلى تطبيق القانون نفسه في منازعات لاحقة، ما لم يتدخل المشرع ويقوم بإلغاء أو تعديل

القانون وإزالة شبهة عدم دستوريته.

٢- الأمر القضائي بمنع تطبيق القانون: وهو وسيلة تعود أصلاً إلى النظام الأنجلوسكسوني الذي نشأ في إنجلترا، ويقوم على مبدأ السوابق القضائية وتكوين "Common Law" أي القواعد القانونية التي تستمد من هذه السوابق وتمثل "الشرعية العامة" واجبة التطبيق في المنازعات المطروحة على القضاء. غير أنه لمواجهة احتمال جمود قواعد "السوابق القضائية Common Law" وعدم توافيقها مع الحالات المستجدة مع تطور الزمن وتطبيقها في غير موضعها المناسب أجاز الملك في إنجلترا من خلال مستشاره إصدار أوامر قضائية "Injunction" تستند إلى العدالة والإنصاف لسد ثغرات أو قصور "السوابق القضائية Common Law"، بمنع تطبيقه إذا وجد، لأن من شأن ذلك مخالفة قواعد العدالة أو الإنصاف "Rules of Equity" والتي تسبب إلى ضمير الملك بغض النظر عن مصدرها ومن ثم يتمتع تطبيق قواعد "السوابق القضائية Common Law" المخالفة لها.

وقد انتقل هذا النظام -أي أوامر المنع- إلى الولايات المتحدة الأمريكية، وتم تخصيص محاكم مستقلة مختصة بذلك من بداية الأمر، إلا أنها ما لبثت أن اندمجت مع المحاكم الأخرى التي تطبق أساساً قواعد "Common Law" وذلك بهدف فحص دستورية القوانين المراد تطبيقها، وقد ذهب معظم الفقه والقضاء هناك إلى تأسيس هذا النظام على المادة الثالثة من الدستور سائلة الذكر³⁸.

وبموجب هذا النظام يحق لأي فرد كان أن يلجأ إلى المحكمة المختصة ويطلب منها إصدار أمر قضائي بمنع الموظف المختص من تطبيق قانون معين، يرى طالب الأمر أنه قانون غير دستوري ومن شأن تطبيقه عليه أن يلحق به ضرراً بتعذر دفعه بعد ذلك من التطبيق، فإذا ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري، أصدرت الأمر القضائي لهذا الموظف، وهو من

³⁸ الدكتور أمين عاطف صليبيا: المرجع السابق - ص ٢١.

الدكتورة عزيزة الشريف: المرجع السابق - ص ١٨٦.

في حين يقرر البعض أن أساس الأمر القضائي في الدستور الأمريكي هو نص المادة ٢/٦ التي تلزم أعضاء السلطات العامة بمن فيهم القضاة على الالتزام بمقتضى القسم الدستوري بأن يؤيدوا الدستور - راجع في ذلك الدكتور مصطفى عفيفي: رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - الطبعة الأولى - ١٩٩٠ - ص ١١٢.

الوزراء غالباً، بالامتناع عن تطبيق هذا القانون، وهو أمر ملزم له وإلا عد مرتكباً لجريمة إهانة أو احتقار المحكمة أو انتهاك حرمتها، ومن ثم تعرض للعقاب والتزم بالتعويض عن الأضرار التي سببها هذا القانون ما لم يطعن هذا الموظف في الأمر ويتم إلغاؤه.

وبالنظر إلى ما يترتب على هذا الأسلوب من تعطيل تطبيق القوانين، صدر قانون اتحادي عام ١٩١٠م حصر الاختصاص بإصدار هذه الأوامر في المحاكم الاتحادية المؤلفة من ثلاثة قضاة، وأجاز الطعن فيها أمام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة.

٣- الحكم التقريري بعدم دستورية القانون: ووفقاً لهذه الوسيلة يمكن لأي فرد يتبين له أن هناك قانوناً يراد تطبيقه عليه، وأن هذا القانون غير دستوري، أن يعترض على ذلك التطبيق أمام الموظف المختص، وفي هذه الحالة يجوز لهذا الموظف أن يترتب في تطبيق القانون ويطلب من المعارض على تطبيقه رفع الأمر إلى المحكمة الاتحادية المختصة، وذلك وفقاً للقانون الصادر عام ١٩٢٨، ويطلب منها إصدار "حكم" وليس مجرد أمر قضائي، تقرر فيه دستورية أو عدم دستورية هذا القانون ليلتزم به بعد صدوره الموظف المختص بتطبيقه. وبذلك لا يشترط لاتباع هذا النظام وجود نزاع حقيقي أو أن يكون من شأن تطبيقه إلحاق الضرر بالطاعن، مثلما هو الحال في وسيلتي الدفع بعدم الدستورية أو الأمر القضائي بالمنع³⁹.

٤- أسلوب التفسير البناء: يشير جانب من الفقه إلى أن القضاء الأمريكي يطبق بصمت ودون إثارة لحساسية المشرع - أي السلطة التشريعية - أسلوب بناء القوانين، ومن خلاله لا تقرر المحكمة عدم دستورية القانون، بل تجيز أعماله وفقاً لتفسيرات تقررها المحكمة لتتوافق مع السوابق القضائية "Common Law" باعتباره الأصل في التشريع في حين أن القوانين الصادرة عن المشرع هي الاستثناء، مستبعدةً بذلك مقاصد المشرع من وراء إقرار القانون، باعتبار أنه لا يمكن أن يقصد تجاوز الدستور. ومن ثم تعمل المحكمة على إعطاء القانون تفسيراً نابغاً من السوابق القضائية واستبعاد كل تفسير آخر يمكن أن يتعارض مع القاعدة الدستورية⁴⁰، وهو أسلوب استمد منه المجلس

³⁹ الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ١٦٠ (الهامش ب).

⁴⁰ الدكتور أمين عاطف صليبا: المرجع لسابق - ص ١٢٢.

الدستوري الفرنسي وسيلة "المطابقة تحت التحفظ"، إذ يقضى المجلس الدستوري بمطابقة النص التشريعي المطروح عليه، بدلاً من إعلان عدم دستوريته، بشرط أن يلتزم المشرع بتفسير محدد لهذا النص يتوافق مع الدستور وفقاً لرؤية المجلس⁴¹.

والحقيقة أن هذه الوسيلة ليست أسلوباً رابعاً من أساليب الرقابة على الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية أو غيرها من الدول، إذ إنها تدرج أساساً في الضوابط أو الحدود الذاتية التي يلزم القضاء الأمريكي بها نفسه عند مباشرة الرقابة على دستورية القوانين، وهي ضوابط تتلخص في:

١- عدم التعرض للمشكلة الدستورية ما لم يكن ذلك ضرورياً للفصل في موضوع الخصومة الأصلية.

٢- الأخذ بقرينة الدستورية لمصلحة التشريع، ومقتضاها أن الأصل في التشريعات توافقها مع نصوص الدستور.

٣- ممارسه الرقابة على الدستورية داخل إطار الدستور ذاته.

٤- عدم الخوض في بواغث التشريع أو ملاءمته.

٥- استبعاد الأعمال السياسية من نطاق الرقابة على الدستورية.

فمن الواضح أنه - وفقاً للضوابط الثلاثة الأولى - يتعين أن يلجأ القاضي الدستوري إلى تقنيات التفسير لممارسة الرقابة على الدستورية داخل إطار الدستور، والتأكيد على قرينة الدستورية المقررة لصالح القوانين أو التشريعات، ومن ثم لا نرى في هذه الوسيلة أسلوباً متميزاً أو مختلفاً عن الوسائل الثلاثة الأخرى المجمع عليها.

⁴¹ راجع في شأن قرارات المطابقة تحت شرط أو تحفظ التفسير

"Les decisions de conformite sous reserve d interpretation"

Henry Roussillon Le C.C Dalloz Paris . 3erne ed 1996. PP 73:76

والدكتور شعبان رمضان: المرجع السابق - ص ٤٢٨ وما بعدها.

والدكتور عبد العليم عبد المجيد: المرجع السابق - ص ٩٢ و ص ٩٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على الدستورية في سلطنة عمان

سبق أن أشرنا أن المشرع الدستوري في سلطنة عمان أقر في المادة ٧٠ من النظام الأساسي للدولة مبدأ الرقابة القضائية على مدى تطابق القوانين واللوائح مع قواعد وأحكام النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لنصوصه، إلا أنه - أي المشرع الدستوري - خول مهمة تعيين الجهة القضائية التي تختص بمباشرة تلك الرقابة، وتحديد صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها للمشرع العادي أي بواسطة قانون، وبالفعل صدر قانون السلطة القضائية بالمرسوم السلطاني رقم ٩٠/٩٩ متضمناً في مادتيه ١٠ و ١١ تشكيل "هيئة" وهي ليست محكمة أو دائرة قضائية دائمة، وإنما كما ورد في النص "هيئة تتشكل عند الحاجة" م ١٠، وتختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه م ١١، إلى جانب اختصاصها بالفصل في حالات تنازع الاختصاص، أو تعارض الأحكام بين محكمة القضاء الإداري والمحاكم الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون.

غير أن المشرع لم ينفذ حتى الآن ما أوجبه النظام الأساسي من بيان صلاحيات هذه "الهيئة" بصدد منازعات فحص دستورية القوانين واللوائح بالمطابقة للنظام الأساسي للدولة، كما لم يحدد أيضاً الإجراءات الواجب إتباعها لمباشرة هذا الاختصاص، مما أدى إلى تجميد هذا النظام للرقابة القضائية على الدستورية في السلطنة لعدم قابليته للإعمال بذاته، ومن ثم نشب الخلاف بين الدائرة الابتدائية (الثانية) في محكمة القضاء الإداري والدائرة الاستئنافية فيها حول نتائج هذا التنظيم غير المكتمل، وحول مدى وجود رقابة على الدستورية عموماً في سلطنة عمان.

ولبيان هذا الخلاف وأبعاده نعرض فيما يلي لوقائع الدعوى ولرأي الدائرة الابتدائية الثانية في المحكمة، ثم رأي الرد عليها من المستأنف ضدهم، وأخيراً رأي الدائرة الاستئنافية⁴²، وذلك في سبيل تحديد موقفنا من هذه المسألة.

⁴² راجع تفاصيل الدعوى حكم الدائرة الاستئنافية بتاريخ ٢٠٠٢/٥/١١ في الشق المستعمل من الاستئناف رقم (٥) لسنة ق.س - منشور في مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة - المجلد الأول - ص ٤٥.

أولاً: وقائع الدعوى: تتلخص وقائع القضية في أن أحد العاملين بجهاز شرطة عمان السلطانية أقام الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١ ق أمام محكمة القضاء الإداري - الدائرة الابتدائية الثانية، شرح فيها أنه قد تقرر نقله إلى محافظة ظفار التي تبعد عن موطنه بحوالي ١٤٠٠ كلم، ونظراً لظروفه العائلية الصعبة اضطر إلى الغياب عن عمله العديد من المرات لمدد متفاوتة، الأمر الذي تسبب في نهاية المطاف إلى إحالته إلى المحكمة العسكرية التي اعتبرته هارباً من الخدمة وقضت بتاريخ ١١/٤/٢٠٠٠ بطرده من العمل، فتظلم من هذا الحكم دون جدوى، لذلك أقام الدعوى وطلب فيها الحكم إما بإرجاعه إلى سالف عمله أو باستحقاقه لمعاش تقاعدي مستنداً في طلبه الثاني إلى المادة ١٢ من قانون معاشات ومكافآت ما بعد الخدمة لشرطة عمان السلطانية، وهو المعاش الذي حرمته منه جهة الإدارة بحجة ضرورة خصم مدد غيابه من العمل من مدة خدمته وفقاً للمادة ٧ من القانون المذكور.

ثانياً: موقف الدائرة الابتدائية الثانية في المحكمة: بتاريخ ٢٠/٢/٢٠٠٢ أصدرت الدائرة المشار إليها حكمها في الدعوى، بأحقية المدعى في الحصول على معاش، وأسست قضاءها على إن ما اقتضته الفقرة الأخيرة من المادة ٧ من قانون معاشات ومكافآت ما بعد الخدمة لمرتبي شرطة عمان السلطانية من خصم للمدة السابقة... يتنافى مع أحكام المادة (١٢) من النظام الأساسي للدولة التي كفلت للمواطنين الحق في معاش... وكذلك الشأن بالنسبة إلى خصم مدد الغياب.. وهو ما يتعارض مع قاعدة عدم جواز عقاب الشخص مرتين لنفس السبب التي لم يرد ذكرها في النظام الأساسي للدولة، إلا أنها تشكل مبدأ دستورياً من الواجب مراعاته في كل الأحوال. وتأسيساً على ذلك واستناداً إلى المادة (٧٩) من النظام الأساسي للدولة المتضمنة أنه يجب أن تتطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القوانين مع النظام الأساسي للدولة، انتهت الدائرة الابتدائية إلى أنه لا يسع المحكمة والحالة هذه، والى حين صدور الإجراءات الواجبة الاتباع أمام الجهة المختصة بالنظر في مدى تطابق القوانين مع أحكام النظام الأساسي للدولة، سوى الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لها، وهو ما حدا بها إلى استبعاد الفقرة الأخيرة من المادة (٧) سالف الذكر من التطبيق في الدعوى المشار إليها.

ويمكن تلخيص موقف الدائرة الابتدائية الثانية في هذا الصدد بما يلي:

١- إن النظام الأساسي للدولة يوجب عدم مخالفة النصوص التشريعية لأحكامه مما يؤكد سموه، ويتطلب من ثم فرض الرقابة على دستوريته.

٢- إن فحص دستورية القوانين واللوائح من النظام العام، و من ثم لا تحتاج لأن يدفع بها أو أن يطلبها أحد الخصوم، وإنما للقاضي أن يتصدى لها من تلقاء نفسه.

٣- إن عدم صدور قانون ينظم الإجراءات الواجبة الاتباع أمام الجهة المختصة بالنظر في مدى تطابق القوانين مع أحكام النظام الأساسي، لا يعنى انتفاء رقابة ما قضائية على الدستورية، إذ يعود الأمر والحالة هذه إلى مباشرة رقابة الامتثال عن تطبيق القوانين غير الدستورية، باعتبارها الأصل العام عند غياب النص أو مع وجوده بدون تفعيله في مباشرة الرقابة على الدستورية.

٤- إن مقتضى مباشرة رقابة الامتثال استبعاد تطبيق النص غير الدستوري من التطبيق دون الحاجة إلى القضاء ببطالانه أو إلغائه أو المساس بقوة نفاذه أو سريانه.

٥- إن فحص دستورية النصوص التشريعية لا يقتصر على مطابقتها لأحكام النظام الأساسي فقط، وإنما يمتد كذلك إلى المبادئ الدستورية الواجب مراعاتها في كل الأحوال، بمعنى أن المنظومة الدستورية⁴³ التي يتعين على السلطات العامة الالتزام بها لا تقتصر على نصوص النظام الأساسي، بل تشمل كذلك المبادئ الدستورية العامة.

⁴³ يقابل هذا الاصطلاح في اللغة الفرنسية جملة "Bloc de constitutionnalité" ويترجمها بعض الفقه العربي باصطلاح "المنظومة الدستورية" - الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم: المرجع السابق - ص ٢٥٦. في حين يطلق عليها آخرون اصطلاح "الكتلة الدستورية" - الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق - ص ٨١ وقد أشار إلى اعتناق المحكمة الدستورية المصرية لهذا الاصطلاح في حكمها بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢٠ قضية ٢٤ لسنة ١٣ق دستورية، كما يطلق عليها بعضهم اصطلاح "العائلة الدستورية" - الدكتور شعبان احمد رمضان: المرجع السابق - ص ٤٢٧ والدكتور عبد العليم عبد المجيد: المرجع السابق - ص ٩٦.



ثالثاً: أوجه استئناف الحكم في رأي الجهة المستأنفة: لم يلق الحكم سالف الذكر قبولاً من شرطة عمان السلطانية وطعن عليه، واستندت في ذلك بصدد فحص الدستورية إلى أن الفقه في آرائه والقضاء في تطبيقاته تجاه النظر في مدى دستورية القوانين، قد استقر على أن ذلك الفحص يتوقف على طلب صاحب الشأن وليس للمحاكم أن تتصدى له من تلقاء نفسها، كما أن على المحكمة أن تتقيد بحدود الطلبات المقدمة إليها من قبل أطراف الدعوى، وذلك خلافاً لما قامت به الدائرة الابتدائية التي تصدت لفحص دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٧ سالف الذكر، من تلقاء نفسها بدون أن يدفع بها احد الخصوم، علماً بأن الامتناع عن تطبيق قانون ما هو ضرب من التصدي إلى دستورية القوانين، وهو أمر خطير، لما قد يترتب عليه من اختلاف في وجهات النظر بين المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها بخصوص القانون الواحد، وهو ما يؤدي إلى قيام التناقض بين الأحكام وإشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملات القانونية، وهو ما حدا بالمشرع في العديد من البلدان ومنها سلطنة عمان على قصر رقابة دستورية القوانين على المحاكم العليا، الأمر الذي تؤكد بالمادة ٧٩ من النظام الأساسي للدولة ثم بالمادة ١١ من قانون السلطة القضائية التي عهدت للمحكمة العليا بالقيام بتلك المهمة.

ويتبين من أوجه الطعن التي استندت إليها الجهة المستأنفة أنها تذكر أساساً نفي صفة ”النظام العام“ عن رقابة الدستورية توصلاً إلى عدم جواز تصدى المحكمة لها من تلقاء نفسها إذا لم يطلبها أحد الخصوم، وهو أمر غير سليم، فقد استقر الفقه والقضاء الدستوري في معظم الدول على اعتبارها من النظام العام، وهو الأمر الذي سلم به المشرع في بعض هذه الدول مثل مصر⁴⁴، أما عن أوجه النقد التي وجهتها لرقابة الامتناع وتفضيل الرقابة المركزية القضائية عليها فهو أمر لا يجادل فيه معظم الفقه، إلا أن السؤال يتبقى قائماً عن الحل إذا لم يتم اعتناق هذا الأسلوب صراحة أو لم يتم تفعيله على الرغم من النص عليه، كما هو الحال في سلطنة عمان.

⁴⁴ راجع في ذلك الدكتور عيد الغفلول: فكرة النظام العام الدستوري - المرجع السابق - ص ١٠٤ وما بعدها.

رابعاً؛ رد المستأنف ضده على تقرير الاستئناف: قدم المستأنف ضده رده على تقرير الاستئناف إذ قرر فيما يتعلق بعدم جواز التصدي لعدم دستورية القوانين، أن الدائرة الابتدائية لم تتصد لدستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٧ سالف الذكر، ذلك أنها اقتصرت على إبراز التعارض القائم بين أحكام هذه المادة وأحكام المادة ١٢ من النظام الأساسي للدولة، ثم فضلت تطبيق أحكام هذه الأخيرة بحكم سموها في الرتبة على الأولى، وبذلك يتضح أن ما قامت به هو مجرد مفاضلة بين نصين قانونين قررت على إثرها الامتناع عن تطبيق الأدنى منهما درجة، الأمر الذي لا يصح معه القول بأنها تصدت لدستورية الفقرة المذكورة، لاسيما أنها لم تحكم بعدم دستورتها أو بإلغائها أو بوقف تنفيذها.

وبغض النظر عن الاصطلاحات المستخدمة في هذا الوجه من الدفاع، نجد أنه يقوم على أنه من غير المقصود أن تثور مسألة جواز التصدي لفحص الدستورية بدون دفع من أحد الخصوم أو عدم جواز ذلك في حالة رقابة الامتناع، وهي رقابة تستند كما سبق أن اشرنا إلى طبيعة وظيفة القاضى وعمله نحو إزالة التعارض أو التناقض بين النصوص التشريعية سواء أكانت دستورية أم قانونية أم لائحية، ومن ثم تكون المفاضلة بينها وفقاً لقاعدتي أفضلية أو أولوية النصوص الأعلى مرتبة إلزامية على النصوص الأدنى مرتبة، وفي حالة تساوى المرتبة الإلزامية بين نصين متعارضين ينسخ اللاحق منهما سابقه.

خامساً؛ موقف الدائرة الاستئنافية في محكمة القضاء الإداري: بعد أن أشار حكم الدائرة الاستئنافية إلى قضاء الدائرة الابتدائية سالف الشرح، وعرضه نصوص المواد ٧٠ من النظام الأساسي للدولة، و١٠ و١١ من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٠/١٩٩٩، خلصت الدائرة إلى أن الشارع عهد إلى الهيئة القضائية المنصوص عليها في المادة ١٠ من قانون السلطة القضائية دون سواها بالنظر في مدى تطابق القوانين مع النظام الأساسي للدولة، وأن لا شأن للمحاكم الأخرى بذلك باختلاف أنواعها ودرجاتها، ومن ثم هي مطالبة بتطبيق القوانين السارية ولا يحق لها مجرد الامتناع عن تطبيقها مثلما فعل الحكم المستأنف، لأن هذا لا يكون سوى وليد النظر في مدى دستورتها، وهو الأمر المحظور على المحاكم بصريح النصوص القانونية المشار إليها آنفاً، ولا ينال من ذلك ما تعللت به الدائرة الابتدائية من أن الإجراءات

الواجبة الاتباع أمام الجهة المختصة بالنظر في دستورية القوانين لم تصدر بعد، طالما أن النصوص المذكورة جاءت صريحة في تعيين المحكمة المختصة بالنظر في دستورية القوانين، وهذا فضلاً عما استقر عليه القضاء الإداري من أن القوانين الصادرة بالتطبيق لمواد الدستور تحجب هذا الأخير عن المحاكم. وعليه انتهت الدائرة الاستئنافية إلى أن حكم الدائرة الابتدائية في هذا الصدد لا يعول عليه لصدوره عن محكمة غير مختصة، ولذا يتعين إعمال أحكام المادة ٧ سالفه الذكر على المنازعة الماثلة.

وفي تقديرنا أنه قد جانب الدائرة الاستئنافية في محكمة القضاء الإداري الصواب في هذا الحكم وما انتهى إليه من نتيجة مفادها انتفاء وجود طريق ما - حالياً - للرقابة على الدستورية في سلطنة عمان، وذلك للأسباب الآتية:

١- يؤدي موقف الدائرة الاستئنافية إلى التشكيك في كون سلطنة عمان دولة دستورية قانونية، وذلك بإهدار أهم ضمانات كفالة سيادة القانون وسمو الدستور وجموده، وهي مبادئ حرص المشرع الدستوري في السلطنة على إقرارها بوضوح وجلاء تام لا يسوغ معه لأية جهة قضائية كانت أو غير قضائية أن تعمل على المساس بمقتضاها ومن ثم تعطل أو وقف نفاذ نصوص النظام الأساسي للدولة، فمن غير المقبول أن يتحقق لهذا النظام وللقانون عمومًا سيادته عبر خرقه أو تعديله، وهو الأمر الذي رفضه المشرع الدستوري صراحة في المادة ٧٧ من النظام الأساسي للدولة بنصها على أن "كل ما قرره القوانين واللوائح والمراسيم والأوامر والقرارات المعمول بها عند نفاذ هذا النظام يظل ساريًا شريطة ألا يتعارض مع نص من نصوصه".

٢- يتعين على القضاء، وهو سلطة مستقلة وفقاً للمادة ٦٠ من النظام الأساسي للدولة، ألا يساير سلطة عامة أخرى إذا قامت بإهدار نصوص الدستور أو تعطيلها. والثابت أن النظام الأساسي أقر مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وإن خول تنظيم هذه الرقابة للقانون، وقد ألزم المشرع الدستوري في المادة ٧٨ من النظام الأساسي "الجهات المختصة استصدار القوانين غير القائمة التي يستلزمها هذا النظام وذلك خلال سنتين من تاريخ العمل به"، وقد صدر النظام الأساسي وتم العمل به اعتباراً من تاريخ ٦/١١/١٩٩٦، وبعد نحو ثلاث سنوات صدر بتاريخ ٢١/١١/١٩٩٩ قانون السلطة القضائية متضمناً تحديداً للجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة



بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة، مع إرجاء بيان صلاحيات هذه الجهة والإجراءات التي تتبع أمامها إلى أجل غير مسمى، وهو ما لم يحدث حتى اليوم بعد مرور عشر سنوات على العمل بالنظام الأساسي للدولة.

٣- ترتب على موقف السلطة التشريعية المنوه عنه تجميد طريق الرقابة المركزية على الدستورية في السلطنة، ومن ثم يتعين الرجوع إلى الأصل العام الذي يتوافق مع مبدأ سيادة الدستور والقانون وسمو نصوص وأحكام النظام الأساسي للدولة، وهو اتباع طريق رقابة الامتثال، أي الرقابة اللامركزية على الدستورية، بواسطة جميع المحاكم القضائية. إذ لا يسوغ الاستناد إلى تنظيم، غير مكتمل، لإغلاق طريق رقابة الامتثال، فهو تنظيم غير نافذ وبالطبع ليس سارياً وغير قابل للإعمال حالياً، ومن ثم لا يحق الالتجاء إليه أو الاعتماد على وجوده لنفي رقابة الامتثال. فذلك كله يستفاد من الدائرة الاستثنائية أنه لا يمكن تطبيق المحاكم للرقابة الدستورية إلا بعد أن يضع المشرع النص المقرر لمبدأ الرقابة القضائية المركزية على الدستورية الوارد في النظام الأساسي للدولة موضع التنفيذ، لتكون الجهة القضائية المشار إليها في المادة ١٠ من قانون السلطة القضائية، مختصة دون غيرها بمباشرة الرقابة على الدستورية. باعتبار أن نص النظام الأساسي على إنشائها يعنى امتناع كل طرق الرقابة الأخرى، إلا أن ذلك لن يتحقق إلا بعد تمام التنظيم الفعال القابل للتطبيق والإعمال لمباشرة تلك الرقابة القضائية المركزية على الدستورية⁴⁵.

ومن ناحية أخرى يثير قضاء الدائرة الاستثنائية لمحكمة القضاء الإداري السالف عرضه الملاحظات الآتية:

□ لا يحق للدائرة أن تسلط قضاءها على المحاكم الأخرى وتتصب نفسها محكمة عليا لجميع المحاكم، وهو ما نستخلصه من قولها ”لا شأن للمحاكم الأخرى بذلك مهما اختلفت أنواعها ودرجاتها، وبالتالي فهي مطالبة بتطبيق القوانين السارية، ولا يحق لها حتى مجرد الامتناع عن تطبيقها مثلما فعل الحكم المستأنف“، وعلى ذلك نرى أنه يحق لأي محكمة كانت، أيا كانت درجتها أو اختصاصاتها، بمباشرة رقابة الامتثال، خاصة أنه لم يرد نص ما

⁴⁵ الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - ص ٢٢.

صريح أو ضمني في كل النصوص السالفة يحظر - كما زعمت الدائرة الاستئنافية - النظر في مدى دستورية القوانين واللوائح واجبة التطبيق، بل إن المادة ١١ من قانون السلطة القضائية لم تنص على أن تكون الهيئة المنصوص عليها في المادة ١٠ هي الجهة المختصة بفحص الدستورية دون غيرها، حتى يسوغ للدائرة الاستئنافية بمحكمة القضاء الإداري الزعم بأن النظر في الدستورية "أمر محظور على المحاكم بصريح النصوص القانونية المشار إليها آنفاً"، أي المادة ٧٠ من النظام الأساسي للدولة والمادتين ١٠ و ١١ من قانون السلطة القضائية.

ب. يشير حكم الدائرة الاستئنافية إلى أن القضاء الإداري قد استقر "على أن القوانين الصادرة بالتطبيق لمواد الدستور تحجب هذا الأخير عن المحاكم"، وهي عبارة يشوبها قدر من الغموض والإبهام وتحتل تأويلات، ومن الواضح أن الدائرة تريد أن ذلك يعني حجب رقابة الامتناع بواسطة المحاكم القضائية، غير أنه فات على الدائرة أن محل الرقابة القضائية بالامتناع ليس الدستور ذاته وإنما النصوص القانونية واجبة التطبيق في النزاع، فهي التي تكون محلاً للنظر في أمر مطابقتها لنصوص وأحكام وقواعد النظام الأساسي للدولة، بل إن هذه العبارة هي حجة لصالح رقابة الامتناع وليس العكس، إذ هي تشترط أن تكون القوانين قد صدرت بالتطبيق لمواد الدستور، أي أن تكون موافقة له ومتوافقة معه، فتتنفي الحاجة من هذه الحالة وحدها إلى تقرير دستورتها، نزولاً على قرينة الدستورية لمصلحة التشريع السالف شرحها.

ج. قررت الدائرة الاستئنافية لمحكمة القضاء الإداري عدم التعويل على حكم الدائرة الابتدائية للمحكمة لصدوره عن محكمة غير مختصة، ويثير هذا القول عدة تساؤلات، فهل معنى هذا القضاء وجود محكمة مختصة بالنظر في الدستورية، يمكن أن يحال إليها النزاع أو الدعوى الدستورية وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والتجارية، وتستطيع عملاً الفصل في هذا النزاع وحسمه، وإذا كان الأمر كذلك فلماذا لم تفعله الدائرة الاستئنافية ٥.

الواقع أنه رب قائل يذهب إلى صحة هذا الأمر، وأنه كان يتعين على الدائرة الاستئنافية إحالة المنازعة حول الدستورية إلى الجهة القضائية المختصة بذلك، أي تلك الهيئة المنصوص عليها في المادة (١٠) من قانون السلطة القضائية، إلا أن ذلك الاتجاه سيصطدم حتماً بمشكلة تحديد صلاحيات هذه الهيئة وبيان آثار ما تصدره من أحكام على نحو ما سنوضحه لاحقاً في المبحث الآتي، وقد يكون الأمر كذلك بصدد الإجراءات الواجب اتباعها لنظر الدعوى، وإن كنا نرى أنها ليست بمشكلة، وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة التي أشارت إليها المادة الثالثة من مواد إصدار قانون السلطة القضائية، وهي نصوص قانون الإجراءات المدنية والتجارية المعمول بها حالياً، إذ تنص هذه المادة على أنه "فيما لم يرد به نص خاص في القانون المرافق، وإلى أن يبدأ العمل بقانون الإجراءات المدنية والتجارية وقانون الإجراءات الجزائية، يعمل النظام....، وذلك بالنسبة إلى جميع الدعاوي التي تختص بها المحاكم المنصوص عليها في القانون المرافق".

فلولا عدم تحديد مدى سلطة هذه الجهة القضائية المختصة المشار إليها في المادة (١٠) من قانون السلطة القضائية، وخاصة فيما يتعلق بالحكم الصادر عنها وآثاره، لتسنى لها مباشرة الاختصاص بفحص الدستورية، وهو طريق رقابة الامتناع إزاء عدم وجود طريق آخر قابل للتطبيق أو الأعمال لمباشرة هذه الرقابة.

والخلاصة أنه - تأكيداً على سيادة القانون وسمو الدستور المتمثل في سلطنة عمان في النظام الأساسي للدولة، إضافة إلى المبادئ الدستورية العامة، وإزاء عدم قابلية النصوص المقررة أو المنظمة للرقابة القضائية المركزية على الدستورية للإعمال أو التطبيق بذاتها- يتعين التسليم بحق جميع المحاكم القضائية في السلطنة بفحص دستورية القوانين واللوائح واجبة التطبيق في المنازعات المطروحة عليها، والامتناع عن تطبيق أي نص فيها يثبت للمحكمة عدم مطابقته للقواعد الدستورية المشار إليها، وذلك إلى أن يستوفى المشرع التنظيم الكامل للرقابة المركزية القضائية على الدستورية، ويصبح هذا التنظيم معمولاً به قابلاً للتطبيق، وفي هذا الصدد نعرض على المشرع ضوابط وملاحم مثل هذا التنظيم في الأنظمة المقارنة لتكون تحت نظره عند إعداد التشريع الخاص بذلك بما يتلاءم مع ظروف واعتبارات التشريع في سلطنة عمان.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية المركزية على الدستورية

” رقابة الإلغاء ”

ينتقد عديد من الفقهاء طريق لامركزية الرقابة على الدستورية، لما قد يسببه هذا الطريق من إشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملات بصد القانون الواجب التطبيق عليها، وعدم المساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، إذ تتضارب أحكام المحاكم تجاه دستورية أو عدم دستورية قانون محدد، وذلك نتيجة حصر الآثار القانونية المترتبة على مباشرة هذه الرقابة في "امتناع" المحكمة المختصة بنظر المنازعة، عن تطبيق النص أو القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة لما ارتأته من عدم دستوريته، وذلك دون إلغائه أو المساس بقوة نفاذه أو سريانه، ومن هنا يظل قائماً قابلاً للتطبيق في دعاوى أخرى، ومنتجاً لجميع آثار نفاذه وسريانه⁴⁶.



يضاف إلى ذلك أن مسألة الرقابة على الدستورية على قدر كبير من الخطورة، إذ يصعب معه تركها لاجتهاد كافة المحاكم، وما قد يترتب على ذلك من تعارض الآراء في تفسير النصوص الدستورية والقانونية، الأمر الذي يستوجب تركيز الرقابة على الدستورية بين يدي جهة قضائية واحدة، حتى يتسنى لها إقامة الوحدة العضوية لأحكام الدستور وقواعده، وفقاً لما تصوغه من معايير ومناهج تهدف إلى التوازن بين المصالح والاعتبارات المثارة على اختلافها، وتحول دون تفرق وجهات النظر من حولها أو تباين مناحي الاجتهاد فيها⁴⁷.

لذلك تتجه معظم الدول الحديثة إلى اعتناق أسلوب مركزية الرقابة على الدستورية، خاصة أنه الأسلوب الوحيد الذي يمكن أن يفضي إلى جعل رقابة الدستورية بواسطة القضاء، رقابة بطلان أو إلغاء وليست مجرد رقابة امتناع، ويكون قضاؤها فاصلاً بصفة نهائية في

⁴⁶ ولا يعني ذلك عدم نجاح رقابة الامتناع بصورة مطلقة، إذ يختلف الأمر باختلاف النظم القانونية والقضائية والظروف القانونية الخاصة بكل دولة، فإن هذه الرقابة على سبيل المثال لاقت نجاحاً لا ينكر في الولايات المتحدة الأمريكية بسبب اعتناقها نظام السوابق القضائية (Common Law) الذي من شأنه تجنب مخاطر تضارب الأحكام القضائية حيث تنقيد المحاكم الأدنى درجة بأحكام المحكمة العليا - راجع في ذلك: الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق - ص ١٤٢.

⁴⁷ المحكمة الدستورية العليا المصرية في ١٩٩٢/١١/٧ قضية ٢٩ لسنة ٩٩ ق.د، وفي ١٩٩٢/٢/٦ قضية ٥٧ لسنة ٩٤ ق.د.

أمر دستورية أو عدم دستورية ما يعرض عليها من نصوص تشريعية، متمتعاً بحجية مطلقة تجاه الكافة من أفراد وسلطات، وإن كانت هذه النتائج ليست مرتبطة حتماً بأسلوب مركزية الرقابة على الدستورية، وحيث تختلف الدول التي تعتنق هذا الطريق سواء في تحديد الجهة القضائية المنوط بها مباشرة هذه الرقابة أم في تحديد وقت مباشرتها، ومن لهم الحق في تحريك الرقابة والإجراءات المتبعة لذلك أمامها، والآثار القانونية المترتبة عليها وعلى الحكم الصادر بشأنها، وهي موضوعات يتعين علينا التعرض لكل منها بالتفصيل المناسب، حتى يتسنى للمشرع العماني عند إصدار المرسوم المتعلق بتحديد صلاحيات الهيئة المختصة بمباشرة الرقابة على الدستورية في السلطنة والإجراءات التي تتبع أمامها، أن يختار من بينها ما يتناسب مع واقع وظروف السلطنة ويتوافق مع نظامها الأساسي.

المطلب الأول

تحديد الجهة القضائية المنوط بها رقابة الدستورية

إذا رأَت دولة ما اتباع طريق الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، فإن الغالب الأعم ألا يترك الدستور أو النظام الأساسي لهذه الدولة مهمة تحديد الجهة المنوط بها مباشرة الرقابة على الدستورية للمشرع العادي، وإن كان ذلك الأمر ليس مستبعداً، وهو ما تحقق في النظام الأساسي لسلطنة عمان، حيث خولت المادة ٧٠ منه مهمة تعيين الجهة القضائية التي تتولى هذا الاختصاص للقانون.

وقد يكون ذلك مقبولاً في سلطنة عمان حيث تندمج السلطان التأسيسية والتشريعية من الناحية العضوية، إلا في الدول التي تفصل فيها هاتان السلطتان، فإن تنظيم الرقابة القضائية على الدستورية، وهي من العناصر الرئيسية لتحقيق الدولة الدستورية ودولة القانون، يجب ألا ترتبط أو ترتعن بإرادة السلطة التشريعية العادية، وهي الجهة الأولى التي ستخضع أعمالها لتلك الرقابة، دون سواها، حتى لا تكون هذه الرقابة غير فاعلة وقاصرة عن صون حقوق المواطن وحرياته إذا جاءت القوانين النازمة لصلاحيات القضاء الدستوري دون المستوى المطلوب لتفعيل دوره⁴⁸.

⁴⁸ الدكتور أمين عاطف صليبيبا: المرجع السابق - ص ٤٥.

M. Fromont. La justice constitutionnelle dans le monde. Dalloz. Paris. 1996 P.87.

وباستقراء النظم المقارنة في هذا الشأن نجد أن الاختيار -سواء تم بواسطة المشرع الدستوري أو المشرع العادي- سيكون بين طريقتين أو أسلوبين هما:

أولاً: إسناد مهمة الرقابة القضائية على الدستورية إلى المحكمة العليا في الجهاز القضائي، وهو ما يصلح في حالة وجود محكمة عليا واحدة على رأس السلطة القضائية في الدولة، أياً كان اسمها مثل المحكمة العليا أو محكمة النقض أو محكمة التمييز أو غير ذلك من أسماء، وذلك حتى يمكن لهذه المحكمة أن تعرض على غيرها من المحاكم التي تدنومنها ما تصدره من أحكام أو قضاء بشأن دستورية النصوص والقواعد التشريعية التي تثور بشأنها شائبة عدم الدستورية.

وعلى ذلك تصلح هذه الوسيلة أساساً في الدول التي يتأسس فيها تنظيم القضاء على مبدأ وحدة القضاء، فتوجد جهة قضائية واحدة يكون اختصاصها شاملاً لمختلف المنازعات، مثل جمهورية السودان، كما أنها تعد الوسيلة المثلى للدول الاتحادية مثل الاتحاد السويسري وألمانيا الاتحادية والإمارات العربية المتحدة، وإن كان ذلك لا يمنع من وجود دول اتحادية تفضل أسلوب الرقابة اللامركزية القضائية (رقابة الامتناع)، مثلما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية⁴⁹.

ثانياً: إسناد مهمة الرقابة على الدستورية إلى جهة قضائية تنشأ خصيصاً لهذا الغرض، وقد تتمثل هذه الجهة من محكمة يطلق عليها غالباً اصطلاحاً "المحكمة الدستورية العليا" مثل مصر والكويت، وقد تتمثل في دائرة قضائية متخصصة ومختصة دون غيرها برقابة الدستورية، دون أن يمنع ذلك من إضافة بعض الاختصاصات الأخرى المرتبطة بهذا الموضوع إليها، مثل تفسير نصوص الدستور أو التشريعات الأخرى.

والغالب أن تلجأ الدول التي تزوج أو تتعدد فيها الجهات القضائية المستقلة فيما بينها إلى هذه الوسيلة، خاصة أنه سيناط بها مهمة فض النزاع الإيجابي والسلبي بين هذه الجهات، علاوة على إزالة التعارض بين الأحكام القضائية الصادرة عنها وذلك بتحديد

⁴⁹ الدكتور أحمد كمال أبوالمجد: المرجع السابق - ص 185.

الدكتور محمد كامل ليله: القانون الدستوري - 1967 - ص 122. G. BURDEAU. Droit Constitutionnel et.

.Institutions Politiques. 1976. P.107

الحكم الواجب النفاذ من بينها. والمشاهد عملاً تزايد الدول التي تعتنق هذا الطريق مثل إيطاليا وإسبانيا وتركيا ومصر وسوريا، وهو الأسلوب الذي اعتنقه، المشرع الدستوري في سلطنة عمان، وذلك بالنص في المادة ٧٠ من النظام الأساسي للدولة على أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها". إذ بموجب هذا النص قرر المشرع في قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٠/٩٩، تشكيل هيئة بالمحكمة العليا تتألف من رئيس المحكمة العليا وأقدم خمسة من نوابه أو الأقدم فالأقدم من قضاة المحكمة، ينضم إليهم رئيس محكمة القضاء الإداري ونائبه وأقدم ثلاثة من مستشاري المحكمة، تختص بالفصل في حالات تنازع الاختصاص الإيجابي والسلبي بين كل من المحاكم المنصوص عليها في هذا القانون ومحكمة القضاء الإداري وغيرها من المحاكم، كما تختص بتعيين الحكم الواجب التنفيذ في حالة تنازع الأحكام... وتصدر أحكامها بأغلبية سبعة أعضاء على الأقل (م ١٠).

وبحسب المادة ١١ من هذا القانون "تكون الهيئة المنصوص عليها في المادة العاشرة هي الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه...". غير أنه - كما سبق أن عرضنا من عدم صدور المرسوم السلطاني الذي يبين صلاحية هذه الهيئة والإجراءات التي تتبعها - ظلت النصوص سائلة الذكر معطلة حتى اليوم.

ويلاحظ في هذه النصوص أنها أشارت إلى أن تشكيل الهيئة سائلة الذكر "بالمحكمة العليا"، إلا أن ذلك لا يعني على الإطلاق أنها مجرد دائرة من دوائر هذه المحكمة، إذ هي هيئة قضائية مستقلة عنها وفقاً لمضمون نص المادة ٧٠ من النظام الأساسي التي تفترض استقلال هذه الهيئة حتى في مواجهة المحكمة العليا وغيرها من المحاكم المختلفة. ولعل حرص المشرع على النص على أن أحكام هذه الهيئة لا تصدر إلا بأغلبية سبعة من أعضائها على الأقل مرده أن تشكيل الهيئة - وفقاً للنصوص السائلة - يكون من ١١ قاضياً ستة منهم من المحكمة العليا وخمسة من محكمة القضاء الإداري، دون أن يحدد من يكون من بينهم رئيساً لتلك الهيئة، وهو الأمر الذي نأمل أن يحسمه لأهميته البالغة المرسوم السلطاني المتوقع صدوره قريباً بشأن صلاحيات هذه الهيئة والإجراءات التي تتبع أمامها مباشرة اختصاصها بالرقابة على الدستورية.

المطلب الثاني

تحديد وقت مباشرة الرقابة على الدستورية

سبق أن أشرنا بصدد الرقابة السياسية إلى أنها رقابة وقائية غالباً، بمعنى أنها رقابة سابقة تهدف أصلاً إلى منع صدور العمل التشريعي غير الدستوري، وتجتنب من ثم الجدل حول دستوريته بعد صدوره، وتتفادى خطر تضارب الأحكام القضائية الذي يتحقق في حالة الأخذ برقابة الامتناع، مما يضاعف من فعالية الرقابة السابقة تأسيساً على قاعدة أن الوقاية خير من العلاج⁵⁰.

ولذلك يمكن القول بصدد الرقابة القضائية، سواء المركزية منها أو اللامركزية، أنها رقابة لاحقة غالباً تهدف إلى علاج ما أصاب البناء القانوني في الدولة من وجود نصوص أو تشريعات مخالفة لما يعلوها من قواعد قانونية وعلى رأسها القواعد الدستورية، وليس من جدال في أن اتباع أسلوب الرقابة القضائية اللامركزية يؤدي حتماً إلى أن تكون هذه الرقابة "لاحقة"، أي بعد صدور القوانين والتشريعات، حيث تسفر تلك الرقابة عن "امتناع" المحكمة التي فحصت دستوريته عن "تطبيق" القانون الذي يثبت لديها عدم دستوريته، مما مفاده أن هذا القانون كانت له قوة نفاذ ملزمة، وكان سارياً وواجب التطبيق، ولولا عدم دستوريته لالتزمت المحكمة بإعماله، وهكذا فإنه لا مجال للتفرقة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة في ظل رقابة الامتناع، إذ يفترض فيها أن هناك دعوى قضائية يراد فيها تطبيق أحد القوانين، ولكن لوجود شبهة في عدم دستوريته يتم الدفع بذلك أثناء نظر الدعوى، بهدف عدم تطبيقه فيها، ومن هنا تكون في هذه الحالة لاحقة دوماً على صدور ونفاذ القانون، إذ لا محل لها إلا بمناسبة تطبيقه.

أما الرقابة السابقة، فبالرغم من أنها تتفق أصلاً مع طريق الرقابة السياسية، ليست مرادفة لها، فهي يمكن أن تكون أيضاً قضائية أي معهوداً بها إلى جهة قضاء، وهو الأمر الذي تحقق في بعض الدول مثل بنما في دستور ١٩٠٤ وإيرلندا في دستور ١٩٣٧⁵¹.

⁵⁰ الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق - ص ١٤٧.

⁵¹ الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق - ص ١٥٨.

الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية - منشأة المعارف - ٢٠٠٢ - ص ١٦١.

وعلى حين يؤيد جانب من الفقه الرقابة السابقة للحيلولة دون صدور قوانين مخالفة للدستور، ويفضلها على الرقابة اللاحقة لما تسفر عنه من عدم استقرار تشريعي، يرفض معظم الفقه الدستوري بشدة هذا التوجه، وذلك بملاحظة أن عدم الاستقرار التشريعي مردّه تقصير المشرع في عمله، كما أنها حجة واضحة لا تقوى على مواجهة مقتضيات مبدأ سمو الدستور وسيادة القانون، علاوة على أنه ثبت عملاً أن مواطن عيب عدم الدستورية وأوجه مخالفة القوانين لأحكام الدستور ومبادئه وروحه لا تظهر إلا من خلال التطبيق العملي، وفي ضوء الآثار التي أحدثتها في مجال تطبيقها ووفقاً لما يظهره العمل من مثالبها الدستورية هي الأفضل، لتكون الرقابة من خلال ما هو قائم وليس ما هو مفترض⁵².

ويتحفظ رأي ثالث على كلا الاتجاهين السابقين، فيذهب إلى أنه إذا كانت الرقابة السابقة رقابة قضائية وليست سياسية، وتتوافر فيها ضماناتها وأثارها في انعدام التشريع غير الدستوري، ودون أن تؤثر فيها السلطة التنفيذية بصورة أو بأخرى، فلا مشكلة في الأمر، وسيبقى المشرع في كل الأحوال ملتزماً باحترام الدستور.. وإن كان هذا الأمر سيفرض عدة ملاحظات وتساؤلات، إذ المفترض أن الرقابة السابقة ستشمل كل التشريعات المعروضة لنظر البرلمان، في حين أن الرقابة اللاحقة تقتصر على التشريعات المطعون فيها فقط وبحواجز معينة منها شرط المصلحة، فهل ستمكن الجهة القضائية المركزية من القيام بكل هذا العمل إضافة إلى اختصاصاتها الأخرى؟ وماذا سيكون وضع اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية، فهي لا تصلح بالقطع للخضوع للرقابة السابقة، فهو بالتأكيد ما لا طاقة للمحكمة لتحمله، فضلاً عن كونه يشل عمل السلطة التنفيذية التي يشمل نشاطها صوراً من حياة يومية وجارية ومتلاحقة أحداثها، وبالرغم من إمكانية حل هذه المشكلات من خلال حصر اختصاص جهة القضاء المركزية في رقابة الدستورية فقط وتحريرها من الاختصاصات الأخرى، مع وضع نظام لفصل المستعجل في التشريعات التي تتطلب سرعة الإصدار، وعودة الاختصاص بنظر دستورية اللوائح إلى القضاء الإداري، وإنشاء دائرة مختصة بذلك ضمن تنظيم هذا القضاء، وجعل أحكامها ملزمة لبقية المحاكم - لا يمكن كل ذلك أن يفضّل حقيقة أن التطبيق العملي للنص في ذاته يكشف كثيراً من العيوب التي قد لا تظهر مبكراً إذا انحس العمل التشريعي في نطاق البحث النظري فقط، وفي إطار الدائرة الضيقة لأعضاء الهيئة

⁵² الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق - ص ١٥٨.

القائمة بالرقابة السابقة⁵³.

وفي تقديرنا أنه عند تنظيم الرقابة المركزية القضائية على دستورية القوانين واللوائح في عمان، من خلال الهيئة المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون السلطة القضائية سائلة الذكر- يجب أن نستبعد الرقابة السابقة كأصل عام، إذ من الثابت أن شائبة عدم الدستورية لا تظهر إلا بعد اتصال النص التشريعي بالواقع الاجتماعي والقانوني عند التطبيق العملي، ومن خلال المرافعات والمذكرات القانونية، والتحضير والإعداد طوال نظر الخصومة القضائية أمام الجهة المختصة، مهما بلغت المداولات والمناقشات بين أعضاء هذه الجهة فيما بينهم وحدهم، وحتى لو تعددت الهيئات الاستشارية أو اللجان المتخصصة المعاونة لها، فإن المخالفات التشريعية لنصوص الدستور قد لا تظهر مطلقاً قبل دخول التشريع حيز التطبيق واتصاله فعلاً بالواقع العملي، فهذا وحده من شأنه أن يكشف عن آثار التشريع التي قد تكون مخالفة للنصوص الدستورية. وكما قيل بحق؛ إن الرقابة السابقة هي رقابة في حجرة مظلمة، ولكن الرقابة اللاحقة تتم بعين مبصرة... ومن خلال ضوء ساطع، ومن هنا تكون الرقابة الدستورية اللاحقة أكثر فاعلية⁵⁴.



غير أن ما تقدم لا يعني أنه يتعين على المشرع الاختيار بين نوعي الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة في ظل اعتناق نظام الرقابة القضائية المركزية على دستورية القانون دون الجمع بينهما، إذ ليس ثمة ما يمنع من ذلك كما حدث في مصر على نحو ما سنعرضه لاحقاً. وفي تقديرنا أنه استناداً إلى أن الدستور أو النظام الأساسي للدولة يشمل أولاً النظام السياسي للحكم في الدولة متضمناً إنشاء السلطات العامة فيها وضبط نشاطها وتصرفاتها وعلاقاتها فيما بينها، كما يشمل ثانياً تنظيمياً للحقوق العامة والحريات الأساسية للأفراد في المجتمع، وضمانات كفالة هذه الحقوق وتلك الحريات، لاسيما تجاه السلطات العامة - يمكن الجمع بين طريقي الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية، على أن تكون الرقابة اللاحقة هي الأصل والرقابة السابقة هي الاستثناء، وأن يقتصر نطاق هذا الاستثناء في النصوص

⁵³ الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق - ص ١٦٢ وما بعدها.

⁵⁴ هذا القول منسوب إلى المستشار الدكتور عوض المر رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية الأسبق في تحقيق صحفي أجراه معه الأستاذ أسامة سلامة في مجلة روز اليوسف المصرية بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٩ - ذكر ذلك الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق - ص ١٦٥.

والتشريعات التي تتصل فقط بتنظيم السلطات العامة في الدولة وتحديد اختصاصاتها وعلاقتها فيما بينها، أما تلك المتصلة بحقوق الأفراد وحرياتهم العامة، فلا مناص من طرحها بعد إصدارها ونفاذها ووضعها موضع التنفيذ على ساحة القضاء الدستوري المختص للتأكد من دستورتها على ضوء التطبيق في الواقع العملي، ويستتبع الأخذ بهذا الاقتراح أن يكون طريق الرقابة السابقة مقصوراً على السلطات العامة في الدولة، على حين يكون طريق الرقابة اللاحقة مقررأ كأصل عام لجميع الأفراد في المجتمع.

وقد تحقق هذا الأمر جزئياً في جمهورية مصر العربية، ذلك أن الأصل فيها اختصاص جهة قضائية مركزية مستقلة دون غيرها بفحص دستورية القوانين واللوائح، وهي المحكمة الدستورية العليا، وذلك بعد صدورهما وتطبيقها ومن خلال دعوى موضوعية مطروحة على محكمة الموضوع، فهي إذن رقابة قضائية لاحقة على صدور القانون وبمناسبة تطبيقه. واستثناءً من هذا الأصل قرر المشرع الدستوري - وليس المشرع العادي - بموجب تعديل دستوري تم عام ٢٠٠٥ المنصرم، أن تكون هناك رقابة قضائية مركزية سابقة، على دستورية مشروع قانون معين هو قانون تنظيم انتخابات الرئاسة في مصر، وذلك قبل إصداره، للتحقق من اتفائه مع أحكام الدستور القائم، بحيث يجوز هذا القانون بعد تلافي شبهة عدم دستورية بعض نصوصه ثم إصداره ونفاذه بعد ذلك، قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات عكسها بعد سريانها بدستورية نصوص هذا القانون ومطابقتها لأحكام الدستور.

وقد قامت المحكمة الدستورية العليا في مصر، بعد إحالة مشروع ذلك القانون إليها، بتحديد مدى اختصاصها بالرقابة على مشروع هذا القانون، فصدر حكمها في ٢٦/٦/٢٠٠٥⁵⁵، متضمناً ما يلي:

وحيث إن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة على مشروع القانون المعروف (قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية) يتحدد على النحو الوارد بنص المادة (٧٦) من الدستور بتقرير مدى مطابقته لأحكام الدستور، ومن ثم يخرج عن هذا الاختصاص ما يلي:

⁵⁵ الجريدة الرسمية من مصر عدد ٢٥ مكرر بتاريخ ٢٦/٦/٢٠٠٥.

١- مراجعة الصياغة القانونية للمشروع.

٢- النظر في أي تناقض بين نصوص المشروع بعضها مع بعض أو تعارضها مع نصوص قانونية أخرى.

٣- تقرير مدى ملاءمة بعض الأحكام التي حواها المشروع باعتبار أن ذلك الأمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

وفي ضوء ما تقدم استبان للمحكمة ما يلي:

أولاً: حوى المشروع المعروض نصوصاً تثور بشأنها شبهة عدم الدستورية إلا إذا تم تفسيرها على وجه يزيل عنها هذه الشبهة وهي: - ١م ١٢... ويتعين تفسير عبارة... على نحو... ٢- ١٨م....

ثانياً: نصوص يشوبها عوار دستوري هي: المواد ٥ و ٢٢ و ٤٩.....⁵⁶.

من ناحية أخرى أصدرت المحكمة في صدد هذا الموضوع حكماً بتاريخ ١٥/١/٢٠٠٦⁵⁷، رفضت فيه أولاً فحص دستورية التعديل الدستوري الذي تم تجاه المادة ٧٦ من الدستور، فقضت بأنه "إذا كان لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تتصل من اختصاص أسندها لها الدستور فعليها ألا تخوض في اختصاص ليس لها باعتبار أن تجاوزها لولايتها أو اتصالها منها أمران يمتنعان عليها دستورياً، مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاصها برقابة المادة ٧٦ من الدستور لمجاوزة هذا الطلب حدود ولايتها، وينطبق ذلك على تعديل المادة"، أما عن الطعن بعدم دستورية قانون الانتخابات الرئاسية الذي سبق للمحكمة فحصه قبل



⁵⁶ اعتنقت المحكمة الدستورية بذلك أسلوب المجلس الدستوري في فرنسا المسمى "التفسير تحت التحفظ" - "La conformite sous reserve d' interpretation" ومقتضاه أنه يجوز الحكم بمطابقة النص التشريعي بأحكام الدستور وفقاً لتفسير محدد بحيث يكون كل تفسير خلاف ذلك مخالفاً للدستور - راجع ذلك: الدكتور مصطفى عفيفي: المرجع السابق - ص ٧١.

DRAGO (G) . L' execution des decisions du Conseil Constitutionnel. these Paris II. 1989. P.149.

⁵⁷ تجدر الإشارة إلى أن رئيس المحكمة قد تنحى عن رئاسة الجلسة عند النطق بالحكم لسبق شغله منصب رئيس اللجنة المشرفة على الانتخابات الرئاسية، وهو أمر تعرض لنقد فقهي شديد في مصر.

إصداره من خلال الرقابة السابقة، فقد قضت فيه المحكمة -ثانياً- بأن "مباشرتها الرقابة الدستورية السابقة على مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية وإبداء رأيها فيه لا يمنعها من مباشرة اختصاصها بالرقابة اللاحقة على نصوص ذلك القانون... كما أن مجلس الشعب قد التزم بمنطوق قرار المحكمة الذي أصدرته عند رقابتها السابقة لمشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية تنفيذاً لحكم المادة ٧٦ من الدستور والمادة ٢٥ من قانونها بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فقد استعرضت المحكمة نصوص المواد المطعون عليها، وتبين لها أن مجلس الشعب قد التزم بقرارها وصدر القانون غير مخالف في أي من مواد لنصوص الدستور، ومن ثم يكون ما يثيره الطعن بشأن المواد المطعون عليها غير قائم على أساس بما يتعين القضاء برفضه".

بالرغم من استحالة تكرار هذا القضاء بصدد القانون ذاته، تبين أن من شأنه وضع مبدأ له آثاره البالغة، ويتمثل في أن مباشرة الرقابة السابقة على دستورية نص تشريعي أو قانوني لا يمنع من مباشرة رقابة لاحقة عليه بواسطة ذات المحكمة، وفي تقديرنا أن من شأن ذلك إهدار كل مبرر أو علة من استبدال الرقابة السابقة بالرقابة اللاحقة، على سبيل الاستثناء، وبصدد موضوع أو قانون محدد يتعلق بسلطات عامة، ضماناً لاستقرار التشريعي والسياسي على نحو ما سبق عرضه، ومع هذا يخفف من ذلك أن المحكمة -كما هو واضح من حيثيات حكم -١٥/١/٢٠٠٦ لم تفحص سوى مدى التزام مجلس الشعب المصري بقرارها -أو بالأحرى حكمها- السابق صدوره في ٢٦/٦/٢٠٠٥، وهو أمر لا يسوغ أن ترفع دعوى خاصة بشأنه⁵⁸، إذ يتعلق بأثار الحكم وحجيته وواجب السلطات العامة المعينة بوضع الحكم بمنطوقه وأسبابه موضع التنفيذ.

⁵⁸ وفي الحكم ذاته رفضت المحكمة أي طعن مباشر يكون أو دعوى أصلية ضد نص تشريعي، ومن ثم قضت بعدم قبول الدعوى الخاصة بالطعن على نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة والتي تمنع إقامة الدعوى أمامها مباشرة.

المطلب الثالث

أساليب تحريك الرقابة على الدستورية أمام القضاء

عند عرض طريق الرقابة القضائية اللامركزية على الدستورية، أوضحنا أن هذه الرقابة تكون دوماً "لاحقة" على إصدار القوانين ونفاذها وتطبيقها، وتتم عن طريق "الدفع بعدم الدستورية" أثناء نظر المحاكم لدعوى موضوعية، بحيث تلتزم المحكمة المدفوع أمامها بعدم دستورية أية قاعدة قانونية يستند إليها أحد أطراف الدعوى ويريد من القاضي تطبيقها في المنازعة المطروحة عليه، أن يصدر حكمه أولاً في هذا الدفع باعتباره مسألة أولية يختص بالفصل فيها، ولا يمكن حسم المنازعة الأصلية دون البت فيها، فإذا ما تبين له صحة هذا الدفع وجب عليه "الامتناع" عن تطبيق هذه القاعدة القانونية لعدم دستورتيتها.

ومن الطبيعي لذلك أن يكون لجميع الخصوم في أية دعوى قضائية ما أن يباشر أحدهم هذا الطريق، ويتولى تحريك الرقابة اللامركزية بأسلوب الدفع بعدم الدستورية، دون حاجة إلى نص خاص يجيز هذا الدفع، ما لم يوجد تنظيم محدد يقرر طريق الرقابة القضائية المركزية كما سبق أن أوضحنا حيث يترتب على اتباع هذا الطريق الأخير ضرورة تدخل المشرع للاختيار بين عدة بدائل تتعلق بتحديد من له الحق في إثارة الطعن بعدم الدستورية ووسيلته في تحريك هذا الطعن، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: في حالة السماح للأفراد بالطعن في دستورية العمل التشريعي: إذا تقرر للأفراد الحق في التقاضي أمام المحكمة المختصة بفحص الدستورية، فإنه يتعين على المشرع الاختيار بين وسيلتي الدعوى الأصلية أو الدفع الفرعي.

أ- وسيلة الدعوى الأصلية: يجوز للمشرع أن يقرر للأفراد الحق في رفع دعوى قضائية أصلية بصورة مباشرة أمام المحكمة المختصة مركزياً دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح أو الأعمال القانونية بصفة عامة، وذلك دون اشتراط أن تكون الدعوى الدستورية مسبقة بدعوى موضوعية منظورة أمام إحدى المحاكم، لتصدر في هذه الدعوى الأصلية أو المباشرة حكمها الذي يهدف إلى تصفية النزاع حول دستورية النص أو التشريع المطعون في عدم دستوريته بصفة نهائية لا يجوز معها إعادة إثارة أو طرح

المشكلة من جديد، ومن هنا يكون من صلاحية المحكمة - منطقياً - أن تصدر حكمها بإلغاء أو بطلان النص أو التشريع غير الدستوري، بحكم نهائي بات له حجية مطلقة، ويكون ملزماً للكافة، وبمقتضاه يتم إزالة وجود هذا القانون من البناء القانوني للدولة دون حاجة إلى تدخل سلطة عامة أخرى.

غير أنه يلزم ملاحظة أن طريق الدعوى الدستورية الأصلية أو المباشرة يستتبع ضرورة رفع هذه الدعوى خلال فترة زمنية وجيزة لا تتعدى شهرين، حتى يتحقق الاستقرار التشريعي على وجه السرعة، وهو الأمر الذي لا يتيح الفرصة الكاملة لكي يتبين الفرد مصلحته من رفع هذه الدعوى، خاصة أن تطبيق القانون أو النص التشريعي قد يستغرق وقتاً طويلاً بعد صدوره ونفاذه وسريانه، فمن شأن هذه الوسيلة مع ذلك ألا تثير مشكلة الأثر الرجعي للحكم، كما هو الحال في حالة الأخذ بوسيلة الدفع الفرعي فقط، حيث لن تمتد آثار الرجعية إلى تاريخ ماضٍ طويل، وبذلك يتحقق الاستقرار التشريعي فعلاً في وقت معقول.

وقد أخذت بطريق الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة عدة دول مثل سويسرا في دستورها الصادر في ٢٩/٥/١٨٧٤، حيث أجاز المشرع السويسري في القانون الأساسي الصادر في ٢٧/٦/١٨٧٤ بتنظيم المحكمة الاتحادية هناك، لكل مواطن له مصلحة مباشرة أو محتملة أن يطعن بعدم الدستورية خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القانون، فإذا مضت الستون يوماً المشار إليها فلا تجوز مباشرة الدعوى الأصلية، كذلك الأمر في ليبيا وفقاً لدستور ١٩٥٢، وإسبانيا في دستور ١٩٣١ والسودان في دستور ١٩٧٢ وغيرها⁵⁹.

ب- وسيلة الدفع الفرعي: بالرغم من أن الدفع الفرعي وسيلة قضائية تتعلق أصلاً بطريق "رقابة الامتناع" كما سبق أن أوضحنا، يكون للمشرع أن يقرر الوسيلة ذاتها مع تفضيله اتباع طريق الرقابة القضائية المركزية، بأن يسمح للأفراد بالحق في الطعن بطريق غير مباشر في دستورية القوانين واللوائح أمام المحكمة الدستورية المختصة، وذلك من

⁵⁹ راجع في ذلك الدكتور أحمد كمال أبوالمجد: المرجع السابق - ص ٥٨٤.

الدكتور سعد عصفور القانون الدستوري - دار المعارف - ١٩٥٤ - ص ١٧٤ وما بعدها.

الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق - ص ١٥٠ وما بعدها.

الدكتور أسماعيل مرزة: القانون الدستوري - منشورات الجامعة الليبية - بيروت ١٩٦٩ - ص ٥٥٢.

الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت - مرجع سابق - ص ٢٧ وما بعدها.

خلال الدفع أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية، وهي محكمة ليس من صلاحياتها سلطة الفصل في هذا الدفع، وإنما يتعين عليها إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية المختصة، وخاصة إذا تبين لمحكمة الموضوع جدية ذلك الدفع (وهو الشرط المعمول به في مصر) أو صحته (وهو الشرط المعمول به في ألمانيا)، لتتولى المحكمة الدستورية بعد ذلك الفصل فيه، والحكم بعدم دستورية النص أو التشريع المطعون فيه إذا تبين لها ذلك، ويكون حكمها في هذا الشأن ملزماً للكافة حتى يمكن حسم النزاع في هذه المسألة نهائياً، وهو الطريق الذي اتبعته دول عديدة مثل إيطاليا وفقاً لدستور ١٩٤٧ والكويت في دستور ١٩٦٢ ومصر في دستور ١٩٧١.

ويعيب هذا الطريق أن اتباعه يعني انتظار صاحب المصلحة إلى حين تطبيق القانون أو النص التشريعي عليه ليدفع بعدم دستوريته، بل قد لا يتبين صاحب المصلحة هذا الأمر ومن ثم يتم تطبيق القانون عليه وعلى غيره من شاكلته لأمد طويل، إلى أن يتنبه البعض، بعد منازعات ليست بالقليلة تم تطبيق القانون فيها، إلى شبهه عدم دستوريته، فيدفع بذلك ويسير في إجراءاته إلى أن ينتهي الأمر بإعلان بطلان القانون أو إلغائه، مما يثير جدلاً ونزاعاً وخلافاً فقهيًا وقضائياً حول أثر هذا الحكم على نحو ما سنبينه لاحقاً.

ولذلك قد يجيز المشرع، مثلما عليه الحال في مصر، أن تكون المبادأة كذلك لمحكمة الموضوع، إذا تراءى لها عدم دستوريته، باعتباره النص الواجب التطبيق في المنازعة المطروحة عليها، وهو ما يعني حق قاضي الموضوع في التصدي لفحص دستورية النص من تلقاء نفسه بغير حاجة للدفع بذلك من جانب أحد الخصوم، ولكن دون أن تكون له صلاحية الفصل في هذه المسألة باعتبارها مسألة أولية يختص بنظرها، وإنما بوصفها مسألة مبدئية يختص بها القضاء الدستوري المختص دون غيره.

وقد أقر المشرع المصري هذا الطريق عام ١٩٧٩، فأجاز لقاضي الموضوع التصدي من تلقاء نفسه لمسألة دستورية النصوص واجبة التطبيق وإحالتها إذا ثبت لديه عدم دستوريته، وليس مجرد جدية أو شبهه عدم الدستورية، دون أن يعد ذلك إخلالاً منه بمبدأ حياد القاضي، بالرغم من أن ذلك سيكون حتماً لصالح أحد الخصوم وضد مصلحة الطرف الآخر.

ثانياً: في حالة السماح فقط للهيئات أو السلطات العامة بتحريك مسألة الدستورية: بالنظر إلى خطورة الآثار الناجمة عن السماح للأفراد برفع الدعوى الأصلية أمام المحكمة المختصة، قد يتجه المشرع إلى تجنب هذه الآثار بأن يحصر مباشرة هذا الحق في رفع الدعوى مباشرة أمامها، في جهات أو سلطات معينة دون الأفراد العاديين، مثل الوزارات أو المحاكم أو عدد من أعضاء البرلمان أو الأحزاب السياسية أو النقابات.

والغالب أن يكون رفع الدعوى في هذه الحالة من خلال طلب تقدمه الهيئة المخول لها ذلك إلى المحكمة الدستورية المختصة مباشرة، وهو طريق قد يماثل في الإجراءات طريق الدعوى الأصلية المقررة للأفراد أمام المحاكم المختلفة، إلا أن الغالب في هذه الحالة أن يفضل المشرع أن تكون هذه الرقابة سابقة على إصدار النص لتكون رقابة وقائية مثل الرقابة السياسية، وليست رقابة علاجية لاحقة على صدوره، حتى لا يكون للأفراد التمسك بحق الانتجاع إلى هذا الطريق، استناداً إلى انعدام مصلحتهم من الطعن في عمل قانوني لم يكتمل بعد، ولم يدخل من ثم في البناء القانوني للدولة. ولذلك تخول بعض الدول لرئيس الدولة -مثلاً- وهو المختص بإصدار القانون، والذي أقسم على احترام الدستور، الحق في طلب فحص مشروع القانون الذي أقره البرلمان لتقرر المحكمة المختصة مدى دستوريته قبل أن يصدره، وذلك خلال فترة زمنية محددة، فإذا وجدت المحكمة أنه يتفق مع قواعد الدستور تعين عليه السير في إجراءات إصداره، أما إذا أعلنت المحكمة عدم دستوريته، امتنع عليه السير في الإجراءات، وهذا ما أخذت به بنما في دستور ١٩٠٤ وإيرلندا في دستور ١٩٣٧.

ثالثاً: وأخيراً ليس ثمة ما يمنع المشرع من الجمع بين الأمرين، فيجيز لبعض الهيئات أو السلطات العامة إثارة مسألة الدستورية من خلال طلب أصلي أو مبدئياً، متبعاً في ذلك أسلوب الرقابة الوقائية السابقة، مع السماح في الوقت ذاته للأفراد بالطعن في دستورية العمل التشريعي، إن توافرت للطاعن مصلحة شخصية مباشرة، وذلك إما بوسيلة الدعوى الأصلية المباشرة، أو بوسيلة الدفع بعدم الدستورية، فتكون الرقابة فيهما رقابة علاجية لاحقة، على أن تكون النتيجة في جميع الأحوال واحدة، وهي إلغاء القانون أو مشروع القانون غير الدستوري بصفة نهائية، تحقيقاً للفاعلية الكاملة من الرقابة على الدستورية، وهذا هو الأسلوب الذي اقترحنا على المشرع العماني اتباعه على النحو السالف عرضه، بأن تكون الرقابة لاحقة كأصل عام ومخولة للأفراد ذوي المصلحة

الشخصية المباشرة، ونفضل أن تكون وسيلة الأفراد في تحريك مسألة الدستورية، هي الدعوى الدستورية الأصلية المباشرة أمام الجهة القضائية المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون السلطة القضائية، لضمان أكبر قدر من الفعالية في الرقابة مع تحقيق الاستقرار في المعاملات في وقت معقول، وإعفاء الأفراد من القلق والانتظار إلى حين إقامة دعوى موضوعية ضدهم أو منهم، حتى يتسنى لهم إبداء الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع، وتقتنع هذه المحكمة بجدية الدفع، أو أن تقوم بإحالة مسألة الدستورية من تلقاء نفسها واستخدام رخصة التصدي إذا تراءى لها ذلك.

واستثناءً من هذا الأصل يلزم السماح لبعض السلطات أو الهيئات العامة مثل الوزراء ومجلس الدولة ومجلس الشورى والمحكمة العليا ومحكمة القضاء الإداري، بطلب فحص الدستورية إذا كان القانون أو النص محل الطلب يتعلق بتنظيمها أو تحديد اختصاصاتها أو يحكم علاقاتها بغيرها من السلطات أو الهيئات، وبذلك قبل صدور القانون أو النص، لتقرر الهيئة المختصة المشار إليها مدى دستوريته ومن ثم جواز الاستمرار في إجراءات إصداره أو اعتباره كأن لم يكن⁶⁰.



المطلب الرابع

آثار مباشرة الرقابة على الدستورية والحكم فيها

إذا كانت رقابة الامتناع في أسلوب الرقابة القضائية اللامركزية تسفر عن أثر قانوني محدود، هو عدم تطبيق القانون أو النص التشريعي الذي تبينت محكمة الموضوع عدم دستوريته، دون مساس بقوة نفاذ القانون أو سريانه، ومن ثم تكون لحكم هذه المحكمة في ذلك الموضوع حجية نسبية تقتصر على أطراف الخصومة أو المنازعة فحسب - فإن الرقابة

⁶⁰ يؤيد هذا الطريق الدكتور محمد صلاح عبد البديع: قضاء الدستورية في مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ ص ٢١٧. والحقيقة أن إرادة المشرع الدستوري في النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان ليست جلية بصورة تامة بصدد تفضيل أي من هذه الطرق، ومع ذلك فإننا نتمسك من نص المادة ٧٠ سائفة الذكر أن المشرع قد تبنى نظام المركزية القضائية في الرقابة على الدستورية، وتحدث عن المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه بصورة مجردة، وهذا إما يدفعنا إلى الاعتقاد بأن إرادته قد اتجهت إلى تقرير طريق الدعوى الأصلية للأفراد، كما أنه وفقاً للمادة ٨٠ من النظام الأساسي لا يجوز لأي جهة في الدولة إصدار أنظمة أو لوائح أو قرارات أو تعليمات تخالف أحكام القوانين والمراسيم... مما يساعد على تقرير حق هذه الجهات في متابعة دستورية أعمالها، ومن ثم يحق تخويلها طلب الرقابة السابقة على دستورتها.

القضائية المركزية تستلزم منطقياً أن تكون للمحكمة صلاحية إلغاء أو إعلان بطلان القانون أو النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته، وأن تكون حجج الحكم في هذه الحالة مطلقة أي ملزمة للكافة، وأن يترد أثر الحكم إلى تاريخ إصدار النص أو تطبيقه. ومع ذلك فالربط بين تلك الأنظمة على هذا النحو ليس حتمياً من الناحية القانونية أو العملية، إذ قد يتم الخلط بين رقابتي الإلغاء بوسيلة الدعوى الأصلية من ناحية ورقابة الامتناع ووسيلة الدفع الفرعي من ناحية أخرى.

وقد أدى موقف المشرع المصري - على سبيل المثال - باتباع رقابة الإلغاء ولكن بوسيلة الدفع الفرعي إلى الوقوع في مشكلات قانونية وسياسية قاسية، تتعلق بحجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا هناك، والأثر الرجعي أو المباشر لهذا الحكم، مما يدفعنا إلى حث المشرع العماني - عند وضع قانون تنظيم الرقابة على الدستورية - على الالتزام بأساسيات أي من هذه الطرق محل الدراسة كاملة دون خلط بينها وبوضوح تام، تلافياً لأيّة خلافات تكون أو مشكلات، خاصة فيما يتصل بالحجية المطلقة والأثر الرجعي لأحكام الهيئة القضائية المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون السلطة القضائية.

ومن ناحية أخرى يثور كذلك في هذا الصدد التساؤل عما إذا كان من المحتمل أن يجيز المشرع طلب وقف تنفيذ هذا القانون أو ذاك النص المشتبه في عدم دستوريته إلى حين الفصل في هذه المسألة أو لا. وعليه نعرض لهذه الموضوعات بالتفصيل المناسب على النحو الآتي:

أولاً: الحجية المطلقة للحكم: إذا كان الفقه الدستوري قد تلاقى على أن "حكم محكمة الموضوع بعدم دستورية نص تشريعي، وفقاً لأسلوب رقابة الامتناع الذي يفترض اتباعه في طريق الرقابة اللامركزية على الدستورية، ليست له سوى حجية نسبية مقصورة على أطراف النزاع الموضوعي، وبذلك لا يكون هذا الحكم ملزماً لغيرهم، بمعنى أن آثار هذا الحكم النسبي تنحصر في إهمال تطبيق النص غير الدستوري في القضية المثار بصدها مسألة دستوريته باعتبار أنه كان من الواجب تطبيقه فيها، دون أن يحول ذلك من استمرار نفاذ النص وسريان حكمه في الأحوال الأخرى التي يتسنى فيها ذلك، أي في دعاوى ومنازعات لاحقة على صدور الحكم الأول"⁶¹، فإنه بصدد طريق

الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، يتفق معظم الفقه الدستوري على ضرورة أن يكون لحكم المحكمة الدستورية المختصة حجية مطلقة في مواجهة الكافة، بمعنى أن يكون ملزماً لجميع سلطات الدولة بما فيه المحكمة الدستورية ذاتها، سواء ارتكزت هذه الرقابة المركزية على وسيلة الدعوى الأصلية أم على وسيلة الدفع الفرعي بعدم الدستورية، وذلك تأسيساً على أن طبيعة الدعوى الدستورية أن الخصومة فيها عينية توجه إلى النص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية، بهدف الحكم ببطلانه بسبب هذا العيب.

وفي ذلك تقول المحكمة العليا المصرية: إن ”الرقابة القضائية على دستورية القوانين... تستهدف حماية الدستور وصونه، وذلك عن طريق إنهاء قوة نفاذ النص المخالف للدستور، ولما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة إلى التشريع ذاته، فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذي يصدر بعدم دستورية نص تشريعي يلغي قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة. ولما كان هذا الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته، فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي لا يقتصر على أطراف النزاع في الدعوى التي قضى فيها فقط، وإنما ينصرف أثر هذا الحكم إلى الكافة ويكون حجة عليهم“⁶².



وهكذا يجمع الفقه الدستوري على تأسيس الحجية المطلقة للحكم الدستوري على الطبيعة العينية للدعوى الدستورية، إضافة إلى أنه إذا كان وجود النص القانوني تصاحبه بالضرورة قوة ملزمة يفرض بها على الكافة أفراداً كانوا أم سلطات وهيئات، فإن زواله يستتبع بالمقابل وبالضرورة زوال هذه القوة الملزمة بالنسبة للكافة من أفراد وسلطات وهيئات، ومن ثم إطلاق قوة حجية أحكام الدستورية، وعدم اقتصارها على أطراف دعواها، وذلك من وجهة

⁶¹ ومع ذلك يلزم ملاحظة أن الحجية النسبية للحكم الصادر بعدم الدستورية في قضاء المحكمة العليا الأمريكية وهو قضاء امتناع، لا تنفي أنه يمثل سابقة قضائية، ومن ثم تكون ملزمة لكافة المحاكم الأخرى دون أن يستتبع ذلك القول بالحجية المطلقة لأحكامها، خاصة أنه يحق لهذه المحكمة أن تعدل عن قضائها السابق إذا تغيرت الظروف، وهو ما حدث بشأن عقوبة الإعدام، حيث صدر حكم المحكمة العليا عام ١٩٧٢ بأنها عقوبة غير دستورية، ثم صدر حكم لاحق عام ١٩٧٦ بأنها عقوبة دستورية - راجع في ذلك مزيد من التفصيلات للدكتور شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق - ص ٥٧٥ وص ٦٠٢.

⁶² حكمها في ١٩٧٦/١٢/١١ الدعوى ٨ لسنة ٢ ق.د، كذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية التي أقرت الحجية المطلقة - خلافاً للمحكمة العليا - للأحكام الصادرة بدستورية النص ومن ثم رفض الطعن منه كذلك - أحكامها في ٢٠٠١/٦/٢ قضية ١٩٥ لسنة ١٩ ق.د، وفي ١٩٩٦/١١/١٦ قضية ٤٤ لسنة ١٨ ق.د، وفي ١٩٩٢/٢/٦ قضية ٥٧ لسنة ٤٤ ق.د.

الفصل: نفي الدستورية أو تقريرها، فلا مجال إذن في خصوص أحكام الدستورية لتفرقة بين حجية مطلقة وحجية نسبية، فالحجية هنا مطلقة وفي جميع الأحوال⁶³.

ومن المستقر من ناحية أخرى في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، أنها تقوم أثناء نظر الدعوى الدستورية بمطابقة النصوص المطعون بعدم دستورتيتها لكافة نصوص وأحكام الدستور ذات الصلة، وليس فقط النصوص التي أشار إليها الطاعن في طعنه، للوقوف على مدى توافقها مع أحكام الدستور في مجمله، ”منقبة عن أية مخالفة لها ليكون حكمها إما كاشفاً عن قيامها بالنص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، وإما نافياً لثبوتها من كافة مظانها، ومقررراً بالتالي براءته منها، ومانعاً من العودة لإثارته. وبغير ذلك لا تستقيم الحجية المطلقة لأحكامها في المسائل الدستورية“⁶⁴، وهو أمر لا يتحقق في حالة رقابة الامتناع التي يقتصر البحث فيها على أسانيد المخالفة الدستورية التي ساقها الطاعن في دفعه، وذلك بالمقابلة بين نصين متعارضين أحدهما نص واجب التطبيق في الدعوى والآخر نص دستوري، بحيث يتم الامتناع عن تطبيق الأول لتعارضه مع الثاني، أو تطبيق النص التشريعي إذا ثبت عدم تعارضه مع النص الدستوري الذي أشار إليه الطاعن في دفعه، حتى لو كان من ناحية أخرى يتعارض مع نصوص دستورية أخرى⁶⁵.

والمجمع عليه فقهاً وقضاءً أن مقتضى الحجية المطلقة للحكم الدستوري، التزام جميع الأفراد والسلطات العامة والهيئات المختلفة كافة بمنطوق الحكم وأسبابه المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً، ويتبدى وجه الإلزام بالنسبة للسلطة القضائية في أنه يتعين على جميع المحاكم عدم

⁶³ الدكتور محمد فؤاد عبدالباسط: المرجع السابق - ص ٨٦٤ (الهامش).

وفي هذا الصدد يلزم ملاحظة أن الحجية المطلقة لا ترتبط حتماً بالأحكام القضائية في المسائل الدستورية، إذ من الملاحظ أن لقرارات المجلس الدستوري، وهو كما سبق أشرنا هيئة سياسية من حيث التشكيل، ولكن يتسم عمله واختصاصاته المتصلة بالرقابة على الدستورية بالطابع القانوني حتى إن كان لقراراته في شأنها آثار سياسية، فإن لهذه القرارات حجية مطلقة ملزمة للكافة، وذلك وفقاً للمادة ٦٢ من الدستور الفرنسي الحالي - راجع لمزيد من التفصيلات الدكتور شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق - ص ٥٦٨ وص ٥٩٤.

⁶⁴ حكمها في ١٩٩٢/٢/٦ القضية ٧٥ لسنة ٤ ق.د.

⁶⁵ ويؤكد الفقه الدستوري على أنه إذا كان النظام المصري لرقابة الدستورية قد اختار رقابة الإلغاء المركزية على دستورية القوانين، فإن هذا الخيار لا تكتمل منظومته ولا يستوي في أغراضه إلا بإطلاق الحجية لأحكام المحكمة الدستورية.

الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر - ١٩٧١ - ص ١٥٨.

الدكتور محمد فؤاد عبدالباسط: المرجع السابق - ص ١٧٩ وكذلك ص ٨٦١.

كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ ١٢/٧/١٩٩١ قضية ٢١ لسنة ١٠ ق.د.

قبول إثارة النزاع ذاته المقضي فيه مرة أخرى لسابقة الفصل فيه، ومن ثم الامتناع عن تطبيق النص الذي قضت فيه المحكمة الدستورية المختصة بعدم دستوريته، وذلك في جميع القضايا المعروضة أمامها أو التي تعرض عليها في المستقبل، ويراد تطبيق هذا النص فيها، تأسيساً على زوال قوة نفاذ هذا النص وانعدام وجوده في البناء القانوني للدولة⁶⁶.

أما بالنسبة إلى السلطة التشريعية فإن التزامها يختلف وفقاً لأحد احتمالين:

الأول: أن يترتب على بطلان القانون أو النص التشريعي لعدم دستوريته وإزالته من البناء القانوني للدولة حدوث فراغ تشريعي، فيتعين عليها في هذه الحالة إعادة إقرار قانون أو نص تشريعي آخر بحيث تلتزم فيه بمراعاة أسباب الحكم الصادر من المحكمة حتى لا تقع مرة أخرى في حومة أو شبهة عدم الدستورية، أو على الأقل تعديل تشريعاتها النافذة على ضوء ما قضى به الحكم الصادر بعدم الدستورية إذا كانت هناك علاقة بين نصوص هذه التشريعات، والنص التشريعي المقضي بعدم دستوريته.

الثاني: ألا يحدث فراغ تشريعي من جراء الحكم ببطلان التشريع لعدم دستوريته، وذلك في حالة ما إذا أدى ذلك البطلان أو الإلغاء إلى إحياء قواعد قانونية كان قد نسخها التشريع المقضي بعدم دستوريته، أو إلى سريان مبدأ عام أو اتساع نطاق تطبيق قاعدة قانونية قائمة، بفضل الحكم بعدم دستورية نص تشريعي كان يقيد سلطان تطبيق هذا المبدأ أو تلك القاعدة⁶⁷.



⁶⁶ لعل مسألة امتناع المحاكم عن تطبيق النص غير الدستوري هي التي دفعت جانباً من الفقه المصري إلى تصور أن "رقابة الدستورية في مصر هي رقابة امتناع عن تطبيق النص غير الدستوري... وإن كان الامتناع هنا يتسم بالعمومية والإطلاق وليس بالنسبية من حيث ترتيب آثاره الملزمة" - الدكتور مصطفى عفيفي: رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - مرجع سابق - ص ٢٨٨، والدكتور محمد حسنين عبدالعال: القانون الدستوري - ١٩٩٢ - ص ١٦٢، والدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري - ١٩٨٢ - ص ٥٤٧ و ٦١٢. وقد رفض معظم الفقه هذا الاتجاه مقررًا أن من شأن تقرير عدم دستورية نص إلغاء وجود هذا النص - الدكتور عصام أنور سليم: موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون - منشأة المعارف - ٢٠٠٠ - ص ٧٢ وما بعدها، والدكتور محمد فؤاد عبدالباسط: المرجع السابق - ص ٩١٩، والدكتور عزيزة الشريف: القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - ١٩٩٠ - ص ١١٧، أو على الأقل إلغاء قوة نفاذ النص - الدكتورة نبيلة عبدالحليم: الرقابة القضائية على دستورية القوانين - ١٩٩٢ - ص ٢٤٠، والدكتور فتحى فكرى: القانون الدستوري - الكتاب الأول - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٢٢٢، وهذا هو مذهب القضاء الدستوري المصري - المحكمة العليا في ١٩٧٧/٢/٥ دعوى رقم ١٦ لسنة ٧ ق.د. والمحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٤/٢/١٧ قضية ١٣٦ لسنة ٥ ق.د. وفي ١٩٨٥/١٢/٢١.

⁶⁷ الدكتور عصام سليم: المرجع السابق - ص ٨، وهو يرى أن مفاد ذلك أن يكون القضاء الدستوري مصدراً غير تشريعي للقواعد القانونية.

وأخيراً يتعين على السلطة التنفيذية، الالتزام بالآثار عينها سائلة الذكر، إذ تعلق الحكم الدستوري بنص لائحي صادر عنها، وتم إعلان عدم دستوريته ومن ثم بطلانه وإلغاءه، إضافة إلى التزامها الأصيل بعدم الاستمرار في تنفيذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها.

وبناء على ما تقدم نقترح على المشرع العماني، تحقيقاً لهدف المشرع الدستوري من اعتماد طريق الرقابة المركزية على الدستورية، أن ينص صراحة في قانون تنظيم الرقابة على الدستورية المتوقع إصداره، على أن يكون لحكم الهيئة المنصوص عليها في المادة ١٠ من قانون السلطة القضائية، حجية مطلقة ملزمة للكافة من الأفراد أو السلطات العامة⁶⁸، وأنه يترتب على صدور الحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه بطلان هذا النص - أو التشريع - ومن ثم انعدام وجوده القانوني وزواله من البناء القانوني للدولة واعتباره كأن لم يكن⁶⁹.

ثانياً: الأثر الرجعي للحكم: يذهب الرأي الراجح في الفقه الدستوري إلى أن طبيعة نظام الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، تفرض أن يكون للحكم الصادر في ظل هذا النظام أثر رجعي (كاشف) يترد إلى تاريخ العمل بالنص غير الدستوري وتطبيقه⁷⁰، وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية على "أن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منسئة، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تثنئ مراكز أو أوضاعاً

⁶⁸ ويتعين ملاحظة أن صدور دستور جديد أو إجراء تعديل دستوري يؤدي إلى جواز إعادة النزاع من جديد في حالة صدور حكم سابق برفض الدعوى الدستوري موضوعياً، بهدف مطابقة النص ذاته مع الدستور الجديد أو النص الدستوري المعدل - راجع في ذلك الدكتور شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق - ص ٥٨٦ وما بعدها، والدكتور محمد صلاح عبد البديع: المرجع السابق ٢٧٥، راجع كذلك الدكتور عبدالله ناصف: حجية وأثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل - ١٩٩٨ - ص ٦٢، وهو من أنصار الحجية النسبية للأحكام الدستورية.

⁶⁹ وهذا الاصطلاح الأخير استخدمه المشرع الكويتي عندما نص في المادة ١٧٢ من دستور الكويت الحالي الصادر عام ١٩٦٢ على أنه "... وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لأئحة يعتبر كأن لم يكن". وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى اتجاه جانب من الفقه المصري إلى أنه لا يجوز للقضاء الدستوري أن يحكم مباشرة بإلغاء القانون أو النص التشريعي غير الدستوري، لأن سلطة الإلغاء لا تكون إلا لمن يملك الإنشاء، فلا يصح أن يترتب هذا الإلغاء مباشرة بحكم المحكمة الدستورية المختصة مالم يقرر المشرع الدستوري صراحة هذا الأثر - راجع في هذا المعنى الدكتور ابراهيم شيبان: القانون الدستوري - ١٩٨٢ - ص ٨٢٨، الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق - ص ٢٢٨.

⁷⁰ الدكتور شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق - ص ٦٢٢.

الدكتور أحمد كمال أبو المجد: دراسات في القانون الدستوري - ١٩٨٧ - ص ١٤٦.

الدكتور محمد أنس جعفر: الرقابة على دستورية القوانين - ١٩٩٨ - ص ١٤١.

الدكتور عبدالله ناصف: المرجع السابق - ص ٥٨.

لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء، وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي بوصفه نتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بياناً لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقاً للدستور وفي حدوده المقررة شكلاً وموضوعاً، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه، أو أنه صدر متعارضاً مع الدستور فينسخ عنه وصفه وتتعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره⁷¹ وبذلك كان «قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية في شأن موافقة النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور أو مخالفتها، إما أن يكون كاشفاً لصحتها منذ صدورها، أو مقررراً بطلانها وملغياً قوة نفاذها اعتباراً من تاريخ العمل بها»⁷².

غير أنه من المشاهد عملاً أن المشرع في عديد من الدول يتدخل عمداً في تحديد ما إذا كان للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي أو أثر مباشر لتحقيق بعد الأغراض غير القانونية أو القضائية تحت دعاوي ومزاعم مختلفة مثل تحقيق الأمن القانوني أو الاستقرار التشريعي، وذلك بالحد من الآثار القانونية المنطقية لحكم عدم الدستورية⁷³.

وهذا ما يدفعنا إلى دعوة المشرع العماني عند تنظيمه لهذه المسألة إلى عدم التروي في مثل هذه المشكلة، وأن يقرر بوضوح تام النطاق الزمني لتنفيذ وسريان الحكم بعدم الدستورية، وفقاً للأصول القانونية والقضائية المسلمة، بأن يكون لهذا الحكم أثر رجعي يترد إلى تاريخ العمل بالنص أو التشريع غير الدستوري، وتجريده من ثم من قوة نفاذه وزوال الآثار المترتبة عليه منذ إقراره.

⁷¹ حكمها في ١٩٩٠/٥/١٩ قضية ٢٧ لسنة ٩ ق.د.

⁷² حكمها في ١٩٩٢/٦/١٩ قضية ٧ لسنة ١٤ ق. منازعة تنفيذ.

⁷³ وهذا ما جرى في جمهورية مصر العربية، نتيجة عدم حسم المشرع منذ البداية هذه المسألة والاستعاضة عن ذلك بصياغة غامضة تتمثل في القول بأنه "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم...". ٤٩م من قانون المحكمة الدستورية، مما أدى إلى خلاف فقهي وقضائي حاد، اسفر عن تدخل المشرع بقرار لقانون تعديل هذا النص بما يحقق أهدافه التشريعية، وهو تعديل أدى بدوره إلى خلاف حاد آخر حول دستورية أو عدم دستورية أو انعدام هذا التعديل. راجع في ذلك - الدكتور عبد الله ناصف - المرجع السابق - وهو بحث يتعلق في الأساس هذا التعديل. كذلك الدكتور محمد صلاح عبد البديع: المرجع السابق - ص ١٩٤ وما بعدها، والدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق - ص ٩٤٠ وما بعدها، والدكتور سامي جمال الدين - المرجع السابق - ص ٢٢٠ وما بعدها.

ومن الأصول التشريعية أيضاً أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي جميع الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة التي استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادمها، ما لم يكن النص المقضي بعدم دستوريته من النصوص الجزائية، إذ يكون للحكم أثر رجعي في حالة إدانة المحكوم عليه استناداً إلى هذا النص غير الدستوري، وأثر مباشر إذا كان الحكم عليه بالبراءة.

ثالثاً: وقف تنفيذ القانون المطعون عليه بعدم الدستورية: الأصل أن يتمتع القانون أو أي نص تشريعي كان بعد صدوره من السلطة التشريعية المختصة، بقرينة قانونية لصالحه تفيد تطابقه مع قواعد وأحكام الدستور أو النظام الأساسي وافترض عدم مخالفته لنصوصه، بحيث يقع على من يدعي عكس ذلك عبء إثبات المخالفة الدستورية، ولذلك كانت قرينة دستورية النصوص التشريعية قرينة نسبية وليست قاطعة، ومن ثم قابلة لإثبات العكس في الدول التي تتبع طريق الرقابة القضائية اللاحقة على الدستورية، سواء كانت مركزية أو لامركزية، ومن خلال الدعوى الأصلية أو الدفع الفرعي، على خلاف تلك الدول التي تتبع طريق الرقابة السابقة على الدستورية، لأن النصوص التشريعية محل الرقابة وفقاً لهذا الطريق لن يكون لها أصلاً قوة نفاذ، إلا بعد التحقق من اتفاقها مع قواعد الدستور القائم، فإذا صدرت بعد ذلك حازت قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على أنها متفقة مع الدستور، ولهذا لا جدوى من محاولة المنازعة في دستوريته لإثبات عكس تلك القرينة القاطعة.

ومقتضى قرينة الدستورية التي تتمتع بها النصوص التشريعية في نظم الرقابة القضائية على الدستورية، أنه لا يجوز للقضاء المختص أن يبطل نصاً من هذه النصوص إلا إذا قام الدليل القاطع لديه على مخالفتها للدستور، مما يؤدي إلى إهدار أثر قرينة الدستورية وزوالها، ولذلك يجب أن يكون ثبوت المخالفة الدستورية يقيناً قاطعاً بغير شكوك أو تأويلات قد تلبسه، وهذا يعني أن الشك في أمر دستورية النصوص المطعون بعدم دستوريته يفسر لصالح قرينة دستورية هذه النصوص، وكما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر، فإنه عند الشك في دستورية القانون يكون إعماله خيراً من إهماله⁷⁴.

⁷⁴ حكمها في ١٩٥٦/٦/٢٤ قضية ١٦٢٠ لسنة ٩ ق، المجموعة السنة ١٠ ص ٣٦٦.

وقياساً على الطعون بمراجعة القرارات الإدارية ومن ثم طلب إلغائها لعدم مشروعيتها، وهي طعون لا تؤدي بذاتها إلى وقف سريان وتنفيذ هذه القرارات، تأسيساً على تمتعها بقرينة المشروعية، إلى أن يحكم القضاء المختص بعدم مشروعيتها ومن ثم بإبطالها أو إلغائها، فالقاعدة بصدد القوانين المطعون بعدم دستورتيتها أنه لا يترتب على الطعن بعدم دستورية نص تشريعي وقف نفاذه أو سريانه أو تعطيل العمل بأحكامه، وإنما يظل معمولاً به، قابلاً للتطبيق على رغم الطعن عليه، إلى أن تبطله المحكمة الدستورية المختصة إذا تبينت مخالفته للقواعد الدستورية.

وقد أقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذا المبدأ حيث قضت بأن ”الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخياً، بل يكون إنفاذها - اعتباراً من تاريخ العمل بها - لازماً. ولا يجوز من ثم أن يكون مجرد الطعن عليها موقفاً لأحكامها، أو مانعاً من فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور، فإن هي انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية، كان ذلك استصحاباً لأصل صحتها لتزول الشبهة التي كانت عالقة بها. ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية لا يجوز بحال وقف تنفيذها، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع بوقف سريانها، وإلا عد ذلك عدواناً على الولاية التي أثبتتها الدستور للسلطة التشريعية، وإسباً لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا التي لم يخولها الدستور عين الولاية العامة التي يباشرها المجلس النيابي في مجال سلطة التقدير والتقرير“⁷⁵.

ولما كان قانون تنظيم المحكمة الدستورية العليا المصرية لم يورد استثناءً على هذه القاعدة خلافاً لقانون تنظيم جهة القضاء الإداري في مصر - أي مجلس الدولة - الذي أجاز طلب وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء إذا توافرت حالة الاستعجال وقام الطلب على أسباب جدية ترجح إلغائه عند نظر موضوع الطعن، فمن المستقر فقهاً وقضاءً في مصر عدم جواز طلب وقف تنفيذ القانون أو النص التشريعي المطعون بعدم الدستورية وعدم جواز الاستجابة لمثل هذا الطلب إذا تم تقديمه تمسكاً بقرينة الدستورية وفقاً لما سبق بيانه.

⁷⁵ حكمها في ٧/٥/١٩٩٤ قضية ٦ لسنة ١٢ ق. منازعة تنفيذ.

غير أن جانباً من الفقه المصري ذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع من تدخل المشرع لإقامة نظام لوقف تنفيذ النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته لحين الفصل في الدعوى الدستورية، وذلك للحد من أحوال تطبيقه بقدر المستطاع خلال هذه الفترة، ولا يحتج على ذلك بأن وقف التنفيذ فيه افتتات من القاضي الدستوري على المشرع، لأن سلطة الوقف هنا - كحالها أمام القاضي الإداري - مشتقة من سلطة الإلغاء، وإذا كانت اللوائح لا يستعصي وقف تنفيذها أمام القاضي الإداري، على رغم تماثلها مع القانون في سعة التطبيقات وعموم الآثار، فلماذا تمتنع هذه الإمكانية أمام القاضي الدستوري؟ وهل يستساغ وقف تنفيذ اللائحة لعيوب المشروعية العادية، ويمتنع ذلك للعيوب الأكثر جسامة وهي العيوب الدستورية؟ كما أن الإلغاء - وهو الدرجة القصوى للنيل من النص - إن كان لا يعد افتتاتاً على المشرع، فمن باب أولى لا يعد كذلك الأقل منه درجة، وإيقاف التنفيذ هنا حال تقريره لن يكون بطبيعة الحال إلا بشروط قصوى ومشددة تقيد الضرورة بقدرها وفي إطار مصلحة عامة مستهدفة تحجيم آثار السريان الرجعي لأحكام عدم الدستورية، بتحجيم تطبيقات النص المطعون فيه خلال فترة الإيقاف⁷⁶.

وفي تقديرنا أن هذا الفقه جدير بالاعتبار، ونرى أنه لا مانع من الأخذ به في سلطنة عمان عند وضع قانون تنظيم الرقابة على الدستورية، في حالة إقرار المشرع لطريق الدعوى الأصلية للرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتحديد مدة زمنية قصيرة نسبياً لرفع الدعوى، وهي التي سبق أن اقترحنا أن تكون في حدود ستين يوماً أو أكثر، وذلك محافظة على الاستقرار في الحقوق والمعاملات من خلال تحجيم تطبيقات النص المطعون في دستوريته خلال فترة الإيقاف أثناء نظر الدعوى الدستورية، خاصة أنه ليس من السائغ بحق أن يكون الأمر بالنسبة إلى اللوائح جواز وقف تنفيذها لمجرد الطعن في عدم مشروعيتها بالنسبة إلى القوانين العادية، وفقاً للمادة ١٩ من قانون محكمة القضاء الإداري في عمان رقم ٩٩/٩١، ثم يمتنع ذات الأمر في حالة الطعن بعدم دستوريته، وهي قمة المخالفة لمبدأ سيادة القانون.

⁷⁶ الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق ص ١٧٠ وص ١٧١ (هامش ١).

خاتمة البحث

عرضنا لمشكلة تنظيم الرقابة على الدستورية في سلطنة عمان من خلال دراسة مقارنة للأنظمة الرئيسية السائدة في معظم دول العالم، وقد تبين لنا من هذه الدراسة أن النظام الأساسي للدولة وإن أقر مبدأ سمو وجمود نصوصه ووجوب تطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون مع أحكامه، فإنه أحال إلى القانون مهمة تعيين الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بهذه المسألة وبيان صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها، وقد قام المشرع فعلاً بتعيين الجهة القضائية المشار إليها، ولكنه لم يضع بعد أحكام الرقابة التي تمارسها هذه الجهة وصلاحياتها القضائية في مباشرة اختصاصاتها، والإجراءات التي تتبعها في هذا الشأن، مما أثار المشكلة محور هذه الدراسة والتي تتبلور في وجود أو عدم وجود رقابة على الدستورية في السلطنة.

وقد أثبتت الدراسة أولاً أن سلطنة عمان دولة قانونية تعتنق مبدأ سيادة القانون، وتخضع فيها كافة السلطات العامة للقانون في جميع أعمالها وتصرفاتها، كما أنها بصدد النظام الأساسي للدولة فيها عام ١٩٩٦م صارت دولة دستورية، خاصة أن هذا النظام يتسم بالسمو والجمود، علاوة على إقراره طريق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.

وقد عرضنا في إطار الدراسة المقارنة لطرق الرقابة على الدستورية السائدة، فقسمناها إلى ثلاثة طرق رئيسية هي الرقابة السياسية على الدستورية، والرقابة القضائية اللامركزية عليها أي رقابة الامتناع، والرقابة القضائية المركزية على الدستورية أي رقابة الإلغاء، وقد تبين لنا أن سلطنة عمان لا تأخذ بطريق الرقابة السياسية، إذ الرقابة على الدستورية فيها هي رقابة قضائية تباشرها هيئة تشكل عند الحاجة من عدد من القضاة العاملين في جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري في السلطنة، إلا أن هذه الهيئة لم يتم تفعيل اختصاصاتها حتى اليوم نتيجة عدم صدور القانون الذي استلزم النظام الأساسي سنة لبيان صلاحيات هذه الهيئة وتحديد الإجراءات الواجب اتباعها لمباشرتها الرقابة على الدستورية، مما أدى إلى نشوب خلاف قضائي في محكمة القضاء الإداري حول الآثار المترتبة على هذا النقص التشريعي.

فقد ذهبت الدائرة الابتدائية الثانية في المحكمة إلى أن مؤدى هذا النقص التشريعي وجود رقابة الامتثال على الدستورية احتراماً لأحكام النظام الأساسي للدولة، باعتبارها الأصل العام عند غياب النص أو عدم تفعيله، لأن فحص دستورية القوانين واللوائح من النظام العام، وللقاضي أن يتصدى لها من تلقاء نفسه، على حين رأت الدائرة الاستئنافية في المحكمة أنه ليس للمحاكم في السلطنة أية اختصاصات تتعلق بفحص الدستورية سوى للهيئة القضائية المشار إليها في المادة (١٠) من قانون السلطة القضائية، فهي من ثم مطالبة بتطبيق القوانين السارية ولا يجوز لها مجرد الامتناع عن تطبيقها، فهو أمر محظور عليها.

وقد أوضحنا في هذا البحث رأينا في هذا الخلاف، حيث تبين لنا سلامة قضاء الدائرة الابتدائية وعدم صحة موقف الدائرة الاستئنافية، لما يؤدي إليه هذا الموقف من تجميد للرقابة على الدستورية بالمخالفة للنظام الأساسي للدولة، ومن ثم التشكيك في كون السلطنة دولة دستورية قانونية نتيجة إهدار أهم ضمانات كفالة سيادة القانون وسمو الدستور وجموده، مما يدفعنا إلى التسليم بحق جميع المحاكم القضائية في السلطنة بفحص دستورية القوانين واللوائح واجبة التطبيق في المنازعات المطروحة عليها، والامتناع عن تطبيق أي نص فيها يثبت للمحكمة عدم مطابقته لأحكام النظام الأساسي للدولة، وذلك إلى أن يستوفى المشرع التنظيم التشريعي الكامل للرقابة القضائية المركزية على الدستورية ويصبح هذا التنظيم معمولاً به قابلاً للتطبيق.

وفي هذا الصدد، وبعد دراسة تفصيلات طريق الرقابة القضائية المركزية على الدستورية في الدول التي تعتنق هذا الأسلوب، نوصي المشرع العماني أن يأخذ بالأسلوب الذي يتناسب مع الظروف الخاصة للسلطنة، وفي تقديرنا أنه يمكن اعتناق طريق مزدوج يجمع بين أسلوبين هما:

أولاً: تنظيم رقابة قضائية سابقة على صدور التشريع، إذا كان هذا التشريع يتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة وعلاقاتها فيما بينها، على أن يقتصر الحق في تحريك هذه الرقابة على الهيئات والسلطات العامة فيها بطلب يقدم إلى الهيئة المختصة بالرقابة على الدستورية قبل مرحلة إصدار التشريع أو التصديق عليه ونشره.

ثانياً: تنظيم رقابة قضائية لاحقة بواسطة دعوى أصلية، يحق للأفراد ذوي المصلحة رفعها خلال ستين يوماً من تاريخ نشر القانون وتطبيقه، مع جواز طلب وقف تنفيذ القانون أثناء نظر الدعوى إذا ترتب على تنفيذه نتائج يتعذر تداركها مستقبلاً. وللمحكمة صلاحية إعلان عدم دستورية مشروع القانون في الحالة الأولى أو القانون بعد إصداره في الحالة الثانية، على أن تكون لأحكامها حجية ملزمة مطلقة للكافة، ويترتب على إعلان عدم الدستورية اعتبار القانون أو مشروعه كأن لم يكن وتزول جميع الآثار التي ترتبت عليه - إن وجدت - بأثر رجعي.



المراجع

أولاً: المراجع العربية:

أ- المراجع العامة:

- ١- الدكتور أمين عاطف صليبيبا: دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان- ٢٠٠٢.
- ٢- الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٥.
- ٣- الدكتور مصطفى عبد المقصود سليم: الرقابة على دستورية القوانين في الدولة القانونية المعاصرة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨ م.
- ٤- الدكتور محمد رفعت عبدالوهاب: القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٠.
- ٥- الدكتور شعبان أحمد رمضان: ضوابط آثار الرقابة على دستورية القوانين - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠.
- ٦- الدكتور سامي جمال الدين: النظم السياسية والقانون الدستوري - منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥-.
- ٧- الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري - مكتبة النهضة المصرية - القاهرة - ١٩٦٠.
- ٨- الدكتورة عزيزة الشريف: دراسات في الرقابة على دستورية التشريع - الكويت - ١٩٩٥.
- ٩- الدكتور عيد أحمد الغفلول: فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤.

- ١٠- الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر - الطبعة الاولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢.
- ١١- الدكتور منير عبد المجيد: أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠١.
- ١٢- الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢.
- ١٣- الدكتور عبد الحميد حشيش: الوجيز في القانون الدستوري - القاهرة - ١٩٨٠.
- ١٤- الدكتور عبد الغني بسيوني: النظم السياسية والقانون الدستوري - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٩٢.
- ١٥- الدكتور محمد جمال عثمان جبريل: الرقابة على دستورية القوانين في إيران - دار النهضة - القاهرة ٢٠٠٢-.
- ١٦- الدكتور محمد سليم العوا: النظام السياسي للدولة الإسلامية - دار الشروق - ١٩٨٩.
- ١٧- الدكتور عيد أحمد الغفلول: الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩.
- ١٨- الدكتور مصطفى عفيفي: رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - الطبعة الاولى - ١٩٩٠.
- ١٩- الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في جامعة الكويت كلية الحقوق - الطبعة الأولى - ١٩٨٦.
- ٢٠- الدكتور محمد كامل ليله: القانون الدستوري - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٦٧.



- ٢١- الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية - منشأة المعارف الإسكندرية - ٢٠٠٢.
- ٢٢- الدكتور سعد عصفور: القانون الدستوري - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٥٤.
- ٢٣- الدكتور إسماعيل مرزة: القانون الدستوري - منشورات الجامعة الليبية - بيروت - ١٩٦٩.
- ٢٤- الدكتور محمد صلاح عبد البديع: قضاء الدستورية في مصر - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢.
- ٢٥- الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧١.
- ٢٦- الدكتور محمد حسنين عبد العال: القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢.
- ٢٧- الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٢.
- ٢٨- الدكتور عصام أنور سليم: موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٠.
- ٢٩- الدكتور عزيزة الشريف: القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٠.
- ٣٠- الدكتورة نبيلة عبد الحليم: الرقابة القضائية على دستورية القوانين - القاهرة - ١٩٩٣.
- ٣١- الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري - الكتاب الأول - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧.

- ٣٢- الدكتور عبد الله ناصف: حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨.
- ٣٣- الدكتور إبراهيم شيحا: القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٣.
- ٣٤- الدكتور أحمد كمال أبوالمجد: دراسات في القانون الدستوري - القاهرة - ١٩٨٧.
- ٣٥- الدكتور محمد أنس جعفر: الرقابة على دستورية القوانين - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨.



ب- المراجع الخاصة :

- ١- مجلة القانون والاقتصاد - العدد ٦٩ - ١٩٩٩ .
- ٢- دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية الصادر سنة ١٩٥٨ .
- ٣- الجريدة الرسمية المصرية.
- ٤- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري العماني حتى عامها الرابع.
- ٥- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية.
- ٦- النظام الأساسي للدولة العماني.

ثانياً : المراجع الأجنبية :

1. MORABI TO (M.) et BOURMALLD (D.), Histoire constitutionnelle et Politique de la France (1789 – 1958), ed. Montehrestien, 4 eme ed., 1996.
2. ELLUL (J.), Histoire des institutions. T.4 (XVIe – XVIIIe siecle, P.U.F., 2 eme ed., 1991.
3. M.PEOUZET. Le controle de la constitutionalite. these Paris. 1970.
4. Henry Roussillon Le C.C Dalloz Paris. 3erne ed 1996.
5. M. Fromont. La justice constitutionnelle alans le mond. Dalloz, Paris. 1996.
6. F. LUCHAIRE. Le Conseil Constitutionnel. 1980.



7. J. GICQUEL. Droit Constitutionnel et Institutions. politiques.
1980.

8. G. BURDEAU. Droit Constitutionnel EL Institutions Politiques.
1976.

